

# מדינות מפותחות, מדינות מתפתחות והגנה על קניין רוחני: היבטים בינלאומיים של הגנה על קניין רוחני

גיל-עד נועם\*

- א. מבוא
- ב. דיני הקניין הרוחני במשפט הבינלאומי – סקירה כללית
- ג. אינטרסים בינלאומיים סותרים בהגנת הקניין הרוחני
- ד. הרקע לאימוצו של הסכם טריפס
- ה. הסכם טריפס
- ו. המחלוקת סביב הגנה על פטנטים בתרופות
- ז. סיכום ומסקנות

## א. מבוא<sup>1</sup>

הגנה על קניין רוחני על צורותיו השונות אינה מצטמצמת עוד להסדרה משפטית במסגרות לאומיות. בשנים האחרונות יש למשפט הבינלאומי הפומבי תפקיד חשוב בהסדרת נושאי הקניין הרוחני השונים. הצורך בהסדרה בינלאומית של תחום משפטי זה התעורר בעיקר על רקע ההיקף הגדל של קשרי המסחר בין מדינות העולם, שבמסגרתם לא רק טובין גשמיים חוצים גבולות בין מדינות אלא גם זכויות בקניין רוחני הנלוות אליהם. זכויות הקניין הרוחני הן ביסודן זכויות טריטוריאליות המיושמות במדינה מסוימת, אלא שבמציאות הבינלאומית המודרנית התעורר הצורך לאפשר לבעלי הזכויות לשמור על זכויות הקניין הרוחני שלהם במדינות רבות ככל שניתן. האמנות הבינלאומיות הראשונות בתחום הקניין הרוחני אומצו כבר בסוף המאה ה־19. אולם האמנות בנושא קניין רוחני שגובשו החל מסוף המאה ה־19

\* תלמיד התואר השלישי, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.  
1 מאמר זה מבוסס בחלקו על מאמר קודם: ג' נועם "הגנה על קניין רוחני במסגרת ארגון הסחר העולמי: הסכם TRIPs והשפעתו על מדינת-ישראל – סוגיית הייבוא המקביל של תרופות מוגנות כפטנט" ארגון הסחר העולמי וישראל: משפט, כלכלה ופוליטיקה (א' רייך עורך, 2004) (בדפוס).

ובמהלך המאה ה-20 התמקדו בעיקר בהסדרים פרוצדורליים שנועדו להקל על בעלי הזכויות בקניין רוחני לשמור על זכויותיהם גם מחוץ למדינות המקור שלהם. אמנות אלה כמעט שלא חייבו מדינות לקבוע בדין הפנימי סטנדרטים מהותיים להגנה על קניין רוחני. מהפך בעניין זה חל עם אימוצו של הסכם TRIPs<sup>2</sup> (להלן: "הסכם טריפס") שנכנס לתוקפו בשנת 1995. הסכם טריפס הנו אחד מהסכמי ארגון הסחר העולמי הנספחים להסכם המייסד ארגון זה (הסכם מרקש). הסכם טריפס מבטא שאיפה ליצירת הרמוניזציה, ולו חלקית, של דיני הקניין הרוחני המהותיים באופן שבו בעלי הזכויות בקניין רוחני יוכלו לשמור על זכויותיהם ולאכפף במדינות רבות ככל שניתן. לראשונה, מחייב הסכם טריפס את המדינות החברות בארגון הסחר העולמי להתאים את הדין הפנימי שלהן לסטנדרטים מינימליים של הגנה על קניין רוחני, הקבועים בהסכם. אולם כפי שנראה, תוכנם של דינים אלה, היקף התפרשותם, ובמידה לא מעטה אף עצם ההצדקה לקיומם, היו נושא למחלוקת בינלאומית טרם גיבושו של ההסכם. חלק ממחלוקות אלה נותרו בעינם גם לאחר אימוצו של הסכם טריפס, מאחר שיישומו מעורר קשיים רבים. למחלוקת זו נודע מקום חשוב על סדר היום של הקהילה הבינלאומית בשנים האחרונות. המחלוקת החריפה ביותר בנושא ההגנה על קניין רוחני במישור הבינלאומי היא בין קבוצת המדינות המכונות "מדינות מפותחות" או "מדינות מתועשות" לבין קבוצה גדולה יותר של מדינות, שנהוג לכנותן "מדינות מתפתחות"<sup>3</sup>. במאמר זה אנו מבקשים להציג מחלוקת זו, לעמוד על מקורותיה ולנתח את השפעתה על עיצוב דיני הקניין הרוחני הבינלאומיים. נתמקד בהיבט מרכזי אחד של מחלוקת זו – מתן הגנת פטנט בתרופות והשפעתה על מדינות מתפתחות.

## ב. דיני הקניין הרוחני במשפט הבינלאומי – סקירה כללית

כרקע לדיוגנו יש לציין, כי במישור הלאומי דיני הקניין הרוחני התפתחו במדינות שונות בהתאם למידת הקדמה הטכנולוגית ששררה בהן. ככלל, דינים אלה, לפחות בצורתם המודרנית המוכרת לנו, הנם תופעה חדשה יחסית. בעשורים האחרונים של המאה ה-20, על רקע התגברות קשרי המסחר ואמצעי העברת המידע והתקשורת בין המדינות, רבו הקולות בקרב המדינות המפותחות, שבהן כבר היו דיני קניין רוחני מפותחים, להרחיב את ההגנה על הקניין הרוחני על צורותיו השונות למדינות רבות ככל שניתן. באותה עת כבר היה קיים משפט בינלאומי שעניינו הגנה על קניין רוחני, אולם כפי שיוסבר להלן, לא היה בו די כדי להתאים לעידן הגלובליזציה.

2 Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1C, 33 I.L.M (1994)

81 (להלן: "הסכם טריפס" או "Trips Agreement").

3 אין הגדרה מדויקת ומוסכמת לקבוצות מדינות אלה. בהמשך נאפיין, לצורך דיוגנו, את קבוצות המדינות הנ"ל.

בשנות ה-80 של המאה ה-19, על רקע ההתקדמות הטכנולוגית והתגברות קשרי המסחר בין מדינות מתועשות, גובשו שתי האמנות הבינלאומיות הראשונות להגנה על קניין רוחני: אמנת פריז בדבר הגנת הקניין התעשייתי משנת 1883<sup>4</sup>, ואמנת ברן להגנה על יצירות אמנותיות וספרותיות<sup>5</sup>. אולם אמנת פריז אינה קובעת סטנדרטים מהותיים המחייבים את המדינות החברות להגן על הקניין התעשייתי, למעט הדרישות הבסיסיות לקיים הגנה כזו (מבלי להגדיר את רמתה, למשל – את משך ההגנה שמעניק פטנט), להקים משרדים הנותנים שירותי הגנה על קניין תעשייתי, לקיים מרשם פתוח לציבור ולפרסם באופן סדיר את פרטי הפטנטים שהוענקו וסימני המסחר שנרשמו<sup>6</sup>. עיקר עיסוקה של אמנת פריז הוא במישור הפרוצדורלי, באמצעות אימוץ כללים שנועדו להקל על שיתוף הפעולה בין המדינות החברות באמנה בתחום ההגנה על קניין רוחני<sup>7</sup>. עיקרון חשוב המעוגן באמנה זו הוא עקרון "הטיפול הלאומי"<sup>8</sup>, שלפיו אזרח של כל אחת מהמדינות שהן צד לאמנת פריז (המכוננת "מדינות האיגוד") זכאי ליהנות בכל מדינת איגוד אחרת מאותה הגנה על הזכויות הנ"ל ומאותם סעדים נגד הפרה שזכאים להן אזרחי אותה מדינה. בדומה לאמנת פריז, עיקר חשיבותה של אמנת ברן אף הוא במישור הפרוצדורלי. במישור המהותי, אמנת ברן מחייבת את המדינות החברות להגן על זכויות יוצרים, כפי שמוגדרות באמנה באופן רחב למדי, תוך מתן אפשרות למדינות לקבוע סייגים בעניינים מסוימים<sup>9</sup>. כמו כן, נקבעה תקופת הגנה מינימלית על זכות היוצרים שהיא, ככלל, חמישים שנה לאחר מות היוצר<sup>10</sup>. בדומה לאמנת פריז, גם באמנת ברן נקבע עקרון "הטיפול הלאומי"<sup>11</sup>. אמנות פריז וברן נותרו אבני הפינה של המשטר הבינלאומי להגנה על קניין רוחני במהלך רוב המאה ה-20. שתי האמנות תוקנו

4 אמנת פאריס בדבר הגנת הקניין התעשייתי 1883, כ"א 312, מס' 10, ע' 405 (להלן: "אמנת פריז"). נכון לספטמבר 2005, 169 מדינות הן צדדים לאמנה, ובהן ישראל. מאז אימוצה תוקנה האמנה שבע פעמים – האחרונה שבהן, בשנת 1979. "קניין תעשייתי" הוגדר באמנת פריז באופן רחב, ככולל פטנטים, מדגמים, סימני-מסחר, סימני-שירות, שמות מסחריים, ציוני מוצא או כינויי מקור ומניעת תחרות בלתי הוגנת. ראו ס' 1(2) לאמנת פריז; ס' 1(3) לאמנת פריז, בע' 406.

5 אמנת ברן להגנת יצירות ספרותיות ואמנותיות 1886, כ"א 737 מס' 21, ע' 581 (להלן: "אמנת ברן"). נכון לספטמבר 2005, 159 מדינות הן צדדים לאמנה, ובהן ישראל. מאז אימוצה תוקנה האמנה שמונה פעמים – האחרונה שבהן, בשנת 1979.

6 ס' 12 לאמנת פריז, בע' 422.

7 למשל, באמצעות קביעת עקרון העדיפות שלפיו "מי שהגיש כהלכה באחת מארצות האיגוד בקשה לפטנט, לרגם תועלת, למדגם תעשייתי או לסימן מסחר, או מי שבא תחתיו, ייהנו, לצורכי הגשת בקשה בשאר הארצות, מדין קדימה". ס' 4 לאמנת פריז, בע' 407.

8 ס' 2 לאמנת פריז, בע' 407.

9 ס' 2 לאמנת ברן, בע' 582 מגדיר "יצירות ספרותיות ואמנותיות" ומטיל חובה על המדינות להגן על זכויות היוצרים בחקיקה; האמנה מגדירה את זכות היוצר ככוללת הן זכות כלכלית והן זכות מוסרית (כך, למשל, בס' 6 לאמנת ברן, בע' 588–589).

10 ס' 7 לאמנת ברן, בע' 590.

11 ס' 3 ו-5 לאמנת ברן, בע' 585, 587.

מעט לעת בהתאם להתפתחויות הטכנולוגיות, לשינויים בדיני הקניין הרוחני שבאו בעקבותיהם ולצרכים המשתנים של המדינות החברות.

