

# שימש הוגן כשתל משפטי: מה נוכל ללמוד מנסיונה של ישראל?

פרופ' ניבה אלקין-קורן, אוניברסיטת חיפה  
פרופ' ניל נתנאל, אוניברסיטת קליפורניה בלוס אנג'לס

# US Copyright Act of 1976

## רשימה פתוחה

### § 107. Limitations on exclusive rights: Fair use

[T]he fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction ... or by any other means ..., for purposes **such as** criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright.

In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered **shall include--**

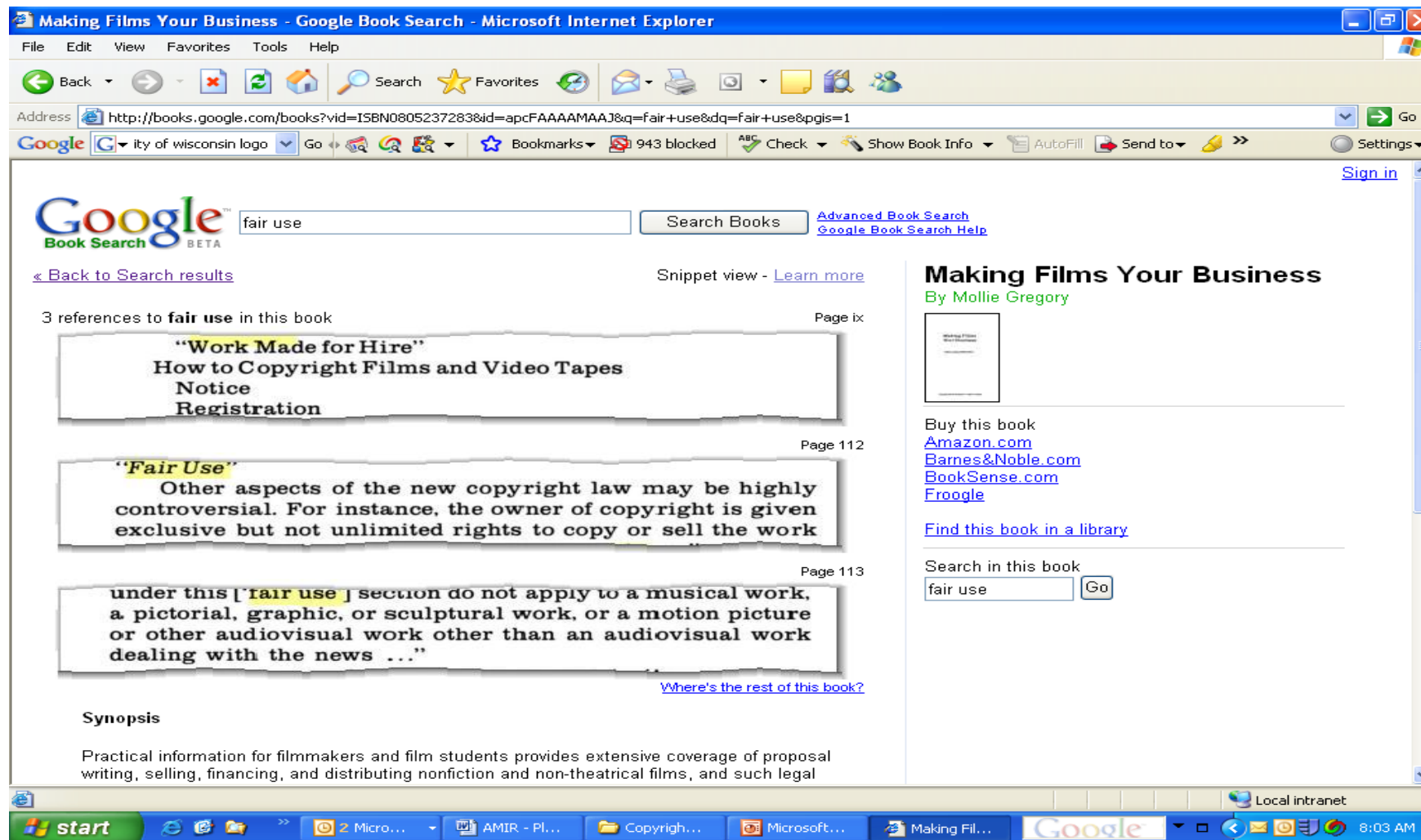
- (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;
- (2) the nature of the copyrighted work;
- (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and
- (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

