

כלל הערבוב: הכרעה בתחרות בין בעלת זכות קניין רוחני שזכותה עורבבה במוצר לבין רוכש המוצר

ארז שחם, * נעם שר**

המאמר עוסק בשאלה מהו הכלל הראוי להכרעה בתחרות בין רוכש מוצר לבין בעלת זכות קניין רוחני שזכותה עורבבה במוצר על-ידי יצרן ללא הסכמתה. תביעה נגד היצרן אינה מעשית במקרים רבים, אם משום שהוא אינו בעל כושר פירעון ואם מפני שאיתורו בלתי-אפשרי או כרוך בעלויות רבות מדי, ונדרשת הכרעה בשאלת הבעלות במוצר וביתר זכויות הצדדים. במאמר נבחנים שלושה כללי פתרון אפשריים: כלל המבוסס על דיני הקניין הרוחני, אשר מעדיף באופן עקרוני את בעלת זכויות הקניין הרוחני – כלל זה אומץ בישראל בכמה פסקי-דין; כלל תקנת השוק, שמאפשר את העברת הקניין לרוכש בתנאי שהוא עומד בדרישות של תום-לב ותמורה – כלל זה אומץ אף הוא בכמה פסקי-דין, ואף נבחר כפתרון הראוי בתחום של זכות יוצרים על-ידי מנסחי חוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007; וכלל המבוסס על דיני הערבוב, שלפיו הנכס החדש שנוצר יעבור לבעלותו של בעל חלק-העיקר במוצר החדש (על-פי שוויים של המיטלטלין, הזכויות והעבודה אשר הושקעו ביצירת הנכס החדש). בהתאם, על בעל חלק-הרוב להשיב לבעל חלק-המיעוט את שוויים של המיטלטלין, הזכויות והעבודה שהשקיע במוצר – כלל אחרון זה טרם אומץ בפסיקה בישראל. הניתוח במאמר כולל שני מרכיבים עיקריים: ניתוח של השפעת הכללים המשפטיים החלופיים על הרווחה בשווקים הרלוונטיים – שוקי זכויות הקניין הרוחני ושוקי המוצרים; וניתוח לפי שיטת הניתוח הכלכלי של דיני הנזיקין, תוך ראיית המצב המתואר במאמר כ"תאונה משפטית". היתו המרכזית במאמר היא כי כלל הערבוב הינו הכלל העדיף – הן להשגת המטרה של הכוונת ההתנהגות, הן להשגת מטרת הדין בתחום הביטוח ופיזור

* בית-ספר רדוינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה.

** מרצה, בית-ספר רדוינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה.

המחברים מבקשים להודות לחברי מערכת כתב-העת משפט ועסקים – גיא זיידמן, גלי הכט, לני צבעוני ויניב כהן – על עבודתם המקצועית והנאמנה.

הנזק, הן משיקולים של יעילות והן משיקולים של חלוקת רווחה. לטענתנו, הכלל המוצע עורך הבחנה יעילה בין מצבים שבהם בדיקת מצב הזכויות על-ידי הצרכן היא פעולה יעילה לבין מצבים שבהם אין זה כך, ומקטין את העלויות הכרוכות בהפחתת הביקוש למוצרים. כמו-כן, כלל זה פשוט להפעלה, יוצר ודאות רבה יותר בשווקים ואינו יוצר עלויות שיפוטיות גבוהות. הכלל המוצע מפצה את בעלת זכות הקניין הרוחני על כל הפסדיה, אך לא מעבר לכך, ומפצה את הצרכן כמעט על כל הפסדיו. לבסוף, הכלל המוצע יוצר מנגנון של ביטוח וחלוקת נזק שהינו יעיל וצודק יותר יחסית לכללים החלופיים.

מבוא

פרק א: סקירת הספרות

1. ההצדקות התיאורטיות ליצירה ושמירה (הגנה) על זכויות קניין רוחני
2. ההצדקות התיאורטיות להעברות קניין לא-רצונית
3. ההצדקות להעברת הקניין כתוצאה מערבוב

פרק ב: הדין החל

1. דיני קניין רוחני

(א) בישראל

(1) דיני זכות יוצרים

(2) דיני פטנטים

(ב) בארצות-הברית

(1) דיני זכות יוצרים

(2) דיני פטנטים

2. דיני העברות לא-רצונית

(א) בישראל

(1) כללי

(2) היחס בין תקנת השוק לבין דיני הקניין הרוחני

(ב) בארצות-הברית

3. דיני ערבוב

(א) בישראל

(ב) בארצות-הברית

(1) כללי – Accession and Confusion of Goods

(2) דיני הערבוב מסוג Accession

פרק ג: הכוונת התנהגות – דיון

1. השאלה של הכוונת התנהגות – היבטי יעילות

(א) מצב-המוצא

(ב) כלל הקניין הרוחני – הקצאת זכות הבעלות במוצר לבעלת זכות הקניין

הרוחני

(ג) תקנת השוק

(ד) כלל הערבוב

2. השאלה של הכוונת התנהגות – היבטים חלוקתיים

פרק ד: המשך הדיון – פיזור הנזק וביטוח

1. השאלה של פיזור הנזק וביטוח – היבטי יעילות

2. השאלה של פיזור הנזק וביטוח – היבטים חלוקתיים

פרק ה: יישום, שאלת תום-הלב ושאלת הידיעה של היצרן ושל הצרכן

1. יישום

2. שאלת תום-הלב ושאלת הידיעה של היצרן ושל הצרכן

פרק ו: סיכום

מבוא

בשורה של פסקי-דין התמודדו בתי-המשפט בישראל עם מקרים שבהם צרכן תם-לב רכש מוצר ששולבה בו זכות קניין רוחני של אחרת מבלי לקבל את הסכמתה. באופן עקרוני, אם יוחלו דיני הקניין הרוחני, ייחשב הצרכן תם-הלב למפר, ובעלת זכות הקניין הרוחני תוכל לקבל נגדו סעדים מכוחם. במצב זה, בין היתר, הבעלות במוצרים המפריים תהיה של בעלת זכות הקניין הרוחני. לעומת זאת, אם בנסיבות אלה תוחל "תקנת השוק", לא תוכל בעלת זכות הקניין הרוחני לקבל מידי הצרכן את המוצרים שרכש.¹

1 סוגיה זו התעוררה לראשונה, לעניין זכות יוצרים, בת"א (מחוזי ת"א) 1479/94 **Polygram International Music B.V.** נ' דרורי (לא פורסם, 16.3.1995) (להלן: עניין דרורי), שם קבע בית-המשפט כי ס' 7 לחוק זכות יוצרים, 1911 הינו בגדר הוראה מיוחדת הגוברת על "תקנת השוק" הקבועה בס' 34 לחוק המכר, התשכ"ח-1968 (להלן: חוק המכר). כיום, לאחר חיקוקו של חוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007, ס' 7 – אשר קבע כי "כל העתקות מפירות של כל יצירה שקיימת בה זכות יוצרים או של כל חלק הימנה, וכל הגלופות המשמשות – או מכוונות לשמש – ליצירת העתקות מפירות כאלה, הרי הן בחזקת רכוש של בעל זכות, ולפיכך רשאי הוא להגיש משפט כדי להשיג את החזקה בהן חזרה או על גולה בנוגע להם" – אינו חל עוד בישראל (ראו ס' 68 לחוק זכות יוצרים). כיום, חוק זכות יוצרים קובע בס' 60 כי בית-המשפט רשאי להורות, אם ביקש זאת התובע, להעביר את הבעלות בעותקים המפריים לידי התובע, ולחייב את התובע בתשלום בעבורם, אם מצא כי הלה עשוי לעשות שימוש בעותקים המפריים. נוסף על כך, ס' 60(ג) לחוק זכות יוצרים קובע כי אדם שרכש עותק מפר בתנאי תקנת השוק – קרי, רכישתו עמדה בתנאים הקבועים בס' 34 לחוק המכר – לא יהיה חשוף לתפיסת העותק המפר, ויהיה רשאי לעשות בו שימוש שאינו מסחרי.

דוגמה ראשונה למצב זה היא המקרה של אס.די.אר.² מגיני-שמש אלסטיים לרכב המתקפלים בתנועת סיבוב בצורת הספרה 8 - אשר מהווים המצאה המוגנת בפטנט - נרכשו על-ידי חברות שונות כשי להג ללקוחותיהן. מגיני-השמש נרכשו בתום-לב מיצרן אשר ייצר את המגינים תוך הפרת זכות הפטנט. השאלה שעמדה בפני בית-המשפט הייתה מהו היקף ההגנה שבעל הזכות בפטנט זכאי לה, ואם הגנתו נדחקה בשל תקנת השוק הקבועה בחוק המכר.³ בית-המשפט השיב כי תקנת השוק אינה יכולה לדחוק את רגלי דיני הפטנטים, אולם התקיימותם של תנאי תקנת השוק בצירוף תנאים נוספים, כגון שימוש פרטי או שימוש לא למטרות מסחר או רווח, יהוו שיקול לצורך קביעת גובה הפיצוי וההוצאות שבהם יחויב המפר.

דוגמה שנייה היא עניין **Microsoft**.⁴ חברת אפלקר הפיצה תוכנות של **Microsoft** בלא הרשאה ותוך הפרה של זכות יוצרים. המפיצה הסוותה את ההפרה בכך שצירפה לתוכנות רשיונות מזויפים שרכשה מצד שלישי. לטענתה של אפלקר, הרכישה נעשתה בתנאי תקנת השוק. בית-המשפט קבע כי תקנת השוק אינה חלה על נכס המפר זכות יוצרים, אלא על נכסים נדים בלבד שאינם כוללים בחובם נכסי קניין רוחני. בהתאם, אדם שרכש מוצר המפר זכות יוצרים אינו יכול להמשיך להחזיק בו מכוח תקנת השוק. זאת, מכיוון שבעל זכות היוצרים רשאי ליטול ממנו את הנכס המפר, אשר נחשב על-פי הדין כרכושו של בעל זכות היוצרים. זכותו של בעל זכות היוצרים למנוע את השימוש או השיווק במוצר המפר היא מוחלטת, ונגזרת מזכות הבלעדיות המעין-מונופוליסטית המוקנית לו בחוק.

דוגמה שלישית, שאף היא עניינה הפרת זכות יוצרים, היא עניין שפר, העוסק בזכות היוצרים במילוני אבן-שושן. במקרה זה תבעו יורשיו של אברהם אבן-שושן את תרבות לעם (1995) בע"מ, אשר שיוקה את מילוני אבן-שושן, בגין הפרת זכות היוצרים שירשו. בהליכים לסעדים זמניים,⁵ שנגעו בגורלן של המהדורות המפורות, פסק בית-המשפט המחוזי כי מהדורות אלה יוחזרו למשווקת, בין היתר מן הטעם שעומדת לה הגנת תקנת השוק, שכן היא רכשה את המהדורות בתום-לב ובתמורה מידי ההוצאה לאור הרשמית שיצרה אותן מהדורות. בערעור בשאלת הסעדים הזמניים, בית-המשפט העליון, שפסק-דינו קודם בזמן לפסקי-הדין בשתי הדוגמות הראשונות, הותיר את החלטת בית-המשפט המחוזי על כנה,⁶

2 ת"א (מחוזי ת"א) 2168/00 אס.די.אר. שריון יבוא ושיווק בע"מ נ' אפ.בי סוכנויות פרסום בע"מ ואח' (לא פורסם, 15.8.2004) (להלן: עניין אס.די.אר.).

3 ס' 34 לחוק המכר.

4 ת"א (מחוזי ת"א) 1476/96 **Microsoft Corporation** נ' אפלקר שיווק מחשבים 1987 בע"מ ואח' (לא פורסם, 11.9.2005) (להלן: עניין **Microsoft**).

5 ת"א (מחוזי ת"א) 2267/00, בש"א 23146/00 תרבות לעם (1995) בע"מ ואח' נ' שפר ואח' (השופט זפט, לא פורסם, 2.11.2000) (להלן: החלטתו הראשונה של בית-המשפט המחוזי בעניין שפר).

6 ע"א 8133/00 שפר ואח' נ' תרבות לעם (1995) בע"מ ואח', פ"ד (4) 433, 446 (2001) (להלן: החלטת בית-המשפט העליון בעניין שפר).

ונראה כי במשתמע הוא מסכים עם גישתו של בית-המשפט המחוזי בעניין תחולתה של תקנת השוק.⁷

לעומת זאת, בדיון מקיף ומעמיק בהליך העיקרי בבית-המשפט המחוזי⁸ קבע השופט בנימיני כי תקנת השוק אינה חלה על יצירה המפרה זכות יוצרים או כל זכות קניין רוחני אחרת. לדעתו, בהתנגשות החזיתית בין הוראת סעיף 34 לחוק המכר לבין דיני הקניין הרוחני, הוראת סעיף 34 לחוק המכר נסוגה, בשל היותה חוק כללי הנסוג מפני הוראותיהם הספציפיות של דיני הקניין הרוחני. אולם כיום, לאחר חיקוקו של חוק זכות יוצרים, החוק קובע כי צד ג, אשר רכש עותק מפר של זכות יוצרים בתנאי תקנת השוק אינו חשוף עוד לתפיסת העותק המפר, ויהיה רשאי להמשיך להשתמש בו לצרכים שאינם מסחריים.⁹

הדוגמות לעיל מציגות מצבים שבהם מיטלטלין, עבודה וזכויות של היצרן עורבבו יחד עם זכות קניין רוחני של אחר. המוצר השלם, המכיל את היסודות הללו בערבוביה שאינה ניתנת להפרדה, נרכש על-ידי קונה. למי תינתן זכות הבעלות במוצר המפר – לקונה או לבעלת זכות הקניין הרוחני? מהן זכויות הצדדים? מהו הדין הראוי לשם הכרעה בתחרות ביניהם? לכאורה, הפתרון פשוט: בעלת זכות הקניין הרוחני תתבע את היצרן המפר בתביעה להעברת הבעלות במוצרים המפרים לבעלותה, לקבלת הרווחים הנובעים מהשימוש הלא-מורשה בזכויותיה ולהטבת נזקיה. אולם במקרים רבים תביעה כזאת אינה מעשית, אם משום שהמפר אינו בעל כושר פירעון ואם מפני שאיתורו בלתי-אפשרי או כרוך בעלויות רבות מדי.

הפסיקה הישראלית בחנה את החלתם של שני פתרונות משפטיים – מנוגדים לכאורה – על המקרים לעיל: דיני הקניין הרוחני לעומת תקנת שוק. בהתאם נבחן אף אנו את רציונם של פתרונות אלה.

הפתרון הראשון שנבחן הוא החלה של דיני הקניין הרוחני, כפי שנעשה, לדוגמה, בעניין אס.די.אר.¹⁰ בעניין Microsoft¹¹ ובהחלטתו השנייה של בית-המשפט המחוזי בעניין שפר.¹² על-פי דיני הקניין הרוחני, אף שימוש בתום-לב בזכויות קניין רוחני על-ידי

7 בית-המשפט העליון הותיר בצריך עיון את טענתם של התובעים, יורשי אברהם אבן-שושן, כי "גם אם יעלה בידי תרבות לעם להראות כי רכשה את המילונים בתנאים המחילים על רכישתה את הגנתה של תקנת השוק, הרי שלאור הוראתו של סעיף 2(2) לחוק זכות יוצרים 1911, אין בתקנת השוק כדי לחסנה מפני אחריות להפרת זכות היוצרים הכרוכה בהפצה מסחרית של המילונים". בית-המשפט העליון הותיר שאלה זו לדיון בבית-המשפט המחוזי בהליך העיקרי. ראו את פסיקתם של השופטים מצא, דורנר וריבלין, החלטת בית-המשפט העליון בעניין שפר, לעיל ה"ש 6.

8 ת"א (מחוזי ת"א) 2267/00 שפר ואח' נ' תרבות לעם (1995) בע"מ ואח' (טרם פורסם, 6.4.2006) (להלן: החלטתו השנייה של בית-המשפט המחוזי בעניין שפר), פס' 56.

9 ראו ס' 60(ג) לחוק זכות יוצרים. להרחבה על הדין החל בישראל ראו להלן ס' 11(א)(1) למאמר זה.

10 עניין אס.די.אר., לעיל ה"ש 2.

11 עניין Microsoft, לעיל ה"ש 4.

12 החלטתו השנייה של בית-המשפט המחוזי בעניין שפר, לעיל ה"ש 8.

מי שאינו מורשה ייחשב להפרה.¹³ התחשבות הדין בהיותו של המפר תם-לב תבטא בעיקר בהיקף הפיצוי לבעלים. ראוי לציין כי כאשר אנו עוסקים בהפרה של זכות יוצרים (להבדיל מפטנטים), קיימת בדין בישראל הבחנה בין הפרה ישירה לבין הפרה עקיפה: במקרה של הפרה עקיפה, הנבדלת מהפרה ישירה באופי המסחרי של הפעולות (כגון מכירה, השכרה או שיווק על-ידי סוחר), הדין מכיר בהגנה של אי-ידיעה לצד ג (הסוחר). עם זאת, הגנה זו אינה מתבטאת בהעברת הקניין במוצר המפר לידי צד ג, אלא באי-חיובו בסעדים בגין ההפרה באותה תקופה שבה לא היה מודע לה.¹⁴

הקושי בהחלת דיני הקניין הרוחני במצבים אלה מתבטא במיוחד בנסיבות שאותן נציג בדוגמה נוספת, רביעית במספר: מצב שבו יצרן של מוצרי אלקטרוניקה מפתח באופן עצמאי רכיבים למוצרו, ומסתבר כי אחד הרכיבים שפותח על-ידי מהנדסיו מפר פטנט רשום. אותו רכיב שולב במכלולי המוצרים באופן שאינו ניתן להפרדה, ומוצרי אלקטרוניקה רבים המפרים את הפטנט נמכרו לצרכנים. במקרה כזה,¹⁵ מתן הבעלות במוצרים המפרים שבידי הצרכנים לבעלת הפטנט נראה על פניו בעייתי הן משיקולים של יעילות והן משיקולים של צדק חלוקתי, מאחר שהמוצר מכיל רכיבים נוספים אשר אינם שייכים לבעלת הפטנט. זאת, אף אם בתי-המשפט ממירים את השבת הבעלות בעין להשבת ערך המוצרים, ואף אם הם מוסמכים להפעיל שיקולים ממתנים אחרים, דוגמת אלה שהם מפעילים מדי פעם. את כלל הפתרון המסתמך על החלה של דיני הקניין הרוחני – אשר באופן עקרוני נותנים העדפה לבעלת זכות הקניין הרוחני – נכנה במאמר "כלל הקניין הרוחני".

הפתרון השני שנבחן הוא החלה של תקנת שוק במיטלטלין, דוגמת ההלכה המשתמעת מעניין שפר. פתרון זה אף נבחר על-ידי מנסחי חוק זכות יוצרים.¹⁶ לפי כלל זה, הוא כלל תקנת השוק (market overt) החל בישראל, מי שרכש נכס בתום-לב ובתמורה ממי שעיסוקו הוא במכירת נכסים מסוג זה, זכאי לקבל לידי את הבעלות המלאה בנכס. כלל זה הינו כלל הכרעה המהווה חלק מדיני התחרות על זכויות קניין בין צדדים רחוקים. במאמר ננתח את כלל תקנת השוק, יחד עם הכללים האמריקאיים המאפשרים לרוכש בתום-לב, בתנאים מסוימים, לרכוש בעלות בנכס. זאת, תוך התייחסות בעיקר לכלל תקנת השוק. בהתאם, את שני הכללים המאפשרים את ההעברה של הקניין לידי הרוכש בתנאי שהוא תם-לב נכנה במאמר "כלל תקנת השוק".

הפתרון השלישי שנבחן (הוא הפתרון העדיף לדעתנו) הוא החלה של דיני הערוב

13 בישראל קיים חריג לכלל זה, הקבוע בס' 58 לחוק זכות יוצרים, שמעניק פטור מתשלום פיצוי בגין הפרה ל"מפר תמים". עם זאת, יש לשים לב כי מדובר בחריג אשר אפשרות התממשותו נדירה.

14 הגנה זו קבועה כיום בס' 48 לחוק זכות יוצרים (בעבר ס' 22) לחוק זכות יוצרים (1911). לדיון ראו החלטתו השנייה של בית-המשפט המחוזי בעניין שפר, לעיל ה"ש 8.

15 ראו קושי דומה שהתעורר בנסיבות של עניין *re Dowagiac*, להלן ה"ש 82 והטקסט הנלווה אליה.

16 החלטתו הראשונה של בית-המשפט המחוזי בעניין שפר, לעיל ה"ש 5; החלטת בית-המשפט העליון בעניין שפר, לעיל ה"ש 6; ס' 60(ג) לחוק זכות יוצרים, לעיל ה"ש 1, והטקסט הנלווה אליה.

(accession of goods) על המצבים הנידונים. דינים אלה עוסקים במצבים שבהם מיטלטליו של אחד התערבבו עם מיטלטליו של אחר באופן שאינו ניתן להפרדה, במצבים שבהם אחד שינה את מיטלטליו של אחר באמצעות עבודה, ובשילובים האפשריים ביניהם.¹⁷ על-פי דיני הערבוב המסורתיים (שהינם חלק מדיני עשיית עושר ולא במשפט), הנכס החדש שנוצר יעבור לבעלותו של בעל חלק-העיקר בנכס החדש (על-פי שוויים של המיטלטליו, הזכויות והעבודה אשר הושקעו ביצירת הנכס החדש). בהתאם, על בעל חלק-הרוב להשיב לבעל חלק-המיעוט את שוויים של המיטלטליו, הזכויות והעבודה אשר השקיע הוא ביצירת הנכס החדש. במאמר נכנה פתרון זה "כלל הערבוב" (accession rule).

כלל הערבוב המוצע יוחל בנסיבות הבאות: ראשית, זכות קניין רוחני עורבבה במיטלטליו, בעבודה או בזכויות של יצרן; שנית, הערבוב נעשה ללא הסכמתה של בעלת זכות הקניין הרוחני; שלישית, המוצר השלם שנוצר מן הערבוב מכיל את היסודות הללו בערבוביה שאינה ניתנת להפרדה; ורביעית, נוצרת תחרות בין בעלת זכות הקניין הרוחני לבין קונה שרכש את המוצר מן היצרן או ממשווק.

תוכנו של כלל הערבוב המוצע הינו כדלקמן: בנסיבות אלה, כאשר הערך המהותי במוצר החדש הוא זכות הקניין הרוחני, בעלת הזכות תהיה זכאית למלוא הבעלות במוצר; ואילו כאשר הערך המהותי במוצר החדש הוא השקעתו של היצרן, הצרכן יהיה זכאי למלוא הבעלות במוצר. נוסף על כך, מי שיזכה במוצר יחויב לשלם למי שלא זכה בו – בעלת זכות הקניין הרוחני או הצרכן, לפי העניין – את החלק היחסי בשווי המוצר שאינו חלקו.

