

ע"א 2167/16
וערעור שכנגד

בבית המשפט העליון בירושלים
בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

Sanofi

ע"י ב"כ עו"ד ליעד וטשטיין
מדרך בן גוריון 1, מגדל ב.ס.ר. 2, בני ברק, 5120149
טל': 073-7880882 ; פקס : 073-7880883

המערער
והמשיבה בערעור שכנגד

נ ג ד

אוניפארם בע"מ

ע"י ב"כ עוה"ד עדי לויט, דבי קאזיס ודרור שטרום
מרח' ברודצקי 43, תל אביב, 69052
טל': 03-5100505 ; פקס : 03-5100606

המשיבה
והמערער בערעור שכנגד

היועץ המשפטי לממשלה

באמצעות ב"כ מפרקליטות המדינה
מרח' קרית המדע 5, בניין B3, הר חוצבים, ירושלים
טל': 02-6362017 ; פקס : 02-6362050

המתייצב בהליך

עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה

בהמשך להודעת היועץ המשפטי לממשלה על התייצבותו להליך זה מתכבד היועץ המשפטי לממשלה להגיש לבית משפט נכבד זה את עמדתו, כדלקמן :

תמצית העמדה

1. היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי נכון להכיר בעילת תביעה לסעד של השבה או שלילת רווחי המפר מכוח דיני עשיית עושר בגין הטעיה בפרט מהותי או אי גילוי מידע מהותי, ביחס לכשרות האמצאה וזאת תוך הפרת הוראות דיני הפטנטים. יחד עם זאת סבור היועץ המשפטי לממשלה כי יש להגביל עילה זו רק למקרים בהם ההטעיה או אי הגילוי נעשו במכוון ובידיעה כי אין בבקשה שהוגשה כדי לעמוד בדרישות החוק. כמו כן, ייתכן שתקום עילת תביעה כאמור בעקבות ניצול מעמד מונופוליסטי לרעה מכוח דיני ההגבלים העסקיים, אם בעל הפטנט הוא גם בעל מונופולין בשוק ספציפי הקשור לאותו פטנט, ואם לפי מבחן אובייקטיבי התקיים ניצול כאמור. בשני המקרים, התובע יהיה זכאי רק לאותו חלק ברווחי המפר, אשר יראה כי בא על חשבוננו. החשיבות של תיחום העילה בעשיית עושר ולא במשפט ויצירת קווים מנחים ברורים נובעת מן הצורך בפיתוח

מנגנונים ראויים להרתעת בעלי פטנטים מפני פגיעה שלא-כדין בתחרות החופשית, תוך הפרת חוק, יחד עם שימוש זהיר ומושכל במנגנונים אלה על מנת שלא תתקיים הרתעת יתר. המנגנונים האמורים עשויים לקבוע נקודת איזון חדשה במערכת היחסים שבין חברות המקור לחברות הגנריות ובין לבין רשם הפטנטים ואף מכאן הזהירות המתחייבת. תנאים נוספים יפורטו בהמשך.

2. נקודת המוצא העובדתית לדיון בסוגיות חשובות אלו היא קביעותיו של בית המשפט קמא, לפיהן מסרה המערערת ביודעין מידע שגוי לרשם וכן נמנעה מלגלות מידע מהותי בבקשה לרישום פטנט, וכי מעשיה אלה קשורים סיבתית לרווח שהפיקה המערערת. בכל הנוגע לתחולתו של סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים התשמ"ח-1988 (להלן: "**חוק ההגבלים העסקיים**"), עמדה זו מבוססת גם על הקביעה העובדתית בדבר היותה של סאנופי בעלת מונופולין במובן סעיף 26 לחוק האמור.

3. השאלה העיקרית המונחת לפני בית משפט נכבד זה הן האם מערכת עובדתית זו מייצרת גם עילת תביעה בדיני עשיית עושר ולא במשפט למתחריו של מבקש הפטנט, בנוסף לכלים המשפטיים שבידי הרשם או בית המשפט, שהוקנו להם בחוק הפטנטים? ולבסוף יש לבחון האם זכאי התובע למלוא הרווח שהפיק מבקש הפטנט או רק לחלק מהרווחים - אלה שהופקו על חשבוננו?

4. היועץ המשפטי לממשלה רואה חשיבות רבה לדיון בסוגיות אלו, וזאת נוכח השלכותיה של הפסיקה החדשנית של בית המשפט קמא על האיזון העדין הקבוע בין צבר האינטרסים הכלכליים והציבוריים הנוגע לתחום הפטנטים בכלל ולשוק התרופות בפרט.

5. ודוק, פסיקתו של בית המשפט קמא פוסעת בשבילים משפטיים חדשים וחדשניים, בארץ, וכפי שנראה בהמשך - לגבי חלק מהשאלות - גם בעולם. לכך עשויה להיות השפעה ממשית על האיזון האמור, כפי שבחר המחוקק להסדירו, ועל הסדרת היחסים בין "השחקנים" השונים ובין לבין הרגולטורים השונים. כך, ככלל ובפרט, כשבענייננו עסקינן בשוק התרופות. ראוי לציין בעניין זה את דבריו של בית המשפט קמא:

"...האיזון שבין השיקולים המתנגשים הוא לא רק סבוך, אלא גם רב חשיבות, מאחר שעל שולחן הניתוח המשפטי מונח הנעלה שבאינטרסים - בריאות הציבור.

...

"התביעה שלפני מעוררת את השאלה ההפוכה: מה הן המגבלות המוטלות על חברת תרופות אתית במאבקה למנוע, ולמצער לעכב, את כניסת המתחרים הגנרים לשוק. מבחינת האינטרס הציבורי קשה להפריז בחשיבותה של שאלה זו. כאמור, השאיפה לאפשר כניסה מהירה וחלקה של חלופות גנריות היא לא רק אינטרס (פרטי) של החברות הגנריות. אלא גם אינטרס (כללי) של המדינה,

קופות החולים וכל אזור ותושב במדינה. המודעות בארץ ובעולם לחשיבות שיש לייחס להטלת מגבלות אפקטיביות על טקטיקות פסולות מצד החברות האתיות הולכת וגוברת. אין זה אלא ענין של זמן עד שבתי המשפט יידרשו להתוות את קו הגבול שבין המותר לבין האסור, לא רק מצדו הגנרי של המתרס, אלא גם מצדו האתי. תביעה זו היא, אם כך רק בגדר היורה, ואולם החורף בוא יבוא... " (ההדגשה לא במקור – ל.פ.).

6. לאור חדשנותן של הקביעות והשפעתן על מערכת האיזונים המורכבת הקבועה בדיני הפטנטים, סבור היועץ המשפטי לממשלה, כי בבוא בית המשפט הנכבד לפסוע באותם שבילים חדשניים, עליו לנקוט במשנה זהירות.

7. להלן יפרוש היועץ המשפטי לממשלה את עמדתו, וזאת ייעשה באופן הבא -

ראשית, יוצגו האינטרסים השונים הנוגעים לדיני הפטנטים, חובות הגילוי והאופן שבו מכווין המחוקק את התנהגויות "השחקנים" השונים בשוק אגב בקשות לרישום פטנט, ואת האיזונים שהמחוקק ביקש ליצור ביניהם.

שנית, ייבחן השינוי הנובע מפסיקתו של בית המשפט קמא והשפעותיו על התנהלות "השחקנים" השונים מול רשם הפטנטים וזה מול זה, תוך בחינת השפעות אלו על האינטרס הציבורי שדיני הפטנטים מבקשים לקדם.

שלישית, יוצג בתמצית הדין הנוהג בעולם ביחס לשאלה העומדת לדיון.

רביעית, תובא עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה באשר לאיזונים המתאימים והראויים בתחום זה.

חמישית, תידון בקצרה העילה בדבר ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי לפי דיני ההגבלים העסקיים.

תכליות, חובות גילוי והסדרת התנהגות בתחום דיני הפטנטים

8. תכלית דיני הפטנטים היא בקידום ההתפתחות הטכנולוגית, תוך איזון בין הזכות הקניינית שמעניק החוק לבין אינטרס הציבור בחופש התחרות ובחופש העיסוק, איזון המושג, בין היתר באמצעות המגבלה שקובע המחוקק על תקופת ההגנה והבלעדיות שניתנת לבעל הפטנט (רע"א 6025/05 Merck & Co. IncMerck, Sharp & Dohme (Israel 1996) Ltd נ' טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ, פסקאות 19-20 לפסק דינה של כבוד השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 19.5.2011) (להלן: "עניין מרק").

