

## 20 שנה להלכת א.ש.י.ר: מגמות בפסיקת בתי המשפט

### מאת

#### מרים מרקוביץ-ביטון ויפעת נחמיאס\*

פסק הדין ברע"א 5768/94 א.ש.י.ר יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ הינו פסק הדין המוביל לעניין היחס שבין דיני הקניין הרוחני לדיני עשיית עושר ולא במשפט. ואולם, העמדות השונות של שופטי ההרכב בעניין תחולת ההלכה ודרישת ה"יסוד הנוסף" יצרו חוסר ודאות ועמימות. אלו מקשים על הערכאות הנמוכות לחלץ מפסק הדין הלכה ברורה.

מאמר זה בוחן את האופן שבו נקלטה ויושמה הלכת א.ש.י.ר בפסיקת בית המשפט העליון ובפסיקת הערכאות הנמוכות יותר. המחקר מבוסס על ניתוח כמותי ואיכותני של פסקי הדין המאזכרים את הלכת א.ש.י.ר, תוך התייחסות לשנה שבה ניתן פסק הדין, הערכאה שבה נדון והענף מענפי הקניין הרוחני שאליה התייחס פסק הדין. המחקר גם בוחן שאלות מהותיות נוספות, כגון: האם התקבלה אחת או יותר מעילות התביעה? האם ניתן לתובע סעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט או מכוח דיני הקניין הרוחני? ומה הייתה גישת בתי המשפט לעניין תחולתה של הלכת א.ש.י.ר בפועל?

ממצאי המחקר מצביעים על כך כי סיכוייו של התובע לקבל סעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט גדולים לאין ערוך כאשר בית המשפט מאמץ גישה מרחיבה להלכת א.ש.י.ר. עם זאת, הנתונים שנאספו מלמדים שבפועל בתי המשפט, בכל הערכאות, כמעט ולא נתנו סעדים מכוחה של הלכת א.ש.י.ר. מסקנות אלו עולות בקנה אחד עם טענתנו שלהלכת א.ש.י.ר, כהלכה שאדניה נטועים בדיני עשיית עושר ולא במשפט, תיתכן הצדקה מתחום הצדק החלוקתי. ואולם, על המחוקק לתת מענה לכשלים חלוקתיים באמצעות שינוי ועיצוב מחדש של מנגנוני הזכויות הלא-רשומות בדיני הקניין הרוחני, ולא בדרך של הישענות על פסק דין עמום דוגמת א.ש.י.ר.

---

\* **מרים מרקוביץ-ביטון** היא מרצה בכירה בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן. **יפעת נחמיאס** היא חוקרת במרכז חת לחקר התחרות והרגולציה ועמיתת מחקר במרכז למשפט וטכנולוגיה באוניברסיטת חיפה.

הכותבות מבקשות להודות למר אלכסנדר קליין, אשר סייע בעריכת הניתוח הסטטיסטי, ולחברי מערכת דין ודברים על עבודתם ותרומתם בעריכת המאמר. תודה מיוחדת לפרופ' אורן גזל על הערותיו החשובות לעניין הניתוח הכמותי בשלבים מוקדמים של המחקר.

א. מבוא; ב. הלכת א.ש.י.ר.; ג. ביקורת המלומדים על הלכת א.ש.י.ר.; ד. ניתוח של פסיקת בית המשפט; 1. פסקי הדין שנבדקו; 2. הגורמים המשפיעים על קבלת סעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט; 3. הגורמים המשפיעים על קבלת הטענה בדבר עשיית עושר ולא במשפט; 4. ניתוח איכותני של פסיקת בתי המשפט; ה. הלכת א.ש.י.ר. ככלי לקידום צדק חלוקתי; 1. קניין רוחני ומגדר; 2. קניין רוחני ופערים אתניים, גזעיים, כלכליים ואחרים; 3. מאפייני רישום זכויות קניין רוחני בעלי השלכות חלוקתיות; 3.1. עלויות רישום זכות קניין רוחני; 3.2. הטיה אפשרית בבחינה עקב מעורבות אנושית בתהליך הרישום; 3.3. ידיעה בדבר קיום זכויות קניין רוחני רשומות והבנת ערכן; ו. סיכום.

## א. מבוא

עברו יותר מ-20 שנה מאז ניתן פסק הדין ברע"א 5768/94 א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ. במרכזו של פסק הדין עמדה לדיון שאלת תחולתם של דיני עשיית עושר ולא במשפט על מקרים שאינם מבססים את אחת מעילות דיני הקניין הרוחני. בפסק דין ארוך ומנומק, מהחשובים שנפסקו לעניין דיני עשיית עושר ולא במשפט, קבע בית המשפט כי דיני הקניין הרוחני אינם מהווים הסדר שלילי. במילים אחרות, ניתן להגן על תוצרים רוחניים אשר אינם מוגנים על ידי אחד מדיני הקניין הרוחני באמצעות דינים אחרים, לרבות דיני עשיית עושר ולא במשפט. עוד נקבעו אמות המידה לעניין השימוש בדיני עשיית עושר ולא במשפט לצד דיני הקניין הרוחני. מאז ניתנה ההלכה, ב-1998, נדרשו בית המשפט העליון וערכאות נמוכות לשאלת היקפה ויישומה, והתמודדו עם שאלות קשות בדבר פועלה בנסיבות שונות, זאת בעיקר לאור המחלוקות בין שופטי הרוב באשר לתחולת ההלכה ודרישת ה"יסוד הנוסף". בה בעת ספגה הלכת א.ש.י.ר. קיתונות של ביקורת בספרות האקדמית. למרות זאת נותרה הלכת א.ש.י.ר. על כנה, והיא מהווה עד היום את ההלכה המובילה לעניין היחס שבין דיני הקניין הרוחני ודיני עשיית עושר ולא במשפט. בשל הבעיות העקרוניות שבהלכת א.ש.י.ר., לא ייפלא שקליטתה ויישומה בפסיקת בית המשפט העליון ובפסיקת הערכאות הנמוכות יותר לא הייתה עקיבה וברורה.<sup>1</sup> אולם למיטב ידיעתנו, מלבד התייחסות

1 פרופ' מיגל דויטש טוען כי לנוכח המגמות הסותרות בפסיקת הערכאות הנמוכות, ובהיעדר ערך תקדימי להחלטות אלה, ראוי להתמקד בפסיקת בית המשפט העליון. ראו: מיגל דויטש, "תחרות לא הוגנת והלכת א.ש.י.ר.", עורך הדין 84 (תשע"ג) (להלן: מיגל דויטש – תחרות לא הוגנת). ניתן למצוא פסקי דין של בית המשפט העליון המאמצים את הלכת א.ש.י.ר. ראו למשל: ע"א 2287/00 שוהם מכונות ומבלטים בע"מ נ' הרר (פורסם בנבו, 2005) (להלן: עניין שוהם 2005); ע"א 7598/01 אונלי – תאורה בע"מ נ' ANTARES (פורסם בנבו, 2002).

תאורטית-אנקדוטלית ותמציתית בספרות האקדמית, לא נבחנה סוגיה זו באופן מעמיק. במאמר זה ביקשנו לפיכך למלא את החסר בספרות המשפטית ולבחון את פועלה של הלכת א.ש.י.ר בבחינה כמותית, לצד בדיקת מגמות בקליטתה וביישומה בפסיקת בתי המשפט.

ייחודו של מחקר זה בכך שהוא מציע ניתוח כמותי ראשון מסוגו של הפסיקה שלאחר פסק הדין בעניין א.ש.י.ר ושל המגמות העולות ממנה. לשם כך בחנו את פסקי הדין המאזכרים את הלכת א.ש.י.ר תוך התייחסות לשנה שבה ניתן פסק הדין, הערכאה שבה נדון והענף מענפי הקניין הרוחני שאליו התייחס פסק הדין. המחקר אף בחן שאלות מהותיות נוספות, כגון: האם התקבלה אחת או יותר מעילות התביעה? האם ניתן לתובע סעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט או מכוח דיני הקניין הרוחני? האם במוקד הסכסוך עומדת זכות קניינית שניתן לרושמה באחד ממרשמי הקניין הרוחני של ישראל אם לא? מה הייתה גישת בתי המשפט לעניין תחולתה של הלכת א.ש.י.ר בפועל? לצורך כך הבחנו, כמקובל במחקרים כמותניים מסוג זה, בין כמה קטגוריות: גישה מצמצמת, גישה חיובית וגישה מרחיבה.<sup>2</sup>

הממצאים מצביעים על כך שקיים קשר מובהק בין גישת בית המשפט להלכת א.ש.י.ר ובין קבלת סעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. ליתר דיוק, סיכוייו של התובע לקבל סעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט גדולים לאין ערוך כאשר בית המשפט מאמץ גישה מרחיבה להלכת א.ש.י.ר. זאת ועוד, למרות הרטוריקה החיובית העולה מדברי בית המשפט בנוגע להלכה, הנתונים שנאספו מלמדים שבפועל בתי המשפט, בכל הערכאות, כמעט ולא נתנו סעדים מכוחה. מדובר במדיניות סדורה בכל ענפי הקניין הרוחני. למרות זאת, אנו סבורות כי להלכת א.ש.י.ר, כהלכה שאדניה נטועים בדיני עשיית עושר ולא במשפט, תיתכן הצדקה מתחום הצדק החלוקתי. יתרה מזו, יש לה יכולת למלא חסר חלוקתי חשוב בנוגע לזכויות קניין רוחני רשומות ואף בנוגע לזכויות קניין רוחני שאינן רשומות. עם זאת, ועל אף הפוטנציאל החלוקתי החשוב, אנו טוענות כי יש לתת מענה לכשלים חלוקתיים אלו באמצעות שינוי ועיצוב מחדש של מנגנוני הזכויות הלא-רשומות בדיני הקניין הרוחני, ולא בדרך של הישענות על פסק דין עמום.

מבנה המאמר יהיה כדלקמן: חלק ב יסקור את הלכת א.ש.י.ר ואת השאלות המרכזיות אשר עמדו לפתחו של בית המשפט. בין היתר תיבחן הכרעת בית המשפט ויודגשו נקודות המחלוקת בין שופטי ההרכב בעניין תחולת ההלכה ודרישת ה"יסוד הנוסף". חלק ג יעסוק בביקורות על הלכת א.ש.י.ר בשנים שחלפו מאז ניתנה, ידגיש את הקשיים המתעוררים לנוכח ההכרה בעילה מכוח עשיית עושר ולא במשפט לצד דיני הקניין הרוחני, לרבות יצירת אי־ודאות, הפרת האיזון שהושג בדיני הקניין הרוחני ופגיעה בנחלת הכלל ובחדשנות. חלק ד יציע ניתוח כמותי ראשון מסוגו של פסקי הדין

2 הרחבה לעניין זה ראה בחלק ד'.

המאזכרים את הלכת א.ש.י.ר, דיון מהותי בתוצאות הניתוח והתייחסות למגמות שזוהו במהלכו. בין היתר יוצג מאגר פסקי הדין, יתוארו מגמות בפסיקת בתי המשפט והגישות השונות להלכת א.ש.י.ר (גישה מצמצמת, גישה חיובית וגישה מרחיבה). לאחר מכן ייבחן הקשר שבין הסעד ועילת עשיית עושר ולא במשפט ובין ענפי הקניין הרוחני, הערכאה הפוסקת וגישת בית המשפט הדין בסוגיה. חלק ה יציג לפני הקורא היבטים חלוקתיים של דיני הקניין הרוחני. יידונו בו חסמים מרכזיים לגישה למרשמי זכויות, ויודגש הפוטנציאל של הלכת א.ש.י.ר במילוי חסרים חלוקתיים. חלק ו של המאמר יכלול סיכום ויציג את מסקנות המחקר.

## ב. הלכת א.ש.י.ר

הלכת א.ש.י.ר<sup>3</sup> עוסקת ביחסים המורכבים שבין דיני עשיית עושר ולא במשפט ובין דיני הקניין הרוחני. כדי להבין את השלכותיה הרחבות של ההלכה שנפסקה, החורגות בהרבה מן העניין שנדון בפסק הדין, עלינו לבחון תחילה את הוראות דיני עשיית עושר ולא במשפט.

סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט (להלן: חוק עשיית עושר, או: החוק) קובע כי "מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן: הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן: המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכייה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה – לשלם לו את שוויה [...]".<sup>4</sup> סעיף 2 לחוק מגביל את פועלו של סעיף 1 לחוק וקובע פטור מחובת ההשבה "אם ראה שהזוכה לא הייתה כרוכה בחסרון המזכה או שראה נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת".<sup>5</sup> בכך עוגן למעשה בחקיקה הישראלית העיקרון הכללי בעניין עשיית עושר ולא במשפט.<sup>6</sup> ואולם, סעיף 6(א) לחוק מוסיף ומורה כי "הוראות חוק זה יחולו כשאין בחוק אחר הוראות מיוחדות לעניין הנדון [...]".<sup>7</sup> אחת השאלות המעניינות והמרכזיות בהקשר זה אפוא היא שאלת תחולתם של דיני עשיית עושר ולא במשפט על מקרים שאינם מבססים את אחת מעילות הקניין הרוחני. במילים אחרות, **השאלה היא אם דיני הקניין הרוחני קובעים הסדר שלילי בעניין תוצרים רוחניים אשר אינם מוגנים על ידי דיני הקניין הרוחני**.<sup>8</sup>

3 רע"א 5768/94 א.ש.י.ר יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289 (1998) (להלן: עניין א.ש.י.ר).

4 סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט–1979, ס"ח 924.

5 סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט.

6 דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור, דיני עשיית עושר ולא במשפט, (כרך א, 2015) בעמ' 40–42 (להלן: פרידמן ושפירא בר-אור).

7 סעיף 6(א) לחוק עשיית עושר ולא במשפט.

8 היטיב לנסח שאלה זו השופט חשין בעניין א.ש.י.ר: "שמעון מייצר מוצר מסוים אך אינו עושה לרישומו, לא כמידגם ולא כפטנט. ראובן מעתיק את המוצר ומשווקו לכל דורש

התשובה על שאלה זו אינה פשוטה כלל וכלל, שכן, כפי שהובהר בעמדת היועץ המשפטי לממשלה בעניין Fisher Price Inc.<sup>9</sup>, כבואנו לדרון ביחס שבין דיני הקניין הרוחני ובין דיני עשיית עושר ולא במשפט ניתן להבחין בין חמישה מקרים שונים, כמפורט להלן:

- (א) בהתקיים הגנה מכוח דיני הקניין הרוחני;
- (ב) בפקוע ההגנה מכוח דיני הקניין הרוחני;
- (ג) בהישלל היכולת לזכות בהגנה מכוח דיני הקניין הרוחני בשל הוראה מפורשת (למשל סוגי אמצאות שאינן כשירות, רעיון, תהליך ושיטת ביצוע, מושג מתמטי, עובדה או נתון, חדשות היום);
- (ד) בהישלל היכולת לזכות בהגנה מכוח דיני הקניין הרוחני בשל הוראה משתמעת, כיוון שהתוצר הרוחני הרלוונטי אינו עומד בתנאי הכשירות הנדרשים (למשל יצירה שאינה מקורית, אמצאה או מדגם שאינם חדשים);
- (ה) כאשר התוצר הרוחני כשיר להגנה, אך לא נקטו ההליכים המתאימים להסדרתה.<sup>10</sup>

אחת הפרשיות הראשונות שבהן נדרשו בתי המשפט לקשר שבין דיני עשיית עושר ובין דיני הקניין הרוחני נדונה בבית המשפט המחוזי בתל אביב בעניין **אנימה אופנה**.<sup>11</sup> במקרה זה דן בית המשפט בשאלת חופש החיקוי וההעתקה של תוצרים רוחניים אשר אינם מוגנים על פי דיני הקניין הרוחני. בפסיקה תקדימית זו הכיר השופט שטרומן, לראשונה במפורש, בהגנת דיני עשיית עושר במקרים של חיקוי והעתקה, ומכוחה העניק לתובעת צו מניעה. יתרה מזו, נקבע כי הפרשנות הראויה של חקיקת דיני הקניין הרוחני היא שזו איננה שוללת הגנה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, בין אם הקניין רשום ובין אם לאו.<sup>12</sup>

9 בנסיבות בהן לא קמה לזכותו של שמעון עילה בעוולה של גניבת עין, ובוודאי אין הוא יכול לגדור עצמו במשפט המידגמים והפטנטים. שאלה: האם בנסיבות אלו – בהן לא קמה לו לשמעון זכות, לא בדיני הקניין הרוחני ולא בעוולה של גניבת עין – יכול שמעון שיזכה בעילה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט? עניין **א.ש.י.ר** (לעיל, הערה 3) בעמ' 289.

10 בחודש מאי ובחודש יוני 2016 הוגשו שתי עמדות של היועץ המשפטי לממשלה בענייני ליבה הקשורים לדיני הקניין הרוחני, בין היתר על רקע הליכי החקיקה של הצעת חוק העיצובים, התשע"ה–2015, שנוסחה וגובשה במחלקת ייעוץ וחקיקה (אזורי). ראו: "עמדות היועץ המשפטי לממשלה בדבר החפיפה בין דיני זכות יוצרים לבין דיני המדגמים ובדבר הלכת א.ש.י.ר" **עמדות היועץ המשפטי לממשלה** 24.08.2016 (תשע"ו) [www.justice.gov.il/Publications/Articles/Pages/AttorneyDecisionAugust24.aspx](http://www.justice.gov.il/Publications/Articles/Pages/AttorneyDecisionAugust24.aspx).

11 שם, פסקה 33 להתייחסות המשלימה מטעם היועץ המשפטי לממשלה.

12 ת"א (מחוזי ת"א) 1572/93 **אנימה אופנה בע"מ נ' בלן** (פורסם בנבו, 1994) (להלן: עניין **אנימה אופנה**).

12 בלשונו של בית המשפט: "לכן הפרשנות הראויה של החקיקה בדיני הקניין הרוחני איננה זו השוללת מבעלי הקניין הרוחני כל הגנה שאינה מעוגנת באותם דינים אלא זו המקנה לו

על בסיס החלטה זו הכירו הערכאות המחוזיות בשורה של פסקי דין בתחולתה של עילת עשיית עושר ולא במשפט בנסיבות שבהן אין עילה מכוח דיני הקניין הרוחני, ומכוחה נאותו להעניק לתובעים סעד של צו מניעה זמני במקרים של חיקוי והעתקה,<sup>13</sup> זאת בין שהיה מדובר בסוגיה שבמרכזה עמדה זכות שנרשמה באחד ממרשמי זכויות הקניין הרוחני שבישראל ובין אם לאו.

אלא שבהיעדר התייחסות מפורשת בחקיקה או בפסיקת בית המשפט העליון, לא הצליח פסק דינו של השופט שטרומן להתיר את הספק בנוגע ליחס שבין דיני עשיית עושר ובין דיני הקניין הרוחני.<sup>14</sup> כך הגיעה הסוגייה לפתחו של בית המשפט העליון בעניין א.ש.י.ר.<sup>15</sup>

בעניין א.ש.י.ר. אוחדו לדיון שלושה מקרים שבהם לא עמדה לתובעים עילה ספציפית מכוח דיני הקניין הרוחני. הראשון היה ערעור על פסק דינו של השופט שטרומן, שבו ניתן צו מניעה זמני האוסר על הנתבע להעתיק אביזרי אמבטיה אשר יובאו ושווקו על ידי המשיבה בבלעדיות, אף שהמוצרים לא נרשמו כמדגמים וגם שווקו ללא סימן המזהה את היצרן.<sup>16</sup> השני היה ערעור על פסק דינו של השופט הומינר, שבו הוצא צו מניעה זמני אשר אסר על הנתבעים להעתיק מבלטים ששימשו לייצור מסגרות אלומיניום. במקרה זה רשמה המשיבה מדגמים לחלקים של המערכת, אולם לא למבלט עצמו.<sup>17</sup> השלישי היה ערעור על החלטתה של השופטת עדנה ארבל להעניק לתובעים, אשר פיתחו לכאורה רעיון העוסק בטכניקת ייצור של אלבומי תמונות, צו מניעה זמני שאסר על הנתבעים להעתיק את הטכניקה של ייצור האלבומים.<sup>18</sup>

את הגנת דיני הקניין הרוחני במלוא תקפם ותחולתם, כאשר זכה ברישום קנינו בספרי הקניין, ונותנת לו את ההגנה ההולמת המקובלת בבית-המשפט לכל בעל דין בריבו עם מי שגוזל את קנינו, בין אם הקניין רשום בספרים המנוהלים על פי דין לאותם נכסים ובין אם לאו.<sup>19</sup> עניין **אנימה אופנה** (לעיל, הערה 11), פסקה 5 לפסק דינו של השופט שטרומן. מנגד ראו: חוות דעתו של השופט גדעון גינת בת"א (שלום נצ') 552/90 **שוורץ נ' מאונר**, פ"מ תשנ"ד(3) 147 (1992).

13 פרידמן ושפירא בר-אור (לעיל, הערה 6) בעמ' 504. ראו גם: י' וח' קלדרון, **חיקויים מסחריים בישראל**, (תשנ"ז) בעמ' 299.

14 עופר גרוסקופף, **אופקים חדשים במשפט – הגנה על כללי תחרות באמצעות דיני עשיית עושר ולא במשפט**, (תשס"ב) בעמ' 308 (להלן: גרוסקופף, **אופקים חדשים במשפט**).

15 בחינת תחולתם של דיני הקניין הרוחני לצד דיני עשיית עושר ולא במשפט התעוררה עקב אי-הוודאות שנוצרה לאחר הפסיקה בדיון הנוסף בעניין **אדרס**. שם העניק בית המשפט העליון לדיני עשיית עושר ולא במשפט מעמד רב-תוקף – כמעין נשר גדול הפרש כנפיו – במשפט הישראלי. ראו: ד"נ 20/82 **אדרס חומרי בנין בע"מ נ' הרלו את ג'ונס ג.מ.ב.ה. דואיסבורד**, פ"ד מב(1) 221 (1998).

16 עניין א.ש.י.ר. (לעיל, הערה 3) בעמ' 309.

17 ראו: רע"א 5614/95 **הרר נ' שוהם מעונות ומבלטים בע"מ**, פ"ד נב(4) 289 (1998).

18 ראו: רע"א 993/96 **אתר תעשיות פלסטיק בע"מ נ' מפעל אלבומים ומוצרי פרסום בע"מ**, פ"ד נב(4) 289 (1998).

עניין א.ש.י.ר מסמל את נקודת המפנה ביחס שבין דיני הקניין הרוחני ובין דיני עשיית עושר ולא במשפט,<sup>19</sup> הואיל ובפרשה זו הכיר בית המשפט העליון לראשונה בכך שיש בכוחם של דיני עשיית עושר להעניק הגנה לאינטרסים שלא זכו להגנה לפי דיני הקניין הרוחני.<sup>20</sup> עם זאת, פסק הדין לא הצליח לפזר את אי-הוודאות בעניין היחס המדויק שבין שני ענפי משפט אלו, במידה רבה בשל המחלוקת בין שופטי ההרכב בפרשה זו, כפי שיפורט להלן.

ככלל, ניתן לומר כי למעט השופט אנגלרד,<sup>21</sup> יתר שופטי בית המשפט העליון הכירו בכך שבנסיבות מסוימות גם מדגם לא רשום ראוי להגנה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, והיינו אין לראות בהיעדר זכאות במסגרת דיני הקניין הרוחני משום הסדר שלילי השולל פנייה לדיני עשיית עושר ולא במשפט.<sup>22</sup> ברם, שופטי הרוב לא הצליחו להגיע להסכמה בדבר גבולותיה של ההגנה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, והם הותירו לכל הפחות שתי סוגיות מרכזיות ללא מענה: האחת היא היקפה הראוי של ההגנה האמורה, והאחרת היא הגדרתו של ה"יסוד הנוסף" הנדרש בנסיבות אלה.

מצד אחד עומדת גישתו המצמצמת של השופט חשין, הסבור כי אין להעניק לתובע סעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, אלא במקרים נדירים ובהתקיים "יסוד נוסף".<sup>23</sup> השופט חשין הכיר בקושי שבאי-החלתם של דיני הקניין הרוחני על מצבים שבהם ניתן להשתמש חינום ביציר כפיהם של אחרים, שהשקיעו בו מאמץ רב, אולם הוא סבר שהפתרון חייב להיות בחקיקה, שכן שיקולים כבדי משקל עומדים על הפרק, כאלה שאין לשוקלם באמצעות פיתוח פסיקתי.<sup>24</sup> בצד האחר של הסקאלה עומדת גישתו המרחיבה של השופט זמיר. לגישתו, אין הכרח שיתקיים "יסוד נוסף", והעתקה בעלת חומרה מיוחדת תספיק כדי לבסס עילה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט.<sup>25</sup> לעומתם, השופטים ברק, לוין ושטרסברג-כהן אינם מגבילים את תחולת דיני עשיית עושר ולא במשפט למקרים נדירים, אך עומדים על דרישת ה"יסוד הנוסף" כתנאי למתן סעד.<sup>26</sup> הנה

19 עניין א.ש.י.ר (לעיל, הערה 3).

20 פרידמן ושפירא בר-אור (לעיל, הערה 6) בעמ' 95.

21 אשר סבר כי כאשר דיני הקניין הרוחני אינם מעניקים סעד, לא יחולו דיני עשיית עושר ולא במשפט. ראו, עניין א.ש.י.ר, (לעיל, הערה 3) בעמ' 440-441. לבחינה ביקורתית של עמדת השופט אנגלרד ראו עופר גרוסקופף, "הגישה העקרונית המצמצמת לדיני עשיית עושר ולא במשפט", ספר יצחק אנגלרד (דפנה ברק ארז וגדעון ספיר – עורכים, תש"ע) 191.

22 ראו: גרוסקופף – אופקים חדשים במשפט (לעיל, הערה 14) בעמ' 309-312.

23 ראו: פסיקתו של השופט חשין, עניין א.ש.י.ר (לעיל, הערה 3) בעמ' 370-371, 378-379. חשוב להבהיר כי השופט חשין לא פסל על הסף את היתכנותם של מקרים המצדיקים מתן סעד כאשר יש הסדר שלילי, בנסיבות שבהן מתקיים ה"יסוד הנוסף".

24 שם, בעמ' 378-382.

25 שם, פסיקתו של השופט זמיר בעמ' 490-491. עם זאת, חשוב לציין כי ניתן לראות בדרישת ה"חומרה המיוחדת" מעין "יסוד נוסף".

26 פרידמן ושפירא בר-אור (לעיל, הערה 6), בעמ' 505-506.

כי כן, ה"יסוד הנוסף" הינו נדבך חשוב בהכרעת שופטי הרוכ. ואולם, כפי שצוין לעיל, היקפו של אותו "יסוד הנוסף" עמד גם הוא במוקד המחלוקת בין שופטי בית המשפט העליון. כדי להבין את הקושי שהלכת א.ש.ר. עודנה מעוררת עלינו לבחון לעומק את נקודות ההשקה ונקודות המחלוקת בין שופטי ההרכב.

