



רשם הפטנטים, המדגמים וסימני המסחר

בפני הוועדה לענייני פיצויים ותמלוגים

על פי סעיף 109 לחוק הפטנטים, תשכ"ז-1967

**בקשות פטנט מס' ----- ו-----
(בקשה לקביעת פיצויים)**

המבקש: פלוני

ע"י ב"כ זליגסון את גבריאלי, עו"ד

המשיבה: מדינת ישראל

ע"י פרקליטות מחוז ירושלים ו/או לוצאטו את לוצאטו – עורכי פטנטים

ה ח ל ט ה

1. בפנינו בקשה לפיצויים בגין נזקים שנגרמו לטענת המבקש כתוצאה מהחלטת שר הביטחון להטיל צו חיסיון על בקשותיו לרישום פטנט על אמצאותיו. יצוין כי בין הצדדים אין מחלוקת לעניין היעדר הזכות לתמלוגים, שכן אין חולק כי האמצאה לא נוצלה מעולם על ידי המדינה.

רקע עובדתי

2. ביום 10.10.1991 הגיש המבקש לוועדה לענייני פיצויים ותמלוגים (להלן: **הוועדה**) תביעה על פי סעיף 107 לחוק הפטנטים, התשכ"ז-1967 (להלן: **חוק הפטנטים**), כנגד המשיבה, לפיצויים בסך 22 מיליון דולר ארה"ב. התביעה הוגשה לאור סירוב המשיבה לפצות את המבקש על הפסדים שנגרמו לו, לטענתו, בגין הוצאת צווים לפי סעיף 94 לחוק הפטנטים (להלן: **צווי שר הביטחון**), לגבי שתי בקשות שהגיש לרישום פטנטים – (להלן: **אמצאה מס' 1**), שהוגשה ביום 30.6.1985 (להלן: **אמצאה מס' 2**), שהוגשה ביום 13.10.1985 (להלן: **הבקשות**).

3. לבקשות פטנט אלה קדמה בקשת פטנט נוספת, שמספרה, שהוגשה ביום 19.6.1983, והיוותה את הבסיס לבקשה מס' בקשה זו אושרה לקיבול ביום 23.4.1985, ולמבקש נמסרה הודעה כי עליו לשלם את אגרת הפרסום עבור הקיבול. בקשת פטנט זו אושרה על ידי משרד הביטחון ביום 17.6.1986, אך עקב אי תשלום האגרה מצד המבקש, בוטלה על פי ס' 21 לחוק הפטנטים ביום 6.4.1987. בקשה זו (להלן: **הבקשה שנזנחה**) אינה עומדת לדיון בפנינו, אך הצדדים התייחסו אליה בסיכומיהם.
4. צווי שר הביטחון הוצאו בחודש ינואר 1986, ובהם הוראה לרשם הפטנטים להימנע מעשיית כל פעולה שהוא חייב או רשאי לעשותה לפי חוק הפטנטים לגבי הבקשות, ולמעט בדיקת כשירות האמצאות להירשם כפטנטים בהתאם לסעיף 17 לחוק הפטנטים. כמו כן, אסרו צווי שר הביטחון כל פרסום או מסירה של כל מידע לגבי הבקשות לכל גורם בארץ או בחו"ל.
5. בעקבות הטלת הצווים, פנה המבקש אל משרד הביטחון בבקשה לפיצוי על פי סעיף 107 לחוק הפטנטים, אך בקשתו נדחתה. ביום 31.3.1989 קיבל המבקש אישור לעיין בבקשות הפטנט. ביום 12.4.1989 עיין המבקש בבקשות. לאחר מכן התנהלה תכתובת ענפה בין המבקש למשרד הביטחון, אשר הסתיימה בהחלטת משרד הביטחון כי המבקש לא הוכיח נזק ממשי שנגרם כתוצאה מהטלת הצווים.
6. בהתאם להוראות סעיף 107 לחוק הפטנטים, הובא עניינו של המבקש בפני הוועדה.
7. במקביל להתנהלות התביעה, נבחנו הבקשות על ידי מחלקת הפטנטים, כאמור בסעיף 17 לחוק הפטנטים, ובימים 5.1.1994 ו-21.1.1994 נמסרו למבקש ולמשיבה הודעות כי האמצאות כשירות לרישום כפטנט.
8. הדיון הראשון של הוועדה בבקשת המבקש נקבע ליום 13.6.1995, אך נדחה בשל אילוצים שונים והתקיים בסופו של דבר רק ביום 29.2.2000.
9. ביום 15.2.2001 בוטלו צווי שר הביטחון, ונסללה הדרך בפני המבקש להמשך הליכי רישום הפטנטים, אך המבקש זנח גם את בקשותיו נשוא תביעה זו.
10. בהחלטתה של הוועדה מיום 3.5.2001 נקבע על ידי חבריה דאז כי הוועדה לא תידרש לטענות כנגד כשירות האמצאות נשוא ההליך להירשם כפטנטים. ביום 1.7.2001 הגישה המשיבה בקשה לעיון חוזר בהחלטה.