התזה המרכזית במאמר היא כי החלת כלל הערבוב המוצע מהווה פתרון יעיל ואף צודק לשאלת הבעלות והזכויות האחרות של צדדים לנכס חדש שנוצר כתוצאה מערבוב נכסים (שלא בטובתם של הטוענים לזכויות בנכס). נטען כי פתרון זה משיג את האיזון הראוי בין השווקים הרלוונטיים – שוקי המוצרים ושוקי זכויות הקניין הרוחני – ומביא לידי הפחתת עלויות העסקה בהם. בהיבט של הכוונת התנהגות הצדדים, הכלל המוצע עורך הבחנה יעילה בין מצבים שבהם בדיקת מצב הזכויות על-ידי הצרכן היא פעולה יעילה לבין מצבים שבהם אין זה כך. כלל הערבוב מאפשר איזון של אובדן השווי שנגרם לצדדים באמצעות מנגנון ההשבה בדיני הערבוב, שנסמך על דיני עשיית עושר ולא במשפט. בעל חלק-המיעוט מקבל את שווי חלקו, ולפיכך אינו יוצא וידיו על ראשו, כפי שקובעים הכללים הדיכוטומיים של דיני הקניין הרוחני, מחד גיסא, ודיני העברות לא-רצונית, מאידך גיסא. בהיבט של ביטוח ופיזור הנוק, הכלל המוצע יוצר מנגנון יעיל יחסית של פיזור הנוק, שאף משיג מידה רבה של צדק חלוקתי יחסית לכללים החלופיים.¹⁸

17 דינים אלה קבועים בישראל, לגבי מיטלטליו, בס' 4-6 לחוק המיטלטליו, תשל"א-1971 (להלן: חוק המיטלטליו). בארצות-הברית מקובלת ההבחנה בין confusion of goods לבין accession of goods. לדיון במונחים אלה ראו להלן ס' 33(ב) ראו להלן ס' 33(ב) למאמר זה.

18 ראו גם מיגל דויטש עוולות מסחריות וסודות מסחר 86-88 (2002). דויטש מזכיר את האפשרות של החלת דיני הערבוב על המצבים הנידונים בהקשר הספציפי של השמדה וחילוט של מוצרים מפרים: "המוצרים המפרים הם נכס מעורבב – מן התרומה החומרית של הנתבע, והתרומה הרוחנית של התובע. חלים על המוצר המפר דיני ערבוב המיטלטליו... מכוחם של העקרונות האמורים ראוי להכפיף את דרישת הבעלות הן לבדיקה של התרומות היחסיות של הצדדים (עיקר וטפל) והן לחובת השבה של שווי הנכס החומרי..."

הניתוח שנציג במאמר, אף שהוא נכון לטענתנו לגבי כלל הקניינים הרוחניים, יתמקד בקניינים רוחניים מסוג פטנטים ומסוג של זכות יוצרים, כדוגמות המרכזיות בתחום: מן הצד האחד פטנט, אשר מחייב רישום כתנאי ליצירת הזכות ולכן יוצר לכאורה ודאות בזיהוי הבעלות בו; ומן הצד האחר זכות יוצרים, אשר אינה רשומה ולכן קיים לגביה קושי מובנה בזיהוי הבעלות.

גישת הניתוח שננקוט כוללת שני מרכיבים עיקריים: ראשית, ניתוח של השפעת הכללים המשפטיים החלופיים על הרווחה בשווקים הרלוונטיים – שוקי זכויות הקניין הרוחני ושוקי המוצרים שבהם זכויות הקניין הרוחני משמשות חומרי-גלם; שנית, ניתוח לפי שיטת הניתוח הכלכלי של דיני הנויקין, השאולה לצורך דיני הקניין. זאת, תוך ראיית המצב המתואר במאמר – שבו הבעלים המקורי של זכות הקניין הרוחני שהתערבבה במיטלטלין והקונה תם-הלב מתחרים על זכות הבעלות במיטלטלין – כ"תאונה משפטית".

בפרק הראשון נסקור את הספרות התיאורטית הקיימת בתחום – הצדקות לדיני קניין רוחני ולהגנות במסגרתם (חריגים) באופן כללי, והצדקות לסוגי הקניינים הרוחניים "פטנטים" ו"זכויות יוצרים" בפרט. בהמשך הפרק נסקור את ההצדקות להעברות לא-רצוניות (תקנת שוק ורכישה בתום-לב), ולבסוף – את ההצדקות לדיני ערבוּב. בפרק השני נבחן את שלושת הדינים האפשריים המוצעים כפתרון למקרה הנידון במאמר, ואת תחולתם על המקרה. במסגרת זו נבחן את דיני הקניין הרוחני, את דיני העברות לא-רצוניות של קניין ואת דיני הערבוּב החלים על המקרה. לבסוף, נבחן אם קיים דין מיוחד לגבי המקרה שכנידון. בפרק השלישי נערוך דיון בשאלה איזה מבין שלושת הכללים האפשריים מייטיב לכוון את התנהגותם של השחקנים המרכזיים, הן בהיבטים של יעילות והן בהיבטים של חלוקת רווחה. בפרק הרביעי נבחן איזה מבין הכללים מייטיב להשיג את מטרות הדין בתחום הביטוח ופיזור הנוק, הן בהיבטים של יעילות והן בהיבטים של חלוקת רווחה. בפרק החמישי נציג דוגמות ליישום הכלל המוצע, ונדון בשאלה אם נדרשת אמת-מידה של תום-לב או העדר ידיעה במסגרת הכלל המוצע. בפרק השישי והאחרון נציג את מסקנותינו.

פרק א: סקירת הספרות

1. ההצדקות התיאורטיות ליצירה ושמירה (הגנה) על זכויות קניין רוחני

ניתן להצביע באופן כללי על שתי גישות מרכזיות להצדקת ההגנה על קניין רוחני:¹⁹

19 ראו: Justin Hughes, *The Philosophy of Intellectual Property*, 77 GEORGETOWN L.J. 287 (1988); גיא פסח "הבסיס העיוני להכרה בזכות יוצרים" משפטים לא 359 (2000); עמיר פרידמן פטנטים – דין, פסיקה ומשפט משווה 32 (2000). להרחבה בדין הישראלי ראו גיא פסח "זכות היוצרים בפסיקת בית המשפט העליון – מגמות, שיקולים ומבט אל עבר 'עידן המידע'" עלי משפט ב 297 (2002); עופר טור-סיני "דיני הקניין הרוחני – צעידה אל מילניום

גישה של זכויות טבעיות, שעל-פיה יש לראות בקניין הרוחני זכות טבעית של היוצר או הממציא על יצירתו מכוח זכותו המוסרית על היצירה;²⁰ וגישה כלכלית תועלתית, היא גישה הניתוח במאמר זה, שעל-פיה יש להקנות זכויות בלעדיות ליוצרים ולממציאים כדי לשרת את האינטרס הציבורי בעידוד, בהפצה וביצירה של המצאות, ביטויים, יצירות וטובין מופשטים. ההנחה שביסוד גישה זו היא שמוצרי המידע המוגנים באמצעות דיני הקניין הרוחני (כגון יצירות מוזיקליות, תרופות ותוכנות מחשב) הינם טובין ציבוריים עם הבעיות הכלכליות הקלוסיות הכרוכות בכך, כגון טפילות (free-riding) ומונופול.²¹ לפיכך, הניתוח הכלכלי של קניין רוחני מתמקד ביצירת הסדר משפטי שיבטיח את קיומם של תמריצים להשקעה של השוק בייצור קניין רוחני (ייצור מידע). הבטחת התמריצים להשקעה נעשית באמצעות מתן זכויות בלעדיות בהמצאה ליוצרים ולממציאים, תוך איזון עם הצורך בהפצת המידע לציבור, כדי להביא לידי יצירתן של יצירות והמצאות חדשות.²²

- חדש" קרית המשפט – שנתון הקריה האקדמית ה 177 (2004/5); ע"א 513/89 Interlego נ' Exin Lines Bros S.A., פ"ד מח(4) 133 (1994) (להלן: עניין Interlego). בעניין Interlego אימץ הנשיא דאז שמגר את הגישה הכלכלית-התועלתית לדיני זכות היוצרים, ונראה כי זו ההצדקה המרכזית כיום בישראל גם בשאר ענפי הקניין הרוחני. ראו ניבה אלקין-קורן "על כלל ועל 'נחלת הכלל': מקניין רוחני לעשיית עושר ולא במשפט" עיוני משפט כה 9, 15 (2001); עופר גרוסקופף הגנה על כללי תחרות באמצעות עשיית עושר ולא במשפט 53 (2002). לצד שתי הגישות המרכזיות – הגישה הכלכלית-התועלתית והגישה של זכויות טבעיות – ניתן למצוא גישות נוספות, ביניהן צדק חלוקתי, קהילתנות (שיתוף ואחריות חברתית), התעשרות שלא כדין, תיאוריות ליברטריאניות ואף תיאוריות דמוקרטיות. להרחבה ולמראי-מקום באשר לתיאוריות של קניין רוחני ראו: PETER S. MENELL, INTELLECTUAL PROPERTY: GENERAL THEORIES, ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS (Boudewijn Bouckaert & Gerrit De Geest eds., 1999), available at users.ugent.be/~gdegeest/1600book.pdf
- 20 יש המבססים גישה זו על תיאוריית העבודה של Locke JOHN LOCKE, TWO TREATISES OF GOVERNMENT, SECOND TREATISE OF GOVERNMENT, §§138–140 (Peter Laslett rev. ed., 1963) ורואים בזכות היוצר זכות טבעית על פרי עמלו. חוקרים רבים ביקרו ויישמו את תיאוריית העבודה בהקשר של קניין רוחני. ראו לעניין זכויות יוצרים – Stewart E. Streck, *Rhetoric and Reality in Copyright Law*, 94 MICH. L. REV. 1197 (1996) Samuel A. Oddi, *Un- Unified Economic Theories of Patents – the Not-Quite-Holy Grail*, 71 NOTRE DAME L. REV. 267 (1995–6). לעומת זאת, יש המבססים את גישת הזכויות הטבעיות על תיאוריית האישיות של Hegel GEORGE W.F. HEGEL, PHILOSOPHY OF RIGHT 41–45 (T.M. Knox trans., 1967) ורואים ביצירה חלק מאישיותו של היוצר. ראו: Margaret J. Radin, *Property and Personhood*, 34 STAN. L. REV. 957 (1982); Justin Hughes, *The Personality Interest of Artists and Inventors in Intellectual Property*, 16 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 81 (1998)
- 21 ראו: ROBERT P. MERGES, PETER S. MENELL, MARK A. LEMLEY & THOMAS M. JORDE, INTELLECTUAL PROPERTY IN THE NEW TECHNOLOGICAL AGE (2004)
- 22 ראו Oddi, לעיל ה"ש 20; Giliam K. Hadfield, *The Economics of Copyright Law: An Historical Perspective*, 38 COPYRIGHT L. SYMPOSIUM 1 (1992) כן ראו דפנה לוינסון-זמיר "שיקולים כלכליים בהגנה על אמצאות" משפטים יט 143, 147 (1989).

2. ההצדקות התיאורטיות להעברות קניין לא־רצונית

קיימת כתיבה אקדמית רבה בשאלה אם במקרה של תחרות בין בעלים חוקי של מיטלטלין לבין רוכש בתמורה ובתום־לב שלא מידי הבעלים החוקי מן הראוי להעניק זכות קניין בנכס לרוכש תום־לב.²³ בשאלה זו ניתן לאפיין שתי אסכולות מרכזיות.²⁴ אסכולה אחת – האסכולה המסורתית²⁵ – מתמקדת בהפחתת עלויות העסקה, המהוות מכשול לחיי מסחר תקינים, תוך שימת דגש בשכלול השוק בין הסוחרים לבין הקונים. אסכולה זו תומכת בקביעת כלל של תקנת שוק, וטענתה היא שיש להבטיח זרימה חופשית וקלה של סחורות ומצרכים, שאינה יכולה ואינה צריכה להודק לבדיקות ולחקירות מרובות כאשר אין כל סימן לכך שהעסקה נגועה בפגם כלשהו. האסכולה האחרת²⁶ מתבססת על ראיית

23 ניכר כי הנושא משך את תשומת־ליבם של כותבים רבים. ראו: Andrea A. Hayworth, *Stolen Art Work: Deciding Ownership is No Pretty Picture*, 43 DUKE L.J. 337 (1993); William M. Landes & Richard A. Posner, *The Economics of Legal Disputes Over the Ownership of Works of Art and Other Collectibles*, in *ESSAYS IN THE ECONOMICS OF THE ARTS* 325 (Victor A. Ginsburg & Pierre-Michel Menger eds., 1996); Emily A. Maples, *Holocaust Art: It Isn't Always "Finders Keepers, Losers Weepers": A Look at Art Stolen During the Third Reich*, 8 TULSA J. COMP. & INT. L. 355 (2000–1); Patricia Y. Reyhan, *A Chaotic Palette: Conflict of Laws in Litigation between Original Owners and Good-Faith Purchasers of Stolen Art*, 50 DUKE L.J. 955 (2001). ראו בישראל א' שטרומן "תקנת השוק" הפרקליט לד 353 (1982); דניאל פרידמן "הערות בדבר זכויות הבעלים המקורי כלפי צד שלישי לאור החקיקה הישראלית החדשה" עיוני משפט ד 245 (1975); אייל זמיר "תקנת השוק, טעות משותפת, עשיית עושר ועוד" משפטים כו 359 (1995); עופר גרוסקופף "יחסי קונה מוכר וזכויות הבעלים המקורי" המשפט ד 202 (1999); דניאל פרידמן "דין הקניין ודין האשם" ספר זוסמן 241 (אהרן ברק ואח' עורכים, תשד"ם); רות גורי "מכר בשוק פתוח" עיוני משפט ב 92 (1972); חנוך דגן "תקנת השוק כביטוח" ספר יוסמן 15 (שלום לרנר ודפנה לוינסון־זמיר עורכים, 2002); ישראל ציגנלאוב "תקנת השוק: התפתחותה של תקנה ופיתוחו של דין" משפטים לא 837 (2001); ברק מדינה "העדפת הקונה בתמורה ובתום לב במצבי תחרות מול הבעלים המקורי, לשם עידוד השקעה בהשגת מידע" המשפט ה 117 (2000).

24 להבחנה בין שתי האסכולות העיקריות ראו: Barak Medina, *Augmenting the Value of Ownership by Protecting It Only Partially: The "Market-Overt" Rule Revisited*, 19 J. L. ECON. & ORG. 343, 344 (2003).

25 ראו, לדוגמה: Daniel E. Murray, *Sale in Market Overt*, 9 INT'L & COMP. L.Q. 24 (1960); Iwan Davies, *Transferability and Sale of Goods*, 7 J. LEGAL STUD. 1 (1987); Curtis Nyquist, *A Spectrum Theory of Negotiability*, 78 MARQUETTE L. REV. 897 (1994–5).

26 ראו, לדוגמה: Harold R. Weinberg, *Sales Law, Economics, and the Negotiability of Goods*, 9 J. LEGAL STUD. 569 (1980); Saul Levmore, *Variety and Uniformity in the Treatment of the Good Faith Purchaser*, 16 J. LEGAL STUD. 43 (1987); Menachem Mautner, *The Eternal Triangles of the Law: Toward a Theory of Priorities in Conflicts*

המצב שבו הבעלים המקורי של המיטלטלין והקונה תם-הלב מתחרים על זכות הבעלות במיטלטלין כ"תאונה משפטית". הדיון לפי אסכולה זו שאול מדיני הנויקין – הוא בוחן שיקולים של יעילות וצדק בהיבטים שונים של הכוונת התנהגות ופיזור הנוק של השחקנים הפועלים בשוקים, ומנסה להעריך מי מבין הצדדים הינו "מונע הנוק הזול ביותר" שעליו יש להטיל את האחריות לתאונה המשפטית.²⁷ ההנחה בבסיס אסכולה זו היא כי לכלל המשפטי אין השפעה על נכונותו של הקונה לשלם, מאחר שכל יתרון לקונה הינו גם חיסרון מקום שהקונה הוא גם בעלים לעתיד. אחת התשובות של אסכולה זו לאסכולה הראשונה מתמקדת בשוקים שבהם הסחורה זורמת מהבעלים החוקיים אל הסוחרים. לפיכך, כלל של תקנת שוק צפוי לגרום לכך שהקונים יהיו מוכנים לרכוש מיטלטלין במחיר גבוה יותר, ושלסוחרים יהיה קל יותר למכור מוצרים גנובים. לכן הכלל צפוי לעודד את המסחר ברכוש גנוב ולהגדיל את כדאיות הגנבות.²⁸

3. ההצדקות להעברת הקניין כתוצאה מערבוב

נראה כי המקום הטבעי להתחיל בביסוסן של ההצדקות להעברת קניין כתוצאה מערבוב הוא

Involving Remote Parties, 90 MICH. L. REV. 95 (1991). ראו גם חנוך דגן קניין על פרשת דרכים (2005). לניתוח מקיף של השיקולים המרכזיים שראוי כי ינחו את קביעת הכללים המשפטיים במצבים של תחרות בין זרים, ראו Mautner, שם, בעמ' 100-126. דגן טוען כי על הערכים שמאוטנר מדבר עליהם (יעילות וצדק מעניש) יש להוסיף שלושה ערכי קניין נוספים: אחריות חברתית, צדק חלוקתי ואישיות. ראו שם, בעמ' 210. לדעתו של דגן, ניתן להצדיק את תקנת השוק בכך שהיא מתמרצת את הרוכשים לרכו את רכישותיהם אצל סוחרים אשר מעורבותם עשויה לספק לצדדים המתחרים ביטוח מפני תאונות משפטיות עתידיות, ולתמרץ את הסוחרים לפתח את יכולתם להבחין בין סחורה שהגיעה ממקור מפוקפק לבין סחורה שהגיעה ממקור כשר. ראו שם, בעמ' 264-277. לביקורת על גישת "מונע הנוק הטוב ביותר" ראו Medina, לעיל ה"ש 24, בעמ' 346-347. לדעתו של מדינה, הכלל הראוי הוא זה אשר ישיא את ערכה של זכות הבעלות. אף-על-פי שהניתוח שמדינה מציג אינו תומך באופן גורף באחד הכללים ככלל מיטבי, הוא מאבחן את הפרמטרים הרלוונטיים המאפשרים להגדיר מהו הכלל המיטבי בהינתן נסיבות ספציפיות, ומראה כי קיימים מקרים שבהם השאת ערכה של זכות הבעלות מושגת אם זכותו של הבעלים המקורי מוגנת אך באופן חלקי כנגד צדדים שלישיים.

27 RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 179-235 (New York, 5th ed., 1998); WILLIAM M. LANDES & RICHARD A. POSNER, *THE ECONOMIC STRUCTURE OF TORT LAW* (1987); STEVEN SHAVELL, *ECONOMIC ANALYSIS OF ACCIDENT LAW* (1987); ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, *LAW AND ECONOMICS* 287-371 (3d ed., 2000).

28 להיבטים שונים של טענה זו ראו POSNER, לעיל ה"ש 27, בעמ' 89-92; LANDES & POSNER, לעיל ה"ש 27; Weinberg, לעיל ה"ש 26, בעמ' 574.

תיאוריית העבודה המזוהה עם Locke.²⁹ השאלה העיקרית העולה מתיאוריה זו היא מדוע יקים ערבו עבודה במשאב בעלות בו.³⁰ בספרות ניתן למצוא שלוש הצדקות עיקריות. על-פי הראשונה, עצם יצירתה של תרכובת בלתי-ניתנת להפרדה בין "משהו" השייך לאדם הפועל לבין "משהו" השייך לקולקטיב מקים בעלות במשאב.³¹ על-פי השנייה, הסיבה להקניית בעלות נובעת מהיות העבודה טובין אנושיים. העבודה הינה פעולה רציונלית, תכליתית ובעלת ערך המכוונת למטרה מועילה, כזו המשפרת את המצב האנושי.³² לכן יש להעניק לעובד פרס.³³ על-פי השלישית, והמשמעותית לגישתנו, ההצדקה למתן זכות קניין במשאב כתוצאה מעבודה הינה תועלתנית-כלכלית, קרי, מתן תמריצים המשרתים את השאת הרווחה החברתית המצרפית. הבסיס לטענה זו מצוי בחוסר היעילות המובנה הקיים במצבים של שיתוף. מצבים אלה מתאפיינים בהתנהגות לא-קואופרטיבית של ניצול-יתר והשקעת-חסר,³⁴ ואף בדיכוי נסיונות למניעתה.³⁵ רק יצירת משטר של קניין פרטי תביא לידי הפנמה של ההצננות השליליות והחיוביות של החלטותיהם של אנשים באשר למשאבים שבידיהם. באותו הקשר נטען כי אדם יימנע מלהשקיע עבודה ומלשפר את המשאבים הקיימים אם לא ידע כי זכויותיו במשאבים אלה יובטחו באמצעות הגנת הקניין הפרטי. תכלית ההכרה וההגנה על הקניין היא לפתח את היוזמה הפרטית ואת הניצול היעיל של המשאבים, כערך אשר קידומו מועיל לכלל.³⁶

לדעתנו, כפי שיפורט במאמר (בפרקים ג ו-ד), כלל הערבו המוצע מתיישב עם הצדקות אלה. בהיבט התועלתני, מתן בעלות במשאב לצד אשר תרם את חלק-העיקר במוצר משרתת מטרות של רווחה ויעילות מצרפית, ואינה גורמת, למשל, לדיכוי בשיפור מוצרים קיימים. במאמר מוסגר יצוין כי גם בהיבט של זכויות טבעיות, הכרעת הבעלות במוצר לצד אשר תרם את חלק-העיקר – קרי, השקיע את עבודתו עד לרמה שבה המוצר "ספג" את המרכיב האנושי, שהוא העבודה – עומדת בקנה אחד עם תיאוריית העבודה של Locke.

- 29 ראו Locke, לעיל ה"ש 20, פרק 5, פס' 27, נגיש גם ב-www.lonang.com/exlibris/locke/loc-205.htm. לדיון בתיאוריה של Locke ולביקורת עליה ראו: JEREMY WALDRON, THE RIGHT TO PRIVATE PROPERTY 137–252 (1988).
- 30 הדיון בשאלת הערבו, בהקשר של קניין רוחני, חל על שני המצבים הבסיסיים של ערבו: (1) ערבו נכסו של אחד (זכויות בקניין רוחני) עם עבודתו של אחר; (2) ערבו נכסו של אחד (זכויות בקניין הרוחני) עם נכסו של אחר (זכויות בקניין רוחני או זכויות בנכס פיזי).
- 31 ראו: GOPAL SREENIVASON, THE LIMITS OF LOCKEAN RIGHTS IN PROPERTY 33 (1995); WALDRON, לעיל ה"ש 29, בעמ' 177–194; דגן, לעיל ה"ש 26, בעמ' 44.
- 32 WALDRON, לעיל ה"ש 29, בעמ' 147, 331–332.
- 33 Locke, לעיל ה"ש 20, פרק 5, פס' 26.
- 34 ראו: Garret Hardin, *The Tragedy of the Commons*, 162 SCIENCE 1243 (1968).
- 35 ראו: Harold Demsetz, *Toward a Theory of Property Rights*, 57 AM. ECON. REV. 347, 354–356 (1967).
- 36 ראו, לדוגמה, POSNER, לעיל ה"ש 27, בעמ' 35–99.

פרק ב: הדין החל

1. דיני קניין רוחני

(א) בישראל

(1) דיני זכות יוצרים

זכות יוצרים מהווה מעין מונופול על מושא הזכות למשך חיי היוצר וכן שבעים שנה לאחר מותו.³⁷ אין מדובר אומנם במונופול מושלם כמו במקרה של פטנט או מדגם, אך ברוב המקרים הכרה בזכות יוצרים מגיעה בפועל לתוצאה קרובה מאוד לכך.³⁸ בעליה של היצירה זכאי למנוע אחרים מלעשות שימוש באגד הזכויות המוקנות לו, הכוללות, בין היתר, העתקה, השכרה, פרסום היצירה וביצועה בפומבי.³⁹ שימוש ללא הרשאה באגד הזכויות ייחשב להפרה,⁴⁰ ויזכה את בעל זכות היוצרים בכל התרופות האזרחיות – צו מניעה (זמני או קבוע),⁴¹ פיצוי (ללא הוכחת נזק⁴² או על-פי הוכחת נזק), מתן חשבונות על-ידי הנתבע על הרווח שהפיק מן ההפרה ותשלומם.⁴³ נוסף על כך, בעל זכות היוצרים זכאי לסעד של השמדת העותקים המפירים⁴⁴ ועיכוב הטובין במכס,⁴⁵ וכן זכאי לקבל לידי את כל ההעתקים המפירים של היצירה על-פי בקשתו ובכפוף להוראת בית-המשפט.⁴⁶

חוק זכות יוצרים יוצר הבחנה בין הפרה ישירה⁴⁷ לבין הפרה עקיפה.⁴⁸ הפרה ישירה מתבטאת בביצוע פעולות המהוות ניצול אגד הזכויות השמור באופן בלעדי לבעל זכות היוצרים, ואינה מחייבת הוכחת יסוד נפשי כלשהו. לפיכך, אדם ייחשב כמפר זכות יוצרים

37 ס' 38 לחוק זכות יוצרים קובע את הכלל, אשר יש לו חריגים, כגון זכות יוצרים בתקליט. ראו

ס' 41 לחוק זכות יוצרים.

