

9 במרס 2023
טז' באדר תשפ"ג

לכבוד
מר מאיר לוי, עו"ד
המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט כלכלי)
ייעוץ וחקיקה

הנדון : פרסום בערוץ יוטיוב

סימוכין : מכתבינו מיום 2.1.2020, 3.6.2020, 8.9.2020 ; מכתביכם מיום 17.3.2020, 29.10.2020

בהמשך לתכתובת שבסמך, שנוהלה בהמשך לפניות מטעם הערוצים המסחריים אל משרד המשפטים בנוגע לפרסום על גבי תכנים של תאגיד השידור הישראלי שפורסמו ביוטיוב, הרינו להביא בפניכם פרטים נוספים שיש בהם כדי לתמוך בעמדתנו בנושא, כדלקמן.

I. כללי

כפי שהובהר בעבר, עמדתנו היא שתאגיד השידור הציבורי רשאי לאפשר ליוטיוב לשלב פרסומות בצמוד לתכני התאגיד ביוטיוב, ובתמורה לקבל חלק מההכנסות שתקבל יוטיוב כתוצאה משילוב פרסומות כאמור, הכל כמפורט להלן.

כנקודת מוצא, אנו חוזרים על כל האמור במכתבינו שבסימוכין. האמור במסמך זה, בא להוסיף על הדברים ולא לגרוע מהם.

II. רקע – עמדת משרד המשפטים הראשונה

1. כזכור, הנושא נבדק על ידכם לראשונה בעקבות פנייתה של ב"כ החברות רשת וקשת מיום 24.12.2019. במכתב של עו"ד מועלם מיום 17.3.2020 השבתם לב"כ רשת וקשת כי אינכם סבורים כי מתן אישור ליוטיוב להציב פרסומות בצמוד לתכנים המועלים לערוץ בו משודרים תכנים של התאגיד, וקבלת חלק מההכנסות בגין פרסומות אלו, מהווה הפרה של החוק או פעולה בחוסר סמכות (להלן: "עמדת המשרד הראשונה").

2. בעמדת המשרד הראשונה הודגש כי לתאגיד אסור לשלב פרסומות באתר האינטרנט שלן, כאמור בסעיף 74 לחוק, וכי היקף תחולת איסור זה מוגבל לאתר התאגיד בה"א הידיעה, ובו בלבד.

3. עוד הודגש, כי ערוץ היוטיוב בו משודרים תכנים של התאגיד, אינו בא בגדרי "אתר האינטרנט של התאגיד", מנימוקים שפורטו בעמדה הראשונה (ראו סעיף 4 לעמדה הראשונה).

4. כמו כן, נמצא כי הדברים האמורים, תואמים את כוונת המחוקק, לפיה איסור הפרסום באינטרנט לא מהווה איסור גורף על שילוב פרסומות בכל מקום בו יופיעו תכני התאגיד באינטרנט.

5. בעמדת המשרד הראשונה, נזכר גם סעיף 63(ד) לחוק, הקובע כי "על התוכן שיספק תאגיד השידור הישראלי על גבי רשת האינטרנט יחולו ההוראות לפי חוק זה החלות על שידורים, בשינויים המחויבים". לפי העמדה הראשונה, לא נקבע הסדר פרטני בחוק לגבי רשת האינטרנט (להבדיל מאתר האינטרנט). מכאן משתמע, כי לפי העמדה הראשונה, אין בסעיף 63(ד) האמור כדי למנוע שילוב פרסומות בצמוד לתכני התאגיד ביוטיוב.

6. עוד נקבע בעמדת המשרד הראשונה, כי מתן אישור על ידי התאגיד ליוטיוב לשילוב פרסומות בצמוד לתכני התאגיד, הינו בסמכות התאגיד, ומתיישב עם תפקידי התאגיד הקבועים בחוק.

7. מובן, כי עמדה זו מקובלת על התאגיד, ואנו לא רואים מקום לשנות ממנה.

III. רקע – עמדת משרד המשפטים השניה

8. בהמשך לכך, ביום 29.10.2020, ניתנה חוות דעת נוספת מטעם משרד המשפטים (להלן: "עמדת המשרד השנייה") אשר יש בה כדי להפוך את עמדת המשרד הראשונה על פניה.

9. לא למותר לציין, כי השינוי הקוטבי בעמדת המשרד, חודשים ספורים לאחר שניתנה עמדת המשרד הראשונה, אינו ברור, מה גם שלא חל כל שינוי נסיבות מאז שנקבעה עמדת המשרד הראשונה, אשר הצדיק שינוי כה מהותי בעמדה.

