

בבית המשפט המחוזי בחיפה
=====
בפני כבוד השופט גדעון גינת

תיק אזרחי 751/00
תיקי בש"א 7632/00, 8050/00, 10856/00, 12453/00

התובעות: 1. **נענע דיסק בע"מ** (ח.פ. 51-227209-7)
2. **נענע עיצוב והפקה בע"מ** (ח.פ. 51-226057-1)

הנתבעים שכנגד: 3. **ניצן זעירא** (ת.ז. 05509818)
4. **הדס ירושלמי** (ת.ז. 056708910)

נ ג ד

הנתבעות: 1. **נטוויז'ן בע"מ** (ח.פ. 51-193019-0)
2. **נענע אינטרנט בע"מ** (ח.פ. 51-282232-1)

בשם התובעות והנתבעים-שכנגד: עוה"ד רם דקל ושי לאל
בשם הנתבעות והתובעת-שכנגד: עוה"ד נחמן כהן-צדק, דניאל בוסתנאי ואהד מייבלום

פ ס ק ד י ן

1. המחלוקת בין בעלי-הדין היא באשר לזכויות בשם "נענע" (Nana) כאתר-שער portal ברשת האינטרנט. בכתב תביעה (הוגש ביום 14.5.00, בעקבות ה"פ 202/00 מיום 21.3.00 שבוטלה בהסכמה דיונית מיום 12.4.00) טענו התובעות: נענע דיסק בע"מ ו-נענע עיצוב והפקה בע"מ, לזכויות בשם "נענע", ובכלל זאת אמרו, כי זכויות אלה מקנות להן בלעדיות בשם האמור ובנגזרות שונות ממנו כאתר אינטרנט. לנתבעות portal באינטרנט הנושא את השם "נענע" **שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת.** לאחר תחילת ההליכים כאן החלו התובעות בהפעלת אתר אינטרנט שבשמו המילה "נענע" (**שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת.**) . האם יש בידי מי מבעלי-הדין זכות שבדין למנוע מהצד שכנגד שימוש בשם שבמחלוקת כאתר אינטרנט?

2. ניצן זעירא, הנתבע-שכנגד מס' 3, העיד על עצמו, כי הוא "מנהל עסקי המבקשות"- התובעות והרוח החייה בהן. עד זה הגיש לבית-המשפט תצהירים מהתאריכים 13.6.00, 19.3.00 (הזהים לתצהירים שהגיש לרשם סימני המסחר לצורך בקשות לרישום סימני מסחר הכוללים את השם נענע). העד נחקר על תצהירו ביום 25.9.00. זעירא אמר, כי החל בפעילות מסחרית עוד ב-1988, תוך שימוש בשם "נענע", הגם שבזמנו טרם התאגדו התובעות כחברות פרטיות. באותו שלב עסק בהפקות אלבומים ותקליטי שדרים, סעיף 6 לתצהיר 19.3.00. עוד פירט זעירא פעילות של יצוג אמנים, הפקה מוסיקלית, הוצאה לאור בענף המוסיקה. בהפקת תקליטים נעשה שימוש בשם: "נענע דיסק" (שם, סעיף 13). העד אמר בתצהירו, כי נעשה שימוש מצידו או מצד גופים שבשליטתו בשמות: נענע הפקות, נענע ניהול, נענע סינק, נענע וידאו, נענע גרפיקה, נענע הוצאה לאור, נענע יחסי ציבור, נענע פרסום. אם ירדתי לסוף דעתו, הרי עמדתו היא, כי הפעילות האמורה מצידו בעבר, שכללה את השימוש גם בשם "נענע" או בשמות עסק הכוללים מילה זו, מקנים לו הזכות לשימוש באותה מילה בפעילות באינטרנט, שכן לא רק שהתובעות תיכננו פעילות כזאת ברשת, אלא ש"אם המבקשות לא יקימו אתרים באינטרנט הקשורים לתחומי פעילותן, הרי שתוך זמן קצר הן יישארו מחוץ למשחק", וזאת בשל חשיבותו הרבה של האינטרנט גם בכל תחומי המסחר, הפרסום והשיווק. בחקירתו החוזרת בביהמ"ש אמר זעירא: "ההתפתחות הטבעית שלי לאינטרנט אני חייב להיות בשם "נענע" כמו שהייתי כל החיים שלי. אני לא מוכן שעוד מישהו יהיה באותו השם שלי בכלל, זה מפריע לי באופן כללי... אבל זה עוד יותר מפריע לי בתחומים העיקריים שאני עוסק בהם... לא הגיוני שאדם שאני מתקשר איתו עם "נענע" כל החיים שלי בשטח של מוסיקה, פתאום הוא יכנס לפורטל "נענע" שלטענתי הם גנבו לי את השם או גזלו ממני... וימצא בתוך המוסיקה שלהם, בתוך "נענע" משהו שנקרא "נענע music" שמעביר הופעות אחרות שהם לא שלי, שאני לא אקדם דרך השם שלי שום דבר, שמוכר דיסקים שלא אני מרוויח מהם, לא אני מקדם את הדברים שלי, עם השם שלי, זה נראה משהו מוגזם לחלוטין..." פט. עמ 82.

זעירא הסביר, כי לא העלה בדעתו אפשרות שאחרים "ינסו לגזול את השם "נענע", שם סעיף 16, ולכן לא ביקש רישום סימן מסחר (לפי פקודת סימני המסחר [נוסח חדש]), ועשה כן לראשונה רק ביום 21.10.1999 כאשר נודע לו על בקשות הנתבעות בהקשר זה.

זעירא טען, כי התובעות הקימו ברשת האינטרנט "18 אתרים", אך בחקירה-שכנגד, 25.9.00 עמ' 61, הצטמצם מספר זה ל-10. כן התברר, כי רישום שמות המתחם נעשה על-ידי התובעות רק לאחר תחילת פעילותה של הנתבעת, דהיינו בספטמבר 1999.

באשר לקיום אתר של התובעות באינטרנט בשם nanadisc אמר זעירא בחקירתו בביהמ"ש בתשובה לשאלה "מתי היה לך אתר באינטרנט שהוא היה נגיש לציבור הרחב?", כי "אין לי עוד", פט. עמ' 66, ובהמשך הסביר, כי האתר בהקמה או בבניה וניתן להגיע אליו בדרך רגילה, "אבל בעיני הוא לא נחשב אתר ... אני מניח שהוא יכול להגיע לאתר שבעיני הוא לא טוב, אז אני לא קורא לו אתר". העד סבר, שהאתר בצורה זו קיים מאז מאי 2000, וכן הצביע על עידן זעירא (שנכח באולם המשפטים) כאחד המשתתפים בהקמה בפועל של אותו אתר.

עוד אמר זעירא, כי הטענה בסעיף 14 לתצהירו בדבר הקמת 18 אתרי אינטרנט אינה נכונה, שם עמ' 67 למטה עמ' 68 למעלה, והאתר היחיד שהיה קיים למועד העדות הוא זה שבעיניו אינו נחשב לאתר כאמור לעיל. לא היה לעד הסבר להעדר האמת מסעיף 14 לתצהירו. עוד הסכים העד, כי ידע על בקשות הנתבעות לרישום סימני מסחר הכוללים המילה נענע, עת הגיש, באוקטובר 1999, את בקשותיו הוא. גם כאן לא היה לעד הסבר על חוסר הדיוק (בלשון המעטה) בסעיף 18 לתצהירו, פט. עמ' 69 שו' 10-11.