9. בתחום התרופות, איזונים אלה באים לידי ביטוי בדמות אינטרס הציבור בתמרוץ פיתוח של תרופות חדשות ולהשלמת הפיתוח של תרופות קיימות וכן בציפיית חברות תרופות המקור לקבל הגנה קניינית על אמצאות כשירות לפטנט אשר השקיעו רבות בפיתוחן, לרבות גרסאות מתקדמות והיבטים חדשים של התרופה. בנוסף, אינטרס הציבור והמדינה, המעניקה מימון ציבורי לתרופות, הוא בהוזלה של מחירי התרופות. ולבסוף, מתקיימים גם האינטרסים הכלכליים של החברות הגנריות בכניסה לשוק מוקדם ככל שניתן, על מנת לתפוס נתח שוק גדול ככל האפשר לפני שמחיר התרופה מתקבע כמחיר השוק המשוכלל. ייחודו של תחום התרופות, בא לידי ביטוי באפשרות לקבל תקופת הגנה נוספת מעבר לעשרים שנים בשל הליכי אישור ארוכים לשיווק תרופות.

10. בבסיס הענקת הזכות לבלעדיות מונחת הדרישה להתפתחות טכנולוגית חדשה שיש בה התקדמות המצאתית (כשירות לפטנט), שאם לא כן, אין הצדקה להעניק זכות בלעדית לטכנולוגיה ידועה או לכזו המובנת מאליה מן הידע הקיים. החידוש וההתקדמות ההמצאתית נבחנים ביחס לידע הקיים בתחום האמצאה בעת הגשת הבקשה לפטנט, וזאת באמצעות איתור וניתוח של פרסומים קודמים, כגון פטנטים או מאמרים בכתבי עת מדעיים, אשר פורסמו בישראל או מחוצה לה לפני המועד האמור.

11. בסיס נוסף להצדקה להענקת הזכות הוא, כי הידע ניתן יהיה לניצול בידי הציבור בתום תקופת הבלעדיות. לפיכך, נדרש כי גילוי האמצאה במסגרת מסמכי הפטנט יהיה מלא ומספק (דרישת "דיות התיאור"), ויאפשר לבעל מקצוע ממוצע בתחום לבצע את האמצאה (סעיף 12 לחוק הפטנטים תשכ"ז-1967, (להלן: "**חוק הפטנטים**"), וראו גם Festo Corp. v. Shoketsu Kinzoku Kogyo Kabushiki Co. (535 U.S. 722) (Festo VIII). כמו כן, על מסמכי הפטנט לכלול תיאור תמציתי של הידע הקודם בתחום האמצאה (תקנה 20 לתקנות הפטנטים (נוהלי הרשות, סדרי דין, מסמכים ואגרות) תשכ"ח-1968, (להלן: "**תקנות הפטנטים**")). תיאור האמצאה חייב להיות ברור ומדויק וללא ערפול או דו משמעות, באופן שידרוש מבעל המקצוע ניסיונות וניסויים ממושכים בדרך למימוש האמצאה (ת.א. Eli-Lilly 2478/87 נ' אביק, פורסם בנבו, 4.9.1989). כמו כן, על תביעת הפטנט להגדיר באופן ברור ותמציתי את היקף האמצאה המוגנת, וזאת בהתבסס על המידע המובא בפירוט הפטנט (סעיף 13 לחוק הפטנטים).

לאור זאת, במסגרת בחינת הבקשה לפטנט, בודק רשם הפטנטים, מלבד דרישות הכשירות לפטנט, כי מולאה חובת הגילוי במסגרת תיאור בקשת הפטנט וכי התביעות אינן מוגדרות בהיקף רחב יותר

מהיקף ההגנה שניתן לקבל, בהתבסס על תיאור הבקשה והידע הקודם בתחום האמצאה.

12. ניתן גם לבסס את חובת הגילוי המלא, הנובעת מדרישת דיות התיאור, על עקרון כללי של המשפט המנהלי לפיו בבוא אדם לבקש, כי רשות מנהלית תעניק לו דבר מה (כגון זכות או רישיון), עליו לספק את מלוא התשתית העובדתית שתבסס את זכותו לקבל את אותו דבר מהרשות, בפרט כאשר בקשתו לזכות בלעדיות מגבילה צדדים שלישיים.

13. חשיבותו של המרשם ובעניינו מרשם הפטנטים הינה ידועה וברורה. המרשם הוא המכונן את הזכות הקניינית בנכס, כלפי כולי עלמא ולפיכך אמינותו של המרשם היא יסודית ומכרעת, וכאשר מדובר בזכות קניין רוחני אשר לצורך ההגנה עליה נדרש רישום, המרשם יוצר את הנכס עצמו ולא רק את אופיו הקנייני.

14. לצד הדרישה לדיות התיאור וחובות הגילוי הכלליות שהיא מטילה, קיימת בסעיף 18 לחוק הפטנטים חובה ספציפית למסור לרשם הפטנטים מידע על ידע קודם, וכן חובת עדכון לגבי הידע הקודם הידוע למבקש עד לקיבול בקשת הפטנט (סעיף 18א לחוק הפטנטים). שני פרטי המידע העיקריים הם רשימה של הפרסומים הקודמים הידועים למבקש ורלוונטיים לאמצאה, וכן רשימה האסמכתאות שצוטטו על ידי רשויות פטנטים במדינות אחרות במסגרת בחינת בקשת הפטנט המקבילה באותן מדינות. גם מסמכים אלה משמשים את רשם הפטנטים בהליך בחינת כשירות הבקשה לרישום כפטנט.

15. סעיף 18 לחוק הפטנטים קובע, כי במקרה שמבקש פטנט מסר פרט מטעה או לא ביצע ביודעין את המוטל עליו לפי סעיף 18א לחוק הפטנטים, רשאי רשם הפטנטים או בית המשפט לא לתת את הפטנט, להורות על קיצור תקופת תוקפו של הפטנט או להורות על מתן רישיון כפיה, ובית המשפט רשאי אף להטיל קנס על מבקש הפטנט. יצוין, כי טרם חקיקת סעיף 18 לחוק הפטנטים קבעה הפסיקה, כי לרשם הפטנטים סמכות לבטל את הפטנט כולו מכוח עקרון תום הלב, כאשר הופרה חובת הגילוי האמורה בסעיף 18 לחוק הפטנטים (ת"א (נצ') 14/92 **פלסאון מפעלי מעגן מיכאל בע"ב נ' פרדי פריינט** (פורסם בנבו, 26.8.1993)). למען שלמות התמונה יצוין, כי סעיפים 184-185 לחוק קובעים, כי כאשר תביעות הפטנט הן חמדניות ונוסחו שלא בתום לב, יש להתחשב בכך בעת בחינת ההפרה ובעת קביעת הפיצוי בגינה.

16. חוק הפטנטים מסדיר לא רק כיצד על מבקש הפטנט לפעול אל מול רשם הפטנטים, אלא גם כיצד רשאי לפעול צד שלישי המעוניין לנקוט בפעולות ביחס לבקשת פטנט. בראשן עומדת הזכות

להתנגד למתן הפטנט לאחר קיבולו, וכן מוסדרים במסגרת החוק שני מנגנונים המאפשרים לצד שלישי לנקוט בפעולות עוד בטרם קיבול הבקשה: בקשה להקדמת בחינת הבקשה לפטנט והאפשרות להגיש לרשות מסמכים עצמאיים מטעם מי שאינו המבקש. שני מנגנונים אלה נותנים בידי צד שלישי כלים להתערב בהליך בחינת הבקשה וכך הם מאפשרים למזער סיכוני "השקות בסיכון" כפי שתוארו בפסק דינו של בית המשפט קמא.

17. בנוסף, להוראות חוק הפטנטים השלכה מכרעת על התנהגויות השחקנים בשוק. חוק הפטנטים, המעניק את הזכות למנוע מכל אדם לנצל את האמצאה המוגנת בפטנט, לתקופת זמן מוגדרת, מפרט מה הן הפעולות המהוות הפרת הפטנט ומה הם הסעדים, אשר יינתנו לבעל פטנט שזכותו הופרה. בכך, מכווין חוק הפטנטים את התנהגות כלל המתחרים בשוק המבקשים לפעול כדין ולהמנע מהפרת הפטנט.

