

עסקאות במדגמים לאור תזכיר חוק המדגמים, התשע"ג–2013

מאת

חגי ויניצקי*

המאמר עוסק בחידושים הקיימים בתזכיר חוק המדגמים, התשע"ג–2013 בתחום העסקאות במדגמים. במסגרת זו דן המאמר בעסקאות מכר תוך התייחסות למצבי שיתוף, בעסקאות למתן רישיון ייחודי ולא ייחודי ובשעבוד המדגם כבטוחה להלוואה. בהקשרים אלו שם המאמר דגש מיוחד גם על ההיבטים הרישומיים של כל עסקה במרשם המדגמים ועל מאפייני רישומים אלו, ומציע כמה שיפורים אפשריים למתווה המוצע.

מבוא

תזכיר חוק המדגמים, התשע"ג–2013 (להלן: "התזכיר"),¹ שפורסם לאחרונה על ידי משרד המשפטים, טומן בחובו חידושים רבים ומועילים ביחס לחקיקה הקיימת בפקודת הפטנטים והמדגמים משנת 1924 (להלן: "הפקודה"), ובין היתר בתחום העסקאות במדגמים. במאמר זה נעמוד על החידושים בתחום זה ונציע כמה שיפורים אפשריים למתווה המוצע. העסקאות שנעסוק בהן הן העברת בעלות באמצעות עסקת מכר תוך התייחסות למצבי שיתוף, מתן רישיון ייחודי ולא ייחודי ושעבוד המדגם כבטוחה להלוואה. במאמר זה נתייחס גם להיבטים הרישומיים של כל עסקה (הקיימים ושאינם קיימים) במרשם המדגמים במתווה המוצע ולמאפייני רישומים אלו.

* ד"ר, מרצה במרכז האקדמי שערי משפט לדיני קניין, דיני חוזים, דיני סודות מסחריים, עוולות מסחריות ודיני רישום זכויות ביחס לנכסים, ומרצה מן החוץ באוניברסיטת בר-אילן לדיני חוזים מתקדמים. המאמר הוצג בכנס "מעצבים מדגמים: לקראת חקיקת חוק המדגמים" שהתקיים במרכז האקדמי שערי משפט בתאריך 29 באפריל 2013.
1 לנוסח התזכיר ראו להלן בעמ' 187.

א. עסקת מכר

פרק המדגמים בפקודה כולל התייחסות מעטה לעסקאות במדגמים בכלל ולעסקת מכר בפרט.² התייחסות רבה יותר קיימת כיום בפרק "העברות" בתקנות המדגמים משנת 1925 (להלן: "התקנות"). בכל מקרה מתייחסים שני המקורות בעיקר לעניין הרישום אך לא למהות העסקה עצמה. בתזכיר קיימים כמה חידושים ביחס לאפשרויות השונות הקיימות בהעברת בעלות במדגם רשום ובמדגם לא רשום, ביחס לדרישת הכתב וביחס למשמעות של רישום העברת הבעלות. התזכיר גם מחדש ביחס ליכולת לרשום במרשם המדגמים את שם המעצב. סוגיה זו מעוררת את הצורך להדגיש את אופייה של הזכות לשם מעצב כזכות אישית להבדיל מזכות רכושית. בפרק זה נדון בחידושים השונים, נעמוד על כמה קשיים בחידושים אלו ובהצעות לפתרונם.

1. העברת בעלות למקום מסוים, לתקופה מסוימת או לפעולה מסוימת

סעיף 43 לתזכיר קובע כי זכות במדגם רשום או במדגם שאינו רשום ניתנת להעברה רצונית בעסקת מכר או להעברה מכוח הדין, למשל בדרך של ירושה, וכן שניתן לתת רישיון ייחודי או שאינו ייחודי. בנוסף קובע הסעיף כי כל העברת בעלות במדגם או מתן רישיון יכולים להיות ביחס לכל הזכות במדגם או רק ביחס לחלקה, וניתן להגביל את ההעברה או הרישיון למקום מסוים (אזור גאוגרפי), לתקופה מסוימת או לעשיית פעולה מסוימת. סעיף זה הוא למעשה העתק של ההסדר הקיים בסעיף 37 לחוק זכות יוצרים, התשס"ח–2007.³ המשפט הישראלי מכיר בהעברת בעלות מלאה או חלקית (על ידי העברת אחוז מתמטי ובכך ליצור מצב של שותפות), אך האפשרויות להעביר בעלות לאזור גאוגרפי מסוים, לתקופה מסוימת או לעניין פעולה מסוימת אינן קיימות בדרך כלל ביחס לשאר הנכסים הקיימים במשפט הישראלי, בין שמדובר במקרקעין, במיטלטלין או בזכויות, למעט כמה חריגים.³

2 ראו ס' 43(1) לפקודת הפטנטים והמדגמים, 1924. חשוב להדגיש שפרק זה עוסק בעסקאות מכר ביחס לזכות במדגם. כאשר נמכר החפץ שלגביו קיימת זכות המדגם, אין בכך מכירה של הזכות למדגם, כפי שמכירת תמונה אינה כוללת בדרך כלל את העברת זכות היוצרים בתמונה, ראו טוני גרינמן זכויות יוצרים כרך ב 551–552 (מהדורה שנייה, 2008).

3 כך למשל ס' 37 לחוק זכות יוצרים, התשס"ח–2007 מאפשר את כל סוגי ההעברות הללו. בנוסף, על פי העיקרון של היתר מכירה ניתן לרכוש יכולים שגדלו בקרקע שהבעלות בה נמכרה לגוי למשך שנת השמיטה. ברם כדי שהעברת הבעלות תהיה בעלת תוקף, היא מחייבת את שינוי רישום הבעלות בפנקסי המקרקעין. שינוי כה מסיבי של קרקעות רבות במדינה עלול ליצור בעיות רבות ולעורר חשש להתנגדות לשינוי הבעלות בחזרה בתום שנת השמיטה. לפיכך יצרו בעניין זה חריג מיוחד לעיקרון הקונסטטוטטיבי של מרשם המקרקעין, שהעברת

האפשרות להעביר בעלות במדגם ביחס לאזור גאוגרפי מסוים נראית בעייתית בעיניי. דיני המדגמים בלאו הכי מבוססים על הגנה טריטוריאלית, דהיינו בעל מדגם המעוניין בהגנה במדינה מסוימת חייב לרשום מדגם בכל מדינה שבה הוא חפץ בהגנה על המדגם⁴ אלא אם המדינה מכירה בהגנה גם על מדגמים לא רשומים אם כי בדרך כלל ההגנה על מדגם לא רשום היא חלשה יותר.⁵ הווה אומר שבלאו הכי קיימת חלוקה גאוגרפית בהגנה על המדגם, ואם חפצים להעביר את הבעלות במדגם במדינה מסוימת למישהו אחר אין כל בעיה בכך. אם כן, האפשרות להעביר בעלות במקום מסוים שאינו מדינה שלמה מתייחסת לאזור גאוגרפי שהוא חלק ממדינה מסוימת. אפשרות זו יוצרת חריג לכלל האחדות שמונע אפשרות לפרק את אחדותה של היחידה הקניינית. אחדות היחידה הקניינית חשובה לא רק כאשר מדובר במקרקעין אלא גם במיטלטלין ובזכויות.⁶ הפרדת הבעלות בתוך אותה מדינה

הבעלות נוצרת ברישום, וכן לכלל של נצחיות העברת הבעלות, וקבעו בס' 1 לתקנות עסקאות במקרקעין (קיום מצוות שמיטה), התשל"ט-1979 כי "עסקה במקרקעין לצורך קיום מצוות השמיטה... תהיה תקפה על אף האמור בחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, או בכל דין אחר ואף אם היא לזמן ותהיה נגמרת אף בלא רישום". דהיינו ניתן להעביר בעלות לשנה אחת בלבד ללא רישום. בכך קיימת הכרה בהעברת בעלות לתקופה מסוימת.

4 בעניין זה ראוי לציין שאמנם אמנת האג יוצרת הסדר בין-לאומי שמקל את הליכי הרישום של מדגמים, מקצר ומייעל אותם על ידי הגשת בקשות בין-לאומיות, ברם המנגנון הבין-לאומי אינו מחליף את הבחינה המהותית במישור הלאומי, שהיא שתקבע בסופו של דבר אם תתקבל ההגנה. ראו Hague Agreement Concerning the International Registration of Industrial Designs, www.wipo.int/hague/en/ Designs, הסדר מתקדם יותר לרישום מדגמים קיים באיחוד האירופי. ההסדר כולל מרשם אחיד שחל על כל המדינות החברות באיחוד ואין חובה לרשום את המדגם גם במישור הלאומי. ראו Council Regulation (EC) No 6/2002 of 12 December 2001 on Community designs, Article 1 OHIM – The Office for Harmonization in the Internal Market

5 כך למשל באנגליה קיים מוסד חקיקתי של מדגם לא רשום "design right" שמעניק הגנה צרה יותר הן מבחינת תקופת ההגנה והן מבחינת היקפה הענייני, בהשוואה להגנה של זכות יוצרים, ראו ס' 213-264 ל-Copyright, Designs and Patents Act 1988. ראו גם מיגל דויטש עוולות מסחריות וסודות מסחר ה"ש 32, 136-137 (2002). ההשוואה לזכות יוצרים רלוונטית משום שזכות זו שימשה הגנה אלטרנטיבית במקרים מסוימים והשימוש בה נאסר במקרים אלו בס' 51 לחוק הנ"ל. ראו דויטש, שם. בעניין זה חשוב לציין שגם המתווה המוצע בתזכיר החדש מבחין בין מדגם רשום שמקנה הגנה מונופוליסטית (הגנה גם נגד תוצר עצמאי) ל-15 שנים לבין מדגם לא רשום שמקנה הגנה קניינית (התובע חייב להוכיח העתקה על ידי הנתבע, בדומה לנדרש בתביעה להפרת זכות יוצרים) ל-3 שנים בלבד, ראו ס' 24, 66-67 לתזכיר. ההסדר בתזכיר דומה להסדר בקהילה האירופית למעט הבדל אחד. תקופת ההגנה על מדגם רשום יכולה להגיע ל-25 שנים. ראו Council Regulation (EC) No 6/2002 of 12 December 2001 on Community designs, Article 11, 12, 19

6 ביחס למקרקעין ראו ס' 13 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969. ביחס למיטלטלין, כלל האחדות בא לידי ביטוי בעקיפין גם בס' 4 לחוק המיטלטלין. שיקוף של כלל האחדות בזכויות קיים גם

באופן שפלוני יהיה הבעלים של הזכות באזור א ואלמוני יהיה הבעלים באזור ב עלולה להטעות את רוכשי הזכות שלא ידעו על חלוקת הבעלות לאזורים גאוגרפיים, אלא אם הדבר יבוא לידי ביטוי במרשם המדגמים.⁷ יתרה מכך, מבחינת הניתוח הכלכלי יצירת בעלויות שונות באותו מדגם באזורים שונים עלולה גם לגרום לקושי ביכולת לסחור בנכס, ולהגדיל את עלויות העסקה.⁸

אמנם הדבר אפשרי כאמור ביחס לזכות יוצרים, אך בזכות זו יש חשיבות לכאורה לאפשרות להעביר בעלות באזור מסוים, שכן דיני זכויות יוצרים במרבית המדינות אינם מבוססים על רישום במרשם זכויות יוצרים.⁹ לכן אם חפצים להעביר את הבעלות במדינה מסוימת, נדרשת לכאורה אפשרות להעביר בעלות במקום מסוים.¹⁰ צורך זה כאמור אינו קיים ביחס למדגמים שממילא מבוססים על רישום מדינתי.¹¹ ברם הן ביחס לזכויות יוצרים

בפסיקה. ראו ע"א 747/77 נבנצאל נ' נבנצאל, פ"ד לה(2) 561 (1980); ע"א 368/78 סוקולובסקי נ' נבנצאל, פ"ד לה(2) 180 (1980), שקבעו שאי אפשר להעביר בעלות בחצי מניה, אלא רק להעביר אחוזים מבעלות ויצירת שיתוף. לניתוח ביחס למיטלטלין וזכויות ראו מיגל דויטש קניין כרך א 105–107 (1997).

7 פרופ' דויטש עומד על קושי זה ביחס לפיצול הבעלות במיטלטלין מבחינה פיזית. ראו דויטש קניין א, לעיל ה"ש 6, בעמ' 106. לדעתי דברים אלו נכונים גם בהקשר של פיצול הבעלות בזכות למדגם לאזורים שונים.

8 פרופ' ויסמן ופרופ' דויטש מעלים נימוק זה כטיעון ביחס לכלל הרשימה הסגורה שמתנגד ליצירת זכויות משנה חדשות שלא מוכרות בדין. ראו יהושע ויסמן דיני קניין: חלק כללי 77 (1993); דויטש קניין א, לעיל ה"ש 6, בעמ' 87. לדעתי דברים אלו נכונים גם בהקשר של פיצול הבעלות לאזורים שונים.

9 לסקירת המדינות שבהם קיים מרשם לזכות יוצרים ולמאפייני מרשמים אלו ראו חגי ויניצקי מרשם לסודות מסחריים 261–262 (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור, אוניברסיטת בר-אילן – הפקולטה למשפטים, תשס"ו).

10 מעניין שבעניין זה יש הסוברים שהאפשרות להעביר בעלות באזור מסוים בדיני זכויות יוצרים אפשרית רק כאשר מדובר בהעברת בעלות במדינה מסוימת ולא בהעברת בעלות באזור מסוים באותה מדינה. ראו COPINGER & SKONE JAMES, ON COPYRIGHT 300–302 (16 ed. 2011). לדעתם מסקנה זו ברורה יותר מנוסח החוק הבריטי משנת 1988 בהשוואה לחקיקה הקודמת. בעניין זה ראו גם שרה פרזנטי דיני זכויות יוצרים כרך ג 1382 (מהדורה שלישית, 2008), אם כי לדעתה הניסוח הקיים בס' 37(ב) לחוק זכות יוצרים מאפשר גם להגביל את העברת הבעלות באזור מסוים באותה מדינה ולא רק למדינה שלמה (שם, בעמ' 1383). מאחר שהניסוח בתזכיר זה לניסוח של חוק זכויות יוצרים, נודעת חשיבות לפרשנות שניתנה לס' זה בחוק זכויות יוצרים.

11 ראו לעיל ה"ש 4, והטקסט לידה.

