

## לידתה של עוולה: הפרה תורמות בדיני פטנטים

### מאת

מיכאל ד' בירנבאך\*

מבוא

א. איד עוולה נולדת

1. העולה

(א) הפרה תרמת בפטנט קומבינציה

(ב) הפרה תרמת בפטנט לתוליד

(ג) הפרה תרמת בזכויות יוצרים: ייצור ושיווק של מכשור המאפשר העתקה

(ד) הפרה תרמת בזכויות יוצרים: קישור לאתר מפר

(ה) תסדיטים נוספים

2. התפתחות העולה

(א) סגמים ראשוניים

(ב) צירי לידה

(ג) לידה

ב. הבסיס העיוני החסר: הצדקת דיני פטנטים ואכיפה יעילה

1. עולה בהתהוות: קשיים ומגבלות

2. קניין רוחני ותחרות חופשית

3. כשל-אכיפה ואכיפה יעילה

(א) זכויות יסודיים

(ב) שרשרת התפרה

(ג) הפרה תרמת כצוואר-בקבוק משפטי

ג. מסגרת העולה ופרטיה

1. דדישת-סף: קיומו של כשל-אכיפה

2. הפרה ישירה

3. שימור תגנית

4. כוונה, ידיעה וידיעה קונסטרוקטיבית

(א) דרישת הידיעה בעניין **רב בריח**

(ב) גרם הפרת פטנט

(ג) ידיעה בפועל ועצמית-עניינים

\*

מטרת הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תיפה, תודות לדי"ר גיבה אלקין-קורן, לרשם הפטנטים לשעבר משה גולדברג ולד"ר מיכל גל על הסיוותים הסופיים, לעוזרי המחקר גל צשת ועידו צשת על צורתם בהודות הדיעיונות המובאים כאן ובמחקר, ולשי לביא על ההחלטה להרום לגיליון זה, האחריות לתוכן – כולה שלי.

ליאחורונה הפרה בית-המשפט העליון את האיוון הקיים במערכת האקולוגית של דיני הפטנטים בכך שהכיר בעולמה חדשה: הפרה תורמת. אכן, גאוות המשפט המקובל היא על יכולתו להתחמש מתוך צמצום: להמאים את הדין למציאות החברתית המשוננת, והן כרי כך לגרוט את המציאות על-פי מצפון ערכי. המשפט מחדש הלכות בעניין שבעטרה: כללים חדשים, יישום חדש של עקרונות קיימים ופרשנות חדשה לכללים וצקדונות קיימים. אולם לא בכל יום נולדת עולה חדשה. לידתה של עולה הינה בדרך-כלל תוצר של תהליך מורכב הנמשך על פני פסיק-דין רבים לאורך זמן. תהליך לידתה של העולה החדשה היה מזוהז המסית, וכשת, משבאה לעולם, עלינו לקבוע כיצד גודל אותה למצוות ולמעשים טובים מסורת של סאמר זה היא לבחון את העולה החדשה, מתוך הריאה הפוללת, כנקודת-מפגש בין המשפט לסכנוולוגיה, נקודה שהמשפט מבקש להסדיר בה את התהליך החברתי המורכב המופק מונוכו את הקדמה הסכנוולוגית.

מהי מהותה של העולה? תמציתה היא כי לצי המפרה הישירה, קיימת גם הפרה צקריפה: גודם שאינו מפר כשלצמצום את הפטנט, אך מאפשר בפעילותו לאחורים להפר אותו, ימצא אחרי העולה של הפרה תורמת<sup>3</sup> וייחשה לסעדים של צו-מניעה ופצויים. צו-רי-העולה של העולה לא נמשכו זמן רב, אך מקומם לא נפקו להלוטיין. לאחר תהווה שיפוט ראשון בספר-דין של בית-המשפט המחוזי בהל-אייב, בת"א (ת"א) 505/94, ה"פ (ת"א) 2216/94 רגבה מושב שיפוט הקליאי בע"מ נ' צהורי ובניו העשירי בע"מ (סגן המשא אורי גורן)<sup>5</sup> אולם בית-המשפט העליון (מפ השופט אליהו מצא) דחה את המנה המשפטי של בית-המשפט המחוזי, תוך שהוא מתויר לעיון את שאלת ההכרה בעולמה<sup>6</sup>. בתולה פחות משה בא לעולם פסק-הדין בע"מ 1686/98 רב בריה נ' בית מסדה לאבדויי רכב חכשיל<sup>7</sup>, וכו נקבע: "איני רואה, כאמור, כל מניעה כי גם אנתנו נכיר בנדקטינתו של מונת זה הוא תרצומו של המונת האנגלי infidantory, ואין הוא מדייק. זהו נכון לקרוא לעולה "תורמת ולפיה", אלא שהמונח הלא-מדייק חיכה שורש.

- 3 ע"א 148/64 (ת"א) 282 (להלן: עניין רגבה מחודש), האפשרות לידאת כטיית לעפרה רגינס מחוזי לב"ב (1) 282 (להלן: עניין רגבה מחוזי לב"ב), דיניס מחוזי (ת"א) 603/94 אטונג בע"מ נ' העמיס בע"מ, דיניס מחוזי לב"ב (1) 279 (להלן: עניין אטונג, נרתן צו האוסר לייצר בלקים בדיעה שהם מיוצרים להפר את השיטה המוננת שם ליצירת תקינה. בת"א (ת"א) 487/94 רב בריה בע"מ נ' ש.ע. יודני (מוצרי מתכת) בע"מ, דיניס מחוזי לב"ב (4) 541 (להלן: עניין ירדני), לא הכיר חשופט בעולמה, אך קבע כי ביטוינות אותו עניין, שבוהן תהו תוחת בין הצדדים, והנתנות הנתבעת נעדרת תוס-ליב. צ"א 7614/96 צהורי ובניו העשירי בע"מ נ' רגבה – מושב שיפוט הקליאי בע"מ, פ"ד נד (3) 721 (להלן: עניין ערער רגבה), לסיטואציה הכללית העולה מפסק-הדין של בית-המשפט המחוזי ושל בית-המשפט העליון אקרא פרשת רגבה.
- 6 פ"ד (גז) 357, נרתן ביום 23.7.01 (להלן: עניין ערער רב בריה), פסק-הדין נכתב על-ידי השופט אבנולדד. נחשא אהן ברק והשופטת אילה פרוקצ"ה הצטרפו לפסק-הדין בהסכמה.
- 7

- (ד) דיעה קונסטרטוקטיבית
  - 5 חריגים לעולמה המוננת
  - (א) שימושים לא-מפריס
  - (ב) המונת אחרות
- סוף-דבר

**מבוא**

המשפט מבקש להסדיר הגביס מסוימים של חיה החברה במדינה המודרנית המורכבת כדי לצמצם תוכנים ולחשיג ולמשש ערכים ומטורות ראויים בעיני החברה הלולונותית. גם הסכנוולוגיה מבקשת לשפר את איכות חיינו, וגם היא, כמו המשפט, מבקשת לעצב היבטים מסוימים של החברה ולנווט אותה לחופים מתקדמים יותר. המסוימות של שני התחומים קרובה אסכ, אבל קיים שוני מהותי: המשפט הוא כלי חברה המוצר על-ידי הציבור בתהליך דמוקרטי מסודר ומורכב. הסכנוולוגיה, לעומת זאת, מתפתחת כיום בעיקר בשוק הפרטי, בתהליך שכללי המשוקן של איגם אלה של התליך הדמוקרטי. משום כך, נקודת-המפגש שבין שני התחומים מתקנת. דיני הקניין חרותי בכלל ודיני הפטנטים בפרט הם נקודת-השקת כואת. זה המקום שבו המשפט מבקש להסדיר את התפתחות הסכנוולוגיה ולכפות עליה את בתריותיו הערכיות. הסכרים המשפטיים השונים של הקניין הרותי מבוזים להשיג מטרה כלל-חברתית ואיית, כגון העשרת השיה הציבורי (כביות ויצויים), קדמה טכנולוגית ועידוד מתקן (פטנטים), עושר אסתי (מדגמים), צרכנות יעילה (טימו מסחי) ותחרות הוגנת (סדרות מסחריים), האמצעי המשפטי המקובל להשגת מטרת אלה הוא הענקת מעין מונופול ברשות החוק, מעד אחר, תוך קביעת מגבלות וחריגים, מעד אחר. למונופול יש כמוכו מחיר חברתי של פגיעה בתחרות חופשית. משום כך, דיני הקניין חרותי הם נפרכת אווננים מורכבת, והם, כבישויו של James Boyle, מניין "שערכות אקולוגיות"<sup>1</sup> שינוי מרכיב אחר באותונת עלול לגרוך המוננת שירשרת.<sup>2</sup>

- 1 ראו: J. Boyle "A Politics of Intellectual Property: Environmentalism for the Ne'er?" (1997) <http://www.law.yu.edu/ili/conferences/freeninf62000/>
- 2 [confpapers.com/envi/02/06/06/02](http://www.confpapers.com/envi/02/06/06/02), (ערבני להאריך 02/06/06).

בהפרעה כי נראה שתכרוך כאן יחזיקו שתי מנגמות והפיסה משפטיה אהתי: מנגמה אחת היא האקספוזיציה השיפוטית. במקום שבו יש לבית המשפט סמכות לפסול הקרקע ראשית, הכרה בעולמה חדשה היא עניין טבעי כמעט. מנגמה שנייה היא ההרחבה הנמשכת של המנגמה על בעלי זכויות בקניין רוחני. ההרחבה היא מנגמה גלובלית, והיא מתייחסת להיקף הזכויות, לשאלה איך ניתן של היתוות הכיסוי של המנגמה.<sup>13</sup> נוסף על כך, תשומת-לב מוקדשת גם במנגמה זאת. דוגמה אחת היא רע"א 5768/94 א.ש.נ.ר. יבוא והפצה נ' פורום אבפירים ומעצרי צריכה בע"מ,<sup>14</sup> שם קבע הרכב מורחב של בית המשפט העליון כי לדיני עשייה עושה ולא במשפט יש תחילה על קניינים רוחניים, לצד הדינים הפרטיים או נוסף להם.<sup>14</sup> דוגמה נוספת היא תפרשנות המיוחדת של בית המשפט לדרישת המקוריות בדיני זכויות יוצרים, פרשנות המקורבת את זכויות היוצרים לתפיסה קניינית-קונטנטנטלית, ומדחיקה אותה מתפיסת רגולטיבית, שלפיה הזכות היא יצירה המשפט.<sup>15</sup>

התפיסה המשפטית היא עצמדתו של השופט יצחק אנגלר, כפי שהיא עולה מקריאת פסק-דין, אנגלר מוזהרת בדיני נזיקין.<sup>16</sup> העולה החדשה נשענת על תפיסה הוליסטית של דיני נזיקין והקניין: עקרונות הנזיקין הליז על ההנגמה על הקניין, והם כפי שתברר בהמשך, ביסוד ההכרה בהפרעה המוחלטת.<sup>17</sup> מטעם זה מדובר בעולמה, ולא רק בעולמה-תביעה חדשה.

שאלה אחת מרחפת מעל לדין כולו: מהתח שבין המטרות של דיני הפטנטים לבין החלש מפיני ניצול הפטנטים לרעה על-ידי פגיעה בתחרות חופשית בשוקים שאינם מוגנים על-ידי הפטנט. בחלק מהאשון של המאמר יציג את העולמה זאת התפתחותה בדין

- 12 לריון בנגמה זו, ראו, למשל: – *Expanding the Boundaries of Intellectual Property*, Innovation Policy for the Knowledge Society (R. Cooper Dreyfuss, D. Lembeer Zimmerman & H. First eds., Oxford, 2001).
- 13 פ"ר 289 (4) 2011.
- 14 לביקורת ראו נ' אלקין קורן יעל ועל נחלת תכליל: מקניין רוחני לעשיית עשיר וללא במשפט עיוני משפט כה (תשס"א) 9.
- 15 ראו רע"א 2790/93 Eisenman 2811, קומרון, פ"ד נד(3) 817; ובקורתו, מי ביינהקן ידרישת המקוריות בדיני זכויות יוצרים וישליטה תרבותית" עיל משפט ב (תשס"ב) 347. לתפיסה רגולטיבית של זכויות יוצרים ראו, למשל, רע"א 513/89 Intellego נ' Exat-Lines Bros. S.A., פ"ד מח(4) 133, 154.
- 16 אנגלר היה שותף לחוקר החוכרי בתחום דיני הנזיקין בישראל, ראו דיני הנזיקין תורת הנזיקין הכללית (ג' סדסיק, י' אנגלר, א' ברק ומ' חשיף, תשל"ד).
- 17 השופט אנגלר נדרש לזום שבין דיני הנזיקין לדיני הקניין בהקשרים נוספים, כך, למשל, לעניין הקרקע שיקול-דעתו של בית המשפט במתן ציווי לסילוק מנגמה שנגבה תוך הפחת זכויות קנייניות: שאלה זאת מוסדרת הן על-ידי דיני הקניין והן על-ידי דיני הנזיקין. ראו רע"א 6399/97 דוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, בהסקות 9-8 לפסק-דינו, והשוו לפסק-דינו של השופט יעקב שורקל, שם, פסקות 4-8.

הפרה תורמות במשפט הישראלי.<sup>8</sup> הטעם המרכזי שהובא בהסבר לכך הוא "הנגישה התשוויונית: מתברר כי חיונה השיפוטית בתחום זה אינה נחלתה הכלעית של הפסיקה בארצות זרות, אלא גישה דוגמה נבקשה גם במשפט הגרמני."<sup>9</sup>

קביעת קיומה של עולמה חדשה אינה עניין של מה בכך. בית המשפט נוקט בעולמה תקינתית לנתחדין: הוא קובע את המותר והאסור כלפי ציבור כללי ובלתי-מסוים.<sup>10</sup> בכך נוצר מערך של זכויות וחובות. משום כך, פגיעויות שכבר התרחשו יזלכו להשלכת אחריות שלא נצפתה, ומערך השיקולים לעתיד ישתנה גם הוא. משום כך, כאשר בית המשפט מברר על לידתה של עולמה, ראוי שיגדיר אותה במדויק ככל האפשר, יסביר כיצד העלילה קמה, כלימה, מהי הקונטרקציה המשפטית שלה, ובעיקר ראוי שיוסברו ויוצרו הטעמים להכרה בעולמה החדשה. הצדקה זאת אינה רק לשם שמירה או למען העיון האקדמי, אלא התקדרה לשמש מקור פרשני להתאמת העולמה החדשה בתפיסה ההיזית של תלקיה המשפט לא צפה אותן. למצער, הגדרת העולמה החדשה בתפיסה ההיזית העולה מהקונטרקציה המשפטית ("הגישה המשפטית") חלשה, וחסרה בה כמעט להלוטין הצדקה עיונית. מתוך שלוש הטענות האלה – הגדרתה, קונטרקציה והצדקה, אולם משוההה העולמה בראשונה ובשלישית, שאלת הקונטרקציה תיסקר בהמשך, אולם משוההה העולמה כעולמה עצמאית, ולא כיישום או פיתוח של עקרונות קיימים, אינה טעם להרחיב על כך. אקדים ואמר כי אני סבור שאין מניעה להכיר בעולמה החדשה, ועשויים להיות לה יתרונות מסוימים. עם זאת, הקישי המרכזי שבפסק-הדין הוא ההגדרה החלקית של העולמה ואי-התנותה של תשתית עיונית לה, שהיתה יכולה לשמש מקור הנהייה פרשני חשוב. מטרתו המרכזית של מאמר זה היא להשלים את החסר, ותחלה במישור העיוני, ומתוכו – במישור ההגדרתי.

- 8 גם שאלת עיוניתה של ההכרה בעולמה החדשה מסקרנת,<sup>11</sup> לא אודת על כך, ואסמק במישור ההגדרתי.
- 9 עיוני ערעור רב בריה, שם, בפסקה 30.
- 10 שם, בפסקה 28.
- 11 השו לטמנייה של הקנה בת-פעל תחיקתי, כפי שנקבעו בע"פ 213/86 הי"מ נ' אלכנדרוביץ, פ"ד יא 695, ועוגנו בסעיף 17 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש], תשמ"א-1981, ס"ח 1050. ההכרה בעולמה החדשה מעוררת שאלות נכבדות בדבר היחס שבין הוריות תשפוטית לרשות המנהיקת. בית המשפט ארכי את תטוגניה בקצרה, אך נמנע מבקשת עמדה, בהתבסס על הנימוק התשווואתי. ראו עיוני ערעור רב בריה, שם, בפסקה 28.
- 12 שאלות מעניינות אחרות, שלא אדון בהן כאן, הן ניתוח סוציולוגי-משפטי של המהלכים שהובילו להכרה בעולמה החדשה. יתה מעניין לבחון את תהליך החכרה בעולמה שהתגלגל לעולמה משפטית, ברוח האמרים של: "The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming..." 15 M. Galanter (1980-1981) 631 *J. & Soc. Rev.* (1980-1981) 631. ברוח מאמר של: "Why the 'Haves' Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change" 9 *J. & Soc. Rev.* (1975) 95.

א. איך עוללות נולדות?

1. העוללות

בית המשפט העליון לא הגדיר מהי עוללת התפרת התרומת, אם כי הגדיר, למעשה בצורה חלקית, את תנאיה. ראוי אכן לזכור: התילה את מהות הפעילות הנדרשת, כשיר ייחנך שאדם יהיה אחראי להפרת פטנט כאשר הוא אינו הספר וכאשר אינו מקיים שיתוף-פעולה ישיר עם המפר? הפרת תרומת אגב רק במקרה של אחריות שיתוף-פעולה. אין מדובר במעסיק תמורה לעובדיו להפד פטנט. מקרה כזה לא יעורר קושי ניכר, והמעסיק יימצא מעורר במשותף, בין מכות תולת הפעילות והפליג של מעורלים במשותף ובין מכות של קונסורציה שחראה בהפרת הפטנט עוללת של הפרת תובת הקוקה, הכפופה במישרין לעקרן המעורלים במשותף.<sup>20</sup> גורם אחר (או אף מספר) של גורם אחר המעוררת ומגזרת את המשתתף למעורלותו של גורם אחר (או אף מספר) של גורם אחר המעוררת ומגזרת את המפר את הפטנט. הבעיה המעוררת בשני סוגי מצבים מסוימים, האחד נוגע בפטנט קולומביאני, והאחר בפטנט לתחילת. בפסקות הסמכות אציג מסוימים עובדניים נפוצים, שניים מהם בקשר לפטנטים, שניים בקשר לזכויות יוצרים, ועוד הערה על מסוימים אפריים נוספים. בכל אחד מהמסוימים האלה מצויים שחקנים רלוונטיים אחרים, ופעילות השחקנים הנה עוקבת מבחינת סדר הזמנים. כך נוצרת שחרת שראשיתה בפטנט וסיומה בהפרת. לישם הנוהגות, אחריות לשחקנים בכל המסוימים השונים בכנויים זהים: הוא גם מפר, הפרתו (אם פעולתו אכן כזאת) היא הפרת ישירה. במצב כזה אקרא למשמעות הקצה מפר-קצה, בין שני הקצוות מצויים גורמי-הביניים: הם אינם מפרים את הפטנט במישרין, אולם בעלי הפטנט שונים בהכרח נגרם שהם מאפשרים את הפרתה על-ידי משתמשי-הקצה, ולכן הם אחראים בהפרת תרומת.

(א) הפרת תרומת בפטנט קולומביאני

פטנט קולומביאני ניתן בעבור צירוף של מרכיבים קיימים שכל אחד מהם נבדד מצוי בנחלת הכלל (אם כי ייתכנו מצבים שבהם חלק מהמרכיבים מוגנים באופן עצמאי בפטנט נפרד, וכאשר הצירוף עוסד בדרישות של דיני הפטנטים: הצירוף חייב להיות חדש, מועיל, ניתן לשימוש תעשייתי ומהווה התקדמות המצאתית.<sup>21</sup> המצאותה של חברת רב ראו סיפויים 12, 69 לפקודת תגויקן [נוסח חדש], תשכ"ח-1968, ו"ח 10 לחלק; פקודת תגויקן, בדוגמה שבמסכת תיחבן כמובן גם אחריות מכות דיני תגויקים. ראו סיפוי 3 לחוק הפטנטים, תשכ"ז-1967, סיפוי 510 לחלק; חוק הפטנטים, תמפור את דרישות-הסף לזכות בפטנט, וכן סיפויים 4 (המצאת חדשה), 5 (התקדמות המצאתית), 12 (רישית פירוט המצאה; תיאורת ודרכי תביעות שלה) לחוק הפטנטים, בתי-המשפט

20

21

השראלי: כאן אגע בקצרה גם בקונסורציה המשפטית של העוללת החשה, ואבחר את משרכת המושגים המשמשת בתחום זה. דיין זה יחשוף את הצורך בהבנת התשתית העיונית של העילה. בחלק השני אשלים את החסר העיוני, ניתן לבסס את העוללת על שני מקורות נורמטיביים: האחד הוא מוחות של דיני פטנטים כאמצעי לפתרון כשל-שקן והמריץ למציאתם ולתגליתם להשקיע משאבים בעסקי המונופול הסטטיסטי, כלומר לתמריץ מציאתם-כמות קיים החשש מפני ניצול לרעה של המונופול הסטטיסטי, כלומר חשש מפגיעה בתחרות החופשית. במילים אחרות, ביסוד דיני הפטנטים מצוי מוח בן אינטרסים יריבים, ויש להביא בהשבון בעת עיצוב הסדרים משפטיים תמריצים את תחומי התמנה על הפטנט. המקור הנורמטיבי השני מצוי בניחות כלכלי של אכיפת תנונת-התפרת התרומת פותרת, לפחות במידה מסוימת, כשל-אכיפת. הכשל הוא מעין תמונת-ראי של "בעיית הפעולה המשותפת" – הקושי של ציבור מגוון וגדול להתאמן לסובת פרוץ ולסוברת הכלל, בעלת השמט נהקלת בכשל-אכיפת המובש מאותם סיבה: פיוורו של ציבור המפרים וישיורים. עוללת השמט נהקלת בעוללת-אכיפת צורא-בקבוק טכני או מסחרי לצורא-בקבוק משפטי, שקל יותר לעצור באיכו את הרום העובר דרכו. חלק השלישי לבקש להשלים את החסר בפסק-הדין באשר להגדרת העילה על-ידי גורמת כללים פרטיים (או לפחות פרטיים יותר מאשר פסק-הדין) מותר המקורות הנורמטיביים.

העוללת הנהישה נולדה בבית-הגידול של דיני הפטנטים, אולם יש להנחה שהיא תתפשט צד מהרה גם לבית שכן, זה של דיני זכויות היוצרים. הפרת תרומת ככל הנראה בדיני זכויות היוצרים בארצות-הברית, וגם שם מכוח תפסיקה בלב, 18 ובישראל נקבעה אחריות של האזה להפרת של האזה במצבים מוגדרים היטב.<sup>19</sup> לדיני זכויות היוצרים יש בסיס עיוני מסוים המשותף להם ולדיני הפטנטים, אולם יש להם גם הבגים נורמטיביים עצמאיים וכללים מורכבים המשקפים את המקורות הנורמטיביים השונים. השוני היסודי מצוי לטעמי בערך הזבדתי שכל ענף משפטי מבקש לקדם: דיני הפטנטים מבקשים לחשיג קודמה טכנולוגית, לעודד מתקד ופיתוח ולהעשיר את מאגר הידע האנושי. דיני זכויות היוצרים מבקשים לחשיג את הביטוי. משום כך יש לענף האחרון מימד חוקתי שאינו מצוי בהכרח בענף הריאיון. לזכות האפשרות של המשפט העוללי לתחנן של זכויות היוצרים ומתמת השוני הזה שבין הענפים, אציר לאורך המאמר הפרות בעניין זה כרי לקרבים את העתיד ובתקווה למעט מכשולים ונוקמים.

18 ראו: (1984) 464 U.S. 417 *Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp. of America* (להלן: *Sony*). אשוב לפסק-דין חשוב זה בהמשך. העילה הוכרה על-ידי הפסיקה גם בהקשר של סימני מסחר, ראו: *Ives Laboratories, Inc. v. Lys Laboratories* (1982) 456 U.S. 844. *Inc.*, באותו עניין נידונה שאלת אחריותו של יצרן תרופות גריות (סאינג מוגנות עוד בפטנט) להפרת סימן מסחר מוגן על-ידי רוקחים שמכור את התרופות הנגרות כתרופות של היצרן המקורי. בית-המשפט הכיר באפשרות לקימה של הפרת תרומת (854-853 *at p.* 855 *Abid*, אך מצא כי באותו עניין לא תיחז כוונה לגרום

19

20

21

174

(כ) תפרה תודמת בפנט לתוליד

תסריט אחד של תפרה תודמת מתרחש בקשר לפנט לתוליד. פנט נהג, כידוע, לא רק בניג המצאה מוחשית (העזמות בדרישות החוק, אלא גם בניג שיטה לביצוע פעולה מסוימת).<sup>26</sup> הפנט שניגון בפרשת רגבה הוא דוגמה מובהקת לכך. הפנט שם ניתן בניג שיטה להתקנה שטוחה של כיריים במשולשים קשים.<sup>27</sup> מתברר כי יש דרכים שונות להתקנת כיריים – התקנה עילית, התקנה תחתית והתקנה שטוחה. לצורת ההתקנה האחרונה יש יתרון פונקציונלי (אי-הצטברות לכלוך ומנועת נזילות) ויתרון אסתטי. התקנה שטוחה מצריכה יצירת פותח משופץ במשטח שבו תכניו מתוקן, כך שכיוו ששוליו משופצים בוודות משלמה לקופתה יזנה עליו באופן שהכיוו ייצא משיטה שאינה פשוטה כלל. תכרת רגבה שיצירת פותח משופץ במשטח קשה (ישישי) היא משימה שאינה פשוטה כלל. תכרת רגבה שיתנה שיטה ויתוך כזאת נחשבת בפנטים.