18. ביחס לתקופה שלפני מתן הפטנט קובע חוק הפטנטים, כי הזכות לפיצוי בגין הפרתו תקום רק לאחר מתן הפטנט, וזאת גם בדיעבד ביחס לניצול אמצאה שנעשה בתקופה שבין פרסום קיבול הבקשה לבין מתן הפטנט. אמנם, לא ניתן לקבל צו מניעה נגד מתחרה פוטנציאלי בעת בחינת הבקשה לפטנט (סעיפים 25, 26 ו-34 לעניין מרק), אך לאחר מתן הפטנט רשאי בעליו לתבוע "תמלוגים סבירים" בגין ניצול אמצאה בתקופה שמיום פרסום הבקשה לפטנט לפי סעיף 16א לחוק הפטנטים ועד ליום פרסום קיבולה על ידי הבוחן (סעיף 179 וסעדים נוספים מכח סעיף 183 לחוק הפטנטים). כלומר, עצם היותה של הבקשה תלויה ועומדת אינה מונעת את כניסתם של מתחרים אחרים, וההחלטה האם להסתכן כי יקבע בדיעבד שהפרו את הפטנט היא פועל יוצא של ניהול סיכונים עסקי. בהתאם לכך, למידע המגולה בבקשת הפטנט ישנה השלכה על התנהגות השחקנים הרלוונטיים. הצדדים השלישיים חשופים לכל המידע שמגלה מבקש הפטנט לבוחן במהלך הבחינה ובהתאם לכך הם יכולים לכלכל את צעדיהם.

19. מערך אחר של דינים המסדיר את היחסים בין "שחקנים בשוק", בנסיבות מסויימות, הוא מערך דיני ההגבלים העסקיים, אליו יתייחס היועץ המשפטי לממשלה בנפרד בהמשך.

הכרעת בית המשפט קמא והשלכותיה

20. בית המשפט הנכבד קמא כינה את התקופה בה בקשת הפטנט תלויה ועומדת "תקופת ההשקה בסיכון" וקבע, כי "התמריצים של חברות גנריות לבצע השקה בסיכון הם חלקיים בלבד, ואין בהם מענה מספק לתמריצים שיש לחברות האתיות להאריך את תקופת הפטנט באמצעים מלאכותיים". נדמה, כי עיקרו של פסק דינו של בית המשפט קמא והרציונאל שעליו הושתת, נעוץ בקביעה זו. בית

המשפט קמא סבר, כי יש להרתיע את חברות תרופות המקור מפני הפגיעה בתחרות בדרך של יצירת מצגים מטעים. בקביעותיו החדשניות בהקשר זה לא הניח, בכל הכבוד, גבולות ברורים שימנעו תוצאה של "הרתעת יתר", על כל ההשלכות והסיכונים הטמונים בה.

21. בית המשפט קמא קבע, כי המערערת פעלה שלא כדין בשניים:

א. מסירת מידע מטעה לרשם הפטנטים: הסתמכות על Ex.1 כדוגמא להכנת Form 2 ובשל כך הסתמכות על דין קדימה שכולל דוגמא זו בלבד, למרות שידעה כי Ex.1 לא מביא ליצירת Form 2 בסביבה סטריילית, ובעוד שכדי ליצור את Form 2 נדרש שלב נוסף (שהודגם בדוגמאות האחרות בבקשה).

ב. העלמת מידע מרשם הפטנטים: העלמת מידע על הדרך שבה התגלה Form 2 שיש בה, לפי קביעתו של בית המשפט קמא, כדי להשליך על כשירות Form 2 לפטנט.

22. היועץ המשפטי לממשלה אינו מבקש להביע עמדה בעניין קביעות אלו, המערבות שאלות לא פשוטות של עובדה ומשפט.

23. בפסק דינו קבע בית המשפט קמא, כי הכלים המשפטיים המוקנים לרשם ולבית המשפט לפי חוק הפטנטים, כמתואר לעיל, אינם אמצעי אפקטיבי מספיק להרתעת מבקשי פטנט מפני מסירת מידע מטעה לרשם הפטנטים מקום שהם יודעים כי המידע מטעה ויש בו כדי להשפיע על תוצאות הבחינה, וכי יש מקום לסעדים נוספים במסגרת דיני עשיית עושר ולא במשפט (סעיף 81 לפסק הדין של בית המשפט קמא). עוד פסק בית המשפט קמא, כי המערערת הפרה את סעיף 29 לחוק ההגבלים העסקיים (שהפרתו היא עוולה בניזיקין, ראו סעיף 50 לחוק ההגבלים העסקיים), ומשכך ההכרה בעילה של עשיית עושר ולא במשפט ככלי להשבת רווחי המפר היא הוספה של סעד לעילה קיימת (סעיפים 90, 94 לפסק הדין של בית המשפט קמא). בנוסף, קבע בית המשפט קמא בהחלטתו, כי גם בהיעדר עילת תביעה מכוח החוקים האמורים, ניתן לבסס עילה בדיני עשיית עושר ולא במשפט גם מכוח "כלל התחרות" שנקבע בחקיקה שיפוטית (סעיף 95 לפסק הדין של בית המשפט קמא).

24. בית המשפט קבע בפסק דינו, כי המידע שהוסתר במקרה דנן היה מהותי, אך נראה כי הוא מסתפק באמירה שגילוי היה מקל על התנהלות ההליכים לפני הרשם או מביא לזירוז, מבלי לבחון אם המידע היה משפיע על תוצאת הליך בקשת הפטנט. בנוסף, ועל אף קביעתו העובדתית של בית המשפט, כי במקרה שלפניו הייתה ההטעיה חמורה ומכוונת, עשוי להשתמע מפסק הדין, כי

נכון להכיר בעילת תביעה על יסוד הפרת חובות מתחום דיני הפטנטים גם כאשר אי מסירת המידע לרשם או מסירת מידע שגוי, נעשו בטעות או ברשלנותו של מבקש הפטנט (ראו סעיף 76 לפסק הדין של בית המשפט קמא).

25. היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי לפסק הדין עלולות להיות השלכות רחבות על האיזונים שנקבעו לגבי שוק הפטנטים בכלל ותחום התרופות בפרט. ככל שמבקש פטנט יהיה חשוף לעילות תביעה נוספות ולסעדים כספיים נוספים, מעבר לסנקציות להן הוא כבר חשוף לפי חוק הפטנטים, כך עולה החשש כי המידע שיימסר לרשם במסגרת הבקשה לפטנט והליך הבחינה יהיה רחוק יותר מליבת האמצאה והליך בחינת הפטנט יהיה ארוך ומסורבל יותר. זאת ועוד, אם תוטל אחריות על מבקש פטנט גם כאשר פעל ברשלנות, יגדל הסיכוי כי מבקשי פטנט יעדיפו למסור מידע רב שאינו רלוונטי לבחינת כשירות האמצאה לרישום.

לגילוי מידע מהותי ישנן כאמור השפעות חיוביות, הן מבחינת מרשם הפטנטים, הן מבחינת טיוב הליך הבחינה והן מבחינת המתחרות הפוטנציאליות. אולם, הצפת הרשם במידע העולה על הנדרש עלולה לסכל השפעות חיוביות אלו ואף להסיט את תשומת הלב מליבת האמצאה.