11. ישיבות של הוועדה התקיימו בימים 19.11.2001, 22.11.2001, 23.12.2001, 24.12.2001 ו- 1.1.2002. בהחלטת הוועדה מיום 19.11.2001 נדחתה בקשת המשיבה לעיון חוזר בהחלטה לעניין כשירות הפטנט. אף אנו נקבל את ההנחה כי האמצאות כשירות לרישום, על בסיס הודעת הקיבול, ועל אף שלא התקיים הליך התנגדויות בעניין. יוסף כי לעניין זה קבעה הוועדה כי למשרד הביטחון הייתה אפשרות לקיים הליך השגה חסוי אשר יחליף את שלב ההתנגדויות אותו נדרשת לעבור אמצאה שאינה חסויה. הליך כזה אינו קבוע כיום בחוק.

12. במהלך הדיונים נשמעו עדויות המבקש ועדויות מומחים מטעם המשיבה. העדים מסרו תצהירים או חוות דעת מומחה. המבקש ורוב עדי המשיבה נחקרו על ידי הוועדה.

13. יצוין כי במסגרת דיונים אלה לא הביא המבקש כל ראיה אשר תתמוך בטענותיו לעניין ערכה הכלכלי של האמצאה, מלבד פרסומים כלליים בתחום שוק אמצעי הלחימה, ולא הוכיח את אבדן הרווחים שנגרם לו כתוצאה מהטלת צו החיסיון, וזאת על אף הסכום הנכבד – 22 מיליון דולר ארה"ב - עליו העמיד את תביעתו. בנוסף לכך, הוצע למבקש לשכור על חשבון המשיבה מומחה או מומחים מטעמו, אך המבקש לא ניצל הצעה זו.

14. בסופו של הדיון מיום 1.1.2002 הוחלט כי הצדדים יגישו סיכומיהם בכתב.

15. ביום 23.5.2002 הוגשו סיכומי המבקש, וביום 28.6.2002 הוגשו סיכומי המשיבה (להלן: **הסיכומים העיקריים**). גם לסיכומי העיקריים של המבקש לא צורפו ראיות ממשיות לגבי הפוטנציאל המסחרי של אמצאותיו.

16. על אף האמור לעיל, ביקשה הוועדה לתת למבקש הזדמנות נוספת להוכחת טענותיו לעניין גובה הפיצוי המגיע לו, לטענתו. בהחלטת הוועדה מיום 30.11.2008 התבקש המבקש להודיע לוועדה אם הוא מעוניין להביא ראיות נוספות באשר לגובה הוצאותיו הישירות הכרוכות בפיתוח האמצאה ובהגשת הבקשה לרישום הפטנט, וזאת מבלי שהוועדה תנקוט עמדה בדבר שאלת אחריות המדינה וזכות המבקש לפיצוי. המבקש הגיש תצהיר לעניין זה ביום 19.3.2009 (להלן: **התצהיר המשלים**). ביום 15.7.2009 התקיים דיון בפני הוועדה שבו נחקר המבקש על תצהיר זה, והצדדים הגישו את סיכומיהם בשאלה זו בתאריכים 18.8.2009 ו-6.9.09 (להלן: **הסיכומים המשלימים**).

17. בסיכומי המשלימים חזר המבקש על ההערכה שנתן בתצהירו המשלים, לפיה השקעתו הכוללת בפיתוח וגיבוש האמצאות, ובהכנת פירוטי הפטנטים, הגיעה לכ-1,700 שעות עבודה. את ערכה של כל שעת עבודה העריך המבקש בסכום של 250 דולר ארה"ב, וזאת בהסתמך על שכר שגבה מאחד מלקוחותיו בשנים 2005-6. מעבר לקבלה בודדת זו, לא הוצגה בפני הוועדה ראיה נוספת מטעמו של המבקש.

18. בסיכומיה המשלימים של המשיבה, חזרה המשיבה על טענותיה כי המבקש אינו זכאי לפיצוי בגין העבודה שהשקיע בפיתוח האמצאה, כי הסכום שנדרש עבור עבודה זו מופרז, כי דרך חישובו מוטעית, וכי אינו נתמך בראיות מספיקות.

טענות הצדדים לעניין הפיצוי

19. המבקש טוען כי נוסח סעיף 107 לחוק הפטנטים קובע חובה על אוצר המדינה לשלם פיצוי לבעל האמצאה. על פי טענה זו, עצם הוצאת הצו על ידי שר הביטחון מקנה לבעל האמצאה זכות לפיצוי.

20. לעניין קביעת שיעור הפיצוי, טען המבקש כי על הוועדה לשקול את ישימות האמצאות, את הפוטנציאל המסחרי שלהן, ואת המוניטין שנמנע מהמבקש עקב איסור הפרסום ומניעת אפשרות הניצול של האמצאה. עוד טען המבקש כי לעניין הפיצוי, על הוועדה לשקול גם את התנהגות מערכת הביטחון.

21. בהתאם לכך, התבססה בקשת הפיצוי המקורית של המבקש על הרווח שנמנע ממנו, לטענתו, עקב הטלת צווי שר הביטחון על האמצאות. הרווח המשווער מבוסס על אمدן פוטנציאל השוק של האמצאות, שלדברי המבקש הינן כשירות פטנט, עובדות, ובעלות פוטנציאל מסחרי גדול. המבקש העמיד את תביעתו על סכום של 20 מיליון דולר עבור האמצאה הראשונה, וסכום של 2 מיליון דולר עבור האמצאה השנייה.