זעירא הסכים כי לתובעת 2 אין, למעשה, פעילות עסקית של ממש מאז 1998, פט. עמ' 73, כך, שלמעשה, אין צורך לדון בעניינה. עוד אמר, שאין פעילות תחת השם "נענע הפקות", בעוד ש"נענע עיצוב והפקה" עסקה בהפקת עלונים. הוא ציין, ש"קרדיט" על הפקות קבלו האנשים שעסקו בכך בפועל, לאו דווקא תחת השם שבמחלוקת. לעניין הוצאה לאור של ספר אמר שהיה קשור לספר יחיד ש"לא הלך מספיק טוב", עמ' 74 למעלה. לגבי דיסקים שראו אור בהפקתו לאחרונה, אישר שהופקו תחת השם "קדמה" וללא ציון המילה "נענע", עמ' 76, בגלל סכסוך שהיה לו לדבריו ב-1998 עם חברת "הד ארצי", המשווקת דיסקים. העד לא ידע לפרט את ההשקעות של התובעות "לקדום ופרסום שמן", כנטען על-ידיו בסעיף 20 לתצהירו.

3. בנוסף לתצהיר זעירא קבלתי שורה של תצהירים מטעם התובעות, שגם הם, לפי נוסחם, הוכנו בחודש מארס 2000 לצורך הליכים בפני רשם סימני המסחר. העדים נחקרו בע"פ בביהמ"ש. אני מציין, להלן, את עיקרי הדברים העולים מהתצהירים האמורים ומדברי העדים בביהמ"ש. אינני מביא דברים שאינם רליבנטיים, או שנזכרו, בעיקרו של דבר, על-ידי אחרים.

(א) יואב קוטנר, עורך ומגיש מוסיקלי בגלי צה"ל אמר, כי הוא מכיר את ניצן זעירא ו"נענע דיסק" בתוקף עיסוקו בתחום המוזיקה. הוא זכר שהאלבום הראשון שהופק על ידי נענע דיסק נקרא בשם "סיפורים מהקופסא" והיה "פרי איחוד של שני יוצרים ישראלים ששבו משהות בחו"ל – רמי פורטיס וברי סחרוף", שם, סעיף 3. "בקרוב שדרני הרדיו, העורכים המוזיקליים והקהל הרחב של חובבי המוזיקה, המילה "נענע" הייתה מזוהה עם ניצן זעירא, עם האמנים שהוחתמו על ידו ועם הפקת מוזיקה איכותית בלתי מתפשרת ואלטרנטיבית." – שם, סעיף 6.

בחקירה שכנגד פט. 25.9.00 עמ' 6, ציין קוטנר שהשם: "קבוצת נענע, הקבוצה לתרבות ופנאי בישראל", שהתובעת טענה לזכויות בו, ראו למשל סעיף 5 לנימוקי המרצת הפתיחה 202/00, אינו מוכר לו, שם, שו' 8-6 מלמעלה. לגבי תחום המוסיקה שהתובעות עוסקות בה אמר כי "באופן כללי אפשר לקרוא לזה מוסיקה פופולרית...שזה מוסיקה ישראלית בעיקר...כשהם התחילו הם היו נחשבים לשוליים או אלטרנטיבה למוסיקה העיקרית הישראלית. תוך זמן קצר הם הפכו להיות מוסיקה ישראלית לכל דבר." (שם). העד ציין, כי ציבור הצרכנים רוכש תקליט לפי "שם האומן או לפי שיר שהם אוהבים", שם עמ' 10 באמצע. העד קוטנר לא ידע בחקירתו לתת מידע על פעילות של התובעות מעבר להפקת דיסקים בתחום המוסיקה.

(ב) העדה רונית ארבל אמרה בתצהירה, כי היא עוסקת מזה שנים ביחסי ציבור לאומנים, מופעי אומנות, תרבות ופנאי וכי היא מגדולי העוסקים בתחום זה בישראל. היא מכירה זה כ-20 שנה את ניצן זעירא. מאז שהיא זוכרת פעל זעירא תחת השם המסחרי "נענע" "...לכל מי שיש קשר כלשהו לשדה המוזיקה והזמר בארץ, הפקה הופעות, פרויקטים מוזיקליים וכד', מכיר את השם נענע", שם סעיף 7. בחקירה שכנגד הסבירה כי "אם אתה אומר, לוקח בחור ברחוב שמנגן על גיטרה ושואל אותו מה זה "נענע", אז אני לא יודעת אם הוא יודע או לא יודע. כשם קיבוצי למישהו שרוצה להתעסק בתעשיית המוסיקה ורוצה ללכת לחברת תקליטים ולבדוק את היכולת להפיץ את התקליט שלו, הוא פונה ל"נענע", פט. עמ' 13 למעלה.

(ג) נילי לנדסמן, היא עיתונאית ומבקרת בנושאי בידור, מוסיקה ותרבות מזה 15 שנה. היא כותבת היום ב"העיר", וכתבה בעבר ב"חדשות", וב-"עיתון תל-אביב". היא מעידה על עצמה שהיא "נחשבת לברת סמכא בתחום התקשורת בכל הנוגע לנושאי בידור, תרבות ומוסיקה", תצהירה 2.7.00 סעיף 3. היא הכירה את ניצן זעירא החל באמצע שנות ה-80 כפעיל ב-"הפקות תקליטים, מולטימדיה, וידאו-קליפים, חסויות למופעים, מתן יצוג לאומנים וקידום מכירות.. ברור לי "נענע, כשם מסחרי, מזוהה מאד עם פעולותיו של ניצן זעירא בתחומי העיסוק הנ"ל, וכי שם זה מאוזכר תמיד בצמוד לפעולות אלו", שם סעיף 5. בעדותה בע"פ נשאלה האם הזיהוי בין זעירא לנענע בתחום המוסיקה עליו עמדה קיים רק אצל מי שיש לו את הידע ואת הכשרונות של העדה, ותשובתה הייתה: "לא. זה הרבה יותר ידוע ורחב", פט. עמ' 14 שו' 8 מלמטה. העדה לא הציגה דוגמאות לכתיבה שלה המזכירה פעילות של התובעות או של זעירא בהקשר לשם שבמחלוקת, פט. עמ' 15 למטה.

בתשובה לשאלה אם כאשר ראתה אתר באינטרנט שנקרא נענע חשבה שמדובר בניצן זעירא, אמרה העדה, כי חשבה "שהוא קשור בזה או שהוא מכר את הזכויות" פט. עמ' 16 באמצע. ובהמשך: "אבל יום אחד כשרציתי לחפש את האינטרנט של נענע של ניצן, כדי לבדוק משהו שקשור בפעילות שלו, אז באמת ראיתי שאין אפשרות להגיע לניצן באינטרנט...אין לו הפעילות באינטרנט שאפשר להגיע אליו..." (שם). העדה הסכימה כי ציון השם "נענע הפקות" בפוסטר לאומן מבצע נעשה באותיות קטנות ביותר, כמקובל בענף בהקשר זה, פט. עמ' 16 למטה.

(ד) ברי סחרוף עובד כזמר וכמלחין מזה כ-20 שנה. בשנת 2000 זכה בתארים "זמר השנה" "מלחין השנה", "תקליט השנה" ו"מופע השנה". אין מחלוקת בדבר פרסומו הרב בתחומי עיסוקו. הוא הקליט כ-25 אלבומים, מהם כאלה בהם היה המבצע, ואחרים בהם השתתף כמפיק מוסיקאלי. הוא מרבה להופיע בציבור. לדבריו בתצהירו מיום 16.3.00 החלה היכרותו עם נענע דיסק ב-1988 כאשר הכיר אותה "כחברת תקליטים וניהול. מאז ועד היום נענע משמשת כחברת התקליטים שלי וחברת הניהול שלי...נענע נותנת לי את מלוא שירותי ההפקה הנדרשים...נענע עבדו עם זמרים אחרים ולהקות ידועות...המבקשות הפיקו כמעט את כל התקליטים שבהם הייתי מעורב..."

