



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

14 בספטמבר 2010

ת"א 1711/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' מולה – פרחי ליאת

ת"א 1724/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' מולאים

לפני:	כבוד השופט מאיר יפרח
התובעת:	קדים (הדרכה) בע"מ
	נגד
הנתבעים:	אלי מולה - פרחי ליאת
	שלומי מולאים
בשם התובעת:	עו"ד גב' רקפת פלד
בשם הנתבעים:	עו"ד אבי מונטקי

(ת"א 1711/08)

(ת"א 1724/08)

פסק דין

פתח דבר

כל אחד מבעלי הדין עושה שימוש לצורך עסקיו בכינוי "זר מתוק" (בין אם לתיאור מוצריו ובין אם כשם עסקו). עיקר טענת התובעת הוא שנתונה לה הזכות הייחודית והבלעדית לשימוש בכינוי זה, לפי שהיא יוצרתו ומולידת השימוש בו ולפי שהציבור מזהה בינה (ובין מוצריה) לבין כינוי זה. לעומתה, סבורים הנתבעים כי אין לתובעת מונופולין במונח הנדון, בהיותו "נחלת הכלל" שלא ניתן לרכוש בו זכויות, ולחלופין לפי שבפועל התובעת לא רכשה בו זכויות. מהותו הדיבור "זר מתוק" וזכויות השימוש בו, הן אפוא במוקד המחלוקת.

הצדדים

1. התובעת, חברת קדים (הדרכה) בע"מ (להלן: "התובעת" או "החברה"), הינה חברה פרטית. היא הוקמה בשנת 1997 (נעמ' 8 שורות 1 – 2 לפרוטוקול ישיבת 1.2.10 בת"א 1724/08. האמור בסעיף 10 לתצהיר הגב' ארזי בעניין זה, כאילו החברה הוקמה בשנת 2003, אינו נכון). על מקימי החברה נמנו ה"ה רוני ארזי ואח'. במועד מסוים (ועל כך – בהמשך) החלה הגב' ארזי (אשתו של מר ארזי הנ"ל) לעסוק בהכנה ושיווק של זרים מתוקים.
2. הנתבע 1, מר אלי מולה, הינו הבעלים של עסק בשם "ע.מ. פרחי ליאת", שהוקם בשנת 2004 (להלן: "מר מולה" ו"פרחי ליאת" בהתאמה). פעילותם העיקרית היא בתחום משלוח זרי פרחים וזרים מתוקים. הפעילות מבוצעת הן בבית עסק וירטואלי, באמצעות רשת האינטרנט בכלל ובאתר 1800flowers.co.il, בפרט, והן בבית עסק פיסי.
3. הנתבע 2, מר שלומי מולאים (להלן: "מר מולאים"), פעיל מאז שנת 2007 בעסקי המתנות. בבעלותו מספר אתרי אינטרנט, שבמסגרתם מוצעות למכירה מתנות מסוגים שונים במגוון תחומים. האתר העיקרי שדרכו מבוצעת פעילותו הוא giftstore.co.il. מר מולאים מוכר באמצעות רשת האינטרנט גם זרים מתוקים.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

14 בספטמבר 2010

ת"א 1711/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' מולה – פרחי ליאת

ת"א 1724/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' מולאים

העובדות

4. זרים מתוקים הם זרים דמויי סידור פרחים, אליהם נשזרים מגוון דברי מתיקה, לרבות סוכריות, שוקולדים ופרלינים. הזרים נתונים בתוך כלים מתאימים, לעיתים לבדס, ולעיתים כשהם משולבים במוצרים נלווים, כגון בקבוק יין או כלי לדבש או בגדי תינוק וכדומה. הזרים מותאמים לחגים ולאירועים שונים, כגון ראש השנה, ט"ו בשבט, ימי הולדת או ימי נישואין, או סתם כך ללא כל "עילה מבוררת". הזרים אינם בעלי חזות אחידה. לכל זר ניתן שם שנועד לשקף את ייחודו ו"אופיו". המחיר הנגבה עבור כל זר משקף בין היתר את "עומס הממתקים" שבו ואת ההשקעה הכרוכה ביצירתו. ככלל, ניתן לספק את הזרים ברחבי הארץ, בהתאם לבקשת הרוכש ובכפוף לתשלום מתאים.
5. גב' ארזי מנהלת את פעילות החברה בתחום הזרים המתוקים אצל התובעת מזה שנים אחדות. ההשראה לפעילות האמורה באה לגב' ארזי, והרעיון נהגה על ידה, עקב היחשפותה למוצרי (הדומים) של תאגיד אמריקאי בשם "Candy bouquet" (נעמ' 11 לפרוטוקול ישיבת 1.2.10 בת"א 1724/08).
6. חרף טענתה, לא הייתה הגב' ארזי חלוצת הרעיון של שזירת זרים מתוקים בישראל. קדמו לה מר שמואל זמיר ורעייתו הלן זמיר. בשלהי שנת 2001 השתתפו ה"ה זמיר בתערוכת שבוע המזון ותעשיות האירוח Israfod, שבמסגרתה הציגו את המוצר "זר מתוקים" (תחת השם sweet bouquet. ראו נספח ב' לתצהיר מר זמיר).
7. בראשית דרכה פעלה הגב' ארזי מביתה, בסיוע אמה, ובהמשך – כזרוע פעילות בתוך החברה. החברה העסיקה ככל הנראה 10 – 12 עובדים (נעמ' 2 לפרוטוקול ישיבת 1.2.10 בת"א 1724/08), אך אין לדעת אם כולם הועסקו בתחום הנדון. פעולות המכירה בשפה העברית נעשו באמצעות אתר האינטרנט zermatok.co.il, ובשפה האנגלית – באמצעות האתר www.sweetart.co.il. אתרים אלה מצויים בבעלות הגב' ארזי (ולא בבעלות החברה), כמו גם האתר ששמו zermatok.com (אשר הנכנס בשערין מנותב אל האתר www.sweetart.co.il).
8. בשנת 2006 זכתה הגב' ארזי במקום הראשון בתחרות לעסקים קטנים (מטעם העיתון ידיעות אחרונות וחברת פרטנר), בגין פעילותה האמורה (ראו סעיף 18 לתצהיר הגב' ארזי ונספח 3 לתצהיר). זכייתה במקום הראשון הקנתה לה חבילת פרסום וחבילת תקשורת עסקית מטעם החברות. בכתבה המצורפת כנספח 3 לתצהירה, ציינה הגב' ארזי שהזכייה בתחרות והפרס שהוענק לה, נתנו תנופה משמעותית לעסק ויצרו לו תהודה בקרב הציבור.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

14 בספטמבר 2010

ת"א 1711/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' מולה – פרחי ליאת

ת"א 1724/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' מולאים

9. התובעת נקטה מאמצי שיווק ופרסום שונים במדיה הכתובה והאלקטרונית (ראו למשל נספח 2 לתצהיר הגב' ארזי, ובו כלולות כתבות עיתונאיות וכן פרסומים על אודות הזרים המתוקים מבית היוצר שלה ושל "חברת זר מתוק"). היא זכתה אף למוכתבי תודה ותעודות הוקרה מגופים שונים (לרבות: "משאלת לב"; עמותת אנוש; "ארוחה חמה"; "תאיר" מרכז סיוע לנפגעי תקיפה והטרדה מינית; העמותה למאבק במחלת ה-A-T).
10. עסקו של מר מולה, פרחי ליאת, הוקם בשנת 2004, כעסק לממכר זרי פרחים ועציצים. בשלהי שנה זו הוחל אף במכירת זרים מתוקים (עמ' 50 שורות 16 – 20 לפרוטוקול ישיבת 21.4.10). מר מולה התוודע לפעילותה של התובעת סמוך לאחר שהחל לפעול בתחום (ראו ת/18, תשובה לשאלה מס' 24). ככל בעל עסק החפץ בהבאת המידע על דבר קיומו לקהל הלקוחות בכוח, אף מר מולה השקיע בפרסום, בשיווק ובקידום עסקו. הזרים המתוקים הנמכרים באתר האינטרנט של מר מולה נמנים על הזרים שתיאורם הכללי מופיע בפסקה 4 לעיל (ראו למשל נספח 1 לתצהיר מר מולה וכן ת/13, ת/14, ת/15).
11. מר מולאים שב מארצות הברית לישראל בשנת 2003. מאז ועד שנת 2008 היה הוא שותף בעסק המשפחתי בתחום השיווק והמכירה של מתנות. במהלך שנת 2007, עם הקמת אתר האינטרנט giftstore.co.il, החל מר מולאים למכור באמצעות האתר מתנות שונות וכן זרים מתוקים, בתחילה – מתוצרתה של חברת "שילוב מתוק" ובהמשך – אף של יצרנים נוספים. בבעלותו של מר מולאים אתרי אינטרנט רבים בתחומים שונים, לאו דווקא מתחום המתנות. אף בכל הנוגע למתנות בכלל והזרים המתוקים בפרט מצויים אתרים אחדים בבעלותו (נסעיף 50 לתצהיר מר מולאים; עמ' 38 שורות 22 – 29 ועמ' 39 שורות 1 – 2 לפרוטוקול ישיבת 21.4.10. כן ראו: תשובה 7 לתצהיר התשובות לשאלון ת/7). מר מולאים מציג למכירה זרים מתוקים באתרי האינטרנט שלו ואף הם נמנים על הזרים שתיאורם הכללי מופיע בפסקה 4 לעיל (ראו למשל ת/4, ת/8, ת/9, ת/10, ת/20 ונספח 1 לתצהיר מר מולאים).
12. בשנת 2007 הוצע לגב' ארזי לרכוש את השם של האתר com.zor מתוק, אך היא סירבה. השם נרכש על ידי מר מולאים והלה החל לתפעלו. בהמשך נסתבר לגב' ארזי כי מר מולאים רכש את שם האתר והפעיל אותו תוך כדי כך שבשער האתר נכתב: "ברוכים הבאים לזר מתוק". גב' ארזי הלינה על כך באזני מר מולאים. האחרון הציע לה לפרסם את מוצריה ועסקה באתריו, תמורת תשלום חודשי, אך הגב' ארזי סירבה ודרשה כי ימכור לה את שם האתר. מר מולאים ביקש בתמורה סכום של 500,000 ₪. בסופו של דבר, העסקה לא יצאה לפועל (עמ' 13 שורות 12 – 23 לפרוטוקול ישיבת 1.2.10).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