השופט חשין גורס כי דיני הקניין הרוחני אינם בגדר הסדר השולל אפריונית את תחולתם של דיני עשיית עושר.<sup>27</sup> ואולם, לגישתו לא תהיה תחולה לדיני עשיית עושר אלא כאשר מתקיים "יסוד נוסף" או כאשר מדובר ב"אירועי שוליים". השופט חשין סבר כי ה"יסוד הנוסף" הנדרש חייב שיהיה בעל עוצמה ניכרת, שיש בה כדי "להוציא את עניינו של פלוני מחגורת ההסדר השלילי המקיפה את החוק [...]".<sup>28</sup> עוצמה כזאת מתקיימת, למשל, במקרים של תרמית והטעיה או כששיקולים נוספים של אופי הפגיעה באינטרס הנפגע, התנהגות הצדדים בדרך כלל וטיב הפעילות שמכוחה זכה הנתבע ברווח מטים את כף המאזניים.<sup>29</sup> כאשר ל"אירועי השוליים", השופט חשין מבהיר כי מדובר באירועים הנופלים בגדרי דיני הקניין הרוחני, אולם הם כה לא אופייניים, עד שהמחוקק או בתי המשפט לא נתנו עליהם את דעתם. ייתכן שאילו נתן המחוקק את דעתו על עניינים אלה, היה מוציאם מגדרי דיני הקניין הרוחני. ואולם, מאחר שלא כך קרה, יש להותיר, לדברי השופט חשין, פתח צר להחלת דיני עשיית עושר. זאת ועוד, השופט חשין סבר כי בסוג מקרים זה תהיה הדרישה ל"יסוד נוסף" חלש יותר.<sup>30</sup>

לעומת גישתו המצמצמת של השופט חשין, השופטת שטרסברג-כהן סברה שלא בכל מקום שבו המחוקק שותק מתקיים הסדר שלילי.<sup>31</sup> לדידה, יוסק הסדר שלילי רק אם יש ניגוד חריף וישיר בין דבר החקיקה ובין דיני עשיית עושר ולא במשפט. בכל מקרה שבו אין הדבר מתחייב מן הכתוב בחוק ומתכליתו, לא יימצא הסדר שלילי. לדבריה, דיני הקניין הרוחני אינם יוצרים הסדר שלילי. על כן לדעתה, לצורך ביסוס טענה מכוח דיני עשיית עושר, די בעמידה ברף הנמוך של ביסוס התנהגות פסולה וחסרת תום לב הפוגעת בחוש ההגינות והצדק.<sup>32</sup> לגישתה, ככל שהדבר נוגע לרעיונות ותוצרים שאינם באים בגדרם של דיני הקניין הרוחני, כדי לבסס את קיומו של ה"יסוד הנוסף", על הרעיון המועתק להיות מסוים, ניתן להגדרה, חדשני, ייחודי ויישומי, ועליו להיות רעיון שבעליו השתמשו בו או שבכוונתם להשתמש בו.<sup>33</sup> זאת ועוד, ככל שהמאמץ והמשאבים שהושקעו במוצר המועתק רבים יותר, כך יהיה היצרן ראוי יותר לחסות תחת כנפי דיני

27 עניין א.ש.ר. (לעיל, הערה 3), בעמ' 373.

28 שם, בעמ' 374.

29 שם, בעמ' 373–374.

30 שם, בעמ' 375.

31 שם, בעמ' 422.

32 שם, בעמ' 430–431.

33 שם.



עשיית עושר ולא במשפט. מעבר לכך, השופטת שטרסברג-כהן מבהירה כי על הזוכה להיות מודע לכך שהוא מעתיק מוצר פרי רעיונו של אחר.<sup>34</sup> השופט ברק, שאליו הצטרף השופט אור,<sup>35</sup> סבר אף הוא שלצורך קבלת סעד לפי דיני עשיית עושר ולא במשפט נדרש קיומו של "יסוד נוסף". היסוד הנוסף המזכר, לדעתו, בהשבה מאת אדם שהפיק טובת הנאה מחיקוי או מהעתקה של מוצר הוא מצב דברים שבו ההעתקה או החיקוי נעשו תוך הפרתו של עקרון תום הלב האובייקטיבי. עקרון תום הלב האובייקטיבי מופר כאשר החיקוי או ההעתקה נעשו בנסיבות של תחרות בלתי הוגנת, אף שהתחרות הבלתי הוגנת טרם הוכרה כעוולה בשיטת המשפט הישראלית.<sup>36</sup> את השאלה אם דיני הקניין הרוחני יוצרים הסדר שלילי, כפי שסבר השופט שנין, השאיר השופט ברק ב"צריך עיון".<sup>37</sup> עם זאת הסכים השופט ברק שבבחינת השאלה אם נתונה זכות השבה מכוח דיני עשיית עושר, יש להביא בחשבון את ההסדרים והאיזונים שנקבעו בדיני הקניין הרוחני. כמו כן, להשקפתו, כאשר בוחנים אם טובת הנאה היא "שלא על פי זכות שבדין", יש להתחשב, בין השאר, בכך שחוקי הקניין הרוחני לא הכירו בזכות הקניין הרוחני של בעל המוצר.<sup>38</sup>

לדעת השופט ברק, רשימת המצבים המוכרים מכוח דיני עשיית עושר אינה רשימה סגורה. הוא סבור כי הבסיס לחובת ההשבה הוא ציפייה של המזכר.<sup>39</sup> לדבריו, השיקולים המגבשים חובת השבה זו הם שיקולי צדק ויושר, ומבחינים אלה הם מבחינים אובייקטיביים.<sup>40</sup> לשם גיבוש החלטה בעניין חובה זו יש לאזן בין שני ערכים ואינטרסים: האחד הוא חופש העיסוק, חופש התחרות הנגזר ממנו, והתפיסה שרעיונות ומחשבות יהיו חופשיים לכל שימוש; האחר הוא הרצון לעודד חשיבה ויצירה לשם קידום הפרט והחברה. ההתנהגות שתקים עילה לפי דיני עשיית עושר ולא במשפט היא תחרות בלתי הוגנת, הנוגדת את מידות המסחר ההוגן.<sup>41</sup> עם זאת, אין די בתחרות בלתי הוגנת, ונדרש "יסוד נוסף". אותו "יסוד נוסף" יהיה בדרך כלל היבט של יצירתיות ומאמץ: ככל שהיצירה חשובה יותר, חדשנית יותר, ייחודית יותר ובעלת תרומה מהותית יותר, כך תהיה נטייה גדולה יותר לראות בחיקויה או בהעתקתה משום תחרות בלתי הוגנת. כן יש להתחשב במאמץ שהשקיעו היוצר והמעתיק.<sup>42</sup> השופט ברק אף הדגיש שתגבר הנטייה לראות בהעתקה ובחיקוי תחרות בלתי הוגנת אם התרת ההעתקה או החיקוי כאמור

34 שם.

35 ראו: פסיקתו של השופט אור, שם, בעמ' 488.

36 ראו: פסיקתו של הנשיא ברק, שם, בעמ' 449.

37 שם, בעמ' 454.

38 שם, בעמ' 456.

39 שם, בעמ' 462–464.

40 שם, בעמ' 466.

41 שם, בעמ' 473–474.

42 שם, בעמ' 478.

עלולה להרתיע יצרנים מפיתוח מוצרים.<sup>43</sup> יש אף להתחשב בתום הלב של המעתיק ולבחון אם ההעתקה נעשתה כשהוא מודע למעשה ההעתקה אם לאו.<sup>44</sup> השופט זמיר הסכים לדעת הרוב, שלפיה אין דיני הקניין הרוחני בבחינת הסדר שלילי המונע מתן הגנה לתוצרים רוחניים מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. ואולם, הוא הסתייג מההלכה המחייבת "יסוד נוסף" לצורך הכרה בעילת עשיית עושר ולא במשפט.<sup>45</sup> לדעתו, כאשר טובת הציבור והצדק מחייבים זאת, די בהעתקה בעלת חומרה מיוחדת, בלא צורך ב"יסוד נוסף".<sup>46</sup> אותה חומרה מיוחדת תצמח, לדעתו של השופט זמיר, משילוב נסיבות הנוגעות הן ליצרן והן למעתיק. כך לדוגמה, חומרה מיוחדת תצמח במקרים של העתקה מלאה של המוצר, להבדיל מהשראה, חיקוי או העתקה חלקית, שנעשתה ביודעין ובמתכוון.<sup>47</sup>

השופט לוין הסכים גם הוא לעמדת שופטי הרוב, על פיה אין דיני הקניין הרוחני מהווים הסדר שלילי. ואולם, לגישתו הסיבה לכך היא שדיני הקניין הרוחני ודיני עשיית העושר מצויים במישורים שונים. דיני הקניין הרוחני מגינים על בעל הזכות כלפי מספר לא מוגדר של בני אדם, ואילו דיני עשיית עושר מצויים במשפחת הזכויות האובליגטוריות.<sup>48</sup> בשל כך, אף על פי שאין מניעה מבחינת דיני הקניין הרוחני להעניק הגנה וסעד מכוח עילת עשיית עושר ולא במשפט, סבר השופט לוין שיש להוסיף להכרה בעילת עשיית העושר סייג נוסף, והוא שעל העותר לסעד להסביר מדוע לא רשם את זכותו באמצעות ענפי הקניין הרוחני השונים.<sup>49</sup>

הנה כי כן, לדעת שופטי הרוב בעניין א.ש.י.ר, אין לראות בהיעדר זכאות לסעד במסגרת דיני הקניין הרוחני משום הסדר שלילי השולל פנייה לדיני עשיית עושר ולא במשפט.<sup>50</sup> לגישתם, אין מדובר בהקניית קניין רוחני של ממש, אלא אך בזכות להשבת ההתעשרות שנעשתה שלא כדין.<sup>51</sup> על פי גישה זו תוכר זכות השבה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט כאשר ישנה ציפייה והתקיים ה"יסוד הנוסף" בקשר לאותו מתעשר שלא כדין.<sup>52</sup> עם זאת, נראה שטיבו של ה"יסוד הנוסף" לא התבהר די צורכו, ולא ברור אם גישתו של ברק היא שאומצה לבסוף בהלכת א.ש.י.ר (היעדר תום לב ותחרות בלתי

43 שם, בעמ' 479.

44 שם, בעמ' 484.

45 שם, בעמ' 491–492 לפסק דינו של השופט זמיר.

46 שם, בעמ' 492.

47 שם.

48 שם, בעמ' 500.

49 שם, בעמ' 501.

50 ראו: גרוסקופף – אופקים חדשים במשפט (לעיל, הערה 14) בעמ' 309–312.

51 עניין א.ש.י.ר (לעיל, הערה 3) בעמ' 451.

52 הדרישה לקיומו של "יסוד נוסף" היא דרישה מהותית בעניין א.ש.י.ר (לעיל, הערה 3). ראו: מיגל דויטש, עולות מסחריות וסודות מסחר (2002) בעמ' 103–280 (להלן: מיגל דויטש, עולות מסחריות).

הוגנת) או שמא גישה אחרת.<sup>53</sup> ה"יסוד הנוסף" מצטרף אפוא למערכת מונחים עמומה, והגדרתו בפסק הדין אינה ברורה דיה. במילים אחרות, אף שפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין א.ש.י.ר נועד להפיג את אי-הוודאות בכל הנוגע למערכת היחסים שבין דיני הקניין הרוחני לדיני עשיית עושר ולא במשפט, בפועל פסק הדין הוסיף לעמימות בשאלת יכולת ההסתמכות על דיני עשיית עושר ולא במשפט כמקור הגנה, ובשאלת היקפה של הגנה זו. אשר על כן, לא ייפלא כי קליטה ויישומה של הלכת א.ש.י.ר בפסיקת בית המשפט העליון ובערכאות נמוכות יותר לא הייתה עקיבה וברורה.<sup>54</sup> בטרם נבחן את המגמות בפסיקת בתי המשפט, נפנה תחילה לביקורות המלומדים על הלכת א.ש.י.ר כפי שהיא באה לידי ביטוי בספרות.

### ג. ביקורות המלומדים על הלכת א.ש.י.ר

ככלל ניתן לומר כי הלכת א.ש.י.ר עוררה קשיים רבים בשל עמימותה וחוסר בהירותה. יתרה מזו, לא ברור באילו נסיבות תחול, ומתי יתקיים אותו "יסוד נוסף" הנדרש לצורך תחולתה. שימוש במושגים כמו "תחרות לא הוגנת" או "חוסר תום לב" להגדרת אותו יסוד נוסף אינו מקדם את ההבנה באשר למהות היסוד הנוסף, בעיקר במציאות שבה העתקה היא ברירת המחדל החוקית, המוצדקת גם על בסיס קידום של ערכי תחרות חופשית וערכי חופש העיסוק. אף הדוגמאות שנתנו השופטים בפסק הדין לנסיבות שבהן יתקיים אותו "יסוד נוסף" אינן מועילות. כך לדוגמה, מצבים של העתקת מידע על ידי עובד או על ידי סוכן לשעבר בבית עסק מתוארים בפסק הדין כמצבים שבהם מתקיים אותו "יסוד נוסף". אין חולק שדיני העבודה מטפלים במצבים כאמור על יסוד חובות אמון או חובות תום לב המוטלות על עובדים, ודיני החוזים מטפלים בהם על בסיס ההסכם החוזי שבין הסוכן לבעל העסק, לרבות חובות תום הלב הנלוות להם, ולפיכך נראה כי במקרים אלה אין צורך להידרש להלכה המבוססת על אדני דיני עשיית עושר ולא במשפט.

מלבד הקושי להבין וליישם את הלכת א.ש.י.ר, ההלכה מעוררת קשיים רבים מן הבחינה העקרונית, ואלה מעוררים ספק אם היא רצויה. כפי שטענו פרופ' אלקין-קורן ומלומדים נוספים, השימוש בדיני עשיית עושר ולא במשפט ובהלכת א.ש.י.ר לצורך הגנה על מוצרים שאינם זוכים בהגנה לפי דיני הקניין הרוחני המסורתיים, אינו ראוי, בין היתר כיוון שדיני עשיית עושר ולא במשפט יכולים, בנסיבות מסוימות, להעניק ליצרני

53 זאת ועוד, יש שופטים הגורסים כי "היסוד הנוסף" שאומץ בפסיקה "אינו מאפשר בחינה ממשית, והוא חסר פשר". ראו: ת"א (מחוזי מר') 5770-08-07 אפקים נרחבים בניה והשקעות 1990 בע"מ נ' חזקיאל, פס' 42 לפסק דינה של השופטת שטמר (פורסם בנבו, 2011) (להלן: עניין חזקיאל).

54 ראו: לעיל, הערה 1.

מוצרים זכות חזקה מזו שהיו מעניקים להם דיני הקניין הרוחני. בכך יש כדי להפר את מערכת האיזונים הפנימית של דיני הקניין הרוחני. זאת ועוד, הכרה בהגנה מכוח דיני עשיית עושר עלולה לגרום להרתעת יתר, חוסר ודאות בשוק ובמשפט, צמצומה של נחלת הכלל ועלייה בהוצאות בגין התדיינות משפטית.<sup>55</sup>

פרופ' עופר גרוסקופף מאמץ גישה ביקורתית להלכת א.ש.י.ר, אך מנגד הוא אינו מציע לבטלה כליל. הוא סבור כי פסק הדין בעניין א.ש.י.ר משקף את ניסיון שופטי ההרכב לתת ביטוי לתפיסות הצדק שלהם ולהכריע באמצעותן בסכסוך שלפניהם.<sup>56</sup> להשקפתו, במתחם שבין עמדתו המצמצמת של השופט חשין ובין עמדתו המרחיבה של השופט זמיר ניתן בנקל להכניס כמעט כל הכרעה אפשרית. כך, גם דרישת ה"סוד הנוסף" משקפת את הדלות של כללי ההכרעה. אם כן, הבעיה המרכזית לגישתו היא שריבוי הדעות מקשה לחלץ מפסק הדין הלכה מנחה. חמור מכך, הכרעות השופטים מתמקדות בשאלה כיצד צודק להכריע בין הצדדים בנסיבות שהובאו להכרעה השיפוטית. לפיכך הן מתעלמות מהתפקיד המרכזי שהמשפט יכול למלא בהכוונת התנהגות הצדדים ובעיצוב ראוי של מבנה השוק בעתיד.

למרות ביקורת זו על הלכת א.ש.י.ר, גרוסקופף סבור כי ראוי להשתמש בה אם כי במצבים מוגבלים מאוד. לדבריו, ראוי להחיל את הלכת א.ש.י.ר רק במצב שבו דיני הקניין הרוחני אינם מכירים באינטרס מסוים כאינטרס ברהגנה, והשימוש בדיני עשיית עושר ולא במשפט יהיה לשם יצירת זכות משפטית חדשה. עם זאת, דיני עשיית עושר ולא במשפט אינם כוללים כל הנחיה בנוגע לשאלה מתי ראוי ליצור הגנה כזו. גרוסקופף גורס שהשימוש בהלכת א.ש.י.ר צריך להיות מצומצם, מכיוון שמתן זכות קניינית לבעל רעיון פירושו יצירת מונופול המונע כליל תחרות בקשר לאותו אינטרס. מבחינה זו מדובר

55 יוסי מרקוביץ, "על מה שנשאר מהלכת א.ש.י.ר – עיון מחדש ביחסי הקניין הרוחני ועשיית העושר", **שערי משפט** ז (תשע"ד) 35, בעמ' 40–41 (מרקוביץ טוען במאמרו כי כשנדרשו בתי המשפט לשאלת ההתנגשות בין דיני הקניין הרוחני לדיני עשיית עושר, נסוגה הלכת א.ש.י.ר מפני הדינים הספציפיים); עופר גרוסקופף, "הנשר והנסיכות – על היחס שבין דיני עשיית עושר ולא במשפט לבין דיני זכויות יוצרים", **יוצרים זכויות – קריאות בחוק זכויות יוצרים** (מיכאל בירנהק וגיא פסח – עורכים, תשס"ט) 201 (להלן: גרוסקופף, הנשר והנסיכות); ניבה אלקין-קורן, "על כלל ועל נחלת הכלל": מקניין רוחני לעשיית עושר ולא במשפט", **עיוני משפט** כה (תשס"א–תשס"ב) 9 (להלן: אלקין-קורן) (לגישתה, החלת סעד מדיני עשיית עושר ולא במשפט לצד דיני הקניין הרוחני תגרום להרתעת יתר, לחוסר ודאות (בשוק ובמשפט), לצמצומה של נחלת הכלל ולעלייה בהוצאות בגין התדיינות משפטית. כמו כן, היא טוענת כי לעיתים החלה זו מעניקה לבעליה זכות חזקה מזו שהיו מעניקים לו דיני הקניין הרוחני). מנגד, ראו: מיגל דויטש, **עולות מסחריות** (לעיל, הערה 52) בעמ' 200–265 (פרופ' דויטש טוען כי לאחר פסק הדין בעניין א.ש.י.ר שינו דיני הקניין הרוחני את פניהם. לדבריו, רוח התקופה מחייבת שמירה על גמישות ומתן שיקול דעת רחב לבית המשפט). יוער כי גם אלקין-קורן מציינת במאמרה את היתרונות הגלומים בשמירה על גמישות ועל שיקול דעת שיפוטי רחב.

56 גרוסקופף (לעיל, הערה 55).

בהגבלת שימוש קיצוני, והאינטרס החברתי מחייב לצמצם את נקיטתה, בייחוד כאשר מדובר במתן הגנה לידע ולמידע.<sup>57</sup> חריג לכך, ראוי לאמץ, לדעתו, רק במקרים שבהם התמריצים האחרים ליצור ידע ומידע חסרים, או כאשר ישנם שיקולים חברתיים אחרים המצדיקים זאת.<sup>58</sup> לגישתו, דיני עשיית עושר ולא במשפט מהווים "מתלה נורמטיבי" ליצירתם של כללי תחרות ראויים, שכן הם פוגעים ביעילותה של הקצאת משאבים פחות מכפי שזכאות בעלת אופי קנייני פוגעת בה, מאחר שאין בהם כדי ליצור מונופולין בנוגע לידע. זאת ועוד, דיני התחרות ההוגנת פותחו בעיקר באמצעות הפסיקה, ואילו החקיקה בתחום היא חלקית בלבד, ולעיתים קרובות בלתי עדכנית.<sup>59</sup>

להשקפתנו, ניתוחו של גרוסקופף חוטא למציאות בכך שהוא מאפיין את הלכת א.ש.י.ר כתקדים שאינו יוצר זכאות בעלת אופי קנייני. הלכת א.ש.י.ר ומתן סעדים מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט שקולים על פי טיבם למתן זכאות קניינית, והיא אף ניתנת ללא הגבלת זמן וללא שימושים מותרים המשקפים את האינטרס הציבורי. כפי שיובהר בהמשך הדברים, בשל כך הלכת א.ש.י.ר יכולה למלא חסר חלוקתי חשוב, אף אם זמני, בנוגע לזכויות קניין רוחני רשומות ואף בנוגע לזכויות קניין רוחני בלתי רשומות.

פרופ' גיא פסח עמד על קשיי השימוש בהלכת א.ש.י.ר כמקור משפטי לביסוסן של זכויות שידור, שניתן ללמוד מהן על הקשיים שההלכה מעוררת, והמליץ שלא להכיר כלל בזכויות מכוחה.<sup>60</sup> לגישתו, הקושי הראשון הוא היעדר סייגים וחריגים לזכות, כגון הגנת השימוש ההוגן. דיני הקניין הרוחני כוללים מעטפת של סייגים וחריגים להגנה הניתנת מכוחם. הכרה בזכויות מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט אינה כוללת כל חריג או סייג לזכות. הזכויות הניתנות מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט הן לפיכך גורפות וחסרות גבולות, ומכל מקום הכרה בזכות כרוכה באפקט מצנן מרתיע כלפי מתחרים.<sup>61</sup> בדומה לגרוסקופף, גם פסח סבור כי הכרה בזכויות מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט תביא לפיחות במעמדו של הכלל בדבר היעדר תחולה של זכות יוצרים על עובדות, על נתונים ועל מידע חדשותי, כלל המבטיח אינטרסים חברתיים חשובים של גישה לאבני בניין בסיסיות.<sup>62</sup>

יתרה מזו, כפי שגרסה פרופ' אלקין-קורן, בהלכת א.ש.י.ר יש משום מעבר ממשטר של כללים לסטנדרטים.<sup>63</sup> היא מרחיבה את ההגנה המשפטית על נכסים בלתי מוחשיים ופוגעת בגיעה אנושה בנחלת הכלל, שהיא מנוע צמיחה חשוב ליצירה ולהתקדמות

57 שם, בעמ' 227.

58 שם, בעמ' 228.

59 שם, בעמ' 228–229.

60 גיא פסח, "זכויות שידור – גלגוליה של סבוכיית (פסק הדין בעניין) א.ש.י.ר וחלקה כגורם מעצב בשוק התקשורת", המשפט י (תשס"ה) 131 (להלן: פסח).

61 שם, בעמ' 141.

62 שם, בעמ' 143.

63 אלקין-קורן (לעיל, הערה 55), בעמ' 51.

טכנולוגית.<sup>64</sup> לגישתה, נחלת הכלל מהווה יסוד מרכזי בדיני הקניין הרוחני, אולם ההכרה באפשרות לקבל סעד מכוח דיני עשיית עושר עלולה להפר את איזון האינטרסים הקיים בדיני הקניין הרוחני ולכן לפגוע בנחלת הכלל.<sup>65</sup> בהקשר זה הסבירה אלקין-קורן כי ניסוח הנורמה המשפטית כסטנדרט, כפי שנעשה בהלכת א.ש.י.ר, עלול ליצור אפקט שירתיע את המשתמשים מלנקוט פעולות נוספות על השימושים שהמחוקק ביקש לאסור, ואף נוספות על השימושים שבית המשפט ביקש למנוע על פי דיני עשיית עושר ולא במשפט.<sup>66</sup> למעשה, המעבר ממערכת הכללים המוגדרת של דיני הקניין הרוחני לסטנדרט המגדיר את האחריות המשפטית על פי דיני עשיית עושר ולא במשפט, מגביר במידה ניכרת את רמת חוסר הוודאות בנוגע לתוכן הנורמה המשפטית.<sup>67</sup> ציבור המשתמשים במידע יתקשה לצפות מראש אם שימוש כלשהו יתפס כהתעשרות בלתי מוצדקת. ודאות משפטית ממלאת תפקיד מרכזי בגיבושה של מדיניות מידע, ולכן גם היבט זה מהווה חיסרון מרכזי של הלכת א.ש.י.ר. על רקע קשיים אלו, סביר להניח שגם מחיר השימוש במידע יעלה. בתנאי חוסר ודאות בנוגע למצב המשפטי ייאלצו משתמשים להידרש במידה רבה יותר לייעוץ משפטי בטרם ישתמשו במידע. גם בהיעדר ייעוץ משפטי, חוסר הוודאות המשפטית כרוך אף הוא בעלויות, ואלה בתורן יגולמו במחיר המידע המיוצר.<sup>68</sup>

מנגד, פרופ' מיגל דויטש סבור כי הלכת א.ש.י.ר היא הלכה ראויה ומאוזנת, המונעת חוסר צדק חריף אגב שמירה על תמריצים לפנייה למסלול הממוסד ותוך פגיעה מתונה בלבד בוודאות המשפטית ובחופש העיסוק והתחרות. לגישתו, יש אפוא מקום לבצרה ולא לעוקרה, דהיינו יש לברך על היוזמה לאמץ בחוק המדגמים החדש את ההגנה על המדגם הבלתי רשום, והוא מקווה שעם הזמן המחוקק יוסיף ליצור מסלולי הגנה חדשים, בתחומים אחרים של דיני הקניין הרוחני. לדבריו, רק אז יאבד המסלול של הלכת א.ש.י.ר את חיותו, אולם זו תהיה "מיתת נשיקה", שתנבע מהטמעתו העניינית של מסלול זה ואימוץ "נשמתו" בתוואי החקיקה.<sup>69</sup>

נראה כי בתגובה לביקורת המלומדים הרבה, וכפי שצפה וייחל דויטש, לאורך השנים יזם משרד המשפטים תיקוני חקיקה שונים שביקשו לבטל או למצער לצמצם את פועלה של הלכת א.ש.י.ר. יוזמות אלו היו על רקע התנגדות להלכת א.ש.י.ר והרצון לבטלה. כך למשל, חוק העיצובים החדש<sup>70</sup> מכיר במסלול חדש של הגנה על מדגם בלתי רשום.<sup>71</sup>

64 אלקין-קורן (לעיל, הערה 55), בעמ' 25.

65 שם, בעמ' 12, 24–25, 62–63.

66 שם, בעמ' 66–70.

67 שם, בעמ' 13.

68 שם, בעמ' 68–70.

69 מיגל דויטש, **עוללות מסחריות** (לעיל, הערה 52), בעמ' 91.

70 חוק העיצובים, תשע"ז–2017, ס"ח 2662.

71 סעיף 4 לחוק העיצובים.

תקופת ההגנה על מדגם בלתי רשום מוגבלת מזו הניתנת לקניין המוסדר, וכן נדרשים חידוש וייחודיות.<sup>72</sup> ההגנה על המדגם הבלתי רשום מחייבת את קיומה של "נטילה". כמו כן, בית המשפט יבחן אם היו לנוטל חלופות סבירות אחרות לעיצוב המדגם, לאור תכליתו. ההגנה על המדגם הבלתי רשום חלה גם במהלך רישומו.<sup>73</sup>

בהצעת החוק שולב בשלב מסוים סעיף 81, שמטרתו להבהיר כי חוק העיצובים החדש הוא המסדיר את דיני המדגמים וכי לא יחולו על הגנת המדגם דיני עשיית עושר ולא במשפט.<sup>74</sup> בסופו של יום, ועם חקיקתו של חוק העיצובים, אומצה בסעיף 2 לו הוראה כללית בדבר ייחוד העילה מכוח החוק, והיא קובעת כי "לא תהיה זכות בעיצוב, אלא לפי הוראות חוק זה".<sup>75</sup> בכך ביטל חוק העיצובים את היכולת להמשיך להישען על חוק עשיית עושר ולא במשפט בנוגע לעיצובים, וביטל את פועלה של הלכת א.ש.י.ר בתחום הגנת העיצובים.<sup>76</sup>

הנה כי כן, מלומדים שונים הביעו את הסתייגותם מפסיקת בית המשפט בעניין א.ש.י.ר, בפרט מן ההכרה בדיני עשיית עושר ולא במשפט כמקור להגנה על זכויות במוצרים רוחניים במקביל לדיני הקניין הרוחני. הביקורת התמקדה בפגיעה בוודאות המשפטית, בסכנה למערכת האיזונים הפנימית אשר אומצה במסגרת דיני הקניין הרוחני, פוטנציאל הפגיעה בנחלת הכלל, יצירת "אפקט מצנן" ביחס לשימוש במוצרים שאינם מוגנים וריבוי התדיינות. מעבר לכך, המלומדים מדגישים את העמימות הרבה שיוצרת הלכת א.ש.י.ר הן ביחס להיקף תחולתה והן ביחס למהותו של ה"יסוד הנוסף" הנדרש. אחד הקשיים העיקריים שמעוררת ביקורת זו הוא שהיא אינה נסמכת על ממצאים אמפיריים אלא בעיקר על ניתוח של הלכת א.ש.י.ר ומעט מפסקי הדין המאוחרים לה. הניתוח הכמותי והאיכותני שיתואר להלן מבקש למלא חסר זה בצורה מקיפה ויסודית.

