

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., שקבע כי דיני הקניין הרוחני אינם יוצרים "הסדר שלילי", ולכן ניתן לעיתים לזכות בסעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט בגין חיקוי תוצר רוחני גם כאשר אין הפרה של זכות קניין רוחני ספציפית. פסק הדין תואר כפסק דין דרמטי ועורר ביקורת רבה ואף קריאות לביטול ההלכה. בעיקר הובע חשש כי ההלכה תוביל להרחבה לא מוצדקת של זכויות הקניין הרוחני ותיצור אפקט מצנן בתחום החדשנות.

מחקר זה מבקש להעריך אמפירית את השלכותיה של הלכת א.ש.י.ר., באמצעות בחינה דו-שלבית, כמותית ואיכותית. בשלב הראשון נבחנו כלל ההחלטות של בתי המשפט המחוזיים ושל בית המשפט העליון שניתנו במהלך עשרים השנים שחלפו מאז א.ש.י.ר. שהועלתה בהם טענה לעשיית עושר בהקשר של תוצרים רוחניים. בשלב השני בוצע ניתוח איכותי של המקרים "דמויי א.ש.י.ר." שבהם ניתן סעד מכוח עשיית עושר, בהיעדר זכות קניין רוחני ספציפית. הממצאים העיקריים העולים מבדיקה זו הם כי בניגוד לתחזיות הקודרות, הלכת א.ש.י.ר., באופן שבו יושמה על ידי בי 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. היא אפוא בעיקר מכשיר ל"כיוול" הדין ולמילוי פערים בהקשרים שבהם נדרשים גמישות או גישור בין החוק לבין המציאות הדינמית ואינה פוגעת בגישה באיוונים שקבע המחוקק בתחום הקניין הרוחני. הדבר מחייב הערכה מחודשת של הקריאות לביטול ההלכה.

מבוא. א. הלכת א.ש.י.ר. 1. קניין רוחני וסוגיית ההסדר השלילי. 2. בעקבות א.ש.י.ר. – ביקורות ותחזיות. ב. "אחרי עשרים שנה": מחקר אמפירי כמותי. 1. מתודולוגיה. 2. ממצאי המחקר הכמותי. ג. מבט איכותי על המקרים "דמויי א.ש.י.ר.". 1. חסר בדיני הקניין הרוחני. 2. הגנה על עיצובים לא רשומים. 3. קטגוריה שיווית. 4. שימוש הופכי בעשיית עושר. ד. דיון והערכה: על ודאות, על גמישות ועל תוצאות לא צפויות. ה. סיכום. ו. נספח א – פרטים מתודולוגיים משלימים.

* הפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אוננו.

** הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

אנו מודים לגי. גיי. טלר, לנוי ליאון ולליהיא כהן על עזרת מחקר מעולה, לאיל זמיר ולמשתתפי הסדנה למשפט פרטי ומסחרי באוניברסיטה העברית בירושלים וכן למשתתפי הסדנה השנתית של הפורום האקדמי הישראלי לקניין רוחני בשנת 2020 על דיונים חשובים ומועילים בטיוטות קודמות של המאמר ולמרכז אהרון 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 אמפירית את השפעת פסק הדין בעניין א.ש.י.ר.¹, ובקווים כלליים 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 שבהן אין עלה מכוח דיני הקניין הרוחני? בשנת 1998, לאחר שנים של עמימות, ניתן בבית המשפט העליון פסק הדין בעניין א.ש.י.ר., אשר הכריע בשאלה זו. בפסק הדין נקבע בדעת רוב כי דיני הקניין הרוחני אינם יוצרים, עקרונית, הסדר שלילי, וכי במקרים מסוימים שבהם אדם מחקה תוצר רוחני כלשהו שפותח בידי 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 העיקריים שעמד ביסוד ההכרעה היה הצורך בכלי יעיל לפיתוח דינמי של המשפט בתחום הקניין הרוחני ובשמירה על גמישות במקום שבו דיני הקניין הרוחני הספציפיים כוללים הסדרים נוקשים, חלקם ישנים, ואינם מתחדשים בקצב שבו מתפתחת הקדמה הטכנולוגית. נימוק עיקרי 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 אינה שקולה כלל לעילה קניינית, בהיותה מתנתית בשיקול דעת נרחב של בית המשפט ובשל רמת ההגנה הפחותה שהיא מקנה לבעל התוצר הרוחני. עם זאת גם על פי שופטי הרוב, לא בכל מקרה של חיקוי או העתקה תקום עילה בעשיית עושר, והצלחת התביעה בעשיית עושר מותנית בהתקיימותו של "יסוד נוסף" הנלווה לחיקוי או להעתקה של התוצר הרוחני.

פסק הדין תואר בידי 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, שתיצור אפקט מצנן בקרב משתמשים פוטנציאליים בתוצרים רוחניים. במילים אחרות, החשש שהביעו המבקרים הוא מיצירת הרתעה משימוש בתוצרים רוחניים, לרבות לצורך פיתוח תוצרים חדשים, בשל קיומו 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 שבבסיס העילה בעשיית עושר. בנוסף לכך, פתיחת השערים לעילת תביעה אפשרית בעשיית עושר בנסיבות שבהן

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

2 ראו הפירוט להלן בתת-פרק א.1.

3 ראו למשל ניבה אלקין-קורן "על כלל ועל נחלת הכלל: מקניין רוחני לעשיית עושר ולא במשפט" עיוני משפט כה 9, 36 (2001) ("הלכת א.ש.י.ר. חוללה שינוי דרמטי בהסדרת 'שוק המידע' במשפט הישראלי"); מיגל דויטש עוללות מסחריות וסודות מסחר 261 (2002) (להלן: דויטש עוללות מסחריות) ("אין לכחד כי דין הקניין הרוחני וסביבתו, לאחר פסק-דין א.ש.י.ר., שוב אינו כדין שלפניו").

דיני הקניין הרוחני ה"ממוסדים" אינם מכירים בזכותו של התובע, מצמצמת את נחלת הכלל ומפירה את האיזונים הבסיסיים המגולמים בחקיקת הקניין הרוחני.⁴ מאז מתן פסק הדין התקבל תיקון חקיקה בחוק העיצובים, התשע"ז–2017, שצמצם את תחולת ההלכה בהקשר הספציפי של עיצוב תעשייתי.⁵ תיקון דומה הוצע גם בהקשר של חוק הפטנטים.⁶ בד בבד 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 ב"צריך עיון" את ההתייחסות העקרונית להלכת א.ש.י.ר.⁸

הוויכוח על השפעתה ועל עתידה של הלכת א.ש.י.ר. התבסס עד היום על טיעונים תאורטיים ועל סימוכין אנקדוטליים. בחלוף עשרים שנה ממתן פסק הדין סברנו כי הצטברה תשתית של פסיקה המאפשרת להעריך אמפירית את השפעת פסק הדין על תחום הקניין הרוחני. השאלה המרכזית שאותה מבקש המחקר לברר היא אם הלכת א.ש.י.ר. אכן הובילה לחוסר ודאות גדול ולפריצת גבולות של דיני הקניין הרוחני, ברוח החששות שהביעו המבקרים, או שמא בתי המשפט עושים בה שימוש זהיר כמכשיר ל"כיול" הדין ולמילוי חסרים בהקשרים מצומצמים שבהם גמישות כזאת נדרשת ברוח ההנמקות של שופטי הרוב. לשם בירור שאלה זו בחנו אמפירית את 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 בספטמבר 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 מכוח 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; (4) מקרים "דמויי א.ש.י.ר.", דהיינו מקרים בהם התקבלה אך ורק תביעה בעשיית עושר.

4 ראו ביתר פירוט להלן בתת-פרק א.2.

5 ראו להלן ה"ש 50–51 והטקסט הסמוך להן.

6 ראו להלן ה"ש 45–49 והטקסט הסמוך להן.

7 ע"א 1248/15 Fisher Price Inc. נ' דורון – יבוא ויצוא בע"מ (נבו) (31.8.2017). עמדת היועץ המשפטי באותו הליך ניתנה ביום 1.5.2016, והתייחסותו המשלימה ניתנה ביום 13.6.2016. לעיון ראו "הגשת עמדות היועץ המשפטי לממשלה בדבר החפיפה בין דיני זכות יוצרים לבין דיני המדגמים ובדבר הלכת א.ש.י.ר." משרד המשפטים (24.8.2016) <https://bit.ly/2RXrXgy> (להלן: עמדת היועץ המשפטי בעניין Fisher Price).

8 ראו להלן ה"ש 53–55 והטקסט הסמוך להן.

9 ראו ביתר הרחבה תיאור המתודולוגיה להלן בפרק ב.

ממצא עיקרי העולה מן הניתוח הכמותי הוא כי מתוך סך כל המקרים שבהם הועלתה טענת עשיית עושר בהקשר של הפרת זכויות בתוצרים רוחניים, מספר המקרים שבהם התקבלה טענה זו, מבלי שניתן סעד על בסיס זכות קניין רוחני ספציפית, הוא קטן – 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 בהלכת א.ש.י.ר. ואינם מרבים להשתמש באפשרות לתת סעד מכוח דיני עשיית עושר אם לא מתקיימת עילת תביעה מכוח דיני הקניין הרוחני.¹⁰

בשלב השני התמקדנו באותם מקרים "דמויי א.ש.י.ר." וערכנו ניתוח איכותי מפורט שלהם בניסיון לזהות ולמפות את המאפיינים של המקרים שבהם הוכרה עילה בעשיית עושר ולא במשפט כשאינן הפרה של זכות קניין רוחני ספציפית. בחינה זו מעלה כי ככלל ניתן לסווג את המקרים שבהם השתמשו בתי המשפט בהלכה לשם מתן סעד בעשיית עושר, בהיעדר זכות קניין רוחני ספציפית, לכמה קטגוריות עיקריות.

הקטגוריה הראשונה של מקרים כוללת מצבים שבהם מושא הדיון הוא קניין רוחני במובן הרחב, אולם קיים חסר תחיקתי במשפט הישראלי בהגנה על תוצרים רוחניים מהסוג שבו מדובר. עם קטגוריה זו נמנים פסקי דין שהכירו בזכות לפרסום, כלומר בזכות של אדם לשלוט על השימוש המסחרי בשמו או בדמותו, זכות שהוכרה לראשונה בבית המשפט העליון בפרשת **מקדונלד**.¹¹ הזכות השנייה שהוכרה בפסיקה, בדומה לראשונה, היא "זכות השידור", זכותם של מפיקי אירועי ספורט (ובמידה מסוימת בעלי רישיון בלעדי לשידור אירועי ספורט) למנוע צילום ושידור אירועי ספורט בידי צד שלישי לא מורשה. הזכות הוכרה בבית 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 שאופטימלית ראוי שהמחוקק ימלא חלל זה, במקרים אלה שימשו דיני עשיית עושר לשם מילוי חסרים באופן אשר לעמדתנו אינו מפר את האיזונים הקבועים בחקיקת הקניין הרוחני, שאינה מטפלת בזכויות האמורות.¹³

הקטגוריה השנייה והגדולה מכולן כוללת מקרים שבהם 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 באשר לקבוצה לא מבוטלת של עיצובים (כמו למשל פריטי אופנה) הליך של רישום הוא במידה רבה לא רלוונטי. למרות זאת עד לחקיקת חוק העיצובים בשנת 2017 לא היה קיים מסלול להגנה על עיצובים לא רשומים בדיני הקניין

10 לדיון בממצא זה ובמצאים נוספים העולים מן המחקר הכמותי ראו שם.

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

12 ה"פ (מחוזי ת"א) 1101/01 **רדיו ללא הפסקה בע"מ נ' רשות השידור** (נבו 26.8.2002); בש"א (מחוזי ת"א) 18118/01 **רדיו ללא הפסקה בע"מ נ' רשות השידור** (נבו 9.9.2001) (להלן: החלטת ביניים בעניין **רדיו ללא הפסקה**).

13 ראו להלן פרק ג.

14 כפי שיפורט בהמשך, בעניין **א.ש.י.ר.** (לעיל ה"ש 1) עמדו לדיון שלושה מקרים, כאשר בשניים מתוכם התוצר הרוחני שעמד על הפרק היה עיצוב לא רשום (ראו להלן ה"ש 24).

הרוחני בישראל.¹⁵ על כן ניתן לומר שטרם כניסתו לתוקף של חוק העיצובים לקו דיני הקניין הרוחני בישראל בחסר בהקשר של הגנה אפקטיבית על עיצובים. כעולה מן המחקר האמפירי, הפסיקה המשיכה להשתמש בהלכת א.ש.י.ר. על מנת לגשר על הפער שהיה קיים בהגנה על עיצובים – אותו פער שהוליד, במידה רבה, את פסק הדין המקורי. מכל מקום, חסר זה זכה כעת לטיפול חקיקתי בחוק העיצובים החדש, הכולל מסלול המגן בתנאים מסוימים על עיצוב לא רשום לצד קביעה מפורשת בדבר הסדר שלילי כשתנאי ההגנה אינם מתקיימים, ולכן קטגוריה זו צפויה להיעלם בעתיד הקרוב.¹⁶

הקטגוריה השלישית היא קטגוריה שיורית, הכוללת מקרים שבהם נעשה שימוש בהלכת א.ש.י.ר. בהקשרים אחרים, שעשויים להיחשב ל"פריצת גבולות" ולעקפת 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 שבהם ניתן לייחס לבתי המשפט פריצת גבולות של ממש באופן שבו 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 המשיק לקניין רוחני, בהחלטה שניתנה בפרשת **אוניפארם**.¹⁷ באותו מקרה נקבע כי הארכת תקופת המונופולין בפטנט שלא כדין על ידי חברת תרופות, דבר שגרם לעיכוב כניסת מתחרים גנריים לשוק, עשויה לזכות את המתחרה ברווחי בעל הפטנט בתקופת ה"חסימה", מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. ההחלטה היא אפוא דוגמה 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. עם זאת הם מפיגים, במידה רבה, את החששות כי ההלכה יצרה "פריצת גבולות", כאוס או חוסר ודאות גדול בדיני הקניין הרוחני. התמונה המצטיירת היא כי בתי המשפט משתמשים בהלכה שימוש מדוד ומרוסן, כמכשיר ל"כיול" הדין ולמילוי חסרים בהקשרים שבהם נדרשת גמישות לשם גישור בין החוק לבין המציאות הדינמית, והכול 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 המלווה את הלכת א.ש.י.ר. מאז מתן פסק הדין ממצאים אלה עשויים לספק מידע חשוב לקובעי מדיניות, לשחקנים בשווקים הרלוונטיים ולבתי המשפט בישראל, ולהגביר את הוודאות באשר ליחס שבין עשיית עושר לדיני הקניין הרוחני. המאמר בנוי מחמישה פרקים. הפרק הראשון מתאר את הרקע להלכת א.ש.י.ר. ומציג את ההלכה עצמה ואת עיקר הביקורת עליה. הפרק השני מתאר את המחקר האמפירי

15 חוק העיצובים (שהחליף את פקודת הפטנטים והמדגמים משנת 1924).