22. המשיבה, מצדה, טענה כי האמצאות אינן ישימות; כי פוטנציאל השוק של האמצאות הינו אפסי, אם מפני שאינן ישימות, אם מפני שהיו קיימים בשוק פתרונות אחרים לבעיות עליהן מנסות האמצאות לענות ואם מפני שאמצאות דומות לא זכו לפיתוח או לשיווק במערכות צבאיות שונות. עוד טוענת המשיבה, כי הטלת צווי החיסיון לא פגעה במוניטין המדעי של המבקש; וכי בידי המבקש הייתה אפשרות להגיש למשרד הביטחון בקשה למתן אישור לייצוא אמצאות ביטחוניות ולהגיש ערר לגבי צו החיסיון שהוטל. בהתאם לכך, טוענת המשיבה כי לא נגרם למבקש נזק והיא מתנגדת למתן פיצוי כלשהו למבקש. על כל פנים, טענה המשיבה בסיכומיה העיקריים כי המבקש לא הניח תשתית ראיתית מספיקה לרווח הפוטנציאלי מאמצאותיו.

23. בתצהירו ובסיכומיו המשלימים העריך המבקש את השקעתו בפיתוח האמצאות בכ- 1,700 שעות עבודה, בערך של 250 דולר ארה"ב או 1,000 ₪ לכל שעת עבודה, כך שהפיצוי הכולל הנדרש בגין ההשקעה הועמד על סך של 1,700,000 ₪. בסיכומים המשלימים מטעם המשיבה התנגדה זו, כאמור לעיל, למתן פיצוי קיום כלשהו למבקש.

דיון**א. האם קמה זכות לפיצוי**

24. ראשית, נשרטט את גבולות הדיון בתביעה.
תביעת הפיצויים מוגשת על פי סעיף 107 לחוק הפטנטים, הקובע כדלהלן:

ניתן צו לפי סעיף 94 או 99 או לא ניתן היתר לפי סעיפים 98 או 103, ישלם אוצר המדינה לבעל האמצאה פיצוי בשיעור שנקבע בהסכם בין הצדדים, ובאין הסכם – על ידי הועדה לענייני פיצויים ותמלוגים שהוקמה לפי סעיף 109.

במקרה בו עסקינן, ניתן צו לפי סעיף 94, הקובע:

(א) שר הבטחון רשאי, בצו, אם ראה צורך בכך לשם הגנת המדינה, לרבות השמירה על סודותיה הבטחוניים, ולאחר התייעצות עם שר המשפטים –

(1) להורות לרשם שיימנע מעשיית פעולה שהוא חייב או רשאי לעשותה לפי חוק זה בענין בקשה פלונית, או שידחה את עשייתה;

(2) לאסור או להגביל פרסום או מסירת ידיעות בקשר לבקשה פלונית או בקשר למידע הכלול בה.

(ב) ...

השאלה המשפטית העומדת בפנינו בטרם נכריע אם המבקש זכאי לפיצוי הינה מהי העילה שעל בסיסה נדרש הפיצוי.

בחינה ראשונית העלתה כי אין אנו עוסקים, במקרה זה, בתביעה לתמלוגים על פי סעיף 108, שכן לא היה ניצול של אמצאות המבקש על ידי המדינה. כמו כן, מכיוון שלא היה שימוש באמצאה, לא נדרשנו ולא נוכל לבסס את תביעת הפיצוי על עילת עשיית עושר ולא במשפט. אלא, יש לבחון את השאלה אם הפיצוי מתבסס על עילה נזיקית-מנהלית, או על עילה קניינית.

ב. הזכות לפיצוי מכוח עילה נזיקית

25. לצורך פיצוי נזיקי, היה על המבקש להוכיח, מלבד קיומו של נזק, גם קיומה של עוולה מצד המשיבה, וקיומו של קשר סיבתי בין העוולה לנזק. מחומר הראיות שהוצג בפנינו, לא התרשמו כי הוכח שהתנהלות המשיבה מהווה עוולה. המשיבה פעלה במסגרת החוק, המאפשר לשר הביטחון להטיל את צווי החיסיון, ואינו מחייב את השר לשוב ולבחון את תוקפם מעת לעת.

אמת, ייתכן כי מצב דברים זה אינו אידיאלי. המבקש העלה את הטענה כי המשפט המנהלי מטיל על שר הביטחון את החובה לשוב ולבחון את החלטתו מעת לעת; ייתכן כי יש מקום לכלול בחוק הוראה לעניין בחינה עתית של הצורך בהותרת הצו על כנו, אך לא נכריע בשאלה זו, ולו בשל העובדה כי החוק, בסעיפים 96 ו-97, מעניק למבקש את האפשרות להגיש ערר כמעט בלתי מוגבל על הטלת הצו, אפשרות שהמבקש לא ניצל כלל; כך שמול השתהותה הבלתי-מנומקת של המשיבה בביטול הצווים, עומד מחדלו של המבקש, שנמנע מלחתור לביטול הצווים בדרך המוקנית לו על פי החוק, וזאת על אף היותו מיוצג על ידי עורך דין ותיק ומנוסה לאורך כל ההליך.