72 סעיף 65 לחוק העיצובים.

73 סעיף 61 לחוק העיצובים.

74 ראו: תזכיר חוק המדגמים, 2013 ("לבעל מדגם או לבעל רישיון ייחודי במדגם לא תהא עילת תביעה כלפי צדדים שלישיים לפי חוק עשיית עושר ולא במשפט").

75 סעיף 2 לחוק העיצובים.

76 מעניין לציין כי לדעתו של מיגל דויטש היה מקום לדרוש במסלול ההגנה על המדגם הבלתי רשום רמה גבוהה יותר של חידוש וייחודיות כתנאי להגנה. כמו כן היה מקום לדרוש את קיומו של חיקוי שיטתי ונמשך למדגם הבלתי רשום, לצורך ההגנה עליו. עוד סבור דויטש כי שלילת העילה על פי דיני עשיית עושר ולא במשפט גורפת מדי. לדבריו, הפנייה לדיני עשיית עושר חשובה לא רק כדי לספק עילת תביעה, אלא גם כדי לאפשר הקניית סעד הולם במצבים שבהם צמחה עילת תביעה מכוח הדין החקוק בגין הפרת מדגם לא רשום. ראו, מיגל דויטש – **עוולות מסחריות** (לעיל, הערה 52) בעמ' 85–86.

#### ד. ניתוח של פסיקת בתי המשפט

שיטת המשפט הישראלי בנויה על רעיון התקדים,<sup>77</sup> אולם אין בפסיקה תקדימית מסוימת כדי להגביל או להנחות את החלטות בתי המשפט לגמרי. לאמיתו של דבר, שופט יכול להימנע מליישם את התקדים על ידי הבחנה בין עובדות המקרה שלפניו ובין עובדות המקרה התקדימי.<sup>78</sup> בשל הבעיות העקרוניות שבהלכת א.ש.י.ר, לא ייפלא שקליטתה ויישומה בפסיקת בית המשפט העליון ובערכאות נמוכות יותר לא הייתה עקיבה וברורה,<sup>79</sup> אולם מלבד סקירה וניתוח אנקדוטי של פסקי דין, אין בספרות המשפטית הקיימת התייחסות מספקת לנושא זה.<sup>80</sup> בחינה זו מתבקשת בפרט בשל הביקורת החריפה שהושמעה על הלכת א.ש.י.ר בספרות המשפטית. מעבר לכך, לאופן שבו יישמו בתי המשפט את הלכת א.ש.י.ר יש משמעויות פרקטיות נרחבות, במיוחד לעניין ההחלטה האם לבטל את ההלכה בדרך של חקיקה אם לאו. מחקר זה שם לו אפוא למטרה למלא את החסר בספרות המשפטית, ולצד הבחינה המהותית של פסקי הדין אשר ניתנו בעקבות הלכת א.ש.י.ר, בדק המחקר באופן אמפירי-כמותי את התפתחות ההלכה. בפרט, נבדק אם ישנן מגמות בולטות בקליטתה, ביישומה ובהיקף תחולתה של הלכת א.ש.י.ר בפסיקת בתי המשפט. פרק זה נחלק לארבעה חלקים. בחלקו הראשון מוצגת אוכלוסיית פסקי הדין שנבדקו והגישות השונות להלכת א.ש.י.ר (מצמצמת, חיובית ומרחיבה). החלק השני מוקדש לבחינת הגורמים המשפיעים על קבלת סעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. החלק השלישי מתמקד בבחינת הגורמים המשפיעים על קבלת הטענה בדבר עשיית עושר ולא במשפט. החלק האחרון כולל רכיב איכותני. בניגוד לניתוח הכמותי, המחקר האיכותני אינו מתיימר לספק תמונה מייצגת של כלל פסקי הדין המאזכרים את הלכת א.ש.י.ר, אלא להשלים את הניתוח הכמותי ולהאיר את ממצאיו באור נוסף באמצעות התייחסות לפסקי הדין עצמם.

77 ראו: אהרן ברק, **שיקול דעת שיפוטי** (1987) בעמ' 387–446; יורם שחר, "לכידות ובינדוריות בבית המשפט העליון – הפוליטיקה של התקדים", **מחקרי משפט טז** (תשס"א) 161.

78 ראו: קרן וינשל מרגל, **אידאולוגיה וחוק בפסיקת בית המשפט העליון: ניתוח כמותי והשוואתי** (2016) בעמ' 25–32. ראו גם: יורם שחר, מירון גרוס וחנן גולדשמידט, "מאה התקדימים המובילים בפסיקת בית המשפט העליון – ניתוח כמותי", **ממשל ומשפט ז** (תשס"ד) 246.

79 לעיל, הערה 1.

80 יוצא מן הכלל הוא מאמרו של יוסי מרקוביץ, הסוקר כמה פרשיות אשר נדונו לאחר שניתנה ההחלטה בעניין א.ש.י.ר ראו מרקוביץ (לעיל, הערה 55) בעמ' 45–64.



**1. פסקי הדין שנבדקו**

בעבודת מחקר זו נבחנו כל פסקי הדין העוסקים בסוגיות של זכויות קניין רוחני המאזכרים את הלכת א.ש.י.ר ופורסמו במאגר המידע המשפטי "נבו".<sup>81</sup> איתור פסקי הדין הללו, ניתוח מאפייניהם וקידודם לערכים מספריים נעשו במיוחד לצורך מחקר זה. חיפוש פסקי הדין נעשה כך: במסך הפסיקה של המאגר המשפטי "נבו" נעשה אחזור של כלל פסקי הדין המאזכרים את פסק הדין בעניין א.ש.י.ר, בהתבסס הן על חיפוש חופשי הן על הקידוד של המאגר המשפטי "נבו".<sup>82</sup> בדרך זו הצלחנו לאתר את כל פסקי הדין המאזכרים את הלכת א.ש.י.ר, גם אם הייתה טעות במקור בניסוח האזכור או בציון של מספר ההליך. על בסיס השאילתות הללו הרכבנו רשימה ראשונית של 448 פסקי דין.<sup>83</sup>

קבוצת פסקי הדין הראשונית שנבחנה כוללת את כל פסקי הדין שניתנו מיום מתן פסק הדין ועד מועד כתיבת מאמר זה,<sup>84</sup> דהיינו, קצת יותר מעשרים שנה. בעת בחינת פסקי הדין התייחסנו למועד מתן פסק הדין ולא למועד פתיחת ההליך. מובן שבחירה זו אינה חפה מביקורת, שכן בקבוצת פסקי הדין שנבחנו נכללים פסקי דין אשר ניתנו בסמוך למועד מתן ההחלטה בעניין א.ש.י.ר, אלא שהדיון בהם החל קודם לכן. עם זאת, לאור חשיבותה של הלכת א.ש.י.ר והאופן שבו השפיעה על השיח המשפטי לאחר שניתנה, אך גם קודם לכן, החלטנו לכלול במחקרנו את כל פסקי הדין שניתנו בהליכים שמועד פתיחתם קדם למועד מתן פסק הדין בעניין א.ש.י.ר.

מתוך אותה קבוצה ראשונית ניפינו את פסקי הדין אשר אינם עוסקים באחד מענפי הקניין הרוחני. זאת עשינו על ידי שימוש בפונקציית הנושא במאגר המשפטי "נבו". כך לדוגמה, הגבלת החיפוש לתוצאות בנושא "זכויות יוצרים" הניבה 55 תוצאות.<sup>85</sup> לאחר

81 אוכלוסיית פסקי הדין כוללת פסקי דין סופיים בלבד שניתנו בבית המשפט העליון, בתי המשפט המחוזיים ובתי משפט השלום.

82 בעת ביצוע החיפוש החופשי נעשה שימוש בביטויים "א.ש.י.ר" ו"אשיר". נוסף על כך נעשה חיפוש של פסקי דין המאזכרים באופן ספציפי את פסק הדין על ידי שימוש בפונקציה שכותרתה "אזכורים". ראו חיפוש פסיקה בנבו, [www.nevo.co.il](http://www.nevo.co.il).

83 91 פסקי דין ניתנו בבית המשפט העליון, 231 פסקי דין ניתנו בבתי המשפט המחוזיים ועוד 126 פסקי דין ניתנו בבתי משפט השלום.

84 הבדיקה נערכה בחודש אפריל 2019 באמצעות שאילתות שונות במאגר "נבו" בנוגע לפסק הדין בעניין א.ש.י.ר, חוץ מפרוטוקולים ומכתבי טענות המופיעים במאגר. להתייחסות לאפקטים של קצה תקופת המדגם מעין זה ראו מירון גרוס, "פלורליזם וליברליזם בקבלת החלטות בבית המשפט העליון בישראל – האם השתנה דבר? ניתוח כמותי והשוואתי של החלטותיו של בית המשפט העליון בשנים 1995–2004 ביחס לעבר" הפרקליט נא(2) (תשע"ב) 4.

85 22 פסקי דין ניתנו בבית המשפט העליון, 92 פסקי דין ניתנו בבתי המשפט המחוזיים ו-16 פסקי דין ניתנו בבתי משפט השלום.

מכך הסרנו מן הרשימה החלטות ביניים ופסקי דין שבהם לא נדונה הלכת א.ש.י.ר על ידי בית המשפט, אף שזו אוזכרה בשולי הדברים. בדרך זו הצלחנו לצמצם את קבוצת פסקי הדין הרלוונטיים ל-86.95 פסקי הדין הללו נבחנו לעומקם, ונתוניהם קודדו באופן ידני. בכל פסק דין נבחנו במפורט כמה משתנים, ובהם מראה מקום, שמות הצדדים, תאריך מתן ההכרעה והענף מענפי הקניין הרוחני שאליו התייחס פסק הדין. המיון הענפי נעשה בדרך של סיווג פסקי הדין על פי תחומי הקניין הרוחני השונים, קרי זכויות יוצרים, פטנטים, מדגמים וסימני מסחר.<sup>87</sup>

משתנים אחרים שאספנו ייחודיים לתיקים העוסקים בהלכת א.ש.י.ר והצריכו קריאה ובחינה מהותית של פסקי הדין. עם אלה נמנים, לדוגמה, מידע על אודות עילות התביעה ומידע על פסק הדין: אם התקבלה אחת או יותר מעילות התביעה ואם ניתן לתובע סעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט או מכוח דיני הקניין הרוחני. משתנה אחרון שנבחנו, המהווה את לב ליבה של עבודה זו, הוא כיצד התייחסו בתי המשפט להלכת א.ש.י.ר בפועל, דהיינו אם בפסק הדין נקט בית המשפט גישה מרחיבה או מצמצמת להלכת א.ש.י.ר. לצורך כך הבחנו בין כמה קטגוריות:

#### א. התייחסות מצמצמת

פסק דין שנבדק קודד כמציג גישה מצמצמת במקרים שבהם גישת בית המשפט עלתה בקנה אחד עם אחד משלושת הצירים אשר אפיין פרופ' מיגל דויטש כך:<sup>88</sup> (א) מקרים שבהם בית המשפט רואה בהלכת א.ש.י.ר הלכה שנועדה לפתור מקרים קשים ותו לא;<sup>89</sup> (ב) מקרים שבהם הוא דורש מן התובע כי יסביר מדוע לא דאג לרישום זכויות קניין רוחני;<sup>90</sup> (ג) מקרים שבהם הוא רואה בהלכת א.ש.י.ר הסדר שלילי, ולפיכך הוא דוחה את השימוש בעילה של עשיית עושר ולא במשפט אם פתוחה הדרך למי שנפגעו זכויותיו הרשומות, לתבוע לפי דיני הקניין הרוחני.<sup>91</sup> נוסף על כך, נמנו עם קבוצת פסקי הדין

86 הניתוח הכמותי-אמפירי במאמר מתבסס על פסקי הדין הללו.

87 חשוב לציין כי פסק דין אחד עסק בזני מטפחים, והוא ע"א 10717/05 פלוריסט דה קוואקל בוונ' ברוך חג'ג (פורסם בנבו, 2013). תצפית אחת ויחידה בתחום זה אינה מלמדת כמובן דבר. אשר על כן, ומטעמים סטטיסטיים, הוסר פסק הדין מן הניתוח.

88 ראו דויטש – תחרות לא הוגנת (לעיל, הערה 1) בעמ' 87.

89 שם.

90 שם.

91 שם. דוגמאות לגישה המצמצמת המשתמשת ברעיון של הסדר שלילי ניתן למצוא בפסקי הדין ע"א 9191/03 V & S Vin & Spirit Aktiebolag נ' אבסולוט שו בע"מ, פ"ד נח(6) 869 (2004) (להלן: עניין אבסולוט); ע"א 563/11 ADIDAS SALOMON A.G נ' יאסין (פורסם בנבו, 2012) (להלן: עניין אדידס). ראו גם בפסיקת בית המשפט העליון ברע"א Merck & Co. Inc. 6025/05 נ' טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ (פורסם בנבו, 2011) (להלן: עניין Merck); וע"א 5097/11 טלראן תקשורת (1986) בע"מ נ' צירלטון בע"מ

שקודדו כמציגים גישה מצמצמת גם מקרים שבהם סברו בתי המשפט כי יש להחיל את הלכת א.ש.י.ר רק במקרים חריגים ויוצאי דופן, שבהם חוש הצדק והמוסר מורה לעשות כן,<sup>92</sup> וכן מקרים שבהם ציין בית המשפט במפורש כי יש לפרש את הלכת א.ש.י.ר בצמצום.<sup>93</sup>

## ב. התייחסות חיובית

מקרים שבהם פסק הדין מאזכר את עניין א.ש.י.ר אך אינו דן ביסודות ההלכה או בוחן אותם לעומקם, ומקרים שבהם אימצו בתי המשפט את הלכת א.ש.י.ר ככתבה וכלשונה ובחנו אם מתקיים ה"יסוד הנוסף" (לפי הגישות השונות ליסוד זה).

## ג. התייחסות חיובית מרחיבה

פסקי דין קודדו כמציגים גישה חיובית מרחיבה במקרים האלה: (א) כאשר בית המשפט נקט גישה שלפיה ניתן להחיל את הלכת א.ש.י.ר במקרים שבהם התביעה נסבה על זכויות שאינן מוכרות או אינן מוגנות על ידי דיני הקניין הרוחני; (ב) במקרים שבהם אפשר בית המשפט לתובע לתבוע סעד כפול (הן מכוח דיני הקניין הרוחני הן מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט); (ג) מקרים שבהם מפסק הדין עולה כי בית המשפט הכיר באפשרות להחיל את הלכת א.ש.י.ר גם כאשר נתונה לתובע לכאורה עילת תביעה בגין הפרת זכות המוגנת על פי אחד מענפי הקניין הרוחני, והעילה לא הוכחה.<sup>94</sup>

---

(פורסם בנבו, 2013) (להלן: עניין **טלראן**). ראו גם פסיקה מחוזית הבוחנת את גבולות ההסדר השלילי הקיים בדיני הקניין הרוחני: ע"א (מחוזי ת"א) 11416-09-10 **שדה נ' שיץ שמאי** (פורסם בנבו, 2013) (להלן: עניין **שדה**). פסקי דין מאוחרים של בית המשפט העליון חזרו על הלכה עקרונית זו ואימצוה.

92 ת"א (מחוזי מר') 9142-07-08 **ברוש נ' דוורון – יבוא ויצוא בע"מ**, 12 (פורסם בנבו, 2012) (להלן: עניין **ברוש**).

93 ראו לדוגמה ת"א (מחוזי מר') 18395-09-09 **וינדלינג יוסקביץ נ' דקל ייצור יבוא וייצוא דברי נוי בע"מ**, 10 (פורסם בנבו, 2010) (להלן: עניין **יוסקביץ**).

94 ראו לדוגמה את פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין רע"א BUFFALO 502/04 **BOOTS GMBH נ' גלי-רשת חנויות נעלים-גלי השלום**, פ"ד נח(5) 487, 491-492 (2004) (להלן: עניין **BUFFALO BOOTS GMBH**).

המשתנים השונים קודדו על פי המפורט בטבלה שלהלן:

משתנה	תיאור וערכים
ערכאה	המשתנה מתאר את הערכאה שבה ניתן פסק הדין (עליון, מחוזי ושלום). הערכאות השונות קודדו במספרים 1-3.
ענפי הקניין הרוחני	המשתנים מתארים את ענף הקניין הרוחני המרכזי העומד במרכז פסק הדין (פטנטים, זכויות יוצרים, מדגמים, סימני מסחר). <sup>95</sup>
	<u>פטנטים</u>
	משתנה בינארי המקבל את הערך 1 אם דיני פטנטים עומדים במרכז פסק הדין ואת הערך 0 אם לאו.
	<u>סימני מסחר</u>
	משתנה בינארי המקבל את הערך 1 אם סימני מסחר עומדים במרכז פסק הדין ואת הערך 0 אם לאו.
	<u>זכויות יוצרים</u>
	משתנה בינארי המקבל את הערך 1 אם זכויות יוצרים עומדות במרכז פסק הדין ואת הערך 0 אם לאו.
	<u>מדגמים</u>
	משתנה בינארי המקבל את הערך 1 אם מדגם עומד במרכז פסק הדין ואת הערך 0 אם לאו.
שנה	המשתנה מתאר את השנה שבה ניתן פסק הדין.
גישת בית המשפט	המשתנה מתאר את גישת בית המשפט להלכת א.ש.ג.ר, דהיינו גישה מצמצמת, גישה חיובית או גישה מרחיבה. הגישות השונות קודדו במספרים 1-3.
עילה – עשיית עושר ולא במשפט	המשתנה מתאר אם בית המשפט קבע כי התגבשה עילת עשיית עושר ולא במשפט. זה משתנה בינארי המקבל את הערך 1 אם העילה התקבלה ואת הערך 0 אם העילה נדחתה.
עילה – דיני הקניין הרוחני ו/או עילות אחרות	המשתנה מתאר אם בית המשפט קבע כי התגבשה עילה מכוח דיני הקניין הרוחני או עילות אחרות כגון גנבת עין, גזל מוניטין, הטעיה (למעט עשיית עושר ולא במשפט). זה משתנה בינארי המקבל את הערך 1 אם התקבלה עילה מכוח דיני הקניין הרוחני או דינים אחרים ואת הערך 0 אם לאו.
סעד – עשיית עושר ולא במשפט	המשתנה מתאר אם ניתן לתובע/ים סעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. זה משתנה בינארי המקבל את הערך 1 אם ניתן סעד ואת הערך 0 אם לאו.

95 סיווג פסקי הדין לפי ענף זה או אחר נעשה על בסיס עובדות המקרה וטענות הצדדים. כאשר בפסק הדין נדונו טענות הנוגעות לשניים או יותר מענפי הקניין הרוחני, סווג פסק הדין לענף המשפטי שבעניינו נדונו טענות בדבר עשיית עושר ולא במשפט.

סעד – מכוח דיני המשתנה מתאר אם ניתן לתובע/ים סעד מכוח דיני הקניין הרוחני הקניין הרוחני או או דינים אחרים (למעט דיני עשיית עושר ולא במשפט). עילה אחרת זה משתנה בינארי המקבל את הערך 1 אם ניתן סעד מכוח דיני הקניין הרוחני או דינים אחרים ואת הערך 0 אם לאו.

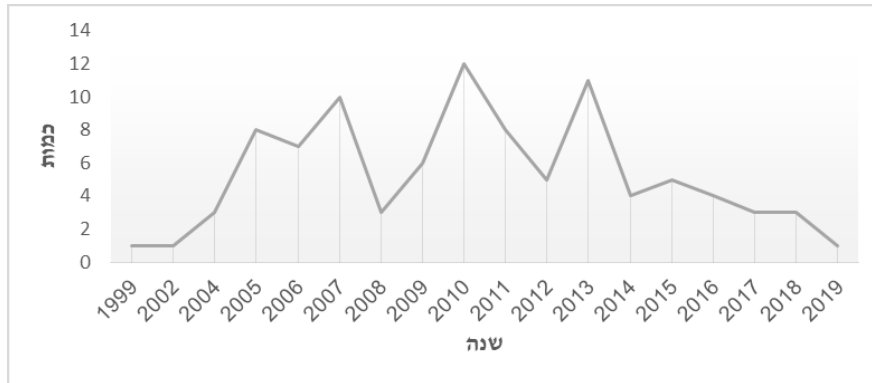
טבלה מספר 1 : המשתנים השונים אשר נבחנו וקודדו

כדי לקבל תמונה שלמה של קבוצת פסקי הדין שנבחנו למאפייניהם, נתחיל בהצגת הנתונים שנאספו על ידינו בחיתוכים ובפילוחים שונים. תיאורים אלו יש בהם כדי להציג לקוראים תמונה כללית, אך אין בהם כדי להעיד על קשרים או על קשר מובהק בין משתנים.

מאפייני אוכלוסיית פסקי הדין

משתנה וערכים	זכויות יוצרים (n=50)	סימני מסחר (n=26)	מדגמים (n=14)	פטנטים (n=5)	כלל פסקי הדין (n=95)
<b>גישת בית המשפט</b>					
מצמצמת	15	12	4	1	32
חיובית	15	8	5	1	29
מרחיבה	20	6	5	3	34
<b>ערכאה</b>					
עליון	4	6	3	3	16
מחוזי	35	20	9	2	66
שלום	11	0	2	0	13
<b>נתקבלה עילת התביעה</b>					
עשיית עושר ולא במשפט	14	6	3	2	25
עילה אחרת	30	13	3	3	49
<b>סעד</b>					
מכוח דיני עשיית עושר	8	2	3	3	16
מכוח דיני הקניין הרוחני	30	12	3	3	48

טבלה מספר 2 : המאפיינים של קבוצת פסקי הדין בחלוקה לפי ענפי הקניין הרוחני



תרשים מספר 1 : התפלגות פסקי הדין לפי שנים

**2. הגורמים המשפיעים על קבלת סעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט**

בראש ובראשונה ביקשנו לבחון מהו מספר פסקי הדין שבהם העניק בית המשפט לתובע/ים סעד מכוח דיני עשיית עושר.<sup>96</sup>

לא ניתן סעד מכוח דיני עשיית עושר	ניתן סעד מכוח דיני עשיית עושר	כלל פסקי הדין	
79	16	95	מספר פסקי הדין

טבלה מספר 3 : מספר התביעות שבהן ניאות בית המשפט להעניק סעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט

כפי שעולה מן הנתונים המוצגים בטבלה מספר 3, שיעור פסקי הדין שבהם ניתן לתובע/ים סעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט אינו גבוה ועומד על כ-16.8% בלבד, אך כפי שציינו קודם לכן, הלכת א.ש.י.ר. עמומה, וקליטתה ויישומה בערכאות השונות היו בלתי עקיבים בלשון המעטה. בשלב שלאחר מכן ביקשנו אפוא לבחון אם נטיית בתי המשפט להעניק לתובע/ים סעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט היא רנדומלית או תלויה באחד מן המשתנים האחרים שקודדנו.

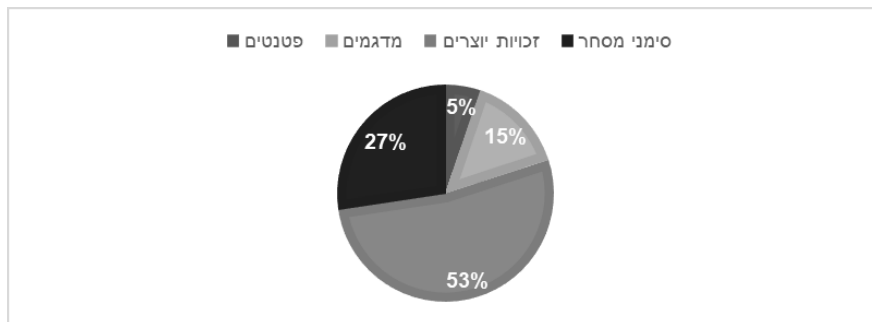
<sup>96</sup> חשוב לציין כי קבוצת המקרים שבהם ניתן סעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט היא לא בהכרח מייצגת, שכן ניתן לשער כי במקרים אשר הגיעו לפתחו של בית המשפט התובע/ים שיערו כי עומדת לרשותם האפשרות לקבל סעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט.

**2.1 הקשר בין הסעד ובין ענף הקניין הרוחני**

ביקשנו לבחון אם קיים קשר בין הענף ובין קבלת הסעד. בהקשר זה מעניין להבחין בדפוסי התפלגותם של פסקי הדין בחלוקה ענפית ולהיווכח מהו שיעור פסקי הדין העוסקים בדיני זכויות יוצרים, דיני פטנטים, סימני מסחר ומדגמים וכדומה, או לחלופין לראות אם ניכר ריכוז של פסקי דין העוסקים באחד מענפי הקניין הרוחני.

מספר פסקי דין	
95	כלל פסקי הדין
50	זכויות יוצרים
5	פטנטים
26	סימני מסחר
14	מדגמים

טבלה מספר 4 : ההתפלגות של קבוצת פסקי הדין בחלוקה לפי ענפי הקניין הרוחני



תרשים מספר 2 : חלוקה ענפית של פסקי הדין

כפי שניתן ללמוד מתרשים מספר 2, מספר פסקי הדין בקבוצה, העוסקים בזכויות יוצרים, גדול לאין ערוך ממספר פסקי הדין העוסקים בענפי הקניין הרוחני האחרים. אומנם ממצא זה אינו יכול להעיד על מגמות בגישת בית המשפט להלכת א.ש.י.ר או על סיכויי קבלת סעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, אך בכל זאת ייתכן שיש בו כדי ללמד על האיתות שבתי המשפט מעבירים לשוק בדבר הסיכויים לקבלת סעד ו/או האופן שבו הם מחילים את הלכת א.ש.י.ר. יתרה מזו, זה התחום היחיד מתוך תחומי הקניין הרוחני שבו אין מסלול לרישום הזכות. לא יפלא אפוא ששיעור הבקשה והקבלה של

סעד מכוח דיני עשיית עושר בו הוא הגבוה ביותר, שכן ההנמקה הרווחת לשלילת סעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, ולפיה הזכות הייתה יכולה להירשם, אינה ישימה בהקשר זה, הכול כפי שיפורט בהמשך הדברים.<sup>97</sup> נשוב עתה לניתוח הקשר שבין ענפי הקניין הרוחני ובין קבלת סעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט.

פוטנטיים	מדגמים	סימני מסחר	זכויות יוצרים	ענף
				סעד
3	3	2	8	ניתן
2	11	24	42	לא ניתן
60%	21.42%	7.69%	16%	אחוזי קבלת סעד

טבלה מספר 5: שיעור פסקי הדין, לפי הענף, שבהם נאות בית המשפט להעניק סעד מכוח דיני עשיית עושר

כפי שעולה מטבלה מספר 5, כאשר דיני הפוטנטיים עומדים במרכז התביעה, הסיכוי לקבל סעד מכוח דיני עשיית עושר הוא הגבוה ביותר. מכל מקום, כדי לבדוק את כוחם של ענפי הקניין הרוחני לנבא קבלת סעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, השתמשנו ברגרסיה לוגיסטית. ניתוח תוצאות הרגרסיה הלוגיסטית מלמד שכאשר בוחנים את כל ענפי הקניין הרוחני יחד, התוצאות מובהקות,<sup>98</sup> אולם לא אף אחד מהענפים של זכויות יוצרים, סימני מסחר ומדגמים תרם תרומה של ממש לתוצאות. לפיכך החלטנו לבדוק את הקשר בין הענף ובין קבלת הסעד, בכל ענף בנפרד, באמצעות מבחני כייבובוע (Chi-Square) לאי-תלות.<sup>99</sup>

ענף	P-Value (2-sided)
זכויות יוצרים	1.000
סימני מסחר	0.220
מדגמים	0.699
פוטנטיים	0.032

טבלה מספר 6: קשר בין הענף ובין קבלת סעד מכוח דיני עשיית עושר

97 ראה להלן: פרק א(2.3).  
 98  $(X^2 = 52.35, df = 4, N = 95, P\text{-Value} < 0.001)$ .  
 99 מבחן כייבובוע הוא מבחן סטטיסטי המאפשר לקבוע אם יש קשר בין הענף לתוצאת ההליך: ניתן סעד או לא ניתן סעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט.