38 עניין *Interlego*, לעיל ה"ש 19, בעמ' 156.

39 ס' 11 לחוק זכות יוצרים.

40 אלא אם כן קיימת למשתמש הגנה מפני תביעה, אשר העיקרית היא הגנת השימוש ההוגן המעוגנת בס' 19 לחוק זכות יוצרים. ראו גם החריג לשימוש פרטי וביתי בס' 33 לפקודת זכות יוצרים, 1924.

41 ס' 53 לחוק זכות יוצרים.

42 ס' 56 לחוק זכות יוצרים. לעניין גובה הפיצוי הסטטוטורי בית-המשפט רשאי להתחשב בשיקולים שונים, ביניהם שאלת תום-ליבו של המפר. ראו ס' 56(8) לחוק זכות יוצרים וכן ע"א 592/88 שגיא נ' עיזבון המנוח אברהם ניניו ז"ל, פ"ד מו(2) 254, 265 (1992).

43 ס' 57 לחוק זכות יוצרים.

44 ס' 60 לחוק זכות יוצרים.

45 ס' 65 לחוק זכות יוצרים.

46 ס' 60(א)(2) לחוק זכות יוצרים.

47 ס' 47 לחוק זכות יוצרים.

48 ס' 48 לחוק זכות יוצרים.

אף אם לא היה מודע לכך שמעשהו מהווה הפרה של זכות היוצרים או שהמוצר הינו מוצר מפר.

החריג העיקרי להפרה ישירה, והחשוב לענייננו, הוא חריג "המפר התמים".⁴⁹ חריג זה קובע כי בעל זכות היוצרים לא יחויב בתשלום פיצויים בגין הפרה (למעט צו מניעה או איסור) אם הנתבע לא ידע במועד ההפרה – ולא היה עליו לדעת – כי קיימת זכות יוצרים ביצירה. חריג זה צומצם מאוד בפסיקה, וחל למעשה רק על מי שלא ידע כלל כי קיימת זכות יוצרים ביצירה הנידונה, להבדיל מאדם שלא ידע כי התובע הוא בעל זכות היוצרים.⁵⁰ כן נקבע כי הנתבע חייב להוכיח את תום-ליבו הן על-פי מבחן סובייקטיבי והן על-פי מבחן אובייקטיבי.⁵¹

הפרה עקיפה נבדלת מהפרה ישירה באופיין המסחרי של הפעולות (כגון מכירה, השכרה או שיווק על-ידי סוחר), ומהווה חריג נוסף להפרה ישירה. הדין מכיר בהגנה של אי-ידיעה לצד ג (הסוחר), ולכן הפרה קיימת רק כאשר מדובר בעותקים מפרים של יצירות המוגנות בזכות יוצרים ואך ורק כאשר מבצע הפעולה המסחרית ידע כי מדובר בעותקים מפרים. את טענת ההגנה הזו על הנתבע לבסס על עובדות אובייקטיביות ולהוכיח כי מבחינה אובייקטיבית לא היה אפשר לחשוך בקיומה של זכות יוצרים.⁵²

(2) דיני פטנטים

דיני הפטנטים בישראל קובעים כי לבעל הפטנט קיימת ככלל זכות קניינית מונופוליסטית על המצאתו.⁵³ לתקופה של עשרים שנה, המתחילה ממועד הגשת בקשת הפטנט.⁵⁴ במשך תקופה זו נאסר על כל אדם לנצל את הזכויות הגלומות בפטנט ללא קבלת הרשאה מפורשת מבעל הפטנט. נטל הראיה, בטענה כי הופר פטנט, רובין על בעל הפטנט בטרם יוכל לעמוד על זכויותיו ולדרוש את הסעדים המגיעים לו.⁵⁵ פגיעה בזכות המונופוליסטית של בעל הפטנט מטילה אחריות מוחלטת על המפר, ואין כל נפקות ל"ידיעתו" או ל"כוונתו" של

49 ס' 58 לחוק זכות יוצרים. יצוין כי ס' 58 לחוק זכות יוצרים הותיר על כנו, ללא שינוי מהותי, את ההסדר שהיה קיים קודם לכן בסוגיית "המפר התמים".

50 ראו ע"א 241/55 דפוס ניאוגרפיקה ואח' נ' מסדה בע"מ, פ"ד יא 890, 892 (1957); עניין Microsoft, לעיל ה"ש 4, בעמ' 20.

51 ראו ת"א י"ם) קימרון נ' שנקס ואח', פ"מ התשנ"ג(3) 10, 27 (1993); טוני גרינמן זכויות יוצרים, אמנים ומפיקים – זכויות, חובות והסכמים 174 (1998).

52 ראו בהחלטתו השנייה של בית-המשפט המחוזי בעניין שפר, לעיל ה"ש 8, פס' 47.

53 ראו ס' 49(א) לחוק הפטנטים, התשכ"ז-1967; ע"א 345/87 Hughes Aircraft Company נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(4) 45, 65 (1990); ע"א 7614/96 צחורי ובניו תעשיות בע"מ נ' "רגבה" – מושב שיתופי חקלאי בע"מ, פ"ד נד(3) 721, 733 (2000) (להלן: עניין צחורי); רע"א 2826/04 רשם הפטנטים נ' Recordati Ireland Limited, פ"ד נט(2) 85, 94 (2005) (להלן: עניין Recordati).

54 ס' 52 לחוק הפטנטים.

55 עניין צחורי, לעיל ה"ש 53, בעמ' 734; טור-סיני, לעיל ה"ש 19, בעמ' 190, ה"ש 43.

מפר הפטנט.⁵⁶ הנתבע לא ישמע בטענה כי לא היה מודע לעובדה שהוא מפר את זכויות הפטנט של אחר, אף אם יוכיח טענה זו, וגם לראיות חיצוניות אין כל משקל בהכרעה בשאלת ההפרה של פטנט רשום.⁵⁷ עם זאת, חוסר המודעות למעשה ההפרה יובא בחשבון בעת ההחלטה באשר להיקף הסעדים וההוצאות המשפטיות שייפסקו לטובתו של בעל הפטנט.⁵⁸

דיני הפטנטים אינם מעניקים הגנה לצד ג שביצע הפרה עקיפה של פטנט,⁵⁹ להבדיל מדיני זכות יוצרים, המעניקים הגנה למי שביצע הפרה עקיפה של זכות יוצרים.⁶⁰ הסעדים העומדים לזכותו של בעל הפטנט הם בעיקרם צווי מניעה (זמניים וקבועים) וסעדים כספיים.⁶¹ נהוג לבקש מהערכאה היושבת בדין סעד של צו מניעה זמני שימנע את המשך ההפרה,⁶² סעד של צו מניעה קבוע שייכנס לתוקפו עם מתן פסק-הדין וימנע הפרות נשנות עתידיות, וסעד כספי בגין הנוקים בפועל שהסב מעשה ההפרה לבעל הפטנט.⁶³

(ב) בארצות-הברית

(1) דיני זכות יוצרים

דיני זכויות היוצרים בארצות-הברית קובעים כי השאלה אם נעשתה הפרה של זכות יוצרים

56 ת"א (מחוזי ת"א) 2207/01 סנו מפעלי ברוננו בע"מ נ' נקה חימיקלים 1952 בע"מ 40 (לא פורסם, 20.3.2005).

57 שם. זאת, להבדיל מתובענה בעילה של עשיית עושר ולא במשפט בגין הפרת פטנט שלא נרשם, שם ראיות מעין אלה עשויות ללמד על חוסר תום-לב מצד הנתבע ולענות אגב כך, על-פי אחת הגישות, על דרישת "היסוד הנוסף" שנקבעה ברע"א 5768/94, 5614/95, 993/96 א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אבזורים ומוצרי צריכה בע"מ; הרר נ' שוהם מכוונות ומבלטים בע"מ; אתר תעשיות פלסטיק בע"מ נ' שי מפעל אלבומים ומוצרי פרסום בע"מ, פ"ד נב(4) 289 (1998).

58 עניין אס.די.אר., לעיל ה"ש 2, בעמ' 7; פרידמן, לעיל ה"ש 19, בעמ' 804.

59 החלטתו השנייה של בית-המשפט המחוזי בעניין שפר, לעיל ה"ש 8, פס' 47. זאת, להבדיל מההגנה הניתנת לצד ג שביצע הפרה עקיפה של זכות יוצרים ללא ידיעה (למעשה, בתום-לב). לעניין הגנת ההפרה העקיפה לגבי זכות יוצרים ראו לעיל ס' 11(א) למאמר זה. הגנה זו אינה קיימת בדין בארצות-הברית, הן לגבי זכות יוצרים והן לגבי פטנטים. לדין בעניין זה בארצות-הברית ראו להלן ס' 11(ב) למאמר זה. בעניין זה השופט בנימיני מפנה שם, בין היתר, לספרו: AMIRAM BENYAMINI, PATENT INFRINGEMENT IN THE EUROPEAN COMMUNITY (1993) 63-64.

60 ס' 48 לחוק, לעיל ה"ש 14.

61 ס' 183(א) לחוק הפטנטים: "בתביעה על הפרה זכאי התובע לסעד בדרך צו-מניעה ולפיצויים."

62 סמכותו של בית-המשפט להעניק סעד זמני נובעת מסמכותו הטבועה במסגרת ס' 75 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ונתונה לשיקול-דעתו.

63 ראו פרידמן, לעיל ה"ש 19, בעמ' 877.

אינה תלויה, ככלל, בכוונה⁶⁴ או בידיעה⁶⁵ או בזדון⁶⁶ מצידו של המפר. יתר על כן, אדם ייחשב מפר אף אם פעל בתום-לב.⁶⁷ דוגמה אחת לכך היא הלכת *re Woolworth I*, אשר נידונה בבית-המשפט העליון בארצות-הברית, בהקשר של הפרה שנעשתה בנסיבות מושא הדיון במאמר, דהיינו, הפרה על-ידי רוכש תם-לב.⁶⁸ Woolworth רכשה בתום-לב כאלף וחמש מאות פסלוני "קוקר-ספנייל" מיצרן אשר ייצר את הפסלונים תוך הפרה של זכות היוצרים בהם. בית-המשפט העליון של ארצות-הברית קבע כי אף-על-פי שהפסלונים נרכשו על-ידיה בתום-לב, בשווקה את הפסלונים נהפכה Woolworth למפרה של זכות היוצרים בהם. בהתאם, קבע בית-המשפט העליון כי על Woolworth לשלם לבעלת זכויות היוצרים פיצוי סטטוטורי בסך של \$5,000, כקבוע בחוק זכות יוצרים. אף שהרכישה נעשתה בתום-לב, לא מצא בית-המשפט לנכון להשתמש בדרך חלופית לפיצוי, כגון חישוב הרווח הגולמי ממכירת הפסלונים בסך של \$900.⁶⁹

עם היתן הקביעה של בית-המשפט כי הנתבע הפר זכות יוצרים, חוק זכות יוצרים קובע את התרופות הקיימות לתובע:⁷⁰ (1) פיצוי בגין הנזק הממשי וכל רווח נוסף של המפר אשר לא הובא בחשבון בעת חישובו של הנזק הממשי;⁷¹ (2) פיצוי סטטוטורי;⁷² (3) צו מניעה נגד הפרה עתידית,⁷³ וצו חילוט⁷⁴ או השמדה⁷⁵ של הנכסים אשר נטענת לגביהם הפרה.⁷⁶ בית-המשפט רשאי גם להורות על מסירת הנכסים המפרים לידי התובע.⁷⁷

- 64 18 C.J.S. Copyright and Literary §43 (1939); Buck v. Jewell-La Salle Realty Co., Mo., 283 U.S. 191 (1931); Fitzgerald Pub. Co., Inc. v. Baylor Pub. Co., Inc., 807 F.2d 1110 (1986).
- 65 ראו שם; Albert E. Price, Inc. v. Metzner, 574 F. Supp. 281 (1983).
- 66 ראו: Midway Mfg. Co. v. Dirkschneider, 571 F. Supp. 282 (1983).
- 67 ראו: Pye v. Mitchell, 574 F.2d 476 (1978); Roy Export Co. Establishment of Vaduz, Liechtenstein, Black Inc., A.G. v. Columbia Broadcasting System, Inc., 503 F. Supp. 1137, 1151 (1980).
- 68 ראו: F. W. Woolworth Co. v. Contemporary Arts, 344 U.S. 228 (1952) (להלן: *re Woolworth I*). למקרה זהה, אשר גם בו הייתה Woolworth מעורבת, ראו: Harms, Inc. v. F. W. Woolworth Co., 163 F. Supp. 484 (1958) (להלן: *re Woolworth II*).
- 69 ראו: Boisson v. Banian Ltd., 280 F. Supp. 2d 10 (2003).
- 70 ראו: 17 U.S.C. §§501–510 (1994); Jeff Toole, *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*: *The Rap on Remedies*, 29 IND. L. REV. 467, 472 (1995).
- 71 17 U.S.C. §504(b) (1978).
- 72 שם, ס' 504(c).
- 73 שם, ס' 502.
- 74 שם, ס' 503(a); Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 503(a) (1984).
- 75 17 U.S.C. §503(b) (1948).
- 76 ראו: Paul S. Owens, *Impoundment Procedures Under the Copyright Act: The Constitutional Infirmities*, 14 HOFSTRA L. REV. 211, 213 (1985).
- 77 ראו: Ford Motor Co. v. B & H Supply, Inc., 646 F. Supp. 975 (1986).

(2) דיני פטנטים

בארצות-הברית הפטנט מעניק לבעליו את הזכות למנוע אחרים מלייצר, מלהשתמש או מלמכור את ההמצאה הגלומה בפטנט לתקופה של עשרים שנה.⁷⁸ גם בארצות-הברית, בדומה לישראל, פעולות הנחזות כהפרה של פטנט אינן מחייבות כוונה להפר. הפרה יכולה להיעשות בהיסח-הדעת לגמרי, באופן לא-מכוון וללא כל ידיעה על-אודות הפטנט. עם זאת, ידיעה וכוונה מובאים בחשבון בעת קביעת גובה הפיצויים.⁷⁹ בית-המשפט רשאי, בתביעה להפרת פטנט, להגדיל את סכום הפיצויים עד פי שלושה מהסכום שנקבע כסכום המוערך בגין ההפרה.⁸⁰ הענקת פיצוי מוגדל כזה לתובע תואמת מצבים של הפרה בזדון.⁸¹

מקרה שנסיבותיו עוסקות בהפרה על-ידי צד ג – אלה הנסיבות אשר עומדות בלב הדין במאמר – הוא המקרה של *Dowagiac*,⁸² אשר נידון בבית-המשפט העליון של ארצות-הברית. מקרה זה מציג באופן חד את הקושי הטמון בסיטואציות מסוג זה בהקשר של הפרת זכות בפטנט. מוכרים קמעונאים רכשו בתום-לב מכשירים לזריעת תבואה מיצרנים אשר הפרו זכויות פטנט הגלומות במוצר. הפטנט היווה רק חלק מהמוצר עצמו, אשר כלל רכיבים רבים אחרים. השאלה שעמדה לפני בית-המשפט הייתה כיצד לחלק את הרווחים של המוכרים הקמעונאים מהמוצר. בית-המשפט קבע כי אף שהמוכרים לא ידעו על הפרת זכות הפטנט, יהיה עליהם להשיב לבעל הפטנט אותו חלק ברווחיהם המיוחס לזכות הפטנט שהופרה. פתרון זה דומה לכלל הערבוב המוצע במאמר זה, אשר מציג פתרון של השבת שווי הנכס המעורבב לבעל החלק הקטן יותר בנכס. עוד נקבע כי על הנתבע מוטל הנטל להראות מהו אותו חלק ברווחים. אם הוא אינו יכול להראות זאת, יהיה עליו להעביר את כל הרווחים לידי התובע.

פטנטים ניתנים לאכיפה בבתי-המשפט הפדרליים בארצות-הברית באמצעות צווי מניעה (קבועים או זמניים) ופיצוי כספי.⁸³ באופן כללי, מטרתן של התרופות בגין הפרת פטנט הן גם לפצות את בעל הפטנט בגין הנוקים אשר נגרמו כתוצאה מהפעילות המפרה, וגם למנוע הפרות עתידיות.⁸⁴ הפיצוי בגין הנוק שנגרם לבעל הפטנט נעשה באמצעות

78 35 U.S.C.S §154 (1982).

79 ראו: Florida Prepaid Postsecondary Educ. Expense Bd. v. College Sav. Bank, 527 U.S. 627 (1999).

80 ראו: 35 U.S.C. §284 (1952).

81 ראו: Dickey-john Corp. v. International Tapetronics Corp., 710 F.2d 329 (1983). טעותו של מפר תמים באשר לתקפותו של פטנט אינה צריכה להביא לידי נשיאה בפיצויים עונשיים. ראו: Enterprise Mfg. Co. v. Shakespeare Co., 141 F.2d 916 (1944).

82 ראו: Dowagiac Manufacturing Company v. Minnesota Moline Plow Company 235 U.S. 641 (1915) (להלן: *re Dowagiac*).

83 35 U.S.C. §§281, 283–285 (1946).

84 ראו: Ryan H. Coletti, Comment – Neither Good Knorr Bad: The Federal Circuit's Decision To Eliminate The "Adverse Inference" in Willful Infringement Determinations

פיצויים נזיקיים המוגבלים לסכום ההולם את הנזק שנגרם על-ידי ההפרה.⁸⁵ מניעת הפרות עתידיות נעשית באמצעות פיצויים עונשיים, חיוב בשכר-הטרחה של עורכי-הדין וצווי מניעה, הניתנים על-ידי בתי-המשפט על-פירוב במקרים של הפרה מכוונת.⁸⁶

2. דיני העברות לא-רצוניות

(א) בישראל

(1) כללי

בישראל חל על מכירת נכס גד הכלל של תקנת השוק הקבוע בסעיף 34 לחוק המכר, כחריג לכלל שאין אדם יכול להעביר יותר ממה שיש לו.⁸⁷ בהתמלא תנאיו של הסעיף, הבעלות בנכס הנד מוקנית לקונה, ועל-ידי כך הנכס מופקע מבעליו המקוריים. זאת, אף שהנכס יצא מידי הבעלים והגיע לידי הקונה על-ידי מי שאינו בעליו. תקנת השוק נועדה למצוא איזון ראוי בין האינטרס בבטחון זכויות הקניין לבין האינטרס בבטחון המסחר – בין טובת הבעלים המקורי לבין צורכי המסחר – במטרה לאפשר סחר חופשי ושוטף במיטלטלין במקומות עסק שנועדו לכך ללא צורך בחקירות ובדיקות כלשהן.⁸⁸

התנאים העיקריים שצריכים להתקיים כדי שתחול תקנת השוק הם תמורה, תום-לב ורכישה בתנאי שוק פתוח (על-ידי מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר ובמהלך העסקים הרגיל).⁸⁹ עם זאת, התנאי המהווה את מרכז הדיון בענייננו נסב דווקא סביב הדרישה שהנכס יהיה נכס גד. נטען כי תקנת השוק אינה חלה על קניין רוחני, באשר זה אינו כלול בהגדרת המונח "נכס גד".⁹⁰ אכן, לשונו של חוק המכר מבחינה בין המונח "מיטלטלין" לבין המונח "נכס גד", כדי ליצור הבחנה בין תחולתה של תקנת השוק על נכסים מוחשיים לבין אי-תחולתה על מקרקעין, זכויות אובליגטוריות, זכויות קניין רוחני

Does Not Alleviate the Burden on Accused Patent Infringers, 1 SETON HALL CIRCUIT REV. 269, 273 (2005).

35 U.S.C. §§284–285 (1952) 85

ראו: 35 U.S.C. §284 (1952); Knorr–Bremse Systeme Fuer Nutzfahrzeuge GmbH v. Dana Corp., 383 F.3d 1337 (2004); William F. Lee & Lawrence P. Cogswell, III, *Understanding and Addressing the Unfair Dilemma Created by the Doctrine of Willful Patent Infringement*, 41 HOUSTON L. REV. 393 (2004).

לעיל ה"ש 1. 87

ראו אייל זמיר חוק המכר, תשכ"ח 677–717 (פירוש לחוקי החוזים בעריכת גד טדסקי, 1987); דנ"א 2568/97 כנען נ' ממשלת ארה"ב, פ"ד נו(2) 632, 651, 659 (2003). ראו גם את דבריו של השופט ברנזון בע"א 716/72 רוזנשטרייך נ' חברה לאוטומובילים, פ"ד כז(2) 712, 709 (1973).

להרחבה ראו הגן, לעיל ה"ש 26, בעמ' 269–277; 281–284. 89

ראו, לדוגמה, עניין Microsoft, לעיל ה"ש 4, בעמ' 24. 90

וכדומה.⁹¹ רציונל זה שימש את בית-המשפט המחוזי בעניין **Microsoft**, המשתייך לקבוצת המקרים שבהם נדחתה אפשרות החלטה של תקנת השוק.⁹² עם זאת, נראה כי עניינם של דברים במכירה של זכות קניין רוחני, ולא במכירת נכס נד שבו מוקנות לצד ג זכויות קניין רוחני, כפי שעולה מהחלטתו הראשונה של בית-המשפט המחוזי בעניין שפר, אשר מאפשרת את החלטה של תקנת השוק באותן נסיבות.⁹³

(2) היחס בין תקנת השוק לבין דיני הקניין הרוחני

שאלת היחס בין תקנת השוק לבין דיני הקניין הרוחני עלתה כאמור בכמה פסקי-דין, ואף הגיעה לדיון בבית-המשפט העליון בעניין שפר.⁹⁴ במקרה זה הוחלט להחזיר את הדיון בחזרה לבית-המשפט המחוזי, אולם נראה כי בית-המשפט הסכים – אף כי באופן משתמע – עם קביעתו של השופט זפט בבית-המשפט המחוזי כי תקנת השוק גוברת על דיני הקניין הרוחני (לפחות בכל הנוגע לזכות יוצרים). הדיון בעניין זה התרכז ברובו במישור הדיוני של השאלה. השאלה העיקרית שעלתה לדיון היא מהו היחס בין הוראת סעיף 7 לחוק זכות יוצרים,⁹⁵ כדין ספציפי, לבין הוראת סעיף 34 לחוק המכר,⁹⁶ כדין כללי. הראשונה קובעת כי היצירות המפורות הן בחזקת רכוש של בעל זכות היוצרים, ואילו השנייה קובעת כי הבעלות ביצירה עוברת לידי הרוכש בתנאי תקנת השוק. לדעת המלומדים דויטש ופרזנטי, אין כל סתירה בין שתי ההוראות. עניינה של הוראת סעיף 7 לחוק זכות יוצרים היא לקבוע את הבעלות הראשונית בעותקים המפורים, אך כמו כל בעל קניין אחר, כך גם בעל זכות הקניין הרוחני עלול להפסיד את קניינו לרוכש בתנאי תקנת השוק.⁹⁷

לעומת זאת, כאמור, בעניין דרורי נקבע כי הוראת סעיף 7 לחוק זכות יוצרים היא בגדר הוראה מיוחדת, הגוברת על תקנת השוק הקבועה בסעיף 34 לחוק המכר.⁹⁸ לאותה תוצאה, אשר דחה את אפשרות החלטה של תקנת השוק, הגיע בית-המשפט המחוזי בשלושה פסקי-דין, שלושתם מאוחרים להחלטת בית-המשפט העליון בעניין שפר: בעניין

91 ראו זמיר, לעיל ה"ש 88, בעמ' 691.

