

א.ש.י.ר. חוגגת עשרים — מחקר אמפירי

מאת

עופר טור-סיני* ומיכל שור-עופרי**

בשנת 1998 ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין א.ש.י.ר., בו נקבע כי דיני הקניין הרוחני אינם יוצרים "הסדר שלילי", כך שניתן לעיתים לזכות בסעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט בגין חיקוי תוצר רוחני גם כאשר לא מתקיימת הפרה של זכות קניין רוחני ספציפית. פסק הדין תואר כפסק דין דרמטי, ועורר ביקורת רבה, וכן קריאות לביטול ההלכה. בפרט, הובע חשש כי ההלכה תוביל להרחבה בלתי מוצדקת של זכויות הקניין הרוחני ותיצור אפקט מצנן בתחום החדשנות.

מחקר זה מבקש להעריך באופן אמפירי את השלכותיה של הלכת א.ש.י.ר., באמצעות בחינה דו שלבית, כמותית ואיכותית. בשלב הראשון נבחנו כלל ההחלטות של בתי המשפט המחוזיים ובית המשפט העליון שניתנו במהלך עשרים השנים שחלפו מאז א.ש.י.ר., בהם הועלתה טענה לעשיית עושר בהקשר של תוצרים רוחניים. בשלב השני בוצע ניתוח איכותי של המקרים "דמויי א.ש.י.ר.", בהם ניתן סעד מכח עשיית עושר, בהעדר זכות קניין רוחני ספציפית. הממצאים העיקריים העולים מבדיקה זו הם כי בניגוד לתחזיות הקודרות, הלכת א.ש.י.ר., באופן בו יושמה על ידי בתי המשפט, לא גרמה ל"רעידת אדמה" בתחום הקניין הרוחני. מתוך מאות ההחלטות שנבחנו, המקרים "דמויי א.ש.י.ר." הם מועטים מאוד, וניתן לסווגם לכמה קטגוריות בולטות, שבהן קיים או היה קיים קושי ממשי בדיני הקניין הרוחני, ונדרש גישור בינם לבין המציאות. החשש לפריצת גבולות התממש לכל היותר במקרים ספורים. הלכת א.ש.י.ר. מהווה איפוא בעיקר מכשיר ל"כיוול" הדין ולמילוי פערים בהקשרים בהם נדרשים גמישות או גישור בין החוק לבין המציאות הדינאמית, ואינה פוגעת פגיעה קשה באיזונים שנקבעו על ידי המחוקק בתחום הקניין הרוחני. הדבר מחייב הערכה מחודשת של הקריאות לביטול ההלכה.

מבוא; א. הלכת א.ש.י.ר. 1. קניין רוחני וסוגית ההסדר השלילי; 2. בעקבות א.ש.י.ר. – ביקורות ותחזיות; **ב. אחרי עשרים שנה: מחקר אמפירי כמותי.** 1. מתודולוגיה; 2. ממצאי המחקר הכמותי. (א) התמונה הכללית; (ב) הלכת א.ש.י.ר. בבתי המשפט השונים; (ג) דחית התביעה בעשיית עושר-על שום מה?; **ג. מבט איכותני על המקרים "דמויי א.ש.י.ר."** 1. חסר בדיני הקניין הרוחני; (א) הזכות לפרסום; (ב) זכויות שידור לאירועי ספורט; 2. הגנה על עיצובים לא רשומים; 3. קטגוריה שיווית; 4. שימוש הופכי בעשיית עושר; **ד. דיון והערכה: על ודאות, גמישות, ותוצאות בלתי צפויות; ה. סיכום; נספח א' – פרטים מתודולוגיים משלימים.**

* הפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו.

** הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

אנו מודים לגי.י. טלר, נוי ליאון, וליהיא כהן על עזרת מחקר מעולה, לאיל זמיר ולמשתתפי הסדנה למשפט פרטי ומסחרי באוניברסיטה העברית על דיון חשוב ומועיל בטיוטה קודמת של המאמר, ולמרכז אהרן ברק למחקר משפטי בין-תחומי באוניברסיטה העברית בירושלים על התמיכה במחקר זה. כמו כן, ברצוננו להודות לחברי וחברות מערכת כתב העת משפטים על עבודת עריכה מעמיקה ויסודית.

מבוא

מחקר זה מבקש להעריך באופן אמפירי את השפעת פסק הדין בעניין א.ש.י.ר.¹ ובאופן כללי יותר, את השפעת דיני עשיית עושר ולא במשפט, על תחום הקניין הרוחני בישראל.

האם דיני הקניין הרוחני הם המנגנון הבלעדי להגנה על תוצרים רוחניים במשפטנו, כאשר סביבם טבעת של הסדר שלילי, או שמא תיתכן הגנה על תוצרים רוחניים גם מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט ("עשיית עושר") בנסיבות בהן אין עילה מכוח דיני הקניין הרוחני? בשנת 1998, לאחר שנים של עמימות, ניתן על ידי בית המשפט העליון פסק הדין בעניין א.ש.י.ר., אשר הכריע בשאלה זו. בפסק הדין נקבע בדעת רוב כי דיני הקניין הרוחני אינם יוצרים, באופן עקרוני, הסדר שלילי, וכי במקרים מסוימים בהם אדם מחקה תוצר רוחני כלשהו שפותח על-ידי אדם אחר תיתכן עילת תביעה בעשיית עושר אף אם לא הופרה כל זכות קניין רוחני ספציפית.

פסק הדין ניתן ברוב של חמישה שופטים, וכלל דעת מיעוט של שני שופטים.² דעות שופטי הרוב נומקו באריכות ובאופנים שונים, אולם אחד הנימוקים המרכזיים שעמדו ביסוד ההכרעה היה הצורך בכלי יעיל לפיתוח דינאמי של המשפט בתחום הקניין הרוחני ובשמירה על גמישות, מקום בו דיני הקניין הרוחני הספציפיים כוללים הסדרים נוקשים, חלקם ישנים, ואינם מתחדשים בקצב בו מתפתחת הקדמה הטכנולוגית. נימוק מרכזי נוסף היה כי בהחלתם של דיני עשיית עושר לצד דיני הקניין הרוחני אין משום "התערבות" בדיני הקניין הרוחני עצמם, שכן עילת התביעה מכוח דיני עשיית עושר כלל אינה שקולה לעילה קניינית, בהיותה מותנית בשיקול דעת נרחב של בית המשפט, ובשל רמת ההגנה הפחותה אותה היא מקנה לבעל התוצר הרוחני. יחד עם זאת, גם על פי שופטי הרוב, לא בכל מקרה של חיקוי או העתקה תקום עילה בעשיית עושר, אלא הצלחת התביעה בעשיית עושר מותנית בהתקיימות של "יסוד נוסף" הנלווה לחיקוי או להעתקה של התוצר הרוחני.

פסק הדין תואר על ידי חוקרים כמחולל "שינוי דרמטי" בתחום הקניין הרוחני,³ ונמתחה עליו ביקורת רבה. עיקר הביקורת עסקה בחשש שפסק הדין יביא לפריצת גבולות של דיני הקניין הרוחני, באופן שייצור אפקט מצנן בקרב משתמשים פוטנציאליים בתוצרים רוחניים. במילים אחרות, החשש שהובע על ידי המבקרים הוא יצירת הרתעה משימוש בתוצרים רוחניים, לרבות לצורך פיתוח תוצרים חדשים, כתוצאה מקיומו של מסלול חלופי להטלת אחריות משפטית על מעשים של חיקוי והעתקה. אפקט ההרתעה, לגישת המבקרים, גדול במיוחד, נוכח חוסר-הוודאות הכרוך בהפעלתם של הסטנדרטים העמומים הניצבים בבסיס העילה בעשיית עושר. נוסף על כך, פתיחת השערים לעילת תביעה אפשרית בעשיית עושר בנסיבות בהן דיני הקניין הרוחני "הממוסדים" אינם מכירים בזכותו של התובע, מצמצמת את נחלת הכלל, ומפרה את האיזונים הבסיסיים המגולמים בחקיקת הקניין הרוחני.⁴

¹ רע"א 5768/94 א.ש.י.ר. **יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ**, פ"ד נב(4) 289 (1998) (להלן – "עניין א.ש.י.ר.").

² ראו הפירוט בחלק א'1 להלן.

³ ראו למשל ניבה אלקין-קורן, "על כלל ועל נחלת הכלל: מקניין רוחני לעשיית עושר ולא במשפט", **עיוני משפט** כה (תשס"א) 9, 37 ("הלכת א.ש.י.ר. חוללה שינוי דרמטי בהסדרת "שוק המידע" במשפט הישראלי"); מיגל דויטש **עוולות מסחריות וסודות מסחר** (2002) 261 ("אין לחדד כי דין הקניין הרוחני וסביבתו, לאחר פסק-דין א.ש.י.ר., שוב אינו כפי שלפניו").

⁴ ראו ביתר פירוט בחלק א'2 להלן.

מאז מתן פסק הדין התקבל תיקון חקיקה בחוק העיצובים, שצמצם את תחולת ההלכה בהקשר הספציפי של עיצוב תעשייתי.⁵ תיקון דומה הוצע גם בהקשר לחוק הפטנטים.⁶ במקביל, נשמעות קריאות לביטול ההלכה כליל, לרבות במסגרת עמדת היועץ המשפטי לממשלה שהוגשה לאחרונה לבית המשפט העליון בפרשת **Fisher Price**.⁷ באותו מקרה קבע בית המשפט העליון כי בנסיבות העניין הספציפי, אין מקום למתן סעד מכוח חוק עשיית עושר, אך השאיר בצריך עיון את ההתייחסות העקרונית להלכת א.ש.י.ר.⁸

הוויכוח אודות השפעתה, ועתידה, של הלכת א.ש.י.ר. התבסס עד היום על טיעונים תיאורטיים וסימוכין אנקדוטליים. בחלוף עשרים שנה ממתן פסק הדין סברנו כי הצטברה תשתית של פסיקה, המאפשרת להעריך באופן אמפירי את השפעת פסק הדין על תחום הקניין הרוחני. השאלה המרכזית אותה מבקש המחקר לברר היא אם הלכת א.ש.י.ר. הובילה אכן לחוסר וודאות משמעותי ופריצת גבולות של דיני הקניין הרוחני, ברוח החששות שהביעו המבקרים, או שמא בתי המשפט עושים בה שימוש זהיר כמכשיר ל"כיול" הדין ולמילוי חוסרים, בהקשרים מצומצמים בהם גמישות כזאת נדרשת, ברוח ההנמקות של שופטי הרוב.

לשם ברור שאלה זו, ערכנו בחינה אמפירית של כל פסקי הדין וההחלטות בצווי מניעה זמניים שניתנו בבתי המשפט המחוזיים ובבית המשפט העליון בישראל בתקופה שמאז מתן פסק הדין בעניין א.ש.י.ר., ב-23 לספטמבר, 1998, ועד ל-31 בדצמבר, 2018, בתביעות בגין תוצר רוחני כלשהו (המצאה, יצירה, עיצוב וכו'), אשר נכללה בהן טענה לעשיית עושר ולא במשפט. בסך הכל כללה הבדיקה 430 פסקי דין והחלטות.⁹

את הבדיקה חילקנו לשני שלבים. **בשלב הראשון**, מתוך מכלול המקרים האמורים, זיהינו את המקרים "דמויי א.ש.י.ר.", דהיינו מקרים שבהם לא ניתן סעד מכח דיני הקניין הרוחני, אולם התקבלה תביעה בעשיית עושר ולא במשפט. לשם כך חילקנו את המקרים במאגר לארבע קטגוריות: (1) מקרים בהם התקבלו עילות תביעה הן מכוח דיני הקניין הרוחני והן מכוח דיני עשיית עושר; (2) מקרים בהם לא התקבלה עילת תביעה בקניין רוחני ולא בעשיית עושר; (3) מקרים בהם התקבלה אך ורק תביעה בגין הפרת זכות קניין רוחני ו- (4) מקרים "דמויי א.ש.י.ר.", דהיינו מקרים בהם התקבלה אך ורק תביעה בעשיית עושר.

ממצא עיקרי העולה מן הניתוח הכמותי הוא כי מתוך סך כל המקרים בהם הועלתה טענת עשיית עושר בהקשר של הפרת זכויות בתוצרים רוחניים, מספר המקרים בהם התקבלה טענה זו, מבלי שניתן סעד על בסיס זכות קניין רוחני ספציפית, הוא קטן ועומד על 24 מקרים, שהם פחות מ-6% מכלל המקרים במאגר. מנתונים אלה עולה, כי אף שתובעים בגין הפרת זכויות בתוצרים רוחניים נוהגים להעלות טענות של "עשיית עושר" כעניין שבשגרה, בתי המשפט נוהגים ריסון בשימוש

⁵ ראו להלן, הערות 50-51 והטקסט לידן.

⁶ ראו להלן, הערות 45-49 והטקסט לידן.

⁷ ע"א 1248/15 Fisher Price Inc. נ' דוורון – יבוא ויצוא בע"מ (2015) (להלן: "עניין Fisher Price"). לעמדת היועץ המשפטי באותו הליך, ראו:

⁸ ראו להלן, הערות 53-55 והטקסט לידן. ⁹ ראו ביתר הרחבה תיאור המתודולוגיה להלן, חלק ב'.

בהלכת א.ש.י.ר. ואינם מרבים להשתמש באפשרות לתת סעד מכוח דיני עשיית עושר מקום בו לא מתקיימת עילת תביעה מכוח דיני הקניין הרוחני.¹⁰

בשלב השני, התמקדנו באותם מקרים "דמויי א.ש.י.ר.", וערכנו ניתוח איכותני מפורט שלהם, תוך ניסיון לזהות ולמפות את המאפיינים של המקרים בהם הוכרה עילה בעשיית עושר ולא במשפט מקום בו אין הפרה של זכות קניין רוחני ספציפית. בחינה זו מעלה כי ככלל, ניתן לסווג את המקרים בהם בתי המשפט עשו שימוש בהלכה לשם מתן סעד בעשיית עושר, בהעדר זכות קניין רוחני ספציפית, למספר קטגוריות עיקריות.

קטגוריה ראשונה של מקרים נוגעת למצבים בהם מושא הדיון הוא קניין רוחני במובן הרחב, אולם קיים חסר תחיקתי במשפט הישראלי בהגנה על תוצרים רוחניים מהסוג בו מדובר. עם קטגוריה זו נמנים פסקי דין שהכירו **בזכות לפרסום**, כלומר—בזכות של אדם לשלוט על השימוש המסחרי בשמו או בדמותו, זכות שהוכרה לראשונה על ידי בית המשפט העליון בפרשת **מקדונלד**.¹¹ הזכות השנייה שהוכרה על-ידי הפסיקה באופן דומה היא **"זכות השידור"**, זכותם של מפיקי אירועי ספורט (ובמידה מסוימת, בעלי רישיון בלעדי לשידור אירועי ספורט) למנוע צילום ושידור אירועי ספורט על ידי צד שלישי לא מורשה, אשר הוכרה על ידי בית המשפט המחוזי בתל אביב בפרשת **רדיו ללא הפסקה**, ועוגנה אף היא בדיני עשיית עושר.¹² בשני המקרים האמורים, נעשה שימוש בדיני עשיית עושר על מנת להכיר, הלכה למעשה, בזכויות "מעין-קניין רוחני" חדשות, אשר בחלק מהמדינות מעוגנות בחקיקה, ולמלא חלל שהיה קיים בהגנה על אינטרסים כלכליים משמעותיים. אף אם ניתן לגרוס שבאופן אופטימלי ראוי שחלל זה יתמלא על ידי המחוקק, במקרים אלה נעשה שימוש בדיני עשיית עושר לשם מילוי חוסרים, באופן אשר לעמדתנו אינו מפר את האיזונים הקבועים בחקיקת הקניין הרוחני, שאינה מטפלת בזכויות האמורות.¹³

הקטגוריה השנייה והגדולה מכולן כוללת מקרים בהם התוצר הרוחני שעמד על הפרק היה עיצוב לא רשום של מוצר תעשייתי כלשהו, בדומה לנסיבות העובדתיות שברקע פסק דין א.ש.י.ר. עצמו.¹⁴ יצוין בהקשר זה, כי ביחס לקבוצה לא מבוטלת של עיצובים (כמו, למשל, פריטי אופנה) הליך של רישום הוא במידה רבה לא רלבנטי. למרות זאת, עד לחקיקת חוק העיצובים בשנת 2017 לא היה קיים מסלול להגנה על עיצובים לא רשומים בדיני הקניין הרוחני בישראל.¹⁵ על כן, ניתן לומר שטרם כניסתו לתוקף של חוק העיצובים, דיני הקניין הרוחני בישראל לקו בחסר בהקשר של הגנה אפקטיבית על עיצובים. כעולה מן המחקר האמפירי, הפסיקה המשיכה להשתמש בהלכת א.ש.י.ר. על מנת לגשר על הפער ביחס להגנה על עיצובים—אותו פער שהוליד, במידה רבה, את פסק הדין המקורי. מכל מקום, חסר זה זכה כעת לטיפול חקיקתי בחוק העיצובים—הכולל מסלול המגן

¹⁰ לדיון בממצא זה ובממצאים נוספים העולים מן המחקר הכמותי ראו **להלן**, חלק ב'.

¹¹ ע"א 8483/02 **אלוניאל נ' מקדונלד**, פ"ד נח(4) 314 (2004) (להלן: "עניין מקדונלד").

¹² בשי"א (מחוזי ת"א) 18118/01 **רדיו ללא הפסקה בע"מ נ' רשות השידור** (2001) (להלן: "**החלטת הביניים בעניין רדיו ללא הפסקה**"); ה"פ (מחוזי, ת"א) 1101/01 **רדיו ללא הפסקה בע"מ נ' רשות השידור** (2001) (להלן: "**פסק דין רדיו ללא הפסקה**").

¹³ ראו **להלן**, חלק ג'.

¹⁴ כפי שיפורט בהמשך, בפסק-הדין בעניין א.ש.י.ר. עמדו לדיון שלושה מקרים, אשר בשניים מתוכם התוצר הרוחני שעמד על הפרק היה עיצוב לא רשום. ראו **להלן**, חלק א'1, הערה 24.

¹⁵ חוק העיצובים, התשע"ז-2017 (להלן – "חוק העיצובים"). חוק העיצובים החליף את פקודת הפטנטים והמדגמים משנת 1924.

בתנאים מסוימים על עיצוב לא רשום, לצד קביעה מפורשת בדבר הסדר שלילי מקום בו תנאי ההגנה לא מתקיימים—ולכן קטגוריה זו צפויה להיעלם בעתיד הקרוב.¹⁶

הקטגוריה השלישית היא קטגוריה שיורית, הכוללת מקרים בהם נעשה שימוש בהלכת א.ש.י.ר. בהקשרים אחרים, שעשויים להיחשב כ"פריצת גבולות" ועקיפת דיני הקניין הרוחני. קריאה זהירה של פסקי הדין מעלה כי במהלך עשרים השנים שחלפו מאז א.ש.י.ר., המקרים המשתייכים לקטגוריה זו הם לכתחילה ספורים, ולמעשה, לפי הממצאים שבידינו, מספר המקרים בהם ניתן לייחס לבתי המשפט פריצת גבולות של ממש באופן בו יישמו את הלכת א.ש.י.ר. אינו עולה על שניים-שלושה.