בחקירתו בביהמ"ש אמר סחרוף: "אני לא יודע מה זה חוג מצומצם או לא מצומצם, אבל אין לי ספק שמי שמתעסק במוסיקה או בקליפים או בכל מה שקשור לאומנות, זאת אומרת הופעות...אין ספק שמכירים את השם "נענע"...אני בעיקרון מכיר את זה בכלל כ"נענע" שזה חברה כזאת שמתעסקת בהפקה של קליפים, הפקה של מופעים". פט. עמ"19, לגבי התקליט האחרון של העד "נגיעות", הזוכה להצלחה רבה, צויין, כי מופיע השם "קדמה". השם "נענע דיסק" אינו מצויין, ויש איזכור מוצנע של "נענע יחסי ציבור". עוד אישר העד את המובן מאליו, דהיינו שדיסקים נרכשים על-ידי הקהל בשים-לב לשם האומן המבצע, וזה הגורם הקובע בחירת הציבור במופע. העד הסכים כי אין הוא יכול לענות על שאלות "בשם הציבור הרחב", פט. עמ' 20 למטה.

(ה) צביה ויסמן היא מנהלת מחלקת זכויות יוצרים ואחראית על מפתח התמלוגים של הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ. גוף זה מאגד בתוכו 14 חברות תקליטים בארץ ומחלק את התמלוגים המגיעים להן, ככאלה, בהתאם לאחוזי ההשמעה של יצירות שהזכויות בהן שייכות לאותן חברות. בין אלה גם "נענע דיסק", המוכרת לעדה מאז הצטרפותה לפדרציה ב-1996, סעיף 4 לתצהירה מיום 10.9.00. לפי נתונים שהיו בידי העדה היא הצהירה "כי נענע דיסק בע"מ היא החברה הרביעית בהיקף השמעות של אומניה מכלל האומנים המושמעים בכלי התקשורת בישראל" (שם סעיף 6). בחקירה שכנגד תרגמה נתון זה לכ-4% מהיקף ההשמעות, פט. עמ' 37 למטה. היא אמרה כי "ניצן זעירא פעל תמיד תחת השם המסחרי "נענע" עד שניתן לומר שניצן זעירא ו"נענע" חד הם" (שם, סעיף 4).

בחקירתה בביהמ"ש אמרה העדה, כי הרישום בספרי הפדרציה לתקליטים מתייחס ל"נענע דיסק", פט. עמ' 36 למטה.

(ו) דרור פויך הוא עיתונאי במקצועו, העובד בתחום מאז 1993. כתב, בין השאר, ב"חדשות" ו"צומת השרון" ומ-1997 ועד מחצית שנת 2000 היה עורך מוסף המחשבים של "הארץ" – "קפטיין אינטרנט". לדבריו עבדו וכתבו במוסף זה כ-30 כתבים. מאז סוף 2000 כותב פויך בעבור האתר הכלכלי של קבוצת "הארץ" באינטרנט **שגיא! הסימניה אינה מוגדרת..**

העד פויר הכיר את ניצן זעירא ופעילותו בתחום הבידור מאז 1995 "ואני יכול להעיד כי הם זכו לפרסום רב והיו מוכרים היטב בקרב הציבור תחת השם המסחרי "נענע". תצהיר פויר 7.9.00 סעיף 4. עוד אמר, כי הכיר גופים "שהופעלו ע"י ניצן זעירא תחת השם "נענע", דהיינו: "נענע דיסק בע"מ", "נענע הפקות", נענע ניהול, נענע יחסי ציבור, נענע וידיאו, נענע סינק, נענע עיצוב וביצוע; - סעיף 5. העד הסביר, כי חברות המוסיקה פועלות ליצור לעצמן דריסת רגל כלשהי באינטרנט ולהיעזר בו כאמצעי פרסום, שיווק וקידום מכירות, שם סע' 9. עוד אמר כי באמצעות האינטרנט יכול הציבור להגיע למוסיקה מביתו הפרטי ומכאן המשמעות ההולכת וגוברת של תחום זה בשביל העוסקים במוסיקה. העד סבור, כי קרוב לשליש מהתעבורה באינטרנט עוסקת במוסיקה – חיפוש, שמיעה או רכישה של מוסיקה (שם, סע' 14). תחזיתו של העד לגבי העתיד היא "כי חברות מוסיקה ותקליטים, שלא תתאמנה עצמן אל העולם החדש של האינטרנט תפגענה כלכלית, ולכן חייבות הן למצוא לעצמן נוכחות משמעותית באינטרנט כדי לשרוד", סעיף 12.

העד הבין את "הדאגה העצומה של ניצן זעירא מהשימוש שעושה חברת נטוויזן באינטרנט בשם, בו הוא עושה שימוש שנים כה רבות", סעיף 15. עם זאת, מסקנתו בסעיף 16 חריגה מזו אליה הגיעו עדים אחרים של התובעות: "...מאחר ושטח האינטרנט מוצף בסכסוכים על שמות מתחם, כדוגמת הסכסוך שבין הצדדים כאן, ומאחר וברור לי כי המקרה הזה...אינו מקרה של cybersquatting, אני סבור שעל הצדדים לנסות ולהגיע לאיזו פשרה יצירתית לאופן השימוש בשם "נענע".

בחקירה-שכנגד (25.9.00) ציין פויר, כי שמע על הפורטל נענע (של הני) קצת לפני יולי 1999, ובאותו זמן, אמר, לא חשב כלל על בעייה של קונפליקט בשמות (פט.עמ' 41 שו' 4 מלמטה, עמ' 42 למעלה). הוא גם אמר, כי הוא וכותבים אחרים בעיתונות, שדיווחו על הפורטל נענע, לא כתבו דבר על בעייתיות, שישנה בשימוש בשם האמור "לא חשבתי על זה באותו זמן", עמ' 42 באמצע. הוא ראה בעייה בנושא בעת מתן העדות בשים-לב לכך, שחברות תקליטים רבות עוברות למכור את מוצריהן דרך האינטרנט "חברת תקליטים יש לה את הזכות למכור את הסחורה שלה תחת השם שלה" – עמ' 43 באמצע.

העד הזכיר, כי היה לו "מאד לא פשוט" למצוא את האתר של "נענע דיסק" באינטרנט, פט. עמ' 43 למטה.

(ז) ענת אלשטיין כספי עוסקת בתחום הפרסום והשיווק. בין 1990 ל-1992 נתנה שירותים בתחום של יחסי ציבור לניצן זעירא, סעיף 6 לתצהירה מיום 10.9.00, "ואני יודעת שפעילותו תחת השם "נענע" החלה בסביבות שנת 1988" (שם). העדה סברה כי השם נענע מזוהה עם פעולותיו של זעירא ואינה מאמינה, כי הני לא ידעו על השימוש שנעשה בשם זה עת החלו בפעילות הפורטל נענע. בחקירתה שכנגד אמרה העדה, כי הקימה את נענע ביחד עם זעירא (עמ' 51 באמצע) וכי עבדה כשכירה ב"נענע דיסק".