26. מאחר שלא הוכחה עוולה, גם הדוקטרינה הנזיקית של פגיעה בסיכוי, על פיה הוגשו סיכומיו העיקריים של המבקש, אינה רלבנטית.

ג. הזכות לפיצוי מכוח עילה קניינית

27. לצורך פיצוי בגין פגיעה בזכות קניינית, נדרש כי תתקיים זכות קניין. לצורך כך, אין להתעלם מן העובדה שבסופו של ההליך לא נרשמו פטנטים על האמצאות, וזאת מכיוון שהמבקש זנח את בקשותיו. מבלי לדון בשאלה אם בשלב זה עדיין היה טעם לרשום את הפטנטים אם לאו, אין ספק כי היעדרם של פטנטים רשומים משפיע באופן חד וברור על האפשרות לפיצוי.

נעיר, במאמר מוסגר, כי לויתור על הרישום ישנה השלכה גם על האפשרות להעריך את הנזק בדיעבד, ועל האפשרות להקביל את הפיצוי בגין הטלת הצו לפיצוי בגין הפרת פטנט בשלב שבין פרסום בקשת הפטנט לבין רישומו, כפי שעשתה הוועדה בסעיף 18 להחלטתה מיום 21.5.2001. על נקודה זו יורחב בהמשך.

28. בארה"ב, למשל, מבדיל החוק בין תביעת פיצויים המוגשת כל זמן שהצו בתקפו, לבין תביעה המוגשת לאחר שהאמצאה נרשמה כפטנט.

פרק 17 של חוק הפטנטים של ארה"ב (US Patents Act [35 USC 1]; להלן: **החוק האמריקאי**) דומה בתוכנו לחוק הפטנטים הישראלי. סעיף 183 לחוק האמריקאי קובע לעניין הזכות לפיצוי כדלהלן:

An applicant, his successors, assigns, or legal representatives, whose patent is withheld as herein provided, shall have the right, beginning at the date the applicant is notified that, except for such order, his application is otherwise in condition for allowance, or February 1, 1952, whichever is later, and ending six years after a patent is issued thereon, to apply to the head of any department or agency who caused the order to be issued for compensation for the damage caused by the order of secrecy and/or for the use of the invention by the Government, resulting from his disclosure. The right to compensation for use shall begin on the date of the first use of the invention by the Government. The head of the department or agency is authorized, upon the presentation of a claim, to enter into an agreement with the applicant, his successors, assigns, or legal representatives, in full settlement for the damage and/or use. This settlement agreement shall be conclusive for all purposes notwithstanding any other provision of law to the contrary. If full settlement of the claim cannot be effected, the head of the department or agency may award and pay to such applicant, his successors, assigns, or legal representatives, a sum not exceeding 75 per centum of the sum which the head of the department or agency considers just compensation for the damage and/or use. A claimant may bring suit against the United States in the United States Court of Federal Claims or in the District Court of the United States for the district in which such claimant is a resident for an amount which when added to the award shall constitute just compensation for the damage and/or use of the invention by the Government. The owner of any patent issued upon an application that was subject to a secrecy order issued pursuant to section 181 of this title, who did not apply for compensation as above provided, shall have the right, after the date of issuance of such patent, to bring suit in the United States Court of Federal Claims for just compensation for the damage caused by reason of the order of secrecy and/or use by the Government of the invention resulting from his disclosure. The right to compensation for use shall begin on the date of the first use of the invention by the Government. In a suit under the provisions of this section the United States may avail itself of all defenses it may plead in an action under section 1498 of title 28. This section shall not confer a right of action on anyone or his successors, assigns, or legal representatives who, while in the full-time employment or service of the United States, discovered, invented, or developed the invention on which the claim is based.

החוק האמריקאי קובע אם כן שני מסלולים לפיצוי בגין הטלת צו חיסיון :

א. החל מהיום שבו הודע למבקש כי אמצאתו כשירה לפטנט, מלבד העובדה שהוטל עליה צו, רשאי המבקש לפנות לסוכנות שהטילה את הצו ולתבוע פיצוי בגין הנזק שנגרם לו כתוצאה מהטלת הצו. ראש הסוכנות רשאי להגיע עם המבקש להסכם בדבר הפיצויים, ואם הסכם כזה לא הושג, רשאי ראש הסוכנות לשלם למבקש עד 75% מהסכום שראש הסוכנות רואה כפיצוי הוגן על הנזק. את ההפרש רשאי המבקש לתבוע בבית הדין לתביעות.

ב. מבקש שלא תבע פיצוי על פי מסלול א', זכאי, מיד לאחר שנרשם הפטנט, לתבוע בבית הדין לתביעות פיצוי הוגן בגין הנזק שנגרם לו כתוצאה מהטלת הצו.