# לדוגמה: Google Book Search



# לסרוק מילוני ספרים כדי לטעון אותם במאגר מידע





# US Copyright Act of 1976

## § 107. Limitations on exclusive rights: Fair use

[T]he fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction ... or by any other means ..., for purposes **such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research**, is not an infringement of copyright.

In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered **shall include--**

- (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;
- (2) the nature of the copyrighted work;
- (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and
- (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

# צרפת: רשימה סגורה של שימושים מותרים

- **Article L122-5**
- When the work has been disclosed, the author may not prohibit:
  - 1 ° Private and gratuitous performances carried out exclusively within the family circle;
  2. Copies or reproductions made from a lawful source, and strictly for private use and not intended for collective use;
  3. Provided that are clearly indicated the name of the author and the source:
    - a) analyzes and short quotations justified by the critical, polemic, educational, scientific or information of the work to which they are incorporated;
    - b) press reviews;
    - c) The dissemination, even in full, by the press or television, as current news, of speeches intended for the public made in political assemblies, administrative, judicial or academic, as well as in public meetings 'political and official ceremonies;
    - d) Any reproduction, full or partial works of graphic or plastic art for inclusion in the catalog of a judicial sale made in France for copies made available to the public before the sale for the sole purpose of describing the art offered for sale;
    - e) The representation or reproduction of excerpts of works subject to the works designed for educational purposes and musical scores, for the sole purpose of illustration for teaching and research;
  4. The parody, pastiche and caricature,
  5. The acts necessary for access to the content of an electronic database for the purposes and within the limits of the use intended by the contract;
  6. The temporary reproduction having a transitory or accessory, when it is an integral and essential part of a technological process and it has the sole purpose to allow the lawful use.

# טיפול הוגן: חוק הממלכה המאוחדת 1911

המעשים דלקמן לא יהא בהם משום הפרת זכות-יוצרים--  
כל טיפול הוגן ביצירה לשם לימוד עצמי, מחקר, בקורת, סקירה, או תמצית  
עתונאית.



## גבע נ' דיסני (1993)

1. שימוש הוגן עדיף על טיפול הוגן במישור הדין הרצוי, אבל לפי הדין המצוי, על הנתבע לעבור את המבחן גם של טיפול הוגן וגם של שימוש הוגן.
2. בהתיחס לפסיקה האמריקנית דאז: "ככל שיישא השימוש אופי מסחרי יותר, ייטה בית המשפט לסווגו כבלתי הוגן."

# US Copyright Act

# חוק זכות יוצרים, התשס"ז-2007

## § 107. Limitations on exclusive rights: Fair use

.19

[T]he fair use of a copyrighted work ... for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include--

(א) שימוש הוגן ביצירה מותר למטרות כגון אלה: לימוד עצמי, מחקר, ביקורת, סקירה, דיווח עיתונאי, הבאת מובאות, או הוראה ובחינה על ידי מוסד חינוך.

(ב) לצורך בחינה של הוגנות השימוש ביצירה לעניין סעיף זה, יישקלו, בין היתר, כל אלה:

(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;

(1) מטרת השימוש ואופיו;

(2) the nature of the copyrighted work;

(3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and

(2) אופי היצירה שבה נעשה השימוש;

(4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

(3) היקף השימוש, מבחינה איכותית וכמותית, ביחס ליצירה בשלמותה;

(4) השפעת השימוש על ערכה של היצירה ועל השוק הפוטנציאלי שלה.