92 עניין **Microsoft**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 24.

93 ראו את דבריו של השופט זפט בהחלטתו הראשונה של בית-המשפט המחוזי בעניין שפר, לעיל ה"ש 5, בעמ' 5; זמיר, לעיל ה"ש 88, בעמ' 714; ת"א (שלום י"ם) 11080/03 חברת "קליק"–CLICK בע"מ נ' רודן אופנה בע"מ ואח' (לא פורסם, 6.10.2005). כך משתמע גם מהחלטת בית-המשפט העליון בעניין שפר, לעיל ה"ש 6.

94 ש.ם.

95 כיום ס' 48 לחוק זכות יוצרים.

96 עניין שפר, לעיל ה"ש 5.

97 ראו שרה פרזנטי דיני זכויות יוצרים כרך ג 366 (2000); דויטש, לעיל ה"ש 18, בעמ' 89.

98 עניין דרורי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 3.

Microsoft⁹⁹ ובהחלטתו השנייה של בית-המשפט המחוזי בעניין שפר,¹⁰⁰ שעסקו בזכות יוצרים; ובעניין אס.די.אר., שעסק בפטנט.¹⁰¹

מקרה מעניין נוסף שמעלה אותה שאלה הוא עניין דנציגר נ' דרוק,¹⁰² בית-יציקה יצק העתקים מפרים של הפסל "נמרוד" מאת האומן יצחק דנציגר. אלמנתו של האומן, בעלת זכות היוצרים בפסל, תבעה פיצויים מבית-היציקה, ואף זכתה בהם. לאחר-מכן הגישה תביעה נגד אספן אומנות אשר רכש העתק מפר של הפסל להעברת הבעלות בהעתק לידיה מכוחו של סעיף 7 לחוק זכות יוצרים.¹⁰³ בית-המשפט העליון השיב את הדיון לבית-המשפט המחוזי על-מנת שיבחן אם לא היה רשאי להחזיר את ההעתק לבעלת זכות היוצרים מכוח סעיף 8 לחוק זכות יוצרים.¹⁰⁴

מנסחי חוק זכות יוצרים נתנו את דעתם לסוגיה הנדונה, וקבעו (בסעיף 60 לחוק) כי אדם שרכש עותק מפר בתנאי תקנת השוק לא יהיה חשוף לאפשרות של תפיסת העותק המפר על-ידי בעל זכות היוצרים, ויהיה רשאי להמשיך לעשות בו שימוש שאינו מסחרי, בכפוף להתמלאותם של התנאים הקבועים בסעיף 34 לחוק המכר. מעניין לראות בהקשר זה כי מנסחי החוק קבעו גם כי בית-המשפט רשאי, לבקשת בעל זכות היוצרים, להורות על העברת הבעלות בעותקים המפרים – אלה שלא עמדו בתנאי תקנת השוק – לידי בעל הזכות, בתמורה לתשלום שייקבע על-פי שיקול-דעתו של בית-המשפט (כלל ערבוב חד-צדדי). זאת, בצד ההוראה המאפשרת השמדה של העותקים המפרים או עשיית כל פעולה אחרת בהם. הנימוק להסדר זה, על-פי דברי ההסבר, הוא כי העברת הבעלות בעותק המפר לידי בעל זכות היוצרים עשויה להיות בלתי-סבירה במצבים שבהם רק חלק-הטפל בעותק המפר מיוחס לזכות היוצרים.¹⁰⁵ דעתנו היא כי רצוי ללכת בדרך של קביעת כלל הערבוב (הדו-צדדי), אשר יחול גם במצבים של רכישה בתום-לב ובתמורה על-ידי צד ג (תוך דחיית האפשרות של החלת תקנת השוק) וגם בהתייחס לזכויות קניין רוחני אחרות.

(ב) בארצות-הברית

אף שהנושא של רכוש גנוב נתון להסדרה מדינתית בארצות-הברית, וכל מדינה מחוקקת בנושא זה את חוקיה שלה, ניתן לומר כי באופן מהותי החוקים המדינתיים תואמים את ה-UCC,¹⁰⁶ וקובעים – בניגוד לדין הישראלי – כי במצב שבו נכס נלקח מבעליו ללא

99 עניין Microsoft, לעיל ה"ש 4.

100 החלטתו השנייה של בית-המשפט המחוזי בעניין שפר, לעיל ה"ש 8.

101 עניין אס.די.אר., לעיל ה"ש 2, בעמ' 10.

102 ע"א 2312/02 דרוק נ' דנציגר (לא פורסם, 23.3.2005); ה"פ (מחוזי י"ם) 774/01 דנציגר נ' דרוק (לא פורסם, 29.1.2002) (להלן: עניין דנציגר נ' דרוק).

103 לעיל ה"ש 1.

104 לעיל ה"ש 13.

105 ראו תזכיר חוק זכות-יוצרים, התשס"ד-2003, www.biu.ac.il/bar-e-learn/meda/copyrights.pdf.

106 U.C.C. §2-403 (1978).

הסכמת הבעלים, והלוקח מנסה למוכרו או למשכנו ללא הסכמת הבעלים, הבעלים רשאי ככלל לעקוב אחר הנכס ולדרוש את השבתו ללא קשר לשאלה בידי מי הנכס נמצא; זאת, אף אם הרוכש מהלוקח הינו תם-לב.¹⁰⁷ הסיבה לכך היא שגנבה הינה פעולה פלילית, ולכן אינה יכולה לזכות את הגנב בזכות קניין ברכוש הגנוב.

האמור לעיל נכון כל עוד מעביר הזכות הינו בעל זכות בעלות בטלה (void title). ה-UCC¹⁰⁸ ממשיך וקובע כי לאדם בעל זכות בעלות הניתנת לביטול (voidable title) – למשל, למי שבידיו ייפוי-כוח מן הבעלים המקורי לבצע את המכירה – יש הכוח להעביר קניין תקף לרוכש בתום-לב ובתמורה.¹⁰⁹ לכן, על-פי ה-UCC, כאשר טובין הועברו באמצעות עסקת מכר, הרוכש יכול להעביר בעלות בהם לרוכש אחר בתום-לב, אף אם המעביר רומה באשר לזהותו של הרוכש,¹¹⁰ או שהעברה הייתה בתמורה להמחאה אשר בהמשך לא כובדה,¹¹¹ או שהוסכם כי העסקה תהיה על "בסיס מזומן",¹¹² או שהעברה הייתה תוצאה של מרמה המוכרת כעברה פלילית של גנבה תחת חוק העונשין.¹¹³

3. דיני ערבוב

(א) בישראל

מטרת דיני הערבוב היא ליצור כללי הכרעה בשאלת הבעלות והזכויות האחרות בנוגע לנכסים המוחזקים בבעלות פרטית, במצבים שבהם נכסיו של אחד מתערבבים, מיתוספים או מתמזגים עם נכסיו של אחר, לרבות מצבים שבהם שונו נכסיו של אחד באמצעות

- 107 ראו: Karen Theresa Burke, *International Transfers of Stolen Cultural Property: Should Thieves Continue to Benefit from Domestic Laws Favoring Bona Fide Purchasers?* 13 LOY. L.A. INT'L & COMP. L.J. 427, 446 (1990), and the references thereon; 77A C.J.S. Sales §232 (1994); LAWRENCE ANDERSON, ON THE UNIFORM COMMERCIAL CODE 566–568 (Lary Lawrence ed., 1981); כן ראו Levmore, *לעיל ה"ש 26, בעמ' 57–58.*
- 108 ראו: Touch of Class Leasing v. Mercedes-Benz Credit of Canada, Inc., 599 A.2d 661 (1991); Everett v. U.S. Fire Ins. Co., 653 S.W.2d 948 (1983); Welch v. Cayton, 395 S.E.2d 496 (1990).
- 109 ראו: U.C.C. §2–403(1) (1978); Touch of Class Leasing v. Mercedes-Benz Credit of Canada, Inc. 599 A.2d 166 (1991); In re Coast Trading Co., Inc. C.A.Or., 744 F.2d 686 (1984) ibid.
- 110 ראו: Charles Evans BMW, Inc. v. Williams, 395 S.E.2d 650 (1990); United Road Machinery Co. v. Jasper, 568 S.W.2d 242 (1978).
- 111 ראו: Brumley Estate v. Iowa Beef Processors, Inc., C.A.Tex., 704 F.2d 1351 (1983).
- 112 ראו: In re Coast Trading Co., Inc., לעיל ה"ש 109.
- 113 ראו: Suburban Motors, Inc. v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co., 268 Cal.Rptr. 16 (1990).

עבודתו של אחר.¹¹⁴ על-פי חוק המיטלטלין,¹¹⁵ ערוב נכסי מיטלטלין באופן שאינו ניתן להפרדה יוצר נכס חדש. סעיף 4(א) לחוק קובע את הכלל הבסיסי, שלפיו במצבים שבהם התערבבו מיטלטלין כך שאי-אפשר לזהותם בנכס החדש שנוצר, או שאי-אפשר להפרידם למצבם המקורי,¹¹⁶ או שניתן להפרידם אך הדבר כרוך בנוק בלתי-סביר או בהוצאות בלתי-סבירות, יהיה הנכס החדש בבעלות משותפת של הבעלים המקוריים, ויחס הבעלות ייקבע על-פי שווי המיטלטלין ערב החיבור. החוק ממשיך וקובע בסעיף 4(ב) את הכלל העיקרי, שלפיו במקרים שבהם ניתן לאתר תרומה עיקרית של אחד הצדדים, תיקבע הבעלות בנכס החדש על-פי מבחן העיקר והטפל: מי שמייטלטליו מהווים את עיקר הנכס יזכה בבעלות בנכס, ויהיה עליו לשלם לצד האחר את שוויים של מיטלטליו. סעיף 4(ג) קובע כי דיני הערוב לא יחולו מקום שקיים הסכם בין הצדדים.

סעיף 6 לחוק מרחיב את ההסדר מעבר לערובם של נכסים מוחשיים, וקובע כי עבודה שהושקעה תוך עיבודו של נכס השייך לאחר תיחשב כערוב מיטלטלין, כלומר, יראו את שווי העבודה כשווי המיטלטלין. הסעיף דן במצבים שבהם העבודה שהושקעה בנכס הביאה לידי שינוי, ואין הוא עוסק במצבים שבהם העבודה השביחה את הנכס אך לא גרמה לשינוי בנכס גופו. ניתן לפתור מצבים אלה על-פי הדינים הכלליים של עשיית עושר ולא במשפט.¹¹⁷ סעיף 13 לחוק מחיל את הוראות החוק (ובניהן הוראות סעיפים 4 ו-6) על זכויות. הרחבת תחולה זו מאפשרת את החלתם של דיני הערוב גם על קניין רוחני.¹¹⁸

החסר העיקרי בחוק הוא אי-התייחסותו לשאלת האָשם בערוב. ההסדר הקנייני החל על-פי דיני הערוב מתעלם לחלוטין משיקולי אָשם. כלומר, אם א מיזג נכס שגול מ-ב עם נכס אחר, יחול עליהם הסדר זהה לזה שיחול במקרה שבו נכסו של א התמזג בתום-לב עם נכסו של ב. לשיטתו של פרידמן,¹¹⁹ ניתן לרכך תוצאה לא-רצויה זו (שהרי מדובר למעשה בהפקעת רכוש פרטי כנגד תשלום שווי).¹²⁰ עם זאת, גם לשיטתו של פרידמן אין בשאלת

114 להרחבה ראו מיגל דויטש קניין כרך א 467-474 (1997); דניאל פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט 37-38, 248-259 (מהדורה שנייה, 1998).

115 לעיל ה"ש 17.

116 ראוי לציין כי הפסיקה אינה משתמשת כמעט בדיני ערוב מיטלטלין. למעשה, על-פי בדיקה שערכנו, נראה כי קיים רק פסק-דין אחד הדן בסוגיה במישרין, ואף הוא רק בפן השלילי של הדין, קרי, במצב שבו הנכסים המערובבים ניתנים להפרדה. ראו ע"א 790/85 רשות שדות התעופה נ' גרוס, פ"ד מד(3) 185, 215-216 (1990). לדיון בסוגיה בתקופה שקדמה לחוק המיטלטלין ראו ע"א (מחוזי י"ם) 65/69 מוסך הירשמן נ' חיט, פ"מ ע 382 (1970).

117 חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979. ראו דויטש, לעיל ה"ש 114, בעמ' 469-470; פרידמן, לעיל ה"ש 114, בעמ' 253-257.

118 לדוגמות למצבים שונים של ערוב בהקשרים של קניין רוחני ראו דויטש, לעיל ה"ש 114, בעמ' 470-474. דויטש מציע לנהוג בוהירות רבה בעת החלתם של הסדרי הערוב על קניינים רוחניים, מחשש כי הדבר יוביל להתעלמות מהסדרים שליליים הטבועים בדינים אלה.

119 פרידמן, לעיל ה"ש 114, בעמ' 252. ראו גם דויטש, לעיל ה"ש 114, בעמ' 467-469.

120 לדעת פרידמן, ניתן לרכך את התוצאה האמורה בשלוש דרכים: האחת - מתן פטור לזוכה מחובת השבה לפי דיני עשיית עושר ולא במשפט, אם ראה בית-המשפט כי ההשבה אינה

האָשם כדי לשנות את התוצאה הקניינית של הערבוב, הנקבעת על-פי דיני הערבוב, אלא רק את השלכותיו הכלכליות. הדבר נכון גם לגישתו של דויטש, אשר מציע לעשות שימוש בעוולת הגזל בנויקין במקרים שבהם אחד הצדדים גרם לערבוב הנכסים, בין שבאשמתו ובין שלא באשמתו.¹²¹ כך, למשל, אם בעל המיטלטלין העיקריים גרם לערבוב, יש לחייבו בתשלום שוויים של המיטלטלין הטפלים לבעליהם, אך אם אובדן הבעלות במיטלטלין הטפלים גרם לנוק מעבר לשוויים, תקום לבעליהם עילה בנויקין.

(ב) בארצות-הברית

(1) כללי – *accession and confusion of goods*

דיני הערבוב קיימים גם בארצות-הברית, ומטרתם דומה למטרת הדין בישראל.¹²² דינים אלה נחלקים בארצות-הברית לשתי קטגוריות עיקריות: *accession of goods* ו-*confusion of Goods*.¹²³ שני המונחים קרובים מאוד במשמעותם, ובתי-המשפט משתמשים בהם כדי לקבוע את זכויות הצדדים במצבים שבהם קניינם התערבב או התמוזג יחד באופן שאינו ניתן להפרדה. *Accession Law* דן במצבים של רכישת בעלות פרטית בנכס באמצעות הפיכתו לדבר חדש על-ידי עבודה או על-ידי ערבובו או מיזוגו עם דבר אחר.¹²⁴ *Confusion of goods* דן במצבים של רכישת בעלות פרטית בנכס אשר מורכב משני נכסים אשר התערבבו או התמוזגו באופן שאינו ניתן להפרדה.¹²⁵ נדגיש כי המקרים מושא המאמר מהווים לדעתנו מקרים של ערבוב מסוג *accession*, ובהתאם יתמקד הדיון בדינים אלה.

(2) דיני הערבוב מסוג *accession*

בדין החל על מקרים של *accession* ניתן להבחין בשני המצבים הבאים: יוצר שינוי בתום-לב הגורם לשינוי בנכס באמצעות עבודה או באמצעות מיזוגו של הנכס עם נכס אחר

צודקת בנסיבות העניין; השנייה – מניעת תשלום בעבור שוויים של המיטלטלין למי שיצר את המיזוג בזדון, לפי הכלל שלפיו "אין חוטא נשכר"; והשלישית – חישוב סכום ההשבה באמצעות שימוש בסיפא של ס' 4(ב) לחוק המיטלטלין, הקובע כי על בעל העיקר לשלם לחברו את הסכום שזכה בו ברכישת המיטלטלין, כלומר, לא בהכרח שווי המיטלטלין הטפלים. פרידמן, לעיל ה"ש 114, בעמ' 252, ה"ש 74.

121 דויטש, לעיל ה"ש 114, בעמ' 468-469.

122 ראו: *Bozeman Mortuary Ass'n v. Fairchild*, 68 S.W.2d 756, 757 (1934).

123 להגדרת המונחים ולהבחנה ביניהם ראו: *Drew L. Kersten, Of Straying Crops and Patent Rights*, 43 WASHBURN L.J. 575, 588 (2004).

124 ראו: *Am. Jur. 2d Accession and Confusion §1; Omaha Standard, Inc. v. Nissen*, 187 N.W.2d 721 (1971); *IDS Leasing Corp. v. Leasing Associates, Inc.*, 590 S.W.2d 607 (1979).

125 ראו: *Am. Jur. 2d Accession and Confusion §§2, 1*.

השייך לו יוכל לרכוש בעלות בנכס החדש שנוצר.¹²⁶ זאת, בתנאי שזהותו של הנכס המקורי התמזגה בתוך נכס חדש אשר שונה באופן משמעותי מהנכס המקורי,¹²⁷ בתנאי שערכו של הנכס עלה באופן משמעותי¹²⁸ (כך שניתן לומר כי חלק-הרוב בנכס שייך לצד שגרם לשינוי) ובכפוף לחובתו להשיב לבעלים המקורי של הנכס את שוויו של הנכס אשר שונה (הנכס המקורי).¹²⁹

יוצר שינוי בזדון אינו זכאי ככלל לכל זכות בנכס החדש, ולעניין זה אין חשיבות לערכו של השינוי, מאחר שהכלל הבסיסי קובע כי חוטא לא יצא נשכר.¹³⁰ זאת, כל עוד הבעלים המקורי יכול להוכיח כי נכסו שלו שימש ליצירת הנכס החדש, אף אם הוא אינו יכול לזהות במדויק את הנכס המקורי בתוך הנכס החדש.¹³¹

ההבחנות לעיל בין יוצר שינוי בזדון לבין יוצר שינוי בתום-לב מהוות את הבסיס לדיון שערכו בתי-המשפט בשאלה מושא מאמר זה, קרי, מהן זכויות הצדדים במקרה של רכישה בתום-לב של הנכס החדש מידי יוצר השינוי. ככלל, אותם זכויות וסעדים קיימים לבעלים המקורי כנגד הרוכש כפי שהם קיימים לו כנגד יוצר השינוי. זאת, מאחר שאדם אינו יכול להעביר יותר ממה שיש לו. לכן, בתי-המשפט בארצות-הברית קובעים כי ככלל, רוכש בתום-לב מיוצר שינוי במזיד אינו רוכש כל בעלות בנכס, והבעלים המקורי זכאי לדרוש את הבעלות בנכס החדש או לקבל את ערכו (כפי שהוא זכאי לדרוש זאת מיוצר השינוי במזיד עצמו).¹³² חריג לכלל זה הוא המצב שבו הרוכש תם-הלב שינה את הנכס כך שזהותו אינה קיימת עוד,¹³³ שאז הבעלים המקורי יכול לתבוע מן הרוכש רק השבת שווי, ולא את הנכס גופו. במצבים כאלה, כמו במצבים אחרים שבהם הבעלים המקורי אינו יכול לקבל את הנכס לידיו, חישוב הפיצויים שניתן לקבל מרוכש תם-לב תלוי בשאלה אם הלקיחה המקורית הייתה תמימה או זדונית. אם הערבוב המקורי נעשה לא במודע או בתום-לב, אזי הרוכש מיוצר הערבוב רשאי לנכות את ערכה של העבודה וההוצאות אשר משויכים ליוצר הערבוב.¹³⁴ אמת-המידה לחישוב הפיצויים היא ערכם של המיטלטלין לפני

126 ראו: *Austrian Motors, Ltd. v. Travelers Ins. Co.*, 275 S.E.2d 702 (1980); *Eaton v. Langley*, 47 S.W. 123 (1898); *Lampton's Ex'rs v. Preston's Ex'rs*, 24 KY. 454 (1829); *Gaskins v. Davis*, 115 N.C. (1894).

127 ראו: *Austrian Motors, Ltd. v. Travelers Ins. Co.*; *Eaton v. Langley*; שם; *Gaskins v. Davis*.

128 ראו: §4 Am. Jur. 2d Accession and Confusion.

129 ראו: *Kirby Lumber Co. v. Temple Lumber Co.*, 83 S.W.2d 638 (1935).

130 שם.

131 ראו: *Union Naval Stores Co. v. U.S.*, 240 U.S. 284 (1916); *Bozeman Mortuary Ass'n v. Fairchild*, לעיל ה"ש 122.

132 ראו: *Wooden-Ware Co. v. U.S.*, 106 U.S. 432 (1882).

133 ראו: *Silbury v. McCoon*, 3 N.Y. 379 (1850); *Meyers v. Gerhart*, 54 Wash. 657 (1909).

134 ראו: *Omaha & Grant Smelting & Refining Co. v. Tabor*, 13 Colo. 41 (1889); *Wing v. Milliken*, 91 Me. 387 (1898); *Powers v. Tilley*, 87 Me. 34 (1894).

שנלקחו מהבעלים המקורי.¹³⁵ עם זאת, במקרה של יוצר ערבוב בודון, אף שהרכישה עצמה בוצעה ללא מודעות לעוולה שנעשתה, שיעורם של הפיצויים יהיה ערכם של המיטלטלין בעת הרכישה, ללא אפשרות להפחית את ערכם של עבודתו והוצאותיו של יוצר הערבוב בודון.¹³⁶

עם זאת, ניתן למצוא בפסיקה האמריקאית גם תפיסה אחרת: בעניין *Railway Co. v. Hutchins*¹³⁷ נקבע תקדים חשוב (שהינו חריג לכלל האמור), שלפיו במצבים שבהם הבעלים המקורי אינו יכול לקבל לידיו את הנכס, הוא רשאי לקבל מהרוכש תמ"הלב את שוויו של כל הנכס החדש, בניכוי ערכה של העבודה והחומרים שנוספו לו על-ידי יוצר השינוי במזיד. בית-המשפט מבחין בין שתי מערכות היחסים – זו שבין הבעלים המקורי לבין יוצר השינוי, וזו שבין הבעלים המקורי לבין הרוכש תמ"הלב. במערכת היחסים הראשונה קיימת לבעלים המקורי עילת תביעה נגד יוצר השינוי במזיד, מכוח זכותו הקניינית ומכוח הקביעה כי מעוולה לא תצמח זכות. לפיכך הבעלים המקורי זכאי לנכס החדש שנוצר או לחלופין לשוויו. עם זאת, כלל זה אינו חל במערכת היחסים השנייה, שבה העוולה לא נעשתה על-ידי הצד הטוען לזכות.

פרק ג: הכוונת התנהגות – דיון

1. השאלה של הכוונת התנהגות – היבטי יעילות

(א) מצב-המוצא

הדיון עוסק בשני שווקים: האחד, שוק המוצר, שבו יצרן מוכר לצרכנים מוצר שמשולב בו מרכיב שהינו זכות קניין רוחני – למשל, פטנט לייצור המוצר או פטנט לייצור אחד הרכיבים שהמוצר עשוי מהם; והאחר, השוק של זכות הקניין הרוחני, שבו בעלת זכות הקניין הרוחני מוכרת את זכותה. השוק השני קשור לשוק הראשון, בהיותו שוק להספקת חומר-גלם לשוק הראשון, ומי שרוכש בו את זכות הקניין הרוחני הוא היצרן בשוק השני. כאשר היצרן אינו רוכש את זכות הקניין הרוחני בשוק חומר-הגלם אלא גונב אותו, או כאשר הוא מקבל אותו לידיו ממוכר שאינו מוסמך למכור אותו, או כאשר הוא משתמש בו ברשלנות או בטעות – נכנסים לפעולה דיני הקניין הרוחני.