26. "הצפת" הרשם במסמכים (בבחינת "אם יש ספק – אין ספק") עשויה להקשות על יעילות הבחינה ועל איכותה ולכל הפחות לעכבה. הצפת הרשם במידע העולה על הנדרש אף עלולה להקשות על מתנגד לרישום הפטנט למקד את טענותיו נגד כשירות האמצאה לפטנט או על בתי המשפט בבואם לבחון האם הופר הפטנט. נקדים את המאוחר בכל הנוגע לדיון במשפט המשווה ונציין כבר עתה כי כך למשל מלמד הניסיון במשפט האמריקני: כפי שנראה בהמשך, במשפט האמריקני נקבעה חובת גילוי למבקש רישום פטנט, אשר אי עמידה בה מביאה לכך שלא יהיה ניתן לאכוף אותו, וכן במקרים מסוימים חושפת את מבקש הפטנט גם לתביעה אזרחית. בתי המשפט קבעו סטנדרט נמוך יחסית לאי העמידה בחובת הגילוי. סטנדרט נמוך זה, והאפשרות לתביעה אזרחית הביאו להצפה של רשם הפטנטים במסמכים בעת הגשת הבקשה, כדי לוודא שחובת הגילוי מתממשת ולהימנעות השלכות שליליות. ראו דיון בהשלכות שליליות אלו בפסקה 4 לפסק דינו של כב' השופט RADER בעניין (Therasense, Inc. v. Becton, Dickinson & Co., 649 F.3d 1276 (Fed. Cir. 2011)). יוער כי פסק הדין Therasense הגדיר מחדש מהי אי עמידה בחובת הגילוי וכלל בה גם יסודות של כוונה ומטריאליות של המידע, והינו פסק הדין המנחה בעניין זה:

"While honesty at the PTO is essential, low standards for intent and

materiality have inadvertently led to many unintended consequences, among them, increased adjudication cost and complexity, reduced likelihood of settlement, burdened courts, strained PTO resources, increased PTO backlog, and impaired patent quality. This court now tightens the standards for finding both intent and materiality in order to redirect a doctrine that has been overused to the detriment of the public."

המצב המשפטי בעולם לעניין תוצאות מסירת מידע מטעה לרשם הפטנטים

27. דרישת "דיות התיאור" היא אוניברסלית ומוסדרת בחקיקה ברחבי העולם, והיא נובעת כאמור מתכליות דיני הפטנטים. במשרד הפטנטים האירופי (Article 83 and Rule 42 EPC), באנגליה ובקנדה חובות הגילוי נובעות ממנה.

28. באיחוד האירופי, ישנה פסיקה, הרלוונטית לדיון בעילה מכח דיני ההגבלים העסקיים, המתוארת גם בפסק דינו של בית המשפט קמא, לפיה הטעיה של משרד הפטנטים היא עילה להטלת קנס בידי רשויות ההגבלים העסקיים, אם מדובר בגוף שהוא בעל מעמד דומיננטי בשוק, ראו פסק דינו של בית המשפט הכללי בעניין Case T-321/05, AstraZeneca v Commission [2010] ECR II-2805 (להלן: "עניין AstraZeneca") ופסק דינו של בית המשפט לצדק Case C-457/10 P AstraZeneca v. European Commission (להלן: "פסק הדין בערעור AstraZeneca"), עליהם נפרט בהמשך. פסיקה זו, רלוונטית במיוחד לדיון בעילה מכוח דיני ההגבלים העסקיים, והיועץ המשפטי לממשלה יתייחס אליה בהמשך, במסגרת הדיון בדיני ההגבלים העסקיים בישראל במישור האזרחי במצב דברים זה.

29. לפי חוק הפטנטים האנגלי,¹ ניתן לבטל פטנט אם התיאור אינו מגלה את האמצאה באופן ברור ומלא שיאפשר את ביצועה של האמצאה. ביום 2.8.2017, ניתן באנגליה פסק דין בנסיבות דומות לענייננו בתביעה אזרחית של רשויות המדינה נגד מבקש פטנט, על ידי - High Court of Justice: The Secretary of State for Health v. Servier Laboratories [2017] EWHC 2006 (Ch). באותו מקרה, הנתבעת מסרה מידע כוזב לרשם הפטנטים ובנוסף חתמה עם מתחרות גנריות על הסכמים שהגבילו את התחרות. משרדי הבריאות באנגליה, סקוטלנד ועוד תבעו אותה בגין נזקים שנגרמו כתוצאה מפעולות אלו, בשלוש עילות – שתיים מהן עילות בדיני ההגבלים העסקיים והשלישית

¹ Patent law act 1977, s 72.

בעשיית עושר ולא במשפט (Tort of unlawful means). פסק הדין, אשר עסק בבקשה לסילוק על הסף של העילה השלישית קיבל את הבקשה.

30. בית המשפט, באותו מקרה, הניח כנקודת מוצא לדיון, כי הגם שאין באנגליה דוקטרינה של inequitable conduct, מסירת מידע כוזב מהווה מעשה המנוגד לדין לצורך הדיון בעשיית עושר ולא במשפט. בית המשפט ניתח את הפסיקה הקיימת באנגליה וקבע, כי בתביעה של א' נגד ב' בגין פעולה שלא על פי זכות שבדין שבוצעה כלפי צד שלישי, נדרש כי הפעולה תהווה פעולה בלתי חוקית כלפי הצד השלישי והיא בת-תביעה מצידו, ושהיתה כוונה לפגוע בתובע. פעולה בלתי חוקית היא כזו שמשפיעה על הצד השלישי בהתנהלותו מול התובע. לפיכך, פסק בית המשפט, כי הטעיה של רשם הפטנטים אינה עונה על התנאי הראשון מאחר שהטעית רשויות הפטנטים אינה משפיעה על התנהלות משרד הפטנטים האירופי מול התובעת.

31. עוד ציין בית המשפט, באותו מקרה, כי הכרה בתביעת רשויות הבריאות היתה מאפשרת תביעה דומה גם למתחרות גנריות, לחברות ביטוח רפואי, ואפילו לרשויות בריאות וחברות ביטוח בעולם שנגרמו להן נזקים. לשיטתו, הכרה זו מנוגדת לפסיקה לפיה יש לפרש עוולות מסחריות בצמצום ולהשאיר את ההכרעות בעניינים אלה למחוקק. בנוסף, ציין בית המשפט, שם, כי פטנט הוא זכות יציר החוק, ומערכת הפטנטים כפי שהיא מוסדרת בחוק משקפת את הכרעות המדיניות הרצויות בתחום. הכרה בעילה מתחום דיני היושר תפר את האיזונים שנעשו במסגרת החוק, בעוד שהמענה צריך להינתן במסגרת דיני התחרות, הדורשים כי הנתבע יהיה בעל מעמד דומיננטי בשוק הרלוונטי. העילות מכח דיני התחרות נותרו תלויות ועומדות ויתבררו במסגרת ההליך העיקרי, שם.

32. גם בקנדה לא מוכרת עילת תביעה אזרחית בעשיית עושר ולא במשפט במקרה הדומה למקרה שלפנינו. שם², בנוסף לעקרון הכללי בדבר דיות התיאור קובע סעיף 53 לחוק הקנדי, כי ניתן לבטל פטנט שכולל מידע מטעה או מידע חסר או עודף שנועד להטעות. עוד קובע הסעיף, כי כאשר הדבר נעשה בטעות, הפטנט לא יבוטל אלא יצומצם כך שהיקפו יהיה תואם את המידע הנכון. על פי החוק הקנדי בקשת פטנט נחשבת כבקשה שנזנחה אם המבקש לא עונה למכתב הבוחן בתום לב בתוך פרק הזמן הקבוע בחוק. אולם, הפסיקה שם קבעה, כי לא ניתן לבטל בדיעבד פטנט בגין מענה שלא בתום לב במהלך בחינת הפטנט (ראו: Corlac Inc. v. Weatherford Canada Inc., 2011 FCA 228).

² Patent Act, R.S.C., 1985, c P-4, s 53.

לעניין עילה המבוססת על דיני עשיית עושר ולא במשפט, במקרה של ניצול לרעה של שיטת הפטנטים, יצוין, כי בקנדה לא הוכרה, ככל הידוע לנו, עילה כזו. היועץ המשפטי לממשלה יפנה לפסיקה שדנה בטענות דומות במסגרתה צרכן של ויאגרה תבע בתובענה ייצוגית את פיזר³. בפסק הדין של בית המשפט לערעורים בקנדה נקבע, כי יש לדחות את תביעת הצרכנים לפיה פיזר מנעה מחברות גנריות להכנס לשוק, בדרך של אי גילוי בניגוד לחוק הפטנטים, ובכך גרמה לתשלומים עודפים מצד הצרכנים. יצוין, כי בקנדה עומדת למתחרה גנרי עילה בחוק לפיצוי על נזקיו מעיכוב לא מוצדק בכניסה לשוק, אך בבסיס תביעת הצרכנים עמדה טענה לעשיית עושר ולא במשפט. התביעה נדחתה ונקבע, כי חוק הפטנטים המסדיר את הסנקציות בגין אי הגילוי הוא הסדר שלם וממצה וכי התביעה מהווה התערבות לא ראויה ביחסים כלכליים אותם מבקש חוק הפטנטים להסדיר. היסוד "שלא כדין", בעילת עשיית עושר ייחשב ככזה, לפי פסק הדין, רק אם החוק עליו מתבססים מעניק סעד אכיף כלפי התובעים ואילו סעיף החוק עליו התבססו התובעים איננו אכיף מחוץ למשטר דיני הפטנטים.