בשנת 1970 הוקם באופן רשמי הארגון הבינלאומי להגנה על קניין רוחני – World Intellectual Property Organization, ובקיצור – WIPO.<sup>12</sup> תחת חסות WIPO נכרתו אמנות נוספות שהעמיקו את ההגנה על הקניין הרוחני, תוך התאמה למציאות המודרנית המשתנה.<sup>13</sup> משנת 1974 WIPO הוא אחד מסוכנויות ארגון האומות המאוחדות. המדינות החברות בארגון WIPO חייבות להיות צדדים לאמנת פריז או לאמנת ברן, אולם פרט לכך אינן נדרשות למלא אחר תנאים משמעותיים אחרים או להיות צד לאמנות קניין רוחני נוספות.<sup>14</sup> נכון לספטמבר 2005, חברות ב-WIPO 182 מדינות. WIPO אחראי על עשרים ושלוש אמנות להגנה על קניין רוחני, לרבות אמנות פריז וברן, ותפקידו "לקדם את ההגנה על קניין רוחני ברחבי העולם באמצעות שיתוף פעולה בין מדינות, ובמקרים המתאימים, תוך שיתוף פעולה עם ארגונים בינלאומיים אחרים"<sup>15</sup> (התרגום שלי – ג.ג.). האמנות שעליהן אחראי ארגון WIPO מטפלות במגוון נושאי הקניין הרוחני. אולם בדומה לאמנות פריז וברן, עיקר ייעודן של אמנות אלה הוא בעידוד שיתוף הפעולה בין המדינות וביצירת מנגנונים פרוצדורליים להקלה על הליכי הרישום וההגנה על זכויות קניין רוחני במדינות החברות. הדין המהותי נותר במידה רבה עניין המסור לשיקול הדעת של כל אחת מן המדינות החברות, וכאמור מצב זה גרם לפערים ניכרים בדיני הקניין הרוחני שהוחלו במדינות שונות ולקשיים באכיפת זכויות הקניין הרוחני במציאות של גלובליזציה והיקפי סחר בינלאומי גדולים. חיסרון נוסף באמנות שבחסות ארגון WIPO הוא היות ההצטרפות אליהן וולונטרית.

12 האמנה אשר ייסדה את הארגון – Convention Establishing the World Intellectual Property Organization, אשר נכנסה לתוקף ב-1970, לא יצרה את הארגון יש מאין. התשתית הארגונית הייתה קיימת בצורת הארגון שפעל על כסיס אמנת פריז ואמנת ברן ("האיגוד"), ונקרא The United International Bureaux for the Protection of Intellectual Property (ארגון זה נודע בראשי התיבות שלו בצרפתית – BIRPI). מכוח האמנה שייסדה את WIPO נערכו שינויים מבניים ואדמיניסטרטיביים ב-BIRPI, ושמו של הארגון שונה ל-WIPO.

13 כדוגמה ניתן לציין שתי אמנות שנכנסו לתוקף בשנת 2002: WIPO Copyright Treaty (WCT) ו-WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT) [adopted in Geneva, Dec. 20, 1996], 36 I.L.M. 65 (1997) ו- [adopted in Geneva, Dec. 20, 1996], 36 I.L.M. 76 (1997). הקובעות כללים מעודכנים של הגנה בינלאומית על זכויות יוצרים, המותאמים לעידן האינטרנט.

14 משמעות הדבר היא שמדינות יכולות להשתתף בדיונים על נושאי קניין רוחני מבלי שהן מחויבות לאמנות שיתקבלו בעקבות דיונים אלה. ארצות-הברית, למשל, אינה צד להסכם האג לרישום בינלאומי של מודגמים (Hague Agreement Concerning the International Deposit of Industrial Designs), אולם היא שולחת באופן סדיר משלחת למפגשי המומחים הדנים בשינויים לאמנה (ראו: M.L. Cheek "The Limits of Informal Regulatory Cooperation in International Affairs: A Review of the Global Intellectual Property Regime" 33 *Geo. Wash. Int'l L. Rev.* (2001) 277, 297).

15 Convention Establishing the World Intellectual Property Organization, July 14, 1967, art. 3, 6 I.L.M. 782, 784

בהיעדר תמריץ ממשי להצטרף לאמנות אלה, מדינות מתפתחות רבות, שבתחומן פעלה תעשייה משגשגת שהתבססה על העתקת מוצרים ממדינות מפותחות נמנעו מלהצטרף לאמנות שבחסות WIPO. חיסרון בולט נוסף באמנות שנכרתו בחסות WIPO הוא היעדרן של סמכויות אכיפה והיעדרו של מנגנון יישוב סכסוכים פורמלי ומחייב<sup>16</sup>. הסכם טריפס בא למלא אחר תביעתן של המדינות המפותחות ליצור מערכת בינלאומית להגנה על קניין רוחני, שתספק מענה לפגמים אלה. טרם נדון בהסכם טריפס עצמו, נבחן את תמונת האינטרסים הבינלאומית שעמדה ברקע אימוצו.

### ג. אינטרסים בינלאומיים סותרים בהגנת הקניין הרוחני

לצורכי דיונו נבחין בין שלוש קבוצות של מדינות: הקבוצה הראשונה הנה קבוצת "המדינות המפותחות" או "המדינות המתועשות". ב"גרעין הקשה" של קבוצה זו נכללות ארצות-הברית ומדינות מערב אירופה<sup>17</sup>. שתי הקבוצות האחרות הן של מדינות שניתן להגדירן כ"מדינות מתפתחות"<sup>18</sup>, אף שהפערים בין המדינות בתוך קבוצה זו, מבחינת מידת התפתחותן הכלכלית והחברתית, הם רבים. קבוצה אחת של מדינות מתפתחות כוללת מדינות בעלות יכולות טכנולוגיות המאפשרות להן בעיקר להעתיק מוצרים שונים שמקורם במדינות המפותחות, אך לא מתקיימת בהן פעילות עצמאית משמעותית של מחקר ופיתוח ושל יצירת מותגים בעלי מוניטין בשוק הבינלאומי. נהוג לכנות מדינות אלה, המזוהות בעיקר עם מדינות בדרום-מזרח אסיה ובאמריקה הלטינית — Newly Industrialized Countries (ובקיצור — NIC). ברבות ממדינות אלה לא היו דיני הקניין הרוחני מפותחים, ולכל היותר העניקו הגנה מינימלית בעלת תחולה מוגבלת (כך, למשל, הגנת הפטנט, ככל שהיא התקיימה במדינות כאלה, לא הוחלה בדרך כלל על תרופות — נושא שבו נדון בהמשך). על רקע היכולות

16 אמנם באמנת פריז ובאמנת ברן נקבע כי סכסוכים יידונו בפני בית הדין הבינלאומי בהאג (International Court of Justice [I.C.J]), אולם הוראה זו נותרה חסרת כל משמעות מעשית, מאחר שלמדינות שמורה הזכות להודיע עם הצטרפותן לאמנות אלה כי הן אינן רואות עצמן מחויבות בסעיפים הנוגעים ליישוב סכסוכים. ואכן, מדינות רבות נהגו כך. כמו כן, אף במקרים שבהם סכסוך מובא בפני בית הדין הבינלאומי, ביכולתה של המדינה שהפסיקה מופנית נגדה לפרוש מהאמנה הרלוונטית וכך להימנע מסנקציה. ראו: Cheek, *supra* note 14, at p. 299.

17 אין הגדרה מדויקת לקבוצת מדינות אלה, אף שניתן להיעזר בסטנדרטים כלכליים שונים או בהיות מדינה נמנית על "מועדון יוקרתי" כגון הארגון לשיתוף פעולה כלכלי ולפיתוח או בהיות מדינה נמנית על "מועדון יוקרתי" כגון הארגון לשיתוף פעולה כלכלי ולפיתוח (O.E.C.D — Organization for Economic Cooperation and Development) שנהוג לזהותו כ"ארגון המדינות המפותחות". יש לציין שכיום, בעיקר מסיבות פוליטיות, התקבלו כחברות בארגון זה גם מדינות שלא נחשבו באופן מסורתי כמפותחות, כגון מקסיקו.

18 אף ל"מדינות מתפתחות" אין הגדרה מדויקת. בארגון הסחר העולמי רשאיות מדינות להגדיר את עצמן כ"מפותחות" או כ"מתפתחות" לצורך תחולת הוראות מסימות בהסכמים, בכפוף לאפשרות של מדינות אחרות לערער על האופן שבו הגדירה את עצמה.

הטכנולוגיות הקיימות במדינות אלה, המקנות להן "יתרון יחסי" בייצור מוצרים מועתקים זולים, גדול הפיתוי לעסוק בהן בפעילות העתקה של מוצרים הנושאים זכויות בקניין רוחני ממדינות מפותחות – החל מתעשייה של העתקת מוצרים מוגנים בפטנט (כגון תרופות) וכלה בייצור מוצרי צריכה מזויפים הנושאים סימני מסחר ידועים של פירמות ממדינות מפותחות או העתקה של דיסקים עם יצירות מוזיקליות או העתקת תכנות מחשב. טענת המדינות המפותחות, וארצות-הברית בראשן, כלפי מדינות ה-NIC הייתה אפוא כי הן בגדר "נהנות חינם" (Free Riders) מהשקעתם של אחרים (בעלי הזכויות בקניין רוחני על צורותיו במדינות המפותחות). הפגיעה בכלכלת המדינות המפותחות בעקבות פעילות ההעתקה הענפה במדינות ה-NIC הייתה חריפה במיוחד נוכח היקפי הסחר הגדלים בין המדינות. מוצרים מועתקים שמקורם במדינות ה-NIC מוצאים דרכם בקלות למדינות המפותחות, ששם הם מתחרים תחרות בלתי הוגנת במוצרים המקוריים, שמחירים גבוה באופן משמעותי, בין היתר עקב התשלומים המועברים לידי בעלי זכויות הקניין הרוחני. כפי שיוסבר להלן, פעילות ההעתקה שהתבצעה במדינות כאלה היא שעמדה ברקע הדרישה לייסד מערכת סטנדרטים בינלאומית להגנה על קניין רוחני. הקבוצה השלישית כוללת מדינות מתפתחות עניות במיוחד, הנעדרות תשתית טכנולוגית מתאימה לביצוע פעילות משמעותית של העתקה. מדינות אלה נזקקות לייבוא של מוצרים חיוניים הנושאים עליהם זכויות קניין רוחני ממדינות מתועשות (הדוגמה הבולטת לכך היא תרופות מוגנות בפטנט). נהוג לזהות קבוצת מדינות זו עם המדינות שארגון האו"ם מגדיר כ-"Least Developed Countries" ("להלן: "מדינות LDC")<sup>19</sup>. כאמור, מדינות אלה תלויות במידה מכרעת בייבוא ממדינות מתועשות. עם זאת, יכולתן של מדינות אלה לשלם עבור מוצרים מסוימים באופן שיתגמל כראוי את בעלי הזכויות בקניין הרוחני הנלווה לאותם מוצרים, היא מעטה ביותר. על רקע רמת ההתפתחות הטכנולוגית הנמוכה במדינות LDC, לא התקיימו בדרך כלל במדינות אלה דיני קניין רוחני או שהם העניקו רמת הגנה מזערית ליוצרים, לממציאים ולבעלי זכויות אחרים, בהשוואה למקובל במדינות מפותחות.

הפערים שבין שלוש קבוצות המדינות הללו הם הרקע לאתגר הקשה שבגיבוש מערכת בינלאומית של סטנדרטים אחידים בתחום הקניין הרוחני, ויש שיאמרו שהם גם אלה שמעלים את סימני השאלה באשר להיות השאיפה לגיבוש מערכת סטנדרטים כזו שאיפה ראויה. בשלב זה של הדיון יש לומר, כי נוכח הפערים באינטרסים בין המדינות השונות, כפי שהוצגו לעיל, ברי כי השאיפה לגיבוש מערכת סטנדרטים גלובלית להגנה על קניין רוחני לא הייתה שאיפה אוניברסלית, אלא היא נבעה בעיקרה מלחץ כבד שהפעילו המדינות המפותחות על המדינות המתפתחות להסכים לאימוצה של מערכת כזו. זאת, תוך שהמדינות המפותחות

19 הקטגוריה של מדינות LDC מוגדרת על ידי האו"ם, והיא כוללת, נכון לספטמבר 2005, 50 מדינות, רובן ביבשת אפריקה וחלקן ביבשת אסיה.