תלות בעוצמה נמוכה, אך מובהקת סטטיסטית, נמצאה רק בנוגע לדיני פטנטים.<sup>100</sup> עם זאת, חשוב לציין כי במדגם נכללו חמישה תיקי פטנטים בלבד. לפיכך לא ניתן לומר כי יש תלות מובהקת בין ענפי הקניין הרוחני (זכויות יוצרים, סימני מסחר, פטנטים וכו') ובין נטייתו של בית המשפט להעניק לתובע סעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. באותה רוח, ביקשנו לבחון את הקשר שבין ענפי הקניין הרוחני השונים ובין מתן הסעד לתובע/ים מכוח דיני הקניין הרוחני ו/או דינים אחרים (למעט דיני עשיית עושר ולא במשפט). הקשר שבין הענף ובין הסעד נבחן בנוגע לכל אחד מענפי הקניין הרוחני בנפרד, באמצעות מבחן כִּי-בריבוע.<sup>101</sup>

פטנטים	מדגמים	סימני מסחר	זכויות יוצרים	ענף
				סעד
2	11	14	20	לא ניתן
3	3	12	30	ניתן
60%	21.42%	46.15%	60%	אחוזי קבלת סעד

טבלה מספר 7 : שיעור פסקי הדין שבהם ניתן סעד מכוח דיני הקניין הרוחני ו/או דינים אחרים לפי הענף

בנוגע לכל ענפי הקניין הרוחני לא נמצא קשר מובהק בין התחום ובין קבלת סעד מכוח דיני הקניין הרוחני ו/או דינים אחרים.<sup>102</sup> עם זאת, מעניין לציין כי השוואה בין אחוזי קבלת הסעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט ובין אחוזי קבלת סעד מכוח דיני הקניין הרוחני ו/או דינים אחרים מלמדת כי בממוצע, סיכויי קבלת סעד מכוח דיני קניין רוחני גבוהים לאין ערוך מסיכויי קבלת סעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט.<sup>103</sup> כך לדוגמה, בפסקי דין העוסקים בדיני זכויות יוצרים אחוז קבלת הסעד מכוח דיני הקניין הרוחני עומד על 60%, לעומת 16% בלבד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט.

100 בשאר הענפים הללו  $\text{Sig} > 0.05$ .

101 קשר בין הענף בחלוקה לפי תוצאה: ניתן סעד או לא ניתן סעד מכוח דיני הקניין הרוחני ו/או דינים אחרים.

102 בכל הענפים  $\text{Pvalue} > 0.05$ .

103 ניתן להצביע על הבדלים משמעותיים בתיקים העוסקים בזכויות יוצרים וסימני מסחר. לעומת זאת, בתיקים העוסקים בדיני מדגמים ו/או פטנטים לא נמצא כל הבדל. ראו טבלה מספר 6 וטבלה מספר 7 לעיל.

### 2.2 הקשר בין הסעד ובין הערכאה

בשלב שלאחר מכן בדקנו את הקשר שבין הסעד ובין הערכאה (בית המשפט העליון, מחוזי, שלום) באמצעות מבחן כִּי־בריבוע.

שלום	מחוזי	עליון	ערכאה / סעד עשיית עושר
1	13	2	ניתן סעד מכווח עשיית עושר
12	53	14	לא ניתן סעד
13	66	16	סך הכול

טבלה מספר 8 : מספר פסקי הדין שבהם ניתן סעד מכווח דיני עשיית עושר בחלוקה על פי הערכאה

מבחן כִּי־בריבוע לא הצביע על קשר מובהק בין הערכאה ובין מתן סעד מכווח דיני עשיית עושר ולא במשפט.<sup>104</sup> במילים אחרות, לא נמצא הבדל מובהק סטטיסטית בין הערכאות ככל שהדבר נוגע למתן סעד מכווח דיני עשיית עושר ולא במשפט.

### 2.3 הקשר בין הסעד ובין גישת בית המשפט

בשלב זה ביקשנו לבדוק אם יש קשר בין גישת בית המשפט להלכת א.ש.י.ר (קרי: התייחסות מצמצמת/ חיובית/ מרחיבה) ובין קבלת סעד מכווח דיני עשיית עושר ולא במשפט.

מרחיבה	חיובית	מצמצמת	גישת בית המשפט / סעד עשיית עושר
15	1	0	ניתן סעד מכווח עשיית עושר
19	28	32	לא ניתן סעד
34	29	32	סך הכול

טבלה מספר 9 : מספר פסקי הדין שבהם ניתן סעד מכווח דיני עשיית עושר בחלוקה על פי גישת בית המשפט

<sup>104</sup>  $(X^2(2, n=95) = 1.377, p\text{-value} > 0.05, \phi = 0.502)$ .

כפי שניתן לראות בטבלה מספר 9, סיכויי קבלת הסעד נמוכים מאוד כאשר בית המשפט מאמץ גישה מצמצמת או חיובית להלכת א.ש.י.ר. לפיכך ניתן לשער כי יש קשר בין גישת בית המשפט לסיכויי התובעים לקבל סעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. כדי לבדוק אם קיים קשר מובהק בין גישת בית המשפט ובין קבלת הסעד ערכנו מבחן כִּי־בריבוע.<sup>105</sup> אכן, התוצאות מצביעות על קשר מובהק בין גישת בית המשפט ובין קבלת סעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט.<sup>106</sup>

באמצעות מבחן כִּי־בריבוע גם בדקנו אם יש קשר בין גישת בית המשפט להלכת א.ש.י.ר ובין החלטת בית המשפט להעניק סעד לתובעים/מכוח דיני הקניין הרוחני ו/או דינים אחרים (למעט דיני עשיית עושר ולא במשפט).

מרחיבה	חיובית	מצמצמת	גישת בית המשפט סעד
14	11	22	לא ניתן
20	18	10	ניתן
34	29	32	סך הכול

טבלה מספר 10 : מספר פסקי הדין שבהם ניתן לתובעים סעד מכוח דיני הקניין הרוחני ו/או דינים אחרים כפונקציה של גישת בית המשפט

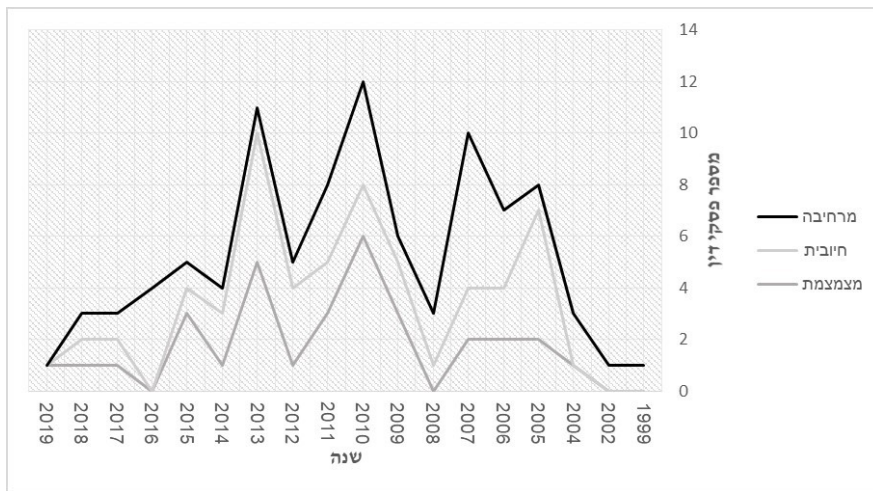
מן התוצאות עולה כי קיים קשר מובהק בין גישת בית המשפט (מצמצמת, חיובית או מרחיבה) ובין קבלת סעד מכוח דיני הקניין הרוחני ו/או דינים אחרים (P-Value= 0.026799<sup>107</sup>)

הואיל ומצאנו קשר מובהק בין גישת בית המשפט להלכת א.ש.י.ר ובין קבלת סעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט או דינים אחרים, החלטנו לבחון את גישת בית המשפט להלכת א.ש.י.ר כפונקציה של ענפי הקניין הרוחני, כמו גם את התפרוסת של גישת בית המשפט על פני ציר הזמן. התוצאות מוצגות בתרשים מספר 3 ובתרשים מספר 4 להלן:

105 קשר בין גישת בית המשפט בחלוקה לפי תוצאה: ניתן סעד או לא ניתן סעד מכוח דיני הקניין הרוחני ו/או דינים אחרים.  
106  $(X^2(2, n=95) = 28.25, p < 0.05, \phi = 0.545)$ .



תרשים מספר 3 : גישת בית המשפט כפונקציה של הענף



תרשים מספר 4 : התפלגות על פני ציר הזמן<sup>108</sup>

**3. הגורמים המשפיעים על קבלת הטענה בדבר עשיית עושר ולא במשפט**

דרך אחת לבחון מגמות ביישום הלכת א.ש.ר. היא להתמקד בסעד שניתן לתובע/ים מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט (כפי שעשינו בדיון לעיל). דרך אחרת היא דווקא

107  $X^2(2, n=95) = 7.2388$ .  
 108 1 מייצג את פסקי הדין שבהם נקט בית המשפט גישה מצמצמת, 2 מייצג את פסקי הדין שבהם נקט בית המשפט גישה חיובית ו-3 מייצג את פסקי הדין שבהם נקט בית המשפט גישה מרחיבה.

לבחון את המשתנים השונים המשפיעים על הכרעת בית המשפט אם לקבל את טענות התובע/ים בעילה של עשיית עושר ולא במשפט או לדחותן. חלק זה של המאמר מתמקד בבחינת הגורמים המשפיעים על החלטת בית המשפט לקבל או לדחות את הטענה בדבר עשיית עושר ולא במשפט.

טרם שבחנו את המשתנים השונים, ביקשנו תחילה לבדוק מהו מספר התביעות שבהן קיבל בית המשפט את עילת עשיית עושר ולא במשפט.<sup>109</sup>

מספר פסקי הדין	כלל פסקי הדין	נתקבלה העילה	נדחתה העילה
95	26	69	

טבלה מספר 11 : מספר התיקים שבהם התקבלה עילת עשיית עושר ולא במשפט

כפי שעולה מן הנתונים המוצגים בטבלה מספר 11, עילת עשיית עושר ולא במשפט התקבלה ב-26 מתוך 95 פסקי הדין,<sup>110</sup> אולם השוואה של מספר פסקי הדין שבהם ניתן סעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט (16) למספר פסקי הדין שבהם קיבל בית המשפט את עילת עשיית העושר (26) מעלה כי יש פער בין השניים. שיערנו כי הפער הזה מקורו באיסור להעניק סעד כפול.<sup>111</sup> ואולם, בחינה מהותית של פסקי הדין מעלה כי רק בארבעה מתוך עשרה מקרים ייחס בית המשפט את אי-מתן הסעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט לכך שאין ליתן סעד כפול בגין אותה פגיעה. בשני מקרים קבע בית המשפט כי אף שהייתה התעשרות שלא כדין, זו הייתה כה מזערית עד שאין בה כדי להצדיק מתן סעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. במקרה אחר התייחס בית המשפט לנסיבות וקבע כי אין בהן כדי להצדיק פיצוי נפרד בגין עשיית עושר. סיבות נוספות לקביעת בתי המשפט כי לא ניתן הסעד היו פטור מחובת השבה והיעדר ייחוס ברור ומובחן של הפיצויים שנפסקו לתובע, לעילת עשיית עושר או לעילה מכוח דיני הקניין הרוחני.

109 חשוב לציין כי קבוצת המקרים שבהם קיבל בית המשפט את העילה היא לא בהכרח מייצגת, שכן ניתן לשער כי במקרים אשר הגיעו לפתחו של בית המשפט התובע/ים שיערו כי יש להם סיכוי להצליח להוכיח כי נתקיימו יסודות העילה.

110 27% מכלל פסקי הדין שנסקרו במחקר זה.

111 ת"א (מחוזי י-ם) 6157/04 דוד ("הכי טוב") דבש נ' אדלר חומסקי & ורשבסקי יניב קציר, בעמ' 66 (פורסם בנבו, 2006) (להלן: עניין דוד ("הכי טוב") דבש).

**3.1 הקשר בין הענף ובין עילת עשיית עושר ולא במשפט**

בשלב שלאחר מכן בדקנו אם קיימת תלות מובהקת בין הענף ובין נטיית בית המשפט לקבל את עילת עשיית עושר ולא במשפט, ועשינו כן באמצעות מבחן כי-בריבוע לכל ענף וענף.<sup>112</sup>

			זכויות יוצרים	ענף עילת עשיית עושר
פוטנטים	מדגמים	סימני מסחר		
2	11	20	36	נדחתה
3	3	6	14	נתקבלה

טבלה מספר 12 : מספר התביעות שבהן נתקבלה/נדחתה עילת עשיית עושר כפונקציה של הענף

ענף	P-Value (2-sided)
זכויות יוצרים	1.000
סימני מסחר	0.617
מדגמים	0.751
פוטנטים	0.123

טבלה מספר 13 : קשר בין הענף לבין קבלת עילת עשיית עושר

בנוגע לכל אחד מענפי הקניין הרוחני שנבדקו נמצא כי אי-אפשר לדחות את השערת האפס כי אין קשר בין הענף לנכונותו של בית המשפט להעניק לתובע סעד.<sup>113</sup> במילים אחרות, לא נמצא קשר מובהק בין הענף ובין קבלתה או דחייתה של עילת עשיית עושר ולא במשפט.

**3.2 הקשר בין הערכאה ובין עילת עשיית עושר ולא במשפט**

בשלב שלאחר מכן בדקנו אם יש קשר בין קבלת עילת עשיית עושר ולא במשפט ובין זהות הערכאה (בית המשפט העליון, מחוזי, שלום).

112 קשר בין הענף בחלוקה לפי תוצאה : העילה התקבלה או נדחתה.  
 113 .P-value > 0.05

ערכאה	עליון	מחוזי	שלום
עילת עשיית עושר	4	20	2
ניתן סעד מכוח עשיית עושר	12	46	11
לא ניתן סעד	16	66	13
סך הכול			

טבלה מספר 14 : שיעור פסקי הדין שבהם נתקבלה עילת עשיית עושר בחלוקה על פי

ערכאות

תוצאות מבחן כִּי־בריבוע לא הצביעו על קשר מובהק בין זהות הערכאה ובין קבלתה של עילת עשיית עושר ולא במשפט.<sup>114</sup>

### 3.3 הקשר בין גישת בית המשפט להלכת א.ש.י.ר ובין עילת עשיית עושר ולא במשפט

כפי שניתן לראות לעיל בטבלה מספר 9, סיכויי קבלת הסעד גבוהים כאשר בית המשפט נוקט גישה מרחיבה להלכת א.ש.י.ר, ולפיכך שיעורו כי יש קשר בין גישת בית המשפט לסיכויי התובעים/ים לקבל סעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. עתה ביקשנו לבדוק אם יש קשר בין גישת בית המשפט להלכת א.ש.י.ר (קרי התייחסות מצמצמת/ חיובית/ מרחיבה) ובין קבלתה או דחייתה של עילה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט.

גישת בית המשפט	מצמצמת	חיובית	מרחיבה
עילת עשיית עושר	2	2	22
נדחתה	30	27	12
סך הכול	32	29	34

טבלה מספר 15 : מספר פסקי הדין שבהם התקבלה עילת עשיית עושר בחלוקה על פי

גישת בית המשפט

כדי לבדוק אם קיים קשר מובהק בין גישת בית המשפט ובין קבלתה או דחייתה של עילה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט ערכנו מבחן כִּי־בריבוע. התוצאות מצביעות על תלות מובהקת בין גישת בית המשפט ובין קבלת עילת עשיית עושר ולא במשפט

114  $(X^2(2, n=95) = 13.24, p>0.05, \phi = 0.53)$ .

$$.(X^2 (2, n = 95) = 37.13, p < 0.05, phi = 0.625)$$

הניתוח הכמותי לעיל נועד לזהות מגמות בקליטתה וביישומה של הלכת א.ש.י.ר. בפסיקת בית המשפט. כך, מחקרנו חשף כי אף על פי שמרבית פסקי הדין עסקו בדיני זכויות יוצרים, הרי שמבחינה סטטיסטית אי-אפשר לומר כי יש תלות מובהקת בין ענף הקניין הרוחני או זהות הערכאה ובין קבלת סעד ו/או עילה לפי דיני עשיית עושר ולא במשפט,<sup>115</sup> אולם נמצא קשר מובהק בין גישת בית המשפט להלכת א.ש.י.ר. (מצמצמת, חיובית או מרחיבה) ובין קבלת עילה ו/או סעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. עם זאת, עמימותה של הלכת א.ש.י.ר. והיעדר העקיבות בפסיקת בתי המשפט תורמים לבלבול במקום להסירו, ויש שהם מביאים לתוצאות בלתי צודקות. עקב כך, בהמשך לניתוח הכמותי לעיל, להלן יובא ניתוח איכותני הבוחן מגמות עיקריות בקליטתה וביישומה של הלכת א.ש.י.ר, כפי שאלו מוצאות את ביטוין בפסיקת בתי המשפט בחלוקה לפי ענפי הקניין הרוחני.

#### 4. ניתוח איכותני של פסיקת בתי המשפט

##### 4.1 זכויות יוצרים

פסקי דין מעטים מאוד של בית המשפט העליון עוסקים במתח שבין דיני זכויות יוצרים ובין דיני עשיית עושר ולא במשפט. רק ארבעה פסקי דין מרכזיים של בית המשפט העליון עסקו במתח זה. אחד מהם, פסק הדין בעניין הפרמייר ליג,<sup>116</sup> נקט גישה מצמצמת להלכת א.ש.י.ר.<sup>117</sup>

בעניין זה טענו המערערות, המנהלות את הליגות לכדורגל בבריטניה, שהמועצה להסדר ההימורים בספורט הפרה את זכויותיהן בהשתמשה בנתוני לוחות המשחקים של ליגות הכדורגל בבריטניה. בערעור נדרשה הכרעה בשאלה אם לוחות המשחקים של ליגות הכדורגל בבריטניה חוסות בישראל תחת הגנת זכויות היוצרים, ולחלופין אם השימוש בלוחות אלה ללא אישור מהליגות מהווה עשיית עושר ולא במשפט. בית המשפט העליון דחה את הערעור והבהיר שליקוט נתוני משחקי הליגות הבריטיות בטבלאות מתאים להידון כיצירה ספרותית מסוג לקט. נקבע שגם אם לא נדרש כל מאמץ בבחירת המשחקים שייכללו בלוחות, הרי לפחות בהכנת הרשומות הושקעו מאמצים

115 החריג לכך הוא הממצא הנוגע לדיני פטנטים כפי שצוין לעיל. אולם בשל מיעוט התוצאות, קשה לומר כי יש בכך כדי להוות הוכחה לתלות מובהקת, מטעמים סטטיסטיים מובנים. (לעיל, הערה 100).

116 ע"א 8485/08 The FA Premier League Limited נ' המועצה להסדר ההימורים בספורט (פורסם בנבו, 2010) (להלן: עניין הפרמייר ליג).

117 השופט ג'ובראן הדגיש בפסק הדין כי "שימוש יתר בעילות מתחום דיני עשיית העושר, בתחומים החופפים לדיני הקניין הרוחני, איננו רצוי". שם, בפסקה 67 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.



במידה המינימלית המקיימת תנאי זה. עם זאת נקבע שהליקוט לא עמד במבחן היצירתיות: לא בבחירת הנתונים הנכללים ולא בדרך סידורם, ועל כן לא זו בלבד שעצם הנתונים המופיעים בלוחות אינם מוגנים בזכויות יוצרים, אלא אף רשימת המשחקים כקובץ אחד, ואף צורת הצגתם של משחקים אלה, אינן בנות-הגנה.<sup>118</sup>

בית המשפט דן גם בשאלה אם קמה למערערים עילה על פי דיני עשיית עושר ולא במשפט ואם מתקיים ה"יסוד הנוסף". בית המשפט הבהיר כי טיבו של ה"יסוד הנוסף" ואופן השימוש הראוי בו במקרים המוסדרים ברגיל על פי דיני הקניין הרוחני, וכאשר עילת תביעה על פי דינים אלה נשללה, זכו בעניין א.ש.י.ר לעיסוק נרחב ולכמה פירושים. לעניין זה קבע בית המשפט כי בחינת קיומו של "יסוד נוסף" על פי מבחן התחרות הבלתי הוגנת נשללת מניה וביה מעצם מעמדה של המועצה להסדר ההימורים בספורט כגוף היחיד הרשאי לארגן ולערוך הימורים על תוצאות של משחקים ותחרויות ספורט בישראל. אם כן, שאלת קיומה של תחרות מסחרית פסולה אינה רלוונטית, מאחר שמלכתחילה לא יכולה להתקיים כל תחרות בין המשיבה למערערות. עוד נקבע כי חיוב המשיבה בתשלום תמלוגים למערערות תמורת השימוש בנתוני המשחקים עלול ליצור תחרות בלתי הוגנת דווקא מצד המערערות, שיחזיקו במקרה זה במונופול על המידע. לאור האמור לעיל הגיע בית המשפט למסקנה שאין בהתנהגות הנתבעת משום התנהגות פסולה המצדיקה תשלום תמלוגים למערערות גם על פי המבחן המרחיב של תום הלב שצוין בעניין א.ש.י.ר, וכי אין כל בסיס לשימוש בעילת עשיית עושר בנסיבות המקרה.<sup>119</sup>

חשוב להבהיר כי בפסק דין זה ציין בית המשפט כי יש מקום להבחין בין הלכת א.ש.י.ר ובין המקרה שלפניו, שכן יש להבחין בין מוצרים שהיו ראויים לקבל הגנה לפי דיני הקניין הרוחני, וזו נשללה מהם בשל פגם טכני, ובין מקרים שבהם ההגנה נשללה לגופו של מוצר, לאור שיקולי מדיניות וכדומה. ברם, בשל היעדרה של תחרות בין הצדדים, נפסק כי לא התגבשה עילה לפי דיני עשיית עושר, ולכן ההכרעה בשאלה של "התאמת מבחני 'היסוד הנוסף' שנקבעו שם, לנסיבות בהן בבסיס התביעה בעילת עשיית עושר עומדים רעיון או מידע" נשארה בצריך עיון. בכך נמנע בית המשפט מאמירה מפורשת שלפיה חוק זכות יוצרים יצר הסדר שלילי מפורש בנוגע להגנה על רעיונות או על נתונים.

גם בפסקי דין מאוחרים יותר של בית המשפט העליון ניתן להבחין במגמה המצמצמת את הלכת א.ש.י.ר. כך לדוגמה, בעניין עיריית פתח תקוה נקט השופט סולברג קו ברור המצמצם את תחולתה של הלכת א.ש.י.ר,<sup>120</sup> אולם בשונה מהשופט ג'ובראן

118 שם, בעמ' 16–17.

119 שם, בעמ' 22.

120 ע"א 2682/11 עיריית פתח תקוה נ' זיסו (פורסם בנבו, 2013).

בעניין הפרמייר ליג, השופט סולברג דן בשאלה אם חוק זכות יוצרים יוצר הסדר שלילי בנוגע להגנה על רעיונות או על נתונים.

באותו עניין הגה מר הרי זיסו רעיון לערוך בדיקת דנ"א לצואת כלבים שנותרה ברשות הרבים, כדי לאתר את בעלי הכלבים שלא אספו את הגללים ולהטיל עליהם קנס. לימים יישמה עיריית פתח תקוה את הרעיון, והתעוררה שאלה משפטית אם לזיסו יש זכויות יוצרים ברעיון. בערכאה הראשונה קבע בית המשפט המחוזי כי לזיסו נתונות זכויות יוצרים ברעיון, אך בבית המשפט העליון התקבל ערעורה של עיריית פתח תקוה על פסק הדין ונקבע שאין לו זכויות יוצרים, הואיל ומדובר ברעיון שאינו מוגן לפי הוראת סעיף 5 לחוק זכות יוצרים. כאשר לעילת עשיית עושר ולא במשפט קבע השופט סולברג כי משלל חוק זכות יוצרים הגנה על רעיונות בסעיף 5, אין לקבל הגנה במסלול עוקף של דיני עשיית עושר ולא במשפט, והרעיון הוא נחלת הכלל. בתי המשפט המחוזיים אימצו גם הם קו הגנה מצמצם כאמור בנסיבות דומות.<sup>121</sup>

פרשה נוספת, יוצאת דופן באופייה, התבררה בפסק הדין בעניין טלראן.<sup>122</sup> בפרשה זו נדון ערעור שהגישה חברת טלראן תקשורת בעקבות החלטתה של שופטת בית המשפט המחוזי בתל אביב, ד"ר דרורה פלפל, כי זו הפרה את זכויותיה של חברת צ'רלטון. ראשית הפרשה בעת משחקי המונדיאל אשר נערכו בגרמניה בשנת 2006.

121 ראו, למשל, עניין שדה (לעיל, הערה 91) (נקבע שאין עילת תביעה על פי דיני עשיית עושר, שכן לא נטענה העתקה של מושג מתמטי, ומכאן שאי-אפשר ליהנות מהגנת עשיית העושר. נקבע שאף אם קיימת לכאורה זכות המוגדרת בדיני הקניין הרוחני, ההתנהגות המיוחסת לנתבע אינה מהווה הפרה של זכות זו, שכן כאמור לא נטענה למעשה הפרה של זכות היוצרים על ידי העתקה, ולא ראוי להחיל את דיני עשיית עושר ולאסור מעשה שהותר למעשה על ידי המחוקק בחוק זכות יוצרים); ת"א (מחוזי מר') 3180-03-10 לובל נ' פאם קורנר בע"מ (פורסם בנבו, 2013) (בית המשפט הדגיש כי כלל יסודי בדיני זכויות יוצרים קובע ש"רעיונות חופשיים כאוויר". מתן הגנת זכות יוצרים לרעיונות יסכל מטרה זו, שכן ההגנה תהיה רחבה מדי ותצמצם במידה ניכרת את מרחב היצירה של יוצרים עתידיים. מכאן שאם עוסקים ברעיון גרידא, אשר על פי דיני זכויות יוצרים הוא "חופשי כאוויר", מדובר ברעיון שהסדר החקיקתי בדיני זכויות יוצרים שולל במפורש את תחולתו עליו, ולפיכך אין לתת לרעיון הגנה באמצעות דיני עשיית עושר ולא במשפט); ת"א (מחוזי מר') 4130-10-37 טל נ' האוניברסיטה הפתוחה (פורסם בנבו, 2011) (להלן: עניין טל) (דובר בתביעה שבה טענה התובעת להפרת זכויותיה על ידי האוניברסיטה הפתוחה במודל פדגוגי שהגתה. נקבע כי משלא הציגה התובעת ולו בדל מסמך או צורת ביטוי אחרת, שאינה אמירה בלבד, של ה"מודל הפדגוגי", אין מדובר ב"יצירה" אלא ברעיון שאינו זכאי להגנה; כאשר לעילת עשיית עושר ולא במשפט דחה בית המשפט את הטענה בהסבירו שהכללים שנקבעו בהלכת א.ש.י.ר חלים רק על "מוצר", וכל העניינים שנדונו שם היו ענייניהם של מוצרים שהועתקו ולא של רעיונות גרידא. על רעיונות בלבד, שאף אינם בגדר סוד מסחרי, אין הדין מגן – לא בדרך של הגנה קניינית ולא בדרך אחרת, לרבות זו המבוססת על דיני עשיית עושר ולא במשפט. שיקולי מדיניות מכריעים מצדיקים ואף מחייבים קיומו של שוק חופשי של רעיונות בכל תחום).