16 ראו להלן פרק ג.

17 ת"א (מחוזי מרכז) 33666-07-11 **אוניפארם בע"מ נ' Sanofi** (נבו 8.10.2015) (להלן: עניין **אוניפארם מחוזי**). במקביל לפרסום מאמר זה ניתן פסק הדין של בית המשפט העליון במסגרתו נדחה ערעור על ההחלטה. ראו ע"א 2167/17 **Sanofi נ' אוניפארם**.

18 ראו להלן פרק ג.

הכמותי תוך פירוט המתודולוגיה והממצאים העיקריים. הפרק השלישי מתאר את המחקר האיכותי, הכולל מבט קרוב על פסקי הדין "דמויי א.ש.י.ר." וחלוקתם לקטגוריות. הפרק הרביעי כולל דיון בממצאים האמפיריים והערכה נורמטיבית. לבסוף נסכם.

א. הלכת א.ש.י.ר.

1. קניין רוחני וסוגיית ההסדר השלילי

הלכת א.ש.י.ר. עוסקת בממשק שבין דיני הקניין הרוחני לבין דיני עשיית עושר. דיני הקניין הרוחני מסדירים מצבים שונים שבהם אדם מעתיק או מחקה תוצר רוחני כלשהו שיצר או פיתח אדם אחר.¹⁹ דיני עשיית עושר מבוססים על העיקרון שלפיו מי שהתעשר "שלא על פי זכות שבדין" על חשבון חברו חייב להשיב את הזכיה.²⁰ עקרונית, קיים פוטנציאל לחפיפה רבה בין ענפי משפט אלה, שכן אדם המעתיק תוצר רוחני שפותח בידי חברו עשוי להתעשר על חשבון חברו 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 שבהן אין עילה מכוח דיני הקניין הרוחני?

לאחר שנים רבות שבהן 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 שאין בהן עילה מכוח דיני הקניין הרוחני.²² פסק הדין עסק בשלושה מקרים שנדונו במאוחד. בשניים מן המקרים הועתק

19 למעשה, דיני הקניין הרוחני רחבים יותר ועוסקים גם במצבים שאין מדובר בהם 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 ראו ס' 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"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 הזכיה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה – לשלם לו את שוויה").

21 יצוין כי בשנת 1994, לפני עניין א.ש.י.ר. (לעיל ה"ש 1), ניתנה החלטה בסוגיה זו בבית המשפט המחוזי בתל אביב בת"א (מחוזי ת"א) 1572/93 **אנימה אופנה בע"מ נ' בלן** (נבו 28.2.1994). במקרה זה קבע השופט א' שטרזמן כי יש מקום להכיר בקיומה של עילה בעשיית עושר כשדיני הקניין הרוחני אינם מעניקים במישרין זכות וסעד לתובע (כמו בהקשר של העתקת 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 (מחוזי ת"א) 146/94 **אברהם דוקטורצ'יק – אפנת "מקאו" נ' טובאקו קלאב אופנה בע"מ** (לא פורסם, 7.7.1994).

22 בית המשפט העליון לא נדרש להכריע בשאלה (הקלה יותר) אם ניתן לקבל סעד נוסף מכוח דיני עשיית עושר כשקיימת עילה מכוח דיני הקניין הרוחני. ראו התייחסות לכך בפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן בעניין א.ש.י.ר., לעיל ה"ש 1, בעמ' 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 בהודמנויות אחרות. ראו למשל ע"א 2972/95 **יוסף וולף ושות' בע"מ נ' דפוס בארי שותפות מוגבלת**, פ"ד נג(3) 472 (1999); ע"א 1636/98 **רב בריח בע"מ נ' בית מסחר לאביזרי**

עיצוב של מוצר שלא נרשם בעניינו מדגם,²³ ואילו המקרה השלישי עסק בהעתקת שיטת ייצור שלא נרשם בעניינה פטנט.²⁴ בשלושת המקרים הנדונים אף לא התקיימה עילת תביעה מכוח דיני זכות יוצרים, דיני סימני מסחר או עוולת גנבת 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 דבר, ביחס למקרים הנדונים הקונקרטיים קבע בית המשפט כי באחד מהם (פרשת הרר) אכן היה ראוי לתת סעד בעשיית עושר.²⁵

אף כי שופטי הרוב נבדלו זה מזה בחוות דעתם (כמתואר להלן), נימוק מרכזי שעמד ביסוד ההכרעה הוא הצורך בכלי יעיל לפיתוח דינמי של המשפט בתחום הקניין הרוחני. השופטת 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 שבו מתפתח הקניין הרוחני במציאות. מאחר שהקדמה הטכנולוגית מולידה חדשות לבקרים סיטואציות חדשות, שמרביתן אינן צפויות מראש, נוצר בתחום הקניין הרוחני מצב שבו תוצרים מסוימים אינם זוכים להגנה כאשר אינם משתבצים במסגרות הקיימות בדיני הקניין הרוחני. אשר על כן ראוי, לגישתה, לאפשר לבית המשפט לערוך איזון אינטרסים ולשקול הענקת סעד מכוח דיני עשיית עושר במקום שבו אין דיני הקניין הרוחני מעניקים אותו, על מנת למנוע את חוסר הצדק שעשוי להיגרם מהיצמדות לדינים אלה.²⁶ בדומה לזה, עמד גם השופט זמיר על כך שההגנה שמציעים דיני הקניין הרוחני לוקה בחסר. 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 שבמשך שנים רבות דיני הקניין הרוחני לא התאימו עצמם למוצרים כאלה ודומים לאלה והותירו אותם ללא כל הגנה, ראוי 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

- רכב **חבשוש (1987) בע"מ**, פ"ד נה(5) 337 (2001); ת"א (מחוזי ת"א) 881/94 **Eli Lilly and Company נ' טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ** (נבו 25.11.1998).
- 23 המונח "מדגם" שהיה קיים בפקודת הפטנטים והמדגמים 1924 הוחלף במונח "עיצוב" עם קבלת חוק העיצובים.
- 24 בע"א 5768/94 **א.ש.י.ר. נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ** הועתק עיצובם של אביזרי אמבטיה מפלסטיק; בע"א 5614/95 **שוהם מכונות ומבלטים בע"מ נ' הרר** הועתק עיצובו של מבלט המשמש ציוד לעיבוד אלומיניום ולחיתוכו; בע"א 993/96 **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.**, לעיל ה"ש 1.
- 25 ראו להלן ה"ש 34–35 והטקסט הסמוך להן.
- 26 עניין **א.ש.י.ר.**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 423–424.
- 27 שם, בעמ' 494.

האובליגטוריים.²⁸ בהקשר זה הבהיר הנשיא (דאז) ברק כי אף בהינתן אפשרות לקבלת סעד בעשיית עושר עדיין יהיה טעם רב מבחינת מפתחי המצאות ועיצובים לזכות בהגנת דיני הפטנטים והמדגמים, בשל ההבדלים היסודיים בין ההגנות, ועל כן אין חשש שדיני הקניין הרוחני יתייתרו משום קיומה 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, ואילו מצבו של מי שאינו רושם מדגם או פטנט ודאי הרבה פחות, שכן העילה בעשיית עושר ולא במשפט דורשת הוכחה של יסודות שונים.²⁹

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 את משמעותו של היסוד הנוסף ועמדו על מבחני עזר שונים שבהם ניתן להשתמש כדי לקבוע אם הוא מתקיים. למשל, לגישתה של השופטת שטרסברג-כהן, היסוד הנוסף משמעו חוסר תום לב או התנהגות פסולה הפוגעת בחוש ההגינות והצדק,³¹ ואילו לגישתו של הנשיא (דאז) ברק, היסוד הנוסף מתקיים כאשר פעולת החיקוי נעשתה בניסיונות

28 כך למשל עמדה השופטת שטרסברג-כהן (שם, בעמ' 424–425) על כך שאין בהחלת דיני עשיית עושר לצד דיני הקניין הרוחני משום התערבות בדיני הקניין הרוחני עצמם, שכן דיני עשיית עושר מגינים על אינטרסים שונים ומעניקים סעדים שונים מאלה המוענקים בדיני הקניין הרוחני. מי שרושם את זכותו לפי דיני הקניין הרוחני נהנה מהגנה כמעט מוחלטת הקבועה בדין לזמן נתון ממושך, כאשר סעדיו ברורים וחד-משמעיים וההגנה מתפרסת על פני כל הארץ ולעיתים אף מחוצה לה. לעומת זאת מי שלא נכנס בגדר דיני הקניין הרוחני, תיבדק זכותו "בזכויות מגדלת" ויהא עליו להוכיח מספר רב של יסודות על מנת לבסס עילה בעשיית עושר, וגם אז עדיין לא ברור אם יזכה בסעד. בדומה לזה, עמד הנשיא ברק (שם, בעמ' 482) על כך שבשונה מבעליו של קניין רוחני, יוצר או ממציא שאינו נהנה מקניין רוחני נתון תמיד לסיכון של העתקה או חיקוי, אשר אינם, כשלעצמם, עשיית עושר.

29 שם, בעמ' 484.

30 מקורה של דרישת "היסוד הנוסף" ביסוד "שלא על פי זכות שבדין" שבס' 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט. לדין בדרישה זו קודם להלכת א.ש.י.ר. (שם) ראו רע"א 371/89 ליבוביץ נ' א. את י. אליהו בע"מ, פ"ד מד(2) 309, 329–330 (1990) (שם נידונה סוגיית היחסים שבין מפיץ בלעדי לבין מתחרים העוסקים בייבוא מקביל, ובית המשפט קבע כי כאשר מתבקש סעד בעשיית עושר בגין פגיעה בציפייה מסחרית גרידא (בשונה מפגיעה בזכות "ממוסדת"), על התובע לבסס קיומו של יסוד נוסף). פסק הדין בעניין ליבוביץ (שם) נתפס בעיני רבים כהלכה היסודית שבה 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 271–272 (2002).

31 ראו עניין א.ש.י.ר., לעיל ה"ש 1, בעמ' 431 (לגישתה של השופטת שטרסברג-כהן, התוצר הרוחני המועתק צריך להיות מסוים, ניתן להגדרה, חדשני, ייחודי ויישומי וכו' שבעליו עשו בו שימוש (או שבכוונתם לעשות זאת). ככל שהמאמץ והמשאבים שהושקעו במוצר המועתק רבים יותר, כך יהיה היצרן ראוי יותר לזכות בהגנה. שיקול רלוונטי 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).

של תחרות לא הוגנת.³² לעמדתו של השופט זמיר, ייתכן שבמקרים מסוימים כאשר יש חומרה מיוחדת בהעתקה, ניתן לוותר על דרישת היסוד הנוסף.³³ אשר לשלושת 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, בשמירה על זהות ויזואלית מלאה על אף קיומן של חלופות להעתקה כזו.³⁴ נוסף על זה, בין הצדדים היו 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 של עמדת הרוב.³⁶

32 שם, בעמ' 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 בניסיון של תחרות לא הוגנת ובכמה מקרים נוספים שבהם מופרות הלכות המסחר ההוגן. ככל שהיצירה חשובה יותר, חדשנית יותר, ייחודית יותר ובעלת תרומה מהותית יותר, כך תהא נטייה גדולה יותר לראות בחיקוייה או בהעתקתה משום תחרות לא הוגנת. כן יש להתחשב במאמץ שהשקיעו היוצר והמעתיק, באינטנסיביות ההעתקה או החיקוי ובמצבו הנפשי של המתחרה שהעתיק או חיקה מוצר של יצרן. עניין אחר שיש להתחשב בו בקביעת חוסר ההגינות של התחרות הוא קיומן של חלופות להעתקה. נוסף על כך יש לבחון את תוצאות ההעתקה או החיקוי. במקרים שבהם תוצאת ההעתקה או החיקוי היא הרעתה אפשרית של יצרנים מלפתח מוצרים ומלהשקיע בטכנולוגיות חדשות לשם קידום היעילות והתחרות, כי אז תגבר הנטייה לראות בהעתקה ובחיקוי אלה, הגורמים ל"כשל שוק", תחרות לא הוגנת. למשל ייתכנו מצבים שבהם ראוי כי היצרן יינה מבלעדיות זמנית לשם כיסוי הוצאות המחקר והפיתוח, כאשר פגיעה בבלעדיות זו יש בה סממן בולט של חוסר הגינות).

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

34 מעניין לציין כי בס' 6(ג) לחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999 נקבע במפורש כי השימוש בהנדסה חוזרת לצורך נטילתו של סוד מסחרי בלא הסכמת בעליו אינו נחשב, כשלעצמו, כאמצעי פסול. מדובר אפוא במצב שבו בהנחה כי לתהליך ההנדסה החוזרת לא נלווה אמצעי פסול אחר, חיקוי המוצר אינו מהווה גול סוד מסחרי, אך ניתן לזכות בסעד כנגדו מכוח המסלול החלופי של עשיית עושר ולא במשפט. פרופ' דויטש תומך בתוצאה זו. ראו דויטש **עוולות מסחריות**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 266, 678. כן ראו מיגל דויטש "חוק עוולות מסחריות, תשנ"ט-1999 – הגינות בתחרות וסודות מסחר" **הפרקליט** מה א 128, 155 (2000).