משתמשות בכוחן הכלכלי העדיף ובהזיקותן של המדינות המתפתחות לקיים עמן קשרי מסחר. ואכן, זה היה הרקע לתהליכים שהובילו לאימוצו של הסכם טריפס, כפי שיתואר בהמשך. אולם על מנת להקנות יתר לגיטימיות לתביעתן ממדינות מתפתחות לאמץ דיני קניין רוחני כנהוג במדינות המפותחות, ועל מנת שתביעה זו לא תצטייר כלחץ כלכלי גרידא של צד חזק על צד חלש, התאמצו המדינות המפותחות לגייס טיעונים "אוניברסליים" לתמיכה בתביעתן זו. המדינות המפותחות שאפו לחזק את הלגיטימיות של מערכת דינים בינלאומית הקובעת סטנדרטים מחייבים של הגנה על קניין רוחני, כמערכת דינים שתכליתה אינה לספק את צורכי המדינות המפותחות בלבד, אלא כדין רצוי ומחויב המציאות בנוגע לקהילה הבינלאומית כולה. לצורך ביסוס לגיטימיות זו נעשה שימוש בטיעונים משני סוגים. הסוג האחד של טיעונים עניינו במישור התאורטי הכללי, ולפיו זכויות הקניין הרוחני הן מעצם טיבן "אוניברסליות" ו"טבעיות", בדומה לזכויות בקניין גשמי. הסוג השני של הטיעונים ששימשו את המדינות המפותחות בתביעתן לאימוץ משטר גלובלי של הגנה על קניין רוחני, הם טיעונים כלכליים תועלתניים. כפי שנטען, אימוץ סטנדרטים מחמירים של הגנה על קניין רוחני על ידי מדינות מתפתחות, בדומה לנהוג במדינות המפותחות, תואם גם את האינטרסים של המדינות המתפתחות. טענה זו נסמכה על שתי הנמקות עיקריות. האחת, כי העובדה שממציאים או יוצרים יגדילו את הכנסותיהם בעקבות תשלומים שיתקבלו עבור שימושים בפטנט או ביצירות מוגנות במדינות רבות, תעודד יתר השקעה במחקר, בפיתוח וביצירה, והדבר יוביל לכמות גדולה יותר של פיתוחים חדשניים, שמהם ייהנו המדינות כולן – לרבות המדינות המתפתחות. הנימוק השני הוא שמדינות מתפתחות יוכלו ליהנות מרמות גבוהות יותר של השקעות חוץ והעברות טכנולוגיה, אם משקיעים זרים יוכלו להסתמך על כך שמוצרים, תהליכים וסודות מסחריים מוגנים במדינות אלה בצורה ראויה.

באשר לסוג הראשון של הטיעונים, המבקש להישען על דיני זכויות האדם הבינלאומיים, אכן, דינים אלה כוללים התייחסות לזכויות בקניין רוחני. ביטוי לכך נמצא בהכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם משנת 1948<sup>20</sup> ובאמנה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות משנת 1966<sup>21</sup>. עם זאת, מדובר בהתייחסות כללית בלבד, שאינה מחייבת לגבש סטנדרטים, מינימליים ככל שיהיו, להגנה על הזכויות בקניין רוחני במישור הבינלאומי. יתרה מכך, זכויות הקניין הרוחני נמנות

20 ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם 1948. ההכרזה חסרת תוקף משפטי מחייב, כשלעצמה, אך כל הזכויות המעוגנות בה הפכו להיות חלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי. ס' 27(2) להכרזה קובע כי "כל אדם זכאי להגנת האינטרסים המוסריים והחומריים הכרוכים בכל יצירה מדעית, ספרותית או אמנותית שהיא פרי רוחו". ראו: Universal Declaration of Human Rights of 10 December 1948.

21 אמנה בינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות 1966, כ"א 31, ע' 205 (להלן: "אמנה בינלאומית בדבר זכויות כלכליות"). ס' 15(1)(c) לאמנה כולל נוסח דומה לזה הכלול בהכרזה האוניברסלית.

עם הזכויות הכלכליות. מעצם מהותן, גבולותיהן והיקף התפרשותן של הזכויות הכלכליות (להבדיל ממרבית הזכויות האזרחיות והפוליטיות) נתונים במידה מכרעת לקביעתן העצמאית של מדינות, בהתחשב בתנאים הכלכליים השוררים בהן.<sup>22</sup> ניתן לעורר ספק גם באשר למידת נכונותם של הנימוקים שעליהם נסמכים השיעורים הכלכליים-התועלתניים הנשמעים מצדן של המדינות המפותחות. הנימוק הראשון מתעלם מכך שבדרך כלל מוצר מקורי המוגן בפטנט או שהוא נושא לזכויות קניין רוחני אחרות, יהיה יקר יותר מהחיקוי של אותו מוצר, והדבר יביא לירידה משמעותית בביקוש לאותו מוצר. כאשר מדובר במוצרים בסיסיים וחיוניים, כגון מזון, ההשלכות של עליית מחיר המוצר יכולות להיות מרחיקות לכת, וכאשר מדובר בתרופות, התוצאות יכולות להיות קטלניות. נוכח מצב עניינים זה, יש הסבורים כי ספק אם התועלת השולית המתבטאת בעלייה בכמות ההמצאות כתוצאה מהרחבת האפשרות לקבל הגנת פטנט לשווקים נוספים, עולה על העלות המתבטאת בירידה ברווחת הצרכנים בשל העלייה במחירי המוצרים המוגנים בפטנט במדינות שבהן לא הייתה הגנת פטנט בעבר. כתוצאה מכך, ספק אם יצירת משטר כלל עולמי של הגנה על פטנטים תביא לתוצאה אופטימלית מבחינה כלכלית (בהתחשב כמצייאות הבינלאומית הקיימת), ויש מדינות שיעיל, משיקולים כלכליים, שלא לאלצן לאמץ משטר כזה.<sup>23</sup> כמו כן, ספק אם הגדלת העושר של הממציאים על ידי הרחבת המונופול הניתן להם באמצעות הגנת הפטנט למדינות נוספות (אף בהנחה שהדבר אכן יתמרץ השקעה נוספת במחקר ובפיתוח), תביא לתוצאה יעילה מבחינה כלכלית. ייתכן שהשוק במדינה שבה פועלים הממציאים (בדרך כלל, אחת מהמדינות המפותחות) כבר הגיע לרמה האופטימלית של השקעה במחקר ובפיתוח, וייתכן אף שקיימת השקעה רבה מדי במחקר ובפיתוח. אין זה בטוח שהרווחה המצרפית תגדל אם דולר נוסף שיתקבל יושקע במחקר ובפיתוח, וייתכן שעדיף להשקיעו בהטמעה וביישום של ההמצאות והטכנולוגיות הקיימות.<sup>24</sup> באשר לנימוק השני, אין נתונים אמפיריים חד-משמעיים המבססים את ההנחה כי היעדר הגנה חזקה על קניין רוחני מרתיע משקיעים חיצוניים מלהשקיע במדינות מתפתחות, והנושא שנוי במחלוקת בין כלכלנים.<sup>25</sup> שיקולים רבים ומגוונים עומדים

22 שם, בס' 2, ובמיוחד ס' (3)2 הקובע כי "ארצות מתפתחות רשאיות להחליט, תוך תשומת לב נאותה לזכויות האדם ולמצבן הכלכלי, באיזו מידה הן יערבו לזכויות הכלכליות שהוכרו באמנה זו לגבי בני אדם שאינן אזרחיהן".

23 A.V. Deardorff "Should Patent Protection Be Extended to All Developing Countries?" *The Multilateral Trading System: Analysis and Options for Change* (Ann Arbor, R.M. The British Commission on Intellectual Property Rights : Stern ed., 1993) 435 "Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy" (September 2002) 21-22 (להלן: "The British Commission Report"). (עוֹתָק שְׁמוֹר בְּמַעֲרָכָה).

24 M.J. Trebilcock & R. Howse *The Regulation of International Trade* (London, 2<sup>nd</sup> ed., 1999) 310.

25 The British Commission Report supra note 23, at pp. 22-24; F.M. Abbott "The TRIPs



ביסוד החלטת משקיעי חוץ אם להשקיע במדינה פלוניית, וקיימת מחלוקת בדבר מידת השפעת קיומם של דיני קניין רוחני אפקטיביים על שיקולים אלה. ניתן לסכם ולומר, כי קיים לפחות ספק אם אימוץ משטר גלובלי חזק של הגנה על קניין רוחני יגדיל את העושר המצרפי ברמה הגלובלית, בטווח הזמן הקצר והבינוני. אף אם מקבלים את טיעוני המדינות המפותחות כי הגנה חזקה על קניין רוחני במדינות המתפתחות תגדיל את העושר גם במדינות אלה, נראה שתוצאה כזו תתקיים רק לאחר חלוף זמן רב. בטווח הזמן הקצר והבינוני, המשמעות של אימוץ סטנדרטים מחמירים של הגנה על קניין רוחני היא, מבחינת המדינות המתפתחות, העברה של עושר מתחומן אל המדינות המפותחות, שבהן מתבצעת מרבית פעילות המחקר והפיתוח<sup>26</sup>. יש לראות אפוא את שאיפת המדינות המפותחות לאמץ משטר גלובלי של הגנה על קניין רוחני, כשאיפה לגיטימית התואמת את האינטרסים הכלכליים המידיים של מדינות אלה, אך יש להתייחס בחשדנות לטיעונים המנסים להצביע על תרומתו של משטר כזה לרווחה הכלכלית הגלובלית, לפחות בטווח הזמן הקצר והבינוני. כך, למשל, יש לשקול באיזו מידה יש לחייב מדינות מתפתחות שכמעט שלא מתקיימת בהן פעילות של מחקר ופיתוח של מוצרים חדשניים, לאמץ סטנדרטים מחמירים של דיני פטנטים כפי שקיימים במדינות מפותחות. השגשוג הכלכלי של רבות מהמדינות המתפתחות (לפחות בטווח הזמן הקצר והבינוני) טמון, כאמור, דווקא באפשרות להעתיק טכנולוגיות שמקורן במדינות המפותחות.

#### ד. הרקע לאימוצו של הסכם טריפס

בעשורים האחרונים של המאה ה-20, עם התגברות הקשרים המסחריים בין מדינות והביטול ההדרגתי של חסמים לסחר בינלאומי, נאלצו המדינות המפותחות (בעיקר ארצות-הברית וכמה ממדינות האיחוד האירופי), להתמודד עם תחרות גוברת בתחום הייצוא מצד מדינות NIC, שהחלו לפתח תשתית תעשייתית ויכולות ייצור מרשימות. בעקבות זאת, תשומת הלב של המדינות המפותחות הופנתה לעבר המדיניות הפנימית שנוקטת אצל המתחרות החדשות, אשר (כפי שנטען על ידי המדינות המפותחות) פוגעת באופן בלתי הוגן באינטרסים המסחריים שלהן<sup>27</sup>. המדינות המפותחות שאפו למצות את מלוא היתרונות מהחידושים ההמצאתיים שפותחו בהן, במיוחד בתחומי תעשיית התרופות והאלקטרוניקה — תחומים שבהם המחקר והפיתוח מצריכים השקעת משאבים רבים ויקרים. הן ראו בהעתקה של מוצרים אלה במדינות המתפתחות (מבלי שהגורמים שעסקו ביצירה או במחקר

Agreement, Access to Medicines and the WTO Doha Ministerial Conference" *Public Law and Legal Theory Working Paper* No. 36 (October 2001) 9 (עותק שמור במערכת).