14 בספטמבר 2010

ת"א 1711/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' מולה – פרחי ליאת

ת"א 1724/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' מולאים

13. כאן המקום לציין שניים אלה:

ראשית, לאורך ולרוחב אתריהם של מר מולה ומר מולאים שזורות צמוד המילים "זר מתוק", מאות רבות של פעמים. אין לחדד כי טעמו של שימוש מסיבי זה, נעוץ ברצון לקדם את אתריהם של ה"ה מולה ומולאים, במיוחד במנוע החיפוש של Google. כך, כאשר לקוח-בכוח מבקש להתעניין במוצר זר מתוק (או במצלמה דיגיטלית או בכל מוצר או שירות אחר), הוא נוהג לחפש אתרים המציעים מוצר זה. מנוע החיפוש נותן עדיפות למיקומם (בדף התשובות) של האתרים הכוללים, בין דפיהם הגלויים, את מילות החיפוש "זר מתוק" במספר הפעמים הרב ביותר (ראו למשל נספחים 11, 19 ו-20 לתצהיר הגב' ארזי בת"א 1724/08).

שנית, מר מולה רכש קישור ממומן מאת חברת Google (באמצעות מערכת המודעות, הידועה כ- AdWords). התובעת לא עשתה כן. עקב כך, שעה שמאן דהוא חיפש את צמד המילים "זר מתוק" בעזרת מנוע החיפוש של Google, הופיע אתרו של מר מולה לפני אתרה של התובעת, לעיתים תוך כדי כך שהקישור לאתרו של מר מולה מופיע על רקע צבעוני (בימינו אלה: צהוב), ולעיתים – בצידו השמאלי של הדף בהפרדה מיתר התשובות, וללא רקע צבעוני. החברה הציגה לראייה את המוצג ת/23, אשר העמוד הראשון שלו משקף תוצאת חיפוש של המילים זרמתוק (ללא רווח ביניהן), וממנו עולה כי אתרו של מר מולה מופיע בקישור ממומן.

יוטעם כי רשת האינטרנט בכלל ומנוע החיפוש של Google בפרט, משתנים מיום ליום. על כן, עובדות שהיו נכונות לשעתן, שוב אינן נכונות היום (ואני מציין זאת בלא הסקת מסקנה כלשהי. המידע החדש אינו חלק מחומר הראיות). טול למשל את החיפוש של צמד המילים זרמתוק (ללא רווח וללא גרשיים). נכון למועד שבו נעשה המוצג ת/23, העלה החיפוש 500 תוצאות (אתרו של מר מולה הופיע ראשון, כקישור ממומן; אתריו של מר מולאים הופיעו במקום השני והשלישי ואתר התובעת הוא ככל הנראה הרביעי). ואילו בשעת כתיבת שורות אלה, מעלה חיפוש זה לא פחות מ-17,200 תוצאות. מנגד, חיפוש המילים זר מתוק (עם רווח וללא גרשיים) העלה בעבר 82,600 תוצאות (ראו עמ' 3 לנספח 12 לתצהיר הגב' ארזי בת"א 1711/08) ועתה – 312,000 תוצאות. אתרו של מר מולה היה ונותר הראשון בסדרת הקישורים הממומנים בצידו הימני של הדף (ואתרה של התובעת מופיע בשורה הרביעית). החיפוש *זרמתוק העלה בעבר 12,200 תוצאות (ראו עמ' 1 בנספח 12 הנ"ל), וכיום – 82,400 תוצאות. ולבסוף – החיפוש זרמתוק. קום הניב בעבר 7 תוצאות ועתה – 3,610 תוצאות.

14. התובעת פעלה משנת 2007 ואילך לרישום הדיבור "זר מתוק" כסימנה המסחרי וכן כסימן מסחרי מעוצב, אצל רשם סימני המסחר.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

14 בספטמבר 2010

ת"א 1711/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' מולה – פרחי ליאת

ת"א 1724/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' מולאים

הבקשה לרישום הסימן המעוצב (סימן מס' 198176) כללה גם את המילים www.zermatok.co.il. רשם סימני המסחר נעתר לבקשת התובעת לרישום הסימן המעוצב בתנאי שהתובעת תודיע על הסתלקותה לגבי המילים זר מתוך www.zermatok.co.il והציונים www.co.il אלא בהרכב הסימן (נספח 25 לתצהיר מר מולאים). התובעת הודיעה על הסתלקותה כנדרש, אך הוסיפה הסתייגות מפורשת לפיה אין הדבר מהווה וויתור על טענותיה בבקשה האחרת לרישום הסימן "זר מתוך" (נספח 25 הנ"ל). על פי נסח סימן המסחר (נספח 26 לתצהיר מר מולאים), ובהינתן הודעת ההסתלקות, נתאשר הרישום. קטגוריית הרישום היא ביחס לסוג 35 לתוספת הרביעית לתקנות סימני מסחר, 1940, הנסוב על "פרסומת: ניהול עסקים; טיפול בעסקים; פעולות משרדיות". הרישום הוא לגבי **"מכירת זרי ממתקים המורכבים ממתקים השזורים כזרי ו/או סידורי פרחים באמצעות חנויות ו/או מרכז הזמנות טלפוניות ו/או באמצעות רשת האינטרנט וכן באמצעות משלוחים; הנכללים כולם בסוג 35"**.

הבקשה לרישום סימן מסחר לגבי צירוף המילים "זר מתוך" (סימן מס' 198410), נדחתה. נקבע כי לאור סעיפים 8(א) ו-11(10) לפקודת סימני מסחר [נוסח חדש], התשל"ב – 1972 (להלן: **"פקודת סימני מסחר"**), **"המילים זר מתוך חסרות אופי מבחין לגבי הסחורה/השירות המבוקש"** וכן הן **"נוגעות במישרין אל מהות או איכות הטובין שלסימונם הן נועדו"** (ראו: נספח 28 לתצהיר מר מולאים). לאחר דיון לפני הפוסק בקניין רוחני עו"ד שלומוביץ, ביום 16.3.09, הוחלט כי **"הסימן המבוקש יקובל לרישום. הודעה על כך תישלח לגורמים, שפריטיהם מופיעים בתיק הבחינה, אשר הודיעו כי בכוונתם להתנגד באם יקובל הסימן לרישום"** (עמ' 5 ל-1). הוגשו שלוש התנגדויות, לרבות מטעם הנתבעים. התנגדויות והתגובה להן מזכירות במהותן את טענות הצדדים בהליך דנן. התנגדויות טרם נדונו.

15. ביום 9.7.07 הגישה החברה תביעה נגד שופרסל בע"מ במסגרתה דרשה ששופרסל תחדל משימוש בביטוי **"זר מתוך"** (ת"א (מחוזי ת"א) 2088/07). ביום 19.2.08 ניתן תוקף של פסק דין להסכם פשרה שנכרת בין התובעת לבין שופרסל. בהסכם הפשרה הסכימה שופרסל להימנע משימוש בביטוי **"זר מתוך"** וכן הסכימה שלא להתנגד לרישום הדיבור **"זר מתוך"** כסימן מסחרי של התובעת, והכל – בלא להודות באיזו מטענותיה של התובעת (נספח 8 לתצהיר הגב' ארזי).

16. משנודע לחברה כי הנתבעים עושים שימוש במילים **"זר מתוך"** באתריהם, דרשה היא כי יחדלו מכך לאלתר (ראו נספחים 17 ו-18 לתצהיר הגב' ארזי בת"א 1711/08 וכן נספח 12 לתצהירה בת"א 1724/08). דרישותיה נדחו בידי ב"כ הנתבעים (נספח 20 לתצהיר הגב' ארזי בת"א 1711/08 ונספח 13 לתצהירה בת"א 1724/08). אף הנתבעים דרשו מן הגב' ארזי להסיר מאתרה את הכיתוב **"זר מתוך"** (המקורי) (נספח 16 לתצהיר הגב' ארזי בת"א 1724/08), וכמעט למותר



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

14 בספטמבר 2010

ת"א 1711/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' מולה – פרחי ליאת

ת"א 1724/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' מולאים

לציין כי דרישתם לא נתקבלה (נספח 17 לתצהיר הנ"ל). התובעת הגישה אפוא את תביעתה נגד כל אחד מן הנתבעים, בלא לעתור לסעד זמני כלשהו.