והן ביחס למדגמים הדין שיקבע אם הדבר אפשרי הוא הדין של אותה מדינה ולא הדין של ישראל.¹²

בנוסף, האפשרות לפצל את הבעלות בדיני זכויות יוצרים עשויה להיות לעזר אם רוצים להעביר את הבעלות להשמיע מוזיקה מסוימת בעסק מסוים אם כי לרוב ניתן להסתפק לצורך כך בעסקת רישיון.¹³ לעומת זאת הזכויות המוקנות לבעל המדגם הן "ייצור, מכירה, הצעה למכירה או יבוא לישראל שלא לשימוש עצמי..." וכן החזקת מוצר כאמור למטרות אלו.¹⁴ האם אכן קיים צורך אמתי לאפשר העברת בעלות במדגם לצורך ייצורו, מכירתו או יבוא שלו לאזור מסוים דווקא, כאשר לבעלים המקורי תיוותר זכות הבעלות לבצע פעולות אלו באותה מדינה באזור אחר? אמנם האפשרות להעביר בעלות לחלק גאוגרפי מסוים בתוך המדינה קיימת בדיני הפטנטים שחלים גם על מדגמים בארצות הברית,¹⁵ אך הדבר הגיוני כאשר מדובר במדינה בעלת שטח עצום כארצות הברית אך לא כשמדובר בשטח הגאוגרפי של מדינת ישראל. הקשיים שעלולים להיווצר בהסדר שכזה עולים לדעתי על יתרונותיו, ובכל מקרה ניתן להסתפק לצורך כך בעסקת רישיון, שבה הבעלים יכול לתאם את פעילות בעלי הרישיון השונים באזורים סמוכים באופן מיטבי, שלא כמו במצב שבו יהיו כמה בעלים לזכויות אלו באזורים סמוכים, ללא כל צורך לתאם ביניהם.¹⁶

לפיכך אפשר בנושא זה להסתפק בהכרה במתן רישיון לשימוש באזור מסוים, ואין צורך בהכרה בהעברת בעלות באזור מסוים. אם השקפה זו תתקבל, כדאי להבהיר ביחס לסעיף 43 הנ"ל שהמונח "למקום מסוים" מתייחס רק לעסקת הרישיון ולא לעסקה של העברת בעלות. האפשרות להעביר בעלות לתקופה מסוימת אינה מקובלת בדרך כלל במשפט הישראלי, למעט חריגים מסוימים.¹⁷ בישראל מקובלת התפיסה שזכות הבעלות אינה מוגבלת בזמן.¹⁸ המשפט הישראלי איננו מכיר בדרך כלל בחלוקת בעלות בזמן (Time Sharing), ולכן אי אפשר לקבוע ש-א יהיה הבעלים של הנכס בחודש ינואר ו-ב יהיה הבעלים בחודש פברואר, וכן אי אפשר לקבוע שלאחר תקופת זמן מסוימת תחזור הבעלות לבעלים הקודם, ללא הסדר

12 תמיר אפורי חוק זכות יוצרים 307 (2012) COPINGER & SKONE JAMES; לעיל ה"ש 10, בעמ' 300.

13 אפורי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 300.

14 ס' 24 לתזכיר.

15 (2011) 171, 261 USC § 35.

16 לדעה שלעניין הפיצול הטריטוריאלי בזכויות יוצרים יש להסתפק באפשרות ליתן רישיון ואין לאפשר העברת בעלות ראו אפורי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 300.

17 ראו לעיל ה"ש 3. ייתכן שגם חלוקת המועדים ביחידות נופש מתבססת על חלוקת בעלות בזמן. על הבעייתיות הקיימת בכך ראו יהושע ויסמן דיני קניין: בעלות ושיתוף 75 (1997). אפשרות אחרת היא שמדובר בהשכרה.

18 שם, בעמ' 71.

חקיקתי.¹⁹ אחת הבעיות היא כלל הרשימה הסגורה, שאינו מאפשר לצדדים ליצור תבנית קניינית שאינה מוכרת בחוק.²⁰ בעיה זו אינה יוצרת קושי בהסדר המוצע, שכן הוא יתקבל במסגרת חוק. מאחר שמוסד הרישיון בנוי להסדר זמני נשאלת השאלה אם רצוי להכיר גם בבעלות לתקופה זמנית. מאחר שעל פי סעיף 43(ד) לתזכיר ניתן לתת רישיון ייחודי לתקופה זמנית, שמאפשר לבעל הרישיון להיות היחיד שיכול להשתמש באותה העת בזכות, וגם הבעלים מנוע מלהשתמש בזכות בתקופת הרישיון, לא נראה שרצוי "לסרב" את הזכות בכך שנכיר גם בחלוקת הבעלות בזמן. ככל שזכות מפוצלת לבעלים שונים בתקופות שונות, כך נפתח הפתח לתקלות של רוכשים ונגרם קושי לסחור בזכות.²¹ הסיכון של הטעיית הרוכשים עשוי להתאיין אם במרשם המדגמים ירשמו את חלוקת הבעלות בזמן. ברם הקושי שייחוצר בסחירותה של הזכות לא יפתר בשל כך, ובכך תגדלנה עלויות העסקה. לפיכך ראוי לדעת להסתפק במוסד הרישיון לעניין הזמניות, ואין צורך ליתן אפשרות להעביר בעלות לתקופה מסוימת. ולהפך, לא רצוי להכיר באפשרות להעניק רישיון ייחודי לכל תקופת הזכות, שכן מתעורר ספק אם אין מדובר בהעברת בעלות.²² לפיכך גם במקרה זה כדאי להבהיר ביחס לסעיף 43 הנ"ל שהמונח לתקופה מסוימת מתייחס רק לעסקת הרישיון ולא לעסקה של העברת בעלות.

המשפט הישראלי אינו מאפשר בדרך כלל להעביר בעלות באחת מהזכויות המוקנות לבעלים לצמיתות. כך למשל בעלים של דירה יכול להעניק לשוכר את זכות השימוש וההחזקה, שלא לצמיתות בלבד. גם הענקת זיקת הנאה ללא הגבלת זמן ניתנת לסיום על פי החלטה של בית המשפט.²³ הגבלה זו משקפת לדעתי גם את כלל האחדות בדיני קניין. כלל האחדות אינו מאפשר לעשות עסקה ביחס לחלק מסוים בנכס.²⁴ כלל האחדות גם אינו מאפשר לפצל את הבעלות בזכויות השונות שמוקנות לבעלים. פרופ' ויסמן עומד על כך שגם אם הבעלים הקנה את כל הזכויות שמוקנות לו לאחר, כגון הזכות להחזיק בנכס, להשתמש בו, לקבל את פרוטיו ולעשות בו עסקאות, הוא תמיד בעמדת המתנה לסיום התקופה ולחזרת הזכויות אליו. גישה זו בנויה על ההשקפה הרומניסטית.²⁵ פרופ'

- 19 שם, בעמ' 74–75. כן ראו חגי ויניצקי "בעלות על הזמן: פתרון לסוגיית הפרטת קרקעות המדינה" מקור ראשון 16.8.2009.
- 20 ראו ויסמן דיני קניין: חלק כללי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 80.
- 21 בהקשר זה ראו לעיל ה"ש 7, 8. אמנם, שם דובר על חלוקה פיזית של הבעלות או ביצירת זכויות משנה, אך דברים אלה יפים לדעתי גם לחלוקת הבעלות בזמן.
- 22 לקושי זה בדיני זכויות יוצרים ראו להלן ה"ש 28 והטקסט לידה.
- 23 ראו ס' 3, 96 לחוק המקרקעין; ס' 1 לחוק השכירות והשאילה, התשל"א–1971; ויסמן דיני קניין: בעלות ושיתוף, לעיל ה"ש 17, בעמ' 30, 34–35.
- 24 ס' 13 לחוק המקרקעין.
- 25 ויסמן דיני קניין: בעלות ושיתוף, לעיל ה"ש 17, בעמ' 28–31.

Merryman ממחיש באופן ציורי את ההשקפה הזאת בהמשילו את הבעלות לקופסה שבה זכויות שונות (כגון הזכות להחזיק, להשתמש, לפרות הנכס, לבצע עסקאות וכו'). הבעלים יכול להעביר את כל הזכויות הללו לאחרים, ובמקרה זה הוא נשאר בעלים גם אם הקופסה התרוקנה לגמרי. כאשר זכויות אלו יפוגו הן יחזרו לקופסה. העברת הבעלות היא העברת הקופסה. לעומת זאת במשפט האנגלו אמריקאי קיים מודל אחר של בעלות, ולפיו הבעלות היא אוסף של זכויות שונות שלכל אחת קיום עצמאי, ואין קופסה שממתינה למילוייה מחדש.²⁶

הדגם האנגלו אמריקאי אינו מתקיים במשפט הישראלי למעט במקרה של זכות יוצרים. בזכות יוצרים ניתן לפצל את הבעלות על ידי העברת זכויות שונות שמוקנות לבעל זכות היוצרים לאחרים לצמיתות, כך שכל אחד מהם יהיה בעלים עצמאי ביחס לזכות שקיבל. כך למשל ניתן להעניק ל־א לצמיתות את הזכות לשכפל את היצירה, ל־ב את הזכות לבצע, ל־ג לשדרה ול־ד את הזכות לבצע יצירה נגזרת (כגון תרגום). אם בעל זכות היוצרים יקנה את כל זכויותיו לאחרים לא יוותר בידי דבר. הוא לא יישאר בעמדת המתנה. פרופ' ויסמן עומד על כך שתוצאה זו נובעת מכך שבעניינה של זכות יוצרים, במובחן מנכסים אחרים, נותן הדין רשימה ממצה של הזכויות המוקנות לבעל זכות היוצרים. אם הועברה הבעלות בכל אחת מהזכויות הללו לאחרים לא נותר דבר לבעלים המקורי.²⁷

התזכיר החדש מאמץ את הדגם האנגלו אמריקאי גם ביחס למדגמים. לבעל המדגם הרשום הזכות הבלעדית לייצר את המדגם, למכרו, להציעו למכירה או לייבאו. לכן על פי האמור לעיל, יוכל בעל המדגם לתת רישיון זמני או להעביר את הבעלות בכל אחת מהפעולות הללו. בעניין זה מתעוררת השאלה אם הדבר ראוי, שכן פיצול הבעלות מבחינת הפעולות המוקנות לבעלים עלול גם להטעות את הרוכשים ולהקשות את הסחר בזכות. הפתרון לסיכון הקיים בהטעיית הרוכשים יכול לבוא לידי ביטוי בכך שבכל פעולה מהפעולות שמוקנות לבעלים המקורי תעבור הבעלות לרוכש רק ברישומה במרשם המדגמים. פתרון זה לא יפתור את הקושי בסחירות הזכות, דבר שיגדיל את עלויות העסקה, ולכן ראוי לבחון אם לא כדאי לאפשר רק מתן רישיון לשימוש בכל פעולה בנפרד ולא

26 ; John Henry Merryman, *Ownership and Estate*, 48 TULANE L. REV. 916, 927 (1974) ויסמן דיני קניין: בעלות ושיתוף, לעיל ה"ש 17, בעמ' 31. גם בפרשת קרסיק הידועה נעשה שימוש במשל הקופסה. השופט חשין סבר שלבעל המקורי שהופקעו ממנו מקרקעין יש זיקה נמשכת והולכת למקרקעין, ואילו הנשיא ברק טען שאין מדובר בקופסה ריקה מתוכן הממתינה למילוייה מחדש אלא שבהפקעה מעביר הבעלים את הקופסה למדינה, ואם המטרה הציבורית אין לה עוד קיום, יש להחזיר את הקופסה לבעליה המקוריים. בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 625, 708–709 (2001).

27 ויסמן דיני קניין: בעלות ושיתוף, לעיל ה"ש 17, בעמ' 31–32 ה"ש 2. ראו גם גרינמן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 553–554. לאגד הזכויות של בעל זכות היוצרים ראו ס' 11 לחוק זכות יוצרים.

לאפשר העברת בעלות בכל פעולה. אם השקפה זו תתקבל, כדאי גם במקרה זה להבהיר ביחס לסעיף 43 הנ"ל שהמונח "לעשיית פעולה מסוימת" מתייחס רק לעסקת הרישיון ולא לעסקה של העברת בעלות.

יתרה מכך, האפשרות להעביר בעלות לתקופה מסוימת ולפעולה מסוימת עלולה ליצור קושי להבחין בין העברת בעלות למתן רישיון לשימוש. ולהפך, האפשרות להקנות רישיון ייחודי לכל הפעולות ולכל תקופת הזכות עלולה גם היא ליצור קושי בהבחנה בין העברת בעלות למתן רישיון ייחודי. בעייתיות זו גרמה שבדיני זכויות יוצרים, שכוללים דין זה בעניין זה, הגיעו כמה מקרי ספק בשאלה זו לבתי משפט.²⁸ לספק זה משמעויות פרקטיות. כאשר מדובר בעסקה להעברת בעלות בזכות יוצרים לתקופה זמנית, אזי במשך תקופה זו רק לרוכש זכות תביעה נגד מפריס, להבדיל מהבעלים המקורי שבמשך תקופה זו אין לו זכות תביעה.²⁹ לעומת זאת אם הבעלים המקורי היה מעניק רק רישיון זמני, אזי לבעלים הייתה זכות תביעה, ולבעל הרישיון הייתה זכות תביעה רק אם היה מדובר ברישיון ייחודי.³⁰ בעניין זה מוצע דין שונה בתזכיר, שכן אם ניתן רישיון ייחודי למדגם, אזי בתקופת הרישיון הייחודי רק לבעל הרישיון זכות תביעה.³¹ ייתכן שבעניין זה היה ראוי לאמץ את המודל הקיים בזכות יוצרים, שהרי אם לבעל הרישיון אין המשאבים או הרצון להגיש תביעה, יש לאפשר לבעל המדגם לתבוע, שכן בסיום תקופת הרישיון הייחודי יוכל הבעלים להמשיך להשתמש במדגם שהזכויות לגביו נפגעו בתקופת הרישיון.