אדם המשתמש בשיטה רגבה ללא הוראותה, ובדרך-כלל יהיה זה מתקין תכניו ("ישישי"), בפי אישי-המקצועי תחוצב קפחת במשטח הקשה, מופר את השיטה, והפרתו ישירה. צוור, הנתבע, לא התקין כיריים, אבל הוא ייבא כיריים משופצים. כיריים כאלה ניתן להתקין רק בהתקנה שטוחה. רגבה טענה כי שיטתה היא השיטה האפשרית והיחידה להתקנת כיריים משופצים בהתקנה שטוחה, ומשום כך "כיריי צוורי" מותרים בהקנים בשיטות. מאחר שאין הוא מרשה התקנה כיריים שלא היא ייצרה, כיריי צוורי מותרים בהקנת תוך הפרת הפנטים. לפיכך, טענה רגבה – וטענתה המקבלת על-ידי בית-המשפט המחוזי – פעולת הייבוא של צוורי מאפשרת לאחרים להפוך את הפנט, ולשום כך הוא אוראי בהפרת תודמת. <sup>28</sup> במילים אחרות, הפרת תודמת בקשר לפנט לתוליד עשויה להתעורר כאשר גורם-הנוגים פועל באופן המאפשר לאחרים לפעול על-פי השיטה ולהפוך את הפנטים. קביעת המצא עובדתי במסריט זה מוזכרת לברוק את הקף הפנטים, את פעולתם של משומשי-הקצה, את פעולתו של גורם-הנוגים – ואת הקשר שבין כל אלה, ולשום כך היא כרוכה לא אחת בכירוי עובדתי מורכב וסבך ובפרשנות הפנטים.

(ג) תפרה תודמת בכירוי יוצרים: יצור ושיווק של מכשור המאפשר תערתקה

כאמור, יצירת התפרה התורמת מוכרת בניג האמריקני גם באשר לכיריות יוצרים, ומאחר שקיימת אפשרות שבתמישפט בשידול יחיל את התוצאה גם בתחום זה, ראוי לחת את הדעת על תסריטים עובדתיים שהתפרה מתעוררת בהם. מקרה אחד הוא כאשר גורם-

26 סעיף 3 לחוק הפנטים.

27 ראו בספק 4 בעניין רגבה מהורי, לעיל הערה 5, וכן פנטים ישראלי 17470, ועניין עיריור רגבה, לעיל הערה 6, בעי 726-726.

28 פסק-דין של בית-המשפט המחוזי היה מורכב יותר, שכן התברר כי היו שיטות נוספות להתקנה שטוחה, אלא שנוצח שהן נדירות. כמו-כן, בעקבות הסכסוך המשפטי פוזחה תכרת צוורי שיטה משלה להתקנה שטוחה. בית-המשפט חילק את הקופת ההפרה לשת

תקופות-ישיטה, בהתאם. בית-המשפט הצליח קיבל את השעור של צוורי.

ברית היא המצאה מסוג זה. הממצאה מוכרת לבעלי רכב רבים: מדובר במתקן לתצילת מוט ההילוכים שבמכונית, שנועד להקשות על נגבתה. המתקן הוא צירוף של שלושה מרכיבים, וכתבירו של בית-המשפט: "1) אנקול מסוגר על ידי המילוכים ומתחבר ל-2) מנעול תלי, המורכב על 3) מעמד מברל, המתחבר חיבור קבוע לגוף תרכב".<sup>29</sup> הפרתו של הפנט קוגיביציה מתרחשת כאשר אדם מניצל את הממצאה ללא רשות.<sup>30</sup> התפרה הורחבה באשר לפנט קוגיביציה היא תכנית התלקים הנפרדים לכלל מערכת אחת, וכמוכן יצור המערכת כולה, שיבוש בה ומכיריתה. לפיכך, אדם המייצר את כל שלושת המרכיבים של המצאה רב בריה ללא הסכמת התברת ומכיר אותם כמוצר אחד הינו מפר שייר של הפנטים. כמו-כן, אדם המתקין מערכת חזה – שלא רכש אותה מתברת רב בריה, ועל-כן אין בידו רשיון שימוש בפנטים – מפר את הפנטים.

שאלת התפרה התורמת מתעוררת במצב שבו אדם אחד – לא בעל הפנט או מי מטעמו ולא משתמש-הקצה – פועל בצורה המאפשרת לאחרים להפוך את הפנט מכלי שהוא עצמו נופל בגרד החזום האסור של התפרה הישירה. באשר לפנט קוגיביציה, יהיה גורם-הנוגים זהה, בדרך-כלל, יצרן או סוחר של אתה (או חלק) ממרכיבי המערכת המוגנת, אצל לא של המערכת כולה, שאו יהיה מופר ישייר. בעניין רב בריה יבאה אחת תנועתה, תכרת אס.די.אר, שניי משלוחת החלקים המרכיבים את המצאה רב בריה: את האנקול ואת מנעול התלי. שניי חלקים אלה אינם מוגנים בפנט ולא יצור על-ידי רב בריה אלא על-ידי גורם אחר. אס.די.אר עצמה לא ייצרה את שני החלקים האלה לחלק בריה ישייר – המעמד מברל. הצירוף נעשה על-ידי בעלי מכונות, ויש להניח שבעיקר השלישי – אישי-מקצועי. משום כך, אס.די.אר אינה מפרה ישירה. אם פעילותם של אנשי-המקצועי (מתקני המנועולים) היא בגרד הפרה ישירה של הפנט – וניתה הממשפט תניח שכל הדבר – תרי ייבוי שני החלקים האלה מפריים ומכיריים מאפשרים את התפרה.<sup>31</sup> מכאן הרוחנתה של אס.די.אר לתפרה.<sup>32</sup>

הכתובו בין צירוף או שילוב של גורמים לבין גורמים, המצב הראשון מוגן, השני אינו מוגן. לפיכך נברקת תולדה השאלה אם שילוב המרכיבים מביא למטרה אחילה וחרישה שלא הייתה קיימת בשארתם מרכיבים פעלי לחודי, ולא-אחר-מכן נברקים מכוני החודיש והתקדמות המוצאנית. ראו צ"א 47/87 חסם מנעורמת הגנה אמירות בעימ נ בריה, פ"ד (תמו) 194, 200 (שם בוטל פנט לסידור בעילת לידלותה, לדוגמת לפנט קוגיביציה ראו צ"א 314/77 לייסקי בעימ נ מנור, פ"ד לב 1) 205 (שם אישר בית-המשפט את תוקפו של פנט למתקן לייבוש כלי משבת המתוקן בארון חסר תחתית מעל הכירי, וראו צ"א 314/77 לייסקי בעימ נ מנור, פ"ד לב 1) 205 (שם אישר בית-המשפט את תוקפו של פנט למתקן לייבוש כלי משבת המתוקן בארון חסר תחתית מעל הכירי, והכול לנוע בכירוי אובי) להלן: עניין לינסקי; צ"א 2972/95 וילף וישיר נ דיפוס בארי, פ"ד בג 472 (אשר תוקף פנט ל"מעטפה אינטרלית חסירה).

22 עניין עיריור רב בריה, לעיל הערה 7, בפסקה 1.  
23 סעיף 49 לחוק הפנטים. סעיף 1 לחוק הפנטים מגדיר מהו "יצור המצאה".  
24 עניין עיריור רב בריה, לעיל הערה 7, בפסקה 4.  
25 כך פסק בית-המשפט העליון. ראו שם, בפסקה 36. תשריור המקביל, והתקן ותחור לברי-המשפט המחוזי לדין בסעדים.

נמוכות. קושי נוסף מתעורר בעקבות פטיקה הדרשה, שקבוצה כי קישור פסוג מסוים (infinite) מפר את הזכות להצגה (display) והכלילה באגד הזכויות של הויצוג.<sup>32</sup>

(ז) מסרשיים נוספים

ייתכנו מסרשיים נוספים בהקשרים מגוונים. כך, למשל, קורה לא אחת שפטנט לתרופה ("הכשיר רפואי") להמוניה מסוימת פורק, אך פטנט אחר על אותו הכשיר, להתוויה שונה, תקף עדיין. מצב זה מותחה כאשר מתברר שתכשיר רפואי שנועד לפגוע בעיה מסוימת יעיל גם לטיפול בבעיה רפואית אחרת. בעלת הפטנט התקה סוגנת כי זכרות התרופות הנגזרות המייצרות את הכשיר להתוויה הראשונה (שאינה מוגנת עוד) מייצרות להפך את הפטנט להתוויה השנייה.<sup>33</sup> גם שאלת אחריותם של ספקי שירותים שונים באינטרנט הינה שאלה נכבדת, והמכרע המשפטי בה נגזרת גם משאלת הזכרה בעוולת ההפרה התורמת.<sup>34</sup>

המשותף לכל המצבים האלה הוא המהות היסודי שבין הויצוג להגן על הפטנט לבין שיקול-לבני של התרות חופשיית. המהות היסודי זהו מקביל למתח שבין המשפט לטכנולוגיה. חידושי הטכנולוגיה מאפשרים פעילויות חדשות המיוצרות את שיווי המשקל הקודם המגולם בחוקי, האפשרויות האלה מאתגרות את המשפט הקיים. העלמה היסודית שאני מבקש להמחיש כאן היא שאין לראות את המשפט כנגד, אוטומטית, אחרי הטכנולוגיה. ההסכ בין המשפט לטכנולוגיה מורכב יותר. דווקא הערכים הם שצריכים

ללא רשות. לאור הסרת הוצייה מהאתר, המשיך האתר להפנות גולשים לאתרים אחרים שותי בהם עותק מפר של הוצייה. בית המשפט מצא כי לא היה שתוף-פעולה ישיר בין האתר המקשר לבין האתרים המפרים, אולם הוא קיבל את הקונסטרוקציה המוגנת בסמטט שלפיה מדובר בהפרה תורמת.

32 ראו: *Kelly v. Arriba Soft Corporation*, 280 F. 3d 934 (9th Cir. 2002).

33 באצרות-הכרית תלויות ועומדות בבתי המשפט לפחות שתי תביעות מניין אלה, וכן צלחת השענה במסגרת הלתי רישוי לפני ה-FDA. ראו: <http://www.fda.gov/ohrtms/>; <http://www.fda.gov/ohrtms/docs/daily/00/Aug00/081800/cp00001.pdf>.

34 נושא זה מעורר גם שאלות בדבר תופת תביעה, ונצויין דיון נפרד. פסקי-הדין המרכזיים בתחום זה הם: *Playboy Enterprises, Inc. v. Frena*, 839 F. Supp. 1552 (M.D. Cal. 1993); *Religious Technology Center v. California Netcom On-Line Communication Services, Inc.*, 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995); *Sega v. MAPHIA*, 948 F. Supp. 923, (N.D. Cal. 1996).

בשיקולי-היחוד בסוגיה זאת, ראו: *N. Elkin-Koren "Copyright Law and Social Dialogue on the Information Superhighway: The Case Against Copyright Liability of Bulletin Board Operators"* 13 *Cardozo Arts & Ent. L. J.* (1995) 345. לסקירה ערכנית ראו ר' אלקלעי "אחריות האוהדות של ספק שירותי האינטרנט להעברת מידע בזמן המשפט" (חש"א) 151. החוק האמריקני קובע כיום הסדר מפורט לאחריות המפקדים. ראו: 17 U.S.C. §512 (1998).

הביניים מייצר מבשיר המאפשר העתקה, יצין המבשיר עצמו אינו מפר את זכויות הויצויים בהצרות שונות, אולם עצם קיומו של המבשיר מאפשר לאתרים להשתוק שירותים יצורתי. דוגמה מובהקת היא מבשירי הווידאו, שבאמצעותם ניתן להשתוק שירותים שירותים אלה ייקשבו במקרים מסוימים להפרת הזכויות ביצירה הטלוויזיונית. עצם קיומם של מבשירי הווידאו מאפשר את ההעתקה ברשימת שנות השמונים ניסו בעלי הזכויות כרטיס קולנועי באמצעות הרבית למוצר את שיווק המבשירים (ואת ייצורם) בסענה זאת, אולם נדחו משום שקיימים שימושים לא מפורים משמעותיים במבשירים.<sup>35</sup> המשכו העסקי של הטיפוח המשפטי טומן בחובו לקח חשוב: לאור שבשלו במאבק נגד הטכנולוגיה, פנו בעלי הזכויות לבחון כיצד הם יכולים לרתום אותה לצורכיהם. התוצאה היא אחד ממקורות ההכנסה המגדלים ביותר של בעלי הזכויות: שוק המשכרה של קלטות הווידאו, וכמוכן גם תרומת האפשרויות של הצרכנים.

(ז) הפרה תורמת בזכויות יוצרים: קישור לאתר מפר

מכריש אחר עשוי להתעורר בקשר לאינטרנט. ניהו שאתר מסוים העתיק יצירות באופן המפך זכויות יוצרים בעלי האתר הם מפירים ישירים. במחשבי הנוגלים באינטרנט נוצר במהלך הגלישה עותק זמני של האתר שבו הם גולשים. עותק זה – כאשר מדובר באתר שיש בו יצירה מועתקת – עלול להיחשב גם הוא. לפחות במשפט האמריקני, למפור.<sup>36</sup> יציון כי תפיסת זאת, שלפיה העותק הזמני הנוצר במהלך הגלישה ברשת הוא "העצמה", שנויה במחלוקת (במשפט הישראלי אין לפי שעה פטיקה בנושא), כעת ניהו שיקים אתר נוסף, המקשר באמצעות קישור היפרטקסט – לינק) לאתר המפור. גולשים באתר הנוסע עשויים להגיע לאתר המפור באמצעות הקישור הזה, ובהמשכיהם ייווצר עותק מפר. הקישור לאתר המפור אינו אומנם מפרה ישירה של הזכויות ביצירה, אולם הוא גורם לאתרים – הגולשים בו – להפך את הזכויות. משום כך מצאנו בתי-משפט בארצות-הברית כי מדובר בהפרה תורמת.<sup>37</sup> יציון עם זאת כי מדובר בפסידיון בודדים של ערכאות

35 ראו: 18 *supra* note *Sony*. בראשית שנות התשעים ירשה הלכת *Sony* ביחס למבשירי ה-RIO. המבשירים האווה ליצירות מוסיקליות בפורמט דיגיטלי (MP3), אך לא העתקות.

משתמשי המבשיר מצביעים קבצי מוזיקה דיגיטליים מהמושב האישי שלהם למבשיר ה-RIO. בית-המשפט ראה בכך מוזיקה דיגיטליים מהמושב האישי שלהם למבשיר ה-RIO. *Recording Industry Association of America v. Diamond Multimedia Systems Inc.*, 180 F.3d 1072 (9th Cir. 1999).

להלן: עניין *Diamond*.

36 ראו: *MAI Systems Corp. v. Peak Computer, Inc.*, 991 F.2d 511 (9th Cir. 1993) *cert.* (1994); *S. Stokes Art & Copyright*; ובאנגליה, ראו: *denied* 510 U.S. 1033 (1994).

(Oxford, 2001) 89-90.

37 ראו: 2d *supra* *Intellectual Reserve, Inc. v. Utah Lighthouse Ministry, Inc.*, 75 F. Supp. 2d (D. Utah, 1999) 1290. עניין *Intellectual Reserve* באותו עניין נמצא כי האתר המקשר הפך הוצ עצמו את הזכויות, הפרה ישירה, בכך שהעתיק את הוצייה המוגנת

הציר המגמת הפטנט הינה טריטוריאלי, ואם רוצו, יוכלו בעלי הפטנט לנסות את מולם בארצות-הברית לפי החזן שם.<sup>40</sup>

(כ) צירי לידה

באמצע שנות התשעים נרמזה העולמה בשתי התלסרות, האחת שנגעה בפטנט קומבינציה והאחרת בפטנט לשיטה.<sup>41</sup> בפרשת רגבה, שעובדותיה צוינו לעיל, התערורה השאלה במלוא עצומתה, בית-המשפט המחוזי פירש את הפטנט כדי לקבוע את תחום התפרשותו. קביעת זאת הנוגעת על-ידי "החידות פרטיית", הנובעת מהבנת מוחתם של פטנטים כאיוון בין האינטרס הפרטי לאיבודי:

"הציבור מעוניין לעודד את פרוטיו ליצור ולהמציא, להקור ולפתח, וזאת משתי סיבות: זו דרך להגשמתו של הפרט, אמצעי לביטויי וכלי לפורסנתו, וזו תועלת וברכה לציבור כולו. בלעדי התנגה, יתכן שלא יהיה לפרט תמריץ מספיק להמציא. משום כך ניתן לו תמנופולין - בתמורה להשיפת פרטי המצאתו, ומשום כך המנופולין מוגבל בזמן."<sup>42</sup>

מסקנת בית-המשפט הייתה כי ציחק המצאה בפטנט רגבה הוא היכולת לפצות על שתיקת הסכין הנוצרת את המשפט המקשה.<sup>43</sup> חוק הפטנטים קובע הסדר מיוחד לעניין פטנטים לשיטה, ומרדכ את תחום התפרשותה של השיטה גם אל המוצר הישיר המתקבל משימוש בשיטה. בעת החייון בבית-המשפט המחוזי קבע סעיף 50 לחוק הפטנטים כדלקמן (מאז שונה הסעיף):

- 50. תהולת הפטנט
  - (א) זתה האמצאה תהליך, יחול הפטנט גם על המוצר הישיר של התהליך.
  - (ב) המוצע שמוצר פלוני, שבהליך תהליך של העניינים הוא מוצר ישיר של תהליך נושא פטנט, לא יוצר באמצעות אותו תהליך - עליו תדאית.<sup>44</sup>

רגבה ביקשה לטעון כי המוצר הישיר של השיטה שלה הוא הכיור המתוקן בהתקנה שטוחה. השופט אורי גורן סירב לקבל טענה זאת, וקבע כי המוצר הישיר הוא המפתח במשטח הקשה המאפשר התקנה שטוחה. הטעם לקביעה זאת הוסבר ברצון לשמור על תחומת הפטיח, מבלי לרפות את דריגם של המצמיצים עתזייים: ייתכן שבעתיד תמצא שיטה אחרת, שהיא כשלצמלה לא תפר את שיטת רגבה, אולם תשיג אותה תוצאת.<sup>45</sup>

- 40 שם, בע' 644-645.
- 41 ראו, בהאמנה עניין יודני, לעיל הפרה 5, ועניין אטונג, לעיל הפרה 5.
- 42 עניין רגבה מוחי, תשכ"ז-1967, בפסקה 75. "ההחידות הפרטיות" היא ביטוי של תנשא שבמב' בע"א 345/87 Hughes Aircraft Company נ' פ"י, 65 (4) 45, 65 (להלן: עניין Hughes).
- 43 עניין רגבה מוחי, שם, בפסקה 46.
- 44 חוק הפטנטים, תשכ"ז-1967 ס"ח 510 לחיקון סעיף חוקו ראו ס"ח תתש"ס 121.
- 45 עניין רגבה מוחי, לעיל הפרה 5, בפסקאות 16-6.

להכריז את התוצאה, אלא שפרישתם של אלה לכללים מעשיים צריכה להיעשות תוך השומת-לב לטכנולוגיה נראה כי התפתחותה של ערולת הפריח התורמת מהותייה ביצד המשפט נגדו לעיתים אחריי תסכנו ולגויה, תוך דחיקת תועלים שתמוז אותנו עד לאותו שלב אל השוליים.

2. התפתחות העולמה

(א) סימנים ראשונים

ערולת הפריח התורמת נוכרה בפסיקה הישראלית פזמים מספרי: פזם ראשונה בהצדד-אגב בפסק-דין משנת 1964 (עניין הוכמו), ובהלוף למעלה משלושה עשורים - באופן משתמע בשתי תהליכות מחוזיות, וכמפורש בפרשות רגבה ורב בריית.<sup>35</sup> בעניין תוכמו<sup>36</sup> דובר בפטנט לאמצעי לויטות השמפוסרות בתלקים שונים של תנור אפייח המסוג תנפון במאפיות (י'תנור מנודת").<sup>37</sup> התבטעת באותו עניין בנתה רק תנור אפייח אחר שתפר את הפטנט. עם זאת בתה התבטעת בארץ תלקים של תנור נוסף, ושלתה אותם בצירוף תוכנית שסימנה מקומות אפטיים להתקנת וסת חום, להתקנה במאפיה בארצות-הברית. תלקים שוננו בארץ לא היו מוגנים ולא כללו את האמצעי לויטות החום.<sup>38</sup> התבטעת ביקשה מבית-המשפט לקבוע את אחריות התבטעת בעוללה של הפריח תורמת, שכן פעילותה אפורה למחויני התנור בארצות-הברית להתקין את הווסת, וכך להפר את הפטנט. השופט מני הסתפק בהעדר קצרות ודחת את השינוי:

"יהא אשר יחא מובנה והיקפה של תורה זו [תפרח תורמת - מי' ב'], איננו חושב כי ניתן להתלה על נסיבות המקרה הנדון היות, וכפי שכתב נאמר לעיל, אין במעשה הכנה המכנית כשלצמנו משום תפרח הפטנט כמו כן, המביירה או הייצור בארץ של תלקים מתנור האפייח, אשר הם עצמם אינם מוגנים על-ידי פטנט, אינם מהווים הפריח, גם אם ניתן יהיה להשתמש בהם אחר-כך, עם או בלי התוכנית למשנה שתבייא, כסופו של דבר, לתפרח."<sup>39</sup>

מפסק-הדין לא ברור אם מדובר בפטנט לקומבינציה שאחד מהלקיני - וסת תחום - מוגן ושאר תלקיני אינם מוגנים, או שרק תווסת מוגנה. נראה כי הטעם המרכזי לכך שביח-המשפט לא ראה בכך תפרח אינו בהכרח היעדרה של ערולת הפריח הנורמת בזין הישראלי, אלא העובדה שתהפרח - אם יציעתה - התרששה בארצות-הברית. בית-המשפט

- 35 בעניין לופסקי, לעיל הפרה 21, בע' 213, נטענה טענה בדבר הפריח תורמת, אולם בית-המשפט לא נודש לה, שכן מצא שחתיקייפה תפרח ישרה על-ידי התנדבות.
- 36 עניין הוכמו, לעיל הפרה 4.
- 37 שם, בע' 643.
- 38 שם, בע' 644.
- 39 שם, בע' 646.

בית-המשפט המחוזי למתן פסק-הדין בערעור תיקן סעיף 1 לחוק הפטנטים, כך שתשמש מהגדרת "יציעול המצאה" המקנה של "תפקוד תגובה מוגנה בדרך אחרת"<sup>52</sup>. בניגון זה ראה השופט מצא גלוי-דיעת של המהות של המהות של המהות התורמת. מדברי בית-המשפט עולה בבירור העמדה כי המלאכה של המכרה בעורלה התורמת היא בתחום אחריותו של הממציא;

"השאלה אם ניתן לאמץ את דוקטרינת ההפרה המורחבת בפטיקת בית המשפט, אף ללא הסדר הקנייני הפורשי, אינה שאלה פשוטה. שאלה זו אינה מענה הכרעה בפרינטי, לפיכך נוכח להשאיר בנדין עיניי. לכאורה נראה שההכרעה בדוקטרינה זו, תוך קביעת תנאים מגבילים לתחולתה... עשויה להיות התפתחות בכיוון תרצוי.<sup>53</sup>

תשופט מצא העיר צד שגם אילו חכרת העצלה, הוא סבור שדיננה לא הכרעה אותה.<sup>54</sup>

(ג) לידה

ההתנגדות להכרזי על לידתה של העורלה נקרתה בתלף פחות משנה, בפרשה שנסבותיה היו קלות יותר ליישום. בפרשת רגבה דובר, כאמור, בפטנט לשיטה, ונורם-הבניינים יבא מוצר שניתן להשתמש בו באותה שיטה, וכפי שפסקו בתי-המשפט – גם בשיטה אחרת שאנו מפרות ומשימושים אחרים.<sup>55</sup> זה אחד המצבים שבהם צוללה להתקיים הפרה תורמת, אולם זה אינו המצב הנפוץ שבו נתקלו משפט אחרת. המצב הנפוץ יותר המעורר בעניין רב ברירה, שם דובר, כאמור, בפטנט קומבינציה. פעילותו של גורם-הבניינים – ותקשר שלה להפרה – עוררו שאלות עובדתיות פשוטות יותר, ואפשר לברר-המשפט העליון לתוכן שאלה המשפטיות של הפרה תורמת.

אך לפני כן יש לעיין בהחלטת בית-המשפט המחוזי בקשה לצר-מניעה ומני בתי"א (ת"א) 1509/93, הנ"ל (ת"א) 12261/93 רב בריח בע"מ ב בית מסחר לאביוזרי רכב תבטיש (1987) בע"מ (תשופט אורי שטרנמן),<sup>56</sup> ובפסק-הדין של בית-המשפט המחוזי בת"א (ת"א) 1509/93 רב בריח בע"מ ב בית מסחר לאביוזרי רכב תבטיש (1987) בע"מ (תשופט וילה גרסל),<sup>57</sup> השופט שטרנמן סירב לאסור על גורם-הבניינים (המתביעים) את ייבוא המוצר-עליו הוא תבחר כי תמצעל ותמצעל אינם מוגנים בפטנט, וכי גורם-הבניינים אינו מפר את הפטנט. שטרנמן היה עד לכך שאין בדין הישראלי עורלה של הפרה תורמת, ולפיכך הגיע למסקנה כי "ההיעדר מוגנת אך אינו רואה אפשרות

52 כפי שתוקן: ס"ח המשנת, 1656.

