



## בבית המשפט העליון

דנ"א 5679/21

דנ"א 5886/21

לפני :  
כבוד הנשיאה (בדימי) אי חיות  
כבוד מ"מ הנשיא ע' פוגלמן  
כבוד השופט י' עמית  
כבוד השופט נ' סולברג  
כבוד השופטת (בדימי) ע' ברון

המבקשת בדנ"א 5679/21 : SANOFI S.A.

המבקשת בדנ"א 5886/21 : היועצת המשפטית לממשלה

נ ג ד

המשיבות בדנ"א 5679/21 :  
1. אוניפארם בע"מ  
2. היועצת המשפטית לממשלה

המשיבות בדנ"א 5886/21 :  
1. SANOFI S.A.  
2. אוניפארם בע"מ

המבקשים להצטרף להליכים :  
1. גלעד לרום  
2. משה מנצורי

דיון נוסף בפסק הדין של בית המשפט העליון בע"א 2167/16 מיום 12.7.2021, שניתן על-ידי כבוד המשנה לנשיאה (בדימי) ח' מלצר, והשופטים : ע' ברון וג' קרא

תאריך הישיבה : כ"ז בתמוז התשפ"ב (26.7.2022)

בשם המבקשת בדנ"א 5679/21 :  
עו"ד ליעד וטשטיין ; עו"ד אמירה מנגלוס ; עו"ד מתי מישל ; עו"ד אורן ויינר

בשם היועצת המשפטית לממשלה :  
עו"ד לימור פלד

בשם המשיבה 1 בדנ"א 5679/21 והמשיבה 2 בדנ"א 5886/21 :  
עו"ד עדי לויט ; עו"ד דבי קאזיס ; עו"ד דרור שטרומ

בשם המבקשים להצטרף להליכים :  
עו"ד אורי ברעם ; עו"ד סיני אליאס ; עו"ד עידן איידן

## פסק-דין

השופט נ' סולברג:

1. דיון נוסף בפסק דינו של בית משפט זה, מיום 12.7.2021, אשר ניתן בע"א Sanofi 2167/16 נ' אוניפארם בע"מ (המשנה לנשיאה ח' מלצר, השופטת ע' ברון, והשופט ג' קרא). במוקד הדיון הנוסף ניצבת השאלה המשפטית הבאה: האם הטעיית רשם הפטנטים על-ידי מבקש פטנט, עשויה להקים למי ממתחריו, זכות לקבלת הרווחים שהפיק הנ"ל כתוצאה מההטעיה, מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, ואם כן – מהם התנאים לכך? שאלה זו ניצבת על פרשת דרכים. שלושה שבילי-משפט נפגשים בה: דיני הפטנטים; דיני התחרות; ודיני עשיית עושר ולא במשפט.

2. ברקע הדברים, סכסוך משפטי בין 2 חברות ענק, העוסקות בתחום התרופות. ענייננו בתביעה להשבת רווחים שהגישה חברת אוניפארם בע"מ (להלן: אוניפארם) – חברה המתמחה בפיתוח ושיווק של תרופות גנריות, המבוססות על תרופות מקור, נגד חברת סאנופי העולמית – חברת תרופות אינובטיבית, מן הגדולות בעולם, הרשומה בצרפת, אשר עוסקת בפיתוח, יצור ושיווק תרופות מקור (להלן: סאנופי), בטענה כי התנהלותה של סאנופי, במה שנוגע לבקשת פטנט שהגישה לרשם הפטנטים, פגעה בזכותה של אוניפארם להתחרות בה באופן אפקטיבי.

רקע עובדתי

3. סיפור המעשה מפרך קמעא. הוא דורש היכרות בסיסית עם מספר תחומי ידע מדיסיפלינות שונות – משפט, כימיה וכלכלה; אנסה להציג את הדברים בצורה ברורה ונהירה, כפי שלמדתי לצורך העניין הנדון, כך שיובנו גם על-ידי מי שהתחומים הללו אינם מוכרים לו.

4. שורשיה העובדתיים של הפרשה שלפנינו, נעוצים עוד בשלהי שנות ה-80 של המאה הקודמת. באותן שנים, עלה בידי סאנופי לפתח את החומר הפעיל קלופידוגרל (Clopidogrel) (להלן: החומר הפעיל או קלופידוגרל), והדבר נחשב בשעתו להצלחה מחקרית פורצת דרך. בהמשך, על יסוד החומר הפעיל, פיתחה סאנופי תרופה חדשנית, שנודעה לימים בשמה המסחרי 'פלוויקס' (Plavix). מטרתה – מניעת שבץ בקרב חולים המצויים בסיכון גבוה ללקות בו, באמצעות עיכוב תהליך הקרישה בכלי הדם. דרך השימוש המקובלת בקלופידוגרל, כתכשיר רפואי, נעשית באמצעות גיבושו לחומר מוצק, ודחיסתו לאחר מכן לטבליות. הגיבוש נעשה בדרך של הרכבת החומר הפעיל, על

גבי חומר כימי מסוג מלח, המהווה חלק מהחומרים הבלתי-פעילים בתרופה. בהקשר זה יצוין, כי לצורך גיבוש החומר ניתן לעשות שימוש במגוון של מלחים. בענייננו, סאנופי עשתה, ועודנה עושה, שימוש במלח 'ביסולפאט' (Bisulfate או Hydrogen Sulfate). שילוב שני החומרים הכימיים שצוינו יחד – החומר הפעיל קלופידוגרל, והחומר הבלתי-פעיל ביסולפאט – מביא ליצירת תרכובת כימית חדשה, המכונה, כמתבקש – קלופידוגרל-ביסולפאט (Clopidogrel Bisulfate או Clopidogrel Hydrogen Sulfate); יכונה להלן: קלופידוגרל ביסולפאט). תרכובת זו, היא למעשה החומר שממנו עשויה התרופה פלוויקס.

5. בדומה לכל הליך פיתוח של תרופה חדשה, גם תרופת הפלוויקס דרשה ממפתחיה להשקיע בה את מלוא מרצם, הונם ואונם. ואמנם, אחרי הליכי מחקר ופיתוח ארוכים, יקרים ומסובכים, ראתה סאנופי שכר לפעולתה, ובשנת 1998 החלה לשווק את התרופה ברחבי תבל. בישראל, קיבלה התרופה היתר שיווק בשנת 2000 (תעודת רישום תכשיר רפואי לפלוויקס, ניתנה ביום 23.8.2000). כבר עם גילוי, ועל מנת להגן על השקעותיה במחקר ובפיתוח, רשמה סאנופי פטנט על החומר הפעיל קלופידוגרל; הן בארה"ב (פטנט מספר US 4,847,265), הן במדינות האיחוד האירופי (פטנט מספר EP 281459). גם מקומה של ישראל לא נפקד, וביום 2.2.1988 הגישה סאנופי לרשם הפטנטים הישראלי בקשה לרישום פטנט מספר IL 85294, המגן על החומר הפעיל קלופידוגרל, על כל שימושו; על כל צורותיו המלחיות; ועל כל צורות ההתגבשות האפשריות שלו (להלן: הפטנט הראשון). בהתאם לסעיף 52 לחוק הפטנטים, התשכ"ז-1967 (להלן: חוק הפטנטים), תוקפו של הפטנט הראשון פקע ביום 3.2.2008.

6. במהלך תקופת הפטנט, איש זולת סאנופי לא היה רשאי לשווק תכשיר רפואי המבוסס על קלופידוגרל. בהקשר זה אציין, כעניין שבעובדה, כי בכל השנים הללו לא נמצאו בשוק התרופות תחליפים ישירים וקרובים לפלוויקס (פרט לתכשיר רפואי אחד, בשם Ticlopidine, שנטילתו היתה כרוכה בתופעות לוואי משמעותיות יותר). נוכח זאת, הפכה פלוויקס לתרופה מבוקשת ופופולארית במיוחד, בישראל ובעולם כולו, עד כי הוגדרה בעגה המקצועית "Blockbuster drug" (תרופה רבת-מכר); קרי, תרופה שהיקפי מכירותיה נאמדים ביותר ממיליארד דולר בשנה. הדבר מתבקש, שכן כאמור, נתח השוק של פלוויקס באותה תקופה עמד על 100%. בהתאם, הצלחתה המסחרית של סאנופי ממכירות התרופה היתה מסחררת; הכנסותיה הגלובאליות מהתרופה הוערכו, בשנים מסוימות, במיליארדי אירו (בשנת 2007, למשל, עמדו הכנסותיה של סאנופי מפלוויקס על 2.424 מיליארד דולר, ברחבי העולם); ורווחיה מהמכירות הרקיעו שחקים.

7. בשלב זה, כדי שניתן יהיה להבין את המשך השתלשלות הדברים, נדרשת אתנחתא קלה, לטובת הערה בענייני כימיה. כפי שציינתי לעיל, הפטנט הראשון הגן על כל צורות ההתגבשות של החומר הפעיל קלופידוגרל. צורת התגבשות של חומר אורגני נתון, היא פועל יוצא של סדר המולקולות או האטומים המרכיבים את הגביש, המצויים זה לצד זה, במבנה בסיסי, החוזר על עצמו שוב ושוב. ככלל, חומר אורגני נתון, מתגבש לפי מבנה בסיסי אחד ויחיד. לצד זאת, ישנם חומרים אשר עשויים להתגבש בצורות שונות, הגם שהרכבם הכימי זהה. תופעה זו, שבה חומר אורגני נתון עשוי להתגבש במספר תצורות אפשריות, מכונה פולימורפיזם (Polymorphism; ובתרגום מילולי: רב-צורתיות).

8. במהלך כל שנות הפיתוח והרישוי של תרופת הפלוויקס, החל משנת 1986 ועד לשנת 1997, היתה מוכרת צורת התגבשות אחת בלבד לתרכובת קלופידוגרל ביסולפאט. סאנופי אף ערכה סדרת ניסויים בעניין זה, בשנת 1994, אך לא מצאה צורות התגבשות נוספות. תחת צורת ההתגבשות המוכרת, שכונתה על-ידי הצדדים 'Form 1', נוצרו גבישים בצבע לבן, עם מרקם הדומה לקמח רטוב (להלן: Form 1). ברם, בחודש יולי 1997, בסמוך לקבלת היתר שיווק לתרופה, גילתה סאנופי, באופן מקרי, כי קיימת צורת התגבשות נוספת לגבישי קלופידוגרל ביסולפאט. מעשה שהיה כך היה: באחד מהמפעלים המייצרים עבור סאנופי גבישי קלופידוגרל ביסולפאט, מפעל אורגאמול (Orgamol) שבשווייץ, נמצאו באחד המשלוחים גבישים מ'זן חדש', בעלי תכונות פיסיקאליות שונות: צבעם – קרם בהיר (Off White); דחיסותם – גבוהה מזו של גבישי Form 1; ומרקמם – לפי קביעת בית המשפט המחוזי, דומה לזה של סוכר שולחני. צורת התגבשות זו כונתה על ידי הצדדים 'Form 2' (להלן: Form 2). סאנופי, שסברה תחילה כי מדובר בתקלה בשלבי הייצור, הורתה למפעל לשוב ולייצר גבישי Form 1, תוך הקפדה יתרה על אמצעי זהירות. ואולם, ניסיונות חוזרים ונשנים לייצר גבישי Form 1 – עלו בתוהו. המפעל דיווח אפוא להנהלת סאנופי, כי העניין איננו פתיר. בשלב זה, ערכה סאנופי אנליזות כימיות, ואלו הביאו למסקנה הבאה: החומר קלופידוגרל ביסולפאט הוא חומר פולימורפי; דהיינו, חומר שניתן לגיבוש בשתי תצורות שונות: Form 1 ו-Form 2.

9. בכך לא תם סיפורנו. אמנם, שתי הצורות הגבישיות שתוארו הן אקוויוולנטיות מבחינת הפעילות הביולוגית שלהן (לאחר ספיגתן במחזור הדם של המטופל), ושתייהן משמשות לאותן התוויות רפואיות – טיפול ומניעת שבץ בקרב חולים עתירי סיכון; אך עד מהרה הסתבר, כי ל-Form 2, עדיפות על פני Form 1, בכל הנוגע לרמת יציבות החומר מבחינה תרמודינמית. לעדיפות זו, כך למדנו, נודעת נפקות רבה לענייננו, שכן

מסתבר כי 'לא כל הגבישים נולדו שווים': ישנם חומרים שצורת התגבשותם יציבה יותר מבחינה תרמודינמית, וישנם אחרים, שיציבותם פחותה. לענייננו חשוב לדעת, כי חומר שצורת התגבשותו 'יציבה' יותר מבחינה תרמודינמית, הוא חומר 'שתלטן'. כלומר, חומר שבבואו במגע עם חומר שאינו 'יציב' כמותו, ולו בכמות מזערית, ישפיע 'מאורו' על החומר בעל היציבות הנמוכה, בבחינת "מִמְנֵי תְּדָאוּ וְכֵן תִּעֲשׂוּ" (שופטים ז, יז), וזה, בתורו, ישיל מעליו את תכונותיו הפיסיקאליות העצמאיות, בתהליך המכונה 'המרה ספונטנית', ויתאים עצמו לתכונות הפיסיקאליות של החומר השתלטן. אכן, תהליך זה ממש אירע במפעל השוויצרי באורגאמול, כאשר כמות מסוימת של גבישי קלופידוגרל ביסולפאט, שהתגבשו מעצמם בצורת Form 2, 'הסתננו' אל תהליך הייצור, בלא ידיעה, וגרמו לכל הגבישים האחרים להידמות אליהם, להתגבש באותה צורה, ולזנוח את צורת ההתגבשות המקורית שהייתה מוכרת עד כה (Form 1). זו גם הסיבה לכך שניסיונותיה החוזרים ונשנים של סאנופי, לייצור גבישי Form 1, במפעל 'המזוהם' בזרעי Form 2 – כשלו. כאן המקום להעיר, כי גם הימצאות בלתי-מכוונת של זרעי Form 2 בסביבות החומר (unintentional seeding), ואף בחלל האוויר, עשויה להביא להתגבשותו בדרך זו בלבד. נדרשת אפוא נקיטת אמצעי זהירות וסטריליזציה קפדניים ביותר, על מנת להימנע מזיהום החומרים הרגישים, על כל העלויות הכרוכות בכך.

10. גילוי Form 2 היווה נקודת תפנית משמעותית. אם עד כה, הליכי הרישוי והשיווק של התרופה שיזמה סאנופי, היו מבוססים על צורת התגבשות מסוג Form 1; עתה, לנוכח היתרונות הגלומים ב-Form 2 – שיצוינו להלן – החלה סאנופי, בתהליך הדרגתי ארוך טווח, להסיט את חרטום הספינה, ולהתאים את רישיונותיה והיתריה, לתרופה המבוססת על Form 2. בד בבד, שקדה סאנופי על קבלת פטנט נוסף, שיגן על צורת ההתגבשות החדשה של גבישי קלופידוגרל ביסולפאט מסוג Form 2. סאנופי סברה, כי הליך הייצור, על יסוד Form 2, בא בגדר 'אמצאה', המצדיקה הגנת פטנט עצמאית ונפרדת מן הפטנט הראשון. כאמור לעיל, הפטנט הראשון, שתוקפו פג ביום 2.3.2008, הגן על כל צורות ההתגבשות, ועל כל אפשרויות ההמלחה, של החומר הפעיל קלופידוגרל, בכלל זה גם על צורת ההתגבשות מסוג Form 2 (אף שלא היתה ידועה במועד הרישום). אם כך, קבלת פטנט חדש, על Form 2, הייתה מביאה להארכת המונופול הפטנטי על צורת התגבשות זו, גם לאחר תום תקופת הפטנט הראשון, באופן שהיה מונע ממתחריה של סאנופי לייצר תחליפים גנריים המבוססים על Form 2, למשך כמה שנים נוספות. לצד זאת, הגנה זו, החלה על Form 2 בלבד, לא היתה מונעת ממתחריה להיכנס לשוק, לאחר פקיעת הפטנט הראשון, ולייצר תכשירים גנריים המבוססים על Form 1, או תכשירים המבוססים על שילוב החומר הפעיל קלופידוגרל עם מלח מסוג אחר (שאינו ביסולפאט).

11. כאן המקום להתייחס בקצרה לטעמים שעמדו בבסיס החלטת סאנופי, לעבור לייצור גבישי קלופידוגרל ביסולפאט על בסיס Form 2, ולחתור לקבלת פטנט על 'אמצאה' זו. המהלך של סאנופי טעון הסבר, מאחר שכאמור, החל ממועד פקיעת הפטנט הראשון, היו מתחרותיה הגנריות רשאיות ממילא להתחיל להתחרות בה בשוק החופשי; בין אם בייצור גנרי על בסיס Form 1, בין אם בייצור התרופה, תוך המלחת החומר הפעיל במלח מסוג שונה (שאינו ביסולפאט). הנחתה של סאנופי היתה, כי קבלת פטנט על צורת ההתגבשות Form 2, תטיל חיתתה על מתחרותיה הגנריות הפוטנציאליות, תדיר את רגליהן מהשוק הרלבנטי, אף בדרכים שהותרו להן, וזאת מן הטעמים הבאים:

ראשית, מתחרות פוטנציאליות שתבקשנה לייצר גבישי קלופידוגרל ביסולפאט על בסיס Form 1, צפויות היו לעמוד בפני תהליך יצור יקר במיוחד. זאת, נוכח העובדה כי גבישי Form 1 עשויים לעבור תהליך 'המרה ספונטני', במקרה של נוכחות זרעי Form 2, ולו בכמות מזערית. תכונה 'מגונה' זו של גבישי Form 1, דורשת, כאמור לעיל, רמה גבוהה במיוחד של סטריליזציה בתהליך הייצור, ושמירה על 'טוהר המחנה', מפני הסתננות זרעי Form 2 סוררים למרחב הייצור. הדבר מביא לעלויות יצור כבדות ביותר, ומעורר שאלות של כדאיות כלכלית. הסיכון שגבישי Form 1 יעברו 'המרה ספונטנית' לגבישי Form 2, ויסכנו את החברה הגנרית בתביעת השבה מחמת הפרת פטנט (אם בקשת סאנופי לרישום פטנט על Form 2 תתקבל), מפחיתה עד מאוד את התמריץ לייצר גבישי Form 1.

שנית, האפשרות להתחיל בייצור גנרי של תרופה המבוססת על המלחת החומר הפעיל קלופידוגרל במלח אחר, שאינו ביסולפאט, אף שהיא אפשרית, כרוכה בחסרונות למכביר במישור הכלכלי. זאת, משני היבטים: האחד – היבט רגולטורי; בחלק מהמדינות, דוגמת ארה"ב, כלל לא ניתן לקבל היתר שיווק לתרופה גנרית, שלא על בסיס המלח שבו נעשה שימוש בתרופת המקור, אלא לאחר הליך רישוי יקר וארוך. השני – היבט שיווקי; ככלל, במועד שבו פוקע פטנט על תרופה, האפשרות לאתר יצרני חומר גלם, שעושים שימוש במלח שונה מהמלח שנעשה בו שימוש בתרופת המקור – מצומצמת למדי. יתרה מכך, גם אם ניתן היה לאתר יצרן שכזה, הרי שחברת התרופות האתיות, יכולה בנקל לצאת במסע שיווקי מכפיש נגד יצרנית התרופה הגנרית (smearcampaign), ולשכנע את הצרכן, או את הגורמים הרפואיים האמונים על מתן טיפול, כי התרופה הגנרית החדשה אינה זהה לתרופת המקור, ובכך לפגוע בסחירותה, ובהיקף מכירותיה (כך, למשל, רשות התחרות הצרפתית קבעה, בהחלטה מספר 13-D-11, מיום 14.5.2013, כי סאנופי ניצלה את מעמדה המונופוליסטי בצרפת, בדרך של

השפעה על רופאים להמליץ על מתן פלוויקס, חלף תרופות גנריות אחרות). אם כן, חלופת הייצור הגנרי, באמצעות מלח אחר, עשויה גם היא להתברר כבלתי-כדאית כלכלית.

12. מן הטעמים האמורים הגישה סאנופי, ביום 15.6.1998, בקשת פטנט בצרפת (מספרה: FR 98/07,464), לצורך קבלת הגנה על תהליך הייצור של גבישי קלופידוגרל ביסולפאט, על יסוד Form 2 (להלן: בקשת הפטנט בצרפת); בקשה זו שימשה את סאנופי בהמשך הדרך, לצורך הוכחת טענה לקיומו של דין קדימה (להלן: Priority Document). בבקשת הפטנט האמורה, הוצגו 2 דרכים ליצירת גבישי Form 2: Example 1 ו- Example 2. אין מחלוקת, כי Example 2, נעדרת חיות משל עצמה, והיא מבוססת כל כולה על Example 1; משכך, הלכה למעשה, בקשת הפטנט בצרפת כללה רק דרך אחת ליצירת Form 2 (קרי, Example 1). ואולם, זהו אינו הפגם העיקרי שנפל בבקשת הפטנט הצרפתית, שכן לימים הסתבר, כי גם הדרך הראשונה – Example 1 – כפי שפורטה בבקשת הפטנט בצרפת, אינה מביאה ליצירת גבישי Form 2, כי אם ליצירת גבישי Form 1. זאת, לאחר שהתברר כי Example 1, חסרה שלב הכרחי בתהליך הייצור, ובלעדיו אין בקיצור נמרץ אציון, כי שלב הייצור הנוסף, שנעדר מבקשת הפטנט בצרפת, הוא השהיית הנוזל המכונה 'Mother Liquors', למשך פרק זמן של 3-6 חודשים, שבמהלכו 'מתבשלת' החומר הנוזלי די צורכו, עד ליצירת גבישי Form 2 (להלן: שלב הייצור הנוסף). הסיבה לכך שסאנופי שגתה באופן הגשת הבקשה שהגישה בצרפת, נבעה, ככל הנראה, מכך שהניסויים שערכה לקראת הגשת הבקשה, לא היו סטריליים דיִם, במובן זה שתהליך הייצור היה 'מזוהם' בזרעי Form 2. כאמור, קיומם של זרעי Form 2 בתהליך הייצור, מביא בהכרח ל'השתלטותם' על סוג הגביש המיוצר, כך שתהליך מביא ליצירת גבישי Form 2 בלבד. דא עקא, בקשה לקבלת פטנט על צורת ההתגבשות מסוג Form 2, המניחה קיומם של זרעי Form 2 בתהליך הייצור, אינה תואמת את הדרישות ההכרחיות למתן פטנט, שכן מדובר בהנחת המבוקש. נמצאנו למדים אפוא כך: Example 1 היתה מוטעית, וממילא, האמצאה שפורטה בבקשת הפטנט בצרפת (Priority Document) – לא היתה כשירת פטנט.

13. מכל מקום, ביום 10.6.1999, הגישה סאנופי בקשת פטנט בינלאומית – PCT/FR99/01371 – שהתבססה על בקשת הפטנט בצרפת לעניין דין קדימה (להלן: בקשת הפטנט הבינלאומית). במסגרת בקשה זו, לצד Example 1 המוטעית, כללה סאנופי גם דוגמאות נוספות ליצירת Form 2, שבחלקן נכלל שלב הייצור הנוסף; כלומר, דוגמאות שלטענת סאנופי אפשרו יצירת גבישי Form 2, בסביבה שאינה 'מזוהמת'

מלכתחילה בזרעי Form 2. בית המשפט המחוזי קבע, נוכח השתלשלות העניינים, כי הצורך בפירוט הבקשה לגבי שלב הייצור הנוסף, התגלה ככל הנראה בפרק הזמן שבין הגשת הפטנט בצרפת (יוני 1998), להגשת הפטנט הבינלאומית (יוני 1999), וזאת לאחר סאנופי ערכה בחינה מחודשת של הנסיבות שהביאו להיווצרותו הלא מכוונת של Form 2, במפעל בשוויץ.

הליכי הפטנט בישראל

14. ביום 20.11.2000, פנתה סאנופי לרשם הפטנטים הישראלי, וביקשה לרשום פטנט על גבישי קלופידוגרל ביסולפאט מסוג Form 2 (בקשת פטנט מספר 139790) (להלן: בקשת הפטנט או בקשת הפטנט השנייה). בקשה זו נסמכה על בקשת הפטנט הבינלאומית, כך שבדומה לה, כללה גם היא את Example 1 המוטעית, לצד דוגמאות נכונות נוספות; ואף היא נסמכה על ה-Priority Document, לצורכי דין קדימה. זאת, הגם שכאמור, כבר במחצית הראשונה של שנת 1999 ידעה סאנופי כי Example 1, בתנאים סטריליים, מובילה ליצירת Form 1 (ולא ליצירת Form 2), אלא אם כן קיים 'זיהום'; וכמו כן ידעה כי ה-Priority Document – שגוי וחסר תוקף (שכן מסמך זה מתאר רק דרך אחת, שגויה ביסודה, הלוא היא Example 1, לצורך הפקת Form 2).

15. במקביל, החלה סאנופי בהליכי רישוי מול משרד הבריאות, לצורך מעבר לשיווק תרופת הפלוויקס על בסיס Form 2. ביום 5.10.2006 פורסם דבר הגשת בקשת הפטנט, וביום 4.1.2007, הוגשו התנגדויות מטעם שתי חברות גנריות – אוניפארם וטבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ (להלן: טבע). ההתנגדויות נדונו והתבררו במאוחד, לפני סגן רשם הפטנטים, במשך כ-3 שנים. אציין, כי סמוך לאחר הגשת ההתנגדויות, ביקשה סאנופי, ביום 7.8.2007, לתקן את בקשת הפטנט, בדרך של מחיקת Example 1 השגויה, וכן בדרך של מחיקת תביעות מסוימות הקשורות בה, שנכללו בבקשת הפטנט (להלן: בקשת התיקון). בנימוקי בקשת התיקון הוטעם, כי נפלה שגגה בתום לב בתיאור Example 1, וכי כל רוקח מתחיל, 'בְּרֵי רַב דְּתֵּד יוֹמָא', היה מזהה מיד, כי בהעדר שלב הייצור הנוסף, Example 1 אינה יכולה להביא ליצירת גבישי Form 2, כי אם ליצירת גבישי Form 1 בלבד; ובלשונה של סאנופי (בתגובתה להתנגדות אוניפארם, מיום 5.7.2007): "לכל בעל מקצוע המעיין בדוגמא A1 [Example 1] – נ' ט' אליה מתייחסת המתנגדת [אוניפארם – נ' ט'] ברור כי נפלה בה טעות, באשר הושמט ממנה קטע קצר המתאר צעד נוסף הנדרש להכנת קלופידוגרל צורה 2 [קרי, שלב הייצור הנוסף – נ' ט']". סאנופי גם חזרה על הדברים ב"תגובה להתנגדות לתיקון בקשת הפטנט", מיום 21.2.2008, ולתמיכה בטענתה זו, אף צירפה חוות דעת מומחה.



16. אוניפארם וטבע התנגדו מכול וכול לתיקון בקשת הפטנט, ומשלב זה ואילך, הוקדש עיקר הדיון לפני סגן רשם הפטנטים לסוגיית התיקון. לבסוף, ביום 22.3.2010, הגיעו הצדדים להסכמה, שלפיה בקשת הפטנט תתוקן כמבוקש, וזאת "מהסיבה של העדר רלוונטיות ל- [Example 1] בשל מחיקת התביעות הקשורות בה".

17. לא עברו 3 חודשים ממועד ההסכמה על התיקון, וביום 6.6.2010 הודיעה סאנופי על זניחת בקשת הפטנט כולה, לא פחות, בציינה כי "אין בזניחת בקשת הפטנט כדי להוות הודאה באיזו מטענותיהן של המתנגדות לרישום פטנט [...]". ביום 20.6.2010 נסגר תיק הבקשה, ובהמשך פסק רשם הפטנטים למתנגדות, אוניפארם וטבע, הוצאות בסך של 100,000 ₪, ו-280,000 ₪, בהתאמה (ערעור אוניפארם בעניין ההוצאות – נדחה; ע"ו (ירושלים) 4384-02-11 אוניפארם בע"מ נ' SANOFI AVENTIS (21.12.2011)).

18. מטעמים שונים, שלגביהם קיימת מחלוקת בין הצדדים, נפתח השוק לגנריקה של תרופת הפלוויקס רק בחודש מאי 2009, כ-15 חודשים לאחר פקיעתו של הפטנט הראשון. ביתר פירוט, טבע קיבלה את האישורים הרגולטוריים לשיווק החלופה הגנרית שייצרה (Clopidogrel Teva), כבר בחודש ינואר 2007, אך החלה לשווק את התרופה בפועל רק במהלך חודש מאי 2009. אוניפארם, לעומתה, קיבלה את האישורים הנדרשים רק ביום 14.5.2009, והחלה לשווק את התרופה שייצרה (Clopid), סמוך לאחר תחילתו של מועד השיווק של טבע. התרופות, שהיו מבוססות שתיהן על גבישים מסוג Form 1, הביאו לצניחה של עשרות אחוזים במחיר תרופת הפלוויקס. לשלמות התמונה אציין, כי אוניפארם מעולם לא הצליחה להפוך לשחקן משמעותי בשוק התרופות מבוססות החומר הפעיל קלופידוגרל, וכיום התרופה המובילה בתחום שייכת לחברת דקסל (Clopidexcel), אשר עושה שימוש במלח מסוג Besylet.

19. לפני שאמשיך בתיאור העובדות – אבקש להקדים ולציין הערה חשובה, הנוגעת להסדר החוקי הקיים בחוק הפטנטים. על-פי הוראות חוק זה, מרגע קבלת פטנט, ועד תום תוקפו, רשאי בעליו "למנוע כל אדם זולתו מנצל בלי רשותו או שלא כדין את האמצאה שניתן עליה הפטנט [...]". (סעיף 49 לחוק הפטנטים). לעומת זאת, בתקופה שממועד הפרסום על הגשת בקשת פטנט, ועד להכרעה בה, עדיין לא קמה זכות קניינית למבקש הפטנט. בתקופה זו, "תפיסת דין הפטנטים היא כי אין להגביל את תחרות השוק החופשי, בדרך של מתן סעדים כנגד המתחרה, שתכליתם לבלום את ניצולו של פרטי האמצאה, נשוא בקשת הפטנט, ושימושו בפרטיה" (רע"א Merck & Co. Inc 6025/05. נ' טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ, פסקה 25 (19.5.2011) (להלן: עניין Merck)). ואולם, גם בתקופה זו,

המחוקק לא ראה בחופש התחרות ערך מוחלט, וביקש להגן גם על האינטרס של בעל האמצאה. לפיכך, קובע חוק הפטנטים, כי מבקש הפטנט יהיה זכאי, אם וכאשר בקשתו תאושר, לדרוש "תגמולים סבירים", מעין פיצויי הפרה רטרואקטיביים, ממתחרה שניצל את אמצאתו בתקופה שממועד הגשת בקשת הפטנט ועד לאישורה (סעיפים 179 ו-183 לחוק הפטנטים). משמעות הדבר היא, כי בתקופה האמורה, מתחרה המבקש לעשות שימוש באמצאה מושא הפטנט, אמנם אינו מפר את זכותו הקניינית של מבקש הפטנט, אך נוטל על עצמו סיכון לתביעה עתידית לפיצויי הפרה, אם בקשת הפטנט תתקבל. מטעם זה, מכונה תקופה זו בתעשיית התרופות – 'תקופת השקה בסיכון'. על רקע האמור, אעבור להציג עתה את השתלשלות ההליך המשפטי שלפנינו.

ההליך המשפטי לפני בית המשפט המחוזי

20. ביום 19.7.2011, הגישה אוניפארם תביעה כספית נגד סאנופי, לבית המשפט המחוזי מרכז-לוד (ת"א 33666-07-11; השופט ע' גרוסקופף), על יסוד טענה לעשיית עושר ולא במשפט. לשיטת אוניפארם, סאנופי פעלה בדרכים לא ראויות, כדי להביא להתמשכות תקופת הבלעדיות של הפטנט הראשון. זאת, תוך ניצול מעמדה המונופוליסטי לרעה, ואגב פגיעה בכללי התחרות ההוגנת. באופן קונקרטי יותר, טענה אוניפארם כי בקשת הפטנט הוגשה, אך ורק כדי ליצור, באופן מלאכותי ופסול, 'תקופת השקה בסיכון', אשר תרתיע את מתחרותיה הגנריות מכניסה לשוק, ותביא דה-פקטו להמשך שלטונה המונופוליסטי. לעניין זה נטען, כי סאנופי הגישה את בקשת הפטנט, על אף שידעה כי מדובר בבקשה חסרת בסיס משפטי, שסיכוייה להתקבל נמוכים ביותר; וכי מהלך זה אכן השיג את מטרתו, והרתיע את אוניפארם וטבע מכניסה לשוק באמצעות יצור תחליף גנרי המבוסס על תצורת Form 2, כל עוד בקשת הפטנט היתה תלויה ועומדת. חלף זאת, נאלצו אוניפארם וטבע להיכנס לשוק עם חלופה 'יקרה' יותר, המבוססת על Form 1, ובכך נפגעה יכולתן להתחרות באופן אפקטיבי עם סאנופי. אוניפארם הוסיפה וטענה, כי בקשת הפטנט עיכבה את כניסת המתחרות לשוק, גם בדרך של יצור גבישי Form 1, שכן הסכנה מפני תביעת הפרה עתידית של הפטנט השני, היתה קיימת גם במצב דברים זה, נוכח החשש מפני היווצרות 'המרה ספונטנית', מ-Form 1 ל-Form 2. כתוצאה מכך, התעכבה פתיחת השוק לחלופות גנריות, למשך תקופה בת 15 חודשים, על כל הנזקים הכלכליים הכרוכים בכך – למתחרות ולציבור כולו. בסיכומיה, מיקדה אוניפארם את טענותיה, ביחס להתנהלותה הפסולה של סאנופי, בשתי טענות מרכזיות: האחת – כי עצם ההגשה היתה פסולה, שכן מדובר היה בבקשת סרק 'חלשה' (טענה שנטענה במפורש בכתב התביעה); והשניה – כי סאנופי הטעתה את רשם הפטנטים, והסתירה ממנו מידע מהותי, במטרה לסרבל ולהאריך, בכוונת מכוון, את הליך ההתנגדויות, שכן כל יום של עיכוב, הביא להמשך השליטה המונופוליסטית, שמשמעותה – רווחים כספיים עצומים.

במישור הסעד, בשלב ראשון עתרה אוניפארם לקבלת צו למתן חשבונות, אשר יאפשר לה להעריך את שווי התעשרותה שלא כדין של סאנופי, במשך התקופה שבה הקימה חסם מלאכותי לתחרות, באמצעות הגשת בקשת הפטנט.

סאנופי טענה מנגד, כי בקשת הפטנט היתה לגיטימית ומוצדקת, ולראיה – בקשה זוהי התקבלה במספר מדינות בעולם. לטענתה, זניחת הבקשה נבעה מטעמים כלכליים גרידא, לאחר שהשוק ממילא נפתח לתחרות גנרית, בחודש מאי 2009. משכך, לא ראתה עוד טעם מסחרי בהשקעת משאבים בניהול הליכי ההתנגדות, שכן קבלת הפטנט לא היתה צפויה להביא להגדלה משמעותית של רווחיה. מעבר לכך, סאנופי גם כפרה בטענת אוניפארם להתנהגות פסולה מצדה, או להטעיית רשם הפטנטים, ועל כך הוסיפה, כי ממילא אין בסיס משפטי ל"עילת התביעה היצירתית" שביסוד התביעה.

החלטת בית המשפט המחוזי ופסק הדין

21. ביום 8.10.2015, בהחלטה מפורטת ומקיפה, קיבל בית המשפט המחוזי את בקשת אוניפארם למתן חשבונות, באופן חלקי (להלן: ההחלטה בעניין מתן חשבונות). תחילה, נדחתה טענה שהעלתה סאנופי, שלפיה, הטענה בדבר הטעיית רשם הפטנטים, לא הועלתה בכתב התביעה, ועל כן היא מהווה הרחבת חזית. בעניין זה נקבע, כי לכל היותר מדובר ב"הסתט דגשים"; לא יותר. לצד זאת, במישור העובדתי נקבע, כי אוניפארם לא הוכיחה ברמה הנדרשת, שבקשת הפטנט אכן היתה בקשה 'חלשה', שסיכויי קבלתה היו נמוכים מאוד מלכתחילה, ובוודאי שלא הוכיחה בראיות מספיקות, כי סאנופי העריכה, או היה עליה להעריך, במועד הגשת הבקשה בשנת 2000, כי מדובר בבקשה חסרת סיכוי ממשי. לצד זאת נקבע, כי "ההתרשמות הראשונית", בשים לב לראיות שבתיק, היא שאכן מדובר בבקשה 'חלשה'.

מנגד, טענת ההטעיה של אוניפארם – התקבלה. נקבע, כי הוכח "ברמת וודאות גבוהה", שסאנופי מסרה מידע מטעה, והעלימה מידע מהותי, במסגרת הליכי בקשת הפטנט, באופן שעולה כדי הטעייה מכוונת של רשם הפטנטים; במעשה ובמחדל. מסירת מידע מטעה – כיצד? באמצעות הכללת Example 1 בבקשת הפטנט, ובהסתמכות על בקשת הפטנט בצרפת, לצורך דין קדימה, חרף ידיעת סאנופי, כבר במועד הגשת הבקשה, כי Example 1 מוטעית, וכי הבקשה שהוגשה בצרפת – איננה כשירה לפטנט. העלמת מידע מהותי – כיצד? בהסתרת נסיבות גילוייה של צורת ההתגבשות Form 2, שכאמור נבעו מהתרחשות מקרית ובלתי-מתוכננת, ולא כתוצאה ממחקר ופיתוח במעבדה; וכן הסתרת העובדה שבנוכחות Form 2, כלל לא ניתן לייצר גבישי Form 1. הטעיות אלו, כך נקבע, העמידו את רשם הפטנטים "בפני סבך מידע שחלקו היה חסר וחלקו היה סותר",

הביאו לסרבול והארכת הליכי ההתנגדות, והעניקו לסאנופי יתרון בלתי-הוגן על פני מתחרותיה, אשר השוו את כניסתן לשוק, כל עוד בקשת הפטנט תלויה ועומדת; כלשון בית המשפט המחוזי: "איננו יכולים לדעת בוודאות מה היה קורה לו סאנופי הייתה נמנעת מהטעיה של רשם הפטנטים, ואולם בשים לב למהותיות המידע האמור, ולזהות הגורם האחראי להטעיה, עלינו להניח לחובתה של סאנופי כי טקטיקות ההטעיה ואי הגילוי בהן נקטה הקשו על כניסת גנריקה לשוק". נקבע אפוא, כי לולא ההטעיות, היה הדיון בבקשת הפטנט ובהתנגדויות לה, מורכב פחות ומהיר יותר. עוד נקבע, כעניין שבעובדה, כי הוכח קיומו של קשר סיבתי בין ההטעיות האקטיביות והפסיביות, לבין העיכוב בפיתוח חלופה גנרית על-ידי אוניפארם.

22. משנקבע כי סאנופי נהגה שלא כדין, במעשי ההטעיה הנ"ל, פנה בית המשפט המחוזי לבחון את השאלה, אם הדבר מקים הצדקה לחייבה להעביר את הרווחים שהפיקה כתוצאה מהתנהלות זו, לאוניפארם. בית המשפט המחוזי מצא, כי אכן יש מקום להורות כן, ובמסגרת זו קבע כמה הכרעות שיפוטיות, בכל אחד משלושת תחומי המשפט הנוגעים לענייננו.

בהתייחס לדיני הפטנטים, נקבע כי סאנופי הפרה את חובתה למסור לרשם הפטנטים מידע נכון ומלא, וכי באופן כללי, ראוי להחמיר עם אלו שאינם מקפידים "על שלמות ודיוק המצגים שהם כוללים בבקשת הפטנט". עוד נקבע, כי דיני הפטנטים – ובפרט סעיף 18ג לחוק הפטנטים, הקובע שורה של סנקציות מינהליות ופליליות, שניתן להטיל על מבקש שהטעה את רשם הפטנטים – אינם יוצרים 'הסדר שלילי', המונע הגשת תביעות אזרחיות המבוססות על מערכות דינים אחרות, ובכלל זאת, תביעת השבה מחמת עשיית עושר ולא במשפט.

בכל הנוגע לדיני התחרות, נקבע כי הטעיית רשם הפטנטים על-ידי סאנופי, מטילה עליה אחריות מכוח סעיף 29א(א) לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988 (להלן: חוק התחרות), משום שהדבר מהווה ניצול לרעה של מעמדה המונופוליסטי בשוק הרלבנטי. בהקשר זה קבע בית המשפט המחוזי, כי יש להעניק לסעיף 29א(א) הנ"ל, פרשנות התואמת את הדין האירופאי – המקל בתנאים להטלת אחריות בגין הטעיית רשם הפטנטים על-ידי בעל מונופולין – ואין לפנות לצורך כך לדין האמריקאי, המחמיר בדרישותיו. בהקשר זה גם נפסק, כי לצורך הטלת אחריות כאמור, די ברשלנות מצד מגיש הבקשה, ואין צורך בהוכחת כוונת הטעייה, הגם שבמקרה דנן "הראיות [...] מחייבות לקבוע שלא ברשלנות מדובר, אלא במעשה מכוון". עוד נקבע, כי אף אין צורך להוכיח כי רשם הפטנטים אכן הוטעה בפועל, שכן לצורך הטלת אחריות, די בכך שסאנופי הגישה

את הבקשה כדי לעכב את מתחרותיה מלהיכנס לשוק. בענייננו, "מסכת הראיות [...]" מוכיחה כי תכניתה אף צלחה במידה לא מבוטלת, והביאה לעיכוב התחרות למשך לפחות 15 חודשים". נקבע אפוא, כי אמנם, לא ניתן לדעת בוודאות אם תוצאת הליכי בחינת הפטנט היתה שונה אלמלא ההטעיה, אך יש לזקוף חסר ראייתי זה לחובת סאנופי, בהסתמך על דוקטרינת הנזק הראייתי, שכן עמימות עובדתית זו אינה אלא פועל יוצא של התנהלותה הפסולה.

אשר לדיני עשיית עושר ולא במשפט – בית המשפט המחוזי ציין, כי דינים אלה מאפשרים מתן סעד נוסף, בדמות שלילת רווחי המפר, במצבים שבהם הופר כלל משפטי חקוק, המוגדר ב"דין חיצוני"; דהיינו, במערכת דינים שהיא חיצונית לדיני עשיית עושר ולא במשפט. לגבי ענייננו-אנו, נקבע כי אכן הופרו דיני הפטנטים ודיני התחרות – כך שניתן להורות על השבת הרווחים שהפיקה סאנופי כתוצאה מההפרה. לצד זאת, ולמעשה – למעלה מן הצורך, נקבע כי תפקידם של דיני עשיית עושר ולא במשפט, אינו מתמצה אך במתן סעד נוסף במקרה של הפרת 'דין חיצוני', אלא מדובר בעניין רחב יותר, הכולל בתוכו אפשרות לכונן או ליצור, בדרך של חקיקה שיפוטית, כללים משפטיים חדשים – שיצדיקו מתן סעד של השבת רווחי ההפרה. בהקשר זה נקבע, משיקולי מדיניות שצוינו בפסק הדין, כי ככלל, יש להכיר בהטעיה של רשם הפטנטים, שתכליתה להביא להארכה דה-פקטו של תקופת המונופולין של מבקש הפטנט, כהפרה של 'כלל תחרות', המְנַפֵּה את מתחריו של המפר, לתבוע את הרווחים שהופקו כתוצאה מההטעיה. זאת, גם אם לא הוכחה הפרה של הוראת חוק קונקרטי. לבסוף, נוכח הקביעות האמורות, הוכרע כי יש להכיר בזכאותה של אוניפארם לקבלת סעד מכוח דיני עשיית עושר.

23. נקבע אפוא, כי לאוניפארם עומדת עילת תביעה נגד סאנופי, להשבת הרווחים שהפיקה כתוצאה מהתנהלותה הפסולה, וכי סאנופי נדרשת להעביר דיווח על כלל הכנסותיה בישראל, כתוצאה ממכירת תרופת הפלוויקס, בתקופה שבין מועד פקיעת הפטנט הראשון לבין מועד זניחת בקשת הפטנט השני. לצד זאת, מאחר שתביעת אוניפארם הוגבלה, לצרכי אגרה, לסכום של 2.6 מיליון ₪, נקבע כי סאנופי תוכל לפטור עצמה ממתן חשבונות כאמור, אם תיתן הסכמתה לקבלת התביעה במלואה (מבלי לוותר על זכות הערעור). סאנופי אכן הודיעה כי היא מעדיפה את האפשרות החלופית, ועקב כך, ביום 4.2.2016, ניתן פסק דין, שבגדרו התקבלה התביעה, כפי המוסכם.

24. ביום 16.3.2016, הגישה סאנופי ערעור נגד קביעות בית המשפט המחוזי, בעניין חיובה בהשבת רווחיה. אוניפארם מצדה, הגישה ערעור שכנגד בעניין הסעד האופרטיבי שנפסק. לטענתה, היה מקום לחייב את סאנופי במסירת דיווח על חשבונותיה, ורק לאחר

מכן להשלים את בירור התביעה. בהתאם ביקשה, כי התיק יוחזר לבית המשפט המחוזי, לצורך השלמת בירור, כפי האמור. בהמשך הוגשה גם עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה דאז, שלימים באה בנעליו היועצת המשפטית לממשלה, המכהנת כיום (להלן: היועצת או היועמ"ש).

פסק הדין נושא הדיון הנוסף

25. לאחר השלמת ההליכים, ניתן פסק דין בערעור, הוא פסק הדין מושא הדיון הנוסף. דעת הרוב קבעה, כי יש לדחות את הערעור שהגישה סאנופי, ולקבל את הערעור שכנגד שהגישה אוניפארם, במובן זה שהתיק יוחזר לבית המשפט המחוזי, לצורך הגשת חשבונות וקביעת שיעור ההשבה. חוות הדעת העיקרית נכתבה על ידי המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר, שלתוצאתה הסכימה השופטת ע' ברון, וזאת נגד דעתו החולקת של השופט ג' קרא. בשל ריבוי הסוגיות והדעות השונות, אסקור את עמדות חברי ההרכב, כל אחת לחוד, על-פי סדר כתיבתן.

חוות הדעת של המשנה לנשיאה (בדימ') השופט ח' מלצר

26. את חוות דעתו, חילק השופט מלצר ל-3 חלקים: חלק דיוני, חלק משפטי וחלק עובדתי. בחלק הדיוני, דחה השופט מלצר את טענת סאנופי, כי סוגיית הטעיית רשם הפטנטים לא נטענה בכתב התביעה, ומהווה הרחבת חזית. בהקשר זה קבע, כי גם אם הטענות המשפטיות בדבר הטעיית רשם הפטנטים, לא צוינו במפורש בכתב התביעה, ניתן להסתפק בכך שבכתב התביעה נזכרו עיקרי העובדות המבססות עילות משפטיות אלה, כדי לדחות את הטענה להרחבת חזית. בהתייחס לטענות עובדתיות שלא נזכרו בכתב התביעה, נקבע כי גם בהן אין משום הרחבת חזית, שכן עובדות אלה כלל לא היו שנויות במחלוקת בין הצדדים לכל אורך ההליך. ממילא, היה באפשרותה של אוניפארם להתגונן מפני טענותיה של סאנופי, כפי שאכן עשתה. הטענה להרחבת חזית נדחתה אפוא.

27. בחלק המשפטי, צלל השופט מלצר למעמקי התיאוריה המשפטית שבבסיס דיני עשיית עושר ולא במשפט. בתוך כך, שרטט השופט מלצר 3 פרדיגמות תביעה אפשריות בעילת עשיית עושר ולא במשפט, ואת דבריו תמך בפסיקה ובספרות: פרדיגמת הנטילה – עניינה במקרים שבהם הזוכה הפיק רווח ממשאב כלשהו, שנטל שלא על-פי זכות שבדין מאת המזכה. תכליתה המרכזית, הגנה על הקניין, הרכוש, או על כל אינטרס בר-הגנה אחר של המזכה; פרדיגמת הפרת חובת האמון – מקימה עילת השבה במקרים של התעשרות שהפיק הזוכה, כתוצאה מהפרת חובת אמון שלו כלפי המזכה; פרדיגמת הפרת כללי תחרות – מתייחסת למצבים שבהם מתחרה בענף תחרותי-מסחרי מסוים, מפיק רווח כתוצאה מהפרת כללי התחרות הקיימים באותו ענף, באופן שמצדיק, משיקולי הרתעה,

ליטול את רווחיו-שלו, ולהעבירם למתחריו. לאחר שאֶזן, תָקַר ותָקַן, בא השופט מלצר לכלל מסקנה, כי במצבים של "התעשרות שנגרמה על-ידי התנהגות בלתי הוגנת של מתחרה", דוגמת זה שלפנינו, פרדיגמת התביעה המתאימה ביותר היא 'פרדיגמת הפרת כללי התחרות'.

28. מכאן, כשהוא נותר עדיין בשדה התיאורטי, פנה השופט מלצר לדון בשאלת זהות כללי התחרות, והמקורות המשפטיים ליצירתם. בהקשר זה קבע השופט מלצר, כי מאחר שלשיטתו (וכפי שגם קבע בית המשפט המחוזי) סאנופי הפרה הוראת חוק ספציפית המכוננת 'כלל תחרות', הרי שהשאלה אם ניתן להכיר ב'כללי תחרות' חדשים מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט בדרך פסיקתית, בדומה לקביעה כי ניתן להכיר מכוח דינים אלה ב'כללי זכאות' חדשים (לעניין זה, ראו: רע"א 5768/94 א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה, פ"ד נב(4) 289 (1998) (להלן: הלכת א.ש.י.ר.); על כך ארחיב בהמשך) – היא שאלה עיונית בלבד בנסיבות ענייננו, וניתן להותירה לעת מצוא. בהמשך לאמור, קבע השופט מלצר, כי הוראות סעיף 29 לחוק התחרות וסעיף 18 לחוק הפטנטים, הן נורמות שתכליתן להגן על התחרות ההוגנת בשוק, ועל כן, ככאלה, יש לסווגן כ'כללי תחרות', שהפרתן עשויה להצדיק חיוב בהשבת ההתעשרות שהופקה כתוצאה מכך.

29. באשר למשטר האחריות הדרוש, לצורך חיוב בהשבה מחמת הפרת כלל תחרות, קבע השופט מלצר, כי ככלל, יש להוכיח כי היסוד הנפשי של המתחרה-מפר, הוא מודעות וכוונה. זאת, כך נקבע, משום שמשטר אחריות ברף נמוך יותר, עלול להביא להרתעת-יתר של מבקשי פטנטים פוטנציאליים, שיִמְנְעו מהגשת בקשות לפטנטים, שמא יִטְעו בשוגג או ברשלנות את רשם הפטנטים, ויסתכנו בתביעת השבה על-ידי מתחריהם. עוד נקבע, כי משטר אחריות של רשלנות, עשוי לתמרץ מבקשי פטנטים להציף את רשם הפטנטים במידע מיותר ובלתי-נחוץ, כדי לסכל מראש טענות אפשריות של העלמת מידע או הסתרה, והדבר יביא לסרבול והכבדה של הליכי בקשת הפטנט. בנוסף נקבע, כי מאחר שביסוד פרדיגמת הפרת כללי התחרות עומדת תכלית הרתעתית, ראוי לחייב את מִפְרֵי כללי התחרות, רק במקרים שבהם ההפרה נעשתה על-ידם ביודעין ובמתכוון, ולא בשוגג או ברשלנות, שאז אפקט ההרתעה ממילא נמוך יותר. לצד האמור נקבע, כי מקום שבו הוראת החוק הקובעת 'כלל תחרות', מורה במפורש על משטר אחריות ברף נמוך מיסוד נפשי של כוונה, ראוי יהיה לקבוע, כי משטר אחריות זה יחול גם לגבי ביסוס האחריות בדיני עשיית עושר ולא במשפט. בענייננו, קבע השופט מלצר, כי אין מקום להתערבות בקביעת בית המשפט המחוזי, שלפיה סאנופי הטעתה באופן מכוון את רשם הפטנטים, ומשכך, ניתן להותיר את שאלת משטר האחריות לעת מצוא.

30. בנוסף לאמור, דחה השופט מלצר את טענת סאנופי, שלפיה הוראות חוק הפטנטים יוצרות 'הסדר שלילי', המונע את אוניפארם מלהגיש, במקרה דנן, תביעת השבה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. זאת, תוך הבחנת נסיבות ענייננו, מן המקרה שנדון בעניין Merck, שבו נדחתה בקשתו של מבקש פטנט, להכיר בעילת תביעה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, נגד מתחרה שהעתיק את אמצאתו ב'תקופת ההשקה בסיכון', מחמת קיומו של 'הסדר שלילי'.

31. לאחר הנחת היסודות הנורמטיביים, עבר השופט מלצר ליישום הדברים בענייננו – זהו החלק העובדתי. בהקשר זה קבע תחילה, כי אין להתערב בממצאים העובדתיים שקבע בית המשפט המחוזי, שלפיהם סאנופי הטעתה את רשם הפטנטים בכך שהכלילה את Example 1 השגויה בבקשת הפטנט, ובכך שהסתמכה על Priority Document – השגוי אף הוא – לצורך דין קדימה; וכן בכך שהסתירה מרשם הפטנטים את העובדה שצורת ההתגבשות Form 2, שעליה נסבה בקשת הפטנט, התגלתה באופן ספונטני ומקרי. בהתייחס להטעיה השניה – העלמת נסיבות היווצרות Form 2 – נפסק, כי לצורך קביעה שאכן מדובר בהטעיה, אין צורך להכריע במחלוקת שהתגלעה בין הצדדים, בשאלה אם תצורה גבישית חדשה שהתגלתה מאליה עשויה להיחשב אמצאה כשירת פטנט, ואם היא עומדת בדרישה לקיומה של 'התקדמות המצאתית' (סעיף 3 לחוק הפטנטים). זאת, שכן גם אם תצורה גבישית שכזו נחשבת לפטנטבילית, הרי שדי בעובדה כי התקבלה באופן ספונטני ומקרי, כדי להשפיע על סיכוייה לעמוד בדרישת 'ההתקדמות ההמצאתית'. לפיכך, היה במידע זה כדי להשפיע על הליכי בחינת בקשת הפטנט, ובהתאם – השמטתו מהווה הטעיה של רשם הפטנטים.