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

36 כך למשל פרופ' דויטש הביע תמיכה בעמדת שופטי הרוב, שלפיה בהחלטה 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 המגלם 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 **עוולות מסחריות**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 172, 203. ראו גם חנוך דגן **קניין על פרשת דרכים** 90-96 (2005) (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., לעיל ה"ש 1).

מנגד, ההלכה זכתה לביקורת חריפה.³⁷ הטעם העיקרי לביקורת היה החשש לאפקט מצנן בשל יצירתו של מסלול חלופי להטלת אחריות משפטית על מעשים של חיקוי והעתקה, על בסיס 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" רלוונטיים המבקשים להתחרות בשוק ולהשתמש בתוצרים קיימים כבסיס לתהליכי יצירה, מחקר ופיתוח עתידיים להימנע מכך על מנת לצמצם את חשיפתם האפשרית לתביעות משפטיות.⁴¹ לגישת המבקרים, אפקט הצינון גדול במיוחד בשל 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 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 הוודאות משפטית בתחום; כאשר בהקשרים שבהם 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 שיהיה מקיף וכוללני יותר ושיתבסס על מחקר מקדים כנדרש.⁴⁴

37 ראו אלקין-קורן, לעיל ה"ש 3; עופר טור-סיני "דיני קניין רוחני – צעידה אל מילניום חדש (מגמות וחידושים במשפט הישראלי)" קרית המשפט ה 177 (התשס"ה); עופר גרוסקופף "הנשר והנסיכות – על היחס שבין דיני עשיית עושר ולא במשפט לבין דיני זכויות יוצרים" יוצרים זכויות: קריאות בחוק זכויות יוצרים 201, 236 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009) (להלן: גרוסקופף "הנשר והנסיכות").

38 ראו למשל אלקין-קורן, לעיל ה"ש 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 מהענקות בנסיבות דומות).

39 שם. גם השופט חשין, במסגרת דעת המיעוט שלו בעניין א.ש.י.ר. (לעיל ה"ש 1, בעמ' 374), 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.

40 אלקין-קורן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 66.

41 שם, בעמ' 67.

42 שם, בעמ' 66, 68–69. ראו גם גרוסקופף "הנשר והנסיכות", לעיל ה"ש 37, בעמ' 215 (שם מבקר המחבר את הפערים הגדולים שבין 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 ה"ש 37, בעמ' 311.

44 שם, בעמ' 315–316. כן ראו אלקין-קורן, לעיל ה"ש 3, 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").

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

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

בתזכיר הצעת החוק שפרסם 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 לזה, בדברי ההסבר שנלוו להצעת החוק הודגש כי האמצאות העומדות על הפרק במקרים שבהם 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 אחרות שבהן 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

כמה שנים לאחר מכן, במסגרת חקיקתו של חוק העיצובים, נחקק הסדר ייחוד עילה בהקשר של דיני 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 ושיוויונית, כגון חוק עשיית עושר ולא במשפט".⁵⁰ ראוי לציין כי אחד החידושים החשובים ביותר בחוק העיצובים הוא יצירת

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 169, 186 (ש' לביא עורך, התשס"ג).

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

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

47 הצעת חוק הפטנטים, לעיל ה"ש 45, בעמ' 1253.

48 רע"א 6025/05 Merck & Co. Inc Merck, Sharp & Dohme (Israel 1996) Ltd. נ' טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ (נבו 19.5.2011).

49 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 586 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18, 14 (13.3.2012). למיטב ידיעתנו, העניין לא הובא לדיון בשנית.

50 הצעת חוק העיצובים, התשע"ה–2015, ה"ח 696, 700.

מסלול הגנה לעיצובים לא רשומים, לראשונה במשפט הישראלי. מסלול זה עשוי לסייע לתובע לזכות בסעד כנגד העתקה במגוון מצבים שבהם 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 בנוגע לעיצובים פחת לכאורה במידה ניכרת, 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 אגב הדיון בעניין Fisher Price.⁵³ התביעה שנדונה בפרשה זו נגעה לחיקוי של כיסא נדנדה 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 כמה 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 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 ב"צריך עיון" את ההתייחסות העקרונית להלכת א.ש.י.ר.⁵⁵

עמדת היועץ המשפטי בעניין Fisher Price, כמו יוזמות החקיקה האמורות בתחום הפטנטים והעיצובים, מעידות שהחשש מפריצת הגבולות שהתעורר בעקבות פסק הדין בעניין א.ש.י.ר. נותר בעינו לאורך השנים. עם זאת יש לציין כי היו גם מי שעמדו על כך שהחשש מההשלכות הדרמטיות שצפו מבקרי הלכת א.ש.י.ר. לא התממש בפועל.⁵⁶ מכל מקום, הוויכוח על ההלכה, רציונל והשפעותיה לא התבסס עד היום על מחקר אמפירי מקיף אלא נשען על טיעונים תאורטיים ועל תצפיות אנקדוטליות. בחלוף עשרים שנה מתבקש

51 ראו לעיל ה"ש 27 והטקסט הסמוך לה.

52 הוראה נוספת שהיא אפשר לכאורה לפרשה פירוש דומה קבועה בס' 3 לחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007, 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 שבהם 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). כן השוו גרוסקופף "הנשר והנסיכות", לעיל ה"ש 37, בעמ' 217-218 (הסבור שלא ניתן לקבל פרשנות זו של הסעיף). מהניתוח להלן עולה כי גם הפסיקה לא אימצה פרשנות זו, ודאי לא אימוץ גורף.

53 עניין Fisher Price, לעיל ה"ש 7.

54 התייחסות משלימה מטעם היועץ המשפטי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 7.

55 עניין Fisher Price, לעיל ה"ש 7, פס' פד.

56 ראו בעיקר יוסי מרקוביץ' "על מה שנשאר מהלכת א.ש.י.ר.: עיון מחדש ביחסי הקניין הרוחני ועשיית העושר" **שערי משפט** ז 35 (2014). המחבר מנתח פסקי דין מרכזיים שניתנו בעקבות עניין א.ש.י.ר. (לעיל ה"ש 1), וטוען כי החששות שהביעו מבקרי ההלכה התבררו כלא מוצדקים, וכי בתי המשפט קראו את עניין א.ש.י.ר. (שם) כהלכה תקדימית אך מצומצמת, המאפשרת להם להשלים חסרים ולפתח את הדין במקרים חריגים בלבד. להערכות נוספות ברוח זו מצד שופטים ראו להלן ה"ש 132.

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 ואת ההחלטות שניתנו בתקופה שהחלה במועד מתן פסק הדין בעניין א.ש.י.ר. (23 בספטמבר 1998) והסתיימה בתאריך 31 בדצמבר 2018. לשם איתור הפסיקה הרלוונטית השתמשנו במאגר "נבו".⁵⁸ בסופו של דבר, לאחר הסרת פריטים שאינם רלוונטיים למושא 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 בנוגע לסעדים וכיו"ב. הבחירה לכלול החלטות אלה במחקר זה נובעת מן העובדה כי בהחלטות על צווים זמניים בתחום הקניין הרוחני עילת התביעה נבחנת תדיר לגופו של עניין ברמת פירוט גבוהה,⁶⁰ בשילוב העובדה כי במקרים רבים שבהם ניתנת החלטת ביניים, בייחוד בתחום הקניין הרוחני, הדבר מיתר בפועל את הצורך בהמשך הדין ובמתן פסק דין.⁶¹ על כן הכרעה בבקשה לצו מניעה זמני במקרים שנכללו במאגר היא אינדיקציה בעלת משמעות בעניין האופן שבו בתי המשפט מיישמים את הלכת א.ש.י.ר. עם זאת יצוין כי גם אם אין מביאים בחשבון החלטות ביניים כלל אלא פסקי דין בלבד, לא חל שינוי משמעותי בממצאים העיקריים שלנו, המתוארים להלן בתת-פרק 2.

57 נוסף על אלה, כללנו במאגר גם מקרים שבהם התביעה התבססה על עוולת גנבת העין לצד עשיית עושר ולא במשפט. להרחבה בעניין זה ראו להלן **נספח א**.

58 לפירוט אופן החיפוש ומילות החיפוש שנבחרו ראו שם.

59 מדובר למשל במקרים שבהם פסק הדין בעניין א.ש.י.ר. (לעיל ה"ש 1) 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 **חברת "קליק" – CLICK נ' רודן אופנה בע"מ**, פס' 23 (נבו 11.8.2003) (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").

61 המחקר שלנו ממחיש עניין זה היטב, 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.

עוד יובהר כי במקרים שבהם 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, אף שפסק הדין של הערכאה הדיונית "נבלע" מבחינת תוקפו המעשי בפסק הדין של ערכאת הערעור,⁶² זאת בשל מטרת המחקר העיקרית והיא להתחקות על יישומה 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 שינוי 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 הזאת:

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

פרטים מתודולוגיים נוספים על מאגר המידע מופיעים להלן **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. בבדיקה זו ביקשנו להבין באופן מעמיק יותר מהם המקרים שבהם בתי המשפט משתמשים 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 הזאת: 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 על בסיס עשיית עושר בלבד – מקרים אחרונים אלה אנו מכנים "דמויי א.ש.י.ר."⁶⁴

62 מדובר בסך הכול ב־36 מקרים, מתוכם ב־11 מקרים נהפכה ההכרעה בערעור.
63 ראוי להדגיש שוב כי במקרים אלה לא מתעוררת הסוגיה שבה הכריע בית המשפט העליון בפרשת א.ש.י.ר. (לעיל ה"ש 1), וסוגיית "התחולה המקבילה" של עילות בקניין רוחני ובעשיית עושר הוכרעה בכמה וכמה פסקי דין שקדמו לעניין א.ש.י.ר. ראו לעיל ה"ש 22. המחקר הנוכחי, המתמקד בבדיקת השפעתה של הלכת א.ש.י.ר., אינו מתרכז אפוא במקרים אלה.

64 כינוי זה לקבוצת המקרים האמורה נועד לשקף את העובדה שבאותן החלטות, בדומה להלכת א.ש.י.ר. (שם), הוכרה האפשרות לקבל סעד בעשיית עושר חרף היעדרה של זכות מכוח דיני הקניין הרוחני. נציין

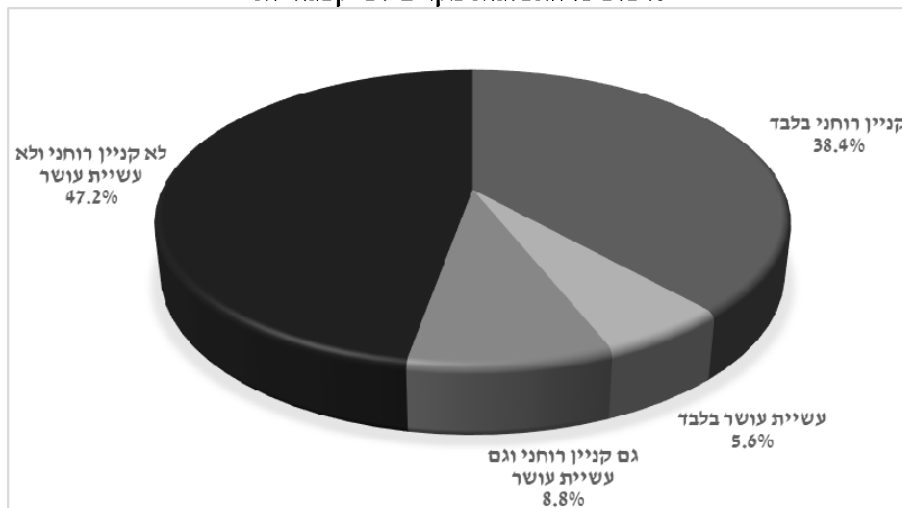
תיאור התפלגות המקרים לפי הקטגוריות השונות, במספרים ובאחוזים, מופיע בטבלה להלן:

טבלה 1. חלוקת פסקי דין והחלטות לפי קטגוריות

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%

תיאור גרפי של התפלגות המקרים מופיע בסרטוט שלהלן:

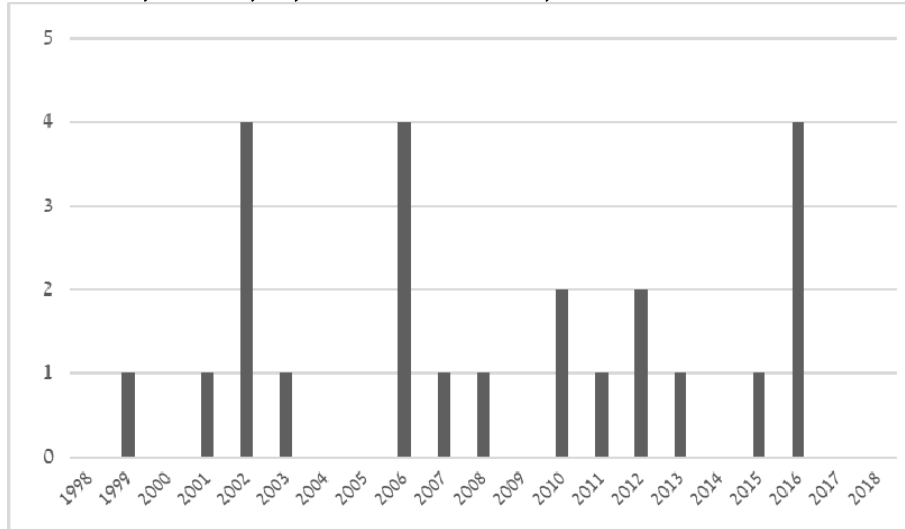
סרטוט 1. התפלגות מקרים לפי קטגוריות



כעולה מן הטבלה ומסרטוט 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 ניכרת מגמה מובהקת של עלייה 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 פיזור אחיד למדי, כעולה מסרטוט 2 להלן:

שחלק קטן מן ההחלטות הללו סווגו כ"דמויי א.ש.י.ר." מטעמי זהירות, ואף שהיה אפשר לדעתנו לסווג אותן גם אחרת (ראו ההבהרות להלן בפרק ג, לרבות ה"ש 81, 97, 111).