# US Copyright Act

## חוק זכות יוצרים, התשס"ז-2007

### § 107. Limitations on exclusive rights: Fair use

.19

[T]he fair use of a copyrighted work ... for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include--

(א) שימוש הוגן ביצירה מותר למטרות **כגון** אלה: לימוד עצמי, מחקר, ביקורת, סקירה, דיווח עיתונאי, הבאת מובאות, או הוראה ובחינה על ידי מוסד חינוך.

(ב) לצורך בחינה של הוגנות השימוש ביצירה לעניין סעיף זה, יישקלו, בין היתר, כל אלה:

(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;

(1) מטרת השימוש ואופיו;

(2) the nature of the copyrighted work;

(3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and

(2) אופי היצירה שבה נעשה השימוש;

(4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

(3) היקף השימוש, מבחינה איכותית וכמותית, ביחס ליצירה בשלמותה;

(4) השפעת השימוש על ערכה של היצירה ועל השוק הפוטנציאלי שלה.

# US Copyright Act

# חוק זכות יוצרים, התשס"ז-2007

## § 107. Limitations on exclusive rights: Fair use

.19

[T]he fair use of a copyrighted work ... for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include--

(א) שימוש הוגן ביצירה מותר למטרות כגון אלה: לימוד עצמי, מחקר, ביקורת, סקירה, דיווח עיתונאי, הבאת מובאות, או הוראה ובחינה על ידי מוסד חינוך.

(ב) לצורך בחינה של הוגנות השימוש ביצירה לעניין סעיף זה, יישקלו, **בין היתר**, כל אלה:

(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;

(1) מטרת השימוש ואופיו;

(2) the nature of the copyrighted work;

(3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and

(2) אופי היצירה שבה נעשה השימוש;

(4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

(3) היקף השימוש, מבחינה איכותית וכמותית, ביחס ליצירה בשלמותה;

(4) השפעת השימוש על ערכה של היצירה ועל השוק הפוטנציאלי שלה.

# US Copyright Act

## חוק זכות יוצרים, התשס"ז-2007

### § 107. Limitations on exclusive rights: Fair use

.19

[T]he fair use of a copyrighted work ... for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include--

(א) שימוש הוגן ביצירה מותר למטרות כגון אלה: לימוד עצמי, מחקר, ביקורת, סקירה, דיווח עיתונאי, הבאת מובאות, או הוראה ובחינה על ידי מוסד חינוך.

(ב) לצורך בחינה של הוגנות השימוש ביצירה לעניין סעיף זה, יישקלו, בין היתר, כל אלה:

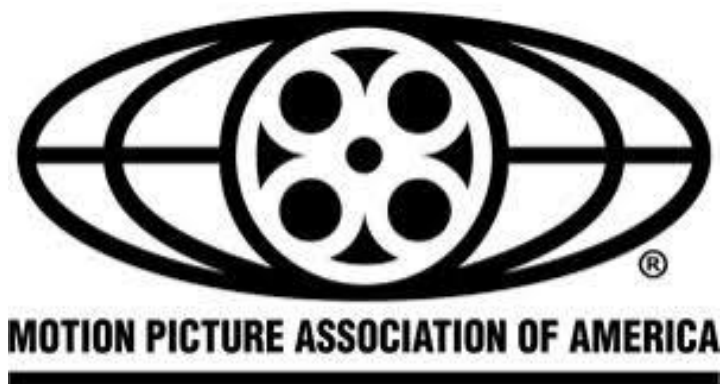
- (1) the purpose and character of the use, **including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;**
- (2) the nature of the copyrighted work;
- (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and
- (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

(1) מטרת השימוש ואופיו;

(2) אופי היצירה שבה נעשה השימוש;

(3) היקף השימוש, מבחינה איכותית וכמותית, ביחס ליצירה בשלמותה;

(4) השפעת השימוש על ערכה של היצירה ועל השוק הפוטנציאלי שלה.