לצד שלוש קטגוריות אלה, נעשה לאחרונה שימוש נוסף, ומפתיע, בדיני עשיית עושר ולא במשפט בהקשר הנוגע לקניין רוחני, בהחלטה שניתנה בפרשת **אוניפארם נ' Sanofi**.¹⁷ באותו מקרה נקבע כי הארכת תקופת המונופולין בפטנט שלא כדין על ידי חברת תרופות, באופן שגרם לעיכוב כניסת מתחרים גנריים לשוק, עשוי לזכות את המתחרה ברווחי בעל הפטנט בתקופת ה"חסימה", מכח דיני עשיית עושר ולא במשפט. ההחלטה היא אפוא דוגמא לשימוש בעשיית עושר לא על מנת להרחיב את זכויותיו של בעל זכויות הקניין הרוחני אלא דווקא על מנת להגביל ולצמצם אותן, תוך הרחבת חופש הפעולה של צדדים שלישיים.¹⁸

ממצאי המחקר אינם יכולים לשלול לחלוטין קיומו של אפקט מצנן בעקבות הלכת א.ש.י.ר. יחד עם זאת, הם מפיגים, במידה רבה, את החששות כי ההלכה יצרה "פריצת גבולות", כאוס, או חוסר וודאות משמעותי בדיני הקניין הרוחני. התמונה המצטיירת היא כי בתי המשפט משתמשים בהלכה באופן מדוד ומרוסן, כמכשיר ל"כיוול" הדין ולמילוי חוסרים בהקשרים בהם נדרשת גמישות לשם גישור בין החוק לבין המציאות הדינאמית, והכל מבלי לפגוע פגיעה קשה בוודאות או בגבולות הדין. יותר מכך, הגמישות שמאפשרים דיני עשיית עושר יכולה לעיתים להיות מנוצלת גם לשם קידום התחרות ולטובת המשתמשים בתוצרים רוחניים. על רקע המחלוקת האופפת את הלכת א.ש.י.ר. מאז מתן פסק הדין, ממצאים אלה עשויים לספק מידע חשוב לקובעי מדיניות, לשחקנים בשווקים הרלבנטיים, ולבתי המשפט בישראל, ולהגביר את הוודאות באשר ליחס שבין עשיית עושר לדיני הקניין הרוחני.

המאמר בנוי מחמישה חלקים. החלק הראשון מתאר את הרקע להלכת א.ש.י.ר. ומציג את ההלכה עצמה ואת עיקר הביקורת עליה. החלק השני מתאר את המחקר האמפירי הכמותי, תוך פירוט המתודולוגיה והממצאים העיקריים. החלק השלישי מתאר את המחקר האיכותי, הכולל מבט קרוב על פסקי הדין "דמויי א.ש.י.ר.", וחלוקתם לקטגוריות. החלק הרביעי כולל דיון בממצאים האמפיריים והערכה נורמטיבית. לבסוף נסכם.

¹⁶ ראו להלן, חלק ג'.

¹⁷ ת"א (מחוזי מרכז) 33666-07-11 **אוניפארם נ' Sanofi** (2018) (להלן: "עניין אוניפארם"). יצוין כי המקרה תלוי ועומד כעת בערעור בפני בית המשפט העליון (ע"א 2167/17 **Sanofi נ' אוניפארם**).

¹⁸ ראו להלן, חלק ג'.

א. הלכת א.ש.י.ר.

1. קניין רוחני וסוגית ההסדר השלילי

הלכת א.ש.י.ר. עוסקת בממשק בין דיני הקניין הרוחני לבין דיני עשיית עושר. דיני הקניין הרוחני מסדירים מצבים שונים בהם אדם מעתיק או מחקה תוצר רוחני כלשהו שיצר או פיתח אדם אחר.¹⁹ דיני עשיית עושר מבוססים על העיקרון לפיו מי שהתעשר "שלא על פי זכות שבדין" על חשבון חברו חייב להשיב את הזכייה.²⁰ באופן עקרוני, קיים פוטנציאל לחפיפה רבה בין ענפי משפט אלה, שכן אדם המעתיק תוצר רוחני שפותח על-ידי חברו עשוי להתעשר על חשבונו כתוצאה מכך. השאלה היא מהו היחס בין הסדרים משפטיים אלו: האם דיני הקניין הרוחני הם המנגנון הבלעדי להגנה על תוצרים רוחניים במשפטנו, כאשר סביבם—טבעת של הסדר שלילי, או שמא תיתכן הגנה על תוצרים רוחניים גם מכוח דיני עשיית עושר בנסיבות בהן אין עילה מכוח דיני הקניין הרוחני?

לאחר שנים רבות בהן לא הייתה הלכה ברורה של בית המשפט העליון בשאלה זו,²¹ פסק בית המשפט בעניין א.ש.י.ר., ברוב של חמישה שופטים לעומת שניים, כי תיתכן עקרונית עילת תביעה בעשיית עושר גם בנסיבות בהן לא קיימת עילה מכוח דיני הקניין הרוחני.²² פסק הדין עסק בשלושה מקרים שנדונו במאוחד. בשניים מן המקרים הועתק עיצוב של מוצר שלא נרשם לגביו מדגם,²³ ואילו המקרה השלישי עסק בהעתקת שיטת ייצור שלא נרשם לגביה פטנט.²⁴ בשלושת המקרים הנדונים אף לא התקיימה עילת תביעה מכוח דיני זכות יוצרים, דיני סימני מסחר או עוולת גניבת העין. בית המשפט (בדעת רוב) פסק כי דיני הקניין הרוחני אינם יוצרים הסדר שלילי לעניין תחולתם של דיני עשיית עושר, ועל כן ניתן להעניק, בנסיבות מסוימות, סעד מכוח דיני עשיית עושר גם כאשר אין עילה מכוח דיני הקניין הרוחני. בסופו של יום, לגבי המקרים הנדונים הקונקרטיים, קבע בית המשפט כי באחד מהם (פרשת הרר) אכן היה ראוי לתת סעד בעשיית עושר.²⁵

¹⁹ למעשה, דיני הקניין הרוחני רחבים יותר ועוסקים גם במצבים בהם לא מדובר בחיקוי. כך, למשל, בעל פטנט יכול להגיש תביעת הפרה נגד אדם שניצל את האמצאה המוגנת בפטנט אף אם הנתבע לא העתיק ממנו אלא פיתח את האמצאה באופן עצמאי.

²⁰ סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979: "מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן - הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן - המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכייה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה - לשלם לו את שוויה".

²¹ יצוין כי בשנת 1994, לפני עניין א.ש.י.ר., ניתנה החלטה בסוגיה זו בבית המשפט המחוזי בתל אביב בהמ' (ת"א) 12716/93 **אנימה אופנה בע"מ נ' בלן**, תקדין מחוזי 194 (1) 99 (להלן - "עניין אנימה"). במקרה שנדון בעניין **אנימה**, קבע השופט שטרזמן, כי יש מקום להכיר בקיומה של עילה בעשיית עושר מקום שדיני הקניין הרוחני אינם מעניקים במישרין זכות וסעד לתובע (כמו בהקשר להעתקת דגמי אופנה שעמד על הפרק באותו עניין). עמדתו של השופט שטרזמן בעניין העתקת דגמי אופנה אומצה גם בפסיקת שופטים מחוזיים נוספים. ראו, למשל: ת"א (ת"א) 146/94 **אברהם דוקטורצ'יק - אפנת מקאו נ' טובאקו קלאב אופנה בע"מ** (לא פורסם).

²² בית המשפט העליון לא נדרש להכריע בשאלה (הקלה יותר) האם ניתן לקבל סעד נוסף מכוח דיני עשיית עושר מקום בו קיימת עילה מכוח דיני הקניין הרוחני. ראו התייחסות לכך בפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן בעניין **א.ש.י.ר.**, לעיל הערה 1, בע' 418 ("בענייננו, פטורה אני מלדון בשאלה אם גם כאשר קמה לאדם עילה על פי דיני הקניין הרוחני, זכאי הוא לתבוע במקביל או לחילופין על פי חוק עשיית עושר. שאלה זו נכבדה היא כשלעצמה, אלא שאיננה עומדת על הפרק..."). עם זאת, לשאלה זו ניתנה תשובה חיובית בהזדמנויות אחרות. ראו, למשל: ע"א 2972/95 **יוסף וולף ושות' בע"מ נ' דפוס בארי שותפות מוגבלת**, פ"ד נג(3) 472; ע"א 1636/98 **רב בריח בע"מ נ' בית מסחר לאביזרי רכב חבשוש (1987) בע"מ**, פ"ד נה(5) 337; ת"א (ת"א) 881/94 **Eli Lilly and Company נ' טבע תעשיות פרמצבטיקות בע"מ** (לא פורסם).

²³ המונח "מדגם" שהיה קיים בפקודת הפטנטים והמדגמים 1924 הוחלף במונח "עיצוב", עם קבלת חוק העיצובים, לעיל הערה 15.

²⁴ בעניין **א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ** הועתק עיצובם של אביזרי אמבטיה מפלסטיק; בעניין **הרר נ' שוהם מכונות ומבלטים בע"מ** הועתק עיצובו של מבלט המשמש כציוד לעיבוד ולחיתוך אלומיניום; ובעניין **אתר תעשיות פלסטיק בע"מ נ' שי מפעל אלבומים ומוצרי פירסום בע"מ** הועתקה שיטה לייצור אלבומי תמונות המשלבים כריכת פי.וי.סי. רכה עם דפי אלבום מפוליפרופילן. בכל אחת מן הפרשות הללו העניק בית המשפט המחוזי בתל-אביב לתובעים צו מניעה זמני האוסר על הנתבעים להעתיק את מוצריהם מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. החלטות אלה עמדו למבחן בבית המשפט העליון בעניין **א.ש.י.ר.**

²⁵ ראו להלן, הערות 34-35 והטקסט לידן.

אף כי שופטי הרוב נבדלו זה מזה בחוות דעתם (כמתואר להלן), נימוק מרכזי שעמד ביסוד ההכרעה הוא הצורך בכלי יעיל לפיתוח דינאמי של המשפט בתחום הקניין הרוחני. השופט שטרסברג-כהן עמדה בהקשר זה על כך שדיני הקניין הרוחני הם הסדר משפטי נוקשה שחלקו מצוי בפקודות מנדטוריות וחלקו בחקיקה של הכנסת שאינה מתחדשת בקצב בו מתפתח הקניין הרוחני במציאות. מאחר שהקידמה הטכנולוגית מולידה חדשות לבקרים סיטואציות חדשות, שמרביתן בלתי-צפויות מראש, נוצר בתחום הקניין הרוחני מצב בו תוצרים מסויימים אינם זוכים להגנה באשר אינם משתבצים במסגרות הקיימות בדיני הקניין הרוחני. אשר על כן, ראוי, לגישה, לאפשר לבית המשפט לערוך איזון אינטרסים ולשקול הענקת סעד מכוח דיני עשיית עושר, במקום בו אין הוא מוענק על-ידי דיני הקניין הרוחני, על-מנת למנוע את חוסר הצדק שעשוי להיגרם כתוצאה מהיצמדות לדינים אלה.²⁶ בדומה לכך, עמד גם השופט זמיר על כך שההגנה המוצעת על-ידי דיני הקניין הרוחני לוקה בחסר. כך, לדוגמה, דרישת הרישום של מדגם, הכרוכה בהשקעה של זמן וממון, אינה הולמת מוצרי אופנה, שיש להם משך חיים קצר, או מוצרים פשוטים וזולים שהצלחתם בשוק אינה ידועה מראש. מאחר שדיני הקניין הרוחני לא התאימו עצמם, במשך שנים רבות, למוצרים כאלה ודומים לאלה, והותירו אותם ללא כל הגנה, מן הראוי שמערכת המשפט תמלא את החסר באמצעות דינים אחרים.²⁷

שופטי הרוב התבססו גם על כך שדיני הקניין הרוחני ודיני עשיית עושר ולא במשפט מצויים במישורים שונים, אלה בתחום הזכויות הקנייניות ואלה בתחום החיובים האובליגטוריים.²⁸ בהקשר לכך, הבהיר הנשיא (דאז) ברק, כי אף לנוכח אפשרות לקבלת סעד בעשיית עושר עדיין יהיה טעם רב מבחינת מפתחי המצאות ועיצובים לזכות בהגנת דיני הפטנטים והמדגמים, וזאת לנוכח ההבדלים היסודיים בין ההגנות, ועל-כן אין חשש שדיני הקניין הרוחני יתייתרו כתוצאה מקיומה של עילת תביעה אפשרית בעשיית עושר. בין היתר, עוצמת ההגנה הניתנת במסגרת דיני הפטנטים והמדגמים גדולה יותר, שכן אין הם מסתפקים במניעת העתקה, אלא מקנים לבעל הזכות אפשרות למנוע גם פיתוח עצמאי של המוצר. דיני הקניין הרוחני אף מעניקים לבעל הזכות הרשומה מידה ניכרת של ודאות, בעוד שמצבו של מי שלא רושם מדגם או פטנט ודאי הרבה פחות, שכן העילה בעשיית עושר ולא במשפט דורשת הוכחה של יסודות שונים.²⁹

יחד עם זאת, גם שופטי הרוב הסכימו, כי לא בכל מקרה של חיקוי או העתקה תקום עילה בעשיית עושר, אלא נדרש כי להעתקה או לחיקוי יתלווה "יסוד נוסף".³⁰ השופטים תיארו בדרכים שונות

²⁶ עניין א.ש.י.ר., לעיל הערה 1, בעמ' 423-24.

²⁷ שם, בעמ' 494.

²⁸ כך, למשל, עמדה השופטת שטרסברג-כהן על כך, שאין בהחלת דיני עשיית עושר לצד דיני הקניין הרוחני משום התערבות בדיני הקניין הרוחני עצמם, שכן דיני עשיית עושר מגנים על אינטרסים שונים ומעניקים סעדים שונים מאלה המוענקים בדיני הקניין הרוחני. מי שרושם את זכותו תחת דיני הקניין הרוחני נהנה מהגנה כמעט מוחלטת הקבועה בדין לזמן נתון ממושך, כאשר סעדיו ברורים וחד-משמעיים וההגנה מתפרסת על פני כל הארץ ולעתים אף מחוצה לה. לעומת זאת, מי שלא נכנס לגדר דיני הקניין הרוחני, תיבדק זכותו "בזכותית מגדלת", כאשר יהא עליו להוכיח מספר רב של יסודות על-מנת לבסס עילה בעשיית עושר, וגם אז, עדיין לא ברור שיזכה בסעד. שם, בעמ' 424-25. בדומה לכך, עמד הנשיא ברק על כך שלהבדיל מבעליו של קניין רוחני, יוצר או ממציא שאינו נהנה מקניין רוחני נתון תמיד לסיכון של העתקה או חיקוי, אשר אינם מהווים, כשלעצמם, עשיית עושר. שם, בעמ' 482.

²⁹ שם, בעמ' 484.

³⁰ מקורה של דרישת "היסוד הנוסף" ביסוד "שלא על פי זכות שבדין" שבסעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט. לדיון בדרישה זו, קודם להלכת א.ש.י.ר. ראו רע"א 371/89 ליבוביץ נ' א. את י. אליהו בע"מ, פ"ד מד(2) 309 (להלן: "עניין ליבוביץ"), שם נדונה סוגיית היחסים שבין מפיץ בלעדי לבין מתחרים העוסקים בייבוא מקביל. בית המשפט קבע שם, כי כאשר מתבקש סעד בעשיית עושר בגין פגיעה בציפייה מסחרית גרידא (להבדיל מפגיעה בזכות "ממוסדת"), על התובע לבסס קיומו של יסוד נוסף (שם, בעמ' 329-330). פסק הדין בעניין ליבוביץ נתפס בעיני רבים כהלכה היסודית בה הכיר בית המשפט העליון בדיני עשיית עושר כבסיס אפשרי להסדרת יחסים בין מתחרים בשוק. בהקשר זה, ראו: עופר גרוסקופף הגנה על כללי תחרות באמצעות דיני עשיית עושר ולא במשפט (תשס"ב) 272.

את משמעותו של היסוד הנוסף ועמדו על מבחני עזר שונים בהם ניתן להשתמש כדי לקבוע אם הוא מתקיים. כך, למשל, לגישתה של השופטת שטרסברג-כהן, היסוד הנוסף משמעו חוסר תום-לב או התנהגות פסולה הפוגעת בחוש ההגינות והצדק,³¹ בעוד שלגישתו של הנשיא (דאז) ברק, היסוד הנוסף מתקיים כאשר פעולת החיקוי נעשתה בנסיבות של תחרות לא הוגנת.³² לעמדתו של השופט זמיר, ייתכן שבמקרים מסוימים כאשר יש חומרה מיוחדת בהעתקה, ניתן לוותר על דרישת היסוד הנוסף.³³ לגבי שלושת המקרים הקונקרטיים שנידונו במסגרת ההליך, הגיע בית המשפט העליון למסקנה כי באחד מהם (פרשת הרר) אכן התקיים יסוד נוסף (או חומרה מיוחדת), שכן דובר במוצר חדשני ומורכב, פרי פיתוח מקורי ומאמץ ממושך, שהועתק בשלמותו, בתהליך של הנדסה חוזרת, תוך שמירה על זהות ויזואלית מלאה, על אף קיומן של חלופות להעתקה כזו.³⁴ נוסף על כך, בין הצדדים היו קיימים יחסי תחרות, והמעתיקים ידעו שהם מעתיקים מוצר פרי פיתוחם של מתחריהם.³⁵

2. בעקבות א.ש.י.ר – ביקורות ותחזיות

פסק הדין בעניין א.ש.י.ר. עורר הדים רבים בקרב קהיליית המשפט בישראל. חלק מן המשפטנים שעסקו בנושא הביעו תמיכה בהלכה, מנימוקים דומים לאלה שעמדו ביסוד עמדת הרוב.³⁶ מן הצד השני, ההלכה זכתה לביקורת חריפה.³⁷ הטעם העיקרי לביקורת היה החשש לאפקט מצנן כתוצאה מיצירתו של מסלול חלופי להטלת אחריות משפטית על מעשים של חיקוי והעתקה, על בסיס

³¹ עניין א.ש.י.ר., לעיל הערה 1, בע' 431. לגישתה של השופטת שטרסברג-כהן, התוצר הרוחני המועתק צריך להיות מסוים, ניתן להגדרה, חדשני, ייחודי ויישומי וכזה שבעליו עשו בו (או שבכוונתם לעשות בו) שימוש. ככל שהמאמץ והמשאבים שהושקעו במוצר המועתק רבים יותר, כך יהיה היצרן ראוי יותר לזכות בהגנה. שיקול רלבנטי נוסף לגישתה הוא השאלה אם ה"נכס" נחשף לציבור. זאת ועוד, על הזוכה להיות מודע לכך שהוא מעתיק מוצר פרי רעיון של אחר. חוסר תום-לב מצד המעתיק יכול להתבטא גם במודעותו לרצונו של היצרן המקורי להפיק רווחים מן הרעיון שבמוצר המועתק או ליהנות מייצור בלעדי.

³² עניין א.ש.י.ר., לעיל הערה 1, בע' 450. לגישתו של הנשיא ברק, היסוד הנוסף מתקיים כאשר פעולת החיקוי או ההעתקה נעשתה תוך הפרת עקרון תום-הלב האובייקטיבי, דבר שיקרה כאשר הפעולה נעשתה בנסיבות של תחרות לא הוגנת וכן במספר מקרים נוספים בהם מופרות הלכות המסחר ההוגן. ככל שהיצירה היא חשובה יותר, חדשנית יותר, ייחודית יותר ובעלת תרומה מהותית יותר, כן תהא נטייה גדולה יותר לראות בחיקוי או בהעתקה משום תחרות בלתי הוגנת. כן יש להתחשב במאמץ שהשקיעו היוצר והמעתיק, באיטנסיביות ההעתקה או החיקוי, ובמצבו הנפשי של המתחרה, שהעתיק או חיקה מוצר של יצרן. עניין אחר שיש להתחשב בו בקביעת חוסר ההגינות של התחרות הוא בקיומן של חלופות להעתקה. בנוסף לכך, יש לבחון את תוצאות ההעתקה או החיקוי. במקרים שבהם תוצאות ההעתקה או החיקוי הנה הרתעה אפשרית של יצרנים מלפתח מוצרים ומלהשקיע בטכנולוגיות חדשות לשם קידום היעילות והתחרות, כי אז תגבר הנטייה לראות בהעתקה וחיקוי אלה, הגורמים ל"כשל שוק", תחרות לא הוגנת. כך, למשל, ייתכנו מצבים בהם ראוי כי היצרן יינה מבלעדיות זמנית לשם כיסוי הוצאות המחקר והפיתוח, כאשר פגיעה בבלעדיות זו יש בה סממן בולט של חוסר הגינות. שם, בעמ' 450.

