

על מה שנשאר מהלכת א.ש.י.ר

עיון מחדש ביחסי הקניין הרוחני ועשיית העושר

מאת

יוסי מרקוביץ*

בפסק דינו בעניין א.ש.י.ר פרס בית המשפט העליון את כנפי חוק עשיית עושר ולא במשפט על דיני הקניין הרוחני. פסיקה זו התקבלה בחששות רבים ולוותה בעמימות רבה. כך, לצד מלומדים שחששו מהסכנות שבמהפכה ומאי-הוודאות שיצרה, היו מי שסברו שמדובר ב"נשק יום הדין", כזה אשר שינה את כללי המשחק של דיני הקניין הרוחני. בפועל, כך ננסה להראות, צעדה ההלכה אחר המציאות, ופסקי הדין השונים שהוציאו בתי המשפט מתחת ידיהם קראו את פסק דין א.ש.י.ר כהלכה תקדימית, אך מצומצמת, שבאה להשלים את שהחסיר המחוקק ולקדם את פיתוח הדין במקרים חריגים, ולא כמשנה את האיוון שנקבע בגרעינים המהותי של דיני הקניין הרוחני. אין בחיבורנו זה לטעון כי נסתם הגולל על הלכת א.ש.י.ר אלא כי גברו הכללים על הסטנדרטים והפך הנשר הגדול ליונק דבש הצופה וממתין מן הצד לאותם המקרים שבהם לא השלים המחוקק את מלאכתו.

א. פתח דבר

דיני הקניין הרוחני נחשבים ליחידת העילית של הסוגיות המשפטיות.¹ מדובר באחד מענפי המשפט המורכבים, שבמסגרתו שאלות הנושקות לתחומים רבים, משפטיים ולבר-

* שותף במשרד פרל, כהן, צדק, לצור, ברץ. תודתי למתמחים הגב' מיכל פישמן ומר דניאל בן ישי על עזרתם הרבה בעריכת חיבור זה. האחריות לתוכן כולה של המחבר.

1 ראו למשל את שנאמר על ידי בית המשפט העליון בעניין אביק, לפני יותר מחמישה עשורים, על אודות משפטי פטנטים: "המשפטים הסובכים על הפרות פטנטים, למיניהם, הם מטבעם מסובכים למדי ותוצאתם רחוקה מלהיות, לעיתים קרובות, ברורה מראש. לתופעה הזאת גם תוצאת לוואי, כי בניהול של משפט כנ"ל ובהכנתו כרוכה הוצאת סכומים גדולים וניכרים"; בג"ץ 280/60 אביק נ' הרשות המוסמכת לייבוא תכשירי רוקחות ואח', פ"ד טו, 1323, 1338, השופט שמעון אגרנט (1961). ראו עוד בת"א 2554/06 איי.טי.איי.אס שירותי תנועה בע"מ נ' DECELL INC., פס' 9 (10.9.2007).

משפטיים, ואי-ודאות רבה.² סיבות רבות לעמימות המשפטית, ואחת הבולטות שבהן היא העובדה שדיני הקניין הרוחני אינם עוסקים בחפצים או בזכויות מוחשיות, ומשכך נעדרת לעתים ה"אינטואיציה",³ המביאה ככלל להחלטה מושכלת יותר.⁴ הוסף את העובדה שסכסוכי הקניין הרוחני מגיעים לבית המשפט העליון כערכאת ערעור ראשונה,⁵ מה שמאפשר שליטה רבה על עיצוב הדין וגמישות לשינוי הלכות משפטיות,⁶ וכן את ההיסטוריה הקצרה של המשפט הישראלי והיעדרו הנובע של עומק תקדימי מספק,⁷ ומצא את בתי המשפט מעצבים את דיני הקניין הרוחני בישראל⁸ כמלאכה של יום ביומם.

בחיבור זה נבקש לנצל את פרסומו של תזכיר חוק המדגמים 2013⁹ לצורך עיון במערכת היחסים שבין דיני הקניין הרוחני לבין דיני עשיית העושר, אלה המכונים תדיר בביטוי הציורי שטבע הנשיא אהרן ברק: "הנשר הגדול". תרומתו של חיבור זה, אם דעתנו תישמע, היא בניסיון לפזר את ענן אי-הוודאות שהלכת א.ש.י.ר. לוטה בו.

את חלקו הראשון של החיבור ניחד לדיון קצר במוטות כנפיו של נשר זה, בהקשר דיני הקניין הרוחני, ובפרט בתיאור תמציתי של הרקע להלכת א.ש.י.ר., בהדגמת הביקורות הקוטביות שהיו מנת חלקה ובחששות והקשיים שהתעוררו ביישומה, הן בקרב בתי המשפט והן בקרב המשפטנים.¹⁰ את חלקו השני של החיבור ניחד לסרטוט המגמה העקיבה בפסיקה בדבר דחיקתה של הלכת א.ש.י.ר. מהגרעין המהותי של דיני הקניין הרוחני. כך,

- 2 לעניין זה ראו למשל K.M. Moore, *Are District Court Judges Equipped to Resolve Patent Cases*, 15 HARV J. L. & TECH 1, 2–3 (2001). להבדיל מענפי משפט אחרים, תובע בדיני הקניין הרוחני יכול לא רק להפסיד בדין אלא גם שקניינו יימצא נעדר כל תוקף. ראו והשוו למשל ס' 182 (א) לחוק הפטנטים, התשכ"ז–1967. עוד על אי-הוודאות והפגמים שבכך ראו במאמרה של ניבה אלקין-קורן "על כלל ועל" נחלת הכלל": מקניין רוחני לעשיית עושר ולא במשפט" עיוני משפט כה 9, 69–71 (2001).
- 3 שם, בעמ' 61.
- 4 בהיעדרו של נכס מוחשי, לשון החוק או ההלכה הם הקובעים הבלעדיים מתי תקום הזכות, מהם תנאי קיומה, פריסתה ומגבלותיה. ראו רע"א 5768/94 א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה, פ"ד נב(4) 289, 340–342 (1998).
- 5 בסעיף 40 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984, נקבע כי תביעה בענייני קניין רוחני, הכרוכה בתביעה בענייני קניין רוחני, תהא בסמכות בית המשפט המחוזי אף אם סכום התביעה או שווי נושא התביעה מצוי בסמכות בית משפט השלום.
- 6 השוו רון חריס "מדוע וכיצד ללמד משפט השוואתי בישראל?" עיוני משפט כה 443, 456–459 (2001).
- 7 אהרן ברק "שיטת המשפט בישראל – מסורתה ותרבותה" הפרקליט מ 197 (1992).
- 8 זה המקום לציין כי דיני הקניין הרוחני הם בעלי אופי טריטוריאלי מובהק. לעניין זה ראו בג"ץ Bristol-Myers Squibb Company 5379/00 נ' שר הבריאות, פ"ד נה(4) 447, 468 (2001).
- 9 תזכיר חוק המדגמים, התשע"ג–2013. ראו נוסח התזכיר להלן בעמ' 187.
- 10 יובל קרניאל "תחרות לא הוגנת בעידן המידע" המשפט י 511 (2005).

נסה להראות כי כל אימת שהתמודד הנשר הגדול עם חקיקה ספציפית ממארג דיני הקניין הרוחני – דיני סימני המסחר, דיני הפטנטים, דיני המדגמים ודיני זכות היוצרים – הייתה ידם של דיני הקניין הרוחני על העליונה, ונקבע כי דיני הקניין הרוחני הספציפיים, עת נבחנים הם פרטנית, מהווים הסדר שלילי לתחולת עשיית העושר. דין מצוי זה ועמו תזכיר חוק המדגמים המוצע, אם יתקבל, ובמסגרתו ההצעה לשלול בחקיקה את תחולת דיני עשיית העושר על דיני המדגמים, הופכים בפועל ובהקשר דיני הקניין הרוחני את הנשר הגדול ליונק דבש קטן, המתאים להחלה במקרים חריגים של פיתוח הדין העתידי ומילוי חוסרי החקיקה.

ב. הנשר הגדול והקניין הרוחני

1. כללי

המקורות לקנייני הרוחני¹¹ מצויים במספר רב של דברי חקיקה, ובהם חוק זכות יוצרים,¹² חוק הפטנטים,¹³ פקודת הפטנטים והמדגמים;¹⁴ פקודת סימני המסחר¹⁵ וחוק עוולות מסחריות.¹⁶ כל אחד מאלה כולל מאפיינים פרטניים, רבים וייחודיים המבדילים אותו מרעיו, ואולם רב גם המשותף הכולל ומביאם יחדיו תחת הקטגוריה המתקראת: קניין רוחני. הלכה למעשה מבטאים מרבית דיני הקניין הרוחני מעין "עסקה רעיונית" בין קהל היוצרים לבין הציבור, שבמסגרתה מגלה הממציא את אמצאתו לחברה, ובכך מועשר עולם

11 את מהות ההבדל בין הקניין המוחשי לקניין הרוחני היטיב לתאר בית המשפט העליון תיאור ציורי בעניין *Interlego*: "בעלות על פירות העץ אינה דומה לבעלות על הזרעים העתידיים להצמיח את עצי העתיד. אף שבשני המקרים מתן בעלות מגבילה את יכולת הניצול של שאר העולם בהווה, הרי שכשמדובר בבעלות על הזרעים, יש לכך השלכה גם על הגיוון והכמות של העצים בעתיד, ובמקרה של בעלות על ביטוי יש לכך השלכה מרחיקת לכת על עולם הביטויים העתידי". ע"א 513/89 *Interlego A/S* נ' *Exin-Lines Bros. S.A.*, פ"ד מח(4) 133, 165 (1994).

12 חוק זכות יוצרים, התשס"ח–2007.

13 חוק הפטנטים, התשכ"ז–1967.

14 פקודת הפטנטים והמדגמים, 1926.

15 פקודת סימני מסחר [נוסח חדש], התשל"ב–1972.

16 חוק עוולות מסחריות, התשנ"ט–1999. עוד נציין את עוולת השקר המפגיע כאמור בסעיף 58 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]; חוק הגנת כינויי מקור וציונים גיאוגרפיים, התשכ"ה–1965; חוק זכות מטפחים של זני צמחים, התשל"ג–1973; חוק זכויות מבצעים ומשדרים, התשמ"ד–1984; חוק המחשבים, התשנ"ה–1995 ועוד.

הידיעות והתפתחות המדע.¹⁷ בתמורה מעניקה החברה ליוצר בלעדיות קצובה לניצול יצירתו.¹⁸

בלעדיות זו מאפשרת ליוצר למנוע מכל אדם זולתו שימוש ביצירתו, ובחלוף התקופה הקצובה הופך קניין היוצר לנחלת הכלל.¹⁹ כל חוק וחוק מאלה קובע את האיזון הראוי בעיני המחוקק לעניין תוכנה, מהותה והיקפה של זכות הקניין, כמבטאת שיווי משקל בין עקרונות התחרות החופשית וקיומו של שוק לחילופי רעיונות מחד לבין הרצון להגן, לעודד ולתגמל יוצרים כראוי מאידך.²⁰

דיני עשיית העושר ולא במשפט שורשיהם בדיני היושר,²¹ ויצרו עם תחיקתם ענף משפטי עצמאי המושתת על העיקרון הדוחה התעשרות המנוגדת לדין.²² כך, חויב זה המתעשר בניגוד לדין, ועל חשבון חברו, להשיב את ההתעשרות לבעליה וזאת מכוח תחושת הצדק והיושר.²³ במסגרת הדיון הנוסף בעניין אדרס,²⁴ בהרכב מורחב של חמישה שופטים, העניק בית המשפט העליון לדיני עשיית העושר "מעמד נשרי", וכלשוננו של

17 דפנה לוינסון-זמיר "שיקולים כלכליים בהגנה על המצאות" משפטים יט 143, 144–145 (1989); דפנה לוינסון-זמיר "ההגנה של שימוש הוגן בזכויות יוצרים" משפטים טז 431, 430 (1986).

18 לדיון ברבר מגוון התאוריות שפותחו כהסבר לדיני הקניין הרוחני והפטנטים בפרט ראו למשל Samuel Oddi, *Un-Unified Economic Theories of Patents – The Not-Quite-Holy Grail*, 71 NOTRE DAME L. REV. 267 (1996).

19 על מהותה של נחלת הכלל ועל היותה במרכז דיני הקניין הרוחני ראו בהרחבה אלקין-קורן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 14.

20 אמצאות, כשאר "מוצרי הידע", הן בעלות אופי של "טובין ציבוריים". מאפיין זה מחייב יצירת הסדר משפטי שיבטיח כי השוק החופשי ימשיך להשקיע בייצורן. ראו עניין *Interlego*, לעיל ה"ש 11; אלקין-קורן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 15. עוד ראו והשוו ד"ר Anheuser-376/90 *Busch Incorporated v. Budejovicky Budvar, Narodni Podnik Ceske Budejovice* (1992) 872–871, 843 (4) פ"ד מו(4).

21 ע"א 290/80 ש.ג.מ. חניונים בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 633, 641 (1983).

22 דניאל פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט כך א (מהדורה שנייה, 1998).

23 ע"א 1761/02 רשות העתיקות נ' מפעלי תחנות בע"מ, פ"ד ס(4) 545, 565 (2006).

24 ד"ר 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו את ג'ונס ג.מ.ב.ה דואיסבורג, פ"ד מב(1) 221, 223, פס' 61 (1988): בדיון נוסף זה נבחנה שאלת תחולתם של דיני עשיית העושר לצד דיני החוזים. בפסק הדין נידון חוזה להספקת ברזל במחיר מוסכם ליחידה. בשל מלחמת יום הכיפורים עלה מחיר הברזל בעולם, והמשיבה מכרה את הברזל שהיה אמור להישלח לעותרת, במחיר גבוה יותר. בית המשפט העליון קבע כי מכוח דיני עשיית העושר: "יש להורות על השבה, מקום שתחושת המצפון והיושר מחייבת השבה [...] אמת המבחן היא תחושת הצדק וההגינות של הציבור הנאור בישראל, ויש להתחשב, בין היתר, בשיקולים כגון עוצמת זכותו של התובע, אופי הפגיעה באינטרס שלו, התנהגות הצדדים וטיב הפעילות, שמכוחה התובע ברוח".

הנשיא (דאז) ברק: "על פי גישתי שלי, חלים דיני עשיית עושר ולא במשפט – כמעין נשר גדול הפורש כנפיו – על כל הדינים השונים, בין שיש בהם הוראות בענייני עשיית עושר ולא במשפט ובין שאין בהם הוראות כאלה".²⁵ בעקבות זאת הפכו דיני עשיית העושר לשחקן ראשי, בעל משמעות, שאין להתעלם ממנו, תהא המטריה המשפטית אשר תהא.

2. קודם להלכת א.ש.י.ר

היה זה רק עניין של זמן אפוא עד שתגיע שעתם של דיני הקניין הרוחני להיבחן תחת כנפי נשר זה. בתוך כך, מאז חקיקתו של חוק עשיית העושר ובפרט בעקבות דיון נוסף בעניין אדרס געשו ונחלקו הדעות בשאלה אם דיני עשיית העושר חלים לצד מארג דיני הקניין הרוחני ובאילו מהמקרים.²⁶

בעניין מקור החלק²⁷ למשל דחה בית המשפט המחוזי ניסיון לאסור על שיווק התקנים מועתקים שלא נרשמה בעניינם זכות כלשהי של קניין רוחני. השופט אורי שטרומן אף מוכן היה להכיר באותה פרשייה "בזכות החיקוי לצורך תחרות",²⁸ וזאת אם לא זכה מוצר להגנת דיני הקניין הרוחני.²⁹

בעניין אנימה³⁰ שינה השופט שטרומן טעמו לחלוטין³¹ בקבעו כי ניתן לאסור על העתקתן של שמלות, בהסתמך על דיני עשיית העושר, וזאת כשההתעשרות אינה צודקת.³² בעניין זה איבדה "זכות החיקוי" מעמדה כמעט לחלוטין, ומוכן היה בית המשפט ללכת כברת דרך ארוכה, ואולי מדי, ולקבוע כי הולדתו של הקניין הרוחני היא כבר במעשה ידיו של היוצר ולא לאחר מכן, בהסדרת רישומו. בעקבות זאת קבע השופט שטרומן כי זכאי

25 שם, בעמ' 226, פס' 10.