17. לאחר הדברים האלה, נרקמה היכרות בין ה"ה מולה ומולאים והשניים החלו בשיתוף פעולה עסקי, שאחד ממופעייו הוא הצגת זרים מתוקים מתוצרתה של פרחי ליאת באתריו של מר מולאים.

18. ביום 9.3.10 נשלח אל החברה מכתב מאת מוקד התלונות של עמותת אמון הציבור ובו בקשה להגיב לתלונת לקוחה על התנהלות "זר מתוק.COM". התלונה נסבה בעיקרה על כך ש-זר מתוק.COM הציגה באתר האינטרנט שלה מצג כאילו היא מבצעת משלוחי זרים מתוקים בחדרה, אך לאחר ביצוע ההזמנה, הודיעו ללקוחה שמשלוחים כאמור אינם מבוצעים בחדרה.

מסגרת הדיון

19. כאמור, הגישה החברה שתי תביעות בגין הפרת זכויותיה הנטענות. האחת – (ת"א 1711/08) נגד מר מולה ופרחי ליאת; השנייה – (ת"א 1724/08) נגד מר מולאים. החברה טענה בין היתר כי הנתבעים עושים שימוש מפר בסימנה המסחרי "זר מתוק" (ראו למשל סעיפים 47 ו-54 לכתב התביעה בת"א 1711/08 וסעיפים 34 ו-37 לכתב התביעה בת"א 1724/08).

20. מלכתחילה, התבררו שתי התביעות לפני שני מותבים שונים. בתום ישיבת ההוכחות מיום 1.2.10 בת"א 1724/08 לפני כב' השופטת ע' ברון, הוצע לצדדים לפעול לאיחוד הדיון בתובענות באופן זה שפרוטוקול ישיבת 1.2.10 ישמש ראייה בתיק המאוחד. הצדדים ניאותו לכך ועתרו במשותף לאיחוד הדיון. כב' השופט זפט, ס"נ, נעתר לבקשתם בהחלטתו מיום 7.2.10.

21. בשני ההליכים יחדיו, נערכו 4 ישיבות הוכחות (האחת לפני כב' השופטת ברון ושלוש – לפני). מטעם החברה העידו שניים: הגב' ארזי ורואה החשבון מר חיים סטוק. הוגשו לראיה מוצגים בשני אופנים: האחד – הנספחים שצורפו לתצהירי העדות הראשית של הגב' ארזי; השני – מסמכים שהוגשו במהלך החקירות (ת/1 – ת/24). לבקשתה מיום 10.3.10, הורשתה גב' ארזי להגיש תצהיר משלים לצורך הגשת מסמך שהגיע לידיה ביום 9.3.10 (ראו החלטתי מיום 11.3.10, עמ' 19 לפרוטוקול).

מטעם הנתבעים נשמעו עדויותיהם של חמישה עדים: ה"ה מולה ומולאים, רוי"ח יעקב סורני מטעם מר מולה ופרחי ליאת וכן עדויות הגב' גולדין ומר זמיר. אף הנתבעים הגישו מוצגים לראייה, בשני האופנים שזכרו לעיל (אלה שהוגשו במהלך החקירות סומנו 1/ – 9/). כל העדים הקדימו והגישו תצהירי עדות ראשית.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

14 בספטמבר 2010

ת"א 1711/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' מולה – פרחי ליאת

ת"א 1724/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' מולאים

הפולגות

22. לאחר עיון בכתבי הטענות ולימוד טענותיהם ההדדיות של בעלי הדין, עולות לדיון השאלות הבאות:

סוגיית האחריות: במסגרת זו, תיבחנה שאלות אלה:

(א) האם הוכיחה החברה קיומו של מוניטין (למוצריה או לשמה המסחרי); אם המענה לכך הוא בחיוב –

(ב) האם עיוולו הנתבעים (או מי מהם) כלפי החברה בעוולות נושא תביעותיה או שעשו עושר ולא במשפט על גבה. אם התשובה הינה בחיוב, יידון הפרק הבא.

סוגיית הנזק:

(א) מה נזקים גרמו הנתבעים (או מי מהם) לחברה בעת במעשיהם המעוולים;

(ב) מהו סכום הפיצויים שחייבים הנתבעים לחברה.

על מנת לסבר את האוזן, אציין כבר כאן כי אני סבור שדין התביעות להידחות. למניעת הכבדת מלל מיותר אציין כי ההדגשות במובאות השונות לעיל ולהלן – הן שלי, אלא אם כן אומר מפורשות אחרת.

דיון והכרעה

סוגיית האחריות

כללי

23. כפי שעולה מסיכומי החברה, עילותיה הן אחדות: עוולת גניבת העין; עוולת ההתערבות הבלתי הוגנת; הפרת סימן מסחר מוכר היטב; דילול מוניטין; עשיית עושר ולא במשפט. חוט השני השזור לאורכן ולרוחבן של מרבית העילות, הוא קיומו של מוניטין (למוצרי החברה או לשמה המסחרית). אכן, אילו הייתה היא בעלת סימן מסחר רשום, לא הייתה החברה נזקקת להוכחת יסוד המוניטין בכל הנוגע להפרת הסימן (פרידמן **סימני מסחר דין, פסיקה ומשפט משווה** כרך שני 1037 (מהדורה שלישית 2010); להלן: "פרידמן **סימני מסחר**"). ברם, הדיבור "זר מתוק" לא נרשם כסימנה המסחרי של החברה. בקשת הרישום וההתנגדויות לה טרם נתבררו לפני רשם סימני המסחר. בהינתן האמור, גובר משקלו הסגולי של המוניטין. חשיבותו בפרשתנו היא כמעט ללא מיצרים. הואיל והעדרו ימוטט את מרבית העילות בשתי התביעות, אבחן תחילה אם אמנם הוכיחה החברה את דבר קיומו. ככל שאמצא כי אכן יצאו מוניטין למוצריה או לשמה המסחרי, יהא מקום וצורך לקבוע אם נתקיימו יתר היסודות החיוניים להקמתה הפרטנית של כל אחת מן העוולות. עילת עשיית העושר עומדת לעצמה, ללא קשר הכרחי למוניטין.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

14 בספטמבר 2010

ת"א 1711/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' מולה – פרחי ליאת

ת"א 1724/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' מולאים

על המוניטין: מהותו ודרכי הוכחתו

24. בע"א 5792/99 תקשורת וחינוך דתי-יהודי משפחה (1997) – עיתון "משפחה" נ' אס.בי.סי. פרסום, שיווק וקידום מכירות בע"מ – עיתון "משפחה טובה", פ"ד נה (3) 933, 942 (2001); להלן: "פרשת עיתון משפחה", עמד בית המשפט על חשיבותו ומרכזיותו של יסוד המוניטין (בהקשר של עוולת גניבת העין), בציינו:

"... מונופולין, על דרך הכלל, אינו אהוד, ובצדק כך: חונק הוא תחרות חופשית, מסגיר הוא את הציבור בידיו של בעל-המונופולין, ומכאן התביעה הבלתי מתפשרת כי התובע – הנפגע, לטענתו – יוכיח תחילה שהציבור מזהה את הטובין שבהם מדובר (על דרך של שם, של כינוי של סימן) דווקא עם הטובין שלו. לא יעמוד בנטל זה – לא תקום עילה של גניבת עין..."

דברים אלה ישמשו נר לרגלי בעת בחינת העניינים הדורשים הכרעה.

25. ברע"א 371/89 ליבוביץ נ' א. את.י. אליהו בע"מ, פ"ד מד(2) 309, 315 (1990), עמד בית המשפט על כך ש"המושג מוניטין קשה להגדרה מדויקת וממצה. הכוונה היא לתדמיתו החיובית של המוצר בעיני הציבור, אשר הודות לה קיים שוק של לקוחות-בכוח אשר מעוניינים ברכישתו של המוצר" (ראו גם ע"א 945/06 General Mills Inc. נ' משוכה תעשיות מזון בע"מ, ניתן ביום 1.10.09, פורסם במאגר נבו. להלן: "פרשת משוכה"; ע"א 634/89 ריין נ' Fuji Electronics Mfg. Co., פ"ד מה (4) 837 (1991)). השופטת (לימים הנשיאה) ביניש הגדירה את המוניטין כמצב שבו "הציבור מזהה את הטובין והשירותים ש[החברה] מספקת עמה בלבד" (ע"א 3559/02 מועדון מנויי טוטו זהב בע"מ נ' המועצה להסדר הימורים בספורט, פ"ד נט (1) 873, 901 (2004); להלן: "פרשת טוטו זהב"). מהיבט דומה, ובהשאלה להגדרת סימן מסחר מוכר היטב בסעיף 1 לפקודת סימני מסחר, ניתן לומר כי מוניטין כוללים בין היתר את "המידה שבה הסימן מוכר בחוגי הציבור הנוגע לעניין, והמידה שבה הוא מוכר כתוצאה ממאמצי השיווק".