## Int'l IP Alliance opposition to Israeli fair use (before Knesset and United States Trade Representative)

1. In contrast to U.S., where “many years of jurisprudence have provided ... considerable clarity on the boundaries of ‘fair use’,” Israel’s move from fair dealing to more open-ended fair use brings “significant risk” of being “viewed ... as a **free ticket to copy.**”
2. Israel’s first fair use factor must include the omitted phrase qualifying “purpose and character of the use” as “including whether such use is of a **commercial nature.**”
3. Israel must incorporate the TRIPS **three-part test** into its copyright law to limit fair use and other exceptions

# Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (“TRIPS”)

## **Article 13 - Limitations and Exceptions**

Members shall confine limitations or exceptions to exclusive rights to

[1] certain special cases

[2] which do not conflict with a normal exploitation of the work and

[3] do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder.



# שאלות המחקר הנוגעות להתנגדות האמריקנית

- הפקרות?

- האם אימוץ דוקטרינת השימוש ההוגן בישראל הובילה ל"הפקרות" בהגנה על זכות היוצרים?

- מסחריות השימוש

- האם השמטת ההתייחסות המפורשת ל"מסחריות השימוש" בחוק צמצמה את חשיבותו של שיקול זה בניתוח שימוש הוגן?

- חוסר ודאות?

- האם ביהמ"ש בישראל דבקים בשיקולים שבחוק והפרשנות בפסיקה האמריקנית?

# מתודולוגיה

- השוואה שיטתית של יישום דוקטרינת השימוש ההוגן בפסיקה האמריקנית והישראלית
- תקופת המחקר (ממצאים ראשוניים):
  - 19 מאי 2008 (היום שבו סעיף שימוש ההוגן הישראלי נכנס לתוקפו) עד 31 דצמבר 2015
  - מספר פסקי הדין אשר פסקו בעניין שימוש הוגן:
    - ישראל 34
    - ארה"ב 79
- עדין בעבודה: פסיקה עד תום העשור (18 מאי 2018)

# שאלות המחקר הנוגעות להתנגדות האמריקנית

- הפקרות?

- האם אימוץ דוקטרינת השימוש ההוגן בישראל הובילה ל"הפקרות" בהגנה על זכות היוצרים?

- מסחריות השימוש

- האם השמטת ההתייחסות המפורשת ל"מסחריות השימוש" בחוק צמצמה את חשיבותו של שיקול זה בניתוח שימוש הוגן?

- חוסר ודאות?

- האם ביהמ"ש בישראל דבקים בשיקולים שבחוק והפרשנות בפסיקה האמריקנית?

**לפי ממצאי המחקר עד כה, התשובה לכל אחת מן השאלות הללו היא - לא!**

ממצאים

הפקרות?

# A “free ticket to copy”?

• בית המשפט פוסק לטובת בעל זכות היוצרים ופוסק כי **אין שימוש הוגן**

70.59% • ישראל

31.65% • ארה"ב

מסחריות?

# למסחריות השימוש יש משקל כבד?

ביהמ"ש מצהיר ששום שימוש מסחרי לא יכול להיות שימוש הוגן או שהמסחריות של השימוש מהווה מאפיין חשוב אך לא מכריע

• ישראל 58.00%

• ארה"ב 10.13%



# למסחריות השימוש יש משקל מינימלי?

ביהמ"ש מצהיר שאופיו המסחרי של השימוש הוא גורם שולי בקביעת שימוש הוגן

0%

• ישראל

43.04%

• ארה"ב

# דוקטרינת השימוש הטרנספורמטיבי

- ארה"ב 88.61% שוקלים אם שימוש הנתבע הינו טרנספורמטיבי
- ישראל 17.65% מזכירים את המונח "שימוש טרנספורמטיבי" (אבל לא תמיד שוקלים האם השימוש של הנתבע הינו טרנספורמטיבי)

# מה הוא שימוש טרנספורמטיבי?

המאפיין המגדיר של שימוש טרנספורמטיבי הוא מטרתו ההבעתית המובדלת מזו של היצירה המוגנת, וזאת אפילו בהעדר כל שינוי של ממש בצורת היצירה המוגנת.