4. מטעם הנתבעות והתובעת-שכנגד קבלתי מספר תצהירים וחוות-דעת של מומחים, שעיקרם הכחשה, כי בחירת השם "נענע" לפורטל נעשתה תוך מתן מחשבה כלשהי לניצן זעירא ולפעילותו המסחרית. עוד אמרו עדי הנתבעות, כי השקיעו סכומי כסף נכבדים מאד בפרסומו של השם "נענע" כשמו של פורטל באינטרנט, וכי השקעה זו הפכה את השם לידוע ומוכר בקרב גולשי האינטרנט בישראל. חוות-דעת המומחים ציינו, כי הציבור מכיר את השם "נענע" כמתייחס לפורטל של הנתבעת-התובעת-שכנגד, בעוד שמספרם של אלה המכירים את פעילותו של ניצן זעירא ואת הקשר שלו לשם "נענע" או "נענע דיסק" – זניח.

עוד נטענו טענות של שיהוי ומנע כנגד התובענה. בשים-לב לכך, שעיקרי הדברים של עדי הנתבעות לא הוכחו, למעשה, על-ידי באי-הכוח המלומדים של התובעות (להבדיל ממחלוקת בדבר המסקנות המשפטיות המתבקשות), אסתפק בדיווח תמציתי של דברים אלה.

(א) זאב אלון היה מנהל חטיבת התוכן והסחר האלקטרוני של הני' 1. הוא עשה תצהירים מהתאריכים: 10.4.00 (הוגש ב-בש"א 4463/00), 1.6.00 (הוגש ב-בש"א 8050/00), 19.6.00 (הוגש ב-בש"א 7632/00), 24.7.00, 3.9.00.

הני' 1 היא ספקית גישה לאינטרנט, ISP, מהגדולות בתחום זה בישראל. במהלך 1988 החליטה הני' 1 להקים שער כניסה לאינטרנט "אשר דרכו תספק החברה את שירותי המידע והמסחר שהיא מעניקה למשתמשי האינטרנט". במאי 1999 נבחר ל-portal האמור השם "נענע", סעיף 12 לתצהיר 10.4.00. "השם נענע נבחר לאתר בשל נוחות ופשטות הקלדתו בעברית ובאנגלית, בשל היותו קליט וקל לזיכרון, בשל אפשרות השימוש בו גם בשפה הערבית... השם נענע נבחר ללא שום קשר עם המבקשות. פעילות המבקשות תחת השם "נענע דיסק"... לא עלתה כלל בדעתם של המעורבים בבחירת השם נענע לפורטל." ביום 18.5.99 רשמה הני' 1 את שם המתחם nana.co.il (השם נרשם על שמו של העד בנאמנות לטובת הני' 1). באפריל 2000 אמר העד, כי הני' השיקו את שער הכניסה לאינטרנט "נענע" בחודש יולי 1999 ובמועד עשיית התצהיר מספר הדפים הנצפים בו עמד על 750000, כאשר מספר המשתמשים היומי הסתכם אז בכ-110000 (סעיף 1 לתצהיר הראשון של העד).

העד פרט גם את הידוע כיום לכל גולש מתחיל באינטרנט, דהיינו את המגוון הרב של הנושאים והעניינים, אשר ניתן לפנות אליהם מתוך שער הכניסה של הני' 1 (בדומה לשערי כניסה של גורמים אחרים): חדשות, שירותי חיפוש, מידע בנושאים ספציפיים, שירותים קהילתיים, לוחות מודעות, שירותי דואר אלקטרוני, תוכנות, פרסום, מסחר אלקטרוני וכיוצא באלה נושאים ושירותים מגוונים ורבים המתעדכנים חדשות לבקרים בהתאם לנטיית ציבור המשתמשים ובהתאם לאפנות מתחלפות בישראל וביתר האתרים בכפרנו הגלובאלי, סעיף 25 לתצהיר 1.6.00. בתאריכים 30.6.99 ו-16.8.99 בקשה הני' 1 רישום סימני מסחר "נענע Nana" בסוגים שונים המתייחסים לתחומי פעילותו של הפורטל, סעיף 18 לתצהיר אלון 1.6.00. הודעה על השקתו של הפורטל נענע נמסרה לציבור במסיבת עיתונאים מיום 13.7.99 שלוותה בדיווחים מפורטים בכלי התקשורת. העד העריך את השקעות הני' 1 בהקמת הפורטל, ציודו, הפעלתו, פרסומו ופיתוחו בסכום כולל של כ-6 מיליון ₪ (נכון ליוני 2000), סעיף 22 לתצהיר 1.6.00. עוד ציין כי במועד האמור עבדו בפורטל כ-60 מאנשי הני' 1. לפי תצהיר מספטמבר 2000, סעיף 4.1, הועסקו בפורטל 45 עובדים קבועים וכ-35 עובדים זמניים ופרי-לנסרים. השקעות הני' 1 בפרסום ויחסי ציבור הקשורים בפורטל נענע, כולל מתן חסויות לגופים שונים (כמו, למשל, לקבוצת הכדורגל של מכבי חיפה) הסתכמו לדברי אלון בעלות של למעלה מ-2 מיליון ₪, שם סעיף 21. בתצהירו האחרון של העד, 5.9.00, הוא מדווח על השקעות בפרסום במהלך החדשים אפריל עד יולי 2000 בסדר גודל של 600 אלף ₪.

מסקנתו של העד: "מסע הפרסום הנרחב...למותג נענע ופעילותו המסיבית והמגוונת של פורטל נענע הפכו אותו למוכר וידוע בציבור הרחב, ולאחד משני הפורטלים הפופולריים ביותר בישראל (ביחד עם Walla)", שם סעיף 30. העד אלון נחקר בחקירה-שכנגד ארוכה ומייגעת, פט. עמ' 107 עד 137 (שעיקרה מידת הידיעה שלו על פעילות ניצן זעירא והתובעות), אך המידע שמסר באשר לפעילות הני'1 והפורטל נענע, לא הועמד במחלוקת.

(ב) אבי בהגן, מנהל פיתוח שווקים אצל הני' 1, עשה תצהיר מיום 1.6.00 ובו תאר את דרך בחירת השם "נענע" לפורטל הני'. הוא הסביר, שהייתה קבוצה של עובדים שעסקה בהקדמת הפורטל החל בחודש מאי 1999. בעת פגישה באמצע חודש מאי, בנוכחות אחרים, הציע העד את השם "נענע", סעיף 2.7 לתצהירו, "השם "נענע" עלה מ"שום מקום", כמו כל שם אחר שהעלינו. כלל לא ידעתי על קיומו של גוף כלשהו המשתמש בשם זה או בשם דומה ואינני חושב שמישהו אחר מאיתנו היה ער לקיומו של גוף שכזה". העד בהגן צרף לתצהירו את התכתבות הדואר האלקטרוני הרליבנטית. העד נחקר ארוכות בביהמ"ש בנושאים הקשורים בדרך חיפוש שמות הפורטל, הגורמים שהשתתפו בבחירה והאפשרויות שהיו, במועדים הרליבנטיים לביורור קיומם הקודם של שמות דומים לזה שנבחר. כמו בעניינו של זאב אלון, הרי גם בקשר לעד בהגן, אין עילה לפקפק בנושא העיקרי שנדון בתצהירו, דרך בחירת השם נענע והעובדה, כי לא היה לו ידע מוקדם לגבי שימוש שעשה ניצן זעירא בשם זה.