26. פעמים, יידרש בית המשפט להבחין בין שני סוגים של מוניטין: זה של היצרן (דוגמת שמו העסקי) וזה של המוצר עצמו. בראשון, תדמיתו החיובית של היצרן בעיני הציבור, מקרינה על מכלול המוצרים המיוצרים על ידו ויוצרת את המוניטין שלהם. במסגרת זו על התובע להוכיח כי הציבור משייך את שם העסק לעסקו של התובע דווקא וכי יש ייחודיות בשם זה, הנקשרת בעיני הציבור אל התובע; המוניטין מן הסוג השני קשור למוצר עצמו, גם אם היצרן אינו מוכר לציבור או אינו זוכה לתדמית חיובית בעיני הציבור או שהציבור אדיש לזהותו. המוניטין הנדון נוצר בעקבות השם הטוב שהמוצר קונה לעצמו אצל הצרכנים.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

14 בספטמבר 2010

ת"א 1711/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' מולה – פרחי ליאת

ת"א 1724/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' מולאים

בהקשר זה, נדרש כי המוצר יהא מובחן ונבדל לעומת מוצריהם של המתחרים (ראו פרשת General Mills וכן פרשת עיתון משפחה, בעמ' 942; ת"א (ת"א) 2318/03 קצב נ' פסגות עד יבוא ושיווק בע"מ, ניתן ביום 24.9.07, פורסם במאגר נבו. להלן: "פרשת קצב"; פרידמן סימני מסחר, בעמ' 1039 ואילך).

27. אף באנגליה נדרש בית הלורדים להגדרתו של המוניטין. כך למשל אמר הלורד מקגוטן (Macnaughton) בפרשת *Inland Revenue Commissioners v. Muller & Co's* : *Margarine Ltd.* [1901] AC 217, 223 (HL)

"What is goodwill? It is a thing very easy to describe, very difficult to define. It is the benefit and advantage of the good name, reputation and connection of a business. It is the attractive force which brings in customers. It is the one thing which distinguishes an old-established business from a new business at its first start. The goodwill of a business must emanate from a particular centre or source. However widely extended or diffused its influence may be, goodwill is worth nothing unless it has power of attraction sufficient to bring customers home to the source from which it emanates".

ליחס של דברים אלה לא נס אף בהאידנא. ראו, למשל, פרשת *Phones 4u Ltd. v. Phone4u.co.uk Internet Ltd.* [2006] All ER (D) 286 (CA); [2006] EWCA Civ 244 וכן פרשת *Hotel Cipriani SRL v. Cipriani (Grosvenor Street) Ltd.* (CA) [2010] EWCA Civ 110.

28. לביסוסו של מוניטין (הוא אותו "כוח משיכה" למוצריו של התובע, המאפשר הבחנה והפרדה ביניהם לבין מוצרי מתחריו), נדרש אפוא להראות כי שם המוצר או העסק זכו הכרה. אין צריך לומר שמוניטין אינו נצבר חיש קל. בפרשת *Hot Shoppes, Inc. v. Hot Shoppe, Inc.* 203 F.Supp. 777, 784 (1962) נאמר, בהקשר דומה, כהאי לשנא: **"The development of secondary meaning is ordinarily the result of a gradual and steady growth and is not manufactured overnight"**

29. השביל המוביל מן המוניטין אל המונופולין, חוצה גם את שמו של המוצר (וכמוהו אף השירות או העסק). על כן, בהקשר של הוכחת המוניטין, נשקל גם השם שהתובע מבקש להקנות לו הגנה. ההלכה הפסוקה מיינה את השמות לקטגוריות אחדות, על פי מידת ההגנה שהדין ייאות להעניק להם.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

14 בספטמבר 2010

ת"א 1711/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' מולה – פרחי ליאת

ת"א 1724/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' מולאים

ככל שהשם "טעון ההגנה" שרירותי או דמיוני, כך יטה בית המשפט להכיר בו ככזה שבכוחו להקים מוניטין, ולהיפך, ככל שהשם שאוב מן השפה השגורה המתארת את הסוג שאליו שייך המוצר, יירתע בית המשפט מהכרה בו כמבסס מוניטין בר הגנה. ההלכה הפסוקה קיטלגה את השמות כדלקמן: שמות גנריים; שמות תיאוריים; שמות מרמזים; שמות שרירותיים או דמיוניים. סיווג זה משפיע אף על כמות ואיכות הראיות הנדרשות לביסוס טענות התובע. בפרשת **עיתון משפחה** ובפסיקה שלאחריה, נקבע כי שמות גנריים אינם ראויים להגנה כלל; שמות תיאוריים יזכו להגנה במקרים נדירים; שמות מרמזים יזכו להגנה מוגברת; שמות שרירותיים או דמיוניים ניצבים בראש המדרג ויזכו להגנה רחבה.

סיווג השם נקבע על פי מבחנים אובייקטיביים ולאור העיקרון המנחה לפיו יש למנוע הקניית מונופולין בשמותיהם של טובין מסוימים, באופן הסותר את האינטרס הציבורי או את טובת הציבור.

(א) **שם גנרי** הוא שמו של הסוג או הזן שאליו משתייכים המוצר או העסק הנדונים. התפיסה היא כי כל העוסקים בתחום מסוים מחזיקים בזכות לתאר את מוצריהם או עסקיהם בשם הגנרי, הוא השם המקובל במסחר באותו שוק. ניתן לומר כי שמות גנריים הם נחלת הכלל. אין איש רשאי לנכסם לשימוש-שלו, ואם עשה כן, לא יוכל למנוע מיריבו שימוש דומה, מחד גיסא ולא יהא זכאי לסעד המגן על ייחודיות שימוש, מאידך גיסא (ראו, למשל, ע"א 4410/06 א.א.א. ג'י אנרג'י אינטרנשיונל בע"מ נ' Texaco Inc., ניתן ביום 31.8.10, פורסם במאגר נבו. להלן: "פרשת NRG"; ע"א 7836/09 ג.ו.פ. **שמשי השקעות בע"מ נ' מנשה**, ניתן ביום 13.12.09, פורסם במאגר נבו; ע"א 4116/06 Gateway Inc. נ' **פסקול טכנולוגיות מתקדמות בע"מ**, ניתן ביום 20.6.07, פורסם במאגר נבו. להלן: "פרשת Gateway"; ת"א (מחוזי י-ם) 8323/06 **המכינה הבינתחומית לעיצוב ואדריכלות בע"מ נ' שורשים מכינות לעיצוב ואדריכלות בע"מ**, ניתן ביום 21.11.07, פורסם במאגר נבו; ת"א (מחוזי ת"א) 2390/07 **המפעל הלאומי לפיתוח חברתי (ע"ר) נ' מחשב לכל ילד (ע"ר)**, ניתן ביום 18.11.07, פורסם במאגר נבו);

(ב) **שם תיאורי** הוא שם (או מילה) המתארים את רכיבי המוצר או תכונותיו. ככלל, שם תיאורי אינו נהנה מהגנה, לאור השאיפה שלא לאפשר השתלטות על מילה השגורה בשפה. יתרה מזאת, אין מקום למתן הגנה מכוח רישום סימן מסחר לשמות המתארים סוג מסוים של סחורה או טובין, והם יכולים להתאים לסחורתו או הטובין של פלוני, כמו לאלה של אלמוני (פרשת NRG; ע"א 941/05 **אגודת הכורמים הקואופרטיבית של יקבי ראשון לציון וזכרון יעקב נ' חברת הכרם בע"מ**, ניתן ביום 17.10.06, פורסם במאגר נבו). החרג לכך הוא המקרה בו מצביע התובע על קיומה של משמעות שניונית, המצמידה את השם התיאורי למוצר מסוים.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

14 בספטמבר 2010

ת"א 1711/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' מולה – פרחי ליאת

ת"א 1724/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' מולאים

לשון אחר: ההגנה תינתן לשם תיאורי בעל אופי מבחין וייחודי (אינהרנטי או נרכש) כך ששמו מזוהה דווקא עם זה של התובע (פרשת עיתון משפחה, בעמ' 944). בע"א 2673/04 קופי טו גו שיווק (1997) בע"מ נ' שקד, ניתן ביום 15.4.07, פורסם במאגר נבו (להלן: פרשת "קופי טו גו"), נקבע כדלהלן:

"המשמעות השנייה של הסימן הנה איפוא ביטוי למידת 'הפופולאריות' לה זכה הסימן. פופולאריות זו היא לעיתים פונקציה של מידת ההשקעה שהשקיע בעל הסימן ביצירת הקשר האינטואיטיבי שבין הסימן לבין הצרכן. מדובר בנתונים עובדתיים שאינם מסורים בלעדית לשיקול דעת בית המשפט בלבד אלא צריכים להיתמך בראיות. על המערערת להוכיח כי הציבור אכן מזהה את הסימן עם מוצרים או שירותים המשווקים על ידה בלבד".

המשמעות השנייה משמשת, אפוא, תנא דמסייע לקיומו של מוניטין. יוטעם כי למבחן המשמעות השנייה לא תהא חשיבות שעה שקהל הצרכנים אדיש לגבי מקור המוצר אותו רכש (פרשת טוטו זהב, בעמ' 890).