³³ חומרה כזאת תתקיים לגישתו כאשר המוצר החדשני מועתק במלואו, ביוזעין ובמכוון, ללא הסבר או צידוק מעבר לרצונו של המעתיק להתעשר על חשבונם של אחר. שם, בעמ' 493.

³⁴ מעניין לציין, כי בסעיף 6(ג) לחוק עוולות מסחריות, נקבע במפורש, כי השימוש בהנדסה חוזרת לצורך נטילתו של סוד מסחרי בלא הסכמת בעליו אינו נחשב, כשלעצמו, כאמצעי פסול. מדובר, אפוא, במצב בו, בהנחה כי לתהליך ההנדסה החוזרת לא נלווה אמצעי פסול אחר, חיקוי המוצר אינו מהווה גזל סוד מסחרי, אך ניתן לזכות בסעד כנגדו מכוח המסלול החלופי של עשיית עושר ולא במשפט. פרופ' דויטש תומך בתוצאה זו. ראו דויטש, לעיל הערה 3, בע' 266, 678; מיגל דויטש, "חוק עוולות מסחריות, תשנ"ט-1999 - הגינות בתחרות וסודות מסחר", הפרקליט מה (תש"ס) 128, 155.

³⁵ עניין א.ש.י.ר., לעיל הערה 1, בעמ' 486.

³⁶ כך, למשל, הבע פרופ' דויטש תמיכה בעמדת שופטי הרוב לפיה בהחלטתם של דיני עשיית עושר לצד דיני הקניין הרוחני אין משום "התערבות" בדיני הקניין הרוחני עצמם, שכן עילת התביעה מכוח דיני עשיית עושר כלל אינה שקולה לזכות קניין, בהיותה מותנית בשיקול דעת נרחב של בית המשפט, ובשל רמת ההגנה ה"רכה" אותה היא מקנה לבעל התוצר הרוחני, בפרט ביחס לרוכש מאוחר של הנכס המגולם את התוצר. אשר על כן, לגישתו, אין מניעה מלהכיר בעילות תביעה "רכות" מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט לצד העילות הקבועות בדיני הקניין הרוחני הממוסדים. ראו דויטש, לעיל הערה 30, בע' 171, 205. ראו גם חנוך דגן, קניין על פרשת דרכים (2002), בעמודים 96-90, הטוען כי שימוש בדיני עשיית עושר כדי ליצור זכויות של "מעין קניין רוחני" הינו מהלך שעשוי להיות ראוי, אולם מבקר את אופן היישום של מהלך זה בפסק דין א.ש.י.ר.

³⁷ ניבה אלקין-קורן, לעיל הערה 3, בעמוד 9; עופר טור-סיני, "דיני קניין רוחני – צעידה אל מילניום חדש (מגמות ויחידושים במשפט הישראלי), קרית המשפט ה 177 (2005); גרוסקופף, להלן הערה 6, בעמ' 236.

סטנדרטים עמומים של צדק.³⁸ לגישת המבקרים, ניסיונם של שופטי הרוב להיאחז בכך שמדובר בזכויות המצויות במישורים שונים מתעלם מן המשמעות המעשית של הגנה על זכויות מכוח עשיית עושר לצד דיני הקניין הרוחני.³⁹ הלכת א.ש.י.ר. עלולה ליצור אפקט מצנן שיניע משתמשים "להימנע מפעולות נוספות מעבר לשימושים שהמחוקק ביקש לאסור, ואף מעבר לשימושים שבית המשפט מבקש למנוע על-פי דיני עשיית עושר".⁴⁰ אפקט זה עשוי להביא לצמצום נחלת הכלל, ולגרום ל"שחקנים" רלבנטיים המבקשים להתחרות בשוק ולהשתמש בתוצרים קיימים כבסיס להתליכי יצירה, מחקר ופיתוח עתידיים להימנע מכך, על-מנת לצמצם את חשיפתם האפשרית לתביעות משפטיות.⁴¹ לגישת המבקרים, אפקט הצינון גדול במיוחד נוכח חוסר-הוודאות הכרוך בהפעלת הסטנדרטים הניצבים בבסיס עילת עשיית העושר.⁴² במידה רבה, דווקא אותם מאפיינים של עילה זו ששופטי הרוב מגייסים לצורך ביסוס ההבחנה בינה לבין העילה מכוח דיני הקניין הרוחני הממוסדים—"רכותה" של העילה וחוסר הוודאות המאפיין אותה—הם אלה שמגבירים את חשש הצינון.⁴³

טיעון ביקורת אחר התמקד ב"סוגיה המוסדית", ולפיו—כאשר הפסיקה מפתחת את הדין, עליה להיצמד לחקיקת הקניין הרוחני, על-מנת להבטיח כי האיזונים הבסיסיים המגולמים בחקיקה זו לא ייפגעו ולשמר את הודאות משפטית בתחום; כאשר בהקשרים בהם נראה כי ההסדר הקבוע בחוק איננו תואם את דרישות המציאות ולא ניתן להתאימו באמצעות פרשנות, על בתי המשפט להפנות את הסוגיה לבית המחוקקים, כדי שיעשה לפתרון העניין באופן מקיף וכוללני יותר שיתבסס על מחקר מקדים כנדרש.⁴⁴

ההתנגדות להלכת א.ש.י.ר. חרגה מגבולות האקדמיה והשפיעה גם על קובעי מדיניות. כך, ב-2011, הוגשה הצעת חוק ממשלתית לתיקון חוק הפטנטים, בה נכלל סעיף של "ייחוד עילה", לפיו:

לא יזדקק בית המשפט לתביעה, תהא עילתה אשר תהא, המבוססת על אחד מאלה: (1) ניצול אמצאה כשירת פטנט שאינה נושא לפטנט הרשום בישראל; (2) ניצול אמצאה שהיא נושא לפטנט רשום בישראל, כאשר הניצול נעשה לאחר שתוקפו פג מכל סיבה שהיא ...; (3) ניצול אמצאה שאינה כשירת פטנט.⁴⁵

³⁸ ראו, למשל, אלקין-קורן, לעיל הערה 3, בעמ' 48-50 (שם עומדת המחברת על כך שקיומו של סעד אפשרי בעשיית עושר בנסיבות בהן אין עילה בקניין רוחני, מטילה, הלכה למעשה, חובה חדשה על ציבור המשתמשים כולו להימנע מהעסקות בנסיבות דומות).

³⁹ אלקין-קורן, לעיל הערה 3, בעמ' 48-50. גם השופט חשין, במסגרת דעת המיעוט שלו, גרס כי זכיותו של אלמוני בתביעה בעשיית עושר נגד פלוני, הגם שזכיה אישית היא, "כרוכה בה אזהרה לכל באי-עולם" כי אם יעשו כמעשה פלוני יהא גורלם כגורלו. אשר על כן, תביעה אישית בעשיית עושר עשויה לגישתו ליצור זכות קניין בדיעבד. עניין א.ש.י.ר., לעיל הערה 1, בעמ' 375.

⁴⁰ אלקין-קורן, לעיל הערה 3, בעמ' 66.

⁴¹ שם, בעמ' 67.

⁴² שם, בעמ' 66, 68-69. ראו גם גרוסקופף, לעיל הערה 6, בעמ' 215 (שם מבקר המחבר את הפערים המשמעותיים בין פסקי הדין של השופטים השונים בעניין א.ש.י.ר. וטוען כי במתחם שבין עמדותיהם "ניתן להכניס בנקל כמעט כל הכרעה אפשרית בעניין נתון").

⁴³ טור-סיני, לעיל הערה 37, בעמ' 311.

⁴⁴ שם, בעמ' 16-315. ראו גם אלקין-קורן, לעיל הערה 37, בעמ' 65, העומדת על כך ש"הגדרתו של היקף ההגנה האופטימלי במוצרי מידע לסוגיהם השונים הנה סוגיה סבוכה המחייבת נתונים אמפיריים בנוגע לאופי המוצר, חיוניותו, אמצעי הייצור וההפצה, מבנה השוק, בשלות השוק והטכנולוגיה ועוד". לטענות דומות (בהקשר אחר) באשר ליתרונותיו של הסדר חקיקתי, השוו מיכאל בירנהק, "לידתה של עוולה: הפרה תורמת בדיני פטנטים", **טכנולוגיות של צדק: משפט, מדע וחברה** (ש' לביא עורך, תשס"ג) 169, 186.

⁴⁵ סעיף 188א להצעת חוק הפטנטים (תיקון מס' 12) (פרסום בקשות פטנט), התשע"א-2011, ה"ח הממשלה 1250 (להלן: "הצעת חוק הפטנטים").

בתזכיר הצעת החוק שפורסם על-ידי משרד המשפטים הוסבר כי התיקון מתבקש על רקע חוסר הוודאות שיצר פסק הדין בעניין א.ש.י.ר., אשר "נוגד את העקרונות והאיזונים בין נחלת הכלל לבין נחלת הפרט המגולמים בדיני הקניין הרוחני ואף את עקרונות חוק הפטנטים, ומביא למעשה להרחבת המונופולין של בעל האמצאה".⁴⁶ בדומה לכך, בדברי ההסבר שנלוו להצעת החוק הודגש כי האמצאות העומדות על הפרק במקרים בהם חל הסדר ייחוד העילה הן נחלת הכלל והאפשרות לקבל סעד בעשיית עושר בשל ניצולן "סותרת את האיזונים הספציפיים אשר נקבעו לפי חוק הפטנטים".⁴⁷ ראוי לציין, כי עוד לפני הגשת הצעת החוק, קבע בית המשפט העליון בפרשת **Merck נ' טבע**, כי "אין להיזקק לתרופות מתחום דיני עשיית עושר לצורך מתן הגנה לבעל אמצאה בתקופת הביניים שבין פרסום קיבול בקשת פטנט לבין ההכרעה בבקשת הפטנט".⁴⁸ הצעת החוק ביקשה לוודא כי עמדה עקרונית זו תחול גם בנסיבות נוספות בהן עשוי להתבקש סעד בעשיית עושר כאשר אין עילה מכוח דיני הפטנטים. בסופו של דבר, הצעת החוק לא התקבלה וסעיף ייחוד העילה לא נכנס לחוק הפטנטים.⁴⁹

מספר שנים לאחר מכן, במסגרת חקיקתו של חוק העיצובים, נחקק הסדר ייחוד עילה בהקשר לדיני העיצובים. סעיף 2 לחוק העיצובים קובע כי "לא תהיה זכות בעיצוב, אלא לפי הוראות חוק זה". הסעיף נחקק, בין היתר, על רקע הלכת א.ש.י.ר., ונועד "להבהיר כי לבעל עיצוב לא תהיה עילת תביעה לפי חקיקה כללית ושיורית, כגון חוק עשיית עושר ולא במשפט".⁵⁰ ראוי לציין כי אחד החידושים המשמעותיים ביותר בחוק העיצובים הינו יצירת מסלול הגנה לעיצובים לא רשומים, לראשונה במשפט הישראלי. מסלול זה עשוי לסייע לתובע לזכות בסעד כנגד העתקה במגוון מצבים בהם עיצוב מוצר לא זכה עד היום להגנה אפקטיבית של דיני הקניין הרוחני, כמו, למשל, בתחום האופנה.⁵¹ משנוסף מסלול הגנה לעיצובים לא רשומים במשפטנו, הצורך להשתמש בדיני עשיית עושר ביחס לעיצובים פחת לכאורה באופן משמעותי, ואת הכללתו של הסדר ייחוד עילה בחוק העיצובים יש להבין גם על רקע זה.⁵²

ניסיון נוסף לכרסם בהלכת א.ש.י.ר. ולמעשה לבטלה כליל, נעשה לאחרונה בהקשר לעניין **Fisher Price**.⁵³ התביעה שנדונה בפרשה זו נגעה לחיקוי של כיסא דנדנד לתינוק, לרבות הריפוד המצויר שעל גביו. הדיון בפרשה התמקד בשאלת היחס בין דיני העיצובים לדיני זכות היוצרים, אך כתב התביעה כלל גם עילה בעשיית עושר. היועץ המשפטי לממשלה התייצב להליך והוגשה עמדה מטעמו שנועדה להאיר מספר סוגיות משפטיות שהתעוררו בפרשה. בהתייחס לעילה בעשיית עושר, ביקש היועץ המשפטי כי בית המשפט העליון יבטל את הלכת א.ש.י.ר., בשל העמימות הרבה שיצר פסק הדין. לעמדת היועץ המשפטי, החלתם של דיני עשיית עושר לצד דיני הקניין הרוחני עלולה "לגרור

⁴⁶ תזכיר הצעת חוק הפטנטים (תיקון – פרסום בקשות פטנט), התש"ע-2010.

⁴⁷ הצעת חוק הפטנטים, לעיל הערה 45, בעמ' 1253.

⁴⁸ רע"א 6025/05 **Merck & Co. Inc. נ' טבע תעשיות פרמצביות בע"מ ואח'** (2011).

⁴⁹ ראו פרוטוקול ישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט מתאריך 13.3.2012. למיטב ידיעתנו העניין לא הובא לדיון בשנית.

⁵⁰ הצעת חוק העיצובים, התשע"ה-2015, ה"ח הממשלה 696, 700 (להלן: "הצעת חוק העיצובים").

⁵¹ ראו לעיל הערה 27 והטכסט לידה.

⁵² סעיף נוסף שניתן היה לכאורה לפרשו באופן דומה הוא סעיף 3 לחוק זכות יוצרים הקובע כי "לא תהא זכות יוצרים ביצירה אלא לפי הוראות חוק זה". לקריאה של הסעיף כמכוון לשלול את תחולתה של הלכת א.ש.י.ר. בהקשרים בהם חל חוק זכות יוצרים, ראו יהושע ויסמן, "קריאה השוואתית: מאפיינים של חוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007", **יוצרים זכויות: קריאות בחוק זכויות יוצרים** 69, 80-81 (מיכאל בירנהק וגיא פסח, עורכים, 2009). השוו עופר גרוסקופף "הנשר והנסיכות: על היחס שבין דיני עשיית עושר ולא במשפט לבין דיני זכויות יוצרים" **יוצרים זכויות: קריאות בחוק זכויות יוצרים** 201, 18-217 (מיכאל בירנהק וגיא פסח, עורכים, 2009) (הסבור שלא ניתן לקבל פרשנות זו של הסעיף). מהניתוח להלן עולה כי גם הפסיקה לא אימצה פרשנות זו, ודאי לא באופן גורף.

⁵³ עניין **Fisher Price**, לעיל הערה 7.

תקלות חמורות" ולחתור תחת תכליותיהם ויסודותיהם של דינים אלה.⁵⁴ בסופו של דבר, קבע בית המשפט העליון כי בנסיבות העניין הספציפי, אין מקום למתן פיצוי מכוח חוק עשיית עושר, אך השאיר בצריך עיון את ההתייחסות העקרונית להלכת א.ש.י.ר.⁵⁵

עמדת היועץ המשפטי בעניין **Fisher Price**, כמו יוזמות החקיקה האמורות בתחום הפטנטים והעיצובים, מעידות על כך שהחשש מפריצת הגבולות שהתעורר בעקבות פסק הדין בעניין א.ש.י.ר. נותר בעינו לאורך השנים. יש לציין, עם זאת, כי היו גם מי שעמדו על כך שהחשש מההשלכות הדרמטיות שצפו מבקרי הלכת א.ש.י.ר. לא התממש בפועל.⁵⁶ מכל מקום, הוויכוח אודות ההלכה, רצינותה והשפעותיה, לא התבסס עד היום על מחקר אמפירי מקיף, אלא נשען על טיעונים תיאורטיים ותצפיות אנקדוטליות. בחלוף עשרים שנה מתבקש להעריך את השפעתה של הלכת א.ש.י.ר. על תחום הקניין הרוחני באמצעות מחקר אמפירי שיטתי. החלק הבא מתאר את האופן שבו ערכנו בחינה זו ואת עיקרי הממצאים שלנו.

ב. "אחרי עשרים שנה": מחקר אמפירי כמותי

1. מתודולוגיה

לצורך המחקר, בנינו מאגר מידע הכולל את כל פסקי הדין וההחלטות בצווים זמניים שניתנו בבתי המשפט המחוזיים ובבית המשפט העליון בישראל בעשרים השנים שחלפו מאז מתן פסק הדין בעניין א.ש.י.ר., בתביעות שכללו עילת קניין רוחני לצד עילת עשיית עושר ולא במשפט.⁵⁷ המאגר כולל את פסקי הדין וההחלטות שניתנו בתקופה שהחל ממועד מתן פסק הדין בעניין א.ש.י.ר. (23 בספטמבר, 1998) ועד לתאריך ה-31 בדצמבר, 2018.

לשם איתור הפסיקה הרלוונטית השתמשנו במאגר "נבו".⁵⁸ בסופו של דבר, לאחר הסרת פריטים שאינם רלוונטיים לנשוא הבדיקה,⁵⁹ נכללו במאגר 430 פסקי דין והחלטות.

לצד פסקי דין, כללנו במאגר גם החלטות ביניים שהכריעו בבקשה למתן צו מניעה זמני וכללו דיון בעילות התביעה. המאגר כולל 118 החלטות כאלה, לצד 312 פסקי דין. לא כללנו במאגר החלטות ביניים אחרות, לרבות החלטות בנוגע לעיכוב ביצוע, פסקי דין משלימים ביחס לסעדים וכיו"ב. הבחירה לכלול החלטות אלה במחקר זה, נובעת מן העובדה כי בהחלטות על צווים זמניים בתחום הקניין הרוחני עילת התביעה נבחנת באופן תדיר לגופו של עניין ברמת פירוט משמעותית,⁶⁰ בשילוב העובדה כי במקרים רבים בהם ניתנת החלטת ביניים, בפרט בתחום הקניין הרוחני, הדבר מיתר

⁵⁴ עמדת היועץ המשפטי בעניין **Fisher Price**, לעיל הערה 7, בעמ' 13.

⁵⁵ עניין **Fisher Price**, לעיל הערה 7, בפסקה פד.

⁵⁶ ראו, בפרט, יוסי מרקוביץ', "על מה שנשאר מהלכת א.ש.י.ר.: עיון מחדש ביחסי הקניין הרוחני ועשיית העושר", **שערי משפט** 35 (2014). המחבר מנתח פסקי דין מרכזיים שניתנו בעקבות א.ש.י.ר. וטוען כי החששות שהביעו מבקרי ההלכה התבררו כבלתי מוצדקים, וכי בתי המשפט קראו את א.ש.י.ר. כהלכה תקדימית אך מצומצמת, המאפשרת להם להשלים חסרים ולפתח את הדין במקרים חריגים בלבד. להערכות נוספות ברוח זו מצד שופטים ראו **להלן** הערה 133.

⁵⁷ בנוסף לכך, כללנו במאגר גם מקרים שבהם התביעה התבססה על עוולת גניבת העין לצד עשיית עושר ולא במשפט – להרחבה בעניין זה ראו **נספח א'**.

⁵⁸ לפירוט אופן החיפוש ומילות החיפוש שנבחרו ראו **נספח א'** להלן.

⁵⁹ מדובר, למשל, במקרים בהם פסק הדין א.ש.י.ר. אוזכר בהקשר לתביעות שלא עסקו בתחום הקניין הרוחני אלא בעילות אחרות מתחומי המשפט הפרטי, דוגמת דיני חוזים.

⁶⁰ ראו, למשל, בש"א (מחוזי י-ם) 2343/03 **קליק נ' רז-דן אופנה** (2003), פסקה 23, שם עמד בית המשפט על כך שבתחום הקניין הרוחני, "עשויה מידת ההוכחה הדרושה לעניין הצו הזמני להיות גבוהה מהרגיל, זאת לאור הפגיעה האפשרית בחופש העיסוק והגבלת התחרות הכרוכה בכך".

בפועל את הצורך בהמשך הדיון ובמתן פסק-דין.⁶¹ על כן, הכרעה בבקשה לצו מניעה זמני במקרים שנכללו במאגר מהווה אינדיקציה משמעותית לאופן שבו בתי המשפט מיישמים את הלכת א.ש.י.ר. יצוין עם זאת, כי גם אם אין מביאים בחשבון החלטות ביניים כלל, אלא פסקי דין בלבד, לא חל שינוי משמעותי בממצאים העיקריים שלנו, המתוארים בסעיף 2 להלן.