סרטוט 2. התפלגות המקרים דמויי א.ש.י.ר. לאורך תקופת המחקר



נדון במשמעות ממצאים אלה להלן בפרק ד.

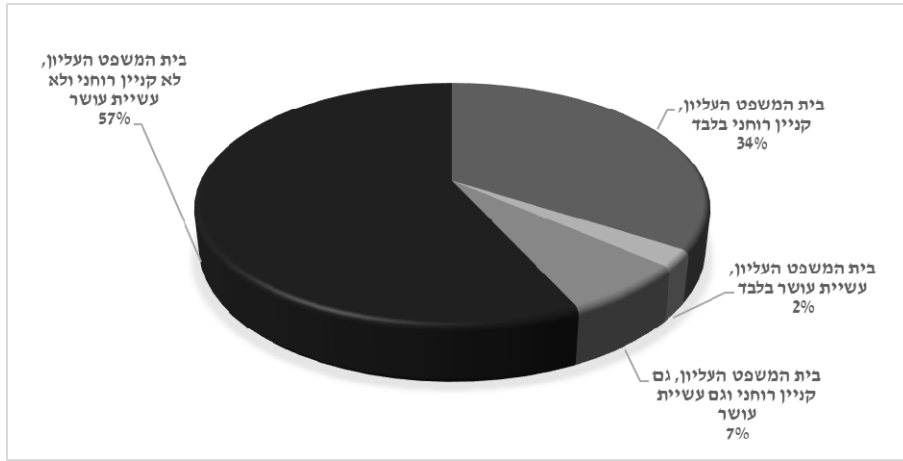
(ב) הלכת א.ש.י.ר. בבתי המשפט השונים

נוסף על התמונה הכללית בחנו את התפלגות פסקי הדין וההחלטות לקטגוריות האמורות בכל אחד מן המחוזות ובבית המשפט העליון. ממצאי בדיקה זו מתוארים להלן בטבלה 2 ובסרטוטים 3–9:

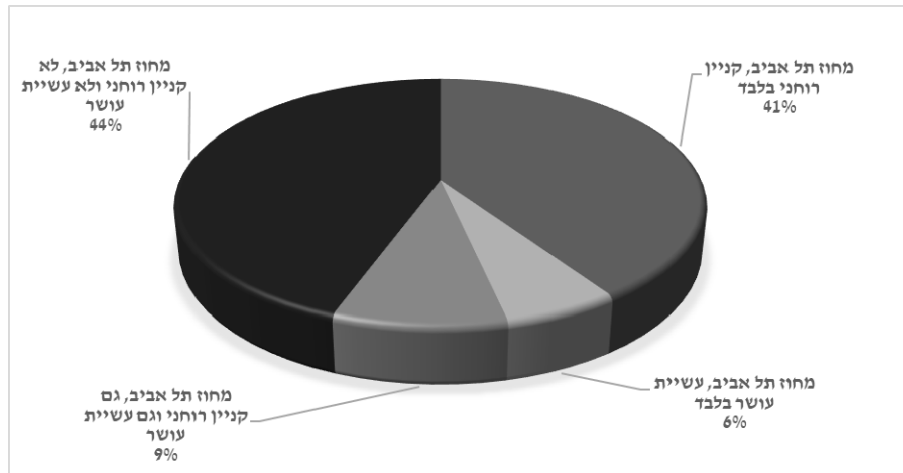
טבלה 2. חלוקת פסקי דין והחלטות לפי קטגוריות – בתי המשפט השונים

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%

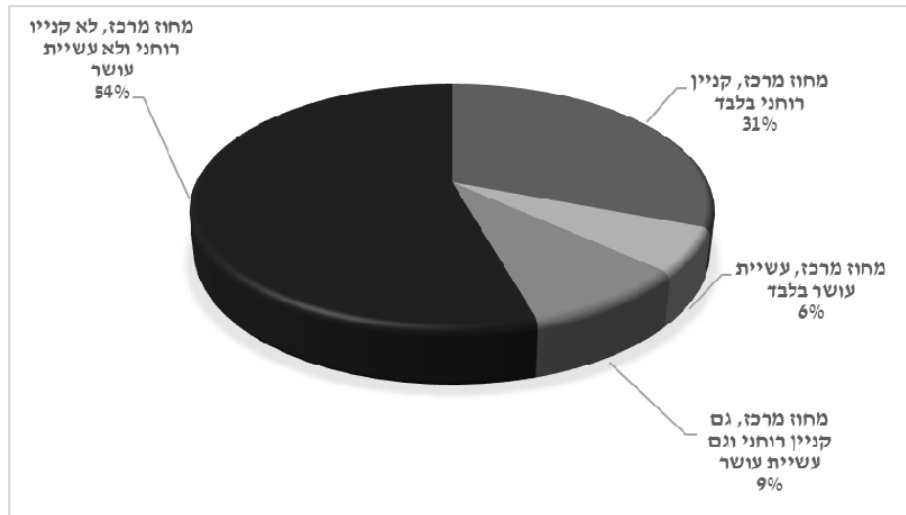
סרטוט 3. התפלגות לפי קטגוריות – בית המשפט העליון



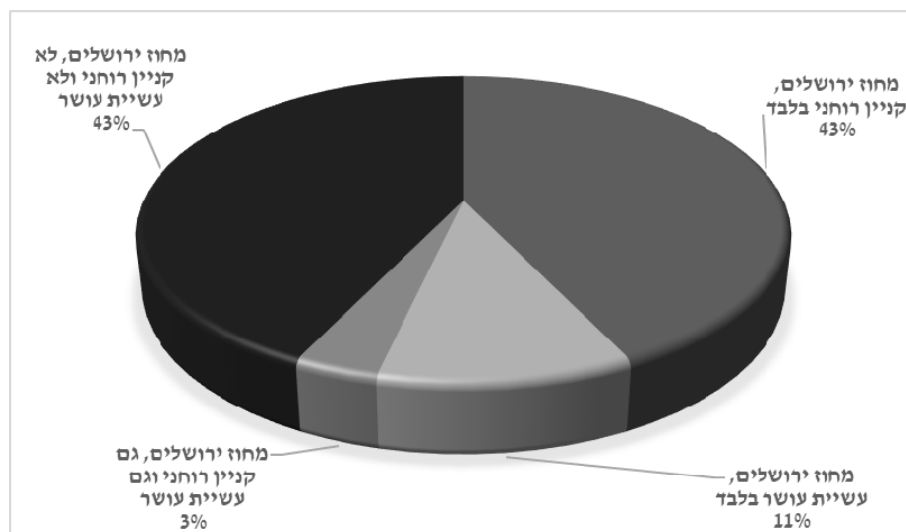
סרטוט 4. התפלגות לפי קטגוריות – מחוזי, תל אביב



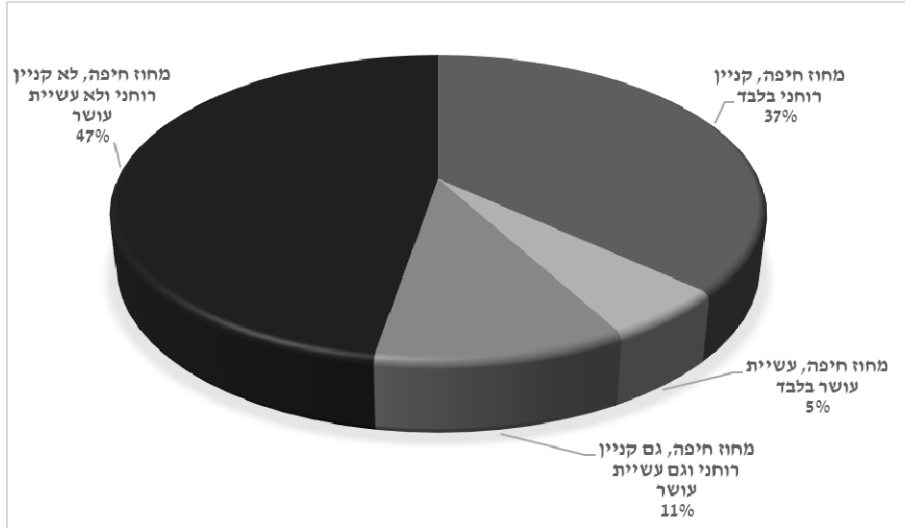
סרטוט 5. התפלגות לפי קטגוריות – מחוזי, מרכז



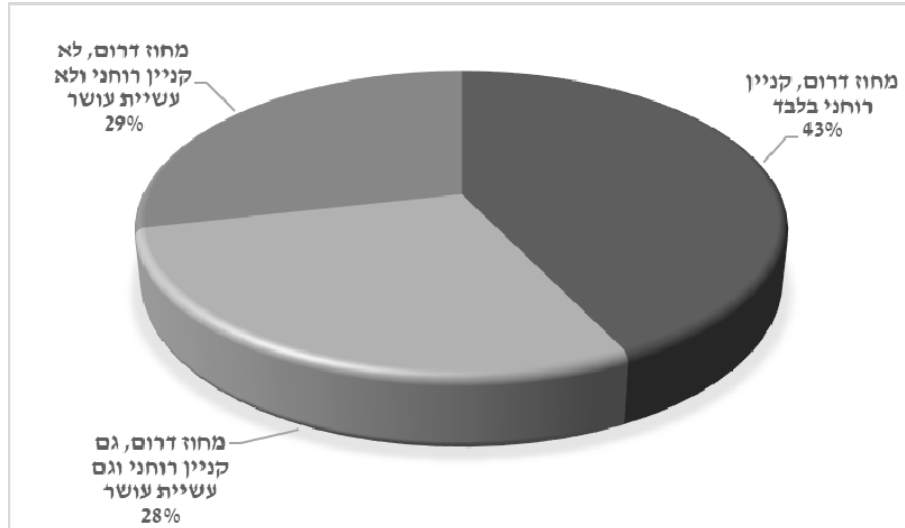
סרטוט 6. התפלגות לפי קטגוריות – מחוזי, ירושלים



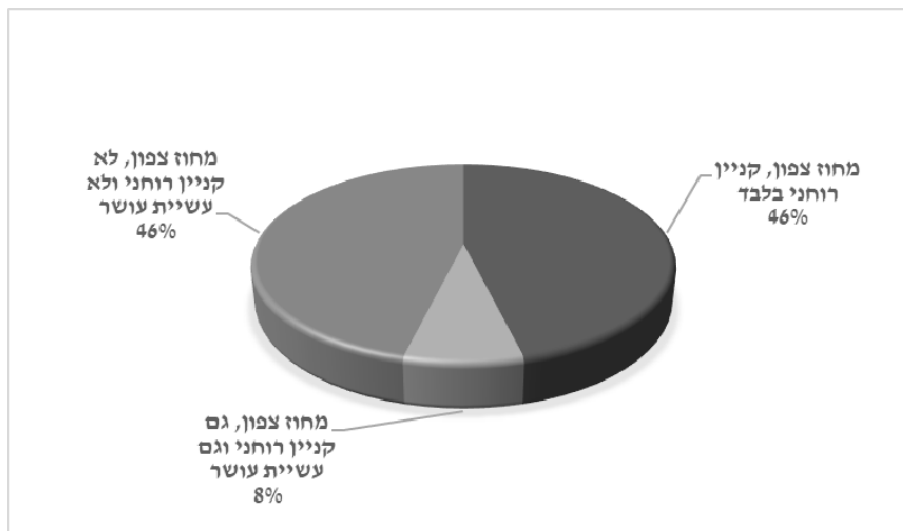
סרטוט 7. התפלגות לפי קטגוריות – מחוזי, חיפה



סרטוט 8. התפלגות לפי קטגוריות – מחוזי, צפון



סרטוט 9. התפלגות לפי קטגוריות – מחוזי, דרום



ככלל, מצאנו כי תמונת היחס בין הקטגוריות השונות דומה בין בתי המשפט השונים, ובפרט בין בית המשפט העליון לבתי המשפט המחוזיים במחוז תל אביב, מרכז, ירושלים וחיפה (ראו סרטוטים 3–7).⁶⁵ אומנם חלוקת המקרים לקטגוריות בבית המשפט המחוזי במחוז צפון ובבית המשפט המחוזי בדרום מציגה לכאורה תמונה שונה (סרטוטים 8–9), ובמחוזות אלה לא נמצאו כלל פסקי דין והחלטות "דמויי א.ש.י.ר." בתקופת המחקר, אולם מספר המקרים הרלוונטיים בשני בתי המשפט הללו קטן במידה ניכרת מזה שבבתי המשפט האחרים (7 במחוז דרום ו-13 במחוז צפון), כך שלא ניתן לייחס לשוני זה משמעות. הדמיון בהתפלגות המקרים בין בתי המשפט השונים (לצד הממצאים הנוספים שיידונו להלן) מפיג במידת מה את החששות שהועלו בנוגע לעמימותה של עילת עשיית העושר ולאפשרות כי עמימות זו תוביל ליישום לא אחיד של הלכת א.ש.י.ר. בידי שופטים שונים.⁶⁶

להשלמת התמונה נציין כי ביקשנו לבדוק את הפילוח לקטגוריות השונות גם בכל 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 משום שבמקרים רבים שבהם 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 בנוגע לתביעות אלה – בייחוד

⁶⁵ לכאורה, נראה כי במחוז ירושלים יש שיעור גדול יחסית של מקרים "דמויי א.ש.י.ר.", אולם קשה לייחס לדבר משמעות, שכן מדובר בשלושה מקרים בלבד מתוך 28 החלטות ופסקי דין שניתנו בתקופה הרלוונטית במחוז זה.

⁶⁶ ראו לעיל ה"ש 42 והטקסט הסמוך לה.

כאשר בית המשפט דוחה את העילות בקניין רוחני – קשה במקרים רבים לחלץ מן ההכרעה את התחום שאליו שויך המקרה לגישתו של בית המשפט.

(ג) דחיית התביעה בעשיית עושר – על שום מה?