אגב, השניויות הנדונה אינה מיוחדת לשם התיאורי המבקש הגנה בגדרי עוולת גניבת העין בלבד. היא אוצלת אף על מחוזות נוספים. כך, למשל, יפה היא אף בתחום פקודת סימני מסחר, האוסרת על רישום סימן בן-בלי-אופי-מבחין (סעיף 8 (א) לפקודת סימני מסחר). כך, למשל, שנינו בע"א 8778/04 מחלבות יוטבתה בע"מ נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ, ניתן ביום 30.4.07, פורסם במאגר נבו (להלן: "פרשת יוטבתה") דברים אלה: "לשם בחינת קיומו של אופי מבחין לסימן גנרי נדרש בעל הסימן להוכיח כי השם רכש משמעות שנייה, המבחינה בין מוצרים מאותו התחום, והיצרת זיקה בלעדית בין השם של מוצר אלמוני לבין בעליו". למיטב הבנתי, כוונת הדברים היא כי שעה שעניין לנו בשם תיאורי בעל קרבה יתירה לשם גנרי – שניויותו היא ראשונית בחשיבותה. ואולם, אם אותו שם תיאורי קרוב יותר לשם מרמז, שניויותו אכן עניין משני היא (השוו פרשת עיתון משפחה, בעמ' 945).

נוכח הנטייה להגן על התחרות החופשית ולמנוע הקניית מונופולין, מגביל בית המשפט את ההגנה הניתנת לשם תיאורי ומצמצם אותה (ראו, למשל, פרשת טוטו זהב; פרשת Gateway; ת"א (שלום ראש"צ) 2577/07 אי. די. לוג פרודקשן בע"מ נ' קפסולה טקסטיל בע"מ, ניתן ביום 23.3.09, פורסם במאגר נבו; ת"א (מחוזי חי') 385/06 סיטבון נ' רביב, ניתן ביום 1.3.09, פורסם במאגר נבו);

(ג) **שם מרמז** הוא שם אשר אינו מתאר את המוצר בו מדובר, אלא מחייב מחשבה נוספת, אף אם קצרה, מצד הצרכן בטרם יפצח את הקשר בין הסימן או השם לבין מקור המוצר (פרשת עיתון משפחה, בעמ' 944).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

14 בספטמבר 2010

ת"א 1711/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' מולה – פרחי ליאת

ת"א 1724/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' מולאים

בע"א 8981/04 אבי מלכה מסעדת אווזי הזהב נ' אווזי שכונת התקווה (1997) ניהול מסעדות בע"מ, ניתן ביום 27.9.06, פורסם במאגר נבו (להלן: "פרשת אווזי הזהב") נקבע כי כאשר קיימת התלבטות אם לסווג שם מסוים הכולל היבטים תיאוריים בנוסף להיבטיו המרמזים, כשם "מרמז" או כשם "תיאורי", שיקולי המדיניות יטו את הכף לכיוון השם התיאורי. כך למשל, באותו עניין נקבע כי השם "אווזי" יסווג כשם מתאר;

(ד) **שם דמיוני** הוא שם שהומצא מלכתחילה לצורך ייחודם של מוצרים מסוימים. אין לו כל משמעות מילונית. ההגנה עליו היא החזקה ביותר, שכן האופי המבחין הטבוע בו מדבר בעד עצמו ובזכותו של בעליו הראשון (פרשת **עיתון משפחה**, בעמ' 945). לצדו, ניצב **השם השרירותי**. שם זה אמנם אינו פרי דמיונו של יוצרו, אך הוא משמש את בעליו בגדרי תחום מסוים המצוי מחוץ להקשרו הרגיל של השם. כזו, למשל, היא המילה "פומה" בעסקי ההנעלה וביגוד הספורט (פרידמן **סימני מסחר**, בעמ' 164).

30. מטבע הדברים, עיקר הבעיות הטעונות הכרעה מתנקזות אל אזור הדמדומים שבין הקטגוריות דלעיל. כך, ככל ששם רומז מסוים קרוב יותר לציר השרירותי, תגדל הנטייה להגן עליו (ראו לדוגמה התנגדות לרישום סימן מסחר מס' 172331 **מלכי נ' סבתא ג'מילה סבוני מרפא בע"מ**, ניתן ביום 25.3.09, פורסם במאגר נבו) וככל שקרבתו לציר התיאורי רבה יותר, תידרש בחינה קפדנית עובר להגנתו. בדומה, ככל ששם תיאורי פלוני מכיל רמז לשם המוצר, תוענק לו הגנה רק אם תוכח משמעותו השניונית, וככל שקרוב הוא לתיאור המוצר, או תכונה מתכונותיו, תהא הנטייה להותירו לשימוש הציבור (ראו ע"א 1427/05 **מ. ב. גלאט עוף למהדרין בע"מ נ' רשם הפטנטים**, ניתן ביום 25.6.07, פורסם במאגר נבו).

31. נטל השכנוע לקיומם של מוניתין בכלל ושניונית בפרט, מוטל על כתפי התובע. הנטל אינו קל-פריקה. נדרשות ראיות משמעותיות שיעידו על כך שהשם שבטיעון רכש משמעות שניונית, המצדיקה מסקנה בדבר קיום מוניתין (המוביל לרכישת מונופולין בידי התובע). ניתן לומר כי קיים מיתאם בין שכיחות השם לתיאור הטובין הנדונים, לבין כובד הנטל: ככל שהמילה המתארת שכיחה יותר בשפה לתיאור הטובין, כך הנטל כבד יותר (פרשת **עיתון משפחה**, בעמ' 945). מרכז הכובד טמון במשקל הראיה. ככל שדרך הוכחה מסוימת תשקף בצורה מהימנה, את עמדת ציבור הלקוחות, בנסיבות המקרה הספציפיות, כך יגדל המשקל שיינתן לאותה דרך הוכחה. דרכי הוכחת המוניתין הן, בסופו של דבר, עניין להכרעתו של בית המשפט. הכללים המשפטיים בנושא זה אינם נוקשים. הבעיות הראייתיות מוכרעות הן על פי ניסיון החיים והן על פי הנסיבות המיוחדות של כל מקרה (ע"א 395/88 **חברת אורלי ש. (1985) בע"מ נ' חברת דנדי תעשיות מזון בע"מ**, פ"ד מה (4) 32, 36 (1991)).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

14 בספטמבר 2010

ת"א 1711/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' מולה – פרחי ליאת

ת"א 1724/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' מולאים

32. הראיות הנדרשות להוכחת המשמעות המושגית, אינן ניתנות להגדרה ממצה. בארה"ב מונים, ככלל, את ענייני העובדה הבאים כראויים לבחינה עת נותן בית המשפט את דעתו לשאלת קיומה של משמעות משנית: (1) *direct consumer testimony*; (2) *consumer surveys*; (3) *exclusivity, length and manner of use*; (4) *the amount and manner of advertising*; (5) *amount of sales and number of customers*; (6) *established place in the market*; (7) *proof of intentional copying*" *Lighting Co. v. Halogen Lighting Systems, Inc.* 28 U.S.P.Q.2d (BNA) 1682, (1993).

33. פרידמן **סימני מסחר**, בעמ' 219 ואילך (ובעמ' 1041 ואילך), עומד על מקבץ המבחנים הבא לאיתור אופי מבחין (וממילא - מוניטין): (1) תקופת השימוש בסימן; (2) אופן פרסום הסימן; (3) האמצעים שהושקעו ביצירת קשר תודעתי בקרב ציבור הצרכנים הפוטנציאלי בין הסימן לבין מקור הטובין נושאי הסימן; (4) חיקוי הסימן במטרה להיבנות המוניטין של המוצר. על מנת שהחיקוי יעיד על קיומו של מוניטין, יש להראות כי הוא אינו הגיוני או מקובל מכוח דיני התחרות החופשית וההוגנת; (5) המטרה לשמה אומץ הסימן; (6) היקף המכירות של הטובין תחת הסימן; (7) השימוש הבלעדי שנעשה בסימן המבוקש לזיהוי הטובין של בעל הסימן; (8) כמות הלקוחות להם נמכרים הטובין נושאי הסימן.

הפסיקה קבעה כי ניתן להוכיח מוניטין באמצעות עדויות מקרב הציבור (שהרי הציבור הוא "שחקן מפתח" בהקשר זה. יחסו למוצר או לבית העסק חיוני לייסוד מוניטין), לרבות הבאת ראיות המבוססות על חוות דעת מומחה בדבר סקר שערך (ראו פרשת **עיתון משפחה**, בעמ' 945 – 946; ע"א 18/86 **מפעלי זכוכית ישראליים פניציה בע"מ נ' Les Verreies de Saint Gobain**, פ"ד מה (3) 224, 243 (1991). להלן: "פרשת פניציה"; פרשת **קצב**; פרידמן, **סימני מסחר**, בעמ' 1041 – 1042). אף בפרשת **NRG** עמד בית המשפט על חשיבותו של סקר צרכנים מהימן.