53 עניין ערעור רגבה, לעיל הערה 6, בע' 747.

54 שם, בע' 747-748.

55 כלומר, תוקנה ידנית, התקנה באמצעות שיטת CNC, בשיטה צהורי, וכן שימוש בכורים לשם התקנה במשטחים שאינם קשיחים כגון עץ או משטחים סינטטיים.

56 תקימה 205 (מ) 206.94 (לחלן): עניין החלטה רב בריח.

57 פסק-דין מיום 26.1.98 (טורם פורטם) (לחלן): עניין רב בריח מחוזי.

בית-המשפט העליון קיבל פרישות זאת במלואה.<sup>58</sup> הטוגיה הכאה נעדה כסעיף 50 לחוק הפטנטים. העירף מעביר את נטל ההוכחה בדבר דרך ייצורו של המוצר הדומה למוצר הישיר של הפטנט אל התביע, להראות כי השתמש בשיטה אחרת, שאינה נפרה את הפטנט. כלומר, על צהורי היה להראות כי אפשר ליצור את המפתחם בדרכים שאינן מפרות את פטנט רגבה.<sup>59</sup> נראה כי הטעם להעברת הנטל הוא שפטנטים רבות ניתן להשתמש בשיטה באופן סמוי מן העיר, ובעל הפטנט אינו יכול לדעת אם המוצר שהתקבל יוצר תוך שימוש בשיטתו המוגנת אם לא.

עניינו של הדין הזה היה בשאלת עצם קיומה של הפרה ישירה, לא על-ידי צהורי, אלא על-ידי מתקני השישי, שליל היו צד לדין. בית-המשפט היה עד לכך שצהורי לא הפר את הפטנט במישור, אולם מצא שפעולתו אפשרה את ההפרה על-ידי אחרים. מכאן נגיש בית-המשפט לבחון את אחריות צהורי, ופריט שליש קונסטרוקציות משפטיות להתלות האחריות עליו. הראשונה נסמכה על פרישות מוחלטה של הגדרת ההפרה ("יציעול המצאה") בתוך הפטנטים.<sup>60</sup> בינתניים תוקן הדין. בית-המשפט העליון דחה את הפרשנות המרחיבה האת, תוך שהוא קובע כי ייבוא כיוויים (פעולה צהורי) רחוקה מעיקר המצאה של רגבה.<sup>61</sup> הקונסטרוקציה השנייה נסמכה על תחולה של עקודנות כללים מדיגי המוצרין בשיטה הפטנטים. להפריט פטנט, כך נקבע, יש אויפי גויקי.<sup>62</sup> מתוך העקודנות הכלליים, הוחל העיקרון של מעוללים במשולף, הקבוצ כסעיף 12 לפקודת התיקון. קונסטרוקציה שלישית שהוכרי בית-המשפט היא הברה ישירה בעורלה של הפרה תורמת, הדומה לדין האמריקני. קונסטרוקציה זאת נסמכה הן על ההגדרות המרחיבות של הדין הישראלי לעניין מהות ההפרה, והן על תחולתם הכללית של דיגי התיקון.<sup>63</sup>

בית-המשפט העליון ברתה גם מקונסטרוקציה שלישית זאת. בין מתן פסק-הדין של

58 עניין ערעור רגבה, לעיל הערה 6, בע' 735-736.

59 בית-המשפט המחוזי מצא כי צהורי לא העלית להראות שהמפתחים יצרו בהחלף אתר מאשר פטנט רגבה. בהתאם נקבע כי על צהורי לפריט את הכיוויים שמכר בתקופה הרהגונית, ולציין כיצד הותקנו. אם לא יעלית בכך, וככל שלא יעלית בכך, ייחשב כיוור כזה כאילו הותקן בשיטת רגבה. ראו עניין רגבה מחוזי, לעיל הערה 5, בפסקות 58A9, 58A9, 58A16.

60 סעיפים 1, 49. לחוק הפטנטים. ראו עניין רגבה מחוזי, שם, בפסקות 211-211.

61 עניין ערעור רגבה, לעיל הערה 6, בע' 741.

62 שאלת היחס בין דיגי הקניין לדיגי התיקון הוגנה שאלה נכבדה, שלא ארוך בה באן. בית-המשפט העליון השאיר את השאלה בצרי-עניין, אך השופט מצא העיר כי היה מוציא את המקרה כאן מכלל התחלתו של העיקרון הכללי, שכן היצירוף של סעיף 12 לפקודת התיקון עם סעיף 50 לחוק הפטנטים היה יוצר עורלה חדשה, "זאוסית על שיונו פעולה

בביצוע פעולות העוללות להוביל להפרת פטנט, בלי שבעל הפטנט יירדש להוכיח הפרה בפועל של הפטנט" – עניין ערעור רגבה, שם, בע' 742. לנוכח פסק-הדין בעניין ערעור רב בריח, לעיל הערה 7, נראה כי זאת בדין תוצאת העוללות החדשה שנוצרה שם. עניין רגבה מחוזי, לעיל הערה 5, בפסקות 211-211, 211.



והיא העיקרון הנזיקי הכללי של מעוללים במשותף.<sup>65</sup> החלת העיקרון מניחה כי הפרה פטנט היא מעשה נזיקי, ואגבולד אכן מניח כך במפורש,<sup>66</sup> אולם הוא מצא שלא יזדה "משימה משותפת" בין ורכשי המוצר המיוצא (משותפי-הקצוה, במניח שנובקט כאן) לבין יבואן המעוללים (גורם-הרביינים),<sup>67</sup> לפיכך פנה לאפשרות להכיר במעוררין בעוולה של הפרה תורמת.<sup>68</sup> כדרכו של המשפט האמריקני לעניין ההכרה בהפרה התורמת בריוני הפטנטים, בהן בית-המשפט להכיר בעוולה. הגישה, שכבר נוכר לעיל, היה "הגישה ההשוואית": כך גוהמות ארצות-הברית וגרמניה.<sup>69</sup> בחוק האמריקני נקבע כן, בסעיף 271:

"(b) Whoever actively induces infringement of a patent shall be liable as an infringer.  
(c) Whoever offers to sell or sells within the United States or imports into the United States a component of a patented machine, manufacture, combination or composition, or a material or apparatus for use in practicing a patented process, constituting a material part of the invention, knowing the same to be especially made or especially adapted for use in an infringement of such patent, and not a staple article or commodity of commerce suitable for substantial noninfringing use, shall be liable as a contributory infringer."<sup>70</sup>

אליבא דאגבולד, הכסיס העיוני שנוכר במשפט הגרמני לעוולה היה עקרון תוסתלב

- 65 זו יזדה גם אחת משלוש הקונטרסוקציות שנוציע בית-המשפט המהורי בעניין רגבה מהורי, לעיל הערה 5, בפסקה 111. בפרישה קודמת הגיה בית-המשפט העליון קונטרסוקציה משפטית אחת, שלפיה הפרה פטנט היא עוולה של הפרה חובה הקוקה לפי סעיף 63 לפקודת הנזיקין, והיא כפופה ישירות לעקרון של מעוללים במשותף, הקבוע בסעיף 12 לפקודה. ראו ע"א 817/77 Beecham Group Ltd. בריסטל מאיירס קימפני, פ"ד לג' (3) 766/757.
- 66 עניין ערעור רב בריח, לעיל הערה 7, בפסקה 17. בעניין ערעור רגבה השאיר השופט מצא עניין זה בארייציין, שכן הוא מצא, עובדתית, שלא התקיימו דרישות הסעיף. ראו לעיל הערה 6, בע' 742. השוו גם לסעיף 4א(3) לפקודת זכות יוצרים, זא"י כרך א, (צ' 364 (א) 389 (הלול): פקודת זכות יוצרים. הסעיף קובע כי פגיעה בזכות המוסרית היא עוולה אזרחית.
- 67 שם, בפסקה 25.
- 68 השופט עזרים בוויני מצביע על המעבר מכסיס נזיקי לעוולה לכסיס עצמאי. ראו: A. Beynamini "Patent Infringement in the European Community" 13 *ICC Stud.* (1993) 175-179.
- 69 עניין ערעור רב בריח, לעיל הערה 7, בפסקה 28.
- 70 35 U.S.C. §271 (1988).

והשומת לבי לא תפנתה לאפשרות למנוע על פי דין אן הלה פטורק את כרא המעוללים קדוחי התוריים היכולים לתואם להכריח למעמד זה או אחר.<sup>88</sup> וכן "לא ניתן לאסור על יבוא מוצר ישראלי רק בגלל האפשרות, ואפילו הכוונה, להשתמש בו ביחד עם מוצר אחר להפרת פטנט".<sup>89</sup>

השאלה התעוררה פעם נוספת לפני השופט גרסל, בדיון לגופה של התביעה, תוך פרישת של תביעת הפטנט, סקירת "ההיסטוריה" של רישום הפטנט ובדיקה של הצהרי הערים, ותוך בקישת "הזירה פרישת" הנובעת מהחמת של דיני הפטנטים,<sup>90</sup> יזדה גרסל את עיקר ההמצאה בכך שהעבור בין המעולל למוט התיזוכים מאפשר נעילה ביד אחת.<sup>91</sup> בהתאם נקבע שפעולתו של גורם-הרביינים - ייבוא המעוללים ללא המעמד - אין בה משהו הפרה. בדיקה זאת מכוננת להפרה ישירה, וכדין נמצא שגורם-הרביינים אינו מפר ישיר של הפטנט.<sup>92</sup>

שאלת ההפרה התורמת עלתה סמוך לאחרי-מכן. בית-המשפט המהורי נמנע מלדין בשאלה העקרונית אם יש להכיר בקיומה של עוולה כזאת, והסתפק בהכנת המקרה מפסק-הדין של בית-המשפט המהורי בעניין רגבה.<sup>93</sup> מדרך הישום והתבונה עולה כי בית-המשפט סבר שאפילו אם תוכר ההפרה התורמת כעוולה, אין גורם-הרביינים אחראי בנסבות אותו מקרה להפרה הישירה המתבטעת על-ידי צרכני-הקצה, הנקודה המכרעת לעניין זה יזדה האפשרות שיש למוצר המיוצא שימושים נוספים, שאינם מפרים. רב בריון לא תרכיזה - כך מצא בית-המשפט המהורי - שלמעולל "אין היי עצמאיים ללא הכיב המפרי".<sup>94</sup> במילים אחרות, הנחת בית-המשפט היזה שיש למעולל שימושים אחרים, שאינם מפרים את הפטנט.

לאחר פסק-הדין של בית-המשפט העליון בעניין רגבה, שבו טירב בית-המשפט, כאמור, להכיר בעוולה של הפרה תורמת ופסל שלוש קונטרסוקציות שונות להכרה בה ולנוכח העובדה שפסיקת בית-המשפט המהורי התבססה בעיקרה על קביעות עובדתיות (כדבר העדר הפרה ישירה ובדבר קיומה של שימושים לא-מפריים, נרא שגורל השערור של רב בריח נדון לכשילון. אלא שבאן הפתייע בית-המשפט העליון, והכריע על לידת העוולה.

- 88 השופט אגבולד בהן קונטרסוקציה מרכייה אחת להשתירת עליה את העוולה התחדשה, השופט את הפטנט.
- 89 לאחר פסק-הדין של בית-המשפט העליון בעניין רגבה, שבו טירב בית-המשפט, כאמור, להכיר בעוולה של הפרה תורמת ופסל שלוש קונטרסוקציות שונות להכרה בה ולנוכח העובדה שפסיקת בית-המשפט המהורי התבססה בעיקרה על קביעות עובדתיות (כדבר העדר הפרה ישירה ובדבר קיומה של שימושים לא-מפריים, נרא שגורל השערור של רב בריח נדון לכשילון. אלא שבאן הפתייע בית-המשפט העליון, והכריע על לידת העוולה.
- 90 עניין רגבה, לעיל הערה 56, בפסקה 6. בפסקה 6 לפסק-הדין של השופט שטרזמן.
- 91 שם, שם, עמדה זו יושמה על-ידי השופט שטרזמן גם בעניין ירדני, לעיל הערה 5, ובניין איטונה, לעיל הערה 5.
- 92 עניין רב בריח מהורי, לעיל הערה 57, בע' 10-11.
- 93 שם, בע' 8.
- 94 גם בית-המשפט העליון פירש קביעה זאת כמתייחסת להפרה ישירה. יאו עניין ערעור רב בריח, לעיל הערה 7, בפסקה 13.
- 95 עניין רב בריח מהורי, לעיל הערה 57, בע' 9-10. פסק-הדין של השופט גרסל ניתן לפני פסק-הדין בעניין ערעור רגבה, לעיל הערה 6.
- 96 עניין רב בריח מהורי, שם, בע' 10.

עקיפות, והאחרת שניסחה לצימצם את ההגנה לטובה עקרון חופש התחרות. גם תולדות התקיקה מציגות על טאבק זה בין שתי המגמות, מאבק הנמשך בפסקה גם לאתר תקיקת סעיף 271 הנכונה... שלישית, התקיקה לא שינתה באופן מהותי את הפסיקה שקדמה לה...<sup>74</sup>

בהמשך השופט מוסיף:

"על רקע דברים אלה, אני רואה כאמור, כל מגיעה כי גם אנו נכרי בדיסקרינה של הפורה תורתו במשפט הישראלי, כפי שהציר חברי השופט א. מצא בפדשת רגובה, יש להכיר בדיסקרינה זו תוך כדי קביעת הנאים מנגלים לתחולתה, במקביל לאלו שנקבעו בתקיקה בארצות-הברית ובבריטניה... כאמור, ההגבלות לא התמשכו על ידי המהוקק, אלא הלה אימץ את ההגבלות שכבר פותחו על-ידי הפסיקה הן של ארצות-הברית והן של גרמניה."<sup>75</sup>

מכאן עבר פסק-הדין להתייב את הנאי העוולה, שייחודו בהרחבת החלק השלישי של המאמר. אך הדין שם אינו מקישר לאותו מתח יסודי שהיה המגמת התחרות של הנגה בעל הפטנט והחופש התחרות, אלא נוצר בהתנתן יש נאמן, ראוי עוד לשים לב כי תיאור התפתחותה של התקיקה האמריקנית בענינו פשוט של הפיתוח הפסיקטי אינו נקי מבעיות. התפתחות התקיקה האמריקנית הוצאה על-ידי צמד כותבים כ"דרכה הרים"<sup>76</sup> גם נפתח החוק האמריקני במהרה בדיווח האיש שליו על נסיבות קבלת החוק משנת 1952, שקבע לראשונה את העוולה בהוכיח הוצאה על-ידי צמד כותבים את עמדת הפסיקה כפי שהיתה באותו שלב.<sup>77</sup> יתר על-כן, המתח שבין שתי המגמות והגדרות לא נוצר בתחומי העוולה ובמגדרת מרביניה, אלא מצא גם ביטוי חיצוני, בסעיף העוקב בחוק האמריקני, ששייג את צידה השני של ההפרה התורומת: נציגו לרעה של הפטנט, סעיף 271(d) לחוק האמריקני משלים את התפורה התורומת.<sup>78</sup> הוא אינו נוכר בפסיקה בית-

74 עניין ערעור רב ברייה, לעיל הערה 7, בפסקה 15.  
75 שם, בפסקה 30.  
76 ראו: T. Arnold & L. Riley "Contributory Infringement and Patent Misuse: The Enactment of §271 and its Subsequent Amendments" 76 J. of Patent & Trademark Off. Soc'y (1994) 357, 358.

77 ראו: G.S. Rich "Address to American Inn of Court, May 20, 1992" 76 J. of Patent & Trademark Off. Soc'y (1994) 320. בת-המשפט הפדלית לערעורים החד בענייני פטנטים.  
78 ראו: Dawson Chemical Co. v. Rohm and Co., 448 U.S. 176 (1980). בית-המשפט מטבר את חזילה כנחת החוק בראשית שנות התמישים, ובהמשך כשופט במשך עשרות שנים.

79 ראו: Dawson Chemical Co. v. Rohm and Co., 448 U.S. 176 (1980). בית-המשפט מטבר את חזילה כנחת החוק בראשית שנות התמישים, ובהמשך כשופט במשך עשרות שנים.

ועקרון תיושל,<sup>79</sup> אולם אנגלרד פוטר עצמו מלהסביר את הכניס העיוני להכרזה בעוולה במשפט הישראלי. לעניין שהקונטרקטורציה המשפטית של העוולה בארצות-הברית - כטרם עוגנה בחוק - תורה לא אחרת מאשר זאת שהוצאה בארץ "בצדק-עיוני": הדיסקרינה של בעווללים במשנת-72 וכן הדדה הקונטרקטורציה המשפטית הישראלית ברלה התחרותית, דרך המשפט תור. זאת רק דוגמה אחת לקיצוץ-יד של בית-המשפט בניסוח דיסקרינות משפטיות שלמות אגב דיון בססוד ספציפי. אין ספק שלמהוקק יש יתרון ניכר במלאכה זאת. בית-המשפט נדרש להכריע רק במקרה שלפניו. המהוקק יכול לשקול גם נסיבות אחרות: לא רק פטנט לקומבינציה, אלא גם פטנט לשיטה, לא רק דיני פטנטים, אלא דיני זכויות יוצרים נוסף על כך, המהוקק יכול לעצב הריגים והגנה בצורה המתאמה לשיקולים הרחבים של הענף המשפטי הנדון. לעוולה יש השלכות על התנהגותן של תעשיות שלמות, ופסק-הדין תוסיף מרכיב חדש של אי-ודאות לפעילותן. נדרש כאן דו-שיע מעמיק בין אלה המובילים את מדיניות הפטנטים המקומית, אלה העמלים בכך מדי, וים, דוגמת עורכי פטנטים, ממציימים ומעשיינים, לבין אלה שישמעו את קולו של הצבור.

בהל אלה קצרת ידו של בית-המשפט, דהיינו כוונותיו טובות ככל שהיו.<sup>75</sup> הרתבת הקושי בפסק-הדין מצוי, בהלקח תפקיד, במה שיש בו, אין בעיקר במה שאין בו. הרתבת האמצעים העומרים לישומו של בעל הפטנט לאכיפת זכויותיו נראית כהספת כלי דיוני בלבר, ומשום כך עשוי ליווצר רושם שאין בכך שיינוי של מערך האוינים העיוני והמורכב שרדי המשפטים מושתתים עליו. בחלק הבא-איה מדוע הספת העוולה אינה רק כלי כה, ויש בה כדי להרחיב את חוק המנופולין של בעל הפטנט אל מעבר לתחום הרצוי. כאן אני מבקש לומר מילים מספר על הנימוק המרכזי שבפסק-הדין, המהונה שם "הגישות התשוואתיות". אנגלרד אינו מרחיב בהתפתחות העוולה במשפט האמריקני, ומסתפק בתפניה לדין של השופט מצא בעניין רגבה, וכתופת שלוש הערות:

"ראשית, העיקרון של הפורה תרומת הוא יצירה שיפוטית שקיבלה כסופו של דבר גושפנאק תקיקתית. שנית, בתוך הפסיקה האמריקנית נאבקו שתי מגמות מנוגדות: האחת, ששאפה להרחיב את ההגנה של בעל הפטנט מפני הפרות פנוגרות; והשני, לעיל הערה 7, בפסקה 29, אולם ראו את התיאור הבא באשר לפרה תורומת בגרמניה, ויאור שעיקרו תום-הלב נפיק ממנו: P. Mes "Indirect Patent Infringement" 30 HC (1999) 531.

71 עניין ערעור רב ברייה, לעיל הערה 7, בפסקה 29, אולם ראו את התיאור הבא באשר לפרה תורומת בגרמניה, ויאור שעיקרו תום-הלב נפיק ממנו: P. Mes "Indirect Patent Infringement" 30 HC (1999) 531.  
72 ראו, למשל: 371 U.S. 476, 500 (1962) *Aro Mfg. Co. v. Convertible Top Replacement Co.*; 21 Geo. Wash. L. Rev. (1953) 521, 525 (1964) *G.S. Rich*; עניין *Aro II*; *Genshin Pub. Corp. v. Columbia Artists Management, Inc.*, בעניין *Sony* חסברי, גם-כן בהקשר של זכויות יוצרים, כי עוולת הפורה תרומת היא ביטוי לעיקרון הכללי של אחייות שילוחת יוצרים, *Sony*, *supra* note 18, at p. 435. ראו: *vicarious liability*).

73 במשך המשפטים פועלת זודה לזויותה של חוק הפטנטים, בראשות עורר-דין מאיר גבאי, והיא אכן דנה בסוגיה.

יש יכולת פקקות והקדקוה על הנעשה בו, להבדיל מהקשר שבין יבואן של מוצר לבין ארבעי הקצוה הרבים המפוזרים.

### ב. הבסיס העיוני התסתי: הצדקת דיני פטנטים ואכיפה יעילה

#### 1. עורולה בהתהוות: קשיים ומגבלות

הבסיס העיוני שהעורולה של הפרה תורמת במשפט הישראלי מוסתמת עליו עברו כמעט לחלוטין מבסקי-הדין שהביא אותה לעולם המשפטי. הבסיס העיוני חשוב בשל עצמו, ויש ביכולתו לספק מקור הנהיה פרישני חשוב<sup>88</sup> הצורך במקור הנהיה פרישני קיים לאורכו ולרובו של המשפט, שכן הדין מנוסח לא-אחת בעקרונות כלליים, בביטויי לשון עמומים, בהסדרים שונים המתגשמים זה בזה ועוד. כל אלה צריכים פירוט. היעדר בסיס עיוני המשמש מקור הנהיה בפירוט מצצים את אי-הודאות.

אנו מצויים כעת בתקופת הינקה של העורולה החדשה: היא נולדה זה עתה, ועושה צעדים ראשונים בעולם המשפטי, וארה, כדרכם של צעדים ראשונים, כרוכים בטעויות. קשיים אלה משתפסם לכל שינוי דרמטי בכללים המשפטיים. חשוב להדגיש: אינו מליץ על אי-הודאות הכרוכה בשינוי משפטי. הקושי הוא שהשינוי המשפטי חלקי, ולפעמים חסר בו בסיס עיוני מוצק שמתוכו ניתן לגזור השערות סבירות על הצפוי. לא-הודאות בתחום הקניין הרוחני ישי השלכות ייחודיות חשובות.<sup>84</sup> הנקו המרכזי של אי-הודאות הוא אפקט

מהכורים וממילים לזמניקה בישראל בעינינו י.מ. גזית ירושלים בעינינו, הקישל זעמל (4)131 (השופטת חנה ניחן); ת"א (ת"א) 25/98 הפדריציה הישראלי לתקליטנים והקלטות בעינינו ג. אטלנטיס נשר בעינינו, הקימה 2668 (1)98, (השופט אפרים של המבר שם את זמסדו: י"ש לגרום לכך כי הנגה כותה הנהיה אפקטיבית, ולשם כך דרושה כותבת קוביעה אליה ניחן יחזיק לפנותי. מכך נגזרת תובנה של בעל התובנה אשר היצירות המושמעות באולמו מייצעות לו בעשייתו יחזיקו, ומכך גם קמה תובנה לקבל רשות כדין של כל בעלי זכויות היצורים להשמעת יצירות אליה.<sup>87</sup>

88 בתרי-השופט פונים לעקרונות-יסוד כאשר הם נדרשים לפיתוח המשפט והפרשנות כלליים ועקרונות משפטיים, כך הזכיר גם בדיני הפטנטים. במקרים רבים פנו בתרי-המשפט לתכלית והכללה של דיני הפטנטים, דאן, למשל, בעינינו Hughes, לעיל הערה 42; צ"א 211/86 שכטר ג. אבמין בעינינו, פ"ד מרז(2), 856, 854; צ"א 665/84 סאנופי בעינינו ג. אוניפארם בעינינו, פ"ד מאנ(4), 729, 743 (מלך); ענין סאנופי; ת"א (י"א) 613/94 טבעל – מצעיר מוזר מן הנמנה ג. שמרר העשירי מוזר, תקימת 10994 (3)1099, בעינינו 4-6 (השופטת פרוקוריאט) (להלן: ענינו: טבעל).

84 לדין פטנקה ראו אלקין-קורן, לעיל הערה 14, במיוחד בעינינו 36-41, 66-70. אלקין-קורן דנה בשאלה הכללית של יצירה שפוטית של סמלדשיים בקניין רוחני, תחת כללים יציר והמחקה, אגב דיין בהחלטה של דיני עשיית עושה ולא במשפט לצד דיני הקניין הרוחני.

המשפט בעניינו רגבה וגם לא בעניינו רב בריה,<sup>79</sup> אידיקן היסטורי זה אינו בעינינו כשלעצמו; איננו מצפים משופטינו להיות היסטוריונים של שיטות משפט ודת. אולם אי-הדיקן והשף את הקשיי שבבטייה לאמץ הסדרים זרים. השיעון המשותף הוא בבחינת "מה שישו לכולם טוב לך". פתרון שונה בדין חד עשוי להיות טעם לעיון מחודש בדין הישראלי הקיים, ואלי להמדין את שינויו, ולכן ראוי ותשוב לעיין במשפט השותף. אבל אין תוא יכול לעמוד בנימוק יחיד לתוכן השינוי.<sup>80</sup>

מצעיר עור כי בתחום של דיני זכויות היוצרים הזוהם הישראלי מביד במקרים מסוימים ומגודרים שינויו לראותם כהפרה תורמת. המדובר בסעיף (3) לחוק זכות יוצרים המתירם כאל הפרה להישארו של בעל אולם (יחאטרון או מקום שעשועי) לאדם אחר להציג יצירה בציבור ללא הסכמתו של בעל הזכות. הנונה היא בעיקר למצב שבו בעל אולם שמתנה מאפשר לתקליטן להשמיע מוסיקה לקהל האודוחים השמעה פומבית (ביצוע פומבי) שאינה מתכמת בעל הזכות מפרה את זכויותיו.<sup>81</sup> החוק קובע את אחיזתו של בעל האולם כפוף להריג של היעדר יריעת.<sup>82</sup> אך במצב עובדתי זה ברור כי לבעל האולם

בעל הפטנט להרחיק מהחורים באשד למוצרים ביסיים (goods), נושא שארון בו במשפט ראו: *ibid.*, at p. 201. מצעיר גם שביח-המשפט שם מפרט באיכות את שינוי הזוהם משנת 1952 לעומת הדין שפוחת בבטיקה, להבדיל מהעירנו השלישית של השופט אנגלרד בענינו ערעור רב בדין, לעיל הערה 7, בפסקה 16. ראו: *ibid.*, at pp. 203-204. פסקדיהן נוכר אצל השופט אנגלרד בענינו ערעור רב בדין ואף צוטיש בענינו פישת רגבה, לעיל הערה 6, אך המשפט השיפוטי-היסטורי תוח בעיד מן הסקירה הישראליית של הדין האמריקני.