135 ראו: Birmingham Mineral R. Co. v. Tennessee Coal, Iron & R. Co., 127 Ala. 137 (1899); The J. Oswald Boyd, 53 F. Supp. 103, A.M.C. 543 (1944).

136 ראו *Union Naval Stores Co. v. U.S.*, לעיל ה"ש 131; The J. Oswald Boyd, 53 F. Supp. 103, A.M.C. 543 (1944); Shaw v. Saunders, 79 Fla. 846 (1920); Jones Lumber Co. v. Gatliff, 82 S.W. 295 (1904).

137 ראו: *Railway Co. v. Hutchins*, 32 Ohio St. 571 (1877).

הנחת-המוצא של דיונו היא שדיני הקניין הרוחני, ככל שהם חלים במערכת היחסים שבין בעלת זכות הקניין הרוחני לבין היצרן, קובעים מערכת מיטבית של כללים. הבעיה שאנו עוסקים בה במאמר זה היא המצב שבו היצרן משתמש בזכות הקניין הרוחני, תוך כדי הפרת דיני הקניין הרוחני, לצורך יצירת מוצר חדש. יודגש כי המוצר החדש כולל את זכות הקניין הרוחני באופן שאינו ניתן להפרדה. נוסף על כך, המוצר אינו נמצא במלאי של היצרן, אלא נמכר לצרכן. כאמור, כאן אנו דנים במצבים שבהם אי-אפשר לתבוע את היצרן, ונוצרת תחרות בין בעלת זכות הקניין הרוחני לבין הצרכן אשר רכש את המוצר ומשתמש בו. להלן נבחן כמה כללים משפטיים אפשריים להסדרת התחרות בין בעלת זכות הקניין הרוחני לבין הצרכן במצב-דברים זה.

(ב) כלל הקניין הרוחני – הקצאת זכות הבעלות במוצר לבעלת זכות הקניין הרוחני

מנקודת-המבט של הכוונת התנהגותם של השחקנים, כלל שמאפשר במקרה של פשיטת-רגל של היצרן הגשת תביעה כלפי הצרכנים (כלל הקניין הרוחני)¹³⁸ יכול להשפיע על התנהגותם של השחקנים. כלל שמאפשר קבלת הקניין מן הצרכנים מעניק הגנה חזקה לבעלת זכות הקניין הרוחני. ככל שכלל זה אפקטיבי (סביר שהוא יהיה אפקטיבי יותר כלפי צרכנים מסחריים), הוא עשוי להקטין את העלויות הכרוכות בהשקעה באמצעי הגנה על זכויות קניין רוחני. הקטנת עלויות ההגנה על פטנט יכולה להוביל לשיווי-משקל חדש בשוקי הפטנטים, שבו יגבר השימוש בפטנטים ויזול מחירם. כל זאת, יחסית למצב שבו לא תתאפשר כלל תביעה כלפי הצרכנים. תוצאה זו יכולה להוביל להגדלת התמריצים להשקיע בפיתוח זכויות קניין רוחני.¹³⁹

בשוק המוצרים, הפחתת עלויות השימוש בזכויות קניין רוחני יוזילו את עלויות הייצור. דבר זה עשוי להוביל לשיווי-משקל חדש בשוק המוצרים, שבו יגבר ייצור המוצרים ויזול מחירם. עם זאת, תוצאה זו אינה חד-משמעית, ולא ברורה ההשלכה של הכלל על הרווחה החברתית. ראשית, חיזוק ההגנה שניתנת לבעלת זכות הקניין עלולה להגביר את כוחה המונופוליסטי.¹⁴⁰ שנית, חשיפת הקונים לאפשרות של אובדן המוצרים שרכשו עשויה

138 לתיאור משמעותו של כלל הקניין הרוחני ראו לעיל במבוא למאמר זה. לתיאור הדין בתחום זה ראו לעיל ס' ב למאמר זה.

139 בעיקר בפטנטים, שלגביהם ברור יותר כי מתן המונופול באמצעות הגנת הפטנט יכול לספק תמריץ יעיל לייצורם.

140 ראו, למשל, מיכל שיצר-גל "מונופולים בתחרות – האיזון שבין עידוד חדשנות ויצירתיות ובין הפגיעה בתחרות בדיני ההגבלים העסקיים" דין ודברים ב(2) 425 (תשס"ו). בהקשר זה, שיצר-גל טוענת כי "ניצול בלעדי של זכות הקניין הרוחני עלול ליצור כוח מונופוליסטי שיפגע לפחות בטווח הקצר בצרכן בשל המחיר הגבוה שעשוי לדרוש בעל הקניין הרוחני. יתרה מזו, ניצול זכות הקניין עלול לפגוע במתחרים אשר יאלצו לייצר מוצרים פחותים באיכותם או להשתמש בטכנולוגיות ייצור יקרות יותר. במקרים קיצוניים הם יאלצו לצאת מן השוק ולצמצם את התחרות בו. אך חשוב מכך, הרחבת ההגנה עלולה לפגוע בתחרות וביעילות הדינמית בעתיד בשל הכשלת הפיתוח הכלכלי של המצאות חדשות בתחום הזכות

אף היא להשפיע על שיווי-המשקל בשוק המוצרים. חוסר הוודאות שנוצר עלול לגרום להקטנת הביקוש של הצרכנים למוצרים שקיימת לגביהם אפשרות כזו. אם הצרכנים יכולים להשקיע ביצירת ודאות, באמצעות איסוף מידע ובדיקת זכויות היצרנים, עלויות איסוף המידע ועריכת הבדיקות יגרמו אף הן לאותה תוצאה, קרי, להקטנת הביקוש של הצרכנים למוצרים. השפעה זו יש בה כדי לגרום להקטנת הייצור ולהפחתת מחיר המוצרים. גם כאשר היצרנים יכולים להשקיע ביצירת ודאות, באמצעות הצגת מידע או באמצעות ביטוח, עלויות ההשקעה הנוספת ישפיעו בכיוון של הקטנת הייצור, אך גם בכיוון של עליית מחיר המוצר. אי-אפשר לומר, אם כן, כי השיפור בשוק זכויות היוצרים יוביל בהכרח לשיווי-משקל בשוק המוצרים שבו יגבר ייצור המוצרים ויזול מחירם. ההשפעות הנוספות עלולות לגרום להפחתת הייצור או אף לעליית מחיר המוצרים.

שוק זכויות הקניין הרוחני יושפע משיווי-המשקל שיושג בשוק המוצרים.¹⁴¹ ירידת מחירי המוצרים בשוק המוצרים עלולה להשפיע בכיוון של הקטנת הביקוש לייצור זכויות קניין רוחני. לכך עלולה להיות השפעה בכיוון של הקטנת התמריצים להשקיע בפיתוח זכויות קניין רוחני.

להערכתנו, אי-אפשר לומר באופן ודאי כי השינויים האפשריים בשיווי-המשקל בשוקי זכויות הקניין הרוחני ובשוקי המוצרים יגרמו לשיפורי יעילות. האם ניתן לגייס את גישת "המונע הזול" או את גישת "נושא הסיכון הטוב ביותר" ולהראות כי כלל הקניין הרוחני יכול למונע את עלויות העסקה? כאמור, בחלק זה של הדיון נשאל אם ניתן להראות, מנקודת-מבט של שיקולי יעילות, כי הכלל המאפשר לבעלת זכות הקניין הרוחני לתבוע את הצרכנים יגרום להכוונה מיטבית של התנהגות השחקנים השונים. לדעתנו, התשובה היא שלא בהכרח, וזאת מן הטעמים הבאים:

השפעה על התנהגות הצרכנים – הפחתת הנטל מבעלות זכויות הקניין הרוחני והטלת נטל גדול יותר על הצרכנים לא יניבו בהכרח תוספת יעילות. בשוקי המוצרים אין זה מובן מאליו שהצרכנים ישנו את התנהגותם באופן הרצוי לחברה. גם אם הצרכנים יודעים כי הסיכוי שהמוצר יילקח מהם גדול יותר, אין זה ברור כי העברת הנטל אליהם תניע אותם להשקיע באופן מיטבי, אם בכלל, בעריכת בדיקות בדבר זכויות הקניין הרוחני הגלומות במוצר שהם רוכשים. במקרים רבים הבדיקה אינה כדאית – למשל, בשל העלות הגבוהה של השגת מידע בדבר הסוגים השונים של זכויות הקניין הרוחני הגלומות במוצר, דבר שעלול להפוך את הבדיקה ליקרה או ללא-אפקטיבית. לכן קיימת אפשרות שהגדלת הסיכון של הקונים, באמצעות הכלל שלפיו הבעלות במוצר הינה של בעלת זכות היוצרים, עלולה לא להשפיע כלל על התנהגותם של הקונים. לכאורה, תוצאה זו הינה טובה, שכן אם הבדיקה אינה כדאית מבחינה חברתית, היינו רוצים שהקונים יבחרו לא לערוך אותה. עם זאת, להטלת הסיכון על הקונים יש עלויות, המתבטאות בהפחתת הביקוש למוצר בשל הסיכון לנטילתו מהם.

המוגנת או בתחומים המשיקים לה. זאת מן הטעם שהמצאות חדשות רבות מבוססות על ידע קודם. ככל שידע קודם מוגן יותר, כך יצירתו של ידע חדש עלולה להיות יקרה יותר". שם, בעמ' 434.

141 בין השווקים – שוק המוצר ושוק גורם הייצור – קיים שיווי-משקל בו-זמני.

נוסף על כך, ייתכנו נסיבות שבהן הקונים אינם יודעים להבחין *ex ante* בין מצב שבו עריכת הבדיקות היא פעולה כדאית לבין מצב שבו פעולה זו אינה כדאית, או נסיבות שבהן עלות ההבחנה בין המצבים הינה גבוהה. בעיה זו, שהינה בעיה של קריסת תמריצים (adverse selection)¹⁴², עלולה לגרום לכך שהקונים ישקיעו בבדיקות באופן אחיד, מבלי להבדיל בין מצבים שבהם כדאי לערוך את הבדיקות לבין מצבים שבהם אין הדבר כדאי. כך, בחלק מן המקרים מסתבר *ex post* כי רמת ההשקעה הייתה גבוהה מדי, ובחלק אחר של המקרים – נמוכה מדי. את התועלת מרמה אחידה זו של בדיקות יש לשקול אל מול העלויות הנוספות שנגרמות כתוצאה מהפחתת הביקוש למוצר.

בעיה נוספת מתמקדת בהבחנה בין התועלת החברתית מעריכת הבדיקות לבין התועלת הפרטית של הקונה. ייתכן כי אף אם עריכת הבדיקות הינה פעולה יעילה מבחינה חברתית, הקונים יבצעו השקעה תת-מיטבית, מן הטעם שההשקעה בבדיקות בעת הרכישה תשרת אותם רק בחלקה. חלק מן ההשקעה יועיל לאחרים, אך לא לעורך הבדיקה – למשל, במקרה שבו עסקת הרכישה לא תושלם או בשל השפעתה של הבדיקה על הגדלת הסיכוי שבעלת זכות קניין רוחני תהיה מוגנת בעתיד מפני אובדן זכותה. זוהי בעיה של טפילות (free-riding)¹⁴³, שעלולה לגרום לתת-השקעה של הקונים. לחלופין, ייתכן כי אף אם עריכת הבדיקות אינה פעולה יעילה מבחינה חברתית, הקונים יערכו בכל-זאת את הבדיקות – למשל, מן הטעם שהם צופים סיכון אישי גבוה בשל שנאת סיכון גבוהה. כך גם אם עריכת הבדיקות על-ידיהם – ולא על-ידי קונים אחרים – הינה פעולה לא-יעילה יחסית, אם משום שאין בידם מידע שקיים בידי יתר הציבור – למשל, בנושא איתנותו הפיננסית של היצרן – ואם משום שיש להם חיסרון יחסי ביכולת הבדיקה והניתוח.

השפעה על התנהגות היצרנים – היצרנים פועלים הן בשוקי המוצרים והן בשוקי זכויות היוצרים. במקרה שבו הסיכוי שהמוצר יילקח מהצרכנים גדול יותר, העלויות הנוספות הכרוכות בכך יתחלקו בין הצרכנים לבין היצרנים. במצב זה, לכלל הקניין הרוחני יכולים להיות יתרונות יעילות. זאת, אם היצרנים הם הגורם המתאים ביותר למניעת התאונה המשפטית או שהם לכל-הפחות מונע נזק טוב. עם זאת, אין זה מובן מאליו שהיצרנים יגבירו את מאמציהם למגר כל תופעה של שימוש בזכויות קניין רוחני שלא נרכשו כדין מידי בעלות הזכויות. ייתכן שעלות עריכתן של הבדיקות הינה גבוהה מאוד או שהבדיקות אינן

142 אחת הדרכים לתאר בעיות של קריסת תמריצים הוצגה על-ידי Kreps: "Adverse Selection... where one party to a transaction knows things pertaining to the transaction that are relevant to but unknown by the second party". DAVID. M. KREPS, A COURSE IN MICROECONOMIC THEORY 577 (1990). לדיון מתחום תורת המשחקים בבעיה של קריסת תמריצים ראו שם, בעמ' 625-660; AN ERIC RASMUSEN, GAMES AND INFORMATION — AN INTRODUCTION TO GAME THEORY 223-248 (2nd ed., 1994).

143 בעיה של טפילות נוצרת מקום שהקונים יכולים ליהנות מפירות ההשקעה של אחרים בעריכת הבדיקות מבלי להשקיע בעצמם. ניתן לראות בה גם בעיה של ייצור מוצרים ציבוריים (public goods), כאשר המוצר הציבורי הוא המידע בדבר זכויות הבעלות בקניין הרוחני הגלום במוצר. לתיאור בסיסי של בעיית הטפילות, ושל הקשר בינה לבין הבעיה של ייצור מוצרים ציבוריים, ראו, למשל, COOTER & ULEN, לעיל ה"ש 27, בעמ' 42-43.

אפקטיביות. כך, קשה לבדוק שכל חלק מתוכנית הייצור של המוצר שפותחה על-ידי עובדי היצרן אכן אינו מוגן בזכויות קניין רוחני כלשהן. עוד ייתכן כי למרות הבדיקות המקיפות שנערכות על-ידי היצרן, לצרכנים אין יכולת לוודא כי הבדיקות אכן נעשו.

זוהי בעיה של קריסת תמריצים (adverse selection) או של סיכון מוסרי (moral hazard)¹⁴⁴ שעלולה לפגוע בתמריצי היצרנים לערוך את הבדיקות, אף אם הן יעילות. הבעיה מתמקדת בכך שבמקרים רבים היצרנים אינם יכולים לשכנע את הצרכנים כי ערכו את כל הבדיקות הנחוצות, שכן באותם מקרים אין בידי הצרכנים כלים יעילים לבדיקת הצהרתם של היצרנים כי אכן ערכו את הבדיקות. עקב כך לא יאותו הצרכנים לשלם את הערך הנוסף שנובע מהפחתת הסיכון כתוצאה מעריכת בדיקות נאותות על-ידי היצרן. לכן, באותם מקרים, לא כדאי ליצרנים מלכתחילה להשקיע בבדיקות שלא יניבו את התוצאות המקוות. פתרון של נטילת אחריות על-ידי היצרנים אינו יעיל במקרה זה, שכן הסיכון לצרכנים נובע ממצבים שבהם אי-אפשר לתבוע את היצרן.

השפעה על התנהגותן של בעלות זכויות הקניין הרוחני – גם הכוונת התנהגותן של בעלות זכויות הקניין הרוחני באמצעות כלל הקניין הרוחני לא תניב בהכרח שיפורי יעילות. להערכתנו, הפחתת הנטל מהן עלולה לגרום להשקעה תת-מיטבית שלהן בהגנה מראש על זכויותיהן. נוסף על כך, הכלל המעניק את זכויות הקניין בנכס החדש לבעלות זכויות הקניין הרוחני עלול לתת להן תמריצים להשקיע יתר בגילוי הפרות של זכויותיהן ובהגשת תביעות בגיבן. בהינתן שהכלל החל הוא זה המעדיף את בעלות זכויות הקניין הרוחני, ייתכנו מצבים שבהם כדאי לאחרונות להסיט את מאמציהן מהשקעה בהגנה מראש על זכויותיהן להשקעה בגילוי הפרות ובהגשת תביעות. כך הן יוכלו לנצל את כוח המיקוח שהכלל המשפטי מעניק להן כלפי הצרכנים.

זאת ועוד, העדפה מוחלטת של בעלת זכות הקניין הרוחני אינה מתחשבת בכך שיש מצבים שבהם היא "מונע הנזק הטוב ביותר". מצב אופייני הוא מצב שבו בעלת הפטנט מנהלת באמצעות סוכן מיופה-כוח משא-ומתן עם חברה גדולה על מכירת הפטנט לחברה, ומסתבר כי הסוכן השלים את העסקה ללא סמכות וללא הסכמתה של בעלת הפטנט, וקיבל לידיו את תמורת המכירה. על פניו נראה כי במקרה זה לבעלת זכות הקניין הרוחני יש כלים טובים יותר למנוע את התאונה המשפטית מאשר במקרים שבהם זכותה נגנבת – אם בודון, אם ברשלנות או בשל טעות של היצרן – ללא כל מעורבות מצידה של בעלת זכות הקניין הרוחני.¹⁴⁵

144 אחת הדרכים לתאר בעיות של סיכון מוסרי הוצגה על-ידי Kreps: "Moral Hazard... where one party to a transaction may undertake certain action that (a) affects the other party's valuation of the transaction but that (b) the second party cannot monitor/enforce perfectly". ראו Kreps, לעיל ה"ש 142, בעמ' 577-624. לדיון מתחום תורת המשחקים

בבעיה של סיכון מוסרי ראו שם, וכן Rasmusen, לעיל ה"ש 142, בעמ' 165-222.

145 להבחנה במשפט האמריקאי בין גִּבְנָה של מיטלטלין שאינה מאפשרת את העברת הבעלות בהם לידי מי שרכש אותם בתום-לב ובתמורה לבין מצבים שבהם הזכות של המעביר ניתנת לביטול (voidable title) ומאפשרת בתנאים מסוימים את העברת הבעלות במיטלטלין לידי מי שרכש אותם בתום-לב ובתמורה, ראו לעיל ס' ב2(ב) למאמר זה.

כמו לגבי ההשפעה של הניסיון לכוון את התנהגותם של הצרכנים, כך גם באשר לניסיון לכוון את התנהגותם של היצרן ושל בעלת זכות הקניין הרוחני – גם אם בנסיבות מסוימות יש יתרונות יעילות לכלל הקניין הרוחני, יש לשקול את התועלת הנוספת אל מול העלויות הנוספות שנגרמות כתוצאה מהפחתת הביקוש למוצר, מהגדלת עלויות הייצור של המוצר או מהפחתת הביקוש לזכויות קניין רוחני שהינו גורם ייצור בשוק המוצר.

יצוין כי התיאור לעיל מתייחס למצב שבו הכלל המשפטי מאפשר לבעלת זכות הקניין הרוחני לקבל לידיה את המוצר שבו עורבבה זכותה. אולם כאשר אנו דנים במוצר חדש שהתערבבה בו זכות קניין רוחני באופן שאינו ניתן להפרדה, והנכס נמכר לצרכן, כלל זה אינו מובן מאליו. כאשר המוצר החדש נמכר לצרכן, עולה השאלה – שהדיון בה הוא העיקר במאמר זה – למי המשפט מקצה את זכות הבעלות במוצר החדש, ובאיזה אופן הוא מקצה את הזכות החדשה. הכלל הנידון מקצה את הזכות החדשה לבעלת זכות הקניין הרוחני, ופותר בדרך זו את התחרות בינה לבין הצרכן. נוסף על כך הוא מגן על זכותה של בעלת זכות הקניין הרוחני בכך שהוא מאפשר לה לקבל את המוצר לידיה.

יצוין כי הענקת הזכות בנכס המעורבב לבעלת זכות הקניין הרוחני אין פירושה שהיא תוכל בהכרח לקבל את הנכס מידי הצרכן. לאחר שהזכות בנכס המעורבב הוקצתה לבעלת זכות הקניין הרוחני, ניתן לשאול שאלה נוספת, והיא: מהי הדרך שבה ראוי להגן על אותה זכות? כאן יש להבחין בין כלל קנייני, דוגמת הכלל הנידון, שמאפשר לבעלת זכות הקניין הרוחני לקבל לידיה את המוצר החדש מידי הצרכן, לבין כלל של אחריות, אשר אינו מאפשר לבעלת זכות הקניין הרוחני לקבל מן הצרכן את הנכס המעורבב, אך מאפשר לה לקבל ממנו פיצוי בגובה שווי הפגיעה בזכויותיה בנכס.

לבחירה בין הגנה על הזכות, לאחר הקצאתה, באמצעות כלל קנייני לבין הגנה עליה באמצעות כלל של אחריות יש השפעות שונות על היעילות: ראשית, הגנה באמצעות כלל קנייני מאפשרת לבעלת זכות הקניין הרוחני להקטין את השקעתה בהגנה על הזכות יחסית למצב שבו ההגנה הינה באמצעות כלל של אחריות, ומגדילה את הסיכון של אובדן הנכס המוטל על הצרכנים; שנית, לפי ספרות הניתוח הכלכלי של המשפט,¹⁴⁶ ההבדלים בין הכללים השונים להגנה על זכות הקניין (לאחר שהוקצתה) מתבטאים בעלויות עסקה "במובן הצר" (עלויות מיקוח ואכיפה). שני הכללים יהיו יעילים כאשר עלויות המיקוח בין בעלת זכות הקניין הרוחני לבין הצרכן אינן גבוהות וסביר כי המיקוח יסתיים בהצלחה. כלל אחריות יהיה יעיל גם כאשר עלויות המשפט, לרבות העלויות של הערכת שווי הפגיעה בקניין, אינן גבוהות.

יודגש כי כלל הגנה קנייני מעניק לבעלת זכות הקניין הרוחני כוח מיקוח רב יחסית. להערכתנו, במקרה מושא המאמר, עלויות המיקוח יהיו לעיתים גבוהות, כגון במקרה של

146 הדיון וההבחנה בין כללי הקצאה (מסדר ראשון) לבין כללי הגנה על ההקצאה (מסדר שני) הוא בהתאם לדיון ולהבחנות של קלברוי ומלמד, אשר הבחינו בין כללים להקצאה של זכויות לבין כללים להגנה עליהן (כללי קניין, כללי אחריות וכללי אי-עבירות). ראו: Guido Calabresi & Douglas A. Melamed, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089 (1972).

מכירת המוצרים לצרכנים רבים, ולעיתים נמוכות – כאשר כל המוצרים נמכרו לצרכן מסחרי אחד. בדרך-כלל העלויות של הערכת שווי הפגיעה בקניין צפויות להיות גבוהות יחסית, לנוכח המורכבות של תמחור הפגיעה בקניין במצב שבו נעשה שימוש לא-כדין בזכות יוצרים, במיוחד כאשר תמחור זה נדרש להתחשב בערבוב הזכות בתרומתם של גורמי-ייצור נוספים. התוצאות הצפויות של המיקוח בין הצדדים ישפיעו גם על ההסתברות לגילוי ההפרה ולהגשת תביעה בגינה. כלל הגנה קנייני, שמעביר ערך גבוה יותר לידי בעלת זכות הקניין הרוחני, עלול ליצור או להחריף בעיה של תמריצים להשקעת-יותר של בעלת זכויות הקניין הרוחני בגילוי הפרות של זכויותיה ובהגשת תביעות נגד צרכנים.