122 ראו עניין טלראן (לעיל, הערה 91).

חברת צ'רלטון רכשה מפיפ"א את זכויות השידור הבלעדיות במדינת ישראל, אולם חברת טלראן מכרה ללקוחותיה כרטיס אשר אפשר להם לפענח את שידורי הלוויין המקודדים של משחקי המונדיאל אשר שודרו על ידי רשתות זרות. בית המשפט המחוזי פסק כי שידורי המונדיאל הם יצירה המוגנת בזכויות יוצרים, וכי לחברת צ'רלטון זכויות יוצרים בשידורם בישראל, ועל כן קבע כי חברת טלראן הפרה את זכויות היוצרים של צ'רלטון בהפרה עקיפה.<sup>123</sup>

בית המשפט העליון בחן את מעשי חברת טלראן ואת החקיקה הרלוונטית, אולם בשונה מבית המשפט המחוזי, בית המשפט העליון פסק כי טלראן לא נקטה אף אחת מהפעולות שיוחדו לבעל זכות היוצרים, ולפיכך היא אינה מפירה של הזכויות. יתרה מזו, נקבע כי משלא הפר גורם שלישי במישרין את זכויות צ'רלטון, טלראן אינה מפירה הפרה עקיפה או תורמת. על כן נקבע כי במתווה החקיקה הנוכחי אי-אפשר לראות במעשיה של טלראן משום הפרת זכויות יוצרים.<sup>124</sup>

לעניין עשיית עושר ולא במשפט הסכימו השופטים זילברטל ורובינשטיין כי ההסדר החקיקתי של סוגיית אמצעי ההגנה הטכנולוגיים שבחוק זכות יוצרים אינו ממצה. ייתכן אפוא שבמקרה כזה תעמוד לבעל הזכות עילה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט.<sup>125</sup> השופט עמית הסכים גם הוא והביע אי-נחת מן התוצאה שלפיה בשל לקונה משפטית אין "המשיבה יכולה למצוא תרופתה במסגרת דיני זכויות יוצרים".<sup>126</sup> עם זאת, הדרך הנכונה לדעתו להכריע בסוגיה היא באמצעות פרשנות.<sup>127</sup>

פסק הדין בעניין טלראן משקף מערכת נסיבות חריגה, שבה בית המשפט מעוניין להעניק סעד במקרה שבו המחוקק לא אמר את דברו במפורש בחוק זכות יוצרים. ניתן אפוא לכאורה לראות בפסק דין זה פסק דין המרחיב את הלכת א.ש.י.ר. למרות זאת, דומה כי הגישה העולה מפסק הדין היא דווקא גישה המצמצמת את ההלכה, שכן כלל השופטים מדגישים כי ההסדר החקיקתי הקיים אינו תואם את ההתפתחויות הטכנולוגיות של השנים האחרונות.<sup>128</sup> בית המשפט אף מחזיר את הדיון בשאלת מתן סעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט לבית המשפט המחוזי.<sup>129</sup>

123 ש.ם.

124 ש.ם, בפסקה 35 לפסק דינו של השופט זילברטל.

125 ש.ם, בפסקה 37 לפסק דינו של השופט זילברטל, ובפסקה ב לפסק דינו של השופט רובינשטיין. ראו גם פרידמן ושפירא בר-אור (לעיל, הערה 6), בעמ' 79.

126 עניין טלראן (לעיל, הערה 91), בפסקה 3 לפסק דינו של השופט עמית.

127 ש.ם, בפסקה 5 לפסק דינו של השופט עמית.

128 ש.ם, בפסקה 37 לפסק דינו של השופט זילברטל, פסקה ב לפסק דינו של השופט רובינשטיין, ובפסקה 3 לפסק דינו של השופט עמית.

129 ש.ם, בעמ' 32.

לאחרונה, בעניין *Fisher Price Inc.*<sup>130</sup>, התעוררו שאלות חשובות הנוגעות, בין היתר, גם לפועלה של הלכת א.ש.י.ר. המערערות היו חברות אמריקניות המייצרות מוצרי תינוקות. לאחר שנודע להן כי המשיבים מפיצים בישראל כיסא נדנדה לתינוק, שהוא העתק מדויק של כיסא נדנדה מתוצרת פישר פרייס, תבעו המערערות את המשיבים. עילות התביעה היו מגוונות וכללו הפרת זכות יוצרים והפרת סימן המסחר שלהן, כמו גם עוולה של גנבת עין ועשיית עושר ולא במשפט. בהליך זה הוגשה עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה בנוגע לצורך בשינויה של הלכת א.ש.י.ר, כמתואר לעיל.<sup>131</sup> ואולם, לצורך דיונו די אם נעמוד על הדיון שקיים השופט רובינשטיין בסוף חוות דעתו, בנוגע לעילה של עשיית עושר ולא במשפט.

בפסק דין זה החליט השופט רובינשטיין להותיר ב"צריך עיון" את ההתייחסות להלכת א.ש.י.ר. ופסק כי יש לשלול סעד מכוח דיני עשיית עושר בנסיבות המקרה. השופט הציג שלושה נימוקים לעמדתו. הוא הדגיש כי בבחינת התקיימות ה"יסוד הנוסף" יש מקום לתת משקל לשאלה אם היה ניתן בנסיבות המקרה לרשום את הזכות בכיסא אם לאו. בענייננו לא נרשם מדגם על צורת הכיסא, ולא ניתן הסבר לכך. בהקשר זה הדגיש השופט רובינשטיין כי "רק במקרים חריגים ונדירים יש מקום להכיר בהתקיימות של 'היסוד הנוסף'".<sup>132</sup> יתרה מזו, השופט רובינשטיין הדגיש כי במקרה הנדון אין חשש להטעיית ציבור הצרכנים בנוגע למקור המוצר, ולכן החיקוי יהיה לגיטימי. גם כאן הדגיש השופט כי "רק במקרים נדירים יש לומר כי חיקוי שאין בו כדי להטעות את הקונים אינו לגיטימי".<sup>133</sup> לבסוף קבע השופט כי המערערות לא הביאו ראיות לכך שכיסא הנדנדה מושא התביעה מציג חדשנות רבה, אשר הייתה עשויה לזכות את יוצריו בהגנה נרחבת יותר. לסיכום, השופט רובינשטיין הציג גישה מצמצמת מאוד לפרשנותה של הלכת א.ש.י.ר, גישה המגבילה את היכולת להישען על הלכה זו לצורך קבלת סעדים. השופט לא נדרש לשאלת הצורך בשינויה העקרוני של ההלכה.

בשונה מהמגמות המצמצמות בבית המשפט העליון, יש פסיקה ענפה בערכאות הנמוכות יותר שבה ניתן להבחין במספר גדול של פסקי דין המאמצים גישה מרחיבה ומספר קטן יותר של פסקי דין המאמצים גישה מצמצמת. פסקי הדין הנוקטים גישה מרחיבה מאמצים פרשנות שלפיה זכות התובע לתבוע בעילת עשיית עושר אינה מוגבלת למקרים שבהם אי-אפשר לתבוע על פי דיני זכויות יוצרים, אלא ניתן לתבוע בעילה של

130 ע"א 1248/15 *Fisher Price Inc* נ' דוורון – יבוא ויצוא בע"מ (פורסם בנבו, 2017) (להלן: עניין *Fisher Price Inc*).

131 חשוב לציין כי בהליך זה הוגשה עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה בנוגע לצורך בשינויה של הלכת א.ש.י.ר (לעיל, הערה 9).

132 עניין *Fisher Price Inc* (לעיל הערה 130), בפסקה פו לפסק דינו של השופט רובינשטיין (ההדגשה הוספה).

133 שם, שם.

עשיית עושר לצד הגשת תביעה בגין הפרת זכות יוצרים,<sup>134</sup> ואולם, לא יהיה אפשר לזכות בסעד כפול בנסיבות כאלה.<sup>135</sup> חלק מבתי המשפט הרחיקו לכת וסברו כי אין פיצוי מכוח עילה אחת מוציא את רעותה.<sup>136</sup> בתי משפט שונים אף היו מוכנים להכיר בעילה של עשיית עושר גם במקרים שבהם העילה של זכויות יוצרים לא הוכחה.<sup>137</sup> בנסיבות מסוימות אף נתנו בתי המשפט סעד מכוח דיני עשיית עושר במקרים שבהם לא קמה לתובע עילת הפרת זכות יוצרים בגין שימוש ברעיון שאינו מוגן, זאת למרות קביעות מפורשות של בית המשפט העליון שבנסיבות אלה מדובר בהסדר שלילי מפורש בחוק זכות יוצרים.<sup>138</sup>

בתי משפט שנקטו גישה מצמצמת סברו כי משניתן סעד מכוח דיני זכויות יוצרים, אין להידרש לעילה מכוח דיני עשיית עושר.<sup>139</sup> חלקם סברו כי הנכונות להכיר בעילה של עשיית עושר שמורה למקרים חריגים ונדירים.<sup>140</sup> חלק מבתי המשפט הדגישו כי משהתיר המחוקק מעשה מסוים לפי חוק זכות יוצרים, למשל שימוש ברעיונות לא

- 134 ראו ת"א (מחוזי ת"א) 1913/01 **מרקל סתיו בע"מ נ' אבשלום (אבי) אשד – אלקטרו אשד יבוא ושוק** (פורסם בנבו, 2005) (להלן: עניין **מרקל סתיו**); ת"א (מחוזי י-ם) 8303/06 **מחולה המרכז למחול בע"מ נ' כהן** (פורסם בנבו, 2008); ע"א (מחוזי חי') 40319-02-10 **סגל נ' גולדהמר** (פורסם בנבו, 2010); ת"א (שלום ת"א) 47302/06 **מכללת ורצברגר – בית החוגים והאמנויות בע"מ נ' רומנו** (פורסם בנבו, 2008); ת"א (שלום נצ') 682-10-12 **דחלה נ' ג'אבר מדיה בע"מ** (פורסם בנבו, 2018).
- 135 עניין **דוד ("הכי טוב") דבש** (לעיל, הערה 111) בעמ' 66.
- 136 ת"א (מחוזי ת"א) 16509-11-13 **נצר נ' סוקוניק ושות' בע"מ** (פורסם בנבו, 2017); ת"א (מחוזי מר') 26303-06-13 **ערנת טק בע"מ נ' דו.רז.טק שיתוף מערכות בע"מ** (פורסם בנבו, 2019); ת"א (מחוזי חי') 20499-03-10 **שלום נ' בריטמן אלמגור זהר ושות' רואי חשבון** (פורסם בנבו, 2011); ת"א (מחוזי מר') 57397-09-11 **תשובה נ' אוסי** (פורסם בנבו, 2013); ת"א (שלום ת"א) 72672/04 **עזגד נ' יעקב שפיגלמן ושות', משרד עו"ד** (פורסם בנבו, 2007).
- 137 ת"א (מחוזי מר') 16634-07-16 **מאסיב תקשורת בע"מ נ' פריגוזין** (פורסם בנבו, 2016); ת"א (מחוזי י-ם) 7361/05 **מיזליק נ' קרשי אינטרנשיונאל בע"מ** (פורסם בנבו, 2007) (להלן: עניין **מיזליק**); ת"א (מחוזי י-ם) 7236/05 **לוין נ' רביד** (פורסם בנבו, 2006); ת"א (שלום נצ') 2453/01 **קנג' נ' בברוך י.סלמון – אדריכלים ומתכנני ערים** (פורסם בנבו, 2007); ת"א (שלום קר') 16982-09-12 **עמרם נ' ריקונספט – צימר באהבה בע"מ** (פורסם בנבו, 2014).
- 138 ת"א (מחוזי ת"א) 48664-11-12 **זרמון DDB בע"מ נ' אדלר חומסקי ו-ורשבסקי** (פורסם בנבו, 2016); ת"א (שלום ת"א) 16803-04-13 **נקדאי נ' עוז** (פורסם בנבו, 2016).
- 139 ת"א (מחוזי ת"א) 1476/96 **MICROSOFT CORPORATION נ' אפלקר שיווק מחשבים 1987 בע"מ** (פורסם בנבו, 2005); ת"א (מחוזי ת"א) 1637/08 **גוברין נ' סויץ מועדוני כושר בע"מ** (פורסם בנבו, 2011).
- 140 ת"א (מחוזי חי') 14982-09-16 **אי.אר.אס. גרופ בע"מ נ' קטן** (פורסם בנבו, 2018); ת"א (מחוזי ת"א) 1311-04 **אלקריף נ' קארקה בע"מ** (פורסם בנבו, 2010); ת"א (מחוזי ב"ש) 7287/06 **וואליד נ' פארנס ישראל 100% אילת** (פורסם בנבו, 2009).

מוגנים, לא יהיה ראוי להחיל את דיני עשיית עושר ולאסור מעשה שהותר כאמור.<sup>141</sup> חלק מבתי המשפט הרחיקו לכת וסברו כי הלכת א.ש.י.ר חלה רק על "מוצר" ולא על רעיונות גרידא, וכי שיקולי מדיניות מחייבים שרעיונות ייוותרו נחלת הכלל.<sup>142</sup>

#### 4.2 פטנטים

בדומה לזכויות יוצרים, פסיקה מעטה מאוד עוסקת במתח שבין דיני הפטנטים ובין דיני עשיית עושר ולא במשפט. מתח זה עלה לדיון בעניין Merck.<sup>143</sup> פסק הדין מאמץ גישה מצמצמת מאוד בנוגע לאפשרות לקבל סעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט בכל הנוגע לאמצאות. במרכז פסק הדין עמדה השאלה אם נתונים לבעל אמצאה סעדים מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט בתקופה שבין קיבול הבקשה לפטנט ובין מועד ההכרעה בהתנגדויות לה,<sup>144</sup> שהרי בתקופה זו עדיין אין בידי בעל האמצאה זכות קניינית באמצאה מכוח דיני הפטנטים. עם זאת, החוק קובע כי אם מתחרה משתמש בפרטי האמצאה בתקופת הביניים, ובסופו של דבר מוענק לבעל האמצאה פטנט, זכאי בעל הפטנט לתבוע מהמתחרה פיצויי הפרה, הנוגעים לא רק לתקופה שלאחר מתן הפטנט אלא גם לתקופת הביניים, בטרם ניתן הפטנט, ממועד הפרסום של קיבול הבקשה ואילך.<sup>145</sup>

התובעת טענה כי משנקבע בהלכת א.ש.י.ר כי דיני הקניין הרוחני אינם מהווים הסדר שלילי לעניין תחולתם של דיני עשיית עושר ולא במשפט, ניתן להגיש תביעה מכוח דינים אלו. התביעה נדחתה על הסף בבית המשפט המחוזי בתל אביב.<sup>146</sup> בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע שההסדר אשר אומץ בחוק הפטנטים נותן מענה מלא למקרה מעין זה, הוא מאזן בין הזכויות השונות ואין מקום לשנותו באמצעות סעדים שמקורם בענפי משפט אחרים.<sup>147</sup> לפיכך הוגש ערעור לבית המשפט העליון. המערערות טענו כי בית המשפט המחוזי התעלם מכך שבמקרים מיוחדים ראוי להושיט לתובע סעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, גם בהליך המוסדר לכאורה על פי חוק הפטנטים. עמדת היועץ המשפטי לממשלה הייתה כי ההסדר הקיים בדיני הפטנטים הוא ההסדר הרצוי. הוא משקף מאזן בין אינטרסים רבים, לרבות אינטרסים מובהקים, ואין להתערב בהסדר זה באמצעות סעדים שמקורם במערכת דינים חיצונית לחוק הפטנטים, ובכללם סעדים שמקורם בדיני עשיית עושר ולא במשפט.<sup>148</sup> בית המשפט העליון בחן את השיקולים

141 עניין שדה (לעיל, הערה 91).

142 עניין טל (לעיל, הערה 121).

143 עניין Merck (לעיל, הערה 91).

144 שם, בעמ' 3.

145 סעיפים 179, 183 לחוק הפטנטים, תשכ"ז-1967, ס"ח 510.

146 זאת לאור הוראות סעיפים 179 ו-183 לחוק הפטנטים.

147 עניין Merck (לעיל, הערה 91), פסקה 5.

148 שם, בפסקה 14.

השונים שברקע ההסדרה הקיימת בחוק הפטנטים, לרבות הליך רישום פטנט, זכויות בעל הפטנט וסייגים לניצולו. בית המשפט מצא כי קיים איזון בחוק הפטנטים בין אינטרס ההגנה על בעל האמצאה ובין אינטרס הציבור שיובטחו חופש התחרות וחופש העיסוק. איזון זה מתבטא, בין היתר, בהגבלות המוטלות על זכויותיו של בעל האמצאה.<sup>149</sup> סוגיית ההגנה הראויה לבעל האמצאה בתקופה שבין קיבול הבקשה ובין ההחלטה בהתנגדויות מוסדרת גם היא בחוק הפטנטים. הסדר זה יוצר "מאזן אימה", המאפשר למתחרה להשתמש בפרטי הפטנט בתקופה זו, אולם אגב הסיכון שיוטל עליו פיצוי בגין "הפרה רטרואקטיבית" אם הבקשה לפטנט תאושר בסופו של דבר.<sup>150</sup>

באשר לטענה בדבר דיני עשיית עושר ולא במשפט כמקור להענקת סעדים בתקופה שבה טרם הוכרע גורלה של בקשת הפטנט, קבע בית המשפט כי אף שנפסק בעבר כי אין מניעה עקרונית לשלב את מערכת הדינים הזו לצד דיני הקניין הרוחני, מידת השתלבות זו "מותנית בשאלה באיזו מידה התכוון הדין האחר, הספציפי, להוות הסדר כולל השולל התערבות של דינים חיצוניים לו".<sup>151</sup> מן הכלל אל הפרט, במקרה זה פסק בית המשפט כי לאור טיב ההסדר הקיים בחוק הפטנטים, אין מקום לשלב בהוראותיו סעדים מדיני עשיית עושר. בית המשפט נימק את החלטתו בכך שההסדר הפנימי הקיים בדיני הפטנטים הוא הסדר שלם וכוללני. לגישתו, ההגנה הניתנת לבעל האמצאה בתקופת הביניים משקפת איזון עדין ומורכב בין אינטרסים, והטמעתם של סעדים ממערכת דינים חיצונית עלולה להפר איזון זה.<sup>152</sup> יתרה מזו, נמצא כי גם מנקודת המבט של דיני עשיית עושר ולא במשפט אין מקום להעניק למערערות סעד בעניין זה, כיוון שקשה להניח כי מי שמשתמש בפרטי אמצאה בטרם ניתן פטנט (זכות קניינית לבעל האמצאה) מקבל טובת הנאה שלא על פי זכות שבדין.<sup>153</sup> על כן נפסק כי בנסיבות הללו אין להעניק לבעל אמצאה סעד או תרופות מתחום דיני עשיית עושר בתקופת הביניים שבין פרסום קיבול בקשת הפטנט ובין ההכרעה בהתנגדויות לו.<sup>154</sup>

149 שם, בפסקאות 18–20.

150 שם, בפסקה 26.

151 שם, בפסקה 30.

152 שם, בפסקה 32.

153 שם, בפסקה 33.

154 מנגד ראו החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב מפי השופטת דניה קרת מאיר בבש"א (מחוזי ת"א) 8678/04 SMITH KLINE BEECHAM PLC נ' אוניפארם בע"מ (פורסם בנוב, 2004): "אינני רואה מקום לקבל את פרשנות המשיבות, על פיה יש לראות בהוראת ס' 179 לחוק בגדר הסדר שלילי המונע מהמבקשות עילת תביעה בגין עשיית עושר ולא במשפט". בעניין זה נאמר על ידי הנשיא ברק בעניין א.ש.י.ר (לעיל, הערה 3) כי דיני הקניין ודיני גנבת העין מגינים על אינטרסים שונים. אין, לדבריו, כל סיבה להניח הסדר שלילי בנושא הקניין הרוחני בכל הנוגע לאינטרסים השונים המוגנים על ידי דינים אחרים. ראו גם משה ש' גולדברג, "פס"ד א.ש.י.ר כמכשיר ליצירת זכות בפטנט בלתי כשיר", אתר פסק דין (2004) <https://tinyurl.com/rjszmmz>; מרקוביץ (לעיל, הערה 55).

מנגד, ישנה פסיקה המאמצת גישה חיובית המרחיבה את הלכת א.ש.י.ר בהקשרו של המתח שבין דיני הפטנטים ובין דיני עשיית עושר ולא במשפט. בעניין יוסף וולף ושות' בע"מ נדרש בית המשפט העליון לשאלה אם ניתן לתת סעדים מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט במקרה שבו הוכחה העילה מכוח דיני הפטנטים, וניתן סעד בגינה.<sup>155</sup> בית המשפט העליון קבע כי קיומה של עילת תביעה מכוח דיני הקניין הרוחני, ואף זכאות לסעד בגינה, אינם מונעים תביעת סעדים מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. עם זאת, לעניין הסעד קבע בית המשפט כי החיוב בהשבה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט שונה בהיבטים חשובים מן הפיצוי בגין הפרת פטנט, אך מן ההכרח לתאם בין שני הסעדים הללו פן ייווצר כפל פיצוי. בשל כך הוא החזיר את שאלת חישוב הפיצוי לבית משפט קמא.

גם בערכאות הנמוכות ישנה פסיקה מעטה מאוד העוסקת בשאלת היחס שבין דיני הפטנטים ודיני עשיית עושר, וזו משקפת גישה חיובית מרחיבה. ככלל, בתי המשפט נוטים לבחון את יסודות העילה של עשיית עושר אף אם התובעים נמנעו לרשום את זכויותיהם באמצעות פטנט.<sup>156</sup> בתי המשפט אף ניאותרו להחיל את הלכת א.ש.י.ר גם כאשר לתובע נתונה עילה מכוח דיני הפטנטים.<sup>157</sup> לאחרונה היה שימוש בדיני עשיית עושר לשם מתן סנקציה במצב שבו היו הטעיה והעלמת מידע מצד מבקש הפטנט, אף שחוק הפטנטים לא הגדיר זכאות לסעד כאמור.<sup>158</sup>

#### 4.3 סימני מסחר

דומה כי מתוך תחומי הקניין הרוחני, דווקא בתחום של דיני סימני מסחר נקט בית המשפט העליון במפורש גישה מצמצמת להלכת א.ש.י.ר. דוגמאות לגישה זו, המשתמשת ברעיון של הסדר שלילי, ניתן למצוא בפסקי הדין החשובים בעניין **אבסולוט** ובעניין **אדידס**.<sup>159</sup>

בפסק הדין בעניין **אבסולוט**<sup>160</sup> סבר השופט רובינשטיין כי אי-אפשר לתבוע סעד לפי דיני עשיית עושר ולא במשפט כאשר הדרך פתוחה לתביעה לפי דיני הקניין הרוחני.<sup>161</sup>

155 ע"א 2972/95 יוסף וולף ושות' בע"מ נ' דפוס בארי שותפות מוגבלת (פורסם בנבו, 1999).

156 ת"א (מחוזי מר") 4951-08-07 **דיאליט בע"מ נ' הרר** (פורסם בנבו, 2016).

157 ראו עניין **חוקיאל** (לעיל, הערה 53).

158 ת"א (מחוזי מר") 33666-07-11 **אוניפארם בע"מ נ' SANOFI** (פורסם בנבו, 2015).

159 ראו גם פסיקה מחוזית הבוחנת את גבולות ההסדר השלילי הקיים בדיני הקניין הרוחני: עניין **שדה** (לעיל, הערה 91); עניין **אבסולוט** (לעיל, הערה 91); עניין **אדידס** (לעיל, הערה 91).

160 עניין **אבסולוט** (לעיל, הערה 91) בעמ' 888.

161 ראו פסיקה מחוזית המאמצת את גישת השופט רובינשטיין: ת"א (מחוזי חי') 997/05 **דדון נ' אזולאי**, 17 (פורסם בנבו, 2006) (להלן: עניין **דדון**) ("משלא עלה בידי התובעת לקבל את שביקשה בדרך המלך של הפרת סימן מסחרי, אין לילך בדרך הצדדית של דיני עשיית עושר"); ת"א (מחוזי מר') 10648-09-09 **שבא מפעלי מתכת בע"מ נ' שפרן**, 9 (פורסם



ערעור זה עניינו תביעת הבעלים והמשווק של סימני מסחר רשומים בשם Absolut (להלן: "אבסולוט"), בתחום המשקאות האלכוהוליים, להורות לבעלי רשת חנויות הנעלה בשם "אבסולוט שוז" לחדול מלהשתמש בסימן "אבסולוט". עוד היא טענה לדילול המוניטין שלה ולעשיית עושר ולא במשפט.<sup>162</sup>

בית המשפט המחוזי קבע כי במקרה זה לא התקיימו היסודות הנדרשים לצורך ביסוס העילות מתחום דיני הקניין הרוחני.<sup>163</sup> באשר לטענה בדבר עשיית עושר ולא במשפט, הבחין השופט רובינשטיין בין נסיבות מקרה זה לנסיבות שבהן נפסקה הלכת א.ש.י.ר. הוא הוסיף וציין כי במקרה זה "הייתה פתוחה בפני המערערות דרך המלך של דיני הקניין הרוחני, בעוד שבאותו פסק-דין לא היו זכויות הקניין הרוחני רשומות. משלא תצלה דרך המלך, לא תצלה גם הדרך הצדדית".<sup>164</sup> לפיכך ההלכה הברורה שקבע השופט רובינשטיין, המצמצמת את פועלה של הלכת א.ש.י.ר, היא כי כאשר פתוחה הדרך לתביעה לפי דיני הקניין הרוחני בפני מי שנפגעו זכויותיו הרשומות, לא תינתן לו הגנת דיני עשיית עושר ולא במשפט. פסקי דין מאוחרים של בית המשפט העליון חזרו על הלכה עקרונית זו ואימצוה.<sup>165</sup>

בנבו, 2010) (להלן: עניין שפרן) ("נראה לכאורה שמקום שבו מוצר הוא לא רק מתאים מבחינת מאפייניו לקבל הגנה מתחום דיני הקניין הרוחני אלא זכה לקבלה לפחות לכאורה, הרי שעל בעל הקניין הרוחני להסתפק, לפחות בדרך כלל, בהגנה עליו באמצעות דיני הקניין הרוחני הנוגעים בדבר ואין להתיר לו לגייס עזרתו את אותו 'מסלול עוקף' של דיני עשיית עושר"). לעומת זאת, ראו דיון בפסק הדין המנחה: ע"א 8483/02 אלוניאל בע"מ נ' מקדונלד, פ"ד נח(4) 314, 358, 364–365 (2004) (להלן: עניין מקדונלד), שבו נדונה שאלת זכותו של אדם לשלוט בשימוש המסחרי הנעשה בשמו. שם נקבע כי ההישענות על העילה מדיני עשיית עושר ולא במשפט אינה מהווה עקיפה של חקיקת הקניין הרוחני בישראל, שכן דינים אלה אינם מתיימרים לטפל בזכות הפרסום ואינם יוצרים הסדר שלילי.

162 עניין אבסולוט (לעיל, הערה 91), בעמ' 873.