כאשר מתקיימת עסקה להעברת בעלות, הרוכש יכול להעביר את הבעלות שקיבל לצד שלישי או להעניק רישיונות שימוש ללא כל הגבלה.³² לעומת זאת אם נערכה עסקת רישיון בלבד, אזי חלות על בעל הרישיון הגבלות בכל הקשור ליכולתו להעביר את זכויותיו לצד

- 28 לניתוח בעייתיות זו בדיני זכויות יוצרים ראו אפורי לעיל ה"ש 12, בעמ' 294 והאסמכתאות שם; גרינמן לעיל ה"ש 2, בעמ' 554. לניתוח כמה הבחנות שיכולות לסייע בנושא זה ראו שם, בעמ' 574–575; פרזנטי, לעיל ה"ש 10, בעמ' 1474–1476.
- 29 שם, בעמ' 1474.
- 30 גרינמן לעיל ה"ש 2, בעמ' 554 ה"ש 36; ס' 54 (א) לחוק זכות יוצרים.
- 31 ס' 75 (א) לתזכיר קובע כי "תובענה בשל הפרת מדגם רשאי להגיש בעל המדגם, ואם ניתן לגביו רישיון ייחודי כהגדרתו בסעיף 43(ד) – בעל הרישיון", בניגוד לס' 54 (א) לחוק זכות יוצרים הקובע כי "תובענה בשל הפרת זכות יוצרים רשאי להגיש בעל זכות היוצרים, ואם ניתן לגביה רישיון ייחודי כהגדרתו בסעיף 37(ד) – גם בעל הרישיון". בתזכיר המילה "גם" אינה קיימת. ולכן בדברי ההסבר לס' 75 כדאי להבהיר שמדובר בהגשת תביעה על ידי בעל המדגם או בעל הרישיון הייחודי.
- 32 אסף יעקב "בעלות בזכות היוצרים" יוצרים זכויות: קריאות בחוק זכות יוצרים 273, 222 ה"ש 165 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009); פרזנטי, לעיל ה"ש 10, בעמ' 1385, 1477.

שלישי.³³ אם קיים ספק ביחס לסוג העסקה שנעשתה, ייווצר ערפל משפטי בדבר היכולת של מקבל ההעברה/הרישיון להעביר את זכויותיו לצד שלישי.³⁴ בנוסף, כאשר מתקיימת עסקה להעברת בעלות שהושלמה, והבעלים המקורי "מכר" את זכותו פעם נוספת, אזי "הרוכש השני" לא רכש דבר, ואם הוא ישתמש בזכות הוא ייחשב למפר. לעומת זאת אם נערכה עסקת רישיון ייחודי, אזי הבעלים יכול להעביר את זכותו לאחר שיהיה כפוף לרישיון הייחודי.³⁵ אם קיים ספק ביחס לסוג העסקה שנעשתה, ייווצר ערפל משפטי בדבר היכולת של הבעלים המקורי להעביר את זכויותיו לצד שלישי.³⁶

יתרה מכך, ייתכן שאופיין של הפעולות הכלולות באגד הזכויות בזכות יוצרים שכולל את הזכות לשכפל את היצירה, לבצעה, לשדרה, לתרגמה ועוד, שהן שונות זו מזו באופן מובהק, מצדיק את האפשרות להעביר בעלות בכל אחת מהפעולות בנפרד.³⁷ ברם אגד הזכויות של זכות המדגם הכולל את הזכות לייצר, למכור, להציע למכירה או לייבא אינו מצדיק את הצורך להפריד את הבעלות בכל אחת מהפעולות הללו. הראיה שבאגד הזכויות של בעל הפטנט (הדומה לאגד הזכויות של בעל המדגם) הכולל ייצור, שימוש, הצעה למכירה, מכירה או ייבוא אין אפשרות להעביר את הבעלות בנפרד ביחס לכל פעולה.³⁸ לפיכך ראוי לדעתי לייחד את עסקת הרישיון למקרים שמעוניינים לתת זכות שימוש למקום מסוים, לתקופה מסוימת או לפעולה מסוימת, ולייחד את העברת הבעלות לפעולה שמעבירה את הזכות בשלמותה ללא ייחוד למקום מסוים, לתקופה מסוימת או לפעולה מסוימת.³⁹

- 33 יעקב, לעיל ה"ש 32, שם; פרזנטי, לעיל ה"ש 10, בעמ' 1477. אשר להגבלות החלות על בעל הרישיון ראו להלן הטקסט ליד ה"ש 111-115.
- 34 לעומת זאת אם הצדדים יתייחסו ליכולתו של מקבל ההעברה/בעל הרישיון להעביר את זכויות לצד שלישי, הדבר עשוי לסייע לסווג את העסקה. מתן יכולת חופשית להעביר את הזכות תגרום שהעסקה המקורית תתפרש כעסקה להעברת בעלות, ולהפך, אם נדרש אישור של הבעלים המקורי להעברה, מדובר ככל הנראה בעסקת רישיון. ראו גרינמן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 575.
- 35 פרזנטי, לעיל ה"ש 10, בעמ' 1476. להבדלים בעניין זה בין רישיון ייחודי ללא ייחודי ראו להלן הטקסט ליד ה"ש 107-110.
- 36 לבעייתיות זו בזכויות יוצרים ראו גרינמן לעיל ה"ש 2, בעמ' 574-575, והאסמכתאות שם.
- 37 לדוגמאות רזולוציות ממוקדות בנושאים אלו בזכויות יוצרים ראו גרינמן לעיל ה"ש 2, בעמ' 577, 557.
- 38 ס' 1 לחוק הפטנטים, התשכ"ז-1967.
- 39 דיני זכויות יוצרים אכן נוהגים לפרש עסקה שנעשתה לכל תקופת זכות היוצרים כהעברת בעלות, וזאת למרות היכולת לתת רישיון ייחודי לכל תקופת הזכות. ראו גרינמן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 574; פרזנטי, לעיל ה"ש 10, בעמ' 1475.

2. דרישת הכתב

סעיף 43(ג) לתזכיר קובע כי חוזה להעברת זכויות במדגם או למתן רישיון ייחודי לגביו טעון מסמך בכתב. דרישות הכתב במשפט הישראלי נחלקות לדרישות כתב מהותיות ולדרישות כתב ראייתיות. להבדל זה חשיבות רבה. כאשר דרישת כתב מהותית אינה מתקיימת, אין כלל חוזה למעט חריגים מסוימים. לעומת זאת כאשר דרישת כתב ראייתית אינה מתקיימת, החוזה תקף, אלא שעלולה להיווצר בעיה כאשר אחד הצדדים לחוזה יתכחש לקיומו. על הטוען לקיום החוזה להביא ראיה בכתב לקיומו.⁴⁰ כאשר מדובר בדרישה ראייתית, הכתב יכול להיווצר בשלב מאוחר יותר לאחר ההעברה בפועל, וכן ניתן להסתפק בראיות אחרות בכתב שאינן החוזה להעברת הבעלות.⁴¹ הרציונל לדרישת כתב מהותית הוא רצון המחוקק לגרום למתקשרים באופן פטרנליסטי ליתר רצינות בכריתת העסקה בשל חשיבותה הכלכלית כגון התחייבות לעסקה במקרקעין⁴² או בשל היותה עסקת חנם כגון התחייבות לתת מתנה,⁴³ לכן ראוי שהנותן יחשוב היטב לפני שהוא מתקשר בעסקה שכזו. לעומת זאת דרישות כתב ראייתיות קיימות במקרים שבהם קיים חשש לקושי ראייתי להוכיח את העסקה.⁴⁴

בתחום הקניין הרוחני קיימת דרישת כתב בעסקאות להעברת בעלות בפטנט,⁴⁵ בעסקאות להעברת בעלות בזן מטפח⁴⁶ וכן בעסקה להעברת זכויות יוצרים או למתן רישיון ייחודי.⁴⁷ עסקאות אלו התפרשו ברוב המקרים כדרישות כתב ראייתיות.⁴⁸ ניתן היה לטעון

40 גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 379–380 (מהדורה שלישית, 2005). לפסק הדין שהכיר בחוזה למרות היעדר כתב בדרישת כתב מהותית בשל עקרון תום הלב ראו ע"א 986/93 קלמר נ' גיא, פ"ד נ(1) 185 (1996).

41 גרינמן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 548.

42 ראו ס' 8 לחוק המקרקעין; שלו, לעיל ה"ש 40, בעמ' 380.

43 ראו ס' 5(א) לחוק המתנה, התשכ"ח–1968; שלו, לעיל ה"ש 40, בעמ' 380.

44 שלו, לעיל ה"ש 40, בעמ' 380.

45 ס' 82 לחוק הפטנטים.

46 ס' 43 לחוק חוק זכות מטפחים של זני צמחים, התשל"ג–1973.

47 ס' 37(ג) לחוק זכות יוצרים.

48 ס' 82 לחוק הפטנטים קובע כי "זכויות באמצאה ובפטנט ניתנות להעברה בכתב ועוברות מכוח דיין". השופט שמגר פירש דרישה זו כראייתית בלבד. ראו ע"א 520/80 רוזנברג נ' רובינשטיין, פ"ד לח(3) 85, 97–102 (1984). כן ראו ד"ר 2/84 רוזנברג נ' רובינשטיין, פ"ד לח(3) 689, 695 (1984). בספרות פירשו את הביטוי "ניתנות להעברה בכתב" (שמופיע גם בס' 43 לחוק חוק זכות מטפחים של זני צמחים) כמתייחס לכך שדרישת הכתב אינה מהותית, וניתן להעביר פטנט גם בהסכם בעל פה או על פי התנהגות הצדדים. ראו דורון א' בראש ביוטכנולוגיה משפט ומסחר 414 (2003); עמיר פרידמן פטנטים: דין פסיקה ומשפט משווה 556 (2000). איני בטוח שזו הפרשנות הנכונה, שכן המילה "ניתנות" אינה מתייחסת בהכרח

שהסיבה לקיומן של דרישות כתב בעסקאות ביחס לקניין רוחני היא שבעסקאות אלו אין נכס מוחשי שמועבר בין הצדדים.⁴⁹ ברם דרישת כתב קיימת כבר בשלב החוזי. גם בנכסים שיש בהם העברת החזקה בנכס מוחשי כגון מקרקעין, דרישת הכתב כבר קיימת ביחס להתחייבות⁵⁰. ניתן היה לטעון שביחס לזכות יוצרים לא מתקיים מרשם, ולכן העדר פומביות לעסקה מצדיק את דרישת הכתב.⁵¹ עם זאת גם באשר לטענה זו ניתן לטעון שאף שקיימים מרשם מקרקעין ומרשם פטנטים קיימות דרישות כתב בשני סוגי העסקאות (אם כי בראשונה מדובר בדרישת כתב מהותית ובשנייה ראייתית). דרישת הכתב נועדה לשרת את הצדדים לחוזה ולא צדדים שלישיים, שלהם נועד המרשם.⁵² לפיכך נראה לי שדרישות הכתב בדיני הקניין הרוחני גם הן מקורן בחשיבות העסקה⁵³ אף שזו לא הגישה שהובעה בפסיקה.⁵⁴ כיום קיימות עסקאות ביחס לפטנטים וזכויות יוצרים בסכומים גבוהים מאוד שעולים עשרות מונים על שווייה של עסקה להעברת בעלות בדירת שני חדרים.⁵⁵ אמנם קיימים תחומים רבים שבהם העסקאות הן בעלות שווי רב ואין דרישת כתב, כגון עסקאות

- למילה "בכתב" אלא יכולה להיות מכוונת למילה "להעברה", דהיינו הסעיף בא לומר שהזכויות ניתנות להעברה, בשונה מזכויות שאינן ניתנות להעברה. ראו בעניין זה גם את דעת השופט שמגר בע"א רוזנברג, שם, בעמ' 102. ביחס לזכות יוצרים ראו אפורי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 313-315. כן ראו גרינמן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 549, שמנתח זרמים שונים של הפסיקה בנושא זה, אך גם הוא סבור שמרבית הפסיקה רואה בדרישה זו כראייתית בלבד. לעומת זאת ראו פרזנטי, לעיל ה"ש 10, בעמ' 1394, הסבורה שמדובר בדרישה מהותית.
- 49 להתייחסות להיעדר נכס מוחשי שניתן להחזיק בו כאשר מדובר בזכות יוצרים כהצדקה לקיומה של דרישת כתב בעסקאות ביחס לזכות יוצרים ראו אפורי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 312.
- 50 ס' 8 לחוק המקרקעין מדגיש ש"התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב".
- 51 אפורי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 312-315.
- 52 לטענה שדרישת הכתב מוצדקת כצורך בראיה בתביעה נגד ג' ולא ליחסים שבין הצדדים לעסקה ראו אפורי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 314. כן ראו ד"נ 13/67 "בחן" נ' רוזנצוויג, פ"ד כב(1) 569, 585 (1968); ע"א רוזנברג, לעיל ה"ש 48, בעמ' 101. כאמור, לדעתי, דרישת הכתב נועדה ליחסים בין הצדדים ולא כלפי צד שלישי, שבשבילו קיימים המרשמים (שאינם מתקיימים כמובן בדרך כלל בזכות יוצרים).
- 53 פרופ' ברק סבור שההבחנה בין שיקולי ודאות לשיקולי רצינות כהצדקות לדרישת הכתב אינה פשוטה, שכן הם שזורים זה בזה. ראו אהרן ברק חוק השליחות 562 (1996). כן ראו אפורי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 312.
- 54 השופט שמגר מבחין בין עסקה במקרקעין ש"עלולה לעתים להתייחס לביתו של אדם או לקרקע שבה שורשיו ושממנה מחייתו, ואולי משום כך מצא המחוקק להקפיד בדרישת הכתב; עיסקה להעברת זכויות בפטנט אינה אלא עיסקה מסחרית ככל שאר העסקות המסחריות..."; ע"א רוזנברג, לעיל ה"ש 48, בעמ' 101. ראו גם גרינמן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 548-549. אם כי ייתכן שהנשיא שמגר מתייחס לקשר הנפשי של אדם למקרקעיו מבחינת תורת האישיות, בשונה מעסקה מסחרית גרידא.
- 55 לגבי זכויות יוצרים ראו גרינמן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 549.

במיטלטלין יקרים כגון מטוסים, אניות ועוד, אך הדבר נובע מחוסר קוהרנטיות בנושא זה. לטעמי, דרישת הכתב הייתה צריכה להיגזר משווי העסקה ולא מסוג הנכס, דהיינו היה צריך לקבוע שעסקה מעל לסכום מסוים תהיה טעונה כתב ללא קשר לסוג הנכס.⁵⁶ דרישות הכתב בקניין הרוחני פורשו כאמור בפסיקה כדרישות כתב ראייתיות. ייתכן שהסיבה לכך הייתה בין השאר שגם בדבר דרישות הכתב המהותיות קיימת תופעה של כרסום בהן,⁵⁷ ולכן מלכתחילה נוח יותר לפרש דרישת כתב רק כדרישה ראייתית, דבר המאפשר לבית המשפט שיקול דעת רחב יותר.⁵⁸ אם זו הכוונה, ייתכן שהיה מוטב לנקוט בסעיף 43 לתזכיר נוסח רך יותר ולא במינוח שהחווה "טעון" מסמך בכתב. אמנם השימוש במילה "טעון" קיים גם בנוסח של דרישת הכתב בזכות יוצרים, שפורשה גם היא בדרך כלל כדרישת כתב ראייתית, אך בשתי דרישות הכתב המהותיות משתמשים במינוח "טעונה", ולכן כדי שיהיה ברור שאין מדובר בדרישת כתב מהותית, כדאי לדעתי להשתמש במינוח רך יותר, אם כי לא הייתי משתמש במינוח הקיים כדיני הפטנטים והזנים המטפחים שאינו נקי מספקות.⁵⁹

3. רישום העברת בעלות

על פי הפקודה והתקנות רישום העברת בעלות במדגם הוא ככל הנראה דקלרטיבי בלבד כיום.⁶⁰ בסעיף 43(1) לפקודה ננקט הניסוח "נעשה אדם זכאי... בזכות מדגם למדגם רשום... אם בדרך העברה... עליו לפנות אל הרשם בבקשה לרשום את זכותו..." בנוסף, סעיף 35 לתקנות קובע כי "מי שנעשה זכאי לזכות יוצרים במדגם רשום מכוח העברה... הרשות בידו להגיש בקשה לרשם... ולבקש שירשמו את זכותו". הסעיפים נוקטים את המונח "העברה" ולא "התחייבות להעברה", ולכן נראה כי לפי הדין הקיים הבעלות במדגם עוברת על פי סעיף 33 לחוק המכר, התשכ"ח-1968 במועד שבו קבעו הצדדים,⁶¹ והרישום

56 בעניין זה ניתן להשוות להסדר בהצעת הקודקס באשר לצורך באישור בית משפט לעסקאות של קטינים ששוויין מעל 50,000 ש"ח, ראו ס' 24(א)(5) להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011.