(ג) תקנת השוק

האם קיים כלל שמקצה את הזכות במוצר החדש ומגן עליה בדרך יעילה יותר? כלל אפשרי כזה הוא כלל תקנת השוק (תקנת השוק או רכישה בתום-לב).¹⁴⁷ אנו מניחים כי בתחרות בין בעלת זכות הקניין הרוחני לבין היצרן שמתבססת על דיני הקניין הרוחני, ידה של בעלת זכות הקניין הרוחני על העליונה. עתה היא מבקשת לקבל את המוצרים החדשים, אולם מסתבר כי אלה נמכרו על-ידי היצרן לצרכן או לצרכנים ששילמו תמורה ממשיה. כמו-כן מסתבר כי בעלת זכות הקניין הרוחני אינה יכולה לקבל פיצוי מהמפר. במקרה זה, שאלת תום-ליבם של הצרכנים תקבע אם בעלת זכות הקניין הרוחני תוכל לקבל לחזקתה את המוצרים החדשים.

בחנית השפעתו של כלל תקנת השוק על השווקים הרלוונטיים – שוק המוצרים ושוק זכויות הקניין הרוחני – מראה כי אי-אפשר לומר בוודאות מה תהיה השפעתו הכוללת של הכלל על יעילות פעולתם: בשוקי זכויות הקניין הרוחני הכלל עשוי לגרום להגדלת עלויות ההשקעה באמצעי הגנה על זכויות קניין רוחני. השפעה זו עלולה לגרום להקטנת ייצורן של זכויות הקניין הרוחני ולעליית מחיר השימוש בהן. כל זאת יחסית למצב שבו בעלות זכויות היצרנים יוכלו תמיד לקבל מן הצרכנים את המוצר החדש שבו עורבבה זכותן. תוצאה זו עלולה להוביל לייקור עלויות השימוש בזכויות קניין רוחני בשוק המוצרים, דבר שיגרום לייקור עלויות הייצור. כך עלול להתקבל שיווי-משקל חדש בשוק המוצרים שבו יפחת ייצור המוצרים ומחירים יעלה. עם זאת, כפי שנובע מן הניתוח שנערך לעיל לגבי השפעתו היחסית של כלל הקניין הרוחני, החלשת ההגנה שניתנת לבעלת זכות הקניין עשויה להקטין את כוחה המונופוליסטי ולכן לפעול בכיוון של הגדלת הייצור והפחתת מחיר המוצר. נוסף על כך, הקטנת הסיכון של הקונים לאובדן המוצרים שרכשו עשויה להגביר את ביקושיהם למוצר. השפעה זו תפעל בכיוון של הגדלת הייצור ועליית מחיר המוצר. אם היצרנים יאלצו להשקיע פחות בהצגת מידע לצרכנים בדבר זכויות הקניין הרוחני במוצר או בביטוח, ישפיע הדבר בכיוון של הגברת הייצור, אך גם בכיוון של ירידת מחיר המוצר. אם כן, קשה לומר מה תהיה ההשפעה הדומיננטית בשוק המוצר בכל אחד מהמצבים.

147 תיאור משמעותו של כלל תקנת השוק ראו לעיל במבוא. לתיאור הדין בתחום זה ראו לעיל ס' 22(א) למאמר זה.

מהו אם כן שיווי-המשקל הרצוי בשווקים? האם ניתן לגייס את גישת "המונע הזול" או את גישת "נושא הסיכון הטוב ביותר" ולהראות מהו הכלל היעיל?
השפעה על התנהגות הצרכנים – לדעתנו, הדרישה לעמידתו של הצרכן בתנאי תום-הלב העומד בבסיסו של כלל תקנת השוק כתנאי להעברת המוצר אליו עשויה להביא, במקרים רבים, לידי הכוונת התנהגותם של הצרכן ושל בעלת זכות הקניין הרוחני כך שישקיעו באופן מיטבי באמצעים למניעת התאונה המשפטית.¹⁴⁸ במקרה הנידון אמצעים אלה כוללים בעיקר השגת מידע על הזכויות הגלומות במוצר. כאן דרישת תום-הלב עשויה להשפיע בדרך המתוארת אם משמעותה המשפטית תהיה שהצרכן יהיה פטור מהצורך להחזיר את המוצר רק אם השקיע באופן מיטבי באמצעי זהירות שמטרתם למנוע את התאונה המשפטית. רמת ההשקעה המיטבית הנדרשת היא הרמה הרצויה מבחינה חברתית, ולא זו הרצויה לצרכן. אם מערכת משפטית כזו – שיודעת לזהות ולאכוף את רמת ההשקעה המיטבית מבחינה חברתית – אכן תתקיים, אזי תיאורטית הצרכן ישקיע באופן מיטבי ויהיה פטור מן הסיכון של אובדן הנכס. בעלת זכות הקניין הרוחני, אשר יודעת כי בהינתן התנהגותו המיטבית של הצרכן היא לא תוכל לקבל את הנכס, תפנים את הסיכון שנתר ולכן תשקיע באופן מיטבי במניעתו.

מהן הסיבות שבעטיין מנגנון זה עלול לא לתפקד באופן יעיל?
 כאמור,¹⁴⁹ במקרים רבים הבדיקה אינה כדאית – למשל, בשל העלות הגבוהה של השגת מידע בדבר הסוגים השונים של זכויות הקניין הרוחני הגלומות במוצר, דבר שיכול להפוך את הבדיקה ליקרה או ללא-אפקטיבית. כלל תקנת שוק, כמו-גם הכלל המקצה את הזכות לבעל זכות הקניין רוחני, יכול למנוע את עריכת הבדיקות הלא-יעילות. מן הצד האחר, כלל תקנת השוק גורם לעלויות בשל הפחתת הביקושים למוצר, אך הן קטנות יחסית לעלויות הנגרמות מן הכלל המעניק את הזכות במוצר לבעל זכות הקניין הרוחני. טענו כי ייתכנו נסיבות שבהן הקונים אינם יודעים להבחין ex ante בין מצב שבו עריכת הבדיקות היא פעולה כדאית לבין מצב שבו פעולה זו אינה כדאית, או נסיבות שבהן עלות ההבחנה בין המצבים אינה גבוהה. בעיה זו, שתוארה לעיל כבעיה של קריסת תמריצים, עלולה לגרום לכך שהקונים ישקיעו בבדיקות באופן אחיד, כך שבחלק מן המקרים מסתבר ex post כי רמת ההשקעה הייתה גבוהה מדי, ובחלק אחר של המקרים – נמוכה מדי. גם במקרה זה, כלל תקנת שוק, בהנחה שבית-המשפט יודע לזהות את העובדה שעריכת הבדיקה לא הייתה פעולה יעילה, יפעל כמו הכלל המקצה את הזכות לבעל הקניין הרוחני, וימנע את עריכת הבדיקות הלא-יעילות. אמרנו

148 לגישה דומה בנוגע להשוואה בין החלת כלל של העדפת הבעלים המקורי לבין החלת תקנת שוק בסיטואציה של מכירה בשוק פתוח של מיטלטלין שאבדו לבעליהם המקורי, שלפיה ניתן ברוב המקרים לכוון בו-זמנית באופן מיטבי את התנהגותם של הבעלים המקורי ושל הקונה, ראו Medina, לעיל ה"ש 24, בעמ' 354. לגישה הבסיסית בדיני הנוזיקין, שלפיה ניתן לכוון בו-זמנית באופן מיטבי את התנהגותם של המזיק ושל הניזוק, ראו COOTER & ULEN, לעיל ה"ש 27, בעמ' 304-308.

149 ראו לעיל ס' ג(ב) למאמר זה.

כי את התועלת מרמה אחידה זו של בדיקות יש לשקול אל מול העלויות הנוספות שנגרמות כתוצאה מהפחתת הביקוש למוצר, שהינן קטנות יחסית במקרה זה. עם זאת, השימוש בכלל תקנת השוק – כלל הקצאה שמסתמך על קביעה של רמת השקעה מיטבית על-ידי בית-המשפט – כרוך בעלויות. ראשית, כלל כזה יוצר חוסר ודאות רב בשווקים. שנית, כלל של רכישה בתום-לב או תקנת שוק חושף את מנגנון ההקצאה לטעויות שיפוטיות בקביעת הסטנדרט הראוי. במיוחד, רמת ההשקעה המיטבית של הצרכן נגזרת מכמה פרמטרים קשים לכימות, ביניהם איכות היצרן, סוג המוצר וסוג זכויות הקניין הרוחני שיכולים להתערבב בו, וסוג הצרכן שרוכש את המוצרים. כתוצאה מכך, עלות ההערכה של רמת ההשקעה המיטבית של הצרכן על-ידי בית-המשפט הינה גבוהה. דבר זה יוביל לחוסר יעילות של מנגנון ההקצאה של הזכות במוצר וההגנה עליה באמצעות כלל תקנת השוק.

שלישית, לנוכח העובדה שיש סוגים שונים של יצרנים, של מוצרים, של זכויות קניין רוחני ושל צרכנים, קשה לקבוע אמות-מידה שיובילו להכוונת התנהגותם של הצרכנים כך שישקיעו באופן מיטבי באמצעים למניעת התאונה המשפטית. ייתכן כי ריבוי אמות-המידה כשלעצמו אינו מכשול מפני הפעלת סטנדרט של אחריות. אולם לנוכח העובדה שבמקרה הנידון קיים שוני גדול מאוד בין הצרכנים השונים, הן ברמת המומחיות והן ברמת הידע, אנו מטילים ספק ביעילות השימוש בסטנדרטים השונים שייקבעו על-ידי בית-המשפט כאמצעי להכוונת התנהגות. קביעת סטנדרט השקעה מיטבי על-ידי בית-המשפט הינה מנגנון יעיל כאשר מדובר בהכוונת התנהגותם של גורמים בעלי מומחיות וידע – למשל, כאשר מדובר בקביעת רמת הזהירות של רופאים או של דירקטורים בחברות ציבוריות. במקרים כאלה בית-המשפט יכול להיעזר באופן פעולתם של אנשי המקצוע ה"סבירים" כדי להתגבר על בעיות תיאום ביניהם, לרבות בעיות של טפילות, בקביעת רמת ההשקעה הראויה בכל מקרה. זאת, באמצעות קביעת הסטנדרט הראוי על-ידי בית-המשפט. למעשה, בית-המשפט יכול לשמש לאותם מומחים במה לדיון בקביעת רמת ההשקעה המיטבית בכל מקרה, ומעין מנגנון תיאום בין הגורמים המקצועיים. נוסף על כך, מנגנון זה פועל ביתר יעילות כאשר הוא רותם לעזרתו את המוניטין המקצועי של אותם גורמים. כל אלה חסרים במקרה הנידון.

רביעית, בעיה נוספת מתמקדת בהבחנה בין התועלת החברתית מעריכת הבדיקות לבין התועלת הפרטית של הקונה. כאמור,¹⁵⁰ ייתכן כי אף אם עריכת הבדיקות הינה פעולה יעילה מבחינה חברתית, הקונים יבצעו השקעה תת-מיטבית, מן הטעם שההשקעה בבדיקות בעת הרכישה תשרת אותם רק בחלקה. לחלופין, ייתכן כי אף אם עריכת הבדיקות אינה פעולה יעילה מבחינה חברתית, הקונים יערכו בכל-זאת את הבדיקות – למשל, מן הטעם שהם צופים סיכון אישי גבוה בשל שנאת סיכון גבוהה. לכאורה, כלל של רכישה בתום-לב או תקנת שוק יכול לסייע בפתרון בעיות אלה, באמצעות קביעת סטנדרט השקעה שהינו הסטנדרט החברתי. עם זאת, לנוכח העובדה שבמקרה הנידון קיים שוני גדול מאוד בין הצרכנים השונים, אנו מטילים ספק ביעילות השימוש בסטנדרט שנקבע על-ידי בית-

150 שם.

המשפט כדי לגשר על הפער.

השפעה על התנהגות היצרנים – במקרה שבו מחילים את כלל תקנת השוק, הסיכוי שהמוצר יילקח מהצרכנים קטן יותר מאשר במקרה שבו מחילים את הכלל המעדיף את בעל זכויות היוצרים. סביר להניח כי הקטנת הסיכון תיצור רווחים שיתחלקו בין היצרנים לבין הצרכנים. מן הצד האחר, הקטנת הסיכון המוטל על הצרכנים, שתתחלק בין היצרנים לבין הצרכנים, תקטין את תמריצייהם של היצרנים להשקיע במניעת התאונה המשפטית. טענו כי לעיתים היצרנים הם הגורם המתאים ביותר למניעת התאונה המשפטית או שהם לכל-הפחות מונע נזק טוב. כלל תקנת השוק עשוי אומנם להקטין את העלויות הכרוכות בבדיקות לא-יעילות שיערכו היצרנים, אך בד בבד הוא עלול למנוע את עריכתן של בדיקות יעילות. העובדה שהצרכנים יכולים לזכות במוצר באמצעות עריכת בדיקות עצמאיות עלולה לגרום לכך שהיצרנים לא ירצו לבצע השקעה כפולה שאינה מגדילה בצורה משמעותית את סיכויי הזכייה של הצרכנים. במילים אחרות, יש מצבים שבהם יהיה זה יעיל שהיצרנים יערכו בדיקות, מן הטעם שהמידע הרלוונטי הנדרש לשם עריכתן מצוי בידי היצרנים בעלות נמוכה, ומשום שבדיקות אלה מצויות בתחום מומחיותם של היצרנים. נוסף על כך, בחלק מאותם מצבים, היצרנים היו עורכים את הבדיקות הראויות אילו נבחר הכלל המשפטי המעדיף את בעלת זכויות הקניין הרוחני. אלא שבחירה בכלל תקנת השוק עשויה לגרום לכך שהצרכנים יערכו בדיקות שיפטרו אותם מן החובה להשיב את הנכס. באותם מקרים, הבדיקות שהיצרנים יכולים לערוך מיותרות בעיני הצרכנים או שתועלתן מועטה מאוד, ולכן ליצרנים לא כדאי לערוך אותן.

השפעה על התנהגותן של בעלות זכויות הקניין הרוחני – לגבי בעלות זכויות הקניין הרוחני, טענו כי העדפה מוחלטת שלהן עלולה לגרום בחלק מן המקרים להשקעה תת-מיטבית שלהן בהגנה מראש על זכויותיהן, ובמקרים אחרים להעניק להן תמריצים להשקעת-יתר בגילוי הפרות של זכויות הקניין הרוחני שלהן ובהגשת תביעות בגינן. מן הצד האחר, מעבר לכלל תקנת השוק עלול להוביל אותן, בחלק מן המקרים, להשקעת-יתר בהגנה מראש על זכויותיהן.

להערכתנו יש נסיבות שבהן כלל הקניין הרוחני יביא לידי כך שנטל התאונה המשפטית יוטל על "מונע הנזק הזול ביותר" או על "נושא הסיכון הטוב ביותר", ויש נסיבות שבהן דווקא כלל תקנת השוק יוביל לתוצאה זו.¹⁵¹

(ד) כלל הערבוב

במצבים שבהם מתעוררת תחרות בין בעלת קניין רוחני שזכותה שימשה לייצור מוצר חדש, ללא הסכמתה, לבין מי שרכש את המוצר החדש אנו מציעים להחיל את כלל הערבוב

151 מסקנה זו עקבית ביחס למסקנתו של מדינה, במודל של תחרות בין בעלים מקורי של מיטלטלין לבין רוכש בתום-לב בשוק פתוח של המיטלטלין שאבד לבעליו, שלפיה יש נסיבות שבהן העדפת הבעלים המקורי תוביל לתוצאה הטובה ביותר, ויש נסיבות שבהן דווקא כלל של תקנת שוק יוביל לתוצאה זו. זאת, בהסתמך על מודל שבו במקום גישת "המונע הזול" ננקטת גישה שלפיה יש להשיא את שווייה של זכות הבעלות. ראו Medina, לעיל ה"ש 24.

(accession rule):¹⁵² כאשר הערך המהותי במוצר החדש הוא זכות הקניין הרוחני, בעלת הזכות תהיה זכאית למלוא הבעלות במוצר; כאשר הערך המהותי במוצר החדש הוא השקעתו של היצרן, הצרכן יהיה זכאי למלוא הבעלות במוצר. נוסף על כך, מי שיזכה במוצר יחויב לשלם למי שלא זכה בו – בעלת זכות הקניין הרוחני או הצרכן, לפי העניין – את החלק היחסי בשווי המוצר שאינו חלקו. כך, במקרה שהצרכן יזכה במוצר, הוא יחויב לשלם לבעלת זכות הקניין הרוחני את ערך השימוש בזכותה. למי שיזכה במוצר תהיה במקרה זה זכות תביעה כלפי היצרן להשבת הערך ששילם למי שהפסיד את זכות הקניין.¹⁵³

בשוקי זכויות הקניין הרוחני, כלל זה עשוי להוביל להגדלת עלויות ההשקעה באמצעי הגנה על זכויות קניין רוחני, אך השפעה זו צפויה להיות קטנה יחסית. הסיבה לכך כפולה. ראשית, בעלת זכות הקניין הרוחני יודעת לזהות ex ante באילו מקרים זכויותיה עלולות לעבור לצרכנים ללא הסכמתה. כדי שזכות תעבור לצרכן ללא הסכמתה של בעלת זכות הקניין הרוחני, נדרש שהיא תהיה מן הסוג שבו הזכות היא החלק הקטן יחסית. מצבים אלה הם רק חלק מן המצבים הקיימים, ואילו ביתר המצבים לא יוכל הצרכן לזכות בבעלות במוצר, גם אם יפעל בסטנדרטים ראויים של השקעה בבדיקת הזכויות במוצר. לכן, במצבים שבהם ברור ex ante כי צפוי שזכות הקניין הרוחני תהיה העיקר – למשל, בפטנט לייצור מוצר חדש שמהווה מוצר סופי תמיד או ברוב המדגמים – אזי צפוי גידול מתון בלבד בהשקעתה של בעלת זכות הקניין הרוחני בהגנה על זכותה, רק כתוצאה מן האפשרות שהיא תיאלץ לפצות את הצרכן הסופי על החלק במוצר שאינו גובע מזכות הקניין הרוחני. חלק זה הינו קטן יחסית לשווייה של זכות הקניין הרוחני, ולכן צפוי כי הסיכון שבעלת זכות הקניין הרוחני צופה הוא קטן יחסית, ובהתאם גם הגידול בהשקעתה. שנית, באותם מקרים שבהם צפוי כי זכות הקניין הרוחני תהיה חלק קטן יחסית מן המוצר – למשל, פטנט המיועד לשימוש באחד ממכלולי הרכב – צפוי אומנם כי הסיכון המוטל על בעלת זכות הקניין הרוחני ישפיע בכיוון של הגדלת השקעתה באמצעי זהירות. אולם סיכון זה מנוטרל בחלקו על-ידי זכותה לפיצוי מן הצרכנים. כך, השינוי הצפוי בשוק זכויות הקניין הרוחני יהיה קטן יחסית למצב שבו בעלות זכויות הקניין הרוחני יוכלו תמיד לקבל מן הצרכנים את המוצר החדש שבו עורבבה זכותן. מכאן, השינוי בשוויי-המשקל בשוק המוצרים צפוי אף הוא להיות מתון יחסית למצב שבו בעלות זכויות הקניין הרוחני יוכלו תמיד לקבל מן הצרכנים את המוצר החדש שבו עורבבה זכותן. מצד אחד, לא צפוי שינוי משמעותי בעלויות הייצור. מן הצד האחר, השינוי בביקוש של הצרכנים צפוי אף הוא להיות קטן (יחסית למצב שבו בעלות זכויות הקניין הרוחני יוכלו תמיד לקבל מן הצרכנים את המוצר החדש שבו עורבבה זכותן), משיקולים דומים לאלה שפורטו לעיל, וגם כאן קשה לחזות את השפעות הרווחה הכלליות של החלת הכלל המוצע. גם השפעתו האפשרית של השינוי בכוחה המונופוליסטי של בעלת זכות הקניין רוחני לא ישנה תוצאה זו.

152 לתיאור כלל הערבוב ראו לעיל במבוא. לתיאור הדין בנושא זה ראו לעיל ס' ב3א) למאמר זה.

153 לבעלת זכות הקניין הרוחני ולצרכן יש במקרים רבים עילות תביעה נוספות כלפי היצרן, והם יוכלו לתבוע גם בגינן. אלא שאנו דנים במצבים שבהם אי-אפשר לתבוע את היצרן.

לעומת זאת, לטענתנו, כלל הערבוב הוא הכלל היעיל לפי גישת "המונע הזול" או גישת "נושא הסיכון הטוב ביותר", כמפורט להלן.

השפעה על התנהגות הצרכנים – כלל הערבוב מעביר בחלק מן המקרים את עיקר הסיכון אל בעלת זכות הקניין הרוחני, וביתר המקרים – אל הצרכנים. כך נוצר מנגנון שעורך הבחנה יעילה בין מצבים שבהם בדיקת מצב הזכויות על-ידי הצרכן היא פעולה יעילה לבין מצבים שבהם פעולה זו אינה יעילה. בסוג הראשון של המקרים, כאשר זכות הקניין הרוחני היא החלק הקטן יחסית, הצרכן אינו המונע הזול. כאשר מדובר במוצר מורכב, שיכולות להיות מעורבות בו זכויות קניין רוחני שונות, אין זה יעיל שהצרכן יערוך את בדיקת הזכויות. למשל, בעת קניית רכב, טלוויזיה או מיקרוגל, הצרכן אינו יכול להיות מודע לטכנולוגיות השונות המוטמעות בהם, ובוודאי אינו יכול לדעת באילו רכיבים של המוצר הסופי יכולה להיות טכנולוגיה שעשויה להיות מושא לזכות קניין רוחני. אין לו גם כל אפשרות אפקטיבית לערוך את הבדיקה. הטלת הסיכון עליו אינה יכולה לגרום להכוונת התנהגותו כך שיערוך את הבדיקה. לכן התוצאה המתקבלת במקרים אלה – אי-הטלת הסיכון על הצרכן והעדר עלויות נוספות הנובעות מהפחתת הביקוש למוצרים מסוגים אלה – היא תוצאה יעילה. לעומת זאת, בסוג השני של המקרים, כאשר זכות הקניין הרוחני היא החלק הגדול יחסית, העברת הסיכון אל הצרכן עשויה להפעיל מנגנון בדיקה אפקטיבי. כאשר המוצר מתבסס על המצאה מרכזית אחת, על יצירה אומנותית מרכזית אחת או על מודל תעשייתי מרכזי אחד, הצרכן יכול, בהסתברות גבוהה, להבחין כי המוצר מתבסס על פטנט, על זכות יוצרים או על מדגם. במקרים רבים מאוד הצרכן עורך ממילא את בדיקת הזכויות, מן הטעם שבמקרים אלה ערך המוצר תלוי בעיקרו בערכה של זכות הקניין הרוחני. אלא שלא בכל המקרים שבהם זכות הקניין הרוחני היא העיקר הצרכנים אכן עורכים את בדיקת הזכויות. יש מוצרים שלגביהם הצרכנים אינם נוהגים לעשות כן מסיבות שונות. למשל, במקרה של רכישת מנעול מחברה אחת המבוסס על פטנט רשום של חברה אחרת – האם יבדקו הצרכנים כי קיים פטנט כזה וכי הזכויות בו נרכשו כדין על-ידי החברה המשווקת את המנעול? מנגנון שמעביר את הסיכון אל הצרכנים במקרים אלה מעודד אותם לערוך את הבדיקות באותם מצבים שבהם עריכת הבדיקות הינה פעולה יעילה.