10. גם בעמדת המשרד השנייה, נקבע כי ערוץ היוטיוב של התאגיד - אינו בא בגדרי המונח "אתר האינטרנט של התאגיד" ולפיכך אינו נופל בגדר האיסור הקבוע בסעיף 74 לחוק.

11. עם זאת, ובניגוד לעמדת המשרד הראשונה, נקבע כי בהוראת סעיף 63(ד) לחוק יש כדי לשנות מהמסקנה אליה הגיע המשרד בעמדו הראשונה, וזאת הן במישור הלשון, והן במישור התכלית, כמפורט בעמדת המשרד השנייה – זאת, על אף שסעיף זה נבחן גם בעמדת המשרד הראשונה כאמור לעיל, ואז לא היה בו כדי לשנות מהמסקנה כפי שהתגבשה בעמדת המשרד הראשונה.

12. כך נקבע, כי מבחינה לשונית, התכנים שמעלה התאגיד לערוץ היוטיוב שלו באים בגדר המונח "תוכן שמספק התאגיד", וזאת למרות שהוסכם כי יוטיוב מהווה פלטפורמה נפרדת מהתאגיד, הפועלת לפי כללים הנקבעים על ידה וכד'. זאת, ממספר טעמים שעיקרם: (1) יוטיוב מהווה פלטפורמה לשידור תכנים של צדדים שלישיים; (2) עמודי היוטיוב הרלוונטיים משויכים באופן מובהק לתאגיד והוא הקובע אילו תכנים יועמדו בו לצפיה; (3) התאגיד מעלה לעמוד היוטיוב שלו את מרבית תכניות התאגיד, ונוסף על כך, חלק משמעותי מהצפיות בתכני התאגיד ברשת האינטרנט מתבצע בערוץ היוטיוב של התאגיד.

IV. עמדת התאגיד

13. להלן, נחدد את עמדתנו (הנתמכת ממילא גם בעמדת המשרד הראשונה), לפיה שילוב פרסומות בתכני התאגיד המשודרים ביוטיוב, אינו מנוגד להוראות החוק – גם במישור הלשון, וגם במישור התכלית.

14. מישור הלשון - עמוד התאגיד ביוטיוב אינו דומה ולא מהווה תחליף לאתר התאגיד :

א. ראשית, לרוב, הגישה לתכני התאגיד ביוטיוב, לא נעשית באמצעות עמוד התאגיד אלא באמצעות גישה ישירה לתוכן ספציפי בחיפוש לפי מילות חיפוש בגוגל או במנועי חיפוש אחרים.

ב. שנית, בין אם הגישה לתוכן נעשית באמצעות חיפוש בגוגל ובין אם באמצעות עמוד התאגיד ביוטיוב, הרי שבסיום הצפייה, יוטיוב מפנה את הגולש באופן אוטומטי לתכנים אחרים, לפי שיקול דעתה, כאשר לרוב, אין מדובר בתכנים של התאגיד אלא בתכנים אחרים שיוטיוב מבקשת לקדם, המכילים פרסום. זאת, בניגוד גמור לאתר התאגיד המהווה מעין "זירה סגורה" של תכני התאגיד.

ג. שלישית, לתאגיד אין שליטה על התוכן המועלה באתר יוטיוב, ועל חשיפת התוכן המועלה ליוטיוב: מרגע העלאת התוכן ליוטיוב, יוטיוב היא הקובעת אם ובאיזה אופן יוצג התוכן לציבור, איזו חשיפה יקבל כל תוכן הנמצא בעמודי היוטיוב, וכיצד הוא יקודם. כמו כן, ליוטיוב הסמכות להסיר תכנים מהאתר, ככל שעברו על כללי היוטיוב.

ד. כך, אף אם התאגיד הוא שמעלה את התכנים ליוטיוב, יוטיוב היא המחליטה אילו תכנים יזכו לקידום ועדיפות מבחינת הגישה אליהם. כך, יוטיוב תעדיף לקדם תכנים הזוכים ממילא לפופולריות גבוהה, ואשר מהווים "מקפצה" לתכנים אחרים (שאינם של התאגיד) בהם משולבות פרסומות.

ה. כפועל יוצא מהאמור, ישנם תכנים אשר התאגיד מעוניין בקידומם, אך מאחר והם פחות פופולריים – אינם זוכים לקידום מיטבי ביוטיוב. מובן, כי אילו היה מדובר בפלטפורמה השייכת לתאגיד, התאגיד היה נוהג בתכנים כאלו אחרת, כפי שהוא עושה באתר האינטרנט שלו. בכך, הפצת תוכן באמצעות יוטיוב פוגעת דוקא בתכנים להם נדרשת חשיפה גבוהה יותר, ולהיפך.