(ג) פרופ' שיזף רפאלי. הגיש חוות-דעת מיום 9.4.00. הוא הסביר בחוות-דעתו מהו פורטל באינטרנט ואמר כי "שם מתחם של פורטל...הינו בעל חשיבות רבה וניתן להשוותו...לכותר של עיתון – תיבה מילולית ייחודית אשר מבדילה ומבחינה אותו בעיני הלקוחות ("הגולשים") מיתר המתחרים בתחום..." שם, סעיף 2.ד. העד העריך, כי גולשי האינטרנט "אשר מקלידים את שם המתחם nana.co.il ומגיעים לפורטל נענע של נטוויזין אשר מצוי ב"כתובת" זו, אינם מקשרים בכל דרך שהיא את שם המתחם והפורטל לחברות נענע דיסק בע"מ ונענע עיצוב והפקה בע"מ, שפעילותן בתחום מוצרי הדיסקים וההפקות המוסיקליות..." – שם סעיף 3.

העד הסביר, כי פורטל הוא מושג שיווקי. מדובר באתר אינטרנט שכוונתו לשמש תחנה ראשונה או מרכזית לגולשים ברשת. "שאיפתו... של הפורטל להפוך להיות נקודת ההתחלה או הכניסה לרשת... היא ההופכת את שמו הקליט והניתן לזיכרון של הפורטל לכל כך חשוב." שם, סעיף 9. עוד אמר כי הפורטל מציג קטלוג של הפניות למקורות נוספים על פי מיונים שונים. מוצגים לגולש הפניות למקורות שונים, כתובות של אתרים או מקורות מידע אחרים. הפורטל מספק גם שירותים ומידע מסוגים נוספים, כולל מנועי חיפוש, דואר אלקטרוני, חדשות, דיווחים פיננסיים, תחזית מזג אוויר, כלים לאיתור כתובות, הסדרי מסחר וקניה, שם סעיף 10.

(ד) ד"ר יצחק כ"ץ ופרופ' ברוך מבורך דיווחו בחוות-דעת מיום 14.8.00 על סקרי דעת קהל שערכו ובהסתמך עליהם השיבו לשתי שאלות: (א) מה מידת הקשר של המילה נענע לפורטל נענע מצד אחד, ולחברת נענע-דיסק, מצד שני (ב) מהי מידת הבלבול הקיימת, אם בכלל, בין הפורטל נענע לבין חברת נענע דיסק (שם, עמ' 2). מסקנות חוות-הדעת מובאות בסעיפים 6-7-8-9 בזו הלשון:

6" מידת הקישור של השם "נענע" לפורטל נענע הינה רבה ביותר. (44% מהציבור הרחב – 69% מציבור הגולשים באינטרנט, ציינו את הפורטל או פעילות הקשורה לו כאסוציאציה ראשונה למילה "נענע", 64% מהציבור הרחב ו-89% מהגולשים באינטרנט מכירים את הפורטל או שמעו עליו).

7" מידת הקישור של המילה "נענע" לחברת "נענע דיסק" (או לשמות אחרים, אשר להם היא טוענת כאמור לעיל) היא אפסית. (אף לא נשאל אחד מקרב הציבור הרחב ציין את שמה כאסוציאציה העולה מהמילה "נענע", רק 1% מקרב העוסקים במוסיקה ציין את שמה כאסוציאציה העולה מהמילה "נענע", רק 6.9% מהציבור הרחב השיבו כי הם מכירים את חברת "נענע דיסק" או שמעו את שמה, מתוכם רק 1.9% מהציבור הרחב נקבו בשמה באורח בלתי-נעזר, אף לא אחד מהנשאלים מכיר את נענע בדיסק בשמות האחרים הנ"ל להם טוענת נענע דיסק או שמע אודותיהם).

8" הביטויים הכוללים את השם נענע, המופיעים באתר הנוכחי של נענע דיסק בכתובת **שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת.**, כמתואר בס' 4.1 לעיל, וכמו כן גם השימוש שעושה נענע דיסק בשם המתחם **שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת.** עלולים, במידה רבה של סבירות, לגרום לגולשים באינטרנט לסבור בטעות כי האתר העושה שימוש בביטויים הקשורים בשם נענע או האתר בשם המתחם האמור קשורים לפורטל נענע ולא לחברת נענע דיסק.

9". כפי שעולה בצורה בולטת מהסקר שנערך בקרב העוסקים בתחום המוסיקה, בקרב המשיבים המכירים את נענע דיסק, קטן באופן משמעותי הסיכוי כי הללו יסברו שישנו קשר עסקי בין הפורטל נענע לבין נענע דיסק."

העד כ"ץ עמד על מסקנות חוות-הדעת בחקירתו בביהמ"ש.

גניבת עין

הכרה והוקרה / הטעייה

5. מבין שלל עילות התביעה הנטענות על-ידי התובעים נראה לי כי מן הראוי לדון בעילה של גניבת עין בלבד. אין מחלוקת, שבידי התובעים (או בידי הנתבעים-התובעים-שכנגד) אין סימן מסחר רשום לגבי השם "נענע" או נגזרותיו. העולה של גניבת עין מוגדרת היום בסעיף 1(א) של חוק עוולות מסחריות תשנ"ט-1999, שהחליף לעניין זה את סעיף 59 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. סעיף ההגדרות דהיום קובע:

"(א) לא יגרום עוסק לכך שנכס שהוא מוכר או שירות שהוא נותן, ייחשבו בטעות כנכס או כשירות של עוסק אחר או כנכס או כשירות שיש להם קשר לעוסק אחר"...

בסעיף 59 לפקודת הנזיקין נאמר:

"מי שגורם או מנסה לגרום, על ידי חיקוי השם, התיאור, הסימן או התווית או בדרך אחרת, שטובין ייחשבו בטעות כטובין של אדם אחר, עד שקונה רגיל עשוי להניח שהוא קונה טובין של אותו אדם, הריהו עושה עוולה כלפי אותו אדם; אך אין אדם עושה עוולה רק על ידי שהוא משתמש בשמו למכירת טובין".

עבודות ההכנה של חוק העוולות המסחריות מלמדות, כי המחוקק לא ביקש לשנות, מהותית, את הגדרת העוולה: ע"א 5792/99 תקשורת וחינוך דתי-יהודי משפחה נ' אס.בי.סי. פ"ד נה(3) 933, 941 ב'ג'; ע"א 3471/98 סלים סאלם נ' חלבי ענתר פ"ד נד(2) 681. ההלכה הפסוקה קבעה, כי תובע מכוח העוולה חייב להראות, כי רכש "הכרה והוקרה" בשם ובסימן לגביו הוא תובע מונופולין. בר"ע 253/72 גיון ווקר נ' נשיונל דיסטילרס פ"ד כז(1) 361, 364 א'ב'; ע"א 6064/93 מימסב נ' סודה גל פ"ד נ(3) 35, 41; א"ח זליגסון, דיני סימני מסחר ודינים הקרובים להם (י-ם ות"א 1972) סעיף 146 עמ' 118. זהו האלמנט הראשון של העוולה, שהוכחתו מקנה לתובע את זכותו המעין-קניינית. המחברים המלומדים של הולסבורי-סימונדס (מהד. 3) סעיף 998 עמ' 597 אומרים בהקשר זה (טכסט לה"ש h-I-k-l):

“The plaintiff must prove that the disputed name, mark, sign or get-up has become distinctive of his goods in the sense that by the use of his name or mark, etc., in relation to goods they are regarded, by a substantial number of members of the public or in the trade, as coming from a particular source...”