33. כלומר, העיקרון לפיו ההסדר החוקי הוא ממצה, ואין להכיר בעילות תביעה החורגות ממנו (ואף לא בסעדים החורגים ממנו), הוא עיקרון שנקבע הן באנגליה והן בקנדה, למרות שהאיזונים שאותם בחר המחוקק בכל מדינה להחיל, הם שונים.

34. בארצות הברית מוכרת עילת תביעה בין מתחרים מכוח דיני התחרות. לפי דיני הפטנטים, על מבקש הפטנט מוטלת חובת גילוי רחבה, לפיה יש להגיש רשימה נפרדת של אסמכתאות (IDS) (בסעיף 37 CFR 1.56 קבועה חובת הגילוי ומסמך ה-IDS מוסדר בסעיף 37 CFR 1.98).⁴

במסגרת חובת גילוי זו, יש להעביר למשרד הפטנטים מידע באשר לכשירות התביעות לפטנט (פטנטביליות), הידוע למבקש, וכן מידע העומד בסתירה לטענות המבקש עצמו במסגרת הליך הבחינה. החובה מוטלת באשר למידע הידוע לממציא, למבקש, לבא כוחם, ולכל מי שקשור אליהם ומעורב באופן מהותי בהליך הבקשה. בנהלי העבודה של משרד הפטנטים בארצות הברית מובהר, כי פטנט לא יינתן במקרה שנעשתה פעולת מרמה כלפי משרד הפטנטים או ניסיון למרמה, או אם הופרה חובת הגילוי באופן מכוון או בחוסר תום לב.

³ Low v. Pfizer Canada Inc., 2015 BCCA 506.

⁴ ניתן למצוא הסבר מפורט בהנחיות משרד הפטנטים האמריקני (MPEP), המפורסמות באתר האינטרנט של משרד המשפטים האמריקני: <https://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/s2001.html>
<https://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/s609.html>

35. תוצאתה של הפרת חובת הגילוי, על פי דוקטרינת ה- inequitable conduct (המוכרת גם כ- fraud on the patent office). היא, כי פטנט לא יהיה אכיף אם בעל פטנט הטעה את רשם הפטנטים בפרט מהותי ומתוך כוונה להטעות (ראו: Therasense, Inc. v. Becton, Dickinson & Co., 649 F.3d 1276 (Fed. Cir. 2011)). על פי פסיקה זו, פרט מהותי הוא פרט שיש בו כדי להכריע, כי אחת מתביעות הפטנט אינה כשירה לפטנט. כלומר, נדרש קשר סיבתי בין העדר קיומו של הפרט לפני רשם הפטנטים לבין הפטנט כפי שניתן ("but-for"). יושם אל לב, כי אלמלא קיומה של דוקטרינה זו, היתה בטלה רק אותה תביעה שלגביה הוסתר המידע מאחר שהיא כבר אינה עומדת בדרישת הכשירות. לעומת זאת, על פי הדוקטרינה, תוצאת ההטעה המכוונת היא כי הפטנט בכללותו יהיה בלתי ניתן לאכיפה. בנוסף, פעולה שמהווה inequitable conduct עשויה להוות עילה לתביעה של מתחרה לפי דיני התחרות.⁵ על מנת להכיר בתביעה מסוג Walker Process, התובע נדרש להראות כי בעל הפטנט מסר ביודעין מידע שגוי למשרד הפטנטים, מתוך כוונה להטעות את משרד הפטנטים, המשרד הסתמך על המידע, וללא המידע הפטנט לא היה מתקבל. כמו כן, נדרש שהתנהגותו של בעל הפטנט תעלה כדי מונופוליזציה תוך הפרה של ה- Sherman Act (15 U.S.C. § 2 (1890)) (ר' גם דיון בפסק דין זה בסעיף 26 לעיל).

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

36. דיני הפטנטים יצרו מערך של איזונים ובכלל זה ביחס לתקופת ההשקה בסיכון. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, צדק בית המשפט קמא בקובעו, כי לתמריץ שעשוי להיות לחברות המקור בהארכה לא מוצדקת של תקופת הפטנט ובהגברת הסיכון הכרוך בהשקת מוצר מתחרה, לא ניתן במסגרת איזונים אלה מענה מלא ועל כן יש לשנותו (כך, מבלי להביע עמדה בשאלה העובדתית, האם אלה הם פני הדברים במקרה זה אם לאו). אמנם במשפט המשווה לא מוכרת עילת עשיית עושר המבוססת על הפרת חובות שבדיני הפטנטים (אלא לכל היותר הוספת סעד להפרת דיני ההגבלים העסקיים), ולכאורה, כפי שיוסבר להלן, עלול הדבר לייצר קושי בהתייחס לבקשות לפטנט שיוגשו בישראל, אך לטעמו של היועץ המשפטי לממשלה יש חשיבות כי במסגרת האיזונים שנקבעו בדן הישראלי נכיר גם בעילה של עשיית עושר – במקרים מסוימים - מטעמים של הגשמת תכליות

⁵ 15 USCS § 15 Walker Process Equipment, Inc. v. Food Machinery & Chemical Corp., 382 U.S. 172, 176-77, 15 L. Ed. 2d 247, 86 S. Ct. 347, 350 (1965) (להלן: "Walker Process").

דיני הפטנטים, עידוד התחרות ועשיית צדק בין הצדדים.

37. עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, כי קיים אינטרס ציבורי בפיתוח מנגנונים ראויים להרתעת בעלי פטנטים ומבקשי פטנט מפני פגיעה שלא-כדין בתחרות. לאור זאת ראוי להכיר, בנסיבות מסוימות, אשר יפורטו בהרחבה בהמשך, בקיומה של עילת תביעה בדיני עשיית עושר ולא במשפט למתחרה של מבקש פטנט, אשר הטעה את רשם הפטנטים במכוון בעת הגשת הבקשה או במהלך בחינתה ועקב כך גרף רווחים ב"תקופת ההשקה בסיכון". הכרה זו צריכה להיות שקולה ומדודה ורק בנסיבות שיפורטו ולא באופן רחב ועמום כפי שעולה לכאורה מפסק דינו של בית המשפט קמא.

לטעמו של היועץ המשפטי לממשלה, זהירות זו מתבקשת אף לנוכח השינוי במערך האיזונים שמביאה עמה פסיקתו של בית המשפט קמא – שינוי שאיננו נוהג במדינות אותן סקרנו לעיל (למעט בדין האמריקאי אשר גם במסגרתו נדרשים יסודות נוספים להטעייה ולאי הגילוי ובכללם יסודות של כוונה ומטריאליות של המידע). אמנם, אין מניעה עקרונית לקבוע איזון שונה והסדרים אחרים בתחום דיני הפטנטים מאלה שמקובלים בעולם, אך ברי כי בתחום זה, בשל מאפייניו, הדבר, ככלל, איננו רצוי. ככל שהפער בין הדין הנוהג אצלנו לבין הדין הנוהג במדינות אחרות בעולם יהיה משמעותי יותר, כך ייערמו קשיים נוספים בפני מבקשי פטנטים. לפיכך, גם בשינוי מערך האיזונים יש לקחת בחשבון שיקול זה.

38. כידוע, עילת עשיית עושר ולא במשפט מחייבת את התובע להוכיח, כי הנתבע התעשר שלא כדין, על חשבוננו. להלן יסקור היועץ המשפטי לממשלה את התקיימותו של היסוד "שלא כדין" בהתבסס על הפרת חובת הגילוי הכללית המתייחסת ל"דיווח האמצאה" בדיני הפטנטים, שהיא זו אשר הופרה בענייננו על פי קביעותיו של בית המשפט קמא. בהמשך יבחן היועץ המשפטי לממשלה באילו מקרים ניתן לקבוע, כי יסוד "שלא כדין" מתקיים בהקשרם של דיני ההגבלים העסקיים.

39. עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה היא, כי ראוי להכיר בעילת תביעה של מתחרה נגד מבקש פטנט להשבה בעילה של עשיית עושר ולא במשפט, על יסוד פעולה שבניגוד לחובות הקבועות בדיני הפטנטים, מקום שההסתרה או ההטעייה הייתה בודעין ומתוך כוונה להטעות את רשם הפטנטים, וזאת בידיעה כי המידע שהוסתר או המידע המטעה עשויים לשלול את קבלת הגנת הפטנט מדעיקרא. היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי לנוכח מערך האיזונים הראוי, רק בנסיבות שתוארו

לעיל, ההתעשרות של בעל הפטנט תיחשב לבלתי צודקת⁶ ותהא בת תביעה. יודגש, כי אף סעיף 18 לחוק הפטנטים הנוגע לחובת גילוי מסמכים ביחס לידע קודם (האמורה בסעיף 18 לחוק הפטנטים) מתיר נקיטה באמצעים מנהליים ושיפוטיים נגד מבקש הפטנט רק כאשר מדובר בהטעיה או באי גילוי ביודעין. ניתן להשוות לדבריהם של דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור **דיני עשיית עושר ולא במשפט** (מהדורה שלישית, כרך א', עמוד 455 (להלן: פרידמן) לפיהם תתקיים עילת עשיית עושר ולא במשפט במקרה של נטילת מוניטין רק מקום כשזו נעשתה במתכוון או ביודעין. כך גם בענייננו יש לבחון את יסוד "הנטילה" או "ההתעשרות" על רקע התחום בו מדובר.

40. זאת ועוד, הכרה בעילת תביעה זו מכח עילה מדיני הפטנטים גם במקרה של טעות או התרשלות מצד מבקש הפטנט תרחיב הרחבת יתר את היקף עילת התביעה בעשיית עושר ולא במשפט והיא אף עלולה ליצור עמימות ביחס לשאלה אלו מסמכים יש לצרף לבקשת הפטנט באופן שעלול לגרום להרתעת יתר של מבקשי פטנטים. גם מטעם זה, נקודת האיזון בגבולות שהותוו לעיל היא, לטעמו של היועץ המשפטי לממשלה, נקודת האיזון הראויה והנכונה.

למדינת ישראל יש אינטרס, כי בעלי אמצאות יגישו בקשות לפטנט ויגנו על אמצאותיהם גם בתחומיה וזאת על מנת שלא להרתיעם מלהשקיע בישראל בפיתוח אמצאות, בייצור ובשיווק מוצרים חדשים וכיוצא בזה. אם יחויבו מבקשים בסעד של שלילת רווחים כלפי צדדים שלישיים בשל ניהול בקשות פטנט באופן רשלני, הם עשויים שלא ליטול סיכון זה ושלא להשקיע בישראל, אלא במדינה אשר מספקת תנאי סביבה נאותים יותר מבחינה זו. שיקול נוסף שלא להכיר בעילה גם במקרה של טעות או התרשלות הינו כי מרבית מבקשות הפטנט בישראל הנבחנות על ידי רשות הפטנטים, נבחנות גם במדינות אחרות בעולם.⁶ מרבית המבקשים אינם מנסחים את בקשת הפטנט בישראל באופן שונה והיא מנוסחת, בדרך כלל, בהתאם לכללים המקובלים במדינות אחרות בעולם, בעיקר בארצות הברית ובאיחוד האירופי והכללים בהתאם לאמנה לשיתוף פעולה בעניני פטנטים (PCT). כפי שראינו לעיל, הדין במדינות שנסקרו אינו מטיל חיוב בעילת עשיית עושר על מבקש פטנט שהתרשל בניסוח בקשת הפטנט או באי גילוי מידע למשרד הפטנטים. לאור העובדה שניסוח בקשת הפטנט לא נעשה בהכרח בישראל, הרי שקביעת סטנדרט התנהגות כה שונה מהמקובל בעולם, לא רק יגרום להרתעת-יתר, אלא אף עלול להיות גזירה שמבקשי הפטנטים יתקשו לעמוד בה.

⁶ כדברי כב' הנשיא מ' שמגר ברע"א 371/89 **אילן ליבוביץ נ' א. את. י. אליהו בע"מ ואח'**, פ"ד מד (2) 309, 329 (1991).

⁶ הדו"ח השנתי של רשות הפטנטים לשנת 2016, פורסם באתר האינטרנט של רשות הפטנטים: www.patents.gov.il.

41. לבסוף, הנזק הצפוי להליך הרישום בעקבות קבלת העמדה הרחבה שהובעה בפסק דינו של בית משפט קמא, הוא החשש להסטת הדיון המהותי בעניין כשירות האמצאה לפטנט, לדיון פרוצדורלי בשאלה מה היה על מבקש הפטנט להגיש והאם עמד בחובתו זו. מידע העולה על הנדרש אף עלול להקשות על מתנגד לרישום הפטנט למקד את טענותיו נגד כשירות האמצאה לפטנט או על בתי המשפט בבואם לבחון האם הופר הפטנט, דבר שיהפוך את השיח המשפטי כולו ביחס לבקשת פטנט לשיח עמום, מסורבל ארוך ובלתי יעיל לחלוטין. אין מדובר בחשש בעלמא – כפי שפורט לעיל, בארצות הברית שלטה לתקופת זמן נורמה דומה לעניין חובת הגילוי, אלא שבית המשפט שם מצא כי נזקיו של סטנדרט גילוי זה הם גדולים, וכי יש לחזור לסטנדרט ברור של מטריאליות וכוונה להטעות. עוד יצוין, כי הניסיון שנלמד מפעילות של רגולטורים אחרים שההליך מולם דומה במאפייניו להליכי רישום פטנט, כגון מוסדות התכנון, מלמד כי הכבדה כאמור עלולה להוביל לתוצאות לא רצויות בראיה הרוחבית של ניהול מערכות וריבוי רגולציה.

42. חשוב עם זאת להדגיש, כי לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, החששות לנזקים המתוארים לעיל מתעוררים רק אם תוכר עילת תביעה, בהפרת דיני הפטנטים, במקרים של התרשלות או טעות, שלגביהן ישנה מידה רבה של אי וודאות הנוצרת מבחינת ההתנהלות רק בדיעבד. לעומת זאת, אין צפי כי סטנדרט של ידיעה, או של כוונה, יעורר קשיים אלה. ראשית, נקודת המוצא היא כי מבקש פטנט אינו פועל להסתרת מידע בזדון מרשם הפטנטים, ואם עשה זאת, אזי יש הצדקה לחיובו בגין התנהלות זו. שנית, היבט אי הוודאות מתאיין כאשר מדובר בפעולה הנעשית במכוון וביודעין, שכן אדם המתנהל בידיעה כי מדובר במידע מהותי ומתוך כוונה להטעות את הרשם, לא יוכל לטעון בדיעבד כי לא היה יכול לצפות את השלכות מעשיו. לפיכך, הנסיבות של מתן הסעד חייבות להיות בהירות וברורות ומוגבלות למקום בו אין כל ספק שאכן הייתה כוונה להטעות.

43. היבט נוסף שבו יש להבהיר ולגדר את גבולותיה של העילה הוא באשר לאופי המידע שלא גולה או שלגביו נעשתה הטעיה. ביחס לתביעה בעילת עשיית עושר ולא במשפט, נדרש שלמידע או להסתרתו תהיה השלכה ישירה על ניתוח הכשירות לפטנט של האמצאה נשוא בקשת הפטנט (מידע זה מכונה גם "מידע מטריאלי"). גם היבט זה לא התחדד עד תום בפסק דינו של בית המשפט קמא. לפיכך, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי מתן סעד בעילת עשיית עושר יתאפשר רק במקום שבו הוסתר, או לא גולה, מידע מסוג כזה, במכוון, ואשר יש בו פוטנציאל להשפיע על תוצאות בחינת הפטנט.

הכרה בעילת תביעה גם כאשר אי הגילוי הוא ביחס למידע לא מהותי, עלולה אף היא להוביל

ל"הרתעת יתר" ולהצפת המרשם במסמכים בהיקף העולה על הנדרש, כפי שפורט והובהר לעיל, באופן שיפגע בהליכי בחינת כשרות אמצאה ואף בתחרות עצמה.

44. יודגש, כי אין באמור לעיל כדי לגזור את המסקנה כי הפרת חובת גילוי בין פרט לרשות תקים תמיד זכות תביעה לפרט אחר או תעניק לו סעד נוסף בעילת עשיית עושר ולא במשפט. הדיון שלעיל נוגע למקרה שלפנינו במסגרתו ההסדר הסטטוטורי איננו מעניק מענה שלם ומספיק ביחס למי שמבקש לנצלו לרעה.