57 ראו למשל את פסק הדין בעניין קלמר נ' גיא, לעיל ה"ש 40.

58 שלו לעיל ה"ש 40, בעמ' 380.

59 ראו לעיל ה"ש 48.

60 ראו ס' 43(1) לפקודת הפטנטים והמדגמים; נילי כהן התערבות ביחסים חוזיים 267 ה"ש 72 (1982); ויניצקי מרשם לסודות מסחריים, לעיל ה"ש 9, בעמ' 260-261.

61 לפי ס' 4(א) לחוק המכר, התשכ"ח-1968, החוק חל גם על זכויות, בשינויים המחויבים. אחד השינויים המחויבים מחייב שלא להתייחס לבררת המחדל בס' 33 הנ"ל, שלפיה בהיעדר קביעה מפורשת של הצדדים לחווה הבעלות עוברת במסירת החזקה, שכן מדובר בזכות ערטילאית.

במרשם נועד רק לעדכן את המרשם בהעברה שכבר התרחשה קודם לכן (במועד שבו קבעו הצדדים). בעניין זה חשוב לציין שגם האמור בסעיף 43 (3), ולפיו "...כל מסמך או שטר שלא נרשמו בפנקס בהתאם להוראות הסעיפים הקטנים (1) ו-(2) לא יתקבלו בשום בית משפט כראיה המוכיחה זכות קניין על פטנט או זכות מדגם למדגם או כל טובת הנאה בהם, אלא אם ציווה בית המשפט אחרת", אינו משנה את מעמד הרישום. שכן מדובר ביכולת להציג ראיה בבית המשפט ולא בדיון המהותי, ומכל מקום בית המשפט יכול לצוות לקבל את המסמך המוכיח העברת בעלות ("זכות קניין") גם ללא רישום. מכאן שרישום העברת הבעלות הוא דקלרטיבי בלבד.⁶²

סעיף 45 לתזכיר מציע שינוי משמעותי בסוגיה זו. הסעיף קובע כי "העברת זכויות במדגם רשום לפי פרק זה אין לה תוקף כלפי אדם זולת הצדדים להסכם, אלא אם נרשמה בפנקס לפי חוק זה". מדובר למעשה ברישום קונסטיטוטיובי להעברת בעלות על פי המודל היחסי (להלן: "המודל היחסי"). לפי מודל זה קובע הדין שהזכות עצמה נוצרת על פי הסכם, והרישום לא נועד ליצירתה של הזכות אלא רק למתן תוקף כלפי צדדים שלישיים.⁶³ בישראל למשל מיושם המודל היחסי ברישום העברת בעלות בפטנט⁶⁴ וברישום רישיון

62 בעניין זה ראו להלן ה"ש 64, באשר למשמעות של ס' 173(ב) לחוק הפטנטים, שדומה לסעיף הנ"ל.

63 מודל זה נהוג בצרפת. ראו כהן, לעיל ה"ש 60, בעמ' 31-33, 121, 199. ראו גם גד טרסקי "מכר מקרקעין והשבה בעין עקב ביטולו" משפטים יג 265, 271 (1983). אמנם לפי ס' 40(ב) לתזכיר, הקובע כי "מי שהועברו לו זכויות במדגם רשום, רשאי לבקש מהרשם לתקן את הרישום כך שישקף את זכויותיו בו, ואם הוכחה העברת הזכויות להנחת דעתו של הרשם, תירשם העברת הזכויות בפנקס", היה נראה כי מדובר ברישום דקלרטיבי. שהרי הסעיף עוסק במי "מי שהועברו לו זכויות במדגם רשום... וכן בהמשך" "...ואם הוכחה העברת הזכויות...". וכן לבסוף "...תירשם העברת הזכויות בפנקס", דהיינו הזכויות כבר עברו לפני הרישום, והרישום הוא רק דקלרטיבי, לפיכך בא ס' 45 לתזכיר להבהיר שמדובר ברישום קונסטיטוטיובי על פי המודל היחסי, כאמור לעיל.

64 ס' 83 לחוק הפטנטים קובע ש"העברת פטנט על פי הסכם אין לה תוקף כלפי שום אדם זולת הצדדים להסכם, אלא אם נרשמה לפי חוק זה". ראו גם ס' 169 לחוק הפטנטים, שמתייחס לזכותו של נעבר שקיבל פטנט (למשל באמצעות הסכם) לבקש מרשם הפטנטים לרשום את ההעברה, וכן לחובה הקיימת בסעיף לרישום העברה שנקבעה בפסק דין. הווה אומר, העברה כבר מתרחשת באמצעות הסכם או פסק דין, ורישומה נדרש רק לצורך מתן תוקף כלפי צדדים שלישיים. ראו גם ס' 173(ב) לחוק הפטנטים, שלפיו "כל מסמך או שטר שהועברו בהם פטנט או אמצאה שהוגשה עליה בקשה לפטנט או טובת הנאה באמצאה כאמור או בפטנט, לא יתקבל בבית משפט כראיה לזכות קניין באמצאה, בפטנט או בטובת הנאה בהם, אלא אם נרשמו לפי סעיף 169 או אם ראה בית המשפט טעם לעשות כן". במילים אחרות, העברה נעשית באמצעות ההסכם, אך כדי להתקבל כראיה לזכות קניין יש לרשום את ההעברה. ברם בית המשפט יכול לקבל את ההסכם כראיה לזכות קניין אם הדבר מוצדק בעיניו גם ללא רישום ולכן הזכות מועברת כבר בכריתת ההסכם. ראו כהן, לעיל ה"ש 60, בעמ' 31-33, 121, 199

לשימוש בפטנט במרשם הפטנטים,⁶⁵ ברישום העברת בעלות בזן מטפח בספר זכויות מטפחים,⁶⁶ ברישום משכון במרשם המשכונות⁶⁷ וברישום הערות על נאמנות.⁶⁸ המודל היחסי שונה מהמודל המוכר יותר, "המודל השכלולי". לפי המודל השכלולי, הרישום הוא היוצר (המשכלל) את הזכות הקניינית, ומתוך כך גם את התוקף המלא כלפי

- ה"ש 32, 267. זוהי כאמור שיטת הדין הצרפתי (שם, שם). ראו גם דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ב 1047–1049 (1992). אם כי ראו גם אייל זמיר חוק המכר, תשכ"ח–1968, 692, 974 (פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טדסקי, 1987), שמדגיג שהעברת הבעלות בפטנט טעונה רישום. ראו גם בראש, לעיל ה"ש 48, בעמ' 414–419; פרידמן, לעיל ה"ש 48, בעמ' 561–556. דעות אלו מסתמכות על דעת הרוב בע"א רוזנברג, לעיל ה"ש 48, בעמ' 105, שלפיה היות שהעברת בעלות בפטנט שלא נרשמה אין לה תוקף כלפי צדדים שלישיים, ומאחר שזוהו המבחן החשוב ואולי גם המכריע למונח "בעלות", הזכויות הנעברות נשארות חוזיות גרידא ללא רישום (שם, שם). לדעתי פסק הדין לא התחשב בהבדל הקיים בין המודל היחסי לבין המודל השכלולי (המודל הקיים למשל בנוגע לרישום עסקאות במרשם המקרקעין, שלפיו הרישום הוא היוצר את הזכות הקניינית ואת תוקפה כלפי כל העולם, ועד לרישום מדובר בהתחייבות לעשות עסקה. ראו ס' 7 לחוק המקרקעין), ולכן לדעתי (ולאור המקורות בתחילת הערה זו) דעת הרוב בע"א רוזנברג אינה מדויקת. כפי שציינו, במודל היחסי מתן התוקף כלפי צדדים שלישיים טעון רישום ולא העברה כשלעצמה שנוצרת בהסכם עצמו.
- 65 מתן רישיון לשימוש בפטנט תקף מכוח הסכם בלבד. אך "אין תוקף לרישיון על פטנט כלפי שום אדם זולת הצדדים לרישיון, אלא אם נרשם לפי חוק זה". ראו ס' 84, 87 לחוק הפטנטים.
- 66 ראו ס' 43 לחוק זכות מטפחים של זני צמחים, שלפיו "זכות מטפחים והזכות לבקש רישומה ניתנות להעברה בכתב ועוברות מכוח דין, אולם עבירת זכות מטפחים שלא מכוח דין אין לה תוקף כלפי שום אדם זולת המעביר והנעבר אלא אם נרשמה בספר הזכויות".
- 67 ס' 3 (א) לחוק המשכון, התשכ"ז–1967 קובע ש"מישכון נוצר בהסכם בין החייב לבין הנושה", וכוחו של המישכון כלפי צדדים שלישיים יפה על פי ס' 4 לחוק המשכון בעת הרישום או בהפקדה (הפקדה אפשרית רק ביחס למיטלטלין או ניירות ערך). ראו כהן, לעיל ה"ש 60, בעמ' 31–33, 121, 199. זוהי כאמור שיטת הדין הצרפתי (שם, שם). ראו גם פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 64, בעמ' 1047–1049; שלום לרנר "הפיחות במעמדה של הבעלות באספקלריה של מועד העברת הבעלות במכר מיטלטלין" מחקרי משפט ה' 77, 118–119 (1986). ראו גם שלמה כרם נאמנות 306 (מהדורה רביעית, 2004).
- 68 ראו ס' 5 לחוק הנאמנות, התשל"ט–1979: "כוחה של נאמנות יפה כלפי מי שידע עליה או היה עליו לדעת עליה, ושמןרשמה הערה לפי סעיף 4 – כלפי כל העולם". ראו גם לרנר, לעיל ה"ש 67, בעמ' 118–119 ה"ש 294; כרם, לעיל ה"ש 67, בעמ' 305–333; כהן, לעיל ה"ש 60, בעמ' 31–33, 121, 199 ה"ש 32. זוהי כאמור שיטת הדין הצרפתי (שם, שם). לניתוח סעיף זה מבחינת הדין המצוי והרצוי ראו מיגל דויטש קניין כרך ג 342 (2006); מיגל דויטש קניין כרך ד 337–342 (2007); ע"א 371/89 פורד נ' שכטר בע"מ, פ"ד מו(1) 149 (1991); ע"א 7217/02 רבי נ' הלוי, נח(5) 529 (2004). לביטול הסדר זה בקודקס ומתן עדיפות לנהנה על נושי הנאמן גם אם הנושה הכספי לא ידע ולא היה עליו לדעת, בדומה לעדיפות המוקנית בהלכת אהרונוב (להלן, ה"ש 70), ראו מיגל דויטש פרשנות הקודקס האזרחי כרך א 139–140 (2005).

צדדים שלישיים.⁶⁹ זהו המצב למשל במרשם המקרקעין בישראל הן כשמדובר במקרקעין מוסדרים והן במקרקעין לא מוסדרים,⁷⁰ למעט חריגים מסוימים.⁷¹ עסקה שלא נגמרה ברישום רואים בה כהתחייבות לעשות עסקה.⁷²

- 69 כהן, לעיל ה"ש 60, בעמ' 33-34, 199.
- 70 ס' 6, 7, 9 לחוק המקרקעין; אריה אייזנשטיין יסודות והלכות דיני מקרקעין חלק ראשון: המרשם ופעולות במקרקעין 36-37 (מהדורה שנייה, 1995); זמיר, לעיל ה"ש 64, בעמ' 674; לרנר, לעיל ה"ש 67, בעמ' 78-79; מיגל דויטש "נפילתה (?) ועלייתה של הזכות שביושר במשפט הישראלי – המשפט בעקבות המציאות" עיוני משפט כד 313, 315 (2000); טל בנד ואסף פוזנר "תקנת השוק במכר מכוניות – האמנם?! "משפטים יג 319, 328, 330 (1983); כרם, לעיל ה"ש 67, בעמ' 305-306. סעיפים אלו חלים גם על המקרקעין המוסדרים וגם על המקרקעין הבלתי מוסדרים, ולפיכך אין הבדל בין שני סוגי מרשמי המקרקעין לעניין אופיים הקונסטטוטטיבי. ראו בעניין זה ע"א 2242/92 מדינת ישראל נ' בנק אמריקאי ישראלי, פ"ד מח(3) 249, 256 (1994); ע"מ (מחוזי ת"א) 1119/00 פלוני נ' פלוני, פס"ד לפסק הדין (פורסם בנבו, 3.1.2002); רע"א 5379/95 סהר נ' בנק דיסקונט פ"ד נ"א(4) 464, 472 (1997); ע"א 288/95 לחאם נ' זארובי, פ"ד נד(2) 598, 620-621 (2000): "רישום המקרקעין, הוא המקנה זכות בעלות בקרקע, באשר הרישום הוא קונסטטוטטיבי ובלעדיו לא עוברת זכות הקניין במקרקעין"; ע"א 189/95 בנק אוצר החייל נ' אהרונוב, פ"ד נג(4) 199, 269 (1999): "ולבסוף: הרישום-בתום-לב-במרשם המקרקעין. הרישום הוא האקט הקונסטטוטטיבי יוצר זכות הקניין, ובו מסתיים מעשה ההקנייה".
- 71 לחריגים לקונסטטוטטיביות מרשמי המקרקעין ראו ויניצקי מרשם לסודות מסחריים, לעיל ה"ש 9, בעמ' 256 ה"ש 48.
- 72 ס' 7 לחוק המקרקעין. ראו גם ויסמן דיני קניין: חלק כללי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 292-293. שיטת משפט נוספת שהמודל השכלולי קיים בה היא שיטת המשפט הגרמנית. יש הסוברים שחוק המקרקעין הישראלי דומה בעניין זה למשפט הגרמני (ראו כהן, לעיל ה"ש 60, בעמ' 33-34, 199), שכן על פי ס' 873(1) לקודקס האזרחי הגרמני (B.G.B) העברת הבעלות במקרקעין מושלמת עם רישום העברת הבעלות. ברם קיים הבדל בין שיטת המשפט בישראל לשיטת המשפט בגרמניה. בישראל התחייבות מעין-קניינית נוצרת בכריתת ההסכם, ואילו על פי ס"ק 873(2) לקודקס האזרחי הגרמני, ההסכם להעברת זכויות במקרקעין חייב להיעשות באמצעות נוטריון או בפני לשכת רישום המקרקעין, או שיש להגישו ללשכת רישום המקרקעין, או שבעל הזכות סיפק לצד השני אישור רישום המקיים את הוראות חוק רישום המקרקעין, וזאת כדי שההסכם יחייב את הצדדים לפני רישומו. ס' 925 לקודקס האזרחי הגרמני קובע שההסכם הנחוץ להעברת בעלות במקרקעין לפי ס' 873 חייב להיעשות בהצהרה הניתנת במעמד שני הצדדים לפני רשות מוסמכת. לעניין זה (מבלי לפגוע בסמכות של רשויות אחרות) כל נוטריון מוסמך לקבל את ההצהרה. עסקאות אלו נעשות בדרך כלל על ידי נוטריון שבודק את מצב הרישום, את זהותם וכשירותם של הצדדים, את יכולתם הכלכלית לקיים את העסקה, מנסח את ההסכם לרבות תיאור מדויק של הנכס, קביעת מועד להעברה, ואת המסמכים הדרושים לרישום שעליהם חותמים הצדדים בפניו, מפשר ומייעץ בחילוקי דעות לרבות בנוגע למחיר המכירה ותנאי תשלום, מסביר את משמעות ההתחייבויות, מוודא הסרת שעבודים קודמים, מיידע על תשלומים נדרשים, מבצע בדיקה של הנכס, מתקן טעויות ואי-דיוקים, בודק נושאים של מיסוי וביטוח בנוגע לנכס, ומתעד את העסקה ומשכנתאות בעניינה