79 אין להתפטר להוסיק מהיעיר אובורו של סעיף היציעול לרעה כי יעידו זה אינו חל. עקרון תום-הלב משמיע את הכלל הזה גם בהיעדר ציעון מפורש. אלא שביח-המשפט לא חודדי אותו – לפחות לא לפי שעה – לדין. אשיר לכך בהמשך. דאן להלן חלק ב.

80 במקרים אחרים נהדו בתי-המשפט שלנו באמוץ אוטומטי של הלכות ודת. כך, למשל, דוקטרינת החריג בהמשפט החוקתי בהקשר של חופש הביטוי. הדוקטרינה בוטלה באצות-הבדיית (שם גם נולדה), אולם בתי-המשפט כאן לא נתפו לאאין את הביטוי שם. נתשיא שמגר אף העיר כי יאני כמותי עד לכך שבארץ הולדתה של דוקטרינת החריגות חל פיתוח בערכה. אינוי סבור כי צעינו לאמץ את הגישה השלישית שנתקבלה בארה"ב. החנונת שבדוקטרינה עומדת על רגליה היא, ושנויים בכוחות הרוח באצות הבדיית אנום צריכים להגיע פארתיהם של אילנות הארץ הזה – בג"צ 6218/98 בדין לייסר עורכי הדין, פ"ד מט(2), 529, 544.

81 ראו סעיף (2) לחוק זכות יוצרים.

82 סעיף (3) לחוק זכות יוצרים קובע: "כמו כן רואים זכות יוצרים ביצירה כאלו הופרה אם הורשה אדם לתועלתו הפרשית להיאטרון או למקום שעשועי אחר להשמיע ביצירה לשם הגנתה בציבור בלא הסכמת בעל הזכות היוצרים, חוץ אם לא ידע אותו אדם ולא היה לו יסוד נאמן להשוד שיחא בהצגה משום הפרה זכות היוצרים" לדין ויישום של נושא זה ראו, למשל, ת"א (ת"א) 46/94 אקיים – אגודת קומפוזיטורים

אחרים למומש את חופש הביטוי שלהם, למשל על-ידי הספקה של שירותי ישיה ואחסון אחרים, באמצעות הקיטורים ברשת האינטרנט או באמצעות מכשירים המאפשרים הקלטה והאזנה למוסיקה.<sup>86</sup> ככל שהשינוי מהווה הפרעה, ייתכן שיש הצדקה להגבלת הביטוי בשם תכלית העלמה ביסודם של דיני זכויות יוצרים ובפרט להריגים שבמסגרתם.<sup>89</sup> אולם עוללת שאבולוגיה מעורפלים הורחצו גם ביטויים לגיטימיים, בכך ייפגז השיח הציבורי.

בהקלק זה אין מבקש להציג השלמה לחטר שבמסגרתה ביטויים ציני לפרוזה מבוסס זה ניתן וראוי לגזור הכרעה בעת ציירת כללים פריטיים או התאמת העקרונות הכלליים לסיבות המקרה הנדון. ביסס זה מורכב משינוי ארגוני שלגברים, האחד עניינו במהותם של דיני הפטנטים, והאחר ביצירתה של הארייפה. בהקלק הבא אגור מתוך העקרונות האלה את המרכיבים המרכזיים של הצוולת.

2. קניין רוחני ותחרות חופשית

ציקה נהיין בעניין רב בריח מוקיש לקונטריוקאיה המשפטית הנכונה להכרה בעוללת של הפרה תורמת, אולם להוציא משפט אחד, המפנה לדין אמריקני, חסר בפסק-הדין דיין במהותו של התחום הנדון, דיני הפטנטים אינם ככל מוסר קנייני. השינוי בין קניין מוחשי לבין זה הרוחני גובע כמובן מאי-מהשוותה של ההמצאה (או היצירה, בתחום זכויות היצירה), ומכך שפסק-הדין אינו בטבע (קרקס) או במוצר של כוח עבודה פריי מנכרת, אלא ברוחו של האדם – באינטלקט שלי.

ממאפיינים אלה של הקניין הרוחני נובעות תכונות כלכליות; המצאות ויצירות הן טובין ציבוריים (public good) בשני מובנים. האחד הוא שיש קושי ניכר למנוע מאחר שמוש בממצאה או ביצירה מוצג שבאה לאור העולם וזאת תכונה ה־non-exclusion, כאשר מרובן בקניין מוחשי, קיימת אפשרות פשוטה יחסית למנוע מאדם אחר שיגיש בהלקת מקרקעין השייכת לוי: אולם לרקים גרר ולתהקין בה שצד ומנעול. לעומת זאת, מוגזע שיצירת רואה אור, קשה מאוד לבעליה למנוע אחרים מלקרוא אותה, המוכן האחר שלפניו קניין רוחני הוא טובין ציבוריים הוא שהשימוש בו על-ידי אדם אחר אינו מפרה מכולת השימוש בו על-ידי אדם אחר (זאת תכונה ה־non-rivalry), כך, למשל, מספרם של האנשים שיכולים לעשות שימוש ביינוני בהלקת ארמה ינינו מוגבל, אולם אין הגבלה על מספר האנשים היכולים להשתמש ביצירה, והשימוש של האחד אינו מצמצם את האפשרות שאחרים יבואו אחריי וישתמשו גם הם באותה יצירה. וזיא אינה מתבלת.

מיוחדת, על כך ראו מיכאל די ברנדנה "התופש לגילוש בספריות ציבוריות" משפט וממשל ונפיו להתפרסם בתשי"א.

86 ראי: עניין 18 *Sony, supra note 29*, ועניין 29 *Diamond*.

89 שאלת היות שני זכויות יוצרים לזוהש הביטוי קשה ומורכבת, דוהי בכך בהרבה

במקום אחר. ראי: *The Copyright Law and Free Speech Affair*; M.D. Bimback "Making-Up and Breaking-Up" 43 *Idea: J. of L. & Tech.* (forthcoming 2003); וכן

ראו: M.D. Bimback "Copyright Law and Free Speech after *Eldred v. Ashcroft*" S. 1: *Cal. L. Rev.* (forthcoming 2003).

מצנן; צדיים ריינוגיליים מכלכלים את בעידתם מראש ושקולים שיקולים של עולת צריחה מול תועלת צפוייה. העולת כרוכה (גם) בעדרכת העליות הידיות והתעורכת הסוכנים – בין הורדעים ובין אלה שאינם יודעים מתינתם של בעלי הזכויות העליונים, בדרך-כלל גופי מתקף ופיתוח, דיני הפטנטים מהווים מרכיב מרכזי בשיקוליהם הכלכליים. הקניין הרוחני הוא פטטים רבות הנכס העיקרי של האזיירים כאלה. להכרה המפתחת מוצרי תרופה מוכשרת, למשל, הוינו לעדת אם היא תוכל להגן על המוצר שלה, או העמוד חסרת-אזונים מול רייביבי שיגנפו את השמנת מבלי שתשקיעו מיליוני דולרים במחקר ופיתוח. מישום כך, מטרת משפטית עמומה עוללת לסכל פעילות רצייה.<sup>85</sup>

גם לגורמיו-הביניים, הם המתחרים הנאבקים על פלה שוק, חשוב לעדת מה תחמו של הקניין המצוי בידי מתחזיקים, כדי שלא יחצו אורמו. אי-הראת באשר לזאת ולאסור תרתיע אותם מפעילות. פעילותם של גורמיו-הביניים חשובה; לעצילים, המוצר שותם לפטנט ומשמשים אמצעי של השק להחזום את הפטנט לממדי הרציים. הפטנט מקנה לבעלי מונופול. קיים חשש שהמונופול הלגיטימי הזה ינוצל להשגת יתרון לא-הוגן בשווקים סמוכים. פרשת רגבה מספקת דוגמה בהרדה להשגת זה. הפטנט של רגבה הוא שיטה ליצירת מפתח משופש במשחת קשת, אולם אילו התקבלה תביעתה במלואה, היתה רגבה יכולה לנצל את המונופול הלגיטימי שלה על השיטה כדי להחזום מבעליות בשוק של יצירת המפתחים המשופש כולו, או בשוק הכורים המשופש הממוקנים בהתקנה ששוחה, שוק שהפטנט שלה אינו משותרע עליו, בתי-המשפט נקטו פשינות והרדה כדי למנוע תוצאה כזאת, תוך שהם מדיישים כי יש לשמור את האפשרות שיקמו שיטות מתחרות לשיטת רגבה.<sup>86</sup>

מתוך נוסח של אי-ההודאות הוא החשש שמקרים דומים יפוזו ביחס שיפטי שונה, וייפגז הרצון ש־*decided alike* cases will be.

אם וכאשר תתפשט העוללת של הפרה תורמת אל דיני זכויות היוצרים, יהיה לאפקט המצנן גם היבט תרתי. דיני זכויות יוצרים מגינים על ביטויים. גורמיו-ביניים שלא יידע להעריך אל נכון את היקף אחריותו המשפטית לפעולה מתוכננת עשוי להעדיף להימנע מפעילות, אלא שתפעילות שבה מדובר היא סוג של ביטוי, יש אף שהיא מאפשרת לרבים מעט כזה הניע את המתקן, למשל, להימנע מביטוי עוללת כללית של תרומה לא-הוגנת בעת שהוא דן בנעשה שהתפתח לתוך עוללת מסחריות, תשי"ט–1999, ס"ח 1709 (להלן: הדין עוללת מסחריות), ראו דייוונו של מי דייטש "חוק עוללת מסחריות, תשי"ט–1999 – הגינות בתחרות וסודות מסחר" הפרקליט מה (תשי"ט) 128, ואת בקורותי, שם, בע' 131–133. פורפוסר דייטש סבור כי יש עולת כללית במשפט הישראלי הדין תחרות לא-הוגנת, בין מבה דיני עשיית עושר ולא במשפט ובין מכות דיני תחרות. ראו לעיל הערות 47–48. שיקול דומה הוזנה גם בתי-המשפט בעניין טבעיל, ראו לעיל הערה 83, בע' 7.

87 חופש הביטוי הינו רב-פנים: לעניינו חשוב לציין שקיים לא רק הפן הפעיל של ביטוי ממש, אלא גם הפן המביל, של גישה למידי. באינטרנט יש לזוהש הביטוי משמעות

החברות, כלומר, חשדות חשובה לחופש הביטוי ולדמוקרטיה,<sup>92</sup> וככל שדיני זכויות יוצרים מוגנים גם על יצירות פונקציונליות, כגון תוכנות מחשב, תועלתם כשל דיני הפטנטים.<sup>93</sup>

אולם האמצעי שהמשפט יוצר מבגבל את השימוש בהמצאות וביצירות, ויוצר מונופול כאשר מדובר בדיני הפטנטים, ובמטעם מונופול כאשר מדובר בדיני זכויות יוצרים. כיצד המטרה הכלכלית של קצוטה טכנולוגית מושגת באשר השימוש בהמצאה מופקד בדי הממציא בלבד, בוטחת המשפט, והוא יכול להגביל את השימוש במוצר כרצונו, ובכלל זה לרדוש מהו גבוה למצוץ? כיצד עולם היצירה מושג אם בעלת זכות היוצרים יכולה להגביל את השימוש ביצירה ולמנוע מאחרים שימושי בהייצוריה כחומר גלם לייצור של מוצרים אחרים. האם שהממציאים היוצרים של הקניין הרחבי מוציאים פתרון שהנפט כרע במיעוט: מונופול מוגבל במובן רחב יותר. זה המודרן שהמשפט מוכן לשלם את המטרה הציבורית הרחבה, בטווח הקצר, כדי ליצור את התחרות הזריז וברי להשיג את המטרה הציבורית בטווח הארוך. משום כך, דיני הקניין החדשניים משקפים איוון בין צורכי הכלכלה של האינטרסים הפרטיים, גובוהו של המודרן שהציבור משלם הוא שהקופה של המונופול וכוונתו של המונופול הציבורי על ידי בעלי הפטנט או היצירות. חשבו לעמוד בהקשר זה על הקופה של המונופול הציבורי על ידי דיני הקניין החדשניים: המונופול משתרע על היצירות או ההמצאות, אך הוא אינו הופך בהכרח את הקופה הרלוונטית כולה. כך, למשל פטנט על תרופה למחלה מסוימת אין משמעו בהכרח מונופול על שוק התרופות בקשר לאותה מחלה.<sup>94</sup>

לאלה המחוקקים בהפיסה של משפט מרבי ביחס לקניין הרחבי, כלומר, הפיסה שלפיה הפטנט וזכות היוצרים קודמים למשפט, והמשפט נקרא רק להגן על "היש" הקיים, יוצג איוון במתח שבין אגנטים הכלכליים לזכויות הקניין של הפרט. לפירות המשיגות האינטואיטיביות לשייך יצירות שמקורן באינטלקט של בני-האדם ליוצרותן, אין תרבות החברתית כוללות מביעות עומדת במבחן הבקורות.

כך או כך, ברור שיש לצמצם את הזכות הקניינית ביד יציבה וזהירה. המררייזרן לממציאים וליוצרים בכות מיותר מבהיגמם ומזיק לציבור, שכן הוא מוגריל את "המותר"

92 ראו: N. Elkin-Koren "Cyberlaw and Social Change: A Democratic Approach to Copyright Law in Cyberspace" 14 *Cardozo Arts & Ent. L. J.* (1996) 215; N.W. Netanel "Copyright and a Democratic Civil Society" 106 *Yale L. J.* (1996) 283.

93 ראו סעיף 22 לפקודת זכות יוצרים, להגנתה בין "סוגופול" בדיני הפטנטים ל"מונופול" בדיני ההגבלים העסקיים, ראו: M.S. Gal "IP and Competition Policy in Small Economies" *Global Competition* (Feb.-Mar. 2000) 14.

94 3/97 מגל מערכות מידות בעיצור הממנה על ההגבלים העסקיים (בצ' 4.11.01), בצ' 35-57. ראו באחר של רשות ההגבלים העסקיים: <http://www.antitrust.gov.il> (ערכי לוארייז 26/05/02).

מחמת תכונות כלכליות אלה, וכדאיות של השקעה בפתוח המצאה או ביצירה בהיעדר הנהג משפטית מוטלת בספק, הממציא או היוצרת יתקשו להגביל את השימוש בהמצאה וביצירה לצרכנים המוכנים לשלם בעדו. ניסוף על כך, כל עור עלות ההתחקה נמוכה מעלות הפיתוח וזו עניין תלוי-טכנולוגיה, יהיו מי שיבקשו להעתיק את ההמצאה והיצירה, כך, למשל, בעידן האבן, העתקה יצירת תקופה בסלע הייתה כרוכה בתחיקה הייצורית בסלע אחר. עלויות ההעתיקה היו קרובות, אם לא נחות, לעלויות היצירה והיאשונה. כיום, כאשר סובייט עתק מושקעים במקור הפיתוח, אולם ניתן לייצר המצאות וזכות בעלות נמוכה בהרבה, או להעתיק יצירות, במיוחד בסביבה הדיגיטלית, כדאיות תושקעו הוצאות אחרים לא-רצויים משימוש בקניין, תופוך אותו למצוץ במחסור, ולכן לכות שניתן לזכות כסף בעד צרכנותו. הגדר המשפטית מסללת את התעשרות על-חשבון הממציא (כלומר, את העצתקה תולה של הממציאה או היוצרה היקרה, בכך נפתר כשל-השוק שהיה מהרדוש אלמלא כן. הגדר המשפטית היא הפטנט וזכות היוצרים. מאחר שהיא מטללת את כל המפקדים שנגמנו זה עתה, הזכות הקניינית שהמשפט יוצר משמשת תמריץ להשקיע כסף ומאגך במקור, בפיתוח וביצירה.<sup>90</sup>

הקניין הרחבי הוא אמ"כ מוסד משפטי היוצר זכות שנוצרת לזיות אמעיי להשגת משורת חברתית: הנהגת הפיתוח והעשרת היצירה.<sup>91</sup> משורת כלל-החברתית אלה רצויות בכות יתרונן חברתי להגברת בכלולות. כאשר לדיני פטנטים, הפיתוח מצעיד את האנשות קיימות, בכך שהוא מאפשר התמודדות טובה יותר עם מחלות ואיתנות טבע, משפר את יעילות היצור בתחומים אחרים או את הנחות שלנו בחיי היומיום. כאשר לזכויות יוצרים, היצירה מעשירה את עולמנו הרחבי והתרבותי, היא מחזקה יסוד חיוני לשיח

90 לזיות כלכלי של דיני הפטנטים ראו ד' לוינסון-זמיר "שיקולים כלכליים בהגנה על המצאות" משפטים יט (תשס"ט) 143, ובמיוחד בצ' 145-160, 164-167. ראו גם עניין בלאס, לעיל הערה 2, בצ' 355-336. המררייז מכוון בעיקר לתאגידים ולמשקיעים, והזכות מכך לייצור הדימוסי, שאינו זקוק לתמריצים כספיים כדי ליצור. ראו עניין סאנאפי, לעיל הערה 83, בצ' 742-743 (משופט ששנה נתונה).

91 מן התפיסה המכוננת (אינסטרומנטלית) של דיני הפטנטים משתרעת דחיותה של הפיסת הפטנט כזכות טבעית. לתפיסה המכוננת יש ביטוי עקבי בפסיקה בית-המשפט. כך, למשל, כתב הנשיא אברנס: "אם כי זכות חזרה, המוקנית לבעל הפטנט, רואים אותה, כאמור, כזכות קניין פרטית, הרי מאחורי המוסד המשפטי הזה, עומדת המגמה העצובת: החתה לזכות שיטת ייצור ולשפרן, כדי שהאנוניסיס הכלכליים והחברתיים של המדינה יוטבו וישמגנו, האמצעי אין לו תדקה כלשהי לוליא גוער לסייע מונופולין - לבעל המצאה תעשייתית אין לו תדקה המוסר המשפטי הזה, עומדת בשיגת המגמה ת"ל" - בהצ' 280/60 אביק בעיצור הרישית המוסמכת ליבוא המשויר ורקדות, פי"ד טו(2) 1336, 1333 (להלן: עניין אביק) (תהדגשה במקור). ראו עוד שם, בע' 1331: "...הזכות היחודית, המשמשת נשוא של כל פטנט, הינה יצור המשפט המיונהל במבחן זה, כי זכות זו קמה מכות הפטלה של הענקת הפטנט על-ידי השלטון לבעל

ההמצאה הנדונה".

בפסקה בין הפרט הממציא לבין הציבור; הציבור יגביל עצמו משימוש במוצא זה ויגן על זכותו של הממציא לשלוט בה כרצונו, כפוף להשפעת ההמצאה ולהגבלת הפטנט בוטן.<sup>102</sup> משפורת הפסקה מבטחת גם את השטם לרדישות-הסף הממוצרות: אלה הן מעין תחרויות לציבור: כאשר הממציא אינו עומד בתו, אין הפסקה כראת לציבור. משטם זה, המשפט נרקט תיירות מופלגת בעת הערכת פטנטים, וגם לאח שיגרתן הפטנט, הוא חשף להגנתויות ולביטול.<sup>103</sup> כל שעות של המשפט משמלתי יצידת מנופול במקום שבו אין הוא משרת כל משרת רציית, וגורם את הנזקים המוכרים של מנופול: מהיר גבוה של לציור, חסירות והארכות עלולים להיפגע, מנתק ופירות נוספים המבוססים על ההמצאה הקיימת מוקפאים, וכן הלאה.

צירת עירולת הדישה מרחיבה את הקיף ההגנה לבצל הפטנט ומחוקת את כוחו. כל חינוק כוח בה על-חשבון הציבור. אומנם, העוולה נועדה לאפשר לבצל הפטנט לאכוף את זכותו המוכרת והקיימת, כלומר, את הפטנט עצמו, בצורה טובה יותר. משום כך ייגן להצגתו כאמצעי טכני ותו לא, לחינוק האיוון הקיים, ולא לשינויו. אולם העגה כואת אינה משקפת את המשפעות של העוולה החדשה. האיוון הקיים בין הציבור לבין בעלי הפטנט משתנה, לפחות בשתי צורות.

צורה אחת שבה האיוון הקיים משתנה היא הגבלת התחרות בשוקים הסמוכים לשוק של הפטנט עצמו. אילו זכותה ריבה בתביעתה, היתה זכותה הקיימת בפטנט ממונפת לשליטה בהתקנות השתורות של כיריים בכלל, שוק שהפטנט שלה אינו משרתי עלי. אילו זכותה ריבה, היתה כוחה להגביל גם התקנות כיריים במשטתם שאגם קשים (משטתי עצ או משטות מחומרים סינתטיים), והיה בכוחה להגביל את כראות ההשקעה בפירות שישות מתחרות לשיטתה – אשר ייחכו שהיו שישות מוצלחות ממנה, רב כוח זכותה כל בתביעתה, והפטנט שלה מורחב בעת במידה רבה אל מעבר לציורף המרכיבים, אשר כל אחד מהם נבפרד אינו מוגן. הפטנט של רב כוחה משרתי, דהפיקטו, גם על ייצור ומרכיבים הנפרדים, אלא שייחבן שיש למרכיבים הנפרדים שישמשו את, פרט לשימוש המוגן. תטלת האחריות, מכותה של העוולה החושה, על יבואן החלקים מרחיבה את המנופול, מכותה של הפטנט, גם אל אותם שימושים אחרים. בעיה אחרת מתעוררת בקשר למוצרים שיש בהם מרכיב מתכלית.<sup>104</sup>

צורה אחרת שבה האיוון הקיים משתנה היא שהאכיפת נעשית תרמית לכאורה, אין בכך שינוי, שהרי אם העניקו זכויות, כורר שיש לאפשר את אכיפתן המלאה אלא שדיני הפטנטים, ויותר מכך – דיני זכויות היוצרים, כללו מרכיב מובנה של "עיליפה": תחומים שבהם הפעילות המפרה תינה מותר להשיג יידם של בעלי הזכויות.<sup>105</sup> מותר בעיקר למוצרים שיש בהם מרכיב מתכלית.<sup>106</sup>

102 598/93 רחנתל ג' רשא הפטנטים, תקימה (3)96 3682.  
 103 ג' אלקיין-קורד מגודרה זאת כ"חוחה תבות", ראו לעיל הערה 14, ביצ' 19.  
 104 ראו סעיפים 31 (תלך) והנגזרות לפטנט, 182 (תאפשרת לפטנטן לביטולו של פטנט בתביעת הפרה לחוק הפטנטים.  
 105 אשוב לכל בתמשך, ראו לחלק, סקסט ליד הערה 160.  
 106 ראו: R. Cooper Dreyfuss "Do You Want a Trade Secret? How Article 105

שהציבור משלים שלא לצורך.<sup>95</sup> משום כך, "צמטסים כל תג ותג דוקטריני" [של דיני הפטנטים] בהכרח ערביות." 96 תמכרעה הערכית הסיודית היא בין הדין לפתור את המשלים המכלילים שצוייגו לעיל לבין הדין לעודד את התחרות (כאשר מותר בפטנטים) ולהעשיר את עולם היצירה (כאשר מותר בכוחיות יצורים), לא במקרה ידישות של דיני הפטנטים גבוהות ומתמירות. המשפט צומד על כך שההמצאה תהיה מוציאה חסף בעיקר שהיתה חדשה ושתהיה בה התקדמות המציאות. הטעם הוא שהמשפט מבקש אצל בעיקר שהוא מגן על המצאה שאינה נמצאת זה מכבר בתחום נחלת הכלל (non-obviousness). הרי אין טעם שהציבור ישלים "מהיר" בעד המצאה שאינה מוציאה,<sup>97</sup> ואין טעם שישולם מחר בעד המצאה שכבר ידועה לו. דרישת החידוש דרישת החתקדמות וההמצאותיות באות להבטיח יעד זה.<sup>98</sup> בניסוי נוסף למהת שבין האמצעי הקיימי למשורה האיכותית ולמחר החברתי של מנופול הוא דרישת הפירוט של הפטנט, המלוות בתביעות-הפטנטים.<sup>99</sup> הממציא המבקש את הגנת הדין מחויב להשקף את פרטי המצאתו בדרך-בעל-מקצוע בתחום הילונשי יוכל לייצר את ההמצאה על-פהים, בכוח העת, כאשר הפקע תקופת ההגנה הקבועה בתוק. הפירוט חשוב גם כדי להחום את הקיף הפטנט: הן לגבי מתמרים של בעל הפטנט, הן לגבי אלה המתקשרים עמו ברישו: אלה – כדי שייצרו להימנע מהפרה, ואלה – כדי שייצרו את הקיף השייך שבידיהם.<sup>100</sup> העדר פירוט מספיק הינו שיטם לכטלות הפטנטים.<sup>101</sup>

מהתה הבטיח שבין מנופול ברשות חזיק לבין התחרות החופשית מוצג לא-אחת

95 "כשם שלציבור עניין רב לתת הגנה ראייה לזכות חימר הקנייה לצי שמחזיק, באשר להמצאה, בפטנט כרי-תוקף – ובפרט אם ההמצאה הנדונת היא בעלת שדך – כך חשוב לציבור לשלול הגנה מפטנט מסר תוקף, על מנת שלא יהיה אכריג בודד תחרות ומסחרית" – עניין אביקי, לעיל הערה 91, ביצ' 1388 (מלמ הנשיא ארנש) (ההישגות במקור).  
 96 אגי שואל את הביטוי מתוך דגן, ראו ח' דגן "פרשות ביניי קניין, תבית המשותף ובביטת הפעולה המשותפת" עיני משפט כ (תשנ"ז) 45, 53.  
 97 לודישת התיעלת ראו עניין סאנופי, לעיל הערה 83, ביצ' 733-742.  
 98 לודישת התיעדת ראו, למשל, עניין Hughes, לעיל הערה 42, ביצ' 102; עניין 793/86 פורת ג' צימל, עייד מודרני לדיפתא בעיית, פ"ד מה(4) 578, 586. בוחן האמריקני הדישה (מנוסת) כ" anticipation ראו: (1994) § 102 U.S.C. 35. לודישת התקדמות ההמצאותית ראו, למשל, עניין 483/82 בהרי ג' פרלקן, פ"ד לט(3) 536, 553; עניין Hughes, שם, ביצ' 108; עניין 804/89 נלפלטס (1974) בעיני ברקמן, פ"ד מה(2) 295 nonobviousness. 314 (להלן): עניין לופלטס, בוחן האמריקני הדישה מנוסות כ The Patent Act, 1977, sec. 1-4, 35 U.S.C. § 103 (1994).  
 99 ומעונת בו: לתוק הפטנטים, בתיהמשפט הבודד את הקיף הפירוט הנודי, ראו סעיפים 12 ו-13 לתוק הפטנטים, בתיהמשפט הבודד את הקיף הפירוט הנודי, וקבעו כי אין צורך לפרט כל שלב המובן מאלי לבעל-המקצוע בתחום, ראו, למשל, עניין Hughes, שם, ביצ' 117; עניין לופלטס, שם, ביצ' 314.  
 100 על משותהת של דרישת הפירוט ראו עניין Hughes, שם, ביצ' 115-116.  
 101 ראו, למשל, את המקרים הנאים, שבום נוטל פטנט נחמה איפיריטו סטיפי: עניין Aktienbolaget Slevert & Forander ג' דונגאר ג' 75/55, 1990

מלווה בסעדים אופרטיביים. יש בה סמליות והצורה חברתית בדבר ערכיה ומטרותיה של אותה חברה, ויש לה כוח, לפחות כלפי פלח מסוים של החברה, רבים אינם זקוקים לאיום בסמקצטי כדי להימנע מפעילות, ודי לומר להם שהפעילות אסורה, לעיתים די בשלט המשפטי "אסור להפעיל" כדי לצמצם את היקף ההפעילות. עם זאת ברור כי במקרים רבים לא די בעצם החברה המשפטית, ויש לבחנה בסמקצטי כלומר, יש להעמיד לרשות בעל הרכיב אמצעים לאכוף אותה, הכוללת הנצרות על-ידי דיני הקניין החוזני אגון נבדלות בנקודה זאת.