עוד יובהר, כי במקרים בהם איתרנו הן פסק דין של בית המשפט המחוזי כערכאה דיונית והן פסק דין של בית המשפט העליון כערכאת ערעור, התייחסנו לכל פסק דין כאל פריט עצמאי במאגר, למרות שפסק-הדין של הערכאה הדיונית "נבלע" מבחינת תוקפו המעשי בפסק-הדין של ערכאת הערעור.⁶² זאת לאור מטרת המחקר העיקרית והיא להתחקות אחר היישום בפועל של הלכת א.ש.י.ר. בערכאות השונות. יצוין כי אף במקרה זה, בדיקה אלטרנטיבית המתחשבת רק בפסקי הדין שבערעור (כאשר הוגש ערעור) אינה גורמת לשינוי מהותי בממצאים.

את המקרים שבמאגר קידדנו לפי פרמטרים שונים, אשר המרכזי שבהם היה עילות התביעה שהתקבלו. לצורך כך, סיווגנו את פסקי הדין במאגר לארבע קטגוריות, לפי החלוקה הבאה:

- 1) מקרים בהם התקבלו עילות תביעה הן מכוח אחד (או יותר) מענפי הקניין הרוחני והן מכוח דיני עשיית עושר;⁶³
- 2) מקרים בהם לא התקבלה עילת תביעה בקניין רוחני ולא בעשיית עושר;
- 3) מקרים בהם התקבלה אך ורק תביעה בגין הפרת זכות קניין רוחני;
- 4) מקרים בהם התקבלה אך ורק תביעה בעשיית עושר, אותם אנו מכנים מקרים "דמויי א.ש.י.ר".

פרטים מתודולוגיים נוספים אודות מאגר המידע מופיעים בנספח א'.

כאמור, בהמשך לניתוח הכמותי, ערכנו ניתוח איכותי שהתמקד בקטגוריה הרביעית, כלומר במקרים דמויי א.ש.י.ר., באמצעות מבט מקרוב על אותם פסקי דין והחלטות. במסגרת בדיקה זו ביקשנו להבין באופן מעמיק יותר מהם המקרים בהם עושים בתי המשפט שימוש בהלכת א.ש.י.ר. ונותנים סעד בעשיית עושר חרף היעדרה של עילה בקניין רוחני, ואם ניתן לאתר דפוסים משותפים למקרים הללו.

2. ממצאי המחקר הכמותי

(א) התמונה הכללית

מניתוח כמותי של פסקי הדין וההחלטות אשר ניתנו מאז הלכת א.ש.י.ר. בבתי המשפט המחוזיים ובבית המשפט העליון ואשר נכללו במאגר עולה התמונה הבאה: ב-38 מקרים התקבלה התביעה הן בקניין רוחני והן בעשיית עושר, ב-203 מקרים נדחתה התביעה הן בקניין רוחני והן בעשיית עושר; ב-165 מקרים התקבלה התביעה בקניין רוחני בלבד, ואילו ב-24 מקרים התקבלה התביעה

⁶¹ המחקר שלנו ממחיש עניין זה בצורה טובה, שכן מתוך 118 המקרים האמורים, רק ב-13 מקרים ניתן בהמשך גם פסק דין סופי (מתוכם, אגב, ב-5 מקרים ההכרעה בעילות התביעה בפסק הדין הסופי הייתה שונה מן ההכרעה במסגרת החלטת הביניים). ב-13 המקרים האמורים כללנו במאגר הן את החלטת הביניים והן את פסק הדין הסופי. יצוין כי גם אם אין מביאים בחשבון את 13 המקרים האמורים, לא חל שינוי משמעותי בממצאים העיקריים שלנו.

⁶² מדובר בסך הכול ב-36 מקרים, מתוכם – ב-11 מקרים נהפכה ההכרעה בערעור.
⁶³ ראוי להדגיש שוב כי במקרים אלה לא מתעוררת הסוגייה בה הכריע בית המשפט העליון בפרשת א.ש.י.ר., וסוגית ה"תחולה המקבילה" של עילות בקניין רוחני ובעשיית עושר הוכרעה בשורת פסקי דין שקדמו לא.ש.י.ר. - ראו לעיל הערה 22. המחקר הנוכחי, המתמקד בבדיקת השפעתה של הלכת א.ש.י.ר., אינו מתרכז איפוא במקרים אלה.

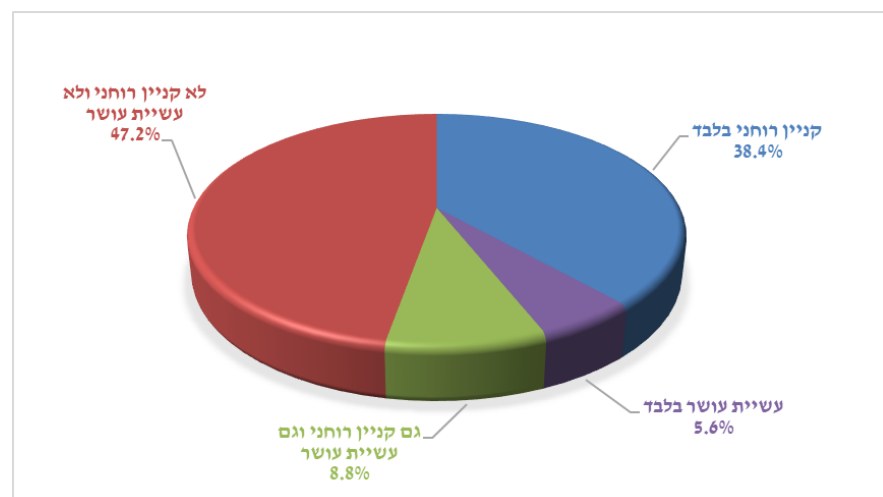
על בסיס עשיית עושר בלבד—מקרים אחרונים אלה הם המקרים המכונים על ידינו פסקי הדין "דמויי א.ש.י.ר."⁶⁴.

תיאור התפלגות המקרים לפי הקטגוריות השונות, במספרים ובאחוזים, מופיע בטבלה להלן:

קטגוריה	עילת קניין רוחני	עילת עשיית עושר	מספר מקרים	אחוז מקרים (בקירוב)
1	כן	כן	38	8.8%
2	לא	לא	203	47.2%
3	כן	לא	165	38.4%
4	לא	כן	24	5.6%

טבלה מספר 1: חלוקת פסקי דין והחלטות לפי קטגוריות

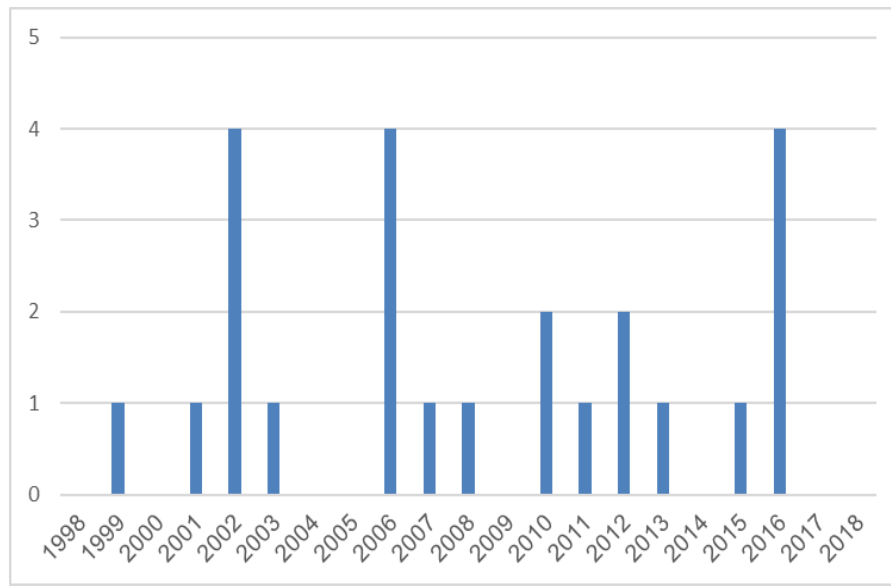
תיאור גרפי של התפלגות המקרים מופיע בשרטוט שלהלן:



שרטוט מספר 1: התפלגות מקרים לפי קטגוריות

כעולה מן הטבלה ומשרטוט מס. 1, מספר המקרים דמויי א.ש.י.ר. הוא 24 מתוך 430 המקרים שנכללו במאגר, כלומר כ-5.6%. בבדיקת התפלגות המקרים דמויי א.ש.י.ר. לאורך תקופת המחקר לא עולה מגמה מובהקת של עליה או ירידה ב"שימוש" בהלכת א.ש.י.ר. במהלך השנים, ונראה כי פסקי הדין וההחלטות דמויי א.ש.י.ר. פזורים על פני עשרים השנים האחרונות באופן אחיד למדי, כעולה משרטוט מספר 2 להלן:

⁶⁴ כינוי זה לקבוצת המקרים האמורה נועד לשקף את העובדה שבאותן החלטות, בדומה להלכת א.ש.י.ר., הוכרה האפשרות לקבל סעד בעשיית עושר חרף העדרה של זכות מכח דיני הקניין הרוחני. נציין שחלק קטן מן ההחלטות הללו סווגו כ"דמויי א.ש.י.ר." מטעמי זהירות, ולמרות שניתן היה לדעתנו לסווג אותן גם באופן אחר – ראו ההבהרות בפרק ג' להלן (לרבות הערות 81, 97 ו-112).



שרטוט מספר 2: התפלגות המקרים דמויי א.ש.י.ר. לאורך תקופת המחקר.

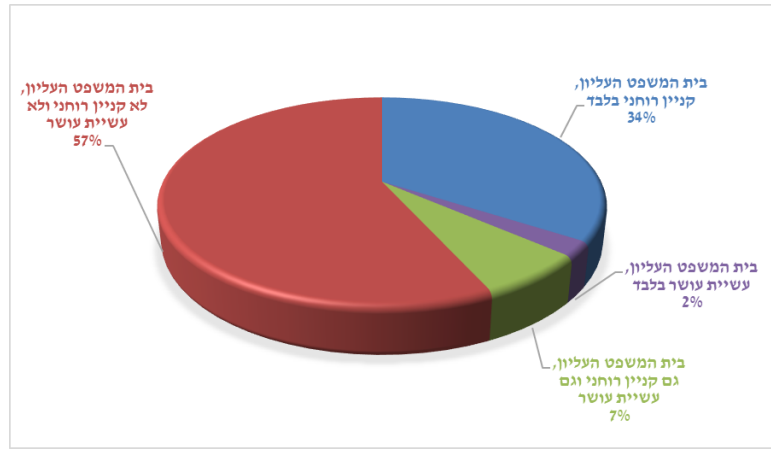
נדון במשמעות ממצאים אלה בחלק ד' להלן.

(ב) הלכת א.ש.י.ר בבתי המשפט השונים

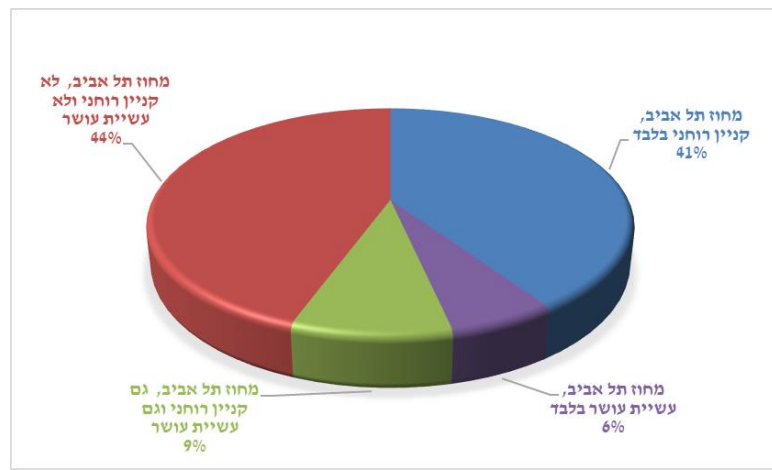
נוסף על התמונה הכללית, בחנו את אופן ההתפלגות של פסקי הדין וההחלטות לקטגוריות האמורות בכל אחד מן המחוזות ובבית המשפט העליון. ממצאי בדיקה זו מתוארים בטבלה מספר 2, ובשרטוטים 3-9 להלן:

קטגוריה	קניין רוחני	עשיית עושר	עליון	תל אביב	מרכז	ירושלים	חיפה	צפון	דרום
1	כן	כן	7%	9%	9%	3%	11%	8%	28%
2	לא	לא	57%	44%	54%	43%	47%	46%	29%
3	כן	לא	34%	41%	31%	43%	37%	46%	43%
4	לא	כן	2%	6%	6%	11%	5%	0%	0%

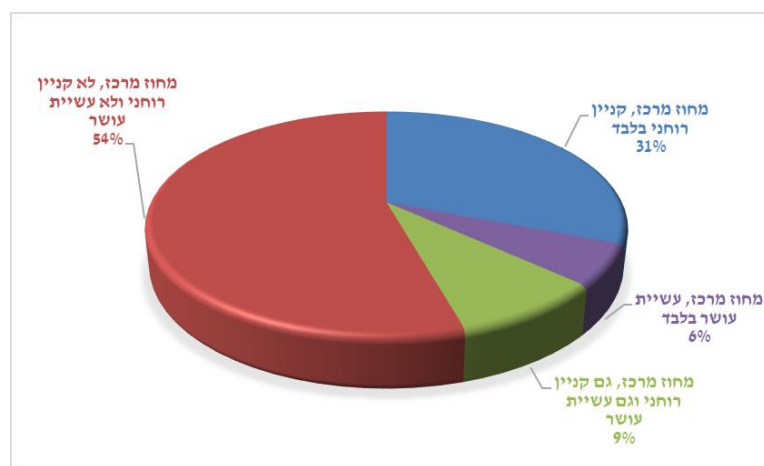
טבלה מספר 2: חלוקת פסקי דין והחלטות לפי קטגוריות-בתי המשפט השונים



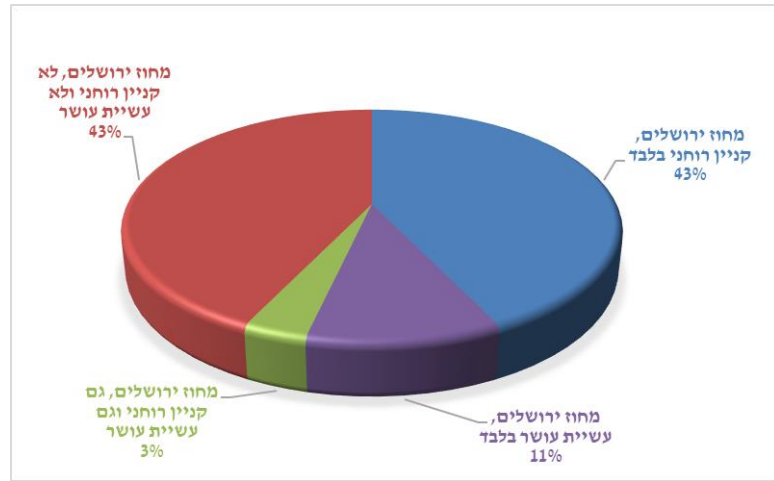
שרטוט מספר 3 : התפלגות לפי קטגוריות-בית המשפט העליון



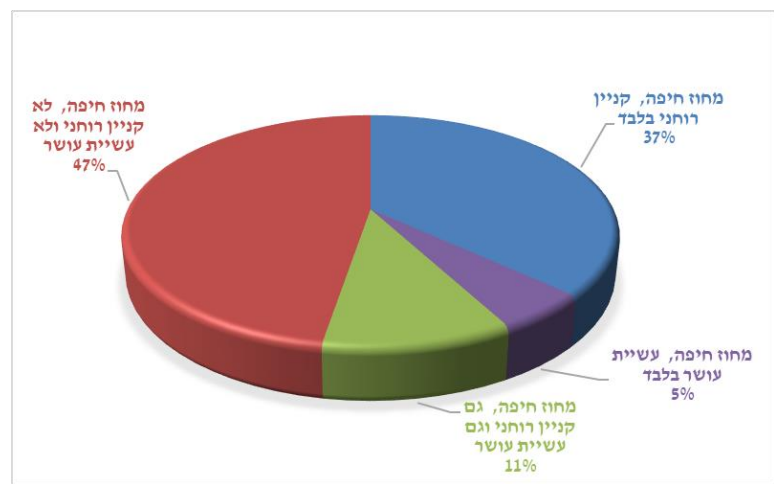
שרטוט מספר 4 : התפלגות לפי קטגוריות-מחוז, תל אביב



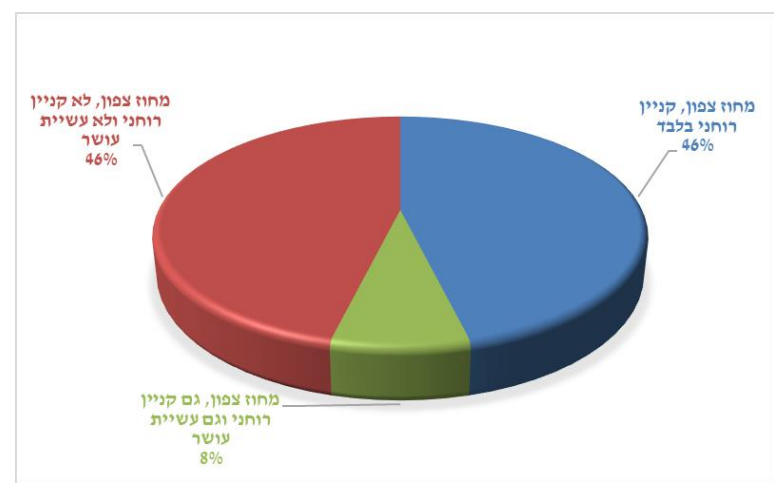
שרטוט מספר 5 : התפלגות לפי קטגוריות-מחוז, מרכז



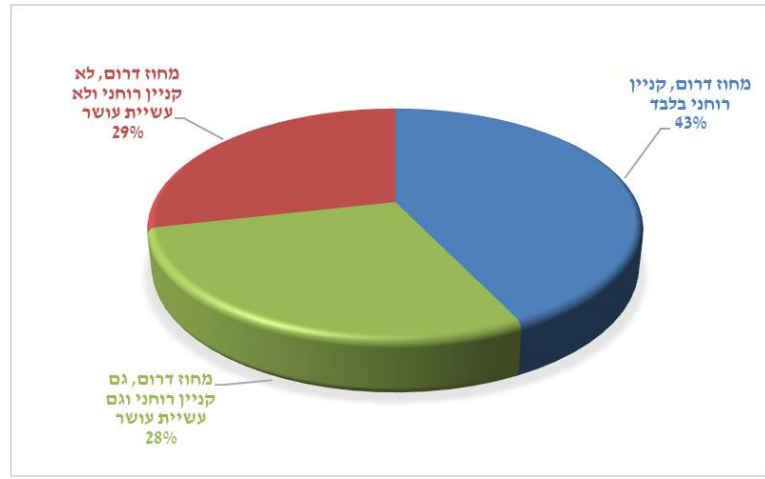
שרטוט מספר 6 : התפלגות לפי קטגוריות-מחוזי, ירושלים



שרטוט מספר 7 : התפלגות לפי קטגוריות-מחוזי, חיפה



שרטוט מספר 8 : התפלגות לפי קטגוריות-מחוזי, צפון



שרטוט מספר 9: התפלגות לפי קטגוריות-מחוזי, דרום

ככלל, מצאנו כי תמונת היחס בין הקטגוריות השונות דומה בין בתי המשפט השונים, ובפרט בין בית המשפט העליון ובתי המשפט המחוזיים במחוז תל אביב, מרכז, ירושלים,

⁶⁵ וחיפה (ראו שרטוטים 3-7). אמנם, חלוקת המקרים לקטגוריות בבית המשפט המחוזי במחוז הצפון ובבית המשפט המחוזי במחוז הדרום מציגה לכאורה תמונה שונה (שרטוטים 8-9), ובמחוזות אלה לא נמצאו כלל פסקי דין והחלטות "דמויי א.ש.י.ר." בתקופת המחקר, אולם מספר המקרים הרלבנטיים בשני בתי המשפט הללו קטן משמעותית לעומת בתי המשפט האחרים (7 במחוז הדרום ו-13 במחוז הצפון), כך שלא ניתן לייחס לשוני זה משמעות. הדמיון באופן התפלגות המקרים בין בתי המשפט השונים (לצד הממצאים הנוספים שיידונו להלן) מפיג במידת מה את החששות שהועלו ביחס לעמימות עילת עשיית העושר ולאפשרות כי עמימות זו תוביל ליישום לא אחיד של הלכת א.ש.י.ר. על ידי שופטים שונים.⁶⁶

להשלמת התמונה נציין, כי ביקשנו לבדוק את הפילוח לקטגוריות השונות גם ביחס לכל אחד מתחומי הקניין הרוחני השונים בנפרד, דהיינו פטנטים, זכות יוצרים, מדגמים (עיצובים), סימני מסחר, וזכויות מטפחים. אולם, במהלך המחקר נוכחנו כי לא ניתן לבצע זאת באופן שיניב ממצאים מהימנים ומדויקים. זאת משום שבמקרים רבים בהם מוגשת תביעה על חיקוי תוצר רוחני התובעים נוטים לכלול ב"סל" עילות שונות ומגוונות המבוססות על ענפי קניין רוחני שונים. בד בבד, גם בפסקי הדין הניתנים בסופו של דבר ביחס לתביעות אלה—בפרט כאשר בית המשפט דוחה את העילות בקניין רוחני—קשה במקרים רבים לחלץ מן ההכרעה את התחום אליו שויך המקרה לגישתו של בית המשפט.