26 דניאל פריימן "ההעתקה כזכות" הפרקליט לה 449 (1983).

27 ת"א (מחוזי ת"א) SPAL S.R.L 756/93 נ' י.ש מקור החלק בע"מ (פורסם בנבו, 15.8.1993).

28 ראו שם, פס' ג': "אין איסור בדין על חיקוי המצאה טכנית אלא אם ההמצאה נרשמה כפטנט [...] הענקת סעד ארעי של צו מניעה מכוחו של החוק לעשיית עושר ולא במשפט בהנחה שניתן להעניק סעד ארעי על פי חוק זה, תהיה בניגוד להלכה הפסוקה בדבר זכות החיקוי לצורך תחרות כל עוד מוצרה של המבקשת לא זכה להגנת החוק, כלומר, בענייננו, כל עוד לא נרשם כפטנט בישראל".

29 היו אלה דיני הפטנטים באותה פרשייה.

30 ת"א (מחוזי ת"א) 1572/93 אנימה אופנה בע"מ נ' בלן (פורסם בנבו, 28.2.1994).

31 בהסתמכו על ספרו של פרופ' דניאל פרידמן עשיית עושר ולא במשפט 51 (מהדורה ראשונה, 1982), וזאת באותם הדברים שהובאו בהסכמה על ידי הנשיא (דאז) מאיר שמגר ברע"א 371/89 ליבוביץ נ' א. את י. אליהו בע"מ, פ"ד מד(2) 309, 323 (1990).

32 ס' 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979.

היוצר להגנה גם אם לא עשה מאומה לרישום זכויותיו והסדרתן.³³ מרבית שופטי בתי המשפט המחוזיים היו מוכנים ללכת במסלול שהתווה השופט שטרוזמן ולהכיר "בקניין החדש" שיצר פסק דינו, ואולם אלה עשו כן תוך סייגים שונים שאימצו. בעניין ALLWAY TOOLS³⁴ למשל ואף שקיבל שופט בית המשפט המחוזי אפרים שלו את גישתו של השופט שטרוזמן בדבר האפשרות להחלה עקרונית של דיני עשיית העושר, קבע בית המשפט כי באותו עניין לא תקום עילה בעשיית העושר עת היה התובע יכול לזכות בהגנה על קניינו אילו היה טורח ורושם את זכותו, אך הוא נמנע מלעשות זאת.³⁵ השופט גדעון גינת, מנגד, היה מבין אלה שאחזו בדעה כי "מקום שהטוען לזכות נכשל בקבלת מונופולין לפי דיני הקניין הרוחני הרי ברורה כוונת המחוקק שלא לאפשר קיומו של מונופולין, ולא ניתן לעקוף דין זה בדרך של בקשת סעד בהסתמך על חוק עשיית עושר ולא במשפט".³⁶

3. הלכת א.ש.י.ר.

פסק הדין בעניין א.ש.י.ר היה אמור להיות זה שיפיג את ענן אי-הוודאות שנוצר. פסק דין יסודי ומעמיק זה, אשר נדון בהרכב של שבעה שופטים, איחד לדיון שלושה מקרים שונים שבהם לא עמדה לתובעים עילה ספציפית כלשהי מדיני הקניין הרוחני לכאורה, והשאלה שהועמדה לדיון הייתה אם ניתן להשלים את דיני הקניין הרוחני באמצעות העיקרון הכללי הקבוע בחוק עשיית העושר.³⁷

33 ראו עניין אנימה, לעיל ה"ש 30, פס' ד(2): "הקניין נוצר במעשה ידיו של היוצר ולא ע"י רישומו כפטנט או כמדגם. הרישום מקנה ליוצר את הגנת החוק כלפי כולי עלמא ומעניק לו עדיפות על מתחריו, המחקים אותו, גם בכואו לבקש סעד בבית המשפט. לכן זכאי בעל הקניין להגנה על קניינו גם אם לא נרשם על פי אחד הדינים המכונים 'דיני הקניין הרוחני'".

34 ת"א (מחוזי ת"א) 626/98 ALLWAY TOOLS נ' אהרון זגמן בע"מ (פורסם בנבו, 29.7.1998).

35 שם, בעמ' 10: "מקום בו יכול תובע לזכות בהגנה על קניינו הרוחני מכוח החוקים שנועדו למתן הגנה כזאת, אך הוא נמנע מלבקש הגנה זו משיקולים לא ברורים, מדוע תוענק לו הגנה שהיא אף רחבה מזו המוענקת על פי החוקים הנ"ל?".

36 ת"א (נצ') 552/90 שדה-שוורץ נ' מאוזנר, פ"מ התשנ"ד(3) 147 (1992).

37 בפסק דין א.ש.י.ר, לעיל ה"ש 4, אוחדו לדיון שלושה ערעורים שונים. הראשון, עניין א.ש.י.ר, שעסק בערעור על פסק דינו של השופט שטרוזמן, שבו הוצא צו מניעה זמני האוסר את העתקתם של אביזרי אמבטיה מפלסטיק. המוצרים שווקו ללא סימן היצרן, ואף לא נרשמו כמדגמים. בפרשייה זו, ועל אף היעדר עילה מכוח דיני המדגמים או דיני גניבת עין, העניק השופט שטרוזמן צו מניעה מכוח עשיית עושר. הפרשייה השנייה, עניין הרר, עסקה בהעתקת מבלטים ששימשו לייצור מסגרות אלומיניום. בפסק דינו של השופט הומינר ניתן צו מניעה האוסר על העתקת המבלטים. השופט הומינר מצא כי מדובר בהעתקה מושלמת וסבר כי לאור שיקולי צדק, ייצור המבלטים הוא עשיית עושר ולא במשפט. העניין השלישי היה עניין אתר.

בפועל, פסק הדין א.ש.י.ר, הנחשב לאחד מפסקי הדין החשובים בתחום המשפט הפרטי,³⁸ יצר עמימות רבה בקרב ציבור השופטים והמשפטנים.³⁹ עמימות זו נובעת לטעמנו בעיקרה מכך שבשתי השאלות המרכזיות שבהן עוסק פסק הדין, קרי אם ניתן להשתמש בעשיית העושר לצד דיני הקניין הרוחני ומהן אמות המידה לשימוש בהם, התקבלו חוות דעת מגוונות מהרכב השופטים באופן שאינו מאפשר לחלץ בבירור, או למצער בנקל, את ההלכה.

שופטי ההרכב קבעו בדעת רוב כי דיני הקניין הרוחני אינם מהווים הסדר שלילי להחלת דיני עשיית העושר וחזרו על ההלכה שנקבעה בפסק דין ליבוביץ'⁴⁰ שלפיה לצורך החלה כאמור של דיני עשיית העושר נדרש שיתקיים "יסוד נוסף". "יסוד נוסף" זה זכה לריבוי הגדרות על ידי שופטי ההרכב: תהא זו התנהגות חסרת תום לב בנסיבות של תחרות בלתי הוגנת, כגישת הנשיא (דאז) ברק בחוות דעתו, או התנהגות שלילית שאינה צריכה להגיע לרף של עוולה, כגישת השופטת טובה שטרסברג-כהן, או אף חומרה מיוחדת, כגישת השופט יצחק זמיר. אליבא דשופטי הרוב, חוק עשיית עושר עשוי ויכול לכוון זכויות מהותיות, וזאת כאשר קיים אינטרס ראוי להגנה על פי תחושת הצדק והמדיניות המשפטית הראויה. יש לציין שלדעת כל שופטי ההרכב, הגנת עשיית העושר שונה היא ובמיוחד תהא מצומצמת מזו שהייתה מוענקת לו היה מדובר בזכות קניינית רשומה, הן מבחינת משכה והן מבחינת היקפה.⁴¹

לעניין חיבור זה מסקרנת במיוחד השאלה אם יש לקרוא את פסק דין א.ש.י.ר כמי שעסק בסוגיה תקדימית אך מצומצמת מבחינת היקפה, קרי: אם יש בדיני עשיית העושר כדי לסייע למי ששערי הקניין הרוחני אינם פתוחים בפניו מטעמים של חסר תחיקתי, או שמא יש לקרוא את פסק הדין כמאפשר לדיני עשיית העושר לפרוס כנפיהם וליצור זכויות מהותיות

התובעים בעניין זה פיתחו רעיון חדשני לכאורה בנוגע לאלבומי תמונות. בית המשפט המחוזי (השופטת עדנה ארבל) קבע כי מכירת אלבומים זהים וזולים מהמקוריים מהווה התעשרות שלא כדין על חשבון התובעים. הצו שהוענק אסר על העתקת הטכניקה של ייצור האלבומים. בעניין א.ש.י.ר ובעניין אתר קיבל בית המשפט העליון את הערעורים וסירב להעניק את הצווים הזמניים מכוח דיני עשיית העושר. לעומת זאת בעניין הרר, ברוב של ארבעה נגד שלושה שופטים, הותיר בית המשפט העליון את צווי המניעה בעינם.

38 מיגל דויטש עוולות מסחריות וסודות מסחר 104 (2002).

39 עופר גרוסקופף "הנשר והנסיכות – על היחס שבין דיני עשיית עושר ולא במשפט לבין דיני זכויות יוצרים" יוצרים זכויות – קריאות בחוק זכויות יוצרים 202 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009).

40 עניין ליבוביץ', לעיל ה"ש 31.

41 בהקשר זה ראו עוד דויטש, לעיל ה"ש 38, בעמ' 231–232.

גם במקרים "קשים יותר" שבהם חלים דיני הקניין הרוחני ישירות, או אף מוציאים מתחולתם מקרים אחרים.

התשובה לשאלה זו אינה עניין של מה בכך, ובמסגרת חיבור זה ננסה להראות כי למצער בפועל קראו בתי המשפט את פסק דין א.ש.י.ר כעוסק רק במצבים שבהם קיים חסר בדיני הקניין הרוחני ונדרשים אנו "לחקיקה שיפוטית"⁴² ולא במצב שבו בחר המחוקק בכוונת מכון להוציא התנהגות פלונית מגדר הפרה או שניתן להסיק הסדר שלילי שכזה מדבר החקיקה הספציפי.

מסקנה זו, שלפיה יש לקרוא את פסק דין א.ש.י.ר כעוסק רק במצבים שבהם קיים חסר בדיני הקניין הרוחני, מקבלת חיזוקה למשל מן האופן שבו ניסח הנשיא (דאז) ברק את השאלה המשפטית שהייתה בבסיס פסק הדין בעניין א.ש.י.ר,⁴³ מחוות דעתה של השופטת שטרסברג-כהן⁴⁴ ומהדברים שכתב השופט זמיר בחוות דעתו,⁴⁵ ואף בדעות המיעוט, למשל זו של השופט מישאל חשין.⁴⁶

42 וראו תמיכה בכך למשל בדברי השופטת שטרסברג-כהן בעניין א.ש.י.ר, לעיל ה"ש 4, עת ביקשה היא לשמר את אופייה של עילת עשיית עושר ככזו המאפשרת למלא את חוסרי הדין בדרך של "חקיקה שיפוטית" (פס' 5 לפסק דינה): "העיקרון הגלום בסעיף זה הוא עיקרון כללי ורחב ואין בו פירוט של עילות ספציפיות הבאות בצל קורתו. כאן הוענק לבית-המשפט שיקול-דעת רחב ביותר לפתח, על דרך של 'חקיקה שיפוטית', את העילות המסתופפות תחת צל קורתו של העיקרון הכללי".

43 שם, פס' 1 לפסק דינו של הנשיא ברק: "ראובן מחקה או מעתיק מוצר שיוצר על-ידי שמעון. ראובן מפיץ את המוצר, ומקבל כתוצאה מכך טובת הנאה. לשמעון אין זכות במוצר מכוח הדינים הסטטוטוריים בדבר הקניין הרוחני. ראובן אף אינו מבצע עוולה של גניבת עין. העומדת לשמעון זכות כלפי ראובן להשבתה של טובת ההנאה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט?".

44 שם, פס' 14 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן: "בענייננו, פטורה אני מלדון בשאלה אם גם כאשר קמה לאדם עילה על-פי דיני הקניין הרוחני, זכאי הוא לתבוע במקביל או לחלופין על-פי חוק עשיית עושר. שאלה זו נכבדה היא כשלעצמה, אלא שאיננה עומדת על הפרק, משום שאין חולק, כי בשלושת המקרים הנדונים כאן, אין המשיבים זכאים לתבוע לפי דיני הקניין הרוחני, לא קמה להם עילה לפי אותם דינים, אין הם זכאים לסעד לפיהם ואין הם באים בשעריהם, משום שלא מילאו אחר התנאים הדרושים על-מנת לחסות בצלם".

45 שם, פס' 27: "בדרך-כלל, אין מקום ליתן הגנה במקרים שבהם יכול פלוני לרשום את זכותו ואינו עושה כן. כאשר ההסדר החקיקתי מכון אמנם להסדיר את ההגנה על הרעיון הספציפי או יישומו וכאשר ההסדר החקיקתי מספק את ההגנה הדרושה למי שניהג לפי האמור בו – אין מקום להרחיב את ההגנה אל מעבר לתחומים שתחם המחוקק. לעומת זאת, ניתן להעניק סעד בעשיית עושר במקרים הבאים: כאשר דיני הקניין הרוחני מתייחסים לאותו סוג נכס אך אינם מעניקים לו הגנה בכלל, או הגנה יעילה בפרט".

45 שם, פס' 10 לפסק דינו של השופט זמיר: "לדעתי, השיקול המרכזי בגיבוש המדיניות השיפוטית בשאלה זאת הוא, שההגנה המוצעת על-ידי פקודת הפטנטים והמדגמים לוקה

זאת ועוד, מסקנה זו מתיישבת גם עם המציאות, כפי שנשרטט להלן, שכן מסקנה אחרת מזו תביאנו למצב שבו לכאורה הפסיקה השיטתית שנתאר בהרחבה להלן, ועיקרה היא ההחרגה ההדרגתית של דיני הקניין הרוחני ממוטות כנפיו של עשיית העושר, סותרת ישירות את פסק דין א.ש.י.ר.⁴⁷

בחסר. [...] המסקנה היא, לדעתי, שחוקי הקניין הרוחני אינם קובעים הסדר שלילי, המונע הגנה על קניין רוחני שמחוץ למסגרת חוקים אלה, כגון מדגם שלא נרשם לפי פקודת הפטנטים והמדגמים, אם חוק אחר מציע הגנה כזאת. כל חוק מחוקי הקניין הרוחני מסדיר רק את הקניין הרוחני שבמסגרת החוק. אין בחוק כל הסדר, לטוב או לרע, לגבי קניין רוחני שמחוץ למסגרת החוק. לשון אחרת, אין בו כל הוראות לגבי קניין כזה, למשל, לגבי קניין רוחני שלא נרשם לפי אותו חוק. ויש לכך השלכה גם על פירוש סעיף 6 לחוק עשיית עושר ולא במשפט. סעיף זה קובע כי חוק עשיית עושר אינו חל כאשר בחוק אחר יש "הוראות מיוחדות לענין הנדון". אולם, כאמור, בפקודת הפטנטים והמדגמים אין כל הוראות, לא מפורשות ואף לא משתמעות, לעניין מדגם שלא נרשם לפי פקודה זאת. ובדומה לכך גם ביתר חוקי הקניין הרוחני. יוצא אפוא, שסעיף 6 לחוק עשיית עושר ולא במשפט אינו מונע תחולתו של חוק זה על קניין רוחני שמחוץ למסגרת של חוקי הקניין הרוחני. פרשנות זאת מאפשרת לבית-המשפט למלא את החסר הקיים בחוקי הקניין הרוחני, ולהגן על קניין רוחני שמחוץ למסגרת של חוקים אלה, אם הנסיבות מצדיקות הגנה, באמצעות חוק עשיית עושר".