תקשיר בקניין רווחני כפולי: ראשית, המודעות הציבורית לצצם קיומה של חוכות, היקפה ועוצמתה נמוכה יחסית למודעות באשר לבעלות בקניין מוחשי. המודעות הנמוכה נובעת מהאופי הלא-מוחשי ומתמורכבות המשפטית של ההגנה על הקניין החוזני, על הגבלותיה וחריגיה, ואולי גם מושפעת ממריניות האכיפה שחיותה, לפחות עד לשינום האחרונה, רופפת יחסית. "תעשיות התוכנית" משקיעות מאמצים ניכרים, במיוחד בשנום ובמדרה רבה גם להפחית את הציבור. כך, למשל, פרסומה המוקדמת בכתב-הידעון המשותף בין רכישת סרט מועדק לרכישת סמים, לא פחות. ישו הקושי השנו, הוא משפטי, הפרת קניין רווחני היא עוולה של אחיות מחולטת. אין צורך באשם או בהתנהגות רשלנית כדי שתמצא תפחה, ולשם קביעת אחיות די למצוא שהתנהגות אסורה, ויש כי עשיות לחיות לכך השלכה על הפיצוי. <sup>114</sup> בתיקון רלוונטיות למצב החוזני של הציבור, ובשילוב המודעות הציבורית הנמוכה לקניין החוזני, יש להגות כי רבים מפרים זכויות מבלי שהם מודעים לכך.

כסום נפנה לאמצעי האכיפה, ראוי לומר דברים קצרים על היקף ההגנה, ההגנה המשפטית למפנס מוענקת למשך עשרים שנה ממועד הגשת הבקשה לרשם הפטנטים

111 כבישים של ראשי אסכולת פרנקפורט: ח' ו' אורדנו ופי' הדיקטימור "תעשיות חרבחה: נאורות כהונות המונים" בתוך מבוה אסכולת פרנקפורט (תרגום: ד' ארן, עורכיה: מי מידן, א' יסער, תשי"א) 158.  
112 לדין בהנחה החברתית של "טובים" בתוים חקייני החוזני, ראו: D.J. Halbert, *The Politics of Expanding Intellectual Property in the Information Age* - Westport CT, 1999).  
113 כר גם בארצות הברית. ראו למשל: Intel Corp. v. United States ITC, 946 F.2d 821, 832 (Fed. Cir. 1991); Eif Atochem North America, Inc. v. Libbey-Owens-Ford (BSA) תביעה בהודעה פולנית כי האסטרטגיה הפרטמית של חברה התוכנה היא להפחית את הציבור - ולא דווקא לתוך רי' ברום, הופעה בקולקיה להשפטים, אוניברסיטת חיפה, ביום 12.10.2004.  
114 כר גם בארצות הברית. ראו למשל: Intel Corp. v. United States ITC, 946 F.2d 821, 832 (Fed. Cir. 1991); Eif Atochem North America, Inc. v. Libbey-Owens-Ford (BSA) תביעה בהודעה פולנית כי האסטרטגיה הפרטמית של חברה התוכנה היא להפחית את הציבור - ולא דווקא לתוך רי' ברום, הופעה בקולקיה להשפטים, אוניברסיטת חיפה, ביום 12.10.2004.  
114 ראו: S. Thorley, R. Miller, G. Burkitt & C. Biss *Terrill on the Law of Patents* (London, 15th ed., 2000) §8.08, at p. 200.  
114 ראו: 35 U.S.C. §287 (1994).

בשימוש הפיסי-הבחי. בגלל הקושי באכיפה, לטובת העובדה שהנוק שבשימוש הבחי קטן ופעמים רבות אינו פוגע בתמריץ של בעל הזכויות ליצור עוד, ויתר המשפט על אכיפה בתחום זה. הגדרת פעילות זו כחפורה היתה הופכת רבים מאימונו לעבריינים ולמחשילים. הפתרון המשפטי היה להכשיר את הפעילות בכך שמערכת הזכויות לא תהיה הודמית, כך, למשל, אוד התסברים להגנת השימוש ההגן בדיני זכויות יוצרים.<sup>106</sup> או תחסד של גמול קליטות ריקות,<sup>107</sup> או לפחות, לפי טישון משפטי-היסטורי אחי, כך היה תחסד של השימוש הבחי כולו עד לשינוי התקיקתי.<sup>108</sup> ככל שהאכיפה הדיגיטלית מספק דוגמה מאלפת, במערכת. שילוב המגמה של הגברת האכיפה בסביבה הדיגיטלית מספק דוגמה מאלפת, והיא "תוכוח לקרוא", בהקשר של זכויות יוצרים. אגד הזכויות המקיימי עוכוח הוצרים מורכבת ממנו אינו כולל את הזכות הבלעדית לקרוא יצירה שפורסמה, ולפיכך אין בעל הזכות יכול למונע מאחרים צריכה סבילה של היצירה, שאינה כרוכה בהעתקה. למשל, קריאת ספר בספרייה. אלא שהטכנולוגיה הדיגיטלית מאפשרת לבעלי זכויות לשלוט גם ביכולת הגישה ליצירה, ומשום כך ביכולת לקרוא.<sup>109</sup> המשפט התגימי בשנום האחרונה להגן על הטכנולוגיה המוגבלת את הגישה, ובכך תודע את התנהגות הקיימינית גם לתחומים שלא היו מוגנים קודם-לכן.<sup>110</sup> כך גם באשר לתופעה תודמית. היא מובילה את השימושים המותרים ומרחיבה את היקף ההגנה של בעל הפטנט. פעילויות שיש בהן תחרות - שכן לא היתה בהן תפחה ישירה של הפטנט - מוגבלות בעת.

3. כשל-אכיפה ואכיפה יעילה

(א) זכויות וסעדים

להכרה המשפטית בדבר קיומה של זכות יש השיבות לא-מבטולת, גם אם אין היא

2b Will Make Licensing Trade Secrets Easier (But Innovation More Difficult)  
D.L. Zimmerman "Adrift in the Digital Millennium Copyright Act: The Sequel" 26 *U. of Dayton L. Rev.* (2001) 279  
106 ראו: W.J. Gordon "Fair Use as a Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Predecessors" 82 *Colum. L. Rev.* (1982) 1600.  
107 ראו סעיפים 23-33 לפקודת זכות יוצרים.  
108 L.R. Patterson & S.W. Lindberg *The Nature of Copyright - A Law of Users' Rights* (Athens, GA, 1991)  
109 למשל, באמצעות הזנה המגביל את מספר תפעלים שניתן לפתוח קובץ דיגיטלי שיש בו יצירה ספרותית.  
110 ראו: Digital Millennium Copyright Act (DMCA), codified as 17 U.S.C. §1201 (1998)  
110 J. Litman "The Exclusive Right to Read" 13 *Cardozo Arts & Ent. L. J.* (1998) 29.  
114 J. (1994) 29.

לרשות בעל הפטנט צומדת קשת של ספרים שהוא יכול להפצילם וגם מפרים.<sup>121</sup> מוחלט מיצוי המגנות העולות לרשות המצבים, מסוכרים משפטיים בנושא פטנטים נפסים בדרך-כלל סביב שני סוגים של טענות: סוג אחד מופנה כנגד תוקף הפטנט, והסוג האחר מופנה כנגד שאלת ההפרה. כל זאת – במצבים של תביעה ישראלית של בעל הפטנט כלפי המפר. זהו מודל התביעה הישראלית. אלא שהמציאות יצרת מצבים מורכבים יותר, דוגמה אלה שהעצרות בפרשת רגבה ורב בריה. במצבים כאלה, ההפרה מתרחשת על-ידי משתמשי-קצה, הדוחק מצייני בעל ההכרזות, ומשום כך רחוק מנחת-הודיע המשפטיית.

(ב) שרשרת ההפרה

מודל התביעה הישראלית אינו מהאים למצבים שבהם הפעילות של בעל הפטנט מכוונת לציבור רחב, ונוצרת שרשרת עסקית המרחיקה את משתמשי-הקצה מבעל הפטנט. ככל שהשרשרת ארוכה יותר, כך האפשרות (או הסכון) – על-פי הצד המצויני(?) שגורמיו-ביניים יתערבו בשירות גידולו, הרכבו קודם-לכן את השתקוף הכוללניסטים לדין: בעל הפטנט בקצה האחר, משתמשי-הקצה בקצה האחר של השרשרת, ובתווך גורמיו-ביניים שונים. פעמים רבות משתמשי-הקצה הינם מפרים ישראלים: בין שהם מצורפים לרבים או באמצעות איש-מקצועי את מרכיביו של פטנט קומפניצי, כבניין רב ברת, ובין שהם משתמשים (לרבים, או באמצעות איש-מקצועי) בשיטה מוגנת, כבניין רגבה. החלטה של מודל התביעה הישראלית על מצב זה, כלומר, תביעה של בעל הפטנט נגד המפר הישיר, מעוררת קשיים נכבדים: משפטיים, כלכליים ופסיקים. למעשה, נוצר כשל-אכיפה.

הקושי המשפטי הוא בהוכחת התביעה נגד משתמשי-הקצה, בין הצרכן ובין מי שמעצמו (אשר-למקצועי המתקין את המוצר או מפעיל את השיטה המוגנת) הפרה כזאת (ולעת עתה אגרת שאכן מדובר בהפרה) מתרחשת בדרך-כלל בביתו של הצרכן או בתחום הגנתו בשליטתו הבלתי-נתונה. כגון מבוצר המפר (בין כאשר מדובר בפטנט קומפניצי, בין בפטנט רגיל למוצר ובין במוצר שנובע מהמקור המוגן) נשאר בצבעת הבית. במצב כזה יתקשה בעל הפטנט להשיג ראיות ברורה עצם קיומה של ההפרה, ויש להניח שבמקרים רבים לא יידע בעל הפטנט כלל שהמחשה הפרה. במצב כזה, נותנת הקניינית שאין הוא בטוח כלל בקיומו. ההכרזה באיזון שבין ההכרזות החוקיות לתוקפן לבין האבטלים לרבות ברורות, וראוי שבהמשפט ידו על-הסף בקשות לצווי חיפוש התביעה בביתם פריטיים. במיוחד לזכות המעמד החוקי של הזכות לקניין וחכמות לפרטייות.<sup>122</sup> גם הצוים מסוג "אנשון פילר" ו"סרביה", המאפשרים לחובצו לזכנס לחצרי המתלבע לשם תפישת

- 121 ראו סעיף 183 לחוק הפטנטים, הקובע ספרים של צורמניית ופצויים ושקולים מגוונים לפסקת פצוי. כמובן שגם ספרים ומגנים עומדים לרשותו של בעל הפטנט.
- 122 כאמור, הפטנט חל גם על המוצר הישיר של התולד מוגן – ראו סעיף 183(a) לחוק הפטנטים.
- 123 ראו חוק יסודי כבוד האדם והחירות, תשי"ב, ס"ח 1391, כטיפוס: 3 (הגנה על הקניין).

7 (הגנת על הפטיטיות) 81 (פסקת ההגבלה).

(כאשר התקשה מתקבלת, כמובן).<sup>115</sup> היקף ההגנה רחב: לבעל הפטנט נתונה הזכות תביעית ל"ניצול המצאה". המשמעות היא שזכותו תציקרית כלפי אחרים היא זכות שלילית: למנוע מהם את ניצול המצאה ללא רשותו. המושג של ניצול המצאה מוגדר בהיקף רחב, וכולל ייצור, שימוש, הצעה למכירה, מכירה או ייבוא.<sup>116</sup> הפרה פטנט מתרחשת בשני מצבים: זאת היא "הפרה מולולית", כלומר, המצב שבו נתלבע מתנגד בריק על-פי תביעות הפטנט. זה המצב הנדיר. המפרים מנסים בדרך-כלל להסוות את ההצעה, ומשום כך משגים מרכיבים שוליים במצאה או מולוליים מרכיבים מסוימים שלה בתלקים שפעולתם דומה. דני הפטנטים פיתחו דוקטרינות שנועדו להתגבר על התחביות, וגם שימוש בוריאציות או אקוויולנטיים לא נפטר את התלבע מאחריות.<sup>117</sup> לפגוע, וכן שימוש בוריאציות היוצרים, התנגה בדיני פטנטים הינה מנופול. שני יוצרים שיתבררו להבדיל מהדני נכונים היוצרים, התנגה בדיני פטנטים הינה מנופול. שני יוצרים שיתבררו יצירה זהה להולטין, בלא שיהיה ביניהם כל קשר ומבלי שהיה לאיש מהם גישה ליצירתו של האחר, יוכי כל אחד בהגנת זכויות יוצרים על-פי שהצורה זהה, לעומת זאת, במצב שבו שני ממציאים ימצאו, הנפרד, המצאה דומה – רק הולטין מביניהם יזכה בהגנת החיך.<sup>118</sup> ההגנה הפטנטים כפופה לחריגים מעטים בלבד,<sup>119</sup> ואין בהם חריג כללי וחריגות להגנת השימוש החוגן בדיני זכויות יוצרים.<sup>120</sup>

- 115 ראו סעיף 52 לחוק הפטנטים, וכן את האפשרות להאריך את תקופת ההגנה באשר לפטנטים המוגנים על מרכיבים פעילים בתכשירים רפואיים וכיבוא בה, הפטנטים במסין ב1 שכפוק ד לחוק.

- 116 ראו סעיף 49 לחוק הפטנטים וההגדרה שבסעיף 1 לחוק.
- 117 לדין בדיקטרינות אלה ראו עניין Hughes, לעיל השורה 42.
- 118 בישראל, כמו ברוב המדינות העולם, הקיימות נקבעת על-פי מודע הגשת התקשה, ראו סעיף 9 לחוק הפטנטים ודין בע"א 290/82 נבנצאל נ' גיסי ניוקליאר – אבין איזוטופים אילקי, פ"ד מ(3) 281, 290 – בארצות-הברית הקיימות נקבעת על-פי מודע ההמצאה, וכמוכן שהתעוררות שאלות סמוכות באשר לקביעה מהי רעיון מתגבש לכלל המצאה ואילו תן הראיות הספיקות לקביעת הקדימות. ראו: (g) §102 U.S.C. 35. *Hahn v. Wong*, 892 F.2d 1028 (Fed. Cir. 1989).

- 119 הגדרת "ניצול המצאה" שבסעיף 1 לחוק הפטנטים מונה הריגים אחרים המתחייבים לפעילות בקשר למוצר הנובע מבישורן מהחליך מוגן. הריגים אלה חשונים לעניינו, ואשוב אליהם בהמשך. ראו להלן, טקסט ליד הערה 156. חריגים נוספים להגנה קבועים בסעיף 53 (זכות מכות ניצול קודם), בסעיף 65 (הגנה למנעל המצאה ששקעה וחוזר לתופעה) ובסעיף 181 (ניצול פטנטים בכלי שיט, בכלי שיט ובכלי רכב הימי) לחוק הפטנטים. ההגנה כפופה גם לאפשרות של הגבלת רישום מטעמי בטיחות (סמין א לפרק 1 לחוק הפטנטים), זכות המדינה לנצל המצאה לשם "הגנת המדינה או בטיחות הפסקה או שירותים חיוניים" (פרק ג, סעיף 104 לחוק הפטנטים), וכן רשימות כפייח ובטול פטנטים בשל טובת הציבור (פרק ז לחוק הפטנטים).
- 120 ראו סעיף (1) לחוק זכות יוצרים ופרשנותו בר"צ א' 2687/92 גבע נ' הברת וולט דיסני, פ"ד מ(ת) 251, 269 ואילך.



אלא שבמקרה הרגיל, בעל הפטנט מעוניין בצרכנים גוספים. תביעה של יצרן נגד צרכן תיתפס כנגזלת חקם על דוד (שאינו מצויד בקלסי), ומבוא תדוד לפגיעה במוניטין יצרן. אמנם, בעל הפטנט זונה ממנופול, והצרכן הוא בבחינת "קחל שברי" – אין תלונות זרות למוצר; אולם צרכנים שאינם מרוצים תפשו אפיקים חלופיים, גם אם אינם זרים, ואם אורך-דוחם יאפשר להם, "נפקו" בעל הפטנט בזים פקיעת הפטנט.<sup>128</sup>

כל אחת מהנומרים האלה – המשפטי, הכלכלי והעסקי – לכדו מניא את בעל הזכות למלמש את תביעתו נגד מפרי-הקצת, במצב של כשל-אכיפה, בעל הפטנט ניצב מול מפריים רבים שאינם קשורים זה לזה ואינם מאורגנים. המונח-הראי של מצב זה מוכרת: צרכנים מפורזים ורבים, שנוקו של כל אחד מהם קטן, מתקשים להתארגן ופעמים לעמוד על זכויותיהם ונבמצבים מסוימים עלולה להתרוסק גם בעיה של סתונות וטפילות מצד חלק מהברי הקבוצה במהלך הניסיון להתארגן). המשפט נחלק לעזרת הצרכנים המפורזים בדרכים אחרות, והעקרות שבהן היא המנובעה היוצגית.<sup>129</sup> חלק דיוני מיוחד זה מאפשר ריכוז כוחות קטנים לכלל כוח אחד. לבעל הפטנט אין כלי מקביל, המפורת ושיירות המפורזות מציעות לו דרך להתגבר על קושי זה, לא על-ידי יצירת "חובענה תחרותית" נגד צרכנים, אלא על-ידי קטיעת שרשרת המפרה באיבה.

**ג) הפרת תחרות כצוואר-בקבוק משפטי**

פזורים של מפרי-הקצת מסבל את יכולתו של בעל הפטנט לאכוף את זכויותיו באופן יעיל ואפקטיבי. משום כך יופש בעל הזכות נקודת שיהיה לו קל יותר לחוסם אותה: צוואר-בקבוק שהפורת רבות עזרות דרכו, אולם הוא עצמו נקודתי, ולכן יעד נוח לתקיפה. במצבים שצדדונו קודם-לכן – יבואו או יצדן של חלק בלתי-זונג של פטנט קומבינציה, יצדן של מוצר שנתדן להתקינו חוד שימוש בשיטה מפרה, יצדן מכשיר המאפשר העתקת יצירות או אתר המקושר לאתר מפר – בכל אלה גורם-הבניינים שקול לצוואר-בקבוק כוח. ובמטפורת השרשרת, גורם-הבניינים הוא חוליה שקל יותר לתקוף אותה, ואם תיפגע – תיקטע השרשרת כולה, או כרכיל השופט גורדן: "אם ניתן לבלום את השטפון בעודו זורף רק – אין כל סיבה למנוע זאת."<sup>130</sup>

128 ראו, למשל, את הגובה הצרכנים עם סיום המנופול (הגם נבט מפטנט) של חברת בוק בשוק השיחות הבינלאומיות.

129 ראו, למשל, סעיף 333 לחוק זמנת הצרכן, תשמ"א-1981, ס"ח 1023, וסקודה אצל ס' גולדשיין ויי צפרון "התפתחות ותוכנית היוצגית בישראל" עזל משפ"א (תש"ס) 27.

130 עניין רגבה מחוזי, לעיל הערה 5, בפסקה 111. הטעם הנה לקיימו של אפיק תביעה נגד מפריים תורפים במצב שבו יש כשל-אכיפה נרמו באחד מפסקי-הדדן האמריקניים הראשונים שהכירו בעוולה: *Wallace v. Holmes*, 29 F. Cas. 74, 80 (C.C. Comm. (1871) (חלון: עניין *Wallace*), וכן כחירת החוק האמריקני שחוסף את סעיף 271 "A bill to provide for the protection of patent rights where לחוק שם:

מסמכים ומוצרים מפרים מופעלים – ובצדק – בינמצים ניכר: בתי-המשפט מסרבים להתניקים כאשר משרתם היא "סמט דיג" 124 ואם הושגו ראיות תוך כדי פגיעה בפרטיות, יהיה התובע מוגבל בשימוש בהן.<sup>125</sup> ברוכ המקרים, די בקשיים ראייתיים אלה כדי להניא את בעל הפטנט מלמנוע את מפר-הקצת.

קשיים כלכליים מתקיים את אי-אכזריות של שימוש במודל המביעה חישרה בינצבים תועלת-רבייה האופייניים הנגדונים כאן. מספרם של משתמשי-הקצת גדול, אבל הפרתו של כל אחד מהם רשוב, בהתנה שמדובר בהפרת הינה הפרת יחידה: המפר רכש את המרכיבים הנפרידים של הפטנט והרכיב אותם וכבעניין רב בריחה, או השתמש בשיטה המוגנת פעם אחת לשים השגת התוצאות הרצויה (כבעניין רגבה), משום כך, הנק שנגרם לבעל הפטנט על-ידי כל מפר הינו קטן: בעל הפטנט מפסיד את הרווח שהיה משלשל לכיסו לו נרכש המוצר מגנו. קיומו של נזק כזה אינו רדאי, שכן פלה מסוים של צרכנים לא היה רוכש את המוצר המוגן במחיר מונופוליסטי, והיא יכול להרשות לעצמו רק את המוצר המפר, הנוול יותר.

במצב כזה, עלויות האכיפה חישרה גבוהות בהרבה מההתועלת הצפויה: אלה הן העלויות הכרוכות בניחול הקרות, בהשגת ראיות ובהנהל משפט. יתר על-כן, העלויות והאיות התועלת אינה רדאית, ויהפך בהחלט שבעל הפטנט יפסיד במשפט. לסיכון החגול של ניהול תביעות מצטרף סיכון גדול יותר: אובדן הפטנט כולו, וזאת מהחמת האפשרות הנפוצה שבתביעות הפחד יותקף תוקף הפטנט עצמו.<sup>126</sup> מאון האכיפה מניע את בעל הפטנט להמנוע מהאכזרה את זכותו. מאון זה עשוי להתענות במידת מסוימת אם בעל הפטנט ירע לתפק מהלכיה (או תביעות בודדות) כוח התענה: תביעות מוצלחות (גם אם קודת) נגד מפר-הקצת שתוכה בתהודת ציבורית בקרב הצרכנים עשויה לשמש כלי חינוכי, להתגבר על ההפרות תפלות-סודיות.<sup>127</sup> ולהתועלת לפחות חלק ממפרי-הקצת מהפרת הפטנט.

לתיבה נגד מפרי-קצת יש גם חובט שאין להתעיל מהגנו, ובמידות במערכות צסקיות רבות-צרכנים/או רכיפצמיות. בעל הפטנט תלסוף מכיוון את המוצר שלו לרובני-הקצת. הם קהיל-היעד שלו, ועליו לשבנועם לרכוש את המוצר. משום כך ברור שבעל הפטנט אינו מצוויין לקומם עליו את הצרכנים אף שזכותו מופרת. כאשר מדובר בעסקה חד-פעמית, בעל הפטנט (ובעל הפטנט) עלול להטב את פניו לצרכן שכבר רכש את המוצר. כונו) 547 (השופט גבריאל קלינג: המ' (ת"א) 5530/91 רוהם הברה לביטוח ביש"מ/1 ראודר, פ"ס השני"ב 15(3).

