

לכבוד:

ליהיא זוארץ,

רשות הפטנטים, המדגמים וסימני המסחר,

רח' אגודת ספורט הפועל 29,

הגן הטכנולוגי, בניין 5, מלחה,

ירושלים.

הנדון: מדיניות פטנטים בתוכנה, קריאתכם לניירות עמדה.

גב' זוארץ שלום,

בשם עמותת המקור (ע"ר מס' 58-040-213-9), אני פונה אלייך להבהיר את עמדת העמותה בכל הנוגע למדיניות פטנטים בתוכנה, ובמיוחד עם המאפיינים של תוכנה חופשית וקוד פתוח.

עמדתנו, בקצרה היא כי הגנה על תוכנה באמצעות פטנט תפגע הן במוסד הפטנט והן ביכולת לפתח תוכנה; עקב הטלת עלויות על כל מפתח לערוך בחינה של האם התוכנה שפיתח מפרה פטנטים או לאו, פגיעה ביכולת לייצר מוצרים מתחרים או גנריים שיכולים לעבוד על שלל פלטפורמות והטלת עלויות של רישום פטנטים על כל מי שיפתח תוכנה.

תוכנה חופשית הינה תוכנה שבעת הפצתה בעל הזכויות נותן לא רק את הזכות להשתמש בתוכנה, אלא גם את הזכות לפתח את התוכנה, לשנותה, לשפרה ולהפיץ את השינויים האלו הלאה. ניתן למצוא תוכנה חופשית כיום בשלל מוצרי צריכה, החל מטלפונים סלולריים (כמו מערכת ההפעלה Android של Google), מערכות הפעלה (Linux), דפדפנים (Firefox) ומכשירי בידור (TiVo). חלק ניכר מהתוכנות החופשיות נכתבות על ידי קהילה או על ידי פרטים שעושים כן שלא למטרות רווח, אלא כדי למצוא פתרון יעיל ומהיר לסוגיות מסוימות; תוכנה חופשית נכתבת, בדרך כלל, בהתנדבות וללא כל צוות משפטי, אנשי עסקים או הרצון להרוויח ממכירתה או הרשאתה.

התוכנה החופשית בעולם מופצת תחת מספר רשיונות שונים, אשר המרכזי בהם הוא GPL. אותו רשיון, בבסיסו, מאפשר לכל משתמש להפיץ את התוכנה כל עוד הוא מרשה לכל אחד מהמופצים גם לשנות את קוד המקור של התוכנה וגם להפיץ בעצמם. אחד ממאפייני הרשיון (על שלל גרסאותיו, שכאן לא המקום להכנס אליהן) הוא העברה של רשיון בכל פטנט שיש בתוכנה לכל מי שמקבל עותק מהקוד, לרבות רשיון להשתמש ולהפיץ את הפטנט. עמדה ערכית זו באה מתוך הבנה כי פטנטים על תוכנה נועדו לשרת אך ורק אינטרסים של פגיעה בתחרות חופשית, ולא את המשך היצירתיות והחדשנות.

סקירה משפטית: בעוד שבארצות הברית מעמדם של פטנטים בתוכנה אינו ברור כעת עד להחלטת בית המשפט העליון של ארצות הברית בנושא [Bilski](#), המדיניות במדינות אירופה ברורה: [סימן 52 לאמנת הפטנטים האירופית לא מכיר בפטנטים בתוכנות מחשב](#). כך גם, לשיטתנו, צריכה להיות ההלכה בישראל. אנו מקבלים עקרונית את עמדתו של רשם הפטנטים, **נועם מאיר**, [בפט' 131733 אלי תמיר](#) כי: "החומרה (hardware) כשירה לפטנט ואילו התכנה (software) נמצאת מחוץ לתחום הכשירות".