מן הדין אל בעלי הדין

מועד תחילת פעילות החברה

34. משבאתי לכאן – אעבור לבחינתן של העובדות בפרשתנו במשקפי הדין. שאלת מפתח היא **אימתי** החלה החברה לעסוק בתחום הזרים המתוקים. חשיבותה של שאלה זו מתחדדת בהינתן העובדה שמר מולה החל לפעול בתחום הנדון בשלהי שנת 2004 (או, לכל המאוחר, בתחילת שנת 2005).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

14 בספטמבר 2010

ת"א 1711/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' מולה – פרחי ליאת

ת"א 1724/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' מולאים

שמע מיניה: התובעת צריכה לשכנע כי עובר לכניסתו של מר מולה לתחום הנדון, צבר השם "זר מותוק" מוניטין אשר בגינו קישר הציבור בין שם זה, לבין החברה ומוצריה (השוו: ע"א 2154/07 **בריה נ' אבגנים**, ניתן ביום 5.9.10, פורסם במאגר נבו; להלן: "פרשת בריח", שם נקבע כי שימוש ממושך בניחוד לתקופה העולה על חמש שנים, יכול להצביע על מוניטין). אם לא תאמר כן, מי לדיננו יתקע כי החברה הייתה מחלוצי השימוש בשם "זר מותוק" וכי בעטיו של השימוש שעשתה בו, עד בוא מתחריה, נרכשו לה מוניטין? אף בפרשת **פניציה** (בעמ' 243), עמד בית המשפט על חשיבותו של מימד הזמן בצינון כי:

"שימוש ממושך ונרחב יכול שיהיה בכוחו להוכיח את רכישת המוניטין והוא בדרך כלל תנאי דרוש לכך, אך אין הוא תנאי מספיק..."

ובעמ' 241, מצינו דברים אלה:

"וככל שהייחודיות העובדתית של המוצר קטנה יותר, כך דרוש שימוש ממושך נרחב יותר, ויש מוצרים בעלי ייחודיות עובדתית קטנה ששום שימוש, יהיה ארוך כשהיה, לא יספיק להם לרכישת מוניטין".

35. הגב' ארזי העידה כי החלה לעסוק בתחום הזרים המתוקים בשנת 2003 (ולצורך העניין אניח כי היא והחברה – חד הן). את עדותה בעניין זה ביקשה הגב' ארזי לתמוך בראיות (חיצוניות) משני סוגים.

האחד – עדותו של רו"ח סטוק. בתצהירו, הביא רו"ח סטוק נתונים על אודות המכירות של החברה ועל אודות הוצאות פרסום, יחסי ציבור ותדמית של פעילותה. ברם, כל הנתונים שנמסרו, נוגעים לשנים 2005 – 2009. לא הובאו כל נתונים ביחס לשנים הקריטיות, היינו: 2003 – 2004. זאת, למרות שרו"ח סטוק משמש רו"ח של החברה מאז שנת 1996 לערך (סעיף 1 לתצהירו). משנשאלה הגב' ארזי לפרט המחדל, לא היה ביכולתה להסבירו (עמ' 4 שורות 1 – 2 לפרוטוקול ישיבת 1.2.10 בת"א 1724/08; עמ' 20 שורות 5 – 7 לפרוטוקול ישיבת 11.3.10); **השני** – קובץ של פרסומים שונים בעיתונות (נספח 2 לתצהיר הגב' ארזי). פרסומים אלה נועדו לאשש את הטענה כי החברה "השקיעה ומשקיעה משאבים כספיים ניכרים בפרסום שמה, בהחדרתו לשוק, ביצירת מודעות, הכרה ומוניטין ... השקעתה ... כללה פרסומים רבים בעיתונות הארצית, בעיתונות המקומית, ברדיו וביחסי ציבור" (סעיפים 13 – 14 לתצהיר הגב' ארזי בת"א 1724/08). המעיין בקובץ זה, ימצא כי הפרסום המוקדם ביותר הוא מיום 24.1.05. לא זו אף זו: חלק הארי של הפרסומים הוא משנת 2008 (אדגיש כי התייחסתי לתאריכים המודפסים כחלק בלתי נפרד מן הפרסום הרלוונטי ולא התייחסתי לתאריכים הכתובים בכתב-יד על גבי חלק מן הפרסומים).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

14 בספטמבר 2010

ת"א 1711/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' מולה – פרחי ליאת

ת"א 1724/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' מולאים

36. אני קובע אפוא כי הראיות אינן מבססות את טענת הגב' ארזי בדבר מועד תחילת פעילותה. אין בידי לקבוע כי תחילת פעילותה הייתה בשנת 2003 ולא אוכל לומר כי בשנת 2004 עסקה היא באופן מסיבי בתחום הנדון. די היה בכך כדי לקבוע כי לא היו לחברה מוניטין במונח "זר מתוק" בעת שמר מולה נכנס לתחום. אולם, אפילו הייתה ראייה חותכת לכך שתחילת הפעילות של הגב' ארזי או של החברה בתחום הנדון הייתה בשנת 2003, לא היה בכך כדי לסייע להן. אין לפני כל ראייה המלמדת כי היו לחברה מכירות והוצאות פרסום בשנים 2003 – 2004 בנוגע לפעילות הנוגעת לזרים המתוקים (ומטעם זה לא יכול היה רוה"ח סטוק למסור בתצהירו נתונים כספיים הנוגעים לפעילות "זר מתוק" בשנים אלה). כיצד אפוא תימדד פעילות הגב' ארזי או החברה באותם מועדים? מניין הביסוס לטענת המוניטין והמשמעות השניונית? לשאלות אלה לא מצאתי מענה בטיעוני החברה. חסר ראייתי זה נוגע למחלוקת מרכזית. הבאתן הייתה יכולה להבהיר את העובדות השנויות במחלוקת ועל כן אי הבאתן נשקלת לחובת החברה, לפי שהיא הנושאת בנטל השכנוע. ראו, למשל, ע"א 2076/09 ח.י. בלאושטיין בניין והשקעות בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון, ניתן ביום 2.9.10, פורסם במאגר נבו; ע"א 9656/05 שורץ נ' רמנוף חברה לסחר וציד בנייה בע"מ, ניתן ביום 27.7.08, פורסם במאגר נבו; להלן: "פרשת שורץ".

לשון אחר: לא הוכח עיסוק בתחום הנדון בשנים הנזכרות; ואם אמנם עיסוק אֵין – מוניטין מניין? קביעה זו לבדה די בה על מנת לחרוץ את גורל התביעה לדחייה. אפילו תמצזי לומר כי היה עיסוק מינורי בתחום זה, אין כל ראייה אשר תתמוך בטענת החברה בדבר נקיטת פעולות, מצדה (או מצד הגב' ארזי), לשם יצירת מוניטין לעיסוק הנדון בשנים הללו. לא נעלם הימני כי הגב' ארזי רכשה את האתר zermatok.co.il בשנת 2003 (נספח 6 לתצהיר). אני סבור כי רכישת האתר אינה מצביעה על עיסוק באותה עת בתחום הנדון ואינה יכולה לבסס היווצרותו של מוניטין (או אופי מבחין) בעת ההיא.

37. לפני מן הנדרש, לא נעלם הימני כי הנתבעים ביקשו להראות כי אף לגב' הדס אבידור גולדין הייתה דריסת רגל בתחום הנדון כבר בשנת 2002 (ומכאן – שהיא קדמה לחברה ולגב' ארזי). לא אוכל לקבל עמדת הנתבעים. טעמו של דבר הוא שהגב' גולדין לא תמכה את טענתה בראיות המלמדות על מועד תחילת פעילותה-שלה (ראו הנספחים לתצהירה וכן דבריה בחקירה שכנגד בעמ' 49 שורות 8–11 לפרוטוקול ישיבת 11.3.10). אכן, הגב' גולדין זכתה בשנת 2008 בתחרות לעסקים קטנים (היא התחרות שבה זכתה הגב' ארזי שנתיים קודם לכן. ראו פסקה 7 לעיל), אך אין די בכך להוכחת המועד שבו החלה לפעול בתחום הנדון.

"זר מתוק": גנרי, תיאורי או מרמז

38. בטרם אבחן את הראיות שהביאה החברה לאישוש המוניטין, אדרש לשאלת סיווג השם "זר מתוק". שאלת הסיווג משפיעה על שניים אלה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

14 בספטמבר 2010

ת"א 1711/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' מולה – פרחי ליאת

ת"א 1724/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' מולאים

ראשית: על עצם היתכנות רכישתו של מוניטין בדיבור "זר מתוק". אם יימצא כי עסקינן במונח או בשם גנרי – לא תוכל החברה (וכמותה, לא יוכל איש מקרב הציבור) לרכוש בו מונופולין ולייחדו לשימוש בלעדי תוך הדרת המתחרים. על כן, יחרוץ הסיווג לענף זה את גורל התביעה; שנית: על עוצמת ואיכות הראיות שיובילו לביסוס מוניטין (ככל שניתן לרכוש מוניטין במונח הנדון). אם אקבע כי השם הוא מרמז, תידרשנה ראיות בעוצמה מסוימת; אם הוא מתאר, תידרש ראיה עוצמתיות מהן לביסוס מוניטין (ותידרש אף שניוניות). אין צריך לומר כי ככל שהשם שכיח בשימוש בשפה השגורה, כך יכבד הנטל המוטל על התובע.