124 לזיון סודי ראו צ' אור "צווי צריכה ויאגנטון פיל"י" הפרקליט מא (תשנ"א) 93. עווים אלה עזונו בנין וישראל בסעיף 16 לחוק עוולות מסחריות, וכן בתקנות 387, 1987 לתקנות סדר הדדן האודתי, תשמ"ד-1984 [תיקון תשס"א:6] ק"ז 6119. העווים כפופים לשיקול-דעת בתי-המשפט, ובכלל זה נשקל נקיון-כפיו של המבקש. ראו, למשל, המ' (ת"א) 5202/95 פולטרליטון בע"מ/2 אודיס תעשיות אביורי השקיעה בינצ"מ, דינים סתווי כונו) 547 (השופט גבריאל קלינג: המ' (ת"א) 5530/91 רוהם הברה לביטוח ביש"מ/1 ראודר, פ"ס השני"ב 15(3).

125 ראו סעיף 32 לחוק זמנת הפרטיות, תשמ"א-1981, ס"ח 1011, ודיון ב"ב 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים צ' וקמ"ן, פ"ד מבנ(3) 857.

126 ראו סעיף 182 לחוק הפטנטים.

127 שכן, כאמור, המפר הינה עוולה של אחריות מוחלטת. ראו לעיל סקטס לועדת 113.

ג. מסגרת העוללה ופרטיות

העוללה של הפרה תרומה מטילה אתהיות על גורם-הביניים ומשנה מעט את האופן הערץ והמורכב שביטרום של דיני הקניין הרוחני, אך היא מוצדקת כאמצעי להגבר על כשל באכיפת הכוחות. המטרה התאורטית הכללית של דיני הקניין הרוחני בכלל ושל דיני הפטנטים בפרט, בתוספת התצדקה הפרטיקולרית של יצילות האינפורמטיביות, מתואם את גבולות העוללה. מרכיביה צריכים להגדיר משני מקורות אלה, ויישומה של העוללה צריך גם הוא להתאים למסגרת הנורמטיבית, ולא לדרוג ממונה. מסגרת נורמטיבית כזאת נעדרת מהותיות השפופיטי בפסק-הדין שהכיר – ויצר – את העוללה, ומהו חסר המשווע להשלמה. ההשלמה אינה רק "התאמה" ציורית של המשפט לאפשרויות טכנולוגיות; זה מקום לדרישה בין המשפט והערבים שהוא שואף לייצג לבין האפשרויות הטכנולוגיות החדשות.

בצמורה מסוכנים אתמקד במרכיבים אחרים שהינם בעיני יסודותיה החשובים של העוללה. הראשון – דרישת-סף שנוצרה לוראה את עצם הצורך להשתמש בעוללה. השני – יש לעמוד על קיומה של הפרה ישירה בטרם נקבעת אחריות בזין הפרה תורמת. השלישי, ובמיוחד לקודם – יש לוראה שהגנות שהולח על פועלת משתמש-הקצח נשמרת, שהיא אם פעילות הקצח מותרת, אין בפועלה של גורם-הביניים. אטען כי יש לוראה קיומה של מודעות: בין כוונה ובין יריעה של ממש, אך אין להסתפק בדיעה קונסטרוקטיבית-אייבקטיבית. המרכיב המושיי האחרון, שעליו אצטוד כאן, מסיג את הגולות העוללה ומהל הגנות על פעולתו של גורם-הביניים: יש לעמוד על קיומו של מרכיב שלילי, הבהן אם יש לפעולתו של גורם-הביניים יישומים שאינם מפרים את הפטנט, ויש לקבוע הגנה פרטיבית, הכוללת את אופי הפעילות. הגנה אחרונה זאת חשובה בעיקר ליום שבו תישם העוללה בדיני זכויות יוצרים.

כפי שהתבהר, המרכיבים שזוברים זה בזה, יסוד אתה ימציע לצייתים את הצורך לפנות ליסודות האחרים. כך, למשל, אם מוכחה כוונה לחרום לחופת הפטנט, הרי שהשאלה אם יש לפעולתו גם שימושים לא-מפרים אחרים חשובה פחות. גדרשת כאן גישה "הוליסטיית", הכוללת לבירור התמונה כולה. "התמונה הנדולה" המתקבלת היא שישי מקום לתביר בעוללה, אולם יש לישמה בתודיות מרבית, ובמקרי ספק יש להעדיף פרשנות מצמצמת. סדר הדין שלהלן נוצר להגנות את הדין באופן המבדיר ביותר, אך אין להסיק ממנו שהוא צועד מהצדק אל הטפלי: לכל המרכיבים חשיבות דומה.

1. דרישת-סף: קיומו של כשל-אכיפה

הסוגת צוואר-הבקבוק – הפסקת פעולתו של גורם-הביניים (יבואן החלקים, יצרן המוצר הסופי, יצרן המכשיר המאפשר העתקה או האחר המקשר) – עשויה לטכיל את הפעולה המפרת, אולם היא עלולה לטכיל גם פעילויות רצויות אחרות, שאינן מפרות, ומשום כך מגבירות את התחרות ועל-כן רצויות להרבה בתונו פרשת רבבה, למשל,

גורם-הביניים צמנו אינו מפר את הפטנט המוגן נאו את זכויות היוצרים, ואי-אפשר לתביר אותו לפי מודל ההפרה הישירה. הטלת אחריות על גורם-הביניים המפגור את רוב הקשיים שיש במצב הקודם, שבו בעל הפטנט ניצב מול מפר-הקצח, היכולת להשיג איראת נגר גורם-הביניים טובה יותר: מדובר בדרך-כלל בפעולות עסקיות, ומשום כך היא מתוצרת אצל רשויות שונות או אצל התבורת עצמן. הפעולות מתנהלות במקומות נגישים יותר להקשרים, והדגת הפרטיות בבית-הדעס פחותה מזאת של הצדכן רבות. תביעה נגר גורם-הביניים יעלה יותר: תביעה אחת שעוללה זולה מגיחול הביעות רבות. תביעה נגר קצה דיה לרסום הפרות רבות, כלומר, למנוע נזק גדול במרחב מוח שנגרם על-ידי כל אחד מהמפר-הקצח. במילים אחרות, עלות התביעה נגר גורם-הביניים זולה מתביעות נגר מפר-הקצח, והנעלה רבה יותר. נוסף על כך, לגורם-הביניים יש בדרך-כלל כיס עצום מה של מפר-הקצח, ויכולתו של בעל הפטנט להפטר את נזקיו האמיתיים גבוהה יותר. ועוד: תביעה נגר גורם-הביניים לא תקומום את צרכני-הקצח על בעל הפטנט המאבק יתפס כהתנגשות בין שני גופים עסקיים.

מטעמים אלה יש מקום להכרח עקרונית בעוללה ולהטיל אתהיות על גורם-הביניים. הדבר ראוי גם מנקודת-מבטה של תבורת הכללתה: כדי להגן על פטנטים וקניין רוחני באופן יעיל, יש לספק לבעלי הזכויות כלים יעילים לאכיפתה. הפרת פטנט גורמת נזק לא רק לבעלי, אלא לציבור כולו, שכן היא מפחיתה את התמריץ להמציאים (ולממציאיהם) להשקיע בהקד ופיתוח. גורם-הביניים, אם הוא מפר-הביניים, חוזר ומנוע הנזק הכול, וראוי משום כך להטיל עליו אחריות לפעולתו. החוב המציאת תביעה אותו למנוע את הנזק בסוגים יתחדש. מוכן גם שקיומה של העוללה מקשה על גורם-הביניים שאינם תמימים, ושכל עניינם היה לפר את הפטנט תוך התמקדות מאוריות, ולשם כך פיצלו את עיסוקם לטעמי-הישנה שכל אחד מהם מייבא חלק אחר של פטנט קונטריבוציה, או צמצמו את פעילותם לחלק מהפטנט המוגן, באופן שאין הם מפרים ישירים.<sup>131</sup>

אולם תצדקה עצם קיומה של העוללה אינה מורה לנו כיצד מן הראוי להפעילה, והטעם ותוסבי: אם תחוב תאיים יתר על המידה על גורם-הביניים, הם ירתעו לא רק מפעולותם התורמות להפחה, אלא גם מפעילות חיוניות, התורמות לקיומו של שוק תחרותי. יש להחום את גבולות העוללה ולהגדירה בצמצום.

131 "Calhoun – enforcement against infringers is impracticable..."

132 *Galanter, supra note 11*; *State Chemical Mfg. Co.*, 153 F. Supp. 293 (N.D. Ohio, 1957).

133 לרצונות ה ראו, למשל: *Dawson, supra note 130*, at p. 80; *Wallace, supra note 132*, at p. 188.

134 ברית, לעיל הערה 7. ראו פסקה 1 שם, שבה אנגליד פותח את פסק-הדין במשל על-אודות הסיבא והמובד שתמדין ליטול פדי מפרדים של אחר.

כדי לצמוד על המשמר, נראת לי שיש מקום לזרז שהתביעה מוגשת במצב של כשל-אכיפה, מהטוב שתואר קודם-לכן, והיקף מדיני התובענה הייצוגית מוגבל, התובענה הייצוגית פותרת את כשל-השיקוף של התארגנות הצרכנים, אולם יש לה עלות: היא מסילה כחם כבד על החברה והתביעה עוד לפני פסיק-הדיון.<sup>139</sup> משום כך, בני-המשפט נהגים הזיזות באישור הרבעות ייצוגיות, ומקפידים (או למצער, אמורים להקפיד) על תנאי-הזכר שפורטו בהזקקים השונים והקובעים את האמצעי הדיוני הנתון.<sup>140</sup> כך יש לנהוג גם לגבי הפרה תורמה. יש לזרז שהיא אינה מוגשת אמצעי-לביטול תחרות, אלא כאמצעי להתגברות על כשל-אכיפה, בהיעדר ראיות ישירות, ומאחר שיש כוונה ברורה להתחזקת אחר כוונתו של בעל הפטנט המתבע, יש לפנות למתנגדי-עורר. אלה הם בעיקר התובנים התורמים לכשל-השיקוף במקום הראשון; מטפרי המפרים הישירים המשוער והיקף הנוק שהם גורמים לבעל הפטנט, ככל שיעפוח מספרם של המפרים הישירים וככל שהיכולת להשיגם תהיה גבוהה יותר, כך יש להפנות את בעל הפטנט לפסולת של תביעה ישירה נגד המפריע הישירים, ולא נגד גורם-התביעה. כך, למשל, כאשר גורם-התביעה הוא גוף "קטן" המפריע לגוף "גדול" לתפר את הפטנט,<sup>141</sup> יש להפנות את בעל הפטנט לחכות את הגוף הגדול, שהוא המפר הישיר, ולא להזיז את גורם-התביעה "הקטן".

בפרשת רגבה, למשל, המפרים משיגים זכויות רבות, כנראה, מתקני השיש. על-פי האמור בפסיקה הייצוגית, והקמת רגבה רשת של מתקני השיש מורשים, כלומר, כאלה שחותר להם לעבור בשיטת רגבה והמוגנת בפטנטים,<sup>142</sup> שימוש בשיטת רגבה מצדיר שימוש במשור שפיתחה (המגלם את השיטה), ולכן סביר להניח כי לפחות חלק מהמפרים הישירים – אם היו כאלה – באו מבין המתקני השיש המורשים, שהפירו את הרשיון שנתנה להם רגבה, ייתכן שהחלק מהמפרים היו המתקנים שלא ברשות רגבה, שהניחו זיהום על המשור, או אולי אפילו יצרו בצמצום מכלול זהה. במצב כזה לא בטוח כולל שכשל-הזשוק מתקנים: יכולתה של רגבה לפקח על מתקני השיש, לפחות על אלה המורשים על-ידיה, אינה מבטלת כלל. אם הפרה מתקני השיש המורשים על אלה המורשים על-ידיה, אינה גם במצבים שבהם לא הורשו להשתמש בה, עומדת לרגבה לא רק תביעה בגין הפרה הפטנט (שהיתה מצטוויה בטכנה את הורף המפטנט), אלא גם התביעה הבטוחה יותר של הפרה תורמה. צדור, אכן טען כך בדיון, אולם ביה-המשפט המתויר ייתם משקל לא רק

139 ראו, למשל, ריצ'רד 4474/97 שטנה נ' וילברשיץ, פ"ד נד(2) 587-585 (תל"ז); עניין שטנה, שם מגדירה השופטת שטרסברג-כהן את החליף כ"מבשרי רב עוצמה".

140 ראו, למשל, עניין טצמית שם.

141 ראו: *W.R. Cornish Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and* §6-17, at p. 255 (London, 4th ed. 1999).

142 ראו עניין רגבה מהורי, לעיל הערה 5, בפסקה 52 (רגבה הכשירה כמאתיים ועשרים מתקני השיש לעבוד בשיטתה, ובפסקה 111 הוגבלת רגבה את מתקני השיש להתקנה בשיטת הפטנט רק ביורי רגבה, ולא כיויים אחרים). ביה-המשפט העליון לא דן בסוגיה במישור, אך הניח פצעים מספר שאם הפטנט הופר – הרי שמתקני השיש הם שהיו המפרים. ראו עניין ערעור רגבה, לעיל הערה 6, בפי 737, 739.

פעולתו של צדור ייתה ייבוא כיויים שאפשר להתקינם בהתקנה שטוחה. איסור ייבוא הכיויים היה מסכל את האפשרות שיקום מתחרה לרגבה וינסה לפתח שיטה משלו, שאינה מפרה את פטנט רגבה, אולם משיגה תוצאה דומה. (כריעב, והיה זה צדור עצמו שנופך למתחרה לשיטת רגבה ופיתח שיטה משלו המשיגה תוצאה דומה. ביה-המשפט המתויר סרב לקבוע אם שיטת צדור ייצגה פטנט רגבה, ותפנה את התרדים למסלול הרגיל של דיון אצל רישם הפטנטים.<sup>138</sup> מהטעם הזה יש להקפיד שהתביעה בגין עולמה והפרה תורמת תופעל לא כנגד נגד תחרות, אלא לשם השגת המטרה הרצויה של אכיפה יעילה, ורק אחרת.

למעשה, כאשר בעל פטנט מבקש לנצל כדי להשתלט על שוקים סמוכים שאינם מוגנים במישור על-ידי הפטנט, יש בכך שימוש לרעה בפטנט וניצול לרעה של מונופולין.<sup>134</sup> העיקרון של מניעת ניצול לרעה מוכר בדיון הפטנטים שלנו, אם כי בגורר מוגבלת, ומתייחס להתנהגותו של בעל הפטנט באשר להמצאה המוגנת.<sup>135</sup> העקרונות הכלליים של תום-לב ותקנת-הציבור צריכים לחול כאן, להשלמת החוסר.<sup>136</sup> בארצות-הברית, מקור ההשראה של ביה-המשפט העליון הישירי לעניין ההפרה התורמת, צומח לעוללה תוך דיאלוג ממושך עם סגנת-הגנה של ניצול לרעה (misuse) של פטנט.<sup>137</sup> במצב האופייני לתפרה תורמת, תחיש הוא שהפטנט מתווה מנוח להשתלטות על שוק שבו אין המצאה נוחה מהגנת הפטנט.<sup>138</sup>

133 עניין רגבה מהורי, לעיל הערה 5, בפסקה 58.

134 השופטת פרוקצ'יה העירה כי "מקובלת הניחה כי פטנט מקנה אמנם, להמצאה מוגבלת על ההמצאה אך אינו מקנה לו מונופול בשוק מעבר לכך, ואינו מותר לו הפרה של דיני התגבלים המסויים מעבר להגנה על ההמצאה... בקודת המוצא היא כי משמבצא הצורך להגביל את התחרות על פי הסדר סטטוטורי מיוחד – באמצעות יצירת מונופול סטטוטורי כרוגמת הפטנט, אין רואים בכך משום החרף לחשלים עם ניצול לרעה של אותו מעמד מונופוליסטי" – עניין טבעול, לעיל הערה 83, בפי 7. עוד על היחס שבין פטנטים לנגבלים עסקיים ראו לוינסון-טולר, לעיל הערה 90, בפי 171-184.

135 לרשם הפטנטים יש סמכות להוציא רשיון כפיייה, כלומר, לאפשר למי שאינו בעל הפטנט לנגבל, וזאת במצב של ניצול לרעה של המונופולין על-ידי בעל הפטנט. ראו סעיף 117 לחוק הפטנטים. ניצול לרעה מוגבר בסעיף 119 לחוק הפטנטים.

136 בין על-ידי פרשנות סעיף 149 (לחוק הפטנטים, הקובע כי "אין במנוח הפטנט מנשם מהן רשות לנצל אמצאה ניצול שלא כדין..."), בין על-ידי החלה של היציקרון הכללי ובין על-ידי אישור מסייעים 89 ו-161 (לחוק החוקים חלק ב'ל"א, תשל"ג-1973, ס"ח 694, ובדומה לפרשנות סעיף 14 לחוק המקרקעיני, תשכ"ט-1969, ס"ח 575. ראו לעניין זה עניין ורקר, לעיל הערה 17, כן ראו סעיף 269 לחוק ההגבלים העסקיים, תשס"ח-1988, ס"ח 1258, והיכול לשימש מקור פרשני נוסף לעניין התביעה מהו ניצול לרעה של המונופולין.

137 ראו: Dawson, *misuse of patent*, לעיל הערה 2, בפי 335.

138 ראו, למשל, עניין בלאם, לעיל הערה 2, בפי 188.

ראייתו מספיקי, שהיתנה הפרה ישירתי, ייתכן שבפועל לא היתה הפרה כזאת, בין משום שנוקטו אמצעים שונים כגולה המפורטים בפטנט (ושאינם רק בגדר וריאנטים או אקוויוולנטים), בין משום שהלה הגנה כלשהי על פעילות משתמשת-הקצוה, ובין משום אחר, שאינו בדיעבד גורם-הביניים, הדבר בולט במיוחד בקשר לכוויות יוצרים: פעילותו של משתמש-הקצוה ישירה להגנת הביטחון, כגון הגנת השימוש החוזני, או שהיא כה מזערית עד שיש להשכיח את היותה בעל-הגנה, ולא לראות בה הפרה כלל.<sup>148</sup> התצלמות משאלת התפורה הישירה חושבת למהותה של העולה החדשה כמחלמה להפרה ישירה, ותוצאתה של התצלמות כזאת מזיקה. השלש אחריות ביגן הפרה תורמת במקום שבו לא הוכח כלל שהיתנה הפרה מספיק את האזינון שבבסיסם של דיני הקניין הרוחני ומרחיבה את המגובלות שלא לצורך.

סביר להניח שגורם-ביניים שיכפור בעצם קיומה של הפרה ישירה יטען טענה כזאת בלחש, אולם לא תמיד יוכל לבססה, גורם-הביניים נמצא במלכוד טקטי: אם הוא מתבטח לתורמונו לתפורה, הוא יבקש להרחיק את פעילותו ככל האפשר מפעילותם של משתמשי-הקצוה, ויטען כי אינו מעורב בה, אינו יורש על קיומה ואינו מאפשר אותה.<sup>149</sup> בידי משתמשי-הקצוה אכן יש מידע רב יותר על פעילותו – דרך השימוש במוצר או בשיטה המוגנת – מאשר לגורם-הביניים, משום כך יש להקפיד על זכויותה של הפרה ישירה, וכמצד הדין, יש להטיל את חובת הזכויות לקיומה של הפרה ישירה על התובע, בעל הפטנט, ככלל תביעה. נוסף על כך בהמשך לדרושת-הסף, יש להראות שאין מדובר במפגים בודדים שהפרו הפרה ישירה, שאחרת אין בהכרח כשל-אל-כפה.

המקרה של פטנט לשיטה, כמפורט רגבה, מעורר שאלות מיוחדות. ראוי להזכיר תחילה כי רק שימוש בשיטה המוגנת יחשב הפרה ישירה של הפטנט, ומכירת מוצר שניתן להשתמש בו בשיטה המפרה אנה הפרה ישירה.<sup>150</sup> מאחר שהשימוש בשיטה המפרה, אם נעשה, נעשה בהשכחה, או לפחות הדחת מעינו של בעל הפטנט, אין לו ברוד-ככלל ראייה ישירה של המפרה הישירה, אולם הוא רואה את המוצר המופי, ויודע כי לא הושגה את ייצורו באמצעות שיטתו המוגנת. במצב כזה בעל הפטנט מתקשה לדעת אם המוצר יוצר תוך הפרה הפטנט. הדין התגייס לעדותו של בעל הפטנט, מנחת הקושי להשיג ראיות, וקבע תוקה ההוכחה את גטל הראיה. סעיף 50(ב) לחוק קבע בשעתו:

"ישען שמוצר פלוגי, שבמחלתו הדיגיל של המציגים הוא מוצר ישיר של תולדין נישא הפטנט, לא יוצר באמצעות אותו תולדין – עליו תדאית."<sup>151</sup>

של הפרה ישירה. ראו שם, בפסקה 21, הודן צישות: "Contributory and/or Induced Patent Infringement" 4 C.I.P.R. (1987) 26, 34-35. כולומר, טענת de minimis לא שאלה התנגות בהמשך, ראו להלן פרק 5.1.  
149 כר, למשל, פעל צוורי בעקבות ההלכות המשפטיות, בצרפו לכיווים ששינוק כמת המבורי שהאחריות להתקנת הכוילים היא של מתקני השיש, ולא של: ראו צעין ענינו רגבה, לעיל הערה 6, בע' 227.

150 ראו לצעין הו, למשל: 770, 773-775, 6 F.3d 770, 773-775, 6 F.3d 770, 773-775 (Fed. Cir. 1993).

151 חק הפטנטים, תשי"כ-1957, סי' 510. ליישומה של הוראת הטיפה והעברת גטל ההוכחה

לשיקול של ההגנה על התחרות התופשת, אלא גם לשיקול האיפיה העיילה, ומצא כי אין פסול, בבסיכות אותו מקרה, לתביעה נגד גורם-הביניים.<sup>148</sup> דרישת-סף כזאת ניתן לגזור מתוך הצדקה הפרטיקולרית של העולה, וכשם שהעולה נולדה בבתי-המשפט, אין מניעה שגם דרישת-סף זאת תכוא משם.

2. הפרה ישירה

טיבה של העולה מעלה שדרי להניע למסקנה שגורם אחר, שאינו המפר הישיר, תם להפרה, חייבת להיות הפרה ישירה.<sup>144</sup> אולם הוכחה בעולה של הפרה תורמת גורמת את התוצאה שאחריותו של גורם-הביניים נקבעת בהיעדר המפרים הישירים: המפר הישיר אינו שותף לדין ככלל. משום כך יש תשש שהשאלה המעל-טריטוריאלי של הפרה ישירה תיחזק לקד-זווית ותוכנה בהשוותה-ל-ל פחותה, כך, בעניין רגבה תיחז שני בתי-המשפט כדבר מובן מאליה כמעט שוותה הפרה ישירה של שיטת רגבה על-ידי מתקני השיש.

בעניין רב בריה נזכרה שאלת התפורה הישירה – האם יש להכירתה? – פלגים מספר, אולם לא באופן קובליוסיבי. פסק-הדין מציין שגושה תנאים להשלח אחריות על גורם-הביניים, ותראשון שבהם הוא "כי תרכיבים המכרים מהווים חלק מהוהי מהאמצאה המוגנת של רב בריה".<sup>145</sup> שני התנאים האחרים עוסקים במצבו הנפשי של גורם-הביניים, כלומר, בשאלת הידיעה ובחידו. שני אלה ידונו בסעיפים הבאים, אולם לעת שעת נמחק בשאלת ההפרה, לאחד שמונה את התנאים ויישגמם בעיבודת המקרה פנה השיפוט אנגלרד לשאלת ההפרה הישירה:

"צוין, כי בארצות הברית נסיפו בתי המשפט תנאי רביעי להוכחה באחריות במסגרת דוקטרינת ההפרה הרוחמת, והוא שיוכח כי נתקיימה הפרה בפועל... נראה כי אף תנאי זה מתקיים בענייננו: בעדותו חודד מר שריון למונח חכרת אס-גי.א, שהיא, מונחיהם שנגטון כאן, גורם-הביניים – מי ב' כי המנועל המיוצב על-ידי תורת אס-גי.א, אכן הותקן בכלי רכב".<sup>146</sup>

ניסוח כלי זה, לצד האמירה המוקדמת יותר כי תנאי העולה הם שגושה במספר, אינו משאיר לכת-המשפט הנמוכים הנחזה בודה באשר לשאלה אם תנאי זה הוא חלק תכרתי מתנאי העולה אם לאו.<sup>147</sup> התוצאה היא שבה-משפט עלולים להותה, ללא ביסוס

143 עניין רגבה מחודי, שם, בפסקה 211.

144 שאלה נפרדת מעוררת במצב שבו בעל פטנט מבקש צו-היפיה התופה פני עתרה: למניעת הפרה שטרם הותרה.

145 עניין שרער רב בריה, לעיל הערה 7, בפסקה 31.

146 ערער רב בריה, שם, בפסקה 35.