32. בהמשך נדחתה גם טענת סאנופי, שלפיה לא הוכח כי ההטעיה נגעה ל'מידע מטריאלי'; כלומר, מידע שגילויו היה מונע את אישור הפטנט. בהקשר זה קבע השופט מלצר, כי דרישת המטריאליות במקרה דנן, אינה זהה לדרישה הנהוגה בארה"ב, על-פי עילת ה-Inequitable Conduct, שכן אין מדובר בפטנט שאושר על סמך הטעיה, כי אם בפטנט שנזנח על ידי מבקשו. לפיכך, דרישת המטריאליות בענייננו תיבחן לפי השאלה אם "אלמלא ההטעיה, ההליכים בפני רשם הפטנטים היו מתקצרים באופן שהיה מאפשר למתחרות הגנריות של סאנופי (אוניפארם וטבע) להתחיל לשווק את התחליפים הגנריים מתוצרתם מיד לאחר פקיעת הפטנט הראשון". בהקשר זה נקבע, כי הוכח שיש להשיב על שאלה זו – בחיוב. עוד קבע השופט מלצר, כי אין להתערב בקביעת בית המשפט המחוזי,



שלפיה מעשי ההטעיה נעשו במכוון. בתוך כך, נדחתה גם טענת סאנופי להיפוך נטלי הראיה, בכל הנוגע למצבה המנטלי – מזידה או שוגגת – בעת הטעיית רשם הפטנטים.

לנוכח האמור, קבע השופט מלצר, כי סאנופי הטעתה את רשם הפטנטים, ובכך הפרה את כלל התחרות המעוגן בסעיף 18ג לחוק הפטנטים. בהתאם קבע, כי ניתן לתבוע את השבת הרווחים שהפיקה סאנופי כתוצאה מהפרה זו.

33. בנקודה אחת חלק השופט מלצר על בית המשפט המחוזי – בקביעתו כי סאנופי הפרה גם את סעיף 29א(א) לחוק התחרות. בהקשר זה, השופט מלצר היה נכון לקבל את פרשנות בית המשפט המחוזי, כי יש לפרש את הוראת החוק בהתאם לפרשנות האירופית, שלפיה אין דרישה להטעיה מכוונת, ואף אין צורך להוכיח כי רשם הפטנטים הוטעה בפועל. יחד עם זאת, השופט מלצר סבר, כי לא ניתן לקבוע בענייננו שסעיף זה הופר. זאת, מאחר שלשיטתו הסעיף האמור חל רק כאשר בעל מונופולין פוגע בתחרות "כתוצאה משימוש במעמד מונופוליסטי בלבד", בעוד שבעניין דנן, "לא מעמדה של סאנופי כמונופולין הוא שאיפשר לה להטעות את רשם הפטנטים", כך ש"לא ניתן לומר שהיא ניצלה את מעמדה בשוק כדי לפגוע בתחרות".

34. אשר לקשר הסיבתי שבין הטעיית רשם הפטנטים לבין התעשרותה של סאנופי על חשבון אוניפארם, קבע השופט מלצר, כי אין מקום להתערב בקביעתו העובדתית של בית המשפט המחוזי, שלפיה, אלמלא ההטעיה, היו הליכי בקשת הפטנט מהירים ופשוטים יותר, ומשליכים על נכונותן של החברות הגנריות להיכנס לשוק בשלב מוקדם יותר, באופן שהיה בו כדי להשפיע על התעשרות סאנופי. לצד זאת, השופט מלצר הכיר בכך ש"אימוץ רכיב הקשר הסיבתי כפי שחל בענפים אחרים של המשפט הפרטי, מעורר קושי מסוים בביסוס קיומו של קשר סיבתי על סמך השערות ביחס להשלכות ההטעיה, הן בשאלת ההתעשרות של סאנופי והן בשאלה אם התעשרות זו הייתה על חשבון אוניפארם, ואם כן באיזו מידה" (פסקה 155 לחוות דעתו). בהתייחס לעמדתו החולקת של השופט קרא (שתובא להלן), ציין השופט מלצר, כי התכלית ההרתעתית שביסוד עילת התביעה, מצדיקה להגמיש את סטנדרט הבחינה של יסוד הקשר הסיבתי. עוד קבע השופט מלצר, כי אמנם, מסכת העובדות שהוכחה אינה מאפשרת לקבוע בוודאות מה היו פני הדברים אלמלא ההטעיה, אלא ש"יש לזקוף לחובת סאנופי את העמימות העובדתית שנובעת מההטעיה", וזאת – כפי שקבע בית המשפט המחוזי – בהיקש מדוקטרינת הנזק הראייתי. אשר לסכום ההשבה הראוי, נקבע כי מדובר בסוגיה מורכבת, שכן מטבע הדברים התעשרותה של סאנופי לא היתה רק, ואולי אף לא בעיקר, על חשבון אוניפארם, כי אם על חשבון כלל המתחרות הגנריות שנמנעו מייצור, וכן גם על חשבון ציבור המטופלים

שרכש תרופות במחיר יקר, בתקופת ההפרה, אך בשלב זה אין לטעת מסמרות בסוגיה זו.

בעניין הערעור שכנגד, הצטרף השופט מלצר לעמדת חברתי השופטת ע' ברון (שעל אודותיה אפרט להלן), וקבע כי יש מקום לקבלו.

חוות הדעת של השופט ג' קרא

35. השופט קרא הסכים עם עיקרי קביעותיו של השופט מלצר, ובפרט עם מסקנתו כי "ניתן לחייב את המתחרה-הזוכה להשיב למתחרה-המזכה רווח שהפיק הראשון על חשבונו של האחרון, עקב הפרת נורמה של כלל תחרות, מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט". לצד זאת, השופט קרא חלק על כמה מקביעותיו של השופט מלצר, ובפרט על קביעתו לגבי התקיימות יסוד הקשר הסיבתי. משכך, מסקנתו הסופית היתה כי יש לקבל את ערעורה של סאנופי. ביתר פירוט, השופט קרא סבר כי כלל התחרות שהופר בענייננו, איננו הוראת סעיף 18ג לחוק התחרות, באשר זו לא הופרה במקרה דנן. השופט קרא סבר, כי הנורמה שהופרה על-ידי סאנופי, היא חובת תום הלב הכללית החלה עליה, מכוח סעיפים 15, 39 ו-61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים) (ששילובם מלמד כי "פעולה משפטית" צריכה להיעשות בתום לב). לשיטתו, כאשר מבקש פטנט הפר איסור זה, והתעשר בעקבות הטעיית מתחריו, או הטעיית רשם הפטנטים, ניתן להורות על השבת התעשרותו, מאחר שמדובר בהתעשרות "שלא על פי זכות שבדין".

36. אשר לדרישת הקשר הסיבתי, השופט קרא סבר כי נדרש להוכיח "קשר סיבתי כפול": הן קשר סיבתי בין ההטעיה של מבקש הפטנט (סאנופי) לבין טעותו של המתחרה (אוניפארם) – כלומר, אין די בעצם קיומה של הטעיה, ויש להראות כי אוניפארם הוטעתה בפועל, כשבהקשר זה חידד השופט קרא כי לגישתו "מושא ההטעיה" אינו רשם הפטנטים, אלא המתחרה; הן קשר סיבתי בין טעותו של המתחרה הגנרי, לבין החלטתו שלא לבצע 'השקה בסיכון', או להתעכב עם פיתוח התרופה הגנרית. ב'ישום הדברים קבע השופט קרא, כי לא ניתן לומר שאוניפארם הוטעתה בפועל לגבי עוצמת בקשת הפטנט, שכן מכלול האינדיקציות הקיימות בתיק, לרבות טענותיה-שלה, במסגרת התנגדותה לבקשת הפטנט, מלמדות כי ידעה להעריך היטב את סיכויי הבקשה להתקבל. את מסקנתו-זו, תמך השופט קרא בשורה של קביעות עובדתיות בפסק הדין המחוזי, המלמדות לשיטתו על כך שאוניפארם, כמו גם טבע, כלל לא הוטעו, ובחרו באופן מודע להימנע מלבצע השקה בסיכון, מחשש שמא בקשת הפטנט תתקבל. לדברי השופט קרא, סיכון זה אינו אלא סיכון עסקי מחושב, שאין להטילו על כתפי סאנופי. לפיכך, בהינתן שאוניפארם לא

באה לכלל טעות, לא ניתן לקבוע כי הבקשה המטעה הביאה להחלטתה שלא להיכנס לשוק, וממילא זו גם אינה הסיבה להתעשרותה של סאנופי.

37. השופט קרא הוסיף וקבע, כי גם אם נניח, כדעת שופטי הרוב, שרשם הפטנטים היה מושא ההטעיה, ולא אוניפארם, עדיין לא ניתן לומר כי יסוד הקשר הסיבתי מתקיים בעניין דנן. כך, משום שתנאי הכרחי לקיום קשר סיבתי, הוא שלולא ההטעיה בבקשת הפטנט, היה רשם הפטנטים נמנע מלקבלה. דא עקא, הן בית המשפט המחוזי, הן השופט מלצר, קבעו כי לא ניתן להסיק מסקנה שכזו מהראיות שבתיק, ובהחלט יתכן שכלל לא היה מדובר ב"בקשת פטנט חלשה"; לראיה – בקשה זהה התקבלה במספר מדינות בעולם. השופט קרא גם חלק על קביעתו של השופט מלצר, שלפיה הקשר הסיבתי נובע מכך שאלמלא ההטעיה, היה הדיון בהליכי ההתנגדויות מתנהל באופן מזורז ופשוט. לגבי דידו, טענה זו אינה עומדת במבחן המציאות, שכן כבר בחודש אוגוסט 2008, הגישה סאנופי את בקשת התיקון, ובכך הצהירה על טעותה בריש גלי. ועדיין, הבקשה נותרה תלויה ועומדת משך 3 שנים, עד חודש יוני 2010 – הוא המועד שבו זנחה על-ידי סאנופי – וזאת מבלי שהיה ב'גילוי הטעות' כדי לזרז או לייעל את ההליכים.

מסקנתו של השופט קרא היתה אפוא, כי לא ניתן להקל בדרישת הקשר הסיבתי, מאחר שהדבר שקול לפסיקת פיצויים עונשיים. אמנם, לדבריו, בנסיבות מסוימות ניתן לפסוק פיצויים שכאלה, אך אין לעשות כן במקרה דנן, משום שטענות הצדדים בסוגיה סבוכה ומורכבת זו – לא נשמעו.

חוות הדעת של השופטת ע' ברון

38. חברתי השופטת ברון הסכימה אף היא לקביעתו העקרונית של השופט מלצר, שלפיה הטעיה מכוונת של רשם הפטנטים על-ידי מבקש פטנט, עשויה להצמיח למתחריו סעד של השבת התעשרות בעילה של עשיית עושר ולא במשפט, אם נמצא כי ההתעשרות באה על חשבונם. באשר למקור הנורמטיבי שביסוד תביעה זו, ובהתייחס למקרה דנן, הסכימה השופטת ברון עם קביעתו של השופט קרא, כי ניתן לבסס את התביעה על הפרת חובת תום הלב הכללית, ההופכת את התעשרותו של מי שהטעה את רשם הפטנטים, להתעשרות "שלא על פי זכות שבדין". לעומת זאת, בכל הנוגע למחלוקת לגבי הקשר הסיבתי, הצטרפה השופטת ברון למסקנתו של השופט מלצר, אך הבהירה, כי לגישה אין צורך "להידרש להגמשת סטנדרט הסיבתיות", שכן יסוד הקשר הסיבתי במקרה שלפנינו הוכח כדבעי, ועל כן, אינו טעון 'הגמשה'. לדבריה, מאחר שגורלה של בקשת פטנט מוכרע על-ידי רשם הפטנטים, אזי מטבע הדברים, אומדן סיכויי קבלת הבקשה, הוא הנתון שמשפיע על קבלת ההחלטה של החברות הגנריות, אם ומתי להיכנס לשוק. במובן

זה, קבעה השופטת ברון, בדומה לשופט מלצר, ובניגוד לדעתו של השופט קרא, כי מושא ההטעיה הוא רשם הפטנטים, ולא החברות הגנריות. זאת, שכן גם אם האחרונות לא טעו בעצמן בהערכת 'חוזק' הבקשה, יתכן בהחלט שההטעיה, שדבר קיומה אינו מוטל בספק, הקשתה עליהן להעריך את הסיכון לכך שרשם הפטנטים יקלע לכלל שגגה, ויעניק אישור פטנט, אף שלטעמן אין כל הצדקה לכך. ממילא, ניתן לומר כי 'ערפל' זה, ביחס לתוצאות המשפטיות של הליך בקשת הפטנט, הרתיע אותן מלהיכנס לשוק בשלב מוקדם יותר (בין על בסיס Form 1, בין על בסיס Form 2). עוד בעניין זה, חלקה השופטת ברון על השופט קרא, ולדעתה אין להתערב בקביעת בית המשפט המחוזי, שלפיה בקשת הפטנט סרבלה את הליך בירור בקשת הפטנט השני, האריכה את תקופת המונופולין שממנו נהנתה סאנופי, ובהתאם גם הקשתה על מתחרותיה לנהל סיכונים 'בעיניים פקוחות'. לשיטתה, אם אכן נוצר נזק ראייתי בעניין זה, האחריות לו רובצת על כתפי סאנופי בלבד. מסקנתה אפוא, כי דין הערעור העיקרי – להידחות.

39. אשר לערעור שכנגד, לדעתה של השופטת ברון דינו להתקבל, ובהתאם הורתה על החזרת התיק לבית המשפט המחוזי, לצורך מתן חשבונות וקביעת שיעור ההשבה. זאת, משמצאה כי הסעד העיקרי שנתבע היה מתן חשבונות; כי הסכום שבכתב התביעה נרשם לצרכי אגרה בלבד; וכי לא ניתנה לאוניפארם הזדמנות להביע התנגדות למתן הסעד המצומצם שנקבע בפסק הדין. כאמור לעיל, למסקנת השופטת ברון בערעור שכנגד, הצטרף גם השופט מלצר.

40. סיכומו של דבר: הערעור העיקרי – נדחה; הערעור שכנגד – התקבל. מכאן שתי הבקשות לדיון נוסף שלפנינו – האחת מטעם סאנופי, והשניה מטעם היועצת המשפטית לממשלה. אציין, כי בקשת סאנופי לדיון נוסף התייחסה למרבית הסוגיות שנדונו בפסק הדין, בעוד שבקשת היועצת המשפטית לממשלה התמקדה בסוגיה אחת בלבד – הפרשנות המצמצמת שניתנה על-ידי השופט מלצר לסעיף 29א(א) לחוק התחרות.

41. ביום 14.3.2021 הורתה חברתי, הנשיאה א' חיות, על קיומו של דיון נוסף בפסק הדין, על יסוד 2 הבקשות שהוגשו, מבלי שהדיון נתחם לסוגיה מסוימת. בד בבד, התירה חברתי הנשיאה הגשה של בקשת הצטרפות, על-ידי 2 מבקשים ייצוגיים, בשתי תובענות ייצוגיות שהוגשו נגד סאנופי, המבוססות על העילה שביסוד ההליך דנן (ת"א 16856-03-16; ת"צ 26085-03-16; הדיון בשני ההליכים אוחד, ובהמשך עוכב בהחלטת השופטת (כתוארה אז) א' חיות, ברע"א Sanofi 7357/16 ל'דום (5.12.2016), עד לאחר מתן פסק

דין בערעור נושא הדיון הנוסף). לאחר שהושלמו טיעוני הצדדים בכתב, התקיים ביום 26.7.2022 דיון בעל-פה, שבו שטחו הצדדים את טענותיהם, ובכלל זה גם מבקשי ההצטרפות. הצדדים התייחסו בכתבי טענותיהם למכלול הסוגיות יחד, ולפיכך אציג את טיעונייהם באותה דרך, מבלי להפריד בין שתי הבקשות.

טענות הצדדים

עיקרי טענות סאנופי

42. עמדתה העקרונית של סאנופי, היא כי אין להכיר בעילת תביעה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, במקרה של הטעיית רשם הפטנטים. לדידה, ככלל, כאשר מדובר בהסדר חקיקתי מפורט, הנתון לעדכונים תכופים, כמו חוק הפטנטים, אין מקום לייבא לתוכו תרופות 'חיצוניות', שעלולות להפר את האיזון העדין שנקבע בו. נטען, כי לעילת התביעה החדשה שהוכרה בפסק הדין, בפרט בתצורתה המרחיבה ו'הפרוצה' בדעת הרוב, אין אח ורע במדינות הים, ולא בכדי; היא אף אינה עולה בקנה אחד עם פסק הדין בעניין Merck. מעבר לכך, גם אם יוחלט להכיר בעילת התביעה האמורה, סאנופי סבורה כי יש להציב לה גבולות ברורים, וזאת, בעיקרו של דבר, ביחס ל-3 סוגיות מרכזיות.

האחת – סוגיית הקשר הסיבתי. נטען, כי דעת הרוב מביאה לתוצאה, שלפיה ניתן להפעיל את דיני עשיית עושר ולא במשפט לתכלית הרתעתית, תוך ויתור דה-פקטו על דרישת הקשר הסיבתי בין המעשה הפסול הנטען, לבין התעשרותו של הזוכה על חשבון המזכה. עוד נטען, כי גם הפסיקה המעטה, שהכירה ב"דוקטרינת ההשבה ההרתעתית" מכוח דיני עשיית עושר, ובתוך כך הקלה בדרישה כי ההתעשרות תבוא 'על חשבון' הישיר של המזכה, לא ויתרה על הדרישה האלמנטרית, לפיה תופק ההתעשרות כתוצאה מהמעשה הפסול. דא עקא, בענייננו לא הוכח כל קשר סיבתי בין השניים. לטענת סאנופי, לקביעה זו השלכות רוחב כבודות משקל, בתחומי משפט רבים, ומשמעותה – הפיכת תרופת ההשבה שבדיני עשיית עושר לפיצוי עונשי.

השנייה – נוגעת לשימוש שנעשה בפסק הדין, בדוקטרינת הנזק הראייתי המובנה. קרי, מצב שבו המעשה הפסול שנעשה, הוא שגרם לעמימות הראייתית, כאשר השימוש בדוקטרינה נועד ל'התגברות' על העדר הוכחת קשר סיבתי. לטענת סאנופי, השימוש בדוקטרינה זו חורג מהאופן שבו יושמה עד כה – במשורה, ורק בסיטואציות נזיקיות, שבהן התעורר קושי להוכיח את יסוד ההתרשלות. נטען, כי מדובר בדוקטרינה שנויה במחלוקת, משום שהיא מביאה בפועל לאיזון רכיב הקשר הסיבתי, ומשכך, הרחבתה לתחומי משפט נוספים במשפט הפרטי, לבד מדיני הנזיקין, ודאי בשילוב עם הפיכת הפיצוי מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט לפיצוי עונשי, הוא צעד תקדימי, מרחיק לכת, שיש להימנע ממנו.

השלישית – עניינה ב'מטריאליות' המידע המטעה. לטענת סאנופי, בפסק הדין נקבע, בדעת רוב, כי ניתן לבסס עילת תביעה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט בגין הטעיית רשם הפטנטים, גם כאשר ההטעיה אינה נוגעת למידע 'מטריאלי', שהיה בכוחו להשפיע על תוצאות הליך בקשת הפטנט. זאת, לטענתה, בניגוד להלכה קודמת של בית משפט זה (ע"א 2972/95 יוסף וולף ושות' נ' דפוס בארי, פ"ד נג(3) 472 (1999) (להלן: עניין וולף)), בניגוד לפסיקה המנחה בדין האמריקאי (*Therasense, Inc. v. Becton, Dickinson & Co.*, 649 F.3d 1276 (Fed. Cir. 2011) (להלן: עניין Therasense)), ובניגוד לעמדת הגורמים המקצועיים בישראל, לרבות רשם הפטנטים עצמו (כעולה מעמדת היועצת המשפטית לממשלה). נטען, כי ויתור על דרישת המטריאליות צפוי להביא לנזקים חמורים, בראשם – הצפת רשם הפטנטים במידע מיותר, וסרבול ההליכים המתנהלים לפניו.

43. כמו כן נטען, כי את משטר האחריות הדרוש לקיומה של עילת תביעה מכוח דיני עשיית עושר, בגין הטעיית רשם הפטנטים, יש להעמיד על כוונה להטעות, כפי שגם נקבע במשפט המשווה. בהקשר זה נטען, כי קביעת בית המשפט המחוזי, שלפיה סאנופי הטעתה ביודעין ובמתכוון, מבוססת על שגיאות בסיסיות בדיני הפטנטים, בעוד שהלכה למעשה, הוחל עליה משטר אחריות מסוג רשלנות. אשר לסעיף 29א(א) לחוק התחרות, סאנופי סומכת ידיה על הפרשנות שניתנה לו בפסק הדין של השופט מלצר, וטוענת, בניגוד לדעת היועצת המשפטית לממשלה, כי קביעה זו עולה בקנה אחד עם הפסיקה הנוהגת באיחוד האירופי. באופן כללי סבורה סאנופי, כי הקביעות התקדימיות האמורות, כל אחת לחוד, ועל אחת כמה וכמה שילובן יחדיו, יביאו להרחבה משמעותית של האחריות המוטלת על מבקשי פטנטים. לדבריה, הלכה זו חריגה ביחס לנהוג במדינות העולם, ובכך טמון קושי רב, שכן בקשות פטנט אינן נכתבות במיוחד עבור השוק הישראלי, אלא בהתאם לסטנדרטים בינלאומיים מקובלים. לטענת סאנופי, הדבר יביא לאפקט מצנן, שירתיע חברות מלבקש פטנטים על אמצאותיהן בישראל. משכך, תוצאת פסק הדין עומדת בניגוד לאינטרס הציבורי – מתן תמריץ לממציאים לרשום פטנטים בישראל, וזריקת עידוד להשקעה בטכנולוגיה מקומית.

עיקרי טענות אוניפארם

44. אוניפארם סבורה, כי יש להותיר את פסק הדין מושא הדיון הנוסף על כנו. בהתייחס לסוגיית הקשר הסיבתי, טוענת אוניפארם, כי למחלוקת שהתגלעה בין שופטי ההרכב בפסק הדין, לגבי זהות מושא ההטעיה, לצורך ביסוס עילת התביעה – הגורם המתחרה או רשם הפטנטים – אין נפקות לענייננו, מאחר שנקבע עובדתית, כי אוניפארם

הוטעתה בפועל, וכי הטעיה זו עיכבה אותה מלהיכנס לשוק. לגופו של עניין, אוניפארם מצדדת בעמדת הרוב בפסק הדין, שכן לגישתה, פסיקותיו של בית משפט זה מלמדות כי ניתן להסתפק ב"סיבתיות עקיפה", ולעיתים אף לוותר כליל על דרישת הקשר הסיבתי, בנסיבות של 'השבה הרתעתית'. לא זו אף זו: לשיטתה גם אין כל רבותא בשימוש שנעשה בדוקטרינת הנזק הראייתי לטובת ביסוס הקשר הסיבתי. עוד לטענתה, דעת המיעוט של השופט קרא, שלפיה יש להוכיח כי המתחרה הגנרי הוטעה בפועל, היא בעלת משמעויות שליליות מבחינת מערך התמריצים הפועל עליו. זאת, שכן גישה זו תביא את המתחרה הגנרי להימנע מהגשת התנגדות, גם במקרה שבו הוא סבור כי הפטנט הוגש במרמה או בהטעיה, כדי שלא לסכל את סיכוייו לתבוע בעתיד פיצויי השבה בגין הפרת כללי התחרות ההוגנת.

45. אשר לסוגיית מטריאליות המידע המטעה, אוניפארם טוענת כי גם סוגיה זו אינה מתעוררת בענייננו, שכן המידע השגוי שמסרה סאנופי לרשם הפטנטים, כמו גם המידע שהסתירה ממנו, הריהם פרטי מידע מהותיים, שהיה בכוחם להשפיע על גורל בקשת הפטנט. כך עולה, לשיטתה, מהתנהלות סאנופי ב'זמן אמת', כאשר זו ביקשה לתקן את בקשתה, למחוק את המידע המטעה, ולבסוף אף לזנוח את הבקשה כליל. על כן, לטענתה, בפסק הדין כלל לא נקבע כי ניתן לוותר על דרישה זו. בהתייחס להיקף דרישת המטריאליות, אוניפארם סבורה כי "כל פיסת מידע הידועה למבקש הפטנט ויש לה נגיעה ישירה לאמצאה היא מהותית. נגיעה במישרין יכולה להיות לתוקפו, להיקף תביעותיו ולאפשרות אכיפתו וזו רשימה פתוחה". לדידה, מסירת פרט מטעה לגבי מידע מסוג זה, או הסרתו, מקיימת את יסוד המטריאליות, ומקימה עילה כאמור, הנובעת מהטעיית רשם הפטנטים. בעניין זה טוענת אוניפארם, כי יש לאמץ חובת גילוי 'גמישה', הנהוגה גם בתחומי משפט אחרים, המאמצת את הכלל שלפיו – 'יְהִי הַרוּשָׁם'. לפי כלל זה, אם קיים ספק בדבר המטריאליות של המידע, על מבקש הפטנט לגלותו לרשם הפטנטים, בבחינת 'אם יש ספק, אין ספק'. לטענתה, הסתמכות סאנופי והיועצת המשפטית לממשלה על הפסיקה המנחה בארה"ב (כפי שנקבעה בעניין Therasense) – שעליה נמתחה ביקורת נוקבת בספרות האקדמית – כלל אינה רלבנטית.

46. בנוסף לאמור, אוניפארם כופרת בחשש שהועלה על-ידי סאנופי והיועצת המשפטית לממשלה, באשר להצפת רשם הפטנטים במידע מיותר. לטענתה, בנושאים הנוגעים לאינטרס ציבורי – שהרי פטנט הוא מעין 'חוזה' בין מבקשו לבין הציבור – יש לבכר עודף-מידע על פני חוסר-מידע. מעבר לכך נטען, כי מאז שניתן פסק הדין של בית המשפט המחוזי, לא חזינו בהצפת רשם הפטנטים בעודף מידע, כך שאין מדובר בחשש ממשי. גם בהתייחס לחשש מפני הרתעת יתר של מבקשי פטנטים פוטנציאליים, מטעימה

אוניפארם, כי לנוכח תופעת ה-Evergreening (שאליה אתייחס להלן), יש מקום דווקא להגביר ולהעצים את חובת הגילוי, ובכך להירתם למאבק נגד תופעה זו.

47. בהתייחס לפרשנותו של השופט מלצר לסעיף 29א(א) לחוק התחרות, אוניפארם מסכימה לעמדתה הפרשנית של היועצת המשפטית לממשלה (שתפורט להלן), אך חולקת עליה בכל הנוגע ליסוד הנפשי הנדרש לצורך 'ניצול מעמד לרעה', במקרה של הטעיית רשם הפטנטים. לשיטתה, אין צורך להוכיח כוונה מצד המונופול שהטעה את הרשם, ודי כי מבחינה אובייקטיבית מעשי ההטעה עולים כדי ניצול מעמד לרעה.

עמדת היועצת המשפטית לממשלה

48. היועצת המשפטית לממשלה מצדדת בקביעה העקרונית, שלפיה הטעיית רשם הפטנטים עשויה להקים עילת תביעה בגין עשיית עושר ולא במשפט, ולהביא לשלילת רווחי המתחרה-המפר. ואולם, לשיטתה, נוכח האיזונים העדינים בין האינטרסים הכלכליים והציבוריים שבתחום הפטנטים, ובפרט בתחום התרופות, יש להכיר בעילה זו באופן מדוד ובוזהירות, ולהציב לה גבולות ברורים – דבר שלטענתה לא נעשה, למצער לא במפורש, בדעת הרוב בפסק הדין. בתוך כך, היועצת המשפטית לממשלה טוענת, כי יש להכיר בעילה האמורה, תוך הצבת הגבולות הבאים: ראשית, יש לבסס את העילה על הפרת הוראת חוק ספציפית, כגון סעיף 18ג לחוק הפטנטים, או סעיף 29א(א) לחוק התחרות, ולא על הפרה של נורמה מופשטת, כגון חובת תום הלב הכללית; שנית, העילה תחול רק כאשר מדובר בהטעה מכוונת, ולא במקרים של שגגה או רשלנות; שלישית, ניתן יהיה לעשות שימוש בעילה זו, רק אם הוכח שההטעה נוגעת למידע מטריאלי, שיש לו השפעה על כשירות הפטנט המבוקש, וזאת גם במקרים שבהם בקשת הפטנט נזנחה בטרם עת על-ידי מבקש הפטנט; ורביעית, יש לעמוד על התקיימות כל יסודות העילה, אין לרככם ולא להגמישם. בכלל זאת, כדעת המיעוט של השופט קרא, היועצת המשפטית לממשלה סבורה, כי יש להוכיח קיומו של קשר סיבתי בין מעשה ההטעה לבין טעותו של התובע, ובמקום שלא הוכח כי התובע נקלע לכלל טעות – לא תעמוד לו עילת תביעה, גם אם הלכה למעשה, רשם הפטנטים טעה; כלומר, היועצת המשפטית לממשלה מצדדת בגישה שלפיה מושא ההטעה הוא המתחרה-התובע, ולא רשם הפטנטים. בהקשר זה נטען, כי אין להרחיב את השימוש בדוקטרינת "ההשבה ההרתעתית", המאפשרת השבה גם כשהרווח לא נעשה "על חשבוננו" של התובע. לדבריה, אפשרות זו אמנם הוכרה במספר פסקי דין, אך זאת רק במקרים חריגים, שבהם אמצעי אכיפה אחרים, מינהליים או פליליים, נמצאו לא אפקטיביים.

49. באשר לסעיף 29א(א) לחוק התחרות, היועצת המשפטית לממשלה טוענת, כי הפרשנות שאומצה על ידי השופט מלצר – שלפיה סעיף זה יחול רק כאשר הפגיעה



בתחרות נעשתה בדרך של שימוש באמצעי יחודי למעמד המונופוליסטי – היא פרשנות מצמצמת ודווקנית, שיש לשנותה. לשיטת היועצת, הפרשנות האמורה, סוטה מהפרשנות המרחיבה שניתנה לסעיף זה בדין הישראלי, באופן שתואם את תכליתו – הגנה יתרה על התחרות ועל אינטרס הצרכנים; מנוגדת להחלטות הממונים על התחרות לדורותיהם; יוצרת מורכבות בהיבט הישומי – אימתי פרקטיקה מסוימת הנהוגה על-ידי מונופול מהווה ניצול המעמד הדומיננטי בשוק, ואימתי לא; ואינה עולה בקנה אחד עם הדין החל במדינות האיחוד האירופי, שהן מקור ההשראה לתחיקת סעיף זה. לשיטתה, לשון הסעיף סובלת פרשנות רחבה יותר, הכוללת גם פעולות ומעשים שאינם יחודיים לבעלי מונופולין. לפיכך, לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, גם הטעייה של רשם הפטנטים עשויה להיות 'ניצול מעמד לרעה', כמשמעותו בסעיף 29א(א) לחוק התחרות. לבסוף, היועצת המשפטית לממשלה טוענת, כי גם כאשר עילת ההשבה בגין הטעיית רשם הפטנטים מבוססת על הפרת סעיף 29א(א) לחוק התחרות, יש להציב לה גבולות ברורים: הוכחת יסוד נפשי של כוונה, ועמידה על דרישת המטריאליות. את מסקנתה-זו גוזרת היועצת המשפטית לממשלה משיקולים של הרמוניה חקיקתית, ביחס לתנאים הנדרשים לביסוס עילת עשיית עושר על סעיף 18ג לחוק הפטנטים, ומרצון שלא לפגוע באיזון העדין שיצר המחוקק בתחום הפטנטים.

#### דיון והכרעה

50. שאלות רבות נכרכו יחד בדיון הנוסף המונח לפנינו. הצדדים הביאו לעיוננו מסמכים ממסמכים שונים, חוות דעת מלומדות, פירוט מקיף לגבי דין משווה, ועשו כן בכישרון רב. עתה עלינו לעשות סדר וארגון בסבך הסוגיות, ולהביאן לכלל הכרעה. זה יהיה סדר הדברים: תחילה, אעמוד בקצרה על התכליות הכלליות של דיני הפטנטים, תכליות שילוו אותנו בדרכנו, ככוכב הצפון המאיר ממעל. אחר זאת, אבקש לייחד את הדיבור לשוק התרופות – לשחקנים הפועלים בו, לתמריצים המופעלים עליהם, ולמושגי-יסוד נוספים בתחום זה. סבורני, כי היכרות ספציפית עם הנעשה בתחום הפארמה, נחוצה לטובת הכרעה בסוגיות שבמוקד המחלוקת. בשלב הבא, אעבור להכרעה בשאלות שהונחו על שולחננו – אפתח בשאלת זכאותו של מתחרה לתבוע את הרווחים שהפיק מבקש פטנט שהטעה את רשם הפטנטים, מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, תוך התייחסות לסוגיית ההסדר השלילי הניצבת ברקע הדברים. לשאלה זו אשיב בחיוב, משם אגש לבירור השאלה הבאה – מהו הכלל המשפטי שהופר בענייננו, שמכוחו קמה וגם ניצבה עילת ההשבה? לאחר מכן, אדרש לגבולות עילת ההשבה, ולהכרעה ב'פרטים' שלגביהם נחלקו הצדדים: לשאלת משטר האחרייות שנדרש לשם ביסוס עילת ההשבה; לשאלת הקשר הסיבתי; ולבסוף – לשאלת המטריאליות.

51. לפני שאתחיל במלאכה, אזכיר, כי רגלינו עומדות בהליך של דיון נוסף. משמעות הדבר, כי אין בכוונתי להתערב בקביעות עובדתיות שנצרכו בכור ההיתוך של 2 הערכאות שקדמו לנו. לפיכך, הקביעה העובדתית שלפיה סאנופי כללה הטעיות מכוונות בבקשת הפטנט – הן באופן אקטיבי (הכללת Example 1), והסתמכות על בקשת הפטנט בצרפת לצורך דין קדימה), הן באופן פאסיבי (העלמת המידע העוסק בנסיבות היווצרות גבישי Form 2 באופן ספונטני ומקרי) – תשמש נקודת מוצא לדיון.

תכליות דיני הפטנטים 'על רגל אחת'

52. תכלית-העל של דיני הקניין הרוחני, ובהם דיני הפטנטים, נועדה להעשיר את היצירה האנושית, לעודד מחקר מדעי, ולסייע בפיתוח טכנולוגיה וקדמה לתועלת החברה (ראו, למשל: ע"א 665/84 סאנופי בע"מ נ' אוניפארם בע"מ, פ"ד מא(4), 729, 742-743 (1987); ע"א 7614/96 צחורי ובניו תעשיות בע"מ נ' 'דרגבה' – מושב שיתופי חקלאי בע"מ, פ"ד נד(3) 721, 741 (2000); עניין Merck, פסקאות 19-20). בתוך כך, מתרוצצים בקרב דיני הפטנטים תכליות ואינטרסים שונים, שחלקם 'מושכים' לכיוונים מנוגדים: שמירה על זכות הבעלות והקניין; הגנה על חופש העיסוק; קידום רעיון התחרות החופשית; שיתוף ידע והפיכתו לנחלת הכלל; הפחתת העלות החברתית הכרוכה בתקופת המונופולין שמקנה הפטנט; וקידום האינטרס הצרכני בהוזלת מחירים ושיפור איכות המוצר (לדיון תיאורטי בהצדקות שבבסיס דיני הפטנטים, באופן כללי, ראו: Ofer Tur-Sinai, *Beyond Incentives: Expanding the Theoretical Framework for Patent Law Analysis*, 45 AKRON L. REV. 243 (2012); לדיון מקיף יותר, ראו: עופר טור-סיני אמצאות עוקבות בדיני פטנטים (2017) (להלן: טור-סיני)). דיני הפטנטים שואפים למצוא את האיזון הראוי בין האינטרסים השונים. הם עושים זאת באמצעות עיצוב מערכת דינים, המאזנת בין התועלת המופקת מעידוד ממציאים לפתח אמצאות, לבין העלויות הכלכליות הכרוכות במתן תמריצים אלה. מנקודת מבט של ניתוח כלכלי, ההצדקה להנהגת שיטת פטנטים תקינים כל עוד העלות החברתית הנובעת ממנה, נמוכה מהתועלת החברתית הכוללת הנצמחת מהמצאות ויחידושים שלא היו באים לעולם בלעדיה (לדיון בהצדקה הכלכלית שבבסיס דיני הפטנטים, ראו: Kenneth W. Dam, *The Economic Underpinnings of Patent Law*, 23 J. LEGAL STUD. 247 (1994); דפנה לוינסון-זמיר, "שיקולים כלכליים בהגנה על המצאות", משפטים יט, 143 (1989); Richard A. Posner, *Intellectual Property: The Law*; and *Economics Approach*, J. ECON. PERSPECTIVES, 57, 58-62 (2005); טור-סיני, שער שני, פרק א, עמודים 168-33).

53. כך הדבר בישראל, כך גם בשיטות משפט מעבר לים; 'מדינה ומדינה ככתבה, ועם ועם כלשונו' (על-פי: אסתר א, כב). הענקת הפטנט מתוארת כמעין 'חוזה חברתי',

בין הממציא לבין הציבור, שבמסגרתו מוקנית לממציא זכות קניינית לניצול בלעדי של האמצאה לפרק זמן מסוים (מונופול סטטוטורי זמני), וזאת בתמורה לשיתוף ידע חדש לתועלת הציבור (ע"א 427/86 בלאס נ' קיבוץ השומר הצעיר "דן", פ"ד מג(3) 323, 336-335 (1989); ניבה אלקין-קורן "על הכלל ועל 'נחלת הכלל': מקניין רוחני לעשיית עושר ולא במשפט" עיוני משפט כה 9, 19 (2001) (להלן: אלקין-קורן); Gordon J. Wendy, *Intellectual Property, in: THE OXFORD HANDBOOK OF LEGAL STUDIES*, 617, (Peter Cane & Mark Tushnet eds., 2003) 632). המטאפורה של 'עסקה' בין הפרט לציבור ממחישה היטב, מדוע דיני הפטנטים מציבים דרישות-סף מחמירות לקבלת פטנט – חדשנות, תועלת והתקדמות המצאתית – שכן אינטרס ראשון במעלה הוא ש'העסקה' תהיה כדאית עבור הציבור. הרחבה מוגזמת של היקף הבלעדיות שמעניק הפטנט, עשויה להפוך את 'העסקה' לבלתי-משתלמת עבור הציבור: "כל טעות של המשפט משמעה יצירת מונופול במקום שבו אין הוא משרת כל מטרה רצויה, וגורם את הנזקים המוכרים של מונופול: מחיר גבוה שלא לצורך, השירות והאיכות עלולים להיפגע, מחקר ופיתוח נוספים המבוטלים על ההמצאה הקיימת מוקפאים, וכן הלאה" (מיכאל בירנהק "לידתה של עוולה: הפרה תורמת בדיני פטנטים" טכנולוגיות של צדק: משפט, מדע וחברה 169, 194-195 (2003)).

מן העבר השני, חשוב ש'העסקה' תשתלם גם לממציא הפוטנציאלי, ותפיג את חששותיו מפני השקעה מרובה שתסתיים בחסרון כיס (רע"א 386/22 BOEHRINGER INGELHEIM PHARMA GMBH & CO.KG נ' רשם הפטנטים, העיצובים וסימני המסחר, פסקה 23 (11.12.2022) (להלן: עניין BOEHRINGER)).

54. האיזון העדין שתואר לעיל, בא לידי ביטוי גם בשוק התרופות. ואולם, ההשלכות על חיי אדם ועל בריאות הציבור; היבטיו היחודיים של שוק הפרמצבטיקה בתחום הרגולציה והמשפט; וסכומי העתק המונחים על הכף – כל אלה מצדיקים התייחסות נפרדת ומיוחדת, החורגת מסכסוכי פטנטים 'רגילים', ומחדדים את הצורך באיתור נקודת איזון מדויקת, במה שנוגע למתן הגנה פטנטית. לפיכך, טרם קיום דיון נורמטיבי בסוגיות שעל הפרק, שומה עלינו לעמוד על היבטיו המיוחדים של שוק זה, ולכך אפנה כעת (וראו גם: גד וייס ומיכל שור-עופרי, "בעקבות ע"א 2167/16 Sanofi נ' אוניפארם בע"מ" (8.9.2022) (עתיד להתפרסם במחקרי משפט; זמין ב <https://ssrn.com/abstract=4209605> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4209605> (להלן: וייס ושור-עופרי)).

שוק התרופות – מושגי-יסוד, תמריצים ויחסי כוחות

55. תחילה אציין, כי שוק התרופות בישראל נחשב לקטן באופן יחסי. משמעות הדבר היא שעיקר המחקר בתחום אינו מחקר 'מקומי', כי אם מחקר המבוסס על

התנהגותם של שוקי תרופות גדולים ברחבי העולם. יחד עם זאת, ניתן להפיק תובנות מהמחקר הקיים גם לגבי השוק המקומי, שכן ניתן להניח כי אופיים הבינלאומי של השחקנים בשוק התרופות, והדמיון הבסיסי ברגולציה הקיימת במדינות העולם, מובילים להתנהגות דומה של המעורבים בשוק. אתחיל אפוא בהצגת האתגרים המונחים לפתחן של חברות מקור, המבקשות לפתח תרופה חדשה.

56. ראשית, עלות המחקר והפיתוח הממוצעת של תרופה חדשה – גבוהה במיוחד, ודאי בהשוואה לתחומי ידע אחרים הנשלטים על-ידי דיני הפטנטים. מחקרים עדכניים מצביעים על עלויות של למעלה ממיליארד דולר לכל תרופה חדשה (ראו, למשל: Olivier J. Wouters et al, *Estimated research and development investment needed to bring a new medicine to market, 2009-2018*, JAMA 844 (2020)). מטבע הדברים, משעה שמדובר במוצר בעל עלויות פיתוח ומחקר גבוהות, גובר גם התמריץ של בעל הפטנט לפעול להארכת תוקפו, כדי שיהיה סיפק בידו להחזיר את השקעותיו, ולהפיק רווח משמעותי.

שנית, הליכי הייצור של תרופה חדשה כרוכים באי-ודאות רבה, בשיעור כישלונות משמעותי, ובנטילת סיכון כלכלי עצום. למעלה מ-90% מהתרופות שנרשמות כפטנט, אינן חוצות את 'קו הסיום', לא הופכות לתרופות מן המניין, וההשקעה העצומה בהן – יורדת לטמיון (Duxin Sun et al, *Why 90% of clinical drug development fails and how to improve it?*, 12(7) ACTA PHARMACEUTICA SINICA B 3049, 3050 (2022); אעיר, כי לפי ארגוני הגג של חברות המקור, סיכויי ההצלחה של תרופות חדשות, בנות-ימינו, נמוכים עוד יותר, ועומדים על תרופה אחת או שתיים לכל 10,000 תרופות; ראו למשל: THE EUROPEAN FEDERATION OF PHARMACEUTICAL INDUSTRIES AND ASSOCIATIONS (EFPIA), THE PHARMACEUTICAL INDUSTRY IN FIGURES. עוד עולה ממחקרים שנעשו בתחום, כי חלק ניכר מהתרופות ש'זוכות' לצאת לבסוף לשיווק מסחרי, כלל אינן מחזירות לבעליהן את המשאבים האדירים שהושקעו בפיתוחן (ראו למשל: PHARMACEUTICAL RESEARCH AND MANUFACTURERS OF AMERICA (PHRMA), ANNUAL MEMBERSHIP SURVEY, 2019). משכך, הכנסותיהן של חברות המקור, מתרופות שצלחו את הליכי הרישוי, ובפרט כאלה שהתגלו כרווחיות – תרופות רבות-מכר (Blockbuster drug) – נועדו לממן גם את הפעילות הבלתי-מוצלחת; דהיינו, את כישלונות העבר ואת התרופות שאינן רווחיות.

שלישית, מטעמים של הגנה על שלום הציבור ובריאותו, הליכי הרישוי והרגולציה הנהוגים ביחס לתרופות חדשות, הם קפדניים, יקרים וממושכים – הן בישראל הן בעולם כולו. הליכים אלה כוללים ניסויים קליניים מורכבים, בחינה ביקורתית של

יעילות התרופה ואיכותה, דרישה להתקיימותם של תנאי יצור נאותים, ובדיקות בטיחות מחמירות של רשויות הבריאות (ראו למשל: חוזר מחלקת רישום תרופות במשרד הבריאות – נוהל להגשת בקשות לרישום, שינוי וחדוש תכשירים רפואיים (1.2.2015)). זאת, בשונה מן הדרישות המקדימות לקבלת היתר שיווק לתרופה גנרית. מאחר שזו האחרונה מבוססת על חומר פעיל, שצלח את הבחינה הדקדקנית של רשויות הבריאות, מדובר בהליך קצר ופשוט בהרבה, הממוקד בעיקר בהוכחת 'מקבילות ביולוגית' (Bio-equivalence), בין התרופה המקורית לתרופה הגנרית. אציין, כי החל משנת 1998 – מועד כניסת תיקון מספר 3 לחוק הפטנטים לתוקף – חברות גנריקה בישראל רשאיות לבצע פעולות הכנה לקבלת רישוי לתרופות גנריות, עוד במהלך חיי הפטנט, מבלי שהדבר יחשב להפרה שלו, כך שבמועד פקיעת הפטנט תוכלנה לצאת לשיווק מסחרי באופן מיידי (סעיף 54א לחוק הפטנטים; רע"א 8127/15 התאחדות התעשיינים בישראל נ' Merck Sharp & Dohme Corp. f/k/a, פסקה 9 (15.6.2016); עופר טור-סיני "צווי הארכה לפטנטים בתחום התרופות: עשרים שנים לתיקון מספר 3 לחוק הפטנטים – מגמות והערכה" מחקרי רגולציה ד 429, 433-434 (2021)).

ורביעית, האישור הסופי לשיווק תרופות מקור לציבור, ניתן שנים רבות לאחר רישום הפטנט, כך שבפועל, תקופת ההגנה שלה זוכה יצרנית התרופה בפועל, אף בהתחשב בתקופת ההארכה הסטטוטוריות, קצרה באופן משמעותי מההגנה בת 20 השנים, הניתנת לפטנטים בתחומים אחרים (ראו: BOEHRINGER, פסקה 24).

57. על רקע האמור, תמונת התמריצים בשוק התרופות מתחילה להתבהר. חברות המקור, התלויות באופן מלא בקיומו של פטנט, שבלעדיו לא יוכלו להחזיר את השקעותיהן, משקיעות מחשבה רבה בדרכים לשימור תוקפו של הפטנט, לתקופה ממושכת עד כמה שאפשר, כדי למנוע את ההשלכות הכלכליות הנובעות מפקיעתו (לא בכדי מכוּנה השלב שבו חברת המקור מאבדת את אלמנט הבלעדיות, עם פקיעת הפטנט, 'The Patent Cliff', ובעברית – 'צוק הפטנטים' (וייס ושור-עופרי, 23); שם שיש בו כדי לשקף את הצניחה הדרמטית ברווחים כתוצאה מכך). לעומת זאת, החברות הגנריות, שואפות להצמיד את השוק אל עבר אותו 'צוק', מוקדם ככל הניתן, על מנת שיוכלו להיכנס לשוק, לנגוס ברווחיהן של חברות המקור, וליהנות מן הטוב ומן השפע. דעיכת המונופול וכניסת תחרות פרמצבטית לשוק, נעשית, לעיתים קרובות, בהליך דו-שלבי: בשלב הראשון, עם פקיעת הפטנט, פורצת לשוק תרופה גנרית נחשונית, המביאה לירידה מתונה במחיר התרופה, תוך נגיסה משמעותית ברווחי חברת המקור. בשלב זה, מתחרים על ליבו של הצרכן 2 יצרנים – חברת המקור והחברה הגנרית הראשונה – כך שאין מדובר בשוק תחרותי משוכלל, כי אם בשוק הנשלט בידי דואופול (Scott Hemphill & Mark

A. Lemley, *Earning Exclusivity: Generic Drug, Incentives, and the Hatch-Waxman Act*, 77 (ANTITRUST L. J. 948, 954-952 (2011)). ואולם, בשלב השני, חודרות פנימה לשוק תרופות גנריות נוספות, המביאות לירידה חדה במחירי התרופה, ולהקטנת 'עוגת הרווחים' המצרפית, כפועל יוצא מן התחרות המשוכללת שנוצרה; בהתאם, נתח השוק של חברת המקור קטן באופן דרמטי (ראו: וייט ושוור-עופרי, 26-23, Grard T. Vondeling; et al., *The Impact of Patent Expiry on Drug Prices: A Systematic Literature Review*, APPL HEALTH ECON HEALTH POLICY 653 (2018); וראו גם: Yu Yu & Sachin Gupta, *Pioneering Advantage in Generic Drug Competition*, INTERNATIONAL JOURNAL OF PHARMACEUTICAL AND HEALTHCARE MARKETING, 4 (2008) – במאמר זה ניתן למצוא פירוט על אודות מחקר אמפירי, שממנו עולה כי המתחרה הגנרית הראשונה מחזיקה ביתרון כלכלי משמעותי, ארוך-טווח, על פני כל יתר המתחרים הגנריים שצפויים להיכנס אחריה לשוק). מובן, כי אם בשלב הראשון נכנסת לשוק יותר מחברה גנרית אחת (כמו בעניין דנן, שבו אוניפארם וטבע נכנסו לשוק בסמיכות זמנים) – יחסי הכוחות שתוארו ישתנו בהתאם.

58. עד כה, עמדנו על האינטרסים והתמריצים של חברות התרופות – האתיות והגנריות. ואולם, מפת האינטרסים לא תהיה שלמה, מבלי שנתייחס לשחקן חשוב נוסף במגרש התרופות – הלוא הוא הציבור הרחב (עניין BOEHRINGER, פסקה 25). מחירי התרופה משפיעים על הציבור, במישורין ובעקיפין. מטבע הדברים, צניחת המחירים משפיעה באופן ישיר ומיידי על רווחתם של המטופלים הנזקקים לתרופה כלשהי, ומשלמים מכיסם ממון רב לרכישתה. לצד זאת, בישראל, שבה מערך הבריאות בנוי באופן שבו תרופות רבות נכנסות ל'סל הבריאות', ומסובסדות באמצעות מימון ציבורי, משפיעה ירידת המחירים, באופן עקיף אך ממשי, על הציבור בכללותו; במיוחד כאשר מדובר בתרופות רבות-מכר, שעלותן המצטברת לקופה הציבורית – אדירה (להרחבה על אודות אופיו המיוחד של שוק התרופות הישראלי, ראו: מרים מרקוביץ-ביטון, יפעת נחמיאס ותהילה רוזנצוויג-פלדמן "אסדרת שוק התרופות בישראל" מחקרי רגולציה ד 253 (2021)).

ניתן אפוא לסכם ולומר, כי שלב פקיעת הפטנט הפרמצבטי הוא אירוע דרמטי, הנושא עמו השלכות כלכליות משמעותיות – על חברות המקור, על החברות הגנריות, ועל הציבור כולו. מפת התמריצים ששורטטה, מסייעת להבין מדוע חברות המקור נוקטות אסטרטגיות שונות ומגוונות, לעיתים גם פסולות, במסגרת ניסיוןן להאריך את שליטתן האקסקלוסיבית בשוק התרופה. על כך בפסקאות הבאות.

מאמצי חברות המקור להאריך את תקופת הפטנט באופן מלאכותי ותופעת ה-Evergreening 59. בחלק ממדינות העולם, ישראל בכללן, מצוקת חברות המקור נפלה על אוזניים כרויות, והאפשרות להאריך את תקופת הפטנט הפרמצבטי עוגנה בחקיקה (בישראל מוסדר הדבר בפרק ד', סימן ב'1, לחוק הפטנטים; עניין BOEHRINGER, פסקה 25). ואולם, אין הקומץ משביע את הארי. תמריצי היִתָר מביאים את חברות המקור לנקוט מגוון פעולות, כדי לשמר את הבלעדיות הפטנטית בידיהן – לעתים גם פעולות בלתי-רצויות. אחת הדרכים השנויות במחלוקת בהקשר זה, היא ניסיון מלאכותי לקבל פטנט משני, שכל תכליתו אינה אלא יצירת הרתעה מפני תחרות גנרית. 'פטנט משני' בהקשר זה, הוא מושג המתאר פטנט שאינו מגן על חומר פעיל חדש, אשר נכלל בהגנה המקורית של הפטנט – אלא על 'שדרוג' מסוים, מעין גרסה דור ב', של התרופה המקורית. דוגמאות לכך יכולות להיות פיתוח תרופה משודרגת בעלת תופעות לוואי פחותות; פיתוח המגביר את יעילות התרופה; מינון חדש של התרופה; אופן התגבשות שונה של התרופה, המקל על דרכי היצור שלה (דוגמת המקרה שלפנינו; ראו גם נסיבות פסק הדין בעניין (SmithKline Beecham Corp. v. Apotex Corp. 403 F.3d 1331 (Fed. Cir., 2005); ועוד (ראו: וייס ושור-עופרי, 27)). באופן כללי, שיטה יעילה לרישום פטנטים, לא אמורה להיות 'מוטרדת' מהוצאת פטנטים משניים. אדרבה – הדבר מבורך, ובוודאי שאין לראות בתופעה זו משום פגיעה בתחרות ההוגנת או בכיסו של הציבור. זאת, שכן ההגנה שתינתן לפטנט המשני, אם תינתן, תהא תחומה רק לגרסה 'המשודרגת' של התרופה, לתוספת השולית החדשה, ולא לתרופת המקור – שעם פקיעת הפטנט המקורי תהפוך לטובין ציבוריים', המונחים בקרן זוית, שכל הרוצה יבוא ויטול. בהתאם, אם נמצא כי הפטנט המשני מביא עמו תועלת חברתית משמעותית – יש לברך על הוצאתו; ואף אם מתברר כי התועלת החברתית הנובעת מן ה'שדרוג' זניחה, אין בכך כל פסול, שכן צרכני תרופה רציונליים יעדיפו שלא לשלם עבורו, ויסתפקו בתחליפים הגנריים, הזולים יותר. כך או כך, פגיעה בתחרות – אין (ראו: אורי יוסף הכהן "הגנה על תחרות פרמצבטית באמצעות דיני עשיית עושר ולא במשפט" משפטים נג, 5-6 (צפוי להתפרסם ב-2023) (להלן: הכהן)).