ג) דחיית התביעה בעשיית עושר: על שום מה?

בנוסף להתפלגות פסקי הדין וההחלטות כאמור לעיל, ניסינו לזהות גם את האופנים העיקריים בהם מתייחס בית המשפט לעילת עשיית העושר במקרים בהם נדחתה התביעה בעילה זו.

⁶⁵ לכאורה נראה כי במחוז ירושלים יש אחוז גדול יחסית של מקרים "דמויי א.ש.י.ר.", ואולם קשה לייחס לדבר משמעות שכן מדובר ב-3 מקרים בלבד מתוך 28 החלטות ופסקי דין שניתנו בתקופה הרלבנטית במחוז זה.

⁶⁶ ראו לעיל הערה 42 והטקסט לידה.

ראשית, בדקנו בכמה מבין המקרים בהם נדחתה העילה בעשיית עושר (קטגוריה 2 או קטגוריה 3) אכן התקיים דיון מהותי ביסודות העילה של עשיית עושר ולא במשפט. מצאנו, כי בלמעלה ממחצית המקרים (205 מתוך 368 מקרים) לא התקיים כלל דיון מהותי כזה.

זאת ועוד, מסתבר כי בכמעט מחצית מן המקרים שבהם לא התקיים דיון מהותי ביסודות עילת עשיית העושר (101 מתוך 205 מקרים) בית המשפט כלל לא התייחס לעילה כחלק מן ההחלטה, על אף שמפסק הדין עולה במפורש שהיא נכללה בכתב התביעה.

ביתר המקרים, בהם בית המשפט התייחס לעילת עשיית העושר בהחלטתו אך דחה אותה מבלי לבחון את התקיימות יסודותיה, דחיית העילה ללא דיון ביסודותיה נומקה לעיתים קרובות בקביעה שקבלת העילה בקניין רוחני מייתרת את הדיון בעשיית עושר. סוג נוסף, וחשוב לעניינו, של הנמקה לדחיית התביעה בעשיית עושר, הוא חוסר נכונות מפורש להרחיב את ההגנה המשפטית לתובע באמצעות מתן סעד בעשיית עושר. אמירה מפורשת כזאת מצד בתי המשפט כנימוק להחלטה לדחות את העילה בעשיית עושר אותרה ב-19 מקרים. אמירות מעין אלה מעידות על מודעות מצד בתי המשפט לקושי שבהרחבת גבולות דיני הקניין הרוחני באמצעות דיני עשיית עושר, ומבהירות, במידה מסוימת, את ממצאינו ביחס לריסון העצמי שננקט בעניין זה. לא מן הנמנע כי הגישה המודעת והזהירה של בתי המשפט באותם מקרים עוצבה, בין היתר, על רקע מאמרי הביקורת האקדמיים שפורסמו ביחס להלכה, הנזכרים בחלק מפסקי דין אלה.⁶⁷

חלוקת המקרים בהם לא התקבלה העילה בעשיית עושר, לפי ההנמקה העיקרית לכך מופיעה בתרשים שלהלן:



שרטוט מספר 10: אי קבלת התביעה בעשיית עושר: התפלגות הנמקות

⁶⁷ ראו, למשל, ע"א 2287/00 שוהם מכוונות ומבלטים בע"מ נ' שמואל הרר (2005), בפס' 17, שם מזכיר בית המשפט את מאמרה של אלקין-קורן, לעיל הערה 3, לצד אמירה בדבר הצורך לנהוג זהירות ביישום החלת דיני עשיית עושר בתחום הקניין הרוחני, "לבל תיווצר פגיעה לא רצויה ביציבות ובוודאות המשפטית".

נשוב ונדון במשמעות הממצאים האמורים בהמשך הדברים.⁶⁸ אולם התמונה המצטיירת כבר בשלב זה היא כי בניגוד לתחזיות פסימיות מסוימות, הלכת א.ש.י.ר. לא גרמה ל"רעידת אדמה" בתחום הקניין הרוחני. מתוך 430 פסקי הדין והחלטות הביניים שניתנו במהלך עשרים השנים מאז ההלכה ועסקו בתביעות בהן נטענה עילה בעשיית עושר לצד עילת קניין רוחני, מספר המקרים "דמויי א.ש.י.ר.", בהם התקבלה עילת עשיית עושר ולא במשפט מבלי שהתקבלה אף עילה בקניין רוחני עומד על 24 מקרים בלבד, שהם כ- 5.6% בלבד מכלל המקרים שנדונו. בחלק הבא נציג את תוצאות המחקר האיכותני שערכנו ביחס לפסקי הדין וההחלטות דמויי א.ש.י.ר., במטרה לנסות ולאתר בהם דפוסים משותפים.

ג. מבט איכותני על המקרים "דמויי א.ש.י.ר."

מבט מקרוב על המקרים בהם בתי המשפט עשו שימוש בהלכת א.ש.י.ר. לשם מתן סעד בעשיית עושר, בהעדר סעד מכוח דיני הקניין הרוחני, מעלה כי ניתן לסווג אותם למספר קטגוריות עיקריות: (1) מקרים בהם קיים חסר תחיקתי בהגנה על תוצרים רוחניים מהסוג בו דובר; (2) מקרים בהם התוצר הרוחני שעמד על הפרק היה עיצוב לא רשום של מוצר תעשייתי; (3) קטגוריה שיווית הכוללת ארבעה מקרים בלבד בהם נעשה שימוש בהלכת א.ש.י.ר. בהקשרים אחרים, שחלקם אולי עשויים להיחשב כ"פריצת גבולות". לצד שלוש קטגוריות אלה, נעשה לאחרונה, במקרה אחד, "שימוש הופכי" בדיני עשיית עושר על מנת לצמצם את זכויות בעל הקניין הרוחני, ולהקל על שימוש מתחרה בתוצר הרוחני.

בפסקאות הבאות נתאר בפירוט כל אחד מסוגי המקרים הללו.

1. חסר בדיני הקניין הרוחני

הקטגוריה הראשונה של המקרים "דמויי א.ש.י.ר." עוסקת במקרים בהם מושא הדיון לא הוסדר כלל בחקיקת הקניין הרוחני בישראל. במלים אחרות, מדובר במצבים בהם מושא הדיון הוא תוצר רוחני, שאין בדין הישראלי הגנה סטטוטורית עליו. במקרים המדוברים, הפסיקה בחרה להשלים את החסר ולהכיר בזכות חדשה ועצמאית, תוך שימוש במסגרת הנורמטיבית של דיני עשיית עושר לשם הגנה על הזכות ומתן סעד בגין הפרתה. עד כה, הוכרו שתי זכויות כאלה על-ידי הפסיקה.

(א) הזכות לפרסום

המונח "הזכות לפרסום" (The Right of Publicity) מתייחס לזכותו של אדם לשלוט על השימוש המסחרי בשמו ובדמותו. בניגוד למצב במדינות רבות בארצות הברית, בישראל לא קיים חוק ייעודי שמסדיר את ההגנה על זכות זו.⁶⁹ בית המשפט העליון בישראל הכיר לראשונה בזכות לפרסום, תוך עיגונה בדיני עשיית עושר ולא במשפט, בפרשת **אלוניאל נ' מקדונלד**.⁷⁰ באותו מקרה עמדה על הפרק

⁶⁸ ראו חלק ד' להלן.

⁶⁹ זכות הפרסום הוכרה בפסיקה האמריקנית כעילה נפרדת ועצמאית מזכות הפרטיות בפרשת **Haelan Laboratories Inc. v. Topps Chewing Gum Inc.**, F.2d 866 (1953). כיום, מדינות רבות בארצות הברית מכירות בזכות הפרסום, חלקן מכוח חקיקה מפורשת וחלקן מכוח הפסיקה. ראו טלי שפרבר, "זכות הפרסום: הארות והערות לפרשת מקדונלד נ' מקדונלד'ס (אלוניאל) בע"מ", **משפטים** לג 693, 700 (התשס"ד). למחקר יסודי מן העת האחרונה אודות הדין האמריקאי בסוגיה זו ראו: JENNIFER E. ROTHMAN, *THE RIGHT OF PUBLICITY – PRIVACY REIMAGINED FOR A PUBLIC WORLD* (2018).

⁷⁰ עניין **מקדונלד, לעיל** הערה 11. בקשה לדיון נוסף נדחתה: דנ"א 4813/04 **מקדונלד נ' אלוניאל** (2004).

בין היתר, טענתו של אריאל מקדונלד כי חברת מקדונלד'ס עשתה שימוש לא מורשה בשמו ובדמותו במסגרת פרסומת למוצריה.

בית המשפט המחוזי שדן בתביעה קבע כי השימוש המסחרי בשמו של מקדונלד היווה עשיית עושר ולא במשפט, וכן פגיעה בפרטיות, לפי סעיף 2(6) לחוק הגנת הפרטיות.⁷¹ במסגרת ערעור שהוגש על פסק הדין, עמד בית המשפט העליון על כך שהאינטרסים שזכות הפרטיות וזכות הפרסום נועדו להגן עליהם הינם שונים. בעוד שההגנה על זכות הפרטיות נועדה לפצות אדם על עגמת הנפש שהוסבה לו כתוצאה מהחדירה לצנעת הפרט, זכות הפרסום עניינה בנוק הכלכלי שנגרם לאדם שנעשה שימוש מסחרי בדמותו ללא הסכמתו.⁷² בית המשפט העליון דן במשמעות הכלכלית שיש לזכות לפרסום בעידן המודרני,⁷³ ובחן לעומק את ההצדקות להכרה בזכות זו, ובפרט הרצון לתגמל אנשים על ההשקעה בפיתוח אישיותם (הצדקה המכונה "הצדקה לוקיאנית"), והצורך במתן תמריץ לעשות כן.⁷⁴ חשוב לציין, כי הצדקות אלה מקבילות, במידה רבה, להצדקות המסורתיות להכרה בזכויות היוצרים, ובקניין רוחני בכלל. לאור בחינה זו הגיע בית המשפט למסקנה כי קיים במשפט הישראלי חסר בטיפול בזכות לפרסום, וקבע כי בהיעדר הסדרה ישירה של זכות זו במשפטנו, יש להגן עליה במסגרת דיני עשיית עושר.⁷⁵ בהקשר זה נתן בית המשפט דעתו גם להלכת א.ש.י.ר., וסבר כי סוגיית העקיפה של חקיקת הקניין הרוחני אינה מתעוררת במקרה הנדון:

בהישענות זו על העילה מדיני עשיית עושר ולא במשפט אין אנו עוקפים את חקיקת הקניין הרוחני בישראל, שהרי כאמור, אין דינים אלה מתיימרים לטפל בזכות לפרסום, וממילא אינם יוצרים הסדר שלילי. משכך, נחסך מעמנו הקושי שעמו התמודד בית-משפט זה ברע"א 5768/94 א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ.⁷⁶

⁷¹ ת"א (מחוזי ת"א) 2578/00 מקדונלד נ' מקדונלד'ס (אלוניאל) בע"מ (2002). סעיף 2(6) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, מגדיר "שימוש בשם אדם, בכינויו, בתמונתו או בקולו, לשם ריווח" כפגיעה בפרטיות. לפסיקה קודמת ברוח זו, ראו ת"א (שלום י-ם) רופ נ' און הנדה מיזוג אויר (1973) בע"מ (1995).

⁷² עניין מקדונלד, לעיל הערה 11, בעמ' 346.

⁷³ בהקשר למשמעות הכלכלית של הזכות, אמר בית המשפט העליון, בין היתר, את הדברים הבאים: "הצורך להכיר בזכות כלכלית שאינה אישית המגנה על יכולתו של הידוען לשלוט בשימוש המסחרי הנעשה בשמו, בדמותו או בקולו, הוא פועל יוצא של מציאות החיים הכלכלית והתקשורתית של העולם המודרני. כיום שירותיהם של ידוענים מתחומי הבידור, הספורט והפוליטיקה נשכרים כמעשה יום ביומו על-מנת שישמשו במסעות פרסום לשיווקם של מוצרים ושל שירותים. בתמורה להסכמה לדבר בשבחם של מוצר זה או אחר או להסכמה כי שמו יתנוסס על גבי המוצר, משתלמת לידוען תמורה. ערכה הכספי של זכות הפרסום הוא משמעותי. על התפתחות זו של חיי המסחר המודרני נצרך המשפט ליתן דעתו. הידוען אחוז בזכות כלכלית שאחרים מעוניינים לרכוש אותה או לשכור אותה ממנו. על זכות זו ראוי שהמשפט יגן בדרך של מניעת הפגיעה בה." שם, בעמ' 348-49.

⁷⁴ עניין מקדונלד, לעיל הערה 11, בעמוד 352 ("ההצדקות לקיומה של הזכות מתבססות על תאוריות שונות המסבירות את הצורך בהגנת הקניין הפרטי. שופטי הרוב בפרשת *Zacchini* סברו כי יש להגן על זכותו של הידוען בדמותו, בין השאר כיוון שהינה פרי עמלו שלו – התוצר של מאמציו להצטיין בתחום מקצועו. זוהי ההצדקה הלוקיאנית של תורת העבודה לקיומה של הזכות, והניח אותה אחד המלומדים האמריקנים המרכזיים בתחום דיני זכויות יוצרים"), ובעמוד 355 ("רבים מוצאים שיש בהגנה על הזכות לפרסום, כבהגנה הניתנת לשאר זכויות הקניין הרוחני, משום מתן תמריץ ליצירה וליוזמה אישית"). לדיון ביקורתי בהצדקות האלה, ראו מיכל שור-עופרי, "קניין רוחני ותאוריה של מורכבות", קניין רוחני: עיונים בינתחומיים (מרים ביטון וליאור זמר עורכים, תשע"ו) 85-82.

⁷⁵ על אף ההכרה העקרונית בזכות הפרסום, בית המשפט העליון דחה לבסוף את תביעתו של מקדונלד וקבע שהנסיבות הקונקרטיות של המקרה מצדיקות מתן פטור מחובת השבה, בהתאם להוראת סעיף 2 לחוק עשיית עושר, הקובע כי "בית המשפט רשאי לפטור את הזוכה מחובת ההשבה לפי סעיף 1, כולה או מקצתה, אם ראה שהזוכה לא היתה כרוכה בחסרון המזכה או שראה נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת." בנסיבות המקרה, המסקנה כי ראוי להקנות פטור מהשבה התבססה על כך שהשימוש בשמו של אריאל מקדונלד נעשה על-ידי מקדונלד'ס כתגובה לתשדיר פרסומת של ברגר קינג, שמקדונלד נטל בו חלק והתייחס בו למקדונלד'ס, בשילוב עם העובדה כי הדברים אותם ציטטה מקדונלד'ס מפיו של אריאל מקדונלד אכן נאמרו על ידיו ופורסמו לפני כן בראיון עיתונאי. עניין מקדונלד, לעיל הערה 11, בעמ' 362.

⁷⁶ עניין מקדונלד, לעיל הערה 11, בעמ' 364.

קביעה אחרונה זו טעונה לדעתנו עיון נוסף. חקיקת הקניין הרוחני אמנם אינה מטפלת ישירות בזכות לפרסום, אולם עוסקת בתחומים קרובים ומשיקים. כך, דיני זכויות היוצרים מכירים באפשרות שדמות דמיונית (כמו גיבור ספרותי או קולנועי) תהיה נושא לזכות יוצרים,⁷⁷ אך אינם מכירים באפשרות דומה ביחס לדמות אמיתית; ואילו דיני סימני המסחר בישראל מאפשרים רישום שמו של אדם כסימן מסחר, אם הוא בעל אופי מבחין.⁷⁸ לכאורה מתעוררת השאלה אם הוראות הדינים הספציפיים הללו אינן ממצות את סוגיית ההגנה על דמויות אמיתיות במשפט הישראלי, או במילים אחרות--שאלת ההסדר השלילי. על כן, גם אם ראוי להכיר בזכות לפרסום מכח דיני עשיית עושר (ואנו סבורים כי אכן ראוי לעשות כן), העמדה כי סוגיית ההסדר השלילי ותחולת הלכת א.ש.י.ר. אינן מתעוררות כלל ביחס לזכות זו, היא למצער לא מובנת מאליה. לאור זאת, בחרנו במסגרת המתודולוגיה של מחקר זה להתייחס לפסיקה שהכירה בהפרת הזכות לפרסום (בהעדר הפרה של זכות קניין רוחני נוספת) כאל מקרים "דמויי א.ש.י.ר."⁷⁹

מאז ההכרה העקרונית בזכות לפרסום בפרשת **מקדונלד**, ניתנו כמה פסקי דין נוספים שהמשיכו לפתח את הזכות וליישמה בנסיבות שונות.⁸⁰ בחלק מפסקי הדין הללו כבר לא מופיעה כל התייחסות להלכת א.ש.י.ר., אף לא על דרך של אזכור אגבי, או לזכויות קניין רוחני אחרות, אלא אך ורק לזכות לפרסום ולעניין **מקדונלד**.⁸¹

(א) זכויות שידור לאירועי ספורט

מקרה שני בו פותחה זכות "מעין קניין רוחני" על בסיס דיני עשיית עושר ולא במשפט נוגע לזכויות שידור לאירועי ספורט. המונח "זכויות שידור" מתייחס לזכותם של מארגני אירועי ספורט (ובמידה מסוימת, בעלי רישיון שידור בלעדני) למנוע שידור חי של אירועי ספורט על ידי צד שלישי לא מורשה. חשוב להבהיר כי זכות זו היא זכות נפרדת ומובדלת מן הזכות במשדר הספורט שהופק על-ידי גורם כלשהו, אשר נפסק על ידי בית המשפט העליון כי הוא מהווה "יצירה דרמטית" המוגנת בזכות יוצרים.⁸² עוד יש להבהיר, כי אירוע הספורט עצמו אינו מוגן בזכויות יוצרים.⁸³ על כן, תיעוד עצמאי של האירוע בעת התרחשותו (להבדיל משימוש במשדר טלוויזיוני) אינו מהווה הפרה של זכויות יוצרים.