29. שורש ההבדל בין המסלולים נעוץ בהבחנה שבין בקשת פטנט לפטנט. פטנט רשום הינו זכות קניינית. בקשת פטנט תלויה ועומדת אינה בגדר זכות קניינית. בכך חלוקים אנו הן על המבקש, המנסח את בקשתו במונחים של "חילוט" ו"קניין", והן על החלטותיה הקודמות של הוועדה, שהרכבה השתנה בינתיים מספר פעמים, אשר ניתוחה את המקרה שלפנינו מההיבט החוקתי של פגיעה בזכות קניין הקדים את המאוחר.

30. יחד עם זאת, לבקשת פטנט יש ערך קנייני מסוים, אשר בא לידי ביטוי בדיעבד, לאחר שהפטנט נרשם. זאת ניתן לראות, למשל, בתביעות בגין הפרת פטנט בתקופה שבין פרסום בקשת הפטנט לבין רישומו, על פי סעיף 179 לחוק הפטנטים. בתביעות כאלה, יהיה בעל הפטנט זכאי לפיצויים לפי סעיף 26 לחוק הפטנטים, בגין השימוש באמצאה בתקופת הביניים.

את בקשת הפטנט ניתן לראות כזכות בלתי-בשלה (inchoate right). זכות כזו הוכרה בפסיקה בארה"ב בהקשר של דיני פטנטים. מילון Black's (6th Edition) מגדיר אותה באופן הבא:

Inchoate right: In patent law, the right of an inventor to his invention while his application is pending which matures as "property" when the patent issues.

[ההדגשה הוספה.]

המקור שבו הוכרה בקשת הפטנט כזכות בלתי בשלה הינו פסק הדין בעניין Mullins Mfg. Co. v. Booth, C.C.A.Mich., 125 F.2d 660, 664 (1942). זכות בלתי-בשלה הוכרה גם במשפט הישראלי, בעיקר בתחום דיני העבודה. ראו, למשל, דיון מח/120-3 (ארצי) אל על נ' יהודית און, פד"ע כ 493, בפסקה 11ד' לפסק הדין.

31. המסקנה העולה מן האמור לעיל היא, אפוא, כי מכיוון שהאמצאות לא נרשמו כפטנט, לא הוכח כי הייתה פגיעה בזכות קניין של המבקש. לפיכך, לא ניתן להעניק למבקש פיצוי על פגיעה בקניין. ראו, לעניין זה, גם את מאמרו של Hausken, המובא להלן.

ד. הזכות לפיצוי מכוח אחריות מוחלטת עקב הוצאת הצו

32. מהי, אם כן, מהות הפיצוי המבוקש? השאלה משיבה אותנו אל נוסחו של סעיף 107, הקובע, כזכור, כי "ניתן צו [...] ישלם אוצר המדינה לבעל האמצאה פיצוי [...]". נדון, אם כן, בשאלה אם הסעיף עצמו מקים למבקש זכות לפיצוי.

33. מהו פיצוי? מילון אבן-שושן המרוכז (2004) מגדיר:

(1) ריצוי ופיוס, קומפנסציה, גרימת הטבה לבעל התביעה.

(2) תשלום מסוים שמשלמים לאדם שנגרם לו נזק או שפוטר מעבודה וכדומה.

ומילון ספיר מרוכז (הד ארצי, איתאב 1997) מגדיר באופן דומה:

- (1) פיצוי שאדם משלם לאחר על נזק שגרם לו;
- (2) השלמת חיסרון כלשהו ביתרון שווה ערך;
- (3) ריצוי ופיוס.

פיצוי נועד, אם כן, מעצם טבעו לפצות על חסר או נזק. אף בענייננו, דרישת בעל אמצאה לפיצוי על פי סעיף 107 צריכה להסתמך על חסר או נזק שנגרם לו בעטיו של הצו – לא במובן הנזיקי, שבו הנזק נגרם כתוצאה מעוולה, אלא במובן המילולי, שעל פיו צו שהוטל כדין ומתוך הסמכה שבחוק גרם בכל זאת לנזק.

למה הדבר דומה? לפיצויים התובע בעל מקרקעין בגין פגיעה במקרקעיו על ידי תכנית, על פי סעיף 197 לחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה-1965. הפגיעה במקרקעין היא כדין; יחד עם זאת, הנפגע זכאי לפיצוי. אם כי, להבדיל מענייננו, הפיצוי לפגיעה במקרקעין על ידי תכנית ניתן רק ל"בעל המקרקעין או בעל זכות בהם" (כנוסח סעיף 197 הנ"ל).

34. כך, ברור כי אמצאה אשר בסופו של תהליך מתברר כי אינה ניתנת לניצול או כי אינה בעלת פוטנציאל מסחרי, אף אם היא כשירה לרישום כפטנט, ולפיכך אין בהטלת צו החיסיון עליה משום פגיעה כלכלית בבעל האמצאה, לא תזכה את בעליה בפיצויים מעצם הטלת הצו. כל פירוש אחר של החוק, ובייחוד הפירוש המוצע על ידי המבקש, היה מביא להגשת בקשות סרק לרישום פטנטים ביטחוניים בלתי ישימים וחסרי ערך מסחרי, וזאת אך לשם תביעות פיצוי בלתי-מוצדקות במידה והיו מוטלים עליהן צווי חיסיון.