לשיטתנו, פטנטים בתוכנה אינם מקדמים חדשנות אלא משמשים אך ורק דרך לנגח יריבים עסקיים ולמנוע חדשנות. טול דוגמא את פטנט מספר [5960411](#) שהוגש על ידי Amazon. אותו פטנט מנסה לרכוש בלעדיות על אפשרות "רכישה בלחיצה אחת" באתרי מסחר אלקטרוניים או את הפטנט על לחיצה כפולה לצורך פתיחת אפליקציה, [6727830](#), שאינם מציגים חדשנות או דבר מלבד אלגוריתמיקה. [מחקר שנערך בסטנפורד בשנים 2000-2001](#) מצא כי השימוש באותה *טכנולוגיה* המוגנת בפטנט מאפשר שיפור של המכירות והגדלת ההון המצרפי, אך יוצרת הרתעה היקפית משימוש בטכנולוגיות דומות. אף אם אמאזון השקיעה מיליוני דולרים בפיתוח מערכת שתאפשר רכישה מהירה יותר ובעלת אחוזי נטישה נמוכים, החדשנות אינה בעלת אופי טכנולוגי או תעשייתי, אלא קונספטואלי. אותה הגנה על רעיון אינה משהו רצוי בעת שאמור להתקיים שוק חופשי של רעיונות, שהביטוי המוחשי שלהם יתחרה בשוק.

הגנה על תוכנה באמצעות פטנט לא תספק אלא הגנה על רעיונות, אשר בדרך כלל ניתנים לביטוי ביותר מדרך אחת, ותהווה הקדמה למירוץ אל התחתית בו כל אחד ירשום כמה שיותר פטנטים, ובכך יטיל עלויות כבדות על כל שחקן בשוק התוכנה.

פטנטים בעולם הדיגיטלי אינם זהים לפטנטים בעולם המוחשי בשני מובנים: זמן ההגנה וצורת הביטוי; בעוד שיישומים טכנולוגיים כמו [מנעול פינים](#) קיימים כ-4,000 שנים, סוגי יישומים שונים נרשמו כפטנטים עוד מהמאה התשע-עשרה. אולם, הגנה על מנעול מסוים לתקופה של מספר עשורים אינה פוגעת בשוק החופשי באותה צורה שהגנה על תוכנה תפגע. הסיבה הראשונה היא **שבעולם התוכנה חמש שנים מהוות נצח, שלא לדבר על עשרים.**

הגידול המעריכי במהירות השבבים, כפי שעולה [מחוק מור](#), גורמת לכך שהתפתחות הטכנולוגיה תהיה כה מהירה, עד שטכנולוגיה בת חמש שנים כמעט ואינן רלוונטיות.

הרציונאל השני הוא **שבעולם המוחשי ניתן יהיה ליישם ביטוי אחר לפטנט, ולאפשר תחרות חופשית גם מבלי להפר את הפטנט** (והשוו, א [2469/02 האסברו נ' לי-דן](#), עא [9678/05 חב' בתימו בע"מ נ' ARRABON -HK- limited](#), תא (חי') [399/04 Limited. ARRABON HK](#) [Anti-Monopoly, Inc. v. General Mills](#) 55 A.L.R.Fed. 223; (וראו, [204 U.S.P.Q. 978; 611 F.2d 296](#)): "This invention relates to board game apparatus and is intended primarily to provide a game of barter, thus invoking trading and bargaining". במצב כזה, ניתן היה בצורה תאורטית ליישם משחק שלא יפר את הפטנט על ידי משחק קלפים, משחק חברה או כל יישום אחר; בתוכנה לעומת זאת, הדבר קשה עד בלתי אפשרי.