45. בכל הנוגע להכרה בעילת תביעה מכוח דיני הפטנטים בשל הגשת "בקשת פטנט חלשה", שנטענה אף היא בהליך דלמטה, היועץ המשפטי לממשלה מבקש להבהיר, כי אין הוא סבור שראוי להכיר בעילה כזו. מעבר לעובדה שלא ברור מהי "בקשת פטנט חלשה" (כפי שגם נאמר בפסק הדין של בית המשפט קמא). היועץ המשפטי לממשלה, סבור כי ככל שמבקש פטנט אינו מטעה במכוון את רשם הפטנטים, הרי שהוא זכאי להגיש את בקשתו לבחינה על מנת שהרשם יבחן את כשירותה לרישום, שכן זוהי בדיוק אחת מתכליותיו של הליך הבחינה. ככל שהבקשה עומדת בדרישות החוק, הרי שהיא כשירה לרישום ואין כל שאלה לגבי חוזק הבקשה. אין כל חובה על מבקש פטנט להעריך את חוזקה של בקשת הפטנט שלו טרם הגשתה, ואין מקום לייצר חובה כזו.

עשיית עושר ולא במשפט בשל הפרת דיני ההגבלים העסקיים

46. דיני ההגבלים העסקיים מטילים אחריות מיוחדת וחובות מוגברות על בעל מונופולין, כהגדרתו בסעיף 26 לחוק ההגבלים העסקיים. כך פסק בית הדין להגבלים עסקיים בעניין **בזק**,⁷ תוך הסתמכות על הפסיקה בעניין **ידיעות אחרונות** (ראו ה"ע (י-ם) 801/08 **בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים** (לעיל ולהלן: "**עניין בזק**") (פורסם בנבו, 16.12.2009) בפסקאות 48 ו-95):

"כפי שנקבע בפסיקה, חשיבותו של סעיף זה היא בהרחבה משמעותית של היקף האיסורים הפרוספקטיביים הקבועים בחוק, ובעיקר בהצבת מבחן כללי הקובע נורמות התנהגות המחייבות את בעל המונופולין, שהפרתן מהווה איסור הקבוע בחוק. על החובות המיוחדות המוטלות על בעל מונופולין עמד בית הדין בפסק הדין בפרשת ידיעות אחרונות:

"על בעל מונופולין חלים כידוע כללי התנהגות מחמירים אשר אינם חלים על מתחרים אחרים בשוק".

(וראו גם בר"ע 2/96 **הממונה נ' ידיעות אחרונות**, (פורסם בנבו, פסק דין משלים מיום 7.6.2000)

⁷ יוער, כי בעניין **בזק**, נותרה בצריך עיון שאלת היסוד הנפשי הנדרש בניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי. אולם, הדיון שם לא התייחס להליך אזרחי בין צדדים פרטיים, אלא לקביעה של הממונה לפי סעיף 43 לחוק ההגבלים העסקיים, שהיא אחת מדרכי האכיפה לפי החוק).

(לעיל ולהלן: "עניין ידיעות אחרונות"). בענייננו קבע בית המשפט קמא, כממצא עובדתי, כי סאנופי היא אכן בעלת מונופולין (ראו סעיף 82 לפסק הדין של בית המשפט קמא) ואין היועץ המשפטי לממשלה מבקש להביע כל עמדה בעניין זה.

47. יוער, כי הגנת הפטנט (המכונה לעתים "המונופול הפטנטי") אינה מקנה בהכרח מעמד של בעל מונופולין כהגדרתו בחוק ההגבלים העסקיים, וכדי להכריע האם מבקש או בעל פטנט הוא בעל מונופולין נדרש ניתוח כלכלי של השוק הרלוונטי. לדיון בהבחנה בין "המונופול הפטנטי" למונופולין במובן חוק ההגבלים העסקיים, ראו למשל את ה"ע (י-ם) 3/97 מגל מערכות בטחון בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (פורסם בנבו, 4.11.2001) בפסקאות 84-85.

48. ביטוי מובהק לאחריות המיוחדת ולחובות המוגברות הרובצות על בעל מונופולין מצוי בהוראות סעיף 29א(א) לחוק ההגבלים העסקיים, לפיו שומה על בעל מונופולין להימנע מכל מעשה (או מחדל) שיש בו משום ניצול מעמדו לרעה בשוק באופן שעלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור. קביעה בדבר ניצול לרעה של מעמדו המונופוליסטי של בעל המונופול מחייבת גם כן ניתוח עובדתי ומשפטי.

49. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, כאשר עילת התביעה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט נובעת מהפרת חוק ההגבלים העסקיים, קיימים איזונים והסדרים שונים מאלה שתוארו לעיל ביחס להשבה כאמור מכח הפרת דיני הפטנטים. במקרה כזה מוטל הנטל על התובע להוכיח, כי מבחינה אובייקטיבית מעשיו של בעל המונופולין עולים כדי ניצול מעמדו לרעה.

50. סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים נוסח בדומה לאיסור החל על בעל מעמד דומיננטי הקבוע בדין האירופי,⁸ ועל כן, כפי שקבע בית המשפט קמא, פרשנותם של בתי הדין האירופיים לסעיף, ובכלל זה למונח "ניצול לרעה" (כביטוי שם – "abuse"), רלוונטית אם כן גם לענייננו:⁷

"The concept of abuse is an objective concept relating to the behaviour of an undertaking in a dominant position which is such as to influence the structure of a market where, as a result of the very presence of the undertaking in question, the degree of competition is weakened and which, through recourse to methods different from those which

⁸ "Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the internal market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the internal market in so far as it may affect trade between Member States". הוראה זו הייתה קבועה תחילה בסעיף 86 ל-EC Treaty, בהמשך בסעיף 82 ל-EC Treaty וכעת היא קבועה בסעיף 102 ל-TFEU.

⁷ ראו גם את דברי ההסבר לתיקון 2 לחוק ההגבלים העסקיים (ה"ח תשנ"ו מס' 2446, עמוד 228) שבמסגרתו נוסף סעיף 29א: "... מומלץ לאמץ את שיטות הפיקוח על הגבלים עסקיים המקובלות במדינות אחרות (ובמיוחד בשינויים המחוייבים, את תכנית הפיקוח הקבועה בדיני הקהילה האירופית המשותפת, בסעיף 86 של אמנת רומא משנת 1957)..."

condition normal competition in products or services on the basis of the transactions of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition."⁸

51. המבחן האובייקטיבי הנזכר חל גם בהקשר של הצגת מצגים מטעים לפני רשויות ציבוריות,

ובפרט רשם הפטנטים. כך קבע בית המשפט הכללי של האיחוד האירופי בעניין AstraZeneca : "It

follows from the objective nature of the concept of abuse... that the misleading nature of representations made to public authorities must be assessed on the basis of objective factors and that proof of the deliberate nature of the conduct and of the bad faith of the undertaking in a dominant position is not required for the purposes of identifying an abuse of a dominant position." (שם, בפס' 356 ; וראו גם פס' 359 ו-361).

וראו גם בפסק הדין בערעור AstraZeneca בפס' 74 (לשלמות התמונה יוער כי באותו עניין נמצא כי חברת AstraZeneca פעלה מתוך כוונה להטעות ; ראו בעניין AstraZeneca, פס' 599).

52. על בעל המונופולין מוטלת, אם כן, חובה מיוחדת להימנע מביצור או חיזוק מעמדו המונופוליסטי בשוק, באמצעות נקיטת מהלכים אשר אינם עולים בקנה אחד עם תחרות "לגופו של עניין".

בסיכומו של חלק זה, הצגת מצגים מטעים לגבי מידע מהותי (לרבות אי גילוי מידע מהותי), אשר עלולים היו להביא להרתעת מתחרים מלהתחיל ולפעול בשוק בזמן בחינת בקשת הפטנט אף בטרם מתן הפטנט, עשוי לעלות כדי הפרה של סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים (ראו סעיפים 87 ו-89 לפסק דינו של בית משפט קמא).