46 שם, פס' 52–53 לפסק דינו של השופט חשין: "תנאי נוסף לקיומה של זכות-פטנט הוא מתן פטנט ורישומו בפנקס הפטנטים (סעיפים 35 ו-36 לחוק). לא קיים אדם אחד מתנאים אלה שמעמיד החוק לקבלת פטנט (הוא הדין בכל קניין רוחני אחר, כהוראות החוק שלעניין), ממילא לא יזכה בפטנט. כך יהיה אם אין בה באמצאה פלוגית 'התקדמות המצאתית', וכך יהיה אם לא יירשם הפטנט בפנקס הפטנטים מכל טעם אחר. הסוגיה המציגה עצמה לפנינו עתה אינה בשאלה אם יזכה פלוני בפטנט בנסיבות אלו ואחרות, אלא אם חרף אי-זכירתו בפטנט – מטעמים ענייניים של חוק הפטנטים – עשוי הוא לזכות בעילה שבעשיית עושר. למשל: נניח כי פלוני – אשר השקיע הון, און וכישורים מרובים בייצורו של מוצר מסוים – לא זכה בפטנט אך כאשר לא נמצאה באמצאתו 'התקדמות המצאתית' כנדרש לרישומה כפטנט. בה-בעת זוכה המוצר שבו מדובר להצלחה מרובה, עד שרבים מנסים לחקות אותו ולהיבנות מאותה אמצאה. בנסיבות מעין אלו, היוכל פלוני לתבוע את מתחריו בעילה שבעשיית עושר? למשל: התנאי בדבר קיומה של 'התקדמות המצאתית' דומה שמשקף הוא אינטרס 'חזק' הגובר על יריביו. החוק אומר להעניק מונופולין לתקופת שנים שאינה קצרה (עשרים שנה), אך כתנאי מוקדם תובע הוא כי תהיה 'התקדמות המצאתית' שאם-לא-כן מסרב הוא להעניק זכות. נוכח כל זאת, הנבוא עתה אנו, ועל דרך יצירתה של עילה בעשיית עושר נצמית – בעקיפין – את מדיניות-האיזון שיצר המחוקק בחוק הפטנטים להענקתו של מונופולין? הנכון הוא כי נקבע כך הלכה-עוקפת-חוק-פטנטים? דומני כי לא יהיה זה ראוי אם נלך בדרך זו, לא יהיה זה נכון אם נניף נס-מרד במדיניות-האיזונים שקבע המחוקק".

47 כך, למשל, בפרשת א.ש.י.ר, לעיל ה"ש 4, קבעה דעת הרוב כי אין בהוראות חוק הפטנטים כדי להוות הסדר שלילי לדיני עשיית העושר (ראו למשל פס' 18 (א) לפסק דינה של השופטת שטרסברג כהן בעמ', ס' 18 (א): "אין בהוראות חוק הפטנטים, ופקודת הפטנטים והמדגמים, הרלוונטיים לענייננו, כדי ללמדנו על קיומו של הסדר שלילי ואין ללמוד משתיקתם, כוונה

ואולם, מסקנה זו אינה חפה מספקות. למשל, אחת משלוש הפרשיות שנדונו בהלכת א.ש.י.ר היא פרשיית אתר,⁴⁸ שבה היה מדובר בהעתקת אמצאה אשר הייתה תלויה ועומדת בעניינה בקשת פטנט. על אף האמור אף לא אחד משופטי דעת הרוב סבר שיש למנוע באופן גורף ומקדמי את תחולתם של דיני עשיית העושר באותו העניין, וזאת בניגוד לפסק הדין בעניין Merck נ' טבע, שבו נעסוק בהמשך הדברים.

מסקנה זו, שלפיה יש לקרוא את פסק דין א.ש.י.ר כעוסק רק במצבים שבהם קיים חסר בדיני הקניין הרוחני, קשה במיוחד עת בוחנים אנו פרשייה נוספת מתוך שלוש אלה שנדונו בעניין א.ש.י.ר, היא פרשיית הרר⁴⁹. פרשה זו הייתה היחידה שבה מצאו שופטי הרוב כי אכן קמה למשיבים עילה בעשיית עושר ולא במשפט. פרשיית הרר עסקה במקרה של "העתקה מושלמת" של מוצר, בשיטה של הנדסה לאחור (Reverse Engineering). הנדסה לאחור נדונה מפורשות במסגרת הדיונים שקדמו לחקיקת חוק עוולות מסחריות, ואולם פעולה זו לא נקבעה כפסולה, מתוך ההנחה כי מדובר ב"אמצעי הוגן".⁵⁰ חוק עוולות מסחריות נחקק שנתיים מאוחר לפסק הדין בעניין א.ש.י.ר, וכעת אפוא ניתן, באופן פרדוקסלי מעט, להסיק קיומו של הסדר שלילי מדבר החקיקה, וזאת בקשר לפרשייה היחידה שבה מצאו שופטי הרוב בעניין א.ש.י.ר כי אכן קמה למשיבים עילה בעשיית עושר ולא במשפט.

בהקשר זה יש לציין כי גם במסגרת הדיון בתיק העיקרי בעניין הרר⁵¹ ועל אף חקיקת חוק עוולות מסחריות, ביני לביני, חזר בית המשפט העליון על שקבע בהלכת א.ש.י.ר בהקשרה של פרשייה זו ואף העניק סעד "חריג ונדיב למדי" מכוח דיני עשיית עושר, וזאת בדמות שמונה שנות מניעה.⁵²

כך או כך, אם תהא זו כוונתם המקורית של שופטי הרוב בפסק דין א.ש.י.ר, ואם לאו, המציאות בפועל, שעליה נצביע בהרחבה בחיבור זה, היא שהכריעה על פני הדברים,

לשלול תחולתם של דיני עשיית עושר", ואילו עת הגיעה העת לדיון קונקרטי ופרטני בחוק הפטנטים הציג בית המשפט העליון, כפי שנראה בהרחבה להלן, מסקנה שונה לגמרי לכאורה. היה זה בפסק הדין בעניין רע"א 6025/05 Merck & Co. Inc נ' טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ (פורסם בנבו, 19.5.2011) (להלן: עניין Merck).

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

רע"א 5614/95 הרר נ' שוהם מכונות ומבלטים בע"מ, פ"ד נב(4) 289 (1998).

סע' 6(ג) לחוק עוולות מסחריות. עוד ראו דויטש, לעיל ה"ש 38, בעמ' 261–262.

ע"א 2287/00 שוהם מכונות ומבלטים בע"מ נ' הרר (פורסם בנבו, 5.12.2005).

עם זאת בעניין שוהם, שם, בית המשפט העליון מציין מפורשות כי החלטתו נסמכת על המתווה הנורמטיבי קודם לחקיקת חוק עוולות מסחריות: "ואולם, חוק זה [חוק עוולות מסחריות] נחקק לאחר התגבשות התביעה בתיק זה, ועל-כן אין לו תחולה בענייננו" (פס' 21), ולפיכך לא נדונה במפורש שאלת התנגשות שתי מערכות הדינים.

ובבואם של בתי המשפט לבחון את תחולתה של פרשת א.ש.י.ר אל מול חקיקה ספציפית ממארג דיני הקניין הרוחני, ראו הם בעשיית העושר מסדירה ומשלימה את החקיקה הקיימת ולא כפורשת כנפיה במקביל אליהם.

4. לאחר א.ש.י.ר

פסק הדין בעניין א.ש.י.ר, אשר בו אנו מתחבטים גם כעת, גרם מטבע הדברים לחוסר בהירות רב בנוגע להחלתם של דיני עשיית העושר לצד דיני הקניין הרוחני. בפועל תביעות רבות שנדונו בבתי המשפט בקשר עם עילה זו נדחו עת נקבע כי לא התקיים "היסוד הנוסף" המעורפל,⁵³ ובתוך כך תביעות אחרות התקבלו תוך שבתי המשפט הדגימו מדוע מולאו דרישות "היסוד הנוסף" בפרשייה שניצבה לפניהם.⁵⁴ כך רבתה גם הכתיבה האקדמית, הקוטבית יש לומר, שהדגישה את חוסר הבהירות שהביא עמו פסק הדין בעניין א.ש.י.ר.⁵⁵

53 ראו ריכוז הפסיקה בגרוסקופף, לעיל ה"ש 39, ה"ש 6, וכן בפסיקה הרבה לאחר מאמר מקיף זה: ה"פ (מחוזי ת"א) 317/01 הורים וילדים מוציאים לאור בע"מ נ' חברת צעד ראשון – קשר ישיר לאם ולילד בע"מ (פורסם בנבו, 19.11.2003); בש"א (מחוזי ת"א) 15740/05 אל הבית בע"מ נ' יצאת גדול בע"מ (פורסם בנבו, 24.7.2005); עניין Merck, לעיל ה"ש 48; ת"א (מחוזי ת"א) 2417/00 SmithKline Beecham P.L.C. נ' אוניפארם בע"מ (פורסם בנבו, 25.4.2006); ת"א (מחוזי י-ם) 7361/05 מיזליק נ' קרשי אינטרנשיונאל בע"מ (פורסם בנבו, 29.4.2007); ת"א (מחוזי ת"א) 2108/06 עוזגום בע"מ נ' טרפלקס פליים בע"מ (פורסם בנבו, 10.10.2007); עניין אדידס, להלן ה"ש 94; ע"א 945/06 General Mills Inc. נ' משוכה תעשיות מזון בע"מ (פורסם בנבו, 1.10.2009); ת"א 1948/04 גונן נ' פשוט יבוא ושיווק בע"מ (פורסם בנבו, 16.4.2009); ע"א 9568/05 שמעוני נ' "מובי" בירנבאום בע"מ (פורסם בנבו, 25.6.2007); ת"א (מחוזי חי') 34914-11-09 הידרו-נע נ' סאן הייטק בע"מ (פורסם בנבו, 22.8.2010); ת"א (מחוזי ב"ש) 7287/06 וואליד נ' פארנס ישראל 100% אילת (פורסם בנבו, 8.2.2009); ת"א (מחוזי ת"א) 1711/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' אלי מולה – פרחי ליאת (פורסם בנבו, 14.9.2010); תע"א 4403/09 (מחוזי ת"א) וול-ארט בע"מ נ' פיצ'טו (פורסם בנבו, 6.6.2011); ע"א 3471/98 סאלם נ' ענתר פ"ד נד(2) 681 (2000); רע"א Buffalo Boots GMBH 502/04 נ' גלי – רשת חנויות נעלים, גלי שלום, פ"ד נח(5) 487 (2004); ת"א (מחוזי ת"א) 2428/01 Koninklijke Jousemann en Hotte NV נ' לי-דן סוכנויות בע"מ (פורסם בנבו, 2.3.2006).

54 ראו ריכוז הפסיקה בגרוסקופף, לעיל ה"ש 39, ה"ש 7, וכן בפסיקה הרבה לאחר מאמר מקיף זה: בש"א (מחוזי ת"א) 17647/01 רמטקס בע"מ נ' ארוטקס בע"מ (פורסם בנבו, 20.1.2002); ה"פ (מחוזי ת"א) 1101/01 רדיו ללא הפסקה בע"מ נ' רשות השידור (פורסם בנבו, 26.8.2002); ת"א (מחוזי ת"א) 2303/03 דיאליט בע"מ נ' חברת היהלום בע"מ (פורסם בנבו, 11.1.2004); בש"א (מחוזי נצ') 2588/06 XL USA LLC נ' מחאג'נה (פורסם בנבו, 17.10.2006); ת"א (מחוזי ת"א) 2085/01 אבגנים נ' בריח (פורסם בנבו, 30.1.2007); ת"א (מחוזי חי') 671/05 סובחי נחלה נ' שיווק קפה אלמוכתאר בע"מ (פורסם בנבו, 15.1.2006); ת"א (מחוזי מרכז) 5770-08-07 אפקים נרחבים בניה והשקעות 1990 נ' חזקאל (פורסם

פרופסור אלקין-קורן⁵⁶ היא שהצביעה, כביד אמן, על הסכנה הכרוכה בהכרה בזכויות מעין-קנייניות ועל הפגיעה בנחלת הכלל בעקבות זאת. פגיעה זו לשיטתה עשויה להביא עמה להרס האיוון שקבע המחוקק בין זכויות היוצר לזכויות הציבור.⁵⁷ החלת דיני עשיית העושר לצד דיני הקניין הרוחני והענקת שיקול דעת רחב בהקשר זה לבתי המשפט, הסבירה אלקין-קורן, תגרום להרתעת יתר,⁵⁸ לחוסר ודאות בשוק,⁵⁹ לחוסר ודאות משפטית,⁶⁰ להגבלת השימוש במידע,⁶¹ לצמצומה של "נחלת הכלל",⁶² לעליית מחיר הגישה למידע⁶³

- בנבו, 8.5.2011; ת"א (מחוזי ת"א) 1439/06 סימנדה נ' א.ג.א.ש.א. תכשיטים בע"מ (פורסם בנבו, 24.11.2010); ת"א (מחוזי ת"א) 1999/05 Wrangler Apparel Corp. נ' קרוקר 1991 – מערכות אפנה בע"מ (פורסם בנבו, 11.9.2011); ת"א (מחוזי י-ם) 6157/04 דוד ("הכי טוב") דבש נ' אדלר, חומסקי & ורשבסקי (פורסם בנבו, 7.11.2006); ת"א (מחוזי י-ם) 7236/05 לויין נ' אבני (פורסם בנבו, 15.5.2006).
- 55 אלקין-קורן, לעיל ה"ש 2; עופר גרוסקופף הגנה על כללי תחרות באמצעות דיני עשיית עושר ולא המשפט 330–303 (2002); דויטש, לעיל ה"ש 38, בעמ' 103–278, חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 90–96 (2005); גיא פסח "זכויות שידור – גלגוליה של סבונתית [פסק הדין בעניין] א.ש.י.ר. וחלקה כגורם מעצב בשוק התקשורת" המשפט י 131 (2005); גרוסקופף, לעיל ה"ש 39.
- 56 ראו במאמרה של אלקין-קורן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 64.
- 57 שם, בעמ' 63: "תמריצים ליצירה מחייבים לא רק מתן גמול ליוצר, אלא גם סביבה התומכת ביצירה והמצאה. סביבה כזו מחייבת להבטיח גישה למידע, לימוד והפריה, שיתוף במידע, חילופי רעיונות, השראה, שיפור ושינוי מתמידים של מידע קיים. מדיניות המידע המוצאת את ביטוייה בדיני הקניין הרוחני אינה מעודדת יצירה על ידי מתן שליטה ובעלות מוחלטת. להיפך, לצד מנגנון הבעלות הפרטית במידע, דיני הקניין הרוחני מבטיחים את המשך קיומה של נחלת הכלל, במילים אחרות, היעד של עידוד היצירה טומן בחובו נוסחת איוון פנימית בין הצורך במתן תמריצים לייצור מידע לבין הצורך ביצירת נחלת הכלל והעשרתה כאמצעי לפיתוח מידע. איוון זה נעלם מניתוח הסוגיה בחוות הדעת של השופטים בעניין א.ש.י.ר."
- 58 שם, בעמ' 66: "ניסוח הנורמה המשפטית כסטנדרט עלול ליצור אפקט הרתעה שיניע את המשתמשים להימנע מפעולות נוספות מעבר לשימושים שהמחוקק ביקש לאסור, ואך מעבר לשימושים שבית המשפט מבקש למנוע על פי דיני עשיית עושר."
- 59 שם, בעמ' 66: "שאלת האחריות המשפטית בגין נטילת הרעיון תוכרע בדיעבד (אקס-פוסט). לפיכך, הכרעתו של המשתמש אם להשתמש במידע קיים או להימנע מכל שימוש בו תיעשה בנסיבות של חוסר ודאות [...] המשתמש הסביר חייב להניח שגם בהיעדר רישום, ייתכן שתעמוד לממציא/למעצב הגנה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט."
- 60 שם, בעמ' 68: "ציבור המשתמשים במידע, הכולל צרכני מידע, חוקרים ומתחרים בכוח, יתקשה לפנות מראש אם שימוש כלשהו ייתפס כהתעשרות בלתי מוצדקת."
- 61 שם, בעמ' 69: "המידע עצמו אינו חפץ פיזי שתחומיו מוגדרים ומסמנים לכולי עלמא מהו הגבול שחצייתו תהווה פלישה לזכות. מידע הוא ערטילאי. הוא נהפך לנכס באמצעות דיני הקניין הרוחני. דינים אלה מטילים הגבלות מכוח החוק על שימושים שעשויים להיחשב לגיטימיים."