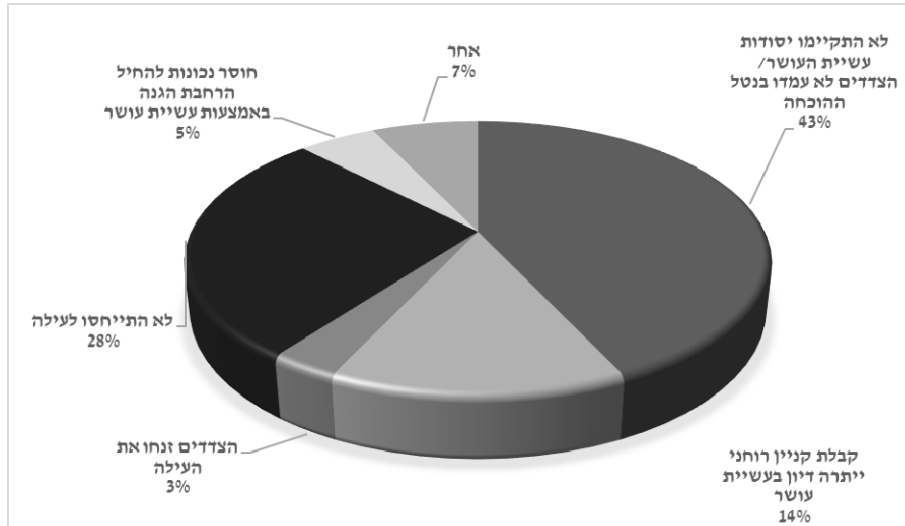
נוסף על התפלגות פסקי הדין וההחלטות כאמור לעיל, ניסינו לזהות גם את האופנים העיקריים שבהם מתייחס בית המשפט לעילת עשיית העושר כאשר נדחית התביעה בעילה זו.

ראשית, בדקנו בכמה מבין המקרים שבהם נדחתה העילה בעשיית עושר (קטגוריה 2 או קטגוריה 3) אכן התקיים דיון מהותי ביסודות העילה של עשיית עושר ולא במשפט. מצאנו כי ביותר ממחצית המקרים (205 מתוך 368 מקרים) לא התקיים כלל דיון מהותי כזה. זאת ועוד, מתברר כי כמעט במחצית מן המקרים שבהם לא התקיים דיון מהותי ביסודות עילת עשיית העושר (101 מתוך 205 מקרים) לא התייחס בית המשפט כלל לעילה כחלק מן ההחלטה אף שמפסק הדין עולה במפורש שהיא נכללה בכתב התביעה.

ביתר המקרים שבהם התייחס בית המשפט לעילת עשיית העושר בהחלטתו אך דחה אותה מבלי לבחון את התקיימות יסודותיה, נומקה דחיית העילה לעיתים קרובות בקביעה שקבלת העילה בקניין רוחני מייתרת את הדיון בעשיית עושר. סוג נוסף, וחשוב לענייננו, 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 בנוגע 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 שבהם לא התקבלה העילה בעשיית עושר לפי ההנמקה העיקרית לכך מופיעה בתרשים שלהלן:

67 ראו למשל בע"א 2287/00 שוהם מכונות ומבלטים בע"מ נ' הרר, פס' 17 לפסק דינו של השופט ריבלין (נבו 5.12.2005) (שם מזכיר בית המשפט את מאמרה של אלקין-קורן, לעיל ה"ש 3, לצד אמירה בדבר הצורך לנהוג זהירות ביישום החלתם של דיני עשיית עושר בתחום הקניין הרוחני, "לבל תיווצר פגיעה לא רצויה ביציבות ובוודאות המשפטית").

סרטוט 10. אי-קבלת התביעה בעשיית עושר: התפלגות הנמקות



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 "רעידת אדמה" בתחום הקניין הרוחני. מתוך 430 פסקי הדין והחלטות הביניים שניתנו במהלך עשרים השנים מאז ההלכה ועסקו בתביעות שבהן נטענה עילה בעשיית עושר לצד עילת קניין רוחני, מספר המקרים "דמויי א.ש.י.ר." שבהם התקבלה עילת עשיית עושר ולא במשפט מבלי שהתקבלה אף עילה בקניין רוחני הוא 24 מקרים בלבד, שהם כ-5.6% בלבד מכלל המקרים שנדונו. בחלק הבא נציג את תוצאות המחקר האיכותי שערכנו על פסקי הדין וההחלטות "דמויי א.ש.י.ר." כדי לנסות ולאתר בהם דפוסים משותפים.

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

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

68 ראו להלן פרק ד.

בפסקאות הבאות נתאר בפירוט כל אחד מסוגי המקרים הללו.

1. חסר בדיני הקניין הרוחני

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

(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 אין חוק ייעודי שמסדיר את ההגנה על זכות זו.⁶⁹ בית המשפט העליון בישראל הכיר לראשונה בזכות לפרסום תוך עיגון שלה בדיני עשיית עושר ולא במשפט, בפרשת **אלוניאל נ' מקדונלד**.⁷⁰ באותו מקרה עמדה על הפרק בין היתר טענתו של אריאל מקדונלד כי חברת מקדונלד'ס השתמשה בשימוש לא מורשה בשמו ובדמותו בפרסומת למוצריה.

בית המשפט המחוזי שדן בתביעה קבע כי השימוש המסחרי בשמו של מקדונלד היה עשיית עושר ולא במשפט וכן פגיעה בפרטיות, לפי סעיף 2(6) לחוק הגנת הפרטיות.⁷¹ בערעור שהוגש על פסק הדין עמד בית המשפט העליון על כך שהאינטרסים שזכות הפרטיות וזכות הפרסום נועדו להגן עליהם שונים אלה מאלה: ההגנה על זכות הפרטיות נועדה לפצות אדם על עוגמת הנפש שהוסבה לו כתוצאה מהחדירה לצנעת הפרט, ואילו זכות הפרסום עניינה בנזק הכלכלי שנגרם לאדם שנעשה שימוש מסחרי בדמותו ללא הסכמתו.⁷² בית המשפט העליון דן במשמעות הכלכלית שיש לזכות לפרסום בעידן המודרני⁷³ ובחן לעומק את ההצדקות להכרה בזכות זו, ובייחוד את הרצון לתגמל אנשים

69 "זכות הפרסום" הוכרה בפסיקה האמריקנית כעילה נפרדת ועצמאית מ"זכות הפרטיות". ראו Haelan Labs., Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc., 202 F.2d 866 (2d Cir. 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 700, 693 (2003). למחקר יסודי מן העת האחרונה על הדין האמריקני בסוגיה זו ראו JENNIFER E. ROTHMAN, THE RIGHT OF PUBLICITY: PRIVACY REIMAGINED FOR A PUBLIC WORLD (2018).

70 עניין **מקדונלד**, לעיל ה"ש 11. בקשה לדיון נוסף נדחתה בדנ"א 4813/04 **מקדונלד נ' אלוניאל בע"מ** (נבו 29.11.2004).

71 ת"א (מחוזי ת"א) 2578/00 **מקדונלד נ' מקדונלד'ס (אלוניאל) בע"מ**, פ"מ התשס"א(2) 813 (2002). ס' 6(2) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, מגדיר כפגיעה בפרטיות "שימוש בשם אדם, בכינויו, בתמונתו או בקולו, לשם ריווח". לפסיקה קודמת ברוח זו ראו ת"א (שלום י-ם) 11049/90 **רופ נ' "און" הנרסה מיוזג אויר (1973) בע"מ** (נבו 11.1.1995).

72 עניין **מקדונלד**, לעיל ה"ש 11, בעמ' 346.

73 בנוגע למשמעות הכלכלית של הזכות ראו שם, בעמ' 349 (בית המשפט העליון ציין, בין היתר, כדלקמן: "הצורך להכיר בזכות כלכלית שאינה אישית המגנה על יכולתו של הידוען לשלוט בשימוש המסחרי

על ההשקעה בפיתוח אישיותם (הצדקה המכונה "הצדקה לוקיאנית") ואת הצורך 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

קביעה אחרונה זו טעונה לדעתנו עיון נוסף. חקיקת הקניין הרוחני אומנם אינה מטפלת ישירות בזכות לפרסום, אולם היא עוסקת בתחומים קרובים ומשיקים. למשל, דיני זכויות היוצרים מכירים באפשרות שדמות דמיונית (כמו גיבור ספרותי או קולנועי) תהיה נושא

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 בשבחו 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 אוהז בזכות כלכלית שאחרים מעוניינים לרכוש אותה או לשכור אותה ממנו. על זכות זו ראוי שהמשפט יגן בדרך של מניעת הפגיעה בה".

74 שם, בעמ' 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"); ובעמ' 355 ("רבים מוצאים שיש בהגנה על הזכות לפרסום, כבהגנה הניתנת לשאר זכויות הקניין הרוחני, משום מתן תמריץ ליצירה וליוזמה אישית"). לדיון ביקורתי בהצדקות אלו ראו מיכל שור-עופרי "קניין רוחני ותאוריה של מורכבות" **קניין רוחני: עיונים בינתחומיים**, 67, 82–85 (מרים ביטון וליאור זמר עורכים, 2015) (להלן: שור-עופרי **קניין רוחני**).

75 על אף ההכרה העקרונית בזכות הפרסום, דחה בית המשפט העליון לבסוף את תביעתו של מקדונלד (לעיל ה"ש 11) וקבע שהנסיבות הקונקרטיות של המקרה מצדיקות מתן פטור מחובת השבה, לפי הוראת ס' 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" (ההדגשה הוספה). בנסיבות המקרה, המסקנה כי ראוי להקנות פטור מהשבה התבססה על כך שהשימוש בשמו של אריאל מקדונלד נעשה בידי מקדונלד'ס כתגובה לתשדיר פרסומת של ברגר קינג, שמקדונלד נטל בו חלק והתייחס בו למקדונלד'ס, בשילוב עם העובדה כי הדברים שציטטה מקדונלד'ס מפיו של אריאל מקדונלד אכן נאמרו על ידיו ופורסמו לפני כן בריאיון עיתונאי (שם, בעמ' 362).

76 שם, בעמ' 364.

לזכות יוצרים,⁷⁷ אך אינם מכירים באפשרות דומה כשמדובר בדמות 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 מכוח דיני עשיית עושר (ואנו סבורים כי אכן ראוי לעשות כן), העמדה כי סוגיית ההסדר השלילי ותחולת הלכת א.ש.ר. אינן מתעוררות כלל כשמדובר בזכות זו, היא למצער לא מובנת מאליה. לפיכך במסגרת המתודולוגיה של מחקר זה בחרנו להתייחס לפסיקה שהכירה בהפרת הזכות לפרסום (בהיעדר הפרה של זכות קניין רוחני נוספת) כאל מקרים "דמויי א.ש.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.ר., אף לא על דרך של אזכור אגבי, או לזכויות קניין רוחני אחרות, אלא אך ורק לזכות לפרסום ולעניין **מקדונלד**.⁸¹

(ב) זכויות שידור לאירועי ספורט

מקרה שני שבו פותחה זכות "מעין קניין רוחני" על בסיס דיני עשיית עושר ולא במשפט נוגע לזכויות שידור של אירועי ספורט. המונח "זכויות שידור" מתייחס לזכותם של מארגני אירועי ספורט (ובמידה מסוימת, בעלי רישיון שידור בלעדי) למנוע שידור חי של אירועי ספורט בידי צד שלישי לא מורשה. חשוב להבהיר כי זכות זו היא זכות נפרדת ומובדלת מן הזכות במשדר הספורט שהופק על ידי גוף כלשהו, אשר נפסק בבית המשפט העליון כי הוא

- 77 ראו למשל ע"א 8393/96 **מפעל הפיס נ' The Roy Export Establishment Company**, פ"ד נד(1) 577, פס' 16–18 (1998).
- 78 ראו ס' 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.ר." הנכללים בו.
- 80 ראו למשל ת"א (מחוזי י-ם) 6157/04 **דבש נ' אדלר חומסקי & ורשבסקי** (נבו 7.11.2006) (שם נדונה תחולת הזכות לפרסום בהקשר של אנשים שאינם ידוענים); ת"א (מחוזי חי') 534-08 **קורן ישראלי נ' כהן** (נבו 11.3.2010) (קביעה כי שימוש בקולה של התובעת ללא הסכמתה באתר אינטרנט שהפעיל הנתבע פוגע בזכות הפרסום של התובעת); ת"א (מחוזי ת"א) 1235-09 **רפאלי נ' סאני תקשורת (1994) בע"מ** (נבו 16.10.2013) (שם נקבע כי גם חריגה מהסכמות קיימות בדבר היקף השימוש המותר בשמו או בדמותו של ידוען עלולה להוות פגיעה המצדיקה פיצוי כספי); ת"א 11740-03-13 (מחוזי מר') **Fundacio Gala Salvador Dali נ' וי.אס.מרקטינג (ישראל 2005) בע"מ** (נבו 28.8.2016) (להלן: עניין **דאלי**) (שם נקבע, בין היתר, כי שימוש מסחרי בשמו של אדם מפורסם לאחר פטירתו הוא ברהגנה). גם ראו בש"א (מחוזי ת"א) 2160-09 **שידורי קשת בע"מ נ' בירן** (נבו 11.7.2010) (שם נדחתה הטענה לפגיעה בזכות הפרסום בנסיבות שבהן נעשה שימוש בדמות בכתבה עיתונאית).
- 81 ראו עניין **רפאלי**, לעיל ה"ש 80; עניין **דאלי**, לעיל ה"ש 80. הרושם העולה מכך הוא ש"הזכות לפרסום" זוכה לקיום עצמאי במשפט הישראלי. למרות זאת כללנו מקרים אלה במחקר, שכן כמובהר לעיל, הם מעוררים את שאלת היחס שבין דיני הקניין הרוחני לדיני עשיית העושר.

"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 (בשונה משימוש במשדר טלוויזיוני) אינו מהווה הפרה של זכויות יוצרים.

