

## עמדת אלביט מערכות בע"מ בעניין הצעת חוק הפטנטים (תיקון מס' 10), התשע"א – 2010

1. אלביט מערכות בע"מ (להלן - "אלביט") מבקשת למסור את הסתייגותה ואת הצעותיה ביחס לתיקון המוצע לחוק הפטנטים, תשכ"ז- 1967 (להלן - "החוק" או "חוק הפטנטים") בגדרה של הצעת חוק הפטנטים (תיקון מס' 10), התשע"א-2010 (להלן - "הצעת החוק").

### הדין הקיים

2. כיום, שר הבטחון רשאי להורות בצו לרשם הפטנטים להמנע מעשיית פעולה (ובכלל זאת פרסומה של בקשת פטנט מסוימת ופרסום עצם הגשתה), מקום בו הוא מוצא שהדבר דרוש לבטחון המדינה, לרבות השמירה על סודותיה הבטחוניים (להלן - "צו הגבלת פעולות"). מקום בו מוטל צו הגבלת פעולות, בקשת הפטנט אינה מתפרסמת והטיפול בה מוקפא, ללא הגבלת זמן (בכפוף לזכותו של מבקש הפטנט לערור על הטלת הצו, לרבות במקרה של שינוי נסיבות).

3. בנוסף, החוק אוסר על כל אדם החייב בנאמנות למדינה להגיש מחוץ לישראל בקשת פטנט על אמצאה בטחונית, מבלי שהתקבל לכך היתר משר הבטחון, למעט אם לא הוטל צו הגבלת פעולות ביחס לאמצאה בתקופה הקבועה לכך בחוק, או אם הוטל צו כאמור ותוקפו פג.

4. מבקש פטנט שעל בקשתו הוטל צו הגבלת פעולות זכאי לפיצוי מן המדינה בגין הנזק שנגרם לו עקב הצו, בשיעור שנקבע בהסכם בין המבקש לבין המדינה; באין הסכם - נקבע הדבר על ידי הועדה לענייני פיצויים ותמלוגים על פי סעיף 109 לחוק (להלן - "הועדה").

5. ההסדר הקבוע בחוק, במתכונתו הנוכחית, טומן בחובו פוטנציאל לפגיעה קשה בצדדים שלישיים. זאת, מכיוון שיש בו חריגה מן הכלל היסודי והבסיסי בשיטת הפטנטים, המחייב את פרסומן של בקשות פטנט. הפרסום נועד ליידע את הציבור, לרבות הגורמים הפועלים בשוק הרלבנטי, על קיומה של בקשת הפטנט; כך, יוכלו לכלכל את צעדיהם ולהמנע מחשיפה לתביעות עתידיות בגין הפרת פטנט (אם בסופו של יום תבשיל בקשת הפטנט לפטנט רשום), על ידי כך שימנעו מלשלב במוצריהם רכיבים המפרים את הפטנט.

6. העדר הפרסום יוצר מצב בו גורמים שפעלו בתום לב וללא ידיעה אודות קיומה של בקשת הפטנט, בפיתוח וייצור מוצרים מסוימים, עלולים למצוא את עצמם בפני שוקת שבורה. זאת, כאשר מוסר צו הגבלת הפעולות וניתן פטנט, המאפשר לבעליו למנוע מאותם גורמים לעשות שימוש במוצרים אלה. ההשלכות של מצב דברים כאמור עלולות להיות קשות ביותר. חשיפת פטנט, המתנגש עם מוצר שכבר נמצא בתהליך של פיתוח או ייצור, עשויה להוביל לעצירה של פרויקטים שהושקעו בהם משאבים עצומים (גם משאבים של המדינה, באמצעות המדען הראשי). כמובן שהדבר עלול לדחוק את התברות גם למצב של אי יכולת לעמוד בהתחייבויות חוזיות, מול גורמים בישראל ובחו"ל, לרבות ממשלות זרות.