60. הבעיה מתחילה, במקרים שבהם כשלי-שוק מסוימים, רגולטוריים ואחרים, פותחים לפני חברות המקור אפשרות לעשות שימוש בפטנטים משניים, לטובת הדרת תרופות גנריות מן השוק. זאת, לא רק ביחס ל'שדרוגים' המוגנים בפטנטים המשניים, אלא גם ובעיקר, ביחס לתרופות המקור. ואם ישאל השואל, כיצד, מבחינה מעשית, מאריך הפטנט המשני את בלעדיות הפטנט המקורי? נשיב, כי הפטנט המשני עשוי להגן על אלמנטים מסוימים הקשורים לתרופת המקור, באופן שמעמיד את החברות הגנריות בסיכון ובחוסר ודאות, מחשש שמא תחליפיהן הגנריים (לתרופת המקור), יפרו את

הפטנט המשני, שאז תהיינה חשופות לתביעות הפרה מצד חברת המקור. דפוס פעולה זה, יוצר חוסר ודאות בשוק, והופך את כניסת הגנריקה לבלתי-כדאית ומסוכנת (הכהן, בעמוד 10). במצבים אלה, חוסר הפרופורציה, בין מידת ההשקעה הדרושה לרישום פטנט משני, לבין הרווח העצום שעשוי לצמוח ממנו, אם יהא בו כדי למנוע גנריקה, מייצר עיוות תמריצים, המדרכן את חברות המקור לפעול להוצאת פטנטים משניים רבים; לא על מנת לזַפּוֹת את הציבור בתרופה חדשנית ויעילה יותר, כי אם מתוך מטרה לזַפּוֹת בהארכה דה-פקטו של תקופת הבלעדיות על הפטנט המקורי. משמעות הדבר היא, כי הפטנט המקורי פוקע, אך הגנת הבלעדיות אינה פוקעת עמו. תופעה זו, על צורותיה השונות, ידועה בתעשיית התרופות בכינוי המפוקפק Evergreening, ובעברית – 'צמחים ירוקי-עד', כמשל לאותם צמחים המחליפים את עלוותם הירוקה בהדרגה, במשך כל ימות השנה, ובשונה מצמחים המשירים את כל עליהם בעונה מסוימת (ראו: Uri Y. Hacoen, *Evergreening* at-Risk. HARV. J. L. & Tech. 480, (להלן: Hacoen, Evergreening)). הדרכים לעשות כן מגוונות, משתנות ממקרה למקרה, ומשיטת משפט אחת לרעותה (לסקירה על סוגים שונים של 'אברגרינינג', ראו: Hacoen, Evergreening, 491-523), אך דפוס הפעולה הכללי דומה: הוצאת פטנט נוסף, או כמה פטנטים, המגנים על היבט או על שדרוג מסוים בתרופת המקור – לעתים שדרוג טריוויאלי, שולי, ואף חסר ערך משל עצמו – שכל תכליתו אינה אלא הארכת תקופת הבלעדיות של תרופת המקור, ודחיקת גנריקה מהשוק.

61. תופעת ה-Evergreening אינה רצויה לחברה (society), שכן התועלת החברתית הטמונה בה (פיתוח תרופות איכותיות וחדשניות יותר), נמוכה מן העלות החברתית הנובעת מהארכת תקופת המונופולין של הפטנט המקורי (כאמור, העדר תחרות ומחירי תרופה גבוהים) (ראו: הכהן, בעמוד 10; וייס ושור-עופרי, בעמודים 28-29). כעולה מפסק הדין של בית המשפט המחוזי, דומה כי המקרה שלפנינו ממחיש את התופעה האמורה: סאנופי פעלה להוצאת פטנט משני, לאחר שהתברר כי קיימת צורת התגבשות חדשה של החומר הפעיל (Form 2), זרעה חוסר ודאות בשוק, לגבי מידת ההיתכנות של קבלת הפטנט, באמצעות העלמת מידע או הצגת מידע מטעה, ובכך הרתיעה את מתחרותיה, אוניפארם וטבע, משיווק תרופות גנריות המבוססות על Form 1 (ועל אחת כמה וכמה – משיווק תרופות המבוססות על Form 2), למשך 15 חודשים לאחר מועד פקיעת הפטנט הראשון, מחשש שמא כניסתן לשוק תביא להפרת הפטנט המשני, ולהגשת תביעת הפרה נגדן.

ניתן אם כן לסכם ולומר, כי תופעת ה-Evergreening משקפת דרך פעולה פסולה, שבה חברת מקור פונה לרשם הפטנטים, מבקשת פטנט משני, באומרה 'טהורה אני', בעוד



שתכלית בקשתה אינה אלא להאריך את תקופת הבלעדיות של הפטנט הראשון, תוך התעלמות מן הנזק החברתי הכרוך בכך. לא אאריך בדרכי ההתמודדות שננקטו בשיטות משפט שונות במדינות הים, בניסיון למגר תופעה שלילית זו (בארה"ב למשל, נחקק בשנת 1984 חוק פדרלי, "Drug Price Competition and Patent Term Restoration", הידוע גם בשם "Hatch Waxman Act", על-שם יוזמי החוק, אשר נועד לפשט את הליך הרישוי של תרופות גנריות, וליצור מנגנון המתמרץ חברות גנריות לאתגר את תוקפם של פטנטים המגנים על שדרוגים שוליים של תרופת המקור, שתכליתם היא הארכת תקופת הבלעדיות באופן מלאכותי. זאת, בדרך של מתן בלעדיות סטטוטורית, בת 180 יום, לחברה הגנרית הראשונה המגישה לרשויות הבריאות בארה"ב בקשה לשיווק תחליף גנרי, ומצליחה לאתגר את תוקפו של פטנט שנרשם על שם חברת המקור; להרחבה, ראו: Michal Shur-Ofry, *Hatch-Waxmanizing Copyright*, MICHIGAN TELECOMMUNICATIONS AND TECH. L. REV. 171, 179-180 (2011)). אציין אך זאת: תופעה זו הטרידה ומטרידה מחוקקים ובתי משפט ברחבי תבל, ובספרות נשמעה הדעה כי מנגנוני ההתמודדות הנהוגים כיום, אינם מספקים מענה ממשי לתופעה הפסולה (להרחבה על אודות מנגנוני ההתמודדות בשיטות משפט שונות, ועל אזלת ידם, ראו: Hacoen, Evergreening, בעמודים 523-531; וייט ושור-עופרי, בעמודים 33-40; הכהן, בעמודים 12-18).

62. כאן המקום להעיר, כי גורם ממתן, לכאורה, לאותו תמריץ משמעותי הפועל על חברות המקור, לנסות להאריך את תוקף הפטנט באופן פסול, הוא 'חרב' התביעה הנזיקית שעשויה להיות מוגשת על-ידי מי ממתחרותיה, שהפעולה הפסולה גרמה לה לנזק ממוני. ואולם, היכרות עם שוק התרופות מלמדת, כי התמריץ הנגדי של חברות גנריות, לאתגר פטנטים משניים בהליכים משפטיים – מוטל בספק, וזאת משורה של טעמים. ראשית, עלויות הליטיגציה הגבוהות, התארכות ההליכים, והסיכונים הכרוכים בהם, מרתיעים מפני נקיטת דרך פעולה זו. שנית, המשמעות הכלכלית האדירה עבור חברת המקור, המצפה לרווח מונופוליסטי, עולה בהרבה על הפיצוי שהחברות הגנריות מצפות לקבל בהליך נזיקי, המבוסס על רווח תחרותי שאבד להן. במצב דברים זה, מובן מדוע חברת מקור רציונלית תעדיף לנקוט פעולה פסולה – כגון הטעיה של רשם הפטנטים או ניסיון להוציא פטנט משני מלאכותי – חרף הסיכון בתביעת נזיקין עתידית (Mordechai Sorek, Miriam Marcowitz-Bitton & Yotam Kaplan, *Patent Fraud By Design*, CARDOZO ARTS & ENT. L. J. 38:2, 359 365-366 (2020) (להלן: שורק, מרקוביץ-ביטון וקפלן)). שלישית, במצב שבו הרווח של חברת המקור מהמשך הבלעדיות, עולה עשרות מונים על רווחיהן הצפויים של החברות הגנריות, אין פלא שמתרקמים הסכמי פשרה, שבגדרם החברה הגנרית זונחת את תביעתה, בתמורה לתשלום נאה ומכובד, תוך הימנעות מן

הסיכון הכרוך בהליך משפטי, כשהמפסיד העיקרי הוא הציבור, שימשיך לשלם את מחירה היקר של התרופה, מחוסר ברירה. הסכמים אלה, שעניינם העיקרי – דחיית מועד פקיעת הפטנט, בתמורה לתשלום, מכונים בשם "Pay for Delay" (להרחבה, ראו: Hacoen, Evergreening, 493-494; וייט ושוור עופרי, 36-37). נתון נוסף שמעודד חתירה לעסקאות Pay for Delay, נוגע בתופעת 'הטרמפיסט' (Free Rider), המאפיינת תביעות המוגשות בגין הארכה פסולה של פטנט. כאמור לעיל, מפירות ההליך המשפטי צפויים ליהנות כלל המתחרות של חברת המקור, נוסף על הציבור כולו, בעוד שהנושאת בנטל ובסיכון המשפטי, אינה אלא החברה הגנרית התובעת. משכך, ובפרט נוכח רצונה העז של חברת המקור לשמר את מעמדה המונופוליסטי, אך מתבקש כי הצדדים יחתרו להגיע לפשרה ביניהם, תוך התעלמות מן הנזק שנגרם כתוצאה מכך לציבור כולו.

63. העולה מן האמור, כי האפשרות לתבוע מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט את הרווחים שנוצרו כתוצאה מביצוע פעולות פסולות, דוגמת: הטעיה של רשם הפטנטים או הוצאת פטנטים משניים באופן מלאכותי (Evergreening), עשויה לשמש כלי אפקטיבי להרתעה מפני נקיטת פעולות אופורטוניסטיות אלו. לתובנות שניתן להפיק מהדיון בשוק התרופות, אשוב בהמשך דברי.

הקדמנו את אשר הקדמנו; נפנה עתה לדון בנקודות המחלוקת שבין הצדדים, ותחילה למחלוקת בנוגע לעצם הזכאות לתבוע את השבת רווחיו של מתחרה שהתעשר כתוצאה מהטעיית רשם הפטנטים.

הזכאות להשבת רווחי ההפרה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט

64. דיני עשיית עושר ולא במשפט, מבוססים על עקרונות של צדק ויושר טבעי – "מרכז הגרביטציה של עיגול-עשיית עושר עיקרו בקונספטים כלליים של צדק" (עניין א.ש.י.ר., 333). ביסודם של אלה, מונח הרעיון השולל התעשרות של אדם אחד על חשבון חברו (דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור דיני עשיית עושר ולא במשפט 23 (2015) (להלן: פרידמן ושפירא בר-אור)). עיקרון כללי ורחב זה, בא לידי ביטוי בסעיף 1(א) לחוק עשיית עושר, שלפיו: "מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן – הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן – המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכיה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה – לשלם לו את שוויה". 3 יסודות מרכיבים את העילה המעוגנת בסעיף 1(א) הנ"ל: התעשרות של הזוכה ("מי שקיבל [...] נכס, שירות או טובת הנאה אחרת"); על חשבון המזכה ("שבאו לו מאדם אחר"); שנעשתה שלא כדין ("שלא על פי זכות שבדין") (ראו למשל: ע"א 8485/08 The FA Premier League Limited 9' המועצה להסדר ההימורים בספורט, פסקה 59 (14.3.2010) (להלן: עניין Premier

League)). רק אם הוכח כי 3 היסודות האמורים מתקיימים, ניתן יהיה לחייב את הזוכה-הנתבע בהשבת ההתעשרות. בענייננו-אנו, מתעוררות 2 שאלות שונות באשר לחיובה של סאנופי בהשבת התעשרותה: שאלת ההסדר השלילי; ושאלת הנורמה המשפטית שהפרתה מצמיחה זכאות להשבה מכוח דיני עשיית עושר. אדון בשאלות אלה כסדרן.

שאלת ההסדר השלילי

65. הן בית המשפט המחוזי, הן 3 שופטי בית משפט זה, קבעו כי דיני הפטנטים אינם יוצרים הסדר שלילי, המונע את תחולת דיני עשיית עושר, במקרה של הטעיית רשם הפטנטים. זוהי גם עמדת היועצת המשפטית לממשלה. דעתי כדעתם. אפרט.

66. כידוע, שאלת עצמאותם של דיני עשיית עושר ולא במשפט, ותיחום הגבולות בינם לבין ענפי משפט אחרים, היו עניין למחלוקת עיונית בין שופטים ומלומדי משפט, ברבע האחרון של המאה הקודמת (גד טדסקי "היבטים לעשיית עושר" משפטים יא 385, 405 (1981); יצחק אנגלרד "כנפי הנשר הדורסני: דיני עשיית עושר ולא במשפט" 109 זיכרון לגד טדסקי – מסות במשפט אזרחי 37, 53 (תשנ"ו); Daniel Friedmann, *Restitution of Benefits Obtained Through the Appropriation of Property or the Commission of a Wrong*, COLUM. L. REV 504 (1980) (להלן: Friedmann); דניאל פרידמן "יסודות בדיני עשיית עושר ולא במשפט לאור החקיקה הישראלית החדשה" עיוני משפט ח 22 (תשמ"א-תשמ"ב) (להלן: פרידמן)). בדין הפוזיטיבי, הוכרה תחילה האפשרות להרחיב את ההגנה על זכויות ואינטרסים מופרכים, באמצעות שימוש בדיני עשיית עושר ולא במשפט. כך, בהלכת אדרס נקבע לראשונה, כי אין מניעה עקרונית להעניק סעד אלטרנטיבי של השבה מכוח דיני עשיית עושר, במסגרת מערכת יחסית חוזית (ד"נ 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד גונ'ס ג.מ.ב.ה., מב(1) 221 (1988)). לדברי הנשיא א' ברק, בשפתו הציורית, דינים אלה חולשים על תחומי המשפט כולו, "כמעין נשר גדול הפורש כנפיו" (שם, בעמוד 266), לית אתר פנוי מנייהו; זאת, פרט למקרים שבהם נמצא, ביחס לדברי חקיקה ספציפיים, כי יש לפרש את המנגנון המעוגן בהם כ'הסדר שלילי', הדוחק את דיני עשיית העושר מחוץ לגבולותיהם: "כעניין של מדיניות משפטית, אין עילה לצמצם את תחומי הפרישה של הדוקטרינה הכללית של עשיית העושר, אלא אם כן אין מנוס מכך לאור עמדתו הברורה והחד-משמעית של המחוקק" (שם, בעמוד 240).

67. לצד הרחבת ההגנה על זכויות מוכרות, מכוח דיני עשיית עושר, הוכרה בישראל גם האפשרות להכיר בזכויות מהותיות חדשות, מכוח דינים אלה. הפסיקה המנחה בעניין זה נקבעה בעניין א.ש.י.ד., שם נפסק לראשונה, כי העדר זכות קניינית מכוח דיני הקניין הרוחני, אינו שולל, כשלעצמו, את קיומה של זכות השבה עצמאית, מכוח דיני עשיית

עושר ולא במשפט. נקבע, כי זכות ההשבה עשויה לצמוח בערוגות דיני עשיית העושר, מבלי שהתובע ידרש להצביע על זכאות לסעד זה בדין 'חיצוני' אחר. במצבים אלה, הזכאות להשבה נגזרת באופן ישיר מעקרונות הצדק, היושר ותום הלב, הניצבים ביסוד דיני עשיית עושר ולא במשפט, בדרך של חקיקה שיפוטית (עניין א.ש.י.ר., עמודים 460-470). לצד זאת נקבע, באותו עניין, כי אין די בהוכחת עצם ההתעשרות כדי לזכות בהשבה; יש להראות כי ההתעשרות נעשתה 'שלא כדין', בדרך לא מוצדקת, כשלשם כך נדרש התובע להוכיח קיומו של 'יסוד נוסף', הנלווה לפעולתו השלילית של הנתבע (דרישת 'היסוד הנוסף' הוכרה תחילה בפסק הדין של הנשיא מ' שמגר, ברע"א 371/89 ליבוביץ' נ' א. את י. אליהו בע"מ, פ"ד מד(2) 309, 329-330 (1990) (להלן: עניין ליבוביץ'); והשתרשה בפסקי דין שבאו לאחר מכן: ע"א 347/90 סודהגל בע"מ נ' ספילמן, פ"ד מז(3) 459, 477-479 (1993) (להלן: עניין סודהגל); ע"א 6126/92 אטלנטיק, חברה לדייג ולספנות בע"מ נ' דג פרוסט תעשיות דייג (1984) בע"מ, פ"ד נ(4) 471, 478-484 (1997) (להלן: עניין אטלנטיק)). בהתייחס להיקפו ולמשמעותו של אותו 'יסוד נוסף', נשמעו בעניין א.ש.י.ר. דעות שונות, חלקן מצמצמות וחלקן מרחיבות – "חוסר תום לב" או "התנהגות פסולה הפוגעת בחוש ההגינות והצדק" (חוות דעתה של השופטת ט' שטרסברג-כהן, בעמוד 431); "תחרות בלתי הוגנת" או "הפרה של הלכות המסחר" (חוות דעתו של הנשיא א' ברק, בעמודים 477-484); דרישה ל"חומרה מיוחדת" הנלווית להתנהגות הנתבע (חוות דעתו של השופט י' זמיר, בעמוד 493); או יסוד "בעל מטען שלילי ערכי במידה ניכרת" (חוות דעתו של המשנה לנשיא מ' חשין, בעמודים 372-373); לניתוח העמדות השונות, ראו: ע"א 2287/00 שוהם מכונות ומבלטים בע"מ נ' הרר, פסקה 11 (5.12.2005); עופר גרוסקופף הגנה על כללי תחרות באמצעות דיני עשיית עושר ולא במשפט 303-314 (2002) (להלן: גרוסקופף, הגנה על כללי תחרות); פרידמן ושפירא בר-אור, 505-506).

68. בשנותיה הראשונות, נתפסה הלכת א.ש.י.ר. כ'רעידת אדמה', בכל הנוגע לממשק שבין דיני עשיית עושר לדיני הקניין הרוחני – מעין 'הכרזת עצמאות' של הראשונים בתוך ממלכתם של האחרונים. הביקורות הנוקבות על הלכה חדשנית זו לא איחרו לבוא: טענות לטטטוש הדינים ועקיפת דיני הקניין הרוחני; ליצירת הגנה בעלת היקף בלתי-מוגבל ובלתי-מסויג, מכוח דיני עשיית עושר, להבדיל מההגנות הסטטוטוריות המעוגנות בדיני הקניין הרוחני; יצירת אפקט מצנן מפני כניסה לשוק הרעיונות והיצירה מחשש לתביעות לא צפויות; פיזור ערפל וחוסר ודאות כתוצאה מהפעלת הסטנדרטים העמומים שבבסיס חוק עשיית עושר; ועוד (ראו, למשל: אלקין-קורן, 36; גרוסקופף, הגנה על כללי תחרות, 312-319; עופר טור-סיני "דיני קניין רוחני – צעידה אל מילניום חדש (מגמות וחדושים במשפט הישראלי)" קרית המשפט ה 177 (התשס"ה); עופר גרוסקופף "הנשר

והנסיכות – על היחס שבין דיני עשיית עושר ולא במשפט לבין דיני זכויות יוצרים” יוצרים זכויות: קריאות בחוק זכויות יוצרים 201 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009) (להלן: גרוסקופף, הנשר והנסיכות); מרים מרקוביץ-ביטון ויפעת נחמיאס, “מה נותר מדיני עשיית עושר ולא במשפט בתחום דיני הקניין הרוחני לאור פסיקת בתי המשפט?” ספר אליקים רובינשטיין – כרך ב, 1687, 1709-1717 (2021)). בהמשך באו הדברים לידי ביטוי מעשי, בעת חקיקת חוק העיצובים, התשע”ז-2017, שם החריג המחוקק במפורש את הלכת א.ש.י.ר., באמצעות קביעה כי לא ניתן לעשות שימוש בעילת תביעה שזורית, מכוח מערכת דינים חיצונית, ובכלל זאת דיני עשיית העושר (ראו: סעיף 2 לחוק העיצובים, שכותרתו “ייחוד הוראות החוק”). הדבר אף נכתב במפורש בדברי ההסבר, במסגרת הצעת חוק העיצובים, התשע”ה-2015, ה”ח הממשלה 696, 700. אציין, כי ניסיון לתקן את חוק הפטנטים באופן דומה, בשנת 2011, לא הבשיל לכדי חקיקה (הצעת חוק הפטנטים (תיקון מס’ 12) (פרסום בקשת פטנט), התשע”א-2011, ה”ח 1250; שם, בסעיף 188א)). גם היועץ המשפטי לממשלה הביע עמדה ‘לעומתית’ להלכת א.ש.י.ר., בהליכים משפטיים שונים, ותלה זאת בעמימותה של ההלכה, ובחוסר הוודאות שהביאה עמה לשוק (ראו: ע”א Fisher Price Inc 1248/15 נ’ דוורון – יבוא ויצוא בע”מ, פסקאות כ”ג ו-פ”ד (31.8.2017)). מגמה מצמצמת זו, באה לידי ביטוי גם בפסיקותיו של בית משפט זה (ע”א V&S Vin Spirit Aktiebolag 9191/03 נ’ אבטולוט שווייץ בע”מ, פ”ד נח(6) 869 (2004); עניין Premier League; עניין Merck; ע”א ADIDAS SALMON 563/11; ע”א A.G נ’ יאטין (27.8.2012) (להלן: עניין אדיס); ע”א 2682/11 עיריית פתח תקווה נ’ זיסו, פסקה 48 (20.5.2013); ע”א 5066/10 שלמה א. אנג’ל בע”מ נ’ י. את א. ברמן בע”מ (30.5.2013); ע”א 5097/11 טלראן תקשורת (1986) בע”מ נ’ צ’רלטון בע”מ (2.9.2013) (להלן: עניין טלראן); ע”א 7629/12 סוויסה נ’ TOMMY HILFIGER LICENSING LLC (16.11.2014) (להלן: עניין סוויסה)).

מן העבר השני, היו שראו בהלכת א.ש.י.ר. פיתוח הלכתי ראוי, חשוב ומתבקש, אשר העקרונות שהותוו בו חיוניים לתחום הקניין הרוחני המתחדש (ראו, למשל: מיגל דויטש עוולות מסחריות וסודות מסחר 172, 203 (2002); חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 96-90 (2005); ליאור זמר ועמית אלעזרי בר-און “ועשית הישר והטוב – על מושגי טוב הלב וההגינות בדיני הקניין הרוחני” ספר אליקים רובינשטיין – כרך ב 1629 (2021)). בשנים האחרונות ניתן גם למצוא מלומדים המביעים דעה, כי ‘התחזיות הקודרות’, שניבאו שחורות ביחס להלכת א.ש.י.ר. ולהשלכותיה, התבררו כבלתי-נכונות (ראו: יוסי מרקוביץ’ “על מה שנשאר מהלכת א.ש.י.ר.: עיון מחדש ביחסי הקניין הרוחני ועשיית העושר” שערי משפט ז 35 (2014); עופר טור-סיני ומיכל שור-עופרי “א.ש.י.ר. חוגגת עשרים – מחקר אמפירי” משפטים נא 163 (2021) (להלן: טור-סיני ושור-עופרי) –

הטוענים, לאחר בחינה אמפירית-עדכנית של 430 פסקי דין שניתנו בחלוף 20 שנים ממועד פרסום הלכת א.ש.י.ר., כי החששות שהובעו ביחס להלכה זו היו מוגזמים ולא מוצדקים; אציין, כי גם ביחס להלכת אדרס נטען, שהשפעתה על המציאות המשפטית בישראל היתה דלה ומוגבלת: אייל זמיר "שנאת הפסד ונטילת רווחי המפר – בעקבות הלכת אדרס" 199 שלמה לויין 323 (2013)). כך או כך, הלכות-אב אלה – הלכת אדרס והלכת א.ש.י.ר. – הפכו זה מכבר ל'ייכין ובוועז' בתחום דיני עשיית עושר ולא במשפט, והן מתוות את הממשק בינם לבין ענפי המשפט בכלל, ודיני הקניין הרוחני בפרט.

69. נקודת המוצא היא, אם כן, כי במישור העקרוני ניתן להעניק סעד של השבה מכוח דיני עשיית עושר, בין אם הופרה זכות מכוח 'דין חיצוני', בין אם הופרה זכות 'פנימית' מכוח דיני עשיית עושר. זאת, לבד ממקרים שבהם פרשנות ההסדר החוקי הספציפי, מביאה לידי מסקנה כי קיים 'הסדר שלילי' המונע פניה לדיני עשיית העושר. השאלה אם הסדר חוקי מסוים כורך סביבו "חגורת הסדר שלילי" – כלשונו של המשנה לנשיא מ' חשין בעניין א.ש.י.ר. – היא שאלה פרשנית; יש להכריע בה על-פי תכלית החקיקה, ובהתאם לשיקולי מדיניות משפטית (ראו למשל: אהרן ברק פרשנות במשפט – תורת הפרשנות הכללית כרך א 467 (1992)). בין שיקולים אלה, על בית המשפט להתחשב באיזון שיצר המחוקק בחוק הספציפי הנדון, ולבחון אם ההסדר שלם, כולל וממצה, קרי: אם המחוקק התכוון להסדיר רק את המקרים הבאים בגדרו, או שביקש גם להסדיר, באופן שלילי, אותם מקרים שאינם נופלים בגדרו. בנוסף, על הפרשן להתחשב בהוראות חוק עשיית עושר ולא במשפט, ובתכלית העיקרית העומדת ביסודו – מניעת התעשרות שלא כדין (עניין Merck, פסקה 31).

70. נמקד עתה את עדשת המצלמה: האם דיני הפטנטים יוצרים הסדר שלילי, המונע את תחולת דיני עשיית העושר, במקרה שבו מבקש פטנט מטעה את רשם הפטנטים במסגרת בקשת פטנט, וכתוצאה מכך מתעשר שלא כדין על חשבון מתחריו והציבור? האם בנסיבות כגון דא, דיני הפטנטים 'מפנים עורף' למתחרה או לגורם אחר המבקש סעד של השבת רווחים?

71. סאנופי סבורה כי יש להשיב על שאלות אלה – בחיוב. לדבריה, ניתן ללמוד על אודות קיומו של הסדר שלילי, מפסק הדין בעניין Merck. שם נקבע, כי חוק הפטנטים יוצר הסדר שלילי, למשך התקופה שבין פרסום קיבול בקשת פטנט לבין מועד אישור הפטנט – תקופת 'ההשקה בסיכון' – וזאת ביחס לזכאותו של מבקש פטנט לתבוע סעד ממתחרה המנצל את האמצאה התלויה ועומדת, באמצעות שימוש בדיני עשיית עושר.

לטענת סאנופי, יש לשמור על סימטריה: כשם שבעניין Merck נקבע כי ההסדר שבחוק הפטנטים הריהו הסדר כולל וממצה, שאינו מאפשר לחברת המקור, מבקשת הפטנט, להוסיף עילות תביעה חדשות בתקופת ההשקה בסיכון; כך גם בתמונת הראי, החברה הגנרית, המתחרה, אינה רשאית להרחיב את עילות התביעה העומדות לרשותה, באמצעות שימוש בדיני עשיית עושר. בשני המקרים אין לייבא עילות תביעה חיצוניות, אשר עלולות להפר את האיזון שנקבע בחוק הפטנטים.

אין בידי לקבל טענה זו.

72. ראשית, אינני סבור כי הקביעה בעניין Merck – שלפיה חוק הפטנטים יוצר הסדר שלם וממצה לתקופת הביניים, המונע שילוב עילות או תרופות מדיני עשיית עושר – יפה גם לעניין שלפנינו. בכל הנוגע להטעיית רשם הפטנטים על-ידי מבקש פטנט, אינני משוכנע שחוק הפטנטים קובע הסדר כולל ומקיף, שנועד להתמודד עם כל מקרי הטעיה האפשריים, בכל שלבי הליך בקשת פטנט; למעשה, נראה כי חוק הפטנטים מתייחס לקשת צרה בלבד של מקרי הטעיה. אמנם, ככלל, אין לעשות שימוש בדיני עשיית עושר, תוך "סלילת כביש עוקף לדין המהותי, המחייב כל אדם שקיבל טובת הנאה הקשורה לאדם אחר להשיבה לאחור" (ע"א 3425/17 Societe des Produits Nestle נ' אספרטו קלאב בע"מ, פסקה 39 (7.8.2019); עניין אדידס, פסקה 21; עניין סוויסה, פסקה 34). אם לא נאמר כן, נמצא עצמנו מסיגים את גבולו של המחוקק, בדרך של יצירת הסדרים משפטיים, אף שתפקיד עיצוב הדין נמסר למחוקק; לא לנו השופטים (ראו למשל: ע"א 3322/16 איי די איי חברה לביטוח בע"מ נ' לשכת סוכני ביטוח בישראל, פסקה 75 (30.4.2017)). קיומו של הסדר חקיקתי מפורט, הריהו הבעת עמדה ברורה מצד המחוקק, כי התעשרות על חשבון מי שאינו זכאי לסעד מכוח ההסדר האמור – נעשתה 'כדין'. זאת בפרט, כאשר מדובר בהסדר חוקי עדכני (גרוסקופף, הנשר והנסיכות, 222-225). ואולם, כאמור, אינני סבור שבנוגע להטעיית רשם הפטנטים, קיים הסדר שלם, מפורט ועדכני בחוק הפטנטים, המונע את האפשרות לפנות לדיני עשיית עושר. ההסדר שאליו הפנתה סאנופי, מופיע בסעיף 18ג לחוק הפטנטים. סעיף זה עוסק במסירת מידע מטעה לרשם הפטנטים, ונקבעו בו מספר סנקציות להתמודדות עם תופעה זו. ברם, עניינה של הוראה זו במעשים קונקרטיים, ספציפיים, הנעשים בשלב מסוים של ההליך (במסגרת תשובת מבקש הפטנט לדרישת בוחן פטנטים), ואין לראותה כהוראה כללית, המקיפה את כל מקרי הטעיה האפשריים בהליך של הוצאת פטנט; ודאי אין לראות בה משום התייחסות ממצה. בנסיבות אלה, לא ניתן להסיק מהוראת סעיף 18ג הנ"ל, מסקנה שלילית לגבי המקרים שאינם נופלים בגדרה. אם כן, בהעדר הסדר שלילי, שבים אנו לנקודת המוצא, שלפיה מבחינה עקרונית, דיני עשיית עושר חלים סימולטנית לצד דיני הפטנטים [שאלה נפרדת

היא, אם מעשה הטעיה שאכן 'נלכד' ברשתו של סעיף 18ג – דוגמת: מסירת פרט מטעה במענה לדרישת בוחן פטנטים – עשוי להקים, פרט לסנקציות המנויות בסעיף זה, גם סעד של השבת רווחים מכוח דיני עשיית עושר; כפי שאפרט בהמשך, לטעמי, הזכאות להשבת התעשרות במקרה של הטעיית רשם הפטנטים, תלויה בהפרת האיסור בדבר ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה, כך שהטעייה של מבקש פטנט, שאינה כרוכה בהפרה שכזו, אינה מקימה עילת השבה כאמור].

73. שנית, מסקנתי בפסקה הקודמת אינה 'מתנגשת' עם הפרשנות הראויה להוראות חוק עשיית עושר, ובפרט עם האמור בסעיף 6(א) לחוק זה, שלפיו: "הוראות חוק זה יחולו כשאין בחוק אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון, ואין הסכם אחר בין הצדדים [...]". הוראה זו מעוררת את השאלה, אם בחוק אחר, ובענייננו חוק הפטנטים, קיימות "הוראות מיוחדות לענין הנדון". בעניין Merck נקבע, כי בתקופת ההשקה בסיכון, יצר המחוקק הסדר 'סגור', המקיים 'מאזן-אימה' בין האינטרס הציבורי שבקידום תחרות חופשית, לבין אינטרס מבקש הפטנט להגן על אמצאותיו, כך שהכרה בזכות תביעה מכוח מערכת דינים חיצונית – תחתור תחת ה"הוראות המיוחדות" שקבע המחוקק. לא כך הוא הדין בעניין דנן: חוק הפטנטים לא יצר הסדר מקיף או כולל, המתייחס לכלל מעשי ההטעיה של רשם הפטנטים, לכל אורכו של הליך בקשת הפטנט. מכאן, אין לומר כי קיימות בו 'הוראות מיוחדות', המונעות את תחולתם של דיני עשיית עושר ולא במשפט (הלכת אדרס, 239-240, 265-266; הלכת א.ש.י.ר., 459-460; פרידמן ושפירא ב-אור, 56-58).

74. שלישית, בעניין Merck נומקה הקביעה בדבר קיומו של הסדר שלילי, בכך שהעמדת עילות ממקורות דין חיצוניים לרשותו של התובע, בנסיבות אותו עניין, תביא לחיזוק כוח המונופול על חשבון התחרות החופשית, בניגוד לתכלית החקיקה: "מתן צו מניעה מכח חוק עשיית עושר כנגד מתחרה, המשתמש בפרטי אמצאה בתקופת הביניים בטרם מתן פטנט, מעודד את התופעה המונופוליסטית, ונוגד את תכלית ההסדר הקבוע בחוק הפטנטים ואת הרציונל הפנימי הטמון בהסדר זה" (שם, פסקה 32). בענייננו – מצב הדברים הפוך. הכרה בעילת תביעה נגד מבקש פטנט, בגין הטעייתו את רשם הפטנטים, צפויה לעודד ולקדם את התחרות החופשית, ולצמצם את 'התופעה המונופוליסטית', כך שגם בהיבט זה – אין הנדון דומה לראיה. ניתן להוסיף, במבט על, כי בכל הנוגע לשרטוט גבולותיה של הלכת א.ש.י.ר., והממשק שבין 'ממלכת' דיני עשיית עושר ל'ממלכת' דיני הקניין הרוחני, הקביעה בעניין Merck, דווקא מתיישבת עם מסקנתי האמורה. הלכת א.ש.י.ר. הרחיבה את ההגנה על זכויותיו של בעל היצירה הרוחנית, בעוד שבעניין Merck, צומצם היקפה של זכות זו; כמובן זה, מסקנתי עולה בקנה אחד עם האמור בעניין Merck, שכן הכרה בזכות התביעה נגד מבקש פטנט, באה לרסן את זכותו של בעל התוצר הרוחני,



ולא להרחיבה (וראו והשוו: נילי כהן "תחרות מסחרית וחופש העיסוק" עיוני משפט יט 353, 369-370 (1994); פרידמן ופירא בר-אור, 85; טור-סיני ושוור-עופרי, 193-194).

75. ורביעית, משיקולי מדיניות משפטית, נראה כי הצורך בהכרה עקרונית בקיומו של סעד השבה, נגד מבקש פטנט שהטעה את רשם הפטנטים – דרוש במיוחד כאשר ההקשר הוא הליכי הוצאת פטנט בשוק הפארמה. כזכור, בשל התועלת הלא פרופורציונאלית הגלומה בהארכת תקופת הבלעדיות הפטנטית, נוקטות חברות המקור פעולות פסולות, כדי להביא להארכת תוקף הפטנט; דוגמה לכך היא פרקטיקת ה-Evergreening שתוארה לעיל. זאת, לעתים, גם בדרך של הטעיית רשם הפטנטים. הנזק שעלול להיגרם מכך – כבד מנשוא; הן לחברות הגנריות הן לציבור בכללותו. מכאן החשיבות שביצירת הרתעה יעילה. בנסיבות אלה, הגבלת הפיצוי לנזק שנגרם לחברה-הגנרית-התובעת, עשוי שלא להביא להרתעה המיוחלת. לעומת זאת, יצירת אפשרות לתבוע את חברת המקור על התועלת שהפיקה – תהפוך את ההפרה, ללא ספק, לבלתי-משתלמת עבורה. כמתואר לעיל, התועלת (הרווח) המופקת על-ידי חברת מקור כתוצאה מהארכת תוקף הפטנט, ולו לתקופה קצרה – רבה עד מאוד, מאחר שהיא משקפת רווחים מונופוליסטיים, הנובעים ממכירות של תרופה רבת-מכר; לעומת זאת, הנזק שנגרם למתחרות הגנריות, כתוצאה מהארכת תוקף הפטנט באופן פסול, אינו מבוסס אלא על הרווח המוגבל שהיו גורפות, אלמלא הארכת תקופת הבלעדיות (שכן כזכור, מדובר ברווח המופק בשוק תחרותי). כאמור לעיל, בשוק תחרותי 'עוגת הרווחים המצרפית' קטנה בהרבה מזו הקיימת בשוק מונופוליסטי; ובהתאם, הפער בין הרווח הפוטנציאלי של חברת המקור, לבין הנזק הפוטנציאלי של החברות הגנריות – משמעותי ביותר. במצב דברים זה, אם לא תוכר האפשרות לתבוע השבת רווחים, יתכן בהחלט שחברת מקור רציונלית תבחר במודע להטעות את רשם הפטנטים, לגרוף רווחים מונופוליסטיים, ולשאת בסיכון של תשלום פיצויים המבוססים על נזק בשוק תחרותי (וזאת אף מבלי להתייחס לעלויות הליטיגציה הגבוהות, אשר עשויות אף הן להרתיע חברות גנריות מלתבוע את נזקיהן).

76. מסקנתי עד כה, אם כן, בכל הנוגע לאפשרות העקרונית של מתחרה לתבוע סעד של השבת רווחים ממבקש שהטעה את רשם הפטנטים, כי אין לראות בהסדר שבחוק הפטנטים משום הסדר שלילי. כפי שנקבע בפסיקה בהקשרים אחרים, ממלכת דיני הפטנטים אינה סגורה ומסוגרת מפני דוקטרינת עשיית עושר, אשר כידוע, שולחת "נציגים ושגרירי-דצון-טוב אל כל פינות המשפט, להשליט צדק ומשפט בין אנשים-ניצים" (הלכת א.ש.י.ר., עמוד 330). ברם, הקביעה העקרונית שלפיה החוק אינו כולל 'הסדר שלילי',

אינה מצביעה על סופה של הדרך, אלא רק על תחילתה. כדי לחייב בהשבת הרווחים, שומה עלינו לזהות מהו הכלל המשפטי הקונקרטי, שהפרתו הופכת את ההתעשרות בגין הטעיית רשם הפטנטים, להתעשרות שלא כדין, כמשמעות ביטוי זה בחוק עשיית עושר. האם הכלל המשפטי המקיים זכאות להשבה במקרה זה, נחשב ישירות מהררי דיני עשיית עושר, או שמא מופיע בדבר חקיקה ספציפי אחר? לשאלות אלה אעבור עתה.

הקטגוריה המשפטית שאליה משתייכת עילת ההשבה

77. תחילה, אבקש לייחד כמה מילים למישור התיאורטי שבבסיס ההכרה בעילת ההשבה בענייננו – סוגיה שלגביה הרחיב השופט מלצר בחוות דעתו. בפסק הדין מושא הדיון הנוסף, ישנה התייחסות לשני סוגים של כללים משפטיים: 'כללי זכאות' ו'כללי תחרות'. מושגים אלה, מקורם בכתיבתו האקדמית של פרופ' ע' גרוסקופף. בקצירת האומר אציין, כי כללי זכאות מתייחסים למצבים שבהם שיטת משפט פלונית, מנציבה למי מהפרטים בחברה יוקצה משאב מסוים, תוך הענקת הגנה משפטית ביחס לניצול אותו משאב. הגנה משפטית זו, עשויה ללבוש צורה חיובית (זכות לעשות שימוש במשאב), צורה שלילית (זכות למנוע מאחרים לעשות שימוש במשאב), ובמקרים מסוימים גם שילוב של השניים (הזכות לעשות שימוש במשאב, לצד הזכות למנוע מאחרים לעשות בו שימוש). כללי תחרות לעומת זאת, מתייחסים למצבים שבהם שיטת המשפט אינה קובעת מראש מהו משטר הזכאות ביחס למשאב מסוים, אך מנציבה מסגרת כללים ביחס לדרך שבה תירכש הזכאות, אשר באמצעותה יושלם הליך ההקצאה בעתיד (להרחבה, ראו: גרוסקופף, הגנה על כללי תחרות, בפרקים 1-6). נדבך חשוב בתזה של פרופ' גרוסקופף, עניינו בתפקיד המרכזי שיש להעניק לדיני עשיית עושר ולא במשפט, לצורך הגנה על כללי התחרות (גרוסקופף, הגנה על כללי תחרות, 107-164). לדידו, בבסיס ההגנה על כללי תחרות, ניצב האינטרס הציבורי שבקיומה של תחרות חופשית, ולא אינטרס קנייני-פרטי של מתחרה מסוים. במובן זה, התערבות משפטית במצבי-הפרה של כללי תחרות, נובעת, בראש ובראשונה, מהרצון להרתיע מתחרים פוטנציאליים מפני הפרת כללי התחרות ההוגנת. על רקע האמור, ומשורה של טעמים עיוניים ומעשיים, סבור פרופ' גרוסקופף, כי ההכרה בקיומה של עילת השבה מכוח דיני עשיית עושר, במקרים של הפרת כללי תחרות – מוצדקת ונחוצה, שכן דינים אלה מכוונים להשבת התועלת שהפיק הנתבע-המפר כתוצאה מהפרתו, ולנטילת העוקץ ממעשה ההפרה. לפיכך, אלמנט ההרתעה הנובע מן השימוש בהם, יעיל ומשמעותי יותר, לעומת דינים המבוססים על הנזק שנגרם לתובע-הנפגע, דוגמת: דיני הנזיקין ודיני התרופות בתחום החוזים (גרוסקופף, הגנה על כללי תחרות, 115-154; ראו גם פסקאות 83-103 לחוות הדעת של השופט מלצר בפסק הדין מושא הדיון הנוסף).

78. בענייננו, לא נטען לפגיעה בזכות קניינית, ולא נטען גם לשלילת הזכות להתחרות בשוק החופשי, שהרי לא נמנעה מאוניפארם האפשרות המעשית להתחיל בשיווק תרופתה הגנרית, גם אם בנטילת סיכון מסוים, מיד עם פקיעת הפטנט הראשון. לפיכך, בית המשפט המחוזי סבר, והחרה-החזיק אחריו בית משפט זה, כי נכון לסווג את המקרה שלפנינו כהפרה של 'כללי תחרות', ולא כהפרה של 'כללי זכאות'; תוך הצדקה להכיר בעילת השבחה מכוח דיני עשיית עושר, על יסוד התיאוריה שפותחה על-ידי פרופ' גרוסקופף.

79. כאמור לעיל, ובכפוף לגבולות שישורטטו להלן, אף אני סבור כי ניתן להכיר, כעניין שבעקרון, בקיומה של אפשרות לתבוע השבחה מכוח דיני עשיית עושר, במקרה שבו מוגשת בקשת פטנט מטעה. ואולם, אינני משוכנע כי לצורך זה מחויבים אנו ליצור פרדיגמה חדשה, או קטגוריה חדשה, שתקבץ תחתיה את עילות התביעה הנובעות מדיני עשיית עושר ולא במשפט, בכלל מצבי התחרות. השופט מלצר הצביע על כמה טעמים המצדיקים לשיטתו, את אימוץ התזה שהוצעה על ידי פרופ' גרוסקופף בהקשר זה. ברם, אף הוא ציין כי תזה זו 'מאתגרת' את החשיבה המסורתית המקובלת, בכל הנוגע לעילת ההשבחה שבסעיף 1 לחוק עשיית עושר (פסקאות 100-101 לחוות דעתו). כך, בעיקרו של דבר, משום שתנאי לקיומה של עילת תביעה מכוח סעיף 1 לחוק עשיית עושר, הוא שההתעשרות באה לזוכה מאת המזכה – 'על חשבוננו' – כלומר, כתוצאה משימוש במשאב של המזכה, פגיעה באינטרס שלו, או הפרת חובה כלפיו. דיני עשיית עושר, במובנם הפשוט, אינם מבקשים להעניק זכות תביעה ביחס לכל התעשרות באשר היא, אם זו אינה מקיימת את יסודות העילה שנקבעו בחוק, לרבות יסוד ההתעשרות על חשבון המזכה. זאת, גם כאשר ההתעשרות הושגה כתוצאה מהתנהגות פסולה או שהיא פוגעת באינטרס ציבורי חשוב. אמנם, "הקטיגוריות של עשיית עושר ולא במשפט לעולם אינן סגורות ולעולם אינן שוקטות על השמרים" (הלכת אדרס, 273). ועדיין, אין משמעות הדבר כי ניתן לוותר כליל על איזה מיסודות עילת ההשבחה החקוקה. לפיכך, במישור העיוני, קיים קושי דוקטרינרי להכיר בקיומה של עילת השבחה מכוח דיני עשיית עושר, המבוססת כל-כולה על שיקולי הרתעה כלליים, ומצהירה בריש גלי, כי תכליתה אינה הגנה על האינטרס הרכושי-כלכלי של המזכה-התובע. ישנו אפוא קושי לקבל את הקביעה שלפיה "הטעם שבגיננו המתחרה-המפר נאלץ להשיב את התעשרותו למתחרים האחרים איננה כיוון שהוא נטל זכות שלהם, אלא מכיוון שאילוץ זה ירתיע אותו מלהפר את כללי התחרות" (פסקה 100 לחוות דעתו של השופט מלצר). גישה זו, הלכה למעשה, זונחת את יסוד ההתעשרות 'על חשבון המזכה', שהוא יסוד בלעדיו-אין לקיומה של עילת ההשבחה (וראו והשוו: גרוסקופף, הגנה על כללי תחרות, 143-144, 186-188). בהקשר זה אציין עוד, כי אף שבשלב זה הכריע בית המשפט המחוזי בבקשה למתן חשבונות בלבד, וטרם נדרש

לקביעת גובה ההשבה, עדיין היה עליו, כבר במסגרת שלב זה, לקבוע את קיומו של היסוד השלישי לעילת עשיית עושר – "שבאו לו מאדם אחר" (השוו לאמור בפסקה 8 לחוות הדעת של השופט קרא). בהקשר זה יש להבחין בין השאלה אם הרווח בא לזוכה מאת המזכה – שהוא תנאי הכרחי לביסוס עילת ההשבה; לבין השאלה אם נגרם חיסרון כיס למזכה – שלפי הדין הישראלי, אינו תנאי הכרחי לביסוס העילה, הגם שיכולה להיות לו משמעות בשלב קביעת הסעד (פרידמן ופירא בר-אור, 102; זאת, בניגוד לדין העברי המכיר באופן עקרוני בכלל שלפיו "זה נהנה וזה לא חסר – פטור"; וראו: נחום רקובר, עושר ולא במשפט, עמוד 19 ואילך (1987)).

80. אכן, לצד המובא לעיל, הוסיף וציין השופט מלצר כי "על-אף שהשימוש בפרדיגמת הפרת כללי התחרות הוא ראוי, זכות התביעה תחת פרדיגמה זו צריכה להינתן למתחרים של מפר כללי התחרות רק בנסיבות שבהן ניתן לומר שההתעשרות 'באה מהם'". ואולם, חוששני כי קשה יהיה לנתק בין תכליתה העקרונית של עילת התביעה, המעלה על נס את הרתעת המתחרים-המפרים הפוטנציאליים, לבין השמירה הדוקטרינרית על כך שיוכיח התובע את יסודות העילה, לרבות יסוד ההתעשרות 'על חשבוננו'. ואמנם, אין צורך להרחיק עדותנו, שהרי כבר בעניינינו-אנו, לגישת השופט מלצר, ניתן להגמיש את יסודות עילת ההשבה, משעסקינן בפרדיגמת הפרת כללי תחרות. אשר על כן, הגם שכאמור נקבע בערעור נושא הדיון הנוסף כי יש להוכיח שההתעשרות 'באה' מאת התובע, סבורני כי 'רוח' הדברים – ובפרט, הדגשת התכלית ההרתעתית, חלף ההגנה על האינטרסים של התובע – מעוררת חשש של ממש לחריגה מן המסגרת שתיקן המחוקק, שבגדרה נדרש כי התעשרות הנתבע-המפר תבוא לו מאת התובע ו'על חשבוננו'. נוסף על כך, מצב שבו תכלית עילת התביעה 'מושכת' לכיוון אחד (הרתעה), בעוד שפרטיה ודקדוקיה 'מושכים' לכיוון מנוגד (הגנה על אינטרס התובע) – אינו נראה לענ"ד כתשתית בריאה לאימוצה ולפיתוחה של הדוקטרינה שבה עסקינן.

81. בהינתן האמור, על אודות הקשיים הגלומים בקליטתה של פרדיגמת הפרת דיני התחרות במקרה דנן, מוצא אני להעיר, כי מבחינה עיונית ניתן, אף עדיף, לפסוע בתלם חרוש, אשר הרחיב זה מכבר את תחום התפרסותה של עילת ההשבה מכוח דיני עשיית עושר, על-פי המשמעות המסורתית המקובלת שלה, קרי: נטילת זכות הזולת או הפרת חובה כלפיו, גם ביחס להשבת רווחים שהופקו כתוצאה מפגיעה בציפייה לגיטימית של המזכה. זאת, בתנאי שלפגיעה התווסף 'יסוד שלילי נוסף', כגון ביצוע פעולה בלתי-חוקית או העדר תום לב. ואכן, הפסיקה הכירה בפגיעה בציפיותו של מתחרה לתחרות הוגנת, שתאפשר לו למכור את מרכולתו בשוק החופשי, כהתנהגות המזכה בהשבת רווחים, במקרים שבהם נלווה לה 'יסוד שלילי נוסף' (ע"א 280/73 פלאימפורט בע"מ נ'

ציבה-גייגי לטד, פ"ד כט(1) 597 (1974) (להלן: עניין פלאימפורט); הלכת אדרס, 276; עניין ליבוביץ', 331-330; עניין סודהגל, 479-477; עניין אטלנטיק, 484-478; Friedmann, 577; פרידמן, 266; פרידמן ובר-אור, 105-104, 593-584; לדעה הרואה בעניין פלאימפורט, דוגמה לפגיעה ב'זכות להשתתף בהתחרות' (שלא כבנסיבות עניינו, שכן לא נשללה מאוניפארם האפשרות להיכנס לשוק), ולא כפגיעה בציפייה לתחרות הוגנת, ראו: גרוסקופף, הגנה על כללי תחרות, 94-89; אעיר, כי הפגיעה באינטרס הציפיה אינה מצומצמת רק למצבים של 'תחרות בלתי הוגנת', אלא מתפרסת גם למצבים נוספים של פגיעה בציפייה לגיטימית (לעניין זה, ראו הדוגמאות המובאות בספרם של פרידמן ושפירא בר-אור, בעמודים 103, 584-575). אעיר עוד, כי ההלכה שנפסקה בעניין פלאימפורט נדחתה במפורש בדין האנגלי (Smithkline Beecham v. Apotex Europe, ) ([2006] EWCA Civ. 658 (C.A.)). סבורני אפוא, כי שיוך עילת התביעה לפרדיגמה מושרשת זו, על התכלית הנשקפת ממנה – הגנה על תובע שניטלה ממנו זכותו – יש בה, לטעמי, כדי ליתן פתרון-מה לקושי שבוויתור הנזכר (בין אם במפורש, בין אם במשמע), על איזה מיסודות עילת התביעה שבגין התעשרות שאינה כדין.

82. בהקשר זה, השופט מלצר סבר, כי פסקי הדין ש'מתחו' את עילת ההשבה מכוח דיני עשיית עושר, גם למצבים של פגיעה בציפייתו של המתחרה-התובע לתחרות הוגנת בשוק – אין בהם כדי לסייע בנסיבות עניינו. זאת, לשיטתו, מאחר שבפסקי הדין האמורים, נדונו "מקרים שבהם החברה הנתבעת נהנתה מנתח שוק שפותח ושוכלל על-ידה בעבר", כך ש"ניתן לראות ב'נטיילתו' של אותו נתח שוק על-ידי המתחרה המפר משום נטילה של 'זכות'; בעוד שבמקרה שלפנינו, מדובר במצב שבו "המתחרות לא ביססו נתח שוק מוגדר עובר להתנהגות הבלתי הוגנת", ולכן קשה לומר מה בדיוק 'ניטל' מהן (פסקה 96 לחות דעתו). כשלעצמי, אינני סבור כי קושי זה מציב מחסום בלתי-עביר, שאינו מאפשר הכרה בעילת השבה מכוח דיני עשיית עושר, גם על-פי הקטגוריה של נטילת זכות הזולת, במובנה הרחב. אין לכחד: הוכחת היקף נתח השוק שהמתחרה-הנפגע היה משיג, אלמלא התנהגותו של המתחרה-המפר, 'שלא על-פי זכות שבדין' – איננה עניין של מה בכך. אולם, מדובר בנטל ראייתי, ולא בקושי דוקטרינרי. גם מדבריו של השופט מלצר עולה, כי מדובר בסופו של דבר ב"נטל [...] מכביד למדי", או בקושי "לכמת את היקפי ההתקשרות הפוטנציאלית שנמנעו מהמתחרים-הנפגעים". זאת, לעומת הקושי הדוקטרינרי הנובע, כאמור לעיל, מהדרך שבה צעדו בית המשפט המחוזי והשופט מלצר, המטשטשת דה-פקטו את אחד מיסודותיה הבסיסיים של העילה – יסוד ההתעשרות על חשבון המזכה. זאת ועוד, סבורני כי גם כאן, מסגור הדיון לסכסוך בין חברות גנריות לחברות מקור בשוק התרופות – יכול לסייע. כפי שצינו וייס ושור-עופרי, נראה שדווקא בשוק התרופות, ניתן להתגבר בקלות יחסית על הקושי שבחישוב אומדן נתח השוק שנמנע

מהמתחרה הגנרי, מחמת פגיעה בתחרות ההוגנת מצד חברת המקור: "התנהגות השוק עם כניסת התחרות הגנרית, ובפרט קצב ושיעור ירידת המחירים, ואובדן נתח השוק של היצרנית האיננובטיבית לטובת החלופות הגנריות, מתועדים היטב במחקרים כלכליים רבים. השחקנים לרוב הם 'שחקנים חוזרים', נתוני המכירות הספציפיים של תרופות רבות מתועדים אף הם, וכך גם נתחי השוק של חברות גנריות שונות. לאור ההיכרות עם תבנית ההתנהגות של שווקים פרמצבטיים שחזור ה-but for world – כולל גודל השוק וחלוקתו בין השחקנים בעולם האלטרנטיבי בו כניסת התחרות הגנרית היתה מוקדמת יותר – הוא משימה אפשרית" (וייס ושוו-עופרי, עמודים 42-43; ההדגשה הוספה – נ' ס').