ההבדל בין שני המודלים נעוץ בכך שבמודל היחסי אימץ הדין מודל של בעלות יחסית בין הצדדים הנוצרת עם ההסכם, ובעלות מוחלטת כלפי העולם כולו הנוצרת עם הרישום. במודל השכלולי אימץ הדין מודל הדוחה את התפיסה של בעלות יחסית ומכיר רק בבעלות מוחלטת הנרכשת עם הרישום. למרות הבדל זה קיים דמיון בין שני המודלים. בשניהם יוצר ההסכם תוקף מחייב בין הצדדים, אך תוקפו מוגבל כלפי צד ג. התקפות כלפי צד ג נוצרת במלואה בעת הרישום.⁷³

בחירת התזכיר במודל היחסי היא הגיונית לכאורה בשל הקרבה המשפחתית בין המדגם לבין הפטנט והזון המטפח. ברם כפי שנראה להלן, במודל השכלולי קיימים פתרונות לתאונה המשפטית ולתאונה הכלכלית שעדיין אינם קיימים במודל היחסי ביחס להעברת בעלות בפטנט או בזן מטפח⁷⁴ ולא בהסדר הקיים בסעיף 45 לתזכיר.

תאונה כלכלית תתרחש כאשר ייכרת חוזה להעברת בעלות במדגם, אך רישום העברת הבעלות טרם התרחש, ובינתיים יירשם עיקול לטובת נושה כספי של בעל המדגם המקורי שעדיין יהיה רשום.⁷⁵ לעימות זה שלוש תוצאות אפשריות:

א. יש לקרוא את סעיף 45 כפשוטו, דהיינו להעברת בעלות במדגם שטרם נרשמה אין תוקף כלפי צד ג (הנושה הכספי), ולכן הרוכש לא יגבר על הנושה הכספי, והם יחלקו בתמורה שתתקבל בגין מכירת המדגם בהתאם ליחס החובות כלפיהם (הרוכש ייחשב כנושה כספי בגובה הסעדים הכספיים שמגיעים לו בגין הפרת החוזה).

- דרך אמצעים מקוונים לאתר של המדינה. ראו Rongxin Zeng, *Real Estate Operations and Notary System at Civil Law Legal System* 9 US-CHINA L. REV. 547, 556–551 (2012). מכאן שקיימים הבדלים בין שתי שיטות המשפט. בעניין זה ראו גם ויסמן דיני קניין: חלק כללי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 296. למסקנה שלפיה גם על פי ההלכה היהודית רישום עסקה במרשם המקרקעין הוא תנאי מספיק ואף הכרחי להעברת בעלות במקרקעין ראו מיכאל בריס "הרהורים אודות מרשם המקרקעין על פי ההלכה" משפטי ארץ ג 222 (התש"ע). לניתוח מעמד מרשם המקרקעין על פי הדעות השונות בהלכה היהודית ראו גם רון ש' קליינמן דרכי קניין ומנהגי מסחר במשפט העברי: משפט, ריאליה והיסטוריה 211–243 (2013).
- 73 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 64, בעמ' 1047–1049; כהן, לעיל ה"ש 60, בעמ' 199. ראו גם לרנר, לעיל, ה"ש 67, בעמ' 118–119. כאשר ננקט המונח "בעלות" הכוונה לזכות בעלות ביחס לנכס עצמו. מובן שבעלות קיימת גם במודל השכלולי ביחס לזכות המעין-קניינית. ראו בעניין זה מיגל דויטש "חוק עוולות מסחריות, תשנ"ט–1999 – הגינות בתחרות וסודות מסחר" הפרקליט מה 128, 157 ה"ש 119 א (2000); דויטש קניין א, לעיל ה"ש 6, בעמ' 30, 66–74.
- 74 הבעיה נובעת מכך שבמודל היחסי ההסכם אינו יוצר רק התחייבות לביצוע עסקה אלא גם מקנה את הזכות עצמה, ולכן מדובר בזכות שלמה שתוקפה מוגבל כלפי צדדים שלישיים. ראו כהן, לעיל ה"ש 60, בעמ' 197–200.
- 75 לאפשרות לרישום עיקול על מדגמים ראו חוזר רשם הפטנטים, המדגמים וסימני המסחר 10/12 "רישום שינויים בפנקס" (עדכון 2), א' (9) ט' (28.11.2012).

ב. נקיש מהסדר הקיים במשכון ביחס למשכון שלא נרשם ולא הופקד. לפי סעיף 4(3) לחוק המשכון, התשכ"ז-1967, משכון שלא נרשם ולא הופקד תקף רק כלפי נושה שידע, או היה עליו לדעת, על המשכון. ולכן אם הנושה הכספי ידע או היה עליו לדעת על רכישת המדגם, הרוכש יגבר על הנושה הכספי. לעומת זאת אם הנושה הכספי לא ידע ולא היה עליו לדעת על רכישת המדגם, לא יגבר הרוכש על הנושה הכספי, והם יחלקו בתמורה שתתקבל בגין מכירת המדגם בהתאם ליחס החובות כלפיהם.

ג. נחיל את הלכת בנק אוצר החייל נ' אהרונוב,⁷⁶ שהתקבלה ביחס למודל השכלולי, והרוכש יגבר על הנושה הכספי, גם אם האחרון לא ידע, ולא היה עליו לדעת, על רכישת המדגם.

האפשרות הראשונה אמנם מסתדרת היטב עם פרשנות הסעיף, אך היא אינה מוצדקת. הרישום נועד לתת פומביות לזכות, ואם הנושה הכספי ידע, או היה עליו לדעת, על רכישת המדגם הוא לא היה זקוק לרישום, ולכן אין זה הגיוני שהרכישה לא תהיה תקפה לגביו. האפשרות השנייה נראית מתאימה לכאורה, שכן נעשה כאן היקש לזכות אחרת שבנויה על פי המודל היחסי. ברם סעיף 4(3) לחוק המשכון נחשב כיום לסעיף שיוצר חוסר קוהרנטיות עם שאר המצבים שבהם זכאי מתמודד עם נושה כספי שחלה עליהם הלכת אהרונוב. לפי ההצדקות שנקבעו בהלכת אהרונוב, הזכאי גובר בכל מקרה על הנושה הכספי גם אם הוא לא ידע ולא היה עליו לדעת על קיומו של הזכאי. לזכאי צמידות לנכס. הזכאי ערך חוזה ביחס לנכס לאחר שבדק אותו היטב מבחינות רבות, ואילו הנושה הכספי הוא דייג שמנסה לדוג כעת נכסים של החייב שלו. יתרה מכך, נושים כספיים בלאו הכי אינם בודקים מרשמים, שכן המצב הרישומי יכול להשתנות בכל עת, ולכן היעדר הרישום אינו אמור לשנות את מצבם.⁷⁷ תובנה זו גורמת שסעיף 4(3) לחוק המשכון יתבטל כאשר תקבל הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, וגם במקרה של משכון לא רשום תחול הלכת אהרונוב.⁷⁸ כאשר מדובר במודל היחסי, בשונה מהמודל השכלולי, קיימת תמיכה נוספת

76 עניין אהרונוב, לעיל ה"ש 70.

77 לנימוקים אלו ולנימוקים נוספים ראו שם, בעמ' 235-254; דויטש קניין ג', לעיל ה"ש 68, בעמ' 356-360. בנושא זה ראו גם חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 219-225 (2005). ראו גם ע"א 790/97 בנק המזרחי נ' גדי, פ"ד נט(3) 697, 705-711 (2004). לחוסר הקוהרנטיות של ס' 4(3) הנ"ל עם שאר המצבים שבהם חלה הלכת אהרונוב ראו דויטש קניין ג', שם, בעמ' 343, 377-380.

78 הלכת אהרונוב מופיעה בס' 512 להצעת חוק דיני ממונות, הקובע: "התחייב אדם להקנות זכות בנכס לאדם אחר או שהוא חייב בכך על פי דין, ובטרם הוקנתה הזכות לזכאי הוטל עיקול על הנכס הנוגד את זכותו של הזכאי, זכותו של הזכאי עדיפה". סעיף זה אינו מסייג את העסקה של משכון, ולכן בהיעדר סיוג אחר הוא יחול גם על משכון לא רשום. גם בהצעת חוק

לעדיפותו של הזכאי. במודל השכלולי הזכאי הוא רק בעל זכות מעין-קניינית לבעלות, ואילו במודל היחסי הוא כבר נחשב לבעלים ביחסים בין הצדדים (אם כי לא כלפי כל העולם), ולכן קל וחומר שהרוכש אמור לגבור על הנושה הכספי. לפיכך יש לאמץ את האפשרות השלישית ולקבוע שהרוכש יהיה עדיף על נושה כספי בכל מקרה גם אם זכותו לא נרשמה.⁷⁹ כלל זה ראוי שייכלל גם בתזכיר, כפי שהלכת אהרונוב כבר כלולה בסעיף 512 להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א–2011 או שלכל הפחות תהיה הפניה בתזכיר לסעיף 512 הנ"ל, כדי שלא ייווצר ספק בעניין זה.

תאונה משפטית תתרחש במצב שבו נכרת חוזה להעברת בעלות במדגם אך רישום העברת הבעלות טרם התרחש, ובינתיים הבעלים הרשום כרת עסקה נוגדת עם רוכש אחר. לעימות זה שתי תוצאות אפשריות:

- א. הזכאי הראשון יגבר רק אם הזכאי השני ידע, או היה עליו לדעת, על הזכאי הראשון.
- ב. לפי דיני העסקאות הנוגדות, הזכאי הראשון יגבר אלא אם הזכאי השני נרשם בתום לב ובתמורה.

האפשרות הראשונה התקבלה בפסיקה בנוגע לתאונה משפטית עם משכון לא רשום. הפסיקה החילה את סעיף 4(3) לחוק המשכון גם על הזכאי השני, שכן לפי אותה פסיקה הרוכש הוא גם בגדר נושה של המוכר.⁸⁰ ברם פסיקה זו זכתה, בצדק, לביקורת רחבה. סעיף 4(3) רלוונטי רק לתאונה הכלכלית ולא לתאונה המשפטית. בסעיף 4(3) אין התייחסות לרכיבי התמורה והשכלול שמקובלים בעסקאות נוגדות. מכאן שהסעיף נועד לחול רק בתאונה הכלכלית, שכן נושה כספי כבר נתן את התמורה מראש, ולכן אין צורך לבדוק את נתינתה, ואין לו עסקה שהוא אמור לשכלל.⁸¹ לפיכך יש לקבל את האפשרות השנייה ולהחיל את דיני העסקאות הנוגדות.⁸² עם זאת מסקנה זו אינה כה פשוטה ליישום. דיני

המשכון, התשע"ב–2012 אין הסדר אחר בעניין זה. זו תהיה כאמור התוצאה גם בעניין נאמנות שלא נרשמה הערה בנוגע אליה, ראו לעיל ה"ש 68.

79 ביחס לרוכש פטנט ראו ויניצקי מרשם לסודות מסחריים, לעיל ה"ש 9, בעמ' 258 ה"ש 58.
80 ע"א 181/73 שטוקמן נ' ספיטאני, פ"ד כח(2) 182 (1974). שם הועדף הפתרון שקיים בס' 4(3) לחוק המשכון גם ביחס לרוכשים (הלכה זו אוזכרה שוב על ידי השופט גולדברג ברע"א 1096/97 אבו ג'ובה נ' פימן בע"מ, פ"ד נג(1) 481, 491 (1999)).

81 לביקורת על הלכת שטוקמן ראו נילי כהן "האם הקונה הוא בגדר נושה אחר של החייב" עיוני משפט ד 464 (1975); כהן, לעיל ה"ש 60, בעמ' 197–200; יהושע ויסמן חוק המשכון, תשכ"ז–1967, 83–86 (פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טדסקי, 1974); דויטש קניין א, לעיל ה"ש 6, בעמ' 128 ה"ש 5, דויטש קניין ג, לעיל ה"ש 68, בעמ' 160–162.