7. עד היום לא התממש במלואו פוטנציאל הנזק האמור, מכיוון שבפועל ארעו רק מקרים מעטים שבהם הוסר צו הגבלת פעולות במהלך התקופה שבה עדיין עשויות לקום למבקש הפטנט זכויות כלפי צדדים שלישיים מכוח הפטנט.

8. בנוסף, ההסדר הקבוע בחוק אף מביא לאפליה לרעה של התעשייה הישראלית לעומת התעשייה הזרה. מקום בו מוסר צו הגבלת פעולות מבקשת פטנט, וניתן פטנט בישראל, מנועה התעשייה הישראלית מעשות שימוש, בישראל, באמצאה נשוא הפטנט, לרבות בדרך של ייצור לשם ייצוא לחו"ל. לעומת זאת, התעשייה הזרה, הפועלת מחוץ לישראל, אינה מנועה מעשות שימוש בחו"ל באותה אמצאה; זאת, מכיוון שמבקש הפטנט הישראלי היה מנוע, מכוח החוק, מהגיש בקשה לרישום פטנט מקביל בגין האמצאה בחו"ל. אם יבקש לרשום פטנט בגין

האמצאה בחו"ל לאחר שהוסר צו הגבלת הפעולות, בדרך כלל לא יעלה בידו לעשות זאת (שכן ניתן יהיה לצטט כנגד בקשת הפטנט בחו"ל פרסומים קודמים שפורסמו במשך השנים שבהן היה צו הגבלת הפעולות בתוקף). דהיינו, ההסדר הקבוע בחוק יוצר חסם לתעשייה הישראלית בלבד, ומציב אותה בעמדת נחיתות לעומת מתחרותיה בחו"ל.

9. שימורו של הסדר המפלה את התעשייה הישראלית לרעה, ופוגע בתחרותיות שלה בעולם, אינו עולה בקנה אחד עם המדיניות הממשלתית הנוהגת, המבקשת לשפר את התחרותיות של התעשייה הישראלית, למשל באמצעות השקעת משאבים על ידי המדען הראשי במשרד התמ"ת.

### הצעת החוק – החרפת הבעיה

10. במסגרת הצעת החוק מוצע לתקן את ההסדר בעניין אמצאות בטחוניות בשלושה היבטים מרכזיים: **האחד** – שינוי ברירת המחדל בנוגע למשך תוקפו של צו הגבלת פעולות, באופן שתוקפו של צו ייקצב מראש (לתקופות של שנתיים, הניתנות להארכה), והוא לא יוארך אלא אם תינקט על ידי המדינה פעולה אקטיבית לשם כך; **השני** – קביעת מנגנון לבחינה על אתר של הכשירות לפטנט של האמצאה המתוארת בבקשת הפטנט. הבחינה תעשה עם הוצאת הצו להגבלת פעולות, ועוד לפני השלב בו הבקשה לפיצוי בגין צו הגבלת הפעולות נדונה בפני הועדה; **השלישי** – שינוי הרכבה של הועדה והפיכתה מגוף שיפוטי לגוף מינהלי, תוך מתן אפשרות למבקש הפטנט החולק על החלטת הועדה להגיש תביעה בעניין לבית המשפט המחוזי (למיטב הבנתנו, בעקבות הדיון בהצעת החוק בפני ועדת חוקה, חוק ומשפט מיום 27.2.2012, צפוי תיקון של הצעת החוק בהיבט זה, באופן שהועדה לא תוחלף בגוף מינהלי).

11. הצעת החוק כוללת הוראת מעבר לפיה, לגבי בקשות שהוטל עליהן צו הגבלת פעולות לפני יום התחילה של התיקון לחוק, יראו את יום התחילה כיום מתן הצו. כתוצאה מכך, במהלך השנתיים שלאחר יום התחילה של החוק, יידרש משרד הבטחון לבחון מחדש את כל צווי הגבלת הפעולות שניתנו לפני יום התחילה של התיקון לחוק.