147 במקום אחר בפסק-הדין ציטט אנגלרד את המציה ההלכה הקבדית, המכירה בעולה על דרך הקובטורקציה תיחזקת של מעוללים במשותף, התנאי הראשון שונכר שם הוא קיומה

משתמשת דוקצה לבידן גורם-הבניניים (כפי שגורם-הבניניים מופיע בדרך-כלל), יכולתו של אורנו גורם-בניניים לדעת כיצד יוצר המוצר - אם על-ידי השיטה המוגנת בפטנט או אם על-ידי שיטה אחרת - אינה טובה מכולתו של התובע. הטעם של קושי ראייתי שנתובע טובל ממנו אינו יכול לטעון לו, שכן גורם-הבניניים טובל מקושי דומה.

לסיכום, ממהותה של העוולה, וכדי להקפיד על התיעוד ההזרי של המבוגר-פולין של בעל הפטנט, יש לעמוד על קיומה של הוכחה תופרת ישירה על-ידי התובע. גם במקרה של פטנט לשיטה, בתיצור ראיות ישירות ברבר תופרת ישירה, וכאשר קיים קושי ראייתי להוכיח את דרך היצור של מוצר הנתנה להיות מוצר שהתקבל כתוצאה משימוש בשיטה המוגנת, אין להעביר את נטל הראייה אל כתפי גורם-הבניניים המתבע, אלא אם מובאת ראיה טובה כי יכולתו של גורם-הבניניים לחשיג מידע כוח טובה לאין צורך מיכולתו של בעל הפטנט.

3. שיטתור הגנתור

מרכיב חשוב בעוולה הוא קיומן של הגנות לאורכה של שרשרת ההפורה כולה. יש להקפיד לשמר את הגנות ברמת משתמש-דוקצה, ויש להחליט גם ברמת גורם-הבניניים. אסביר. ראינו זה עתה כי חשוב להקפיד על הוכחה תופרת על-ידי משתמשי-הקצה, שהרי בתיצור תופרת ישירה, ברור כי פעולתו של גורם-בניניים אינה תורמת להפורה. דוקצה זאת, אם תופרת תופרת ישירה, חייבת להקפיד גם את הגנות האפשריות העומדות למשתמשי-הקצה. לכאורה, הדבר מובן מאליו, אלא שהיעדרו של משתמשי-הקצה מן תהליך נסיון המוצר והמובן של גורם-הבניניים להתמער מקשה כלשהי עם משתמשי-הקצה מקשים במקרים רבים על בידור טענות הגנתה.

בדיני פטנטים, מספר ההגנות הקיימן מצומצמים יחסית לאלה שבדיני זכויות היוצרים. תריג אחד למונופול של בעל הפטנט מצוי בהגדרת "ניצול המצאה" שבחוק הפטנטים. ההגדרה מסייגת את ההגנה הרוחב בשלדשה סייגים, שהחשוב מביניהם לעניינו הוא הראשון: "פעולה שאינה בהיקף עסקי ואין לה אופי עסקי".<sup>156</sup> המשמעות היא שפעולות בתורת רבות אינן נחשבות תופרת של הפטנט. תריג זה לא זכה בדין מצטיק בפסיקה, ויש להניח כי הטעם למיעוט ההיין השיפוטי בהריג הוא זה שמניע את עוללת ההפורה התורמת כולה; הקושי להניע למופרי-הקצה. במקרה מסוים המצוררה השאלה אגב דיון בסוגיה אחרת: הוכחות העוסקות בייצור ושיווק של מכשירים רפואיים ביקשו לנצל פטנט מוגן של תורה אחרת במידה מופיעה ומוגבלת, כדי שיוכלו להרכיב לרשם הפטנטים כי ראוי לתת רשיון כפירה שיאפשר להן לנצל את הפטנט, וכך כדי לפנות לרשויות ררות שונות (דוגמת

156 ראו סעיף 1 לחוק הפטנטים ראו גם בדין זאנגלי, בסעיף 60(5)(a) ל-The Patent Act, 1917. בתי-דמשפט שם צמדו על כך שיש להיראות את שני המרכיבים - זן את השימוש שאינו פרטי והזן את מטרתו המחייבת. ראו: *Smith, Kline & France Laboratories v. Evans Medical Limited*, [1989] F.S.R. 513, 517-518 (Patent Ct., Aldous J).

בית-המשפט המהזי אכן העביר את נטל הראייה אל כתפי המתבע, צהורי, להראות כיצד הוחקנו תכנידים ביהקפה שטוחה במשטוח קשים, ונקבע שם כי צהורי לא הצליח להוכיח זאת.<sup>157</sup> בית-המשפט העליין סבר אזרות. תהלתה הוכחה שפועלו של הסעיף "מוגבל" במקרה שבו בעל פטנט מוכיח שהוא תהליך, כי נתבע ייצר מוצר הזה למוצר הישיר, שבמהלך תהליך מייצר באמצעות תהליך המוגן.<sup>158</sup> בית-המשפט העליין פירש את העובדות בצורה שונה, ומצא שלא הוכחה ראיה לכך שיוצרי צהורי הוחקנו במשטוחים קשים, שהרי ניתן להתקונם גם במשטוחים רכים.<sup>154</sup> בכך הקפיד בית-המשפט על התנאי של הוכחת תופרת ישירה. אלא שבאותה פרשה סירב בית-המשפט לתביר בעוולה של תופרת תורמת, כך שהפעולה (המוגנת) של העוולה הפסקדין זה אינה מחייבת, מה גם שהיא כפופה למקרה המיוחד של שיטה לייצור מוצר.

סעיף 50(ב) חוקן בניינים, ונוסחו הנוכחי מבחיר כי הטעם להיעדר נטל הראייה הוא הקושי הראייתי של בעל הפטנט להוכיח מהו השיטה שנוסחה בה שימושו. כך קובע העיף כעת:

"(ג) לענין אמצאה שהיא תהליך לייצור מוצר - בתביעה על תופרת על הגנתבע להוכיח כי התהליך שבו עשה שימוש לייצור המוצר הזה, שונה מהתהליך המוגן בפטנטי; לענין סעיף קשן זה, ידאן מוצר זה שנוצר בלא הסכמת בעל הפטנט, כל עוד לא הוכח אחרת, כמוצר שנוצר על ידי התהליך המוגן בפטנט אם התקיימו שניים אלה:  
(1) בעל הפטנט אינו יכול לברר, באמצעים סבירים, באיזה תהליך השתמשו בפועל לייצור המוצר הנתון;  
(2) קיימת סבירות גבוהה שהמוצר הנתון נוצר בתהליך המוגן בפטנט."<sup>159</sup> (ההדגשה שלי - פי ב.)

חשוב לשים-לב שהסעיף מתירם להצב שבו הנתבע הוא משתמשי-הקצה, כלומר, הגורם ה"חשוד" כי הפך במישורין את הפטנט לשיטה. משתמשי-הקצה יודע כיצד ייצר את המוצר הנתון להזיות כזה שיוצר בשיטה המוגנת. במצב כזה ובתנאים של היעדר יכולת של התובע להניע לראיות המצוינות בחוקתו המלעידת של הנתבע, משתמשי-הקצה, יש להניח בהעברת נטל הראייה אל האחרון. אולם ישומו של כלל זה ברבר העברת נטל הראייה במסגרתה של עוולת התורמת אינו מובן מאליו כלל: שהרי אין קושי בין

אל הנתבע ראו, למשל, ציא 436/77 איקאפוס בע"מ ל' Gradašau Ltd, פי"ד לג'ו) 260.

152 עניין רנבה מחזי, לעיל הערה 5, בפסקות 56 ו-57א.  
153 עניין טרער רנבה, לעיל הערה 6, בע' 734.  
154 שם, בע' 737.  
155 חוק הפטנטים [תיקון חשיים] ס"ח 1721. הטעם של קושי ראייתי מובא גם בדברי החומר לתיקון. ראו הערת חוק לתיקון ריני הקניין הרוחני - תאמת להוראות חסם הטרופים, תשי"ט-1999, ה"ח 531.

נפסק כי הצרכן רשאי לחליף את חלקי המנוגם כלומר, לתחוק את המצאה המנוגת, גם על-ידי החלפת אחר החלקים שאינם מוגן בשלפטנט, ואין בכך משום הפרה.<sup>162</sup> לאור קביעה זו נדחו תביעותיהם של בעלי הפטנטים נגד תעשיית שאינו מפר הפרה ישראל, אין בכך חלקות בשלפטנט אינו מוגן, ואם הוא מכוון לשימוש שאינו מפר הפרה ישראל, אין בכך משום תרומה להפרה, אולם פורשה ממש הגיפה לכת-המשפט פעם נוספת, והפסק קיבל ב"ד המשפט העליון את התביעות. השוני בפסיקה נעוץ בהכרח עובדתי: במקרה הראשון הורקן מוגנו המג הפנתח במכוניות גורל מוטורס, שבכדי הצורך שלחן היה רשיון להחליף את המצאה המוגנת בפטנט. במקרה השני הורקן המוגנון במכוניות פורד, ללא רשיון כזה. משום כך, במקרה השני, צעם השימוש במנוגנו על-ידי משתמשי-הקצה היה מפור, וקל והומר החלפת חלק מהפטנט.<sup>163</sup>

חריג התקין למוצא של הפרה ישראל מוחל על-ידי בתי-המשפט.<sup>164</sup> תקישי שעשיר להתעורר הוא עובדתי: האם פעולתו של משתמש-הקצה היא תקינה גרידא, או האם מדובר בבצוע של הפטנט? אם מדובר בבצוע, מדובר בהפרה ישראל, ובתקיים הפרה ישראל נוצר הבסיס לקביעת האחריות בהפרה תורמת.<sup>165</sup>

המחשה טובה לחשיבות שימורן של הגנות מצויה דונקא בתחום של דיני נכדיות וייצוריים, שם ההגנות מרוכות ניסית לאלף המצויות כדיני הפטנטים. לא כל העתקה של יצירה או חלק ממנה היא הפרה. בעיקר לונכה הגנת השימוש החוגן. הגנה זאת מנוסחת כשילוב של כלל, בכך שהיא מתייבת שהפעילות הנדרשת תכוא במד אחת הקשיגוריות המופיעות בחוק – לימוד עצמי, מחקר, ביקורת, סקירה או תמצית ציטוטית, יחד עם סטנדרט: על ביה המשפט לשלול שיקלים אחרים (ברוח החוק האמריקני) ברבר טיב

162 Ibid, at pp. 345-346.  
163 ראו: (1964) 476 U.S. 377 *Convertible Top Replacement Co.*, 377 U.S. 476 (1964).  
164 ראו, למשל: *Porter v. Farmers Supply Service, Inc.*, 790 F.2d 882 (Fed. Cir. 1986); *Sage Products, Inc. v. Devon Industries, Inc.*, 45 F.3d 1575 (Fed. Cir. 1995).

165 ראו, למשל: (1989) 300 Fed. Cir. 1989 *Everbure, Inc. v. Cumo, Inc.*, 875 F.2d 300 (Fed. Cir. 1989).  
מחקר לשיחור טיב שכלל גם מנתן. המחקר כולל מוגן כפנטט קומביניציה, אולם המסון עצמו אינו מוגן. תגובת ייצור ושיווק מנוגים מתאמים להרכבה במחקר של תגובת, דעת הדוב ראחה בפעולות של ציבור-הקצה המחליף את המסון משום "תיקון" (repair), ועל-כן – פעילות מותרת. דעת המיעוט הצביעה על כך שהחלפת המסון כרוכה בחלפת מרכיב נוסף, מתאם, שאינו מתכלה. משום כך, הדין הישראלי דן במחקר מודרך ב"תורכבה" אסורה של הפנטט, ולא רק בתקין. גם הדין הישראלי דן במחקר שיחור למיג, וגם שם עלתה שאלה עובדתית דומה, אלא שבתי-המשפט מצא במקרה הישראלי כי המסון הוא עיקר המצאה, וייצורו על-ידי אחר הוא על-כן הפרה ישראל. ראו ת"א (ת"א) 181/94 *Brita v. A.A. א.א. אילוד יבוא ושיווק ביטי*, דיניג מחוזי לנ"ל (1/27/94) (השופט שפרון).

ה-FDA כך שיוכלו לקבל רשיון לשחוק את המוצר מייד עם פקיעת הפטנט.<sup>167</sup> השופט שפרוןמחן תבויי שבו: "שימוש שאינו בתיקן עסקי ואין לו אופי עסקי הוא שימוש במסגרת פרטית, שאין ציפה רווח, כדרך מי שמנצל אמצאתו של אחר לצרכי ביתי. ממוצא הנדרשת למשל, לא יוכל למנוע מאדם להתקין נדנדה בתצור להגאת לידיו אך יוכל למנוע ייצור נדנדות למכירה ואף לאסור הקמתה של נדנדה בגן הילדים בגלל האופי העסקי של גן הילדים שהנדנדה מסייעת בקידומו."<sup>168</sup>

מדברים אלה עולה כי ייתכן שבמישור משתמש-הקצה (מחקר הנדרשה, ברדומת השופט) אין הפרה ישראל, אולם במישור הטיובאי, של יצרן הנדנדות, יש הפרה. יש לסיים של שברדומה זאת, יצרן הנדנדות הוא מפר ישרי, ולא תורם להפרה. משום כך, הגיונם של הדברים אינו מתאים למקרה של הפרה תורמת. בכל מקרה, חשוב לזכור כי העולה של הפרה תורמת, כפי שאני מציני לעצבה, היא כל-כולה נספחת להפרה הישראל. משום כך, בהיעדר הפרה ישראל – בין מצד משתמש-הקצה ובין מצד גורם-היבניים – אין להשל על גורם-היבניים אחריות בגין תרומה להפרה שלא היתה.<sup>169</sup>

חריג נוסף למונופולין פויתה בפסיקה האמריקנית כאשר לפנטט קומביניציה שאחר מחליף דוקו לתקין. פסק-הדין המרכזי שקבע זאת דן במחקר של גג נפחת למכוניות, המורכב, בין היתר, מגן העשוי יריעת ביה.<sup>160</sup> הגג הנפחת מתכלה (לפחות באותו מקרה) מחד יותר מאשר המחוקן כולו, ומשום כך יש לחליפו מחד פעם. נפסק שרשיון השימוש לצרכן-הקצה כולל גם הזיטר משתמע לתקן את המוצר.<sup>161</sup> מתוך טענת שכל-ישר זאת

157 ראו ת"א (ת"א) 1512/93 *The Wellcome Foundation Ltd.* 1512/93 (ת"א) טבע תעשיית פרמצבטיית ביטי, תקימה 197 עמ' 197 (השופט שפרוןמחן). קרה זה תכא לדי שינוי החוק הישראלי, כך שכיום הדבר מותר. ראו סעיף 54 לחוק הפטנטים [תיקון תשינ"ח], ס"ח תשל"ח-1997, עמ' 74.  
158 שם, בפסקה ב.  
159 ברין האנגלי יש תוראה שונה, המפורשת השלח אחריות על גורם-היבניים גם מקום שבו מתקיימת הגנת השימוש הפרטי. שאינו מסחרי. ראו סעיף 6(6) ל-*The Patent Cornish Act 1977* *supra* note 141, at p. 256, note 95.

160 ראו: (1961) 336 U.S. 365 *Convertible Top Replacement Co.*, 365 U.S. 336 (1961).  
161 [חלקי: עינין *Aro I*].  
162 ראו: *ibid.*, at p. 369.  
163 כראת הושת שבעל הפנטט יאסור, במפורש, תיקון שלא באמצעות. עם זאת, תוצאה זהה, בתי-המשפט שם הסכיב כי השאלה אינה אם מדובר בתקין, אלא אם מדובר ב-"making", שאת הפעולה האסורה בחוק, תיקון פשוט אינו מוגיע לכדי making. ראו: *United Wire Ltd. v. Screen Repair Services (Scotland) Ltd.* [2000] 4 All E.R. 353, 359 (H.L.) (Lord Hoffmann).

לקומבינציה המפרה את זכות הפטנט וכי הם מיוצרים בפועל לכך.<sup>166</sup> באופן כללי ניתן לשקוב את המרכיב, ולשאול: האם גורם-הביניים יודיע או האם היה עליו לדעת בנסבות העניין שפעולתו עצמה תהיה כהפאה המוגנת וכי פעולתו מכוונת לכך? ניסוח זה של התנאי מקל באשר לרמת הדיעה הנדרשת, מחד גיסא, אבל מהמור באשר למושא ההגיונות של הדיעה, מאידך גיסא אנגלרד מוכן להסתפק בדיעה קונסטרוקטיבית (אם כי זאת מורכבת משני נתיבים: הראשון הוא "שאר-הכבישים המאומים באופן מיוחד לקומבינציה",<sup>167</sup> אולם הדיעה צריכה להתאים לשני נתיבים: הראשון הוא "שאר-הכבישים המאומים באופן מיוחד לקומבינציה",<sup>168</sup> כלומר, הנאי להשתלט האחריות על גורם-הביניים הוא שידע או היה עליו לדעת שפעולתו (ייבוא תלקים לא-מוגנים של הפטנט המוגן) – בעניין רב בריח) תופסת בהלקחה או משתלבת בקומבינציה. ראוי לשים-לב שאנגלרד אינו מחייב ידועה באשר לכך שהקומבינציה היא פטנט מוגן, אם כי ניתן לקרוא הנאי כוח ברברייני.<sup>169</sup> הנתיב משני שהקומבינציה, ודישה מותרת זאת מאייגת למישה את האפשרות של הכרה בריעה לקונסטרוקטיבית, ונראה כי אנגלרד מכוון למצב של עצימת-עיניים. שהרי במצב שבו תרכיבים המרכיבים (או פעילות של גורם-הביניים, באופן כללי יותר) מיוצרים להשתלב בקומבינציה המוגנת, השלב-הישר מלמד שהיבואן ידע על כך, ואם לא ידע על כך ממשי, הרי זה מחמת עצם את ענינו. יישום התנאי, בסיבות עניין רב בריח אינו מוציא לנו בברור מהותה של הדיעה, שהיא נמצא שם, כעניין של נמצא עובדתי, שלגורם-הביניים היתה ידיעה בפועל.<sup>170</sup>

**(כ) גרם הפרדת פטנט**

נראה לי כי ראוי להתייחס בגופרד לגבוקדות השונות שעל פני קשת מצבי הדיעה האפשריים. אפנה בנוגה, כאשר אדם פועל מתוך כוונה לסייע לאחרים להפך פטנט, יש בכך תופרה יותר לעומת המצבים האחרים. אין כאן תוס-לב, טעות ושאר הנזמזמות שניתן לסבול על-ידי הגברת המודעות לקיומו של הפטנט ולהקפה, אלא להתפך הבא מודע להפיק תגאה מפעולת האחר ללא היתר, הרישאה או הגנה של חידו. בתת-פרק הבא אדון במרכיב אחר של העוגלה מרכיב שלילי, הנתון אם יש לפעילותו של גורם-הביניים שימושים לא-מפריים. בראה שם שבאשר יש שימושים כאלה, ראוי לא להשתיל אחריות על גורם-הביניים, אלא שפירוק העוגלה למרכיבים הוא בסדר-הכל כלי גנתות משפטי שנועד לסייע בקביעת האחריות; זה רק נמצא לקביעה, שיקוליים שיש לשקול. משום כך חשבה

- 166 עניין ערנור רב בריח, לעיל השנה 7, בפסקה 31.
- 167 שם, שם.
- 168 שם, שם.
- 169 חרדישה באנגליה היא שגורם-הביניים יודע שהמחזר שהוא משווק ישמש להמצאה, אך אין דרישה שידע שהמצאה מוגנת בפטנט. ראו: *Thorley, Miller, Burkill & Briss*, at §8.34, at p. 216, *supra* note 113.
- 170 עניין ערנור רב בריח, לעיל הענה 7, בפסקה 33.

היצירה המוגנת, אופי השימושים בה, היקפו והשפעתו על השוק של היצירה המוגנת. גבולות ההגנה אינם תי-משמעיים תמיד, ומשום כך ייתכן שפעולתה תהי של שני אנשים שונים תורשב פנים לשימוש הוגן ופעם לא, בהתאם לשינוי קל באחד משיקולי ההגנה. אין באפשרותו של בית-המשפט הוגן בתביעה של הפרה תורמת לאתר את כל משגמשי-הקצה ולבחון את פעילותו של כל אחת ואחד מהם. הרי אילו היה הדבר אפשרי, היה מקום לסרב לדון בעוגלה הזאת, ולהפנות את הנובע להביעה רגילה בגין ההפרה ישירה. משום כך, בית-המשפט נאלץ להכיל, עליו לקבוע תחילה אם היו הפרות ישירות, ואם נמצא שהיו, עליו לקבוע, בהמשך, אם ישנם שימושים שאינם מפריים. בריון זה יש להקפיד על שימור התגנות.

**4. כוונה, ידיעה וקונסטרוקטיביות**

תפרה ישירה היא עוגלה של אחריות מוחלטת: לא כך באשר לתפרה תורמת: נדרש בה יסוד נפשי כלשהו – מרכיב של ידיעה של גורם-הביניים שפעולתו תורמת להפרה ושידור. את עצם קיומה של הדיעה והידיעה ניתן לבסס תן על שיקולי יעילות כללית והן על שיקולי צדק. בניסוח הכלכלי, משאלה היא: מהו מונע הניק חוול כאשר תנוק הוא ההפרה? שיקול זה יצאה להטיל אחריות על מי שהיה יכול למנוע את תנוק באופן חוול ביותר, אך לא עשה כן. ידיעה של גורם-ביניים פוטנציאלי בדבר האפשרות שפעולתו תסייע להפרה עושה אותו למונע הנזק חוול: כל שהוא צריך לעשות הוא להימנע מפעולתו או ליינם פנייה לבעל הפטנט. בניסוח שיקולי הצדק, הרי מוזהב בעדק-גמול: פעולתו של גורם-הביניים מאפשרת להפר את הפטנט. לכן, אם גורם-הביניים ידע על אפשרות כזאת ובעל זאת המשך בפעולתו, מן הראוי שהוא יהיה זה שיישא באחריות.

משאלה היא, כמובן: מהו היסוד הנפשי שאפשר להסתפק בו? נראה שכוונה וידיעה ממשיות יספיק את הדיעה, אולם הקושי מתעורר כאשר לדיעה הקונסטרוקטיבית: האם יש להשתיל אחריות בהפרה תורמת מקום שבו לא הוכחה תפרה? ידועה אבל בית-המשפט סבור ששל גורם-הביניים "היה לדעת" שהוא תורם להפרה תפרה? ידועה אבל בית-המשפט סבור שיקול מדיניות שונים: האם, עד כמה ובאילו נסיבות אמתו מיוצגים? המנייה ביין על גורם-הביניים, ומה יהיו המשלכות והציוות והלא-דיויות הן מנייה להקנות כמו באשר למרכיבים הקודמים של העוגלה, המשובת צריכה להיגור מתוך שני המקורות הנפרטים: ראיתתה על רקע מטרת המצדקה תכלית של הקניין החונו, והאחרתה הנפרטית כפירון לכשל-אכיפה. באופן ממוקד יותר, השאלה היא: האם גורם-הביניים הוא מונע חוול ביוחה, ואם אין כזה לפני קביעת כלל האחריות, האם ראוי להפכו לכזה על-ידי השלת האחריות עליו?

**(א) דרישת הידיעה בעניין רב בריח**

ניסוח התנאי בעניין רב בריח אינו תי-משפטי, וגם יישומו אינו מטייע לברור והקופה של הידיעה שניתן להסתפק בה. השופט אנגלרד קבע שם כי מרכיב הדיעה בעוגלה הוא יצי המשוק יודע או בנסבות העניין היה עליו לדעת, שהרכיבים המאומים באופן מיוחד

משום כך, כאשר מוכרת ריזעה ובהתקיים יותר מרכיביה של הפעולה, יש מקום להטיל אחריות על גורם-הביניים.<sup>175</sup> קביעת האחריות המשפטית משקפת את הייחוס של גורם-הביניים מונע הנזק הכול. עצמת-יעיניים, במקרה כזה, שקילה לריזעה.

(ד) ריזעה קונסטרוקטיבית

הקושי הוא כאשר במצב שבו גורם-הביניים אינו יודע על השלכות פעולתו, אולם בית-המשפט סבור, בראייה שלאחר מעשה, כי היה עליו לדעת את משמעות פעולתו, כלומר, שיש בה תרומה להפחת פטנט. כאשר גורם-הביניים אינו מודע לכך ונלא מומת עצמת-יעיניים, הוא אינו, *active*, לפני קביעת הכלל המשפטי, מונע הנזק הכול. משום כך, השלת אחריות עליו אינה משקפת את הצורה הכלל המשפטית, נמצא בה (להבדיל מהשלת האחריות על גורם ביניים המודע לפעולתו), ומתבה לו שקול נוסף שעליו לשקול. השלת האחריות גם במצב של ריזעה קונסטרוקטיבית הופכת את גורם-הביניים למונע הנזק הכול בעל כורחו.

התערבות כזאת אינה רצויה בעיני גורם-ביניים המתכנן את פעולתו יצטרך, תחת כלל שטטיל אחריות גם במצב של ריזעה קונסטרוקטיבית, לבחון באופן זיום ופערל אם פעולתו עשויה להפך פטנטים בלשה, ולהעריך אם פעולתו האפשר לאחרים לחופ את הפטנט במשרש. השלת אחריות כזאת, הכרוכה בעלויות ישירות, הופכת את גורם-הביניים לחודעו הארוכה של בעל הפטנט (או בעל הזכויות ישירות, הופכת את גורם-הביניים למודעו, והיא מקלה על בעל הזכויות תוך הכבדת על אחרים. תוצאתה של השלת אחריות במצב כזה הרתיע פעילויות רצויות של גורם-הביניים, ובכך תרזב את הפוטנל של בעל הפטנט אל מעבר לתחום הרצוי.