6. המקבילה בדין הפיזרואלי של ארה"ב לעוולה של גניבת עין מוגדרת שם בסעיף 43(a)

של ה-Lanham Act, 15 U.S.C. para.1125(a) המקנה הגנה מפני שימוש ב-

“Any word, term, name, symbol, or device [that] is likely to cause confusion, or to cause mistake, or to deceive”

באשר למקורו של מוצר. המטרה העיקרית של ההגנה המוקנית בהקשר זה היא הגנה על מה שמזהה את מקורו של המוצר, ראו:

I.P.Lund Trading v. Kohler Co., 163 F 3d 27, 35, 36 (1st Cir. 1998); The Yankee Candle Co. v. The Bridgewater Candle Co. **שגיאה! הסימניה אינה** (1st Cir. Aug., 6. 2001), para. II.A. Wal-Mart Stores v. Samara Brothers **שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת.** (US Sup. Ct., March 22, 2000)

בהעדר ראייה לכושר האבחנה של הסימן, היותו distinctive, תיכשל התביעה בעוולה הנדונה גם שם.

7. באשר לאלמנט השני של העוולה, זה של הטעיה, אומרים המחברים של הולסבורי-סימונדס הנ"ל את הדברים הבאים, שניתן לקבלם גם לגבי הניסוח דהיום של העוולה ששוב אינו דורש (כבימי שלטונה של פקודת הנויקין) טעות של הצרכן באשר למקור הטובין המוצעים לו:

“The plaintiff must further prove that the defendant’s use of the name or mark was likely or calculated to deceive, and thus cause confusion and injury, actual or probable, to the goodwill of the plaintiff’s business... the cause of action involves a combination of distinctiveness of the plaintiff’s name or mark and an injurious use by the defendant of the name or mark or a similar name or mark; how far the defendant’s use of any mark... does or does not amount to passing off is in substance a question of evidence; the question whether the matter complained of is likely to deceive is a question for the court.”

שם, סעיף 998 עמ' 597 טכסט לה"ש q עד u.

התובעים היו, איפא, צריכים להראות, כי השימוש שעשו בעבר (עד למועד הגשת התובענה הנוכחית לבית-משפט זה) בשם "נענע" בקשר לטובין או לשירותים שהוצעו על-ידם תוך שימוש בשם האמור, הביא לכך שחלק משמעותי מציבור הצרכנים זיהה אותם (או מי מהם) כמקור אותם טובין או שירותים. עוד ברור, שכדי ששימוש בשם או בסימן יביא לרכישת מוניטין, ל"הכרה והוקרה", הרי יש צורך שהשימוש בשם יהיה שימוש כבסימן מסחר. כל שימוש אחר (אם היה) אין לו ערך לצורך הדיון הנוכחי.

8. לאחר עיון בדברי כל העדים, ובתיעוד הרב שהוגש לי לאור טענותיהם של עורכי-הדין המלומדים, אני סבור, שאין בידי לקבל את הטענות העובדתיות שבפי התובעת ומנהלה הפעיל ניצן זעירא. אין מחלוקת, כי התובעת וזעירא קיימו פעילות מסחרית בתחום מוגדר תוך שימוש בשם "נענע דיסק". בפעילות זו לא נעשה שימוש בשם "נענע דיסק" (ובודאי לא בשם נענע לבדו) כסימן מסחר. גם השימוש בשם נענע דיסק לא היה שימוש כבסימן מסחר. מסמכים כתובים הנושאים שם זה אינם מבליטים את השם האמור. הוא מובא באותיות טל ומטר, בשולי הפרסומים, במקום מוצנע. העדים היחידים שהכירו את פעילות התובעת תחת שם זה היו מקורבים לה, או אלה שהיו קשורים עמה בפעילות מסחרית. דברים מפי עדים אלה אינם משקפים את ידיעת הציבור אף לא את ידיעת הציבור המגלה עניין בתחום המוסיקה שחלק מהעדים כינה מוסיקה אלטרנטיבית ואחרים אולי היו מכנים בשם מוסיקה עכשווית. העדים, שהביאה התובעת בהקשר האמור (ואשר דבריהם הובאו בעיקרם לעיל), הביעו דעות מוטות יתר על המידה ואינני מוכן לסמוך על דבריהם לצורך קביעת עובדות בהליך הנוכחי.

מנגד אני סומך ידיי על דבריו של העד דרור פויר, שגם דבריו צוטטו לעיל. עד זה הוא מומחה בתחום עיסוקה של התובעת. הוא הכיר היטב את הנפשות הפועלות מטעמה. הוא גם בקי בתחום האינטרנט, וכתב רבות בעיתונות בהקשר זה. חרף מעמדו זה, לא ראה העד פויר כל בעיה בכך שהנתבעות השיקו בקיץ 1999 פורטל לאינטרנט הנושא את השם נענע. הוא דיווח בעיתונו על פעילות זו של הנתבעות. במועד הרליבנטי, הוא לא ראה כל פגם בשם שנתנה הנתבעת ל-portal שלה. המסקנה שאני מסיק מכך היא שלעניין העוולה של גניבת עין לא רכשו התובעות, במועד הרליבנטי, הכרה והוקרה בשם "נענע" או בשם "נענע דיסק", ומכל מקום לא היה בפעילות הנתבעת באינטרנט כדי להטעות את הקהל הרחב וכדי ליצור קשר בתודעת הציבור בין שם אתר האינטרנט לבין השם, בו עשו התובעות שימוש. מסקנה זו שלי, המתבקשת מחומר הראיות שהובא בפניי, עולה בקנה אחד עם מסקנות חקר השוק שהציג העד כץ מטעם הנתבעת. התובעות לא הביאו ראיה של ממש כדי לסתור דברים אלה. בסופו של יום מתברר מהעדויות בע"פ והתיעוד הכתוב שהגישה התובעת, כי מדובר במי שהיה פעיל בעיקרו של דבר בתחום של הפקת מוסיקה (ובמידה שולית בתחומים נילווים נוספים), כאשר שמות העסק בהם נעשה שימוש במסגרת זו היו ידועים רק למקורביו של זעירא או למי שבאו עמו במגע עסקי קרוב. זעירא לא טרח לבקש רישום שם כלשהו בו עשה שימוש במהלך עסקיו כסימן מסחר. הטענה, כי פעל כך מכיוון שלא האמין שאחרים יבקשו לעשות שימוש בשם דומה, אינה לעניין. אינני מאמין לו בנקודה זו, כמו גם בנקודות אחרות עליהן הצבעתי לעיל. ברור, שמי שפעיל בתחומים הקשורים ליצירה, מודע לחשיבות שמירה על יצירותיו. העדר פעילות בהקשר זה מלמדת בענייננו שזעירא והחברות במסגרתן פעל לא יחסו כל משקל של ממש לשם "נענע דיסק".

לא ניתן להתחמק מהמסקנה, כי רק לאחר ששם ה-portal של הני' זכה לפרסום רב ככזה, הגיע זעירא למחשבה, כי ניתן לנצל את השתלשלות העניינים לתועלתו. לוח הזמנים של הגשת הבקשות לסימן מסחר, ההיקף הרחב של הבקשות לגביהן ביקש, לפתע, מונופולין, - היקף רחב פי כמה מפעילותו העסקית הצנועה עד לאותו שלב, הניסיון, הכושל, להציג עצמו כבעל נוכחות באינטרנט (דבר שלא היה נכון עת עמד העד על דוכן העדים), - כל אלה תומכים במסקנתי דלעיל בדבר העדר "הכרה והוקרה" של התובעות בשם "נענע" במועד הרליבנטי, ומלמדים על חוסר תום הלב של התובעות בנסיון הנוכחי לקבל מונופולין בשם שבמחלוקת.