39. כשלעצמי, אני סבור כי השם "זר מתוק" גנרי הוא, בהיותו בן לקטגוריה אליה משתייכים המוצרים השונים החוסים בדלת אמותיו. קטגוריה זו היא "שם על" למשפחת מוצרים, שהרעיון הדומיננטי שלה הוא ביסודו שזירת מיני ממתקים, דוגמת סוכריות למיניהן ופרליני שוקולד, הנתונים בעטיפה צבעונית המשווה להם מימד של עלי כותרת הסדורים במעגל סביב מרכז הפרח, המחובר ל"גבעול" בדמות חוטי ברזל או שיפודי עץ. שלל הזרים המתוקים נועדו לשימוש מתנות לאירועים שונים. מוצרים אלה מיוצרים בידי מגוון רחב של יצרנים, כפי שניתן ללמוד מן הראיות שהובאו (ובעיקר – מתדפיסי דפי האינטרנט). התובעת היא אחת מיצרניות מוצר זה. כמותה קיימים בשוק יצרנים רבים (ואיני מתכוון לדרג את היצרנים על פי איכות מוצריהם). שוק זה החל להתפתח בארץ בעשור האחרון. איני יכול לקבוע אם הדבר אירע בהשראת "אחיו" האמריקאיים או האיטלקים (ראו, למשל, התצלום באתר http://www.picshare.co.il/out_view_picture.asp?pic=63094 ראו גם האתר <http://www.confettisulmona.it>).

40. אף אם בראשית הדרך, לפני כעשור, ניתן היה לסבור כי השם "זר מתוק" הוא מרמז או מתאר, הרי ששכיחות ותדירות השימוש בו במשך השנים הן בקרב קהל הצרכנים בכוח והן בקרב הסוחרים, נטלו הימנו את אופיו הייחודי (ככל שהיה כזה) והפכו אותו למונח המצוי בשימוש רווח, כביטוי שווה ערך ל"סידור פרחים" של ממתקים. תמורה זו בשמו של מוצר אינה בלתי אפשרית. אמנם אין היא מתרחשת כהרף עין, אך השנים והשימוש האינטנסיבי במונח נתנו את אותותיהם והפקיעוהו מרשות חלוץ השימוש בו, במיוחד שעה שהלה לא פעל (במועד) לשמירת זכויותיו. כך למשל מצינו בפרשת קופי טו גו:

"...אין מניעה כי סימנים שהוכרו בעבר כסימנים ייחודיים, יהפכו במרוצת הזמן לנחלת הכלל, ולא יהיו כשרים עוד לרישום המייחד את הסחורה נושאת הסימן".

בפרשת יטבתה נקבע כי:

"...ייתכנו מצבים בהם היה סימן כלשהו שהיה כשיר לרישום מאבד במשך הזמן מסוגלות האבחנה שלו והופך להיות לסימן הפתוח לשימוש הכלל ...



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

14 בספטמבר 2010

ת"א 1711/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' מולה – פרחי ליאת

ת"א 1724/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' מולאים

מצבים אלה ייתכנו כאשר הסימן השיג הכרה בקהל בקנה מידה רחב ביותר, אך המתחרים משתמשים בו גם הם; או כשהציבור מזהה את הסימן עם שם או כינוי הסחורה ולא כשם של מוצר ספציפי ... מצב דברים זה יכול להתקיים אף בסימן שטרם נרשם: ייתכן מצב בו בתחילה סימן פלוני היה, לכולי עלמא, בעל אופי מבחין, אולם הבקשה לרישומו הוגשה לאחר שנים רבות של שימוש. עשויה להתקבל הטענה, לפיה אין הסימן כשיר לרישום (בעת הגשת הבקשה) שכן במשך הזמן איבד מאופיו המבחין והפך לשם גנרי".

41. אם אמנם שם גנרי הוא זה הניצב לפניי, מאליה מתבקשת המסקנה שדין מירב התביעות להידחות, הואיל ו"שם גנרי אינו זכאי להגנה בעוולה של גניבת עין. טעם הדבר: אין אדם זכאי להשתלט על שם גנרי, שכן זכותם של כל העוסקים במקצוע לתאר מוצריהם בשם הגנרי" (פרשת עיתון משפחה, בעמ' 944).

42. אפילו אין מדובר בשם גנרי "טהור", סבורני כי המונח "זר מתוק" הוא בן למשפחת השמות התיאוריים, בהיותו נוגע במישרין לתכונות המוצר. הצופן הגנטי שלו מכיל מאפיינים גנריים מובהקים. על כן, ניתן לומר כי השם אמנם תיאורי הוא; על "ציר התיאוריות", קרוב הוא לצד הגנרי ולא לצד המרמז.

יתר על כן, על מנת לזכות בהגנה בגדרי העוולה של גניבת עין, חיוני כי התובע יוכיח שבמהלך עסקיו רכש המוצר אופי מבחין, המייחד אותו משאר המוצרים הנמנים על אותה קטגוריה. אזכיר כי נטל השכנוע בדבר קיומה של משמעות משנית אינו קל. ככל שהמילה המתארת שכיחה יותר בשפה לתיאור הטובין, כך הנטל כבד יותר. אעבור עתה לבחון אם אכן הוכיחה החברה קיומה של שניוניות-מייסדת-מוניטין במונח "זר מתוק".

האם הוכחה משמעותו המשנית של המונח "זר מתוק"?

43. כאמור, מוניטין אינו נצבר במהירות. הוא פועל יוצא של מלאכה מאומצת וארוכה. מוניטין (חיובי) יוצר תדמית למוצר מסוים אשר בגינה, מגלה הציבור עניין במוצר ומזהה אותו עם יצרן מסוים. מהן אותן ראיות שבהתבסס עליהן סברה החברה כי רכשה אופי מבחין (ולכן – מוניטין) עקב השימוש בשם "זר מתוק"? אלה מתמקדות בארבעה ראשים: הנחלת המוצר לציבור בדרכי פרסום שונות ומגוונות; גידול בהיקפי הסחר של החברה במוצר הנדון; נקיטת צעדים להגנה מפני פגיעה במוניטין; חיקוי מצד המתחרים.

החברה אינה נדרשת להוכיח את טיעוניה בראיות המיטביות. די לה שתביא ראיות מספיקות להרמת נטל השכנוע ואין חשיבות לכך שהייתה יכולה להציג ראיות טובות מהן (פרשת שוורץ; ע"א 8423/06 שדה נ' לוינזון, ניתן ביום 10.8.10, פורסם במאגר נבו). אני סבור כי הראיות שהביאה החברה, לא מצביעות על כך שהציבור זיהה את השם "זר מתוק" עם החברה או עם הגב' ארזי, ולחלן אבקש לבסס עמדתי. בטרם אעשה כן, אדגיש כי המועד הנכון לבחינת קיומו של המוניטין, הוא בראש ובראשונה המועד שבו "פלשו" הנתבעים לתחום העיסוק הנדון.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

14 בספטמבר 2010

ת"א 1711/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' מולה – פרחי ליאת

ת"א 1724/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' מולאים

החברה טוענת כי הציבור מזהה את המונח "זר מתוק" עם מוצרה-שלה וכי הנתבעים בעצם מבקשים לנצל זאת ולרכב על גלי המוניטין שיצרה החברה (היינו הנתבעים הם טרמפיסטים, free riders). אם לא היו לחברה מוניטין בעת כניסת הנתבעים לתחום – פשיטא שאיש מהם לא יכול היה לנצל. אשוב ואזכיר כי בפרשת פניציה, נאמר כי "[נ]ככל שהייחודיות העובדתית של המוצר קטנה יותר, כך דרוש שימוש ממושך נרחב יותר, ויש מוצרים בעלי ייחודיות עובדתית קטנה ששום שימוש, יהיה ארוך כשיהיה, לא יספיק להם לרכישת מוניטין" (עמ' 241) וכן "שימוש ממושך ונרחב יכול שיהיה בכוחו להוכיח את רכישת המוניטין והוא בדרך כלל תנאי דרוש לכך, אך אין הוא תנאי מספיק. מהותו של השימוש שנעשה היא החשובה. על התובע להוכיח כי נעשה שימוש כזה שהקונה בשוק מזהה את הסחורה כסחורתו שלו" (עמ' 243).

יתר על כן. אין לשכוח, וראיות הצדדים מצביעות על כך, כי במקביל לחברה, עסקו גורמים נוספים בשטח המסחר הנדון. כולם יחדיו עשו שימוש במונח "זר מתוק". עובדת היכרותו של הציבור עם המונח "זר מתוק" בהאידנא, אינה מחייבת מסקנה כי החברה היא אשר הנחילה מונח זה לציבור. על מנת לקבוע כי יש לחברה זכויות בשם זה, נדרשות ראיות שחרף קיומם של מתחרים לא מעטים, יצרה החברה בתודעת הציבור מעין "קשר גורדי" בין "זר מתוק" לבינה דווקא. לבחינת ראיותיה של החברה בעניין זה אעבור עתה.