163 בית המשפט מצא כי הסימן אבסולוט הוא "סימן מסחר מוכר היטב" בתחום המשקאות האלכוהוליים. נקבע כי אומנם סעיף 46א(ב) לפקודה הוא חריג לכלל שההכרה ב"סימן מסחר מוכר היטב" מוגבלת לתחום שבו נעשה שימוש בסימן, אך יש לצמצם את ההרחבה לתחומים "משיקים או קרובים" לתחום שבו הוכר הסימן, ולא לתחומים רחוקים יותר שבהם אין חשש לטעות. לעומת זאת, בית המשפט העליון מצא כי אין הכרח שההגנה תורחב רק לתחומים "משיקים או קרובים", ויש לבחון כל מקרה לגופו, שכן הרחבת יתר של ההגנה תפגע בתחרות, כשם שצמצום יתר יסכל את תכלית ההגנה. ואולם, במקרה זה, כשמדובר בסימן הכולל שם שהוא מונח תיאורי-מילוני, יש לנהוג זהירות רבה בפסילת הסימן ובמתן הגנה ל"ניכוסו" של המילון. בנסיבות העניין נדחתה לפיכך הטענה להפרת סימן מסחר. עוד נקבע כי במקרה זה לא התקיימו גם תנאיה של עילת גנבת העין, הנותנת הגנה לסימני מסחר לא רשומים.

164 עניין אבסולוט (לעיל, הערה 91), בפסקה יז לפסק הדין.

165 ראו ע"א 7629/12 סוויסה נ' TOMMY HILFINGER LICENSING LLC, פסקה 21 לפסק דינה של השופטת חיות ופסקה ה לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 2014) ("כפי שנקבע בעניין אדידס (בדעת הרוב), נראה כי כאשר תובע אינו מצליח להוכיח

גישה דומה נקט השופט רובינשטיין בפסק הדין בעניין **אדידס**.<sup>166</sup> בעניין זה נדונה שאלת תחולתם של דיני עשיית עושר ולא במשפט בנסיבות שבהן אין למערכת עילת תביעה לפי דיני הקניין הרוחני. חברת Adidas Salomon AG, בעלת סימני מסחר רשומים במדינות רבות ברחבי העולם, הגישה תביעה נגד יבואן של נעלי ספורט הנושאות ארבעה פסים אלכסוניים בצד הנעל ואת המילה "Sydney", בטענה שהיבואן הפר את סימנה הרשום והמוכר היטב של אדידס, המורכב משלושה פסים אלכסוניים. בית המשפט המחוזי בתל אביב דחה את התביעה לכל עילותיה (גנבת עין, הפרת סימן מסחר, דילול סימן מסחר וגזל מוניטין) מהטעם שלא הוכח חשש להטעיית ציבור הצרכנים.<sup>167</sup> באשר לטענה בדבר עשיית עושר ולא במשפט, שופטי הרוב (השופטת חיות והשופט רובינשטיין) דחו את טענתה החלופית של אדידס כי המשיב התעשר שלא כדין על חשבונה. להשקפתם, בנסיבות המקרה אין מקום להידרש כלל להלכת א.ש.י.ר. השופטת חיות סברה כי דעת הרוב בעניין **א.ש.י.ר. השאירה ב"צריך עיון"** את השאלה אם במקרה שבו התובע זכאי לתבוע לפי דיני הקניין הרוחני, יש לאפשר לו לתבוע במקביל או לחלופין מכוח דיני עשיית עושר.<sup>168</sup> היא הוסיפה כי גם אם לצורך הדיון נניח כי דחיית הטענה בדבר הפרתו של סימן מסחר אינה שוללת מניה וביה עילה חלופית לפי דיני עשיית עושר, אזי אין להתעלם מכך שלדחיית טענה זו משקל משמעותי בבחינת

כי הופר סימן מסחר רשום הוא לא יזכה ברגיל בסעד מכוח דיני עשיית העושר ואף אם דחיית טענה בדבר הפרת סימן המסחר אינה שוללת לחלוטין עילה מכוח דיני עשיית עושר, בוודאי שיש לה משקל משמעותי ביותר לצורך בחינת העילה החלופית". כן ראו עניין **אבסולוט** (לעיל, הערה 91), בעמ' 888 ("מבלי לקבוע מסמרות בדבר, נוטה אני לדעתם של השופטים חיות ורובינשטיין שלפיה דיני עשיית עושר אינם יכולים לשמש נתיב 'עוקף' לדיני סימני המסחר, אלא רק נתיב משלים שלהם, במקרים מתאימים"). ראו גם עניין **אדידס** (לעיל, הערה 91) ("בעניינים נוספים שבאו בפני בית משפט זה לאחר הינתן פסק הדין בעניין א.ש.י.ר, סבר בית המשפט כי משכשל התובע בהוכחת הפרתו של סימן מסחר רשום ומשאינו זכאי להגנה קניינית מכוח 'זכות ממוסדת' זו, אין מקום למתן סעד על פי עילה חלופית הנסמכת על חוק עשיית עושר, וכדברי בית המשפט בעניין אבסולוט 'בסימן רשום, הייתה פתוחה בפני המערערת דרך המלך של דיני הקניין הרוחני', בעוד שבאותו פסק-דין [עניין א.ש.י.ר.] לא היו זכויות הקניין הרוחני רשומות. משלא תצלח דרך המלך, לא תצלח גם הדרך הצדדית").

<sup>166</sup> עניין **אדידס** (לעיל, הערה 91) פס' ה' לפסק דינו של השופט רובינשטיין.  
<sup>167</sup> בבוחנו אם קיים "דמיון מטעה" בין סימן המסחר לנעליים החיל בית המשפט העליון את ה"מבחן המשולש" (המבחן המשמש לבחינת הפרת סימן מסחר) וקבע כי אין חשש שציבור הצרכנים יטעה לחשוב כי הנעליים המדוברות הן מתוצרתה של התובעת. על כן דחו שלושת שופטי ההרכב את טענתה של אדידס כי הופר סימנה המסחרי. ראו שם.  
<sup>168</sup> שם, בפסקה 21 לפסק דינה של השופטת חיות והאסמכתאות שם. יוער כי במקרים נוספים שבאו לפני בית המשפט נקבע כי משכשל התובע להוכיח את הפרתו של סימן מסחר רשום, ומשלא היה זכאי להגנה קניינית מכוח "זכות ממוסדת" זו, אין מקום לתת סעד על פי עילה חלופית הנסמכת על דיני עשיית עושר ולא במשפט.

התקיימותם של יסודות העילה החלופית (עשיית עושר ולא במשפט), זאת ביחוד משנקבע כי לא התקיים יסוד ההטעיה.<sup>169</sup> בכך הבחינה השופטת חיות את הנסיבות של עניין אדידס מאלו של עניין א.ש.י.ר.<sup>170</sup> לפיכך קבעה כי יש לדחות את טענת המערערת ואין מקום להעניק לה סעד על פי עילה חלופית הנסמכת על דיני עשיית עושר ולא במשפט.

לעומתה סבר השופט ריבלין כי יש להעניק לאדידס סעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט.<sup>171</sup> לדבריו, משנקבע בהלכת א.ש.י.ר כי אין מניעה עקרונית להכיר בעילה של עשיית עושר במקרה שבו חלים גם דיני הקניין הרוחני, ראוי כי גם במקרה הנדון יוכר קיומה של עילה זו.<sup>172</sup> השופט ריבלין הבהיר כי היעדר התחולה של עילת הפרת סימן מסחר על חיקויים "מובהקים" שכאלה "אינה משקפת הכרעה של מדיניות שלפיה 'שוק החיקויים' הינו רצוי מבחינת המחוקק",<sup>173</sup> כי אם חסר (לקונה) בדיני סימני המסחר, שמקורו ב"מבחן המשולש" שאימצו בתי המשפט ולא דווקא בלשון החוק. משהגיע למסקנה כי מדובר בלקונה, ולא בהסדר שלילי, אין לגישתו מניעה מבחינת דיני הקניין הרוחני להכיר בעילת תביעה על פי דיני עשיית עושר בנוגע לחיקוי של סימן מסחר רשום שאין מתקיים בו "דמיון מטעה", שכן הצרכן מודע להיותו חיקוי.

חשוב לציין כי השופט ריבלין הבחין בפסק דינו בין הסוגיה שנדונה במקרה שלפניו לסוגיה שעמדה לפני בית המשפט בעניין אבסולוט. להשקפתו, הסוגיה העיקרית בעניין אבסולוט הייתה היות המילה אבסולוט מילה תיאורית-מילונית.<sup>174</sup> אם כן, משהוכרע כי פוטנציאל ההטעיה שלה נמוך, לא היה מקום להעניק לתובעת סעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. לעומת זאת, סוגיית ההפרה של חיקויים "מובהקים" שאין מתקיימת בעניינם דרישת ה"דמיון המטעה" כיוון שהצרכן מודע להיותם חיקוי, אינה מוסדרת בדיני הקניין הרוחני. על כן אין מניעה להכיר בעילה של עשיית עושר ולא במשפט.<sup>175</sup> משנקבע כי אין מניעה להכיר בעילה על פי דיני עשיית עושר, בחן השופט ריבלין את

169 שם, שם.

170 בית המשפט סבר כי שימוש של הנתבע בארבעה פסים, וציון המילה SYDNEY בשלושה מקומות על גבי הנעל, יש בהם כדי להבחין במידה ניכרת את המקרה דנן מזה שנדון בעניין א.ש.י.ר. (לעיל, הערה 3), שבו הוכרה עילת עשיית העושר. בעניין א.ש.י.ר. בוצעה "העתקה מושלמת" של מוצר, שהיו בו יסודות פיתוח והמצאה, ואילו השימוש בפסים הוא בעל אופי מבחין חלש. ראו עניין אדידס (לעיל, הערה 91) פס' 10 לפסק דינה של השופטת חיות.

171 שם, בפסקה 6 לפסק דינו של השופט ריבלין.

172 שם, בפסקה 4 לפסק דינו של השופט ריבלין.

173 שם, בפסקה 6 לפסק דינו של השופט ריבלין.

174 על פי רוב, מילה תיאורית-מילונית תזכה להגנה מצומצמת. ראו, עניין אבסולוט (לעיל, הערה 91), בפסקה י"ד לפסק דינו של השופט רובינשטיין ("מילה תיאורית-מילונית אינה יכולה לקבל הגנה 'אבסולוטית', אלא – כאמור – יש לשקול כל מקרה לגופו באשר להתקיימות התנאים").

175 שם, בפסקה 7 לפסק דינו של השופט ריבלין.

שלוש יסודותיה של עילה זו (קיומה של התעשרות, ההתעשרות באה לזוכה מהמזכה, וההתעשרות התקבלה על ידי הזוכה "שלא על פי זכות שבדין"). השופט הסיק כי מתקיימים יסודות העילה וכי יש מקום לתת סעד בנסיבות העניין.<sup>176</sup>

השופט רובינשטיין חזר על עמדתו מפסק הדין בעניין **אבסולוט** ואף ציין כי עמדתו של השופט ריבלין אינה עולה בקנה אחד עם הלכת א.ש.י.ר. לדעת השופט רובינשטיין, חקיקת הקניין הרוחני יוצרת הסדר שלילי אשר אינו מאפשר הרחבה של הלכת א.ש.י.ר. במקרים שבהם האובייקט אינו מוגן מכוח דיני הקניין הרוחני אם מטעם פנימי מהותי או מטעם חיצוני דיוני (כמו במצב שבו לא היה רישום).<sup>177</sup>

לסיכום, ניתן לומר כי הן בעניין **אבסולוט** הן בעניין **אדיס** הבחין בית המשפט בין מקרים שבהם אין לתובע זכות כלשהי מכוח דיני הקניין הרוחני, בשל לקונה, ובין מקרים שבהם דיני הקניין הרוחני אינם מאפשרים לתובע לקבל הגנה, דהיינו קיים הסדר שלילי. במקרים אחרונים אלה, לדידו של השופט רובינשטיין, אין לאפשר למי שמבקש הגנה מכוחם של דיני עשיית עושר ולא במשפט לעקוף באמצעותם את הכללים הקבועים בדיני הקניין הרוחני ולהפר את האיזונים אשר אימץ המחוקק בהסדרים אלו.

בית המשפט נקט גישה מצמצמת דומה בפסקי דין נוספים. למשל, הערעור בעניין **General Mills** עסק בשאלה אם ייצור חטיף הדומה בעיצובו לחטיף "אפרופו" מקנה עילה משפטית המזכה את המערערת בפיוצי.<sup>178</sup> המערערת טענה שמדובר בהפרת סימן מסחר מוכר היטב ודילול סימן מסחר, ואף טענה כי מתקיימת עילת תביעה גם לפי עוולת גנבת עין וחוק עשיית עושר ולא במשפט.

בית המשפט קבע כי אין מקום לתת סעד למערערת ודחה את כל העילות, משום שהמערערת לא הסבירה מדוע לא רשמה את החטיף כמדגם ולא הראתה שהיא קושי מהותי לבצע את הרישום. בית המשפט הדגיש כי רק במקרים חריגים ונדירים יש מקום להכיר בהתקיימותו של ה"יסוד הנוסף". מלבד זאת, בית המשפט סירב להרחיב את ההגנה של דיני עשיית עושר ולא במשפט ולהחילה על מצבים של העתקה חלקית של מוצרים שבהם אין חשש לכשל שוק. בית המשפט קבע כי מלבד הקריטריונים שנקבעו בהלכת א.ש.י.ר, יש לבחון באופן כללי יותר את אופיו וטיבו של השוק המסוים שבו נמכר המוצר. בית המשפט הסיק כי חיקוי של עיצוב מוצר בשוק המזון, שאין בו כדי להטעות את הצרכנים, יהיה לא לגיטימי רק במקרים נדירים, ולכן דחה לא רק את העילה של גנבת עין אלא גם את העילה שבדיני עשיית עושר ולא במשפט.<sup>179</sup>

176 השופט ריבלין הציע ליתן צו מניעה קבוע שיאסור על המשיב לשווק או להפיץ את הנעליים בעיצוב הנוכחי (אך כאמור הוא נותר בדעת מיעוט).

177 שם, בפסקה ה לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

178 ע"א 945/06 GENERAL MILLS INC נ' **משובח מזון בע"מ** (פורסם בנבו, 2009).

179 בדומה, גם בעניין **אנגיל** התעוררה שאלת חיקוי, והפעם של מוצר שייצרה המערערת "לחם עינן". בית המשפט המחוזי דחה את תביעת המערערת בעילות של הפרת סימן מסחר, גנבת עין, עשיית עושר ולא במשפט ועוולת הגזל. בית המשפט העליון דחה את הערעור בקובעו

עיון בפסקי דין בערכאות נמוכות מלמד על מגמה מעורבת: גישה חיובית מרחיבה לצד גישה מצמצמת. פסקי דין המאמצים מגמה חיובית מרחיבה מכירים באפשרות להחיל את הלכת א.ש.י.ר גם כאשר לתובע נתונה עילת תביעה מכוח דיני סימני המסחר או עולות גנבת עין,<sup>180</sup> ואף כאשר ניתן סעד מכוחה.<sup>181</sup> חלק מבתי המשפט אף היו מוכנים לתת סעד מכוח העילה של עשיית עושר במקרה שבו נדחתה העילה מכוח הזכות בסימן מסחר רשום.<sup>182</sup>

בתי משפט שנקטו גישה מצמצמת סברו כי אין מקום להיזקק לעילה של עשיית עושר כאשר לתובע נתונה עילה בגין סימן מסחר רשום ופתוחה לו הדרך לתבוע בגין הפרתו.<sup>183</sup> כאשר הופר סימן המסחר, וניתן סעד בגין ההפרה, חלק מבתי המשפט סברו כי אין מקום לתחולת דיני עשיית עושר.<sup>184</sup> חלק מבתי המשפט אף סברו כי כאשר תובע כשל בהוכחת טענתו בדבר הפרת סימן מסחר רשום, ועל כן אינו זכאי לסעד מכוח דיני הקניין הרוחני, אין הוא זכאי לסעד מכוח עילה חלופית בהסתמך על דיני עשיית עושר.<sup>185</sup> חלקם סברו כי זכאות לסעד כזה תהיה רק במקרים חריגים וקיצוניים.<sup>186</sup> כך למשל, השופטת מיכל אגמון-גונן תומכת במגמה של צמצום הלכת א.ש.י.ר. היא הדגישה כי ההלכה קבעה רק את "גבולות הגזרה" בכל הנוגע לאפשרות תחולתם של דיני עשיית עושר ולא במשפט בתחום הקניין הרוחני. לגישה, יש ערכים רבים נוספים שיש

- 
- כי כלל העילות לא בוססו. בדומה לקודמיו הדגיש בית המשפט כי בפסיקה הסתמנה מגמה של צמצום הלכת א.ש.י.ר, וכי רק במקרים חריגים יינתן סעד מכוחה כאשר ייחודו של המוצר, והמשאבים שהושקעו בפיתוחו, מצדיקים את החלתם של דיני עשיית עושר. אף שבית המשפט נמנע מלהביע עמדה עקרונית במחלוקת שעלתה לדיון בעניין **אדיס**, בדומה לבית המשפט באותו עניין, גם הוא הדגיש כי אין מקום להחיל את דיני עשיית עושר ולא במשפט על מקרים שבהם נדחתה תביעתו של התובע בעילה של הפרת סימן מסחר וגנבת עין. ראו, ע"א 5066/10 **שלמה א. אנגיל בע"מ נ' י. א. ברמן בע"מ** (פורסם בנבו, 2013).
- 180 ת"א (מחוזי חי') Spin Master Ltd 43006-08-10 **נ' חי עמרה בע"מ** (פורסם בנבו, 2011).
- 181 ת"א (מחוזי ת"א) GIANNI VERSACE S.P.A 2960/00 **נ' ורסצ'ה 83 בע"מ** (פורסם בנבו, 2009); ת"א (מחוזי מ"ר) 10193-0-09 **אורגון מעצב החלונות בע"מ נ' אביזר סנטר (תעשיות) בע"מ** (פורסם בנבו, 2010) (להלן: **עניין אורגון**); ת"א (מחוזי ת"א) 2387/03 **THE NORTH FACE INC נ' קליבר צעצועים בע"מ** (פורסם בנבו, 2007).
- 182 ת"א (מחוזי ת"א) 1001/02 **מסע אחר בע"מ נ' פלד** (פורסם בנבו, 2006) (להלן: **עניין פלד**); ת"א (מחוזי ת"א) 1171/97 **JOOP! GmbH נ' כל פרפיום בע"מ** (פורסם בנבו, 2006) (להלן: **עניין JOOP**).
- 183 ת"א (מחוזי י-ם) 8248/06 **עזריאל נ' פתרונו שיווק למשפחות בע"מ** (פורסם בנבו, 2007).
- 184 ת"א (מחוזי ת"א) 2028-08 **ADIDAS AG נ' בטש** (פורסם בנבו, 2014).
- 185 ת"א (מחוזי ת"א) 45192-12-14 **S.A SOCIETE DES PRODUITS NESTLE נ' אספרסו קלאב בע"מ** (פורסם בנבו, 2005); **עניין דדון** (לעיל, הערה 161); ת"א (מחוזי ת"א) 1711/08 **קדים (הדרכה) בע"מ נ' אלי מולה – פרחי ליאת** (פורסם בנבו, 2010).
- 186 ת"א (מחוזי ת"א) 2580-06 **SAFETY-KLEEN SYSTEMS, INC נ' סייקלין בע"מ** (פורסם בנבו, 2009).

לשקול לפני שמשמשים בדינים אלה, כגון הפגיעה בנחלת הכלל, הפגיעה האפשרית בתחרות, האפקט המצנן והזכות לאוטונומיה ולביטוי עצמי של הצרכנים.<sup>187</sup> חלק מבתי המשפט אף מסייגים את תחולתה של הלכת א.ש.י.ר רק למקרה שבו לא הוכחו עוולות מתחום דיני הקניין הרוחני.<sup>188</sup>

#### 4.4 מדגמים

אף על פי שהלכת א.ש.י.ר עסקה בעיקר בעיצובי מוצרים שלא נרשמו כמדגמים ובניסיון לקבל סעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, דומה כי מאז ניתנה ההלכה, מערכת היחסים שבין דיני המדגמים לתחום דיני עשיית עושר ולא במשפט כמעט שלא הגיעה לפתחו של בית המשפט העליון. בעניין Buffalo דחה בית המשפט העליון בקשה למתן צו מניעה זמני אשר יאסור על המשיבות לשווק דגמי נעלים הדומים לאלה המיוצרים ומשווקים על ידי המבקשות.<sup>189</sup> השופט גרוניס הדגיש כי המערערות לא רשמו מדגם על עיצוב הנעליים. למרות זאת דן בית המשפט בשאלת קיומה של עילה בדיני עשיית עושר. בעניין זה ציין השופט גרוניס כי "העתקה וחיקוי כשלעצמם אינם מהווים תחרות בלתי הוגנת, ואינם מבססים חובת השבה".<sup>190</sup> עם זאת הבהיר השופט כי אין בכך כדי לשלול את קיומה של עילה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. השופט גרוניס ציין כי הואיל והן בית המשפט המחוזי והן בית המשפט העליון מצאו כי התנהגות המשיבות אינה מהווה הפרת סימן מסחר או עוולת גנבת עין, הרי שנדרש "יסוד נוסף" כדי לבסס עילה על פי דיני עשיית עושר ומתן צו מניעה. אותו יסוד נוסף התפרש "כהתנהגות מצד הזוכה שאינה עולה בקנה אחד עם דרישות המסחר ההוגן. התנהגות זו נלמדת מנסיבות החיקוי או ההעתקה, כאשר כל מקרה נבחן לפי נסיבותיו".<sup>191</sup> בהלכת א.ש.י.ר ציין השופט ברק כמה אמות מידה להתנהגות כזאת: למשל, ככל שהיצירה חדשנית וייחודית יותר, ומאמץ רב יותר הושקע בפיתוחה, כך תגדל הנטייה של בית המשפט לראות בחיקויה או בהעתקה משום תחרות בלתי הוגנת.<sup>192</sup> עם זאת, בעניין Buffalo לא השתכנע בית המשפט כי הוכח קיומו של אותו "יסוד נוסף".<sup>193</sup> הלכה זו נקלטה גם בפסיקת בתי המשפט המחוזיים.<sup>194</sup>

187 עניין אדיס (לעיל, הערה 91) בעמ' 27–32.  
 188 ת"א (מחוזי חי') GEWISS S.P.A 4250-07-14 נ' חשמל תמנע בע"מ (פורסם בנבו, 2015).  
 189 עניין BUFFALO BOOTS GMBH (לעיל, הערה 94).  
 190 שם, בעמ' 491.  
 191 שם, שם.  
 192 שם, שם.  
 193 שם, בעמ' 491–492.  
 194 ראו פסיקה מחוזית ענפה המאמצת את גישתו של השופט גרוניס: ת"א (מחוזי ת"א) 1074/05 מעריב הוצאת מודיעין בע"מ נ' חברת אול יו ניד בע"מ (פורסם בנבו, 2010);

השופט ריבלין נקט, מנגד, בפסק דינו בעניין **שמעוני**, גישה המנסה לצמצם את הלכת א.ש.י.ר ולהגבילה אך למקרים חריגים המצדיקים מתן סעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט.<sup>195</sup> בפרשה זו לא טענו המערערות בערעורן טענה בדבר קיומה של עילת עשיית עושר. עם זאת מצא בית המשפט העליון להתייחס לכך בשולי הדברים. על בסיס העקרונות שהותוו בפסק הדין בעניין **א.ש.י.ר** פסק בית המשפט כי במקרה זה, שבו התבקשה הגנה לעיצוב שלא נרשם כמדגם, לא התקיימו דרישות ה"יסוד הנוסף" ואף לא דרישת ה"חומרה המיוחדת" שהציע השופט זמיר כחריג לדרישת היסוד הנוסף. בית המשפט הוסיף וציין כי לגישתו, "רק במקרים חריגים יסודות האמצאה בהם מאופייין המוצר, ייחודו, חדשנותו, משאבי הזמן, משאבי הכסף ומשאבי האנוש שהושקעו בפיתוחו הנם בשיעור המצדיק את הטיית הכף לטובת מתן סעד מכוח דיני עשיית העושר ולא במשפט, ולא על-פי האכסניה הטבעית והמקובלת של דיני הקניין הרוחני ודיני הנזיקין".<sup>196</sup>

בערכאות הנמוכות פסיקה מעטה עוסקת ביחס שבין דיני המדגמים לדיני עשיית עושר ולא במשפט. בתי משפט שנקטו גישה חיובית מרחיבה נטו לבחון אם התקיימו יסודות העילה של עשיית עושר אף במקרה שבו פקעו זכויותיו של התובע במדגם,<sup>197</sup> ובמקרה שבו לא הייתה הגנה כלל מכוח דיני המדגמים, הם נתנו הגנה מכוח דיני עשיית עושר למדגמים שלא נרשמו.<sup>198</sup> מנגד, בתי משפט שנקטו גישה מצמצמת סברו שלא יהיה ניתן להסתמך על דיני עשיית עושר במקרה שבו ניתן להגן על נכס באמצעות דיני הקניין הרוחני, למשל באמצעות מדגם רשום, ונמצא כי אין בהם כדי להעניק הגנה, כגון

---

עניין **מרקל סתיו** (לעיל, הערה 134); ת"א (מחוזי ת"א) 2318/03 **קצב נ' פסגות עד יבוא ושיווק בע"מ** (פורסם בנבו, 2007) (להלן: עניין **קצב**); עניין **פלד** (לעיל, הערה 182); עניין **JOOP** (לעיל, הערה 182); עניין **דוד ("הכי טוב") דבש** (לעיל, הערה 111); עניין **מייזליק** (לעיל, הערה 137); ת"א (מחוזי ת"א) 1948/04 **גונן נ' פשוט יבוא ושיווק בע"מ** (פורסם בנבו, 2009); עניין **ברוש** (לעיל, הערה 92); ת"א (מחוזי מ"ר) 36177-01-11 **חנינה נ' י.ל. יבוא ויצוא רחובות (2002) בע"מ** (פורסם בנבו, 2012); ת"א (מחוזי ת"א) 1439/06 **סימנדה נ' א.ג.א.ש.א. חכשיטים בע"מ (בפירוק)** (פורסם בנבו, 2010) (להלן: עניין **סימנדה**); עניין **יוסקביץ** (לעיל, הערה 93); עניין **אורגון** (לעיל, הערה 181).  
 195 הערעור נסב על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב, ת"א (מחוזי ת"א) 422/91 **שמעוני נ' "מוביי" בירנבאום בע"מ** (פורסם בנבו, 2005) (להלן: עניין **שמעוני**).  
 196 עניין **שמעוני** (לעיל, הערה 195). מכל מקום חשוב לציין כי פרופ' דויטש טוען שגישה פרשנית זו אינה עולה בקנה אחד עם דעת הרוב בעניין א.ש.י.ר או עם פסיקה מאוחרת יותר של בית המשפט. ראו לשם השוואה, עניין **שוהם** 2005 (לעיל, הערה 1); עניין **אדידס** (לעיל, הערה 91).  
 197 עניין **ברוש** (לעיל, הערה 92).  
 198 עניין **קצב** (לעיל, הערה 194); עניין **סימנדה** (לעיל, הערה 194) (ניתן סעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט: צו מניעה קבוע).

שהמדגם חסר תוקף.<sup>199</sup> בתי משפט אף סברו כי מוצר שזכה להגנה מכוח דיני המדגמים, אין לאפשר לו לאמץ את המסלול העוקף של הגנה על פי דיני עשיית עושר.<sup>200</sup> זאת ועוד, בתי משפט סברו כי כאשר תובע לא רשם את זכותו, עליו להסביר מדוע זכותו לא נרשמה, ואם היה ניתן לרשום את הזכות והרישום לא נעשה, רק במקרים חריגים ונדירים תוכר עילה מכוח דיני עשיית עושר.<sup>201</sup>

לסיכום, ניתן לומר כי ממצאי ניתוחם של פסקי הדין המאזכרים את הלכת א.ש.י.ר מציגים תמונה מורכבת. מחד גיסא, ממצאי המחקר נותנים ביטוי מובהק לטענה שעלתה תכופות בפסיקת בתי המשפט ובספרות, שלפיה קליטתה ויישומה של הלכת א.ש.י.ר בפסיקת בית המשפט העליון ופסיקת הערכאות הנמוכות לא הייתה עקיבה וברורה. מאידך גיסא, במקרים שבהם נדרשו בתי המשפט לשאלת תחולתם של דיני עשיית עושר ולא במשפט בד בבד עם דיני הקניין הרוחני, מצאנו כי סיכויו של התובע לקבל סעד מכוח דיני עשיית עושר גדולים לאין ערוך כאשר בית המשפט מאמץ גישה מרחיבה להלכת א.ש.י.ר. ממצאים אלו מעוררים את השאלה אם חרף ממצאים אלו יש להלכת א.ש.י.ר מקום בעיקר ככלי לקידום שיקולי צדק חלוקתי. סוגיה זו תידון בחלק הבא.