Deardorff, *supra* note 23, at pp. 442–443 26

H. Stalson *Intellectual Property and U.S. Competitiveness In Trade* (1987) 228, ראו: 80, 27

ובפיתוח מתוגמלים על השקעתם) פגיעה קשה באינטרסים הכלכליים שלהן. שני נושאים עיקריים היוו מקור לדאגה אצל המדינות המפותחות: האחד – היקף ההגנה שהעניקו מדינות מתפתחות לפטנטים במוצרים מסוימים, כגון תרופות (מבחינת משך ההגנה או מבחינות אחרות), היה מצומצם יותר מאשר בארצות-הברית וברוב מדינות אירופה. כמו כן, התהליכים להענקת פטנט במדינות מתפתחות רבות התאפיינו בהיעדר שקיפות וודאות משפטית. בעקבות זאת, השוק במדינות המתפתחות נשלט במקרים רבים על ידי מוצרים מקומיים שהועתקו ממוצרים מקוריים שיוצרו במדינות המפותחות. הנושא השני שהיווה מקור לדאגה אצל המדינות המפותחות, הוא התופעה רחבת ההיקף של ייצור ומכירה של תכנות מחשב מועתקות שלא ברישיון ושל קלטות אודיו ווידאו פירוטיות במדינות המתפתחות, וכן העתקה של סימני מסחר ידועים והצמדתם לחיקויים זולים של המוצרים המקוריים מהמדינות המפותחות. המוצרים המועתקים מצאו את דרכם גם מחוץ לשוק הפנימי של אותן מדינות מתפתחות, והתחרו אל מול המוצרים המקוריים היקרים באופן משמעותי בשל הסכומים המשולמים לבעלי הזכויות בקניין הרוחני. מטעמי קוצר היריעה, אתמקד במאמר זה בנושא הפטנטים בלבד.<sup>28</sup>

על רקע חולשתן של אמנות הקניין הרוחני שגובשו בחסות ארגון WIPO, כמתואר לעיל, ביקשו המדינות המפותחות וארצות-הברית בראשן ליצור זיקה בין נושא הסחר הבינלאומי לבין נושא ההגנה על קניין רוחני לסוגיו. זאת, על מנת ליצור תמריץ חזק למדינות המתפתחות לאמץ סטנדרטים גבוהים יותר של הגנה על קניין רוחני. כך, מדינות שיהיו מעוניינות ליהנות מיתרונות הסחר הבינלאומי יידרשו "לשלם" על כך מחיר בדמות אימוץ דיני קניין רוחני שימלאו אחר הדרישות המינימליות כפי שינוסחו בהסכם. כמו כן, הסכמי הסחר הבינלאומיים כוללים בדרך כלל מנגנוני אכיפה ויישוב סכסוכים מפותחים יחסית, ויצירת הזיקה לנושא הקניין הרוחני תאפשר אכיפה אפקטיבית יותר של התחייבויות המדינות בתחום זה. ארצות-הברית החלה לאיים בסנקציות חד-צדדיות בתחום הסחר כלפי מדינות שסירבו לדרישותיה לאמץ סטנדרטים הולמים, לגישתה, של הגנה על קניין רוחני. תחת לחץ זה התקבלו אמנות דו-צדדיות בין ארצות-הברית לבין מדינות מתפתחות שחייבו את אותן מדינות לאמץ סטנדרטים כאמור. ברמה האזורית, הצעד הראשון בכיוון זה נעשה בהסכם הסחר החופשי של מדינות צפון אמריקה – NAFTA, שנחתם בסוף שנת 1992.<sup>29</sup>

NAFTA החליף את הסכם הסחר החופשי בין ארצות-הברית לקנדה, אשר כמעט שלא נגע בסוגיית הזכויות בקניין רוחני. כאשר גובש הסכם NAFTA,

28 בחרנו להתמקד בנושא הפטנטים בין היתר מאחר שהמחלוקות בנושא זה ממשיכות להתקיים גם לאחר אימוצו של הסכם טריפס, ובחריפות רבה יותר מאשר בענפים אחרים של הקניין הרוחני כגון זכויות היוצרים וסימני המסחר, שבהן עיקר המחלוקות נסבות סביב בעיית האכיפה ההבדל משאלת הדין הרצוי.

29 North American Free Trade Agreement, 32 I.L.M. 612 (1993)

הסדרי הסחר החופשי בצפון אמריקה הורחבו כך שיכללו גם את מקסיקו, נדרשה מקסיקו להתחייב לספק הגנה על זכויות בקניין רוחני כפי שהיא קיימת בארצות-הברית ובקנדה.<sup>30</sup> פרק 17 להסכם NAFTA מפרט את הדרישות מכל אחת מהמדינות החברות בקשר להגנה על קניין רוחני. במקביל לגיבוש הסכם NAFTA התנהל בשנים 1986–1994 משא ומתן בסכב הדיונים של (General Agreement on Tariffs and Trade) המכונה "סכב אורוגוואי", שהוביל בסופו של דבר (בראשית שנת 1995) להקמתו של ארגון הסחר העולמי. במסגרת דיונים אלה ביקשו המדינות המפותחות להעלות על סדר היום את נושא ההגנה על קניין רוחני. בתחילה הביעו המדינות המתפתחות התנגדות לעצם הדיון בנושא זה. טענתן הייתה שהארגון הבינלאומי המופקד על גיבוש נורמות בתחום הקניין הרוחני הוא WIPO, וכי גדר הסמכות של GATT מצומצמת לנושאי סחר בלבד. כמוצא של פשרה, נושא הדיונים הוגדר כ"זכויות קניין רוחני הקשורות בסחר" (Trade-Related Intellectual Property Rights). בתחילה התמידו מספר מדינות בהתנגדותן לדרון בכל היבט מהותי של קניין רוחני, למעט היבטים הקשורים באופן מובהק וישיר לנושאי סחר, אולם בסופו של דבר הוסכם שכל היבטי הנושא יידונו, לרבות קביעת סטנדרטים מחייבים של הגנה על קניין רוחני.<sup>31</sup> המדינות המתפתחות הסכימו, בסופו של דבר, לקבל את הסכם טריפס בשל כמה סיבות, וביניהן: ראייתן את הסכם טריפס כחלק ממצע "עסקת חבילה" עם מדינות מפותחות, שלפיה תמורת הסכמתן לקבלת ההסכם, הן יזכו להטבות מן המדינות המפותחות בתחומים אחרים (כגון טקסטיל וחקלאות); חששן של המדינות המתפתחות מפני צעדים חד-צדדיים (סנקציות) שתנקוט ארצות-הברית נגד מדינות המפרות זכויות קניין רוחני; וצפייה מצד חלק מהמדינות המתפתחות לכך שהגנה על קניין רוחני תעודד השקעות זרות והעברת טכנולוגיה לתחומן.<sup>32</sup>

הדיונים בנושא הקניין הרוחני בסכב אורוגוואי הובילו להסכם טריפס. ההסכם מקיף היבטים מגוונים של נושא ההגנה על קניין רוחני ואינו מתמקד בהכרח בהיבטים הקשורים בסחר, אולם הכותרת שניתנה לדיונים מלכתחילה המשיכה לשמש גם בהסכם עצמו. הסכם טריפס משקף איוון עדין בין אינטרסים מתנגשים, ועקבות הקונפליקט בין מדינות מפותחות למתפתחות במהלך סכב אורוגוואי בכל הקשור להגנה על זכויות קניין רוחני, ניכרות היטב בהוראותיו.

A.O. Sykes "Public Health and International Law: TRIPs, Pharmaceuticals, Developing Countries, and the Doha 'Solution'" 3 *Chi. J. Int'l. L.* (2002) 47, 50 (צותק שמור במערכת).

B.L. Das *The World Trade Organization: A Guide to the Framework for International Trade* (London, 1999) 355–356.

Sykes, *supra* note 30, at p. 59. על הרקע לקבלת הסכם טריפס על ידי המדינות המתפתחות ראו:

## ה. הסכם טריפס

הסכם טריפס מונה שבעים ושלושה סעיפים. ההסכם קובע שורה ארוכה של הסדרים בענפי הקניין הרוחני השונים. להלן נעמוד בקצרה על כמה מההוראות הנוגעות להגנה על פטנטים, מאחר שאלה ישמשו אותנו בהמשך דיונונו במחלוקת בסוגיית הגנת הפטנט בתרופות. כמו כן, נבחן כמה מהוראותיו הכלליות של ההסכם שניכרות בהן טביעות אצבעותיהן של המדינות המתפתחות, שאף הן יהיו רלוונטיות להמשך דיונונו.

כאמור, הסכם טריפס הוא אחד מההסכמים הנספחים להסכם מרקש המייסד את ארגון הסחר העולמי. לפיכך, כל מדינה המעוניינת להצטרף ל"מועדון היוקרתי" של ארגון הסחר העולמי וליהנות מהגדלת היקפי הסחר שלה עם מדינות הארגון, מתחייבת מעצם הצטרפותה לארגון לאמץ את הסכם טריפס. כיום חברות בארגון הסחר העולמי 148 מדינות, ועובדה זו לבדה יכולה ללמד על חשיבותו ועל עצמתו של ההסכם. ייחודו של הסכם טריפס הוא בנגיעתו בענפים רבים של הקניין הרוחני, לרבות נושאים שלא הוסדרו קודם לכן במסגרת אמנה רב-צדדית כלשהי (כגון ההגנה על סודות מסחריים ועל ציונים גאוגרפיים), תוך קביעת סטנדרטים מינימליים שעל המדינות החברות לאמץ בחקיקתן הפנימית. המדינות החברות מתחייבות להבטיח את קיומם של אמצעי אכיפה משפטיים כדי לאפשר לבעלי הזכויות לפעול באפקטיביות נגד הפרות של זכויותיהם<sup>33</sup>, ולאפשר ביקורת שיפוטית על כל החלטה מנהלית בקשר לזכויות בקניין רוחני<sup>34</sup>. בניגוד לאמנות שהתקבלו בחסות WIPO<sup>35</sup>, הסכם טריפס נתמך במנגנון אכיפה חזק – מנגנון יישוב הסכסוכים של GATT, הפועל במסגרת ארגון הסחר העולמי<sup>36</sup>. גוף נוסף המפקח על יישומו של הסכם טריפס ואחראי על תחום הקניין הרוחני במסגרת ארגון הסחר העולמי הוא מועצת טריפס, הפועלת מתוקף ההסכם<sup>37</sup>. יש לציין כי

33 .TRIPs Agreement, art. 41(1)

34 .TRIPs Agreement, art. 41(4)

35 מאז קבלת הסכם טריפס מקיימים ארגון הסחר העולמי וארגון WIPO שיתוף פעולה ביניהם, המתבטא בעיקר במעקב אחר יישום הסכם טריפס ובהחלפת מידע בתחומי הקניין הרוחני השונים. שאיפת המדינות החברות לקיים שיתוף פעולה עם ארגון WIPO מעוגנת במפורש בהקדמה להסכם טריפס. ב-1.1.1996 נכנס לתוקפו הסכם בין שני הארגונים המסדיר את שיתוף הפעולה ביניהם (World Intellectual Property Organization) Agreement Between the World Intellectual Property Organization and the World Trade Organization [1995].

36 מנגנון יישוב הסכסוכים הוקם במסגרת נספח 2 להסכם המייסד את ארגון הסחר העולמי (הסכם מרקש) – Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes. לסקירה המתארת את השתכללות מנגנוני השיפוט והאכיפה של GATT בעקבות סבב אורוגוואי, ראו א' רייך "מדיפלומטיה למשפט: תהליך היורדיזציה של יחסי הסחר הבינלאומיים במסגרת הסכמי גאט"ט והסכמי הסחר החופשי" עיוני משפט כב (תשנ"ט) 351, 371-384.