לטענתנו, כלל הערבוב יוצר התאמה בשיעור גבוה מאוד בין מצבים שבהם יעיל שהצרכנים יערכו את הבדיקות לבין מצבים שבהם אין זה יעיל שהם אלה שיערכו אותן. עם זאת, למנגנון המתואר יש גם כלים נוספים לשיפור יעילותו. ראשית, בית-המשפט יכול להשפיע על נקודת שיווי-המשקל (שבה הצרכנים כבר אינם נדרשים לערוך את הבדיקות) על-ידי השפעה על מידת המהותיות שמעבירה את הזכות במוצר לידי הצרכנים באותם סוגים של מוצרים שלגביהם מתברר כי קיימת בעיה של פער, קרי, באותם מקרים שבהם יעיל שהצרכנים יערכו את הבדיקות אף שחלקה היחסי של זכות הקניין הרוחני לא עבר את מחסום המישים האחוזים. שנית, גם כאשר בית-המשפט קובע את מידת המהותיות כך שהזכות במוצר עוברת במקרה מסוים לידי הרוכשים, חלק מן הרוכשים יזהו שעריכת הבדיקות הינה כדאית עדיין מבחינה כלכלית, ויערכו את הבדיקות. כלים אלה יסייעו גם בפתרון הבעיה של קריסת תמריצים, שעלולה לגרום לכך שהקונים ישקיעו בבדיקות

באופן אחיד – לעיתים ברמה גבוהה מדי ולעיתים ברמה נמוכה מדי – בנסיבות שבהן הם אינם יודעים להבחין ex ante בין מצב שבו עריכת הבדיקות היא פעולה כדאית לבין מצב שבו פעולה זו אינה כדאית, או בנסיבות שבהן עלות ההבחנה בין המצבים הינה גבוהה. זאת, בהנחה שבית-המשפט יודע לזהות את העובדה שעריכת הבדיקה לא הייתה פעולה יעילה, ושהוא יכול להשפיע על רמת ההשקעה בעריכת הבדיקות באמצעות השפעה על מידת המהותיות שמעבירה את הזכות במוצר לידי הצרכנים.

קודם לכן טענו כי כאשר הבדיקות יקרות או לא-אפקטיביות, גם כלל תקנת השוק וכלל הקניין הרוחני הינם מנגנונים שיכולים למנוע את עריכת הבדיקות הלא-יעילות. כן טענו כי גם כלל תקנת השוק וכלל הקניין הרוחני הינם מנגנונים שיכולים להתמודד עם הבעיה של קריסת תמריצים באופן דומה. אולם לטענתנו, לכלל הערבוב יש יתרונות יעילות לעומת שני הכללים האחרים.

נפתח ביתרונות היעילות של כלל הערבוב לעומת כלל הקניין הרוחני. ראשית, כאמור לעיל, הכלל המוצע גורם לעלויות קטנות יחסית של הפחתת הביקושים למוצר. לעומת זאת, כלל הקניין הרוחני גורם להפחתה לא-מבוטלת בביקוש למוצרים. הסיכון של אובדן הנכס משפיע על שוקי המוצרים כעין מס המוטל על רכישת המוצרים. שנית, כלל הערבוב ייצור ודאות רבה יותר בפעולתם של השווקים. זאת, מן הטעם שהכלל האחר חושף את הצרכנים לסכנת אובדן המוצרים במצבים שבהם אין הם יכולים לוודא את מצב הזכויות בנכס. שלישית, טענו שכלל הקניין הרוחני אינו מתגבר על הפער הנוצר מההבחנה בין התועלת החברתית מעריכת הבדיקות, שמשמשת אמת-מידה לקביעת רמת ההשקעה המיטבית לחברה, לבין התועלת הפרטית של הקונה, שמשמשת אותו בקביעת רמת ההשקעה שלו. כלל הערבוב יכול לסייע בפתרון בעיה זו באמצעות השפעה של בית-המשפט על מידת המהותיות שמעבירה את הזכות במוצר לידי הצרכנים באותם סוגים של מוצרים שלגביהם מתברר כי קיימת בעיה כזו.

כאמור, לכלל הערבוב יש לטענתנו יתרונות יעילות גם לעומת כלל תקנת השוק. ראשית, כלל הערבוב תלוי במידה פחותה בהרבה בקביעותו של בית-המשפט מאשר כלל המתבסס על דרישת תום-הלב. לכן הכלל המוצע ייצור ודאות רבה יותר בשווקים. שנית, כלל הערבוב אינו יוצר התדיינות יקרה כמו כלל תקנת השוק, והחשיפה של מנגנון ההקצאה לטעויות שיפוטיות בקביעת הסטנדרט הראוי הינה קטנה יותר. שלישית, טענו כי לנוכח מורכבות המקרים ולנוכח העובדה שבמקרה הנידון קיים שוני גדול מאוד בין הצרכנים השונים, הן ברמת המומחיות והן ברמת הידע, קיים ספק לגבי יעילות השימוש בסטנדרטים השונים שייקבעו על-ידי בית-המשפט כאמצעי להכוונת התנהגות. כלל הערבוב הינו פשוט בהרבה להפעלה על-ידי ציבור הקונים. הוא אינו מצריך כמעט ידע ומומחיות. רביעית, טענו שכלל תקנת השוק אינו מתגבר בצורה יעילה על הפער הנוצר מההבחנה בין התועלת החברתית מעריכת הבדיקות לבין התועלת הפרטית של הקונה. כאמור, כלל הערבוב יכול לסייע בפתרון בעיה זו באמצעות השפעה של בית-המשפט על מידת המהותיות שמעבירה את הזכות במוצר לידי הצרכנים באותם סוגים של מוצרים שלגביהם מתברר כי קיימת בעיה כזו. אף שדיני הערבוב אינם פותרים את הבעיה באופן מלא, הם עולים על כלל תקנת השוק בפשטותם ובישימותם.

השפעה על התנהגות היצרנים - לדעתנו, לכלל הערוב יש פוטנציאל טוב להניע את היצרנים להשקיע באופן יעיל בעריכת הבדיקות. טענו כי לעיתים היצרנים הם הגורם המתאים ביותר למניעת התאונה המשפטית או שהם לכל-הפחות מונע נזק טוב. לשני הכללים האחרונים - כלל הערוב וכלל תקנת השוק - יש יתרון על כלל שמעדיף תמיד את בעלת זכות הקניין הרוחני, בכך שהם עשויים להקטין את העלויות הכרוכות בבדיקות הלא-יעילות שיערכו היצרנים. לכלל הערוב יש יתרון על כלל תקנת השוק, שכן הכלל האחרון עלול למנוע את עריכתן של בדיקות יעילות על-ידי היצרנים. טענו כי ייתכנו מצבים שבהם אף-על-פי שעריכת הבדיקות על-ידי היצרנים היא פעולה יעילה, הם לא יערכו אותן - למשל, באותם מקרים שבהם הצרכנים יכולים לערוך בדיקות בעלות נמוכה שיפטרו אותם מן החובה להשיב את הנכס. באותם מקרים, הבדיקות שהיצרנים יכולים לערוך מיותרות בעיני הצרכנים או שתועלתן מועטה מאוד, ולכן ליצרנים לא כדאי לערוך אותן. לעומת זאת, כלל הערוב אינו יוצר מחסום כזה מפני עריכת בדיקות יעילות.

השפעה על התנהגותן של בעלות זכויות הקניין הרוחני - לגבי בעלות זכויות הקניין הרוחני טענו כי העדפה מוחלטת שלהן עלולה לגרום בחלק מן המקרים להשקעה תת-מיטבית שלהן בהגנה מראש על זכויותיהן, ואילו במקרים אחרים היא עלולה להעניק להן תמריצים להשקעת-יתר בגילוי הפרות של זכויות הקניין הרוחני ובהגשת תביעות בגינן. מן הצד האחר, מעבר לכלל תקנת השוק עלול לגרום להן, בחלק מן המקרים, להשקעת-יתר בהגנה מראש על זכויותיהן. לטענתנו, כלל הערוב אינו יוצר לבעלות זכויות הקניין הרוחני תמריצים להשקעת-יתר או להשקעת-חסר בהגנה מראש על זכויותיהן. כאמור, במצבים שבהם זכויותיהן צפויות להיות העיקר במוצר המעורב, הצרכנים והיצרנים הם מונעי הנזק הזולים. במצבים אלה קל יחסית לזהות את המוצרים שבהם עורבבה זכות הקניין הרוחני, ואין צורך בהשקעה רבה נוספת של בעלות זכויות הקניין הרוחני בהגנה מראש על זכויותיהן. העברת הנטל אל הצרכנים והיצרנים, ללא מחסום המונע את עריכת הבדיקות על-ידי היצרנים, יהיה על-כך פעולה יעילה. לעומת זאת, במצבים שבהם קיים סיכוי גבוה שזכותן של בעלות זכות הקניין הרוחני תעורבב במוצר כך שלא תהיה העיקר בו - למשל, פטנטים המיועדים לשימוש באחד ממכלולי הרכב או במכשיר אלקטרוני - כלל הערוב המוצע יעביר את הנטל אל בעלות זכויות הקניין הרוחני. במצבים אלה דווקא בעלות זכויות הקניין הרוחני הן מונעות הנזק הזולות ביותר או לכל-הפחות מונעות נזק טובות. ראשית, בשלב שבו לא נפתח עדיין משא-ומתן עם היצרנים, הן יודעות על קיום הזכות ולכן מצויות בעמדה הטובה ביותר לנקוט אמצעי הגנה. אמצעי ההגנה יתמקדו בהגנה על הזכות הספציפית, ולא תידרש השקעה כללית באיתור זכויות מוגנות, כפי שהדבר נדרש במקרה שהיצרן עורך את בדיקת הזכויות. במצבים אלה זיהוי העובדה שבמוצר המוגמר עורבבה זכות קניין רוחני היא פעולה קשה מאוד, ולכן העברת מאמצי ההגנה מפני התרחשות התאונה המשפטית לשלב המקדמי שלפני התרחשותה היא פעולה יעילה. שנית, כפי שטענו לעיל, אין זה יעיל שהצרכנים יפעילו במקרה זה מנגנון בדיקה עצמאי. מאחר שבמצבים אלה כלל הערוב אינו מונע עריכת בדיקות יעילות על-ידי היצרנים, הם יפעילו את מנגנון הבדיקה בחלק מן המקרים. בחלק אחר של המקרים, כולל מקרים שבהם הם מקבלים החלטה לגנוב את הזכות, לא יהיה כדאי להם לערוך את הבדיקות. במקרים אלה יש טעם בהגברת

מאמצייהן של בעלות זכויות הקניין הרוחני בהגנה על זכויותיהן. בהינתן כלל הערבוב, בעלות זכויות הקניין הרוחני ידעו לחזות מראש מצבים שבהם יש חשש שהיצרנים לא יערכו את הבדיקות הנדרשות ברמה הראויה, ולכן באותם מקרים שבהם יעיל שהן יגבירו את מאמצי ההגנה על הזכויות אכן צפוי כי הן ינהגו בדרך זאת.

2. השאלה של הכוונת התנהגות – היבטים חלוקתיים

לכלל יעיל יש השפעה חיובית על הסיכוי להשיג גם צדק חלוקתי. הגדלת העוגה מקילה את האפשרות לחלקה באופן צודק. עם זאת, מובן שאין להסתפק בכך, וראוי לבחון גם את ההשפעות החלוקתיות של הכללים הנידונים.

כלל הקניין הרוחני מחלק את התועלת החברתית מן הפעילות בשווקים כך שתועלת גדולה יותר עוברת אל בעלות זכויות הקניין הרוחני. נוסף על כך, הן מתמרצות להשקעה נמוכה יותר באמצעי הגנה על הזכות, דבר שיוביל לחיסכון בהוצאותיהן. לעומת זאת, התועלת של הצרכנים תקטן כתוצאה מכך שבהסתברות מסוימת הם יאבדו את המוצר שרכשו. נוסף על כך, הם מתמרצים להשקעה גבוהה יותר באמצעי זהירות, דבר שייקר את הוצאותיהם ברכישת המוצר. לדעתנו, העדפה גורפת זו של בעלות זכויות הקניין הרוחני אינה מוצדקת: אומנם, בידיהן זכויות קניין ראויות להגנה, אלא שהתאונה המשפטית המתרחשת כאן יוצרת שני סוגים של מי שזכויותיו הקנייניות נפגעות. גם בידי הצרכנים יש זכות קניין ראויה להגנה. זכות זו נמצאת בידיהם כתוצאה מרכישה של מוצר חדש מידי יצרן. מדוע אם כן ראוי להעדיף את בעלות זכויות הקניין הרוחני על הצרכנים? במיוחד, כאשר התחרות היא בין בעלת זכות קניין רוחני לבין צרכן ביתי (שאינו צרכן מסחרי), יש מקום לטענה כי הכלל הנידון יגרום להעדפה לא-מוצדקת של מגזר עשיר יחסית.

כלל תקנת השוק יכול לכאורה לשמש מנגנון הכרעה צודק. טענה זו מתבססת על כך ששני הצדדים נמצאים באותו מעמד משפטי, ושלשניהם יש זכויות קניין ראויות להגנה. נוסף על כך, שני הצדדים או אחד מהם יכולים לנקוט אמצעי זהירות שימנעו את התאונה המשפטית. במצב זה, הענקת הזכות למי שפעל על-מנת למנוע את התאונה המשפטית נראית על פניה צודקת – מי שגילה אחריות חברתית יזכה בקניין שבמחלוקת. אולם לטענתנו, במקרה הנידון כלל תקנת השוק אינו משמש מנגנון הכרעה צודק. ראשית, ניתן להטיל ספק בכך שנקיטת אמצעי זהירות יכולה לשמש בכל סיטואציה מכשיר צודק להקצאת קניין. כך, קיימים מצבים שבהם שני הצדדים יכולים לנקוט אמצעי זהירות אפקטיביים כדי למנוע את התאונה המשפטית. קביעה כי אם אחד מהם – הרוכש האחרון – ינהג בתום-לב אזי הוא יזכה בקניין אינה מתחשבת בכך שלראשון אין אפשרות לזכות בקניין, אפילו עמד במחויבויותיו החברתיות, אלא אם כן האחרון התרשל. מדוע במקרה שבו שני הצדדים פעלו באופן חברתי נאות יעבור הקניין דווקא לידי האחרון? מדוע לא לבדוק במקרה כזה את תום-הלב היחסי בין הצדדים? שנית, קביעה זו אף אינה מתחשבת באפשרות ששני הצדדים יתרשלו בקיום חובותיהם החברתיות. מדוע במקרה שבו שני הצדדים התרשלו יעבור הקניין דווקא לידי הראשון? כך, קיימים גם מצבים שבהם רק אחד מן הצדדים יכול למנוע את

התאונה המשפטית. האם רק בשל העובדה שאחד מן הצדדים הוא המונע הזול של התאונה המשפטית קיימת הצדקה – מנקודת-מבט של צדק חלוקתי – להעניק לו את האפשרות לקבל את זכות הקניין באותו מוצר? משמעותו של כלל תקנת השוק היא הענקת אופציה (call) לרוכש לרכוש את המוצר במחיר העלות של עריכת בדיקות הנאותות במקרה שבו מתברר כי קיימת תחרות בדבר הבעלות עליו עם בעלת זכות קניין רוחני באותו מוצר. לטענתנו, לא קיימים שיקולים של צדק חלוקתי שמצדיקים את הענקת האופציה לרוכש. לעומת זאת, במצבים שבהם קיים כלל הקצאה עם אמת-מידה חיצונית, שמעניקה לאחד הצדדים זכות ששני צדדים מתחרים עליה, אזי באותם מקרים יש טעם לדבר על כללי תום-לב כתנאים מצרפיים. דהיינו, מי שזכה בזכות על-סמך אמת-מידה חיצונית, ולא נקט אמצעי זהירות ראויים והפר בכך את חובותיו החברתיות, עלול לאבד את זכותו לטובת מי שפעל תוך התחשבות באינטרסים של אחרים.

לטענתנו, כלל הערבוּב עונה בצורה טובה לשאלת הצדק החלוקתי: אמת-מידה לחלוקת הזכויות לפי גודלה היחסי של הזכות היא אמת-מידה אובייקטיבית, בעלת מאפיינים סימטריים. בעלת זכות הקניין הרוחני מפסידה אומנם את זכות הקניין במוצר כאשר חלקה היחסי במוצר אינו החלק הגדול, אך היא זוכה במקומה בהגנה מלאה על שווי השימוש בזכות הקניין הרוחני. למעשה, היא מפסידה רק את זכותה לקיים את המשא-ומתן בעצמה ואת הערך הנובע מכך.

לעומת זאת, הצרכנים נפגעים מן השימוש בכלל הערבוּב, אך במידה קטנה יחסית. כאשר הם זוכים במוצר, הם גם נאלצים לשלם לבעלת זכות הקניין הרוחני את שווי השימוש בזכותה. העברה זו של ערך מוצדקת לנוכח המצבים הרבים שבהם הצרכנים מרוויחים כתוצאה מהעובדה שהיצרן לא שילם לבעלת זכות הקניין הרוחני את חלקה. כך, אם היצרן התרשל בעריכת הבדיקות בדבר קיום זכויות הקניין הרוחני, ופיתח באופן עצמאי פטנט, למשל, שרשום על-שם מישהו אחר, אזי עלויות הייצור של המוצר צפויות להיות נמוכות יותר מאשר במצב שבו הוא היה נאלץ לשלם בעבור ערכה המונופוליסטי של הזכות. כך, במקרים שבהם היצרן גונב את הזכויות, הוא יכול להתחרות בשווקים באמצעות מחירים אטרקטיביים. במידה מסוימת, תשלום של הצרכנים לבעלת זכות הקניין הרוחני מבטא את החזר רווחיהם כתוצאה מאי-תשלום השווי המונופוליסטי של זכות הקניין הרוחני לבעלת הזכות.

כאשר הצרכנים אינם זוכים במוצר, הם זכאים לקבל מבעלת זכות הקניין הרוחני את ערך המוצר שאינו נובע מהשימוש בזכותה. השווי שיקבלו במצב זה זהה לשווי שהיו מקבלים במצב שבו היו זוכים במוצר. זאת, למעט הפסד הערך הנובע מהגדלת כוח המיקוח של בעלת זכות הקניין הרוחני. כוח המיקוח של האחרונה גדל במעט בשל העובדה שהכלל מקצה לה את זכות הקניין. בפועל, בשני המקרים יתקיים משא-ומתן בין הצדדים שיסתיים בתוצאה דומה: המוצר יישאר בידי הצרכן הסופי, שישלם לבעלת זכות הקניין הרוחני את חלקה, כפי שייקבע במשא-ומתן ביניהם. ההצדקה להעברה זו של ערך אינה שונה מההצדקה במקרה שבו הצרכנים זוכים במוצר ונאלצים לשלם לבעלת זכות הקניין הרוחני את שווי השימוש בזכותה. גם במקרה זה הפגיעה בצרכנים הינה קטנה יחסית, ומוצדקת כהחזר מאת הצרכנים לבעלת זכות הקניין הרוחני של הפסד רווחיה הפוטנציאליים שאבדו

לה כתוצאה מאי-תשלום השווי המונופוליסטי של זכות הקניין הרוחני. ערך זה הושקע במוצר, ובמקרים רבים אין לכך ביטוי במחיר ששילם הצרכן, או לכל-הפחות אין לכך ביטוי מלא. זאת, בכפוף להגדלה לא-משמעותית במקרה זה של כוח המיקוח של בעלת זכות הקניין הרוחני.

לסיכום פרק זה, שימוש במבחן "מונע הנזק הזול ביותר" או במבחן "נושא הסיכון הטוב ביותר" מראה לטענתנו כי מנקודת-המבט של מטרת הדין לכוון את התנהגותם של השחקנים הרלוונטיים, הן שיקולים של יעילות והן שיקולים של צדק חלוקתי מצביעים על כלל הערבוב ככלל שייטיב להשיא את הרווחה החברתית. לעיתים קיים ניגוד בין שיקולי יעילות לבין שיקולים של צדק חלוקתי, אך לא במקרה זה.

פרק ד: המשך הדיון – פיזור הנזק וביטוח

1. השאלה של פיזור הנזק וביטוח – היבטי יעילות

בפרק זה נדון בהסדרים של יעילות ובהיבטים חלוקתיים בהקשר של שאלת פיזור הנזק וביטוח (פיזור הסיכון).¹⁵⁴ בתחילה נדון בהשפעתם של שלושת הכללים הנידונים – כלל הקניין הרוחני, כלל תקנת השוק וכלל הערבוב – על יעילותם של מנגנוני פיזור הנזק והביטוח.

כלל הקניין הרוחני מעביר את הסיכון אל כתפי ציבור הצרכנים, ואינו פועל כמנגנון יעיל לפיזור הנזק. בעלות זכויות הקניין הרוחני מקבלות פיצוי גבוה מן הנזק שאירע בפועל – דבר שעלול להשפיע באופן שלילי על השקעתן באמצעי זהירות ובאיתור מקרי ההפרה של זכויותיהן. במקרים רבים, כאשר אי-אפשר לתבוע את היצרן, לא יקבל ציבור הצרכנים פיצוי על אובדן המוצר. במקרה זה צפוי כי לא יימצא מנגנון ביטוח שיבטח את הסיכון בצורה יעילה: פתרון של נטילת אחריות על-ידי היצרנים אינו יעיל, שכן הבעיה המרכזית שיש להתמודד עימה נוצרת כאשר אי-אפשר לתבוע את היצרן. ביטוח מפני התאונה המשפטית הנידונה כאן, שנרכש על-ידי הצרכנים או על-ידי היצרנים, אינו מקובל בשוקי המוצרים.¹⁵⁵ הסיבות לכך יכולות להיות מגוונות. בין היתר, כימות הסיכון על-ידי חברת הביטוח נראה על פניו משימה מסובכת ויקרה.

כלל תקנת השוק אינו פועל אף הוא כמנגנון יעיל לפיזור הנזק. במקרה שבו הזכויות

154 לבחינת ההשפעות של הביטוח על הרווחה החברתית ראו, לדוגמה, SHAVELL, לעיל ה"ש 27, בעמ' 186-261.

155 ביטוח התאונה המשפטית הנידונה במאמר יכול להתקיים מקום שצרכן מסחרי מקבל חוות-דעת מקצועית בנוגע למצב זכויות הקניין הרוחני במוצר. זאת, באמצעות ביטוח האחריות של נותן חוות-הדעת.

במוצר עוברות לידי בעלת זכות הקניין הרוחני, האחרונה מקבלת פיצוי גבוה מן הנזק שאירע בפועל. ביתר המקרים, כאשר הזכויות במוצר עוברות לידי הצרכנים, בעלת זכות הקניין הרוחני נושאת במלוא הנזק שנגרם. זאת ועוד, להבדיל מכלל של רכישה בתום-לב, כלל של תקנת שוק מחייב את הצרכנים – כתנאי לקבלת עדיפות על הבעלים המקורי – לרכוש את המוצר מידי מי שעוסק במסחר במוצרים מסוג זה.¹⁵⁶ לכאורה, מתן תמריצים לרכוש את המוצר מידי מי שעוסק בכך יכול לסייע בפיתוח מנגנון יעיל של פיזור נזק וביטוח. סביר כי יצרן הינו כיס עמוק יחסית, וכי הוא יכול לשמש מבטח עצמי יעיל של התאונה המשפטית.¹⁵⁷ אלא שלפחות במקרה הנידון, ליצרן יש יתרונות תחרות ברורים, ואין צורך בתמריצים חיצוניים כדי לשכנע את הצרכנים לרכוש אצלו. תמריצים לרכוש אצל היצרן הגדול והמוכר קיימים גם כאשר הכלל החל הוא כלל הקניין הרוחני או כלל הערוב.