12. **ראשית**, השינוי המוצע בכל הנוגע להיבט הראשון, בשילוב עם הוראת המעבר, מעוררים חשש ממשי לפגיעה קשה בצדדים שלישיים, בעתיד הקרוב. יש להניח כי כתוצאה מבחינה מחודשת זו יוסרו צווי הגבלת פעולות מבקשות פטנט שעד היום לא נודע עצם קיומן. בקשות אלו – אם יבשילו לכדי פטנטים רשומים – עלולות להמיט חורבן על פרויקטים שהושקעו בהם משאבים אדירים, במשך שנים רבות, תוך פיתוח עצמאי של טכנולוגיות. הדבר עלול לפגוע ביכולתן של חברות הנמנות על התעשייה הישראלית לעמוד בהתחייבויותיהן לאספקת מוצרים ושירותים ללקוחות בישראל ובחו"ל, ולהסב להן, בנוסף לפגיעה העסקית הישירה, גם נזק משמעותי למוניטין שבנו בעמל רב.

13. אמנם, לאחר הסרת צו הגבלת הפעולות ופרסום בקשת הפטנט, באפשרותם של צדדים שלישיים להתנגד למתן הפטנט. עם זאת, אין בכך כדי לרפא את הפגיעה הנגרמת לצדדים שלישיים מקום בו הם מתוודעים לקיומה של בקשת פטנט, לרישום אמצאה שהינה כשירה להגנת פטנט, שהיתה רדומה במשך שנים, ואשר מגבילה את חופש הפעולה של אותם צדדים שלישיים ביחס למוצרים שהושקעו בפיתוחם משאבים רבים. אין שום סיבה שצדדים שלישיים אלו, שפעלו בתום לב ותוך הסתמכות על היעדר רישומם של פטנטים יחויבו לעצור פעילות ויישאו בנזקים הכרוכים בכך.

14. בנוסף, גם במקרה בו יש בסיס של ממש להתנגדות, בפועל, האפשרות להתנגד למתן הפטנט בנסיבות אלה היא מוגבלת ביותר. זאת, מכיוון שבהליכי ההתנגדות נדרש המתנגד להראות כי האמצאה לא היתה חדשה או לא היתה בה התקדמות אמצאתית במועד בו הוגשה בקשת הפטנט. הוכחת טענות מעין אלה, כאשר מאז מועד הגשת בקשת הפטנט חלפו שנים רבות, היא משימה קשה ביותר.

15. **שנית**, כאמור, בהתאם להסדר המוצע, יוטלו צווי הגבלת פעולות לתקופות בנות שנתיים. בנוסף, ניתן יהיה להאריך את משכו של צו להגבלת פעולות לתקופות נוספות בנות שנתיים, ללא הגבלה ביחס למשך המצטבר של תקופת הצו. לפיכך, עדיין קיימת האפשרות לכך שבקשת פטנט תעלם מעינו של הציבור, בעטיו של צו הגבלת פעולות שניתן – וזאת למשך שנים, וכנראה שנים רבות. כאשר בקשה זו תיחשף, לאחר שיסתיים תוקפו של הצו, היא עלולה לגרום לפגיעה בצדדים שלישיים שניהלו את ענייניהם, בלא כל ידיעה עליה.

16. ברי, אם כן, כי ההסדר המוצע מעורר קשיים מהותיים. בהיבט המשפטי-חוקתי, מדובר בהסדר בעייתי ביותר. יש בו פגיעה בלתי מידתית בזכויות היסוד לקניין של צד שלישי תם לב, שפיתח בהשקעות מסיביות ובאופן עצמאי טכנולוגיה, והוא עלול להידרש לחדול מלהשתמש בה או לשלם, בגין המשך השימוש, תשלום לגורם שלא תרם לו דבר. גם חופש העיסוק של אותו צד שלישי ויכולתו להתחרות בשוק, עלולים להפגע. כתוצאה מן המנגנון הקבוע בהסדר (הקיים והמוצע), פעולות שבוצעו על ידי צדדים שלישיים בהיותן חוקיות, הופכות באחת, ולמפרע, לבלתי חוקיות. גם בהיבט הכלכלי-עסקי, מדובר בהסדר בעייתי ביותר. כמפורט לעיל, ההסדר המוצע פוגע בוודאות המסחרית, יוצר אפליה קשה ופסולה בין התעשייה המקומית לתעשייה הזרה, ועשוי להסב נזק עצום לצדדים שלישיים.