83. זאת ועוד. אם אכן, כפי שקבע השופט מלצר – "תחת פרדיגמת הפרת כללי התחרות, ניתנת זכות תביעה למתחריו של מי שהפר את כללי התחרות, לא מכיוון שניטלה מהם זכות, אלא מכיוון שהם הגורמים שזכות התביעה שלהם היא המרתיעה ביותר מנקודת מבטו של המתחרה המפר" (פסקה 98 לחוות דעתו), ואם "מטרת ההכרה בעילת התביעה היא למנוע מחוטא לצאת נשכר, ורק לאחר מכן נבחנת שאלת מעמדו של התובע" (שם, פסקה 165; כן ראו: גרוסקופף, הגנה על כללי תחרות, עמודים 112-115) – נשאלת אפוא השאלה: מדוע לייחד את זכות התביעה דווקא למתחריו של המפר? השופט מלצר הצביע על כמה יתרונות הנובעים מן ההכרה בזכות התביעה של מתחריו של הנתבע-המפר. לדבריו, מדובר בשחקנים מתוחכמים, בעלי משאבים, ובעלי אינטרס, שיכולים לבצע 'אכיפה פרטית' בצורה יעילה יותר מאשר לקוחותיו של המתחרה-המפר (פסקה 99 לחוות דעתו). ואולם, אם התכלית המרכזית היא השגת הרתעה יעילה, ניתן לחשוב על גורמים נוספים, יתכן שאף מתאימים יותר, אשר יכולים לשמש סוכני אכיפה אפקטיביים. כך למשל, מדוע שלא נכיר בעילת תביעה להשבת רווחי ההפרה, מצד עובדי החברה המפרה, אשר במקרים רבים בקיאותם ברזי הפעולות הפסולות שהובילו להתעשרות, רבה יותר מכל גורם אחר (מעין 'חושפי שחיתויות')? התשובה העיונית לכך היא, שהרווח לא נעשה 'על חשבונם' (אדרבה, לעתים הוא אף משרת אותם); אולם, משוויתרנו דה-פקטו (למצער, במישור העיוני) על יסוד זה – הדרא קושיא לדוכתא.

84. לכך אוסיף, כי אימוץ התזה האמורה, עשוי לעורר את השאלה הכללית הבאה: מדוע דווקא במצבים של הפרת כללי תחרות יש מקום להכיר בעילת תביעה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, תוך ויתור או הגמשה של יסודות העילה, ושל קווי המתאר הבסיסיים שלה; ולא בסיטואציות נוספות, שאינן נוגעות בהכרח במצבי תחרות בין פרטים? התשובה, לכאורה, היא שביסוד כללי התחרות ניצב אינטרס ציבורי חשוב, הנוגע להרתעת מתחרים פוטנציאליים מפני הפרת כללי התחרות ההוגנת, אשר מצדיק שימוש 'מיוחד' בדיני עשיית עושר, תוך הגמשה שלהם. ואולם, אם השיקול הוא הרתעה מפני

פגיעה באינטרס ציבורי, הרי שוודאי קיימות אינטראקציות נוספות בין פרטים, שברקע להן ניצבים אינטרסים ציבוריים חשובים אחרים, ששיטת משפטנו חפצה ביקרם. אם כן, מדוע שלא נכיר גם שם בעילת תביעה מכוח דיני עשיית עושר של 'תובעים מלאכותיים', בעלי קרבה מיוחדת, כדי להרתיע מפני פגיעה באותם אינטרסים ציבוריים? (וראו והשוו: גרוסקופף, הגנה על כללי תחרות, 146-147; עופר גרוסקופף, התעשרות מנטילת רכוש הזולת, 199 דניאל 761, 782 (תשס"ח), שם מתייחס הכותב גם לקטגוריה שיורית של התעשרות עוולתית). כך לדוגמה, האם נאמר כי מפעל מזהם, שהפר את דיני איכות הסביבה, וכתוצאה מכך הפיק יתרון כלכלי (הנובע למשל מחיסכון בעלויות), יהא חשוף לתביעת השבה מכוח דיני עשיית עושר, מצד מי שניזוק מהזיהום (להבדיל מתביעת נזיקין, מחמת נזק שנגרם לתובע)? או שמא נאמר כי יהיה חשוף לתביעת השבה מצד 'התובע האפקטיבי ביותר', כגון מי מעובדי המפעל, שבקיאותו באופן גרימת הזיהום, היקף התפרשותו, וכיוצא בכך, היא הטובה ביותר? דוגמה נוספת – האם נכיר בעילת השבה מכוח דיני עשיית עושר, נגד מרפאה הפועלת ללא רישיון מתאים, ובכך משיגה יתרון על-פני מרפאות אחרות (אם נחסכות כתוצאה מכך עלויות מסוימות, המאפשרות לה לספק שירותים במחירים זולים יותר), וזאת בשל הרצון להגן על בריאות הציבור, שאין חולק כי הוא אינטרס ציבורי ראשון במעלה? ועוד: האם אדם שהפר את כללי התכנון והבניה, ובכך חסך עלויות נכבדות לעומת כל יתר שכניו (וכן לעומת פרטים נוספים בחברה (society)), אשר נשמעו לכללים הללו, יהיה חשוף לתביעת השבה מכוח דיני עשיית עושר, מצד מי משכניו, רק כדי להשיג הרתעה יעילה, באמצעות 'התובע האפקטיבי ביותר'? ניתן לחשוב על דוגמאות רבות נוספות, שיביאונו למצב שבו 'איש את רעהו תביעות השבה פלעו'. על כגון דא, ציין השופט צ' א' טל, בעניין אטלנטיק (עמוד 479):

"[...] שאלתי את עצמי אם זה מתקבל על הדעת שכל מי שהבריח את המכס, או השתמט ממס אחר, יהיה פתוח לתביעת התעשרות שלא כדין מצד כל סוחר בענף. האם סוחר שהשתמט מתשלום מס הכנסה, ועל-ידי כך יכול להתחרות בחבריו, יחויב להשיב את רווחיו? ולמי? לכל סוחר ישר דרך, לכלל הסוחרים? בתביעה ייצוגית (מעין 'ממון שאין לו תובעים', שאין לו תובע מסוים, ראה בבא קמא, לט, א [א])? די להציג שאלות כאלה כדי להביא תיזה כזו עד אבסורד" (וראו גם: פרידמן ושפירא בר-אור, 588-589).

עיקרו של דבר הוא, שברגע שהפלגנו הרחק מכללי היסוד שקבע המחוקק, במסגרת חוק עשיית עושר – התעשרות; שלא כדין; על חשבון המזכה – עשויים אנו להיסחף ללב-ים, למחוזות שאחריתם מי ישורנו. שומה עלינו לזכור, כי דיני עשיית עושר ולא במשפט הם ענף של המשפט הפרטי – תכליתם העיקרית היא להגן על אינטרס של

פרט בחברה שנפגע; לפיכך, על מנת להיכנס בשעריהם יש להראות פגיעה במישור היחסים הקונקרטיים שבין התובע והנתבע. אם נוותר על דרישה זו, ולו במישור העיוני-דוקטרינרי, ניתן יהיה להפליג על כללי המשפט הפרטי למחוזות לא להם (וראו והשוו: גרוסקופף, הגנה על כללי תחרות, בעמ' 145).

85. כאן אולי המקום לציין, כי בפסיקה נשמעה אמנם דעה המרחיבה את מוטת הכנפיים של עילת עשיית עושר, גם למצבים של 'השבה הרתעתית', מחמת העיקרון היסודי שלפיו 'לא יצא חוטא נשכר', גם כאשר הרווח לא הופק 'על חשבוננו' של התובע (ראו: ע"א 8728/07 אגריפרם אינטרנשיונל בע"מ נ' מאירסון, פסקאות 40-43 (15.7.2010); רע"א 3456/13 חברת חשמל לישראל בע"מ נ' שליידר, פסקה נ"ט (29.8.2017); פרידמן ובר-אור, 683-692); אולם, כפי שנקבע באותם מקרים עצמם, מדובר בדוקטרינה השמורה למצבים נדירים, שבהם להתנהגותו של הנתבע נודעת חומרה יתרה; שאין אלטרנטיבה אפקטיבית, פלילית או מינהלית, להתמודד עם ההתעשרות הפסולה; ושהתובע מצוי בדרגת קרבה המצדיקה את העברת הרווח דווקא אליו (עניין אגריפארם, פסקה 42; ע"א 7043/14 חברת הכשרת הישוב בישראל בע"מ נ' רשות מקרקעי ישראל, פסקה 17 (1.5.2016); ע"א 6266/19 מדינת ישראל – המינהל האזרחי באיו"ש נ' אבנון, פסקה 16 לחוות הדעת של חברתי השופטת ע' ברון; פסקה 3 לחוות דעתו של השופט ג' קרא (25.8.2021); פרידמן ושפירא בר-אור, 684). מסופקני אם נסיבות חריגות אלה מתקיימות בענייננו (בעניין אבנון למשל, מדובר היה בנסיבות חמורות של השבת כספי שוחד ששולמו לעובד מדינה; וראו עוד: יורם דנציגר וליאת בבלוקי-פילרסדורף "השבה הרתעתית – אימתי? בשולי ע"א Sanofi 2167/16 נ' אוניפארם בע"מ" 645 ספר מרים נאור (אהרן ברק, דפנה ברק-ארז, מיכל גל, רונן פוליאק, אבישלום וסטרייך וסתיו כהן עורכים, 2023)).

[במאמר מוסגר אעיר, כי אין צורך להרחיב את היריעה מעבר לכך, לדיון בעילת השבה מכוח 'הפרת חובת האמון', שכן בפסק הדין מושא הדיון הנוסף נקבע כי עניין זה אינו רלבנטי למקרה שלפנינו, כאשר גם אני שותף למסקנה זו. אציין, כי בפסיקה אמנם נקבע, כי רווחי ההפרה הבאים בגדרי עילה זו יועברו לתובע, ללא קשר לשאלה אם ההתעשרות נעשתה על חשבוננו (עניין אבנון, פסקה 18); פרידמן ושפירא בר-אור, 610, 640). ואולם, לא ברור אם מדובר בעילת תביעה עצמאית העומדת על רגליה-שלה; במקרה פרטי של עקרון עשיית עושר ולא במשפט; או שמא גם וגם (עניין אבנון, פסקה 19 וההפניות שם). מעבר לכך, בספרות קיימת מחלוקת, אם ההצדקה להשבת רווחים במסגרת עילה זו, נובעת מן הצורך להרתיע מפני הפרת חובות אמון עתידיות, או שמא גם עילה זו משתייכת למשפחת 'נטילת זכות הזולת', הכוללת נטילה של זכות שהיא 'מעין



קניינית' (ראו: פסקה 83 לחוות הדעת של השופט מלצר בפסק הדין נושא הדיון הנוסף, והאסמכתאות שם).

86. סיכומו של דבר, מבלי שנדרש לטעת מסמרות בהיבט התיאורטי, דומני כי ניתן להורות על השבה מכוח דיני עשיית עושר, גם על-פי עילת ההשבה המסורתית, כפי ששורטטה והורחבה על-ידי הפסיקה, באופן שכולל גם מצבים של רווחים שהופקו כתוצאה מנטילת רכוש הזולת, או מפגיעה באינטרס רכושי שלו, לרבות ציפייתו הלגיטימית שסיכוייו להתחרות בשוק לא יפגעו כתוצאה מפעולה פסולה. כך או אחרת, בין אם חובה ההשבה מבוססת על הפרת כלל זכאות, בין אם על הפרת כלל תחרות (ובשלב זה אני מבקש להתנתק מהדיון התיאורטי), עלינו לאתר את הכלל המשפטי שהפרתו מזכה את התובע בהשבה. לכך אפנה כעת.

הכלל המשפטי שהופר

87. כזכור, בעניין זה נשמעו מספר דעות בגלגוליו הקודמים של ההליך. בית המשפט המחוזי סבר, כי במקרה שלפנינו, הופרה חובת הגילוי שבדיני הפטנטים, וכן גם החובה המעוגנת בסעיף 29(א) לחוק התחרות. לצד זאת, קבע בית המשפט המחוזי, כי גם אילו לא היה מופר כלל משפטי חקוק, ניתן היה ליצור כלל חדש, באמצעות חקיקה שיפוטית, מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, ומכוח העקרונות הכלליים העומדים בבסיסם. לעומת זאת, התמונה העולה מפסק הדין מושא הדיון הנוסף – מעט יותר מורכבת: השופט מלצר סבר, כי העוגן הדוקטרינרי לביסוס עילת השבה, הוא סעיף 18ג לחוק הפטנטים, ולא סעיף 29(א) לחוק התחרות; בעוד שהאפשרות ליצור כלל משפטי חדש ועצמאי מכוח דיני עשיית עושר, הושארה בצריך עיון. לעומת זאת, השופטים ברוך וקרא היו בדעה כי הזכאות להשבה נובעת מהפרת חובת תום הלב הכללית, מבלי שהתייחסו בפירוט לתחולת הוראות חוק פרטניות (פרט לשופט קרא, ששלל את תחולת סעיף 18ג לחוק הפטנטים). בעמדה שהובאה לפנינו, במסגרת הליך הדיון הנוסף, הביעה היועצת המשפטית לממשלה עמדה עקרונית, שלפיה ניתן להורות על השבת רווחיו של מי שהטעה את רשם הפטנטים, אך זאת רק כאשר ניתן להצביע על הוראת חוק קונקרטית שהופרה, ולא מכוח נורמות כלליות מופשטות; עוד לשיטתה, הפרשנות שהעניק השופט מלצר, לסעיף 29(א) לחוק התחרות – מצמצמת יתר על המידה, כמפורט לעיל.

88. תחילה אציין, כי השאלה אם יש להכיר בעילת תביעה עצמאית מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, והעקרונות הכלליים שביסוד דינים אלה, גם במקרים שבהם לא הופרה חובה סטטוטורית-קונקרטית, אינה טעונה הכרעה בעניין דנן. אפשרות זו הוכרה, כעניין עקרוני, בהלכת א.ש.י.ר. ואולם, שאלה זו מתייתרת כאן, שכן כפי שאפרט להלן,

בענייננו ניתן לקבוע כי הופר כלל משפטי המעוגן בהוראת חוק מפורשת. לצד זאת – הערה קצרה. כאמור לעיל, דיני הפטנטים אינם יוצרים 'הסדר שלילי', בכל הנוגע לאפשרות לתבוע סעד של השבה מכוח דיני עשיית עושר. ברם, אין משמעות הדבר, כי יש להכיר בתביעה שכזו, מקום שבו מעשה ההתעשרות אינו כרוך בהפרת הוראת חוק ספציפית, והטענה היא להפרת נורמות מופשטות וכלליות, דוגמת: חובת ההגינות וחובת תום הלב. בהקשר זה, מקובלת עלי עמדת היועצת המשפטית לממשלה, שלפיה ההכרה בזכאות למתן סעד מכוח דיני עשיית עושר, מקום שבו הופר איסור המעוגן בנורמה חקוקה, אף שאין לצדו סעד מפורש של השבת רווחים, מהווה כשלעצמה 'חידוש' ניכר, הצועד כברת-דרך משמעותית לטובת ההגנה על האינטרס של המתחרה-הנפגע (כמו גם על האינטרס הציבורי בקיומה של תחרות הוגנת). הרחבה נוספת של הזכאות להשבת רווחים, באמצעות הישענות על עקרונות מופשטים – חובת תום הלב; חובת ההגינות הכללית; ודוקטרינת השימוש לרעה בפטנט (לעניין דוקטרינה זו, החלה בארה"ב בעיקר כטענת הגנה מפני תביעה בגין הפרת פטנט, ראו: ע"א PFIZER INC 7247/19 נ' אוניפארם בע"מ, פסקה 6ב (15.3.2022) (להלן: עניין PFIZER); מיכל שור-עופרי "על שימוש לרעה בקניין רוחני והתפשטות רעיונות: דברים לזכרו של פרופ' יהושע ויסמן" משפטים על אתר טז 30, 38-39 (התש"ף); Mark A. Lemley, *The Economic Irrationality*; Hacoen, *Evergreening; of the Patent Misuse Doctrine*, 78 CAL. L. REV. 1599 (1990) (542-539) – עלולה להיות צעד אחד יותר מדי, אשר עשוי להזריק אי-ודאות לתוככי הליך הוצאת פטנט, ולהפר את האיזונים העדינים שקבע המחוקק (לדיון כללי ביתרונות של נורמות מסוג 'כללים' (Rules), על פני נורמות מופשטות מסוג 'סטנדרטים' (Standards), ראו: מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה" משפטים יז 321 (1987)). מאחר שממון רב מונח על הכף, בפרט בתחום התרופות, יש יסוד ממשי לטענה, כי הכרה בעילת תביעה מצד מתחריו של מבקש פטנט, מחמת הפרת חובת תום הלב הכללית, עשויה לעודד מגמה של הגשת תביעות השבה, גם כאלה שאינן מבוססות, ולהביא לריבוי הליכים משפטיים; ומן העבר השני, להביא להצפת רשם הפטנטים במידע מיותר, כמעין 'פוליסת ביטוח' מפני תביעות עתידיות על העלמת מידע. מובן אפוא, כי אין באמור כדי להפחית מחשיבותם של עקרונות תום הלב, חובת ההגינות, והכלל שלפיו 'לא יצא חוטא נשכר', כמצפן מכוון במשפט האזרחי בכלל, ובדיני הקניין הרוחני בפרט. יחד עם זאת, לגבי ההכרה בזכאות לתבוע השבה מכוח דיני עשיית עושר, מסופקני אם יש להסתמך על עקרונות כלליים אלה, במקרה של הטעיית רשם הפטנטים על-ידי מבקש פטנט, בפרט כשקיימת חלופה ראויה אחרת, שעל אודותיה אפרט להלן.

89. אעבור אפוא לדון בכלל המשפטי, אשר לשיטתי, הפרתו מצדיקה עשיית שימוש בעילת ההשבה מכוח דיני עשיית עושר, בנסיבות ענייננו.

סעיף 18ג לחוק הפטנטים או סעיף 29א(א) לחוק התחרות – זו השאלה  
 90. לגישת השופט מלצר בפסק הדין נושא הדיון הנוסף, הכלל המשפטי שעל בסיסו יש לזכות את אונפיארם ברווחיה של סאנופי, מצוי בסעיף 18ג לחוק הפטנטים, ולא בסעיף 29א(א) לחוק התחרות. עמדתי בעניין זה הפוכה; לגבי דידי, 'המסמר' שעליו יש לתלות את עילת ההשבה הוא סעיף 29א(א) לחוק התחרות, ולא סעיף 18ג לחוק הפטנטים.

91. סעיף 18ג לחוק הפטנטים, שכותרתו "אמצעי אכיפה לענין הליכי הבחינה", קובע כך:

"18ג. נמסר בתשובת המבקש לדרישה על פי סעיף 18 פרט מטעה, או שהמבקש לא עדכן ביודעין את הרשות על כל שינוי משמעותי ברשימת האסמכתאות או הפרסומים שהוא חייב בעדכון לפי הוראות סעיף 18א, וניתן פטנט על הבקשה, או שהבקשה קובלה –

(1) רשאים בית המשפט או הרשם, בהליך המתקיים בפניהם, לעשות אחד או יותר מאלה:

(א) לבטל את הפטנט או לא לתת פטנט;

(ב) לתת רשיון לניצול הפטנט לכל החפץ בו כאילו בית המשפט או הרשם בא במקומו של בעל הפטנט, בתנאים שייקבעו בהסכמה בין הצדדים, ובהעדר הסכמה בידי הרשם או בית המשפט, לפי הענין;

(ג) להורות על קיצור תקופת הפטנט.

(2) בית המשפט רשאי להטיל, על מוסר הפרט המטעה או על מי שביודעין לא עדכן את רשימת האסמכתאות או הפרסומים לפי הענין, קנס כאמור בסעיף 61א(1) לחוק העונשין, תשל"ז-1977."

92. קריאה תמה של סעיף 18ג, מעלה כי הוא אינו מתייחס לסיטואציה שנדונה בענייננו. סעיף 18ג עוסק במעשי הטעיה של מבקש פטנט, אגב תשובתו לדרישת בוחן פטנטים, למסירת פרטי מידע המנויים בסעיף 18 לחוק הפטנטים (שכותרתו "אמצעי בחינה נוספים"); או בהימנעות מעדכון בשינויים ברשימת האסמכתאות או הפרסומים שהמבקש חייב בעדכון לפי סעיף 18א לחוק הפטנטים (שכותרתו "חובת המבקש לעדכן את הרשות"). רשימת הסנקציות שבית המשפט או רשם הפטנטים יכולים להפעיל נגד מבקש הפטנט, בגין ביצוע מעשים קונקרטיים אלה, מעוגנת בסעיף הנ"ל. המעשה שביצעה סאנופי – על-פי קביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי – מסירת מידע

מטעה או העלמת מידע בשלב הגשת הבקשה לפטנט – אינו נלכד ברשתה של הוראת סעיף 18ג, כך שקיים קושי לתלות את עילת ההשבה, במקרה דנן, בהפרת החובה שנקבעה בסעיף האמור (וראו גם פסקה 11 לחוות הדעת של השופט קרא, בפסק הדין נושא הדיון הנוסף).

93. מעבר לכך, דומני כי מסגור נכון של הדיון, תחת ההקשר התחרותי, מסייע להבהיר מדוע עדיף השימוש בסעיף 29א(א) לחוק התחרות, על פני סעיף 18ג לחוק הפטנטים. בעוד שההוראה הראשונה, שעל אודותיה ארחיב להלן, עוסקת באופן קונקרטי בהגנה על התחרות החופשית, ובמיגור תופעת הניצול לרעה של המעמד המונופוליסטי, עניינה של ההוראה השניה אינו כזה. הלכה למעשה, אינני משוכנע שתכליתו העיקרית של סעיף 18ג, היא הגנה על התחרות. לטעמי, סעיף זה – מעבר להיותו מעין 'מופע' ספציפי של החובה הכללית לנהוג בהגינות וביושר כלפי רשויות ציבוריות, לרבות החובה לגלות עובדות מהותיות בעת הגשת בקשה למתן רישיון (לחובה כללית זו, ראו: בג"ץ 164/97 קונטרס נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289, 313-328 336-344, (1998); ע"מ 89/13 עיריית רמת-גן נ' הראל, פסקאות 7-8 לחוות הדעת של השופט מ' מזוז (24.2.2015); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 276-287 (2010); יצחק זמיר חובת ההגינות כלפי רשות מינהלית משפט ועסקים כו (תשפ"ב)) – נועד לאכוף על הממציא את ביצוע חלקו ב'עסקה' שכרת עם הציבור: גילוי מידע אמין ומלא (תמורת קבלת תקופת בלעדיות פטנטית). למעשה, עוד קודם לחקיקת סעיף 18ג, נקבע בפסיקה כי קיימת חובת גילוי כללית מצד מבקשי פטנטים כלפי רשם הפטנטים, מכוח עקרון תום הלב הכללי, הפורש מצודתו על פני כלל ענפי המשפט (ראו: ת"א (מחוזי נצרת) 14/92 פלסאון מפעלי מעגן מיכאל בע"מ נ' פריינט, פסקה 23 (26.8.1993); ע"א 7623/10 הידרו נע (שותפות לא רשומה) נ' סאן הייטק בע"מ, פסקה 18 (12.1.2014)). אמנם, בהחלט יתכן שהפרת חובות הגילוי המוטלות על מבקש פטנט, בין אם מכוח סעיף 18ג הנ"ל, בין אם מכוח חובת הגילוי הכללית, תביא עמה 'תופעת לוואי' בדמות פגיעה במתחרים ובציבור כולו, אך מכאן ועד למסקנה כי תכליתו העיקרית של הסעיף עניינה בהגנה על התחרות – הדרך רחוקה (לעניין זה, השוו לאמור בפסקה 112 לחוות הדעת של השופט מלצר בפסק הדין נושא הדיון הנוסף, שממנה עולה כי השופט מלצר סבור שסעיף 18ג הוא 'כלל תחרות'; דהיינו – נורמה שתכליתה הגנה על התחרות).

94. זאת ועוד. קיים לטעמי היגיון, בייחוד סנקציית ההשבה מכוח דיני עשיית עושר, רק למקרים חמורים של ניצול המעמד המונופוליסטי לרעה, לצורך דחיקת מתחרים מהשוק, שכן במקרים אלה פוטנציאל הנזק לציבור גבוה במיוחד (המחירים עולים ומצטמצמת התחרות החופשית), ונדרשת בהתאם גם הרתעה יעילה. צורך זה פוחת

במידה ניכרת, במקרים שבהם הרשם והמתחרים אמנם הוטעו, אך הנזק הכלכלי לתחרות ולציבור – אינו גבוה; למשל, מקרים שבהם רשם הפטנטים הוטעה על-ידי מבקש פטנט, הפועל בשוק תחרותי שאין בו מונופול – שאז ניתן להסתפק בסנקציות הקיימות בדיני הפטנטים (ודוק: במקרים האחרונים, ממילא המוטיבציה להגיש תביעות המבוססות על עילת עשיית עושר – נמוכה, מאחר והנתבע לא הפיק רווחים מונופוליסטיים). אם כן, בניגוד לקביעתו של בית המשפט המחוזי, שלפיה "[ש]התועלת שבהפניה לדיני ההגבלים העסקיים היא בהוספת חומרה למעשי סאנופי [...]" (פסקה 82 לפסק הדין), סבורני, כי הפניה לדיני התחרות לא נועדה רק לצורך 'תוספת חומרה', כי אם ליצירת עצם הזכאות לתבוע את השבת רווחי ההפרה.

אם כן, לגישתי, העוגן המשפטי המתאים להפעלת סנקציית ההשבה במקרה של הטעיית רשם הפטנטים, איננו סעיף 18ג לחוק הפטנטים, ואיננו גם חובת הגילוי הכללית כלפי רשויות ציבוריות, אלא סעיף 29א(א) לחוק התחרות. ואולם, בפסק הדין מושא הדיון הנוסף, קבע השופט מלצר, כי סעיף 29א(א) הנ"ל אינו מאפשר הטלת אחריות על סאנופי במקרה דנן – ועל כך להלן.

סעיף 29א(א) לחוק התחרות

95. סעיף 29א(א) לחוק התחרות קובע כך:

"בעל מונופוליון לא ינצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור".

96. רבות נכתב על אודות הוראת-הסל המעוגנת בסעיף 29א(א) לחוק התחרות, על תכליתה, ועל היחס שמתקיים בינה לבין החזקות החלוטות המעוגנות בסעיף 29א(ב) לחוק התחרות (ראו: רע"א 2616/03 ישרכארט בע"מ נ' רייס, פ"ד נט(5) 701, 711-713 (2005); בר"ע 2/96 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' ידיעות אחרונות (7.6.2000) (להלן: עניין ידיעות אחרונות); ה"ע (י-ם) 801/08 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, פסקאות 48 ו-90 (16.12.2009)). בעיקרו של דבר, סעיף 29א(א) קובע נורמת התנהגות כללית, מחמירה, החלה על בעלי מונופולין, כהגדרתם בסעיף 26 לחוק התחרות, ואשר אוסרת על ניצול מעמדם הדומיננטי לרעה. תכליתה הכללית של הוראה זו מופיעה במפורש בלשון הסעיף – מניעת פעולות העלולות "להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור"; בכך, משתלבת הוראה זו יחד עם כל יתר ההוראות שבחוק התחרות, שתכליתן נועדה להגן על הציבור מפני פגיעה בתחרות החופשית: "דיני ההגבלים העסקיים הם ה'מגנא כרטא' של זכויות הצרכן והתחרות החופשית" (ע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת

חקלאות בישראל בע"מ, פ"ד נב(5) 213, 230 (1998); ראו גם: דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56, 79-80 (2001); ברק אורבך "מטרות דיני ההגבלים העסקיים: הלכה למעשה" ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים 63 (2008). הפרת האיסור הקבוע בסעיף 29א(א), עשויה להוות עילה לתביעת נזיקין (סעיף 50 לחוק התחרות); ואם הוכחה כוונה להפחית את התחרות או לפגוע בציבור – הדבר עשוי אף להוות עבירה פלילית (שם, סעיף 47א(א4)). במקרים מסוימים, הפרת האיסור תקים עילה להטלת עיצום כספי-מינהלי על-ידי הממונה על התחרות (שם, סעיף 50ד(3)).

97. בפסק הדין מושא הדיון הנוסף, העניק השופט מלצר לסעיף 29א(א) הנ"ל, פרשנות שלפיה הוראות הסעיף יחולו רק כאשר נמצא כי הפגיעה בתחרות נגרמה כתוצאה משימוש באמצעי הנובע באופן יחודי מן המעמד המונופוליסטי, ולא כאשר מונופול גורם לפגיעה בתחרות או בציבור, שלא באמצעות פעולה כאמור. לדידו, פעולותיה הפסולות של סאנופי לא עירבו שימוש במעמדה כמונופול, ולפיכך אין ניתן לומר כי ניצלה את מעמדה בשוק כדי לפגוע בתחרות: "היותה של סאנופי מונופול [...] לא קשורה להטעיה. ההטעיה היא זו שגרמה לפגיעה בתחרות, ולא מעמדה בשוק" (פסקה 147 לחוות דעתו). דעתי בעניין זה – שונה. לטעמי, פרשנות זו אינה מתחייבת מנוסח סעיף 29א(א) הנ"ל, וגם לא מתכליות דיני התחרות. כפי שאראה, פרשנות זו אף אינה תואמת את ההסדר המקביל בדין האירופי – שאין חולק כי הוא משמש מקור השראה לדיני התחרות בישראל.

98. תחילה – לשון הסעיף. אני סבור, כי פרשנות לשונית של הסעיף הנ"ל, סובלת את שתי האפשרויות שהוזכרו לעיל. במענה לשאלה אם התיבות "בעל מונופולין לא ינצל את מעמדו לרעה בשוק", מתייחסות רק למקרים שבהם ניצול המעמד לרעה נעשה באמצעים יחודיים למעמד המונופוליסטי, או שמא גם לפעולות שבהן נוצל המעמד לרעה, ללא שימוש בכוח המונופוליסטי – יש להשיב, כי שתי האפשרויות ניתנות להבנה מתוך לשון הסעיף. בעיני, דרך ניסוח הסעיף, אינה מטה בהכרח את הכף לאפשרות זו או אחרת, ובוודאי שאינה מחייבת דווקא את הפרשנות המצמצמת.

99. אשר לתכלית החקיקה, כאמור, זו נועדה להגן על התחרות החופשית בשוק, באמצעות הטלת איסור כללי על בעלי מונופולין לנצל את מעמדם לרעה. סעיף 29א נחקק בשנת 1996, לאחר שניסיון שנצבר בהפעלת החוק לימד, כי "פעורה תהום בין הצורך לוודא שבעל מונופולין לא ינצל לרעה את מעמדו לבין היכולת המעשית לוודא שהדבר אכן

קורה" (דברי ההסבר להצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 2), התשנ"ו-1995, 2446, בעמוד 229 (14.11.1995)). לאור תכלית רחבה זו, מסופקני אם נכון לצמצם את סוג הפעולות שיִתְּסו בצלו של סעיף 29א(א), לפעולות שרק מונופול יכול לבצען, תוך החרגת פעולות שניתנות לביצוע על-ידי כל אדם – כגון הטעיה של רשם הפטנטים (לגבי ההצדקה שבמתן פרשנות רחבה להוראות חוק התחרות, באופן כללי, ראו: ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776, 860 (2005)). כך, למשל, בהתאם לפרשנות שאומצה על-ידי השופט מלצר בפסק הדין נושא הדיון הנוסף, פרקטיקה של הגשת תביעות סרק על-ידי מונופול, או הטעיית רגולטורים נוספים (מלבד רשם הפטנטים), לא תיכלל באיסור על ניצול מעמד לרעה, משום שהיא איננה אמצעי יְחודי לבעל מונופולין; כל אדם יכול לעשות כן. זאת, בניגוד למקובל באירופה ובארה"ב, ששם פרקטיקה זו עשויה לעלות כדי 'ניצול מעמד לרעה' (פרקטיקה זו מכונה באירופה ובארה"ב בשם Vexatious Litigation; ראו: Case T-111/96 – ITT Promedia v Commission [1998]; אבהיר: איני קובע כי בענייננו, סאנופי אכן ביצעה פעולה המהווה Vexatious Litigation, ככל משפטה וחוקתה בדין הזר). אם כן, אינני סבור שהפרשנות המצמצמת האמורה, אכן רצויה ומקובלת במישור התכליתי. כאשר המוטיבציה לביצוע הפעולה הפסולה, המביאה להפחתת התחרות בשוק, נובעת משאיפתו של מונופול לבצר את מעמדו המונופוליסטי, אין מניעה לקבוע כי מדובר בניצול מעמד לרעה, גם אם מדובר בפעולה שמבחינה טכנית יכולה להתבצע על-ידי כל אדם. אכן, הטעיה של רשם הפטנטים איננה פעולה יְחודית לבעל מונופולין; כל מבקש פטנט, בין אם מדובר במונופול, בין אם מדובר במי שאינו מחזיק בתואר שכזה, עשוי להטעות את רשם הפטנטים או להעלים מידע, ממניעים שונים ומגוונים (כך למשל, מבקש עשוי להעלים מידע כדי 'לקצר הליכים', או על מנת לחסוך בעלויות הבקשה). ברם, אין להסיק מכך כי הטעיה המבוצעת על-ידי מונופול, אינה 'ניצול מעמד לרעה'. קיצורו של דבר, במישור התכליתי, איני מוצא טעם טוב להותיר מחוץ לגדר האיסור על ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה, מגוון רחב של פעולות פסולות; לפיכך, דעתי היא כי 'ניצול מעמד לרעה של כוח מונופוליסטי' יכול להיעשות גם תוך שימוש באמצעי שאינו יְחודי לבעלי מונופולין.

100. מסקנתי זו מתיישבת גם עם היותו של סעיף 29א(א) סעיף-סל, אשר נועד להרחיב את קשת המקרים שיחשבו ל'ניצול מעמד לרעה', ובא להוסיף על האיסורים הספציפיים המנויים בסעיף 29א(ב), המתייחסים להתנהגויות שמטבען מאפיינות דווקא בעלי מונופולין (כגון: קביעת מחירים בלתי-הוגנים, טורפניים או מופרזים; הפליית מחירים פסולה; צמצום או הגדלה של הנכסים או השירותים הניתנים על-ידי מונופול; וכיוצא באלה). נראה, כי זו גם עמדת הממונה על התחרות, כפי שהובעה בהחלטות קודמות (ראו למשל: החלטת הממונה על התחרות בעניין החברה המרכזית להפצת משקאות, מיום

24.12.2019, בפסקה 129; החלטת הממונה על התחרות בעניין בזק – החברה הישראלית לתקשורת, מיום 24.12.2007, בעמודים 22-24; ההחלטות זמינות באתר רשות התחרות).

101. נוסף לאמור, ובהקשר של שוק הפארמה, דומה כי אין מקום להעניק לסעיף 29א(א) פרשנות מצמצמת. כאמור, התמריצים המשמעותיים הפועלים על חברות המקור, הנהנות ממעמד מונופוליסטי, עשויים להניע אותן לפעול להארכת תקופת הבלעדיות הפטנטית, בדרכים פסולות. הטעיית רשם הפטנטים, היא רק פרקטיקה אחת מגי רבות, כשלצדה ניתן לזהות התנהגויות מגוונות נוספות, שאינן כרוכות בטקטיקות של הטעייה. תיעוד ומיון ניסיונות שכאלה, נעשה בספרות האקדמית (ראו למשל, Hacoen, Evergreening, 491-523). במובן זה, צמצום היקף האיסור המעוגן בסעיף 29א, תוך הישענות על חובת הגילוי המוטלת על מבקש פטנט (בין מכוח סעיף 18ג, בין מכוח האיסור הכללי להטעות רשויות ציבוריות), עשוי להתברר כפתרון חלקי בלבד, החסר אותה גמישות, הדרושה לצורך 'לכידת' מצבים נוספים של ניסיונות הארכה מלאכותיים של תקופת המונופול הפטנטי; כיסוי שטחי לבעיה עמוקה. לעומת זאת, הפוטנציאל הטמון באיסור הקבוע בסעיף 29א, והיקף פרישתו על פרקטיקות אנטי-תחרותיות מגוונות המבוצעות על-ידי בעלי מונופולין – גבוה יותר.

102. מעבר לעובדה, כי הדבר מתיישב יפה עם הלשון והתכלית, נראה גם, כי הפרשנות המרחיבה היא זו המקובלת בדין האירופי, שכאמור – אין חולק כי הוא מקור ההשראה לחקיקת סעיף 29א (ראו: אריאל אזרחי ודיויד גילה דיני התחרות האירופאים בראי דיני ההגבלים העסקיים בישראל 12 (2019) (להלן: אזרחי וגילה); רע"א 1248/19 החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ נ' גפניאל, פסקה 38 (26.7.2022)). לסוגיה זו התייחס בית הדין האירופי העוסק בנושאי תחרות (General Court), בפסק דינו בעניין [2010] Case T-321/05 AstraZeneca v. Commission (להלן: עניין AstraZeneca); ערעור על פסק הדין נדחה – [2012] Case C-457/10 AstraZeneca v. Commission. בעניין AstraZeneca נקבע, כי חברת התרופות AstraZeneca הטעתה את רשויות הפטנטים, במסגרת בקשה שהגישה, למתן צו להארכת תוקף פטנט, ובכך הפרה את האיסור בדבר ניצול מעמד לרעה, המעוגן בסעיף 102 לאמנה האירופית (Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU); איסור שהיה קיים בעבר, בסעיף 82 לאמנת רומא משנת 1957). סעיף זה הוא המקביל לסעיף 29א(א) שבחוק התחרות. לצורך כך נקבע, כי המונח "abuse of dominant position", שבסעיף 102 הנ"ל, כולל בתוכו גם התנהגויות של בעל מעמד דומיננטי שעלולות לפגוע בתחרות, גם כאשר האמצעי שבאמצעותו נוצל המעמד הדומיננטי לרעה, איננו אמצעי יחודי לבעל מונופולין (עניין



AstraZeneca, פסקה 267). המבחן שנקבע לשם כך הוא זה: אם ההתנהגות העלולה לפגוע בתחרות נופלת מחוץ לתחום ההתנהגויות שהן בגדר 'תחרות לגופו של עניין' (competition on the merits); קרי – תחרות 'רגילה' ולגיטימית (עניין AstraZeneca, פסקה 354; פסקה 75 לפסק הדין בערעור). למעשה, כפי שטענה היועצת המשפטית לממשלה, פרשנות זו מושרשת בדין האירופי מזה שנות-דור (ראו: C-85/76 – Case 6/72 Hoffmann-LaRoche v. Commission [1979] ECR 461, פסקה 91; Europemballage and Continental Can v Commission [1973] ECR 215, פסקה 27, שם נכתב כי ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה יכול להיעשות "[...] regardless of the means and procedure by which it is achieved" Bellamy & Childs, EU LAW: כן ראו: OF COMPETITION (Eighth Edition) (Bailey & John (eds.); dec 2018, עמוד 864).

103. סאנופי טוענת, כי ההשוואה לעניין AstraZeneca אינה מתאימה, שכן באותה פרשה נקבעו תנאים מחמירים – שאינם מתקיימים בענייננו – שרק בהתקיימם, עשויה הגשת מידע מטעה לרשם הפטנטים לעלות כדי 'ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה'. נטען, כי הלכה זו חלה רק במקרים חריגים, שבהם נמצאה אסטרטגיה מכוונת להטעות את הרשויות, וכי הדין האירופי כלל אינו מכיר בזכאות לנטילת רווחיו של מי שהפר את דיני התחרות. גם אם אניח שהצדק עם סאנופי בעניין זה, אין בכך כדי להשפיע על השאלה המשפטית-פרשנית שבנדון: אם עילת 'ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה', מכוח סעיף 102 לאמנה האירופית, מחייבת כי האמצעי שהופעל לפגיעה בתחרות יהא ייחודי למעמד המונופוליסטי – שאלה שנענתה בעניין AstraZeneca, ובפסקי דין נוספים, בשלילה. גם הפסיקה הנוספת שאליה הפנתה סאנופי, אין בה כדי לערער מסקנה זו, ונראה כי גם ממנה עולה הסכמה לכך (ראו למשל את שציינה סאנופי עצמה, בפסקה 16 להשלמת הטיעון מטעמה: "פסקי הדין בעניין Continental Can [...] Hoffman-La Roche-1 [...] שוללים אמנם את הדרישה הצרה לפיה האמצעי שפגע בתחרות חייב להיות אמצעי ייחודי למעמד המונופוליסטי [...]"; כך גם ציינה בפסקה 10 לתגובתה להשלמת הטיעון בכתב). אשר לטענה, כי עניין AstraZeneca נבדל מענייננו-שלנו, מאחר שבאותו מקרה מדובר היה בהליך מינהלי של הטלת עיצום כספי, בעוד שענייננו כאן כתביעה אזרחית; אינני מוצא כי הבחנה זו רלבנטית לגבי השאלה הפרשנית בדבר היקף האיסור על ניצול המעמד המונופוליסטי לרעה.

104. טרם השלמת ניתוח ההוראה שבסעיף 29א(א) לחוק התחרות – אבקש להוסיף כמה הערות קצרות.

ראשית, לא כל בעל פטנט, ודאי שלא כל מבקש פטנט, בא בגדר 'בעל מונופולין', כהגדרתו בסעיף 26 לחוק התחרות. כך הוא הדבר, למשל, כאשר מדובר בבקשת פטנט לגבי תרופה חדשה, שטרם קיבלה היתר לשיווק בשוק. שאלת קיומו של מונופול לפי דיני התחרות, נקבעת על-פי ניתוח כלכלי של השוק הרלבנטי, ומידת הדומיננטיות של בעל האמצאה בשוק זה; היא אינה נגזרת במישרין מעצם קיומו של פטנט, או מעצם קיומה של בקשת פטנט תלויה ועומדת (להבחנה שבין 'מונופול' סטטוטורי המוקנה לבעל אמצאה מכוח דיני הקניין הרוחני, ובפרט מכוח דיני הפטנטים, לבין מונופול כהגדרתו בחוק התחרות, ראו: ה"ע (ירושלים) 3/97 מגל מערכות בטחון בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פסקאות 84-85 (4.11.2001) (להלן: עניין מגל)).

שנית, בענייננו קבע בית המשפט המחוזי, כעניין שבעובדה, כי סאנופי הייתה מונופול בשוק הרלבנטי, ואף ציין כי סאנופי לא חלקה על כך; אין מקום להתערב בקביעה עובדתית זו (ראו: פסקה 82 לפסק הדין של בית המשפט המחוזי; כך עולה גם מתצהירה של העדה מטעם סאנופי, גב' Marie Catillon: "the defendant's share of the market during this period [November 2000 to February 2008] was 100%").

שלישית, כפי שצינתי לעיל, דיני הפטנטים אינם מהווים 'הסדר שלילי', המונע באופן עקרוני קבלת סעד לפי דיני עשיית עושר ולא במשפט, במקרים של הטעיית רשם הפטנטים על-ידי מבקש פטנט. בהמשך לכך, אני סבור כי דיני הפטנטים גם אינם יוצרים הסדר שלילי, המונע באופן גורף החלה של נורמות מדיני התחרות, דוגמת: סעיף 29א(א) לחוק התחרות. הגם שבין שתי מערכות הדינים האמורות מתקיים מתח מובנה – דיני התחרות שואפים להגביר תחרות פתוחה וחופשית; בעוד שדיני הפטנטים מעניקים בלעדיות לבעל האמצאה לזמן מוגדר, לצורך עידוד פיתוח וחדשנות, תוך הגבלה של חופש התחרות – הרי שבסופו של דבר, ביסוד שתייהן ניצבת מטרת-על משותפת: השאת הרווחה החברתית הכוללת; בין אם באמצעות הגנה על התחרות, בין אם באמצעות עידוד חדשנות ויצירתיות. מבחינה זו, יש להשקיף על שתי מערכות הדינים כמשלימות זו את זו, ולא כצרות אחת לרעותה. כפי שנקבע בעניין מגל הנ"ל: "לדעתנו, חוק ההגבלים העסקיים אינו עומד בסתירה או בהתנגשות לחוק הפטנטים. העובדה שהמחוקק הפקיד בידו של אדם זכות סטטוטורית בתחום הפטנטים, אין משמעה שהמחוקק גם היה מוכן להשלים מראש עם מצב שבו בעל הפטנט ינצל לרעה את מעמדו בשוק ויפגע בציבור" (שם, פסקה 80; ראו גם: מיכל (שיצר) גל "מונופולים בתחרות – האיזון שבין עידוד חדשנות ויצירתיות ובין הפגיעה בתחרות בדיני ההגבלים העסקיים" דין ודברים ב 431-437, 459-457 (2006)); טור-סיני, 343-345). מסקנה זו מקבלת משנה-תוקף, במקרים של הטעיית רשם הפטנטים, שאז שתי מערכות הדינים מבקשות להשיג, מתוך אינטרס משותף, הרתעה חדה ויעילה; דיני התחרות – כדי למנוע הארכה לא מוצדקת של תקופת

המונופול; ודיני הפטנטים – על מנת למנוע רישום פטנט על סמך מידע שגוי, וכדי להימנע מהסתמכות הציבור על מידע לא מדויק. אעיר, כי אמנם בחוק הפטנטים ישנה התייחסות לסיטואציה שבה "בעל פטנט מנצל לרעה את המונופולין שיש לו" (סעיף 117 לחוק הפטנטים); ואולם, על פני הדברים, מדובר בהסדר מצומצם שחל רק על מעשים ספציפיים שביצע בעל הפטנט, תחת ההקשר של מוסד רישיון הכפייה (שם, סעיף 119), ולא בהסדר מפורט ומקיף המתיימר להתייחס למצבים הרבים והמגוונים, אשר עולים כדי ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה, כמשמעות מושג זה בחוק התחרות, כמו גם לסעדים שמצבים אלה עשויים להצמיח (טו-טוני, 334). אינני סבור אפוא, כי ההסדר המצומצם שבסעיפים 117 ו-119 הנ"ל, יוצר הסדר שלילי המונע את החלת סעיף 29א לחוק התחרות.

ורביעית, בהמשך לאמור, אינני סבור כי דיני התחרות יוצרים 'הסדר שלילי', המונע מתן סעד בדמות השבת רווחים מכוח דיני עשיית עושר, ביחס למקרים שבהם הופר האיסור בדבר ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה. כאמור לעיל, חוק התחרות מתייחס למספר תוצאות אפשריות, העשויות לנבוע מהפרת האיסור המעוגן בסעיף 29א – פליליות (סעיף 47(א)(4) לחוק התחרות), נזיקיות (שם, בסעיף 50(ב)) ומינהליות (שם, בסעיף 50(א)(3)). ברם, בעיני, אין ללמוד מכך על קיומו של 'הסדר שלילי', המונע מתן סעד מכוח דיני עשיית עושר, בגין ניצול מעמד דומיננטי לרעה. כפי שהוכרע בעניין אדרס, לדיני עשיית עושר ולא במשפט אין 'תחנת עגינה' נקודתית, בכל דבר חקיקה ברחבי המשפט הפרטי; דינים אלה חולשים על כלל תחומי המשפט, באמצעות 'כנפי הנשר' שבהם התברכו. אם כן, העדרו של סעד השבה בחוק התחרות, אינו משמיע הסדר שלילי בעניין זה (ראו והשוו: עניין טלראן, פסקה ג' לפסק הדין של השופט א' רובינשטיין; עניין מגל).

105. לסיכום נקודה זו: מהטעמים שמניתי לעיל, סבורני כי הוראת הדין, שהפרתה עשויה לזכות את מתחרהו של מבקש פטנט בעל מונופולין – במקרה של הטעיית רשם הפטנטים – היא הוראת סעיף 29א(א) לחוק התחרות. עוד אני סבור, כי יש להעניק להוראה זו פרשנות מרחיבה. מנגד, הפרת סעיף 18ג לחוק הפטנטים, או חובת הגילוי הכללית, כשלעצמן, לא תזכה את מתחריו של מבקש הפטנט בהשבת הרווחים שהפיק (ומבלי לטעת מסמרות, משהדבר איננו נחוץ, אין מקום לשיטתי להישען על עקרונות מופשטים – תום לב, הגינות, ושימוש לרעה בזכות).

דרישת היסוד הנפשי לפי סעיף 29א(א) לחוק התחרות

106. בית המשפט המחוזי קבע, כי פעולות ההטעיה של סאנופי היו אמנם מכוונות, אך גם אם דבקה בהן אך רשלנות חמורה, ניתן היה להטיל עליה חובת השבה מכוח דיני עשיית עושר (פסקה 88 לפסק הדין). לעומת זאת, השופט מלצר קבע בפסק הדין בערעור, כי משטר האחריות המבסס עילת השבה מכוח דיני עשיית עושר, במקרה של "הפרת כללי תחרות", הוא משטר של מודעות וכוונה, אלא אם כן נקבע משטר אחריות אחר, תחת 'כלל התחרות' שהופר (פסקאות 114-119 לחוות דעתו; זאת כאמור, בהתאם לשיטתו, שלפיה כלל התחרות שהופר בענייננו אינו סעיף 29א(א) לחוק התחרות, כי אם סעיף 18ג לחוק הפטנטים). ואולם, נוכח קביעתו העובדתית של בית המשפט המחוזי, כי פעולות ההטעיה של סאנופי נעשו במכוון, הותר השופט מלצר סוגיה זו לעת מצוא (שם, פסקאות 142-143). למסקנתו בדבר משטר האחריות הראוי, הצטרפו חברתי השופטת ברוך (פסקה 3 לחוות דעתה), והשופט קרא (פסקה 38 לחוות דעתו).

107. אכן, משנקבע על-ידי בית המשפט המחוזי, כעניין עובדתי, כי פעולותיה של סאנופי נעשו באופן מכוון, שאלת משטר האחריות הנדרש מתייתרת במידה רבה. ועדיין, משבאנו עד הלום, ראיתי לנכון לאמץ את הגישה שלפיה היסוד הנפשי הדרוש לכינון זכות השבה מכוח דיני עשיית עושר, במקרה של הטעיית רשם הפטנטים, הוא כוונה להטעות. אמנם, שופטי ההרכב בפסק הדין נושא הדיון הנוסף ביססו את האחריות על כללים משפטיים אחרים – סעיף 18ג לחוק הפטנטים או חובת תום הלב הכללית – בעוד שאני סבור כי הכלל המשפטי הרלבנטי הוא סעיף 29א(א) לחוק התחרות. ברם, לגבי משטר האחריות הראוי, הטעמים שהנחו אותם, יפים גם לגבי ביסוס עילת השבה מכוח דיני עשיית עושר, על הפרת סעיף 29א(א) הנ"ל. הטעם לכך, בעיקרו של דבר, נובע מן החשש שלפיו, הרחבת האחריות למצבי רשלנות, תביא להרתעת-יתר של ממציאים בעלי מונופולין, אשר ימנעו מלפעול להוצאת פטנט, שמא התנהגותם תבוא בגדר ניצול מעמד לרעה, ותביא גם להצפת משרדי רשם הפטנטים במידע מיותר (ראו והשוו: פסקאות 116-115 לחוות הדעת של השופט מלצר). חששות אלה מקבלים משנה-תוקף בשוק הפארמה בישראל, שבו התמריצים להשקיע בהמצאת תרופות חדשות ממילא אינם גבוהים (עדות להעדרה של תעשייה אינובטיבית מפותחת בישראל, ניתן למצוא למשל בעניין BOEHRINGER, פסקה 25).

108. לכך אוסיף, כי מסקנה זו מתבקשת גם לנוכח הניתוח העיוני שערכתי לעיל. באופן כללי, 'עשיית עושר ולא במשפט', בהיותה עילה 'קניינית', אינה מותנית בקיומו של יסוד נפשי מסוג אשם (פרידמן ופיראד בר-אור, 458, 465-467, 527). המקרה שלפנינו יוצא דופן בהקשר זה. כאמור, לגישתי, ההתעשרות בעניין דנן אינה 'כדין', בשל הפגיעה באינטרס הציפיייה של המתחרה-התובע, לקיומה של תחרות הוגנת שתאפשר לו למכור

את מוצריו בשוק. ואולם, הכרה בעילה זו אפשרית רק כאשר נלווה להתנהגות המתחרה- המפר 'יסוד נוסף' (עניין ליבוביץ', 329-330). אמנם, בהתייחס לאותו 'יסוד נוסף' נשמעו דעות שונות ומגוונות, שאף גרמו לערפול מסוים בדין, אך ברי כי מדובר ביסוד שלילי, המבטא פעולה זדונית ומכוונת של המתעשר (ראו הדיון בפסקה 67 לעיל). והדברים נכונים בבחינת קל-וחומר, אם היינו סומכים את עילת ההשבה על דוקטרינת 'ההשבה ההרתעתית', שלגביה נפסק כי תתאפשר רק כאשר מעשי הנתבע "כרוכים בזדון ממש" (עניין אגריפארם, פסקה 42).

[במאמר מוסגר אוסיף, כי על רקע האמור, ניתן להבין את הסתפקותו של בית המשפט המחוזי ביסוד נפשי של השלנות; נוכח הסתמכותו על פרדיגמת 'הפרת כללי התחרות', שתכליתה הרתעה מהתנהגויות המפחיתות את התחרות – מכוונות ורשלניות כאחד].

109. ודוק: אין להסיק מדבריי, כי בכל מקרה בו יופר סעיף 29א(א) לחוק התחרות – למשל, לצורך הטלת אחריות נזיקית או מינהלית – ידרש יסוד נפשי של מודעות או כוונה (בהקשר הפלילי קיימת דרישה סטטוטורית ליסוד נפשי של כוונה; סעיף 47א(א) לחוק התחרות). שאלה זו, שלא נשמעו לפנינו טיעונים לגביה, אינה דרושה הכרעה בנדון דידן. לפיכך, אין צורך להידרש לטענת אוניפארם, כי קריאת יסוד נפשי של כוונה לתוככי סעיף 29א – סוטה מסטנדרט האובייקטיביות המקובל במשפט הפרטי; מפסיקתו של בית הדין לתחרות; ומהדעה המקובלת בספרות, בכל הנוגע לאיסור על ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה. ענייננו תָּחום למשטר האחריות ההולם את עילת ההשבה מכוח דיני עשיית עושר, במקרה שבו מבקש פטנט, בעל מונופולין, הטעה את רשם הפטנטים כדי להביא להארכת תקופת הבלעדיות, ובכך הפר את האיסור בדבר ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה. מטעם זה, גם אין רבותא בכך שבעניין AstraZeneca נקבע, כי 'כוונת הטעיה' אינה מהווה תנאי הכרחי לצורך הפרת האיסור בדבר ניצול מעמד לרעה (אך משמשת שיקול בהחלטה אם לנקוט צעדים מינהליים נגד המפר; שם, פסקה 359). זאת, שכן באותו עניין לא נתבעו רווחיה של החברה המפרה, ונדונה אך שאלת האחריות לצורך הטלת עיצום כספי-מינהלי (כמו כן, כפי שציננו היועצת המשפטית לממשלה וסאנופי, למרות הרטוריקה בעניין AstraZeneca, נראה כי באותו מקרה אכן היתה 'כוונה להטעות': שם, פסקה 305; וכן פסקה 93 לפסק הדין בערעור, שבה צוין: "[...] AZ deliberately attempted to mislead [...] the patent office"; ההדגשה הוספה – נ' ס'). לבסוף אציין, כי גם בדין האמריקאי – שבו הוכרה האפשרות לראות מסירת מידע מטעה לרשם הפטנטים, על-ידי בעל מונופולין, כהפרה של סעיף 2 לחוק התחרות האמריקאי (The Sherman Antitrust Act of 1890); הפרה המזכה במתן פיצויים, לרבות האפשרות לדרוש פיצויים עונשיים

גבוהים פי 3 מהנוק שנגרם למתחרה, על בסיס סעיף 4 לחוק קלייטון (The Clayton Act of 1914) – נפסק כי תנאי לכך הוא הוכחת כוונה להטעות (Walker Process Equipment, Inc. v. Food Machinery & Chemical Corp., 382 U.S. 172 (1965) (להלן: הלכת Walker Process)).