⁷⁷ ראו למשל ע"א 8393.96 מפעל הפיס נ. **The Roy Export Establishment Co.** (1998), פסקאות 16-18.
⁷⁸ ראו סעיף 11(11) לפקודת סימני המסחר [נוסח חדש], התשל"ב-1972, הקובע כי אין לרשום סימן מסחר שמשמעותו הרגילה שם משפחה, אם אינו מוצג בדרך מיוחדת, זולת אם הוא בעל אופי מבחין.
⁷⁹ נציין, כי קריאה אלטרנטיבית, הנצמדת לעמדתו של בית המשפט העליון, אינה משנה מהותית את תוצאות המחקר האמפירי, אלא רק מקטינה את מספר המקרים "דמויי א.ש.י.ר." הנכללים בו.
⁸⁰ ראו, למשל, ת"א (מחוזי י-ם) 6157/04 **דוד ("הכי טוב") דבש נ' אדלר חומסקי ורשבסקי** (2006) (שם נדונה תחולת הזכות לפרסום בהקשר של אנשים שאינם ידוענים); ת"א (מחוזי חי') 534-08 **חנה קורן ישראלי נ' שי כהן** (2010) (קביעה כי שימוש בקולה של התובעת ללא הסכמתה באתר אינטרנט המופעל על ידי הנתבע פוגע בזכות הפרסום של התובעת); ת"א (מחוזי ת"א) 1235/09 **רפאלי נ' סאני תקשורת (1994) בע"מ** (2013) (להלן: "עניין רפאלי") (שם נקבע כי גם חריגה מהסכמות קיימות בדבר היקף השימוש המותר בשמו או דמותו של ידוען עלולה להוות פגיעה המצדיקה פיצוי כספי); ת"א 11740-03-13 **Fundacio Gala – Salvador Dali ואח' נ' וי.אס.מרקטינג (ישראל 2005) בע"מ ואח'** (2016) (להלן: "עניין דאלי") (שם נקבע, בין היתר, כי שימוש מסחרי בשמו של אדם מפורסם לאחר פטירתו הוא בר הגנה). ראו גם ב"א (מחוזי ת"א) 2160/09 **שידורי קשת בע"מ נ' אילן בירן** (2010) (שם נדחתה הטענה לפגיעה בזכות הפרסום, בנסיבות בהן נעשה שימוש בדמות במסגרת כתבה עיתונאית).
⁸¹ ראו עניין **רפאלי, לעיל** הערה 80; עניין **דאלי, לעיל** הערה 80. הרשם העולה מכך הוא "שהזכות לפרסום" זוכה לקיום עצמאי במשפט הישראלי. למרות זאת כללנו מקרים אלה במסגרת המחקר, שכן כמובהר לעיל, הם מעוררים את שאלת היחס שבין דיני הקניין הרוחני לדיני עשיית העושר.
⁸² להכרה בשידור חי של אירוע ספורט כיצירה דרמטית, ראו ע"א 2173/94 **Tele Event Ltd. נ' ערוצי זהב**, פ"ד נה(5) 529 (2001) (להלן: "עניין Tele Event"); גיא פסח, "זכויות שידור – גלגוליה של סבוגיית [פסק הדין בעניין] א.ש.י.ר. וחלקה כגורם מעצב בשוק התקשורת", **המשפט** י 131, 133 (התשס"ה). "זכות השידור" אף שונה מ"זכות המשדרים" הקבועה בחוק זכויות מבצעים ומשדרים, תשמ"ד-1984, שהיא זכותו של הגורם המשדר באות (סיגנל) השידור שאותו הוא מעביר לציבור.
⁸³ עניין **Tele Event, לעיל** הערה 82.

על רקע זה הכיר בית המשפט המחוזי בתל אביב בפרשת **רדיו ללא הפסקה** בצורך להגן על "זכויות השידור" במישור האירוע, באופן שיקנה לגורם המארגן יכולת למנוע מצדדים שלישיים לצלם את האירוע עצמו ולשדר ממנו. בית המשפט ביסס הכרה זו על דיני עשיית עושר ולא במשפט.⁸⁴ באותו מקרה, ההתאחדות לכדורגל בישראל, אשר מכרה את "זכויות השידור" הבלעדיות למשחקי הכדורגל המאורגנים על ידיה לזכיין רדיו אזורי, ביקשה למנוע מרשות השידור לבצע שידור רדיופוני לא מורשה של המשחקים, באמצעות שדרים שהוצבו במגרש. בית המשפט עמד על כך שאירועי ספורט, כשלעצמם, אינם נושא להגנת זכות יוצרים, אך בהתבסס על עניין **א.ש.י.ר.**, קבע כי אין מניעה להגן על "קניין רוחני שמחוץ למסגרת חוקי הקניין הרוחני בנסיבות המצדיקות הגנה לפי חוק עשיית עושר ולא במשפט", וכי "שידור משחק ספורט בזמן אמת ראוי להיחשב קניינו הרוחני של הגוף המארגן את המשחק".⁸⁵ יצוין בהקשר זה, כי הכרה בזכויות שידור באירועי ספורט קיימת גם בשיטות משפט אחרות.⁸⁶ אף בפרשיה זו הדגיש בית המשפט את ההשקעה הרבה בארגון המשחקים וראה בה בסיס לזכות בלעדית שתאפשר למארגן להפיק תועלת כלכלית.⁸⁷

בשני ההקשרים האמורים השימוש בהלכת **א.ש.י.ר.** ובדיני עשיית עושר נעשה על-מנת להכיר הלכה למעשה בזכויות "מעין-קניין רוחני" חדשות, ולמלא חלל שהיה קיים בהגנה על אינטרסים כלכליים משמעותיים. אמנם, לכאורה עדיף שהמחוקק יקבע הסדר מפורש להגנה על זכויות אלה.⁸⁸ במסגרת חקיקה מעין זו ניתן לקבוע הסדרים מפורטים ושקולים ביחס לשאלות שונות שהמסגרת המשפטית של דיני עשיית עושר אינה נותנת להם מענה. כך, למשל, חקיקה ייעודית תתייחס במפורש לשאלת התנאים להגנה על הזכות, משך תוקפה של ההגנה, היקפה, החריגים לה, וכיוצא באלה. אולם, אף אם ניתן לגרוס שבאופן אופטימלי ראוי שהחוסר בהסדר משפטי בהקשרים אלה יתמלא על ידי המחוקק, אין מקום, לעמדתנו, לראות בפסקי הדין האמורים פריצת גבולות בלתי מוצדקת של חקיקת הקניין הרוחני בישראל, שכן מצד אחד מדובר בזכויות אשר אינן מטופלות כלל במסגרת החקיקה הקיימת ואין אינדיקציה לכך ששתיקת המחוקק בהקשר אליהן מהווה הסדר שלילי, ומצד שני יש הצדקות משכנעות להגנה עליהן. אנו סבורים, כי האופן בו יושמה הלכת **א.ש.י.ר.** בשני ההקשרים שנדונו מעלה אינו מהווה התערבות בלתי ראויה באיזונים שנקבעו על ידי המחוקק בתחום הקניין הרוחני.

חשוב להזכיר בהקשר זה, כי לא בכל הקשר שבו נעדר הסדר כלשהו מחקיקת הקניין הרוחני בישראל פירשו זאת בתי המשפט כחסר הטעון השלמה ומיהרו למלא חסר זה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט והלכת **א.ש.י.ר.** כך, בתי המשפט בישראל נמנעו מלעשות שימוש בהלכה לשם הרחבת ההגנה המוקנית למאגרי מידע המורכבים מעובדות ונתונים. במשפט הישראלי ההגנה על מאגרי מידע כאלה מעוגנת בדיני זכויות יוצרים. ההגנה חלה רק ביחס "לבחירה ולשידור" של תוכן המאגר ובלבד שבחירה ושידור כאלה מקיימים את דרישת המקוריות (לרבות רכיב היצירתיות

⁸⁴ החלטת הביניים בעניין **רדיו ללא הפסקה**, לעיל הערה 12, שם ניתן צו מניעה זמני כנגד רשות השידור. מאוחר יותר ניתן צו מניעה קבוע במסגרת פסק הדין העיקרי בתיק: **פסק דין רדיו ללא הפסקה**, לעיל הערה 12.

⁸⁵ החלטת הביניים בעניין **רדיו ללא הפסקה**, לעיל הערה 12, בפסקה ג.

⁸⁶ ראו למשל בארה"ב Pittsburgh Athletic v. KQV Broadcasting 24 F Supp. 490 (1938) (שם הוכרה הגנה על זכויות שידור לאירוע ספורט על בסיס עקרונות של תחרות בלתי הוגנת); **פסח**, לעיל הערה 82, בעמ' 138-39.

⁸⁷ ראו החלטת הביניים בעניין **רדיו ללא הפסקה**, לעיל הערה 12 ("ההתאחדות מארגנת את המשחקים, וזכותה להפיק מהם את התועלת הכלכלית המירבית... המשחקים בהם מדובר הינם מופעי בידור המוני המופקים על ידי ההתאחדות ואגודות הספורט הרלבנטיות").

⁸⁸ לדעה התומכת בהסדר חקיקתי מפורש בנושא זכות הפרסום ראו שפרבר, לעיל הערה 69, בעמ' 720 ("משהוכר הצורך בהגנה על ערכו הפרסומי של האדם, ראוי שבית המחוקקים יכיר בזכות הפרסום ויעגן אותה בחוק"). השוו **פסח**, לעיל הערה 82, בעמ' 141, 145, שם מסביר המחבר מדוע הסדר חקיקתי מפורש עדיף על פני השימוש בדיני עשיית עושר ולא במשפט כמקור לביסוס המשפטי של "זכויות שידור".

הנכלל בה), והיא אינה משתרעת על הנתונים עצמם.⁸⁹ זאת בניגוד למצב במדינות אירופה, שם קיימת הגנה סטטוטורית, נפרדת, לתוכן של מאגרי מידע המורכבים מעובדות ונתונים.⁹⁰ למרות זאת, כאשר התבקשו בתי המשפט בישראל להכיר בהגנה על עובדות ונתונים מכח דיני עשיית עושר הם נמנעו מלעשות כן.⁹¹

2. הגנה על עיצובים לא רשומים

הקטגוריה השנייה, והגדולה מכולן, של מקרים דמויי א.ש.י.ר., כוללת שלושה עשר מקרים בהם התוצר הרוחני שעמד על הפרק היה עיצוב של מוצר תעשייתי כלשהו: פריטי אופנה,⁹² תכשיטים,⁹³ מוצרי יודאיקה,⁹⁴ ריהוט ובדי ריפוד,⁹⁵ אריזות,⁹⁶ ומאפיינים חזותיים של מערכות תקשורת.⁹⁷ בכל המקרים הללו העיצוב לא נרשם במרשם העיצובים (מדגמים). כזכור, גם בשניים משלושת המקרים שעמדו לדיון בפרשת א.ש.י.ר., התוצרים הרוחניים הרלוונטיים היו עיצובים לא רשומים של מוצרים תעשייתיים.⁹⁸

חשוב להזכיר בהקשר זה כי עד לחקיקת חוק העיצובים, התשע"ז-2017,⁹⁹ לא היה קיים מסלול להגנה על מדגמים (עיצובים) לא רשומים בדיני הקניין הרוחני בישראל, וביחס לקבוצה לא מבוטלת של עיצובים, ובכללם פריטי אופנה, הליך של רישום הוא במידה רבה לא רלבנטי. ניתן אפוא לומר שטרם כניסתו לתוקף של חוק העיצובים, דיני הקניין הרוחני בישראל לקו בחסר בהקשר של הגנה אפקטיבית על עיצובים.¹⁰⁰ כעולה מן המחקר האמפירי, הפסיקה המשיכה לעשות שימוש בהלכת א.ש.י.ר., על מנת לנסות לגשר על אותו פער ביחס להגנה על עיצובים שהוליד, במידה רבה, את פסק הדין המקורי.¹⁰¹

⁸⁹ ראו סעיף 4(ב) לחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007, וכן ע"א 8485/08 The FA Premier League Limited נ' המועצה להסדר ההימורים בספורט (2010) ("עניין פרמייר ליג"); ת"א (מחוזי ת"א) 1074/05 מעריב הוצאת מודיעין בע"מ נ' חברת אול יו ניד בע"מ (2010) ("עניין מעריב").

⁹⁰ ראו Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the Legal Protection of Databases. בסעיף 7 לדירקטיבה נקבעה זכות "Sui Generis" המגנה על תוכן המאגר, זכות נפרדת מזכות היוצרים ב"בחירה ובארגון" שלו.

⁹¹ עניין פרמייר ליג, לעיל הערה 89, ועניין מעריב, לעיל הערה 89.

⁹² ת"א (מחוזי ת"א) 2318/03 אהרן קצב נ' פסקות עד יבוא ושיווק בע"מ (2007); בש"א (מחוזי י-ם) 2343/03 קליק נ' רון-דן אופנה (2003); ת"א (מחוזי ת"א) 24911-12-10 קלוגן נ' גורובי (2011) ("עניין קלוגן") (יצוין כי סיווג פסק דין אחרון זה כ"דמוי א.ש.י.ר." אינו נקי מספק, שכן עילת עשיית העושר במקרה זה לא נגעה במישור המינימלי הקניין הרוחני, התובעת, מעצבת בגדים, סיפקה לנתבע גזרות ודגמים על-מנת שיפיץ את הבגדים לחנויות. הנתבע קיבל כסף מחנות בעבור דגמי התובעת ולא עדכן בכך את התובעת, ובכך התעשר על חשבונה בסכום של 1,473 ₪).

⁹³ ע"א 3894/03 הניה דויטש נ' ישראלפלאורס (2012); ת"א (מחוזי ת"א) 1439/06 סימנדה נ' א.ג.א.ש.א. תכשיטים בע"מ (2010) (להלן: "עניין סימנדה").

⁹⁴ בש"א (מחוזי ת"א) 26065/01 הצורפים בע"מ נ' איכבוים תעשיות כסף (2002); ת"א (מחוזי מרכז) 36177-01-11 חנינה נ' י.ל. יבוא ויצוא רחובות (2002) בע"מ (2012).

⁹⁵ ת"א (מחוזי ת"א) 1097/96 דהיטי סער נ' שבב (1999); ת"א (מחוזי ת"א) 17647/01 רמטקס נ' ארוטקס (2002).

⁹⁶ ת"א (מחוזי חיפה) 671/05 סובחי נחלה נ' שיווק קפה אלמוכאר (צנצנת תבלינים) (2016) ("עניין סובחי נחלה"); ת"א (מחוזי ת"א) 50353-03-18 בלדי בע"מ נ' רשת חנויות רמי לוי (2018) ("עניין בלדי") (אריזה של מוצרי בשר); ת"א (ת"א) 1561/03 פלסטו-ווק (1990) נ' מ.א.ג. לפלסטיק (2008) (מיכל פלסטיק חד-פעמי לאריזת מזון).

⁹⁷ ת"א (מחוזי מרכז) 16634-07-16 מאסיב תקשורת נ' פריגונזין (2016) ("עניין מאסיב תקשורת") (נבהיר שגם את פסק הדין הזה סיווגנו כ"דמוי א.ש.י.ר.", מתוך גישה זהירה, על אף שהעילה בעשיית עושר לא נגעה במישור למעשה החיקוי).

⁹⁸ בעניין א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ הועתק עיצובם של אביזרי אמבטיה מפלסטיק, ובעניין הרר נ' שוהם מכונות ומבלטים בע"מ הועתק עיצובו של מבלט המשמש כציוד לעיבוד ולחיתוך אלומיניום.

⁹⁹ חוק העיצובים, לעיל הערה 15.

¹⁰⁰ ראוי לציין, בהקשר זה, כי הגנת זכות היוצרים לא חלה ביחס לעיצובים אלא אם הם אינם משמשים ואינם מכוונים לשמש לייצור תעשייתי. ראו סעיף 7 לחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007.

¹⁰¹ כך, למשל, נאמר בהקשר זה בעניין סימנדה, לעיל הערה 93: "העובדה שהתובעים לא רשמו מדגם על התכשיטים אינה צריכה לעמוד להם לרועץ. כפי שהבהירו התובעים, מדובר בתכשיטי כסף שעיצובם משתנה חדשות לבקרים, בהיותם תכשיטים אופנתיים שאינם יקרים במיוחד ... בנוסף, מדובר בכמות גדולה מאוד של תכשיטים (כ- 100 פריטים), שכל אחד מהם עשוי להירשם כמדגם בפני עצמו. אין זה מעשי לרשום עשרות ואף מאות מדגמים לתכשיטים

בכל המקרים המשתייכים לקטגוריה זו, החלטת בית המשפט לקבל את עילת עשיית העושר נעשתה על בסיס דיון מהותי ביסודות העילה. חשוב להדגיש כי במקרים רבים אחרים בהם התוצר הרוחני שעמד על הפרק היה עיצוב לא רשום, נדחתה עילת התביעה בעשיית עושר. בחלק לא מבוטל מן המקרים שבהם התקבלה העילה הייתה מערכת יחסים נמשכת בין הצדדים עובר למקרה שנדון בפסק הדין (על-פי-רוב, יחסי הפצה עסקיים), והתנהלות לא הוגנת מצד הנתבע כלפי התובע היוותה גורם בעל משקל רב בהחלטה לקבל את עילת התביעה בעשיית עושר.¹⁰² עוד יצוין, כי בחלק מן המקרים עמד על הפרק, בנוסף לעצם נטילת העיצוב, חשש להטעיית צרכנים.¹⁰³ מאפיין חשוב נוסף של פסקי הדין בקטגוריה זו הוא שבכולם השימוש בתוצר הרוחני נעשה "כפי שהוא" (as is) ולא היה מדובר בשימוש טרנספורמטיבי מצד הנתבעים. במלים אחרות, לא נעשה במקרים אלה שימוש בהלכת א.ש.י.ר. באופן שהגביל את האפשרות לעשות שימוש יצירתי בתוצרים רוחניים קיימים.¹⁰⁴

התרשמותנו מן מהאמור לעיל היא כי גם בקטגוריה זו, נקטו בתי המשפט בגישה זהירה יחסית ביישום את הלכת א.ש.י.ר., וכי במידה רבה הם עולים בקנה אחד עם סוגי המקרים ש"סומנו" על ידי בית המשפט בפסק הדין המקורי, כמקרים בהם ניתן עקרונית להכיר בעילה מכוח דיני עשיית עושר. זאת כאשר "דיני הקניין הרוחני מתייחסים לאותו סוג נכס אך אינם מעניקים לו ... הגנה יעילה ... לדוגמה, אי-מתן הגנה אפקטיבית על-ידי דיני המדגמים לפריטי אופנה שחיי המדף שלהם קצרים ונמשכים עונה אחת, והרווח מופק בדרך-כלל בתקופה קצרה זו ...".¹⁰⁵

חשוב לציין, שהחסר בהגנה אפקטיבית על עיצובים לא רשומים זכה כעת לטיפול חקיקתי בחוק העיצובים, הכולל הסדר המקנה הגנה בתנאים מסוימים גם לעיצוב לא רשום.¹⁰⁶ הסדר זה נועד להקנות הגנה גם לעיצובים שהם אופנות מתחלפות; להקל על מעצבים בעלי עסקים קטנים או על מעצבים בתחילת דרכם, אשר אינם מודעים לצורך ברישום העיצוב כדי לזכות בהגנה או אינם מעוניינים לשאת בנטל הכלכלי והבירוקרטי הכרוך ברישום; ולחזק את האינטרס הציבורי בפיתוח עיצובים חדשים.¹⁰⁷ בד בבד, נכלל בחוק סעיף של ייחוד עילה, הקובע כי "לא תהיה כל זכות בעיצוב, אלא לפי הוראות חוק זה".¹⁰⁸ בדברי ההסבר הודגש כי הסדר ייחוד העילה יחול גם ביחס ל"עיצוב" שאינו עומד בתנאי הכשירות המנויים בחוק (למשל, בשל העדר חדשנות או אופי ייחודי), על-מנת לשמור על האיזונים הקבועים בחוק.¹⁰⁹ עיצוב אשר אינו עומד בתנאים הקבועים בחוק לא יוכל אפוא להיות מוגן עוד באמצעות דיני עשיית עושר. כפי שבית המשפט העליון העיר לאחרונה, ניתן לראות את ההסדר המשולב האמור בחוק העיצובים כאימוץ ההכרעה המהותית של הלכת א.ש.י.ר.