# ארה"ב : עדיפות לטרנספורמטיביות על פני מסחריות השימוש

בארה"ב, כאשר ביהמ"ש מאפיין את שימוש הנתבע גם כטרנספורמטיבי וגם כמסחרי :

- ביהמ"ש קבע כי השימוש הינו שימוש הוגן 89.29%
- ביהמ"ש קבע כי השימוש אינו הוגן 3.57% (רק פסק דין אחד)
- ביהמ"ש קבע כי נשאר סוגיה עובדתית 7.14%

ודאות משפטית ושימוש בתקדימים  
אמריקנים

# מידת ההשפעה של פסיקה אמריקנית : מדד הציטוטים

- 82% מפסקי הדין הישראליים לא ציטטו אף פסק דין אמריקני
- 88% מפסקי הדין הישראליים לא ציטטו את סעיף 107 לחוק זכויות יוצרים האמריקני
- 2 פסקי דין ישראליים בלבד ציטטו אחד או יותר מפסקי הדין המובילים של בית המשפט העליון האמריקני בעניין שימוש הוגן :  
*Sony v. Universal* (1984), *Harper & Row v. Nation Enterprises* (1985),  
*Campbell v. Acuff-Rose* (1994)

# אז הפסיקה האמריקנית בכלל לא משפיעה?

- **הסיפור יותר מורכב** : בענין גבע נ' דיסני (1993) העליון הסתמך על Sony v. Universal ובדרך זו Sony כן השפיע וכנראה עדיין משפיע על הפסיקה הישראלית.

# הבדל בהתייחסות לארבע השיקולים

- באופן שיטתי, בתי המשפט האמריקניים שוקלים כל אחד ואחד מארבעת השיקולים המנויים בחוק
- בפסיקה הישראלית כמעט אף בית משפט לא שוקל את כל השיקולים.



# קרדיט ליוצר

ביהמ"ש מצהיר שאי מתן הקרדיט ליוצר, ע"י הנתבע, ישלול את טענת שימוש הוגן אלא אם כן זה היה לא סביר לתת קרדיט בנסיבות הענין.

• ישראל 44%

• ארה"ב 0%

# סיכום

לפי הנתונים עד כה :

1. בתי המשפט הישראליים פסקו לטובת שימוש הוגן בשיעור נמוך יותר בהרבה מבתי המשפט האמריקניים.
2. בתי המשפט הישראליים נותנים משקל רב יותר בהרבה למסחריות השימוש.
3. בתי המשפט הישראליים הוסיפו תנאי נוסף לשימוש הוגן שאין בארה"ב : מתן קרדיט ליוצר.