הבעיה בתחום המחשבים היא **שבעולם הפטנטים בתוכנה ישנה נטייה לטשטש את הגבול בין הגדרת הפתרון להגדרת הבעיה**; כאשר לפעמים הפטנט שניתן הוא על הגדרת הבעיה ולא על

פתרונה, [לדוגמא בתחום הפורמאט של קבצים כגון MP3](#). בתחום דחיסת הוידאו והאודיו ניתנו פטנטים שהגנו גם מפני האפשרות של עבודה עם הקבצים תוך שימוש באלגוריתמים אחרים, כך שמנעו תחרות חופשית ואינטראופראביליות. כך, לדוגמא, אלגוריתם שהגן על הדחיסה (שהינו קנייני, ומוגן בזכויות יוצרים) דורש גם תמלוגים עבור הפתיחה של הקובץ, כך שכל נגן מדיה יאלץ לשלם תמלוגים, גם אם פתח את הדחיסה בצורה שאינה מבוססת על האלגוריתם או הפטנט (וראו, לצורך כך, את סעיף 24 לחוק זכויות יוצרים, התשס"ח-2007 הקובע כי "שימוש בתוכנת המחשב למטרות שלשמן נועדה, ובכלל זה תיקון שגיאות בתוכנת המחשב או התאמתה למערכת מחשב או לתוכנת מחשב אחרת" מותר).

מדיניות חברות ההשקעות בישראל בנוגע לפטנטים: בעיה נוספת, ההופכת פטנטים בתוכנה למירוץ לתחתית, היא שבתי ההשקעות בישראל מודדות קניין רוחני בחברות הזנק בצורה של פטנטים. לשיטתם, הדרך היחידה לכמת את ההון היא כמות הפטנטים האפשריים. **מאפיין זה יוצר מירוץ לתחתית שלעיתים מטיל עלויות כבדות של רישום פטנטים על חברות ההזנק, ונסיון לרשום כל פיסה של חדשנות גם כאשר ברור שזו לא תהיה זכאית לפטנטים.** כך, לדוגמא, חברת נטקס הגישה בשנת 1998 [בקשת פטנט על הפעלת שורות כתובות חכמה מבוססת שפה](#), כך שכל חיפוש באמצעות שורת הכתובת בדפדפן האינטרנט יהיה מכוסה בפטנט. אולם, למרות שלא ברור מהי החדשנות, ולמרות שלא ברור האם התקיימה אמצאה מוקדמת, השאלה שנשאלת היא מה מבדיל את תיבת החיפוש באתר Google לבין שורת הכתובת בדפדפן? שתיהן מהוות שדה קלט במחשב, ואלגוריתמים שהפכו קלט לפלט אחר היו קיימות מאז ומעולם. לשיטתנו, הרישום הבלתי-פוסק של פטנטים עשוי לא רק להטיל עלויות כבדות על שוק ההי-טק הישראלי, אלא גם לפגוע בתוכנה עקב **מירוץ החימוש שנוצר לרישום פטנטים.**

בצורה דומה, בתקופה האחרונה נעשו ניסיונות לאכוף פטנטים על מה שמוכר בתעשייה כסטנדרט ([i4i v. Microsoft-6:07 CV-113](#) וכן [פשרה של מיקרוסופט עם TomTom בנושא FAT32](#)), כך שמוצרים שניסו להתממשק עם סטנדרטים מקובלים בתעשייה נתבעו על הפרת פטנט. לתביעות האלו יש השלכה על כיצד נתפסת חדשנות וכיצד ניתן להשתלב בתחרות החופשית במשק. לדוגמא, התביעה שהגישה חברת Microsoft נגד TomTom היתה במטרה למנוע את השימוש של TomTom במערכת הפעלה חופשית; המערכת שנבנתה על ידי TomTom היתה מבוססת על מערכת התוכנה החופשית Linux ודיברה על כוננים שהקבצים עליהם היו במערכת Fat32. לטענתה של מיקרוסופט, השימוש במערכת קבצים וכתובה לסטנדרט שהיא המציאה מפר את זכויותיה הקנייניות. אולם, יותר מכל מהווה התביעה נסיון לפגוע במתחריה של מיקרוסופט, שמחזיקה במונופול דה-פקטו על מערכות הפעלה בעולם.