ו. לסיכום, ביוטיוב אין לתאגיד שליטה על העמדת התכנים לרשות הציבור, וכן אין לו אפשרות לקדם תכנים לפי שיקול דעתו, וקידום התכנים נעשה אך ורק לפי שיקול דעתו של החברה ושיקוליה העסקיים. כתוצאה מכך, האינטרס של יוטיוב הוא לקדם תכנים מהם החברה יכולה להרוויח כספים מפרסומות. סירוב התאגיד לאפשר ליוטיוב למכור פרסומות בצמוד לתכני התאגיד גורם לתכנים של התאגיד להיות פחות מקודמים באתר החברה,

ולמצער, יוטיוב מקדמת בעיקר תכנים של התאגיד שהם ממילא פופולריים, ושמהווים "מקפצה" לתכנים אחרים – שאינם של התאגיד.

ז. להלן מספר דוגמאות להמחשת ההבדלים המהותיים שבין יוטיוב לבין אתר התאגיד, במישור השליטה בתוכן:

1. כאשר מתקבלת תלונה כלשהי על תוכן של התאגיד שנמצא באתר האינטרנט של התאגיד, לתאגיד נתון שיקול דעת האם להסיר את התוכן מהאתר, "להקפיא" את הצגת התוכן באתר, או להמשיך בהצגת התוכן עד לסיום הבדיקה. לעומת זאת, כאשר מקבלת תלונה ביוטיוב, לתאגיד אין כל שיקול דעת בנוגע להצגת התכנים. כך, יוטיוב רשאית להסיר את התוכן באופן מיידי, גם ללא בדיקה, ומבלי שלתאגיד תהיה אפשרות להעלות טענות.

2. לתאגיד אפשרות לתקן סרטונים שעלו באתר התאגיד, ולהעלותם שנית לאחר התיקון מבלי לפגוע ברצף הצפיות באותו סרטון. אפשרות זו לא קיימת ביוטיוב, שבו מנוהל רצף הצפיה בסרטונים באופן אחר, התואם את צרכי יוטיוב (אך לעתים נוגד את אינטרס התאגיד).

ח. לאור האמור, לא ניתן לומר שעמוד היוטיוב של התאגיד "משויך באופן מובהק לתאגיד" כפי שנקבע בעמדת המשדך השנייה. העובדה שבעמוד זה מופיעים שם התאגיד, הלוגו שלו, והפניות לעמודים אחרים של התאגיד, אינה מעלה ואינה מורידה לעניין זה. ואילו העובדה שהעמוד כולל הפניה לאתר האינטרנט של התאגיד, יש בה כדי להעיד דוקא על השוני שבין אתר האינטרנט הרשמי של התאגיד, לבין עמודי התאגיד ביוטיוב.

ט. כמו כן, הגם שרבים מתכני התאגיד ניתנים לצפיה באמצעות יוטיוב, קיימים תכנים רבים המופצים רק באתר האינטרנט של התאגיד (או בפלטפורמות אחרות), כגון, תכני חדשות, תכנים נלוים לשידורים בפלטפורמות האחרות, תכני רדיו והסכתים, תוכן עוטף של סדרות המופץ ברשתות חברתיות אחרות, ועוד.

י. לאור האמור, הגם שהתאגיד מעלה תכנים ליוטיוב, השליטה בהעמדת התוכן לרשות הציבור מצויה בידי יוטיוב, כך שכל שמדובר באספקת תוכן לציבור, הגורם המבצע אספקת תוכן זה, הינו יוטיוב, ולא התאגיד.

יא. עובדה זו מתחזקת גם לאור מאפיינים נוספים של הפעילות ביוטיוב עליהם עמדנו בעבר, כגון, סמכותה של יוטיוב להסיר תכנים מהפלטפורמה, העובדה שיוטיוב (ולא התאגיד) היא המשלמת תמלוגים לאגודות הגביה בגין השימוש שנעשה בתכנים (ודוק – תשלום התמלוגים מבוצע בגין השימוש שיוטיוב עושה בתכנים, דהיינו, יוטיוב היא המספקת את התוכן), העובדה שיוטיוב קובעת באופן בלעדי וחד צדדי את תנאי השימוש בפלטפורמה, ועוד.

יב. לכל האמור ניתן להוסיף את העובדה שלא התאגיד הוא המשלב פרסומות ביוטיוב אלא יוטיוב עצמה.

יג. לפיכך, ובכל הכבוד, אנו סבורים כי המסקנה שביסוד עמדת המשרד השניה, כאילו עמודי היוטיוב של התאגיד הינם פלטפורמה באמצעותה "מספק התאגיד תוכן" לעניין סעיף 63(ד) לחוק, הינה שגויה, ולמצער, קיימות אפשרויות פרשניות נוספות.