37 .TRIPs Agreement, art. 68

הסכם טריפס קלט לתוכו את אמנות פריז וברן ואת עקרונותיהן (דוגמה בולטת היא עיגונו של עקרון הטיפול הלאומי בהסכם טריפס<sup>38</sup>).

ההוראות המהותיות של הסכם טריפס קבועות בחלק השני של ההסכם. חלק זה של ההסכם כולל כמה פרקים, שכל אחד מהם מעגן את ההגנה על אחת מזכויות הקניין הרוחני השונות שבהן מטפל הסכם טריפס – זכויות יוצרים, סימני מסחר, ציונים גאוגרפיים, מדגמים, פטנטים, מעגלים משולבים וסודות מסחריים. ההוראות המהותיות בתחום הפטנטים קבועות בפרק 5 להסכם. סעיף 27(1) להסכם קובע כי כל ההמצאות, בכל תחומי הטכנולוגיה, כשירות להגנת פטנט, בין שמדובר במוצר ובין שמדובר בתהליך, בתנאי שהן חדשות, שיש בהן "התקדמות המצאתית" (כלומר – שההמצאה אינה מובנת מאליה), ושניתן ליישמן מבחינה טכנולוגית (כלומר – שההמצאה שימושית). עוד קובע סעיף 27(1) להסכם שעל המדינות החברות להעניק הגנת פטנט ללא הפליה על בסיס המקום שבו הומצאה ההמצאה, התחום הטכנולוגי שלה והיות המוצר מקומי או מיובא. הקביעה כי המצאות בכל תחומי הטכנולוגיה הן כשירות פטנט<sup>39</sup> מהווה את אחד מההישגים העיקריים של המדינות המפותחות בהסכם טריפס, ואחד מהוויותורים העיקריים של המדינות המתפתחות. עיקר המחלוקת בנושא זה נסבה על פטנטים בתרופות. מדינות מתפתחות רבות לא העניקו הגנת פטנט לתרופות (רבות ממדינות אלה העניקו הגנת פטנט לתהליכים לייצור תרופות, אך לא למוצר, קרי התרופה עצמה)<sup>40</sup>. בעקבות כישלונן להוציא את התרופות מההגדרה הרחבה של "המצאות כשירות פטנט", ריכזו המדינות המתפתחות את עיקר מאמציהן בקביעת חריגים מתאימים ו"עקרונות כלליים" שיש בהם כדי לאפשר למדינות לנהוג מידה של גמישות ביישום הגנת הפטנט, בעיקר בתחום הרפואי, כפי שיפורט להלן. סעיף 33 להסכם טריפס מחייב את המדינות החברות לקבוע תקופה של מינימום עשרים שנים להגנת הפטנט החל ממועד הגשת הבקשה לפטנט<sup>41</sup>. סעיף 28(1) מפרט את הזכויות שמעניק פטנט לבעלי הזכויות בו, וקובע כי אלה כוללות את הזכות למנוע מצדדים שלישיים שלא קיבלו את הסכמת בעל הפטנט לייצר, להשתמש, להציע למכירה או לייבא לאחת ממטרות אלה את המוצר נשוא ההמצאה (הוראה דומה

38 TRIPs Agreement, art. 3.

39 ס' 27(3) להסכם טריפס מתיר למדינות שלא להעניק הגנת פטנט לשיטות אבחוניות או טיפוליות בכני אדם או בבעלי חיים, וכן לצמחים ולבעלי חיים שאינם מיקרואורגניזמים ולתהליכים ביולוגיים לייצורם. מדובר בעניין המסור לשיקול דעת המדינות החברות.

40 ראו: C.M. Correa "Patent Rights" *Intellectual Property and International Trade: The Uruguay Round Agreements Act* (London, C.M. Correa & A.A. Yusuf eds., 1998) 189, 192 (להלן: "*Intellectual Property and International Trade*").

41 תקופה זו תאמה את התקופה שהייתה קבועה בדין הישראלי (ראו ס' 52 לחוק הפטנטים, תשכ"ז-1967). ארצות-הברית, למשל, תיקנה את חוק הפטנטים שלה בעקבות הסכם טריפס כך שתקופת הפטנט הוארכה מ-17 ל-20 שנים (Uruguay Round Agreements Act, Pub. L. 103-465 8 December 1994 § 532).

קיימת לגבי פטנטים בהמצאות שהן תהליך, והזכויות חלות גם על המוצר הישיר של התהליך<sup>42</sup>).

כאמור, הסכם טריפס הוא פרי פשרה בין אינטרסים שונים של קבוצות מדינות שונות. ההסכם מבטא את האינטרסים של מדינות מפותחות (שכאמור, יזמו את ההסכם) מעצם מהותו כקובע סטנדרטים מינימליים מחייבים של הגנה על זכויות קניין רוחני. קביעתם של סטנדרטים אלה, יחד עם התחייבות המדינות החברות לאמצע לחקיקתן הפנימית ולקיים מערכות אכיפה יעילות, הם הישגן הבולט של המדינות המפותחות. השפעת המדינות המתפתחות ניכרת בהקדמה להסכם ובחלקו הראשון (סעיפים 1–8) הקובע "הוראות כלליות ועקרונות בסיסיים", וכן בקביעת תקופות מעבר ליישום ההסכם במדינות מתפתחות.

ההוראות הכלליות שבתחילת ההסכם פותחות פתח לפירוש תכליתי של הסעיפים המהותיים, באופן שיכול לאפשר למדינות להגמיש את הסטנדרטים הקבועים בהסכם במקרים המתאימים. הכללתם של העקרונות בגוף ההסכם, שההקדמה היא חלק בלתי נפרד ממנו, היא בעלת חשיבות מיוחדת, מאחר שיש בכך כדי להשליך באופן ישיר על פרשנות ההסכם בהתאם לכללי הפרשנות החלים על אמנות בינלאומיות<sup>43</sup>.

העקרונות שעליהם מצהיר ההסכם מבטאים הכרה בכך שנושא ההגנה על קניין רוחני אינו פועל בחלל ריק, וכי בקביעת אופי ההגנה על זכויות הקניין הרוחני השונות יש להתחשב באינטרסים נוספים. ביטוי לכך ניתן למצוא בהקדמה להסכם הקובעת, בין היתר, כי המדינות החברות "מכירות במטרות של מדיניות ציבורית של מערכות לאומיות להגנה על קניין רוחני, לרבות מטרת התפתחותיות וטכנולוגיות, כעומדות בבסיס מערכות לאומיות להגנה על קניין רוחני" (תרגום שלי – ג.ג.). ההכרה המפורשת בשיקולי מדיניות ציבורית (Public Policy) כמצויים בבסיס דיני הקניין הרוחני במדינות השונות, הייתה אחת מהתביעות החשובות שהעלו מדינות מתפתחות במהלך הדיונים שהובילו להסכם טריפס<sup>44</sup>. בכך אימץ הסכם טריפס תפיסה שלפיה דיני הקניין הרוחני הם כלי לאיזון בין אינטרסים חברתיים שונים, והמסקנה המתבקשת מכך היא שניתן ליישם באופן שונה ממדינה למדינה, בהתאם למידת התפתחותן. שיקולי המדיניות הספציפיים משולבים בהוראות רבות של הסכם טריפס. כך, למשל, סעיף 31 להסכם טריפס המתיר למדינות להוציא רישיונות כפייה לייצור מוצרים המוגנים בפטנט – כלומר רישיונות לייצר את המוצר המוגן בפטנט, למרות התנגדותו של בעל הפטנט, בהתקיים תנאים מסוימים – הוא ביטוי מובהק

42. TRIPs Agreement, art. 28(b).

43. Vienna Convention on the Law of Treaties (1969) 8 I.L.M. 679, art. 31(2). נוסח עברי בליווי דברי מבוא פורסמו בספר בהוצאת האוניברסיטה העברית: אמנת וינה מיום 23 במאי 1969 בדבר דיני אמנות (תשל"ח), תרגום ודברי מבוא מאת מ' זהרי וש' רוזן.

44. A.A. Yusuf "TRIPs: Background, Principles and General Provisions" *Intellectual Property and International Trade*, supra note 40, at p. 11.

להוראה בהסכם המאפשרת למדינות לשקול שיקולי מדיניות של התפתחות כלכלית ורווחה חברתית. קיומה של ההוראה הכללית המכירה בשיקולי טובת הציבור הכללי כעומדים בבסיס דיני הקניין הרוחני, תוכל גם לשמש כלי עזר פרשני לקביעת היקף התפרשותן של זכויות הקניין הרוחני במקרי ספק. שני סעיפים חשובים בהסכם טריפס המהווים אף הם ביטוי לאינטרסים של מדינות מתפתחות הם סעיף 7 (סעיף ה"מטרות" — Objectives) וסעיף 8 (סעיף ה"עקרונות" — Principles)<sup>45</sup>. סעיף 7 קובע כי "ההגנה על זכויות קניין רוחני ואכיפתן תתרום לקידום חדשנות טכנולוגית ולהעברה חופשית של טכנולוגיה, לתועלתם ההדדית של יצרנים ושל צרכני מידע טכנולוגי, ולרווחה חברתית וכלכלית, ובאופן המאזן בין זכויות לחובות" (תרגום שלי — ג.נ.). חשיבותו של סעיף זה הוא בהדגישו שהשגת מטרות הקניין הרוחני — ונראה שמדובר בעיקר ב"קניין התעשייתי" (קידום החדשנות הטכנולוגית) — צריכה להיעשות באופן שיביא בחשבון גם את האינטרסים של הציבור הרחב. הביטוי המסיים את הסעיף — "[A]nd to a balance of rights and obligations" — הוא עיגון נוסף לתפיסת הקניין הרוחני ככלי לאיזון אינטרסים, בניגוד לגישות הרווחות במדינות מפותחות המדגישות את הפן ה"קנייני", ה"מוחלט" לכאורה, של הקניין הרוחני. סעיף 8 להסכם טריפס (סעיף ה"עקרונות") נותן ביטוי קונקרטי יותר למטרות הכלליות שבסעיף 7. סעיף 18(1) מתיר למדינות לנקוט צעדים החיוניים להגנה על בריאות הציבור ותזונה ולקדם את האינטרס הציבורי בתחומים בעלי "חשיבות חיונית" להתפתחותם הכלכלית-חברתית והטכנולוגית. הסיפה לסעיף 18(1) מבהירה שמותר לנקוט צעדים כאלה בתנאי שהם "עולים בקנה אחד עם הוראות הסכם זה"<sup>46</sup>. סעיף זה מאפשר למדינות מתפתחות מידה של גמישות באימוצן חקיקה המיישמת סטנדרטים של קניין רוחני הנדרשים על פי ההסכם. זאת, כאשר מדובר בנושאים החיוניים לאינטרס הציבורי הכללי, ובמיוחד נושא בריאות הציבור. ההגבלה היחידה על החירות של המדינות לתוקק במטרה לקדם את האינטרס הציבורי, היא, כאמור בסיפה לסעיף, שעל הצעדים לעלות בקנה אחד עם הוראות ההסכם. סייג זה לא נזכר בהצעה המקורית לנוסח הסעיף שהוגשה מטעמן של שלושה עשרה מדינות מתפתחות<sup>47</sup>, והוא נוסף ככל הנראה על רקע דרישתן של המדינות המפותחות<sup>48</sup>. נראה כי אין לפרש את הסיפה לסעיף

45 סעיפים אלה מתבססים על הצעת טיוטה להסכם טריפס שהוגשה על ידי קבוצה של 13 מדינות מתפתחות בחודש מאי 1990 [MTN.GNG/NG11/W/71 [14 May 1999] (להלן: "הצעת הטיוטה להסכם") — קבוצת המדינות שהציעה הצעה זו כללה את ארגנטינה, ברזיל, צ'ילה, סין, קולומביה, קובה, מצרים, הודו, ניגריה, פרו, טנזניה, אורוגוואי ופקיסטן. במקביל להצעה זו הוגשה הצעת טיוטה מטעם ארצות-הברית [MTN.GNG/NG11/W/70 [11 May 1999] — הצעה זו לא כללה סעיפים כלליים של עקרונות ומטרות כדוגמת סעיפים 7 ו-8 להסכם.