שינוי המדיניות כתמריץ לעידוד חדשנות: לשיטתנו, דווקא שינוי המדיניות למצב בו פטנטים על תוכנה לא יוכרו יאפשרו לא רק תחרות חופשית בשוק התוכנה, אלא יעודדו את הכלכלה הישראלית, יאפשרו השקעות איכותיות יותר ויבססו את ההשקעה בכח אדם איכותי ולא בפטנטים. במצב מסוג זה, אי הכרה בפטנטים על תוכנה יאפשרו לחברות ישראליות לפתח יותר תוכנות ללא חשש מכך שיתבעו על כך שאותה תוכנה מפרה פטנט לכאורי שנרשם על ידי חברה. ההבנה שמרכזת של תעשיית התוכנה היא

כח האדם היא זו שתאפשר חדשנות מתמדת, בה התעשייה הישראלית לא נחה על זרי הדפנה ומקדמת מוצרים חדשניים יותר, תוך שהיא יכולה להתבסס על פירות העבר.

חוסר הודאות בפיתוח תוכנה עקב פטנטים: חוסר היכולת לפתח תוכנה במצב בו ישנו מירוץ חימוש של פטנטים גם מפלה בין מפתחי תוכנה חופשית למי שאינו מפתח תוכנה חופשית. כאמור, מפתחי התוכנה החופשית הינם קהילה שמקדמת את הטכנולוגיה בצורה הרמונית, שמאפשרת לכלל החברה ניצול יעיל של משאבים וחלוקת העבודה. במצב כזה, עשרות חברות יכולות להתחרות על המוצר הטכנולוגי הטוב ביותר, ולהתאים את התוכנה החופשית למוצר אותו הן מייצרות; לדוגמא, טלפונים סלולריים הפועלים עם מערכת ההפעלה Android של גוגל יכולים להגן על השבבים והמעגלים המודפסים באמצעות פטנטים, אך התוכנה שמפעילה אותם פותחה על בסיס מערכת ההפעלה Linux, שמיליוני אנשים בעולם יכולים להשיג בחינם, ולשנות ולתרום. הכרה בפטנטים על תוכנה עשויה למנוע מאותם מיליונים את היכולת להשתתף בקהילה, כיוון שעלויות העסקה שיוטלו על אותם מיליוני מפתחים שעושים זאת שלא למטרת רווח יגדלו, ואלה יאלצו להעזר ביעוץ משפטי בטרם יחלו לפתח תוכנות.

האפקט המצבן של פחד משימוש בתוכנות המוגנות על ידי פטנטים של צדדים שלישיים יכול ליצור הרתעה משימוש בתוכנה, בין אם היא חופשית או לאו, ולהטיל עלויות כבדות על המערכת של רכישת אפליקציות קנייניות אך ורק על מנת לקנות "ביטוח" מפני ההפרה התיאורטית של הפטנט. במצב כזה, כל פיתוח עצמאי של תוכנה ללא ליווי משפטי מהיום הראשון יהיה בעייתי, ועל כן ימנעו רבים לפתח תוכנה או לקדם את החדשנות. **מתוך רצון לקדם את השימוש בתוכנות חופשיות ובקוד פתוח, ומתוך רצון לקדם את הפיתוח הקהילתי, אנו קוראים לשמירה על מצב בו אין פטנטים בתוכנה.**

במשטר משפטי בו פטנטים על תוכנה קיימים, אין כל מקום לתוכנות שיתופיות שמפותחות על ידי קהילה, ולעיתים שלא למטרות רווח. מודעים אנו כי חברות טכנולוגיה רבות יבואו בפני רשם הפטנטים על מנת להגן על מה שהן תופסות כזכויותיהן הקנייניות; אנו מבינים את חשיבות ההגנה שהן רואות בפטנטים, אך אנו מאמינים כי טובת הציבור כולה יכולה לגדול באם לא יוכרו פטנטים בתוכנה.

לטעמנו, מהסיבות המפורטות לעיל, אין לאפשר פטנטים בתוכנה בישראל. החדשנות, התחרות החופשית והיצירה המשותפת, כולן דורשות זאת.