דרישת הקשר הסיבתי

110. אחר הדברים האלה, באנו לנקודת המחלוקת המרכזית בפסק הדין נושא הדיון הנוסף. בעניין זה, כזכור, בית המשפט המחוזי קבע, כי הוכח לפניו, ברמת ההוכחה הנדרשת, שפעולות ההטעיה שננקטו על-ידי סאנופי, אם במעשה ואם במחדל, במסגרת הגשת בקשת הפטנט, יצרו מכשול ממשי שהרתיע את אוניפארם מפני ביצוע השקה בסיכון, ואפשרו לסאנופי לשמר את מעמדה המונופוליסטי, תוך המשך התעשרותה. לפיכך, נקבע כי מתקיים קשר של סיבתיות בין הגשת בקשת הפטנט המטעה, לבין העיכוב בפיתוח חלופה גנרית על-ידי אוניפארם. כך קבעו, בעיקרו של דבר, גם שופטי הרוב בפסק הדין בערעור, נגד דעתו החולקת של השופט קרא.

111. לאחר שעיינתי במחלוקת שהתגלעה בפסק הדין נושא הדיון הנוסף בשאלת הקשר הסיבתי, ולאחר שנתתי דעתי על טענות הצדדים, סבורני כי עיקר המחלוקת נעוץ במישור העובדתי, ולא במישור המשפטי. השאלה היא, כאמור, אם התקיים קשר סיבתי בין מעשי ההטעיה, לבין החלטתה של אוניפארם להימנע מביצוע 'השקה בסיכון', בתקופה שבין מועד פקיעת הפטנט לבין המועד שבו נכנסה לשוק – דבר שהוביל להתעשרותה של סאנופי בתקופה זו. רק אם ימצא כי קיים קשר סיבתי כאמור, ניתן יהיה לקבוע כי התעשרותה של סאנופי היתה "שלא כדיון". לעניין זה, בית המשפט המחוזי קבע כך: "מובן שקשה לדעת בוודאות אם תוצאת ההליכים הייתה שונה (קרי אם היה רשם הפטנטים נמנע מקיבול הבקשה או ממהר לקבל את ההתנגדויות), ואולם ניתן להיווכח כי הדבר היה מפשט את הדיון בבקשת הפטנט ובהתנגדויות לה, ובכך מקל על התנהלות ההליכים, ויתכן מאד שאף מביא לזירוזם" (שם, פסקה 63). מכאן, שבית המשפט המחוזי סבר כי הוכח, במאזן ההסתברויות הנדרש במשפט אזרחי, שאכן מתקיים קשר סיבתי.

112. אמנם, בתגובתו לחוות הדעת של השופט קרא, ציין השופט מלצר, כי ניתן לדעתו להחיל סטנדרט שונה ומקל ביחס להוכחת יסוד הקשר הסיבתי. זאת, לאור הרציונאליים הייחודיים שבבסיס פרדיגמת 'הפרת כללי התחרות', אשר תחתיה סיווג את עילת ההשבה במקרה דנן (פסקאות 164-171 לחוות דעתו; קביעה זו נסמכה על גישתו של פרופ' גרוסקופף בעניין זה; ראו למשל: גרוסקופף, הגנה על כללי תחרות, 300-301). בכך לכאורה טמונה מחלוקת משפטית. אולם, מתורף דבריו, ובוודאי נוכח חוות הדעת של

חברתי השופטת ברון, ניתן לומר כי הגמשת סטנדרט הסיבתיות אינה דרושה בענייננו, לצורך קביעה, במאזן הסתברויות, כי התקיים קשר סיבתי בין ההטעיה לבין ההתעשרות של סאנופי. הנימוקים השונים בעניין זה, לכאן ולכאן, זכו ל'במה' מכובדת בחוות הדעת של חברי ההרכב. אינני סבור כי בגדרי דיון נוסף, עלינו להיכנס פעם נוספת לטענות מזה ומזה; 'מקום שאמרו לקצר – אינו רשאי להאריך' (על-פי: משנה, ברכות ד, א). העיקר לענייננו הוא, שבית המשפט המחוזי קבע, כעניין שבעובדה, כי בקשת הפטנט סרבלה והאריכה את הליכי בקשת הפטנט, הזריקה חוסר ודאות לשוק, והביאה את אוניפארם לנהל את סיכוייה (כדברי חברתי השופטת ברון) "בעודה שרויה באפלה"; במובן זה, אוניפארם אכן הוטעתה. זאת, שכן אלמלא ההטעיה, יתכן שהיתה מעריכה את הסיכוי לכך שבקשת הפטנט תתקבל על-ידי רשם הפטנטים, באופן שונה, כך שנכוונתה לבצע 'השקה בסיכון' – אם באמצעות שימוש ב-form 2, אם באמצעות שימוש מוקדם יותר ב-form 1 – היתה גוברת, בשל הפחתת החשש מפני תביעה עתידית. כתוצאה מ'ערפול' זה, תקופת הבלעדיות של סאנופי התארכה, וזו נהנתה והתעשרה ממכירות התרופה בשוק מונופוליסטי ללא מתחרים, למשך תקופה נוספת. יש בסיס אפוא לקביעה העובדתית, כי לולא מעשי ההטעיה, היו הליכי בקשת הפטנט מהירים ופשוטים יותר, ומשפיעים על התלבטותה של אוניפארם (ועמה גם טבע), אם ליטול את הסיכון שבהשקת התרופה הגנרית. נוכח האמור, אינני סבור כי אנו נדרשים בעניין דנן לדון בשאלת הגמשת סטנדרט הסיבתיות (שכאמור, לא נקבעה לגביה הלכה בפסק הדין נושא הדיון הנוסף). לפיכך, איני רואה צורך להידרש לטענת סאנופי (הנסמכת על עמדת השופט קרא), שלפיה ויתור על דרישת הקשר הסיבתי, משמעה נטילת רווחים השקולה לפסיקת פיצויים עונשיים.

אם כן, הגם שנשתברו קולמוסים רבים בסוגיית הקשר הסיבתי, אינני רואה מקום להתערב בהקשר זה בעמדת הרוב שבפסק הדין נושא הדיון הנוסף, התואמת גם את קביעתו העובדתית של בית המשפט המחוזי.

113. עוד אוסיף, כפי שציינתי לעיל, כי גם את שאלת הקשר הסיבתי יש לבחון על רקע מערך התמריצים הקיים בשוק התרופות. כאמור, הדין המאסדר את שוק התרופות, יוצר תמריצי-יתר, המביאים את חברות המקור לפעול בכל כוחן ומאודן להארכת תקופת הבלעדיות הפטנטית. זאת, בין היתר, באמצעות הגשת בקשות להוצאת פטנטים משניים, גם אם מדובר בבקשות מלאכותיות, ולעתים אף באמצעות הכללת מידע מטעה באותן בקשות. חששה של החברה הגנרית מפני תביעת הפרה עתידית של רווח מונופוליסטי שאבד לחברת המקור, מביא לכך שדי בהסתברות נמוכה ביותר לכך שהפטנט אכן יתקבל לרישום, כדי להרתיע חברה גנרית מביצוע 'השקה בסיכון' (שכן כאמור, הרווח שההשקה בסיכון תניב לחברה הגנרית הוא בעיקרו של דבר רווח תחרותי (אולי פרט לתקופה

הראשונה, במקרה שבו החברה הגנרית המדוברת היתה הראשונה לפרוץ לשוק, שאז רווחיה גבוהים יותר מאשר בשוק תחרותי, אך פחות משוק מונופוליסטי)). סבורני, כעניין של מדיניות משפטית, כי על רקע מערך תמריצים זה, ראוי לדרוש מחברת מקור, בעלת מונופולין, רף התנהגות גבוה ומחמיר. לפיכך, כאשר בקשת הפטנט מלווה בהטעיות מכוונות, שתכליתן הארכת תקופות המונופולין, וכאשר הטעיות אלה מקשות על החברות הגנריות להעריך באופן מדויק את סיכויי הבקשה להתקבל, אזי גם אם ההשפעה של ההטעיה מועטה, ואף אם היא מסתכמת באחוזים בודדים, ניתן לקבוע כי דרישת הקשר הסיבתי – בין מעשי ההטעיה, לבין ההתעשרות שנגרמה כתוצאה מההחלטה שלא לבצע השקה בסיכון – התקיימה (וראו גם את הדוגמה המספרית המובאת בפסק הדין של בית המשפט המחוזי, בפסקאות 43-46). ודוק: אין בכוונתי לוותר או להקל בדרישת הקשר הסיבתי, כפי שנטען על-ידי סאנופי. אולם, נוכח מערך התמריצים שתואר לעיל, סבורני, כי כל תנודה, ולו הקלה שבקלות, בהערכת סיכויי הבקשה להתקבל, עשויה להשפיע על מערך קבלת ההחלטות של החברה הגנרית, ויש בה כדי להניא אותה מביצוע השקה בסיכון. המציאות, בהקשר זה, אינה צבועה ב'שחור או לבן' ואינה בינארית. זוהי מציאות מורכבת, שבה כל מידע חלקי או מטעה, שיש בו כדי להשפיע על מפת הסיכונים המלאה, יכול להוביל לקבלת החלטה 'שגויה' (ראו גם: וייס ושוור-עופרי, בעמודים 47-48). בעניין שלפנינו, שופטי הרוב קבעו כי מעשי ההטעיה הניאו את אוניפארם מביצוע השקה בסיכון בשלב מוקדם יותר, ואף גרמו לה להשקיע בפיתוח תרופה המבוססת על form 1, שעלויותיה יקרות יותר, כך שפעולות אלה הביאו להתעשרותה של סאנופי. כאמור, אינני מוצא מקום להתערב בקביעה עובדתית זו.

114. נוכח האמור, ובהתייחס לשאלת הקשר הסיבתי, אינני סבור כי אנו מצויים במצב של 'עמימות סיבתית', המצריכה שימוש ב'דוקטרינת הנזק הראייתית'. אמנם, בית המשפט המחוזי, וכן שופטי הרוב בשלב הערעור, ציינו כי יש להטיל על סאנופי את האחריות לנזק הראייתי שנוצר כתוצאה ממעשי ההטעיה (פסקה 155 לחוות הדעת של השופט מלצר; פסקה 6 לחוות הדעת של חברתי השופטת ברון). ואולם, בפסק הדין לא נערך דיון, אף לא חלקי, בסוגיית 'הנזק הראייתי המובנה', שבו מיקדה סאנופי את חיציה. הלכה למעשה, גם השופט קרא לא נדרש לדוקטרינה זו ולמשמעויותיה (פסקה 35 לחוות דעתו). משכך, לא מצאתי כי הליך הדיון הנוסף שלפנינו, מהווה אכסניה מתאימה לפיתוח דיון מעמיק בדוקטרינת 'הנזק הראייתי המובנה'.

115. אציין, כי אינני קובע מסמרות באשר לאפשרות לתבוע את ההתעשרות, מקום שבו נטען להגשת 'בקשת פטנט חלשה'. שאלה מורכבת זו לא לובנה בהליכים דנן. בית המשפט המחוזי ציין לגביה, כי מדובר בשאלה ש'איננה פשוטה' (שם, בפסקה 56);



היועצת המשפטית לממשלה ציינה כי היא מתנגדת לאפשרות זו; ואף שופטי בית משפט זה לא הכריעו בה (בהקשר זה, מעניינת גישתו של השופט קרא (פסקה 39), המציין כי דווקא בנסיבות אלה היה מוכן "לשקול מתן סעד של פיצויים עונשיים"). כשלעצמי, מצאתי טעם רב בחלק מדברי הביקורת שהשמיע השופט קרא, ביחס למצבים שבהם תביעת ההשבה מבוססת על טענת 'בקשת פטנט חלשה'. דווקא במצבים אלה, דומה כי הליכי ההתנגדות הסטטוטוריים, שחוק הפטנטים מעמיד לרשות המתחרה הגנרית, הם הכלי המתאים להתמודדות עם 'בקשות פטנט חלשות'. לעומת זאת, כאשר לבקשת הפטנט נלווה יסוד שלילי נוסף, בדמות הטעיה מכוונת, אזי מדובר ב'שבירת כללי המשחק', שכן התנהלות שכזו, ודאי אם צלחה, מעמידה את המתחרה הגנרית ב'אפלה', בכל הנוגע להערכתה את סיכויי הבקשה להתקבל, ומאריכה דה-פקטו את הליך בקשת הפטנט. נוכח זאת, כאשר מדובר במתחרה ה'שובר את כללי המשחק', אני מתקשה להשלים עם תוצאה שלפיה עצם הגשת ההתנגדות – אף שיש בה משום עדות להערכת המתנגדת את סיכויי הבקשה – תחסום אותה מלהגיש תביעה עתידית, מטעמים של העדר קשר סיבתי (השוו לפסקה 19 לחוות הדעת של השופט קרא). תוצאה שכזו, אם אשוב לשאלת התמריצים, תרתיע חברות גנריות מהגשת התנגדויות לבקשות פטנטים, כדי שלא לסכל את אפשרותן להגיש תביעה אזרחית בעתיד (ודוק: הגשת ההתנגדות, תחסום לכאורה גם את האפשרות לתבוע פיצויי נזיקין, בהעדר קשר סיבתי בין ההתרשלות או ההטעיה, לבין הנזק). מבחינתן, יתכן שיהיה מדובר בהחלטה כלכלית מחושבת, אך שומה עלינו לזכור, כי בנזק שייגרם, ישא הציבור כולו (כפועל יוצא מהמשך ניהול בקשת פטנט באופן מיותר; ומהתארכות תקופת המונופולין).

116. סיכומה של נקודה זו – אינני רואה מקום לשנות מהקביעה שבפסק הדין נושא הדיון הנוסף, בכל הנוגע לשאלת הקשר הסיבתי.

#### דרישת המטריאליות

117. מבחן 'מטריאליות המידע' בוחן את מידת הרלבנטיות שיש למידע המטעה, על החלטת רשם הפטנטים אם לאשר או לדחות את בקשת הפטנט. על-פי המבחן שנקבע בדין האמריקאי, בעניין *Therasense*, רק מידע מהותי שיש בו כדי להשפיע על כשירות האמצאה, יחשב למידע מטריאלי, שהעלמתו או הצגתו באופן שגוי, תקים טענת *Inequitable Conduct* (אשר תגן על מתחרה-נתבע מפני תביעה על הפרת פטנט). לעמדת סאנופי, הנתמכת בעמדת היועצת המשפטית לממשלה, יש ליישם את מבחן המטריאליות האמור גם בדין הישראלי, כך שרק הסתרה או הצגה שגויה של מידע מטריאלי, תהפוך את ההתעשרות ל'התעשרות שלא כדין', לצורך גיבוש עילת השבה מכוח דיני עשיית עושר. לפי הנטען, עמדה זו מתבקשת מלשון סעיף 18ג לחוק הפטנטים, המתייחס לאי-

גילוי ביחס ל"פרט מטעה", הנוגע ל"שינוי משמעותי"; נמצא לה גם ביטוי מסוים בפסקתו של בית משפט זה בעניין וולף; והיא מתחייבת אף משיקולי מדיניות שונים, שבראשם – החשש מפני הצפת רשם הפטנטים במידע מיותר.

118. תחילה אומר, כי גם בהקשר של דרישת המטריאליות, קשה לחלץ הלכה ברורה מפסק הדין מושא הדיון הנוסף. בית המשפט המחוזי קבע, כי סאנופי "הטעתה והעלימה במודע מידע מהותי במסגרת הליך בקשת הפטנט" (שם, פסקה 60), אך בד בבד הוסיף וקבע, כי "איננו יכולים לדעת בוודאות מה היה קורה לו סאנופי הייתה נמנעת מהטעיה של רשם הפטנטים" (שם, פסקה 63). השופט מלצר בחוות דעתו קבע, מחד גיסא, כי דרישת המטריאליות במקרה שבו בקשת הפטנט נזנחה, "איננה דורשת להוכיח כי הפטנט היה ניתן גם אלמלא רשם הפטנטים היה מוטעה, אלא שאלמלא ההטעה, סאנופי לא היתה מתעשרת כדיון", כך שדרישה זו, לשיטתו, באה לידי ביטוי בכך ש"אלמלא המידע המטעה היה מוצג לרשם הפטנטים [...] היה הדבר מקצר את הליכי הבחינה של בקשת הפטנט [...]". (שם, פסקאות 140-141). מאידך גיסא, במקום אחר ציין השופט מלצר, כי הסתרת נסיבות היווצרותם המקרית של גבישי form 2 – וכפועל יוצא מכך הסתרת העובדה שגבישי form 2 עשויים להתקבל כתוצאה מ'המרה ספונטאנית' של גבישי form 1 – מהווים הסתרה של "מידע [...] מטריאלי במובן זה שגילוי היה עלול להשפיע לרעה על סיכויי קבלת בקשת הפטנט" (שם, פסקה 160). חברתי השופטת ברון לא התייחסה במפורש לשאלת המטריאליות, אך ציינה כי "הנזק הראייתי אינו מאפשר לקבוע היום מה היה קורה אלמלא הטעתה את הרשם. בנסיבות אלה, לא ניתן לצפות מאוניפארם להוכיח את תוצאתם של אירועים שלא התרחשו" (פסקה 6 לחוות דעתה), כך שניתן להבין כי אף היא הקלה בדרישה זו. השופט קרא, לעומת זאת, היה נחרץ יותר לכיוון הנגדי, ולדעתו, כאשר מושא ההטעה הוא רשם הפטנטים (בניגוד לגישתו, שלפיה נדרש שמושא ההטעה יהא המתחרה הגנרי), הרי שיש להוכיח את מטריאליות המידע המטעה, לפי מבחן 'האלמלא', קרי – אם אלמלא ההטעה, היה רשם הפטנטים דוחה את הבקשה, אם לאו (שם, פסקאות 29-30 לחוות דעתו).

119. מהי התוצאה הראויה בנוגע לדרישת המטריאליות במקרה דנן? נוכח קביעתו העובדתית של בית המשפט המחוזי, שלפיה קיים קושי להעריך מה היה עולה בגורלה של בקשת הפטנט אלמלא ההטעה (שכן הבקשה נזנחה לבסוף על-ידי מגישה, במהלך שנת 2010), נראה כי קבלת עמדת סאנופי והיעוצת המשפטית לממשלה בעניין זה, תביא לדחיית התביעה במקרה דנן, בהעדר הוכחה לכך שהמידע המטעה אכן היה מטריאלי. זאת, חרף ההטעה המכוונת, שנעשתה במטרה להאריך את תקופת הבלעדיות הפטנטית, וחרף העובדה כי סאנופי רשמה לבסוף הצלחה מבחינתה, בכך שהביאה לפגיעה בתחרות

(ובדרך זו גם גרמה נזק לאינטרס הציבורי). לפי עמדתי, הנסמכת בעיקרו של דבר על הפרת האיסור בדבר 'ניצול מעמד לרעה' (ולא על חובת הגילוי שבדיני הפטנטים) – איסור שבעיני יש לפרשו בצורה נדיבה – אינני סבור שיש לנקוט דרישת מטריאליות מחמירה, לצורך ביסוס עילת השבה במקרה דנן. אפרט.

120. אמנם כן, התחשבות באיזונים העדינים הקיימים בדיני הפטנטים, בין השאיפה לעודד חדשנות ומחקר, לבין הנגשת האמצאה לכלל הציבור, מעוררים את השאלה אם ראוי להסתפק בדרישת מטריאליות מקלה, כדי שלא להרתיע יתר על המידה מבקשי פטנט פוטנציאליים מפני חשיפה לתביעות השבה. כמו כן, כפי שהטעימה היועצת המשפטית לממשלה, הצטמצמות לזירת דיני הפטנטים, גם מעלה חשש מפני הצפת רשם הפטנטים במידע מיותר, תוך סרבול הליך הוצאת הפטנט. אוניפארם אמנם טוענת, כי לא שמענו על 'הצפה' של רשם הפטנטים במידע מיותר מאז שניתן פסק הדין של בית המשפט המחוזי, אך כשלעצמי, אינני סבור כי יש לזלזל בחשש זה (מנגד, ראו בהקשר זה את הביקורת המועלית על-ידי שורק, מרקוביץ-ביטון וקפלן (עמודים 368-369), נגד טענת 'הצפת-היתר' הנ"ל, שעמדה ביסוד הלכת Therasense). יחד עם זאת, כפי שתיארתי לעיל, עמדתי היא כי עילת ההשבה מכוח דיני עשיית עושר, צריכה להיות מוכרת תחת האיסור בדבר ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה (בהתאם לגבולות ששורטטו עד כה). זאת, בין אם הניצול נעשה בדרך של הטעייה בבקשת הפטנט, בין אם בדרכים פסולות אחרות. תכלית הדברים, שמירה על התחרות החופשית וצמצום התופעה המונופוליסטית. לפיכך, השאלה המנחה היא, אם מבקש הפטנט ביצע פעולה שבאמצעותה האריך באופן פסול את תקופת המונופולין, על חשבון מתחריו ועל חשבון הציבור. אם נשיב על שאלה זו בחיוב, הרי שלפנינו ניצול מעמד לרעה, בין אם הדבר נעשה באמצעות גריפת רווחים כתוצאה מאכיפת פטנט שהושג בעקבות מסירת מידע מטריאלי מטעה לרשם הפטנטים; בין אם באמצעות הצגת מידע מטעה שאינו מטריאלי, אשר מסירתו הביאה להארכת הליכי בחינת הפטנט. מעבר לכך, יחוד עילת ההשבה רק למצבים שבהם נוצל המעמד המונופוליסטי לרעה, נותן מענה, ולו חלקי, לחשש שעליו הצביעה היועצת המשפטית לממשלה, מפני הצפת משרדי רשם הפטנטים במידע מיותר וסרבול ההליכים. זאת, שכן לא כל הטעייה של רשם הפטנטים תקים עילת השבה, אלא רק הטעייה הנעשית על-ידי מבקש פטנט שהוא בעל מונופולין בשוק הספציפי הקשור לאותו פטנט [כאן המקום להעיר, כי דרישת המטריאליות קיימת בדין האמריקאי, גם כאשר מדובר בעילת תביעה נגד בעל מונופולין, הנתבע מכוח הלכת Walker Process, על הפרת דיני התחרות (ראו למשל: 1069-1071, 141 F.3d 1059, Nobelpharma AB v. Implant Innovations, Inc. (Fed. Cir. 1998))]; אולם, כפי שציינתי לעיל, לענייננו רלבנטי יותר הדין האירופי, שעל-פיו, ספק אם קיימת דרישה מפורשת להוכחת מטריאליות המידע המטעה, ונראה שגם

אין צורך שמשדר הפטנטים יוטעה בפועל, על מנת להטיל אחריות בגין ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה (עניין AstraZeneca).]

121. אשר להסתמכות על עניין וולף: באותו עניין נדונה תביעה של בעל פטנט נגד נתבע-מפר, ונקבע בדרך אגב, כי לנתבע לא עומדת טענת הגנה, שלפיה הפטנט היה חסר תוקף בשל אי-גילוי מידע לרשם הפטנטים. זאת, לאחר שהתברר כי "לא היה בפרסומים אלה דבר שיכול היה למנוע את רישומו של הפטנט" באופן העשוי להצדיק את "הסנקציה של שלילת תוקף הפטנט" (עניין וולף, 479). מציטוט זה ניתן ללמוד, לכאורה, כי כדי שהשימוש בסנקציה של שלילת תוקף פטנט יהיה מוצדק, נדרש שאי-הגילוי יתייחס למידע מהותי, מטריאלי. ואולם, עניין וולף נבדל מן המקרה שלפנינו. באותו עניין, נדונה כאמור תביעת פיצויים של בעל פטנט בגין הפרתו, כך שטענת ההטעה נטענה על-ידי הנתבע כטענת 'מגן', המצדיקה אי-אכיפה או שלילה של תוקף הפטנט. לעומת זאת, בענייננו נעשה שימוש בטיעון ההטעה, כטענת 'חרב', במסגרת תביעה להשבת רווחים שהופקו בעקבות הטעה שגרמה להתארכות הליכי בחינת הפטנט, ולא כתוצאה מאכיפת פטנט חסר תוקף; כפי שקבע השופט מלצר: "הרווחים שנתבעים בענייננו אינם איפוא הרווחים שהופקו מן הפטנט נשוא הבקשה, אלא הרווחים שהופקו על-ידי סאנופי כתוצאה מהעיכוב בהליכי רישום הפטנט" (שם, פסקה 140). אכן, קיים היגיון בטענה שכדי למנוע אכיפת פטנט קיים, או על מנת לשלול את תוקפו, יש להוכיח כי הטעיית רשם הפטנטים נגעה למסמכים מטריאליים, במובן זה שבלעדי הטעה זו הפטנט לא היה ניתן (כעולה מעניין וולף). לא כך בנוגע לעילת השבה המבוססת על ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה. ניצול זה יכול להעשות, לטעמי, במגוון דרכים ופעולות, לרבות באמצעות הארכת תקופת הליכי בחינת הפטנט בדרך של הטעה מכוונת. זאת, גם כאשר לא הוכח שהמידע המטעה היה משפיע על ההחלטה אם להעניק את הפטנט, אם לאו (נוסף על הטעה מכוונת, ניתן לחשוב גם על נקיטת הליכי סרק לטובת התמשכות ההליך – הגשת בקשות ארכה מיותרות, העדרויות לא מוצדקות מדיונים, וכיוצא באלה). במקרה זה, אינני סבור שיש צורך להוכיח 'מטריאליות', ולמעשה דרישת המטריאליות יכולה לבוא על סיפוקה, בכך שאלמלא ההטעה, היו הליכי בחינת הפטנט מתקצרים, באופן שהיה מביא את המתחרות הגנריות 'לקפוץ למים' בשלב מוקדם יותר. במילים אחרות: דרישת המטריאליות במקרה דנן חופפת, הלכה למעשה, לדרישה להוכחת הקשר הסיבתי שבין ההטעה להתעשרות.

122. זאת ועוד. סבורני, כי עמידה על יתר הדרישות שפורטו לעיל – הטלת חבות דיני עשיית עושר רק כאשר מופר האיסור על ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה, ולא מכוח הפרת חובת הגילוי או הפרת עקרונות מופשטים כלליים; דרישת יסוד נפשי מסוג 'כוונה להטעות'; ועמידה על קיומו של קשר סיבתי בין ההטעה לבין ההחלטה של החברה

הגנרית שלא לבצע השקה בסיכון – יש בה כדי לצמצם את מספר המקרים שבהם ניתן יהיה לעשות שימוש בעילת ההשבה הנדונה בענייננו, ולהפיג חלק מהחששות שהועלו על-ידי סאנופי והיועצת המשפטית לממשלה. כך, למשל, דרישת יסוד נפשי של כוונה להטעות, מפחיתה את החשש מפני הצפת רשם הפטנטים במידע מיותר, שהרי מבקשי פטנטים (שהם בעלי מונופולין) הפועלים בתום-לב, גם אם התנהגותם נגועה ברשלנות (כידוע, "רשלנות ותום-לב יכולים יפה לדור בכפיפה אחת"; ע"א 92/78 שטרית נ' קאר תורס (ישראל) בע"מ, חברה להשכרת רכב, פ"ד לג(1) 331, 332 (1979)), לא יחויבו להשיב את רווחיהם, במקרה שבו מסרו מידע מטעה; ממילא, אין להם כל אינטרס בהצפת רשם הפטנטים במידע מכביד ומיותר, הנובע אך מן החשש מפני תביעה להעלמת מידע. אם כן, על-פי הגבולות ששורטטו לעיל, אינני סבור כי הקלה בדרישת המטריאליות, תביא להפרה בוטה של האיזונים הקיימים בדיני הפטנטים (ודוק: גם סטנדרט המטריאליות שנקבע בעבר בדין האמריקאי, עד למועד פרסום פסק הדין בעניין Therasense, משנת 2011, היה סטנדרט מְקַל; ראו: שורק, מרקוביץ-ביטון וקפלן, 366-367).

סיכום

123. אסכם בקצרה את עמדתי:

א. במישור העקרוני, יש מקום להכיר בזכאותו של מתחרה לתבוע השבת רווחים שהפיק מבקש פטנט כתוצאה מהטעיית רשם הפטנטים, מכוח עילה של עשיית עושר ולא במשפט. במובן זה, אין לקבל את הטענה כי דיני הפטנטים יוצרים 'הסדר שלילי', המונע אפשרות זו.

ב. אם אכן תוגש תביעה שכזו, אין לוותר על הוכחת 3 יסודותיה הבסיסיים של עילת ההשבה – התעשרות מבקש הפטנט; שלא על-פי זכות שבדין, הכוללת גם התעשרות בלתי מוצדקת; שנעשתה על חשבון המתחרה-התובע, במובן זה ש'ניטלה' ממנו ציפייתו הלגיטימית לקיומה של תחרות הוגנת בשוק, ובכך נפגע האינטרס הכלכלי שלו.

ג. ככלל, על מנת לחייב בהשבת רווחים מכוח העילה האמורה, אין להסתפק בהפרת נורמה כללית, מופשטת; יש להוכיח הפרת הוראת חוק ספציפית.

ד. בנסיבות של הטעיית רשם הפטנטים, הכלל המשפטי שהפרתו תכונן את עילת ההשבה, הוא האיסור בדבר ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה, כפי שנקבע בסעיף 29א לחוק התחרות. לעומת זאת, התנהגות מטעה כלפי רשם

הפטנטים, מצדו של מבקש פטנט, שאינה כרוכה בניצול מעמד מונופוליסטי לרעה, אף שהיא לוקה בהפרת חובת הגילוי מכוח דיני הפטנטים, אינה מצדיקה לטעמי שימוש בסנקציה החמורה של השבת רווחים.

ה. יש לאמץ פרשנות מרחיבה לאיסור בדבר ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה, באופן שייכלול גם פעולות ומעשים שאינם יחודיים דווקא לבעל מונופולין.

ו. יש לשרטט גבולות ברורים לעילת ההשבה, כך שתתקיים רק כאשר נמצא כי היתה כוונה להטעות, ורק אם אותר קשר סיבתי בין מעשי ההטעה (או הפעולה הפסולה), לבין ההתעשרות 'שלא כדין'. בהקשר זה, כאשר ההטעה מביאה להארכה וסרבול של הליך בחינת בקשת הפטנט, ובכך משפיעה על החלטתו של המתחרה-התובע, אם לבצע, ומתי לבצע, 'השקה בסיכון', באופן שגורם להתעשרות מבקש הפטנט – מתקיים יסוד הקשר הסיבתי.

ז. בנסיבות מסוימות, אין דרישה להוכיח כי המידע המטעה, שמסירתו הביאה להתעשרות, מהווה מידע מטריאלי, במובן זה שאלמלא ההטעה, היה רשם הפטנטים דוחה את בקשת הפטנט. לעתים, די בכך שההטעה הביאה להתעשרות מבקש הפטנט כתוצאה מסרבול הליכי בחינת הפטנט, והארכתם המלאכותית, גם אם לא הוכח שהמידע המטעה היה מטריאלי.

124. נוכח קביעות אלה, עמדתי היא כי אין לשנות מהתוצאה האופרטיבית של פסק הדין מושא הדיון הנוסף. במובן זה, דין העתירה לדיון נוסף שהגישה סאנופי – להידחות; ואילו דין עתירת היועצת המשפטית לממשלה – להתקבל בחלקה.

סוף דבר

125. בית המשפט המחוזי פתח את פסק דינו במשפט הבא: "עיצוב מערכת הדינים המסדירה את כניסת התחליפים הגנריים לשוק לאחר פקיעת הפטנט המגן על תרופה איתת הוא אתגר לא פשוט"; אני שותף מלא לדברים אלה. הגעה לנקודת האיזון הראויה מציבה לפנינו אתגר לא פשוט. דומני, כי הדרך שנבחרה לבסוף על-ידנו, מאזנת באופן שקול וזהיר בין האינטרסים השונים. תוצאה זו אינה סוף הדרך. נותר עדיין לבחון את השאלה כיצד יש לחלק את פירות ההשבה, ומהו חלקה של אוניפארם בפירות אלה. מדובר בשאלה נכבדה ומורכבת, המצריכה איזון בין השחקנים השונים: חוג המתחרים; ציבור משתמשי התרופה; קופות החולים (או חבריהן); ואף הציבור בכללותו, שבדרך זו או

אחרת סבסד את מחירי התרופה הגבוהים (באמצעות מימון סל התרופות). נושא זה נדון בימים אלה בבית המשפט המחוזי, ואינו נכלל בגבולות הדיון הנוסף שהונח לפתחנו (גם לא נשמע טיעון מלא מפי הצדדים בנושא זה). נראה אפוא, כי עוד נכוננו לנו עלילות.

אשר על כן, במישור העקרוני, אציע לחברי לאמץ את הקביעות שבסעיף 123 לעיל. במישור המעשי אציע, כי נותר את תוצאת פסק הדין נושא הדיון הנוסף על כנה.

עוד אציע, כי בנסיבות העניין, לא נעשה צו להוצאות.

## ש ו פ ט

### השופטת (בדימ') ע' ברון:

1. לאחר הדיון הנוסף שקיימנו בפסק הדין מיום 12.7.2021 שניתן ב-ע"א 2167/16 Sanofi נ' אוניפארם בע"מ (להלן: פסק הדין נושא הדיון הנוסף), ומשקראתי בעיון רב את חוות דעתו של חברי השופט נעם סולברג, לא מצאתי לשנות מעמדתי כפי שהבעתי אותה בפסק הדין נושא הדיון הנוסף.

בכתיבתו הבהירה, חברי היטיב להניח את התשתית העובדתית והמשפטית הדרושה לצורך הדיון, ואוסיף משלי רק את הנחוץ על מנת לבאר את גישתי.

רקע

2. המסכת העובדתית המסועפת תוארה הן במסגרת פסק הדין נושא הדיון הנוסף (פסקאות 4-24 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר), הן בחוות דעתו של חברי. בתמצית ייאמר כי מצידו האחד של הסכסוך שלפנינו מצויה סאנופי, חברת תרופות אתית שעוסקת בפיתוח "תרופות מקור" הנרשמות כפטנט, בייצורן ובשיווקן. מן העבר השני של הסכסוך מצויה אוניפארם, חברת תרופות שעיקר עיסוקה הוא בייצור "תרופות גנריות" המבוססות על תרופות מקור, ובשיווק שלהן לאחר פקיעת ההגנה הפטנטית, ומשכך היא מכונה חברת תרופות גנרית.

כבר עתה ניתן לעמוד על המתח הבסיסי שסביבו מתנהל שוק הפטנטים הפרמצבטיים: בעוד החברות האתיות שואפות להאריך את תקופת הפטנט שמקנה להן בלעדיות על תרופת מקור מסוימת; החברות הגנריות ממתונות בדריכות על מנת שיוכלו

להיכנס לשוק, להציע תחליף לתרופה, ועל ידי כך לזכות בנתח מהרווחים שהיו עד אז נחלתה הבלעדית של החברה האתית.

3. בפסק הדין נושא הדיון הנוסף נדונה תביעה כספית שהגישה אוניפארם נגד סאנופי, בטענה שהאחרונה הטעתה את רשם הפטנטים (להלן גם: הרשם) במסגרת בקשת פטנט שהגישה בשנת 2000. כרקע לדברים יובהר כי בשנת 1988 רשמה סאנופי פטנט על כל צורותיו של החומר הפעיל קלופידוגרל – שעל יסודו פיתחה תרופה חדשנית בשם פלוויקס (Plavix), לטיפול ולמניעה של התקפי לב ושבץ בקרב חולים בעלי סיכון גבוה ללקות בהם – פטנט שעתידי היה לפקוע ביום 3.2.2008 (להלן: הפטנט הראשון, ו-פלוויקס או התרופה, בהתאמה). בעשור הראשון לקיומו של הפטנט הראשון סברה סאנופי כי קלופידוגרל מתגבש בצורה אחת בלבד, המכונה Form 1. בשנת 1997 התגלתה לה במקרה צורת התגבשות נוספת של קלופידוגרל, שמאפשרת לייצר את התרופה בעילות רבה יותר. סאנופי ביקשה להגן על צורת התגבשות זו של קלופידוגרל, Form 2, באמצעות רישום פטנט משני (לענייננו מדובר בפטנט המגן על חידוש מסוים בפטנט קיים), ולצורך כך הגישה בשנת 2000 בקשת פטנט נוספת (להלן: בקשת הפטנט השני או בקשת הפטנט). אוניפארם טענה כי במסגרת בקשת הפטנט השני, סאנופי הטעתה את רשם הפטנטים לגבי הנסיבות שבהן התגלה Form 2, תכונותיהם של הגבישים מצורה זו ואופן ייצורם.

סאנופי זנחה את בקשת הפטנט השני בחודש יוני 2010, לפני שזו הוכרעה על ידי הרשם. בהמשך לכך, אוניפארם הגישה תביעה בעילת עשיית עושר ולא במשפט בטענה כי סאנופי יצרה באופן מלאכותי "תקופת השקה בסיכון"; בניסיון להרתיע את מתחרותיה משיווק גרסאותיהן הגנריות לפלוויקס, ולשמר את מעמדה המונופוליסטי בשוק הרלוונטי. בנקודה זו יובהר כי הביטוי "תקופת השקה בסיכון" מתייחס להסדר הקבוע בחוק הפטנטים, התשכ"ז-1967 (להלן: חוק הפטנטים). לפי הסדר זה, במהלך בירור בקשת פטנט תלויה ועומדת אין מניעה מלעשות שימוש בטכנולוגיה שלגביה התבקש פטנט; אך במידה שבקשת הפטנט מתקבלת, בעלת הפטנט זכאית לתבוע פיצויים רטרואקטיביים ממי שהפרו את הפטנט החל ממועד הגשת הבקשה (ראו סעיפים 179 ו-183 לחוק הפטנטים).

4. בתביעה עתרה אוניפארם להשבת רווחיה של סאנופי ממכירת פלוויקס בתקופה שבה נמנעה אוניפארם משיווק חלופה גנרית לתרופה – וזאת מכוח סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979 (להלן: חוק עשיית עושר). בהחלטה מיום 8.10.2015 הכיר בית המשפט המחוזי מרכז-לוד בעילת תביעה לטובת אוניפארם להשבת רווחיה



סאנופי כתוצאה מהתנהלותה הפסולה, במסגרת דיני עשיית עושר ולא במשפט; ובשלב זה קבע כי אוניפארם זכאית לסעד של מתן חשבונות (ת"א 11-07-33666, השופט ע' גרוסקופף) (להלן: החלטת בית המשפט המחוזי). לצד זאת העניק בית המשפט ברירה לסאנופי להימנע ממתן חשבונות אם תסכים לקבל את התביעה ולשלם את הסכום שננקב בה. בנקודה זו ראוי לציין כי אוניפארם העמידה את תביעתה על סך של 2,600,000 ש"ח לצורכי אגרה, מתוך כוונה לעדכן את סכום התביעה ולהשלים את האגרה ככל שתתקבל בקשתה למתן חשבונות, כמקובל בהליכים מסוג זה. ביום 3.1.2016 הודיעה סאנופי כי היא בוחרת בחלופה של תשלום סכום התביעה, ובהמשך לכך ביום 4.2.2016 ניתן פסק דין שהורה כאמור.

הממצאים העובדתיים העיקריים בהחלטת בית המשפט המחוזי הם כדלהלן: סאנופי הטעתה את הרשם באופן מכוון בנושאים בעלי חשיבות מהותית לביורר בקשת הפטנט השני, בכך שכללה במסגרת הבקשה דוגמה שגויה לגבי יצירת גבישי קלופידוגרל מסוג Form 2; הפנתה לצורך דין קדימה לבקשת פטנט שאותה הגישה בצרפת, שכללה גם היא את הדוגמה השגויה; והשמיטה מבקשת הפטנט את הנסיבות שבהן התגלו הגבישים מסוג Form 2, ובפרט את העובדה כי הגילוי הראשוני של צורת התגבשות זו היה מקרי לחלוטין. עוד קבע בית המשפט המחוזי כי ההטעיה הובילה להתארכות ההליכים שהתנהלו בפני הרשם, באופן שלמעשה לא איפשר למתחרות הגנריות של סאנופי, אוניפארם וחברת טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ (שיצוין שאינה צד להליכים שבין סאנופי לאוניפארם), לשווק את התחליפים הגנריים לתרופה מתוצרתן כבר עם פקיעת הפטנט הראשון בשנת 2008 – ומכאן קביעתו של בית המשפט המחוזי שלפיה קמה לאוניפארם עילת תביעה להשבת התעשרותה של סאנופי.

5. ערעור שהגישה סאנופי נדחה בפסק הדין נושא הדיון הנוסף, בדעת רוב של המשנה לנשיאה מלצר ואנוכי, כנגד דעתו החולקת של השופט ג' קרא. יצוין כי במסגרת דעת הרוב לא מצאנו להתערב בקביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי; ואילו קביעותיו המשפטיות התקבלו על ידינו באופן חלקי, איש איש על פי דרכו והסתייגויותיו, כפי שעוד יפורט. כן התקבל בפסק הדין נושא הדיון הנוסף ערעור שכנגד שהגישה אוניפארם לעניין הסעד שנפסק לה בבית המשפט המחוזי, כך שהדיון הוחזר לבית המשפט המחוזי לצורך מתן חשבונות וקביעת שיעור ההשבה.

אם כן, בהחלטת בית המשפט המחוזי ובפסק הדין נושא הדיון הנוסף משתקפות ארבע עמדות שונות בנוגע למתווה המתאים לדיון בתביעה בעילה של עשיית עושר ולא במשפט, על בסיס הטעיה של רשם הפטנטים על ידי מבקש פטנט שניסה להאריך את

תוקף הפטנט שברשותו באופן מלאכותי. חברי השופט סולברג עומד בחוות דעתו על העקרונות שבבסיס דיני עשיית עושר, דיני הפטנטים ודיני התחרות – מתבל ובוחש, ומוסיף עמדה משלו לקלחת הגדושה. אעמוד בתמצית על השאלות המרכזיות שהתעוררו במסגרת הדיון הנוסף, ועל ההבדלים בין העמדות השונות, ככל שהם רלוונטיים לענייננו.

הסוגיות שבמוקד הדיון

6. יסודות חובת ההשבה מכוח חוק עשיית עושר ולא במשפט נקבעו בסעיף 1(א) לחוק, וזו לשונו: "מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן – הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן – המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכיה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה - לשלם לו את שוויה". אפנה תחילה, וזה העיקר, לברר מהי הנורמה שהופרה על ידי סאנופי שעל בסיסה קמה לאוניפארם עילת תביעה מכוח חוק עשיית עושר – זהו יסוד ה"שלא על פי זכות שבדין".

בהחלטת בית המשפט המחוזי נקבע כי סאנופי הפרה את סעיף 18ג לחוק הפטנטים, שעניינו באמצעי אכיפה המשמשים במסגרת הליכי בחינה של בקשת פטנט; וכן את סעיף 29א(א) לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988 (להלן: חוק התחרות) שעניינו ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי בשוק. עוד נקבע כי גם אלמלא הופרו הוראות חוק הפטנטים וחוק התחרות, ניתן היה להעניק לסאנופי סעד באמצעות כינון "כלל תחרות" יציר הפסיקה שאוסר על הטעיית הרשם; זאת מתוקף העקרונות הכלליים שעומדים בבסיס דיני עשיית עושר ולא במשפט.

7. בפסק הדין נושא הדיון הנוסף סבר המשנה לנשיאה מלצר, כי הבסיס הנורמטיבי שעליו יש לבסס את סעד ההשבה הוא סעיף 18ג לחוק הפטנטים והוא בלבד. לדבריו, הן סעיף 18ג לחוק הפטנטים הן סעיף 29א(א) לחוק התחרות הם כללי תחרות המשתייכים לכללי האסדרה של התחרות ההוגנת בשוק. בענייננו, סבר המשנה לנשיאה, אוניפארם הפרה את האיסור על הטעיית רשם הפטנטים שנקבע לשיטתו בסעיף 18ג לחוק הפטנטים, וזאת בכך שכללה בבקשת הפטנט מידע מטעה, והשמיטה ממנה מידע רלוונטי לבירור הבקשה.

לעומת זאת, ביחס לסעיף 29א(א) לחוק התחרות, המורה כי "בעל מונופולין לא ינצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור", קבע המשנה לנשיאה כי ההוראה לא הופרה שכן היקף התפרשותה הוא מצומצם, והיא חלה רק על פגיעה בתחרות שנגרמה כתוצאה משימוש במעמד מונופוליסטי. בענייננו סבר המשנה לנשיאה כי פגיעתה של אוניפארם בתחרות לא נעשתה תוך שימוש בכוחה

המונופוליסטי, שכן הטעיה של הרשם יכולה להתבצע על ידי כל מבקש פטנט, ולא רק על ידי מבקש פטנט שהוא בעל מונופולין. משכך נקבע בחוות דעתו כי לא ניתן לבסס את סעד ההשבה שהתבקש על ידי אוניפארם מכוח חוק עשיית עושר, על סעיף 29א(א) לחוק התחרות.

8. השופט קרא עמד בחוות דעתו על כך שסאנופי לא הפרה את הוראות סעיף 18ג לחוק הפטנטים, שמפרט שני סוגי הטעיות אפשריות בעת בחינת בקשת פטנט: מסירת פרט מטעה בתשובה לדרישה של בוחן פטנטים לפי סעיף 18 לחוק, ואי מסירת עדכון בודעין על שינוי משמעותי ברשימת האסמכתאות או הפרסומים, בניגוד לסעיף 18א לחוק – נסיבות עובדתיות שלא התקיימו בענייננו. עם זאת הוא סבר כי יש בנמצא מקור נורמטיבי אחר לאיסור על הטעיה בעת הגשת בקשה לפטנט – הוא חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים), ובפרט עילת ההטעיה שבסעיף 15 לחוק החוזים, והחובה לנהוג בתום לב בקיום חוזה שקבועה בסעיף 39 לחוק זה. השופט קרא הפנה לכך שהוראות חוק החוזים חלות גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה, מכוח סעיף 61(ב) לחוק.

כשלעצמי, ציינתי בפסק הדין נושא הדיון הנוסף כי סעיף 18ג לחוק הפטנטים עשוי לשמש מקור נורמטיבי לביסוס תביעת השבה בעילת של עשיית עושר ולא במשפט במקרים שעונים מבחינה עובדתית על התנאים שנקבעו בסעיף (ולא זה המקרה בענייננו), ובמידה שהוכח כי ההטעיה הייתה מכוונת. לצד זאת הצטרפתי לעמדתו של השופט קרא לעניין הנורמה שהופרה על ידי סאנופי, וקבעתי כי הטעייתו המכוונת של רשם הפטנטים אינה עולה בקנה אחד עם עיקרון תום הלב, שחולש על שיטת המשפט בישראל כעיקרון-על; ומשכך, התעשרותה של סאנופי – אם ייקבע שזו צמחה בעקבות ההטעיה – הייתה "שלא על פי זכות שבדין". יובהר כבר עתה כי משסברתי שעילת התביעה של אוניפארם קמה מכוח הפרת חובת תום הלב, לא ראיתי לנכון להביע עמדה בשאלת פרשנותו הראויה של סעיף 29א(א) לחוק התחרות (למען שלמות התמונה יצוין כי גם השופט קרא לא התייחס לסעיף זה בחוות דעתו).

9. ובעת הנוכחית, חברי השופט סולברג שב ומקשה מה הוא הכלל המשפטי שהופר, ושהפרתו מצדיקה בנסיבות ענייננו את השימוש בעילת ההשבה מכוח חוק עשיית עושר. אשר לסעיף 18ג לחוק הפטנטים, חברי קובע כי מבחינה עובדתית, ההטעיה שביצעה סאנופי בשלב הגשת הפטנט השני – הן במעשה הן במחדל – אינה באה בגדרי ההוראה. מבחינה מהותית, חברי מטיל ספק בשאלת היותו של סעיף 18ג בגדר כלל שנועד להגן על התחרות ההוגנת בשוק, כאשר לעמדתו הפרת דיני התחרות היא זו שיוצרת את עצם

הזכאות לתבוע את רווחי ההפרה; ומכאן נקבע בחוות דעתו כי סעיף 18ג לחוק הפטנטים איננו "העוגן המשפטי המתאים להפעלת סנקציית ההשבה במקרה של הטעיית רשם הפטנטים" (ראו שם, בפסקה 94). נוסף על כך, חברי דוחה את האפשרות לבסס את עילת התביעה בעשיית עושר על הפרת חובת תום הלב, משיקולים שעליהם אעמוד בהמשך.

מכאן פונה חברי לאפשרות שנדחתה על ידי המשנה לנשיאה כבר בשלביו המוקדמים של פסק הדין נושא הדיון הנוסף, והיא ביסוס עילת ההשבה על הפרת סעיף 29א(א) לחוק התחרות. לדבריו, האיסור על ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה שקבוע בסעיף 29א(א) לחוק התחרות, נועד להגן באופן קונקרטי על התחרות החופשית. השימוש בסעיף זה מסייע לצמצם את השימוש בסנקציית ההשבה מכוח דיני עשיית עושר רק למקרים חמורים של ניצול המעמד המונופוליסטי, שבהם פוטנציאל הנזק לציבור גבוה במיוחד (בהשוואה, לדוגמה, למקרים של הטעיית הרשם על ידי מבקש פטנט שפועל בשוק תחרותי, שאז לשיטתו של חברי הנזק הצפוי הוא מצומצם יותר).

10. בהמשך לכך, חברי השופט סולברג מציין כי הפרשנות המצמצמת שהוענקה לסעיף 29א(א) לחוק התחרות על ידי המשנה לנשיאה מלצר במסגרת פסק הדין נושא הדיון הנוסף; שלפיה הסעיף חל רק כאשר הפגיעה בתחרות נגרמה כתוצאה משימוש באמצעי הנובע באופן ייחודי מן המעמד המונופוליסטי של בעל המונופולין, ולא כאשר מונופול מנצל את מעמדו לרעה ללא שימוש בכוחו המונופוליסטי – איננה מתחייבת מלשון הסעיף ומתכליות דיני התחרות, ואיננה תואמת את הפרשנות המקובלת של ההוראה המקבילה בדין האירופאי, המשמש מקור השראה לדיני התחרות בישראל.

מכאן קובע חברי בחוות דעתו כי סעיף 29א(א) לחוק התחרות הוא בגדר "סעיף-סל", שנועד להרחיב את קשת המקרים שייחשבו לניצול לרעה, ולחול על כל פעולה פסולה שנובעת משאיפתו של מונופול לבצר את מעמדו המונופוליסטי, ומביאה להפחתת התחרות בשוק. בהתייחס לשוק התרופות, חברי מציין כי יש להעניק לסעיף 29א(א) לחוק התחרות פרשנות מרחיבה, כך שהוא יקיף התנהגויות מגוונות שנועדו להאריך באופן מלאכותי את תקופת המונופול הפטנטי על תרופה מסוימת, בציינו כי "הטעיית רשם הפטנטים, היא רק פרקטיקה אחת מני רבות" שיכולה לשמש למטרה זו (שם, בפסקה 101).

11. עד כאן העמדות לעניין הנורמה שהופרה. לאחר השלמת המלאכה המורכבת של בחירת הנורמה המשפטית שעל בסיסה תיבנה תביעת ההשבה, יעמדו לפנינו עוד מספר משוכות שנדרש לצלוח.

האחת, שאלת היסוד הנפשי של המטעה – האם סעד ההשבה יותנה בכך שהוכחה כוונה להטעות, או שניתן להסתפק בהטעיה ברשלנות. השנייה, היא שאלת הקשר הסיבתי בין הטעיית הרשם ובין התעשרותה של סאנופי, שניצבה במוקד המחלוקת בפסק הדין נושא הדיון הנוסף. אגב כך מתעוררת גם השאלה אם נכון להציב דרישת מטריאליות, שמתייחסת לאופי המידע המטעה – בין המידע שניתן, בין המידע שהושמט. הצבת דרישת מטריאליות תוביל לכך שתביעת ההשבה תתקבל רק אם יוכח שהטעיית רשם הפטנטים (במעשה או במחדל) נגעה למידע מהותי שנודעת לו השפעה על כשירות הפטנט שהתבקש. זאת ועוד, בהמשך.

הטעיית רשם הפטנטים כהפרה של חובת תום הלב

12. היותו של עיקרון תום הלב עיקרון-על החולש על כל תחומי המשפט הוא בגדר מושכלות ראשוניים. עיקרון תום הלב מעוגן בסעיף 39 לחוק החוזים, וכבר הובהר כי "מצודתו פרושה [...] על כלל המערכת המשפטית בישראל" מכוח הוראת סעיף 61 לחוק החוזים (ע"א 700/81 תפ נ' תפ, פ"ד לח(2) 736 (1984)). מדובר בעיקרון בעל רקמה פתוחה, שנועד לשקף סטנדרט של התנהגות ראויה בין פרטים בחברה. ובמילותיו של הנשיא א' ברק:

"עקרון תום-הלב קובע את אופן התנהגותם של אנשים שמציאות החיים הפגישה ביניהם. הוא קובע כי התנהגות זו צריכה להיות ביושר ומתוך הגינות כנדרש על-פי תחושת הצדק של החברה בישראל. מעצם מהותו, עקרון תום-הלב מהווה אמת-מידה 'פתוחה' המשקפת את תפיסות היסוד של החברה הישראלית באשר להתנהגות ראויה בין בני-אדם. הקטגוריות של תום-לב לעולם אינן סגורות; לעולם אינן נוקשות ולעולם אינן שוקטות על השמרים. תום-הלב מכניס לשיטתנו יסוד של גמישות המאפשר לשיטה להתאים את עצמה לצורכי החיים המשתנים. הוא מאפשר למשפט לגשר על הפער בין צרכיו של הפרט לצרכיו של הכלל; בין האינדיווידואליזם לקהילתיות. הוא צינור שדרכו שואב המשפט רעיונות חדשים" (רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 251 (2001)).