### **הפתרון המוצע**

17. אלביט סבורה, כי יש לכלול בחוק אמצעים הכרחיים שיקטינו את הפגיעה בצדדים שלישיים וירככו את אי המידתיות הכרוכה בו. פיתרון מאוזן ומידתי, הינו החלת הסדר המאפשר - למי אשר במועד שקדם לכל הפחות ב-12 חודשים למועד הסרת הצו להגבלת פעולות ופרסום בקשת הפטנט, היה מנצל בתום לב בישראל את האמצאה שעליה מבוקש הפטנט - או שבאותו תאריך עשה בתום לב הכנות ממשיות לניצולה, לנצל אותה אמצאה בעצמו ובמהלך עיסוקו ללא תמורה.

18. הסדר ברוח זו ועל בסיס רציונל זהה, קבוע בסעיף 53 לחוק, המאפשר למי שבתאריך הגשת בקשה לרישום פטנט היה מנצל בתום לב בישראל את האמצאה שעליה מבוקש הפטנט, או שבאותו תאריך עשה בתום לב הכנות ממשיות לניצולה, לנצל אותה אמצאה בעצמו ובמהלך עיסוקו ללא תמורה. הסדר זה מכיר בזכותו של מי שפיתח מוצר או תהליך בתום לב ובאופן עצמאי, בעת שטרם ניתן פטנט ואף טרם פורסמה בקשת פטנט, להמשיך במהלכו ללא התערבותו של בעל הפטנט שניתן מאוחר יותר.

19. הסדר דומה קבוע גם בסעיף 63 לחוק, הקובע כי מי שהחל לנצל בישראל אמצאה שהפטנט עליה פקע לאחר שדבר פקיעת הפטנט פורסם, או מי שלאחר אותו תאריך עשה הכנות ממשיות לניצולה, זכאי להוסיף ולנצל את האמצאה לצרכי עסקו בלבד, גם לאחר שהוחזר הפטנט לתקפו.

20. הסדרים אלו מבטאים איזון ראוי – איזון שיש לאמצו גם בהקשר של אמצאות בטחוניות.

21. במסגרת דיוני ועדת חוקה, חוק ומשפט הועלתה על ידי הייעוץ המשפטי לוועדה האפשרות "להגדיר את זה כמעין רישיון כפייה", המקנה לבעל הפטנט "פיצויים כאילו היו מגיעים להסכם". אלביט סבורה, כי הפיתרון של רישיון כפייה בתשלום אינו יכול, ואף אינו ראוי, להיות מיושם בענייננו:

21.1 **ראשית**, פתרון זה אינו נותן משקל כלשהו לעובדה שהצד השלישי פעל בתום לב, וכי לא ניתנה לו כל התראה – למשל, בהיעדר פרסום בקשת פטנט – על איום צפוי לעסקיו. כאמור, בנסיבות מעין אלו המחוקק כבר הביע את עמדתו, בחוק הפטנטים, כי האיזון הראוי מתייב מתן זכות שימוש ללא

תמורה, במתכונת הקבועה בסעיפים 53 ו-63 לחוק הפטנטים. אין סיבה לחרוג מנוסחת איזון זו בענייננו.