82 דיני העסקאות הנוגדות חלים גם על עסקאות נוגדות בזכויות על פי ס' 12, 13 לחוק המיטלטלין, התשל"א–1971. פרופ' נילי כהן מציינת שמאחר שהסכם להעברת פטנט שלא נרשם אין לו תוקף כלפי צדדים שלישיים, הוא אינו תקף גם כלפי בעל זכות אובליגטורית לקבלת הפטנט שקודמת בזמן, ולכן בעל ההתחייבות המאוחרת לא יזכה בפטנט אלא אם

העסקאות הנוגדות בנויים על המודל השכלולי, שלפיו זכות שלא נרשמה היא רק בגדר זכות מעין-קניינית, וכאן מדובר בזכאי ראשון שהוא כבר בעלים ביחסים בין הצדדים. לפיכך ראוי לדעת ליצור כלל שיטפל בעסקאות נוגדות שיותאם למודל היחסי או לחלופין שסעיף 45 ישונה מהמודל היחסי למודל השכלולי. אמנם מבחינת קרבה משפחתית המדגם אכן קרוב לפטנט ולזן המטפח והנטייה למודל היחסי בהקשר זה היא ברורה, אך מאחר שבמודל השכלולי כבר יצרו פתרונות טובים לתאונה המשפטית ולתאונה הכלכלית, ייתכן שאם יוצרים חוק חדש והופכים את רישום העברת הבעלות במדגמים מדקלרטיבי לקונסטיטוטבי יהיה כדאי לעבור למודל השכלולי או לכל הפחות לקבוע כלל שאם הרוכש הראשון לא רשם את זכותו, אזי רוכש שני בזמן יהיה עדיף על הראשון אם רשם את זכותו בתום לב ובתמורה.

4. העברת זכויות במדגם לא רשום ובבקשה לרישום מדגם

סעיף 45 לתזכיר מדגיש במפורש שהוא חל רק בנוגע להעברת מדגם רשום. לכן, המנגנון של רישום קונסטיטוטבי על פי המודל היחסי אינו חל בנוגע להעברת מדגם לא רשום ולהעברת זכויות בבקשה לרישום מדגם, וזאת אף שהם ניתנים להעברה על פי סעיף 43 לתזכיר. הבחנה זו מובנת מאליה, שכן מדגם לא רשום ובקשה לרישום מדגם הם זכויות לא רשומות, ולכן לא מתאים להתנות את העברתן ברישום כלשהו. השלמת ההמחאה במקרים אלו תהיה במועד שבו קבעו הצדדים.⁸³ לכן האמור בדבריי ההסבר שלפיהם סעיף 45 חל גם

ירשום את ההעברה בתום לב ובתמורה לפי ס' 12, 13 לחוק המיטלטלין; כהן, לעיל ה"ש 60, בעמ' 267. ראו גם ויניצקי מרשם לסודות מסחריים, לעיל ה"ש 9, בעמ' 258 ה"ש 58. הדין בארצות הברית קובע בעניין זה כי העברת פטנט (או מדגם) בטלה כנגד כל רוכש או ממשכן שפעלו בתום לב ובתמורה, אלא אם ההעברה נרשמה במרשם הפטנטים (והמדגמים) בתוך שלושה חודשים ממועד ההעברה או לפני מועד הרכישה או המשכון המאוחרים. ראו 35 USC § 171, 261. ראו גם Raymond T. Nimmer & Patricia A. Krauthaus, *Secured Financing*, 2 HIGH TECH. L.J. 195, 207 (1988) *and Information Property Rights*. הסדר זה אינו מתייחס לרכישה או למשכון שמתעמתים עם עסקת רישיון מוקדמת שלא נרשמה, ולכן קיימת דעה שהם אינם גוברים על הרישיון שלא נרשם. ראו David Einhorn, *Contracts Regarding Intellectual Property Rights (Assignments and Licenses) and Third Parties*, AIPPI Report Q190, United states of America, 2006. [www.aippi-us.org/images/AIPPI-Q190.Revised\(2\).DOC](http://www.aippi-us.org/images/AIPPI-Q190.Revised(2).DOC).

83 ס' 4 (א) לחוק המכר מחיל את חוק המכר גם על זכויות בשינויים המחויבים, ולכן לפי ס' 33 לחוק המכר הבעלות בממכר תעבור במועד שבו קבעו הצדדים. בררת המחל, בהיעדר קביעה של הצדדים, הקובעת שהבעלות תעבור במסירה, לא רלוונטית לנכס מסוג זכות. אם הצדדים לא קבעו מועד אזי יש לנקוט פרשנות חוזית. בדרך כלל יניחו שהצדדים התכוונו שהמחאה תושלם בגמר התשלומים.

על העברת מדגם לא רשום וגם על העברת בקשה לרישום מדגם אינו מדויק, והניתוח שנעשה בדברי ההסבר למשמעות העברת מדגם לא רשום גם כן אינו מדויק.

5. שם מעצב – זכות אישית שאינה ניתנת להעברה

אחד החידושים הקיימים בתזכיר החדש עוסק באפשרות של מעצב המדגם לבקש ששמו יירשם במרשם המדגמים כ"שם המעצב". מימוש זכות זו אפשרי כמובן גם כאשר זכות המדגם שייכת למעצב, אך היא רלוונטית יותר כאשר זכות המדגם אינה שייכת לו, שכן הוא העביר את הבעלות בזכות למדגם לאחר או שהיא מעולם לא הייתה שלו, למשל אם הוא עיצב את המדגם במסגרת עבודתו.⁸⁴ במקרים אלו רישום "שם המעצב" על שמו לא יקנה למעצב זכויות כלשהן במדגם, והדבר נועד בעיקר להקנות לו קרדיט מקצועי.⁸⁵ הזכות לשם המעצב, בדומה לזכות לשם ממציא בדיני הפטנטים,⁸⁶ הזכות לשם מטפח בדיני הזנים המטפחים⁸⁷ והזכות המוסרית בדיני זכויות יוצרים⁸⁸ – היא זכות אישית שאינה ניתנת להעברה. ההצדקה לזכויות אלו נובעת בעיקרה מתורת האישיות. הקניין מקנה לאדם חופש לבטא את אישיותו ולפתחה.⁸⁹ אישיות האדם בפעולתו בנוגע לנכסים באה לידי ביטוי במיוחד בזכויות ביחס לקניין הרוחני. למשל, זכות היוצרים של אדם ביחס לתמונה שצייר מבטאת במיוחד את אישיותו.⁹⁰

מכאן ברור מדוע זכויות אלו הן זכויות אישיות, להבדיל מזכויות רכושיות, ולכן הן אינן ניתנות להעברה. אם היה ניתן להעבירן, הווה אומר שמישהו אחר היה יכול להירשם כממציא או כמטפח, לא הייתה כל הצדקה להגן על הנעבר בהקשר זה, שהרי אישיותו לא הייתה נפגעת אם היו שוללים את זכותו, כיוון שלא הוא יצר את התוצר הרוחני.

84 ראו ס' 38 לתזכיר.

85 ס' 23 לתזכיר. ראו בהקשר זה גם הסדרים דומים בנוגע לשם הממציא בדיני הפטנטים, ס' 43 לחוק הפטנטים ובנוגע לשם המטפח בדיני הזנים המטפחים, סעיף 60 לחוק זכות מטפחים של זני צמחים.

86 ס' 39–43 לחוק הפטנטים.

87 ס' 55–60 לחוק זכות מטפחים של זני צמחים.

88 ס' 45–46 לחוק זכות יוצרים.

89 דגן, לעיל ה"ש 77, בעמ' 38–42; דויטש קניין א, לעיל, ה"ש 6, בעמ' 77; דויטש עוולות מסחריות, לעיל ה"ש 5, בעמ' 34, 302, 311; ויסמן דיני קניין: חלק כללי, לעיל, ה"ש 8, בעמ' 20; רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 280 (1999); ע"א 3901/96 הועדה המקומית לתכנון ובניה נ' הורוויץ, פ"ד נו(4) 913, 939–940 (2002).

90 דויטש עוולות מסחריות, לעיל ה"ש 5, בעמ' 34, 34 (1997); Thomas F. Cotter, *Pragmatism, Economics and the Droit Moral*, 76 N. C. L. REV. 1 (1997); Justin Hughes, *The Philosophy of Intellectual Property*, 77 GEO. L.J. 287 (1988). בנושא זה ראו גם ויניצקי מרשם לסודות מסחריים, לעיל ה"ש 9, בעמ' 156–157.

תובנה זו חשובה להבהרה, ולכן המחוקק קבע במפורש בדבר הזכות המוסרית בדיני זכויות יוצרים שהיא זכות אישית שאינה ניתנת להעברה.⁹¹ קביעה ברורה שכזו נחוצה גם באשר לשם ממציא, לשם מטפח ולשם מעצב, והיא איננה כיום בדיני הפטנטים ובדיני הזנים המטפחים ולא בתזכיר החדש של חוק המדגמים. אמנם אשר לשם הממציא ושם המטפח קבעו קביעה רדיקלית יותר, ולפיה סעיף בחוזה שעניינו ויתור על הזכות לשם ממציא או לשם מטפח אין לו תוקף,⁹² קביעה שנמנעו ממנה באשר לזכות המוסרית והשאירו זאת לדיני החוזים.⁹³ מדובר בקביעה רדיקלית יותר, שכן בויתור על ציון השם הזכאי אינו מעביר את זכותו לאחר אלא רק מוותר על זכותו. העברת הזכות הייתה מאפשרת לאחר להירשם כממציא או כמטפח, ובמקרה של ויתור ובריקה זו תיוותר ריקה. לפיכך ניתן ללמוד מקל וחומר, שאם ויתור אסור, אזי העברת הזכות לאחר בוודאי אסורה. עם זאת היה רצוי לקבוע במפורש שמדובר בזכות אישית שאינה ניתנת להעברה, כפי שעשו זאת ביחס לזכות המוסרית בדיני זכויות יוצרים. בכל מקרה בתזכיר החדש אין כלל התייחסות לעניין, שכן אין סעיף בתזכיר שמבטל את תוקפו של סעיף חוזי שעניינו ויתור על הזכות, וכך אין התייחסות לכך שמדובר בזכות אישית שאינה ניתנת להעברה, ולכן כדאי לכלול סעיפים אלו בתזכיר.

מאחר שזכויות אישיות אינן נכס שעובר ליורשים, הן פוקעות ברגע המוות⁹⁴ או עוברות לטיפול של קרובים מסוגים שונים.⁹⁵ בדיני הפטנטים והזנים המטפחים ציינו במפורש שהזכות לדרוש את רישום שם הממציא או שם המטפח קיימת לממציא או למטפח או לשאריהם.⁹⁶ גישה זו נכונה שכן מדובר בזכויות אישיות. בתזכיר החדש של חוק המדגמים נושא זה אינו מוזכר, ויש לדעתי לכלול זאת אם כי כדאי להשתמש במונח "קרובים" במקום "שארים", המקובל יותר בזכויות אישיות, ולהגדיר מי הם הקרובים.⁹⁷

91 ס' 45(ב) לחוק זכות יוצרים קובע כי "הזכות המוסרית היא אישית ואינה ניתנת להעברה...".
 92 ס' 42 לחוק הפטנטים; ס' 59 לחוק זכות מטפחים של זני צמחים.
 93 טוני גרינמן "הזכות המוסרית – מ-Droit Moral ל-Moral rights" יוצרים זכויות: קריאות בחוק זכות יוצרים 481 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009).
 94 למשל רישיון עיסוק, תואר אקדמי ועוד.
 95 למשל לזכות המוסרית בדיני זכויות יוצרים ראו: ס' 45–46, 55 לחוק זכות יוצרים. לזכות באיברי אדם שנפטר ראו ס' 1, 29 לחוק השתלת איברים, התשס"ח–2008. לזכות לשם טוב ראו ס' 5 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה–1965.
 96 ס' 39 לחוק הפטנטים; ס' 56 לחוק זכות מטפחים של זני צמחים.
 97 לדוגמאות לכך ראו לעיל ה"ש 95.

ב. עסקאות במצבי שיתוף בזכות הבעלות

בדומה לדיני הפטנטים גם סעיף 44 לתזכיר קובע שכל אחד מהשותפים רשאי להעביר את הבעלות על חלקו במדגם בלא הסכמת שאר השותפים, אלא אם הוסכם אחרת בין השותפים.⁹⁸ בשונה מדיני הפטנטים,⁹⁹ הסעיף אינו מתייחס לאפשרות לרשום את הסכם השיתוף. לאפשרות לרשום את הסכם השיתוף במרשם שמסדיר את הנכס חשיבות רבה. לפי סעיפים 9(ג) ו-13(א) לחוק המיטלטלין, התשל"א-1971 הסכם שיתוף בזכויות תקף רק כלפי מי שידע או היה עליו לדעת. לפיכך אם אדם ירכוש מאחד השותפים את חלקו במדגם, מבלי שידע, או היה עליו לדעת, שהשותפים סיכמו ביניהם שהעברת בעלות על ידי אחד השותפים טעונה הסכמת כל השותפים, תעבור הבעלות לרוכש בניגוד להסכם. לעומת זאת אם ההסכם היה ניתן לרישום במרשם המדגמים בדומה לדיני הפטנטים, אזי להסכם הייתה עוצמה קניינית. אם להסכם עוצמה קניינית, אזי גם אם מישהו היה רוכש את חלקו של אחד השותפים, והרוכש לא ידע ולא היה עליו לדעת שיש הסכם בין השותפים שאוסר זאת, הייתה הרכישה כפופה להסכם, ולעסקה לא היה תוקף. עצמה קניינית מצריכה יצירת מקור פומביות, ורישום ההסכם במרשם המדגמים היה יוצר זאת. לפיכך אני ממליץ ליצור את האפשרות לרשום את הסכם השיתוף במרשם המדגמים.

סעיף 44(ב) לתזכיר קובע הסדר דומה לדיני הפטנטים בנוגע ליכולתו של כל שותף להעניק רישיון לצד שלישי.¹⁰⁰ הסעיף קובע כי כל שותף יכול לתת רישיון ייחודי לשימוש במדגם רק בהסכמת כל השותפים בכתב. הסדר זה מחויב המציאות, שכן מתן רישיון ייחודי על ידי אחד השותפים ימנע מהשותפים האחרים לתת רישיונות בעצמם, וחמור מכך – אף ימנע מהשותפים להשתמש במדגם בעצמם. שכן לפי סעיף 43(ד) לתזכיר, רישיון ייחודי מגביל גם את בעל המדגם מלהשתמש במדגם או להרשות לאחר להשתמש במדגם. כאמור, ההסדר בתזכיר דומה לדיני הפטנטים אך אינו זהה להם. דיני הפטנטים אוסרים על השותפים לתת גם רישיון רגיל ולא רק רישיון ייחודי. לדעתי, ההסדר בתזכיר ראוי יותר. אין כל מניעה שכל שותף ייתן רישיון לא ייחודי לאחר כל עוד אין מדובר ברישיונות שימוש רבים שיגבילו למעשה את יכולתם של השותפים האחרים להשתמש במדגם. אם השימוש הכולל שהרשה שותף מסוים יחרוג מהסביר, ונמנעה אפוא האפשרות של שאר השותפים

98 לדיני הפטנטים ראו ס' 80 לחוק הפטנטים. ס' 44 לתזכיר (בדומה לס' 80 הנ"ל) נוקט למעשה שלושה מינוחים שונים לאותם גורמים. בתחילה הסעיף נוקט את המילה "שותפים", לאחר מכן הוא נוקט את המונח "הבעלים האחרים", ובסוף הסעיף נוקט את המילה "הצדדים". נראה לי שהיה נכון יותר להיצמד למונח אחד – "השותפים".