13. במשפט הציבורי מוטלת על הרשות חובת הגינות בסיסית ביחסיה עם הפרט, והיא אף רחבה מחובת תום הלב (לקשר שבין חובת תום הלב במשפט הפרטי ובין חובת ההגינות במשפט הציבורי, ראו: דפנה ברק-ארז "משפט ציבורי ומשפט פרטי – תחומי גבול והשפעות-גומלין" משפט וממשל ה 95, 111 (התש"ס)). במרוצת השנים, התפתחה במשפט המינהלי תפיסה המייחסת אופי הדדי לחובת ההגינות, שלפיה יש מקום להטיל חובת הגינות גם על הפרט בשעה שהוא נזקק לשירותיה של רשות מינהלית. זאת בין

היתר בשל השינוי שחל ביחסי הכוחות הקיימים בין מוסדות המדינה ובין פרטים בעלי עוצמה, דוגמת תאגידים מסחריים; וההבנה כי סיוע של הפרט יאפשר לרשויות המינהליות לבצע את תפקידן ביעילות רבה יותר (ראו: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 276-277 (2010) (להלן: ברק-ארז)).

ב-בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289 (1998) (להלן: עניין קונטרס) סבר השופט י' זמיר כי יש להטיל על הפרט חובת הגינות מסוימת כלפי הרשות הציבורית, שכוללת בין היתר את החובה לגלות לרשות מידע מהותי. לעניין היקפה של חובה זו, ציין כי היא "אינה חלה בהכרח על כל היחסים שבין האזרח לבין הרשות המינהלית. היא חלה בעיקר על מקרים שבהם אזרח מבקש לקבל מן הרשות המינהלית רישיון, מינוי או טובת הנאה אחרת, להבדיל ממקרים שבהם הרשות מפעילה סמכות שלא לבקשת האזרח, במיוחד אם זו סמכות פוגעת" (שם, בעמוד 325).

14. יתר חברי ההרכב בעניין קונטרס הסתייגו מגישתו של השופט זמיר, אך הסכימו כי יש לדחות את עתירתה של העותרת, שנמנעה מלמסור לרשויות המכס מידע שהיה פוגע בסיכוייה לחדש רישיון שביקשה. עם זאת, הנשיא א' ברק הסכים כי הפרט חב בחובות "נקודתיות" ביחס לשלטון; בהן חובה המבוססת על עיקרון תום הלב, לגלות נתונים עובדתיים שהם מהותיים לתשתית העובדתית שעל בסיסה מופעל שיקול הדעת השלטוני, ובפרט "במקום בו מצויים נתונים רלוונטיים בידיעתו האישית של הפרט המבקש רישיון מהשלטון ואינם מצויים בידיעת השלטון" (שם, בעמודים 350-352). השופט מ' חשין מצידו סבר כי במקרה שבו הרשות זקוקה למידע מסוים מהפרט על מנת לקבוע אם הוא זכאי לרישיון, היא רשאית לדרוש את המידע, והפרט חייב למסור אותו (שם, בעמוד 373).

לאחר מתן פסק הדין בעניין קונטרס, נקבע בפסיקה לא אחת כי אי-גילוי עובדות יכול להצדיק נטילה של "טובות הנאה" שניתנו לפרט על ידי הרשות (ראו: ברק-ארז, בעמודים 282-283, והאסמכתאות הנזכרות שם); ואף לאחרונה הובהר כי חלה על הפרט חובה לנהוג בגילוי לב כלפי השלטון, וזאת מכוח חובת תום הלב שחלה על האזרח ביחסיו עם הרשות (ראו: ע"א 8294/14 גנגינה נ' פקיד שומה פתח תקווה, בפסקה 5 לפסק דינו של השופט מלצר (20.3.2018); ע"א 3604/13 מנהל רשות המסים נ' אייזינגר, פסקה 48 (10.5.2015), והשוו לעמדתו החולקת של השופט י' דנציגר בפסקה 5, שלפיה חובת ההגינות של הפרט ביחסיו עם הרשות היא נקודתית, ולא כללית).

15. המסקנה המתבקשת לטעמי מכל האמור היא כי בעת הגשת בקשה לרישום פטנט חלה על מבקש הפטנט חובה להימנע ממסירת מידע מטעה לרשם – זאת בין במעשה, ובין במחדל על דרך של העלמת מידע מהותי לבירור הבקשה. חובה זו נובעת מחובת ההגינות שמבקש הפטנט חב כלפי הרשות, שבכוחה להעניק לו טובת הנאה בדמות הגנת פטנטית על אמצאתו; והיא משליכה על התנהלות מתחריו, שמכלכלים את צעדיהם בהתאם לסיכוי שבקשת הפטנט תתקבל. התעשרות של מבקש פטנט שהיא תולדה של הפרת חובת תום הלב שנעשתה תוך הטעיה מכוונת של רשם הפטנטים, היא אפוא התעשרות "שלא על פי זכות שבדין" המקימה עילת תביעה מכוח חוק עשיית עושר.

מסקנה זו תואמת את אופיו הייחודי של שוק הפטנטים הפרמצבטיים, שעל המתח המובנה שבו עמדתי לעיל. המשאבים העצומים הנדרשים לצורך פיתוח תרופות מקור חדשות והסיכונים המשמעותיים הכרוכים בהליכי הפיתוח, לצד הרגולציה התובענית שחלה על החברות האתיות, מובילים לכך שהצלחתן המסחרית של החברות האתיות תלויה במידה רבה ביכולתן להאריך את התקופה שבה הן נהנות משיווק בלעדי של תרופת המקור – מטרה שאותה ניתן להשיג באמצעות הגשת בקשה לקבלת פטנט משני (ראו: גד וייס ומיכל שור-עופרי "לקראת דיני פארמה בישראל? בעקבות ע"א 2167/16 Sanofi נ' אוניפארם" עתיד להתפרסם במחקרי משפט, עמ' 21-22). על רקע זה, נוצר לחברות האתיות תמריץ משמעותי להימנע מגילוי של מידע מהותי במסגרת הבקשה לפטנט משני או לכלול בבקשה מידע מטעה, כאשר הרווח הצפוי להן על ידי נקיטה בפרקטיקה פסולה זו עולה פי כמה על הנזק הצפוי לחברות הגנריות. בנסיבות אלה, הכרה בעילת תביעה בעשיית עושר מכוח הפרת חובת תום הלב יכולה לסייע ליטול את העוקץ ממעשה ההטעיה של רשם הפטנטים, שנועד לזכות את החברה המפירה בפטנט משני "מלאכותי" ובלתי מוצדק. למען הסדר הטוב אבהיר כי אני שותפה לעמדת חברי השופט סולברג שלפיה דיני הפטנטים אינם יוצרים בענייננו הסדר שלילי שמונע מתן סעד לפי דיני עשיית עושר במקרים של הטעיית רשם הפטנטים במסגרת הגשת בקשת פטנט (ראו בפסקה 104 לחוות דעתו).

16. חברי השופט סולברג גורס כי אין לבסס את תביעתה של אוניפארם להשבת רווחיה של סאנופי על הפרת חובת תום הלב, ומציין כי הישענות על עיקרון מופשט כחובת תום הלב וחובת ההגינות הכללית "עלולה להיות צעד אחד יותר מדי, אשר עשוי להזריק אי-ודאות לתוככי הליך הוצאת פטנט, ולהפך את האיזונים העדינים שקבע המחוקק". בפרט, חברי מעלה חשש כי הכרה בעילת תביעה הנשענת על חובת תום הלב עלולה לעודד הגשת תביעות השבה בלתי מבוססות, ולהביא להצפת הרשם במידע מיותר בניסיון

של מבקשי פטנט להתגונן מתביעות עתידיות (ראו שם, בפסקה 88), ולעמדה זו שותפה גם היועצת המשפטית לממשלה. עם כך אין בידי להסכים.

כפי שהדגשתי בפסק הדין נושא הדיון הנוסף, סבורתני כי משטר האחריות שמבסס עילת השבה מכוח דיני עשיית עושר במקרה של הטעיית רשם הפטנטים, הוא של כוונה להטעות. אימוץ של דרישה ליסוד נפשי של כוונה להטעות מבטיח, במידה רבה, כי לא תיווצר הרתעת-יתר שתגרום למבקשת פטנט לכלול בבקשתה מידע שאיננו נחוץ רק על מנת ליצור לעצמה "תעודת ביטוח" מפני תביעות בעשיית עושר. שהרי מבקשת פטנט שאין בכוונתה להטעות את הרשם תדע כי אין בסיס להגיש נגדה תביעה בטענה להטעיה; ומתחרות ששוקלות הגשת תביעה כזו ידעו כי על מנת להצליח בה, יהיה עליהן לצלוח משוכה משמעותית.

17. זאת ועוד. קיומה של עילת תביעה בעשיית עושר עקב הפרת עיקרון תום הלב הוכר לפני למעלה משני עשורים, בפסק הדין בעניין א.ש.י.ד. (רע"א 5768/94 א.ש.י.ד.). יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289 (1998), וכבר נאמר שם כי "בין התעשרות שלא על פי זכות שבדין, לבין דיני תום-הלב (כביטויים בסעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי)) קיים קשר ישיר והדוק" (שם, בעמ' 467).

החששות שמעלה חברי מהדהדים את הביקורת שהושמעה על הלכת א.ש.י.ד. והתמקדה בחשש מיצירת אפקט מצנן בתחום הקניין הרוחני, כתוצאה מיצירת "מסלול עוקף" להטלת אחריות משפטית על מעשים של העתקה בנסיבות שבהן אין עילה מכוח דיני הקניין הרוחני. מחקר אמפירי שהתפרסם לאחרונה מעלה כי בניגוד לתחזיות הקודרות של מבקרי ההלכה, פסק הדין לא הוביל לפריצת גבולות או לחוסר ודאות משמעותי בתחום, אם כי המחקר לא שלל לחלוטין את קיומו של אפקט מצנן על השחקנים הפועלים בו (עופר טור-סיני ומיכל שור-עופרי "א.ש.י.ד. חוגגת עשרים – מחקר אמפירי" משפטים נא 163 (התשפ"א)). לבסוף אציין כי איני משוכנעת שדרך הניתוח של חברי, המבוססת על סעיף 29א(א) לחוק התחרות, נותנת מענה לחששות שהוצגו על ידו, כפי שאבאר להלן.

סעיף 29א(א) לחוק התחרות

18. סעיף 29א(א) לחוק התחרות מורה בזו הלשון כי: "בעל מונופולין לא ינצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור". כאמור לעיל, משסברתי במסגרת פסק הדין נושא הדיון הנוסף כי הבסיס הנורמטיבי לעילת



התביעה של אוניפארם טמון בהפרת חובת תום הלב על ידי סאנופי, לא מצאתי לנכון להביע עמדה בשאלת פרשנותו הראויה של סעיף 29א(א) לחוק התחרות; ולקבוע אם הוראתו מתפרשת רק על פגיעה בתחרות שנגרמה כתוצאה משימוש שעשה בעל המונופולין במעמדו המונופוליסטי בשוק כפי שסבר המשנה לנשיאה מלצר, או שמא גם על ניצול לרעה של המעמד ללא שימוש בכוח המונופוליסטי. משהסוגיה הוצבה עתה במוקד הדיון הנוסף, ונשמעו טענות הצדדים וכן עמדת היועצת המשפטית לממשלה בעניין, אני מצטרפת לעמדתו של חברי השופט סולברג, מנימוקיו. אכן, הפרשנות הראויה לסעיף 29א(א) לחוק התחרות היא כזו שמקיפה פעולות פסולות שנעשו על ידי בעל מונופולין תוך ניצול מעמד לרעה, אף ללא שימוש בכוח המונופוליסטי.

אימוץ הפרשנות המרחיבה של סעיף 29א(א) לחוק התחרות סלל בפני חברי את הדרך לקבוע כי הטעיית הרשם על ידי סאנופי הפרה את האיסור על ניצול מעמדה לרעה, ומשכך התעשרותה הייתה "שלא כדין" באופן המקים לאוניפארם עילת תביעה בעשיית עושר. כשלעצמי, לנוכח הפרשנות הראויה של סעיף 29א(א) לחוק התחרות, אינני שוללת את האפשרות כי הפרת האיסור על ניצול מעמד לרעה תשמש בסיס לתביעת השבה מכוח חוק עשיית עושר. עם זאת, בענייננו "דרך המלך" הייתה ועודנה המסלול המבוסס על הפרת חובת תום הלב, וזאת מהטעמים שאפרט.

19. על מנת להיכנס בגדרי סעיף 29א(א) לחוק התחרות, עלינו לבחון תחילה אם לפנינו "בעל מונופולין" כהגדרתו בסעיף 26 לחוק, שזו לשונו:

26. (א) בחוק זה, "בעל מונופולין", כל אחד מאלה:  
 (1) אדם שחלקו בכלל האספקה של נכסים או בכלל רכישתם, בכלל מתן שירותים או בכלל רכישתם, עולה על מחצית;  
 (2) אדם המחזיק כוח שוק משמעותי ביחס לאספקת נכסים או רכישתם, או ביחס למתן שירותים או רכישתם.

השימוש בביטוי "מונופול" אמנם רווח בתחום הפטנטים, אך ניתן לומר שמדובר ב"גברת אחרת באותה אדרת". קבלת בעלות בפטנט כהגדרתה בסעיף 1 לחוק הפטנטים, שיוצרת "מונופול פטנטי", איננה הופכת את בעל הפטנט ל"בעל מונופולין" כמובנו בסעיף 26 לחוק התחרות, כפי שהסביר בית הדין להגבלים עסקיים ב-ה"ע (י-ם) 3/97 מגל מערכות בטחון בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (4.11.2001):

"המונופול הסטטוטורי המוקנה בחוק הפטנטים אינו ממין המונופול שבו דן חוק ההגבלים העסקיים. למעשה, אין מדובר בחוק זה בהענקת זכות מונופולין, אלא בהגנה

על זכות קניינית שייחודה מתבטא בהיותה זכות קניין רוחני. [...] המונופולין שבו עוסק חוק ההגבלים העסקיים עניינו במעמדו של בעל המונופולין בשוק, והוא נועד לרסן את כוח השוק של בעל המונופולין. המונופולין בו עוסק חוק הפטנטים עניינו בהגנה על ההמצאה. מונופולין זה מקנה לממציא זכות קניינית על ההמצאה, אך אין לו כל קשר למעמד אשר עשוי לקנות בעל זכות הפטנט בשוק" (שם, בפסקאות 84-85).

וראו גם בסעיף 119 לחוק הפטנטים שעוסק בניצול לרעה של מונופול פטנטי, ונוקב בביטוי "מונופולין שיש בפטנט", להבדיל מ"מונופולין" סתם.

20. פירוש הדבר הוא כי על מנת לקבוע אם בעל פטנט מסוים הוא גם בעל מונופולין, יש לבחון את מידת הדומיננטיות של המוצר המבוסס על הפטנט ב"שוק הרלוונטי" – הזירה שבה נמכרים מוצרים שבעיני הצרכן הם תחליפיים זה לזה (ראו: רע"א 1248/19 החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ נ' גפניאל, פסקה 44 (26.7.2022), להלן: עניין גפניאל). רישום אמצאה בפנקס הפטנטים המקנה לה מעמד של פטנט, איננו משמיע דבר על הגדרת השוק הרלוונטי; כך שהשפעה הכלכלית של הפטנט, והשאלה אם המונופול הפטנטי יהפוך למונופול כלכלי, נקבעת על פי תנאי השטח הקיימים בכל מקרה ומקרה (ראו: ע"א 10717/05 פלוריסט דה קוואקל ב.ו.ו. נ' חג'ג, פסקה 37 (3.9.2013); איריס סורוקר "הפקעת ההגנה הקניינית מבעל הפטנט בנקודת היהפכותו למונופול" עיוני משפט כט(3) 509, 513, ה"ש 9 (2006)).

אם כן, הבחירה בנתיב של סעיף 29א(א) לחוק התחרות כבסיס לתביעת השבה מוסיפה לבחינה שלב-סף, שבו יש לסקור ולהגדיר את "השוק הרלוונטי" שבו מתקיים הפטנט, לבחון את קיומם של מוצרים תחליפיים ואת מידת הדומיננטיות של הפטנט באותו שוק בהשוואה לאותם מוצרים. בענייננו נקבע מבחינה עובדתית כי לכל אורך תקופת הפטנט המקורי של סאנופי על החומר קלופידוגרל, הוא הפטנט הראשון, לא נמצאו בשוק התרופות תחליפים לתרופה פלוויקס. עם זאת, במקרים אחרים ההכרעה בשאלה אם לפנינו מונופולין כהגדרתו בסעיף 26 לחוק התחרות עלולה להיות מורכבת, לסרב לא את בירור התובענה ולהזרים להליך מידה רבה של חוסר ודאות (ראו והשוו לעניין גפניאל, שם התעוררה בהקשר אחר השאלה אם המותגים "פפסי" ו-"RC" הם בגדר מוצרים תחליפיים ל"קוקה-קולה" ב"שוק המשקאות המוגזים השחורים").

21. לטעמי, הגישה שלפיה יש לבסס את חובת ההשבה על הדוקטרינה של איסור ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי, מסיטה את הדיון מהעיקר. השאלות שנדרש שיעמדו במוקד הדיון לפי גישה זו, יהיו קשורות בהגדרת השוק הרלוונטי ובמידת האחיזה של

הגורם שהטעה את רשם הפטנטים באותו שוק, כאשר המקום המתאים לברר את אותן סוגיות הוא בשלב קביעת גובה ההשבה של הרווחים שהפיק המטעה כתוצאה מהתנהלותו הפסולה; ולא בשלב שבו נבחן עצם קיומה של עילת תביעה. להבחנה זו יש חשיבות הן בהיבט הדוקטרינרי הן בהיבט המעשי, שכן קביעת גובה ההשבה במקרים ממין זה שבו עסקינן היא מלאכה מורכבת ביותר; כזו שמחייבת בחינה מדוקדקת ולעיתים אף הסתייעות בחוות דעת מומחים, ביחס לשיעור הרווח שצמח למטעה כתוצאה ממעשה ההטעה, זיהוי השוק הרלוונטי והערכה של נתח השוק של כל אחד מהשחקנים שפעלו או שיכולים היו לפעול בו בתקופה שבה עוסקת התביעה. התבססות על הפרת חוק התחרות מאלצת להקדים את הבחינה של חלק מאותן שאלות כבר לשלב בירור האחריות, באופן שעלול להכביד על הדיון ולהאריכו שלא לצורך.

לעומת זאת, הצבת חובת תום הלב כבסיס הנורמטיבי של העילה ממקדת את הדיון בטיב מעשיו של מבקש הפטנט המטעה וביסוד הנפשי שהניע אותו לביצוע ההטעה. היא גם מאפשרת את הגמישות הנדרשת על מנת להעניק סעד במקרים שבהם הטעיית הרשם נעשתה על ידי מי שאיננו בעל מונופולין כהגדרתו בחוק התחרות.

22. לבסוף, הדוקטרינה המבוססת על סעיף 29א(א) איננה נותנת מענה אמיתי לחששות שהועלו ביחס להכרה בעילת תביעה המבוססת על חובת תום הלב. כזכור, הקושי העיקרי שעולה הן מעמדתו של חברי הן מעמדת היועצת המשפטית לממשלה, הוא כי "תום לב" ו"הגינות" הם מושגים מופשטים.

אלא שאימוץ פרשנות מרחיבה ונדיבה של המושג "ניצול לרעה" וקביעה כי סעיף 29א(א) לחוק התחרות הוא "סעיף-סל" שנועד להקיף "מגוון רחב של פעולות פסולות", מותיר אותנו עם מושגים עמומים לא פחות ועם מידה רבה של חוסר ודאות ביחס לזהות ההתנהגויות שייחשבו כמפירות את האיסור. אינני רואה אפוא יתרון כלשהו בהעדפת הסטנדרט של "ניצול לרעה" על פני "חוסר תום לב", בהיבט של הגברת הוודאות המשפטית. זה וגם זה הם מושגי שסתום המקנים לבית המשפט שיקול דעת רחב, ומחייבים אותו לצקת לתוכם תוכן קונקרטי.

דרישת הקשר הסיבתי

23. דרישת הקשר הסיבתי בתביעת השבה בעילה של עשיית עושר, מחייבת כי התעשרות הזוכה שהייתה שלא על פי זכות שבדין, תבוא על חשבון המזכה (ד"נ 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד גוניס ג.מ.ב.ה., פ"ד מב(1) 221, 275 (1988)). שאלת הקשר הסיבתי בין הטעיית רשם הפטנטים ובין התעשרותה של סאנופי, עמדה במוקד

המחלוקת בפסק הדין נושא הדיון הנוסף, וגם בה הובעו בפסק הדין שלוש דעות שונות. טרם שאפרט עמדות אלה אציין כי בית המשפט המחוזי קבע כי אוניפארם הוכיחה שהטעיית רשם הפטנטים עיכבה את כניסתה לשוק, והובילה לכך שבסופו של יום היא נכנסה לשוק "עם תרופה המבוססת על חומר גלם פחות טוב מבחינתה", כלשונו.

בפסק הדין נושא הדיון הנוסף המשנה לנשיאה מלצר החזיק בעמדה שלפיה הצורך להגן על כללי התחרות בשוק הפטנטים מצדיק החלה של סטנדרט סיבתיות "גמיש", וסבר כי לנוכח טיב מעשיה של סאנופי ראוי לקבוע כי התקיים קשר סיבתי בין הטעיית הרשם ובין התעשרותה, שבאה על חשבון אוניפארם. לעומתו, השופט קרא מיקד את הדיון בשאלה אם סאנופי הטעתה את מתחרותיה, וגרס כי על אוניפארם להוכיח את קיומו של קשר סיבתי כפול: בין ההטעיה של סאנופי ובין טעותה של אוניפארם עצמה, ובין טעות זו (שצריך שתתבטא בהערכה שגויה של סיכויי קבלת בקשת הפטנט) לבין העיכוב שחל בהליך הפיתוח של התרופה הגנרית או החלטתה של אוניפארם שלא לבצע השקה בסיכון. לעמדתו, קשר סיבתי כפול כזה לא הוכח, ולפיכך מסקנתו הייתה כי יש לקבל את הערעור שהגישה סאנופי.

24. בניגוד לעמדתו של השופט קרא, סברתי כי לעניין הקשר הסיבתי יש להעמיד במוקד הבחינה את רשם הפטנטים עצמו, ודומה כי עמדתי זו מקובלת גם על חברי השופט סולברג. פירושו של דבר הוא כי יש לבחון את האופן שבו הטעיית הרשם שביצעה סאנופי השפיעה על הערכת הסיכונים על ידי מתחרותיה, ובהן אוניפארם, לנוכח עוצמתה המוערכת של בקשת הפטנט; ולבדוק אם היא הכתיבה את החלטתן שלא "להיכנס לשוק" בתקופת ההשקה בסיכון. אסביר.

התקופה שבה קיימת בקשת פטנט תלויה ועומדת המתבררת על ידי רשם הפטנטים, כרוכה מטבעה בחוסר ודאות לגבי האפשרות כי הבקשה תאושר. כאמור, במצב שבו ישנה בקשת פטנט תלויה ועומדת שהוגשה על ידי חברת תרופות אתית, החברות הגנריות המתחרות אינן מנועות משיווק תרופה גנרית מתחרה; ואולם אם בקשת הפטנט תתקבל הן יהיו חשופות לתביעה של החברה האתית, שזכאית לקבל ממי שהפרו את הפטנט פיצוי רטרואקטיבי, החל ממועד הגשת הבקשה. זהו הסיכון האינהרנטי שבתקופת ההשקה בסיכון. משכך, קיים קשר ישיר בין האופן שבו החברה הגנרית המתחרה מעריכה את עוצמת בקשת הפטנט ובין החלטתה אם ליטול על עצמה את הסיכון הכרוך בהשקת תרופה גנרית במהלך תקופת ההשקה בסיכון (ראו: וייס ושור-עופרי, עמ' 50-51). ויובהר שלחברות הגנריות יש ציפייה לגיטימית שהתחרות בשוק תתנהל באופן הוגן, ולענייננו – ציפייה שהחברות האתיות לא יטעו את רשם הפטנטים בבקשותיהן,

שהרי "התחרות החופשית שאנו מבקשים לעודד אינה תחרות של נוכלים אלא תחרות של מתחרים הגונים" (דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56, 113 (2002)).

25. החלטתה של אוניפארם אם "להשיק בסיכון" הייתה למעשה פונקציה של האופן שבו היא העריכה את הסיכוי כי הרשם יקבל את בקשת הפטנט השני של סאנופי. כאשר סאנופי הטעתה את הרשם בכוונת מכוון, היא הגדילה את חוסר הוודאות בנוגע לסיכוי שהרשם יקבל את בקשת הפטנט, ושיבשה את יכולתה של אוניפארם להעריך את הסיכון שבהשקה בסיכון בראי עוצמת הבקשה.

בית המשפט המחוזי קבע כממצא עובדתי כי הטעיית רשם הפטנטים סירבלה והאריכה את הליך בירור בקשת הפטנט – קביעה שהתקבלה במסגרת דעת הרוב בפסק הדין נושא הדיון הנוסף, ואף חברי השופט סולברג לא מצא להתערב בה. בהקשר זה סברתי בפסק הדין נושא הדיון הנוסף ועודני סבורה כי "דאוי להטיל על סאנופי את האחריות לנזק הראייתי שיצרה במעשיה", במובן זה שהגשת בקשת הפטנט המטעה לא איפשרה לאוניפארם להוכיח כי אלמלא ההטעיה הליכי הבירור של הבקשה היו מסתיימים בשלב מוקדם יותר ומפיגים את חוסר הוודאות. ומכאן המסקנה כי קיים קשר סיבתי בין הטעיית הרשם על ידי סאנופי, ובין התעשרותה של סאנופי על חשבונה של אוניפארם ועל חשבון אחרים.

26. אחר הדברים האלה אתייחס לדרישת המטריאליות – שבמרכזה מהותיות המידע שעליו נסבה ההטעיה. לטענת סאנופי, דרישת המטריאליות היא "העוגן של עילת ההטעיה של רשם הפטנטים", במובן זה שעל הטוען להטעיית הרשם להוכיח כי המידע המטעה שנמסר בבקשת הפטנט הוא כזה שקשור לשאלת כשירות האמצאה, ושאלמלא ההטעיה הרשם היה דוחה את הבקשה. סאנופי סבורה כי דרישה זו מעוגנת בפסק הדין שניתן ב- ע"א 2972/75 יוסף וולף ושות' בע"מ נ' דפוס בארי שותפות מוגבלת, פ"ד נג(3) 472 (1999) (להלן: עניין דפוס בארי); וכן בדין האמריקני, בפרשת *Therasense, Inc. v. Becton*, 649 F.3d 1276 (Fed. Cir. 2011) (להלן: עניין *Therasense*).

אף בעמדת היועצת המשפטית לממשלה נטען כי דרישת המטריאליות היא תנאי מהותי להתקיימות יסודות עילת התביעה בעשיית עושר, וכי דרישה זו מאיינת את החשש מפני הצפה של רשם הפטנטים במידע מיותר. לטענת היועצת המשפטית לממשלה, כאשר המידע שהוסתר מהרשם במסגרת בקשת פטנט מטעה איננו בגדר מידע מהותי – אין לראות בהתעשרות המטעה משום התעשרות "שלא על פי זכות שבדין", וזאת בהתאם

לסעיף 18ג לחוק הפטנטים ולפרשנות שניתנה לו בפסיקת בתי המשפט. על פי גישה זו, יש להעמיד במוקד הבחינה את השאלה אם הטעית הרשם נגעה למידע שבכוחו להשפיע על גורלה של בקשת הפטנט לשבט או לחסד; ולא את השאלה אם ההטעיה הובילה להתארכות הליך הבירור של בקשת הפטנט.

27. תחילה יובהר שוב כי איננו מצויים בתחומו של סעיף 18ג לחוק הפטנטים, שעוסק בנסיבות עובדתיות שלא התקיימו בענייננו. אשר להיזקקות לעניין דפוס באדי, יצוין כי דובר שם בתביעת פיצויים שהוגשה בטענה להפרת פטנט, וכי הנתבעת טענה כטענת הגנה כי אין להכיר בתוקף הפטנט שנטען כי הופר על ידה, וזאת משום שבעלת הפטנט הסתירה מהרשם מידע בנוגע לקיומם של פרסומים הנוגעים לאמצאה. בית משפט זה דחה את הטענה, בקובעו כי המידע שהוסתר לא היה מטריאלי, ובלשונו "לא היה בפרסומים אלה דבר שיכול היה למנוע את רישומו של הפטנט" (ראו שם, בעמ' 479).

בהקשר זה, אני מצטרפת לעמדתו של חברי השופט סולברג שלפיה השלכתו של פסק הדין שניתן בעניין דפוס באדי על ענייננו היא מוגבלת; וכי יש להבחין בין השימוש בטענת הטעיה כטענת "מגן" – המצדיקה אי-אכיפה של פטנט שהושג תוך הטעיה של רשם הפטנטים בנוגע למידע מהותי, ובין השימוש בטענת ההטעיה כטענת "חרב" – במסגרת תביעה להשבת רווחים שהופקו כתוצאה מהתארכות הליכי בחינה של בקשת פטנט שהוגשה תוך הטעיית הרשם (הבחנה שעליה עמדו גם המשנה לנשיאה מלצר והשופט קרא בפסק הדין נושא הדיון הנוסף, בהקשרים שונים). אשר לפנייה להלכה שנקבעה בארצות הברית בעניין *Therasense*, הרי שלא ניתן "לשאוב" ולהוציא מהקשרו מבחן בודד שנקבע בדין האמריקני, תוך התעלמות מהאיזונים הקיימים בדיני הפטנטים בישראל.

28. בראייתי, שאלת המטריאליות של המידע המטעה שנמסר לרשם הפטנטים קשורה בטבורה למשטר האחריות של כוונה להטעות וליסוד הקשר הסיבתי שעליהם עמדתו לעיל. הניסיון לקבוע שלושה מבחנים נפרדים של יסוד נפשי, קשר סיבתי ומטריאליות, הוא במידה רבה מלאכותי. זאת מכיוון שהטעיה שעניינה במידע מהותי, שהוא בעל השפעה על שאלת הפטנטביליות של האמצאה הנבחנת, יכולה בסבירות גבוהה ללמדנו על כוונה להטעות; ולהוביל להתעשרות בלתי צודקת בין באמצעות הארכה של הליכי בחינת הפטנט, בין באמצעות קבלת פטנט שאיננו מגיע לבעליו. ובה במידה כוונה להטעות, בין על דרך הסתרת מידע ובין על דרך גילוי מידע, תלמדנו בסבירות גבוהה על היותו של המידע מהותי.

כאשר מבקשת פטנט שהיא שחקנית מתוחכמת ורציונלית, כוללת בבקשתה מידע מטעה או מחסירה מבקשתה מידע מתוך כוונה להטעות את רשם הפטנטים – ניתן להניח כי היא תבחר לנסות להטעות את הרשם ביחס למידע שהוא מהותי לבירור הבקשה. בדומה, השכל הישר מורה שככל שהטעיית הרשם נוגעת למידע שהוא מהותי יותר, כך יגבר הסיכוי שההטעיה תגרום להתארכות הליכי הבירור של בקשת הפטנט או למתן פטנט בלתי מוצדק; ובהתאם תעלה הסבירות לכך שייקבע כי קיים קשר סיבתי בין הטעיית הרשם ובין התעשרות המטעה על חשבון מתחרותיה.

29. ויודגש, כי אין באמור משום ויתור על הידרשות לשאלה אם המידע המטעה שנכלל בבקשת הפטנט הוא מהותי לבירור הבקשה, אם לאו. האופי המהותי של המידע, לצד נסיבות נוספות, יכול שיהווה אינדיקציה משמעותית בדבר קיומם של כוונה להטעות וקשר סיבתי – שהם יסודות הכרחיים לכינון הזכות להשבה. נוסף על כך, כפי שהובהר לעיל, הדרישה ליסוד נפשי של כוונה להטעות מספקת מענה לחשש שהביעה היועצת המשפטית לממשלה בהקשר זה בנוגע להצפת רשם הפטנטים במידע בלתי נחוץ.

בענייננו, כאשר הטענה שעמדה במוקד הדיון היא כי התעשרותה של סאנופי נוצרה עקב התארכות הליכי הבחינה של בקשת הפטנט (להבדיל מהתעשרות שנוצרה עקב קבלת פטנט בלתי מוצדק), אין מקום להעמיס את מלוא כובד המשקל על השאלה אם אלמלא ההטעיה הרשם בהכרח היה דוחה את בקשת הפטנט – בהתאם ל"מבחן האלמלא" הנוקשה שהוצג על ידי סאנופי. תחת זאת, יש לתת את הבכורה להתנהגות הפסולה שבה נקטה סאנופי בניסיון להאריך את תקופת הבלעדיות שממנה נהנתה, ולעובדה כי ניסיון זה אכן צלח והוביל להתעשרותה שלא על פי זכות שבדין.

הסעד

30. טרם סיום, אשוב ואזכיר את הקשיים שעליהם עמדתי בפסק הדין נושא הדיון הנוסף בנוגע לעיצוב הסעד המשפטי בענייננו. כזכור, בהקשר זה התקבל הערעור שכנגד שהגישה אוניפארם, והדיון הוחזר לבית המשפט המחוזי לצורך מתן חשבונות וקביעת שיעור ההשבה שלו היא זכאית.

על פני הדברים ומבלי לקבוע מסמרות, הסיטואציה שבה הטעיית רשם הפטנטים מובילה להארכת מלאכותית של פטנט על תרופה איתית, יוצרת לחברה האתית התעשרות "על חשבון" גורמים רבים: החברות המתחרות, הצרכנים, ולעיתים גם על חשבון קופות החולים והמדינה – ובתוך כך על חשבון הציבור כולו. זאת משום שמן החברות המתחרות נמנעים רווחים בכל התקופה שבה הלכה למעשה נתעכבה כניסתן לשוק, ואילו הצרכנים

(או מי שמממן את עלויות התרופה עבורם) מוסיפים לשלם עבור התרופה מחיר מונופוליסטי גם בתקופה שבה היא אמורה הייתה להימכר במחיר תחרותי. מובן אפוא כי "אדוות ההתעשרות" של החברה האתית אינן פוגעות רק במתחרות הגנריות; ובהתאם, המתחרות לא יהיו זכאיות להשבת מלוא הרווחים שצמחו עקב ההטעה.

אחר הדברים האלה

31. לאחר כתיבת חוות דעתי הועברה לעיוני חוות דעתו של חברי השופט יצחק עמית, המזמינה התייחסות קצרה.

חבריי למותב שבו ניתן פסק הדין נושא הדיון הנוסף וכן חבריי בהרכב זה, השופט סולברג והנשיאה (בדימ') אסתר חיות, צעדו יחד עמי כברת דרך על שבילם של דיני עשיית עושר ולא במשפט. זאת בהתאם לגבולות הדיון שהותוו עוד בהליך שהתקיים בבית המשפט המחוזי, ולהחלטה שניתנה שם. למרות חילוקי דעות כאלה ואחרים שהתגלעו בהמשך הדרך, את כולנו מנחה אותו מצפן – המורה כי הטעיה מכוונת של רשם הפטנטים על ידי מבקש פטנט יכולה להצמיח למתחריו עילה לתביעת השבה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט.

32. חברי השופט עמית צועד בדרך אחרת, דרכם של דיני הנזיקין, כאשר לדבריו "הדין הספציפי שחל במקרה דנו, ובפרט דיני התחרות, מספק מענה הולם שמייתר את הצורך להיזקק ל'כנפי הנשר' רחבי הממדים של דיני עשיית עושר ולא במשפט". לעמדתו, עילת התביעה שעומדת לאוניפארם מושתתת על הפרת סעיף 29א(א) לחוק התחרות על ידי סאנופי, שהיא בגדר עוולה בנזיקין כאמור בסעיף 50(א) לחוק זה. מכאן סבור חברי כי אוניפארם אינה זכאית לקבל לידיה את רווחיה של סאנופי, אלא פיצוי בגין נזקיה בלבד; ומשכך יש להותיר על כנה את התוצאה האופרטיבית שאליה הגיע בית המשפט המחוזי ולקבל את התביעה שהגישה אוניפארם על סך 2,600,000 ש"ח. זאת תחת העמדה שלפיה יש להשיב את הדיון לבית המשפט המחוזי לצורך מתן חשבונות וקביעת גובה ההשבה.

בתמצית, חברי מציין כי הטעית רשם הפטנטים על ידי סאנופי היא בגדר "הפרה יעילה", וכי תביעת ההשבה על בסיס דיני עשיית עושר לכאורה נחוצה בענייננו על מנת לנטרל את יעילותה של הפרה; שכן הרווח שהפיקה סאנופי מההטעה, גבוה מן הסתם "עשרות מונים" כלשונו מהנזק שנגרם לאוניפארם בעקבות ההארכה המלאכותית של תקופת ההשקה בסיכון. עם זאת, לעמדתו הפרה איננה יעילה כפי שנדמה, מכיוון שסאנופי חשופה לא רק לתביעתה של אוניפארם, אלא גם לתביעות של צרכני התרופה הישירים והעקיפים לרבות קופות החולים, ושל מתחרות גנריות נוספות.



ואמנם, חברי מפנה לכך שנפתחו נגד סאנופי הליכים משפטיים נוספים להליך הנדון: שתי בקשות לאישור תובענה ייצוגית שהוגשו בשם מטופלים, קופות חולים, בתי מרקחת והמדינה או מי מטעמה, ותביעה פרטנית שהוגשה על ידי קופת חולים מכבי – כאשר הסעד הנתבע הוא הפער בין הרווח של סאנופי כתוצאה ממכירת התרופה פלוויקס במחיר מונופוליסטי, ובין הרווח שהיה מתקבל אלמלא ההטעה, אילו התרופה הייתה נמכרת במחיר תחרותי, שמטבע הדברים נמוך ממחיר מונופוליסטי. לעמדת חברי, "העובדה שהמתחרה הגנרי הוא בעל מומחיות לזהות את ההפרה מצד החברה האתית, לא די בה כדי להעניק לו זכות תביעה על חשבונם של צרכני התרופה ויתר הניזוקים". חברי סבור כי עמדה זו, שלפיה אין להעניק לאוניפארם סעד השבה בשיעור גבוה מהנזק שנגרם לה – מתוך רצון להימנע מלכרסם בסעד שלו זכאים יתר בעלי האינטרסים שחולקים איתה את עוגת ההשבה – מחדדת את מסקנתו שלפיה אין צורך להיזדקק לדיני עשיית עושר, וניתן להסתפק בתביעה נזיקית.

אינני שותפה לעמדתו של חברי, לא מהבחינה המהותית, לא מהבחינה הדיונית. אנמק בתמצית.

33. תחילה להיבט המהותי. לעמדתי, אין לראות בתביעתה של אוניפארם ככזו שבאה על חשבונם של אחרים. אוניפארם היא מי ש"עמדה על המשמר" וזיהתה את הכשלים שנפלו בבקשת הפטנט השני, ומומחיותה, כמו גם הסיכון שנטלה על עצמה בהגשת התביעה – הם שפתחו את הדלת ל"נפגעים" האחרים של סאנופי, שתביעותיהם כלל לא היו באות לעולם אלמלא תביעתה של אוניפארם. ולא בכדי כל אחד מאותם הליכים "משלימים" נפתחו לאחר מתן החלטת בית המשפט המחוזי (ליתרונותיהן של חברות גנריות מתחרות כ"סוכנות אכיפה" ראו: וייס ושור-עופרי, עמ' 54-55).

קופות החולים וגופים נוספים שנושאים בעלותן של תרופות הם אכן בעלי אינטרס משמעותי למנוע הארכה מלאכותית של פטנטים, אך אין זה תחום עיסוקם וגם לא בגדר מומחיותם. ההנחה כי גופים אלה ישקיעו את המשאבים העצומים הנדרשים על מנת לזהות הטעיות בבקשות פטנט בתחום הפרמצבטיקה ולהגיש תביעות בגינן – איננה עומדת במבחן המציאות. הניסיון לייחס להם תפקיד כזה ואת היכולות הנדרשות כדי למלאו הוא מרחיק לכת, אם לא למעלה מכך.

34. להשלמת נקודה זו אבהיר כי גם אם בסופו של יום יתברר כי שיעור ההשבה שלו זכאית אוניפארם מתוך רווחיה של סאנופי אינו עולה על סכום הפיצוי שהייתה יכולה לקבל בגין נזקה, אולי אף למטה מכך – אין הדבר משמיע כי ההיזקקות לדיני עשיית

עושר הייתה מיותרת. איננו עוסקים ב"הנדוס לאחור" (Reverse engineering) שבו התוצאה המספרית מכתובה את הניתוח הנורמטיבי. הסדר הטבעי של הדברים מתחיל בקביעת מקור הזכאות של אוניפארם לסעד ההשבה, ורק משביררנו זאת ניתן להתקדם לשלב הבא, שבו ייקבע שיעור ההשבה שהיא זכאית לו.

למען הסר ספק, יש להבהיר כי סעיף 50 לחוק התחרות הקובע כי "דין מעשה ומחדל בניגוד להוראות חוק זה, כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש]", אינו גוזר הסדר שלילי. כפי שציין בית המשפט המחוזי בהחלטתו:

"הקביעה כי על פי דיני ההגבלים העסקיים התנהלות סאנופי מהווה ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי אין בה, כשלעצמה, כדי להקנות לתובעת זכות לרווחי סאנופי. הטעם לכך הוא שחוק ההגבלים העסקיים קובע בגין הפרתו שורה של סעדים (ובכללם הזכות לפיצוי נזיקי לפי סעיף 50 לחוק), ואולם אינו קובע את הזכות להגיש תביעה לרווחי המפר (לא למתחרה שנפגע ולא ללקוח שנפגע). ויובהר, גם בהקשר זה אינני סבור כי ניתן לראות בחסר שבחוק ההגבלים העסקיים משום הסדר שלילי. השאלה אם קיימת עילת תביעה בגין טובת ההנאה שהופקה בעקבות הפרת דיני ההגבלים העסקיים צריכה להיקבע במסגרת דיני עשיית עושר ולא במשפט, ולעניין זה אין ללמוד משתיקת חוק ההגבלים העסקיים דבר. המחוקק הישראלי מסדיר לעיתים את האפשרות לתבוע נזק במסגרת חוק הקובע חובה או איסור (ואולם גם בעניין זה אין אחידות בחקיקה, ועל כן קיימת בפקודת הנזיקין העוולה הכללית של הפרת חובה חקוקה), אולם הוא נמנע ברובם המוחלט של המקרים מלהתייחס במסגרת החוק בו מוגדרת החובה או האיסור לשאלה אם קיימת אפשרות לתבוע את הרווח מהפרת החובה" (פסקה 91).

לטעמי זאת גם המסקנה המתבקשת מאחד הרציונליים שבבסיס דיני עשיית עושר, שנועדו לעקר במקרים המתאימים את יעילותן של "הפרות יעילות" שאין בדיני הנזיקין כדי ליתן להן מענה.

35. ועתה לקושי הדיוני. תביעתה של אוניפארם אמנם כללה לכתחילה גם סעד של פיצוי בגין נזקיה, אלא שהעילה הנזיקית נזנחה. ובלשון השופט גרוסקופף בבית המשפט המחוזי: "בעת הגשת התביעה ביקשה התובעת גם לתבוע פיצוי בגין נזקיה, ואולם היא לא הציגה ראיות המאפשרות הוכחה וכימות של נזקים אלו, וזנחה את הדרישה לפיצוי במסגרת סיכומיה" (פסקה 70). ממילא המסלול הנזיקי לא עמד במוקד הדיון בערעור – ואין לפנינו תשתית המאפשרת לדון בו לראשונה במסגרת פסק הדין בדיון הנוסף.

בהתאם, גם לא ניתן להעניק לאוניפארם סעד של פיצוי נזיקי בסך 2,600,000 ש"ח. כזכור, בהחלטה מיום 8.10.2015 קבע בית המשפט המחוזי את חבותה של סאנופי בהשבה, וקיבל את התביעה שהגישה אוניפארם למתן חשבונות. בסיום ההחלטה הורה

בית המשפט לסאנופי להעביר דיווח על מלוא רווחיה משיווק התרופה בישראל, בתקופה שראשיתה במועד פקיעת הפטנט הראשון. לצד זאת העניק בית המשפט ברירה לסאנופי, בלא לשאול לעמדת אוניפארם, להימנע ממתן חשבונות אם תסכים לקבל את התביעה ולשלם את הסכום שננקב בה. ביום 3.1.2016 הודיעה סאנופי כי היא בוחרת בחלופה של תשלום סכום התביעה, ובהמשך לכך ביום 4.2.2016 ניתן פסק דין שהורה כאמור.

36. בפסק הדין נושא הדיון הנוסף הובהר כי סכום התביעה של 2,600,000 ש"ח נקבע על ידי אוניפארם לצורכי אגרה בלבד, מתוך כוונה לעדכן אותו ולהשלים את האגרה ככל שתתקבל בקשתה למתן חשבונות, כמקובל בהליכים מסוג זה; ומשכך, נקבע כי לא ניתן היה להורות על סכום ההשבה ב"הסכמה" חד-צדדית של סאנופי, וכי יש להחזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי לצורך מתן חשבונות וקביעת שיעור ההשבה.

אינני רואה כל בסיס לפסיקת פיצוי בסכום שרירותי שנקבע לצורכי אגרה בלבד, בגין נזק שמעולם לא התברר, ואין לגביו ולו אומדן. לא הגענו עד הלום כדי להעניק סעד בעילה שנזנחה, ופיצוי ללא הוכחת נזק.

107 דבר

37. אני מצטרפת לתוצאה שאליה הגיע חברי השופט סולברג, זאת אף שדרך הילוכי שונה. עוד אני מסכימה כי לא ייעשה צו להוצאות.

ש ו פ ט ת (בדימ')

הנשיאה (בדימ') א' חיות:

1. עיינתי בחוות דעתו המקיפה והממצה של חברי השופט נ' סולברג, שהפך כל אבן בהידרשו לסוגיות המורכבות הצריכות הכרעה בדיון הנוסף דנן. אני מצטרפת למסקנה שאליה הגיע, ושאליה הצטרפה גם חברתי השופטת (בדימ') ע' ברון, ולפיה יש להתיר על כנה את תוצאת פסק הדין נושא הדיון הנוסף. לצד זאת, ולנוכח חילוקי הדעות שהתגלעו בין חבריי, ראיתי להוסיף התייחסות קצרה לסוגיות העקרוניות שעלו בהליך זה.

2. השאלה הניצבת במוקד הדיון הנוסף דנן היא – האם הטעיית רשם הפטנטים על ידי מבקש פטנט עשויה להקים למי ממתחריו עילה להשבת רווחיו מכוח דיני עשיית

עושר ולא במשפט? המענה לשאלה זו מצריך התייחסות לממשק שבין דיני עשיית עושר ולא במשפט לענפי משפט נוספים ובהם – דיני הפטנטים ודיני התחרות, והוא מחייב איזון עדין בין מגוון השיקולים הניצבים ביסודם.

3. תכליתם של דיני עשיית עושר ולא במשפט היא מניעת התעשרות לא מוצדקת של אדם על חשבון רעהו בהתבסס על שיקולי צדק והגינות (ע"א 290/80 ש.ג.מ. חניונים בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(2) 633, 641 (1983) (להלן: עניין ש.ג.מ.); ע"א 1761/02 רשות העתיקות נ' מפעלי תחנות בע"מ, פ"ד ס(4) 545, 562-563 (2006); דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור דיני עשיית עושר ולא במשפט 42, 23 (2015) (להלן: פרידמן ושפירא בר-אור)). העיקרון הכללי קבוע בסעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979 (להלן: חוק עשיית עושר או החוק), ומורה כדלקמן:

1. (א) מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן – הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן – המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכיה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה – לשלם לו את שווייה.
- (ב) אחת היא אם באה הזכיה מפעולת הזוכה, מפעולת המזכה או בדרך אחרת.

שלושה יסודות נחוצים לשם התגבשותה של חובת השבה על פי סעיף 1 (א) לחוק עשיית עושר: התעשרות; שלא על-פי זכות שבדין; שבאה לזוכה מן המזכה (ראו גם: רע"א 371/89 ליבוביץ נ' א. את י. אליהו בע"מ, פ"ד מד(2) 309, 321 (1990) (להלן: עניין ליבוביץ)). כפי שכבר נפסק, חוק עשיית עושר אינו מגדיר את העילות הספציפיות המקימות חובת השבה אלא משרטט עיקרון רחב בעל "רקמה פתוחה" המקנה לבית המשפט שיקול דעת בפיתוח הקטגוריות המשפטיות הבאות בגדרו (ד"נ 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה, פ"ד מב(1) 221, 273 (1988) (להלן: עניין אדרס); ע"א 8728/07 אגריפרס אינטרנשיונל בע"מ נ' מאירסון, פסקה 10 (15.7.2010) (להלן: עניין אגריפרס)).

4. במרוצת השנים הרחיבה הפסיקה את תחום התפרסותם של דיני עשיית עושר ולא במשפט והתפיסה שהתקבעה היא כי דינים אלה הם "כמעין נשר גדול הפורש כנפיו – על כל הדינים השונים, בין שיש בהם הוראות עשיית עושר ולא במשפט, ובין שאין בהם הוראות כאלה" (עניין אדרס, בעמ' 266). במסגרת זו משמשים דיני עשיית עושר הן להגנה על זכויות מוכרות המוסדרות ב"דין חיצוני" לדינים אלה, והן להכרה בזכאויות חדשות מכוח עקרונות הצדק, היושר ותום הלב (פרידמן ושפירא בר-אור, בעמ' 436; עניין אגריפרס, בפסקה 36).

פסק הדין המנחה בסוגיית יחסי הגומלין שבין דיני הקניין הרוחני לדיני עשיית עושר ולא במשפט הוא פסק הדין בעניין א.ש.י.ד., בו נפסק כי היעדר זכות "ממוסדת" לפי דיני הקניין הרוחני, אינו שולל את תחולתם של דיני עשיית עושר וכי אלו עשויים ליתן הגנה גם לאינטרסים אחרים שאינם מעוגנים בדין "חיצוני" (רע"א 5768/94 א.ש.י.ד.). יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה, פ"ד נב(4) 289, 470-460 (1998) (להלן: עניין א.ש.י.ד.); פרידמן ושפירא בר-אור, בעמ' 437-438; עופר טור-סיני ומיכל שור-עופרי "א.ש.י.ד. חוגגת עשרים – מחקר אמפירי" משפטים נא 163, 169-168 (2021)). חרף הביקורת שנשמעה לאורך השנים על ההלכה שנפסקה בעניין א.ש.י.ד., נקודת המוצא כיום, כפי שהיטיב לתאר זאת חברי השופט סולברג, היא כי "במישור העקרוני ניתן להעניק סעד של השבה מכוח דיני עשיית עושר, בין אם הופרה זכות מכוח 'דין חיצוני', בין אם הופרה זכות 'פנימית' מכוח דיני עשיית עושר" (פסקה 69 לחוות דעת; ההדגשות במקור). זוהי גם נקודת המוצא של חוק עשיית עושר הקובע כי "אין בחוק זה כדי לגרוע מתרופות אחרות" (סעיף 6(ג) לחוק).

5. סעיף 6(א) לחוק עשיית עושר מסייג עם זאת את תחולתם הרחבה של דיני עשיית עושר ולא במשפט בשיטתנו בקבעו כי "הוראות חוק זה יחולו כשאין בחוק אחר הוראות מיוחדות לעניין הנדון ואין הסכם אחר בין הצדדים". משמע – ככל שקיים בדין ספציפי הסדר כולל השולל את התערבותם של דינים חיצוניים לו, דיני עשיית עושר לא יחולו (עניין א.ש.י.ד., בעמ' 337, 365-363, 417, 486; עניין ש.ג.מ., בעמ' 641; רע"א 6025/05 Merck & Co. Inc. נ' טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ, פסקה 31 (19.5.2011) (להלן: עניין Merck); ע"א 563/11 Adidas Salomon A.G. נ' יאסין, פ"ד סה(3) 774, 807 (2012)).

6. על רקע זה, מתעוררת בענייננו השאלה האם קיים בדיני הפטנטים הסדר שלילי המונע את האפשרות לפנות לדיני עשיית עושר ולא במשפט? חברי השופטים סולברג וברון השיבו על שאלה זו בשלילה. אני מצטרפת לקביעתם וכמותם אף אני סבורה כי אין בדיני הפטנטים הסדר השולל את תחולתם של דיני עשיית עושר בנסיבות של הטעיית רשם הפטנטים. ק"ן טעמיו של השופט סולברג לעניין זה מקובלים עליי וכל המוסיף גורע. כמו כן, מקובלת עליי עמדתו לפיה בבואנו לשרטט את גבולותיה של עילת ההשבה בגין הטעיית רשם הפטנטים, יש להישמר מפני הרחבת יתר של אפשרות התביעה להשבת רווחי מבקש הפטנט, למשל תוך אימוץ פרדיגמת הפרת כללי התחרות, שעליה סמך המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר את מסקנותיו בפסק הדין נושא הדיון הנוסף. כחברי השופט סולברג, אף אני סבורה כי ההכרעה בסוגיה זו אינה נדרשת במקרה דנן, וכי על מנת לקבוע שכל יסודות עילת ההשבה על פי חוק עשיית עושר מתקיימים במקרה דנן, די לנו בעילת ההשבה המסורתית המתמקדת בנטילת זכות או אינטרס של הזולת, כפי שפותחה והוכרה זה מכבר בפסיקתנו (ראו מיני רבים: עניין א.ש.י.ד., בעמ' 467; עניין

אדרס, בעמ' 275-276; וכן ראו: פרידמן ושרירא בר-אור, בעמ' 453-454). זאת ללא צורך בהגמשה או בויתור על איזה מאותם היסודות. אכן, בהקשר של תחרות בין פרטים הכירה הפסיקה בפגיעה בציפייתו הלגיטימית של מתחרה לתחרות הוגנת, כהתנהגות פסולה העשויה להקנות לו סעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, וזאת כאשר נלווה לה "יסוד נוסף" בעל מטען ערכי שלילי, כגון ביצוע פעולה בלתי חוקית או פעולה בחוסר תום לב (עניין ליבוביץ, בעמ' 329-330; ע"א 347/90 סודהגל בע"מ נ' ספילמן, פ"ד מז(3) 459, 477-479 (1993); ע"א 6126/92 אטלנטיק, חברה לדייג ולספנות בע"מ נ' דג פרוסט תעשיות דייג (1984) בע"מ, פ"ד נ(4) 471, 478-484 (1997) (להלן: עניין אטלנטיק); ע"א 280/73 פלאימפורט בע"מ נ' ציבה-גייגי לטד, פ"ד כט(1) 597 (1974); פרידמן ושרירא בר-אור, 584-590). על טיבו של "היסוד הנוסף" עמד הנשיא מ' שמגר בעניין ליבוביץ בצינינו:

"תחרות חופשית אין פירושה תחרות פרועה. אין פירושה כי יכול המתחרה, בשמה ובשמו של חופש העיסוק, לעשות ככל העולה על רוחו. התנהגות פסולה ובלתי הוגנת מצדו עשויה להוות את האלמנט הנוסף שבהתקיימותו תיחשב התעשרותו כבלתי מוצדקת. כך הוא הדבר, למשל, מקום בו המתחרה מבצע, אגב התחרות, עוולה בנזיקין [...] במקרים אלו פועל המתחרה בדרך שאינה הוגנת. התנהגותו הפסולה מהווה יסוד נוסף אשר הופך את התעשרותו לבלתי צודקת. כך הוא הדבר גם מקום בו המתחרה פוגע בסימן מסחרי או בסוד מסחרי של רעהו. רשימת מקרים זו איננה ממצה. מקרים נוספים בהם יסתבר כי התנהגות המתחרה אינה הוגנת עשויים להצמיח עילה בעשיית עושר לנפגע; כך עשוי, למשל, להיות משקל רב לכך שהמתחרה מגלה, באופן אחר מזה שהוצג לעיל ולא דווקא על ידי מעשה עוולה, התנהגות שהיא נטולת תום-לב" (שם, בעמ' 330).