35. יוער לעניין זה כי נוסח הסעיף, בשילוב עם שתיקת החוק בנוגע לאמות המידה לפיצוי בגין הטלת הצו, אכן היה עלול להביא את הפונים לוועדת הפיצויים והתמלוגים, כמו גם את הוועדה עצמה בדיונים עתידיים, למסקנות שגויות, כגון, קיומה של חובת פיצוי אוטומטית גם במקרים שבהם לא ניתן כלל לנצל את האמצאה. לפיכך, יודגש שוב, למען הסר ספק, כי הוועדה אינה סבורה כי חובת הפיצוי קיימת בכל מקרה שבו הוטל צו; הסעיף אינו מעניק פיצויים ללא הוכחת נזק. בהיעדר הבהרה מתאימה בחוק, יש להפעיל את השכל הישר בעניין זה.

36. באופן התואם הבנה זו של הסעיף, קבעה הוועדה בהחלטתה מיום 21.5.2001 כדלקמן:

"הזכות לפיצוי קמה עקב הפגיעה הכלכלית שנגרמה לממציא כתוצאה מצו מנהלי שמנע ממנו לנצל את אמצאותו או הגביל את ניצולה. לעניין זה, אין נפקא מינא באם האמצאה כשירה לרישום לפטנט, אם לאו" (סעיף 15 להחלטה; ההדגשות הוספו).

37. משמעות ההחלטה הינה כי כאשר, ורק כאשר, ישנה פגיעה כלכלית כתוצאה מהטלת צו החיסיון על ידי שר הביטחון, או כאשר הצו מונע או מגביל את ניצול האמצאה, קמה לבעל האמצאה זכות לפיצוי; כלומר, פגיעה כלכלית אינה רק מדד לגובה הפיצוי, אלא מהווה תנאי לעצם הזכאות לפיצוי.

38. לסיכום, אין אנו מקבלים את עמדת המבקש, לפיה "עצם הוצאת הצו על ידי שר הביטחון די בה כדי להקנות למבקש זכות לפיצוי וכדי להטיל על אוצר המדינה את החובה לשלם את הפיצוי [...] עצם הוצאת הצו היא העילה." (סעיף 41 לסיכומי העיקריים של המבקש, וסעיף 3 לסיכומי המשלימים). אין מדובר כאן בפיצויים סטטוטוריים הניתנים ללא הוכחת נזק, אלא בפיצוי על נזק שהוא תוצר לוואי בלתי נמנע של פעולה שנעשתה כדין.

39. בהתאם לאמור לעיל, לצורך זכאות לפיצוי על פי סעיף 107, היה על המבקש להוכיח את הפגיעה הכלכלית שנגרמה לו כתוצאה מהטלת הצו, ולהוכיח כי הטלת הצו היא שמנעה ממנו את האפשרות לניצול האמצאה, או הגבילה אותה. נעבור, אם כן, לבחינת התקיימותם של תנאים אלה.

ה. קיומו של נזק

40. הגם שהוועדה אינה כפופה לסדר הדין הנהוג במשפט אזרחי, ובכלל זה לדיני הראיות הנהוגים בו, ברי שאין היא פועלת בחלל ריק, כי אם בתוך מסגרתה של שיטת המשפט אשר נהוגה בישראל. כידוע, שיטת המשפט הנהוגה בישראל היא שיטת משפט אדוורסרית ו"אין לו לדין אלא מה שרואות עיניו" (בבלי סנהדרין ו' ע"ב). מכאן, שמתפקידם ובאחריותם של בעלי הדין לדאוג להבאתן של הראיות לפתחו של בית המשפט.

הראיות אותן הציג המבקש אינן מרימות את נטל ההוכחה בדבר גרם הנזק ושיעורו. יתרה מזאת, המבקש ויתר על העדת עד מומחה מטעמו, וזאת אף לאחר שהוועדה הציעה לממן את שכרו. בין אם לא עלה בידו של המבקש למצוא עד מומחה, בין אם לא ראה צורך בכך ובין אם נמנע מלעשות כן מחשש שעדות העד לא תחזק את גרסתו, הרי שבסיכומו של דבר, ניתן לקבוע כי המבקש לא הרים את נטל ההוכחה המוטל עליו.

41. על פי המצב המשפטי בארה"ב, לשם השוואה, לא היה המבקש זכאי לפיצויים בגין הצו שהוטל על אמצאותיו, וזאת אף אם היה נרשם פטנט על האמצאות, וזאת בעיקר בשל אופיין הביטחוני, השולל כל פוטנציאל מסחרי לניצולן.

במאמרו "The Value of a Secret: Compensation for Imposition of Secrecy Orders" (119 Military Law Review (1988) 201, 246), under the Invention Secrecy Act", כותב Gary L. Hausken (להלן: Hausken), לעניין פיצויים הנובעים מהטלת הצו :

"The Act allows compensation for damages caused by the order; neither the Act nor the legislative history, however, further describe what is contemplated by damages. **The burden of proving the existence of damages is on the inventor.**

[...]

The loss of markets for inability to promote the invention is similar to the second hypothetical presented by Mr. Rose. **The injury is real, although determining the damages may prove an impossible undertaking. The inventor must demonstrate more than just existence of a potential market. He must also prove that the secrecy order prevented prospective buyers from using his invention. Otherwise, the loss of the market is only speculative.**

[...]