מכר ל"א-הנחתה שיש בהעברת תפקידי אכיפה מבעל הפטנט אל גורם-הביניים, יש להטלת אחריות כזאת "אפקט מצנף". חשבו לחיות ערים לכך שפעילות של גורם-הביניים עשויה להביא לריזע שימושים שאינם מפרים את הפטנט, ומשום כך הם רצויים. ההשלכות של שימושים רצויים אלה הן בעידוד התחרות החופשית, במיוחד מריוק יותר של המונופולין של בעל פטנט, וכאשר מרוב זכויות יוצרים, השימושים הרצויים שאינם מפרים הם שימוש חופש הביטוי והעשרת השיח הציבורי. גורם-ביניים המתכנן את פעולתו, ומודע לכלל שיטיל עליו אחריות להפחת תרומת גם במצב שבו אין הוא יודע בפועל על ההפחה התורמת (כלומר, על האפשרות שפעילותו תאפשר לאחרים להפח) יירתע מפעולתו. שוב, התוצאה תהיה שהתחרות הצטמצם והמונופולין של בעל הפטנט ירתב בפועל לתחומים שבהם אין כל טעם ליצור בלעצות משפטית.

כלומר, מותר הנחתה העקרונית של דיני הפטנטים המבטיחים להגן על בעל הפטנט – אבל רק ככל שהוא ונאי להגנה, ולא מעבר לכך – ודווקא כדי לעודד תחרות וקידום, צריך להגות כלל שיטיל מרכז באפשרות להטיל אחריות על גורם-הביניים בהיעדר ריזעה ממש (או כוונה, כלומר, אין לקבל השלת אחריות במצב של ריזעה קונסטרוקטיבית. אם בכל-זאת תוכר ריזעה כזאת, יש לקבל את גישת אנגלנד, ולקתילה לא רק על האפשרות

175 כך הורה בית-המשפט בעניין איטונג. לעיל הערת 5.

התמונה המוללת המצטיינת מתוך השיקולים, ולא דווקא הייחוס המכני שלהם. משום כך בראה לי שבמצב שבו יש לפעילותו של גורם-הביניים שימושים לא-מפורים, אולם הוא מתכוון ופעל כדי לגרום להפחת (ועל-פי המרכיב הקודם, הפרה ישירה אך התרחשה, ראוי להטיל עליו אחריות קודמת של השימושים הלא-מפורים.

למשעה, מצב כזה אינו רק תרומה להפחת פטנט, אלא גורם הפחת פטנט. המשפט האמריקני מברין בין שני סוגי הפעולות. סעיף (b) 271 לחוק הפטנטים האמריקני קובע: "Whoever actively induces infringement of a patent shall be liable as an infringer".<sup>176</sup> סעיף זה פורש בפסיקה כמחייב להחייב כוונה ממש לגרום להפחת פטנט.<sup>177</sup> מברונה משפטית, המשמעות המעשית של קביעת אחריות לפי סעיף זה, להבדיל מהוואת ההפחה התורמת (סעיף (c) 271), היא שהאחראי ל"גורם הפחת פטנט" נושא למפר ישר. המשמעות העיקרית לכך צריכה לביא לריזע ביטוי בשאלת הטעמים.<sup>178</sup>

(א) ריזעה בפועל ועצמת-יעיניים

כאשר גורם-הביניים מודע לפעילותו ולמשמעותה כלומר, מודע לכך שישוה להשגתם במצבים שהוא מייבא לשם הפחת פטנט (בין פטנט קומבינציה ובין פטנט לשיטה), הרי שהוא מונע הנזק הכול. ריזעה מאפשרת לו לשקול מראש את השלכות פעולתו, לא רק על כיסו שלי, אלא על בעל הפטנט ועל התוכנה בכלל. כלומר, הוא נמצא בנקודת שבה הוא עדי להתנות של פעילותו ויכול להפגים את נזקיו. גורם-ביניים שחיינו עד לכך יכול לשקול את הפעולות מחדש: הוא עשוי להחליט להימנע ממנו, ואם החליט להמשיך בה בכל-זאת, הוא יסתכן בכך שיימצא אחראי לא רק בהפחת תרומת, אלא גם בגרם הפחת פטנט. גורם-הביניים יכול לסיג את פעילותו, למשל על-ידי הנחיה ברורה למשלמי-הקצה להשגתם במוצר שהוא משווק להם בדרך שאינה מפרה. ראוי גם שיוכל לפנות לבית-משפט בבקשת סעד זיכרתי כי פעילותו המתוכננת אינה מפרה את הפטנט ואינה תורמת או גורמת להפחת כזאת.<sup>174</sup>

171 35 U.S.C. §271(b) (1994).

172 להחייאת העוולה של גרם הפחת פטנט להפחת תרומת במשפט האמריקני, ראו: *Hewlett-Packard Co. v. Bausch & Lomb Inc.*, 909 F.2d 1464, 1469 (Fed. Cir. 1990).

המשפט גם עמד על כך שהשייול לחפר את הפטנט אכן נתממש, ולא נותר בגדר שידול בלבד. ראו: *Hautau v. Kearney & Trecker Corp.*, 179 F. Supp. 490, 492 (D.C.Mich. 1959).

173 הדן הישראלי מאפשר לבית-המשפט מרחב שיקולי-דעת גמיש למדי בפסיקה פיצויים, ומסתפק בקביעת שיקולים שיש לשקול. ראו סעיף 183(ב) לחוק הפטנטים. בתוך קיימת גם אפשרות לפיצוי עונשי במקרה שההפחה מתרחשת גם לאחר שהמפר הוזהר על-ידי בעל הפטנט. ראו סעיף 183(ג) לחוק הפטנטים. ייתכן שראוי להחמיר עם האחראי בגרם הפחת פטנט" באופן דומה.

174 ברומה לסעיף 187 לחוק הפטנטים, המאפשר למי שברעונו לנצל מוצר או תהליך לפנות לבית-המשפט בבקשה שיצהיר כי אין בפעולה המתוכננת משום הפרה פטנט.



יסוד זה ניסח בתקדיחה האמריקנית ובפטיקה שם (וכאן) בשתי צורות, הנראות במטב ראשון בשני צידיו של אותו מטבע, אלא שבין שתי צורות הנסיוח יש פער מסוים, והשוב על-כן למצוד עליו. הזקן האמריקני מסייג את ההפדה הנורמת בכך שהמוצר הנדובר (כלומר, זה המגולם את פעילותו של גורם-הביניים הנחשב) הינו – *hot staple article* "מרכיבים מוגלמים כאן: האחר, שאין מדובר במוצר בסיסי, והאחר, שיש שימוש מתוהי שאינו מפר. שני המיטותים נראים דומים, אך יש פער בניחים.

דוגמה מובהקת למרכיב הראשון מובאה על-ידי השופט אנגלרד בעניין רב בריח: בריגים ואומים. כיוי להפר את פטנטם רב בריח, יש להשתמש בין היתר בברגים, אולם מובן שלברגים יש אינספור שימושים שאינם מפרים את הפטנט, ומשום כך אין להרחיב את הגנתם של בעל הפטנט מכוח ההפדה הנורמת אל הברגים. כל אדם יכול לייצר או לייבא בריגים בשל השימוש הנלא-מפר שלהם.<sup>179</sup>

דוגמה למרכיב השני מצויה דווקא בתחום של דיגי ופריות היוצרים, ושלחה בעניין *Sony* שתוכנן קודם-לכן: האם היצרנים של מכשירי הווידאו אחראים בעוולת ההפדה בתרומת להפדה ישירה של זכויות יוצרים על-ידי צרכני המכשיר המשתמשים בו להעמקה בלתי-מורשית של יצירות מוגנות?<sup>180</sup> בית-המשפט העליון בארצות-הברית מצא כי יתכנו אומנם שימושים שהם בהחלט הפרה של הזכויות, אבל רוב השימושים אינם מפרים. ברוב המקרים, ההצדקה היא רק לצורך "גישור על פער זמנים" (*time shifting*), וזו, כך נקבע שם, נגזרת מהגנת השימוש הנוון. משום כך, ייצור מכשירי הווידאו מאפשר עגפה של פעילויות שאינן מפרות, וכל-כך אין למנוע את ייצור המכשירים.<sup>181</sup>

הפער בין שני המצבים הוא זה: ייתכנו מצבים שאינם בהחלט אומים וברגים, כלומר, אינם מוצרים בסיסיים, אבל על זאת ייתכנו בהם שימושים לא-מפרים. הכריזים השטותים שיביא צדדתי, הנובע בפרישת רגבה, הם דוגמה לכך: בורדא שהצדדים אינם בהחלט מוצר בסיסי מהסוג של אומים וברגים, טבעים אינו כזה שהם יכולים לשמש אינספור שימושים. טבעם הפוך: הם מיועדים להוות מוקדים בהתקנה שטותה. משום כך ספק אם יצויר צדדתי וזו צולחים את המשוכה של "מבחן הברגים". אלא שלכיווי צדדתי יש שימושים שאינם מפרים. ניתן להזינם לא רק במשטותים קשים (דוגמת שישי, אלא גם במשטותים קשים פחות, דוגמת עץ או חומרים סינתטיים. בית-המשפט העליון העיר הערה זאת באותה פרישה במסגרת דיונו בהם שתוארו כאן במרכיב ההפדה הישירה: בהיעדר תוכנה נפרה

- להארת כי השימוש הנלא-מפר הוא מהותי בניסוח העניין – שם. אלא שאין כל ביטוי עיבדתי למצא זה בפסק-הדין.
- 178 35 U.S.C. §271(c) (1994)
- 179 עניין *שרשרת רב בריח*, לעיל הערה 7, בפסקה 34.
- 180 ראו לעיל, שקטם להערה 29.
- 181 ראו: 456 at p. 18, *Sony, supra note*, בית-המשפט למד על הסייג הזה מתוך ויקס מדיני הפטנטים, מסעיף 271(c) תה"ל.

הכללית של השימושים במוצר המיובא (כלומר, לא רק על המשלכות האפשריות של הפעילות של גורם-הביניים) אלא על האפשרות הממשית שתפעילות המאפשרת לאחריה להפר את הפטנט המוגן.<sup>176</sup>

5. חריגים לעוולת והגנות

גם אם פעילותו של גורם-הביניים אינן תורמת להפדה ישירה, והפדה זאת מוכתה ואינה תוסה תחת כנפיה של הגנה כלשהי, וכאשר מוכחה רמת הירידה במידה הנדרשת, עדיין אין בכך די להשלח אחרייה בעוולת ההפדה הנורמת על גורם-הביניים. ראוי להשק את העוולה על-ידי קביעת מרכיב שלילי בה, לא בהכרח לטובת גורם-הביניים, אלא מתוך ראייה כוללת של מטרת דיגי הפטנטים, כלומר, לטובת הציבור בכללותו. לצד המרכיב השלילי, יש לשמר גם "הגנת-סלי" לפעילות של גורם-הביניים.

(א) שימושים לא-מפרים

מרכיב עיקרי בעוולת, שיכול לסייע לגורם-הביניים, נגזר גם הוא מהמטרת הדיגיטלית הכוללת של עולת ההפדה הנורמת. על שני מקורותיה, והוא מרכיב שלילי שגזר עזו כה פעמים מספר והאוי להדגשה: לפעילות של גורם-הביניים עשויים להיות שימושים אחרים, שהלק מזהם אינם מפרים את הפטנט המוגן. הרחבת ההגנה הניתנת לבעל הפטנט גם על שימושים אלה תחרתו תחת המטרת של דיגי הפטנטים, שכן היא תחייב, בעניין מצוי, את ההגנה גם על התחומים שאינם מוגנים – ואינם מוגנים מוון היא תחילה. כך, למשל, המנועל המיובא על-ידי גורם-הביניים בעניין רב בריח: אם יש למנועל שימושים שאינם מפרים, כלומר, שימושים אחרים פרט להזיות המנועל הלק מהמטרת המוגנת בפטנט, תסכל ההגנה התאפקטיבית לבעל הפטנט גם על יבוא המנועל (או "צורות, נבפרד משאר רכיבי המערכת, אותם שימושים מותרים.<sup>177</sup> משום כך יש לבחון אם לפעילות הנבדע יש שימושים שאינם מפרים.

176 יש להזיח כי ממילא אין כאן בעיה של משמ, שהרי בעל הפטנט ימתי להודיע לגורמי הביניים כי יש בפעולתו כדי לסייע לאחריה להפר את הפטנט. אם טענת בעל הפטנט נכונה, וגורם-הביניים ממשיך בכל-אחת בפעילותו, הרי שיש לו ידעיה של ממש על עניין ההפדה הנורמת.

177 בית-המשפט המחוזי מצא: "אין באפשרותי לקבוע כי למנועל המיובא צ"י הנתבעים אין היום עצמאיים ללא הרכיב המפר" – עניין רב בריח מהודו, לעיל הערה 57, בע' 10 – ומתוך כך נובע כי ייתכן שלמנועל המיובא יש שימושים שאינם מפרים. בית-המשפט העליון הנדע לסקקה עובדתית הוכחה, וקבע: "אין למנועל המלי שימוש מהותי אחר מאשר הרכיבו בתוך הרכיב על ידי מוטי ההיקחים לשם מניעת הרכיב הננוב". ערעור רב בריח, לעיל הערה 7, בפסקה 34. בית-המשפט מצג (במשותפים) את הסייה מהמצא העובדתי של בית-המשפט המחוזי בסייג את המרכיב השלילי של העוולה בכך ש"צריך

בשימושים שאינם מפורסם, ובדרך שיוכל להצביע עליהם ולהוראות שהתובע לא עמד בנטל המוטל עליו. במצבים מסוימים, יכול שבמהלך המשפט, ולפי תוכנית יתר מורכבי העוילה, תוגנת תשתיות רציניות שדי בה לקבוע כי היתה לכאורה הפרת ישירה על-ידי משתמשי-תקצת. במקרה כזה יעבור הנטל לזכר ראיית לסמוך למצא לכאורה זה אל כתפי הנתבע.

(כ) הנגנת אחרות

יש להחיל את ההגנות המצויות בדני הקניין הרוחני (פטנטים וכויות יוצרים, לענייננו) גם על פעילות של גורם-הבניינים. יש מצבים שבהם, אף שיש בפעולתו של גורם-הבניינים משום תרומה להפרת ישורה, פעילות זאת מוצדקת משום שהיא משרתת אינטרסים אחרים. ברוב המקרים, הוגנה כזאת תזוהר את הדיון במרכיבים האחרים של העוילה. כך, למשל, אם ישנם שימושים רבים המזוהר את המפרים את הפטנט, יש לדאוג את התרומה להפרה מצד גורם-הבניינים כ-*de minimis*, אבל מוגילא אין לקבוע את אחריותו במקרה כזה לנוכח המרכיב השלילי שגוררן זה עתה - קיומם של השימושים הלא-מפורסם, אולם התפיפה אינה מילאה תמיד.

סוגיית הקישוריות באינטנט, בהקשר של זכויות יוצרים, מספקת דוגמה טובה. המפרכת העוברתיות והקביעות המשפטיות בפרישה שגורונה בבית-משפט בערכאה הראשונה במדינת יוטה ישמשו כביס לדיון.<sup>186</sup> אתר אינטנט העתיק יצורה מוננת ופרסם אותה כבקורות על אתר הנכסיות. תג שיתמוך לבעלי האתר הוגנה של שימוש הוגן, שכן הפרסום בא לצורך בקורת, נגיד כי מתקיימת ההפרה הישירה ("האתר המפרי"). התבטעים היו שותפים לביקורת הזאת. באתר שלוחם, שאין לו שום קשר עסקי או אחר לאתר המפר, תפנו את הוגלשים לאתר המפר (החפיה באה בצורה טקסטואלית, ולא לקישור, ולכן הקביעות המשפטיות תלות בנתנת קל ותומר על קישור וייפוסקסטט). מאחר שנמצא שלא היה להם קשר עם האתר המפר, אין הם שותפים להפרה הישירה. אולם הם בניינים גולשים להגיע לאתר המפר. בעת הוגלשה וכהלק בלתי-נפרד מההחליף הסטנולוגי, נוצר במחשבי הוגלשים עותק נמני של האתר שבו הם שוגלשיל אנו מודע כלל לקיומהו די בה להחשב זכריות זאת (וכרוב המקרים, יצורים, משום כך נפסק שכאשר תפנו התבטעים גולשים לאתר העתקה לצורך דיני זכויות יוצרים, יפרו את זכויות היוצרים, ועל-כך הם אחראים בהפרה המפר, הם גרמו לכך שוגלשים יפרו את זכויות היוצרים, וצלי-כך הם אחראים בהפרה תרומת. פסק-דין זה מעורר קשיים מהמה כמה מקצועיות והנתויות וכן תומת השלכתו על הסיכון המכרן בקישוריות באינטנט, אולם אני מבקש להיעזר בו להמחשה נקודתית: להוראות שיש להחיל את ההגנות של דיני זכויות יוצרים לא רק במישור של משתמשי-תקצת (הוגלשיל) אלא גם במישור האתר המקשר, קרי, גורם-הבניינים.

הקישור לאתר המפר בא לשם ביקורת על הכסיות. זה ביטוי פוליטי מובהק, שבא בגור המצבים המועדפים להגנת השימוש הוגן (הן בארצות-הברית והן בישראל). ליצירה  
186 ראו: 31 *supra* note Intellect. Reserve, למרות מעמד המכר של פסק-דין, היתה לו השפעה רבה על התפיסה המשפטית בתחום זה, ועד כה לא נסתרו קביעותי בבתי-משפט אחרים (לא הוגש ערעור).

ישירה, היא נלמדת מהנטיבות. השופט מצא העניב על כך שקיימים שימושים שאינם מפורסם כדי להסיל ספק בעצם קיומה של הפרה ישירה.<sup>182</sup> בעניין רב בריח אימין בית-המשפט את המבחן האמריקני על שני יסודותיו, בשינוי אחר, שער שיש לקרוא את הסיג האמריקני כמצבי שתי אפסוריות חלופיות - האחת שמדובר במוצר בסיסי והאחרת, החלופית, המכילה את קודמתה, כי מדובר במוצר שיש לו שימושים שאינם מפורסם, הדי ששני המצבים מנוסחים בפסק-הדין כמצטלמים.<sup>183</sup> ישום המבחן בנוסבות המקרה אינו מבחיר אם זו היתה הכוונה או שמבטלה התקיימו שני התנאים באותו עניין. נראה כי ניסוח זה אינו מכוון להחמיר. הפעי בין שני המרכיבים מחייב שדי בהתקיים אחד מניסוחיו - בין שהמוצר של גורם-הבניינים הוא מוצר בסיסי ("בניינים") ובין שיש לו שימושים שאינם מפורסם - לפסור את גורם-הבניינים מאחריות להפרה התורמת.<sup>184</sup>

רכיב זה שלוב ברכיבים האחרים. כך, למשל, אם מוכחות כוונה של המפר ופעילות מכוונת של גורם-הבניינים לנחם את צרכני המוצר שולו לפעילות מפרת, למרות קיומן של פעולות אפסוריות שאינן מפורסם, אין מקום לזנוח אותו מפסור מאחריות, וראוי להגביל את פעולתו. שילוב המרכיבים בא ליי ביטוי גם בכיוון אחר: אם אין מוכחת הפרה ישירה, מוגילא נובע שלמוצר של גורם-הבניינים יש שימושים שאינם מפורסם. שאלה נוספת היא שאלת נטל ההוכחה של המרכיב השלילי. שאלה זאת לא הורעה בבירור בדני האמריקני, וגם בהי-המשפט בישראל - ביה-המשפט המזווי בעניין רגבה ובית-המשפט העליון בעניין רב בריח - הוזכרו את השאלה מתחנה, הם ששני בגי-המשפט נוטים לחסיל את הנטל על כתפי הנתבע.<sup>185</sup> נלמה לו כי אין למהר לפסור את בעל הפטנט מהוכחות המרכיב השלילי. כלומר, יש לדאוג בשאלת השימושים שאינם מפורסם מרכיב שלילי בעוילה, ולא דווקא הוגנה אומנם, יש קושי מוכנה בוכחות נתונים הפטנט יכולת פיקוח ו/או שליטה על משתמשי-תקצת, בגלל ריבויים נפוזרים. משום כך קשה לו יותר לזיח אילו שימושים הם עושים - או אינם עושים - במוצר של הנתבע. אלא שגם להנבע, כל עוד לא הוכח אחרת, אין דייעה, פיקוח או שליטה מעין אלה, נראה לי לפיכך שיש להשאיר את נטל ההוכחה על כתפי הנתבע. כמובן, ייתכן שהנתבע מעורב

182 עניין ערעור רגבה, לעיל הערה 6, בעי 4737.  
183 עניין ערעור רב בריח, לעיל הערה 7, בפסקה 31; יתנוצי השלישיל הוא שלילי: בווינו תודי לאחיות: הוא קובע כי האחריות אינה תלה במקרה שבו מרכיב הנמכר הוא מוצר בסיסי (staple product) ותנואים לשימוש משמעותי אחר שאין בו משום הפרת פטנט.  
184 לכך שתיסוטים בדני האמריקני חלופיים, ודי באחר מהם כדי לפסור את גורם-הבניינים מאחריות, ראו: 81 *J. of Implied Patent Infringement for Software Developers*.  
185 *Patent & Trademark Off. Soc'y* (1999) 777, 784; *Rich, supra* note 72, at p. 539. עניין ערעור רב בריח, לעיל הערה 7, בפסקה 34; עניין רגבה מוזווי, לעיל הערה 5, בפסקה 111.

מפיעם לפעם מפני דטרמיניזם טכנולוגי. אולם גם כאשר אנו בוחרים (וכך ראוי בעינינו) להכפוף את הטכנולוגיה לצרכים, במקום את הצרכים לטכנולוגיה, עלינו להיות קשובים להשלכות של ההכפפה הזאת על הטכנולוגיה ועל דרך התפתחותה. עיצוב הכללים המשפטיים עצמם צריך להישות תוך דיאלוג בין הטכנולוגיה, על האפשרויות הנלוות בה, לבין הצרכים. כאן אלה הם המגנה על הפנסמים והמגנה על התורות הנופשיות.

מיכאל ד' בירנר  
מחננת השימוש החוקי.

המונח יש אופי דתי, והיא אינה מסתרת. השימוש הינו עקיף: איך המתקה ממש, אלא תפניית אחרים, לשם הביקורת, לאתר המקורי. משום כך גם אין חשיב להטעייה בדבר מקור הטקסט. השימוש של הנגלשים תמים: הם מבקשים לרעה, לא לצרור מוצר. התעקת במחשבותם מקורית, זמנית, ואינה מויקה לשיק הכלכלי של היצירה המונגת. משעמים אלה נראת לי כי היה מקום להחיל את המגנה גם על גורם המייננים: האתר המקשר ראוי ליתנות מהגנת השימוש החוקי.

### סוף דבר

הרבת המגנה על הקניין תרומתי, ובכלל זה יצירת אפשרויות משפטיות חדשות להצמקת האכיפה, השובה לבצילי הנכריות, ומשום כך לציבור כולו. אולם הרבת כזאת באת ברומנות על חשבונו של הציבור, בכך שהתחיות הנופשית מצטמצמת. הנכרה הטיפונית בעוללה התפרה התרומת מפרה את האיוון הקיים בדיני הפנסמים. שינוי זה ראוי כשלצמח, אולם היצירת השפופטית של העוללה מסדה בסיס ציוני, ומשום כך המגרת העוללה, היקפה ופטרית מסרים. לא יוראות זאת יש מחזיר של הרחעת יתר כלפי היזמים בשוק, וככל שהעוללה תחל גם בתחום של דיני זכויות היוצרים, יש לה אפקט מצנן לגבי חופש הביטוי.

במאמר זה בקישתי להסביר את מהות העוללה של הפרה תרומת והצמקת על חשבות ציונית. תשורת זו זקיקה לרבות משני מקורות: האחד הוא מהותם של דיני הפנסמים כאמצעי משפטי שנועד לכונן את התנהגות השוק באופן שישיב עם התצבור כולו. האחר הוא ניתוח כלכלי של האכיפה. מתוך שני אלה בקישתי לגזור את פדטייה של העוללה. תחילה, כשמה של העוללה, יש לזרדא שפעולת גורם המייננים אינן תרומת להפרה הישירה. יש לעמוד על היותה של התפרה הישירה, ובכלל זה לבחון אם אין היא נהנית מהמגנה שברוי. בהתינת פעולתו של גורם המייננים יש להקפיד על היותה של רמת מודעות של גבוהת, ואין להסתפק בדיעה קונסרוקטיבית, וכן יש להקפיד לברר אם פעולתו של גורם המייננים מביאה או אינה מביאה תועלת לתחורות הנופשיות. במיוחד יש לברר אם לפעולתו יש שימושים שאינם מפרים את הפנסמ. לכל אלה יש להקדים בדיקת סף: האם מתקיים כשל אכיפה המצריך את המביעה נגד גורם המייננים במקום תביעה נגד המפריים הישירים.

בית המשפט, מתוקף מהותו כמבדע במקרים בודדים וכתסיר יכולת לבחון את מכלול ההשלכות הכלכליות, התברריות והתברריות של העוללה החדשה, מוגבל ביכולתו להתוות את פטי העוללה. המלאכה רבה צריף, ומשהבאת העוללה לעולמנו המשפטי, ראוי שהמתוקק יישול אותה ויודת כיצד להפעילה.

איים במה שפדתי. בי. שינויים בדיני הפנסמים אינם רק עניין של מגנה משפטית על זכות קניין. הם מתעדידים בדרך שבה טכנולוגיה נוצרת, בין שמדובר בטכנולוגיה מכנית, דוגמת מנעול למוט גילוכים, ובין במסרות מחשוב מהותיות או ברשת האינטרנט. התערבות כזאת כשלצמח אינה פסולה. לטכנולוגיה אין קיום עצמאי. היא אינה צומחת יש מאין, אלא מכותם של בני אדם תפועלים בתודת. ראוי שנחזיר את עצמנו