7. אם כן, בכל הנוגע לאפשרות להכיר בעילת השבה בין מתחרים בנסיבות של פגיעה בציפייה לגיטימית לתחרות הוגנת – צועדים אנו בנתיב סלול. ואולם, כפי שכבר נפסק "הקושי העיקרי העומד בפני דיני ההתעשרות שלא כדין הוא לקבוע את התנאים והנסיבות שבהם ציפייה היא 'לגיטימית', ובהם הציפייה הופכת לדין (פנימי)" (עניין א.ש.י.ר., בעמ' 464; ההדגשה נוספה). קושי זה מתעורר ביתר שאת במצבי תחרות בין פרטים. היטיב לתאר זאת השופט צ' א' טל בצינינו:

"[...] שאלתי את עצמי אם זה מתקבל על הדעת שכל מי שהבריא את המכס, או השתמט ממס אחר, יהיה פתוח לתביעת התעשרות שלא כדין מצד כל סוחר בענף. האם סוחר שהשתמט מתשלום מס הכנסה, ועל-ידי כך יכול להתחרות בחבריו, יחויב להשיב את רווחיו? ולמי? לכל סוחר ישר דרך, לכלל הסוחרים? בתביעה ייצוגית (מעין

'ממון שאין לו תובעים', שאין לו תובע מסוים, ראה בבא קמא, לט, א [א] ? די להציג שאלות כאלה כדי להביא תיזה כזו עד אבסורד" (עניין אטלנטיק, בעמ' 479; ההדגשות נוספו).

8. אכן, לא כל התנהגות פסולה מצד שחקן בשוק, אף כזו המקנה לו יתרון תחרותי, תעלה כדי פגיעה בציפייתם הלגיטימית של המתחרים לתחרות הוגנת ותקים להם עילה להשבת רווחיו. כשלעצמי, אני נוטה לחשוב כי על מנת שהתנהגות פסולה מצד שחקן בשוק תיחשב כהתעשרות שאיננה כדין המזכה את מתחריו בהשבה, יש להוכיח כי הכלל שהופר – בין אם מקורו בדין חיצוני ובין אם מקורו בעקרונות הפנימיים לדיני עשיית העושר – אכן נועד להגן על ציפייתו הלגיטימית של המתחרה לתחרות חופשית והוגנת. בהתאם לכך, מקום שבו הדין שהופר לא נועד להגן על אינטרס או ציפייה כאמור, והפגיעה הנגרמת בעטיו למתחרה היא אגבית, ככלל, לא יהיה מקום למתן סעד בעילה של עשיית עושר ולא במשפט (ראו: פרידמן ושפירא בר-אור, בעמ' 588-589; כן ראו: עופר גרוסקופף "התעשרות מנטילת רכוש הזולת" ספר דניאל 761, 771-772 (נילי כהן ואח' עורכים, 2008)). אולם, גם סוגיה זו אינה צריכה הכרעה במקרה דנן, נוכח המסקנה כי בענייננו אכן הופר דין שנועד להגן על האינטרס של אוניפארם כמתחרה, ועל כן נפגעה ציפייתה הלגיטימית לתחרות חופשית באופן המקיים לה עילת השבה.

9. מהו הדין שהפרתו פוגעת בציפייתה הלגיטימית של אוניפארם לתחרות חופשית? חבריי השופטים סולברג וברון תמימי דעים כי סעיף 18 לחוק הפטנטים, התשכ"ז-1967 (להלן: חוק הפטנטים) שבו מצא המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר עוגן לעילת השבה בענייננו, איננו המקור הנורמטיבי המתאים ועמדתם זו מקובלת עליי. עם זאת, חבריי חלוקים באשר למקור הנורמטיבי היכול להצמיח עילת השבה בענייננו. עמדתו העקרונית של חברי השופט סולברג היא כי נדרשת הפרה של הוראת חוק ספציפית על מנת להקים עילת השבה, וכי לא ניתן להסתפק לצורך כך בהפרת נורמה כללית, דוגמת החובה לנהוג בתום לב (פסקה 88 לחוות דעתו). במסעו לתור אחר הוראת הדין הרלוונטית, ראה השופט סולברג לחנות ולהקים את מחנהו בסעיף 29א(א) לחוק התחרות, התשמ"ח-1988 (להלן: חוק התחרות), הקובע כי "בעל מונופולין לא ינצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור". ככל שהדבר נוגע לפרשנות סעיף 29א(א) לחוק התחרות, סבור השופט סולברג כי יש להעדיף את עמדת היועצת המשפטית לממשלה ולפרש את הסעיף באופן המרחיב את גבולותיו מעבר לפירוש שקבע המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר בפסק הדין נושא הדיון הנוסף, כך שניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי אינו מצומצם אך לפעולות ומעשים שנובעים ממעמדו כבעל מונופולין על פי חוק התחרות, והוא מתפרש גם על פעולות שאינן ייחודיות לבעל מונופולין ככזה. מכאן נגזרת מסקנתו של השופט סולברג כי בהטעות

את רשם הפטנטים, הפרה סאנופי את האיסור הקבוע בסעיף 29א(א) לחוק התחרות, וכי ההתעשרות שצמחה לה בעקבות כך היא על כן "שלא על פי זכות שבדין". רכיב נוסף שבלעדיו אין למסקנתו זו הוא רכיב הכוונה, ואליו אתייחס בהמשך.

10. השופטת (בדימ') ברון מצטרפת לעמדתו של השופט סולברג בכל הנוגע לפרשנות המרחיבה של הוראת סעיף 29א(א) לחוק התחרות, ואף היא אינה שוללת את האפשרות כי ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה – לאו דווקא בקשר עם פעולות פסולות שנעשו תוך שימוש בכוח המונופוליסטי – ישמש בסיס לתביעת השבה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט על פי סעיף זה (פסקה 18 לחוות דעתה). פרשנות זו מקובלת גם עליי. ואולם, לשיטת השופטת (בדימ') ברון, הצבת סעיף 29א(א) לחוק התחרות כנקודת המשען הבלעדית לתביעת השבה במקרים כגון זה שלפנינו, מעוררת קושי והיא סבורה כי "דרך המלך" במקרים כאלה היא המסלול המבוסס על הפרה של חובת תום הלב. כחברתי השופטת (בדימ') ברון, אף אני סבורה כי ביסוס עילת ההשבה על הוראת סעיף 29א(א) לחוק התחרות לבדה במקרים של הטעיית רשם הפטנטים, מעוררת קשיים ועל כן, אין היא יכולה לשמש המקור הנורמטיבי היחיד שניתן לעשות בו שימוש במקרים מסוג זה. כפי שציינה חברתי, בעלים של פטנט מכוח דיני הפטנטים אינו בהכרח "בעל מונופולין" כמשמעו בסעיף 26 לחוק התחרות (ראו פסקה 19 לחוות דעתה). במקרה שלפנינו לא הייתה מחלוקת בין הצדדים כי סאנופי היא בעלת מעמד מונופוליסטי בשוק הרלוונטי, אך ברמה העקרונית המסלול שבחר חברי השופט סולברג אינו נותן מענה למקרים שבהם ההטעיה של רשם הפטנטים בוצעה על ידי מבקש פטנט שאינו עונה להגדרת "בעל מונופולין" על פי חוק התחרות, ולהבחנה זו בין המקרים לא מצאתי כל הצדקה. חברתי השופטת (בדימ') ברון מוסיפה ומטעימה בהקשר זה כי ביסוס תביעת ההשבה על הפרת סעיף 29א(א) לחוק התחרות, מסיטה את הדיון מהעיקר, ומחייבת הכרעה תחילה בשאלה המורכבת אם הנתבע הוא "בעל מונופולין" כמשמעות הדבר בחוק התחרות. שאלה זו מצריכה, בין היתר, דיון והכרעה בהגדרת השוק הרלוונטי וכדומינטיות של הגורם המטעה באותו שוק. לגישת חברתי, ראוי להותיר שאלות אלו לשלב קביעת גובה ההשבה ואילו לצורך קביעת חובת ההשבה "דרך המלך" שיש לילך בה היא, כאמור, החובה הכללית לנהוג בתום לב. החובה המוטלת על מבקש רישום פטנט להימנע ממסירת מידע מטעה לרשם הפטנטים נובעת, לגישתה "מחובת ההגינות שמבקש הפטנט חב כלפי הרשות, שבכוחה להעניק לו טובת הנאה בדמות הגנה פטנטית על אמצאתו; והיא משליכה על התנהלות מתחריו, שמכלכלים את צעדיהם בהתאם לסיכוי שבקשת הפטנט תתקבל" (פסקה 15 לחוות דעתה). לפיכך, הפרת חובת תום הלב, הנגזרת מחובת ההגינות, ממלאת לשיטת השופטת (בדימ') ברון, אחר היסוד המחייב כי ההתעשרות תיעשה ש"לא על פי זכות שבדין".



11. סיכום ביניים – במחלוקת זו שנתגלעה בין חבריי, אני מצטרפת לדרך הילוכה של השופטת (בדימ') ברון. כאמור, מקובלת עליי הפרשנות המרחיבה שהעניק השופט סולברג להוראת סעיף 29א(א) לחוק התחרות, עם זאת אני מצטרפת לדעת חברתי כי "דרך המלך" לביסוס עילת ההשבה במקרים של הטעיית רשם הפטנטים, היא חובת תום הלב, בעוד אשר ביסוסה על הפרת סעיף 29א(א) לחוק התחרות – כדרך הילוכו של חברי השופט סולברג – מעוררת קשיים ואינה יכולה לשמש כמקור הנורמטיבי היחיד במקרים כגון אלה.

התפיסה כי התעשרות שלא כדין איננה מוגבלת אך למצבים שבהם הופר דין "חיצוני" לדיני עשיית עושר, עולה בקנה אחד עם פסיקתו של בית משפט זה, אשר קבע לא אחת כי עילת השבה מכוח דינים אלה עשויה לקום גם במצבים שבהם ההתעשרות נעשתה באופן "בלתי צודק", בין היתר, עקב הפרת חובת תום הלב (עניין אגריפרם, בפסקה 36; עניין ליבוביץ, בעמ' 322-323). עוד נפסק כי המבחן אם ההתעשרות נעשתה באופן "בלתי צודק" הוא מבחן אובייקטיבי שבמסגרתו יש "לאתר את הערכים והאינטרסים אשר השכלול שביניהם מבטא את 'תחושת הצדק' המזינה את חובת ההשבה" (עניין א.ש.י.ד., בעמ' 470). בענייננו, החובה להימנע ממסירת מידע מטעה בהליכי רישום פטנט, איננה אך ביטוי של החובה הכללית לנהוג בהגינות וביושר כלפי רשויות ציבוריות, היא נועדה להגן גם על האינטרסים של מתחרי מבקש הפטנט ועל ציפיתם הלגיטימית לתחרות הוגנת. תכלית זו מתיישבת היטב עם העקרונות הכלליים שביסוד דיני הפטנטים, המבקשים לאזן בין האינטרס שבעידוד פיתוח אמצאות חדשות, בדרך של מתן הגנה קניינית רחבה לבעל פטנט, ובין אינטרס הציבור בהגנה על חופש העיסוק והתחרות ובקיום שוק חופשי של רעיונות ומוצרים (ע"א 217/86 שכטר נ' אבמץ בע"מ, פ"ד מד(2) 846, 852-854 (1990) (להלן: עניין שכטר); בג"ץ 280/60 "אביק" מעבדות חימיות בע"מ נ' הרשות המוסמכת למתן רשיונות יבוא של תכשירי רוקחות, פ"ד טו 1323, 1336-1337 (1961); ניבה אלקין-קורן "על כלל ועל 'נחלת הכלל': מקניין רוחני לעשיית עושר ולא במשפט" עיוני משפט כה 9, 18-20 (2001)).

כך, בשלב הגשת הפטנט, נדרש מבקש רישום הפטנט למסור פירוט מלא של אמצאתו (סעיפים 12-13 לחוק הפטנטים ותקנה 20 לתקנות הפטנטים (נוהלי הרשות, סדרי דין, מסמכים ואגרות), התשכ"ח-1968); ופרטי האמצאה מתפרסמים לציבור הרחב, על מנת לאפשר הגשת התנגדויות בידי מי שחולק על מתן זכות פטנט לבעל האמצאה, וכן על מנת לאפשר למתחרים לעשות שימוש לתועלתם בפרטי האמצאה לצורך שיווק מוצרים מתחרים שיקדמו את התחרות החופשית (סעיפים 16א ו-26 לחוק הפטנטים; כן ראו: עניין Merck, בפסקה 20; עניין שכטר, בעמ' 852), כל עוד מבקש הפטנט לא רכש זכות קניינית באמצאה. זאת, תוך נטילת סיכון כי אם בסופו של יום

תאושר בקשת הפטנט – יוכל בעל הפטנט לתבוע פיצויי הפרה רטרואקטיביים ממתחריו בעבור השימוש באמצאתו בתקופת הביניים (סעיף 179 לחוק הפטנטים; עניין Merck, בפסקה 18).

12. בחינת ההסדר הקבוע בחוק הפטנטים, על האיזונים שנקבעו בו, מעלה כי לגילוי מלא ונכון של פרטי האמצאה במסגרת הגשת בקשת הפטנט חשיבות לא רק במערכת היחסים מול רשם הפטנטים אלא גם מנקודת המבט של המתחרות בשוק והאינטרס הציבורי שבקידום תחרות חופשית. משכך, אני סבורה כי אין מקום לשלול את האפשרות שהטעייה של רשם הפטנטים, שנעשתה תוך הפרת חובת הגילוי החלה על מבקש הפטנט בהליכי רישום פטנט, אכן תקיים את אותו מבחן אובייקטיבי של "התעשרות בלתי מוצדקת", באופן המקים עילת תביעה מכוח דיני עשיית העושר. ואולם, בהקשר זה אני מצטרפת לעמדת חבריי כי לא כל הטעייה של הרשם תקים עילת השבה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, אלא אך כזו שנעשתה מתוך כוונה להטעות. לגישתי, הצבת דרישה של משטר אחריות מסוג כוונה, מגדרת באופן ברור למדי את המקרים שבהם תקום חובת השבה בנסיבות מעין אלה, והיא מסירה במידה רבה את העמימות מן "היסוד הנוסף" הנדרש ברמה הערכית על מנת להקים בהן עילה מכוח דיני עשיית עושר בשל התעשרות שלא כדין. אשר לדרישת הקשר הסיבתי, מקובלת עליי העמדה לפיה אין מקום לאמץ בהקשר זה מבחן נוקשה לגבי מהותיות המידע המטעה, כך שרק הטעייה הנוגעת למידע שיש בו להשליך על גורלה של בקשת הפטנט תענה על דרישה זו. עם זאת, מקובלת עליי העמדה לפיה טיב המידע המטעה עשוי בהחלט לשמש אינדיקציה חשובה בבחינת קיומו של קשר סיבתי בין הטעיית הרשם ובין התעשרות מבקש הפטנט על חשבון מתחריו (פסקה 29 לחוות דעתה של השופטת (בדימ') ברון).

13. בהינתן כל האמור לעיל, אני מצטרפת לעמדת חבריי לפיה הוכחו במקרה דנן מלוא יסודות העילה של עשיית עושר ולא במשפט הקבועים בסעיף 1 לחוק. זאת, בין על פי המסלול המבוסס על סעיף 29א(א) לחוק התחרות, כשיטת חברי השופט סולברג, ובין על פי המסלול המבוסס על החובה הכללית לנהוג בתום הלב, כשיטת חברתי השופטת (בדימ') ברון. לכך אוסיף – כפי שכבר צוין לעיל – כי ברמה העקרונית, אני מצטרפת לעמדת חברתי, לפיה יש לבחון את קיומה של העילה במקרים של הטעיית רשם הפטנטים על פי המסלול שהוצע על ידה, וזאת מן הטעמים שפורטו בפסקאות 10-12.

14. שאלה נפרדת היא השאלה מהו סעד ההשבה הראוי בנסיבות העניין. סוגיה מורכבת זו עומדת עתה לפתחו של בית המשפט המחוזי, שאליו הוחזר הדיון לצורך הכרעה בה. כפי שציינו חבריי השופטים סולברג וברון, ההתעשרות שהפיקה סאנופי עקב הטעיית רשם הפטנטים לא באה לה רק על חשבון אוניפארם, אלא גם על חשבון "מזכים"

פוטנציאליים נוספים, לרבות ציבור הצרכנים. לפיכך, מלאכת עיצוב הסעד המשפטי בענייננו עשויה לערב שיקולים שונים ומגוונים. במסגרת זו, רשאי בית המשפט לשקול שיקולים הנוגעים להתנהגותם ולתום ליבם של הצדדים, שיקולי צדק יחסי, וכן שיקולים הנוגעים לנזקו של המזכה (סעיף 2 לחוק עשיית עושר; ע"א 9631/05 ארד נ' מדינת ישראל, פסקה 61 לחוות דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה (16.12.2010); דנ"א 10901/08 ביזמן השקעות בע"מ נ' משכן בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ, פ"ד סה(1) 350, 395-397 (2011)).

עניין זה מונח, כאמור, לפתחו של בית המשפט המחוזי ועליו המלאכה לגמור.

15. לאחר כתיבת חוות דעתי קיבלתי לידי את חוות דעתו של חברי השופט י' עמית ואת הערותיה של חברתי השופטת ברון לחוות דעת זו (תחת הכותרת "אחר הדברים האלה"). הערותיה של חברתי בעניין זה מקובלות עליי במלואן ואני מצטרפת אליהן בהסכמה.

16. סיכומם של דברים – אני מצטרפת למסקנה שאליה הגיעו חבריי השופט סולברג והשופטת (בדימ') ברון כי אין לשנות מהתוצאה האופרטיבית של פסק הדין מושא הדיון הנוסף, וכן כי בנסיבות העניין לא ייעשה צו להוצאות.

ה נ ש י א ה (בדימ')

השופט י' עמית:

1. יריעה נרחבת פרש חברי, השופט נ' סולברג, בחוות דעתו הבהירה ומאירת העיניים. לא בכדי עשה כן חברי, וזאת לנוכח פסק הדין מושא הדיון הנוסף – שהיה מקיף למדי בפני עצמו, שניתן בתורו במסגרת ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי – שהיה אף הוא רחב יריעה.

כשלעצמי, לאחר שבחנתי את הקביעות בפסקי הדין, את הניתוחים המשפטיים ואת דרך הילוכם של חבריי במותבים השונים, דומני כי היריעה המשפטית אינה כה רחבה כפי שאולי נדמה היה כבתחילה, ולטעמי ניתן – ואף צריך – להתאים את מידותיו של פסק דיננו לממדיו הטבעיים של התיק דנן. כל זאת, על פי התשתית העובדתית שנקבעה והמאטריה המשפטית הרלוונטית הצריכה לעניין.

בהינתן שהתשתית העיונית, העובדתית והמשפטית כבר נפרשה כאמור פעם אחר פעם, איני רואה לשוב על שכבר נאמר ולייגע את הקורא בקריאה מחודשת של הדברים. אציג אפוא את עמדתי באופן תמציתי ככל האפשר, תוך התמקדות בנקודות הנדרשות לכך, ובהן בלבד.

2. חברי עמד על התכלית שניצבת בבסיס דיני הפטנטים ועל האיזון שדינים אלו מבטאים בין האינטרסים השונים של השחקנים השונים: בעל הפטנט, מתחריו והציבור בכללותו. כפי שהיטיב חברי לתאר, איזון עדין זה בא לידי ביטוי באופן מיוחד בשוק הפרמצבטיקה. זאת, על רקע מאפייניו הייחודיים, ובפרט עלויות העתק הכרוכות במחקר ופיתוח של תרופות חדשות; האחוז המזערי של תרופות בפיתוח שמבשילות בסוף הדרך לכדי תרופה מסחרית בת שיווק; הרגולציה הענפה בתחום; מאפייני השוק הפוטנציאלי; ושאיפותיהם המנוגדות של השחקנים השונים – החברות האתיות המבקשות להשיב את השקעתן ולקצור את פירות אמצאתן; החברות הגנריות המבקשות להשיב את התרופה המקורית ולזכות בדריסת רגל בנתח השוק שלה; והציבור בכללותו השואף ליהנות מן האפשרות לרכוש תרופות במחיר תחרותי מהר ככל הניתן.

ראוי להקדים הערה במישור העקרוני: התגוששות הענקים שבין החברות הגנריות לחברות האתיות – אינה בגדר מלחמת "טובים" נגד "רעים". החברות האתיות אינן אויב מרושע עושק דלים שיש להילחם בו, והחברות הגנריות אינן עמותות צדקה המבקשות לחלק תרופות לכל דכפין במחיר השווה לכל נפש. הדברים נכונים כמובן גם בהסתכלות הפוכה. החברות האתיות אינן מלכ"ר שכל תכליתו למצוא מזור למחלות חשוכות מרפא, והחברות הגנריות אינן שודד שגוזל את פירות אמצאתן של החברות האתיות. אלו ואלו פועלות ממניעים כלכליים טהורים, אלו ואלו מקום חשוב להן ב"שוק הבריאות". כל שעה שהן פועלות בהתאם להוראות הדין – אין במניע הכלכלי העומד בבסיס פעילותן משום אות קלון. נהפוך הוא. כורח בל יגונה הוא, המבטא את התמריצים שדיני הפטנטים מספקים לשחקנים השונים. מדובר כאמור באיזון עדין שנועד לאפשר קיומו של שוק תרופות חדשני מחד גיסא, ותחרותי מאידך גיסא, ובכך לתרום לרווחת הציבור בכללותו.

3. קושי שעלול לחתור תחת התנהלותו היעילה של השוק עשוי להתעורר במצבים שבהם קיים כשל שוק, שבכוחו להפר את האיזונים העדינים וליצור תמריצי-יתר או תמריצי-חסר, שמשפיעים בתורם על כוחות השוק ומערערים את יעילותו. הדיון הנוסף שלפנינו נסב על כשל שוק שכזה. בפרט, ענייננו במצב שבו חברה אתית בעלת פטנט שעומד לפקוע נוקטת צעדים על מנת להאריך בפועל את תוקפו של הפטנט שפקע,

באמצעות הגשת בקשת פטנט חדשה (פטנט משני) שמגלם "שדרוג" כביכול של הפטנט המקורי. כפי שהזכיר חברי, תופעה זו זכתה לכינוי Evergreening, וזאת כאנלוגיה לצמחים רב שנתיים שמשמרים את עלוותם הירוקה משנה לשנה (אורי יוסף הכהן "הגנה על תחרות פרמצבטיית באמצעות דיני עשיית עושר ולא במשפט" צפוי להתפרסם במחשפים נג (2023) (להלן: הכהן); Uri Y. Hacoen, *Evergreening at Risk* HARV. J.L. & TECH. 480 (2020)). בעניין זה חשוב להדגיש: כאשר מדובר בבקשת פטנט משני לגיטימית שאין מתום בהגשתה על ידי החברה האתית וזו פועלת בתום לב, אזי ממילא אין מדובר בכשל שוק ואין הצדקה להתערבות רגולטורית או שיפוטית. ברם, כאשר מדובר במהלך טקטי פסול מצד מבקשת הפטנט, שנועד להדיר את רגליהן של החברות הגנריות ולעכב כניסתן אל השוק, ובכך להאריך בפועל באופן מלאכותי את פרק הזמן שבמהלכו תוסיף החברה האתית ליהנות ממעמד מונופוליסטי בשוק ללא הצדקה – אזי מדובר בקושי שמצריך פתרון, הן על מנת להבטיח את התנהלותו היעילה של השוק הפרמצבטי במוכן הצר, והן עבור החברה בכללותה, שכאמור מהווה גם היא צד בעל עניין באותה "עסקה" שבין מבקש הפטנט לציבור (על מורכבותה של תופעת ה-Evergreening, שיתרונותיה עבור בעל הפטנט המקורי יכולים להתממש הן באופן לגיטימי (כאשר מדובר באכיפת פטנט משני לגיטימי) הן באופן בלתי לגיטימי, ראו אצל הכהן בטקסט הצמוד לה"ש 66-68).

4. בית משפט זה בפסק הדין בערעור, הקדיש חלק ניכר מפסק דינו לשאלת תחולתם של דיני עשיית עושר ולא במשפט, ולשאלה אם ניתן להכיר בזכותה של החברה הגנרית המתחרה לתבוע "השבה" של רווחי החברה האתית מכוח דיני עשיית עושר, קרי לשלול את רווחי החברה האתית ולהעבירם למתחרה הגנרית התובעת, וזאת כתרופה אפקטיבית לצרכי הרתעה של החברה האתית מפני פגיעה בתחרות ההוגנת. בכך צעד בית המשפט בעקבות החלטת בית המשפט המחוזי (שניתנה על רקע כתיבתו האקדמית בתחום – ראו עופר גרוסקופף הגנה על כללי תחרות באמצעות דיני עשיית עושר ולא במשפט (תשס"ב) (להלן: גרוסקופף)). חברי, השופט סולברג, צעד אף הוא כברת דרך בנתיב זה, תוך צמצום מסוים של גבולות פסק דינו של בית משפט זה בערעור.

ואולם, לטעמי, ההתמקדות בהחלת דיני עשיית עושר ולא במשפט – שאין חולק כי יישומם במקרה מן הסוג שלפנינו מעורר קשיים כבדי משקל – מסיטה את הזרקור אל עבר מחוזות שאין צורך להיגרר אליהם. זאת, מן הטעם הפשוט שהדין הספציפי שחל במקרה דנן, ובפרט דיני התחרות, מספק מענה הולם שמייתר את הצורך להיזקק ל"כנפי הנשר" רחבי הממדים של דיני עשיית עושר ולא במשפט.

5. נקודת המוצא העובדתית במקרה שלפנינו, שאין מקום להרהר אחריה בגדרו של הדיון הנוסף דנן, היא כי במסגרת בקשת הפטנט המשני שהגישה סאנופי, הטעתה זו האחרונה את רשם הפטנטים באופן מכוון. קביעה עובדתית נוספת בעלת חשיבות לענייננו היא כי סאנופי היתה באותה העת בעלת מונופולין בשוק הרלוונטי (פסקאות 51, 104 לפסק דינו של חברי). בית המשפט המחוזי קבע כי התנהלות זו מצד סאנופי עלתה כדי ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור, פעולה האסורה מכוח סעיף 29א(א) לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988 (להלן: חוק התחרות).

קביעה זו נהפכה על ידי השופט מלצר בפסק הדין מושא הדיון הנוסף. לגישתו, לא ניתן לקבוע שסאנופי ניצלה לרעה את מעמדה המונופוליסטי, מן הטעם שפעולת ההטעיה של רשם הפטנטים לא התאפיינה בהפעלת כוח מונופוליסטי, ובלשונו: "לא מעמדה של סאנופי כמונופולין הוא שאיפשר לה להטעות את רשם הפטנטים. אותה הטעייה יכולה היתה להיעשות על-ידי סאנופי גם אלמלא המעמד המונופוליסטי שממנו נהנתה באותה עת" (פסקה 147 לפסק דינו; יצויין כי חברתי, השופטת ע' ברוך, שהצטרפה לתוצאת פסק דינו של השופט ח' מלצר, לא התייחסה במישרין לנקודה זו בפסק הדין בערעור, וכך גם השופט ג' קרא שעמדו נותרה במיעוט).

6. חברי, השופט סולברג, השיב על כנה את קביעת בית המשפט המחוזי, ובעניין זה דעתי כדעתו, שאף עולה בקנה אחד עם עמדת היועץ המשפטי לממשלה כפי שהוצגה בבקשתו לקיים דיון נוסף (דנ"א 5886/21). אף לשיטתי, בחינה לשונית ותכליתית של סעיף 29א לחוק התחרות מובילה למסקנה כי אין לצמצם את תחולתו של האיסור שבסעיף 29א(א) לפעולות שהן ייחודיות למעמד מונופוליסטי. כפי שהסביר חברי, לשון הסעיף אינה נוטה בהכרח לטובת פרשנות כזו או אחרת, וניתן לפרשה באופן שמחיל את האיסור גם על פעולות שבהן נוצל המעמד לרעה ללא שימוש בכוח מונופוליסטי. משכך, ובהינתן תכליתו הרחבה של האיסור כפי שזו הוכרה בפסיקה, שנועד להגן על התחרות ולמנוע ככל הניתן את הפגיעה בשוק הרלוונטי ובציבור – ספק אם יש טעם משכנע שבגינו יש לקרוא לתוך סעיף 29א(א) תניה שמצמצמת את האיסור הכללי בדבר ניצול לרעה, ולהגבילו למצבים שבהם הדבר נעשה באמצעים שהם ייחודיים לבעל מונופולין. על כך יש להוסיף, כי ההבחנה בין פעולה פוגענית מצד בעל מונופולין שהיא פרי הפעלת כוחו המונופוליסטי, לבין פעולה פוגענית מצד בעל מונופולין שאינה פרי הפעלת כוחו המונופוליסטי, אינה כה פשוטה וברורה כפי שניתן היה אולי לסבור. לא בכדי ציין חברי, כמו גם היועץ המשפטי לממשלה, כי בדין האירופי, שאין חולק כי הוא מקור ההשראה

לחקיקת סעיף 29א לחוק התחרות, אין להבחנה זו כל מקום (ראו פירוט הדברים בפסקה 102 לחוות דעתו; וראו גם דברי שר האוצר דאז, אברהם שוחט, לגבי אימוץ תבנית הפיקוח שבדין האירופי, בהציגו את תיקון מס' 2 לחוק ההגבלים העסקיים בפני הכנסת לקריאה ראשונה (דברי הכנסת, ישיבה מיום 27.11.1995)).

7. שלא כעמדתו המשתמעת של השופט מלצר, איני סבור כי הוראת סעיף 29א(ב) לחוק התחרות מובילה למסקנה שונה.

סעיף 29א(א) הוא סעיף סל בעל רקמה פתוחה, הקובע איסור כללי של ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי, ובלשון הסעיף: "בעל מונופולין לא ינצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור".

סעיף 29א(ב), לעומת זאת, מפרט ארבע פרקטיקות ספציפיות שביצוען על ידי בעל מונופולין מהווה ניצול לרעה, בבחינת "קונקרטיזציה של העילה הכללית" שבסעיף 29א(א) (דיויד גילה "מחיר מופרז כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי" משפטים מה 761, 766 (התשע"ו)). ארבע פרקטיקות אלו פורשו בפסיקה כמקימות חזקה חלוטה, שמשעה שהוכחו יסודותיהן העובדתיים יש בכך כדי ללמד על פגיעה ברווחה החברתית (ראו מיכל (שיצר) גל והילה נבו "השפעת תורת ההחלטות על עיצוב כללים משפטיים: מחיר בלתי הוגן כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי" משפטים מה 277, 286-287 (התשע"ו), תוך הפניה לפסק דינו של בית הדין להגבלים עסקיים בה"ע 2/96 הממונה על הגבלים עסקיים נ' ידיעות אחרונות בע"מ, פ"מ תשנ"ט(2) 529, 561 (1999); וראו מן העת האחרונה פסקי הדין של בית משפט זה בע"א 4120/20 נאור נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל, פסקה 39 (20.3.2023); רע"א 1248/19 החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ נ' גפניאל, פסקה 27 (26.7.2022); והשוו אייל שגיא ואמיר וונג "ניצול מעמד לרעה על-ידי בעל מונופולין – האומנם סעיף 29א(ב) לחוק ההגבלים העסקיים קובע חזקות חלוטות" עיוני משפט כט 547 (2006)).

ודוק: כפי שנקבע במפורש בסעיף 29א(ב) סיפא, "הוראות סעיף קטן זה באות להוסיף על הוראות סעיף קטן (א)". מובן אפוא כי הפרקטיקות המנויות בס"ק (ב) אין בהן כדי לגרוע מאומה מרוחבו של האיסור הכללי המעוגן בס"ק (א). ממילא, אין להסיק מהוראות סעיף 29א(ב) כי יש לפרש בצמצום את תחולתו של האיסור הכללי המעוגן בס"ק (א) ולקרוא לתוכו הוראה המגבילה את היקפו.

8. מסקנה זו מתבקשת לא רק לנוכח לשון החוק, אלא גם בהתחשב בהגיונו ותכליתו. כפי שהדגים היועץ המשפטי לממשלה וכפי שהסביר חברי, ישנן פעולות שאינן

מנויות בס"ק (ב), שאינן ייחודיות לבעל מונופולין ושאינן כרוכות מעצם טיבן בהפעלת כוח מונופוליסטי, אך ביצוען על ידי מונופול עלול לפגוע בתחרות ובציבור, ומשכך יש חשיבות למנען (הדוגמאות שהוזכרו בהקשר זה הן פרקטיקה של הגשת תביעות סרק (vexatious litigation) והטעיית רגולטורים שונים). יש בדברים כדי להמחיש את הקושי שעלול להיגרם בעקבות צמצום תחולתו של סעיף 29א(א) כפי שעולה מעמדת השופט מלצר בפסק הדין מושא הערעור.

הוראת סעיף 29א לחוק התחרות משקפת אפוא את "חובת הזהירות" המוטלת על בעל מונופולין מתוקף מעמדו בשוק. יש פעולות שעשויות להיות מותרות לשחקני שוק "רגילים", אך מעצם טיבן תיחשבנה ניצול לרעה כאשר הן מבוצעות על ידי בעל מונופולין (כגון תמחור טורפני ויתר הפרקטיקות המנויות בסעיף 29א(ב)); ויש פעולות פסולות שאסורות על כלל שחקני השוק, שאם תבוצענה על ידי בעל מונופולין עשויות להיחשב לניצול לרעה (כגון הטעיית הרגולטור). החשוב לענייננו, שבמישור של דיני התחרות, אין "להכשיר" פעולות פסולות שבוצעו על ידי מונופול במטרה להדיר את רגלי מתחריו מן השוק הרלוונטי, ולהוציאן מגדר "ניצול לרעה", בנימוק שמדובר בפעולה שיכולה להיעשות על ידי כל אחד. השאלה אינה אם הפעולה הפסולה יכולה להיות מבוצעת על ידי כל אחד, אלא אם ביצוע הפעולה הפסולה על ידי בעל מונופולין נעשתה במטרה לשמר את מעמדו המונופוליסטי ולהפחית את התחרות. כאשר זהו מצב הדברים, אין הצדקה להוציא פעולה מסוג זה מגדר תחולתו הרחבה של סעיף 29א(א) לחוק התחרות (וראו והשוו למיכל (שיצר) גל "מונופולים בתחרות – האיזון שבין עידוד חדשנות ויצירתיות ובין הפגיעה בתחרות בדיני ההגבלים העסקיים" דין ודברים ב 425, 441 (תשס"ו), המבחינה בין ניצול לגיטימי של זכות הקניין לבין ניצול לרעה שנועד ליצור "מכשלות מלאכותיות שיצמצמו את התחרות").

9. לסיכום נקודה זו, אני מסכים עם חברי כי "כאשר המוטיבציה לביצוע הפעולה הפסולה, המביאה להפחתת התחרות בשוק, נובעת משאיפתו של מונופול לבצר את מעמדו המונופוליסטי, אין מניעה לקבוע כי מדובר בניצול לרעה, גם אם מדובר בפעולה שמבחינה טכנית יכולה להתבצע על-ידי כל אדם" (פסקה 99 לחוות דעתו). דומה כי מצבים מן הסוג שלפנינו מדגימים את הדברים היטב. כאמור, לפי ממצאי העובדה שנקבעו במקרה דנן, בעת שהיתה סאנופי בעלת פטנט ובעלת מונופולין בשוק הרלוונטי, הטעתה זו את רשם הפטנטים במכוון באמצעות המידע שמסרה במסגרת בקשת הפטנט המשני, במטרה לעכב את כניסת מתחריה הגנריים אל השוק (בקשה שנזנחה בהמשך על ידי סאנופי). התנהלות שכזו משקפת על פניה מקרה מובהק של בעל מונופולין שנוקט



פרקטיקה פסולה שנועדה לשמר את מעמדו המונופוליסטי ולהפחית את התחרות, ומשכך יש לראותה כניצול לרעה לפי סעיף 29א(א) לחוק התחרות.

על הרתעה, השבה, "סוכני אכיפה" ומה שבניהם

10. על רקע האמור לעיל, השאלה שצריכה הכרעה במקרה שלפנינו היא מתוחמת וממוקדת: האם לנוכח התנהלותה המתוארת של סאנופי, שמהווה ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי לפי סעיף 29א לחוק התחרות, יש מקום להחיל את דיני עשיית עושר ולא במשפט ולהצמיח למתחרה-אוניפארם זכות לקבל לידיה את רווחיה של סאנופי?

חברי, השופט סולברג, סבור כי העובדה שהתנהלותה של סאנופי מהווה ניצול לרעה – היא שמקימה לאוניפארם זכות לתבוע "השבה" מכוח דיני עשיית עושר, וזאת לנוכח הפגיעה בצפייתה הלגיטימית של אוניפארם לתחרות הוגנת. דעתי שונה. לטעמי, הקביעה כי מדובר בניצול לרעה מצד סאנופי, אך מחזקת את המסקנה כי אין צורך ואין תועלת של ממש להזדקק לדיני עשיית עושר ולהחילם בתביעה מהסוג שלפנינו. אסביר.

11. קביעה כי בעל מונופולין ניצל את כוחו לרעה היא בעלת משמעויות והשלכות נרחבות – פליליות, מינהליות ואזרחיות. מקום שבו ניצול לרעה נעשה בכוונה להפחית את התחרות בעסקים, אזי מדובר בעבירה פלילית שבצדה עונש של עד שלוש שנות מאסר או קנס (סעיף 47(א4) לחוק התחרות), ועד חמש שנות מאסר אם בוצעה העבירה בנסיבות מחמירות (סעיף 47א); נושאי משרה עלולים אף הם לשאת באחריות פלילית (סעיף 48); ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי עשוי להוביל להטלת עיצום כספי בסכומים ניכרים של עד כ-1.13 מיליון ₪ לאדם ועד כ-111.3 מיליון ₪ לתאגיד (סעיף 50ד(א)(3)); ובנוסף לכך, ונקודה זו היא בעלת חשיבות רבה לענייננו, ניצול רעה של מעמד מונופוליסטי דינו כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש] (סעיף 50).

ואכן, בעקבות התנהלותה של סאנופי, ובנוסף לתביעתה של אוניפארם שעומדת במוקד הדיון הנוסף דנן, נפתחו נגד סאנופי הליכים נוספים בבית המשפט המחוזי: הוגשו נגדה שתי בקשות לאישור תובענה ייצוגית שמבוססות בעיקרן על העילה של ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי. הקבוצה המיוצגת הוגדרה בבקשת האישור בתור כל מי שרכש בישראל את התרופה 'פלביקס' בתקופה הרלוונטית, לרבות מטופלים, קופות חולים, בתי מרקחת והמדינה או מי מטעמה (ת.צ. (מר') 16856-03-16 לרום נ' Sanofi, ת.צ. (מר') 26085-03-16 מונצרי נ' Sanofi; יצויין כי הדיון בשתי בקשות האישור אוחד, וההליך עוכב תחילה עד להכרעה בערעור (החלטת השופטת א' חיות ברע"א 7357/16 מיום 5.12.2016) ובהמשך עוכב עד להכרעה בדיון הנוסף דנן). מלבד הבקשות לאישור

תובענה ייצוגית, הוגשה נגד סאנופי גם תביעה פרטנית על ידי קופת חולים מכבי על סך של 25 מיליון ₪ בגין מאמציה של סאנופי לשמר את רמת המחירים הגבוהה בשוק (ת.א. (מר') (18-02-2084 מכבי שירותי בריאות נ' Sanofi S.A). הליך זה אף הוא עוכב, ולעת הזו התביעה האמורה תלויה ועומדת.

12. הוראות החוק המוזכרות לעיל, הסנקציות שניתן להשית על בעל מונופולין שניצל כוחו לרעה, והתביעות האזרחיות שהוגשו נגד סאנופי בגין התנהלותה, מחדדות לטעמי מדוע ההיזקקות לדיני עשיית עושר במקרה מהסוג דנן, מכוח הפרדיגמה של "הפרת כללי תחרות" (כפי שקבע השופט מלצר בפסק הדין מושא הדיון הנוסף), אינה נדרשת.

דומה כי אין חולק שהניסיון להחיל את דיני עשיית עושר ולא במשפט במקרה שלפנינו כרוך בקשיים של ממש, בשורה של היבטים: אם בהיבט של התקיימות יסוד ההתעשרות על חשבון המזכה; ואם בהיבט של רכיב הקשר הסיבתי בין ההטעיה לבין ההתעשרות, בין היתר בהינתן כי מדובר בנזק ראייתי מובנה, קרי, ההתרשלות הראייתית וההתרשלות שיצרה את הנזק חד הן (לנזק ראייתי מובנה ראו פסק דיני בע"א 3114/12 ששון נ' משרד הרווחה, פסקאות 27-32 (13.4.2014)). השופט קרא הרחיב בנושא הקשר הסיבתי בפסק דינו בערעור, ולא אשוב על הדברים (השופט קרא אמנם נותר בדעת מיעוט, אך אין לכחד דבריו אינם נטולי טעם, ודי שאזכיר את עמדת השופט מלצר בפסק הדין בערעור כי "יש להחיל סטנדרט שונה בכל הנוגע לדרישת הקשר הסיבתי, ואין צורך לבסס זיקה סיבתית-עובדתית ישירה בין מעשי הזוכה והתעשרותו, לבין המזכה, כמקובל בענפים אחרים של המשפט הפרטי" (פסקה 97 סיפא לחוות דעתו)). לנוכח קשיים אלו וקשיים נוספים, ובהינתן שלא ניתן להחיל את דיני עשיית עושר כפשוטם, פנה השופט מלצר (בעקבות בית המשפט המחוזי) לפרדיגמה של "הפרת כללי תחרות" שפותחה כאמור בספרות, והחיל את דיני עשיית עושר על פיה.

13. איני רואה לשוב ולעמוד ולתאר את טיבה של פרדיגמה זו על כל פרטיה ודקדוקיה, שכן הדברים כבר נאמרו ופורטו בהרחבה. במישור העקרוני, חשוב להדגיש כי ביסודה של פרדיגמה זו, שלילת רווחי "המתעשר" והצמחת חובת "השבה" מכוח דיני עשיית עושר – אינה נובעת משימוש של המתעשר-הנתבע בנכס או בזכות כלשהי של התובע-המזכה, אלא "מן הצורך להרתיע מתחרים מלהפר את כללי התחרות, ולא מעיקרון הקניין הפרטי" (פסקה 103 לחוות דעתו של השופט מלצר, ההדגשה בחלקה במקור). וכן:

"ההצדקה להשבת ההתעשרות תחת פרדיגמה זו נעוצה ברצון להרתיע מתחרים מפגיעה בכללי התחרות, ולא

בחובתם של המחרימים להשיב את ה'זכות' שניטלה על-ידם כתוצאה מהפרה זו. ממילא, אין צורך לאפיין את טיבה של זכות המתחרימים שניטלה. תחת פרדיגמת הפרת כללי התחרות, ניתנת זכות תביעה למתחרימו של מי שהפר את כללי התחרות, לא מכיוון שניטלה מהם זכות, אלא מכיוון שהם הגורמים שזכות התביעה שלהם היא המרתיעה ביותר מנקודת מבטו של המתחרימה המפר" (שם, פסקה 98).

בכך צעד השופט מלצר בעקבות אופן הצגת הפרדיגמה בספרות, שם הוסבר במפורש כי "הצדקה להתערבות במקרים של הפרת כללי תחרות איננה נעוצה בפגיעה בציפייה שהייתה לתובע לזכות במשאב, אלא בכך שהצד שכנגד הפר את כללי המשחק ולפיכך זכה במשאב שלא כדין. [...] ודוק, הרציונל שבבסיס תביעת ההשבה אינו נעוץ בכך שהזוכה נטל 'דבר מה', לא קניין, לא זכות ואף לא ציפייה, השייך לתובע. הבסיס לשלילת טובת הנאה מהנתבע הוא הרתעתי [...]" (גרונסקופ, עמ' 110, 267, ההדגשה הוספה – י"ע).

14. לא אכחד כי לטעמי יש קושי רב בהנמקה זו, ואיני שותף לעמדתו של השופט מלצר כי ניתן, על בסיס שיקולי הרתעה לבדם, להחיל בתביעות מהסוג דנן את דיני עשיית עושר ולהקים מכוחם מעין "חובת השבה הרתעית". בעניין זה אני מסכים אפוא עם חברי השופט סולברג כי הגישה המתוארת – המצהירה בריש גלי כי כל כולה מבוססת על שיקולי הרתעה כלליים, תוך הבהרה כי היא לא נועדה להגן על אינטרס רכושי-כלכלי של התובע – אינה עולה בקנה אחד עם יסודות העילה של עשיית עושר, והיא עלולה להוביל את החלת דיני עשיית עושר למחוזות רחוקים שלא שערום ראשונים שאין מקומם במשפט הפרטי (ראו בפסקאות 80, 83-84 לחוות דעתו של חברי והדוגמאות המובאות שם הממחישות זאת היטב). אין להתפלא אפוא כי גם השופט מלצר הכיר בכך שהשימוש בפרדיגמת הפרת כללי התחרות לצורך החלת דיני עשיית עושר "איננו נקי מקשיים" וכי מדובר בפרדיגמה "מאתגרת" (פסקה 100 לחוות דעתו).

15. מהו אפוא הצורך שהוליד את פיתוחה של פרדיגמה זו של "הפרת כללי תחרות"? במצע העיוני שעל בסיסו פותחה מלכתחילה פרדיגמה זו, הושם דגש על כך שיתרונם של דיני עשיית עושר ולא במשפט הוא בגמישותם, ובכך שבכוחם לספק פתרונות במקומות שבהם קצרה ידם של דינים אחרים. כך, לדוגמה, הושם דגש בספרות על כך שהעוולות בדיני הנזיקין הן בגדר "רשימה סגורה", באופן שיוצר קושי להרחיב את האחריות הנזיקית ללא התערבות חקיקתית, אם בשל העדר עוולה קונקרטית מתאימה, ואם בשל העדרו של חיקוק שהפרתו יכולה לגבש עוולה של הפרת חובה חקוקה (גרונסקופ, עמ' 99).

155-156, 255). לנוכח האמור, כך הוטעם, "דיני הנזיקין הישראליים מציבים מכשולים בפני פיתוחם של דיני תחרות בעלי אופי נזיקי" (שם בעמ' 259, ההדגשה הוספה – י"ע). השופט מלצר המשיך בדרך זו וביקש להסביר כי "ההכרה בעילת תביעה מכוח הפרת כללי תחרות נובעת דווקא מתוך אזלת-ידם של יתר ענפי המשפט הפרטי להתמודד עם הפרות המבוצעות במסגרת דיני התחרות, ולהושיט סעד לנפגעים מהן" (פסקה 167 לחוות דעתו, ההדגשה הוספה – י"ע).

מבלי להידרש לשאלה הנכבדה אם יש מצבים שבהם ניתן ורצוי להכיר בפרדיגמה המדוברת ולהחילה באמצעות הפסיקה – דומני כי יש באמור לעיל כדי להמחיש מדוע הרציונאל שבסיס הדוקטרינה אינו תקף במקרים מן הסוג שלפנינו. לא בכדי פתחתי את דבריי לעיל בהתייחסות לאיסור בדבר ניצול לרעה; בקביעה כי סאנופי הפרה איסור זה; ובמשמעויות וההשלכות שהפרת איסור זה עשויה לטמון בחובה. הטעם לכך הוא שכאשר משקיפים על מכלול הסנקציות וההשלכות שבעל מונופולין עלול לשאת בהן ולהיחשף אליהן במקרים שבהם נקבע כי ניצל כוחו לרעה – זו הפלילית, זו המינהלית וזו האזרחית – הסברא כי אלמלא נחיל את דיני עשיית עושר באמצעות הפרדיגמה של הפרת כללי תחרות, נימצא במצב של הרתעת-חסר – אינה משכנעת.

16. כפי שהסבירו פרופ' יורם דנציגר וליאת בבלוקי-פילרסדורף במאמרם "השבה הרתעתית – אימתי? בשולי ע"א Sanofi 2167/16 נ' אוניפארם בע"מ" ספר מרים נאור 645 (א' ברק ואח' עורכים, 2023) (להלן: דנציגר ובבלוקי-פילרסדורף), קיים דמיון בין הפרדיגמה של "הפרת כללי תחרות" שיושמה בפסק הדין בערעור לבין "דוקטרינת ההשבה הרתעתית" מכוח העיקרון של 'אין חוטא יוצא נשכר' (שם, עמ' 672). שתי הדוקטרינות מעניקות למתחרה הנפגע זכות תביעה שחורגת מהזכות שניטלה ממנו, בשל היותו תובע מתאים להשגת התכלית ההרתעתית. ואכן, למקרא ההצדקות שפורטו בפסק הדין בערעור, קשה לחלוק על כך שמדובר בפרדיגמה שהיא בת-דמותה הקרובה של דוקטרינת ההשבה הרתעתית. אף בספרות המשפטית אנו מוצאים הנחה מובנת מאליה כי בית המשפט במקרה שלפנינו פסק "השבה הרתעתית" (הכהן, בטקסט הצמוד לה"ש 12).

דוקטרינת ההשבה ההרתעתית מאפשרת פסיקת פיצוי מכוח דיני עשיית עושר במקרים שבהם רווחי הנתבע לא נובעים מאינטרס של התובע, אלא הופקו בעקבות מעשה פסול של הנתבע, מה שמאפשר לתבוע "השבה" של רווח גם אם זה לא הופק "על חשבוננו" של התובע (דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך א 683-684 (מהדורה שלישית, 2015) (להלן: פרידמן ושפירא בר-אור)). דוגמה קלאסית שמביאים המחברים היא של "הרצחת וגם ירשת" (וראו בדומה פסק הדין בבע"מ

7272/10 פלונית נ' פלוני (7.1.2014) שהמחברים מאזכרים, שנסב על חלוקת רכוש בין בני זוג לאחר ניסיון רצח של האשה בידי הגבר; כן ראו ע"א 6266/19 מדינת ישראל – המנהל האזרחי באיו"ש נ' אבנון (25.8.2021), שם הותירה השופטת ברון בצריך עיון את האפשרות להורות לעובד מדינה "להשיב" כספי שוחד שקיבל לקופת המדינה מכוח דוקטרינה זו).

החלתה של דוקטרינת ההשבה הרתעתית כפופה להתקיימותם של מספר תנאים. תנאי אחד הוא העדרם של "אמצעי אכיפה חלופיים [...] בין אם הם פליליים ובין אם הם מינהליים". בנוסף לכך, החלת הדוקטרינה כפופה לבחינת מערכת היחסים בין התובע לנתבע, והנטיה להחילה היא כאשר קיימת חובת אמון או נאמנות בין הצדדים, או כאשר בין הצדדים מתקיימים יחסי קירבה. כמו כן, תנאי להחלת הדוקטרינה הוא העדר גורם אחר שהוא בעל אינטרס קרוב יותר לעומת התובע (דברי השופט דנציגר בע"א 8728/07 אגריפרם אינטרנשיונל בע"מ נ' מאירסון, פסקה 42 (15.7.2010), שם דובר במערכת יחסים חוזית בין הצדדים (ההדגשות הוספו – י"ע); וראו התייחסות לפסק הדין אצל פרידמן ואלרן שפירא ב-אור, שם בעמ' 691-692).

17. על רקע האמור, וכאשר הסוגיה שלפנינו נבחנת לאורה של דוקטרינת ההשבה ההרתעתית, אין להתפלא על הביקורת שנמתחה ביחס לקביעה כי אוניפארם זכאית לקבל את רווחיה של סאנופי מכוח דיני עשיית עושר (דנציגר ובבלוקי-פילרסדורף, עמ' 689-683). זאת, בהינתן שאין אנו מצויים במצב של "חלל אכיפתי" שאוניפארם לבדה יכולה למלא, אלא רחוק מכך; בהינתן שמערכת היחסים בין סאנופי לאוניפארם אינה מושתתת על יחסי אמון או קירבה, אלא להיפך, מדובר במערכת יחסים בין מתחרים עסקיים; ובהינתן שיש בנמצא גורמים נוספים שהם בעלי אינטרס קרוב לתבוע את סאנופי ולהיפרע מהרווחים שגרפה בעקבות התנהלותה הפסולה (כגון ציבור צרכני התרופה וקופות החולים – ועל כך אעמוד להלן).

18. בבסיס הגישה התומכת בהחלת הפרדיגמה של "הפרת כללי תחרות" במקרה שלפנינו, קיימות הצדקות נוספות שנסבות על מספר היבטים. היבט אחד עניינו ההנחה כי "עקרון הנזק" לא מרתיע דיו מפני הפרת כללי תחרות; היבט שני עניינו מעמדה של אוניפארם כתובעת; והיבט שלישי עניינו שיעור "ההשבה" שיש לפסוק לטובת אוניפארם, אילו הכרנו בזכותה לטול את רווחי סאנופי מכוח דיני עשיית עושר. כפי שיוסבר להלן, שלושת היבטים אלו כרוכים זה בזה.