ועלייה בעלות המשפטית. עוד הצביעה פרופסור אלקין-קורן⁶⁴ על כך שלעתים הענקת זכויות שכזו עלולה להעניק אף זכות חזקה מזו שהייתה מתקבלת מהזכות הקניינית המוסדרת,⁶⁵ ונוסף על כך אי אפשר לצפות מבתי המשפט ליישם את מלוא השיקולים המרובים והשונים בכל תיק ותיק ובכל מידע ומידע על סוגיו השונים.⁶⁶ מנגד, פרופסור מיגל דויטש⁶⁷ היה סבור בספרו המונומנטלי כי הרחבת היקף הזכויות חיונית לשם התאמת הכללים המשפטיים לצרכים המשתנים. על פי עמדתו של המלומד, הגמישות שמאפשרת הלכת א.ש.י.ר היא רצויה ואף ברוכה, שכן על אף פגיעתה בנחלת הכלל ובוודאות יש בכוחה לאפשר עשיית משפט צדק. ובלשון פרופסור דויטש: "ניתן לאתר בהחלטה [בפס"ד א.ש.י.ר] את מה שניתן לכנות כ'תסמונת המילניום': התחושה, המובעת בחלק מחוות הדעת בפסק הדין, לפיה אנו מצויים בתקופה של התפתחות מדעית וטכנולוגית מואצת, אשר מחייבת שמירה על שיקול דעת רחב לבית המשפט, להסדרת התופעות החדשות".⁶⁸ לשיטתו, "ככל שהמשפט חש פחות בטוח, הוא פונה בהכרח אל הנסיבות והגמיש [...]. אך דומה כי אין מנוס מכך".⁶⁹ "אף שערך הוודאות המשפטית הוא

- 62 שם, בעמ' 69: "קיומה של נחלת הכלל קשור קשר הדוק לרמת הוודאות המשפטית [...]. המשמעות המעשית של העמימות המשפטית היא שהכל אסור אלא אם כן ניתן רישיון בפועל [...] 'הקניין הרוחני שביושר' מאיים לצמצם באופן ניכר את הוודאות בתחום".
- 63 שם, בעמ' 70: "התייקרות המידע עשויה להשליך על פעולות הייצור והצריכה של מידע, ככל שניתן להפריד ביניהן. מחיר המידע משפיע על אפשרות הגישה למידע".
- 64 שם, בעמ' 65: "דיני עשיית עושר מעבירים את שיקול הדעת לקביעת תוכנה של הנורמה המשפטית מן המחוקק לבתי המשפט [...] הגדרתו של היקף ההגנה האופטימאלי במוצרי מידע לסוגיהם השונים הינה סבוכה המחייבת נתונים אמפיריים בנוגע לאופי המוצר, חיוניותו, אמצעי הייצור וההפצה, מבנה השוק, בשלות השוק והטכנולוגיה ועוד. לא ניתן לצפות ששיקולים מעין אלה יעמדו לפני בית המשפט בכל סכסוך נתון, והם מחייבים מחקר מקדים וראייה כוללת של ענפי הכלכלה השונים והזיקה ביניהם".
- 65 שם, בעמ' 56. מעניין הדבר שייתכן שזה גם המצב בפועל במקרים רבים. טול את ההשוואה בין אדם שטרם והגיש בקשת פטנט על אמצאתו לבין פלוני שלא עשה כן. כפי שנראה להלן, מגיש בקשת הפטנט לא יוכל לעתור לקבלת סעד מכוח דיני עשיית העושר (כפי שנראה להלן במסגרת הדיון בפסק הדין Merck), ואילו רעהו שלא טרח לרשות את אמצאתו יוכל לנסות ולעשות כן. אמנם לאותו גורם שרשם את אמצאתו יעמדו סעדים קנייניים חזקים בשלבים מאוחרים יותר, ורק לאחר רישום האמצאה, אולם במרבית המקרים סעד המניעה הוא הסעד החשוב ביותר והחיוני ביותר וגובר הוא על סעדים כספיים כאלה או אחרים או אף על מניעה מאוחרת למדי.
- 66 לגישתו השונה של השופט שטרוזמן, שלפיה בית המשפט הוא המוסמך – והראוי – לקבוע את האזיון בין הגנת היוצר לנחלת הכלל ראו בעניין אנימה, לעיל ה"ש 30.
- 67 דויטש, לעיל ה"ש 38, בעמ' 261–262.
- 68 שם, בעמ' 281.
- 69 שם, בעמ' 282.

בעל חשיבות רבה, הגנה עליו לא צריכה להיעשות בכל מחיר.⁷⁰ למען לא יהיו הדברים חסרים, נציין כי גם פרופסור אלקין-קורן מסכימה לכך ש"שיקול הדעת הרחב שבית משפט נהנה ממנו יאפשר לו, ביישמו את דיני עשיית עושר, להגיע לתוצאה צודקת שתשרת את היעדים ואת נוסחת האיזון של דיני הקניין הרוחני".⁷¹ עם זאת, לשיטת אלקין-קורן, המחיר המשולם בעקבות זאת כבד ופוגעני מדי בראיית נחלת הכלל. פרופסור דויטש הוא גם שהכריז על מהפכה של ממש בדיני הקניין הרוחני המסורתיים בעקבות הלכת א.ש.י.ר, ובלשונו:⁷²

אף שלהערכתנו, ההחלטה בעניין א.ש.י.ר תאמה את הציפיות המוקדמות ביחס להכרעה העקרונית סביב יצירת מסלול "עוקף קניין רוחני", אין לחדד כי דין הקניין הרוחני וסביבתו, לאחר פסק דין א.ש.י.ר, שוב אינו כדין שלפניו. מעתה, חקיקת הקניין הרוחני אינה "סוף פסוק" בהתדיינות ביחס למחלוקת סביב תוצר רוחני כזה או אחר. משמסתיים דיון בעילה מכוח הקניין הרוחני המוסדר, מתחיל דיון ב"מעגל השכן" של הזכויות, והוא מעגל עשיית עושר ולא במשפט, תוך הפעלת מערכת איוונים חדשה וגמישה.

הנה כי כן, כפי שהבינה הקהילייה המשפטית בזמן אמת, ולמצער שני המלומדים מעלה, נתפסה הלכת א.ש.י.ר כמאפשרת ליצור זכויות יש מאין, גם אימת שדיני הקניין הרוחני המסורתיים חלים (אם במפורש ואם במשתמע). מהפכה של ממש. המציאות, כפי שנראה להלן, שונה. בפועל צעדה ההלכה אחר המציאות, נסוגו הסטנדרטים הכלליים מפני הכללים המשפטיים הספציפיים, ועת נדרשו בתי המשפט למקרים שבהם אירעה התנגשות בין דיני הקניין הרוחני המסורתיים לדיני עשיית העושר, הייתה זו ידם של דיני הקניין הרוחני על העליונה והוחרג יישומה של הלכת א.ש.י.ר מן הדין הספציפי הנבחן.

ג. דחיקת הנשר הגדול מהגרעין המהותי של הקניין הרוחני

את הפרק הזה ניחד לסרטוט המגמה העקיבה שלפיה מוצאת עצמה הלכת א.ש.י.ר נסוגה מפני הגרעין המהותי של דיני הקניין הרוחני. כך, נראה להלן כי כל אימת שהתמודדה הלכת א.ש.י.ר עם חקיקה ספציפית ממארג דיני הקניין הרוחני, היו אלה דיני סימני המסחר, דיני הפטנטים, דיני המדגמים ודיני זכות היוצרים, הייתה ידם של דיני הקניין הרוחני הספציפיים

70 שם, בעמ' 282.

71 אלקין-קורן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 66.

72 דויטש, לעיל ה"ש 38, בעמ' 261; אלקין-קורן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 38–40, 48.

על העליונה, הוחרג יישומה של הלכת א.ש.י.ר, ונקבע כי דיני הקניין הרוחני הספציפיים, עת נבחנים פרטנית, הם הסדר שלילי לתחולת עשיית העושר. מבט זה מקרוב על המציאות בפועל, כך סברנו, לא רק שיתרום תרומתו לשיח המשפטי התאורטי אלא, כך נציע להלן, יפיג את אי-הוודאות האופפת את הלכת א.ש.י.ר ויישומה זה שנים ארוכות.

אכן, מבט אמפירי על המציאות בפועל צריך להיעשות בזהירות רבה. מספר פסקי הדין שייבחנו להלן מועט יחסית, עובדה המצדיקה זהירות רבה בהסקת המסקנות.⁷³ חלק מפסקי דין שייבחנו ניתנו על ידי בתי משפט מחוזיים, ומשכך מדובר בפסקי דין אשר אינם בגדר הלכה מחייבת, ולעתים גם מפסקי הדין שינותחו קשה להסיק את המסקנה הגורפת שבבסיס חיבורנו זה.

עם זאת מבט תצפיתי זה מאפשר, כפי שננסה להראות להלן, להתרכז במצוי על חשבון הרצוי ואולי להבין בצורה הטובה ביותר כיצד נתפסת ומובנת הלכת א.ש.י.ר בפועל ולא רק בתאוריה, ובכך האטרקטיביות שיש לשיטת המחקר המוצעת לשיטתנו. ככלל, בכך נימצא אנו שותפים למגמה הכללית של התחזקות הגישה המשקיפה על המשפט ומנתחת אותו בפועל⁷⁴ ורואים בה גישה שעשויה לתרום לתיאור טוב יותר ולהבנה מעמיקה יותר של מערכת המשפט, ובסופו של דבר תביא גם להשתכללות נורמטיבית ובמיוחד לחקיקת כללים משפטיים שישקפו טוב יותר את המציאות.⁷⁵

1. מיפוי הצמתים של מפגשי הדינים

לצורכי רשימה זו נחלק את נקודות ההשקה של דיני הקניין הרוחני עם דיני עשיית העושר, באופן גס, לשלוש קטגוריות מרכזיות שונות:⁷⁶ הראשונה היא בדמות "הגרעין המהותי" של זכויות הקניין הרוחני, קרי קבוצת המקרים המוסדרים במפורש או בהסדר שלילי במארג החקיקה הקיים של דיני הקניין הרוחני; הקטגוריה השנייה היא בדמות "הגרעין התומך", היינו תפקידם של דיני עשיית העושר ככלי עזר משלים לקשת הסעדים שמקנים דיני הקניין הרוחני; קבוצה שלישית ואחרונה עניינה ב"הגרעין העתידי", לשון אחר: בתפקידה של עשיית העושר בפיתוח הדין הרצוי ובפרט השלמת חוסרים במארג דיני הקניין הרוחני כפי

73 ROBERT M. LAWLESS, JENNIFER K. ROBBENOLT & THOMAS S. ULEN, EMPIRICAL METHODS IN LAW 7 (2010).

74 תיאודור אייזנברג "המחקר האמפירי של המשפט: מקורו, טיבו וההבטחה הגלומה בו" עיוני משפט לד' 303 (2011).

75 לביקורת אוהדת בהקשר זה ראו דפנה הקר "מחקר אמפירי של המשפט – הערות אזהרה אוהדות על המגמה העכשווית" עיוני משפט לד' 327 (2011).

76 חלוקה רעיונית דומה לזו, למצער מן הפן המהותי, הוצעה גם על ידי גרוסקופף, לעיל ה"ש 39, בעמ' 205–208.

שהוא. המשותף לכל שלוש הקטגוריות הוא שבכולן עשויה להימצא הצדקה לכאורית ליישום דיני היושר ובמיוחד להחלת דיני עשיית העושר לצד דיני הקניין הרוחני. פסק דין א.ש.י.ר, על פני הדברים, אינו מציע הבחנה מהותית ואופרטיבית בין החלת דיני עשיית העושר בקטגוריות השונות, ולכאורה מחיל את דיני עשיית העושר החלה שווה על כלל המקרים. להלן נפרט בדבר מאפייני כל קבוצה וקבוצה ובדבר השאלות המתעוררות בקרבה. הקטגוריה הראשונה עוסקת בגרעין המהותי והקשה של דיני הקניין הרוחני, לשון אחר: בגבולות המותר והאסור על פי החקיקה הקיימת. בגדר קבוצה זו נכללים לטעמנו הן אותם המקרים המוסדרים מפורשות במארג הקניין הרוחני הקיים והן אותם המקרים שהוצאו ממנו. דברים אלה אמורים הן בנוגע לעניינים שהוסדרו מפורשות, הן לחיוב והן לשלילה, והן עניינים שניתן לומר שהוסדרו במסגרת שתיקה מודעת של המחוקק, היינו הסדר שלילי.⁷⁷ כדי להבין על נקלה את מאפייני קבוצה מורכבת זו טול לדוגמה את הגנת השימוש ההוגן המנויה בחוק זכות יוצרים. כך, באיזון שבין ההגנה על הקניין הרוחני לבין חופש הביטוי והמידע העניק המחוקק זכות שימוש בלעדית ליוצר, אך סייגה בקביעה ששימוש הוגן הוא מותר, וזאת למטרות מוגדרות כדוגמת לימוד עצמי, מחקר, דיווח עיתונאי וכדומה.⁷⁸ ישאל השואל: האם יש מקום להרחבת זכויות בעל היצירה גם למקרים של "שימוש הוגן", וזאת באמצעות דיני עשיית העושר? או שמא, בדיני הפטנטים הפעם, שימוש באמצאתו של אחר באופן שאינו מפר את הפטנט שנרשם על שם בעל האמצאה יכול להוות עשיית עושר שלא במשפט? האם על אף האיוונים העדינים שקבע המחוקק ראוי שייפרץ הסכר? התשובה לעניות דעתנו שלילית, וכפי שננסה להראות להלן, כך קבעו בפועל גם בתי המשפט השונים עת באו ונדרשו ליישם את הלכת א.ש.י.ר בסיטואציה שהוסדרה במפורש בחקיקה הקיימת. עקב בצד אגודל ננסה להראות כי מאז הלכת א.ש.י.ר הבהירו בתי המשפט כי דיני הקניין הרוחני, כשהם נבחנים באופן פרטני, אחד לאחד, מהווים הם הסדר שלילי לתחולת דיני עשיית העושר. כך נפסק בכל הנוגע לדיני הפטנטים,⁷⁹ המדגמים,⁸⁰ זכות היוצרים⁸¹ וסימני המסחר,⁸² וכך גם מוצע בתזכיר חוק המדגמים.⁸³

77 "שתיקה מדעת, יצירה מכוונת של הסדר שלילי" כהגדרת השופט זוסמן בע"א 108/59 פריצקר נ' "ניב" בע"מ בפירוק, פ"ד יד 1545, 1549 (1960).

78 ראו ס' 19 לחוק זכות יוצרים וכן רע"א 2687/92 גבע נ' חברת וולט דיסני, מח(1) 251 (1993).