99 ס' 80 לחוק הפטנטים.

100 ס' 88 לחוק הפטנטים.

להשתמש שימוש דומה במדגם, יש לאפשר לשאר השותפים, בדומה לדיני הפטנטים, לדרוש מאותו שותף תמלוגים ראויים או לקבל את חלקם ברווחים שהפיק מהשימוש במדגם.¹⁰¹ ההבדל השני נעוץ בכך שבתזכיר על הסכמת יתר השותפים להיעשות בכתב, בניגוד לדיני הפטנטים, שאינם דורשים זאת. לאור ניסיונות המשפט הישראלי לצמצם את הדרישות הצורניות אפשר שאין זה ראוי לחייב שההסכמה תהיה בכתב דווקא.¹⁰²

ג. עסקת רישיון

סעיף 43(ד) לתזכיר מגדיר מהו "רישיון ייחודי", ובכך הוא מבחין בינו לבין הרישיון הלא ייחודי. אחד ההבדלים טמון בכך שהוא מקנה לבעל הרישיון הייחודי את הזכות הייחודית לעשות את כל הפעולות שמוקנות לבעל המדגם, ולכן גם מוענקת זכות התביעה לבעל הרישיון הייחודי נגד צדדים שלישיים שמפרים את זכותו הייחודית.¹⁰³ כאמור, בניגוד לדיני זכויות היוצרים, בתקופת הרישיון מקנה התזכיר רק לבעל הרישיון הייחודי את זכות התביעה ולא לבעלים, ונושא זה ראוי לדעתי לבחינה נוספת.¹⁰⁴ הפריבילגיה לתבוע לא קיימת עבור בעל הרישיון הלא ייחודי.

בנוסף, כאשר קיים רישיון ייחודי בעל המדגם אינו יכול להשתמש בעצמו במדגם או לתת רישיונות נוספים. מדובר למעשה בהסדר זהה להסדר שקיים בזכות יוצרים,¹⁰⁵ והסדר שדומה לדיני הפטנטים בנושא זה.¹⁰⁶ הבחנה זו היא ראויה וממחישה לדעתי את היותו של בעל הרישיון הייחודי שקול למעשה לשוכר, שיש לו לא רק הזכות להשתמש בנכס אלא גם הזכות להחזיק בו. אמנם אי אפשר להחזיק במדגם, כנכס ערטיילאי, אך פרוף' דויטש טוען שכשמדובר בנכס מסוג זכות אמנם אי אפשר להתייחס ל"החזקה", אך ניתן להתייחס למונח "שליטה". שליטה היא "כוח ההכרעה באשר למצב הזכויות וניצולן".¹⁰⁷ תובנה זו מסייעת לראות בבעל הרישיון הייחודי שוכר שיש לו לא רק זכות השימוש בנכס אלא גם השליטה המאפשרת לו למנוע מאחרים מלהשתמש בנכס, לרבות מבעל הנכס. לעומת זאת בעל

101 להסדר בדיני הפטנטים ראו ס' 78 לחוק הפטנטים.

102 בעניין זה ראו מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (1993).

103 ס' 75(א) לתזכיר. לדין בארצות הברית בהקשר זה ראו Einhorn, לעיל ה"ש 82, בעמ' 4.

104 ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 31.

105 ס' 37(ד) לחוק זכות יוצרים.

106 ס' 85 לחוק הפטנטים.

107 מיגל דויטש קניין כרך ב 318-319 (1999).

הרישיון הלא ייחודי הוא בעל זכות שימוש בלבד.¹⁰⁸ הבחנה זו חשובה לשאלה אם רוכש זכות הבעלות יהיה כפוף לרישיון. אם הרישיון הייחודי אכן נחשב לשכירות, אזי חוק השכירות והשאלה, שחל גם על זכויות, קובע במפורש שהרוכש תם הלב כפוף לשכירות, קרי לרישיון הייחודי.¹⁰⁹ לעומת זאת אם מדובר ברישיון לא ייחודי, שנחשב לזכות שימוש בלבד, אזי לא בטוח כלל שהרוכש יהיה כפוף לרישיון.¹¹⁰

תזכיר החוק אינו עוסק מפורשות ביכולתו של בעל הרישיון (הייחודי והלא ייחודי) להעביר את זכותו לצד שלישי. לכאורה, אם בהסכם הרישיון אין מגבלה על עבירות הרישיון, בעל הרישיון יכול להמחות את זכותו לאחר ללא הסכמת בעל המדגם, לפי סעיף 1(א) לחוק המחאת חיובים, התשכ"ט–1969.¹¹¹ עם זאת דיני השכירות והשאלה מתייחסים לאפשרות של שוכר להעביר את זכותו לאחר ומתנים זאת בהסכמת המשכיר. רק אם סירובו של המשכיר אינו סביר, אזי כאשר מדובר בשכירות של זכות, יכול בית המשפט להרשות את המחאת הזכות. אם הסכם השכירות אוסר על עבירות הזכות, אזי בשכירות של זכויות גם בית המשפט אינו מוסמך לאשר את ההמחאה.¹¹² הגבלה זו מוצדקת, שכן השוכר מחזיק/שולט בנכס שאינו שלו, ולכן לבעל הנכס יש אפשרות להתנגד, מנימוקים סבירים, להעברתו לצד שלישי, שעלול לפגוע בנכס או שלא לשלם את דמי השכירות. תוצאה דומה תהיה גם כשמדובר ביכולת להעביר רישיון לא ייחודי.¹¹³ כפי שציינתי, רישיון ייחודי שקול לזכות שכירות, ורישיון לא ייחודי שקול לזכות שימוש, שניתן להחיל בעניינה את ההסדר הנ"ל בשניונים המחויבים.¹¹⁴ לפיכך היכולת להמחות את הרישיון תהא כפופה לסירוב

- 108 ראו שם; ויניצקי מרשם לסודות מסחריים, לעיל ה"ש 9, בעמ' 315. ראו גם ס' 2(א) לחוק השכירות והשאלה, שמחיל את החוק בשניונים המחויבים גם על שכירות של זכויות. בעניין זה ראו גם פרזנטי, לעיל ה"ש 10, בעמ' 1471.
- 109 ס' 2(א), 21 לחוק השכירות והשאלה; פרזנטי, לעיל ה"ש 10, בעמ' 1476. בעניין זה איני מסכים עם ד"ר פרזנטי, שקובעת שאם הרוכש רכש בתום לב ובתמורה, אין הוא כפוף לרישיון הייחודי שהפך לבטל (שם, בעמ' 1477).
- 110 תחולת ס' 21 לחוק השכירות והשאלה על זכות השימוש נתונה במחלוקת. לניתוח סוגיה זו ראו דויטש קניין ב, לעיל ה"ש 107, בעמ' 409–413.
- 111 אשר לעבירות רישיון לזכויות יוצרים, ראו גרינמן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 588; אפורי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 301.
- 112 ס' 22 לחוק השכירות והשאלה. בעניין זה בנוגע לזכויות יוצרים ראו פרזנטי, לעיל ה"ש 10, בעמ' 1477.
- 113 עם זאת בארצות הברית מבחינים בנושא זה בין רישיון לא ייחודי, שככל הנראה אי אפשר להעבירו לצד שלישי, לבין רישיון ייחודי שקיימת נטייה לאפשר את המחאתו, אם כי הדין בנושא זה אינו חד וברור. ראו Einhorn, לעיל ה"ש 82, בעמ' 5–6.
- 114 ס' 31 לחוק השכירות והשאלה מחיל את דיני השכירות והשאלה (לרבות ס' 22) גם על זכות שימוש.

סביר של בעל המדגם. סירוב סביר יכול לנבוע ממצב כלכלי בעייתי שבו שרוי מקבל הרישיון הפוטנציאלי שיוצר חשש לאי־תשלום דמי הרישיון או יכול לנבוע מכך שלמקבל הרישיון מאפיינים מיוחדים, כגון כישורים מסוימים שבגינם הוא קיבל את הרישיון.¹¹⁵ במקרה של סירוב לא סביר יוכל בית המשפט לאשר את ההמחאה אלא אם בהסכם הרישיון נאסרה עבירותו. אשר לתזכיר החדש ניתן בעניין זה להשאיר את הנושא לדינים הכלליים של שכירות או לכלול הסדר מפורט.

תזכיר חוק המדגמים מחיל את דרישת הכתב לא רק על חוזה להעברת בעלות במדגם אלא גם על מתן רישיון ייחודי,¹¹⁶ בדומה לדיני זכויות יוצרים,¹¹⁷ ובניגוד לדיני הפטנטים שאינם מחילים את דרישת הכתב על מתן רישיון (ייחודי או לא ייחודי).¹¹⁸ הדגש על דרישת כתב רק ברישיון ייחודי ממחיש את טענתי שהסיבה המרכזית לדרישה זו נובעת מחשיבות העסקה ולא דווקא מחשש ראייתי,¹¹⁹ שכן חשש ראייתי יכול להתקיים גם ברישיון לא ייחודי, ולמרות זאת אין דרישת כתב. לעומת זאת שווי של רישיון ייחודי הוא מטבע הדברים רב מזה של רישיון לא ייחודי, ולכן ברור מדוע התזכיר דורש כתב רק ברישיון ייחודי. מסקנה זו הייתה אמורה להביא לפרשנות שלפיה מדובר בדרישת כתב מהותית ולא ראייתית, אך כאמור פירשה הפסיקה את דרישת הכתב בתחום הקניין הרוחני כראייתית בלבד, כנראה בשל הרצון לכרסם במעמד הדרישות הצורניות, ולכן כך תפורש מן הסתם דרישת הכתב גם במקרה זה.¹²⁰

בניגוד לדיני הפטנטים,¹²¹ תזכיר חוק המדגמים אינו מתייחס לאפשרות לרשום את הרישיון. אפשרות זו מוכרת רק בתקנות המדגמים.¹²² ברם לפי תקנות אלו לא ברור אם ברישום במדגמים ניתן להבחין בין רישיון ייחודי ללא ייחודי.¹²³ בנוסף, בניגוד לדיני הפטנטים אין בתזכיר התייחסות גם לאופי הרישום. בדיני הפטנטים יושם המודל

- 115 לדוגמה האחרונה ראו לעניין זכויות יוצרים גרינמן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 588; אפורי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 302.
- 116 ס' 43(ג) לתזכיר.
- 117 ס' 37(ג) לחוק זכות יוצרים.
- 118 ס' 82, 84 לחוק הפטנטים.
- 119 ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 53.
- 120 ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 57–58.
- 121 ס' 84–88, 91 לחוק הפטנטים.
- 122 ס' 35, 40 לתקנות המדגמים, 1925. היעדר התייחסות מפורשת לאפשרות להעניק רישיון למדגם אינו אומר שאין התייחסות משתמעת, שכן ס' 43(1) לפקודת הפטנטים והמדגמים קובע כי "נעשה אדם זכאי בפטנט או בזכות מדגם למדגם רשום או בכל טובת הנאה בהם...", וטובת הנאה עשויה להתפרש כרישיון לשימוש.
- 123 בשיחה טלפונית עם מחלקת המדגמים ברשות הפטנטים נאמר לי שבפועל מבחינים ברישום בין רישיון ייחודי לבין רישיון לא ייחודי.

היחסי לא רק לרישום העברת הבעלות בפטנט אלא גם לרישום רישיון בפטנט.¹²⁴ לפיכך נראה שלפי הדין הקיים ולפי התזכיר החדש, רישום רישיון (ייחודי ולא ייחודי) במרשם המדגמים הוא דקלרטיבי בלבד. דהיינו, הרישיון נוצר בהסכם או במועד שבו קבעו הצדדים, והרישום רק מעיד שכבר קודם לכן ניתן רישיון. נוסח סעיף 35 לתקנות המדגמים תומך במסקנה זו. הסעיף קובע כי "מי שנעשה... בעל רישיון... הרשות בידו להגיש בקשה לרשם... ולבקש שירשמו את זכותו". דהיינו מקבל הרישיון נחשב ל"בעל הרישיון" עובר לרישום, שאינו חובה כלל. פער זה בין המועד שבו אדם נחשב לבעל הרישיון לבין מועד רישומו בפועל, אם בכלל, גורם שמרשם המדגמים אינו משקף את התמונה המשפטית המלאה בכל עת. לפיכך היה רצוי לאמץ מודל של רישום קונסטיטוטיבי לא רק לעניין העברת בעלות במדגם אלא גם למתן רישיון, והמודל השכלולי עדיף לדעתי על המודל היחסי, מאותן סיבות שאני מעדיף את המודל השכלולי גם כשמדובר ברישום העברת בעלות במדגם כפי שפירטתי בפרק א.3 לעיל.

ד. מתן שעבוד כבטוחה להלוואה

בניגוד לדיני הפטנטים,¹²⁵ תזכיר חוק המדגמים אינו מתייחס לאפשרות לרשום שעבוד. אפשרות זו מוכרת רק בתקנות המדגמים באמצעות רישום משכנתא.¹²⁶ ייתכן שהסיבה לכך היא שהצעת חוק המשכון, התשע"ב–2012 מציעה לכלול את דיני המשכונות של מדגמים ופטנטים תחת כנפי חוק המשכון המוצע. לפיכך סעיף 52 להצעת חוק המשכון קובע שיש לתקן את סעיף 43 לפקודת הפטנטים והמדגמים, וכך במקום המילים "או בכל טובת הנאה בהם" יבואו המילים "למעט משכון, כהגדרתו בחוק משכון, התשע"ב–2012", וזאת כדי להבהיר שהחוק שיחול על משכונות של מדגמים הוא חוק המשכון המוצע. כך נעשה גם ביחס לחוק הפטנטים, שכן סעיף 55 להצעת חוק המשכון מבטל את סעיפים 90–93 לחוק הפטנטים. אם כי הוא משאיר את הרישום של סעיף 89 לחוק, הקובעת כי "בעל פטנט רשאי בכתב לשעבד את הפטנט או את ההכנסות ממנו או את שניהם". ברם ההתייחסות לרישום השעבוד במרשם הפטנטים תתבטל.

124 ס' 87 לחוק הפטנטים.

125 ס' 89–93 לחוק הפטנטים.