Where the primary focus of the inventor is on creating a product for military use, damages would not accrue. Inventions designed for the military can only be marketed to the Federal Government, or through it to other countries. Imposition of the secrecy order does not limit the inventor from developing and marketing the invention to the government.

The suggestion of Mr. Rose, that damage can be proven where foreign patent rights are lost, is only applicable to the extent that the invention is capable of being marketed outside the United States. Where the government would preclude foreign sales for reasons other than the secrecy order, no damage occurs under the Act. For example, an inventor is not damaged because he cannot get a permit to patent his invention in foreign country *X*, if he would be prohibited from transferring the same technology to country *X* under the International Traffic in Arms Regulations, even if no secrecy order was imposed.

מגבלות חוקיות על שיווק אמצאות ביטחוניות קיימות גם בחוק הישראלי, בחוק הפיקוח על ייצוא ביטחוני, התשס"ז-2007, ובצו הפיקוח שקדם לו, ועל כן אפשרותו של המבקש לנצל את אמצאותיו "בצבאות רבים אחרים" (סעיף 98 לסכימו העיקריים) הייתה מותנית בקבלת רישיון ייצוא ביטחוני אף אלמלא הוטלו עליהן צווי שר הביטחון. יתר על כן, בענייננו מדובר באמצאה אשר מעולם לא הועמדה למבחן מעשי. בעניין זה כותב Hausken, בעמ' 251 למאמרו :

In theory, the owner of a "paper patent" has an equal right to compensation as the owner of a patent that has undergone actual reduction to practice. The reality is somewhat different. **If the invention has never been produced, its usefulness, and even its existence, is only hypothetical.** Thus, the damage suffered by imposition of a secrecy order must be based on future developments as well as conditions existing at the time the order is imposed.

By its very nature the "paper patent" requires the existence of a future event to be commercially successful -- the invention must be physically made to perform the function that establishes its utility. If that event occurs, and the invention is subsequently used by the government, there will be little problem.

Where activity to further develop the patent is halted by imposition of the secrecy order the question of injury arises. Under such circumstances, whether the invention can successfully be produced in commercial quantities and at a competitive price is speculative. Imposition of the secrecy order denies the inventor the right to engage in this gamble. It prevents him from profiting, but equally protects him from losing money. Under these circumstances, no compensation is due; whether damages exist is a matter of speculation.

42. אף שהמבקש לא הרים את נטל ההוכחה של קיומו של פוטנציאל מסחרי שנפגע כתוצאה מהטלת צווי החיסיון, מצאנו לנכון לשקול שיקולים נוספים לעניין הפגיעה הכלכלית שגרמו לו הצווים. אפשרות זאת מסורה בידינו לאור ניסוחו הלקוני של סעיף 107, המותיר שיקול דעת רחב לוועדת הפיצויים והתמלוגים בקביעת הפיצוי.

43. נסיבות העניין, כפי שיפורטו להלן, הקשו עלינו להכריע בשאלה אם הוכח כי נגרמה פגיעה כלכלית כתוצאה מהטלת הצו, ואם לולא הצו ניתן היה לנצל את האמצאה. הקושי להעריך את הפגיעה הכלכלית ואת אפשרות הניצול נובע מהעובדה שקיום הצו מנע מהמבקש לבחון את הפוטנציאל המסחרי של האמצאה; יחד עם זאת, הודה המבקש עצמו כי לא ערך כל ניסוי מעשי באמצאתו, אשר ימחיש את ישימותה, ומעבר לכך, עובדת היותה של האמצאה בעלת אופי ביטחוני מעלה ספקות כבדים באשר ליכולת הניצול המסחרי שלה. כל אלה הופכים את הפוטנציאל המסחרי של האמצאה לספקולטיבי בלבד.

44. מנגד, קיימות נסיבות מיוחדות נוספות – פרק הזמן הארוך במיוחד שבו היו הצווים בתוקף, שבמהלכו נמנעה מהמבקש האפשרות לגייס משקיעים לצורך פיתוח אמצאתו, או למכור את הזכויות עליה. בסיומו של פרק זמן זה, לא הייתה משמעות מעשית להסרת הצווים, לאור הדינמיות הרבה בתחום פיתוח האמצאות הביטחוניות. התוצאה היא שתקופת החיסיון הארוכה ככל הנראה גרמה למבקש נזק שכיום קשה להעריכו. לא ניתן להעריך כעת את הנזק שנגרם למבקש לפי היקף המכירות של אמצעים דומים לאמצאות, מכיוון שהאמצאות דרשו המשך פיתוח והתאמה ליישומים. כל המשך פיתוח, משמעותו דילול חלקו של המבקש בתגמולים שהיה מקבל, אפילו היה המשך הפיתוח מוצלח וקצר.