79 עניין Merck, לעיל ה"ש 48.

80 ת"א (מחוזי מרכז) 10648-09-09 שבא מפעלי מתכת בע"מ נ' שפרן (פורסם בנבו, 29.7.2010).

81 ת"א (מחוזי ת"א) 1074-05 מעריב הוצאת מודיעין בע"מ נ' חברת אול יו ניד בע"מ (פורסם בנבו, 11.7.2010).

הקטגוריה השנייה עניינה בגרעין התומך, קרי: במצב דברים שבו הסעד שמעניקים דיני הקניין הרוחני אינו מספק דיו, או שמא אינו אפקטיבי לאכיפת הזכות. דוגמה טובה לכך היא מצב שבו היוצר לא הצליח למסחר את יצירתו שהועתקה, ואילו המפר התעשר רבתי מתוצר ההעתקה או ההפרה. בנסיבות כגון דא, וכיוון שחלק מדיני הקניין הרוחני אינם מונים סעד מפורש של השבת רווחי המפר,⁸⁴ עשויים דיני עשיית העושר להיקרא לדגל לצורך השלמת האפשרות למתן סעד אפקטיבי לממציא. אלא שקבוצת מקרים זו איננה מעוררת קושי אמיתי בהקשר חיבור זה ובקשר עם הלכת א.ש.י.ר בפרט. כפי שכבר הציע המלומד דניאל פרידמן בספרו,⁸⁵ אף קודם להלכת א.ש.י.ר, הפעלת דיני עשיית העושר במקרה שכזה איננה נסמכת כלל ועיקר על הלכת א.ש.י.ר כי אם, כמו בענפי משפט אחרים, על תפקידו הראשוני והתחיקתי של חוק עשיית העושר בהגנה על זה שהתעשרו על חשבונם.⁸⁶ למשל, נקל להבין כי במצב כעין זה אין נדרשים אנו לאותו "היסוד הנוסף" שנקבע בהלכת א.ש.י.ר, שכן עצם השימוש הפסול בקניינו הרוחני המוסדר של התובע הוא כשלעצמו ישמש המתווה הנורמטיבי לתביעה. כך למשל בדיון נוסף בעניין אדרס⁸⁷ נקבע כי הפרת החוזה כשלעצמה היא המהווה את התשתית הנורמטיבית במקרה של תביעה להשבת רווח שנובע מהפרת הסכם. לפיכך ולאור דברים אלה לא יעסוק חיבורנו זה כלל בגרעין זה.

הקטגוריה האחרונה, ואולי הסבוכה ביותר ליישום, עניינה במצב שבו אין הדין מעניק כל הגנה ליוצר וגם אי אפשר להסיק הסדר שלילי מדבר החקיקה הרלוונטי. במצב זה, ובניסיון לעשיית צדק במקרה פרטי, מבוקש לייצר במקרים המתאימים, יש מאין, זכות חדשה שביושר מכוח דיני עשיית העושר. קבוצה זו מכונה לצורכי חיבורנו זה "הגרעין העתידי". עד כה הדוגמה המסורתית ששימשה לעניין זה הייתה העתקה של דגמי אפנה, שהביאה לפסק הדין בעניין אנימה.⁸⁸ בגדי אפנה אלה, שהועתקו, לא היו מוגנים בדיני המדגמים וזכויות היוצרים ואף לא באחד מדיני הקניין הרוחני האחרים. עם זאת ועת בתי המשפט נדרשו למלאכת העתקה שיטתית "וקשה לעיכול", מצאו הם עצמם במקרה שבו "החוק מורה, לכאורה, אל-צפון ואילו ליבו של השופט נמשך אל-דרום".⁸⁹ שכן, במקרים

82 עניין אבסולוט, להלן ה"ש 93.

83 תזכיר חוק המדגמים.

84 לעתים החיוב בהשבה, המוטל על הזוכה בעושר ולא במשפט, שונה בהיבטים חשובים מחיוב הפיצויים מכוח דיני הקניין הרוחני. ראו ע"א 2972/95 יוסף וולף ושות' בע"מ נ' דפוס בארי שותפות, פ"ד נג(3) 472 (1999).

85 פרידמן, לעיל ה"ש 31, בעמ' 30–36.

86 Daniel Friedmann, *Restitution of Benefits Obtained Through the Appropriation of Property or the Commission of a Wrong*, 80 COLUM. L. REV. 504 (1980).

87 עניין אדרס, לעיל ה"ש 24.

88 עניין אנימה, לעיל ה"ש 30.

89 דברי השופט חשין בע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד נ(3) 133, 183, פס' 37 (1996).

אלה החוק כביכול "לא התאים" למערכת העובדתית שהוצגה לפני בית המשפט. דוגמאות נוספות לכך עשויות להיות סיטואציות שבהן טרם הוסדרו אירועים משפטיים ספציפיים.⁹⁰ לדוגמה, ניתן למנות סוגיות שונות הנוגעות לרשת האינטרנט שטרם הוסדרו בשל התפתחותם המהירה של המדע והטכנולוגיה. קבוצת מקרים זו היא המתאימה, לשיטתנו, ליישומן של פסק דין א.ש.י.ר, והיא שתשמר את תפקידו של חוק עשיית העושר כגורם משלים אך יוצא דופן.⁹¹ אשר יהא אמון על השלמת החסר התחקיתי כמו גם על התאמת הכללים המשפטיים לצרכים המשתנים, וזאת עד לבוא המחוקק לאמירת דברו. על המתח שבין הקטגוריה הראשונה שלמעלה, זו העוסקת בגרעין המהותי, לבין האחרונה, העוסקת בגרעין העתידי, נעמוד עוד בהמשך חיבור זה, אולם ברי שבמקרים רבים אין זה עניין של מה בכך להכריע אם מדובר במקרה הנופל בגדר הגרעין המהותי או בגרעין העתידי. כפי שנראה להלן, פסק הדין בעניין אדיס, ובייחוד חוות דעתו של השופט אליעזר ריבלין שם, בדעת מיעוט, ממחישה אולי יותר מכול מתח זה.

2. סימני מסחר: פרשיות "אבסולוט שו"י"⁹² ו"אדיס"⁹³

שתי פרשיות אלה, שנדונו בבית המשפט העליון ואשר ננתחן כעת, מדגימות את דחיקתה של הלכת א.ש.י.ר מפני דיני סימני המסחר בגרעין המהותי. הראשון, עניין אבסולוט, עסק במותג מפורסם של משקה אלכוהולי מסוג וודקה, שהיה רשום כסימן מסחר בישראל בהגדרת המשקאות הכהילים. במסגרת זו טענה בעלת המותג כי השימוש של בעלי רשת חנויות הנעלה בשם "אבסולוט שו"י" מהווה הפרה של סימנה המסחרי. טענת אבסולוט הייתה שסימנה הרשום הוא "מוכר היטב", ולפיכך מכוחו היא זכאית לשימוש ייחודי בו, גם לעניין טובין שאינם מאותו הגדר שבו נרשם סימן המסחר.⁹⁴ עוד טענה בעלת הסימן לדילול

90 פרסומת השוואתית למשל היא דוגמה טובה לכך. סוגיה זו אינה מוסדרת בחקיקה הישראלית אף שזכתה, למיטב ידיעתנו, להסדרתה תחקיתית במרבית המדינות המתוקנות.

91 למשל בדברי השופט ריבלין באחת הפרשיות שעסקו בגרעין זה (שבו לא הייתה זכות קניין רוחני כלשהו לזכות היוצר): "אכן, רק במקרים חריגים יסודות האמצאה בהם מאופיין 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 הנויקין" (ע"א 9568/05 שמעוני נ' "מובי" בירנבאום בע"מ (פורסם בנבו, 25.6.2007)).

92 ע"א 9191/03 V&S Vin Spirit Aktiebolag נ' אבסולוט שו"י בע"מ, פ"ד נח(6) 869 (2004).

93 ע"א 563/11 ADIDAS SALOMON A.G. נ' יאסין (פורסם בנבו, 27.8.2012) (להלן: עניין אדיס).

94 סעיף 46א (ב) לפקודת סימני המסחר קובע כי "סימן מסחר מוכר היטב שהוא סימן מסחר רשום, יזכה את בעליו בשימוש ייחודי בסימן גם לעניין טובין שאינם מאותו הגדר, אם השימוש בסימן על ידי מי שאינו בעליו עשוי להצביע על קשר בין הטובין האמורים לבין בעל הסימן הרשום ובעל הסימן הרשום עלול להיפגע כתוצאה משימוש כאמור".

המוניטין העומד לה והחשוב לענייננו לעשיית עושר ולא במשפט. בהקשר זה טענה אבסולוט כי רשת חנויות הנעליים מתעשרת על חשבונה בשל השימוש בשמה, וכי מדובר בהתנהגות פסולה שיש לגנותה.

בית המשפט העליון אישר את פסק דינו של בית המשפט המחוזי ודחה את הטענה להפרתו של סימן המסחר. קביעה זו נבעה הן מאופיו של הסימן הנבחן, ערך מילוני, והן מן המסקנה כי אין מדובר בתחום קרוב דיו לתחום שבו הסימן מוכר ופורסם, וכי אין חשש של ממש כי לקוחותיה של בעלת הסימן הרשום יטעו לחשוב שעסקו של הנתבע קשור לעסקיה. השופט אליקים רובינשטיין דחה גם את הטענה לעשיית עושר וזאת ללא דיון מהותי בגופה, בקבעו כי –

באשר לעשיית עושר ולא במשפט, מובן כי אין זה המקרה שעליו נסבה הילכת א.ש.י.ר הנזכרת, שהרי בענייננו, בסימן רשום, הייתה פתוחה בפני המערערות דרך המלך של דיני הקניין הרוחני, בעוד שבאותו פסק-דין לא היו זכויות הקניין הרוחני רשומות. משלא תצלח דרך המלך, לא תצלח גם הדרך הצדדית.⁹⁵

השופט רובינשטיין קרא אפוא את פסק דין א.ש.י.ר ככזה החל רק באותם המקרים שבהם אין בידי התובע זכויות קניין רוחני כלשהן, ובעיקר הוציא את דיני עשיית העושר ממשוואת דיני סימני המסחר. השופט רובינשטיין אמנם אינו מרחיב בנימוקו, להבדיל מפרשיית אדידס שאותה נבחן מיד, אך ניתן לחוש כי מלכתחילה לא חש בצורך להרחיב בכך. כפי שהבהיר השופט רובינשטיין לימים את עמדתו, גם אם לא נחרצות, הרי שלשיטתו פסק הדין בעניין א.ש.י.ר עסק בשאלה העקרונית של תחולת דיני עשיית העושר במצב שבו אין קיימת זכות מכוח דיני הקניין הרוחני. עמדת השופט רובינשטיין היא שכאשר דיני סימני המסחר אינם מאפשרים הגנה על זכות, הרי שאין לאפשר למבקש ההגנה לעקוף את האיזון שקבע המחוקק ולהשיג זכויות שהמחוקק לא ראה לנכון להעניקן.

הייתה זו פרשיית אדידס, בשנה החולפת, שבה עלתה שוב לדיון הסוגיה העקרונית בדבר היחס שבין דיני עשיית העושר לדיני סימני המסחר. במסגרת זו נדרש בית המשפט העליון לשאלה אם ייבוא של נעליים הנושאות ארבעה פסים מהווה הפרה של סימן "שלושת הפסים", הרשום כסימן מסחר של חברת אדידס ומזוהה עמה. עוד טענה אדידס, וזה העיקר לענייננו, כי יש במעשי היבואן משום תחרות בלתי הוגנת, ולפיכך מהווים הם עשיית עושר ולא במשפט.

שלושת שופטי בית המשפט העליון דחו פה אחד את טענת אדידס להפרה של סימנה המסחרי עת סברו כי אין חשש להטעיית הצרכנים. קביעה זו, על נימוקיה השונים, אינה

95 עניין אבסולוט, לעיל ה"ש 92, פס' יז.

חפה מספקות, אך הדברים חורגים מחיבורנו זה. שונים הם הדברים בקשר להחלתו של חוק עשיית עושר ולא במשפט. בעניין זה ניטשה מחלוקת בין דעות השופטים: השופטים חיות ורובינשטיין קבעו כי אין מקום להחיל את חוק עשיית עושר במקרה זה, והשופט ריבלין אחז בדעת מיעוט.

שופטי הרוב סברו שעת מדובר בתביעה העוסקת בגרעין הקשה של דיני סימני המסחר, אין הם רשאים כלל להידרש להלכת א.ש.י.ר. השופטת אסתר חיות סברה כי "שופטי הרוב בעניין א.ש.י.ר בחרו להותיר בצריך עיון את השאלה האם מקום שבו זכאי התובע לתבוע לפי דיני הקניין הרוחני יוכל הוא לתבוע במקביל או לחלופין על פי חוק עשיית עושר",⁹⁶ והוסיפה וקבעה כי "משכשל התובע בהוכחת הפרתו של סימן מסחר רשום ומשאנו זכאי להגנה קניינית מכוח 'זכות ממוסדת' זו, אין מקום למתן סעד על פי עילה חלופית הנסמכת על חוק עשיית עושר".⁹⁷

השופט רובינשטיין שב על עמדתו מפסק הדין בעניין אבסולוט בכתבו את הדברים האלה:

[...] מסופקני אם מסייעת לנו הלכת אשר בכגון דא. הלכה זו באה במקום שקצרה ידם של דיני הקניין הרוחני, לא בגלל המהות אלא כיון שלא היה רישום, ועל כן ניתנה הגנה מסוימת לפי דיני עשיית עושר. ואולם, האם המשפט מספק הגנה של "מעין קניין רוחני" במקום שדיני הקניין הרוחני נבדקו ונמצא כי לא הופרו, כבנידון דידן, והוכרע פה אחד שהגנת סימני המסחר אינה עומדת לאדידס חרף סימנה הרשום? [...] בסופו של יום המענה בתחום סימני המסחר הוא האמור ככלל לספק את התשובה, בלא שאנעל דלת לפיתוח משפטי עתידי תלוי נסיבות.⁹⁸

בדעת מיעוט סבר השופט ריבלין מנגד כי יש להעניק לאדידס סעד מכוח חוק עשיית עושר ולא במשפט, הן משום שדיני סימני המסחר אינם יוצרים הסדר שלילי בסוגיה הנדונה והן משום שקמה זכות לפי "הדין הפנימי" של עשיית עושר. מבט מקרוב על חוות דעתו של השופט ריבלין ובעיקר על האופן שבו אבחן הוא את עניין אדידס מעניין אבסולוט האמור,⁹⁹

96 עניין אדידס, לעיל ה"ש 93, פס' 21.

97 שם, שם.

98 שם, פס' ה לפסק דינו.

99 שם, פס' 7: "באותו מקרה, אם כן, שיקולים מהותיים של מדיניות הם ששללו את הגנת דיני הקניין הרוחני ועל-כן לא היה זה מקרה מתאים להחלת דיני עשיית עושר. לא ניתן לומר כי דיני הקניין הרוחני לא הסדירו את הסוגיה של שימוש בכינויים תיאוריים – בין במסגרת אותו הגדר ובין במסגרת הגדרים שונים – ובמובן זה 'הייתה פתוחה בפני המערערות דרך המלך של דיני הקניין הרוחני' – אשר אם לא תצלח לא תצלח גם הדרך הצדדית' [...]. הסוגיה שלפנינו,

מלמד שגם השופט ריבלין סבר כי אין לאפשר לדיני עשיית העושר חדירה לגרעין הקשה של דיני הקניין הרוחני. אלא שלשיטתו, מקרה זה בעניין אדידס אינו חלק מן הגרעין המהותי של דיני סימני המסחר, שכן עסקינן לשיטתו בלקונה בדיני סימני המסחר ואי אפשר ללמוד על הסדר שלילי בהקשר זה, ומכאן קצרה הדרך לשיטתו להחלת דיני עשיית העושר. הנה כי כן, נראה כי שלושת שופטי ההרכב הסכימו שאין להחיל את דיני עשיית העושר על הגרעין המהותי של דיני הקניין הרוחני, שכן גם חוות דעתו של השופט ריבלין כוונה לקטגוריה השלישית שאותה מנינו לעיל בדמות הפיתוח העתידי של דיני הקניין הרוחני. הבדל זה בין גישת דעת הרוב למיעוט ממחיש לשיטתנו את המתח הקיים בין הגרעין המהותי לגרעין העתידי המשמר את תפקידו של חוק עשיית העושר כגורם משלים, אך יוצא דופן, להתאמת הכללים המשפטיים לצרכים המשתנים.