46 גם סעיף זה נלקח מהצעת הטיוטה להסכם, שם.

47 לעיל הערה 45.

48 Yusuf, *supra* note 44, at p. 13

18) באופן שקיים איסור על כל חריגה מהסטנדרטים הקבועים בהסכם, מאחר שפירוש כזה ירוקן את הסעיף מכל תוכן ממשי<sup>49</sup>. לפיכך, פירוש נכון של הסייג שבסיפא לסעיף 18) הוא שסייג זה מתייחס לכלל הוראות ההסכם ול"רוח ההסכם", כולל סעיף 7 וההצהרות שבהקדמה. זאת, אם החריגה מהסטנדרטים המינימליים הקבועים בהסכם מבטאת איוון ראוי בנסיבות העניין בין הרצון להגן על הקניין הרוחני לבין אינטרסים ציבוריים חיוניים ובכלל זה בריאות הציבור. חלקן השני של סעיף 8 – סעיף 2)8) – נותן ביטוי מפורש לחשש שלפיו הגנה על קניין רוחני עלולה להביא לתוצאות שאינן רצויות מבחינת האינטרס הציבורי הכללי, ובמיוחד להערים מכשולים על הפצתה של טכנולוגיה בין מדינות. סעיף 2)8) קובע כי "ניתן לנקוט צעדים הולמים העולים בקנה אחד עם הוראות ההסכם, על מנת למנוע את הניצול לרעה של זכויות בקניין רוחני על ידי בעלי הזכויות או אימרוץ פרקטיקות שמגבילות את הסחר באופן בלתי סביר או משפיעות לרעה על ההעברה הבינלאומית של טכנולוגיה" (תרגום שלי – ג.ג.). כאמור, העקרונות הכלליים המעוגנים בהסכם טריפס פותחים פתח לפרשנות גמישה יותר ביישום חלק מהסטנדרטים הקבועים בו. הוראה ספציפית הנותנת ביטוי לעקרונות הכלליים הללו ומיישמת אותם על תחום הפטנטים מצויה בסעיף 30 להסכם טריפס, שלפיו "מדינות חברות יכולות לקבוע חריגים מוגבלים לזכויות שמעניק פטנט, בתנאי שחריגים אלה אינם מתנגשים באופן בלתי סביר עם הניצול הרגיל של הפטנט ועם האינטרסים הלגיטימיים של בעל הפטנט, בהתחשב באינטרסים הלגיטימיים של צדדים שלישיים" (תרגום שלי – ג.ג.). קריאה של סעיף 30 יחד עם סעיפים 7 ו-8 להסכם, שנדרונו לעיל, מאפשרת למדינות החברות להגביל את הזכויות הקיימות באופן רגיל לבעל פטנט, מטעמים של "הגנה על בריאות הציבור ותזונה, וקידום האינטרס הציבורי בתחומים חיוניים להתפתחות כלכלית"<sup>50</sup>, ועל מנת למנוע שימוש לרעה בזכות לפטנט ובכלל זה קביעת תנאים מסחריים בלתי סבירים<sup>51</sup>. סעיף 30 יכול להצדיק גם פעולה נגד הגבלות סחר בלתי סבירות ונגד שימוש בפטנט באופן המשפיע לרעה על ההעברה הבינלאומית של טכנולוגיה<sup>52</sup>. כל אלה אפשריים, כל עוד הם אינם פוגעים באופן "בלתי סביר" (unreasonably) באינטרסים הלגיטימיים של בעל הפטנט, ותוך התחשבות בצדדים שלישיים. חשובה העובדה שסעיף 30 להסכם טריפס מאפשר לקבוע רק "חריגים מוגבלים" (limited exceptions). מונחים אלה הם מונחים כלליים הטעונים פרשנות במקרים ספציפיים. מעניין לציין, שעל אף המחלוקת

49 Ibid, 44, at pp. 13–14. אבות טוען שהיות שיש חזקה פרשנית שלשונה של אמנה היא מתירה ולא אוסרת, יש לפרש את ס' 18) כך שצעדים שנקטים על ידי מדינות מתפתחות על מנת להגן על בריאות הציבור ייהנו מחזקה שהם בהתאם להסכם טריפס, ונטל ההוכחה שהם אינם בהתאם להסכם יוטל על הטוען זאת: Abbott, *supra* note 25, at p. 26.

.TRIPs Agreement, art. 8(1) 50

.TRIPs Agreement, art. 8(2) 51

.TRIPs Agreement, art. 7, 8(2) 52



הסוערת שמלווה בשנים האחרונות את נושא הפטנטים בתרופות, מדינות מתפתחות לא הסתמכו על סעיף 30 בטענותיהן על רקע הניסיונות למצוא פתרונות לבעיית הנגישות לתרופות חיוניות<sup>53</sup>. לעומת זאת, סעיף 31 להסכם טריפס, המתיר למדינות להוציא רישיונות כפייה בתנאים מסוימים, זוכה לתשומת לב רבה בהקשר זה. סעיף 31 מתיר למדינות להסדיר בחקיקה מתן רישיונות כפייה תחת מספר תנאים. כך, למשל, לפני שמוצא רישיון כפייה יש לעשות מאמץ במשך תקופת זמן סבירה לנהל משא ומתן עם בעל הפטנט על רישיון בהסכמה ב"תנאים מסחריים סבירים", אלא אם כן מדובר ב"מצב חירום לאומי". הוצאת רישיון כפייה חייבת להיעשות בכפוף למתן פיצוי הולם לבעל הפטנט. סעיף 31 מעורר שאלות פרשניות רבות וקשות, כגון מהם התנאים לקיומו של "מצב חירום לאומי", מהו משך הזמן שבו יש לנהל משא ומתן עם בעל הפטנט ומהם "תנאים מסחריים סבירים". שאלות אלה ואחרות התעוררו בשנים האחרונות בעיקר בנוגע להוצאת רישיונות כפייה לייצור תרופות מוגנות בפטנט, ועל כך נשוכ ונדון בהמשך.

פשרה נוספת שנאלצו המדינות המפותחות לקבל על עצמן בהסכם טריפס באה לידי ביטוי בדחיית החלת ההסכם על המדינות המתפתחות. זאת, באמצעות קביעת הסדרי מעבר מיוחדים. הסדרי המעבר משקפים התחשבות בהבדלים שבין מדינות מפותחות למדינות מתפתחות, תוך התחשבות מיוחדת במדינות LDC. בהוראות ההסכם נקבעו גם הסדרי מעבר ספציפיים לנושא הפטנטים במוצרים פרמצבטיים ובכימיקלים לחקלאות – נושאים המהווים מקור לראגה מיוחדת במדינות מתפתחות. ככלל, ההסכם מחייב את המדינות החברות לאחר שנה מכניסתו לתוקף (כלומר, החל מ-1.1.1996)<sup>54</sup>. מדינות מתפתחות<sup>55</sup> הורשו לדחות את יישום מרבית הוראות ההסכם לחמש שנים מכניסתו לתוקף (כלומר – עד ל-1.1.2000)<sup>56</sup>. נוסף על אלה, ניתנת תקופת מעבר נוספת של חמש שנים (עד 1.1.2005) למדינות מתפתחות שלא התקיימה אצלם הגנת פטנט בתחומי טכנולוגיה מסוימים (כגון תרופות) ליישם הגנת פטנט בתחום הרלוונטי<sup>57</sup>. כעשרים מדינות החברות בארגון הסחר העולמי לא העניקו הגנת פטנט לתרופות<sup>58</sup>, שהבולטת שבהן היא הודו. למדינות LDC ניתנה תקופת מעבר ארוכה – עד ל-1.1.2006, ליישום מרבית הוראות ההסכם<sup>59</sup>. באחרונה החליטה מועצת הטריפס להאריך את תקופת

53 Sykes, *supra* note 30, at p. 52

54 TRIPs Agreement, art. 65(1)

55 להגדרת "מדינות מתפתחות" בארגון הסירוב העולמי ראו לעיל הערה 18. ישראל הכריזה על עצמה כמדינה מתפתחת והיא חויבה בהחלת הסכם טריפס בהתאם – רק משנת 2000.

56 TRIPs Agreement, art. 65(1), 65(3)

57 TRIPs Agreement, art. 65(4)

58 ראו: "Financial and other Implications of the Implementation of the TRIPs Agreement for Developing Countries", UNCTAD Geneva (1996). (עותק שמור במערכת).

59 TRIPs Agreement, art. 66(1)

המעבר של מדינות LDC בנוגע להגנת פטנטים על תרופות עד ל-1.1.2016.<sup>60</sup> המטרה בקביעת תקופת מעבר ארוכה למדינות LDC היא לאפשר להן, במהלך תקופת המעבר, ליצור תשתית טכנולוגית יציבה, כך שהגנה על קניין רוחני באותן מדינות נדרש בהסכם טריפס לא תגרום רק להעברת עושר ממדינות אלה למדינות מפותחות, אלא תקדם את הכלכלה הפנימית באותן מדינות.<sup>61</sup> יש לציין, שהסכם טריפס מכיר בצרכים המיוחדים של מדינות LDC גם לאחר חלוף תקופת המעבר בנוגע למדינות אלה. בהקדמה להסכם נאמר שהמדינות החברות מכירות בצרכים המיוחדים של מדינות אלה ובצורך לאפשר להן גמישות מקסימלית ביישום ההסכם במשפט הפנימי שלהן, על מנת לאפשר להן ליצור תשתית טכנולוגית יציבה ובת-קיימא.<sup>62</sup>

לסיכום, שאיפתן העיקרית של המדינות המפותחות – לגבש סטנדרטים בינלאומיים מחייבים כלפי מדינות רבות ככל שניתן, אמנם התגשמה. אולם כדי להגיע להסכמה רחבה סביב גיבושו של הסכם טריפס, כולל ההסכם שורה של פשרות מבחינתן של המדינות המפותחות. ההסכם כולל שורה של הוראות שאת הכללתן יזמו המדינות המתפתחות, ואלה מאפשרות, ואף מחייבות, להתחשב ב"אינטרס הציבורי" במובנו הרחב (שיקולי התפתחות כלכלית, בריאות הציבור וכד') ביישום זכויות הקניין הרוחני. הוראות המעבר משקפות אף הן לא רק תקופת הסתגלות "טכנית" (כגון הזמן הנדרש למדינות לאמץ חקיקה בנושא קניין רוחני התואמת את הוראות ההסכם), אלא התחשבות באותן מדינות שטרם בשלו מבחינת רמת התפתחותן הכלכלית לאמץ דיני קניין רוחני שיועילו גם להן עצמן ולא יהוו רק אמצעי להעברת עושר מתחומן למדינות מפותחות יותר. הדבר בולט בעיקר בנוגע למדינות LDC.

להלן נבחן את המחלוקת בין מדינות מפותחות למדינות מתפתחות סביב סוגיית הגנת פטנטים בתרופות. המחלוקת בסוגיה זו התעוררה במלוא עוזה דווקא בשנים שלאחר אימוצו של הסכם טריפס, ובכך היא מהווה מבחן מעשי חשוב למעצמים של דיני הקניין הרוחני הבינלאומיים בכסותם החדשה.