על רקע זה הכיר בית המשפט המחוזי בתל אביב בפרשת **רדיו ללא הפסקה** בצורך להגן על "זכויות השידור" במישור האירוע, דבר שיקנה לגוף 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 ביקשה ההתאחדות לכדורגל בישראל, אשר מכרה את "זכויות השידור" הבלעדיות למשחקי הכדורגל המאורגנים על ידה לזכיין רדיו אזורי, 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 בפרשייה זו הדגיש בית המשפט את ההשקעה הרבה בארגון המשחקים וראה בה בסיס לזכות בלעדית שתאפשר למארגן להפיק תועלת כלכלית.⁸⁷

בשני ההקשרים האמורים נעשה השימוש בהלכת **א.ש.י.ר.** ובדיני עשיית עושר על מנת להכיר הלכה למעשה בזכויות "מעין-קניין רוחני" חדשות ולמלא חלל שהיה קיים בהגנה על אינטרסים כלכליים משמעותיים. אומנם לכאורה עדיף שהמחוקק יקבע הסדר מפורש להגנה על זכויות אלה.⁸⁸ במסגרת חקיקה מעין זו ניתן לקבוע הסדרים מפורטים ושקולים בדבר שאלות שונות שהמסגרת המשפטית של דיני עשיית עושר אינה נותנת להם מענה, למשל: חקיקה ייעודית תתייחס במפורש לשאלת התנאים להגנה על הזכות, משך תוקפה של

82 להכרה בשידור חי של אירוע ספורט כיצירה דרמטית, ראו ע"א **Tele Event Ltd.** 2173/94 נ' **ערוצי זהב ושות'**, פ"ד נה(5) 529 (2001); גיא פסח "זכויות שידור – גלגוליה של סבוגיית [פסק הדין בעניין] א.ש.י.ר. וחלקה כגורם מעצב בשוק התקשורת" **המשפט** י 131, 133 (2005). "זכות השידור" אף שונה מ"זכות המשדרים" הקבועה בחוק זכויות מבצעים ומשדרים, התשמ"ד-1984, שהיא זכותו של הגוף המשדר באות (סיגנל) השידור שאותו הוא מעביר לציבור.

83 עניין **Tele Event**, לעיל ה"ש 82.

84 ראו החלטת הביניים בעניין **רדיו ללא הפסקה**, לעיל ה"ש 12 (שם ניתן צו מניעה זמני נגד רשות השידור). מאוחר יותר ניתן צו מניעה קבוע במסגרת פסק הדין העיקרי בתיק (שם).

85 שם, פס' ג להחלטת הביניים.

86 בארצות הברית ראו למשל **Pittsburgh Athletic Co. v. KQV Broadcasting Co.**, 24 F. Supp. 490 (W.D. Pa. 1938) (שם הוכרה הגנה על זכויות שידור לאירוע ספורט על בסיס עקרונות של תחרות לא הוגנת). כן ראו פסח, לעיל ה"ש 82, בעמ' 138-139.

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

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

ההגנה, היקפה, החריגים לה וכיוצא באלה. אולם אף אם ניתן לגרוס שאופטימלית ראוי שהחסר בהסדר משפטי בהקשרים אלה יתמלא בידי המחוקק, אין מקום, לעמדתנו, לראות בפסקי הדין האמורים פריצת גבולות לא מוצדקת של חקיקת הקניין הרוחני בישראל, שכן מצד אחד מדובר בזכויות אשר אינן מטופלות כלל במסגרת החקיקה הקיימת ואין אינדיקציה לכך ששתיקת המחוקק בעניינן היא הסדר שלילי, ומצד אחר יש הצדקות משכנעות להגנה עליהן. אנו סבורים כי האופן שבו יושמה הלכת א.ש.י.ר. בשני ההקשרים שנדונו מעלה אינו בבחינת התערבות לא ראויה באיזונים שקבע 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 למשל, בתי המשפט בישראל נמנעו מלהשתמש בהלכה לשם הרחבת ההגנה המוקנית למאגרי מידע המורכבים מעובדות ומנתונים. במשפט הישראלי ההגנה על מאגרי מידע כאלה מעוגנת בדיני זכויות יוצרים. ההגנה חלה רק באשר "לבחירה ולסידור" של תוכן המאגר, ובלבד שבחירה וסידור כאלה מקיימים את דרישת המקוריות (לרבות רכיב היצירתיות הנכלל בה), והיא אינה משתרעת על הנתונים עצמם;⁸⁹ זאת בניגוד למצב במדינות אירופה, שם קיימת הגנה סטוטורית, נפרדת, לתוכן של מאגרי מידע המורכבים מעובדות ומנתונים.⁹⁰ למרות זאת כאשר התבקשו בתי המשפט בישראל להכיר בהגנה על עובדות ונתונים מכוח 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 שבהם התוצר הרוחני שעמד על הפרק היה עיצוב של מוצר תעשייתי כלשהו: פריטי אופנה,⁹² תכשיטים,⁹³ מוצרי יודאיקה,⁹⁴ ריהוט ובדי ריפוד,⁹⁵ אריזות⁹⁶ ומאפיינים חזותיים

89 ראו ס' 4(ב) לחוק זכות יוצרים; ע"א 8485/08 The FA Premier League Limited נ' המועצה להסדר ההימורים בספורט (נבו 14.3.2010) (להלן: עניין פרמייר ליג); ת"א (מחוזי ת"א) 1074-05 מעריב הוצאת מודיעין בע"מ נ' חברת אול יו ניד בע"מ (נבו 11.7.2010).

90 ראו Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the Legal Protection of Databases, art. 7, 1996 O.J. (L 77) 20–28 (שם נקבעה זכות "Generis" המגינה על תוכן המאגר, כזכות נפרדת מזכות היוצרים ב"בחירה ובארגון" שלו).

91 ראו עניין פרמייר ליג, לעיל ה"ש 89; עניין מעריב, לעיל ה"ש 89.

92 ת"א (מחוזי ת"א) 2318/03 קצב נ' פסקות עד יבוא ושיווק בע"מ (נבו 7.10.2007); עניין קליק, לעיל ה"ש 60; ת"א (מחוזי ת"א) 24911-12-10 קלוגן נ' גורובי (נבו 29.11.2011) (יצוין כי סיווג פסק דין אחרון זה כ"דמוי א.ש.י.ר." אינו נקי מספק, שכן עלת עשיית העושר במקרה זה לא נגעה במישרין למישור הקניין הרוחני. התובעת, מעצבת בגדים, סיפקה לנתבע גזרות ודגמים על מנת שיפיץ את הבגדים לחנויות. הנתבע קיבל כסף מחנות בעבור דגמי התובעת ולא עדכן את התובעת, ובכך התעשר על חשבוה בסכום של 1,473 ש"ח).

93 ראו ע"א 3894/03 דויטש נ' ישראלאורס בע"מ (נבו 23.8.2012); ת"א (מחוזי ת"א) 1439-06 סימנדה נ' א.ג.א.ש.א. תכשיטים בע"מ (כפירוק) (נבו 24.11.2010).

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. היו התוצרים הרוחניים הרלוונטיים עיצובים לא רשומים של מוצרים תעשייתיים.⁹⁸

חשוב להזכיר בהקשר זה כי עד לחקיקת חוק העיצובים, 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 רלוונטי. ניתן אפוא לומר שטרם כניסתו לתוקף של חוק העיצובים לקו דיני הקניין הרוחני בישראל בחסר בהקשר של הגנה אפקטיבית על עיצובים.⁹⁹ כעולה מן המחקר האמפירי, הפסיקה המשיכה להשתמש בהלכת א.ש.י.ר. על מנת לנסות לגשר על אותו פער בהגנה על עיצובים שהוליד, במידה רבה, את פסק הדין המקורי.¹⁰⁰

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 שבהם היה התוצר הרוחני שעמד על הפרק 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 הייתה גורם בעל משקל רב בהחלטה לקבל את עילת התביעה בעשיית עושר.¹⁰¹ עוד יצוין כי בחלק מן המקרים עמד על הפרק, נוסף על

94 ראו בש"א (מחוזי ת"א) 26065/01 הצורפים בע"מ נ' איכבוים תעשיות כלי כסף בע"מ (נבו 18.4.2002); ת"א (מחוזי מ"ר) 36177-01-11 חנינה נ' יל. יבוא ויצוא רחובות (2002) בע"מ (נבו 9.7.2012).

95 ראו ת"א (מחוזי ת"א) 1097/96 רהיטי סער בע"מ נ' שבב מ.ה. תעשית רהיטים בע"מ (נבו 6.10.1999); ת"א (מחוזי ת"א) 17647/01 רמטקס בע"מ נ' ארוטקס בע"מ (נבו 20.10.2002).

96 ראו ת"א (מחוזי חי') 671/05 סובחי נ' שיווק קפה אלמוכאר בע"מ (נבו 15.1.2006) (צנצנת תבלינים); ת"א (מחוזי ת"א) 50353-03-18 בלדי בע"מ נ' רשת חנויות רמי לוי – שיווק השקמה (2006) בע"מ (נבו 2.4.2018) (אריזה של מוצרי בשר); ת"א (מחוזי ת"א) 1561/03 פלסטרוק (1990) בע"מ נ' מ.א.ג. לפלסטיק בע"מ (נבו 26.11.2008) (מיכל פלסטיק חד-פעמי לאריזת מזון).

97 ת"א (מחוזי מ"ר) 16634-07-16 מאסיב תקשורת בע"מ נ' פריגונוזין (נבו 28.8.2016) (נבהיר שגם את פסק הדין הזה סיווגנו כ"דמוי א.ש.י.ר.", מתוך גישה זהירה, אף שהעילה בעשיית עושר לא נגעה במישרין למעשה החיקוי).

98 בעניין א.ש.י.ר. (לעיל ה"ש 1) הועתק עיצובם של אביזרי אמבטיה מפלסטיק, ובעניין הרר (לעיל ה"ש 24) הועתק עיצובו של מבלט המשמש כציוד לעיבוד ולחיתוך אלומיניום.

99 ראוי לציין בהקשר זה, כי הגנת זכות היוצרים אינה חלה על עיצובים אלא אם כן הם אינם משמשים ואינם מכוונים לשמש לייצור תעשייתי. ראו ס' 7 לחוק זכות יוצרים.

100 כך למשל נאמר בהקשר זה בעניין סימנדה, לעיל ה"ש 93, פס' 30 ("העובדה שהתובעים לא רשמו מדגם על התכשיטים אינה צריכה לעמוד להם לרועץ. כפי שהבהירו התובעים, מדובר בתכשיטי כסף שעיצובם משתנה חדות 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 שעיצובם משתנה מעת לעת. במקרה מסוג זה, אי-רישום מדגם – אין פירושו מתן חופש להעתקת יצירותיו ורעיונותיו של היוצר").

101 ראו למשל שם; עניין מאסיב תקשורת, לעיל ה"ש 97; עניין קלוגן, לעיל ה"ש 92; עניין בלדי, לעיל ה"ש 96.

עצם נטילת העיצוב, חשש להטעיית צרכנים.¹⁰² 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. במילים אחרות, לא נעשה במקרים אלה שימוש בהלכת א.ש.י.ר. באופן שהיה בו כדי להגביל שימוש יצירתי בתוצרים רוחניים קיימים.¹⁰³

התרשמותנו מן מהאמור לעיל היא כי גם בקטגוריה זו נקטו בתי המשפט גישה זהירה יחסית ביישום את הלכת א.ש.י.ר., וכי במידה רבה הם עולים בקנה אחד עם סוגי המקרים ש"סומנו" בפסק הדין המקורי כמקרים שבהם ניתן עקרונית להכיר בעילה מכוח דיני עשיית עושר, כאשר "דיני הקניין הרוחני מתייחסים לאותו סוג נכס אך אינם מעניקים לו [...] הגנה יעילה [...] לדוגמה, אימתן הגנה אפקטיבית על ידי דיני המדגמים לפריטי אופנה שחיי המדף שלהם קצרים ונמשכים עונה אחת, והרווח מופק בדרך-כלל בתקופה קצרה זו".¹⁰⁴ 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.¹⁰⁵ 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; לחזק את האינטרס הציבורי בפיתוח עיצובים חדשים.¹⁰⁶ בד בבד נכלל בחוק סעיף של ייחוד עילה, הקובע כי "לא תהיה כל זכות בעיצוב, אלא לפי הוראות חוק זה".¹⁰⁷ בדברי ההסבר הודגש כי הסדר ייחוד העילה יחול גם בהתייחס ל"עיצוב" שאינו עומד בתנאי הכשירות המנויים בחוק (למשל בשל היעדר חדשנות או אופי ייחודי), על מנת לשמור על האיזונים הקבועים בחוק.¹⁰⁸ עיצוב אשר אינו עומד בתנאים הקבועים בחוק לא יוכל עוד אפוא להיות מוגן באמצעות דיני עשיית עושר. כפי שבית המשפט העליון העיר לאחרונה, ניתן לראות בהסדר המשולב האמור בחוק העיצובים אימוץ ההכרעה המהותית של הלכת א.ש.י.ר. בשדה הספציפי של עיצובים.¹⁰⁹ בשל ההסדר החדש ניתן לצפות כי קטגוריה זו של מקרים "דמויי א.ש.י.ר." תיעלם מן הפסיקה בעתיד הקרוב.

102 שם; עניין סובחי, לעיל ה"ש 96.

103 לחשש שהובע בהקשר זה ראו לעיל ה"ש 41 והטקסט הסמוך לה.

104 עניין א.ש.י.ר., לעיל ה"ש 1, בעמ' 433.

105 ס' 4 לחוק העיצובים.

106 ראו דברי הסבר להצעת חוק העיצובים, לעיל ה"ש 50.

107 ס' 2 לחוק העיצובים.

108 ראו דברי ההסבר להצעת חוק העיצובים, לעיל ה"ש 50. עם זאת הסדר ייחוד העילה לא נועד לשלול עילות תביעה מכוח דינים ספציפיים אחרים, כגון דיני סימני המסחר או דיני העוולות המסחריות (שם, בעמ' 701).

109 ע"א 3425/17 Societe des Produits Nestle נ' אספרסו קלאב בע"מ, פס' 39 לפסק דינו של השופט הנדל (נבו 7.8.2019) ("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").