126 ראו ס' 35, 40 לתקנות המדגמים, 1925. היעדר התייחסות מפורשת לאפשרות לשעבד מדגם, אינה אומרת שאין התייחסות משתמעת, שכן ס' 43 (1) לפקודת הפטנטים והמדגמים קובע כי "נעשה אדם זכאי בפטנט או בזכות מדגם למדגם רשום או בכל טובת הנאה בהם....". וטובת הנאה עשויה להתפרש כמשכון.

מכל מקום, סעיף 45(ב) להצעת חוק המשכון יקבע שהשר יהיה רשאי לקבוע כי לגבי סוגים מסוימים של משכונות או חייבים ינוהל מרשם אחר בידי מי שיקבע השר ובאופן שייקבע, ולכן ייתכן שישאירו את רישומי המשכונות במרשם הפטנטים ובמרשם המדגמים. מאחר שדיני המדגמים אמורים לעבור באמצעות החוק החדש מרישום העברת בעלות בעל אופי דקלרטיבי לרישום העברת בעלות בעל אופי קונסטיטוטיובי על פי המודל היחסי,¹²⁷ יש לכלול סעיפים בחוק הראשי בנוגע לצורך לרשום את השעבוד (משכנתא) במרשם המדגמים, בדומה לדין החל על פטנטים. אם הדין יכיר ברישום המחייב של השעבוד במרשם המדגמים, אזי בדומה לרישום שעבוד בפטנטים, כאשר יחיד, עמותה או שותפות ישעבדו את המדגם שלהם, יהיה עליהם לרשום את השעבוד רק במרשם המדגמים ולא יצטרכו לרשום אותו גם במרשם המשכונות. כיום, כדי למשכן מדגם של יחיד, עמותה או שותפות יש לרשום את המשכון ברשם המשכונות, ובנוסף ניתן, אך אין חייבים, לרשום אותו גם במרשם המדגמים כפול וולונטרי.¹²⁸ הסדר זה מחייב רוכש פוטנציאלי של מדגם לבדוק שני מרשמים, את מרשם המדגמים לעניין זכות הבעלות ואת רשם המשכונות לעניין האפשרות שהמדגם ממושכן לצד שלישי, שכן גם אם המשכון לא נרשם במרשם

127 ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 63.

128 אם כי מחדל מרישום המשכון גם במרשם המדגמים עשוי ליצור לרוכש המדגם שבדק רק את מרשם המדגמים ולא את רשם המשכונות טענה הדומה להלכה שנפסקה בע"א 2643/97 גנז נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נז(2) 385 (2003), ביחס למחדל של רישום הערת אזהרה, שכן רישום המשכון גם במרשם המדגמים היה מזהיר רוכשים פוטנציאליים. טענה זו עלולה לגרום לכך שהמשכון לא יהיה תקף כלפי הרוכש. אמנם בעל המשכון יוכל לטעון כלפי טענה זו שהלכת גנז עסקה בזכות מעין-קניינית (הערת אזהרה היא מכשיר פומבי לזכויות המעין-קנייניות) וכאן מדובר בזכות קניינית (משכון), ואכן בפרשת ע"א 1134/06 רושרוש נ' מנסור (פורסם בנבו, 10.11.2009) נטענה טענה שכזו על ידי בעל הזכות הקניינית שהתקבלה בבית המשפט המחוזי אך הושארה פתוחה בבית המשפט העליון, ברם בפרשת ת"א (מחוזי ת"א) 42149-11-11 פרייברגר נ' ברוידה (פורסם בנבו, 14.01.2012) נקבע שניתן לטעון להלכת גנז גם נגד זכויות קנייניות. זו גם דעתו של דויטש קניין ג, לעיל ה"ש 68, בעמ' 478-479. בעל המשכון יוכל לטעון טענה נוספת, שלפיה בניגוד למקרה של הערת אזהרה, שמחדל מרישומה גורם שלא יהיה קיים כל רישום אחר, הרי שבמקרה דנא קיים מרשם שבו רשום המשכון – מרשם המשכונות. כמענה לטענה זו ניתן לטעון שאם בעלי המשכון נוהגים לרשום את המשכון גם במרשם המדגמים, והציבור נוהג לבדוק רק את מרשם המדגמים, אזי כדי לעמוד בנטל של הלכת גנז יש לרשום את המשכון גם במרשם המדגמים. בארצות הברית נראה כי אם מעוניינים שהמשכון על מדגם יהיה תקף כלפי צדדים שלישיים, יש לרשמו הן במרשם הפטנטים (והמדגמים) והן במרשם שבו נרשמים שעבודים על פי ה- Article 9 of the Uniform Commercial Code. ראו Einhorn, לעיל ה"ש 82, בעמ' 7-8. זו הגישה גם של Nimmer & Robert S. Bramson, *Intellectual Property as Collateral – Patents, Trade Secrets, Trade Marks and Copyrights*, 36 BUS. LAW 1567, 1578-1586 (1981).

המדגמים אך הוא נרשם ברשם המשכונות, יש לו תוקף מלא. תוצאה זו נובעת מהיותו של מרשם המדגמים דקלרטיבי בלבד,¹²⁹ ואי אפשר לסמוך עליו לעניין רישומי משכון. הפיכת מרשם המדגמים למרשם קונסטיטיוטיבי לעניין העברת הבעלות מאפשרת ליצור הסדר שהשעבוד יירשם רק במרשם המדגמים במקום הרישום במרשם המשכונות, בדומה לשעבוד פטנטים. כך ייבדק מרשם אחד בלבד, הן לעניין זכות הבעלות במדגם והן לעניין אפשרות שעבוד המדגם, ותיחסנה עלויות עסקה.

סעיף 84 לתזכיר פותר בעיה נוספת בנוגע לרישום שעבוד על מדגם של חברה או אגודה שיתופית. כיום סעיף 178 לפקודת החברות מונה סדרה של סוגי נכסים ששעבוד של חברה בעניינם מחייב שהשעבוד יירשם במרשם השעבודים של רשם החברות. כיום מתייחס הסעיף בתחום הקניין הרוחני רק לפטנטים, לרישיונות לפטנטים, לסימני מסחר ולזכויות יוצרים. מאחר שזכות המדגם אינה מופיעה ברשימה, ויש הסבורים שמדובר ברשימה סגורה,¹³⁰ מתעורר ספק אם יש לרשום שעבוד על מדגם של חברה במרשם השעבודים של רשם החברות או במרשם המשכונות.¹³¹ לכאורה ניתן לפרש שהזכות למדגם קיימת בסעיף

129 ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 60.

130 אירית חביב סגל דיני חברות לאחר חוק החברות החדש כרך ב 158 (2004). בעניין זה ראו גם שלום לרנר שעבוד נכסי חברה 286–290 (1996); צפורה כהן פירוק חברות 488 (2000); יחיאל בהט חברות: החוק החדש והדין לאחר תיקון 16 כרך ב 45–46 (מהדורה 12, 2011), הסבורים שיש להפכה לרשימה פתוחה. ס' 62 להצעת חוק המשכון, התשע"ב–2012 הולך בכיוון זה בבטלו את ס' 178 לפקודה, ולא תהיה עוד רשימה סגורה.

131 הרישום במרשם המשכונות הוא בררת המחל, ולכן אם אין דין שקובע שהרישום ייעשה במרשם אחר, יש לרשום את המשכון במרשם המשכונות, ראו ס' 4 לחוק המשכון ותקנה 16 לתקנות המשכון (סדרי רישום ועיון), התשנ"ד–1994, הקובעת כי "רישום מישכון של חברה לפי הוראות פקודת החברות [נוסח חדש], תשמ"ג–1983, או של אגודה שיתופית לפי הוראות פקודת האגודות השיתופיות, לפי הענין, רואים כרישום גם לפי סעיף 4(3) לחוק...". דהיינו רישום שעבוד על פי פקודת החברות מחליף את הרישום במרשם המשכונות. ברם אם פקודת החברות אינה קובעת שהרישום ייעשה במרשם השעבודים של רשם החברות, יש לעשותו במרשם המשכונות. ראו חביב סגל, לעיל ה"ש 130, בעמ' 158. עם זאת ד"ר חביב סגל מדגישה שהתקנות קובעות "כי משכונות שנרשמו אצל רשם החברות יהא רישומם כרישום אצל רשם המשכונות, ואין צורך ברישום נוסף אצל האחרון. מכאן, שדי יהיה ברישומו של השעבוד אצל רשם החברות". בעניין זה איני מסכים עמה שכן התקנות מדגישות שרק אם מדובר ברישום שעבוד ברשם החברות על פי פקודת החברות, הרישום ברשם החברות הוא במקום רישום משכון ברשם המשכונות. ברם, אם הנכס אינו כלול בס' 178 ה"ל, אזי רישום שעבוד ברשם החברות אינו על פי פקודת החברות ולכן אינו יכול לבוא במקום רישום משכון ברשם המשכונות. לדעתי, לכתחילה, לאור הספק הקיים בנושא זה, עדיף לרשום שעבוד על מדגם של חברה הן במרשם המשכונות והן במרשם השעבודים של רשם החברות, וכן רצוי לרושמו גם במרשם המדגמים. ראו לעיל ה"ש 128 והטקסט שליטה. בדעבד, אם המשכון נרשם רק במרשם המשכונות, ניתן לטעון שמדובר ברשימה סגורה של נכסים ומאחר שמדגם

178 באופן משתמע (או לפחות על דרך ההיקש),¹³² אך מדובר בפרשנות לא פשוטה כלל ועיקר. לפיכך סעיף 84 לתזכיר מתקן את סעיף 178 הנ"ל וקובע בנוגע לזכויות הקניין הרוחני שיש לרשום שעבוד במרשם השעבודים של רשם החברות על "שעבוד פטנטים ומדגמים, רישיונות לפי פטנטים ומדגמים, סימני מסחר או זכות יוצרים", ובכך נפתרה הדילמה בדבר הכללת הזכות למדגם בסעיף 178.¹³³ אם תתקבל הצעתי ליצור רישום שעבוד במרשם המדגמים באופן קונסטיטויטיבי, אזי יידרש רישום כפול מחייב כאשר חברה או אגודה שיתופית ישעברו את המדגם שלהם. רישום אחד יירשם במרשם המדגמים, והרישום השני יירשם במרשם השעבודים של רשם החברות/אגודות שיתופיות לפי אופי בעל המדגם.

סיכום

תזכיר חוק המדגמים, התשע"ג–2013 מציע חידושים רבים ומועילים. עם זאת אני מציע במאמר לחדד כמה נושאים. אני ממליץ לייחד את האפשרות לעשות עסקה רק ביחס למקום מסוים, לתקופה מסוימת או לפעולה מסוימת לעסקת הרישיון ולא לאפשר זאת גם ביחס לעסקת הבעלות. אשר לדרישת הכתב יש לחדד את הניסוח באופן שיובהר שמדובר בדרישה ראייתית על פי המקובל בתחום הקניין הרוחני. באשר למודל הנבחר לרישום העברת בעלות – רישום קונסטיטויטיבי על פי המודל היחסי – הבחירה היא טבעית לאור ההשוואה לדיני הפטנטים והזנים המטפחים, אך גם בדינים אלו לא פתרו לחלוטין את עניין התמודדותו של הרוכש שרישומו טרם בוצע עם עסקה נוגדת או עם נושה כספי שהטיל עיקול. לפיכך ראוי לשקול אם לא כדאי בכל זאת לאמץ את המודל השכלולי שמקובל במרשם המקרקעין, שבעיות אלו זכו לפיו למענה מסודר. אשר למדגם הלא רשום ולבקשה לרישום מדגם ראוי

לא כלול ברשימה, השעבוד אכן צריך להירשם במרשם המשכונות. לעומת זאת, אם השעבוד נרשם רק במרשם השעבודים של רשם החברות ניתן לטעון שהמדגם כלול ברשימה במשתמע או לפחות באופן היקשי (ראו להלן ה"ש 132 והטקסט שלידה), או שמדובר ברשימה ארכאית, ולכן יש לפרש את הרשימה כרשימה פתוחה, כמוצע בס' 62 להצעת חוק המשכון, התשע"ב–2012 (ראו לעיל ה"ש 130).

132 מאחר שדיני המדגמים התפתחו מתוך דיני הפטנטים ו/או מתוך דיני זכויות היוצרים. ראו למשל ויקטור ח' בוגנים "מאזן הזכויות במדגמים" ספר הכנס "מעצבים מדגמים: לקראת חקיקת חוק המדגמים" 87, 89–90 (ויקטור ח' בוגנים, חגי ויניצקי ויוסי מרקוביץ עורכים, 2013), ניתן לטעון שהמילים "פטנט" או "זכות יוצרים" בס' 178 לפקודה כוללות במשתמע גם מדגם (או לפחות על דרך ההיקש), ולכן משכנתא על מדגם צריכה להירשם במרשם השעבודים של רשם החברות.

133 אם כי לא ברור מדוע אין התייחסות בס' 84 לתזכיר גם לרישיונות לסימני מסחר וזכות יוצרים.

לחדד את הנושא של מועד העברת הבעלות בהם ולתקן את האמור בדברי ההסבר בנושא זה. אשר לשם המעצב ראוי להבהיר שמדובר בזכות אישית שאינה ניתנת להעברה וכן לכלול סעיף בתזכיר שמבטל את תוקפו של סעיף חוזי שעניינו ויתור על הזכות. כמו כן ראוי לאפשר בדומה לדיני הפטנטים והזנים המטפחים, גם לשארים/קרובים לדרוש את רישום שם המעצב. אשר לעסקאות במצבי שיתוף אני ממליץ לאפשר לרשום את הסכם השיתוף ובכך להגביר את עצמתו לעצמה קניינית, ולוותר על דרישת הכתב להסכמת השותפים שאחד מהם ייתן רישיון ייחודי. אשר לעסקת הרישיון ראוי לכלול בחוק הסדר רישום ולקבוע את אופיו, והמודל השכלולי עדיף בעיניי על המודל היחסי. בנוסף, התזכיר אינו עוסק בשאלה אם בעל הרישיון יכול להמחות את זכותו. בעניין זה ניתן להשאיר את הנושא לדינים הכלליים של שכירות או לכלול הסדר מפורט. אשר לשעבוד המדגם, ראוי לכלול בתזכיר הסדר מפורט בדומה לדיני הפטנטים. הסדר שכזה יגרום שבמקום שיחיד, עמותה או שותפות ירשמו את השעבוד במרשם המשכונות ובנוסף יוכלו לרשום את השעבוד במרשם המדגמים, ייעשה הרישום רק במרשם המדגמים. כשמדובר בחברה ראוי לכלול בתיקון לסעיף 178 גם רישיונות לזכויות יוצרים וסימני מסחר.