15. מישור התכלית

א. כפי שצוין בעמדת המשרד השנייה, מטרת האיסור על שיבוץ פרסומות באתר האינטרנט של התאגיד, היא יצירת אתר בו ניתן לצרוך את תכני התאגיד ללא פרסומות – הדבר כמובן מקובל, וכך נוהג התאגיד.

ב. צריך לזכור לעניין זה, כי המחוקק קבע איסור על פרסומות באתר התאגיד (ולא ב"רשת האינטרנט" באופן גורף). ככל שנגד עיני המחוקק היו תכליות נוספות, המצדיקות איסור גורף שכזה (כגון אפיקים שלא צפו את קיומם, או היקף החשיפה של תכני התאגיד ביוטיוב), מן הדין שהדבר היה בא לידי ביטוי בלשון החוק, או למצער, בדברים שנאמרו בכנסת במסגרת הליך החקיקה – ולא כך הוא. מכאן למדים, לטעמנו, הסדר שלילי – לפיו איסור הפרסום חל רק באתר התאגיד ולא באופן כללי "ברשת האינטרנט".

ג. נתייחס למספר תכליות נוספות שזכרו בעמדת המשרד השנייה:

1. ניסיון למנוע עירוב של תכנים מסחריים עם תכני השידור הציבורי, וכן רצון למנוע חשיפה לשיקול מסחריים של התאגיד – מעבר לכך שתכלית זו רלוונטית לשידורי התאגיד, ולא לשידורי צד שלישי, אנו סבורים ששילוב פרסומות ביוטיוב כלל אינו פוגע בתכלית זו. מפיק המפיק תוכן עבור התאגיד, אינו יודע מראש, ואין לו איך לדעת, האם התוכן יועלה ליוטיוב, האם ישולבו בו פרסומות, ומה יהיה היקף החשיפה של אותו תוכן. לפיכך, קשה לטעון כאילו שיקולים מסחריים ישפיעו על תוכן ההפקות.

2. אשר לתפקיד התאגיד לשדר תכנים שאינם זוכים לפופולריות גבוהה – כפי שהוסבר לעיל, דווקא במצב כיום, ללא שילוב פרסומות, התכנים הזוכים לפופולריות גבוהה ממילא, הם הזוכים לחשיפה גבוהה גם ביוטיוב, וזאת מאחר והם משמשים לקידום תכנים אחרים (שאינם של התאגיד), אשר בהם משולבות פרסומות. דווקא ההיפך הוא הנכון – ככל שישולבו פרסומות בצמוד לתכני התאגיד, גם תכנים שעל פניו אינם זוכים לפופולריות גבוהה, יזכו ליותר קידום וחשיפה, ממה שהם זוכים לה כיום. למותר לציין, שחשיפה כזו גם תיטיב עם המפיקים של אותם תכנים.

3. לא זו אף זו, שילוב פרסום בצמוד לתכני התאגיד ביוטיוב יסייע לקידום תכליות נוספות העומדות בבסיס החוק, כגון עידוד היצירה המקומית, כאשר ההכנסות מפרסום כאמור אמורות להיות מחולקות בין התאגיד ליוצרים.

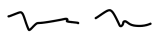
4. לסיכום, שילוב פרסומות בתכני התאגיד ביוטיוב אינו פוגע בעצמאות התוכן של התאגיד.

ד. לאור האמור, אנו סבורים כי מישור התכלית דווקא מאפשר שילוב פרסומות בתכני התאגיד ביוטיוב.

7. סיכום של דבר

לאור האמור, ובפרט לאור התכונות הייחודיות של אתר האינטרנט של התאגיד לעומת יוטיוב, כמו גם המרכזיות שהתאגיד מייעד לאתר האינטרנט שלו ולאפליקציה "כאן BOX", אנו סבורים כי יש מקום לקבל פרשנות לחוק לפיה, אין מניעה כי התאגיד יאשר ליוטיוב לשלב פרסומות בצמוד לתכני התאגיד המופצים ביוטיוב, תוך חלוקת ההכנסות מפרסום זה, בין יוטיוב לתאגיד.

בכבוד רב,



מרסיה צוגמן, עו"ד

מ"מ היועצת המשפטית

העתק: מר גיל עומר, יושב ראש מועצת תאגיד השידור הישראלי
מר גולן יוכפז, המנהל הכללי – תאגיד השידור הישראלי
עו"ד עדי ליברוס, מחלקת ייעוץ וחקיקה