# הסברים אפשריים (רשימה ראשונית)

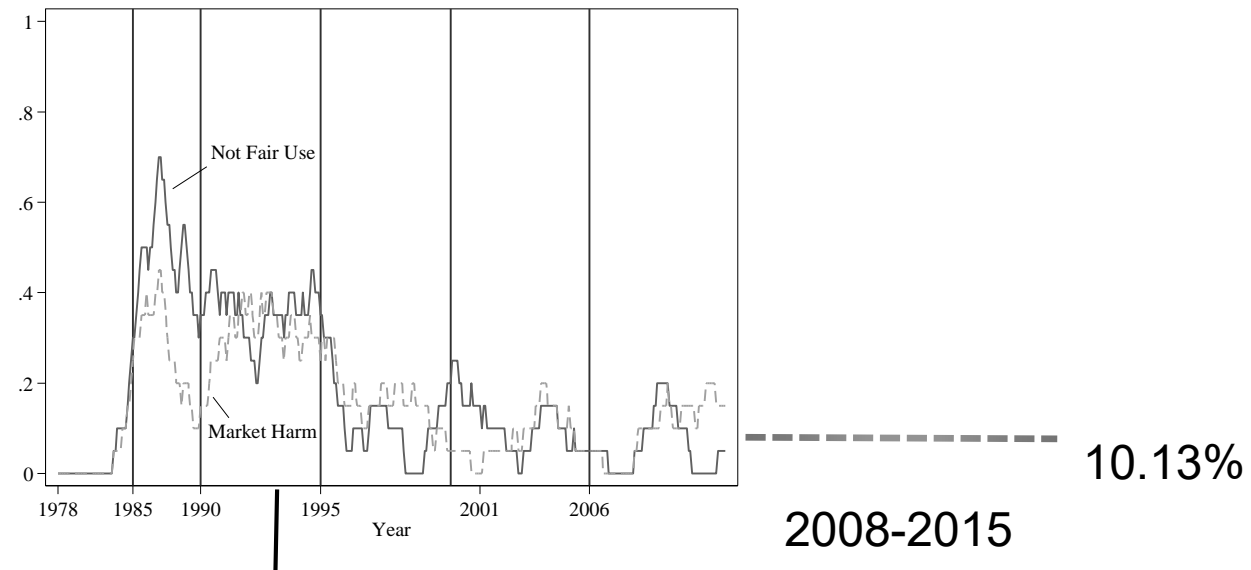
■ הטיה סטטיסטית: יצירת התובע

סוג יצירה	ישראל	ארה"ב
טקסט	3%	30%
צילום	38%	18%
וידאו	6%	16%
מוסיקה	3%	10%
תוכנת מחשב	0%	1%

# הסברים אפשריים (רשימה ראשונית)

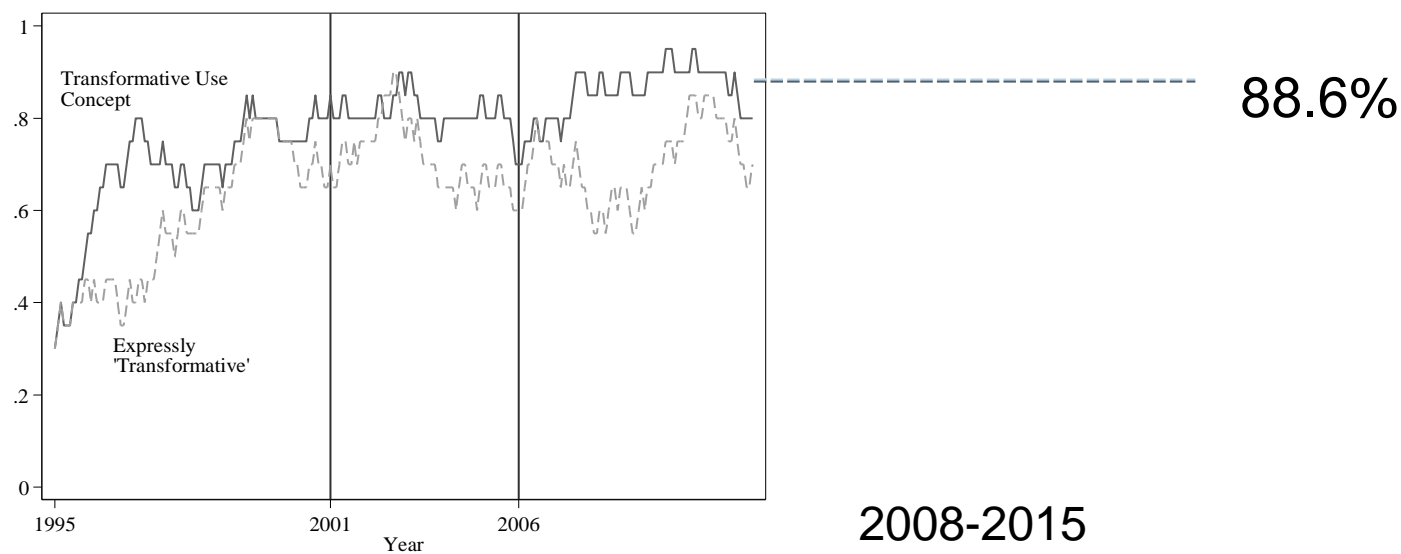
- הטיה סטטיסטית
- קיבעון בפסיקה הישראלית
- אימוץ הלכת סוני בפסק דין גבע (מתן משקל למסחריות השימוש) בעוד שהלכה זו מיושנת כיום לאור הדגש בפסיקה האמריקנית על טרנספורמטיביות.