בענייננו, הדברים חלים בבחינת קל וחומר בכל הנוגע לאינטרס ההסתמכות של צד שלישי. המחוקק סבר, כי למרות האפשרות של בעל פטנט שפקע להחזירו לתוקף, יש להעדיף את אינטרס ההסתמכות של הצד השלישי ולא לחשוף אותו לתשלום פיצויים או תמלוגים כלשהם לבעל הפטנט. ודאי שזו התוצאה הצודקת בענייננו, כאשר לצד השלישי אין כל אפשרות לדעת או לצפות את הופעתו של פטנט עתידי, תיאורטי ובלתי מוגדר בהיקפו.

21.2

**שנית**, הפתרון של רישיון כפייה עומד בסתירה להתחייבויותיה של מדינת ישראל בהסכם טריפס. סעיף 31 להסכם טריפס מורה, כי אם ניתן רישיון כפייה, הוא יהיה כפוף, בין היתר, לתנאי כי השימוש המורשה יוגבל בעיקר לאספקת צרכי השוק המקומי. כידוע, בהתאם לאמור לעיל, הוסף לחוק הפטנטים במסגרת התיקון המיישם את הוראות הסכם טריפס סעיף 123 המורה כי "רישיון לפי פרק זה [הפרק שעניינו רישיונות כפייה] יינתן בעיקר לאספקת צרכי השוק המקומי". חלק גדול מפעילות הייצור של התעשיות הביטחוניות בישראל מכוון לייצוא. גם בשל כך – לאור המגבלה שעניינה הגבלת השימוש בעיקר לאספקת צרכי השוק המקומי – רישיון, אשר במהותו הינו רישיון כפייה, אינו יכול לספק מענה אמיתי לבעיה שעל הפרק.

21.3

**שלישית**, מדובר בפתרון בלתי מתקבל על הדעת מבחינה מסחרית. החברות בתעשייה הביטחונית הישראלית – הפועלות ממילא בסביבה של תחרות עזה, הן בינן לבין עצמן והן מול התעשייה הבטחונית בחו"ל – אינן יכולות לנהל ולתמחר פרויקטים תחת ההנחה כי לכל פרויקט ופרויקט יש לתמחר עלות נוספת, שביחס אליה הכל הוא בבחינת ספקולציה: האם יינתן פטנט? איזה פטנט יינתן? ומה היקפו? מה שיעור התמלוגים שיידרש בגין שימוש בכל פטנט? מה גובהה של העלות הכוללת (שכן באופן תיאורטי יכולים להיות מספר פטנטים החלים על מוצר אחד)? מה יהא המועד שבו יידרש התשלום? וכיו"ב. מעבר לחוסר האפשרות בעריכת תוכניות עסקיות, ובניהול תעשייה ועסקים, על יסוד חישוב ספקולטיבי מסוג זה, הוספת עלות כזו לתמחור תשלול מן החברות הישראליות את היכולת להתחרות בחברות זרות.

21.4

**רביעית**, הפתרון של רישיון כפייה בתשלום אינו מתאים לענייננו גם לאור שיקולים פרקטיים מסחריים-עסקיים. בהקשר של פטנטים בגין אמצאות בטחוניות, בתעשייה הבטחונית הישראלית שבה מספר השחקנים הוא מצומצם ביותר, כמעט תמיד יעמדו משני צידי של המתרס חברות שהינן מתחרות ישירות. במהלך העניינים הרגיל, על החברה מקבלת הרישיון, החייבת בתשלום תמלוגים, למסור לבעלת הפטנט דיווחים ביחס למהות ולהיקפי השימוש שהיא עושה באמצאה הנתבעת בפטנט. מידע כאמור נועד לאפשר לבעלת הפטנט לבחון האם מקבלת הרישיון אכן עומדת בחובת תשלום התמלוגים. ואולם, בנסיבות בהן החברות הינן מתחרות ישירות, אין זה מתקבל על הדעת כי חברה א', מקבלת רישיון הכפייה, תידרש לחשוף בפני חברה ב', בעלת הפטנט, מידע ביחס להתקשרויותיה, מוצריה, היקפי הפעילות שלה וכיו"ב.