## ה. הלכת א.ש.י.ר ככלי לקידום צדק חלוקתי

תוצאות בחינתם של פסקי הדין מלמדות כי למרות עמימותה והקשיים הרבים שהיא מעוררת, לגישה החיובית המרחיבה של בתי המשפט להלכת א.ש.י.ר יש פוטנציאל לתת מענה לכמה כשלים חלוקתיים, שכן היא מאפשרת – בהתקיים תנאים מסוימים – מתן הגנה לפי דיני עשיית עושר ולא במשפט גם במקרה שבו אי-אפשר לזכות בסעד מכוח דיני הקניין הרוחני, בין היתר, ובעיקר, גם במצבים שבהם לא רשם התובע את זכותו במרשם זכויות. מכיוון שתחולת הלכת א.ש.י.ר אינה דורשת אגרות רישום, עלויות בחינה ואף מודעות לזכות והבנה של הזכות לצורך רכישתה מלכתחילה, הגנה זו יכולה להסיר, או לכל הפחות לצמצם, אתגרי נגישות לזכויות קניין רוחני בכלל ומרשמים של זכויות קניין רוחני בפרט.<sup>202</sup>

כדי להבהיר טענה זו עלינו לעמוד תחילה על החסמים המרכזיים הידועים ביחס לגישה לזכויות קניין רוחני רשומות.<sup>203</sup> הסקירה שלהלן תתמקד בקצרה בייצוג חסר של

199 ת"א (שלום ת"א) 100619/00 א. גולן תקשורת בע"מ נ' כהן (פורסם בנבו, 2005).

200 עניין שפרן (לעיל, הערה 161).

201 ת"א (מחוזי ת"א) 37940-04-16 STUDEX, INC נ' תכשיטי דניאל ויליאן בע"מ (פורסם בנבו, 2019).

202 Peter Birks, *Unjust Enrichment* (2005); Andrew Burrows, *The Law of Restitution* (2011).

203 חשוב לציין כי לרישום זכויות קניין רוחני יש השלכות חלוקתיות רבות, שבוססו בעיקר בנוגע למרשמי זכויות של קניין רוחני בארצות הברית. נתונים אמפיריים מעטים מאוד



קבוצות מסוימות בציבור של בעלי זכויות קניין הרוחני, אגב הדגשת פערים מגדריים, אתניים-גזעיים, כלכליים והצבת נתונים דמוגרפיים נוספים.

## 1. קניין רוחני ומגדר

אחת הקבוצות העיקריות הסובלת באופן מסורתי מתת-ייצוג בכל הנוגע לזכויות קניין רוחני רשומות היא נשים. כך לדוגמה, מחקרים מספר, ובהם מחקר של הארגון העולמי לזכויות קניין רוחני (WIPO) שנערך בשנת 2016 ובחן בקשות לפטנטים בכל העולם, מראים כי חלקן היחסי של נשים בבקשות לפטנטים, ובפטנטים שאושרו, קטן בהרבה מחלקן היחסי באוכלוסייה. פחות מ-30% מבקשות הפטנטים בעולם כוללות נשים ממציאיות, ובפחות מ-5% מהפטנטים רק נשים הן הממציאיות.<sup>204</sup> בישראל, שיעורן של נשים ממציאיות בשנים 1999–1995 עמד על 11.6% בלבד. נוסף על כך, מחקרם של טרכטנברג ושיף הראה כי שיעור הנשים הממציאיות בישראל בשנים 1963–1999 עמד על 7% לכל היותר. מגמה דומה של ייצוג חסר ברישום פטנטים עולה גם מניתוח פטנטים הנרשמים על ידי מוסדות לימוד אקדמיים,<sup>205</sup> אפילו במקרים שבהם יש שוויון מגדרי בייצוג נשים באותו תחום מדעי (כגון מדעי החיים).<sup>206</sup> לא זו אף זו, אף על פי שפטנטים של נשים נחשבים לשווי ערך מבחינה איכותית, והם אף איכותיים יותר מפטנטים של גברים, מחקרים שונים מראים כי יש נטייה ניכרת לדחות בקשות של נשים יותר מאשר בקשות של גברים, וכאשר בקשות של נשים נדחות, הן נוטות לערער פחות על החלטות דחייה אלה. ממצא זה נותר בעינו גם כאשר מנטרלים את ההשפעה של התחום שבו מוגשת הבקשה. מלבד זאת, ידוע גם כי בוחני פטנטים נוטים לאשר תביעות פטנט מעטות יותר של נשים, ובקשות לפטנט שבכל זאת אושרו, נוטות לכלול תביעות צרות ומוגבלות יותר מאלה שבבקשות לפטנטים של גברים. לבסוף, פטנטים המוענקים לנשים מצוטטים פחות מאלו של גברים, ויש סבירות נמוכה לחידושם של פטנטים שהמציאיו נשים.

נאספו בנוגע למרשמי זכויות של קניין רוחני בישראל, אם כי ניתן להניח שרבים מהממצאים הנוגעים לארצות הברית מאפיינים גם את מרשמי הזכויות בישראל.

204 Gema L. Martinez et al., "Identifying the Gender of PCT Inventors", 33 WIPO ECON. & STAT. SERIES (2016) 8  
*Intellectual Prop. Office, Gender Profiles in Worldwide Patenting, an Analysis of Female inventorship* 30 (2016),  
[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachm\\_ent\\_data/file/567518/Gender-profiles-in-worldwide-patenting.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachm_ent_data/file/567518/Gender-profiles-in-worldwide-patenting.pdf) (UK)

205 Frietsch et al., "Gender-Specific Patterns in Patenting and Publishing", 38 RES. POL'Y (2009) 590, pp. 594–595.

206 Annette I. Kahler, "Examining Exclusion in Woman-Inventor Patenting: Comparison of Educational Trends and Patent Data in the Era of Computer Engineer Barbie", 19 AM. U. J. GENDER SOC. POL'Y & L. (2011) 773, pp. 776–777.

בהתחשב בכך שפטנטים מהווים רכיב מרכזי מאוד בעולם היזמות הטכנולוגית, פער זה מציב מכשול גדול בדרכן של נשים הרוצות למסחר את המצאותיהן. חדשנות היא יקרה, ולכן ממצויאים ויזמים צריכים פטנטים כדי להגן על הרעיונות שלהם מפני ניצול לרעה על ידי מתחרים, וגם כדי להגן על ההשקעות שלהם במאמצי המסחר של ההמצאות. ייתכן שהסיבה לשיעור ההשתתפות הנמוך של נשים במרשמי פטנטים היא שנשים מהוות כיום פחות מ-10% מכלל הממצויאים בעולם, אף שמספר המצויאות עולה בהדרגה.<sup>207</sup> לנשים יש גם ייצוג חסר בתחומי המדעים המדויקים (מתמטיקה, הנדסה, מדע וטכנולוגיה), ובייחוד בתחומי המדעים שבהם יש נטייה לרשום פטנטים רבים יותר.<sup>208</sup> ואולם, ייצוג החסר בתחום המדעים אינו יכול לבדו להסביר את הפער הגדול בין נשים לגברים. נוסף על גורמים אלו, עוד לפני השלב של הגשת בקשת הפטנט נשים נתקלות במכשולים רבים המונעים מהן גישה למערכת הפטנטים עצמה. הליך אישור הפטנט הוא סבוך ודורש פעמים רבות השקעה רבה של זמן וכסף, לרוב של עשרות אלפי דולרים בגין הגשת בקשה אחת לפטנט. גורמים אלו וגורמים נוספים תורמים לייצוג החסר של נשים בתחום הפטנטים.<sup>209</sup>

לשם השוואה, חוקרים שבחנו את מרשם זכויות היוצרים בארצות הברית מצאו כי שני שלישים מהרישומים במרשם הם של גברים, אף על פי שהפער המגדרי משתנה מסוג

- Waverly W. Ding et al., "Gender Differences in Patenting in the Academic Life Sciences", 313 SCIENCE, (2006) 665, p. 666; Taehyun Jung & Olof Ejerme, "Demographic Patterns and Trends in Patenting: Gender, Age, and Education of Inventors", 86 TECHNOLOGICAL FORECASTING & SOC. CHANGE (2014) 110, p. 110
- David Beede et al, "Women in STEM: A Gender Gap to Innovation" 2-3 (U.S. Dep't of Com., Econ. and Stat. Admin. Issue Brief #04-11, 2011), <https://files.eric.ed.gov/fulltext/ED523766.pdf>; Lisa D. Cook and Chaleampong Kongcharoen, "The Idea Gap in Pink and Black" (Nat'l Bureau of Econ. Research, Working Paper 16331, 2010), <https://www.nber.org/papers/w16331.pdf>
- לרשות נשים עומדים משאבים כלכליים פחותים מאלה של גברים, והגישה שלהן למשקיעים פוטנציאליים קלה פחות. בדומה, לנשים גישה נוחה פחות לקהילות ורשתות של מומחים אשר יכולים להקל את תהליך ההגשת של בקשה לפטנטים. גם סקסזים מצד עמיתים, אנשי קשר בתעשייה, צרכנים ובוחני פטנטים משפיע על האופן שבו תופסות הנשים את עבודתן כראויה להגנה באמצעות פטנט. Alicia Robb, *Small Bus. Admin.*, Office of Advocacy, *Access to Capital Among Young Firms, Minority-Owned Firms, Women-Owned Firms, and High-Tech Firms* (2013) p. 31, [https://www.sba.gov/sites/default/files/files/rs403tot\(2\).pdf](https://www.sba.gov/sites/default/files/files/rs403tot(2).pdf); Wenpin Tsai and Sumantra Ghoshal, (1998) "Social Capital and Value Creation: The Role of Intrafirm Networks", 41 ACADEMY MGMT. J (1998) 464, p. 473; Delixus, Inc. & National Women's Business Council, *Intellectual Property and Women Entrepreneurs - Part II: Qualitative*, (2012) p. 15; Fiona Murray & Leigh Graham, "Buying Science and Selling Science: Gender Differences in the Market for Commercial Science", 16 INDUS. & CORP. CHANGE (2007) 657; Christine Wenneras & Agnes Wold, "Nepotism and Sexism in Peer-Review", 387 NATURE (1997) 341, p. 341

יצירה אחד לאחר.<sup>210</sup> כמו כן, ייצוג נשים במרשם זכויות היוצרים עלה במרוצת הזמן,<sup>211</sup> אך ייצוג נשים במרשם זכויות יוצרים נותר נמוך ביחס לייצוגן בשוק העבודה.<sup>212</sup> בתחום סימני המסחר אין בנמצא ממצאים אמפיריים העוסקים בקשר שבין מגדר ורישום סימני מסחר.<sup>213</sup>

מחקרים בין-תחומיים בדיני קניין רוחני ומגדר זיהו כי גורמים מספר תורמים לפערים מגדריים בתחום הקניין הרוחני.<sup>214</sup> ככלל ניתן לומר כי גורמים אלה ניתנים לסיווג לשלוש שאלות עיקריות: כיצד דוקטרינות קניין רוחני מתייחסות למין ולמגדר? האם יש מאפיינים מגדריים לדוקטרינות הקניין הרוחני עצמן? אילו פערים מגדריים ניתן למצוא בהשתתפות במערכות של קניין רוחני?<sup>215</sup> בהקשר של תחום הפטנטים, נושאים מסוימים, שאמורים לכאורה להיות ניטרליים לחלוטין מבחינה מגדרית, מאמצים מבחינה מעשית מאפיינים גבריים.<sup>216</sup> כך לדוגמה, תפיסת ה־PHOSITA (Person Having Ordinary Skill In The Art), בעל המקצוע הממוצע בתחום האמצאה, היא תפיסה מעורפלת, הנתונה להטיה תרבותית ולהנחות מוצא שגויות בנוגע ליכולות בתחום עיסוק מסוים.<sup>217</sup> גם התפיסות האנכרוניסטיות של המושגים "אמצאות", "טכנולוגיה" ו"יישום תעשייתי" עלולות לפגוע בהגנה על מציאות.<sup>218</sup> באופן דומה, חוקרים שונים הראו שדיני זכויות יוצרים נטו להגן יותר על יצירות "גבריות" ופחות על יצירות "נשיות".<sup>219</sup> מלומדים נוספים טענו כי דיני זכויות יוצרים נוטים להדיר יצירות נשיות וידע נשי.<sup>220</sup> ולשמר

- 
- Robert Brauneis and Dotan Oliar, "An Empirical Study of the Race, Ethnicity, Gender, and Age of Copyright Registrants", 86 GEO. WASH. L. REV. (2018) 101, p. 128.
- שם, שם. 211
- שם, שם. 212
- Kara W. Swanson, "Intellectual Property and Gender: Reflections on Accomplishments and Methodology", 24 AM. U. J. GENDER, SOC. POL'Y & L. (2015) 175.
- שם, בעמ' 176. 214
- שם, שם. 215
- שם, בעמ' 185, 191. 216
- Dan L. Burk, "Diversity Levers", 23 DUKE J. GENDER L. & POL'Y (2015) 25, p. 42; 217
- Dan L. Burk, "Do Patents Have Gender?", 19 AM. U. J. GENDER SOC. POL'Y & L. (2011) 881, pp. 883 907.
- Shlomit Yanisky-Ravid, "Eligible Patent Matter: Gender Analysis of Patent Law: International and Comparative Perspectives", 19 AM. U. J. GENDER SOC. POL'Y & L. (2011) 851, p. 851. 218
- Shelley Wright, "A Feminist Exploration of the Legal Protection of Art", 7 CAN. J. WOMEN & L. (1994) 59. 219
- Ann Bartow, "Fair Use and the Fairer Sex: Gender, Feminism and Copyright Law", 14 AM. U. J. GENDER SOC. POL'Y & L. (2006) 551, pp. 554-555, 557, 562; Dan L. Burk, "Copyright and Feminism in Digital Media", 14 AM. U. J. GENDER SOC. POL'Y & L. (2006) 519, pp. 546, 549; Emily Chaloner, Comment, "A Story of Her Own: A

חוסר שוויון מגדרי.<sup>221</sup> כך למשל, תפיסה דוקטרינרית יחידנית של זכויות יוצרים מתעלמת מתפיסות פמיניסטיות של יצירה לא מסורתית ומיצירה קבוצתית.<sup>222</sup> בדומה, קיימת כתיבה משפטית מועטה על אודות המתח שבין סימני מסחר למגדר.<sup>223</sup> Ann Bartow, למשל, הראתה את הנטייה של שופטים להסתמך על אינטואיציה אישית ועל סטראוטיפים בנוגע לנשים בדיונים בנושא של סימני מסחר. מלומדים נוספים הצליחו לבסס טענות דומות בנוגע לסימני מסחר ומגדר.<sup>224</sup>

## 2. קניין רוחני ופערים אתניים, גזעיים, כלכליים ואחרים

בשונה מהיקף הידע בנוגע לפערים מגדריים בתחום הפטנטים וזכויות היוצרים, פערים גזעיים ואתניים כמעט לא נחקרו באופן אמפירי. משרדי הפטנטים האמריקני והישראלי אינם אוספים מידע דמוגרפי על אודות ממציאים המגישים בקשות ואינם מבררים את המוצא האתני או הגזעי שלהם. מלבד זאת, קשה לגזור את מוצאו האתני או הגזעי של אדם על פי שם משפחה בלבד. ואולם, המלומדים קוק וקונגקרין<sup>225</sup> בחנו דפוסי הגשת פטנטים בקרב נשים וממציאים אפרו-אמריקנים והצליחו למצוא רק כ-1,000 ממציאים שהם ממוצא אפרו-אמריקני מתוך 1.2 מיליון ממציאים בארצות הברית.<sup>226</sup>

---

Feminist Critique of Copyright Law”, 6 I/S (2010) 221, pp. 224, 226; Terra L. Gearhart-Serna, “Women’s Work, Women’s Knowing: Intellectual Property and the Recognition of Women’s Traditional Knowledge”, 21 YALE J.L. & FEMINISM (2010) 372, pp. 374, 380; Deborah Halbert, “Feminist Interpretations of Intellectual Property”, 14 AM. U. J. GENDER SOC. POL’Y & L. (2006) 431, pp. 438–444; Victoria F. Phillips, “Commodification, Intellectual Property and the Quilters of Gee’s Bend”, 15 AM. U. J. GENDER SOC. POL’Y & L. (2007) 359, p. 360; Malla Pollack, “Towards a Feminist Theory of the Public Domain, or Rejecting the Gendered Scope of United States Copyrightable and Patentable Subject Matter”, 12 WM. & MARY J. WOMEN & L. (2006) 603, pp. 607–609; Rebecca Tushnet, “My Fair Ladies: Sex, Gender, and Fair Use in Copyright”, 15 AM. U. J. GENDER SOC. POL’Y & L. (2007) 273, pp. 275, 303–304.

Ann Bartow, Fair Use and the Fairer Sex (לעיל, הערה 220). 221  
 Dan L. Burk, Copyright and Feminism in Digital Media (לעיל, הערה 220). 222  
 Ann Bartow, “Likelihood of Confusion”, 41 SAN DIEGO L. REV. (2004) 721, p. 722 223  
 Leigh A. Hansmann, “Sex, Selling Power, & Salacious Commentary: Applying the Copyright Fair Use Doctrine in the Trademark Context”, 2008 MICH. ST. L. REV. 224  
 (2008) 843, pp. 859–860, 864.  
 Lisa D. Cook and Chaleampong Kongcharoen, (לעיל, הערה 208) בעמ’ 9–10. 225  
 שם, שם. 226

הפרופסורים Brauneis ו-Oliar בחנו באופן אמפירי את רישומן של זכויות יוצרים לאורך זמן בארצות הברית.<sup>227</sup> הם בחנו, בין היתר, נתונים בדבר הגזע והשיוך האתני של יוצרים.<sup>228</sup> התוצאות הראו כי קבוצות גזעיות ואתניות שונות רושמות זכויות יוצרים בנוגע לסוגי עבודות שונים, וגם הרישום נעשה בקצב שונה.<sup>229</sup> לדוגמה, נמצא כי יוצרים לבנים נמצאים בייצוג יתר ואוחזים כמעט ב-80% מהיצירות הרשומות בזכויות יוצרים, ולפיכך ייצוגם היחסי ברישום הוא 116% מחלקם היחסי באוכלוסייה.<sup>230</sup> זאת ועוד, מחקרו של המלומד גרין, אשר התמקד באוכלוסיית היוצרים השחורים בארצות הברית, הראה את הקושי בהשגת הגנה משפטית לזכויות יוצרים<sup>231</sup> ואת הדרך שבה יוצרים מצאו את יצירותיהם הפוכות לנחלת הכלל ללא כל הגנה משפטית, דבר שמביא לפגיעה בזכויותיהם הכלכליות.<sup>232</sup> גרין מראה גם כיצד דרישות שונות דיני זכויות יוצרים, כגון הדיכטומיה בין רעיון לביטוי והדרישה למקוריות, הביאו אף הן לפגיעה בשחורים.<sup>233</sup> גרין אף טוען כי השתתפותם של יוצרים שחורים בשימוש דיני זכויות יוצרים נשללה, או הייתה מוגבלת יותר, בשל מחסור בממון, בניסיון או בהשכלה.<sup>234</sup> נמצא אפוא שאף על פי שדיני זכויות יוצרים אמורים להיות ניטרליים, בפועל הם מפלים שחורים בהקשר של הגנה על זכויות יוצרים.<sup>235</sup>

אין בנמצא מחקרים אמפיריים על אודות היחס בין גזע לסימני מסחר. הספרות האקדמית מתמקדת פחות בהיבט הרישומי ויותר בשאלה כיצד סימני מסחר משפיעים מבחינה חברתית על תפיסות של גזע, מוצא אתני וזהות.<sup>236</sup> במבט היסטורי, סימני מסחר

- 
- Robert Brauneis and Dotan Oliar (לעיל, הערה 210). 227  
 במחקר השתמשו ברישומים שנעשו בשנים 1978–2012. ראו שם. 228  
 שם, בעמ' 112–113. 229  
 שם, בעמ' 114. 230  
 K. J. Greene, "Intellectual Property at the Intersection of Race and Gender: Lady Sings the Blues", 16 AM. U. J. GENDER SOC. POL'Y & L. (2008) 365 231  
 שם, בעמ' 354. 232  
 Keith Aoki, "Distributive Justice and Intellectual Property: Distributive and Syncretic Motives in Intellectual Property Law", 40 U.C. DAVIS L. REV. (2007) 717, p. 763 ; Lateef Matima, "Copyright Social Utility and Social Justice Interdependence: A Paradigm for Intellectual Property Empowerment and Digital Entrepreneurship", 112 W. VA. L. REV. (2009) 97, p. 123; John Tehranian, "Towards a Critical IP Theory: Copyright, Consecration, and Control", 2012 BYU. L. REV. (2012) 1237, pp. 1241–1244; David Dante Troutt, "I Own Therefore I Am: Copyright, Personality, and Soul Music in the Digital Commons", 20 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. (2009) 373, pp. 395–434 233  
 Ann Bartow, "Women in The Web of Secondary"; ראו גם: (231) Greene (לעיל, הערה 231); ראו גם: "Copyright Liability and Internet Filtering", 32 N. KY. L. REV. (2005) 449 234  
 שם, בעמ' 359–360. 235  
 Llewellyn Joseph Gibbons, "Semiotics of the Scandalous and Immoral and the Disparaging: Section 2(A) Trademark Law After Lawrence v. Texas", 9 MARQ. 236

ופרוסום היו רוויים במאפיינים גזעניים ובסטראוטיפים<sup>237</sup> בנוגע לגברים שחורים,<sup>238</sup> נשים שחורות,<sup>239</sup> אינדיאנים ואסייתים.

עם זאת, פסק הדין בעניין קבוצת הפוטבול וושינגטון Red Skins ופסק הדין בעניין להקת ה־Slants ממחישים את קיומם של סטראוטיפים בהליכי בחינה של סימני מסחר בארצות הברית. בעניין ה־Red Skins עתרה קבוצת אינדיאנים בנוגע לסימן המסחר של ה־"Red Skins" וטענה כי המונח הוא גזעני ומשפיל. בכך ניסו למנוע מקבוצת הושינגטון Red Skins להמשיך ולהחזיק בשם ובסימן המסחר הזה. בעניין ה־Slants עתרה להקה שחבריה אסייתים-אמריקנים נגד ההחלטה של משרד הפטנטים וסימני המסחר האמריקני שלא לרשום את המילה Slants כסימן מסחר של הלהקה. בשתי תביעות שונות בעניין ה־Red Skins קיבל בית המשפט את עמדת העותרים וביטל את סימן המסחר, אגב קביעה שהוא פוגע באינדיאנים.<sup>240</sup> בערעור הפך בית המשפט המחוזי את ההחלטה ופסק שאין מספיק ראיות לפגיעה באינדיאנים.<sup>241</sup> בתביעה אחרת עם עותרים אחרים הותקף סימן המסחר של ה־Red Skins שוב.<sup>242</sup> בתי המשפט<sup>243</sup> החליטו לבטל את ההגנה הפדרלית על סימן המסחר בשל כך שהוא פוגע ברגשות האינדיאנים.<sup>244</sup> בעניין *Matal v. Tam* הכריע בית המשפט העליון פה אחד בעד סימון טאם, מנהיג להקת ה־Slants. דעת הרוב קבעה כי איסור רישום סימן המסחר פוגע בתיקון הראשון לחוקה האמריקנית, המבטיח את חופש הביטוי. בית המשפט קבע כי סימני מסחר הם ביטוי פרטי ולא מדינתי.<sup>245</sup> לאחר פסיקה זו פסקו ניסיונות ה־Red Skins להמשיך בהליכים משפטיים.<sup>246</sup> מלומדים שונים סוברים כי אין להכריע בענייני כשירות

INTELL. PROP. L. REV. (2005) 187, p. 196; Deseriee A. Kennedy, "Marketing Goods, Marketing Images: The Impact of Advertising on Race", 32 ARIZ. ST. L.J. (2000) 615, pp. 615-617.

Ross D. Petty et al., "Regulating Target Marketing and Other Race-based Advertising Practices", 8 MICH. J. RACE & L. (2003) 335, pp. 347-49.

Greene (לעיל, הערה 231), בעמ' 376-375.

שם, בעמ' 376-377.

*Pro-Football, Inc. v. Harjo*, 415 F.3d 44 (D.C. Cir. 2005) 240

*Pro-Football, Inc. v. Harjo*, 567 F. Supp. 2d 46 (D.C. Cir. 2008) 241

*Blackhorse v. Pro-Football Inc.*, Cancellation No. 92046185, 2014 TTAB LEXIS 231 242 (T.T.A.B. 2014).

*Pro-Football, Inc. v. Blackhorse*, 112 F. Supp. 3d 429 (E.D. Va. 2015) 243

Megan M. Carpenter, "Trademark Law Promotes Fair Competition, Not Morality", N.Y. TIMES (May 4, 2016, 9:51 AM), <https://www.nytimes.com/roomfordebate/2016/05/04/redskins-and-other-troubling-trademarks/trademark-law-promotes-fair-competition-not-morality>

*Matal v. Tam*, 137 S. Ct. 1744 (2017) 245

Ned Snow, "Free Speech and Disparaging Trademarks", B.C. L. REV. (2016) 1639; 246

Simon Tam, "First Amendment, Trademarks, and 'The Slants': Our Journey to the

לרישום סימני מסחר לאור שיקולים ערכיים ומוסריים<sup>247</sup> וכי מניעת רישום של סימן מסחר בהתבסס על תוכנו היא פגיעה לא חוקתית בחופש הביטוי.<sup>248</sup> מלומדים אחרים טוענים כי רישום סימני מסחר הוא פעולה הנושאת אישור מדינתי ואין לאפשרה כשהיא נגועה בגזענות, בייחוד כאשר המבקש יכול להגן על סימנו גם ללא רישום.<sup>249</sup> מקרים אלו ממחישים כי הליכי בחינתם של סימני מסחר אינם בהכרח ניטרליים, אלא עשויים לכלול הטיות על בסיס גזע ומוצא אתני.