בהנחה שיש מוצרים שביחס אליהם ניתן לבטח – או שיהיה אפשר לבטח בעתיד – את התאונה המשפטית שנגרמה בגין ערוב זכויות קניין רוחני בתוכם ללא הסכמת בעליהן, דווקא כלל תקנת השוק עלול לגרום לטענתנו לכשלון התפתחותו של השוק לביטוח מצב הזכויות במוצרים. טענו¹⁵⁸ כי כלל זה יוצר מצבים שבהם עריכת הבדיקות של מצב הזכויות על-ידי היצרנים לא תיעשה אף שהיא פעולה יעילה, שכן הכלל מאפשר לצרכנים לזכות בזכויות במוצר על-ידי עריכת בדיקות עצמאיות. הצרכנים לא יעריכו בדיקות נוספות שגורמות לעלויות, שהינן מיותרות מבחינתם. כך, הם גם לא יעריכו את עלויות הביטוח, וליצרנים לא יהיה כדאי להשקיע בביטוח כזה. כך נכפה על היצרנים ביטוח עצמי, שכאמור אינו יעיל במקרה של פשיטת-רגל שלהם.

כלל הערוב יוצר מנגנון יעיל יחסית של פיזור הנזק. כאמור,¹⁵⁹ הן כאשר בעלת זכות הקניין הרוחני זוכה במוצר והן כאשר הצרכן זוכה בו, בעלת זכות הקניין הרוחני זוכה בפיצוי מלא בעבור השימוש בזכותה (למעט הפסד זכותה לקיים את המשא-ומתן בעצמה, והערך הנובע מכך, במקרה שבו זכות הקניין במוצר עוברת לצרכן והיא זוכה בפיצוי). כלל הערוב גורם גם לכך שהצרכנים אינם מפוצים באופן מלא, שכן הם מפסידים את שווי השימוש בזכות הקניין הרוחני (נוסף על כך, כאשר הם אינם זוכים במוצר, הם מפסידים גם את הערך הנובע מהגדלת כוח המיקוח של בעלת זכות הקניין הרוחני). טענו כי ניתן להצדיק פיצוי-חסר זה של הצרכנים לנוכח העובדה שבמקרים רבים לא נגרם להם נזק זה, כולו או חלקו. זאת, בשל העובדה שהם אינם משלמים באופן מלא את המחיר ה"אמיתי" של המוצר, דהיינו, את המחיר הכולל את עלות השווי המונופוליסטי של זכות הקניין הרוחני. פיזור הנזק בשיטה המוצעת מעניק פיצוי מלא לבעלות זכויות הקניין הרוחני ופיצוי

156 ראו לעיל ס' ב(א) למאמר זה.

157 דגן טוען כי ניתן להצדיק את תקנת השוק בכך שהיא מתמצת את הרוכשים לרכו את רכישותיהם אצל הסוחרים אשר מעורבותם עשויה לספק לצדדים המתחרים ביטוח מפני תאונות משפטיות עתידיות. ראו דגן, לעיל ה"ש 26 והטקסט הנלווה אליה.

158 ראו לעיל ס' ג1(ג) למאמר זה.

159 ראו לעיל ס' ג2 למאמר זה.

כמעט-מלא לצרכנים. אם קיים חסר בפיצוי הצרכנים, ניתן להצדיקו במונחים של ביטוח: כלל הערבוב מעביר את נטל הפיזור של יתרת הנזק הבלתי-מכוסה, ששיעורו נמוך יחסית, ואת נטל הביטוח אל כתפי הצרכנים. קרוב לוודאי שאי-אפשר לבטח את הסיכון הנותר. את שיעורו של הנזק שהצרכנים אינם מקבלים פיצוי בגינו ניתן לראות כמעין השתתפות עצמית שלהם בעלויות התאונה המשפטית. שיעור זה, שהינו נמוך יחסית ולעיתים אף אינו קיים כלל, יתמרץ את הצרכנים לערוך בדיקות של מצב הזכויות במוצר, ולא להתעלם מכך שלעיתים בדיקה פשוטה וזולה של מצב הזכויות במוצר תמנע את התאונה המשפטית. זאת, מבלי לקבוע מנגנונים אחרים שגורמים עלויות כבדות.

החשיפה הנותרת של הצרכנים לחלק קטן יחסית מן הנזק הצפוי תתחלק, באמצעות שוקי המוצרים, בין היצרנים לבין הצרכנים. ליצרנים כדאי לשכנע את הצרכנים כי שיעור החשיפה שלהם נמוך, ולכן אם יוחל כלל הערבוב, לא ייווצר מחסום מפני עריכת הבדיקות של מצב הזכויות במוצר על-ידי היצרנים. כמו-כן לא תהיה מניעה לחלוקת פיזור הסיכון והביטוח בין היצרנים והצרכנים באמצעים חוזיים, ולא יהיה גם מחסום מפני פיתוח עתידי של שוק לביטוח מצב הזכויות במוצר.

יצוין כי שיעור הנזק שאינו מכוסה באמצעות מנגנון פיזור הנזק המוצע ניתן לכיסוי מלא. הפסדיהן של בעלות זכויות הקניין הרוחני הינם זעירים, אך בכל הנוגע לפיצוי מלא יותר של הצרכנים, ניתן להשיגו, למשל, באמצעות קרן או באמצעות מתן עדיפות לצרכנים, לגבי הסכום החסר בלבד, בתביעות השתתפות כלפי היצרן במקרה של פשיטת-רגל. עם זאת, איננו מציעים לנקוט אמצעים אלה, שיטילו עלויות מיותרות על השווקים.¹⁶⁰

2. השאלה של פיזור הנזק וביטוח – היבטים חלוקתיים

יעילות פעולתו של כלל הערבוב בהשגת מטרת הדין בתחום פיזור הנזק וביטוח משפרת מאוד את הסיכוי להשגת צדק חלוקתי. על פניו, מערך פיזור הנזק שנוצר עונה גם על אמות-מידה של צדק חלוקתי. הוא מונע פיצוי-יתר או פיצוי-חסר של בעלות זכויות הקניין הרוחני, ומפצה אותן על נזקיהן, למעט אובדן הערך הנובע מהקטנת כוח המיקוח שלהן בחלק מן המקרים. הוא מונע פיצוי-חסר של הצרכנים, ומפצה אותם כמעט על מלוא נזקיהם. את החסר בפיצוי הצרכנים, בשיעור נמוך יחסית, הסברנו בשיקולים של מניעת התעשרות – שכן לעיתים הם לא שילמו את מלוא המחיר של המוצר, כולל הערך המונופוליסטי של זכויות הקניין הרוחני – ושל מעין השתתפות עצמית. כלל זה פותר אם כן בעיות בנוגע ליעילות ההכוונה של התנהגות הצדדים. כאמור, הפסדיהן של בעלות זכויות הקניין הרוחני הינם זעירים, ולגבי הצרכנים – ניתן להשיג פיזור מלא יותר של נזקיהם באמצעים שונים (כגון קרן או מתן עדיפות בפשיטת-רגל). עם זאת, לדעתנו,

160 להצדקת מתן עדיפות לנושים לא-רצוניים בהליכי פשיטת-רגל ראו: Hanoch Dagan, *Restitution in Bankruptcy: Why All Involuntary Creditors Should be Preferred*, 78 *Am. Bankr. L.J.* 247 (2004). במקרה שלנו קשר חוזי בין היצרנים לבין הצרכנים, כולל באמצעות משווקים, ואיננו מציעים לראות בהם נושים לא-רצוניים.

שימוש באמצעים כאלה יטיל עלויות מיותרות על השוקים. עלויות אלה יוטלו בעיקר על הצרכנים, והפגיעה בהם תהיה רבה מן התועלת שתושג.

זאת ועוד, אנו מציעים לא ליצור מערכת של כללים שתנסה לחלק את יתרת הנזק הלא-מפוצה בין בעלות זכויות הקניין הרוחני לבין הצרכנים. מערכת כזו תהיה מסובכת להפעלה ויקרה, תפגע בפשטות ההפעלה של כלל הערוב ובעלותו הנמוכה יחסית, ועלולה להיות לא-הוגנת.

לסיכום פרק זה, אנו סבורים כי כלל הערוב הוא הכלל אשר ייטיב להשיג את מטרת הדין בתחום פיזור הנזק וביטוח של התאונה המשפטית מושא הדיון, הן משיקולים של יעילות והן משיקולים של צדק חלוקתי.

פרק ה: יישום, שאלת תום-הלב ושאלת הידיעה של היצרן ושל הצרכן

1. יישום

אנו מציעים כי כלל הערוב יחלוש על מקרים שבהם מתקיימת תחרות בין בעלת זכות קניין רוחני לבין צרכן אשר רכש מוצר שיוצר על-ידי יצרן תוך הפרת זכות הקניין הרוחני שלה. זאת, כאשר היצרן מייצר מוצר חדש באמצעות ערוב של מיטלטלין, זכויות ועבודה שלו יחד עם זכות הקניין הרוחני, והם אינם ניתנים להפרדה, וכאשר תביעה נגד היצרן המפר אינה מעשית. בסעיף זה נבקש להדגים את עמדתנו לגבי פתרון מצבים אלה.

אמת-המידה להכרעה שאנו מציעים היא היחס בין ערך השימוש בזכות הקניין הרוחני המגולם במוצר לבין ערך ההשקעה של היצרן בייצורו. כך, בייצור תרופות, כאשר יצרן משתמש בפטנט השייך למי שפיתחה אותו, במקרים רבים ערכו של הפטנט רב יחסית והוא צפוי להיות החלק העיקרי במוצר, ואילו השקעתו של היצרן הינה קטנה יחסית וערכה צפוי להיות החלק הקטן במוצר. עמדת הדין אינה מוחלטת:¹⁶¹ מצד אחד קיימת הגישה המתוארת בעניין אס.די.אר.¹⁶² בעניין Microsoft¹⁶³ ובהחלטתו השנייה של בית-המשפט המחוזי בעניין שפר,¹⁶⁴ שלפיה בית-המשפט רשאי לפסוק פיצויים, החזר שכר-הטרחה של עורכי-הדין, העברת הרווחים לידי בעלת הקניין הרוחני, ולעיתים אף העברת החזקה במוצרים המפריים לידיה; ומן הצד האחר קיימות הקביעות של בית-המשפט בעניין שפר,¹⁶⁵

161 לתאור הדין החל ראו לעיל במבוא ובפרק ב למאמר זה.

162 עניין אס.די.אר., לעיל ה"ש 2.

163 עניין Microsoft, לעיל ה"ש 4.

164 החלטתו השנייה של בית-המשפט המחוזי בעניין שפר, לעיל ה"ש 8.

165 החלטתו הראשונה של בית-המשפט המחוזי בעניין שפר, לעיל ה"ש 5, והחלטת בית-המשפט

העליון בעניין שפר, לעיל ה"ש 6.

שלפיהן בית-המשפט רשאי לאפשר את העברת הבעלות במוצרים המפריים לידי הרוכש תמ-הלב מכוחה של תקנת השוק.

לפי כלל הערבוב המוצע על-ידינו, התוצאה תהיה שונה: הבעלות בתרופה תוקנה לבעלת הפטנט, שהינה במקרה זה בעלת חלק-העיקר. לעומת זאת, למרות העובדה שמדובר בפטנט רשום, היא תצטרך לשלם למשווק את ערך השקעתו היחסית של היצרן בייצור התרופות שבידי המשווק. להערכתנו, ברוב המקרים התוצאה המעשית תהיה הגעה להסכם שלפיו התרופות יועברו לבעלות המשווק, בתמורה אשר תשקף את שווי הפטנט המופר ואת כוח המיקוח הגדול יחסית של בעלת הפטנט. כן צפוי כי בהסכם ייכללו תנאים שיגנו בצורה טובה על האינטרסים העסקיים של שני הצדדים, כגון האינטרס של בעלת הפטנט ושל המשווק בבניית מוניטין.

הלכת *re Woolworth II* מציגה מקרה דומה.¹⁶⁶ לפי כלל הערבוב המוצע על-ידינו, התוצאה תהיה שונה: שאלת הבעלות בפסלים תוכרע לפי היחס בין ערך השימוש בזכות היוצרים המגולם בהם לבין ערך ההשקעה של היצרן בייצור הפסלים שבמחלוקת. כך, אם הערך הראשון הוא הגדול מבין השניים, אזי בעלת זכות היוצרים תזכה בבעלות בפסלים. במצב זה היא תפצה את Woolworth בעלות ההשקעה של היצרן בפסלים אלה, אך לא יותר מן המחיר ששילמה Woolworth ליצרן. אם הערך השני הוא הגדול, אזי Woolworth – הצרכן המסחרי – היא אשר תזכה בבעלות בפסלים. במצב זה היא תפצה את בעלת זכות היוצרים בערך השימוש בזכותה. כאמור, גם במצב הראשון, שבו הבעלות במוצר החדש ניתנת לבעלת זכות היוצרים, צפוי כי ברוב המקרים יתקיים משא-ומתן בין הצדדים שיסתיים בהעברת המוצר לידי הצרכן המסחרי בתמורה, תוך מתן הגנה חוזית לאינטרסים העסקיים של הצדדים.

דוגמה אחרת שהוצגה בתחילת המאמר היא עניין *Dowagiac*.¹⁶⁷ במקרה זה היווה הפטנט רק חלק מהמוצר עצמו, אשר כלל רכיבים רבים אחרים. כאן, העברת המוצר לבעלתה של בעלת הפטנט נראית על פניה פתרון קיצוני. לפי כלל הערבוב המוצע, אם אכן יסתבר כי ערכו של הפטנט קטן יחסית לשווי השקעתו של היצרן במוצר החדש, אזי הבעלות במוצר השלם תוקנה לצרכן, והלה יצטרך לשלם לבעלת הפטנט את ערך השימוש בזכות הקניין הרוחני המגולם במוצר.

גזרה שווה תחול גם על המקרים בישראל: עניין שפר, עניין *Microsoft* ועניין דנציגר נ' דרוק.¹⁶⁸ בשני המקרים הראשונים ניתן לומר כי ערכה של זכות הקניין הרוחני מהווה את חלק-הטפל, מאחר שמדובר במוצרים בהפצה המונית, וככל שכמות המוצרים המופצים בשוק גדלה כן חלקה היחסי של זכות הקניין הרוחני במוצר קטן. לפיכך יש להותיר את הבעלות במוצרים המפריים בידי הרוכש תמ-הלב, בתמורה לתשלום ערך השימוש בזכות הקניין הרוחני הגלומה במוצר. עם זאת, בעניין דנציגר נ' דרוק ראוי לדעתנו להפוך את היוצרות, ולהעביר את הבעלות בפסלים המפריים לידי בעלת זכות היוצרים בתמורה

¹⁶⁶ *re Woolworth II*, לעיל ה"ש 68.

¹⁶⁷ *re Dowagiac*, לעיל ה"ש 82.

¹⁶⁸ עניין דנציגר נ' דרוק, לעיל ה"ש 102.

לתשלום ערכם של העבודה והחומרים שהושקעו במוצר על-ידי יוצר הערבוב. קל לראות כי במקרים של יצירות אומנותיות ייחודיות, חלקי-העיקר הוא זכות היוצרים. זאת, להבדיל ממקרה *re Woolworth I*,¹⁶⁹ שבו דובר אומנם ביצירה אומנותית, אך כזו שהופצה באופן מסחרי ולכן חלקה של זכות היוצרים בה דולל.

המאמר אינו עוסק בשאלה החשובה והקשה של השיטות להערכת שוויים של החלקים המתחרים – שווי זכות הקניין הרוחני המגולם במוצר ושווי השקעתו של היצרן המגולם בו. עם זאת, יצוין כי במקרה שבו ערך השקעתו של היצרן במוצר החדש הוא החלק הקטן מבין השניים, ראוי לדעתנו להגביל את הפיצוי לצרכן בעבור ההשקעה של היצרן למחיר ששילם הצרכן בעבור המוצר החדש. זאת, כדי למנוע התעשרות לא-כדין של הצרכן וכדי למנוע תמריצים של שיתוף-פעולה עברייני בין היצרן לבין הצרכן.¹⁷⁰

2. שאלת תום-הלב ושאלת הידיעה של היצרן ושל הצרכן

להערכתנו, הוספת אמת-מידה של תום-לב כתנאי לזכייתו של צד הינה מגבלה חמורה מדי, ועדיף לקבוע דרישה של העדר ידיעה סובייקטיבית. זאת, הן משיקולים של יעילות והן משיקולים של צדק חלוקתי: מנקודת-המבט של הכוונת התנהגות הצדדים, אמת-מידה נגטיבית זו של תום-לב לוקה באותן בעיות, שפורטו לעיל, הנובעות משימוש בתום-לב ככלל הכרעה פוזיטיבי.

מנקודת-המבט של פיזור הנוק וביטוח, קביעת אמת-מידה של תום-לב כתנאי נוסף עלולה לגרום לפגיעה במנגנון פיזור הנוק על-ידי כלל הערבוב. ניתן להגביל את השימוש בתנאי תום-הלב, למשל, באמצעות קביעה כי נפקותו תוגבל להיפוך הסדר בין בעלת זכות הקניין הרוחני לבין היצרן. כך, אם בעלת זכות הקניין הרוחני תנהג באחריות חברתית ראויה ואילו הצרכן יתרשל, אזי הכלל יהיה העברת המוצר לבעלת זכות הקניין הרוחני, גם אם חלקו של הצרכן הוא העיקר. זאת, בכפוף לפיצוי הצרכן בעבור חלקו במוצר. במקרה זה, הוספת תנאי תום-הלב תהיה יקרה, אך לא תשפיע כמעט על התנהגות הצדדים או על מנגנון חלוקת הנוק. לעומת זאת, שימוש נרחב בתנאי תום-הלב עלול לפגוע ביעילותו של מנגנון פיזור הנוק באמצעות כלל הערבוב וכן בצדק החלוקתי שהוא מבטיח.

אנו מציעים להשתמש באמת-מידה נגטיבית של העדר ידיעה סובייקטיבית של הצדדים על הערבוב, כתנאי לזכייתם במוצר על-פי כלל הערבוב וכן כתנאי לזכייתם במלוא הפיצוי במקרה שהצד האחר זוכה במוצר. כך, בעלת זכות קניין רוחני אשר יודעת על ערבוב זכותה במוצר אך אינה פועלת נגד היצרן לא תוכל ליהנות ממלוא תחולתו של כלל הערבוב כלפי הצרכן; וצרכן אשר יודע כי המוצר כולל זכות קניין רוחני שניטלה ללא הסכמה מבעלת הזכות לא יוכל אף הוא ליהנות ממלוא תחולתו של כלל הערבוב כלפי בעלת זכות הקניין

¹⁶⁹ *re Woolworth I*, לעיל ה"ש 68.

¹⁷⁰ מחיר הרכישה על-ידי הצרכן יכול לסייע במקרים מתאימים – בין היתר, כאשר הרכישה נעשית בתנאי שוק וערך ההשקעה של היצרן ידוע – באומדן שווי השימוש בזכות הקניין הרוחני.

הרוחני.

ההצדקות לכך הן מתחום הנויקין המכוונים, ודיון מקיף בהן, ברמות הכוונה השונות ובשינוי הדרוש בכל מקרה ומקרה בכלל הערבוב מחייב מאמר נפרד.¹⁷¹ כאן יודגש רק שידיעה של צד כי עומדת להתבצע עסקה של מכירת מוצר שמעורבת בו זכות קניין רוחני שלא נרכשה כדין – מוציאה את הדיון ממסגרת של דיון ב"תאונות משפטיות". תאונה משפטית מתאפיינת בעלויות עסקה גבוהות מאוד. במילים אחרות, הצדדים לתאונה משפטית אינם יכולים לקיים ביניהם משא-ומתן, עובר לתאונה, כדי לדון במניעתה היעילה והצודקת. לעומת זאת, ברגע שאחד הצדדים יודע כי העסקה של מכירת המוצר עומדת להתבצע, עלויות המשא-ומתן נעשות נמוכות מאוד. אף שהצדדים אינם מכירים איש את רעהו, בעלת זכות קניין רוחני יכולה לפנות ליצרן, בעלויות נמוכות מאוד, ולדרוש את ביצוע העסקה דרך השווקים. דהיינו, היצרן יידרש – ובית-המשפט יגן על דרישה זו – לרכוש את זכות הקניין הרוחני. במקרה שהצרכן יודע על קיום זכות קניין רוחני שלא נרכשה כדין, הוא יכול, בעלות נמוכה מאוד, להימנע מביצוע העסקה או לבצעה דרך השווקים הלגיטימיים. דין זה מעודד ביצוע עסקות דרך השווקים הלגיטימיים, ומונע בדרכו זו גניבה של זכויות קניין רוחני.

פרק ו: סיכום

אנו סבורים כי לצורך פתרון הבעיה מושא הדיון ראוי לאמץ את כלל הערבוב (accession rule), הדומה לכלל שקבע בית-המשפט ב-*re Lake Shore v. Hutchin* ואשר מסתמך על אותו היגיון של ערבוב. כלל זה עדיף על כלל הקניין הרוחני, הדומה לכלל שקבעו בתי-המשפט בעניין אס.די.אר., בעניין *Microsoft*, בהחלטתו השנייה של בית-המשפט המחוזי בעניין שפר וכן ב-*re Woolworth I*, ואשר מסתמך בעיקר על הרציונל של הגנה על זכויות קניין רוחני. כלל הערבוב עדיף גם על כלל תקנת השוק, הדומה להלכה המשתמעת מהחלטת בית-המשפט העליון בעניין שפר ומניסוח חוק זכות יוצרים, המעניקים משקל-יתר לעידוד המסחר. לדעתנו, כלל הערבוב הוא הכלל אשר ייטיב להשיג את מטרות הדין בתחום הכוונה התנהגותם של השחקנים הרלוונטיים בשווקים ובתחום פיזור הנזק וביטוח של התאונה המשפטית מושא הדיון, הן משיקולים של יעילות והן משיקולים של צדק חלוקתי. הטעמים שהצגנו במאמר להחלת כלל הערבוב תקפים לכלל הקניינים הרוחניים, במצבים שבהם נוצרת תחרות בין בעלת הזכות לבין רוכש של מוצר שעורבבה בו זכותה ללא הסכמתה. עם זאת, מחקר נוסף עשוי לדעתנו להאיר היבטים נוספים שלא נבחנו

171 לסקירת ההצדקות לדיני הנויקין המכוונים ראו, לדוגמה, Posner, לעיל ה"ש 27, בעמ' 229-224.

כאן, ביניהם השפעת הכלל על יעילות פעולתה של המערכת המשפטית ושאלות מיוחדות שעשויות להתעורר בהקשר של זכויות קניין רוחני שונות.¹⁷²

בעיקר, ראוי לבחון את החלת כלל הערבוּב כבסיס עיוני לפתרון מצבי התחרות בין בעלת זכות הקניין הרוחני לבין היצרן שגוזל את זכותה. זוהי שאלה מרכזית של דיני ההגנה על הקניין הרוחני, ומאמר זה מצביע על כך שכלל הערבוּב עשוי להיות ראוי כמנגנון מרכזי לפתרון בעיות בתחום ההגנה על זכויות קניין רוחני.

אימוץ כלל הערבוּב בדין הישראלי, הן בתחום התחרות בין בעלת זכות הקניין הרוחני לבין רוכש של מוצר שעורבבה בו זכותה והן בתחום התחרות בינה לבין היצרן שגוזל את זכותה, יהווה שינוי מהפכני בדיני הקניין הרוחני. חלוקת הערך שהוצעה במאמר זה, אשר עומדת בבסיסו של כלל הערבוּב, מתיישבת היטב עם שיקולי יעילות, מעודדת את התחרות בשווקים ומקדמת את הדין לעידן של חלוקה צודקת של פירותיה של זכות הבעלות בקניין הרוחני.

172 בהקשר זה מדובר, בין היתר, בעלות ההתדיינות לצדדים ולמערכת המשפטית, בצורך לשקול שיקולים הנוגעים בעידן הגלובלי ובאפשרות ההפרה של זכות יוצרים במדיום שונה, ובבחינה עמוקה של אפשרויות האכיפה.