גישה זו הנחתה את בית המשפט הכללי בעניין AstraZeneca, אשר הגישה שננקטה בו אומצה על ידי בית המשפט קמא :

In the present case, the Court observes that the submission to the public authorities of misleading information liable to lead them into error and therefore to make possible the grant of an exclusive right to which an undertaking is not entitled, or to which it is entitled for a shorter period, constitutes a practice falling outside the scope of competition on the merits

⁸ ראו למשל CASE 85/76 Hoffmann-La Roche v. Commission (בפסקה 91). ראו גם את Europemballage Corporation and Continental Can Company v. Commission, [1973] C.M.L.R. 199 בפסקה 26 : "Abuse may therefore occur if an undertaking in a dominant position strengthens such position in such a way that the degree of dominance reached substantially fetters competition

which may be particularly restrictive of competition. Such conduct is not in keeping with the special responsibility of an undertaking in a dominant position not to impair, by conduct falling outside the scope of competition on the merits, genuine undistorted competition in the common market" (שם, בפס' 355 ; וראו גם פס' 377).

ראו גם פסק הדין בערעור AstraZeneca בפס' 106 ו-111.

53. יודגש, כי דיני ההגבלים העסקיים ודיני הפטנטים הם מערכות דינים שונות ונפרדות, והחובות המוגברות המוטלות על בעל מונופולין הן רלוונטיות לעניין תביעה אזרחית בין צדדים פרטיים, ואינן חלות במערך היחסים שבין מבקש פטנט, אף אם הוא בעל מונופולין, לבין רשם הפטנטים, אשר מוסדר בדיני הפטנטים.

54. באשר לקביעתו של בית המשפט קמא, כי זכות תביעה בעשיית עושר ולא במשפט קמה גם בגין "פגיעה בכללי תחרות", אשר אינם מעוגנים בדבר חקיקה, יובהר, כי גישה זו טרם התקבלה בפסיקת בית משפט נכבד זה. לנוכח הסכנות האפשריות כאמור לעיל ולנוכח הצורך לשנות את האיזונים הקיימים באופן מדוד וזהיר סבור היועץ המשפטי לממשלה כי, למצער לעת הזו, אין מקום להרחיב ולהקנות זכות תביעה בעילת עשיית עושר ולא במשפט גם בגין פגיעה בכללי תחרות שאינם מעוגנים בדבר חקיקה.

היבטים נוספים של עילת עשיית עושר ולא במשפט

55. יסוד חשוב ומרכזי בעילת עשיית עושר ולא במשפט, הוא שעל התובע להוכיח, כי התעשרותה של הנתבעת באה לה כתוצאה מהפרת הדין וזאת "על חשבון התובע": לאפשרויות השונות לפרשנות ביטוי זה, ולנפקות שבין "עשיית עושר ולא במשפט" מוגבלת לבין תביעה לפיצוי נזיקי בגין אבדן רווחי התובע-המתחרה, מופנה בית המשפט הנכבד לעמודים 102-105, 603-604 בספרו של פרידמן. כך עולה, למשל גם מע"א 4437/99 א.ד.י. נ' אפריל, פד"י נח (2) 232, 239 (2000).

56. בשוק מרובה משתתפים שבו קשה לייחס את מלוא ההתעשרות לאבדן רווחי התובע המסוים, יסוד זה עשוי להביא לשלילת העילה או לפחות להפחתתה בהתאם לחלקו היחסי של התובע (ראו לשם השוואה ע"א 6126/92 אטלנטיק נ' דג פרוסט, פד"י נ (4) 471, 479 (1997)). כך, יש להוכיח כי מבחינת מתחריו של בעל הפטנט המידע שהוסתר או המידע המטעה הובילו, מבחינתם, להגברת הסיכון הכרוך בכניסה לשוק בתקופת ההשקה בסיכון.

בנוסף, בתנאי תחרות הרווחים המצרפיים בענף (לא כל שכן הרווחים של מתחרה שנכנס לשוק) צפויים להיות נמוכים מהרווח המונופוליסטי. בהתאם, העברת כלל הרווחים המונופוליסטיים

למתחרה התובע, או כל חלוקה אחרת של הרווחים בינו לבין בעל המונופולין, עלולה, בנסיבות מסוימות, לזכות את המתחרה בסכומים העולים בהרבה על הרווח שהיה גורף לו היתה תחרות בשוק, וכך לפגוע בתמריץ שלו להתחרות. תוצאה זו אינה רצויה מבחינה ציבורית. לכן, גם מן הטעם הזה ראוי לתחום את הסעד רק לחלק שהתובע היה גורף בתנאי תחרות. בהקשר זה, יש גם לברר, עובדתית, אם המידע המטעה אכן היווה קושי ממשי מבחינת התובעת בכניסתה לשוק.

57. מכאן שהיקף תביעתו של המתחרה, המבקש לזכות בסעדים בעילת עשיית עושר ולא במשפט יקבע לפי אותם רווחים שביכולת המתחרה להוכיח כי אכן באו על חשבוננו, כלומר, שנשללו ממנו בעקבות ההפרה. ממילא, גם אם נעשה עושר שלא כדין, הוא נעשה על חשבון כל "השחקנים" בשוק – המתחרים והמשתמשים.

58. כאשר מדובר בתרופות, חלק מהמחיר המונופוליסטי לעתים מסובסד על ידי גופים מוסדיים (במסגרת סל התרופות או ביטוחים פרטיים), שגם להם יכולות להיות טענות נגד הנתבע ואת מחיר הותרת הבלעדיות לתקופה ממושכת יותר, שלא כדין, משלם הציבור כולו.⁹

59. בפסיקתו, קבע בית המשפט הנכבד קמא כי כלל הרווחים שנוצרו למבקש הבקשה, שהפר את חובת הגילוי, יועברו לתובע, הגם שלא בהכרח כל הרווחים באו "על חשבוננו". לביסוס גישה זו מזכיר בית המשפט הנכבד קמא את הגישה ההרתעתית שהוזכרה בע"א 8728/07 **אגריפס אינטרנשיונל נ' מאירסון** (פורסם בנבו, 15.7.2010). עוד על גישה זו ועל דוקטרינת ההשבה מחמת ש"אין חוטא נשכר" ראו פרידמן, פרק 17. דוקטרינה זו מאפשרת לשלול רווחים שנוצרו עקב מעשה פסול, גם אם לא נוצרו ישירות על חשבוננו של התובע. לגישת היועץ המשפטי לממשלה, אין זה המקום להחלת דוקטרינה זו. אמנם, גישה זו תרתיע שבעתיים את מגישי בקשות פטנטים מלנצל את כוחם ולהגיש במכוון מידע מטעה (ומטריאלי), אך כדי לקבל יתרון בשוק. עם זאת, לגישת היועץ המשפטי לממשלה הרתעה זו יכולה לעלות כדי הרתעת יתר להגשת בקשות פטנט, שתתבטא בהימנעות מהגשת בקשות, או למצער, בהצפת הרשם במסמכים בעת הגשת הבקשה על כל ההשלכות השליליות שתוארו לעיל המתלוות לכך. האיזון המתחייב לגישתו של היועץ המשפטי לממשלה הוא בהשבת ההתעשרות שבאה על חשבון התובע אך לא מעבר לכך. כך, תיווצר הרתעה מידתית אשר לא תפר את האיזונים העדינים עליהם עמדנו.

⁹ יצויין כי בעקבות פסק הדין של בית המשפט קמא, הוגשו שתי בקשות לאישור תביעה ייצוגית נגד סאנופי (ת"צ 16856-03 ו-16856-03, שהדיון בהן אוחד), בשם ציבור הצרכנים (הישירים והעקיפים) שלטענתם נפגעו מהתנהלותה של סאנופי.

60. לפיכך, חולק היועץ המשפטי לממשלה על ההשקפה העומדת בבסיס פסק דינו של בית המשפט קמא הנכבד, כי לצורך הרתעה מפני התנהגות פסולה המביאה לפגיעה בתחרות וכתמריץ להגשת ולניהול תביעות, הכרחי כי תוכר זכותו של אחד המתחרים לתבוע ולקבל את כל ההתעשרות הבלתי-מוצדקת של הזוכה (סעיפים 97-99 לפסק הדין של בית המשפט קמא). קביעה כזו מובילה לגישת היועץ המשפטי לממשלה לפיצוי יתר, שבתורו יביא להרתעת יתר שממנה יש להזהר, כאמור לעיל.



לימור פלד, עו"ד
סגנית מנהל המחלקה האזרחית
פרקליטות המדינה