מלבד ההשפעות של גזע ושיוך אתני, גורמים כלכליים אף הם משפיעים על גישתן של קבוצות שונות להגנת קניין רוחני. דוגמה בולטת לכך היא יזמים. יזמים תורמים רבות להתפתחות הכלכלית בעולם.<sup>250</sup> דיני קניין רוחני הם משטר משפטי חשוב המשפיע על הצלחתם או על כישלונם של מיזמים טכנולוגיים.<sup>251</sup> מחקרים מן העשור האחרון על אודות יזמים אמריקנים מלמדים כי מערכת הפטנטים, בעיצובה הנוכחי, פוגעת ביזמים. בשנת 2008 ערך המכון למשפט ולטכנולוגיה של אוניברסיטת ברקלי מחקר בנוגע לחברות הזנק בתחום ההיי טק והאופן שבו הן מושפעות ממערכת הפטנטים האמריקנית.<sup>252</sup> אחת ממסקנות המחקר היא שיזמים נמנעים מלהגיש בקשות לפטנטים בשל מגוון סיבות.<sup>253</sup> יזמים ציינו שתי סיבות מרכזיות הקשורות לרישום פטנטים: עלות רישום הפטנט, לרבות עלויות משפטיות הכרוכות בהליך הרישום, ועלות ההגנה על

- 
- Supreme Court", 12 BUFF. INTEL. PROP. L.J. (2018) 1; Rebecca Tushnet, "The First Amendment Walks into a Bar: Trademark Registration and Free Speech", 92 NOTRE DAME L. REV. (2016) 318.
- Ashutosh Bhagwat, "Banning Trademarks Called Offensive Violates Free Speech", 247 N.Y. TIMES (May 4, 2016, 3:21 AM), <https://www.nytimes.com/roomfordebate/2016/05/04/redskins-and-other-troubling-trademarks/banning-trademarks-called-offensive-violates-free-speech>.
- Christine H. Farley, "Trademark Restrictions Permit Free Speech Without Approving Offensive Speech", N.Y. TIMES (May 4, 2016, 9:52 AM), <https://www.nytimes.com/roomfordebate/2016/05/04/redskins-and-other-troubling-trademarks/trademark-restrictions-permit-free-speech-without-approving-offensive-speech>.
- Sonia Katyal, "Trademark Intersectionality", 57 UCLA L. REV. (2010) 1601, pp. 1689–1698.
- JOSEPH A. SCHUMPETER, *THE THEORY OF ECONOMIC DEVELOPMENT: AN INQUIRY INTO PROFITS, CAPITAL, CREDIT, INTEREST, AND THE BUSINESS CYCLE* (1934) pp. 74–79.
- Ted Sichelman, "Commercializing Patents", 62 STAN. L. REV. (2010) 341.
- Stuart J. H. Graham et al., "High Technology Entrepreneurs and the Patent System: Results of the 2008 Berkeley Patent Survey", 24 BERKELEY TECH. L.J. (2009) 1255, pp. 1287–1309.
- שם, בעמ' 1309–1315.

הפטנט, לרבות הוצאות משפטיות וכדומה.<sup>254</sup> שלא כמו מחקרים אחרים, אשר הציגו את עלות הרישום של פטנט כנעה בין 10,000 ל-30,000 דולרים, המחקר של ברקלי הראה שהעלות הממוצעת לרישום פטנט נכון לשנת 2008 עמדה על 38,000 דולרים.<sup>255</sup> המחקר גם הראה שחברות תוכנה מעדיפות לוותר על פטנטים בעיקר בשל עלויות הרישום, ואילו חברות ביוטכנולוגיה מוותרות על הרישום בעיקר בשל החשיפה של סודות החברה.<sup>256</sup> ממצאים אלו דומים לתוצאות מחקר אחר שנערך בנוגע לעסקים קטנים ורישום פטנטים משנת 1998,<sup>257</sup> ומחקר של קרנגי מלון, שלפיהם חברות קטנות ציינו את עלויות הרישום של הפטנטים ועלויות ההגנה עליהם כסיבה לכך שהן אינן מגישות בקשות לרישום פטנטים.<sup>258</sup> נראה אפוא שהעלויות הגבוהות הכרוכות ברישום פטנטים ובהגנה עליהם הן חסם לא מבוטל בפני יזמים רבים.<sup>259</sup> לסיכום, הסקירה לעיל תיארה את הממצאים הידועים לנו הנוגעים לפערים מגדריים, גזעיים, אתניים, כלכליים ואחרים בהליכי רישום זכויות קניין רוחני בארצות הברית ובישראל. ההסברים לתופעות אלו מורכבים ורבים, אך חלק מהסיבות לפערים אלו טמונות, לטענתנו, בעיצוב ובעלויות של מרשמי קניין רוחני.

### 3. מאפייני רישום של זכויות קניין רוחני בעלי השלכות חלוקתיות

אופן עיצובם של מרשמי קניין רוחני יכול לספק הסבר אפשרי חשוב להשלכות החלוקתיות של מרשמי קניין רוחני, תוך הדגשת שלושה מאפיינים שהם פנים שונות לעלויותיהם של מרשמי זכויות: עלויות רישום ואכיפה של זכות קניין רוחני רשומה,

254 אחד מהממצאים המרכזיים של המחקר חשף כי בקרב חברות הזנק הסיבה העיקרית לאי-רישום פטנטים היא העלויות של השגת ההגנה. רוב המשיבים לסקר במחקר ציינו את העלויות של השגת הגנה על הפטנט ועלויות ההגנה עליו כמרכזיות בהחלטה אם להגיש בקשה לפטנט אם לאו (56.63% ו-45.49% בהתאמה), וזאת יותר מכל סיבה אחרת. ראו: שם, בעמ' 1310–1312.

255 שם, בעמ' 1311.

256 שם, בעמ' 1312–1314.

257 JOSEPH J. CORDES ET. AL., *U.S. SMALL BUS. ADMIN., A SURVEY OF HIGH TECHNOLOGY FIRMS* (1999) pp. 55–58, [WWW.SBA.GOV/ADVO/RESEARCH/RS189TOT.PDF](http://www.sba.gov/advo/research/rs189TOT.PDF)

258 Wesley M. Cohen et al., "Patenting Their Intellectual Assets: Appropriability Conditions and Why U.S. Manufacturing Firms Patent" (*or Not*) 15–16 (Nat'l Bureau of Econ. Research, Working Paper No. 7552, 2000)

259 מיזמים לרפורמה בתחום הפטנטים בארצות הברית ניסו להתמודד עם אתגר זה על ידי הפחתת אגרות הרישום של פטנטים שרישומם התבקש על ידי עסקים קטנים. עם זאת, קיימות עלויות נוספות מלבד אגרות הרישום, כמו עלויות ייצוג משפטי גבוהות בתהליך של הגשת הבקשה ועוד. ראו: *SPTO Fee Schedule*, U.S. PATENT AND TRADEMARK OFFICE, <https://www.uspto.gov/learning-and-resources/fees-and-payment/uspto-Leahy-Smith America Invents Act, Pub. L. No. 112-29, ;fee-schedule#Patent%20Fees>. 125 Stat. 284, §26 (2011).



הטיה אפשרית בבחינת הזכות עקב מעורבות אנושית בקביעת הזכאות לרישום, ידע והבנה של זכויות קניין רוחני רשומות. הכתיבה האקדמית התעלמה ממאפיינים אלה של מרשמי קניין רוחני. המאפיינים הללו בהכרח תורמים להדרה של קבוצות מסוימות ממרשמי קניין רוחני שונים כמפורט להלן.

### 3.1 עלויות רישום של זכות קניין רוחני

תהליך רישומן של זכויות קניין רוחני הדורשות רישום יכול להיות יקר מאוד. העלויות משתנות במידה ניכרת כאשר משווים בין עלויות רישום פטנט ובין עלויות רישום סימן מסחר ומדגם. תהליך רישום פטנט מסובך מאוד, ולעיתים קרובות דורש השקעה ניכרת של משאבים, כגון כסף וזמן. כאשר ממציא מאמין שיש לו רעיון הניתן לרישום באמצעות פטנט, הצעד הראשון הוא חיפוש פטנטים כדי לוודא שהרעיון שלו חדשני וזכאי להגנה. עלות הפקתו של דוח חיפוש בנוגע לבקשת פטנט נעה בין \$165 ל-\$660, בהתחשב בגודל הישות המגישה את הבקשה. אם חיפוש פטנטים מעיד כי כדאי לרשום פטנט על הרעיון, הממציאים יכולים להגיש בקשת פטנט זמנית. בקשות אלו תקפות ל-12 חודשים. הגשת בקשת פטנט זמנית מספקת לממציא תאריך הגשה מוקדם יותר ושהות לבחון אם הוא מעוניין להשקיע בהגשת בקשת פטנט רגילה. הגשת בקשת פטנט בדרך כלל דורשת זמן ומאמץ והיא מורכבת ביותר. כדי להגיש בקשת פטנט, על הממציא להגיש בקשה העונה על קריטריונים מסוימים, המשתנים לפי סוג בקשת הפטנט המוגשת (לפי חוק הפטנטים או לפי חוק זכויות מטפחים של זני צמחים). כל סוגי בקשות הפטנטים הללו דורשים תיאור מפורט של ההמצאה.<sup>260</sup> האגרה בגין הגשת בקשת פטנט משתנה לפי אופי הישות המגישה, וכוללת עמלות חובה של תיוק, בדיקה והנפקה, היכולות להסתכם ביותר מ-2,000 ש"ח. חיובים בגין הגשה מאוחרת, הארכת זמן, בדיקה מואצת ובקשות מיוחדות אחרות יכולים אף הם להעלות את מחיר הגשת הפטנטים באלפי שקלים.<sup>261</sup> בקשות לפטנט מוגשות למשרד הפטנטים. הבקשות מוקצות לבוחן. אם בוחן ידחה את הבקשה, הוא יסביר את החלטתו וייתן למבקש אפשרות לתקן את הבקשה או לערער על החלטת הבוחן. יש לשלם אגרות חידוש כדי שהפטנט יישאר בתוקפו עד סוף תוקפם של חיי הפטנט. דמי חידוש לפטנט לכלל תקופות החידוש נעים בין 816 ש"ח ליותר מ-12,000 ש"ח.<sup>262</sup> מכיוון שתהליך רישום הפטנט הוא קשה ומורכב, ומחייב הכרה והבנה של דיני הפטנטים ומערכת הפטנטים, מבקשי פטנטים רבים נעזרים בעורכי דין המתמחים בדיני פטנטים במהלך הגשת הבקשה. עלויות עורך

260 סעיפים 12,11 לחוק הפטנטים.

261 משרד המשפטים רשם הפטנטים, שירות התשלומים הממשלתי / <https://ecom.gov.il/Counter/general/homepage.aspx?counter=14&catalog=2&category=patents&language=he>

262 ש.ם.

דין יכולות להיות גבוהות מאוד: עלות הסיוע של עורך דין בכל התהליך, לרבות חיפוש פטנטים, יכולה להסתכם באלפי ואף עשרות אלפי שקלים (למשל, בארצות הברית העלות נעה בין 6,000 ל-20,000 דולרים<sup>263</sup>). לסיכום, גודל הישות המגישה את בקשת הפטנט, סוג הבקשה ומורכבות ההמצאה, משפיעים על עלויות הבקשה. ליווי עורך דין בתהליך עשוי להגדיל את העלויות האלו לעשרות אלפי שקלים. כפי שהומחש לעיל, לממציאים רבים – נשים, יזמים, קבוצות מיעוט, מעוטי יכולת ואחרים – הגשת בקשת פטנט היא מיזם רווי סיכונים ויקר. גיוס משאבים כספיים להגשת בקשה לפטנט עשוי להיות לא קל לממציאים אלו, והדבר עשוי להסתיים בויתור מוחלט על הגנת פטנט. תהליך הרישום של סימן מסחר כרוך אף הוא בסדרה של הליכים ועלויות.<sup>264</sup> בסך הכול, תהליך רישום סימן מסחר יכול לעלות כמה אלפי שקלים, אם מביאים בחשבון את כל האגרות האפשריות שיכולות להידרש במהלך בחינת הבקשה.<sup>265</sup> ליווי עורך דין המתמחה בסימני מסחר, לטיפול בתהליך הגשת הבקשה, עשוי להוסיף עלויות. עלויות אלו נמוכות מהעלויות של בחינת פטנט, אך ההליך בכל זאת יקר, והוא אינו בהישג ידם של חלק מהמבקשים.

גם רישומם של עיצובים או מדגמים כרוך בעלויות. רישום מדגמים בישראל עולה בין 240 ש"ח ל-600 ש"ח בערך.<sup>266</sup> לכך מתווספות עלויות כגון השגה ובחינה מהירה.<sup>267</sup> כמו כן, עלות חידוש רישום של מדגם נעה בין 500 ש"ח ל-3,000 ש"ח.<sup>268</sup>

### 3.2 הטיה אפשרית בבחינה עקב מעורבות אנושית בתהליך הרישום

מלבד עלויות הרישום, אנו טוענות כי לרישום זכויות הכרוך במתן שיקול דעת לגורם אנושי בהליך הבחינה יש בהכרח פוטנציאל להפלות. מרשמי זכויות מופעלים על ידי גורמים אנושיים, ושלא כבתי המשפט, המחויבים לסטנדרטים גבוהים יותר של צדק והליכים הוגנים מבחינה פרוצדורלית, רשויות אדמיניסטרטיביות נוטות יותר להחלטות מפלות בהליכי בחינת בקשות. השפעות אלה עשויות להיות חזקות יותר כאשר דרישות הסף למתן הגנה משפטית מעורפלות ונותנות שיקול דעת רב לגורם האנושי הבוחן את הבקשה. ואכן, מחקר שנערך לאחרונה מצא כי קבוצות מסוימות, כגון נשים, סובלות מהטיה בתהליך בחינת הפטנטים. ממצאים דומים התגלו גם בנוגע להטיות כנגד קבוצות

Gene Quinn, "Getting Your Invention to Market: Licensing vs. Manufacturing", IP WATCHDOG (Aug. 16, 2014), <https://www.ipwatchdog.com/2014/08/16/getting-your-invention-to-market-licensing-vs-manufacturing/id=50805>.

264 פקודת סימני מסחר [נוסח חדש], תשל"ב-1972.

265 משרד המשפטים, שירות התשלומים הממשלתי <https://ecom.gov.il/Counter/general/homepage.aspx?counter=14&catalog=1&category=trademarks&language=he>.

ש.מ. 266

ש.מ. 267

ש.מ. 268

גזעיות או אתניות מסוימות בהליכי בחינת פטנטים בארצות הברית.<sup>269</sup> אנו טוענות כי בכל חברה שבה יש אפליית קבוצות מסוימות, למרשם זכויות הנותן שיקול דעת לבוחנים בהליך הבחינה יש פוטנציאל לנקוט אפליה תוצאתית כלפי קבוצות אלה. בישראל, שבה קיימת הפליית קבוצות מיעוט, לרבות נשים, חרדים, מזרחים, ערבים ואתיופים,<sup>270</sup> תיתכן גם הפליה בתהליך הקצאתן של זכויות קניין רוחני לקבוצות אלה.

### 3.3 ידיעה בדבר קיום זכויות קניין רוחני רשומות והבנת ערכן

מלבד העלויות הכלכליות והטיה מפלה במהלך הבחינה, בעיה מרכזית נוספת הקשורה לרישום זכויות קניין רוחני היא חוסר ידע בדבר עצם קיום הזכות ואי-הבנת ערכה של הזכות. אתגר זה נוגע לבעיה כללית של חוסר מודעות לזכויות משפטיות. אומנם קשה לקבוע באופן אמפירי מדוע קבוצות מסוימות אינן רושמות זכויות קניין רוחני, אך קיים ידע אמפירי בדבר הסיבות לכך שקבוצות שונות אינן מגישות בקשות להגנת קניין רוחני. כאמור, נשים ויוצרים אפרו-אמריקנים אינם מגישים בקשות לפטנטים וזכויות יוצרים עקב המורכבות של דיני הפטנטים והתפיסה השגויה שהמצאתם אינה כשירה להגנת פטנט או בשל היעדר מודעות להגנת זכות יוצרים, בהתאמה.<sup>271</sup>

הספרות העוסקת בגישה לצדק מתמקדת בדרך כלל בנגישות לצדק, בעיקר של קבוצות מוחלשות, בכל הנוגע לבתי משפט ולהליך המשפטי.<sup>272</sup> שיח המלומדים התמודד בעיקר עם המכשולים שקבוצות מוחלשות ניצבות מולם כאשר הן מתמודדות עם ההליך המשפטי: היעדר ייצוג, חוסר היכרות עם החוק וזכויותיהם החוקיות, חוסר יכולת לזהות את העוולה, יכולת מוגבלת להתמודד עם רשויות המדינה, קושי בגישה להליכים מנהליים וחוסר יכולת להבין את המשטר החוקי ואת הכללים המשפטיים.<sup>273</sup> עשרות שנות פעילות משפטית ענפה הניבו מסורת של צמצום פערים חברתיים הנוגעים לקבוצות מוחלשות. עם זאת, בשנים האחרונות קמה תנועה חשובה חדשה, שמטרתה

269 Mike Schuster, Evan Davis, Kourtenay Schley, and Julie Ravenscraft, "An Empirical Study of Patent Grant Rate as a Function of Race and Gender", (unpublished manuscript).

270 נועם פישמן ויהודית קינג, אבחון מותאם תרבות (אמ"ת): סקירת ספרות בין-לאומית על תהליכי מיון לעבודה ובחינת השלכותיה בהקשר הישראלי (2013); יובל פלדמן ואח', אפליה תעסוקתית בישראל: התמודדות מבלדת (2018).

271 Lateef Matima ( לעיל, הערה 233).

272 DEBORAH L. RHODE, *ACCESS TO JUSTICE* (2004); Frank Michelman, "The Supreme Court and Litigation Access Fees: The Right to Protect One's Right – Part I", 22 *DUKE L.J.* (1974) 1153.

273 Marc Galanter, "Why the 'Haves' Come Out Ahead: Speculation on the Limits of Legal Change", 9 *L. & SOC'Y REV.* (1979) 95.

לקדם את ההנגשה של החקיקה לציבור הרחב.<sup>274</sup> כחלק מתנועה חשובה זו, מדינות רבות יזמו פרויקטים שמטרתם לספק גישה רבה יותר לחקיקה: דיגיטיזציה של החקיקה,<sup>275</sup> הקלת המכשול השפתי לחקיקה על ידי התאמת שפתה לקהל לא מקצועי,<sup>276</sup> והבנת החשיבות של אוריינות משפטית כחלק מחוסנה של החברה הדמוקרטית.<sup>277</sup> מכיוון שפתרונות אלה גוזלים זמן ומאמץ, ויש להם עלויות של ממש, הם לא יניבו שינוי ניכר בגישה של הציבור לחקיקה בכלל ולחקיקה בנושא קניין רוחני בפרט. חקיקת הקניין הרוחני מורכבת יותר, כיוון שהיא מציגה דרישות מורכבות לפי הכללים המשפטיים המעוגנים בחקיקה זו. על כן, כל רפורמה חקיקתית תניב פתרונות רק כעבור זמן רב.

## 1. סיכום ומודל ראוי

בחלוף 20 שנים מפסק הדין בעניין א.ש.י.ר., ברור כי הלכת א.ש.י.ר. מעוררת קשיים פרשניים באשר לתחולתה וליישומה. נטען כי ההלכה יוצרת חוסר ודאות, עלויות עסקה גבוהות, אפקט מצנן כלפי שימושים מותרים ופגיעה חמורה בנחלת הכלל. במאמר זה ביקשנו לבחון לאורך זמן את התפתחותה של הלכת א.ש.י.ר. ואת המגמות הנוגעות לה בפסיקת בית המשפט העליון ובערכאות נמוכות בעקבותיה, על בסיס ניתוח כמותי ראשון מסוגו של הפסיקה שלאחר פסק הדין בעניין א.ש.י.ר. ובירור המגמות העולות ממנה. המאמר מראה כי הלכת א.ש.י.ר. היא במידה רבה אות מתה בפסיקת בית המשפט העליון וערכאות נמוכות. מצאנו כי קיים קשר מובהק בין גישת בית המשפט להלכת א.ש.י.ר. ובין מתן סעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. במילים אחרות, סיכויו של התובע לקבל סעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט גדולים לאין ערוך כאשר בית המשפט מאמץ גישה מרחיבה להלכת א.ש.י.ר.

אנו סבורות כי הגישה המרחיבה להלכת א.ש.י.ר. יכולה הייתה לתת מענה חשוב לכשל החלוקתי הקיים ביחס למרשמי זכויות בקניין רוחני. הצבענו על כך ששלושת המאפיינים של מרשמי זכויות בקניין רוחני אשר נדונו לעיל תורמים תרומה ניכרת לייצוג החסר של קבוצות מסוימות במרשמי קניין רוחני. ייצוג חסר זה דורש חשיבה מחודשת על עיצובם של מרשמי הקניין הרוחני ועל מקומה של הלכת א.ש.י.ר. במציאות זו.

Symposium, "Political Lawyering: Conversation on Progressive Social Change", 31 HARV. C.R.-C.L. L. REV. (1996) 285

Teresa Scass, "The Best Thing in Law Are Free? Towards Quality Free Public Access to Primary Legal Materials in Canada", 23 DALHOUSIE L.J. (2000) 301

Mark Adler, "The Plain Language Movement", *THE OXFORD HANDBOOK OF LANGUAGE AND LAW* (Peter M. Tiersma and Lawrence M. Solan eds., 2012) p. 66

Kirsten Wurmman, "Public Legal Education Bibliography", 34 CAN. L. LIBR. REV. (2009) 232

מחד גיסא, אין חולק כי ראוי שהמחוקק ישאף לפתור את הכשלים בגישה למרשמי זכויות קניין רוחני ויפעל להנגשתם, ואף יתמקד בחיזוקם של משטרי הגנה לא רשומים ובהצגתם של משטרי זכויות לא רשומות שאינן קיימות בתחומים שונים של דיני הקניין הרוחני. מאידך גיסא, בתקופת הביניים, עד לביצורם של משטרי זכויות קניין רוחני לא רשומות, דיני עשיית עושר ולא במשפט והלכת א.ש.י.ר יכולים לתת מענה לאתגרים שמרשמי הזכויות מעוררים. הדבר נובע מכך שהלכת א.ש.י.ר אינה מתנה את ההגנה ברישום, יכולה לאפשר לפרט להתגבר על הטיות בהליך הרישום ואינה מצריכה ידע בדבר או הבנה של מהות זכויות הקניין הרוחני. מבחינה זו, הגישה המרחיבה להלכת א.ש.י.ר יכולה לספק מענה לכשלים חלוקתיים אלו בכך שהיא מפלסת נתיב להגנה דרך דיני עשיית עושר ולא במשפט גם במקרים שבהם אי-אפשר לזכות בסעד מכוח דיני הקניין הרוחני. זאת ועוד, ניתן לטעון כי יש להותיר את הלכת א.ש.י.ר על כנה ולהסתפק בה כחלופה להסדר חקיקתי גם משום שביכולתה לתת מענה לאתגרים נוספים, החורגים מהטיעון בדבר קידום צדק חלוקתי. הסדר חקיקתי, למשל, עשוי להיות צר מדי ולהגביל את השיקולים שניתן לשקול במתן ההגנה, זאת לעומת הלכת א.ש.י.ר, המאפשרת לבתי המשפט, דווקא בגלל גמישותה ועמימותה, להגיע לתוצאה הרצויה בכל מקרה, לאחר איזון בין כלל השיקולים הרלוונטיים לכל מקרה. זאת ועוד, יתרונה של הלכת א.ש.י.ר בולט במיוחד על רקע השינויים הטכנולוגיים התכופים, שאינם מאפשרים למחוקק לספק פתרונות חקיקתיים עדכניים ולפיכך לחטוא בהחלת חסר של הסדר חקיקתי. אין חולק כי טיעונים אלו הם כבדי משקל. עם זאת, אנו סבורות כי אין מקום להמשך קיומה של הלכת א.ש.י.ר. ראשית, המחקר הכמותני והאיכותני מעידים כאלף עדים על כך שההלכה לא נתנה לבתי המשפט כלים ברורים להחלטה. כפי שתואר בהרחבה לעיל, ההלכה יצרה שורה ארוכה של קשיים, שהקשו על בתי המשפט להבינה וליישמה. קושי מהותי נוסף הוא שגם אם הלכת א.ש.י.ר רצתה לאפשר גישה שוויונית יותר לשחקנים שונים שאינם זכאים להגנה במסלולי הקניין הרוחני המוכרים, היא יצרה קשיים בדרישות שהציגה להגנה. בית המשפט העליון וערכאות נמוכות מדגישים דרישות סף שונות לקבלת ההגנה, כגון השקעה של משאבים, חדשנות, מקוריות, ייחודיות ודרישות נוספות. דרישות אלה מצמצמות את הזכאות להגנה יותר מהדרישות להגנה לפי שאר דיני הקניין הרוחני, שכן הן מאחדות תחת עילה אחת דרישות סף רבות מכמה תחומים – דיני זכויות היוצרים (מקוריות והשקעת משאבים, למשל), תחום דיני הפטנטים (חדשנות), תחום דיני העיצובים (ייחודיות) ודרישות נוספות. הצגת דרישות סף כל כך גבוהות מקשה בהכרח קבלת הגנה מכוח דיני עשיית עושר. עם זאת, הצגתן של דרישות סף נמוכות מהן, או פרשנות גמישה יותר של הדרישות שהוצבו בעניין א.ש.י.ר, היו יכולות לספק מענה, ולו זמני, לחסמי הגישה למרשמי זכויות, אך זו בהכרח תחטא לגבולות שהותוו בהלכת א.ש.י.ר. זאת ועוד, המחירים של הלכת א.ש.י.ר עשויים לעלות על יתרונותיה, גם אם זו תוחל במצבים חריגים ונדירים. ברירת המחל היא שהעתקה היא נשמת אפה של תחרות

חופשית וכי אין כל פסול בהעתקה. הותרת פתח להחלת הלכת א.ש.י.ר בנסיבות שאינן ברורות פוגעת בחופש להעתיק וכן באיזונים שיצרו דיני הקניין הרוחני לאורך שנים רבות.

לדעתנו, הגישה הראויה היא שלא לאפשר הסתמכות על הלכת א.ש.י.ר בהקשרים אלו, אלא לתת הגנה פרטנית למוצרים הראויים להגנה רק על בסיס הסדר חקיקתי מפורש, שנותן ביטוי לכל האינטרסים שיש להביא בחשבון בהקצאת זכויות קנייניות במוצרים. הסדר חקיקתי מפורש יגן על מוצרים שאינם מוגנים על פי ענפי הקניין הרוחני המוכרים, ושבעניינם תוצגנה למחוקק ראיות על הצורך לתת הגנה מיוחדת למוצרים אלו. בדרך כלל תידרש הוכחה שיש כשל שוק בנוגע לייצורם של אותם מוצרים, וכי ללא מתן הגנה בחקיקה, לא יהיה תמריץ לייצורם. הוכחות כאמור תכלולנה ראיות על העתקה נרחבת של אותם מוצרים, באופן המרתיע יצרנים מלייצורם. הסדר חקיקתי, אם וכאשר יאומץ, ייתן את הדעת על הצורך בתמריץ כלכלי ועל היקפו הראוי בנוגע למוצר המסוים שהגנה עליו נדרשת. מנגד, הוא יהיה רגיש דיו לאינטרסים מתחרים, כגון הצורך לאפשר שימושים מותרים מסוימים, לרבות חריגים וסייגים להיקף ההגנה והגבלת משך ההגנה, לכלל הציבור אף ללא הרשאתו של יצרן המוצר המוגן. הסדר חקיקתי יגבש איזון טוב יותר מזה שבתי המשפט נוקטים, בנוגע להיקפה הראוי של ההגנה על המוצר ולא ימוצם של בלמים שירסנו את היקף ההגנה בנסיבות של צורך חברתי חשוב, ואף יפעל לשימורה של נחלת הכלל. חקיקה ייעודית מעין זו תהיה מאוזנת יותר בהשוואה להקצאת הזכויות הבעייתית שננקטה בהלכת א.ש.י.ר. לצד זאת, אנו סבורות כי אפיק מבטיח יותר מהלכת א.ש.י.ר יהיה חיזוק מוסד הזכויות הבלתי רשומות בקניין רוחני, וזאת עד להסרת החסמים הקיימים ביחס לגישה למרשמי זכויות קניין רוחני. חוק העיצובים החדש הוא סנונית ראשונה הצועדת, שלא במתכוון, לצד המלצותינו במאמר זה, בכך שהוא יוצר לראשונה בדין הישראלי הגנה לעיצוב בלתי רשום לצד מתן הגנה לזכות המדגם הרשום ומבטל למעשה בחקיקה את פועלה של הלכת א.ש.י.ר בתחום דיני המדגמים. אנו מקוות כי המחוקק יפעל ברוח זו גם ביתר תחומי הקניין הרוחני ויקדם גישה שוויונית יותר לזכויות קניין רוחני.