60 ס' 66 להסכם טריפס, שם, שם, מסמין את מועצת טריפס להאריך את התקופה האמורה. ב-27.6.2002 אישרה מועצת הטריפס להאריך את תקופת המעבר למדינות LDC בנוגע לפטנטים בתרופות בעשר שנים נוספות (ראו החלטה IP/C/25 של מועצת הטריפס), זאת בעקבות ההצהרה המסכמת של ועידת השרים בדוחא שתידון להלן. החלטה זו היא חלק ממגמה כללית של התחשבות במדינות מתפתחות, הניכרת מאז פתיחת סכב שיחות דוחא בארגון הסחר העולמי. על מגמה זו נעמוד ביתר פירוט בהמשך.

במהלך תקופת המעבר, המדינות מחויבות לקבל בקשות לרישום פטנט במוצרים שעדיין אין לגביהם הגנת פטנט. הפטנט עצמו יוענק לאחר תום תקופת המעבר לתקופה שנותרה לאחר ניכוי התקופה שחלפה מאז הוגשה הבקשה לפטנט. ראו: (TRIPs Agreement, art. 70(8)).

61 ס' 66(2) להסכם טריפס, לעיל הערה 2, בע' 108, קובע כי על המדינות המפותחות להעניק תמריצים למפעלים בתחומן על מנת שאלה יקדמו העברת טכנולוגיה למדינות LDC כדי לאפשר להן ליצור תשתית טכנולוגית יציבה ובת קיימא.

62 פסקה 6 להקדמה להסכם טריפס, לעיל הערה 2, בע' 84.

## ו. המחלוקת סביב הגנה על פטנטים בתרופות

במישור הלאומי, החלת דיני הפטנטים על התחום הפרמצבטי מצריכה התחשבות באינטרסים ובשיקולים מיוחדים הנוגעים הן לממציאים והן לציבור הצרכנים. מבחינת הממציאים, העלויות הכרוכות בהוצאת תרופה חדשה לשוק הן גבוהות במיוחד. זאת, מאחר שתהליך המחקר והפיתוח של תרופה חדשה הוא מורכב וממושך, ומתאפיין במידה רבה של חוסר ודאות. על תהליך המחקר והפיתוח יש להוסיף גם הליך ממושך ויקר של רישוי בטרם ניתן יהיה לשווק את התרופה החדשה. תהליכי המחקר והפיתוח והרישוי של תרופה חדשה מהווים את חלק הארי של עלות הייצור של תרופה חדשה. העלות השולית של ייצור המוצר עצמו לאתר סיום תהליכים אלה אינה גבוהה בדרך כלל, והיא מהווה שיעור מזערי בלבד מהעלות הכוללת, שרובה, כאמור, נעוצה בהליכים שקדמו לייצור המסחרי של התרופה. מאפיינים אלה של תעשיית התרופות מבססים את הטענה כי הגנת פטנט היא חשובה במיוחד בתחום זה, מאחר שבלעדיה לא יהיה תמריץ להשקעה במחקר ופיתוח בתחום שאין עוררין על חיוניותו. טעמים אלה הם שהובילו את המדינות המפותחות, רובן ככולן, לקבוע הגנת פטנט גם על תרופות. זאת, בניגוד למדינות מתפתחות רבות שבהן לא התקיימה הגנת פטנט על תרופות עד לשנות ה-80 של המאה ה-20, שאז אימצו חלק מהמדינות הגנת פטנט על תרופות בעיקר בעקבות התגברות הלחצים הביטורליים מצדה של ארצות-הברית. האינטרסים של הממציאים והאינטרס לעודד מחקר ופיתוח אינם האינטרסים היחידים המעורבים. האינטרס הציבורי מחייב גם שתרופות חיוניות לבריאות הציבור לא יוצעו למכירה במחירים שיהיו מחסום דה-פקטו מפני האפשרות של כל שכבות הציבור לרכושן. אכן, על מדינות מוטלת חובה לדאוג לכך שמחיריהן של תרופות חיוניות לא יהיו גבוהים מדי. זאת, כחלק מחובתן להבטיח באופן אפקטיבי את הזכות לחיים של אזרחיהן ותושביהן, כמו גם את זכותם לשלמות גופנית ולרמת הבריאות הגבוהה ביותר שניתן להשיגה – זכויות המעוגנות בדיני זכויות האדם הבינלאומיים<sup>63</sup>.

מדינות עשירות יכולות להשיג תוצאה זו בין היתר באמצעות סבסוד תרופות חיוניות והכללתן ב"סל בריאות". המדינות המפותחות הן גם המדינות שבהן מתבצעת כמעט כל פעילות המחקר והפיתוח של תרופות חדשות, ולפיכך בעלי הזכויות בפטנטים בתרופות הם בדרך כלל תאגידים ופרטים שהם אזרחי מדינות אלה. מדינות NIC הן לעתים בעלות יכולת ייצור של תרופות קיימות, אך לרוב לא מתבצעת בהן פעילות מחקר ופיתוח משמעותית של תרופות חדשות. לפיכך, כמו בתחומים אחרים, יתרון בתחום זה הוא בהעתקה, וכאמור – זה גם מקור האיום שהמדינות

63 ס' 12 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות. ס' 12(1), בע' 211–212, קובע כי "מדינות שהן צד כאמנה זו מכירות בזכות כל ליהנות מרמת הבריאות הגופנית והנפשית הגבוהה ביותר שאפשר להשיגה".

המפותחות חשות מצד מדינות אלה. למדינות LDC אף אין היכולת לייצר תרופות, והן תלויות באופן מכריע בייבוא תרופות ממדינות זרות. בעייתן חריפה במיוחד, מאחר שהן סובלות ממגפות של מחלות קשות – בעיקר אידס, מלריה ושחפת, וכן מחלות טרופיות קשות שמהן סובלים רבים במדינות אסיה ואפריקה. יכולת התשלום של מדינות LDC מאפשרת להן, במקרה הטוב, לכסות את עלויות הייצור של התרופות שהן צורכות, אך הן יתקשו מאוד לכסות ולו מקצת מעלויות המחקר והפיתוח המושקעות בתרופות מוגנות בפטנט<sup>64</sup>. משמעות החלת הגנת פטנט על תרופות במדינות המתפתחות הנה אפוא העברת מעט העושר הקיים בתחומן לכיסם של בעלי הזכויות במדינות המפותחות, או – גזר דין מוות עבור רבבות רבות של בני אדם שלא יוכלו לממן את מחירן הגבוה של התרופות.

כפי שראינו, הסכם טריפס הכריע כי על מדינות להעניק הגנת פטנט בתרופות כמו בכל מוצר אחר, אם התמלאו התנאים לכך. עם זאת, עמדנו על כך שההוראות הכלליות (בעיקר סעיפי ה"עקרונות" וה"מטרות") מאפשרים התחשבות בשיקולים כלליים של טובת הציבור, ובמיוחד בשיקולי בריאות הציבור. כמו כן, ראינו כי סעיף 31 להסכם טריפס מאפשר למדינות להוציא "רישיונות כפיייה" לייצור מוצרים מוגנים בפטנט שלא על דעתם של בעלי הזכויות בפטנט, ככפוף לפיצוי הולם, ובהתקיים תנאים המנויים בסעיף, שאינם חפים מבעיות פרשניות. נושא נוסף שבו הסכם טריפס נמנע מלהכריע באופן חד-משמעי ואשר יכול לשמש כלי בידי מדינות מתפתחות לעקוף את נטל התשלום לבעלי הזכויות בפטנט בתרופות הוא סוגיית "הייבוא המקביל". במקום אחר עמדנו על סוגיית הייבוא המקביל בהרחבה<sup>65</sup>. לצורך דיוננו כאן די שנאמר שאף שהסכם טריפס קובע שבעל הפטנט הוא לברו בעל הזכות לייבא את המוצר המוגן בפטנט, נותר ספק אם בעל הפטנט רשאי גם לנמנע ייבוא של המוצר ממקום שבו הוא נמכר כדין (ברשות בעל הפטנט), כלומר אם בעל הפטנט יכול לשלוט רק על המכירה הראשונה של המוצר בשוק החופשי או שביכולתו לשלוט על עסקאות נוספות במוצר כשמדובר בעסקאות ייבוא, שאז מדובר על "ייבוא מקביל". מדינות מתפתחות הסתמכו על העמימות המשפטית שנוצרה בסוגיה זו והתירו ייבוא מקביל של תרופות ממדינות שבהן התרופות נמכרו בזול יותר ברשות בעל הפטנט. נושא רישיונות הכפיייה והייבוא המקביל עורר את חמתה של ארצות-הברית, המובילה בתחום המחקר והפיתוח של תרופות. ארצות-הברית איימה לנקוט סנקציות סחר נגד ברזיל ודרום-אפריקה (שתי מדינות הסובלות משיעור עצום של נשאי אידס בקרב אוכלוסייתן) אם אלו לא יבטלו חקיקה שאימצו בסוף שנות ה-90 המתירה ייבוא מקביל ומאפשרת הנפקת רישיונות

64 יש לציין, כי אמנם חלק ניכר ממדינות אלה מאופיינות במספר אוכלוסין רב, אך בתחום התרופות המוגנות בפטנט אין לגודל השוק השפעה משמעותית על היכולת להחזיר את עלויות המחקר והפיתוח וההוצאות על תהליך הרישוי, בהתחשב בסכום העצום שמגולם בעלויות אלה.

65 נועם, לעיל הערה 1.

כפייה לייצור תרופות חיוניות (בעיקר לטיפול באידס) תוך הצבת רף נמוך של תנאים לקבלת רישיונות הכפייה. פעילים בארגונים למאבק באידס וארגוני זכויות אדם נרתמו למאבק נגד ממשל ארצות-הברית. הם הדגישו את המשבר האנושי, הכלכלי והחברתי הכבד שגורם האידס במדינות אלה (על פי כמה הערכות, כמעט שליש מאוכלוסיית דרום אפריקה הנה נשאית של נגיף האידס). בעקבות התחרות של היצרנים המקומיים בברזיל (שייצרו על פי רישיונות כפייה) עם בעלי הפטנט, צנחו מחירי התרופות לטיפול באידס ב-82% בתוך חמש שנים. בסוף שנת 1999, בעקבות דעת הקהל העוינת ומהלחץ הציבורי הגובר, חזרה בה ארצות-הברית ממדיניותה. בחודש יוני 2001 חזרה בה ארצות-הברית מהליכים שבהם פתחה נגד ברזיל בשנת 2001 בפני מנגנון יישוב הסכסוכים של ארגון הסחר העולמי מספר חודשים קודם לכן בטענה להפרת הסכם טריפס<sup>66</sup>. מספר ממשלות ברחבי העולם, וכן הפרלמנט האירופי, קראו לחברות התרופות האמריקניות לבטל תביעה שהגישו בבית משפט בדרום-אפריקה בעניין זה. חברות התרופות הבינו כי נגרם להן נזק תדמיתי קשה, והחליטו (בתחילת שנת 2001) לזנוח את תביעתן שהתבססה אף היא, בין היתר, על טענה להפרת הסכם טריפס<sup>67</sup>. ארצות-הברית אימצה מדיניות שלפיה היא נמנעת מאיום בסנקציות סחר כלפי מדינות הנתונות במשבר חמור בשל מגפת האידס, ואף התקבלה חקיקה המאפשרת מתן סיוע חוץ למדינות כאלה<sup>68</sup>. נוכח המשבר במדינות המתפתחות והקולות הגוברים מצד ארגונים בינלאומיים, גופי זכויות אדם וארגונים לא ממשלתיים לפתור את הקונפליקט המתעורר בין הסכם טריפס לבין הצורך להבטיח נגישות לתרופות חיוניות, הגיע ארגון הסחר העולמי להכרה בצורך לקבל החלטות בסוגיה קשה זו. פריצת דרך של ממש הושגה בוועידת השרים של ארגון הסחר העולמי שנערכה בדוחא, קטאר, בשנת 2001.