9. התובעות סמכו ידיהן, כאמור, על שורה ארוכה של עילות תביעה. אינני רואה כל טעם לדון בעילות הנטענות בנפרד בשים לב לכך, שבכל המקרים נדונות גם עילות אלה לשבט בהתחשב במסקנתי העובדתית, כי לא היה לתובעות מוניטין בשם שבמחלוקת (קרי: "נענע") במועד הקובע. לא היה בידיהן סימן מסחר רשום. אין הן יכולות

להסתמך על העוולה של גניבת עין מכיוון שלא הוכיחו את האלמנט הראשון של עוולה זו. ממילא, ברור, שאין בידי התובעות לשלול מאחרים את השימוש בשם "נענע" כשמו של אתר כניסה לאינטרנט.

עוד על הטעיה

10. הכלל הוא, שבבחינת אפשרות הטעיה הציבור על-ידי השם שבמחלוקת ("נענע" בענייננו), יש לשקול את הציבור הישראלי הרחב, 38 הולסבורי-סימונדס סעיף 1011 טכסט לה"ש m, העשוי להיזקק לשירותי התובעת, שם, טכסט לה"ש k. כן יש להתחשב בכך, שציבור הלקוחות, העשוי להיזקק לשירותי מי מבעלי-הדין, מורכב מבעלי השכלה ואינטליגנציה, שם טכסט לה"ש q.

קביעתי הנוכחית, לפיה אין בשימוש, שעושה הנתבעת בשם נענע ל-portal באינטרנט משום אפשרות של הטעיה של ציבור הלקוחות (וזאת בהנחה, אותה אינני מקבל, כאמור, כי לתובעות זכויות בשם "נענע" או נענע דיסק") מתבססת על השיקולים הבאים:

(א) עברו חדשים לא מעטים מאז תחילת השימוש של הנתבעת בשם נענע ועד היום. אין ראייה של ממש, כי היה מקרה של טעות בפועל, דהיינו שמאן דהוא סבר, כי יש מעורבות של התובעות בשער האינטרנט של הנתבעת, או שהנתבעת עוסקת בהפקה של מוסיקה;

(ב) התובעות עוסקות, בעיקר, בהפקה של מוסיקה או של אירועים הכוללים הופעות של אמנים מבצעים. לנתבעת פעילות בתחום אספקת שירותי אינטרנט (ISP) וניהול portal באינטרנט. אין מדובר בפעילות באותו תחום מסחרי/עסקי. אמנם ניתן בימינו לצאת מתוך הנחה, שפלוגי הפעיל בתחום עסקי כזה או אחר, עשוי להרחיב את פעילותו זו גם לתחום האינטרנט. כך, למשל, חלק לא מבוטל של העיתונות מפרסם גם מהדורות באינטרנט המשלימות או חופפות במידת מה את המהדורה המודפסת. עם זאת, עדין קיים הבדל בין הפעילות בעולם האינטרנט לבין זו שבעולם העסקים הרגיל. במקרה הנוכחי קיים שוני של ממש בין פעילות של הפקת אירועים לבין זו של שער כניסה לאינטרנט. בעלי-הדין עוסקים, איפא, בתחומים שונים. בוודאי שאלה היו פני הדברים במועד הרליבנטי לענייננו, דהיינו בעת השקת פורטל האינטרנט של הנ' (או בעת תחילת ההליכים המשפטיים כאן).

(ג) במועד הגשת התביעה היתה התובעת ידועה, לכל היותר (בהנחה העובדתית מרחיקת הלכת ביותר לטובתה) כעושה שימוש בשם "נענע דיסק" לצורך הפקת מוסיקה. הנתבעת אינה פעילה כלל בתחום שמחוץ לאינטרנט או בתחום של הפקת מוסיקה או אירועים. שימוש בשם "נענע" לאתר כניסה לאינטרנט רחוק מספיק, בנסיבות העניין, מהפעילות המוכחת (להבדיל מזו הנטענת) של התובעת

מכדי להביא למחשבה של קשר בין בעלי-דין אלה בקרב ציבור הלקוחות הרליבנטי.

גניבת-עין הפוכה

11. באי-כוחם המלומדים של התובעים הרחיבו את הדיבור על העילה של "גניבת עין הפוכה" reverse passing off. עניין זה מתייחס למקרים בהם משתמש חדש משתלט (בשל גודלו והיקף השקעותיו) על השוק תוך "בליעת" משתמש ותיק יותר ושימוש בסימנו. המשתמש החדש אינו מציג עצמו את מוצרו כזה של המשתמש הוותיק, אלא מציג את עצמו כבעל המוניטין וכזכאי לשימוש בסימן. ראו:

Big O Tire Dealers v. The Goodyear Tire & Rubber Company 561 F 2d 1365; **Fisons Horticulture v. Vigoro** 30 F 3d 466 (3 Cir., 1994)

בהנחה, שאמנם הלכות גניבת עין הפוכה מוכרות גם לפי הדין הישראלי, הרי אין להן דבר לענייננו. גם כדי להצליח בעילה האמורה על המשתמש הוותיק יותר (קרי: התובעות) להוכיח את האלמנט הראשון של העוולה, דהיינו את ה"הכרה וההוקרה" שרכש משתמש זה בסימנו. לאור מסקנתי, השלילית בהקשר זה, אין התובעות יכולות להצליח גם בגרסה זו של העוולה.

שיהוי

12. אפילו טעיתי במסקנותיי המשפטיות דלעיל, עדין הייתי דוחה את תביעות התובעות מחמת שיהוי, מנע או השתק. התובעות, כמו הציבור הרחב בכללותו, ידעו על השקתו של אתר האינטרנט של הני, מיד עם תחילת הפרסומים בתקשורת בהקשר זה. בראשית חודש ספטמבר 1999 פנה ניצן זעירא אל הני וניהל עמן משא ומתן. ביום 11.11.1999 כתבה עו"ד אילנית יחזקאלי (נעמי אסיא, משרד עורכי-דין) לנתבעת בעניין "שימוש מפר בשם "נענע" והביאה בהרחבה את כל טענותיו של זעירא בהקשר האמור (טענות עליהן חזרו התובעות, בעיקרו של דבר, בהליכים הנוכחיים), ראו נספח י"א לתצהירו מיום 19.3.00 של זעירא (בתיק "קובץ תצהירים" שהוגש בשלב ראשון ב-ה"פ 202/00).

לכל המאוחר במועד כתיבת המכתב האמור ידעו התובעות את כל העובדות הנטענות על-ידיהן בתביעתן ואת המסקנות המשפטיות להן הן טוענות היום. חרף זאת לא ננקטו הליכים משפטיים עד סוף חודש מארס 2000. בתקופת הביניים המשיכו הני בהשקעות מאסיביות, כולל פרסומים בתקשורת, באתר האינטרנט שלהן. התובעות ידעו על הקמת האתר ועל הפעילות הנעשית לצורך שיווקו. הן ישבו בחיבוק ידיים. אינני שוקל לחובת התובעות את התקופה שלאחר תחילת ההליך המשפטי, או את העובדה שהסכימו לדיון בתיק העיקרי במקום בהליך לסעד זמני. עם זאת, המועד

הקובע לעניין זה הוא תחילת ההליך המשפטי הנכון. אני סבור, כי ראוי לרשום לחובת התובעות את התקופה שמאז יולי 1999 ועד למועד הגשת התובענה הנוכחית במחצית מאי 2000. ברור, שאין התובעות יכולות להיבנות מכך, שרק בחודש נובמבר 1999 בחר ניצן זעירא לפנות לעורכת-דין הבקיאיה בתחום הקניין הרוחני. אפילו תחשב התקופה הקובעת רק מחודש נובמבר 1999 ועד מארס 2000, הרי גם אז אני סבור, כי בנסיבות העניין: השקעות רחבות היקף בתחום האינטרנט, יש במעבר הזמן עד לנקיטת הליך משפטי, כדי להכשיל את תביעת התובעות.