3. קטגוריה שיווית

בקטגוריה זו כללנו את פסקי הדין שאינם 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 שבפסקי דין אלה עסק בתביעה בין עורכי דין בגין העתקת כתב בית דין.¹¹⁰ בית המשפט קבע כי העתירה היא לכאורה "יצירה ספרותית", החוסה בהגנת חוק זכות היוצרים, ומכל מקום, 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 לאור פסיקה נוספת המכירה עקרונית בכתב בית דין כיצירה ספרותית המוגנת בזכות יוצרים.¹¹¹

פסק הדין **השני** עוסק במקרה שבו צולמו אבני בזלת מתוצרתה של הנתבעת בחזית ביתם של התובעים ללא הסכמתם והועלו לעלוני פרסום (ברושורים) של הנתבעת. בית המשפט דחה את עילת התביעה מכוח דיני זכות יוצרים וחוק הגנת הפרטיות, אך קבע כי קיימת עילה בעשיית עושר.¹¹² מקריאת פסק הדין קשה להימנע מהרושם שקבלת התביעה קשורה לעובדה שמושא הצילום היה ביתם הפרטי של התובעים, אך מכיוון שחוק הגנת הפרטיות אינו מעניק סעד בנסיבות המקרה, פנה בית המשפט לעילת עשיית עושר.¹¹³ על כן ייתכן שאומנם במקרה זה קבלת התביעה בעשיית עושר הייתה "פריצת גבולות", אך הגבולות שנפרצו הם של דיני הפרטיות ולא של 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.¹¹⁴ על רקע הקביעה המפורשת בחוק זכות יוצרים בדבר היעדר זכויות יוצרים ברעיונות¹¹⁵ נראה לכאורה כי במקרה זה אומנם נעשה שימוש בהלכת **א.ש.י.ר.** באופן המהווה הרחבה של דיני זכויות היוצרים אל מעבר לגבולות שאותם קבע המחוקק ועלול להפר את האיזון הקבוע בדין.¹¹⁶

110 ע"א (מחוזי חי') 40319-02-10 **סגל נ' גולדהמר** (נבו 10.8.2010).

111 ראו למשל ת"א (שלום ת"א) 38116/05 **קלדרון נ' גולן** (נבו 23.3.2006); ת"א (שלום ת"א) 72672/04 **עזגד נ' יעקב שפילגמן ושות', משרד עו"ד** (נבו 12.4.2007); ת"א (מחוזי י-ם) 7417/05 **טורוקר-אגמון, קניין רוחני נ' ארטמן** (נבו 20.6.2007) (לשם זהירות החלטנו לסווג את המקרה כ"דמוי **א.ש.י.ר.**", אך ברור לחלוטין כי מקרה זה לא מהווה "פריצת גבולות" של דיני הקניין הרוחני).

112 ת"א (מחוזי י-ם) 7236/05 **לוי נ' אבני רביד** (נבו 15.5.2006).

113 שם, פס' 26 לפסק הדין ("ביתו של אדם, הריהו עושר השמור לבעליו. ברצותו יתיר את פירסום תצלום חזית הבית לתכלית מסחרית, וברצותו ימאן").

114 ת"א (מחוזי ת"א) 48664-11-12 **זרמון DDB בע"מ נ' אדלר, חומסקי ו-ורשבסקי** (נבו 15.11.2016).

115 ס' (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 [...]").

116 השוו ע"א 2682/11 **עירית פתח תקוה נ' זיסו** (נבו 20.5.2013) (שם נדחתה תביעה בגין שימוש ברעיון, תוך קביעה כי הרעיון אינו מוגן בזכויות יוצרים. באותו מקרה לא היה דיון מהותי בעילת עשיית העושר, אך בית המשפט הזכיר כי "שימוש יתר בעילות מתחום דיני עשיית העושר, בתחומים החופפים לדיני הקניין הרוחני, איננו רצוי").

ולבסוף, פסק הדין הרביעי עסק בייבוא ובמכירה של בשמים של התובעת כשהקידוד המציין את מקור הסחורה (מקום המפעל או מספר האצווה של הייצור) הוסר מן האריזות. בית המשפט קבע כי אף שהסרת הקידוד אינה מהווה הפרת סימן מסחר, קיימת עילה בעשיית עושר, משום שפעולה זו פוגעת בצפייה הלגיטימית של התובעת לקיומו של מערך הפצה סלקטיבי ולקיומה של אפשרות איתור תקלות באמצעות הקידוד.¹¹⁷ איננו מתיימרים לחוות דעה נחרצת בשאלה אם היה נכון להכיר בעילה בעשיית עושר בנסיבות שנדונו בכל אחד מארבעת המקרים האלה. על פני הדברים נראה כי לא כולם מבטאים פריצת גבולות לא ראויה של דיני הקניין הרוחני. גם אם בשניים או בשלושה מתוך המקרים הללו היה ראוי 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. מדובר בהחלטה בפרשת **אוניפארם נ' Sanofi**, שבה נעתר בית המשפט לבקשתה של חברה גנרית (אוניפארם) למתן צו חשבונות כנגד חברת תרופות אינובטיבי (סאנופי) שפעלה לשם הארכת תקופת הבלעדיות בשוק מכוח דיני הפטנטים.¹¹⁸ 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 ההטעה מצד סאנופי מנוגדת לדיני הפטנטים ולדיני ההגבלים העסקיים.¹¹⁹ 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, בקבעו שהיעדר סעד של השבת רווחים מכוח הדינים האמורים אינו יוצר הסדר שלילי לעניין זה.¹²⁰ בית המשפט ציין כי אין זה מקרה שבו דיני עשיית עושר משמשים לצורך הגדרת כללים משפטיים חדשים (כמו שנעשה למשל בעניין **מקדונלד**) אלא אך למתן סעד בגין הפרתם.¹²¹ בסופו של דבר, בית המשפט הכריע כי הפעולות שעשתה הנתבעת כדי להביא להארכה דה פקטו של תקופת המונופולין שלה מהוות עשיית עושר ולא במשפט, וכי המתחרה הגנרית יכולה להצליח בתביעה להשבת רווחי התובעת בגין התקופה שבה נוצר עיכוב שלא כדין בכניסה הגנרית לשוק.¹²² בין השיקולים התומכים בהכרה בעשיית עושר בנסיבות העניין הזכיר השופט את הצורך בהרתעת בעלי פטנטים מפני פרקטיקות פסולות

117 ת"א (מחוזי ת"א) 1171/97 **JOOP! GmbH נ' כל פרפיום בע"מ** (נבו 18.6.2006).

118 עניין **אוניפארם**, לעיל ה"ש 17.

119 שם, פס' 92 להחלטתו של השופט גרוסקופף.

120 שם, פס' 81, 91.

121 עם זאת, למעלה מן הצורך, בית המשפט בהחיר כי גם בהעדר כלל תחרות מכוח דין חיצוני, היה מקום ליצור כלל כזה באמצעות חקיקה שיפוטית ולקבוע כי הטעה כלפי רשם הפטנטים מהווה לא רק הפרת החובות כלפי המדינה, אלא גם הפרת כללי התחרות החלים בין מתחרים (שם, פס' 95).

122 שם, פס' 97.

שנועדו לשימור המעמד המונופוליסטי; את הצורך במתן תמריצים למתחרים להגשה ולניהול של תביעות נגד בעלי פטנטים הנוהגים כך ואת האינטרס הציבורי בפתיחת השוק לתחרות מצד חברות גנריות.¹²³ להשלמת התמונה יצוין כי במקרה דומה, שנדון בבית המשפט המחוזי בתל אביב, הגיע בית המשפט לתוצאה שונה ודחה את תביעת היצרן הגנרי,¹²⁴ וכי ערעור על ההחלטה האחרונה תלוי ועומד בבית המשפט העליון.¹²⁵ ההחלטה בעניין **אוניפארם** משתמשת אפוא בדיני עשיית עושר לא לצורך הכרה בזכויותיו של בעל תוצר רוחני או הרחבתן, אלא להפך – לצורך ריסונן של זכויות אלה.¹²⁶ ככזו היא משמשת דוגמה מפתיעה לאפשרות של יחס "הופכי" בין דיני עשיית עושר ולא במשפט לבין דיני הקניין הרוחני.¹²⁷ אומנם ההחלטה עסקה 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.¹²⁸ במילים אחרות, פרשיית **אוניפארם** מדגימה כי דיני עשיית עושר הם מכשיר גמיש שניתן לכיול בשני כיוונים: הן לשם הרחבה של זכויות הקניין הרוחני הפורמליות והן 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 ודאות, על גמישות ועל תוצאות לא צפויות

ממצאי המחקר שלנו – הכמותי והאיכותי גם יחד – מעידים שחרף האפשרות העקרונית להצליח במסלול תביעה מכוח דיני עשיית עושר בהיעדר עילה לפי דיני הקניין הרוחני, פסק

123 שם.

124 ת"א (מחוזי ת"א) 38568-10-11 **אוניפארם בע"מ** נ' **Glaxo SmithKline P.l.c** (נבו 8.6.2018).

125 ראו ע"א 5474/18 **אוניפארם** נ' **SmithKline Glaxo**. כאמור, במקביל לפרסום מאמר זה נדחה ערעור **Sanofi** נגד **אוניפארם**. ראו לעיל ה"ש 17.

126 לנסיבות אחרות שבהן ניתן בעבר סעד בעשיית עושר למתחרה של בעל פטנט ראו ע"א 280/73 **פלאימפורט בע"מ** נ' **ציבה גייגי לטד (לשעבר ציבה לטד)**, פ"ד (1) 597 (1974) (בנסיבות אותו מקרה נפגעה זכותה של פליאימפורט להתחרות בשוק בשל צו מניעה שניתן לציבה גייגי בתביעה שהגישה נגדה להפטר פטנט. לימים בוטל צו המניעה מן הטעם שהפטנט חסר תוקף. בית המשפט פסק כי פליאימפורט זכאית לסעד בעשיית עושר נגד ציבה גייגי, שנהנתה מצו המניעה בתקופה שבין נתינתו ועד ביטולו).

127 לתיאור אופן אחר שבו דיני עשיית עושר עשויים להוביל לצמצום הגנת הקניין הרוחני, ראו גיא פסח "על פסיקה בענייני משפט וטכנולוגיה – בעקבות בש"א (ת"א) 11464/08 **The Football Association Premier League Ltd.** נ' פלוני" **ספר שלמה לויין** 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).

128 עניין **אוניפארם**, לעיל ה"ש 17, פס' 93–95 להחלטתו של השופט גרוסקופף. יצוין כי בפסק דינו של בית המשפט העליון הלכת **א.ש.י.ר.** צוטטה בהרחבה, אף כי אחד משופטי הרוב הביע ספק אם היא חלה במישרין על הסיטואציה העובדתית שם. ראו ע"א 2167/16 **Sanofi** נ' **אוניפארם**, פס' 105 לפסק דינו של השופט מלצר (נבו 12.7.2021).

הדין בעניין א.ש.י.ר. לא הוביל, ככלל, ל"פריצת סכרים" בתחום הקניין הרוחני בישראל. מתוך מקרים רבים שכללו עילה בקניין רוחני לצד עילה בעשיית עושר מספר המקרים שבהם התקבלה טענת עשיית העושר בהיעדר זכות קניין רוחני ספציפית הוא קטן – כ-5.6% מהמקרים.

יותר מזאת, עיון מקרוב במקרים אלה – שכינינו אותם כאן "דמויי א.ש.י.ר." – מעלה שרובם המכריע משתייכים לשני סוגי המקרים העיקריים שסימן בית המשפט העליון בקבעו את ההלכה כסוגי מקרים העשויים להצדיק סעד בעשיית עושר: ראשית, מצבים שבהם דיני הקניין הרוחני אינם מתייחסים כלל לתוצר מושא ההגנה, אשר הולידו את הפסיקה בנושא הזכות לפרסום וזכויות השידור לאירוועי ספורט; שנית, מצבים שבהם דיני הקניין הרוחני אינם מעניקים לסוג נכס מסוים הגנה יעילה, שהולידו כמה וכמה החלטות אשר הכירו בהגנה על עיצובים לא רשומים.¹²⁹ 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 שנוקטים 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 מלמד שאף שבעלי דין (או עורכי דינם) נוטים להוסיף את עילת עשיית העושר לתביעות קניין רוחני כעניין שבשגרה, בתי המשפט אינם ממהרים להתרשם מכך, ולא דווקא מייחסים לעילה זו משמעות רבה בכל מקרה שבו היא נטענת.¹³⁰ התבטאויות שונות בפסקי הדין שנבחנו מלמדות אף הן שבתי המשפט מודעים לקושי הפוטנציאלי שבהסתמכות רחבה על דיני עשיית עושר כמכשיר להגנת תוצרים רוחניים ונוקטים, במודע, גישה מרוסנת וזהירה.¹³¹ 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 ודאות ניכר בתחום הקניין הרוחני. סביר להניח שגם התמריץ של מפתחי תוצרים רוחניים לרשום זכויות קניין רוחני (במקרים שבהם הדבר נדרש ואפשרי) לא פחת בעקבות הלכת א.ש.י.ר., ולמצער לא סביר שיפחת, לפי ממצאי המחקר בדבר מיעוט המקרים שבהם 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, הם עדיין "דרך המלך"

129 ראו עניין א.ש.י.ר., לעיל ה"ש 1, בעמ' 434. לדיון ביקורתי בקטגוריות אלו ראו גרוסקופף "הנשר והנסיכות", לעיל ה"ש 37, בעמ' 223–226; דגן, לעיל ה"ש 36, בעמ' 92–95 (שני הכותבים מסכימים עקרונית כי במקרים מן הסוגים האלה תיתכן הצדקה ל"מעין קניין רוחני", בנסיבות מצומצמות).

130 ראו הדיון לעיל בתת-פרק ב.2(ג).

131 שם.