שעיצובם משתנה מעת לעת. במקרה מסוג זה, אי-רישום מדגם - אין פירושו מתן חופש להעתקת יצירותיו ורעיונותיו של היוצר."

¹⁰² ראו, למשל, עניין **מאסיב תקשורת, לעיל** הערה 97; עניין **סימנדה, לעיל** הערה 93; עניין **קלוגן, לעיל** הערה 92; עניין **בלדי, לעיל** הערה 96.

¹⁰³ עניין **סובחי נחלה, לעיל** הערה 96; עניין **בלדי, לעיל** הערה 96.

¹⁰⁴ לחשש שהובע בהקשר זה, ראו **לעיל** הערה 41 והטקסט לידה.

¹⁰⁵ עניין **א.ש.י.ר., לעיל** הערה 1, בעמ' 433.

¹⁰⁶ סעיף 4 לחוק העיצובים, **לעיל** הערה 15.

¹⁰⁷ ראו דברי הסבר להצעת חוק העיצובים, **לעיל** הערה 50.

¹⁰⁸ סעיף 2 לחוק העיצובים, **לעיל** הערה 15.

¹⁰⁹ **שם**. עם זאת, הסדר ייחוד העילה לא נועד לשלול עילות תביעה מכוח דינים ספציפיים אחרים, כגון דיני סימני המסחר או דיני העולות המסחריות. **שם**, בע' 701.

בשדה הספציפי של עיצובים.¹¹⁰ לאור ההסדר החדש, ניתן לצפות כי קטגוריה זו של מקרים דמויי א.ש.י.ר. תיעלם מן הפסיקה בעתיד הקרוב.

3. קטגוריה שיווית

בקטגוריה זו כללנו את פסקי הדין שלא משתייכים לקטגוריות הקודמות. זוהי, לכאורה, הקטגוריה הבעייתית ביותר מבחינת הפוטנציאל להרחבה לא ראוייה של דיני הקניין הרוחני. מצאנו כי לאורך עשרים השנים מאז מתן פסק הדין בעניין א.ש.י.ר. ניתנו **ארבעה פסקי דין בלבד**, המשתייכים לקטגוריה זו.

הראשון מבין פסקי דין אלה עסק בתביעה בין עורכי דין בגין העתקת כתב בית דין.¹¹¹ בית המשפט קבע כי העתירה מהווה לכאורה "יצירה ספרותית", החוסה תחת הגנת חוק זכות היוצרים, אך בכל מקרה בנסיבות העניין העתקת המסמך מקנה עילה בעשיית עושר. נראה כי קבלת עילת עשיית עושר באותו מקרה הייתה למעלה מן הצורך, הן לגישתו של בית המשפט עצמו, הן בהינתן פסיקה נוספת המכירה באופן עקרוני בכתב בית דין כיצירה ספרותית המוגנת בזכות יוצרים.¹¹²

פסק הדין **השני** עוסק במקרה בו צולמו אבני בזלת מתוצרתה של הנתבעת בחזית ביתם של התובעים ללא הסכמתם והועלו לברושורים של הנתבעת. בית המשפט דחה את עילות התביעה מכוח דיני זכות יוצרים וחוק הגנת הפרטיות, אך קבע כי קיימת עילה בעשיית עושר.¹¹³ מקריאת פסק הדין קשה להימנע מהרושם שקבלת התביעה קשורה לעובדה שנשוא הצילום היה ביתם הפרטי של התובעים, אך מכיוון שחוק הגנת הפרטיות אינו מעניק סעד בנסיבות המקרה, פנה בית המשפט לעילת עשיית העושר.¹¹⁴ על כן, ייתכן שבמקרה זה קבלת התביעה בעשיית עושר הייתה אמנם "פריצת גבולות", אך הגבולות שנפרצו הם גבולות דיני הפרטיות ולא דיני הקניין הרוחני.

במקרה **השלישי** ניתן סעד בעשיית עושר בסכסוך בין חברות פרסום, בגין שימוש ברעיון שיווקי—גיוס הפרזנטורית נינט טייב לקמפיין פרסומי של חברת דלתא.¹¹⁵ על רקע הקביעה המפורשת בחוק זכות יוצרים בדבר היעדר זכויות יוצרים ברעיונות,¹¹⁶ נראה, לכאורה, כי במקרה זה אמנם נעשה שימוש בהלכת א.ש.י.ר. באופן המהווה הרחבה של דיני זכויות היוצרים מעבר לגבולות אותם קבע המחוקק, ועלול להפר את האיזון הקבוע בדין.¹¹⁷

ולבסוף, פסק-הדין **הרביעי** עסק בייבוא ובמכירה של בשמים של התובעת, תוך הסרת הקידוד המציין את מקור הסחורה (מקום המפעל או מספר האצווה של היצור) מן האריזות. בית המשפט קבע כי על אף שהסרת הקידוד אינה מהווה הפרת סימן מסחר, קיימת עילה בעשיית עושר, משום

¹¹⁰ ע"א 3425/17 Societe des Produits Nestle ואח' נ' **אספרסו קלאב בע"מ**, 69 (2019) ("אם כן, בשדה הספציפי של מדגמים ועיצובים נשללה במפורש תחולתו של חוק עשיית עושר ולא במשפט, אך רק לאחר הוספת הגנה חקוקה ומיוחדת, הקובעת מעין "דיני עשיית עושר" פנימיים ביחס לעיצובים").

¹¹¹ ע"א (מחוזי חי') 40319-02-10 **סגל נ' גולדהמר** (2010).

¹¹² ראו, למשל, ת"א (שלום ת"א) 38116/05 **קלדרון נ' גולן** (2006); ת"א (שלום ת"א) 72672/04 **עזגד נ' יעקב שפילגמן ושות'** (2007); ת"א (מחוזי י-ם) 7147/05 **סורוקר-אגמון קניין רוחני נ' ארטמן** (2007). לשם זהירות, החלטנו לסווג את המקרה כדמוי א.ש.י.ר., אך ברור לחלוטין כי מקרה זה לא מהווה "פריצת גבולות" של דיני הקניין הרוחני.

¹¹³ ת"א (מחוזי י-ם) 7236/05 **ליון נ' אבני רביד** (2006).

¹¹⁴ **שם**, בפסקה 26 לפסק הדין ("ביתו של אדם, הריהו עושר השמור לבעליו. ברצותו יתיר את פרסום תצלום חזית הבית לתכלית מסחרית, וברצותו ימאן").

¹¹⁵ ת"א (מחוזי ת"א) 48664-11-12 **זרמון DDB בע"מ נ' אדלר חומסקי ו-ורשבסקי** (2016).

¹¹⁶ סעיף 15(1) לחוק זכות יוצרים ("זכות יוצרים ביצירה כאמור בסעיף 4 לא תחול על כל אחד מאלה, ואולם על דרך ביטויים תחול זכות היוצרים: (1) רעיון;...").

¹¹⁷ השוו ע"א 2682/11 **עיריית פתח תקוה נ. זיסו** (2011), שם נדחתה תביעה בגין שימוש ברעיון, תוך שנקבע כי הרעיון אינו מוגן בזכויות יוצרים. באותו מקרה לא התקיים דיון מהותי בעילת עשיית העושר אך בית המשפט הזכיר כי "שימוש יתר בעילות מתחום דיני עשיית העושר, בתחומים החופפים לדיני הקניין הרוחני, איננו רצוי".

שפעולה זו פוגעת בציפייה הלגיטימית של התובעת לקיומו של מערך הפצה סלקטיבי ולקיומה של אפשרות איתור תקלות באמצעות הקידוד.¹¹⁸

איננו מתיימרים לחוות דעה נחרצת בשאלה אם נכון היה להכיר בעילה בעשיית עושר בנסיבות שנדונו בכל אחד מארבעת המקרים האלה. על פני הדברים נראה כי לא כולם מבטאים פריצת גבולות לא ראוייה של דיני הקניין הרוחני. גם אם בשניים או בשלושה מתוך המקרים הללו ראוי היה להגיע לתוצאה אחרת, הרי מדובר בפסקי דין ספורים מתוך מכלול המקרים שבמאגר, אשר ניתנו לאורך תקופה של עשרים שנים.

4. שימוש הופכי בעשיית עושר

לסיום, ראוי להזכיר שימוש נוסף ומפתיע שנעשה לאחרונה בדיני עשיית עושר ולא במשפט, שלא על מנת להרחיב את דיני הקניין הרוחני אלא דווקא על מנת לצמצם את המונופולין הנתון לבעלי הקניין הרוחני. המדובר בהחלטה בפרשת **אוניפארם נ' Sanofi**, בה נעתר בית המשפט לבקשתה של חברה גנרית (אוניפארם) למתן צו חשבוניות כנגד חברת תרופות אינובטיבית (סאנופי) שפעלה לשם הארכת תקופת הבלעדיות בשוק מכוח דיני הפטנטים.¹¹⁹

השופט גרוסקופף שדן בהליך קבע כי סאנופי הטעתה את רשם הפטנטים והעלימה ממנו מידע מהותי במסגרת הליך רישום פטנט, ובכך הקשתה על כניסת מתחרים גנריים לשוק. נקבע כי ההטעיה שנעשתה על-ידי סאנופי מנוגדת לדיני הפטנטים ולדיני ההגבלים העסקיים.¹²⁰ עם זאת, מאחר שהן דיני הפטנטים והן דיני ההגבלים העסקיים אינם מקנים סעד של השבת רווחים בנסיבות העניין, פנה בית המשפט לדיני עשיית עושר לשם בחינת האפשרות למתן סעד כזה, תוך קביעה שהיעדר סעד של השבת רווחים מכוח הדינים האמורים לא יוצר הסדר שלילי לעניין זה.¹²¹ בית המשפט ציין כי אין זה מקרה בו דיני עשיית עושר משמשים לצורך הגדרת כללים משפטיים חדשים (כמו שנעשה, למשל, בעניין **מקדונלד**), אלא אך למתן סעד בגין הפרתם.¹²² בסופו של דבר, בית המשפט הכריע כי הפעולות שעשתה הנתבעת במטרה להביא להארכה דה-פקטו של תקופת המונופולין שלה מהוות עשיית עושר ולא במשפט, וכי המתחרה הגנרית יכולה להצליח בתביעה להשבת רווחי התובעת בגין התקופה בה נוצר עיכוב שלא כדין בכניסה הגנרית לשוק.¹²³ בין השיקולים התומכים בהכרה בעשיית עושר בנסיבות העניין, הזכיר השופט את הצורך בהרתעת בעלי פטנטים מפני פרקטיקות פסולות שנועדו לשימור המעמד המונופוליסטי; את הצורך במתן תמריצים למתחרים להגשה ולניהול של תביעות כנגד בעלי פטנטים הנוהגים כך; ואת האינטרס הציבורי בפתיחת השוק לתחרות מצד חברות גנריות.¹²⁴ להשלמת התמונה יצוין כי במקרה דומה, שנדון בבית המשפט המחוזי בתל אביב, הגיע בית המשפט לתוצאה שונה ודחה את תביעת היצרן הגנרי,¹²⁵ וכי ערעור על שני פסקי הדין תלוי ועומד בבית המשפט העליון.¹²⁶

¹¹⁸ ת"א (מחוזי ת"א) 1171/97 JOOP GMBH נ' כל פרפיום בע"מ (2006).

¹¹⁹ עניין **אוניפארם**, לעיל הערה 17.

¹²⁰ שם, בפסקה 92.

¹²¹ שם, בפסקאות 81 ו-91.

¹²² עם זאת, למעלה מן הצורך, בית המשפט הבהיר כי גם בהעדר כלל תחרות מכוח דין חיצוני, היה מקום ליצור כלל כזה באמצעות חקיקה שיפוטית ולקבוע כי הטעיה כלפי רשם הפטנטים מהווה לא רק הפרת החובות כלפי המדינה, אלא גם הפרת כללי התחרות החלים בין מתחרים. שם, בפסקה 95.

¹²³ שם, בפסקה 97.

¹²⁴ שם.

¹²⁵ ת"א (מחוזי ת"א) 38568-10-11 **אוניפארם נ' Glaxo SmithKline** (2018).

¹²⁶ ע"א 2167/17 **Sanofi נ' אוניפארם**.

ההחלטה בעניין **אוניפארם** משתמשת, אפוא, בדיני עשיית עושר לא לצורך הכרה בזכויותיו של בעל תוצר רוחני או הרחבתו, אלא להיפך—לצורך ריסון של זכויות אלה.¹²⁷ ככזה, היא מהווה דוגמה מפתיעה ובלתי צפויה לאפשרות של יחס "הופכתי" בין דיני עשיית עושר ולא במשפט לבין דיני הקניין הרוחני.¹²⁸ ההחלטה עסקה אמנם במצב עובדתי שונה מזה שנדון בפרשיית א.ש.י.ר., אולם ניתן לראות בה את "טביעת האצבע" של הגמישות שאפשרה הלכת א.ש.י.ר. בסוגיית היחס בין דיני הקניין הרוחני לבין דיני עשיית עושר ולא במשפט.¹²⁹ במילים אחרות, פרשיית אוניפארם מדגימה כי דיני עשיית עושר הם מכשיר גמיש שניתן לכיול בשני כיוונים: לא רק לשם הרחבה של זכויות הקניין הרוחני הפורמליות, אלא גם למטרות כמו צמצום המונופול של בעל הקניין הרוחני, הגנה על אינטרסים של מתחרים או משתמשים בתוצרים רוחניים, וקידום האינטרס הציבורי בשימורה של נחלת הכלל ובקיומה של תחרות חופשית.

ד. דיון והערכה: על וודאות, גמישות, ותוצאות בלתי צפויות

ממצאי המחקר שלנו—הכמותי והאיכותי גם יחד—מצביעים על כך, שחרף האפשרות העקרונית להצליח במסלול תביעה מכח דיני עשיית עושר בהעדר עילה לפי דיני הקניין הרוחני, פסק הדין בעניין א.ש.י.ר. לא הוביל, ככלל, ל"פריצת סכרים" בתחום הקניין הרוחני בישראל. מתוך שורה ארוכה של מקרים שכללו עילה בקניין רוחני לצד עילה בעשיית עושר, מספר המקרים בהם התקבלה טענת עשיית העושר בהעדר זכות קניין רוחני ספציפית הוא קטן ועומד על כ-5.6% מהמקרים.

יותר מכך, עיון מקרוב במקרים אלה—אותם כינינו כאן "דמויי א.ש.י.ר."—מעלה שרובם המכריע משתייכים לשני סוגי המקרים העיקריים אותם סימן בית המשפט העליון בקבעו את ההלכה, כסוגי מקרים העשויים להצדיק סעד בעשיית עושר: ראשית, מצבים בהם דיני הקניין הרוחני אינם מתייחסים כלל לתוצר נשוא ההגנה, אשר הולידו את הפסיקה בנושא הזכות לפרסום וזכויות השידור לאירועי ספורט; שנית, מצבים שבהם דיני הקניין הרוחני אינם מעניקים לסוג נכס מסוים הגנה יעילה, שהולידו שורת החלטות אשר הכירו בהגנה על עיצובים לא רשומים.¹³⁰ כמובהר למעלה, סוג מקרים אחרון זה עתיד להיעלם מן העולם, לאחר חקיקת חוק העיצובים. לעומת זאת, המקרים דמויי א.ש.י.ר., מבין המקרים שנכללו במאגר, אשר אינם משתייכים לאחת מן הקטגוריות האלה הם ספורים. בעשרים השנים שחלפו מאז פסק הדין ניתן למנות אותם על אצבעות יד אחת.

הריסון העצמי אותו נוקטים בתי המשפט בהחלת הלכת א.ש.י.ר. מתבטא גם בפער בין מספר המקרים שבהם נטענה טענת עשיית עושר על ידי הצדדים, לבין מספר המקרים שבהם בית המשפט דן בה לגופו של עניין. פער זה מצביע על כך שלמרות שבעלי דין (או עורכי דינם) נוטים להוסיף את עילת עשיית העושר לתביעות קניין רוחני כעניין שבשגרה, בתי המשפט אינם ממהרים להתרשם

¹²⁷ לנסיבות אחרות בהן ניתן בעבר סעד בעשיית עושר למתחרה של בעל פטנט, ראו ע"א 280/73 **פלאימפורט נ' ציבה גייגי**, פ"ד (1) 597 (1974). בנסיבות אותו מקרה, נפגעה זכותה של פליאמפורט להתחרות בשוק בשל צו מניעה שניתן לציבה גייגי בתביעה שהגישה נגדה להפרת פטנט. לימים בוטל צו המניעה מן הטעם שהפטנט חסר תוקף. בית המשפט פסק כי פליאמפורט זכאית לסעד בעשיית עושר כנגד ציבה גייגי, שנהנתה מצו המניעה בתקופה שבין נתינתו ועד ביטולו. ¹²⁸ לתיאור אופן אחר בו דיני עשיית עושר עשויים להוביל לצמצום הגנת הקניין הרוחני, ראו גיא פסח, "על פסיקה בענייני משפט וטכנולוגיה – בעקבות בשי"א (ת"א) 11464/08 The Football Association Premier League Ltd.", **ספר שלמה לוי** 579, 604 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני, עורכים, 2013) (שם מציע המחבר כי בהקשרים מסוימים, ראוי כי קיומה של עילת תביעה בעשיית עושר יהווה שיקול נגד תחולתם של דיני זכות יוצרים).

¹²⁹ עניין **אוניפארם**, לעיל הערה 17, בפסקאות 93-95. ¹³⁰ ראו עניין א.ש.י.ר., לעיל הערה 1, בעמ' 434. לדיון ביקורתי בקטגוריות אלה ראו גם **גרוסקופ**, הערה 6, בעמ' 223-226, **דגן**, הערה 36 לעיל, בעמ' 92-95 (שני הכותבים מסכימים עקרונית כי במקרים מן הסוגים האלה תיתכן הצדקה ל"מעין קניין רוחני", בנסיבות מצומצמות).

מכך, ולא דווקא מייחסים לעילה זו משמעות רבה בכל מקרה בו היא נטענת.¹³¹ התבטאויות שונות בפסקי הדין שנבחנו מלמדות אף הן על כך שבתי המשפט מודעים לקושי הפוטנציאלי שבהסתמכות רחבה על דיני עשיית עושר כמכשיר להגנת תוצרים רוחניים, ונוקטים, במודע, גישה מרוסנת וזהירה.¹³² בשורה התחתונה, הפסיקה יישמה את הלכת א.ש.י.ר. לצורך פיתוח הדין במקרים מועטים, אשר רובם הגדול תואם את "מפת הדרכים" שהתווה בית המשפט העליון בפסק הדין המקורי, כאשר הצורך לשמר את נחלת הכלל ואת התחרות החופשית עומד לנגד עיניה.