19. כפי שציין השופט מלצר, אחת ההנחות שכביכול מצדיקות את החלטה של הפרדיגמה המדוברת היא שאין בכוחו של עקרון הנזק כדי להרתיע שחקנים מפני הפרת כללי תחרות. בפשטות, הטענה היא שכאשר הרווח שמפיק שחקן בשוק בעקבות הפרת כלל תחרות גדול מהנזק שעתיד להיגרם למתחרהו, אזי מדובר בהפרה יעילה, והטלת חובה על המפר לפצות את המתחרה בגין נזקיו לא תרתיע את המפר מפני ביצוע ההפרה. בהשלכה לשוק התרופות, לנוכח הפער העצום בין מחירה של תרופת מקור בלעדית למחירה של תרופה גנרית, אזי גם אם החברה האתית תידרש לפצות את המתחרה הגנרי בגין נזקיו, ההפרה עודנה יעילה עבור החברה האתית, משום שהרווח שגרפה מהפרת כלל התחרות (מכירה במחיר בלעדי) גדול מהפיצוי שתידרש לשלם למתחרה הגנרי בגין אובדן רווחיו (מכירה במחיר תחרותי). רובד נוסף של טענה זו מתייחס לכך שמדובר בהפרה יעילה גם משום שהעלויות שכרוכות בהפרה (כגון חובת פיצוי למתחרה) ממילא יוחצנו על ידי המפר ויגולגלו אל כתפי הציבור, שימשיך לשלם את המחיר הבלעדי הבלתי-תחרותי של תרופת המקור (ראו בפסקה 84 לפסק דינו של השופט מלצר, תוך הפניה לגרוסקופף 164-107; שור-עופרי, עמ' 43; הכהן, בטקסט הצמוד לה"ש 91-93).

טענה זו מסברת את הדעת, ובמישור העקרוני יש בה טעם. ואולם, במצב שבו ישנה קביעה בדבר ניצול לדעה של כוח מונופוליסטי על ידי החברה האתית, הטענה בדבר "יעילותה" של ההפרה מאבדת מתוקפה. זאת, מן הטעם הפשוט שגם אם החברה האתית תיאלץ לפצות את המתחרה הגנרי בגין נזקיו שלו בלבד, היא עדיין תהא חשופה לתביעה מצד גורמים נוספים שיתבעו ממנה את נזקיהם וישללו את רווחיה, ובכללם צרכני התרופה לסוגיהם, כמו גם מתחרות גנריות נוספות ככל שישנן. נסיבות המקרה שלנו מדגימות זאת היטב: מלבד תביעתה של אוניפארם, סאנופי נדרשת להתמודד עם תביעות נוספות בעקבות ניצול מעמדה המונופוליסטי לרעה, הן במסגרת הליכים ייצוגיים בשם כלל ציבור צרכני התרופה, הן מצד קופת החולים שהגישה נגדה תביעה על סך 25 מיליון ₪.

ודוק: הטיעון בדבר היותה של הפרת כלל התחרות "הפרה יעילה" מצד החברה האתית בעלת המונופולין, נשען על ההנחה כי נזקו של המתחרה הגנרי מתבטא באובדן רווחים בגין העיכוב בכניסתו לשוק והעדר יכולת למכור את התרופה במחיר תחרותי (מחיר נמוך). לעומת זאת, נזקו של הציבור (ושל קופות החולים) מתבטא ברכישת התרופה במחיר בלעדי (מחיר יקר). דהיינו, נזקו של ציבור רוכשי התרופה משתקף בפער בין המחיר הבלעדי של התרופה ששולם על ידם, למחיר התחרותי של התרופה שבו היתה נמכרת אלמלא ניצל בעל המונופולין את כוחו לרעה. חשיפת החברה האתית לחובת פיצוי כלפי ציבור צרכני התרופה וקופות החולים בגין נזקיהם (ושמא כלפי גופים מוסדיים

נוספים שסבסדו את המחיר הבלעדי במסגרת סל התרופות או ביטוחים פרטיים – כפי שציין היועץ המשפטי לממשלה בעמדתו בשלב הערעור), שוחקת אפוא את "יעילותה" של ההפרה, שכן אילו תידרש החברה האתית לפצות את הציבור בגין הפער שבין המחיר הבלעדי למחיר התחרותי, מסתמא פירות ההפרה ישללו מידיה.

20. ואכן, עיון בספרות המשפטית בהקשר של הסוגיה שלפנינו מעלה כי ישנה הכרה בכך שמנגנון התביעה הייצוגית שאליו חשופה החברה האתית, הוא מנגנון שבכוחו להתמודד עם החשש מפני העדר הרתעה (הכחן, בטקסט הצמוד לה"ש 96). אלא שכאן מושמע טיעון נוסף בעד הצמחת עילה מכוח דיני עשיית עושר לטובת המתחרה הגנרי, והוא שהמתחרים הגנריים הם "סוכני האכיפה" היעילים ביותר לנוכח מורכבותו של תחום הפרמצבטיקה, ולכן יש הצדקה לאפשר להם לתבוע את רווחי החברה האתית (שם, בסמוך לטקסט הצמוד לה"ש 99-101).

אף טענה זו אינה משוללת היגיון. ברי כי צרכן הקצה אינו בקיא ברזי שוק הפרמצבטיקה על היבטיו המדעיים הרגולטוריים והעסקיים, לעומת המתחרה הגנרי שהוא שחקן מתוחכם בעל מומחיות ומשאבים המעמידים אותו בעמדה נוחה יותר לצורך הגשת תביעה. עם זאת, איני סבור כי בכוחו של טיעון זה להצמיח למתחרה הגנרי זכות לתבוע את רווחי החברה האתית. העובדה שהמתחרה הגנרי הוא בעל מומחיות לזהות את ההפרה מצד החברה האתית, לא די בה כדי להעניק לו זכות תביעה על חשבונם של צרכני התרופה ויתר הניזוקים. אפרט.

21. ראשית, איני רואה לקבל את ההנחה כי למתחרה הגנרי לא יהא תמריץ להניע את ההליך אם ישופה "רק" על נזקו-שלו, על פי הפרדיגמה המסורתית של דיני הנטילה, קרי, התעשרות הזוכה על חשבון המזכה. שנית, כפי שציינו דנציגר ובבלוקי-פילרסדורף, טיעון זה – המבקש להשקיף על המתחרה הגנרי כ"סוכן אכיפה" שאין בלתו, שמבלעדיו לא תיכון כל תביעה ולא יינקט כל הליך נגד החברה האתית – לוקה בכך שהוא מתעלם מתפקידה של המדינה באסדרת התחרות ההוגנת באמצעות רשות התחרות ורשם הפטנטים, שהם גופים מקצועיים בעלי מומחיות, שלרשותם עומדות שלל סנקציות מכוח דיני התחרות ודיני הפטנטים (שם, עמ' 686-687). עמדנו על כך לעיל בראי הדיון בסוגיית הגשמת התכלית ההרתעתית, והדברים רלוונטיים גם ביחס לניסיון לשוות למתחרה הגנרי מעמד ייחודי-כביכול, משל אין זולתו אף גורם אחר שבכוחו לפקח על חברות אתיות, במידה שלכאורה מצדיק להקנות לו, יש מאין, זכות לקבל לידי את רווחי החברה האתית.

שלישית, ההנחה כי זולת המתחרה הגנרי אין בנמצא תובע בעל יכולת אפקטיבית להגיש תביעה, מתעלמת ממעמדן של קופות החולים, שלאור מבנה שוק הבריאות בישראל הן הנפגעות העיקריות מעיכוב פסול של ירידה במחירי התרופות (וייס ושור-עופרי, עמ' 53-54). ברי כי לא ניתן להשקיף על קופות החולים כעל שחקן מוחלש שהוא נטול יכולת אפקטיבית להגיש תביעה. הוא הדין לגבי גופים מוסדיים שסבסדו את תרופת המקור במסגרת סל התרופות או ביטוחים פרטיים, כפי שהוזכר לעיל ובעמדת היועץ המשפטי לממשלה. זאת ועוד. האפשרות לנקוט הליך ייצוגי נגד החברה האתית בשם כלל צרכני התרופה אף היא אינה נטולת חשיבות בהקשר זה. הניסיון במחוזותינו מלמד כי מקום שקיים ולו אבק פוטנציאל להגיש תובענה ייצוגית, השחקנים הרלוונטיים מתוחכמים דיים ובמידת הצורך משכילים לאתר את המומחה הנדרש לצורך גיבוש בקשה לאישור תובענה ייצוגית. החשש שמא לא ימצאו שחקנים שינקטו הליך ייצוגי נגד חברות תרופות אתיות בגין ניצול כוחן לרעה, נראה אפוא כחשש רחוק, שמידת אחיזתו במציאות המשפטית השוררת בארצנו מוטלת בספק (ראו אצל וייס ושור-עופרי, המציינים כי המתחרים הגנריים אמנם נמצאים בעמדה הטובה ביותר על מנת לזהות ו"ליירט" ניסיונות פסולים להארכת בלעדיות פרמצבטית, אך בד בבד מכירים בכך שהאפשרות להגיש תובענות ייצוגיות, לצד תביעות מצד קופות החולים שהן הנפגעות העיקריות מהארכת תקופת המחיר המונופוליסטי, מאפשרת לגשר במידת מה על הביזור וחוסר התחכום של צרכני הקצה (שם)).

22. ודוק: אין להקל ראש בתרומתו של המתחרה הגנרי, שבכוחו להתניע את ההליך שיוביל לקביעה שיפוטית בדבר הפרת האיסור של ניצול לרעה, שבעקבותיו ייפתחו יתר ההליכים. כאמור, יש טעם בטענה כי המתחרה הגנרי הוא בעל יתרון בכל הנוגע לאיתור הפרות מהסוג שלפנינו. ברם, ספק רב אם ניתן, מכוח הפסיקה, להעניק למתחרים הגנריים בתחום הפרמצבטיקה את שאין למתחרים בתחומים אחרים. כשם שלא נעניק לבנק זכות לתבוע את רווחי הבנק המתחרה מכוח דיני עשיית עושר על חשבון לקוח שיכול לתבוע את נזקיו במישרין, כך אין מקום להעניק למתחרה הגנרי זכות לתבוע פיצוי מהחברה האתית שיבוא על חשבון נזקיהם של צרכני התרופה. הענקת "מעמד מיוחד" למתחרה הגנרי בתביעות מהסוג דנן, גם אם אינה משוללת היגיון, מהווה צעד חריג בעל השלכות על זכויותיהם של כלל השחקנים הרלוונטיים (ראו, לדוגמה, אצל Mordechai Sorek, Miriam Marcowitz-Bitton & Yotam Kaplan, *Patent Fraud by Design*, 38 *CARDOZO ARTS & ENT. L.REV.* 359 (2021), המציעים ליצור תמריץ למתחרה לחשוף "הטעיות פטנטיות", וזאת בדרך של הענקת מעמד מיוחד למתחרה במסגרת תביעה ייצוגית שתוגש נגד בעל הפטנט, כך שהפיצוי והגמול שיינתן למתחרה מתוך רווחי המפר יהיה גדול במיוחד, ויתר רווחי המפר יחולקו גם עם ציבור הצרכנים; והשוו להכהן, הסבור כי



בהינתן שתכליתו של סעד ההשבה היא "תמריצית-הרתעתית", אזי יש סיבות טובות לבחור בסעד רדיקלי של מתן מלוא סכום ההשבה למתחרה הגנרי, מבלי להזדקק כלל לתביעות "נגזרות" כגון תביעות של צרכנים (שם, בטקסט הצמוד לה"ש 300-309)). החשוב לענייננו, שפתרונות מעין אלו אין מקומם להיווצר בדרך של חקיקה שיפוטית, ואף בספרות אנו מוצאים הכרה בכך שעיצוב הסדרים מהסוג המתואר או אימוץ הסדרים הקיימים במדינות אחרות הוא נושא הטעון הסדרה חקיקתית (וייס ושור-עופרי, עמ' 55).

שאלת הסעד – שיעור "ההשבה"

23. נקודה זו מובילה אותנו לשיעור "ההשבה" שניתן היה לפסוק לטובת אוניפארם (אילו הכרנו בזכותה מכוח דיני עשיית עושר), היבט שכבר זכה להתייחסותנו המרומזת בפסקאות לעיל. כפי שיוסבר להלן, היבט זה משליך במישרין על (העדר) הצורך להזדקק לדיני עשיית עושר במקרה שלפנינו.

מפסק דינו של בית המשפט המחוזי עולה כי בית המשפט לא שלל את האפשרות העקרונית לפסוק לאוניפארם את מלוא רווחיה של סאנופי, הגם שהובהר כי לבית המשפט מסור שיקול דעת בעניין (פסקה 100 לפסק דינו). היו שפירשו את קביעת בית המשפט המחוזי כך ש"כלל הרווחים שנוצרו למבקש הבקשה [מבקש בקשת הפטנט – י"ע], שהפר את חובת הגילוי, יועברו לתובע" (עמדת היועץ המשפטי לממשלה בשלב הערעור, פסקה 59, ההדגשה הוספה). כן ראו אצל דנציגר ובבלוקי-פילרסדורף, המציינים כי "על פי תוצאת עניין סאנופי במחוזי אוניפארם הייתה לכאורה זכאית לכל רווחיה של סאנופי" (שם בעמ' 681, ההדגשה הוספה). לעומת זאת, היו מי שהבינו את פסק דינו של בית המשפט המחוזי באופן שאינו מחייב לפסוק למתחרה את מלוא רווחי החברה האתית (וייס ושור-עופרי, עמ' 53).

באשר לפסק הדין בערעור, דומה כי הכל מסכימים שהוא לוקה בעמימות מסוימת ואינו קובע מסמרות לגבי גבולות "ההשבה" (ראו, בין היתר, פסקאות 157-159 לפסק דינו של השופט מלצר; כן ראו הערת חברתי השופטת ברון בפסק הדין בערעור, שציינה כי המלאכה של עיצוב הסעד המשפטי בענייננו איננה פשוטה כלל ועיקר, וכי בבוא בית המשפט לקבוע את שיעור ההשבה, עליו להתחשב בשיקולים שונים (פסקה 9 סיפא לפסק דינה). גם בספרות המשפטית ראו כך את הדברים (ראו אצל הכהן, המצייין כי שאלת הזכאות לחלוקה בפירות סעד ההשבה בין התובעים הפוטנציאליים השונים נותרה בפסק הדין "בעמימות לא קטנה", וכי התייחסות בית המשפט לכך היתה "לקונית ובלתי ברורה" (שם, בסמוך לטקסט הצמוד לה"ש 291); אך השוו לדנציגר ובבלוקי-פילרסדורף, הסבורים כי הגם שהשופט מלצר ציין כי הוא אינו רואה לקבוע מסמרות, מפסק דינו עולה כי באופן

עקרוני אוניפארם זכאית לכל רווחיה של סאנופי (שם, עמ' 681)). חברי, השופט סולברג, אף הוא אינו קובע מסמרות בשאלה זו במסגרת הדיון הנוסף שלפנינו וכך גם חברותיי, כפי שיפורט בפסקה 25 סיפא להלן.

24. היועץ המשפטי לממשלה סבור כי היקף תביעתו של המתחרה הגנרי המבקש לזכות בסעד מכוח דיני עשיית עושר, מוגבל לרווחים "שבכולת המתחרה להוכיח כי אכן באו על חשבוננו, כלומר שנשללו ממנו בעקבות ההפרה" (סעיף 55 לעמדתו בערעור, ההדגשה הוספה). בעניין זה דעתי כדעתו של היועץ המשפטי לממשלה, ומכאן גם מסקנתי כי ניתן להסתפק בעוולה הנזיקית. אף איני שולל את האפשרות להעניק למתחרה הגנרי גמול נוסף, אם כפיצוי לדוגמה, אם בהיקש לגמול המיוחד שניתן ל"נושה פעיל" או "נושה יעיל" בהליכי חדלות פרעון למרות העקרון של שוויון בין הנושים (רע"א 8038/20 ב.ד.ן יזמות והשקעות בע"מ נ' חיים ומשה מנגד בע"מ (בפירוק) (26.1.2021)).

גם אילו הייתי נכון להניח לצורך הדיון כי יש להכיר בזכותו של המתחרה הגנרי לסעד של "השבה" מתוך רווחי החברה האתית מכוח דיני עשיית עושר, הרי שסעד זה מוגבל לרווחים שהפיקה החברה האתית על חשבוננו של אותו מתחרה הגנרי. קרי, הסכום השקול לרווח שהיתה אוניפארם מפיקה בתקופה הרלוונטית אילו נכנסה לשוק מוקדם יותר, ככל שתכננה לעשות כן, ומכרה את התרופה במחיר תחרותי, ובלבד שהדבר נמנע ממנה עקב ניצול כוחה המונופוליסטי של סאנופי לרעה. לטעמי, מסקנה זו מתחייבת לנוכח לשונו של חוק עשיית עושר, והיא אף משקפת דין רצוי. אסביר בקצרה.

25. השופט מלצר ציין בפסק דינו כי זכות התביעה תחת הפרדיגמה של הפרת כללי תחרות צריכה להינתן למתחרים רק בנסיבות שבהן ניתן לומר שההתעשרות של הנתבע-המפר "באה מהם" (פסקה 101 לפסק דינו). דברים אלה הם בעלי חשיבות רבה, אך הם אינם בגדר חידוש. הם מתחייבים מלשונו המפורשת של חוק עשיית עושר, הקובע בסעיף 1(א) כי זוכה שקיבל "נכס, שירות או טובת הנאה אחרת שבאו לו מאדם אחר, חייב להשיב למזכה את הזכיה". מובן אפוא כי דרישה זו, המתנה את זכותו של המזכה לתבוע השבה מן הזוכה בכך שההתעשרות של הזוכה באה מן המזכה, אינה ייחודית למצב של הפרת כללי תחרות, ולא ניתן "לוותר" אליה.

כפי שמציינים פרידמן ופירא בר-אור, אין פירוש הדבר כי הפסד של התובע-המזכה הוא תנאי להשבה, שכן ייתכנו מצבים שבהם הרווח של המתעשר יהיה על חשבוננו של התובע-המזכה אף אם הלה לא ניזוק במישרין. דוגמה לכך שמביאים המחברים היא מצב שבו ראובן הוא בעליה של חלקת קרקע שבה הוא לא עושה שימוש מזה שנים רבות,

ובא שמעון ועושה שימוש בקרקע ללא רשותו של ראובן. בדוגמה זו, חרף העדרו של הפסד פוזיטיבי שנגרם לבעל הקרקע (שכן הלה לא התכוון לעשות כל שימוש בקרקע), עדיין מדובר בהתעשרות על חשבוננו של האחרון, שהרי קניינו הוא מקור הרווח של שמעון הפולש (שם, עמ' 102-103). [במאמר מוסגר: איני רואה להידרש ליחס שבין תחולתם של דיני עשיית עושר בדוגמה הנ"ל לבין העולה של הסגת גבול לפי סעיף 29 לפקודת הנזיקין, שמתנה את זכותו של התובע לסעד של פיצוי בכך שהוא סבל נזק ממוזן].

כאן המקום להדגיש כי בשונה מהדוגמה שהובאה לעיל של שימוש במקרקעי הזולת, אין חולק כי במקרה שלפנינו התעשרותה של סאנופי אינה כולה על חשבונה של אוניפארם, אף לא בקירוב. ההיפך הוא הנכון. הרווחים שגרפה סאנופי בעקבות ניצול מעמדה לרעה היו לכאורה "על חשבונם" של גורמים רבים, יהיו אלה מתחרים גנריים נוספים (כגון חברת טבע שפיתחה ושיווקה גם היא תרופה גנרית לתרופת המקור המדוברת ואף הקדימה את אוניפארם) ויהיו אלה צרכני התרופה השונים, לרבות קופות החולים שהזכרנו לעיל. למען הסר ספק, ראוי להזכיר במישור העובדתי כי "אוניפארם לא הצליחה בשום שלב להפוך לגורם משמעותי בשוק בו עסקינן", לא בסמוך לכניסתה לשוק ולא לאחר מכן (פסקה 36 לפסק דינו של בית המשפט המחוזי (ההדגשה הוספה); כן ראו בפסקה 24 לפסק דינו של השופט מלצר (בערעור). רוצה לומר, שככל שסאנופי גרפה רווחים על חשבונה של אוניפארם, מדובר בנתח זניח מתוך כלל רווחיה.

ודוק: חוק עשיית עושר ולא במשפט מאפשר לבית המשפט "לפטור את הזוכה מחובת ההשבה לפי סעיף 1, כולה או מקצתה, אם ראה שהזכיה לא היתה כרוכה בחסרון המזכה או שראה נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת" (סעיף 2 לחוק). דהיינו, בית המשפט רשאי להפחית את שיעור ההשבה במקרים המתאימים ואף לפטור כליל את הזוכה מלהשיב למזכה את טובת ההנאה או את שוויה, אם נתקיימו נסיבות שמצדיקות זאת. ברם, אין בנמצא כל הוראה שמאפשרת לבית המשפט להורות לזוכה להשיב יותר מכפי שקיבל מאת המזכה. משאלו הם פני הדברים, איני סבור כי ניתן לפסוק לטובת אוניפארם את מלוא רווחיה של סאנופי, באשר ברי כי חלק הארי של רווחים אלו כלל לא הופקו על חשבונה של אוניפארם ולא "באו ממנה" (וראו והשוו לדברי חברתי השופטת (בדימ') ברון בדיון הנוסף דנן, שעמדה על כך שהתעשרותה של החברה האתית היתה "על חשבון גורמים רבים", ומשכך המתחרות הגנריות לא יהיו זכאיות להשבת מלוא הרווחים של סאנופי (פסקה 30 לחוות דעתה); והשוו גם להערת חברתי הנשיאה (בדימ') חיות, בפסקה 14 לחוות דעתה).

26. המסקנה כי אין לפסוק לטובת המתחרה הגנרי את מלוא רווחיה של החברה האתית נתמכת לא רק בלשון החוק המפורשת, אלא גם בטעמים שמצויים במישור ההיגיון והתכלית.

ראשית, הרציונאל מאחורי הצורך להרתיע מבקשי פטנט מפני הטעיית רשם הפטנטים, והשיקול העיקרי בשלילת רווחי החברה האתית שהאריכה באופן פסול את תקופת הבלעדיות של תרופת המקור, אינם "הרצון להעשיר את החברה הגנרית", כי אם "הגנה על האינטרס הציבורי" (וייס ושוור-עופרי בעמ' 54, ההדגשה הוספה). הענקת מלוא רווחי החברה האתית למתחרה הגנרי-התובע אמנם תעשיר את האחרון, אך בה בעת היא תבוא על חשבון האינטרס של יתר הגורמים שנפגעו. נשוב ונדגיש, כי בגדרם של דיני עשיית עושר, יש להישמר מפני חיוב המתעשר בהשבה בשיעור שעולה על גובה התעשרותו. מובן אפוא כי אם מלוא רווחיה של סאנופי יועברו לידי אוניפארם, יבוא הדבר על חשבונם של יתר בעלי האינטרסים, באופן שעלול למעשה לסגור את הדלת בפני בירור תביעותיהם, וזאת חרף העובדה שזיקתם של גורמים אלה קרובה יותר לעומת זו של אוניפארם, כגון מתחרות גנריות בעלות נתח שוק גדול יותר, צרכני התרופה, קופות החולים ועוד (דנציגר ובבלוקי-פילרסדורף, עמ' 694).

זאת ועוד. כפי שציין היועץ המשפטי לממשלה, אימוץ גישה הרתעתית שתאפשר העברת כלל רווחי החברה האתית לידי התובע-המתחרה הגנרי, חרף העובדה שלא כל הרווחים באו "על חשבוננו", אמנם ירתיע עד מאד מגישי בקשות פטנטים מלנצל את כוחם לרעה ולהגיש מידע מטריאלי מטעה לרשם הפטנטים. ואולם, בה בעת קיים חשש ממשי שהדבר יוביל לכך שמבקשי פטנט יציפו את רשם הפטנטים במסמכים ובמידע בהיקף שעולה על הנדרש, על מנת להגן על עצמם מפני טענה אפשרית בדבר הטעיה והסתרת מידע, באופן שיפגע בהליכי בחינת כשרותן של אמצאות ואף בתחרות עצמה. מובן כי ככל שהחשש שעליו הצביע היועץ המשפטי לממשלה יתממש, יהיה בכך משום פגיעה באינטרס הציבורי.

27. בהקשר זה ניתן לשוב ולעורר שאלה שהתייחסנו אליה לעיל מזווית אחרת, והיא אם אין מקום, מכוח דיני עשיית עושר, לפסוק לטובת אוניפארם פיצוי העולה על שיעור הנזק שנגרם לה, בבחינת "תגמול" או תמריץ, לנוכח היותה "סוכן האכיפה" היעיל שבזכותו הוצפה שאלת הניצול לרעה מצד סאנופי. לשאלה ברוח זו התייחסו פרידמן ושפירא בר-אור, ואביא את הדברים במילותיהם:

“פעמים נובעים הכספים, שנתקבלו בגין הנכס, מתרומה מיוחדת של אחד מבעלי האינטרסים, ובמקרה כזה מתעוררת שאלה אם אין לזכותו בתגמול. [...]”

בעל האינטרס עשוי לזכות בקדימות אם התמלאו שני תנאים מצטברים: האחד, קבלת הכספים לא היה בה משום 'תחרות' בבעלי שאר האינטרסים, והשני, שאופי האינטרס שלו איננו כזה החייב להידחות מפני אינטרס אחר [...]” (שם בעמ' 607).

הנה כי כן, ככלל, בעל דין התובע השבה מכוח דיני עשיית עושר אינו יכול לקבל לידיו יותר מכפי הנזק שנגרם לו, מקום שבו יבוא הדבר על חשבון יתר בעלי האינטרסים המתחרים עמו על חלקם ב"עוגת ההשבה". תרומתו המיוחדת של התובע לביסוס התביעה, חשובה ככל שתהא, אין בה כדי לגבור על זכותם של בעלי אינטרסים נוספים. במקרה שלפנינו, אין חולק כי ישנה שורה ארוכה של גורמים ש"התעשרותה" של סאנופי בעקבות ניצול מעמדה המונופוליסטי לרעה באה "על חשבונם" (בכללם מתחרים גנריים אחרים והצרכנים שרכשו את תרופת המקור בתקופה הרלוונטית, לרבות קופות החולים ושאר הגופים, ועמדנו על הדברים לעיל). מובן אפוא כי פסיקת "השבה" לטובת אוניפארם בשיעור העולה על נזקה שלה, יבוא על חשבונם של גורמים אלה. במצב דברים זה, אין זה רצוי לאפשר למתחרה הגנרי להסיג לאחור את האינטרס הציבורי לטובת עניינו שלו עצמו, על חשבונם של קופות החולים והצרכנים. תוצאה שכזו קשה להלום ויש להישמר מפניה.

28. המסקנה כי אוניפארם אינה זכאית למלוא רווחיה של סאנופי אלא אך ורק להפסד שנגרם לה בעקבות התנהלותה הפסולה של סאנופי, מתיישבת עם הדין הנוהג בחלק ממדינות הים. כך, לדוגמה, כפי שמובא אצל וייס ושור-עופרי, לפי הדין בקנדה, אם חברה אתית פונה לבית המשפט בתביעה לסעד הצהרתי שקובע כי רישום צפוי של תרופה גנרית יהווה הפרה של פטנט שבבעלותה, והתביעה גוררת עיכוב במתן האישור הרגולטורי לתרופה הגנרית, ובסופו של דבר התביעה למתן סעד הצהרתי נדחית – אזי החברה הגנרית תהיה זכאית לפיצויים "אך ורק על מכירותיה בעולם האלטרנטיבי-היפותטי" (שם, עמ' 41). בדין האוסטרלי, בבוא בית המשפט לקבוע את שיעור הפיצויים שיש לפסוק לטובת החברה הגנרית שכניסתה לשוק התעכבה בעקבות תביעת הפרת פטנט שהוגשה נגדה, בית המשפט רשאי אמנם להתחשב ברווחיה של החברה האתית. עם זאת, התחשבות זו מותנית בכך שבמסגרת התביעה בגין הפרת פטנט שהוגשה נגד המתחרה הגנרי, ניתן צו מניעה זמני שמנע את שיווק התרופה הגנרית עד להכרעה בתביעה (שם, עמ' 40). פסק דין שעסק בסיטואציה דומה ניתן בע"א 280/73 פלאימפורט בע"מ נ' ציבה-גיגי לטד, פ"ד כט(1) 597 (1974) (להלן: עניין פלאימפורט), שם מדובר היה בצו מניעה

שניתן במסגרת תביעת הפרה של פטנט רשום, אך בהמשך נקבע בשלב הערעור שהפטנט חסר תוקף, וצו המניעה בוטל. בית המשפט הכיר בזכותו של הצד שנפגע מצו המניעה שבוטל לתבוע השבה מכוח דיני עשיית עושר (ראו התייחסות לפסק הדין אצל פרידמן ושפירא-בראור, עמ' 104; עופר גרוסקופף "התעשרות מנטילת רכוש הזולת" ספר דניאל 761, 794-795 (2008); גרוסקופף, עמ' 89-93).

29. בשונה מסוגי התביעות שהוזכרו לעיל בקנדה ובאוסטרליה, ובשונה מהמצב העובדתי והמשפטי בעניין פלאימפורט, במקרה שלפנינו נזקיה הנטענים של אוניפארם לא נגרמו בעקבות עיכוב שחל בכניסתה לשוק בעקבות תביעה להפרת פטנט שהגישה נגדה סאנופי או בעקבות צו מניעה שאסר עליה לעשות כן. זאת, מן הטעם הפשוט שבמקרה שלפנינו אין מדובר באכיפת פטנט רשום. ענייננו כזכור בבקשת פטנט-משני שטרם אושר, שלא הקנתה לסאנופי זכות כלשהי נגד אוניפארם או נגד כל גורם אחר בטענה כי הלה מפר את בקשת הפטנט (ראו בהרחבה פסק הדין ברע"א 6025/05 Merck & Co. Inc נ' טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ (19.5.2011), שם נקבע כי בתקופת הביניים שבין קיבול בקשה לפטנט ועד להענקת הפטנט, אין מבקש הפטנט זכאי לקבל סעדים נגד מתחרה שלכאורה מנצל את האמצאה, אף לא מכוחם של דיני עשיית עושר. תרופתו של בעל הפטנט מצויה בהוראות סעיפים 179 ו-183 לחוק הפטנטים, התשכ"ז-1967, המאפשרים להגיש תביעה בגין הפרה לאחר מתן הפטנט על ידי רשם הפטנטים, שאז רשאי בית המשפט לפסוק פיצויים בגין ניצול האמצאה על ידי הנתבע בתקופה שלפני מתן הפטנט).

אין חולק אפוא כי בנסיבות המקרה שלפנינו, לא היתה כל מניעה חוקית או משפטית שהגבילה את אוניפארם מלשווק את גירסתה הגנרית לתרופת המקור של סאנופי. אין זאת אלא שאוניפארם חששה ליטול סיכון שמא בקשת הפטנט המשני של סאנופי תאושר בסופו של יום ותבטל לכדי פטנט רשום, מה שעלול היה להעמידה בפני תביעת הפרה וחובה לפצות את סאנופי. במילים אחרות, הפיצויים שתובעת אוניפארם אינם בגין נזק שנגרם לה בעקבות תביעת סרק שהגישה נגדה סאנופי (שהרי סאנופי לא הגישה נגדה כל תביעה), ואף לא בגין נזק שנגרם בעקבות צו מניעה שאסר אליה לשווק את מרכולתה (שהרי לא ניתן כל צו מניעה). תביעתה של אוניפארם היא בגין יצירת "תקופת השקה בסיכון" שהרתיעה אותה מפני כניסה לשוק, על אף שלשיתתה-שלה, בקשת הפטנט של סאנופי הייתה חסרת סיכוי מלכתחילה, "חסרת בסיס משפטי", "הייתה נדחית בוודאות על ידי רשם הפטנטים" (ראו בפסקה 25 לפסק דינו של השופט קרא). באספקלריה זו של תביעה בגין יצירת סיכון, הענקת זכות לאוניפארם לתבוע את רווחיה של סאנופי, שמן הסתם עולים עשרות מונים על נזקה של אוניפארם עצמה, וכל זאת

מכוח דיני עשיית עושר – היא מרחיקת לכת עד מאד, ואיני סבור כי ניתן לתלות זכות שכזו ב"ציפיייתה הלגיטימית" של אוניפארם לתחרות הוגנת, ואף לא בחובת תום הלב הכללית (בכך שונה עמדתי מעמדתו של חברי השופט סולברג, ומעמדתן של חברותיי הנשיאה (בדימ') חיות והשופטת (בדימ') ברון; וראו והשוו לגישתו של גרוסקופף, הסבור כי ציפיותיהם הלגיטימיות של מתחרים בשוק אינן יכולות לשמש בסיס להענקת הגנה משפטית, וכי הרציונאל להחלת דיני עשיית עושר במקרים שכאלה הוא הרתעתי (שם), עמ' 260-267)).

30. לבסוף, נחזור למושכלות יסוד של כללי הדיון האזרחי: בכתב התביעה שהגישה אוניפארם נגד סאנופי היא תבעה שורה של סעדים לפיצוי בגין הנזקים שנגרמו לה לטענתה כתוצאה מהתנהלותה של סאנופי (סעיפים 43(א)-(ד) לכתב התביעה, שכוללים גם פיצוי עונשי לדוגמה בגין נזקיה). בנוסף לכך, בסעיף 43(ה) לכתב התביעה תבעה אוניפארם מסאנופי למסור לידיה את נתוני הרווחים בנוגע למכירות של התרופה המדוברת בתקופה הרלוונטית. לבסוף, בסעיף 43(ו) לכתב התביעה – שהוא הסעיף הרלוונטי לסוגיה שלפנינו – תבעה אוניפארם כדלקמן:

"להשיב לתובעת את הרווחים שהנתבעות הפיקו שלא על פי זכות שבדין כתוצאה מהגשת בקשת סרק לפטנט בנסיבות חמורות של חוסר תום לב, העלמת מסמכים מהותיים, ובקשות סרק ל'תיקון' הפטנט ואשר באו לנתבעות על חשבונה של התובעת, בתקופה שבה התובעת נמנעה מלשווק את התרופה שלה "Clod" (ההדגשה הוספה – י"ע).

צא ולמד עד כמה מרחיקת לכת התזה המבקשת להכיר בזכותה של אוניפארם לתבוע את כלל רווחיה של סאנופי, שאפילו אוניפארם בעצמה לא שיוותה בדמיונה אפשרות כזו, אלא תחמה את תביעת "ההשבה" שלה לרווחים שהופקו "על חשבונה". במצב דברים זה, שבו אוניפארם בעצמה לא התיימרה לתבוע "השבה" של רווחים שחורגים מנזקה שלה, ברי כי אין לפסוק לה מעבר לכך.

בין "נזק" ל"השבה"

31. מסקנתנו לעיל באשר לתקרת ההשבה, משליכה לטעמי במישרין על סוגיית החלתם של דיני עשיית עושר במקרים מן הסוג שלפנינו. כפי שפורט לעיל, אילו הכרנו בזכותה של אוניפארם לתבוע "השבה" מכוח דיני עשיית עושר, אזי זכות זו היתה מוגבלת לרווחים שהפיקה סאנופי על חשבונה של אוניפארם, ולא היתה כוללת את

הרווחים שהפיקה סאנופי על חשבונם של יתר הגורמים שניזוקו כתוצאה מניצול מעמדה המונופוליסטי לרעה.

לטעמי, מסקנה זו מחדדת מדוע ההיזקקות לדיני עשיית עושר אינה נדרשת. זאת, משום שהלכה למעשה, קיימת שקילות בין שיעור הפיצוי שלו זכאית אוניפארם מכוח העילה הנזיקית של ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי, לבין שיעור "ההשבה" של "ההתעשרות" שהפיקה סאנופי שלא כדין על חשבונה של אוניפארם. לשון אחר, במסגרת שתי העילות, אוניפארם תידרש להוכיח את שיעורו של אותו הרכיב שמגולם ברווח שנמנע ממנה בגין התנהלותה הפסולה של סאנופי. זאת, בין שמדובר ב"נזק" של אוניפארם (במסגרת תביעה נזיקית בשל הפרת סעיף 29א לחוק התחרות), ובין שמדובר ב"השבה" של "ההתעשרות" שהפיקה סאנופי שלא כדין על חשבונה של אוניפארם (במסגרת תביעת השבה מכוח דיני עשיית עושר בשל הפרת סעיף 29א לחוק התחרות).

32. הגענו למסקנה כי סאנופי הפרה את הוראת סעיף 29א לחוק התחרות, ואחזור ואפנה להוראת סעיף 50(א) לחוק: "דין מעשה ומחדל בניגוד להוראות חוק זה, כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש]". ניתן אפוא להגיע לתוצאה הרצויה בדרך המלך של עוולה נזיקית, ואיני רואה מניעה במקרים של הטעייה כגון דא, בעוולה שמקורה בדיני התחרות, להגמיש את היסוד של הקשר הסיבתי. ולא רק זאת, אלא שהעוולה הנזיקית מקורה בדיני התחרות עצמם, כך שאין צורך להידרש לפרדיגמה של "הפרת כללי תחרות" שמקורה בדיני עשיית עושר. משאלו הם פני הדברים, דומה כי הכרה בזכות לטרוף את רווחי המפר באמצעות שתי "רקמות פתוחות" המונחות זו על גבי זו בדמות עקרון תום הלב ודיני עשיית עושר ולא במשפט, על כל הקשיים העיוניים והמשפטיים הכרוכים בכך, אינה נדרשת במקרה דנן (להעדפת השימוש בדוקטרינות מקומיות חלף דוקטרינות כלליות ראו יצחק עמית "על טשטוש תחומים, טשטוש גבולות ואי-וודאות במשפט" דין ודברים ו' 17, 33-34 (2011)).

33. לנוכח האמור, איני סבור כי יש מקום להרחיב את מוטת הכנפיים הרחבה ממילא של אותו "נשר" מפורסם שדיני עשיית עושר נמשלו לו (שיש הרואים בו "נשר דורסני", בהשאלה ממאמרו המפורסם של יצחק אנגלרד "כנפי הנשר הדורסני: דיני עשיית עושר ולא במשפט" ספר זיכרון לגד טדסקי – מסות במשפט אזרחי 37 (התשנ"ו)). די לנו בעת הזו ובגדרו של ההליך שלפנינו בדיני התחרות ובדיני הנזיקין, שבכוחם לרפא את נזקיהן של קבוצות הנפגעים השונות, מבלי להעדיף את זכותו של מתחרה פלוני על פני זכויותיהם של נפגע אלמוני ומתחרה פלמוני. את השאלות העיוניות הסבוכות והרחבות מני ים באשר למקומם של דיני עשיית עושר במצבי תחרות, כמו גם לגבי החלתן של פרדיגמות



חדשניות שהוצגו בספרות, ניתן להותיר למקרים עתידיים, לכשיתעורר הצורך להידרש אליהן.

המישור האופרטיבי

34. בית המשפט המחוזי קבע כי עומדת לאוניפארם זכות לתבוע מכוח דיני עשיית עושר, וכי דין תביעתה של אוניפארם למתן חשבונות להתקבל. בית המשפט הורה אפוא לסאנופי להעביר דיווח על מלוא הכנסותיה ורווחיה משיווק התרופה בישראל, בתקופה שבין מועד פקיעת הפטנט לבין זניחת הפטנט המשני, תוך מתן אפשרות לצדדים להגיש טענותיהם באשר לגובה ההשבה.

בד בבד, בית המשפט המחוזי קבע כי סאנופי תהיה פטורה מהעברת הדיווח האמור אם תודיע כי היא מסכימה לקבלת התביעה במלואה (סכום התביעה העומד על 2.6 מיליון ₪) (ראו בפסקאות 101, 103-106 לפסק דינו של בית המשפט המחוזי, שלאמיתו של דבר אינו אלא החלטה בבקשה למתן חשבונות, כפי שאף הוכתרה). בהמשך לכך הודיעה סאנופי כי היא בחרה בחלופה של תשלום סכום התביעה, ובהתאם לכך ניתן פסק דין (ראו פירוט הדברים בפסקה 7 לפסק דינה של חברתי השופטת ברון בערעור).

35. בפסק הדין בערעור נקבע בדעת רוב של השופטים מלצר וברון, כנגד דעתו החולקת של השופט קרא, כי יש להחזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי לצורך השלמת בירור התביעה לאחר מתן חשבונות. לעניין זה נקבע כי "בית המשפט המחוזי שידון מחדש בעניין [...] רשאי יהיה לחייב את הזוכה בהשבת מלוא הרווחים, או בחלקם בלבד", תוך התחשבות ב"מורכבות המתעוררת בענייננו ביחס לדרישה כי ההתעשרות תהיה 'על חשבון' התובע" (פסקה 161 לפסק דינו של השופט מלצר, ההדגשה הוספה – י"ע).

36. לנוכח מסקנתי כי אוניפארם אינה זכאית לקבל לידיה את רווחיה של סאנופי, אלא זכאית לפיצוי בגין נזקיה בלבד, קרי בגין אובדן רווחיה שלה (וזאת בין אם באמצעות תביעתה הנזיקית, בין אם באמצעות תביעת "השבה" מכוח דיני עשיית עושר), הרי שאין מקום להורות לסאנופי להעביר דיווחים על מלוא רווחיה. משכך, ספק מהי התוחלת בהשבת הדיון לבית המשפט המחוזי, ואין לכחד כי התוצאה האופרטיבית שאליה הגיע בית המשפט המחוזי, קרי קבלת תביעתה של אוניפארם במלואה על סך 2.6 מיליון ₪ – הגיונה עמה.

אמנם, משעה שאוניפארם לא הוכיחה בפועל את נזקה, קיימת אפשרות כי נזקה שלה אינו מגיע כדי 2.6 מיליון ₪, קרי נזקה בפועל נמוך מסכום התביעה שהגישה.

משכך, לכאורה היה מקום להותיר בידי סאנופי את הברירה אם להותיר את פסק דינו של בית המשפט המחוזי על כנו, או שמא להשיב את הדיון לבית המשפט המחוזי לצורך בירור נזקיה של אוניפארם. עם זאת, משעה שאנו מצויים בגדרו של דיון נוסף, איני סבור כי יש מקום להורות על החזרת הדיון לבית המשפט המחוזי לצורך פתיחה מחדש של סוגיה עובדתית זו.

37. לפיכך, לו דעתי הייתה נשמעת, אציע לחבריי להותיר על כנה את התוצאה האופרטיבית שאליה הגיע בית המשפט המחוזי. כחבריי, אף אני סבור כי נימנע ממתן צו להוצאות וכל צד ישא בהוצאותיו בגין שלב הדיון הנוסף.

ש ו פ ט

ממלא מקום הנשיא ע' פוגלמן:

1. הפרשה שלפנינו מעוררת סוגיות מרובות ומורכבות בכל הנוגע לנקודת המפגש שבין שלושה תחומי דין: דיני הפטנטים, דיני התחרות ודיני עשיית עושר ולא במשפט. בתמצית, השאלה העיקרית שטעונה הכרעה בענייננו היא: האם ובאילו תנאים ניתן להכיר בעילת תביעה של המשיבה 1 בדנ"א 5679/21 (להלן: אונ'פארם) נגד אחת ממתחרותיה בשוק התרופות – המבקשת בדנ"א 5679/21 (להלן: סאנופי) – מכוח דיני עשיית עושר, עקב כך שסאנופי הטעתה את רשם הפטנטים במסגרת הליך בקשת פטנט שהגישה, וגרמה בכך להארכת תקופת ה"השקה בסיכון" שבמהלכה השקת התרופה המתחרה של אוניפארם הייתה חושפת אותה לתביעה עתידית מצד סאנופי ככל שבקשת הפטנט תתקבל?

2. אני מצטרף למסקנה שאליה הגיע חברי השופט נ' סולברג בחוות דעתו המקיפה, שלפיה יש להותיר את תוצאת פסק הדין נושא הדיון הנוסף על כנה. בפרט מקובלות עליי מסקנות חברי כי בתרחיש של הטעיית רשם הפטנטים על ידי מבקש פטנט, דיני הפטנטים אינם שוללים באופן עקרוני את יכולתם של מתחרי המבקש להגיש תביעה בעילה של עשיית עושר ולא במשפט; וכי על מנת להכיר בעילת התביעה של אוניפארם מכוח דיני עשיית עושר, אין הכרח לאמץ בענייננו את פרדיגמת כללי התחרות, וניתן ליישם את הפרדיגמות המוכרות בדיני עשיית עושר תוך התמקדות בפגיעה בציפייה הלגיטימית של מתחרי של מבקש הפטנט לתחרות הוגנת. כמו כן מקובלת עליי העמדה כי היסוד הנפשי שדרוש להקמת עילת תביעה בעשיית עושר, ככל שהדבר נוגע להטעיית רשם הפטנטים,

הוא כוונה להטעות; וכי שאלת המטריאליות של המידע שבמוקד הטעיית הרשם עשויה לשמש אינדיקציה לקיומם של כוונה להטעות וקשר סיבתי, אך בנסיבות העניין שלפנינו "אין מקום להעמיס את מלוא כובד המשקל על השאלה אם אלמלא ההטעיה הרשם בהכרח היה דוחה את בקשת הפטנט" (פסקה 29 לחוות דעתה של השופטת (בדימ') ע' ברון).

3. נקודת המחלוקת העיקרית בין חברי השופט סולברג לבין חברותיי הנשיאה (בדימ') א' חיות והשופטת (בדימ') ע' ברון, עניינה בשאלה מהי הנורמה שאותה הפרה סאנופי באופן שמקיים את יסוד ההתעשרות "שלא על פי זכות שבדין" (סעיף 1(א) לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979 (להלן: חוק עשיית עושר)). לעמדת השופט סולברג, מדובר בהוראת סעיף 29(א) לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988 (להלן: חוק התחרות), שעוסקת בניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי – ולשיטתו סעיף זה אינו מוגבל למצבים שבהם בעל המונופולין השתמש באמצעים שייחודיים למעמדו, אלא מקיף גם מצבים שבהם המעמד נוצל לרעה ללא שימוש בכוח המונופוליסטי. השופטת (בדימ') ברון, מצדה, סבורה כי אין לשלול באופן עקרוני את האפשרות להגיש תביעת עשיית עושר עקב הפרת סעיף 29(א), ואף לשיטתה הפרת הסעיף אינה מותנית בשימוש באמצעים שייחודיים למעמד המונופוליסטי (למסקנה אחרונה זו הצטרפו גם הנשיאה (בדימ') א' חיות והשופט י' עמית). עם זאת, לשיטת השופטת (בדימ') ברון, "דרך המלך" בענייננו היא המסלול שמבוסס על הפרת חובת תום הלב וחובת ההגינות של סאנופי כמבקשת הפטנט (פסקה 18 לחוות דעתה של השופטת (בדימ') ברון). לעמדתה, חובתו של מבקש פטנט להימנע ממסירת מידע מטעה לרשם הפטנטים נובעת מחובת ההגינות של המבקש כלפי רשות ציבורית שבכוחה להעניק לו טובת הנאה; והתעשרות של מבקש פטנט אשר נבעה מהפרת חובת תום הלב תוך הטעיה מכוונת של רשם הפטנטים, היא בבחינת התעשרות "שלא על פי זכות שבדין" שמקימה עילת תביעה מכוח חוק עשיית עושר (שם). הנשיאה (בדימ') חיות, אשר הצטרפה לעמדה זו, מוסיפה כי לשיטתה על מנת להקים עילת תביעה מכוח דיני עשיית עושר עקב התנהגות פסולה של שחקן בשוק, יש להוכיח שהכלל שהופר "נועד להגן על ציפייתו הלגיטימית של המתחרה לתחרות חופשית והוגנת" (פסקה 8 לחוות דעתה של הנשיאה (בדימ') חיות; ההדגשה במקור – ע' פ') – אך לגישתה סוגיה זו אינה טעונה הכרעה כעת. זאת, שכן בענייננו החובה להימנע ממסירת מידע מטעה לרשם הפטנטים – חובה שאותה הפרה סאנופי – ממילא נועדה, בין היתר, להגנה על האינטרסים של מתחריו של מבקש הפטנט ועל ציפייתם הלגיטימית לתחרות הוגנת, ומשכך קמה לאוניפארם עילת תביעה כלפי סאנופי (שם, פסקאות 8 ו-11-12).

4. כשלעצמי, אני מסכים לקביעתו הפרשנית של חברי השופט סולברג בנוגע להיקף תחולתו של סעיף 29א(א) לחוק התחרות, אך בכל הנוגע לשאלת הנורמה שאותה הפרה סאנופי, דעתי כדעת הנשיאה (בדימ') חיות והשופטת (בדימ') ברוך: לעמדתי, אף שאין לשלול באופן עקרוני את האפשרות לבסס עילת תביעה בעשיית עושר על הפרת סעיף 29א(א) לחוק התחרות, המתווה המתאים בענייננו הוא זה שמתמקד בהפרת חובתה של סאנופי שלא להטעות את רשם הפטנטים.

5. כפי שציינה חברתי השופטת (בדימ') ברוך, לאורך השנים הכירה הפסיקה בכך שבהקשרים מסוימים מוטלת על הפרט חובה למסור מידע רלוונטי לרשות שלטונית, והיו שסיווגו חובה זו כנובעת מעיקרון תום הלב או מחובת הגינות של הפרט כלפי רשויות השלטון (ראו: בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289, 325-324, 352-350, 374-372 (1998); כן ראו והשוו: בג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת, פסקה 21 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארד (18.1.2023); ע"ם 8329/14 עיריית קרית אתא נ' קורן, פסקה 26 לפסק דיני (31.5.2016); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב 1075-1070 (2011); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 283-277 (2010)). בענייננו, כפי שציינו חבריי, סאנופי הייתה מחויבת לגלות לרשם הפטנטים מידע מלא ונכון בנוגע לבקשת הפטנט שהגישה (ראו: פסקה 93 לחוות דעתו של השופט סולברג; פסקאות 13-15 לחוות דעתה של השופטת (בדימ') ברוך; פסקאות 11-12 לחוות דעתה של הנשיאה (בדימ') חיות) – וחובה זו הופרה על ידה. על רקע זה מתעוררת השאלה האם, ובאילו נסיבות, תקום לשחקן בשוק עילת תביעה נגד מתחרהו עקב פגיעה בתחרות ההוגנת שנבעה מהפרת חובה מתחום המשפט הציבורי או המנהלי (ובענייננו, מהטעיית רשם הפטנטים). מדובר בשאלה מורכבת שהפסיקה נדרשה לה מספר פעמים בעשורים האחרונים (ראו והשוו: ע"א 6126/92 אטלנטיק, חברה לדייג ולספנות בע"מ נ' דג פרוטס תעשיות דייג (1984) בע"מ, פ"ד נ(4) 471, 480-479 (1997); רע"א 3739/99 מכוני דיאגנוסטיקה והדמיה בע"מ נ' קר שירותי רפואה בע"מ (21.9.1999); בש"א (מחוזי ים) 2263/05 רבוע כחול - ישראל בע"מ נ' רמי לוי שיווק השקמה בע"מ (6.7.2005); ת"א (שלום חי') 13803-08-14 תורג נכסים בע"מ נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה משגב (16.10.2017); כן ראו דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך א 589-588 (מהדורה שלישית, 2015); עופר גרוסקופף אופקים חדשים במשפט - הגנה על כללי תחרות באמצעות דיני עשיית עושר ולא במשפט 301 (התשס"ב)) – אך בדומה לחברתי הנשיאה (בדימ') חיות, אף אני סבור כי המקרה דנן אינו מחייבנו ללבן סוגיה זו במלואה, ויש להניח כי היא תוסיף ותתברר בפסיקה עתידית.

6. במקרה דנן, הוכח כדבעי כי התנהלותה של סאנופי עת הטעתה את רשם הפטנטים השפיעה במישרין על אוניפארם כשחקנית מתחרה בשוק, באופן שמקים לאוניפארם עילת תביעה בעשיית עושר. לא למותר להדגיש כי בהתאם לממצאים העובדתיים שנקבעו בהליך – שבהם אינני סבור כי יש מקום להתערב (ראו פסקה 51 לחוות דעתו של השופט סולברג) – סאנופי הטעתה את רשם הפטנטים במכוון במסגרת הליך בקשת הפטנט, ואלמלא ההטעיה "ניתן להיווכח כי הדבר היה מפשט את הדיון בבקשת הפטנט ובהתנגדויות לה, ובכך מקל על התנהלות ההליכים, ויתכן מאד שאף מביא לזירוזם. זאת ועוד, גילוי מלא היה מקל על מתחריה של סאנופי, והתובעת בכללם, להעריך את עוצמת בקשת הפטנט, ויתכן שהיה מעלה את נכונותם לבצע 'השקה בסיכון'" (סעיף 63 לפסק הדין בבית המשפט המחוזי; וראו גם פסקאות 111-112 לחוות דעתו של השופט סולברג). משכך, הפרת חובת ההגינות מצד סאנופי השפיעה על אוניפארם בשני היבטים עיקריים: היא האריכה וסרבלה את ניהולו של הליך בקשת הפטנט, שבו אוניפארם לקחה חלק פעיל כאחת המתנגדות לבקשה; והחשוב לענייננו, ההפרה "האפילה על יכולתה של אוניפארם לנהל את הסיכון שבתקופת ההשקה בסיכון 'בעיניים פקוחות', ולהחליט אם להיכנס לשוק עם חלופה גנרית [...] אוניפארם נאלצה לנהל את מערך הסיכויים והסיכונים – בעודה שרויה באפלה" (כדברי השופטת ברון בפסק הדין נושא הדיון הנוסף, פסקה 6 לפסק דינה).

בנסיבות אלו, תמים דעים אני עם חברותיי הנשיאה (בדימ') חיות והשופטת (בדימ') ברון כי יש להכיר בענייננו בעילת תביעה של אוניפארם מכוח חוק עשיית עושר עקב הפרת חובת ההגינות של סאנופי, כמבקשת פטנט, שלא להטעות את רשם הפטנטים – ואני מצטרף, כאמור, לתוצאה האופרטיבית שאליה הגיע חברי השופט סולברג. לבסוף אציין כי אין בידי להצטרף לעמדתו של חברי השופט עמית, וזאת מן הטעמים שפירטה חברתי השופטת (בדימ') ברון בפסקאות 31-36 לחוות דעתה.

מ"מ הנשיא

לפיכך הוחלט ברוב דעות (השופט נ' סולברג, השופטת (בדימ') ע' ברון, הנשיאה (בדימ') א' חיות ומ"מ הנשיא ע' פוגלמן) נגד דעתו החולקת של השופט י' עמית, לדחות את העתירה לדיון נוסף שהגישה SANOFI S.A., לקבל בחלקה את עתירת היועצת המשפטית לממשלה, ולהותיר על כנה את תוצאת פסק הדין נושא הדיון הנוסף.

ניתן היום, י"ד בטבת התשפ"ד (26.12.2023).

ש ו פ ט

מ"מ ה נ ש י א

ה נ ש י א ה (בדימ')

ש ו פ ט ת (בדימ')

ש ו פ ט