# החלק היחסי של פסקי הדין האמריקניים אשר מכירים בהנחה ששימוש מסחרי אינו שימוש הוגן



**גבע**  
(1993)

# החלק היחסי של פסקי הדין האמריקניים אשר מכירים בחשיבות הטרנספורמטיביות של השימוש



# הסברים אפשריים (רשימה ראשונית)

- הטיה סטטיסטית
  - קיבעון בפסיקה הישראלית
  - אימוץ הלכת סוני בפסק דין גבע (מתן משקל למסחריות השימוש) בעוד שהלכה זו מיושנת כיום לאור הדגש בפסיקה האמריקנית על טרנספורמטיביות.
  - זכות היוצרים כזכות קניין לפי חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו
  - תרבות משפטית מקומית בבתי המשפט
- פרשנות תכליתית, שיקול דעת רחב ורידת הפורמליזם

# השלכות לגבי שימוש הוגן בישראל

ניתן לטעון שאחרי הקיקת חוק שזכות יוצרים - 2007, עדיף שבתי המשפט הישראליים ילכו אחרי הפסיקה האמריקאית הנוכחית, תוך נטישה של הסתמכותו של פסק דין גבע על הגישה האמריקאית המיושנת.



# השלכות במישור הבינלאומי

- מאז שפיליפינים העתיקה את סעיף 107 האמריקאי (אם שינויים קטנים) אל תוך חוק קניין הרוחני שלה ב-1997, כתשע מדינות אימצו איזשהו גרסה של שימוש הוגן, אם רשמימה פתוחה של שימושים מותרים.

1997	פיליפינים
1997	ליבריה
2003	סרי לנקה
2004	סינגפור
2004	קנדה
2007	ישראל
2007	טייוון
2011	דרום קוריאה
2014	קניה

# מדינות אחרים אשר שוקלים או שקלו לאמץ שימוש הוגן

1. סין

2. ה-UK

3. אוסטרליה

4. יפן

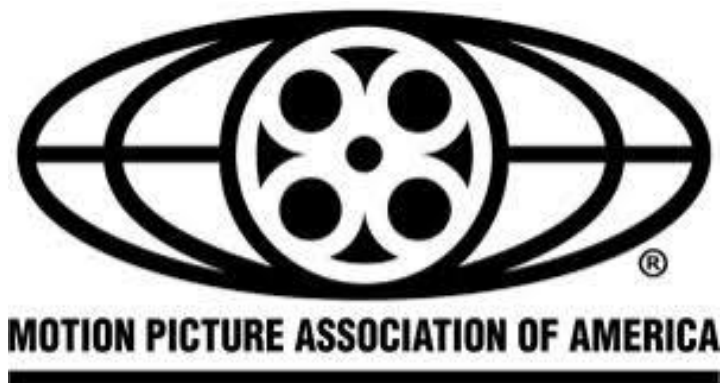
5. אירלנד

6. ה-EU

# Marrakesh Treaty to Facilitate Access to Published Works for Persons Who Are Blind, Visually Impaired, or Otherwise Print Disabled (2013)

## Article 10(3)

Contracting Parties may fulfill their rights and obligations under this Treaty through limitations or exceptions specifically for the benefit of beneficiary persons.... These may include judicial, administrative or regulatory determinations for the benefit of beneficiary persons as to **fair practices, dealings or uses** to meet their needs....



# שימש הוגן כשתל משפטי: מה נוכל ללמוד מנסיונה של ישראל?

פרופ' ניבה אלקין-קורן, אוניברסיטת חיפה  
פרופ' ניל נתנאל, אוניברסיטת קליפורניה בלוס אנג'לס