World Trade Organization, Request for the Establishment of a Panel by the United States, 66  
*Brazil Measures Affecting Patent Protection*, WTO Doc No WT/DS199/3 (Jan 9, 2001)  
הלחץ הרב שהופעל במקרה זה על ידי ארגונים לא ממשלתיים נבע, בין היתר, מכך שקולה של ברזיל נשמע היטב בדיונים בפורומים בינלאומיים שעסקו בבעיית הנגישות לתרופות במדינות מתפתחות. כך, למשל, בדיוני שמונה המדינות המתועשות (G-8), במסגרת דיונים של האיחוד האירופי ובמסגרת דיוני ארגון הבריאות העולמי (WHO), הציעה ברזיל שתעשיית התרופות שלה תסייע בהעברת ידע ובהגברת יכולת הייצור העצמאית של תרופות בקרב מדינות מתפתחות. ארגונים לא ממשלתיים הביעו אפוא חשש שפעולה של ארצות-הברית נגד ברזיל תשפיע על היכולת של מדינות מתפתחות רבות לפתח תכניות להגברת הנגישות לתרופות.

67 נוסף על כך, עם התנהלות המשפט התברר לחברות התרופות כי גם עמדתן המשפטית אינה ניצבת על אדנים חזקים, לפחות ככל שהדברים נוגעים לטענה בדבר הפרת הסכם טריפס. עובדה זו גם היא תרמה להחלטה לזנוח את התביעה. ראו: R.A. Swarns "Drug Makers Drop South Africa Suit Over AIDS Medicine" *N. Y. Times* (April 20, 2001)

68 Assistance to Countries with Large Populations Having HIV/AIDS, 22 U.S.C.A 6822 (Supp. 2001); Extension of Certain Trade Benefits to Sub-Saharan Africa, 19 U.S.C.A. 3738, 3739 (Supp. 2001)

בסיומה של ועידת השרים בדוחא התקבלו שתי הצהרות: האחת – הצהרה כללית מסכמת<sup>69</sup>, והשנייה – הצהרה ספציפית “בדבר הסכם טריפס ובריאות הציבור”<sup>70</sup>. ההצהרה האחרונה מהווה הישג חשוב למדינות המתפתחות, והיא מסמלת נקודת מפנה ביחסו של ארגון הסחר העולמי לבעיית ההתנגשות בין ההגנה על קניין רוחני לבין בריאות הציבור והנגישות לתרופות חיוניות. המדינות החברות מצהירות על כך שהן מכירות בחומרת בעיות הבריאות במדינות מתפתחות<sup>71</sup> ובצורך לפעול במסגרת הסכם טריפס, כחלק מהמאמץ הבינלאומי לנסות ולמצוא פתרונות לבעיה קשה זו<sup>72</sup>. סעיף 3 להצהרה מזכיר את ההשפעה הבעייתית שיכולה להיות להגנה על קניין רוחני על מחיריהן של תרופות. סעיף 4 להצהרה מתווה את העיקרון הכללי באשר לאופן שבו יש לפרש וליישם את הסכם טריפס, כדלקמן:

“אנו מסכימים שהסכם טריפס אינו מונע ממדינות חברות לנקוט צעדים להגנה על בריאות הציבור. בהתאם לכך, בעוד אנו מדגישים את מחויבותנו להסכם טריפס, אנו מאשרים שעל ההסכם להתפרש באופן התומך בזכותם של חברי ארגון הסחר העולמי להגן על בריאות הציבור ובמיוחד לעודד גישה של כלל הציבור לתרופות. בהקשר זה, אנו מאשרים מחדש את זכות המדינות החברות להשתמש באופן מלא בסעיפי הסכם טריפס המאפשרים לנהוג בגמישות למטרה זו” (תרגום שלי – ג.נ.).

הגישה העולה מסעיף זה, כמו גם מסעיפים אחרים בהצהרה, איננה שינוי המצב המשפטי, אלא פרשנות ההסכם באופן שממילא אפשרי (ויש שיאמרו – מתחייב) על פי לשונו ורוחו. יש לציין, שבסוגיית הייבוא המקביל הכריעה ההצהרה במפורש שאין דבר בהסכם טריפס המונע ממדינות לאמץ מדיניות של ייבוא מקביל<sup>73</sup>. אף שלהצהרה כשלעצמה אין תוקף משפטי מחייב, יש לה משקל מכריע בקביעת הפרשנות הראויה של הסכם טריפס מאחר שהיא הכריעה בסוגיות פרשניות שהיו שנויות במחלוקת<sup>74</sup>.

69 Ministerial Declaration, Adopted on 14 November 2001, WT/MIN(01)/DEC/1  
70 Declaration on the TRIPs Agreement and Public Health, Adopted on 41 November 2001, 70  
WT/MIN(01)/DEC/2

71 שם, כס' 1.

72 שם, כס' 2.

73 שם, כס' 5.

74 ס' 31(3) לאמנת וינה בדבר דיניי אמנות, 1969 קובע כי במסגרת ה"הקשר" (context) המשפיע על פרשנותה של אמנה, יש להביא בחשבון גם הסכמים מאוחרים ופרקטיקות מאוחרות בין הצדדים הנוגעים לפרשנות האמנה או החלת הוראותיה. לעניין מעמדה המשפטי של הצהרת דוחא, ראו: J.T. Gathii "The Legal Status of the Doha Declaration on TRIPs and Public Health Under the Vienna Convention on the Law of Treaties" 15 *Harv. J. L. & Tec.* (2002) 291.

## ז. סיכום ומסקנות

לסיכום, מאבקן של המדינות המתפתחות בניסיונות לכפות עליהן דיני קניין רוחני במקום שבו אינטרסים כבדי משקל אחרים וזכויות אדם בסיסיות (כזכות לחיים ולבריאות) עומדות על הפרק, מתנהל עד עתה, בשנים שלאחר הסכם טריפס, במידת הצלחה לא מועטה, והצהרת דוחא היא האינדיקציה הטובה ביותר לכך. נראה כי גם המדינות המפותחות, ובראשן ארצות-הברית, הבינו כי דיני הקניין הרוחני, אף ב"סטנדרטים המינימליים" הקבועים בהסכם טריפס (שיש לזכור שהם הסטנדרטים "המינימליים" בראייתן של המדינות המפותחות), אינם ניתנים ליישום בכל המדינות. דיני הקניין הרוחני אינם רק מביאים לשגשוג כלכלי, אלא אלו דינים אשר צומחים ומתפתחים במקביל לפיתוחה של תשתית טכנולוגית, מדעית ואנושית מתאימה. זכויות הקניין הרוחני הנן זכויות יחסיות, שיש לאזן מול מגוון רחב של זכויות ואינטרסים המושפעים מרמת ההתפתחות הכלכלית של כל מדינה ומדינה.

אין כוונתנו לומר שאין כל טעם בגיבוש סטנדרטים בינלאומיים של קניין רוחני. אולם זאת יש לעשות (כפי שבמידה רבה נעשה בהסכם טריפס בסופו של דבר) בהדרגתיות, תוך קביעת תקופות מעבר למדינות הזקוקות לכך, ותוך התחשבות מקסימלית באינטרסים חיוניים אחרים. ניתן לצפות אפוא שמשפט בינלאומי בר-קיימא בתחום זה, יתהווה בהדרגה. מעניין לציין שהמחלוקת בין ארצות-הברית למדינות מתפתחות, כפי שהדגמנו באמצעות דרום-אפריקה וברזיל, לא הוכרעה בסופו של דבר במסגרות שיפוטיות של טריבונלים בינלאומיים או מדינתיים, אף שנפתחו הליכים במסגרות אלה. אף שלהצהרת דוחא ישנה, כאמור לעיל, משמעות משפטית מסוימת, במישור הפרשני, לא ניתן להשוות את מעמדה להכרעה שהייתה מתקבלת על ידי גוף שיפוטי שהיה נדרש לנמק ולהכריע אם בכל אחד מהמקרים הופרו הוראות הסכם טריפס. ניתן אפוא לראות במדיניות הנוכחית של ארצות-הברית ושל מדינות מפותחות נוספות אשר קיבלו על עצמן את הצהרת דוחא, כוויתורים זמניים ובלתי מחייבים במישור הפוליטי, מבלי שנעשה ויתור עקרוני על הדרישה במישור המשפטי להגיע בסופו של דבר לאכיפה אפקטיבית של זכויות הקניין הרוחני במדינות רבות ככל שניתן. ייתכן ש"זירת המאבק" תעבור מהסכם טריפס להתמודדויות של "אחד על אחד" שבמסגרתן תשוב ארצות-הברית למדיניותה משנות ה-80 ותנסה להביא מדינות סוררות לשיטתה לכרות עמה הסכמים בילטרליים שיכללו התחייבות ליישום קפדני של דיני הקניין הרוחני.

לכסוף נעיר, כי במאמר קצר זה לא ביקשנו לדון בכל ההיבטים המגוונים של יחסי מדינות מפותחות ומדינות מתפתחות בקשר להגנה על קניין רוחני. מטרתנו הצנועה הייתה לעמוד על תמונת האינטרסים הקיימת בתחום זה ועל השפעתה על עיצוב הדין הבינלאומי כפי שבא לידי ביטוי בהסכם טריפס. מן הראוי לציין כי

בשנים האחרונות נטל על עצמו ארגון WIPO ביתר שאת את המשימה להטמיע בקרב מדינות מתפתחות את ההכרה שאף הן יכולות להפיק יתרונות מדיני קניין הרוחני הבינלאומיים. כך, למשל, סוגיה נכבדה שבה מטפל ארגון WIPO בשנים האחרונות היא סוגיית "הידע המסורתי" (Traditional Knowledge) שבמסגרתה נבחנות, בין היתר, דרכים להעניק למדינות מתפתחות או לקבוצות בתוכן תגמול הולם על ידע חקלאי, מדעי, טכני, אקולוגי, רפואי וכדומה, וכן על ביטויי פולקלור באמנות, במוסיקה, בסמלים וכדומה. ידע זה נצבר במדינות מתפתחות משך שנים ארוכות, והוא מנוצל בשנים האחרונות על ידי רבים במדינות המפותחות מבלי שה"בעלים" המקוריים של אותו ידע מסורתי מתוגמלים על כך. ארגון WIPO בוחן דרכים, הן במסגרת דיני קניין הרוחני הקיימים והן באמצעות יצירת דינים מיוחדים לכך, כיצד ניתן לאפשר למדינות אלה לקבל גמול הולם עבור השקעתן ויצירתן, אשר משמשת רבים ממדינות אחרות<sup>75</sup>. העצמה של המדינות המתפתחות ויצירת מערכת בינלאומית מאוזנת יותר של הגנה על קניין רוחני, כך שהעושר לא יעבור רק מהמדינות המתפתחות לכיווןן של המדינות המפותחות אלא גם להפך, יכולה לתרום לביסוסה של מערכת דינים זו ולחזיוק הלגיטימיות שלה. עניין זה הוא נושא למאמר נפרד.

75 ראו: WIPO "Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders: WIPO Report on Fact-finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998-1999)" Geneva, 2001, p. 4