במשפטנו להגנה על זכויות בתחום הקניין הרוחני.¹³² תפקידם של דיני עשיית עושר בהקשר זה נותר משני, גם לאחר הלכת א.ש.י.ר.. מעניין כי גם בהקשר אחר במשפט הפרטי, שבו נקבע כי קיימת תחולה עקרונית לדיני עשיית העושר חרף קיומו של חוזה בין הצדדים, התברר כי השפעתם בפועל הייתה מועטה.¹³³

עם זאת חשוב להבהיר כי המחקר שלנו אינו יכול לשלול לחלוטין את קיומו של אפקט מצנן בעקבות הלכת א.ש.י.ר.: האפשרות ש"שחקנים" פוטנציאליים שביקשו לחקות תוצרים רוחניים שאינם מוגנים בקניין רוחני או להשתמש בהם מנעו מלעשות כן או חדלו מפעילותם בעקבות פנייה מצד התובע הפוטנציאלי, בשל הסיכוי האפשרי (ולו הקטן) כי יימצאו חייבים בעשיית עושר ולא במשפט, היא אפשרות קיימת ואינה משתקפת במקרים שהגיעו לכלל תביעה ודיון משפטי שאותם בחנו במחקר זה. במבט רחב יותר ראוי לציין כי כל ניסיון ללמוד מניתוח אמפירי של פסיקה על האופן שבו המשפט משפיע על פרקטיקות רלוונטיות נתקל בקושי דומה לאור "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.¹³⁴

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 שעקרונות "השימוש ההוגן" בזכויות יוצרים מגלים בתוכו חוסר ודאות שגורם לצדדים להימנע לכתחילה משימושים שאילו היו מגיעים לפתחו של בית המשפט קרוב לוודאי שהיו מוכרים כשימוש הוגן ומותר.¹³⁵ בדומה לזה נטען כי חוסר הוודאות בתוך דיני הפטנטים עלול

132 בכמה פסקי דין מן השנים האחרונות כללו השופטים אמירות על התחולה המצומצמת של עניין א.ש.י.ר. (לעיל ה"ש 1) והעריכו כי ההלכה לא שינתה את האיזון שנקבע בדיני הקניין הרוחני. ראו למשל עניין Fisher Price, לעיל ה"ש 7, פס' פד; ע"א 3322/16 אי די איי חברה לביטוח בע"מ נ' לשכת סוכני ביטוח בישראל, פס' 73 (נבר 30.4.2017). כן ראו מרקוביץ', לעיל ה"ש 56 (שהביע הערכה דומה). ממצאי המחקר הנוכחי מאששים אמפירית הערכות אלה.

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

134 לעניין "אפקט הסלקציה" (The Selection Effect), ראו במבט כללי George L. Priest & Benjamin Klein, *The Selection of Disputes for Litigation*, 13 J. LEGAL STUD. 1 (1984).

135 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). כן ראו 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).

להוביל להרחבה לא מוצדקת של זכויות בעל הפטנט.¹³⁶ כך, גם הזכות בעיצוב לא רשום שנקבעה בחוק העיצובים החדש – אותה זכות שתחליף הלכה למעשה את עילת התביעה מכוח עשיית עושר בקטגוריית המקרים הרלוונטית – אינה מקנה למשתמשים פוטנציאליים ודאות מוחלטת: למשל, הזכות קיימת למשך שלוש שנים ממועד הפרסום הראשון של העיצוב,¹³⁷ אולם מועד זה אינו ברור על פני הדברים באשר למרבית העיצובים. במילים אחרות, חוסר ודאות מסוים בנוגע לתחולת הדין, היקפו או פרשנותו, העלול לגרום אפקט מצנן, קיים גם כאשר המחקק בוחר לעגן את זכויות הקניין הרוחני בחוק ספציפי.¹³⁸ על רקע זה מתבהר גם הקושי שבהצעת היועץ המשפטי בעניין Fisher Price, להשתמש בפרשנות תכליתית של החוקים הקיימים חלף הפנייה לדיני עשיית עושר.¹³⁹ 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 אינם מסדירים כלל, פרשנות כזאת אף עלולה להיות מאולצת, לפגוע בקוהרנטיות הדין, ודווקא להכביר חוסר ודאות.¹⁴⁰

ועוד, אם נוצר 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 שמספר המקרים שבהם ניתן סעד בעשיית עושר בהיעדר עילה מתחום הקניין הרוחני הוא קטן מאוד; שנית לאור הממצא שהרוב הגדול של מקרים אלה נמנים עם קטגוריות ברורות יחסית. חשיפת ממצאים אלה עשויה, היא כשלעצמה, לסייע בקידום הודאות בתחום.

אל מול החשש לאפקט מצנן המחקר הנוכחי שופך אור גם על התועלת שבהלכת א.ש.י.ר.: אף שתפקידם של דיני עשיית עושר בתחום הקניין הרוחני אינו מרכזי, עולה מן המחקר שהם משמשים מכשיר ל"כיוול" הדין ולמילוי חסרים בהקשרים שבהם דיני הקניין הרוחני בישראל אינם כוללים הסדר הולם או במקרים שבהם אכן קיים צורך בגמישות לשם גישור בין החוק לבין המציאות הדינמית. כך, דיני עשיית עושר משמשים "מתלה נורמטיבי"¹⁴¹ לשתי זכויות "מעין קניין רוחני" – הזכות לפרסום וזכויות השידור לאירועי

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

137 ס' 65 לחוק העיצובים ("תקופת תוקפו של עיצוב לא רשום היא שלוש שנים מהמועד הקובע"), בשילוב עם סעיף 1 לחוק העיצובים (שבו מוגדר "המועד הקובע" בנוגע לעיצוב לא רשום כ"מועד שבו בעל העיצוב [...] פרסם בציבור לראשונה את העיצוב או את המוצר נושא העיצוב, בישראל או מחוץ לישראל").

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

139 עמדת היועץ המשפטי בעניין Fisher Price, לעיל ה"ש 7, בעמ' 12.

140 על כך ששימוש בסטנדרטים עשוי – בניגוד להנחה רווחת – להיות ודאי וצפוי יותר משימוש בכללים מורכבים ומסועפים, ראו איל זמיר "עוד על פירוש והשלמה של חוזים" *משפטים* מג 5, 50 (2012) ("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").

141 לביטוי "מתלה נורמטיבי" ראו גרוסקופף "הנשר והנסיכות", לעיל ה"ש 37, בעמ' 227–229. יוער כי הכותב מבקר את השימוש בעשיית עושר כ"מתלה נורמטיבי" ליצירת זכויות מעין קניין רוחני וטוען כי

ספורט (במישור האירוע).¹⁴² נוסף על זה, הגמישות שמאפשרים דיני עשיית עושר הובילה במקרה אחד גם ל"שימוש הופכי" בעשיית עושר, על מנת לשמר את נחלת הכלל ולהגביל את המונופול של בעל הקניין הרוחני.¹⁴³ שימוש כזה הוא תוצאה נוספת הנובעת מההלכה בדבר היעדר ההסדר השלילי ביחס שבין דיני הקניין הרוחני ודיני עשיית העושר.¹⁴⁴ ביטול גורף של הלכת א.ש.י.ר. עלול אפוא ליטול מבתי המשפט כלי שעשוי לשמש אותם גם בעתיד לשם פיתוח הדין בהקשרים שבהם עשויה להידרש גמישות דומה. מעבר לכך הוא עלול גם לגרור תוצאות אשר ספק אם נצפו על ידי הקוראים לביטול ההלכה – שמיטת הקרקע שעליה ניצבות הזכות לפרסום וזכויות השידור בתחום הספורט (במישור האירוע) במשפט הישראלי, וחסימת הנתיב החדש שנפתח בלימת הרחבה לא מוצדקת של קניין רוחני בידי בעליו.

בראייה 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.¹⁴⁵ יתרונות הוודאות המשפטית ברורים ומובנים מאליהם. המחקר שלנו מאיר את יתרונות השמירה על גמישות מסוימת. הוא מראה שגמישות כזאת אינה שקולה לכאוס מוחלט, היא מספקת למערכת כלי לכיול הדין ומגבירה את יכולתה להסתגל למציאות דינמית ומשתנה. תכונות אלה של סתגלנות ותגובה לשינויים זוהו בספרות המדעית הכללית כתכונות חיוניות, המגבירות את חוסן של מערכות מורכבות.¹⁴⁶

בשקלול ממצאי המחקר, בשל תפקידם המווסת והמכיל של דיני עשיית העושר בהקשר של תוצרים רוחניים, ומכיוון שמתברר כי ניתן להשתמש בהם 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..

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 ואין מדובר בתופעה רחבה או גורפת.

142 ראו הדיון לעיל בתת-פרק ג.1.

143 ראו הדיון בעניין **אוניפארם** (לעיל ה"ש 17) לעיל בתת-פרק ג.4.

144 ההבנה שפעולות של "הנדסה חברתית" עלולות להוליד תוצאות לא צפויות קיימת כבר עשורים רבים. לדיון ראו Robert K. Merton, *The Unanticipated Consequences of Purposive Social Action*, 1 AM. SOC. REV. 894 (1936). ה"ש 74, בעמ' 95.

145 לדיון כללי בנושא כללים וסטנדרטיים 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).

146 לחשיבות היכולת של מערכות מורכבות להסתגל לשינויים, לרבות שינויים לא צפויים, ולחוסן (anti-fragility) שהדבר מקנה להן ראו NASSIM TALEB, *ANTI-FRAGILE: THINGS THAT GAIN FROM DISORDER* 31 (2012). לדיון בסוגיה זו בהקשר של ניסוח חוזים, ראו Shur-Ofry & Tur Sinai, לעיל ה"ש 145, בעמ' 410–412.

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. התבררו כמוגזמים. המחקר שתואר במאמר זה מלמד שהלכת א.ש.י.ר. לא הובילה לפריצת גבולות נרחבת של דיני הקניין הרוחני, וכי בתי המשפט עשו בה ככלל שימוש מדוד כמכשיר ל"כיול" הדין ולמילוי חסרים בהקשרים נקודתיים שבהם גמישות כזאת נחוצה. ממצאי המחקר עשויים לספק מידע חשוב הן לקובעי מדיניות והן לשחקנים בשוקים הרלוונטיים, ואנו מקווים שיגבירו את הוודאות באשר ליחס שבין דיני עשיית עושר לבין דיני הקניין הרוחני.

ו. נספח א – פרטים מתודולוגיים משלימים

להלן פרטים משלימים על בנית מאגר המידע ועל פסקי הדין וההחלטות שנכללו בו.

1. לשם איתור ההחלטות ופסקי הדין הרלוונטיים ביצענו את החיפושים האלה 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 האלה: "קניין רוחני", "פטנטים", "סימני מסחר", "מדגמים", "זכויות יוצרים" ו"זכויות מטפחים"; (3) אשר להליכים שבהם אותרה החלטת ביניים אך לא אותר פסק דין סופי בדרכים שתוארו לעיל, בוצע חיפוש מכוון וממוקד אחר פסק הדין הסופי; (4) במקרה של פסק דין של בית משפט מחוזי שלא אותר בעניינו ערעור בבית המשפט העליון בדרכים שתוארו לעיל, בוצע חיפוש מכוון וממוקד אחר ערעור; (5) במקרים שבהם אותר פסק דין של בית המשפט העליון בשבתו כערכאת ערעור אך לא אותר פסק דין של בית משפט מחוזי בדרכים שתוארו לעיל, בוצע חיפוש מכוון וממוקד אחר פסק הדין המחוזי הרלוונטי; (6) בוצע חיפוש יזום אחר פסקי דין ספורים שלא אותרו אף באחת 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),¹⁴⁷ בוצע חיפוש ממוקד גם אחר פסקי דין והחלטות של בתי משפט מחוזיים ושל בית המשפט העליון שמאזכרים את פסק הדין בעניין מקדונלד וכוללים את המונח "הזכות לפרסום". סיווג ההחלטות ופסקי הדין הרלוונטיים לקטגוריות השונות נעשה בידי עוזרי מחקר לפי הנחיות מפורטות ובליווי צמוד של מחברי המאמר. חלק ניכר מהמקרים קודדו בידי יותר מעוזר מחקר אחד לשם בדיקת עקביות. במקרים שבהם היה ספק או מחלוקת בנוגע לסיווג לקטגוריה כזאת או אחרת, קיבלו המחברים את ההחלטה.

147 ראו לעיל ה"ש 69–81 והטקסט הסמוך להן.

2. בתביעות הנוגעות לחיקוי תוצר רוחני משתמשים לעיתים גם בעוולה הנזיקית "גנבת עין", שעניינה הגנה על מוניטין.¹⁴⁸ עוולה זו היא, במידה רבה, מקור משלים לדיני הקניין הרוחני להגנה מפני חיקויים. בשל נקודות ההשקה בין התחומים כללנו במאגר גם מקרים שבהם הטענה לעשיית עושר הופיעה לצד טענה לגנבת עין, בין שהועלתה נוסף על אלה טענה להפרת זכות קניין רוחני ובין שלא. לצורך סיווג המקרים לקטגוריות השונות התייחסנו אל העילה "בגנבת עין" כאל עילה בקניין רוחני. לפיכך במקרים שבהם הועלו הן טענות לגנבת עין והן טענות להפרת קניין רוחני, אם לא התקיימה עילת תביעה מכוח דיני קניין רוחני אך התקיימה עילה בגנבת עין, התייחסנו למקרה כאל כזה שהתקבלה בו עילה בקניין רוחני. במקרים שבהם התקבלה התביעה מכוח דיני קניין רוחני, קיומה (או היעדרה) של עילה "בגנבת עין" לא השפיע על סיווג פסק הדין.
3. לא נכללו במאגר החלטות של בית המשפט העליון על אימתן רשות ערעור או דחייה של בקשה לדיון נוסף שלא כללו דיון מהותי אלא רק קביעה כי אין מקום לדון בעניין פעם נוספת, כמו גם פסקי דין של בית המשפט העליון שלא היה בהם דיון מהותי בקניין רוחני או בעשיית עושר מסיבות אחרות (על פי רוב, כאשר הערעור שהוגש עסק ברכיבים אחרים בפסק הדין של בית המשפט המחוזי).
4. פסיקה על דרך הפשרה (לפי סעיף 79א לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 נכללה במאגר במקרים שבהם היה אפשר לחלץ ממנה את הבסיס המשפטי להכרעה.