דוגמה נוספת טובה להבחנה המוצעת ניתן למצוא בפסק דין בואינג,¹⁰⁰ אשר קדם להלכת א.ש.י.ר. שם, בדומה לעניין אבסולוט, נבחנו גבולות הגנתו של סימן מסחר מוכר היטב. התובעת שם, חברת בואינג, עסקה במכירה של מטוסי נוסעים, ואילו הנתבעת, זו שהשתמשה בסימן המסחר הרשום בואינג, עסקה במתן שירותי תיווך בתחום התיירות והנסיעות. נראה שבימים אלה היה מוכרע תיק זה על נקלה מכוח ההגנה הרחבה שהוענקה לסימנים רשומים ומוכרים היטב בפקודת סימני המסחר, אלא שבאותה העת טרם הסדירה פקודת סימני המסחר הגנה רחבה זו, ובית המשפט המחוזי, השופט בן-יאיר, נאלץ לדחות את הטענה להפרת סימן המסחר הרשום בשל ההבדל בין סוג הטובין שבהן הסימן הרשום מוכר לבין סוג השימוש שנעשה בסימן המפר. ואולם, בבואו לנתח את עילת עשיית העושר סבר בית המשפט כי התובעת זכאית לשמור על שמה ועל המוניטין שרכשה, לבל יהיו לנחלת הכלל שלא מרצונה ושלא ברשותה, ולכן הוכיחה את תביעתה מכוח הוראותיו של חוק עשיית עושר ולא במשפט. בדרך דומה פסע השופט שטרוזמן בעניין Cartier,¹⁰¹ שם צלחה דרכה של חברת מוצרי היוקרה, באמצעות דיני עשיית העושר, למנוע את השימוש בשמה במסגרת מכירת חטיפי גלידה על ידי חברת סנוקרסט ולצורך המכירה. מדובר אפוא במקרים מובהקים של "הגרעין שטרם הוסדר", קרי: מצבים שבהם קיימת לקונה בדיני הקניין הרוחני, ואולם תחושת הצדק, ועמה דיני עשיית העושר, מבקשים להשלים את החסר הקיים עד לפיתוח המשפט.

לעומת זאת, לא זכתה מן הבחינה המהותית להסדר במסגרת דיני הקניין הרוחני, ועל-כן גם לא ניתן לומר כי פתוחה הייתה דרך המלך של דיני הקניין הרוחני בפני המערערת כאן."

100 ת"א (מחוזי ת"א) 1769/83 The Boieng Company נ' בואינג נסיעות ותיירות בע"מ, פ"מ התשמ"ט(3) 108 (1989).

101 ת"א Cartier Inc. 147/94 נ' סנוקרסט (שיווק) 1980 בע"מ (פורסם בנבו, 10.3.1994).

3. פטנטים – פרשת Merck¹⁰²

בפרשייה זו עמדה לדיון ההתנגשות בין דיני הפטנטים לדיני עשיית העושר. השאלה שהתעוררה היא אם עומדת לבעל אמצאה שהגיש בקשה לרישום פטנט האפשרות למנוע עשיית שימוש באמצאתו בתקופה שבין קיבול הבקשה לפטנט ועד להכרעה בהתנגדויות לבקשה, וזאת באמצעות דיני עשיית העושר.

בסעיף 179 לחוק הפטנטים נקבע כי "אין להגיש תביעה על הפרה אלא לאחר שניתן הפטנט", ואולם טענת התובעת הייתה שהלכת א.ש.י.ר היא שהניחה את העיקרון הכללי לכך שדיני הקניין הרוחני אינם מהווים הסדר שלילי לתחולת דיני עשיית העושר, ולפיכך חוק הפטנטים אינו מהווה הסדר שלילי השולל אפשרות הגשת תביעה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, וכי יש לבחון את הדברים לגופם.

בית המשפט המחוזי בתל אביב¹⁰³ דחה את התביעה על הסף בהחלטה מנומקת, מן הטעם שכל עוד לא ניתן הפטנט, אין ליתן סעד למניעת ניצול האמצאה מושא בקשת הפטנט בעילה של עשיית עושר ולא במשפט. בפרשייה אחרת, S.K.B. נ' אוניפארם,¹⁰⁴ קבע בית המשפט המחוזי בתל אביב, אמנם במסגרת החלטת ביניים שהתירה תיקון כתב תביעה, שניתן לבקש סעד מדיני עשיית עושר ולא במשפט בנוגע לניצול של אמצאה מושא בקשת פטנט שכנגדה מנוהל הליך התנגדות. על רקע דברים אלה התברר הערעור בבית המשפט העליון.

בפסק דינו המנומק בעניין Merck קבע בית המשפט העליון כי אי אפשר להחיל את דיני עשיית העושר על הגרעין המהותי של דיני הפטנטים. חוק הפטנטים, הסבירו שופטי ההרכב, הוא הסדר פנימי ושלם הנותן תשובה מלאה למצב של תחרות בין מוצר הנמצא בהליך רישום פטנט ובין מוצר מתחרה גם אם מועתק. הסדר מאוזן זה שולל תחולה של דינים

102 עניין Merck, לעיל ה"ש 48.

103 בש"א (מחוזי ת"א) 19810/04 (ת"א 2292/04 Merck & Co. Inc נ' טבע תעשיות פרמצביות בע"מ, פ"מ התשס"ד (1) 145 (2005), מפי השופט בנימיני.

104 בש"א (מחוזי ת"א) 8678/04 (ת"א 2091/02 Smith Kline Beecham PLC נ' אוניפארם בע"מ, פס' 5 לפסק הדין (פורסם בנבו, 20.6.2004), מפי השופט דניה קרת-מאיר: "אינני רואה מקום לקבל את פרשנות המשיבות, על פיה יש לראות בהוראת סעיף 179 לחוק בגדר הסדר שלילי המונע מהמבקשות עילת תביעה בגין עשיית עושר ולא במשפט [...] כלומר, ניתן לכל היותר לקבוע כי ס' 179 לחוק מהווה הסדר שלילי, במובן זה שלא קיימת עילת תביעה בגין הפרת פטנט אלא לאחר שניתן הפטנט. אין כמובן לראות בהוראת סעיף 179 לחוק בגדר הסדר שלילי המונע תחולת דיני עשיית עושר, כפי שנקבע ע"י שופטי הרוב בפס"ד א.ש.י.ר. [...]" לביקורת על החלטה זו ראו במאמרו של עו"ד משה גולדברג אשר שימש כרשם הפטנטים, המדגמים וסימני המסחר בשנים 1998–2002; משה ש' גולדברג "פס"ד א.ש.י.ר כמכשיר ליצירת זכות בפטנט בלתי כשיר" (פורסם בנבו, 2004). דויטש דווקא תומך במסקנתה של השופטת קרת-מאיר; דויטש, לעיל ה"ש 38, בעמ' 205.

חיצוניים לחוק הפטנטים, לרבות דיני עשיית העושר. כאשר קיים הסדר מלא בדין ספציפי, שאיבת סעדים ממקור חיצוני עלולה לערער את האיזון המיוחד שקבע המחוקק:

הכרה בזכותו של בעל האמצאה לשאוב סעדים מענף משפטי חיצוני, ולהטמיעם בהליך בקשה לפטנט לצורך בלימת התחרות בתקופת הביניים, עלולה לערער את האיזונים הפנימיים שיצר חוק הפטנטים. הענקת צווי מניעה מכח דיני עשיית עושר, שנועדו לאסור על מתחרה לייצר ולשווק תרופות מתחרות בתקופת הביניים, משמעה הענקה, למעשה, של זכויות מעין-קנייניות לבעל האמצאה קודם לרכישת הזכויות הקנייניות באמצאה באמצעות הפטנט. פרשנות המאפשרת אימוץ סעדים מכח דיני עשיית עושר משנה, אפוא, באופן בסיסי את האיזונים הקיימים בדיני הפטנטים, והמסקנה המתבקשת מכך היא כי דינים אלה שוללים במשתמע התערבות מקורות דין חיצוניים בסוגיה הנוגעת לענייננו.¹⁰⁵

כך, בפסיקה זו הוצאו גם דיני הפטנטים, במישור המהותי, מתחום כנפיהם של דיני עשיית עושר ולא במשפט.¹⁰⁶ חשיבותה של פרשייה זו בהקשרנו היא בעיקר בהיותה אולי התמיכה הטובה ביותר לתזה שלפיה אמנם פסק הדין בעניין א.ש.י.ר עסק בשאלה תקדימית אך היא מצומצמת וכללית.

כך, וכפי שכבר ציינו בתמצית קודם לכן, אחת משלוש הפרשיות שנדונו בהלכת א.ש.י.ר היא פרשיית אתר,¹⁰⁷ ובה מדובר בהענקת אמצאה אשר הייתה תלויה ועומדת בעניינה בקשת פטנט. על אף האמור אף לא אחד משופטי דעת הרוב סבר שיש למנוע באופן גורף ומקדמי את תחולתם של דיני עשיית העושר באותו העניין, וזאת בניגוד לפסק הדין בעניין Merck, שבו סבר בית המשפט העליון אגב דיון קונקרטי בסוגיה שדיני הפטנטים אינם פותחים שעריהם לדיני עשיית העושר. הדרך ליישב זאת לגישתנו היא כאמור בהסתכלות על פסק דין א.ש.י.ר כמי שעסק בשאלה הכללית בדבר תחולתם של דיני עשיית העושר על דיני הקניין הרוחני ולצדם, וזאת ללא מבט מקרוב על כל אחת ממערכות הדינים. לשון אחר: ניתן לומר כי פסק דין א.ש.י.ר אמנם עסק בסוגיה תקדימית אך מצומצמת מאוד מבחינת

105 עניין Merck, לעיל ה"ש 48, פס' 32.

106 במסגרת הצעת חוק הפטנטים (תיקון מס' 12) (פרסום בקשות פטנט), התשע"א–2011, ועל רקע פסק הדין בעניין Merck, לעיל ה"ש 48, הוצע להחריג מפורשות את דיני עשיית העושר מדיני הפטנטים (דברי ההסבר בעמ' 1253). הצעה זו לא הוכללה לבסוף במסגרת התיקון חוק הפטנטים (תיקון מס' 10), התשע"ב–2012, ס"ח 2367 (התקבל ביום 9 ביולי 2012), אולם מבט מקרוב בדיונים בחקיקה מגלה כי לא היה זה מטעם מהותי.

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

היקפה, היינו: בשאלה אם יש בדיני עשיית העושר כדי לסייע למי ששערי הקניין הרוחני אינם פתוחים בפניו מטעמים של חסר תחיקתי. לפיכך דומה שלא יהא נכון לקרוא את פסק א.ש.י.ר. כמאפשר לדיני עשיית העושר ליצור זכויות מהותיות גם במקרים "קשים יותר" שבהם חלים דיני הקניין הרוחני ישירות, או אף מוציאים מתחולתם מקרים אחרים.

4. זכויות יוצרים – פרשיית "מעריב"

בגלגולה האחרון של פרשייה זו בעניין מעריב¹⁰⁸ הועמדה לדיון האפשרות להחלת דיני עשיית העושר במקום שבו דיני זכויות היוצרים בחרו שלא להעניק הגנה.¹⁰⁹ מעריב,

108 עניין ת"א (מחוזי ת"א) 1074-05 מעריב, לעיל ה"ש 81. ערעור על פסק דין זה הוגש לבית המשפט העליון, אולם הוא נמחק בהסכמת הצדדים. ראו ע"א 7405/10 מעריב הוצאת מודיעין בע"מ נ' חברת אול יו ניד בע"מ (פורסם בנבו, 11.6.2012).

109 לאחר השלמת כתיבת חיבור זה ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון בע"א 5097/11 טלראן תקשורת (1986) בע"מ נ' צ'רלטון בע"מ (פורסם בנבו, 2.9.2013). פסק הדין עסק בעיקרו בשאלה אם "פיצוח" של אמצעי הגנה אלקטרוני מהווה הפרה של זכויות יוצרים. במסגרת זו קבע בית המשפט העליון כי במתווה הנורמטיבי הנוכחי אי אפשר לקבוע כי פעולה שכזו מהווה הפרה של זכויות יוצרים, וכי הדרך הנכונה, עם כל הקושי שבדבר, היא התבוננות דרך משקפי דיני עשיית העושר ובעיקר פסק דין א.ש.י.ר. לעניינו, קשה לחלק עמדה נחרצת בשאלה לאיזה מן המעגלים שבחיבור זה ייחסו שופטי ההרכב את המקרה שנדון בפניהם, איש על פי חוות דעתו. לשון אחר: מקריאת פסק הדין אי אפשר לקבוע נחרצות אם שופטי ההרכב ראו באי-הסדרתה של סוגיית אמצעי ההגנה האלקטרוניים לקונה או שמא הסדר שלילי ואולי אף הסדר שלילי שגוי שעשוי להשתנות. קריאת חוות דעתו של השופט רובינשטיין למשל תומכת במסקנה כי מדובר בהסדר לא ממצה, וכלשונו: "[...] כיון שהמחוקק לא כלל בחוק זכויות יוצרים [...] את ההגנה כלפי עקיפת אמצעי הגנה טכנולוגיים, מכירתם של אלה אינם הפרת זכות יוצרים [...]"] (שם, פס' ב לפסק דינו). אלא שמדובר בהסדר שאינו מעודן לדבריו, ולפיכך הביא את דברי גרוסקופף: לעיל ה"ש 39, בעמ' 224, ה"ש 85: "כאשר הסדר הקניין הרוחני אינו עדכני באחד מהמובנים שנמנו לעיל (מועד, פירוט או התאמה) יש מקום לאפשר חקיקה שיפוטית" והציע לפנות "לנתיב הצדדי של עשיית עושר ולא במשפט", כיוון "[ש]דרך המלך חסומה בשל מכשול משפטי" ובשל החשש כי "ללא מתן הגנה ראויה, לא רק שייגרם עוול [...] אלא גם עלול להיפגע הדחף ליוזמה ולחידושים [...]". לבסוף אף הזהיר השופט רובינשטיין מפני שימוש תדיר בעילה זו בצינו כי "אין זו בעליל דרך המלך הראויה, אלא דרך מפלט לעתותי מצוקה משפטית" ועל כן חזר וקרא למחוקק לומר את דברו. השופט צבי זילברטל, מנגד, הציג עמדה נחרצת יותר הקשה יותר לעניינו, ולפיה "המחוקק [היה] מודע לסוגיית אמצעי ההגנה הטכנולוגיים [...] ובחר שלא לכלול אותה בהסדר החקיקתי". עם זאת סבר כי "אפשר שבמקרה כזה תעמוד לבעל הזכות עילה [...] מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט" (פס' 37 לפסק דינו). השופט יצחק עמית גילה לבסוף את העמדה הגמישה ביותר. אף שהצטרף לתוצאה והסכים כי "יש ליתן משקל של ממש לעובדה שהמחוקק מצא לנכון שלא להסדיר לעת הזו את הנושא של אמצעי הגנה טכנולוגיים" (פס' 5 לפסק דינו), הציג דרך ניתוח שונה אשר עשויה להביא להסדרת הסוגיה דרך חוק זכויות יוצרים עצמו, בצינו ש"כלי

התובעת באותה פרשייה, הפעילה אתר אינטרנט שבאמצעותו היא פרסמה מודעות דרושים. הנתבעים, המפעילים את אתר Alljobs, ריכזו את כל המשרות הפנויות המתפרסמות ברשת ובעיתונות ואפשרו למחפשי העבודה צפייה מרוכזת בהן. את המידע על אודות המשרות הפנויות ליקטו הנתבעים מאתרי אינטרנט שונים, בין היתר מאתר התובעת. הנתבעים לא העתיקו מאתר התובעת את נוסח המודעות עצמן אלא השתמשו בפרטי המידע הגולמי שהופיע בפרסומי אתר התובעת. טענת מעריב הייתה שמעשי הנתבעת מהווים הפרת זכויות יוצרים ועשיית עושר ולא במשפט.