לא מדובר בתחום עסקי רגיל. הנתבעות פעילות באינטרנט, שבו הנתונים העובדתיים משתנים ללא הרף. מה שהיה נכון, מתקדם ואפנתי אתמול, נשכח היום. חברות ואנשי עסקים שזכו לתהילה, לומדים חיש מהר, כי מדובר בהצלחות קצרות טווח. אופי מיוחד זה של הפעילות העסקית בתחום, מחייב תגובה מהירה מצד מי שסבור כי זכויותיו נפגעות. המחשבה, כי פלוני (התובעות) יכול להמתין משך חדשים, שעה שיריבו משקיע את מיטב מאמציו ומשאביו בהקמת אתר אינטרנט, כאשר שם האתר הוא אחד המרכיבים החשובים בהצלחת המבצע, ולאחר מכן להצליח בתובענה בבית-המשפט, אינה מתקבלת על הדעת ואינה עולה בקנה אחד עם כללי ההגיונות הבסיסית.

13. ניצן זעירא אמר בתצהירו כי לא נקט בהליכים משפטיים בשל משא-ומתן שניהל עם הני. אינני מאמין לעד זעירא, כי זו היתה הסיבה לאי-נקיטת הליכים משפטיים. בכל מקרה, אם השליח העד יהבו על משא-ומתן לפשרה (שלגרסתו לא עלה יפה בסופו של דבר), הרי אין לו אלא להלין על עצמו. אני חייב לצאת מתוך הנחה, כי העד, שקיבל יעוץ משפטי, היה ער למשמעות המתבקשת מכך שלא הגיב במעשה משפטי על דחיית טענותיו בפניותיו בע"פ ובכתב לנתבעות. המשמעות היא, שהוא השלים עם דחיית טענותיו כלפי הנתבעות.

14. ההלכה מכירה בטענות השתק ומניעות כמצדיקות, במקרה מתאים, דחית תובענה, אפילו מושתתת זו על עילות שבדין. ראו פסק-דינה המנחה של השופטת ש. נתניהו ב-ע"א 116/87 קרן נ' ויטקו פ"ד מא(3) 506 (הגם, ששם, עובדתית לא התקבלה ההגנה הנטענת). בעקבות הלכה זו פסק השופט מ. חשין ב-ע"א 2447/93 רימון מנסור מעיוף נ' ג'מיל מוסא אברהמים (20.11.1994, תקדין) וציטט בהסכמה את דברי השופטת נתניהו כי "ההלכה הועמדה על עקרונות רחבים יותר, של 'השתק מן היושר' (equitable estoppel) ושל שיקולי צדק שבין הצדדים" (שם, סעיף 11 סיפא לפסה"ד).

ב-ע"א 689/69 תריסול נ' קובובי פ"ד כח(1) 75 קיבל השופט י. קיסטר טענות הגנה של שיהוי ומניעות כנגד תביעת בגין הפרת פטנט רשום. השופט ציין, כי "עקרון זה [של מניעות] קיים גם אצלנו, ולפיו אדם בעל זכות אשר על ידי התנהגותו גרם לכך, שחברו

הבין כי הוא רשאי לפעול באופן מסויים, וחברו אכן פעל באופן זה והרע את מצבו, מנוע מלטעון כנגד חברו על שפעל שלא כדין". ראו גם: ע"א 414/84 ברים נ' מגדלור פ"ד לט(3) 109 ;

McCarthy on Trademarks and Unfair Competition, 4th ed. Vol. 5 para. 31:31 to 31:42. Paul Goldstein, Copyright 2nd ed vol II para. 9.5. Lipscomb's Walker on Patents, para. 26:10.

בחיבור האחרון צוינו במפורש ההגנות של Laches ו- equitable estoppel כעשויות לסכל תביעה בגין הפרת פטנט, כאשר ההכרעה תלוייה בנסיבות העובדתיות של המקרה הקונקרטי. ראו שם עמ' 470 טכסט ו-ה"ש 6.1. וכן: Vaupel Textilmachinen v. Meccanica Euro (1991, CA FC) 944 F2d 870, 20 USPQ2d 1045, reh den; Piper Aircraft v. Wag-Aero 741 F 2d 925, 939 (7 Cir., 1984).

הפסיקה האנגלית הרליבנטית הובאה בהרחבה בפסק-דינה הנ"ל של השופטת נתניהו בעניין קרן-כימיקלים. שימת-הלב מופנית גם לפסק-הדין בעניין My Kinda v. Soll [1983] R P C 15 (Ch D) בו נדונה השאלה האם יש בשיהוי של 5 (חמישה) חדשים לפני הגשת תביעה בעילה של גניבת עין כדי שלילתה של הזכות הקניינית. כל זאת, קודם לעידן האינטרנט.

אני סבור, כי על רקע הנתונים המיוחדים של המקרה הקונקרטי: פעילות באינטרנט, העדר תגובה של ממש להכחשות הני את טענות התובע, והיקף ההשקעות הכספיות של הני, מן הראוי לקבל את ההגנה המבוססת על טענות של השתק, השלמה ומניעות ולדחות, גם מנימוקים אלה את התובענה העיקרית.

15. על סמך כוחם המצטבר של השיקולים דלעיל אני דוחה, איפא, את התביעה העיקרית.

16. לעניין התביעה שכנגד: המסכת העובדתית שתוארה לעיל בתמצית מצביעה על כך, שהתובעת-שכנגד הוכיחה את כל האלמנטים של העוולה של גניבת עין, ככל שאלה מתייחסים לשם "נענע" כשמו של אתר האינטרנט אותו היא מפעילה. אין ספק, שהשימוש רחב ההיקף, ההשקעות הכספיות הנרחבות, סקר דעת הקהל שהוצג, - כל אלה תומכים במסקנה האמורה. התובעת-שכנגד זכאית, איפא, למנוע מאחרים, והנתבעים-שכנגד בכלל זאת, שימוש בשם האמור לצורך כינויו ותפעולו של אתר שער באינטרנט.

17. מבלי לגרוע בזכות התובעות לעשות שימוש בצירופים "נענע דיסק" או "נענע עיצוב והפקה" ניתן בזאת פסק-דין כמבוקש בסעיף 78.1 לכתב התביעה שכנגד (הוגש: 4.6.200). ב"כ התובעת-שכנגד לא חזר על עתירתו לסעדים כספיים בסיכומיו, ואני נמנע, לכן, מפסיקה של סעד כספי, תוך שהעניין יילקח בחשבון בקביעת שעור שכ"ט עו"ד להלן.

אני מחייב את התובעות בתיק העיקרי ואת הנתבעים שכנגד ביחד ולחוד לשלם לנתבעת- התובעת שכנגד את הוצאות המשפט בהליך הנוכחי (בצירוף ריבית והפרשי הצמדה מיום הוצאתו בפועל של כל פריט ועד לפרעון המלא בפועל) וכן שכ"ט עו"ד בסך 40000 (ארבעים אלף) ₪, להיום.

ניתן והודע בפומבי היום כ"ג באב תשס"א (12 באוגוסט 2001) בהעדר ב"כ הצדדים.

שופט