ממצאי המחקר מפיגים, במידה רבה, את החששות כי ההלכה יצרה "פריצת גבולות", כאוס, או חוסר וודאות משמעותי בתחום הקניין הרוחני. סביר להניח שגם התמריץ של מפתחי תוצרים רוחניים לרשום זכויות קניין רוחני (במקרים בהם הדבר נדרש ואפשרי) לא פחת כתוצאה מהלכת א.ש.י.ר, ולמצער אין זה סביר שיפחת לאור ממצאי המחקר בדבר מיעוט המקרים בהם התקבלה עילה בעשיית עושר. בחלוף עשרים שנה מפסק הדין בעניין א.ש.י.ר. ניתן להערכתנו לומר בבטחה, כי דיני הקניין הרוחני הממוסדים, הכוללים היום אף את המסלול להגנה על עיצובים לא רשומים מכוח דיני העיצובים, עדיין מהווים במשפטנו את "דרך המלך" להגנה על זכויות בתחום הקניין הרוחני.¹³³ תפקידם ומעמדם של דיני עשיית עושר בהקשר זה נותר משני, גם לאחר הלכת א.ש.י.ר. מעניין לציין כי גם בהקשר אחר במשפט הפרטי, שבו נקבע כי קיימת תחולה עקרונית לדיני עשיית העושר חרף קיומו של חוזה בין הצדדים, הסתבר כי השפעתם בפועל היתה מועטה.¹³⁴

חשוב להבהיר עם זאת, כי המחקר שלנו אינו יכול לשלול לחלוטין את קיומו של אפקט מצנן כתוצאה מהלכת א.ש.י.ר: האפשרות ש"שחקנים" פוטנציאליים שביקשו לחקות או להשתמש בתוצרים רוחניים שאינם מוגנים בקניין רוחני נמנעו מלעשות כן, או חדלו מפעילותם בעקבות פניה מצד התובע הפוטנציאלי, לנוכח הסיכוי האפשרי (ולו הקטן) כי יימצאו חייבים בעשיית עושר ולא במשפט, היא אפשרות קיימת, ואינה משתקפת במקרים שהגיעו לכלל תביעה ודיון משפטי אותם בחנו במסגרת מחקר זה. באופן רחב יותר ראוי לציין, כי כל ניסיון ללמוד מניתוח אמפירי של פסיקה על האופן שבו המשפט משפיע על פרקטיקות רלוונטיות נתקל בקושי דומה, כתוצאה מ"אפקט הסלקציה" (selection effect): בשל העובדה שסכסוכים רבים אינם מגיעים כלל לבית המשפט, או מסתיימים בפשרה, ניתוח המקרים שהגיעו לכלל החלטה או פסק דין עשוי להיות שיקוף מהימן של מקרים אלה בלבד, ולא של כלל המקרים הדומים שהתעוררו בעולם שמחוץ לבית המשפט.¹³⁵

יחד עם זאת, אפקט מצנן הנובע מחוסר ודאות בדין אינו מוגבל לדיני עשיית עושר, והוא קיים גם בתוך דיני הקניין הרוחני החקוקים. כך, למשל, חוקרים רבים עמדו על כך שעקרון ה"שימוש ההוגן" בזכויות יוצרים מגלם בתוכו חוסר ודאות שגורם לצדדים להימנע לכתחילה משימושים, שאילו היו מגיעים לפתחו של בית המשפט קרוב לוודאי שהיו מוכרים כשימוש הוגן

¹³¹ ראו הדיון בחלק ב'2 (ג) לעיל.

¹³² שם.

¹³³ בכמה פסקי דין מן השנים האחרונות כללו השופטים אמירות ביחס לתחולה המצומצמת של א.ש.י.ר., והעריכו כי ההלכה לא שינתה את האיזון שנקבע בדיני הקניין הרוחני: ראו למשל עניין *Fisher Price*, לעיל הערה 7, בסעיף פד; ע"א 3322/16 *איי די איי חברה לביטוח בע"מ נ' לשכת סוכני ביטוח בישראל* (2017), בסעיף 73. ראו גם *מרוקוביץ', לעיל* הערה 56, שהביע הערכה דומה. ממצאי המחקר הנוכחי מאששים הערכות אלה באופן אמפירי.

¹³⁴ ראו אייל זמיר, "שנאת הפסד ונטילת רווחי המפר – בעקבות הלכת אדרס", *ספר שלמה לזין* 323 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין, מיכאל קרייני עורכים, 2013). פרופ' זמיר בוחן את השלכות ד"ר 20/82 *אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה.*, פ"ד מב(1) 221 (1988), בו קבע בית המשפט העליון כי דיני עשיית עושר ולא במשפט חלים גם במצב בו יש מערכת יחסים חוזית בין הצדדים, וכי כתוצאה מכך נפגע מהפרת חוזה זכאי לרווחי המפר גם אם הם עולים על נזקי הנפגע, ומגיע למסקנה כי ההלכה כמעט ואינה מיושמת בפועל.

¹³⁵ לעניין אפקט הסלקציה ראו, באופן כללי, George L. Priest & Benjamin Klein, *The Selection of Disputes for Litigation*, 13 J. Legal Stud. 1 (1984).

ומותר.¹³⁶ בדומה נטען, כי חוסר הוודאות בתוך דיני הפטנטים עלול להוביל להרחבה בלתי מוצדקת של זכויות בעל הפטנט.¹³⁷ כך, גם הזכות בעיצוב לא רשום שנקבעה בחוק העיצובים החדש—אותה זכות שתחליף הלכה למעשה את עילת התביעה מכוח עשיית עושר בקטגורית המקרים הרלוונטית—אינה מקנה למשתמשים פוטנציאלים ודאות מוחלטת: למשל, הזכות קיימת למשך שלוש שנים ממועד הפרסום הראשון של העיצוב,¹³⁸ אולם מועד זה אינו ברור על פניו ביחס למרבית העיצובים. במילים אחרות, חוסר ודאות מסוים ביחס לתחולת הדין, היקפו או פרשנותו, העלול לגרור אפקט מצנן, קיים גם כאשר בוחר המחוקק לעגן את זכויות הקניין הרוחני בחוק ספציפי.¹³⁹ על רקע זה מתבהר גם הקושי שבהצעת היועץ המשפטי בעניין Fisher Price, להשתמש בפרשנות תכליתית של החוקים הקיימים חלף הפנייה לדיני עשיית עושר.¹⁴⁰ פרשנות של דיני הקניין הרוחני לא רק שאינה מסירה את החשש מחוסר ודאות המיוחס לשימוש בדיני עשיית עושר, אלא שכאשר מדובר בסוגיות שדיני הקניין הרוחני כלל אינם מסדירים, פרשנות כזאת עלולה להיות מאולצת, לפגוע בקוהרנטיות הדין, ודווקא להכביר חוסר ודאות.¹⁴¹

ועוד: ככל שנוצר אפקט מצנן בעקבות הלכת א.ש.י.ר., המחקר הנוכחי, השופך אור על יישום ההלכה במשך עשרים שנים, עשוי, כך אנו מקווים, לסייע בהקטנתו: ראשית, לאור הממצא שכמות המקרים שבהם ניתן סעד בעשיית עושר בהיעדר עילה מתחום הקניין הרוחני היא קטנה מאוד, ושנית לאור הממצא שהרוב הגדול של מקרים אלה נמנים עם קטגוריות ברורות יחסית. חשיפת ממצאים אלה עשויה, היא כלשעצמה, לסייע בקידום הוודאות בתחום.

אל מול החשש לאפקט מצנן, המחקר הנוכחי שופך אור גם על התועלת שבהלכת א.ש.י.ר.: למרות שתפקידם של דיני עשיית עושר בתחום הקניין הרוחני אינו מרכזי, עולה מן המחקר שהם משמשים כמכשיר ל"כילוף" הדין ולמילוי חוסרים בהקשרים בהם דיני הקניין הרוחני בישראל אינם כוללים הסדר הולם או במקרים בהם אכן קיים צורך בגמישות לשם גישור בין החוק לבין המציאות הדינאמית. כך, דיני עשיית עושר משמשים "מתלה נורמטיבי"¹⁴² לשתי זכויות "מעין קניין רוחני", הן הזכות לפרסום וזכויות השידור לאירועי ספורט (במישור האירועי).¹⁴³ בנוסף, הגמישות שמאפשרים דיני עשיית עושר הובילה במקרה אחד גם ל"שימוש הופכין" בעשיית עושר, על מנת

¹³⁶ ראו למשל James Gibson, *Risk Aversion and Rights Accretion in Intellectual Property Law*, 116 YALE L.J. 882 (2007); Jennifer Rothman, *The Questionable Use of Custom in Intellectual Property*, 93 VA. L. REV. 1899 (2007); Gideon Parchomovsky & Kevin Goldman, *Fair Use Harbors*, 93 VA. L. REV. 1483 (2007); Michal Shur-Ofry, *Hatch-Waxmanizing Copyright*, 18 MICH. TELECOMM. & TECH. L. REV. 171 (2011); Niva Elkin-Koren & Orit Fischman Afori, *Taking Users' Rights to the Next Level: A Pragmatist Approach to Fair Use*, 33 CARDOZO ARTS ENT. L.J. 1 (2015).

¹³⁷ ראו למשל Katya Assaf, *Of Patents and Cobras: Exposing the Problem of Asymmetry*, 35 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 1 (2016).

¹³⁸ סעיף 65 לחוק העיצובים, לעיל הערה 15 ("תקופת תוקפו של עיצוב לא רשום היא שלוש שנים מהמועד הקובע") בשילוב עם סעיף 1 לחוק העיצובים (בו מוגדר "המועד הקובע", ביחס לעיצוב לא רשום, כ"מועד שבו בעל העיצוב ... פרסם בציבור לראשונה את העיצוב או את המוצר נושא העיצוב, בישראל או מחוץ לישראל").

¹³⁹ ראו גם מרקוביץ, לעיל הערה 56, בעמ' 66 ("עולם הקניין הרוחני עטוף וסובב כולו בעמימות שהיא תוצר של מלאכת האיזונים בין קהל היוצרים לבין נחלת הכלל").

¹⁴⁰ עמדת היועץ המשפטי בעניין Fisher Price, לעיל הערה 7, בעמ' 12.

¹⁴¹ ראו, באופן כללי, על כך ששימוש בסטנדרטים עשוי, בניגוד להנחה רווחת, להיות ודאי וצפוי יותר מאשר שימוש בכללים מורכבים ומסועפים, איל זמיר, "עוד על פירוש והשלמה של חוזים", משפטים מג 5, 50 (תשע"ג) ("הכרעות המתקבלות לפי סטנדרטים כלליים ותוך התחשבות בנתונים עובדתיים רבים, לא זו בלבד שאינן ודאיות פחות וניתנות פחות לניבוי מהכרעות המתקבלות לפי כללים ספציפיים המגבילים את היקף הנתונים שמותר להתחשב בהם, אלא קרוב לוודאי שהן ודאיות יותר וצפויות יותר").

¹⁴² לביטוי "מתלה נורמטיבי" ראו גרוסקופף, לעיל הערה 6, בעמ' 29-27. יוער כי הכותב מבקר את השימוש בעשיית עושר כ"מתלה נורמטיבי" ליצירת זכויות מיען קניין רוחני וטוען כי החקיקה השיפוטית בעניין זה צריכה להיות מצומצמת מאוד. ממצאי המחקר שלנו מעלים, כאמור, שהשימוש בעשיית עושר כמתלה נורמטיבי ליצירת זכויות חדשות נעשה עד היום בשני סוגי מקרים ולא מדובר בתופעה רחבה או גורפת.

¹⁴³ ראו הדיון בחלק ג'-1 לעיל.

לשמר את נחלת הכלל ולהגביל את המונופול של בעל הקניין הרוחני.¹⁴⁴ שימוש כזה הוא תוצאה נוספת הנובעת מההלכה בדבר העדר ההסדר השלילי ביחס שבין דיני הקניין הרוחני ודיני עשיית העושר.¹⁴⁵ ביטול גורף של הלכת א.ש.י.ר. עלול אפוא ליטול מבתי המשפט כלי שעשוי לשמש אותם גם בעתיד לשם פיתוח הדין בהקשרים בהם עשויה להידרש גמישות דומה; ומעבר לכך, הוא עלול גם לגרור תוצאות אשר ספק אם נצפו על ידי הקוראים לביטול ההלכה—שמיטת הקרקע עליה ניצבות הזכות לפרסום וזכויות השידור בתחום הספורט (במישור האירוע) במשפט הישראלי, וחסימת הנתבי החדש שנפתח לבלימת הרחבה בלתי מוצדקת של קניין רוחני על ידי בעליו.

בראיה רחבה יותר, המתח בין הצורך בוודאות משפטית לבין הצורך של המשפט בשמירה על גמישות הוא סוגיה ותיקה, שאינה מוגבלת להלכת א.ש.י.ר., אלא מתעוררת בהקשרים רבים ומגוונים, כמו למשל הבחירה בין אימוץ כללים לאימוץ סטנדרטים, או אופן התייחסותו של המשפט לעמימות בניסוח חוזים.¹⁴⁶ יתרונות הוודאות המשפטית ברורים ומובנים מאליהם. המחקר שלנו מאיר את יתרונות השמירה על גמישות מסוימת. הוא מצביע על כך שגמישות כזאת אינה שקולה לכאוס מוחלט, היא מספקת למערכת כלי לכיול ולויסות הדין, ומגבירה את יכולתה להסתגל למציאות דינמית ומשתנה. תכונות אלה של סתגלנות ותגובה לשינויים זוהו בספרות המדעית הכללית כתכונות חיוניות, המגבירות את החוסן של מערכות מורכבות.¹⁴⁷

בשקול ממצאי המחקר, לאור תפקידם המווסת והמכיל של דיני עשיית העושר בהקשר של תוצרים רוחניים, ומכיוון שמסתבר כי ניתן לעשות בהם שימוש מבלי לפגוע פגיעה קשה בוודאות או באיזונים שאותם מבקשים דיני הקניין הרוחני להגשים, אנו סבורים כי אין הצדקה לביטול גורף של הלכת א.ש.י.ר.

ה. סיכום

בעשרים השנים שחלפו מאז ניתן פסק הדין של בית המשפט העליון בעניין א.ש.י.ר., נמתחה ביקורת רבה על ההלכה ונשמעו קריאות לביטולה. ואולם, בחינה אמפירית של הפסיקה שניתנה במהלך תקופה זו מלמדת כי החששות מהשלכותיה של הלכת א.ש.י.ר. הסתברו כמוגזמים. המחקר שתואר במאמר זה מצביע על כך שהלכת א.ש.י.ר. לא הובילה לפריצת גבולות משמעותית של דיני הקניין הרוחני, וכי בתי המשפט עשו בה ככלל שימוש מדוד כמכשיר ל"כיול" הדין ולמילוי חסרים, בהקשרים נקודתיים בהם גמישות כזאת נחוצה. ממצאי המחקר עשויים לספק מידע חשוב הן לקובעי מדיניות והן לשחקנים בשווקים הרלוונטיים, ואנו מקווים שיגבירו את הוודאות באשר ליחס שבין דיני עשיית עושר לבין דיני הקניין הרוחני.

¹⁴⁴ ראו הדיון בפרשיית אוניפארם בחלק ג' 4-לעיל.

¹⁴⁵ ההבנה שפעולות של "הנדסה חברתית" עלולות להוליד תוצאות בלתי צפויות קיימת כבר עשורים רבים - ראו Robert K. Merton, *The Unanticipated Consequences of Purposive Social Action*, 1 AM. SOC. REV. 894 (1936). לדיון בתופעה זו בתחום הקניין הרוחני ראו שור-עופרי: **תיאוריה של מורכבות, לעיל** הערה 73, בעמ' 95.

¹⁴⁶ לדיון כללי בנושא כללים וסטנדרטים ראו למשל Louis Kaplow, *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*, 42 DUKE L. J. 557 (1992). לדיון בסוגיה בהקשר של ניסוח חוזים ראו Michal Shur-Ofry & Ofer Tur Sinai, *Constructive Ambiguity: IP Licenses as a Case Study*, 48 MICH. J. L. REF. 391 (2015).

¹⁴⁷ לחשיבות היכולת של מערכות מורכבות להסתגל לשינויים, לרבות שינויים בלתי צפויים, ולחוסן (anti-fragility) שהדבר מקנה להן, ראו באופן כללי Nassim Taleb, *Anti-Fragile: Things That Gain from Disorder*, 30 (2012). לדיון בסוגיה זו בהקשר של ניסוח חוזים ראו שור עופרי וטור סיני, **לעיל** הערה 146, בעמודים 12-410.

נספח א' – פרטים מתודולוגיים משלימים

להלן פרטים משלימים אודות בניית מאגר המידע ואודות פסקי הדין וההחלטות שנכללו בו.

1. לשם איתור ההחלטות ופסקי הדין הרלבנטיים ביצענו את החיפושים הבאים ב"מאגר נבו":

(1) חיפוש אזכורים של פסק הדין בעניין א.ש.י.ר. בפסיקה של בתי המשפט המחוזיים ובית המשפט העליון; (2) חיפוש לפי שאילתות שכללו כל אחת את המונח "עשיית עושר" בשילוב עם אחד מן המונחים הבאים: "קניין רוחני", "פטנטים", "סימני מסחר", "מדגמים", "זכויות יוצרים", ו"זכויות מטפחים"; (3) לגבי הליכים בהם אותרה החלטת ביניים אך לא אותר פסק דין סופי בדרכים שתוארו לעיל, נעשה חיפוש מכוון וממוקד אחר פסק הדין הסופי; (4) במקרה של פסק דין של בית משפט מחוזי שלא אותר לגביו ערעור בבית המשפט העליון בדרכים שתוארו לעיל, נעשה חיפוש מכוון וממוקד אחר ערעור; (5) במקרים בהם אותר פסק דין של בית המשפט העליון בשבתו כערכאת ערעור אך לא אותר פסק דין של בית משפט מחוזי בדרכים שתוארו לעיל, נעשה חיפוש מכוון וממוקד אחר פסק הדין המחוזי הרלוונטי; (6-ו) נעשה חיפוש יזום אחר פסקי דין ספורים שלא אותרו באף אחת מן הדרכים האמורות, אך היה ברשותנו ידע קודם על קיומם. (7) נוסף על אלה, לאחר שהתקבלו ממצאים ראשוניים באשר לכינון "הזכות לפרסום" במשפט הישראלי בפסק הדין בעניין **מקדונלד** וליחס שבין זכות זו לבין דיני עשיית עושר ולא במשפט ופסק דין א.ש.י.ר. (כמוסבר לעיל)¹⁴⁸ נערך חיפוש ממוקד גם אחר פסקי דין והחלטות של בתי משפט מחוזיים ובית המשפט העליון שמאזכרים את פסק הדין בעניין **מקדונלד** וכוללים את המונח "הזכות לפרסום". סיווג ההחלטות ופסקי הדין הרלוונטיים לקטגוריות השונות נעשה על-ידי עוזרי מחקר בהתאם להנחיות מפורטות ותחת ליווי צמוד של מחברי המאמר. חלק ניכר מהמקרים קודדו על-ידי יותר מעוזר מחקר אחד לשם בדיקת עקביות. במקרים בהם היה ספק או מחלוקת לגבי אופן הסיווג לקטגוריה כזאת או אחרת, המחברים קיבלו את ההחלטה.

2. בתביעות הנוגעות לחיקוי תוצר רוחני משתמשים לעתים גם בעוולה הנזיקית "גניבת עין", שעניינה הגנה על מוניטין.¹⁴⁹ עוולה זו מהווה, במידה רבה, מקור משלים לדיני הקניין הרוחני להגנה מפני חיקויים. נוכח נקודות ההשקה בין התחומים, כללנו במאגר גם מקרים בהם הטענה לעשיית עושר הופיעה לצד טענה לגניבת עין, וזאת בין אם הועלתה נוסף על כך טענה להפרת זכות קניין רוחני ובין אם לאו. לצורך סיווג המקרים לקטגוריות השונות, התייחסנו אל העילה בגניבת עין כאל עילה בקניין רוחני. בהתאם לכך, במקרים שבהם הועלו הן טענות לגניבת עין והן טענות להפרת קניין רוחני, אם לא התקיימה עילת תביעה מכוח דיני קניין רוחני אך התקיימה עילה בגניבת עין, התייחסנו למקרה כאל כזה בו התקבלה עילה בקניין רוחני. במקרים בהם התקבלה התביעה מכוח דיני קניין רוחני, קיומה (או היעדרה) של עילה בגניבת עין לא השפיע על סיווג פסק הדין.

3. לא נכללו במאגר החלטות של בית המשפט העליון על אי מתן רשות ערעור או דחייה של בקשה לדיון נוסף, שלא כללו דיון מהותי אלא רק קביעה כי אין מקום לדון בעניין פעם

¹⁴⁸ ראו להלן, הערות 81-69 והטכסט לידן.
¹⁴⁹ סעיף 1 לחוק עוולות מסחריות, תשנ"ט-1999.

נוספת, כמו גם פסקי דין של בית המשפט העליון שלא התקיים בהם דיון מהותי בקניין רוחני או בעשיית עושר מסיבות אחרות (על-פי-רוב, כאשר הערעור הוגש ביחס לרכיבים אחרים בפסק הדין של בית המשפט המחוזי).

4. פסיקה על דרך הפשרה (לפי סעיף 79א לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984 נכללה במאגר במקרים בהם ניתן היה לחלץ ממנה את הבסיס המשפטי להכרעה.