לאחר שבשלב הסעדים הזמניים נדחו טענותיה של מעריב להפרת זכויות יוצרים, הן על ידי בית המשפט המחוזי והן על ידי בית המשפט העליון, זנחה מעריב את הטענה כי עומדת לה זכות יוצרים במודעות, והשאלה המרכזית¹¹⁰ שהועמדה לדיון בתיק העיקרי הייתה אם מעשי הנתבעת מהווים עשיית עושר שלא במשפט.

ברקע פסק הדין עמד חיבורו המקיף של פרופ' גרוסקופף, כיום שופט בית המשפט המחוזי מרכז, שבמסגרתו נבחן לעומק היחס שבין דיני זכויות היוצרים בכלל וחוק זכות יוצרים החדש בפרט לבין דיני עשיית העושר.¹¹¹ השופט גרוסקופף סבר כי חוק זכויות יוצרים החדש אינו מונע את האפשרות ליישומה של הלכת א.ש.י.ר באופן גורף, אולם הניח את התשתית לבחינתה מחדש של הלכת א.ש.י.ר בנוגע לחוק זכות יוצרים החדש ובמיוחד את התנאים ליישומה של ההלכה, ובלשונו: "החוק החדש אינו יוצר הסדר שלילי לתחולתם של דיני עשיית עושר ולא במשפט, אולם הוא מחייב שקילה מחודשת של הנסיבות שבהן ראוי להפעילם."¹¹² כך, ואולי בדומה למגמת חיבור זה, סבר גרוסקופף כי "התוצאה שלפיה בית המשפט יכול לאסור באמצעות דיני עשיית עושר ולא במשפט מעשה שהותר על-ידי המחוקק בחוק חדש ועדכני – אינה ראויה".¹¹³ את חיבורו המקיף השית גרוסקופף על ניתוחן של ארבע פרשיות, האחת היא פרשיית מעריב שבה עוסקים אנו כעת, ושלוש האחרות¹¹⁴ ניתנו כולן בשנת 2006 וקודם לחקיקת חוק זכות יוצרים החדש.

משפט שבידינו אינם תואמים את ההתפתחויות הטכנולוגיות בתחום המידע והתקשורת [...] מה שחייב את בתי המשפט ליצוק טכנולוגיות חדשות אל תבניות עתיקות שנוצרו על ידי המחוקק עידן ועידנים לפני שאלו באו לעולם. בבואנו לפרש את החוק הישן, הפרשנות חייבת אפוא להיות אפוא תכליתית ולא מילולית".

110 טענה נוספת ומעניינת שזכתה לדיון קצרצר בלבד הייתה טענת מעריב להפרת תנאי השימוש באתרה. עניין זה חורג כמובן ממסגרת חיבור זה.

111 גרוסקופף, לעיל ה"ש 39.

112 שם, בעמ' 216.

113 שם, בעמ' 225.

114 הראשונה היא זו: ת"א (מחוזי י-ם) 6157/04 דוד ("הכי טוב") דבש נ' אדלר, חומסקי & ורשבסקי (פורסם בנבו, 7.11.2006); השנייה היא זו: ת"א (מחוזי י-ם) 7236/05 לוי נ' אבני

בחזרה לעניין מעריב, שם קבעה השופטת מיכל אגמון-גונן כי ככלל "יש לנקוט משנה זהירות בקביעה כי דיני עשיית עושר חלים בהקשרים בהם נקבע כי דיני הקניין הרוחני אינם חלים, היינו, אין מקום לפגיעה בנחלת הכלל".¹¹⁵ ובייחוד, וזה העיקר לענייננו, נקבע כי דיני זכויות היוצרים בעניין זה הם הסדר שלילי לעניין החלתו של חוק עשיית עושר ולא במשפט:

בניגוד למקרים שנדונו בפרשת א.ש.י.ר, כאן אין מדובר בתנאים טכניים לביסוס קניין רוחני, אלא בהכרעה ערכית כי אין לפגוע בנחלת הכלל אלא במקרים בהם לפגיעה זו יש ערך חברתי [...]. יתר על כן, דיני זכויות היוצרים שוללים במפורש הגנה על המידע בו עסקינן, קרי על עובדות ונתונים, להבדיל מדרך הביטוי שלהם [...]. כלומר, מבחינת דיני הקניין הרוחני עולה כי כאן מדובר בהסדר שלילי ממש, היינו, באיזון בין נחלת הכלל להגנה על יוצרים, הוציאו זכויות היוצרים מידע כמו זה הנדון במקרה שלפניי. לאור האמור, לא מתקיימת כלל הלכת א.ש.י.ר ואין מקום להעניק סעד למעריב.¹¹⁶

רביד (פורסם בנבו, 15.5.2006); והשלישית היא זו: ת"א (מחוזי ת"א) 2428/01 Koninklijke Housemann en Hott NV ליידין סוכנויות בע"מ (פורסם בנבו, 2.3.2006). לדעתנו ניתוח שלוש פרשיות אלה אינו מעלה או מוריד לעניין חיבור זה. בפרשיית דוד הכי טוב ובפרשיית לי דן סוכנויות התעוררה שאלת ההשקה בין הדינים מקום שבו כבר נקבע שקיימת הפרה של זכות היוצרים. לפיכך הדיון בשאלה אם יש להכיר בנסיבות אלה גם בעילה מכוח דיני עשיית העושר (אף שנחלקו הדעות בשני פסקי דין אלה) הוא דיון תאורטי גרידא והשלכתו האפשרית היא לעניין שאלת הסעד, היינו "הגרעין התומך", כהגדרתו בחיבורנו זה. לטעמנו בכגון דא אין אנו נדרשים כלל ועיקר להלכת א.ש.י.ר. בפרשיית אבני רביד דומה שהסוגיה סבוכה מעט יותר (במקרה זה נשללה עילת התביעה על פי דיני זכויות היוצרים אך נקבע שקיימת עילה על פי דיני עשיית העושר), אך נציין שניים אלה: ראשית, לא קיים דיון ענייני בשאלת ההתנגשות בין דיני זכויות היוצרים לדיני עשיית העושר, ולא נשאלה השאלה אם במצב שבו קיימת הסדרה שלילית ספציפית של דיני זכויות היוצרים ראוי להחיל את דיני עשיית העושר ולא במשפט. שנית, דומה שפסק הדין בעניין א.ש.י.ר הובא אך כדוגמה (וכדברי בית המשפט שם בהפנותו לעניין א.ש.י.ר: "דרך משל, נפסק, כי שתירתו של חוק ספציפי בנוגע לעניין מסוים, או אי-קביעת זכות או סעד על-פי אותו חוק, איננה צריכה להתפרש כהסדר שלילי, וכי אין זה מן הנמנע כי הסעד או הזכות יקומו מכח חוק עשיית עושר ולא במשפט") ולמעשה אין עסקינן בתביעה "אשירית", אלא בהפעלת דיני עשיית העושר לשלילת מעשה החורג מהנורמה המקובלת מחוץ לעולם הקניין הרוחני (שם מדובר בנוהג אותו מצא בית המשפט כדורש הסכמה למעשה מהסוג הנדון) (ראו מאמרו של גרוסקופף, לעיל ה"ש 39, בעמ' 225).

115 עניין ת"א (מחוזי ת"א) 1074-05 מעריב, לעיל ה"ש 81, פס' 3(א).

116 שם. פס' (ב).

מדובר אפוא שוב בדחיקתם של דיני עשיית העושר מפני הגרעין המהותי של דיני הקניין הרוחני ודיני זכויות היוצרים בפרט ובלימודו של הסדר שלילי פנימי של דיני זכויות היוצרים הדוחה את יישומה של הלכת א.ש.י.ר כ"מעגל שני" – כזה המשלים את דיני הקניין הרוחני.

5. מדגמים – פרשיית "שבא מפעלי מתכת בע"מ"¹¹⁷ ותזכיר חוק המדגמים¹¹⁸

פרשייה זו, אשר הוכרעה על ידי בית המשפט המחוזי, מדגימה את דחיקתה של הלכת א.ש.י.ר מדיני המדגמים אף קודם לתזכיר המוצע. התובעת, חברת שבא מפעלי מתכת בע"מ, פעלה לרישום מוצריה כמדגמים. לימים החלו הנתבעים לשווק מוצרים שהם חיקוי מושלם של מוצרי התובעת. עת טענו הנתבעים להגנתם כי רישום המדגמים נעשה שלא כדין, זנחה התובעת את עילת תביעתה בגין הפרת המדגמים וטענה כי הנתבעים עושים עושר ולא במשפט על חשבונה.

בית המשפט המחוזי, לאחר שניתח בהרחבה את עילת עשיית העושר לגופה (ודחה אותה מטעמים מהותיים), הרחיב עוד על הסוגיה וקבע כי –

הלכת א.ש.י.ר נתפסת כמקור להגנה באמצעות דיני עשיית עושר ולא במשפט על רעיונות שלא זכו להגנת קניין רוחני משום שאינם יכולים לקבל הגנה כזו, או משום שכעניין שבעובדה לא פעל במי שהיה זכאי להגנת הקניין הרוחני באופן הנדרש על מנת לקבלה מסיבה כלשהי, מוצדקת יותר או מוצדקת פחות.¹¹⁹

בית המשפט הוסיף כי מקום 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 לעזרתו את אותו "מסלול עוקף" של דיני עשיית עושר.¹²⁰

פרשייה זו, בדומה לעניין Merck שהובא לעיל, מעוררת מחשבה גם בעניין דוקטרינת הבחירה כמצדיקה ותומכת במגמה של החרגת דיני עשיית העושר מהגרעין המהותי של דיני הקניין הרוחני. דוקטרינת הבחירה קנתה לה אחיזה בדיני הקניין הרוחני בפסק דינו של בית

117 פסק עניין שבא, לעיל ה"ש 80.

118 תזכיר חוק המדגמים.

119 עניין שבא, לעיל ה"ש 80, בעמ' 7.

120 שם, בעמ' 9.

המשפט העליון בעניין אינטרלגו,¹²¹ ולעניינו: משבחר בעל דין לתבוע מונופולין במסגרת דיני הקניין הרוחני המסורתיים, ולמצער אלה המחייבים רישום: יהיו אלה דיני הפטנטים, מדגמים או סימני מסחר, אין הוא חופשי להתנער מהכללים שקבע המחוקק לבחור במסלול זה. השופט דורנר מבהירה בעניין אינטרלגו שדוקטרינה זו, שבסיסה הוא השתקת בעל דין מלטעון טענות סותרות, חלה גם כאשר עומדת לבעל הדין האפשרות לבחור בין טענות, ובלשונה:

סוגיה זו, שעניינה כוחו של בעל דין לטעון טענות סותרות בהליכים שונים, נדונה רבות בפסיקה האנגלית והאמריקנית, כבר חז"ל עסקו בה, והיא גם זכתה להתייחסות בפסיקה בישראל. הכלל העולה ממקורות אלה כולם הוא, כי בעל דין שטען טענה בהליך אחד וטענתו התקבלה, מושקת מלהתכחש לטענתו גם בהליך נגד יריב אחר (שבעניינו לא נוצר מעשה-בית-דין) ולטעון טענה הפוכה, השתק מסוג זה חל לא רק במקרה כמו זה שלפנינו, שבו זכות אחת מוציאה את הזכות האחרת, אלא גם כאשר לבעל דין נתון כוח לבחור, על-פי העדפתו, בין זכויות, משזכה בזכות אחת אין הוא יכול לדרוש את הזכות האחרת (תורת הבחירה (election)).¹²²

בחירתו של פלוני בזכות מסוימת, ובעיקר רשומה, מאותתת לציבור על אודות בעליה של הזכות והיקפה המיומר. בכך היא מאותתת גם לציבור מהם גבולות המותר והאסור. טול לדוגמה את מסמך הפטנט. כדי לזכות בהגנת הפטנט על הממציא להגיש בקשה מסודרת בכתב לרישומה של אמצאתו בפני רשם הפטנטים ולשלם את האגרות הנדרשות. הבקשה לרישום צריכה להיות מנוסחת באופן שיכלול גילוי והגדרה מלאה של האמצאה,

¹²¹ ראו בעניין *Interlego*, לעיל ה"ש 11, פס' 3. במסגרת זו תיארה השופטת דליה דורנר את הרקע העובדתי בפרשייה זו, בזו הלשון: "בראשית שנות השבעים הגישה המערערת בקשה לרישום מדגמים על קוביות דופלו באנגליה, וטענה כי עומדות הן בתנאים הדרושים, והזיהם לתנאים הקבועים בפקודה. רשם הפטנטים האנגלי קיבל את טענותיה, והיא השיגה הגנה על דרך רישום מדגם על הקוביות באנגליה [...] משתמה תקופת ההגנה על-פי דיני המדגמים, ביקשה המערערת, בתביעה שהגישה בישראל, לזכות בהגנה של זכות היוצרים, ולצורך כך טענה טענות הפוכות לטענות שטענה לפני רשם הפטנטים האנגלי". ובהמשך, בהביאה את פסק דינו של בית המשפט המחוזי בעניין זה, כתבה: "נראה איפוא כי התובעת מאמצת לה את הגירסה הנוחה לה באותה שעה. כאשר היתה מעוניינת שמדגמיה יירשמו אמרה מה שאמרה. ואילו עתה כשהיא רוצה להנות מזכות יוצרים נוח לה לטעון כי אין ולא היה כל גורם חזותי בתכנון הקוביה. כך היא רוצה להנות משני העולמות: הן להנות מזכויות במדגם (והיא נהנתה בפועל מזכויות אלה עד שהן פקעו עם תום תקופתם) והן להנות עתה מזכות יוצרים שתקופתה ארוכה פי כמה מזו של מדגם".

¹²² עניין *Interlego*, לעיל ה"ש 11, דברי השופטת דורנר, פס' 4.

והבקשה חייבת לכלול תיאור ופירוט של האמצאה¹²³ וכן סרטטים רלוונטיים באופן ברור ומלא, כדי שכל אדם המצוי בתחום הנדון יוכל לבצע את האמצאה רק על פי הפירוט.¹²⁴ סופו של הפירוט הוא בחלק המכונה "תביעות הפטנט" (claims),¹²⁵ אחת או יותר, ותביעות אלה מגדירות הלכה למעשה את גבולות המונופולין של האמצאה המבוקשת.¹²⁶ גבולות אלה מלמדים את הציבור הרחב אפוא לא רק את האיסורים מכוח מסמך הפטנט אלא גם את מה שאינו אסור או אפילו את מה שלא ביקש בעל הפטנט לאסור. החלה של דיני עשיית העושר בנסיבות אלה מלבד תוצר אי-הוודאות חותרת תחת העסקה שבבסיס דיני הפטנטים ומהווה מעין טענה סותרת.

ובחזרה ליחס שבין דיני המדגמים לדיני עשיית העושר, משמש תזכיר חוק המדגמים כמעין המסמר האחרון בעניין חיבורו, אשר באופן תחיקתי מבקש להחריג את דיני היושר מדיני המדגמים (הן אלה הרשומים והן אלה שלא נרשמו). התזכיר מבקש להתמודד עם השלכות הלכת א.ש.י.ר בשני מישורים: האחד, הקניית הגנה קצרה יחסית למדגמים שלא נרשמו, והשני הוא שלילת העילה המקבילה מכוח חוק עשיית עושר.