45. הנזק שנגרם למבקש אינו ניתן להערכה באמות מידה של פוטנציאל מסחרי, בשל אופיין הביטחוני של האמצאות, בשל העובדה שישירותן לא עמדה במבחן מעשי, ובשל העובדה שהמבקש נמנע בסופו של דבר מרישום פטנטים, אשר יעמידו את האמצאות הן במבחן ההתנגדויות והן במבחן הפוטנציאל המסחרי. מנגד, אפשרות המשך הפיתוח על ידי משקיעים חיצוניים, ואפשרות המסחור של האמצאות החל מזמן היותן כשירות לרישום לא הייתה ניתנת לבחינה, בשל קיום הצווים. לאור כל האמור לעיל, לא נוכל לפצות את המבקש פיצוי אשר ימלא את אינטרס הקיום, בגין הרווח שנמנע ממנו על ידי הטלת הצו, שכן אין בסיס מספק לקיומו של רווח כזה.

46. אולם, מצאנו כי יש הצדקה להעניק למבקש פיצוי אשר ימלא את אינטרס ההסתמכות, ויעמיד אותו במקום שבו היה עומד לולא החל בהליך רישום האמצאות כפטנט. הפיצוי יינתן, אם כן, בגין ההוצאות שהושקעו בפיתוח האמצאות.

אמדן הפיצוי

47. המבקש פירט בפנינו, בתצהירו מיום 19.3.2009, ובחקירתו מיום 15.7.2009, מה כללה השקעתו בפיתוח האמצאות. המבקש העריך השקעה זו ב-1,700 שעות עבודה. המבקש התקשה להעריך מה היה שוויה של כל שעת עבודה שלו בין השנים 1980-1985, בהתאם למעמדו ולניסיונו דאז. בתצהירו ציין המבקש כי בשנים 2005-2006 נהג לגבות סכום של 250 דולר ארה"ב לשעת עבודה, וכי אלו השנים היחידות שלגביהן יש בידיו מסמכים מאמתים.

48. בסיכומיו המשלימים חזר המבקש על הערכה זו.

49. אנו נוטים לקבל את עדות המבקש ביחס למספר שעות העבודה שהשקיע באמצאות, אך לא נוכל להתעלם מהעובדה כי רוב שעות העבודה שהעריך כי השקיע באמצאה מס' 1 הושקעו למעשה באמצאה נשוא הבקשה שנזנחה, אשר לגביה לא נתבעו פיצויים. לפיכך, הערכנו את השקעת המבקש באמצאה מס' 1 בדרך של אמדן ב-200 שעות עבודה, וקיבלנו את הערכתו כי השקיע באמצאה מס' 2 200 שעות עבודה נוספות.

50. יחד עם זאת, לא נוכל כמובן להסתמך על שוויה של שעת עבודה של יועץ מנוסה לענייני פטנטים בשנים 2005-2006, לצורך הערכת שוויה של שעת עבודה של דוקטורנט לביופיזיקה, ההוגה אמצאות שלא בתחום לימודיו, יותר מעשרים שנה מוקדם יותר.

51. המבקש לא יכול היה להציג בפנינו נתונים לגבי שוויה של כל שעת עבודה שלו בשנים הרלבנטיות. לפיכך, החלטנו לבסס את חישוב ערכה של שעת העבודה על נתונים סטטיסטיים שהועברו אלינו מהלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, לגבי משכורות בתחומי העיסוק הרלבנטיים בשנים הרלבנטיות. בידי הלמ"ס לא נמצאו נתונים לגבי נתוני השתכרות של עצמאים בשנים אלה, ולפיכך נעשה שימוש בנתונים הקיימים לגבי שכירים בקטגוריות העיסוק המתאימות. מכיוון שלא נמצאה קטגוריה של "יועץ", התייחסנו לקטגוריות הקרובות ביותר, למיטב הבנתנו, לתחום עיסוקו של המבקש.

בשנת 1985, על פי פס"מ (פרסום מיוחד) מס' 884 של הלמ"ס, "הכנסות שכירים (פרטים) 1985, 1987, 1988", בעמ' 32, השתכרו בעלי מקצועות מדעיים ואקדמאיים סך של 6.7 ₪ לשעה בממוצע. יצוין כי מבין הנתונים הסטטיסטיים הקיימים, הערכה זו הינה המיטיבה ביותר עם המבקש.

החישוב שנערך הביא לתוצאות הבאות:

200 שעות X 6.7 ₪ לשעה = 1,340 ₪ נכון ליום 30.6.1985 (יום הגשת בקשת הפטנט עבור אמצאה מס' 1), בתוספת ריבית והצמדה = 40,232 ₪ נכון ליום מתן החלטה זו.
 200 שעות X 6.7 ₪ לשעה = 1,340 ₪ נכון ליום 13.10.1985 (יום הגשת בקשת הפטנט עבור אמצאה מס' 2), בתוספת ריבית והצמדה = 26,965.17 ₪ נכון ליום מתן החלטה זו.
 ובסך הכול 67,197.17 ₪.
 אנו קובעים, אם כן, כי המשיבה תשלם למבקש פיצויים בסך של 67,197.17 ₪.

52. בנסיבות העניין, אין צו להוצאות.

מיכאל טליינקר, חבר

הווארד פולינר, חבר

יצחק אנגלרד, יו"ר

ניתן בירושלים, ד' טבת תש"ע
 21 דצמבר 2009