כך, ולצד המוצע בסעיף 81(א) לתזכיר כי "לבעל מדגם או לבעל רישיון ייחודי במדגם לא תהא עילת תביעה כלפי צדדים שלישיים לפי חוק עשיית עושר ולא במשפט",¹²⁷ מבקש המחוקק להסדיר במקביל את זכויותיו של בעל מדגם לא רשום. כך, מוצע בס' 66(א)9 כי "לבעל מדגם לא רשום מוקנית הזכות למנוע מכל אדם, בעצמו או באמצעות אחר, להעתיק את המדגם או מדגם אשר אינו יוצר רושם כללי שונה על המשתמש המיועד ביחס למוצר בו בוטא המדגם או למוצר מאותו סוג אליו היה משויך המדגם אילו היה נרשם, לצורך שימוש מסחרי, ללא הרשאתו".¹²⁸ תקופת הגנה זו בסעיף 67 לנוסח המוצע נקבעה לפרק זמן של שלוש (3) שנות הגנה על מדגם לא רשום.¹²⁹

על פי מנסחי התזכיר, הגיון הדברים, לפחות לכאורה, ברור. כך, חוש הצדק עשוי לדרוש הענקת הגנה, גם אם קצרת מועד, למוצרים אשר חיי המדף שלהם קצרים, ובעיקר כאלה אשר אין הצדקה כלכלית או מודעות מספקת לצורך ברישומם כמדגמים. התזכיר מציע שלרוב בעלי מוצרים אלו הם עסקים קטנים אשר אין להם המודעות והיכולת הכלכלית

123 ס' 11–12 לחוק הפטנטים.

124 ראו ע"א 665/84 סאנופי בע"מ נ' אוניפארם בע"מ, פ"ד מא(4) 729, 742 (1987).

125 תקנה 20(א)(3) לתקנות הפטנטים (נוהלי הרשות, סדרי דין, מסמכים ואגרות), התשכ"ח–1968.

126 ס' 13 לחוק הפטנטים.

127 ס' 81(א) לתזכיר חוק המדגמים.

128 שם, ס' 66(א).

129 פרק ז: מדגם לא רשום בתזכיר חוק המדגמים.

לרשום את המדגם.¹³⁰ טענה זו, כמו גם עצם ההצדקה למתן ההגנה, מטבע הדברים, דורשת בדיקה אמפירית, אך גם אם הנחה זו איננה מדויקת – בעיקר בשל העלויות הזניחות הכרוכות ברישום מדגמים – דומה שאין מי שיחלוק שהסדרת אי-הוודאות (או לפחות רובה) שהותירה אחריה הלכת א.ש.י.ר היא ברוכה. לענייננו התזכיר הוא המשך המגמה של דחיקת דיני עשיית עושר מתחום הקניין הרוחני, והפעם בדיני המדגמים (הן אלה הרשומים והן אלה שלא).

תהליך זה מדגים לשיטתנו התפתחות בריאה של מערכת דינים ואולי את הצלחתה הגדולה ביותר של הלכת א.ש.י.ר בדמות פיתוח המשפט. ראשית, צצים אותם מקרים קשים כדוגמת אלה שהתעוררו בפסקי דין בואינג (תיווך בתחום הנסיעות) ואנימה (העתקת שמלות), שבהם ההעתקה פגעה בתחושות הצדק; שנית, יצירת הלכת א.ש.י.ר, היא שהביאה למשחק במלוא העוז את עשיית העושר ככלי משלים של דיני היושר לעשיית הצדק, ולבסוף תיקון החסר, לפחות בחלקו, באמצעות חקיקה מתאימה.¹³¹ בתמצית: היושר ממלא את חוסרי הדין עד להתפתחות החקיקה, שאז הוא מפנה את מקומו להסדרה התחיקתית.

ד. סוף דבר

יצירתו של "הקניין הרוחני שביושר" אתגר את קהילת הקניין הרוחני בישראל. לצד אלה שחששו מהסכנות שבמהפכה היו כאלה שסברו שמדובר ב"נשק יום הדין", אשר שינה לחלוטין את כללי המשחק וכעת יאפשר הוא, לצד הפגיעה האפשרית בוודאות, להגיע לתוצאה הנכונה והצודקת בכל מקרה ומקרה. המציאות, ולמעשה היו אלה פסקי הדין השונים שהוציאו בתי המשפט מתחת ידיהם, קראו את פסק דין א.ש.י.ר כהלכה תקדימית,

130 שם.

131 כך הן למשל הטענות הנוגעות לעילת עשיית העושר באשר לשימוש בתיקי הרישום, כפי שאירע בבג"ץ 5379/00 בריסטול מאירס נ' שר הבריאות, פ"ד נה(4) 447 (2001), שם נדחה הניסיון לתקוף את ההסדר המופיע בפקודת הרוקחים שמאפשר הלכה למעשה שימוש של המתחרים בתיקי הרישום של התרופות. בשנת 2005 תוקן סעיף 47 לפקודת הרוקחים במסגרת חוק המדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2005 (תיקוני חקיקה), התשס"ה–2005, ס"ח 382, וניתנה לבעל תכשיר מקורי בלעדיות שיווק באשר למידע הסודי בתיקי הרישום, לתקופה של חמש עד חמש וחצי שנים. במסגרת התיקון הוסף מפורשות סעיף 47ד(ה), הקובע ש"לא יודק בית המשפט לתביעה, תהא עילתה אשר תהא, אם העילה לתביעה נובעת מהסתמכות על מידע סודי שנמסר במסגרת בקשה לרישום תכשיר קודם, אלא אם כן עילת התביעה היא בשל מעשה או מחדל בניגוד להוראות סעיף זה".

אך מצומצמת יותר, כזו שבאה להשלים את שהחסיר המחוקק ולקדם את פיתוח הדין במקרים חריגים.

ביקשנו לנצל את פרסומו של תזכיר חוק המדגמים 2013 לעיון מחדש ביחסי דיני הקניין הרוחני לעשיית העושר, ואם צלחנו אזי עלה בידנו לפזר, ולו במעט, את אי-הוודאות האופפת את הלכת א.ש.י.ר ויישומה זה שנים ארוכות. ראינו כי בפועל "המשפט הלך בעקבות המציאות"¹³², וכי מוטות כנפיו של הנשר הגדול אינן גדולות כפי שניתן היה לסבור למקרא פסק דין א.ש.י.ר. בעיקר נמצאנו למדים כי לא נפגמה מלאכת האיזונים העדינה ששקד עליה המחוקק במסגרת מארג דיני הקניין הרוחני, וגם אם אירע הדבר, אזי אין מדובר בפגיעה משמעותית. הלכה למעשה, דיני הקניין הרוחני, עת נבחנו פרטנית, הרחיקו מתחולתם את דיני עשיית העושר ושמרו על מעמדם.

ניתן להשקיף על המתח המתואר בחיבור זה גם ממבט על של משקפי תורת המשפט וההבחנה המקובלת בין נורמות מהסוג של כלל לבין נורמות מהסוג של סטנדרטים.¹³³ נורמה מהסוג של כלל מביאה לתוצאה משפטית בהתקיימותם של תנאים מוקדמים עובדתיים ששאלת התקיימותם ניתנת להכרעה בקלות. לעומת זאת נורמה מסוג סטנדרט מביאה לתוצאה משפטית בהפעלתם של ערכים מסוימים. ההבדל העיקרי בין השניים הוא בעיקרו במידת הדיוק של הנורמה המשפטית. יישום של כלל הוא טכני. הוא אינו מצריך שיקול דעת, ובית המשפט אינו נדרש לתרומה אישית מהותית לעיצוב הנורמה. לעומת זאת יישום סטנדרטים מחייב שיקול דעת, ובמסגרת זו יוצקים בתי המשפט לערכים את תוכנם על פי הסכסוך שמצוי בפניהם.

משטר של כללים, בדומה במידת מה למארג דיני הקניין הרוחני הספציפיים, הוא "צופה פני עתיד". הוא משדר לציבור, ברור ככל שניתן, מהם גבולות המותר והאסור בעולם היצירות. במידה מסוימת משטר שכזה משדר גם רציונליות וודאות מחד, ושרירותיות לצד מקרים קשים של חוסר צדק מאידך. לעומת זאת משטר של סטנדרטים, בדומה לדיני עשיית העושר ויישומם בפסק דין א.ש.י.ר, מאפשר באמצעות הערכים לעצב את תוצאות הסכסוכים ולהימנע, ככל שניתן, מתוצאות שרירותיות שנקבעו על פי כללים שאינם תואמים בהכרח את עובדות המקרה הנבחן.

המתח אפוא בין דיני עשיית העושר ודיני הקניין הרוחני מבטא גם מאבק על הבכורה בין משטר של כללים למשטר של סטנדרטים. על רקע זה ניתן לקרוא את דעותיהם הקוטביות של דויטש ואלקין-קורן למקרא פסק דין א.ש.י.ר. אלקין-קורן היא שקידשה את הכללים

132 השווו מיגל דויטש "נפילתה(?) ועלייתה של הזכות שביושר במשפט הישראלי – המשפט בעקבות המציאות" עיוני משפט כד 313, 362 (2000).

133 מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה" משפטים יז 321 (1987).

ואת עקרונות הוודאות, ומנגד דויטש הוא שבירך על משטר הסטנדרטים גם על חשבון אי-הוודאות ושיקול הדעת הרחב, על חסרונותיו, הכרוך בהפעלתם. כאמור בפתח הדברים, עולם הקניין הרוחני עטוף וסובב כולו בעמימות שהיא תוצר של מלאכת האיזונים בין קהל היוצרים לבין נחלת הכלל. די אם נפנה למספר קטן מן המינוחים המרכזיים בדיני הקניין הרוחני, שכל אחד בפני עצמו הוא כר נרחב לכתיבה אקדמית ולפסיקה. כך היא למשל ההבחנה בין רעיון לביטוי,¹³⁴ הגנת "השימוש ההוגן"¹³⁵ ונטילה של "חלק ניכר" מהיצירה¹³⁶ בדיני זכות היוצרים; "התקדמות אמצאתית",¹³⁷ "עיקר האמצאה"¹³⁸ ודוקטרינת האקוויוולנטים¹³⁹ בדיני הפטנטים, "סימן בעל "אופי מבחין", "סימן מוכר היטב" ו"דומה עד כדי הטעייה" בתחום סימני מסחר,¹⁴⁰ והדברים ברורים. פיתוח הדין בשנים האחרונות, כפי שמצינו בהרחבה לעיל, משרת היטב את הצמצום המבורך של העמימות המובנית בדיני הקניין הרוחני ועם זאת הותיר את הערכים ככלי עזר עתידי. במישור העקרוני, אין צריך לומר, כי בפועל אין מתקיים כלל וכלל "עולם אוטופי", וכמעט תמיד נימצא עושים שימוש מעורב בכללים ובסטנדרטים. הלכת א.ש.י.ר מצאה עצמה מחוץ לגרעין הקשה של דיני הקניין הרוחני¹⁴¹ ונותרה ממתינה, כצופה מבחוץ, לאותם המקרים שבהם לא עלה ביד המחוקק להשלים את מלאכתו.

134 עניין דוד "הכי טוב", לעיל ה"ש 114.

135 ס' 19 לחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007.

136 ע"א 23/81 הרשקו נ' אורבך בע"מ, פ"ד מב(3) 749 (1988).

137 דברי השופט יצחק אנגלרד בפסק הדין בעניין יוסף וולף ושות', לעיל ה"ש 84, פס" 6, [...] למרבה הפרדוקס, התגלה כי מה שנראה פשוט בעיני ההדיוט שאינו מצוי בעניין, הוא מורכב בעיני המומחה היודע את פרטי הנושא מבחינה מקצועית".

138 ס' 49(א) לחוק הפטנטים.

139 ע"א 345/87 Hughes Aircraft Company נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(4) 45 (1992).

140 ס' 8 לפקודת סימני מסחר [נוסח חדש].

141 לאחר השלמת כתיבת חיבור זה ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון ברע"א 1451/13 אשר נ' רדמורד (13.1.2014). עניין זה עסק הלכה למעשה ובייחוד לצורכי חיבור זה ביחס שבין דיני עשיית העושר לחוק עוולות מסחריות. בעניין זה מצא בית משפט השלום כי המשיב השתמש ברשימת הלקוחות של המבקש כדי לפרסם את אולפרייס, ובכך התעשרה חברה זו שלא כדין על חשבון המבקש. ערעור המשיב על פסק הדין התקבל (השופט גינת), תוך שבית המשפט המחוזי קובע כי עשיית שימוש ברשימת לקוחות שאינה בבחינת סוד מסחרי, אינה יכולה להוות בסיס לפסיקת פיצוי מכוח דיני עשיית עושר. לטעם בית המשפט המחוזי, קבלת טענה שכזו תהא עקיפה של ההגדרות שבחוק עוולות מסחריות. במסגרת פסק הדין דחה בית המשפט העליון (השופט הנדל) את בקשת רשות הערעור בקבעו דברים בזה הלשון: "במקרה דנא, בית המשפט המחוזי קבע שעשיית השימוש ברשימת הלקוחות שאינה מהווה סוד מסחרי אינה יכולה להוות בסיס לפסיקת פיצוי מכוח דיני עשיית עושר. לא נראה כי נפלה טעות בקביעתו. בחירה הייתה נתונה בידי המבקש האם לנקוט אמצעים סבירים לשמור על סודיותה

נראה כי אין בתי המשפט נושאים עוד על דגלנו את הרצון "לעשיית צדק בכל עניין ובכל מחיר" ומנגד אין הם נושאים בלבם את החשש להפיכת המשפט לבוקה ומבולקה. בייחוד על רקע הרצון המבורך להביא לתיקון פקודת המדגמים, לאחר יותר משמונים שנה של נוכחות בספר החוקים, חשוב לציין לסיום כי חיבורנו זה מושתת על ההנחה שהתפקיד המכריע של המשך פיתוח דיני הקניין הרוחני מוטל על שכם בתי המשפט. הכרעותיהם והנמקותיהם ימשיכו ויהיו את הבסיס לפיתוח דיני הקניין הרוחני, ובהקשר זה לא תם תפקידה של עשיית העושר בממלכת הקניין הרוחני, ואנו נשוב ונידרש לה, גם אם כציפור קטנה על כתפם של דיני הקניין הרוחני. סוגיות רבות ממתנינות להסדרתו של המחוקק, ועד שיעשה כן – ישמרו דיני עשיית העושר, במקרים המתאימים, על השתת הצדק.

של רשימת הלקוחות כנדרש לפי סעיף 5 לחוק עוולות מסחריות 1999 שהחליט שלא למנוע את גילוייה למרות שהייתה באפשרותו היכולת, רשימת הלקוחות אינה מוגנת על-ידי דיני הקניין הרוחני" (פס' 4). הנה כי כן ואף שפסקה זו מביאתנו למסקנה שלפיה אליבא דשופט הנדל ההסדר הקבוע בחוק עוולות מסחריות בעניין שמירת הסוד הוא הסדר ממצה היוצר הסדר שלילי (תוך שבית המשפט העליון מביא את הדברים שכתב השופט חשין בהקשר זה בדעת המיעוט בעניין א.ש.י.ר), מצא בית המשפט העליון לנכון להמשיך ולנתח, אחד לאחד, את היסודות הנדרשים לדיני עשיית העושר תוך דחיית יישום העילה לגופה. לכן קשה לעת הזו לקבוע נחרצות, מקריאת פסק הדין, אם השופט הנכבד ראה בחוק עוולות מסחריות הסדר שלילי לדיני עשיית העושר, או שמא סבר שיש לבחון כל מקרה לגופו.