44. **פרסומות מטעם החברה**: העתקי הפרסומות כלולים בין דפי נספח 2 לתצהירה של הגב' ארזי. הן נעשו בין השנים 2005 – 2009. הפרסומות בעיתונות הכתובה אינן משקפות קמפיין אגרסיבי ורחב ידיים על פני תקופת זמן ארוכה, אשר נועד להחדיר לתודעה את דבר קיומו של המוצר שמייצר העסק בשם זר מתוק (אגב, לא מעט מן הפרסומות מדברות על "חברת זר מתוק"...). חברה כזו לא הייתה קיימת בעת ההיא). החברה טענה אף לקיומן של פרסומות משודרות, אלא שלא הביאה ראיות בעניין זה (ודומה כי ניתן היה להסתפק במלל הפרסומות בצירוף חשבונית המעידה על תשלום עבור שידור הפרסומות מעל גלי האתר);

מחזור עסקי החברה: הגב' ארזי הצביעה על גידול במחזור הכספי של החברה, משנת 2005 ועד לשנת 2007 (כולל), מסכום של 916000 ₪ לערך, לסכום של כ-2,077,000 ₪. בשנת 2008 הייתה ירידה במחזור הכספי לסכום של 1,865,000 ₪ לערך (סעיף 27 לתצהיר בת"א 1711/08). הטענה היא כי המחזור הכספי מעיד על המוניטין הרב של החברה, אלא שהגב' ארזי לא ביארה את הטעם שביסוד מסקנתה זו. המחזור הכספי משקף פן מסוים אך הוא לבדו לא מספק נתונים פרט לשווי הכספי של כל העסקאות שנעשו בתקופת זמן מסוימת. ראוי היה כי החברה תציג ראיות שיהא בהן כדי לקשור בין המחזור הכספי לבין המוניטין.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

14 בספטמבר 2010

ת"א 1711/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' מולה – פרחי ליאת

ת"א 1724/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' מולאים

ניתן היה, למשל, להצביע על כך שמחזור עסקותיהם של בתי עסק אחרים העוסקים בתחום, נמוך משמעותית מזה של החברה, ומכאן יכולה הייתה להיגזר מסקנה שהיקף מכירות משמעותי משקף את "נתח השוק" של החברה. הוא הדין בנוגע להוצאות הפרסום והשיווק. עת נתון זה עומד לבדו, אין לדעת אם מבטא הוא היקף משמעותי של הוצאות פרסום ושיווק, אם לאו. בקיומן של הוצאות כאמור, לא סגי לקביעת קיומו של מוניטין, לבטח לא כאשר מדובר בתקופה כה קצרה (לאמור: משנת 2005 ועד אמצע שנת 2008, שאז הוגשו התביעות).

זאת וגם זאת: כזכור, החברה ביקשה לטעון כי מעשי הנתבעים גרמו לירידה בהיקף מכירותיה. עובדה הקיטון בהיקף המכירות בשנים 2008 – 2009 (לעומת השנים 2005 – 2007), אינה נתונה במחלוקת. אולם, החברה לא הביאה כל ראיה המצביעה על קשר סיבתי (ישיר או עקיף) בין הקיטון בהיקף המכירות לבין מעשי העוולה המיוחסים לנתבעים או מי מהם. הקיטון זה נבע ממצבו הכללי של השוק בעת ההיא, בכלל (ועמ' 17 שורות 1 – 14 לפרוטוקול ישיבת 1.2.10) ובתחרויות השוק בפרט (השוו פרשת NRG). ייתכן שאף הקיטון בהוצאות הפרסום והשיווק תרם את תרומתו לקיטון בהיקף המכירות. אני סבור כי אין לשעות לטענת החברה בדבר הקשר הסיבתי בין מעשי הנתבעים לבין ירידת היקף המכירות, לפי שאין לה ביסוס.

החברה הציגה לראיה נתונים הנוגעים אף להוצאות הפרסום, אלא שלטעמי החסירה נתון שעניינו אופן קבלת המסע הפרסומי בציבור, הינו: האם אמנם הביא מסע זה ליצירת משמעות משנית לשם "זר מתוק" המזהה את המוצר או השם, עם החברה. נתון אחרון זה יכול היה להילמד, למשל, מסקר צרכנים. בפרשת NRG נשקל לחובת התובעת העדרו של סקר צרכנים מהימן (שבית המשפט ראה בו צעד מקובל להוכחת משמעות שנייה. ראו גם פסקה כ"א לפסק הדין בפרשת יוטבתה). אכן, בפרשת קופי טו גו, נפסק כי סקר צרכנים "אינו נדבך בלעדיו אין, וניתן להחליפו בראיות משכנעות אחרות...". אולם, בפרשתנו, בדומה לפרשת קופי טו גו – לא הובאו ראיות מעין אלה. כך, יכולה הייתה החברה להציג ראיות מקרב הציבור המלמדות שהלקוחות בכוח קישרו בין החברה לבין השם "זר מתוק". משנה חשיבות נודעת לראיות אלה, שעה שהחברה לא הייתה הגורם היחיד שהציע למכירה "זר מתוק". בתי עסק רבים מכרו ומוכרים "זר מתוק" בהרכב כזה או אחר. מכאן החשיבות בהבאת ראיות בעלות משקל רב ועוצמה גבוהה להוכחת האופי המבחין והמשמעות המשנית לביסוס הקשר החד-סטרי שנוצר אצל ציבור הלקוחות בין המונח "זר מתוק" לבין החברה או מוצריה.

נקיטת צעדי הגנה מפני פגיעה במוניטין: החברה הגישה תביעה נגד שופרסל, בטענה שהאחרונה הפרה את זכויות החברה בשם "זר מתוק" (ת"א (מחוזי ת"א) 2088/07). סופו של הליך היה הסכם פשרה שבגדריו הסכימה שופרסל להימנע משימוש בביטוי "זר מתוק" וכן הסכימה שלא להתנגד לרישום הדיבור "זר מתוק" כסימן מסחר של התובעת, והכל – בלא להודות באיזו מטענותיה של התובעת (נספח 8 לתצהיר הגב' ארזי).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

14 בספטמבר 2010

ת"א 1711/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' מולה – פרחי ליאת

ת"א 1724/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' מולאים

אני סבור כי הסכם פשרה זה אינו מהווה ראייה לכך שהחברה זכתה למוניטין כלשהם כנטען על ידה. לא זו בלבד שמדובר בהסכם פשרה, על כל המשתמע מכך, אלא שכאשר נשאלה הגב' ארזי אם במסגרת הפשרה דובר על שיתוף פעולה עסקי בין החברה לבין שופרסל, התנגדה באת כוחה למענה לשאלה, שכן "מדובר בפשרה סודית שהתובעת מנועה מלהגיד את הפרטים" (עמ' 28 שורה 21 לפרוטוקול ישיבת 11.3.10); הווי אומר: ייתכן שברקע הסכם הפשרה עומדים שיקולים שאפשר ודבר אין להם עם הגנה על המוניטין הנטען;

מעשי חיקוי מצד המתחרים: כפי שנפסק בפרשת פניציה, למשל, מעשי חיקוי לכשעצמם אינם יכולים לייסד מסקנה בדבר קיומו של מוניטין. לכל היותר ההעתקה תהא אינדקציה אשר תוכל לחבור לתצרף הראייתי ולחזקו. ספק בעיניי אם מעשי הנתבעים או מי מהם עולים כדי חיקוי פסול, שכן עצם השימוש בשם "זר מתוק" אינו מיוחד לחברה בלבד. היא לא רכשה כל זכויות לגביה. כאן המקום לדון בטענת החברה כי מעשי החיקוי הובילו לבלבול בקרב קהל הצרכנים, שאחד ממופעי היה הפניית תלונות אל החברה על אודות איכות זרי ממתקים שלקוחות מסוימים טעו לשייכם לחברה, עת הנתבעים היו יוצריהם (סעיף 97 לתצהיר הגב' ארזי בת"א 1711/08). טיעון זה מטעם החברה הוא כוללני ולוקה בהעדר פירוט. אין לדעת מי היו המתקשרים, אימתי אירעו הדברים ומה הייתה מהות תלונתו של כל אחד מהם. יתר על כן, החברה ביקשה להיסמך על מכתב מיום 9.3.10 (שצורף לתצהיר הגב' ארזי מיום 10.3.10) כתנא דמסייע (גם) לטענת החיקוי ותוצאותיו. אולם, אין הנדון דומה לראייה.

הנספח למכתב זה משקף תלונת לקוחה בנוגע לשירות שביקשה לרכוש באתר זרמתוק.COM. תלונה זו הועברה על ידי הלקוחה למוקד התלונות של עמותת "אמון הציבור". האחרונה הפנתה את המכתב אל החברה, לשם קבלת התייחסותה.

דא עקא, הטעות לגבי זהות הנילון חלה אצל עמותת אמון הציבור. הלקוחה (המתלוננת) לא טעתה. היא ציינה מפורשות את האתר שממנו ביקשה לרכוש מוצר ומסרה את כתובתו המדויקת של הדף ובו מצג השווא המיוחס לשירות. הנה כי כן, קיימא לן ראייה מי הציבור אינו מתבלבל וכי מי מן הנתבעים אינו מטעה איש הציבור בעשותו שימוש בשם "זר מתוק".

45. שימוש ממושך, נרחב וייחודי בסימן מסוים, יכול – לבדו – לבסס מסקנה בדבר משמעות משנית (פרשת NRG; ע"א 307/87 וייסבורד ובניו נ' ד.י.ג. ביח"ר למצרכי חשמל בע"מ, פ"ד מד (1) 629, 632 (1990); פרשת קצב). התובעת לא הצליחה להרים את הנטל ולהראות כי במשך תקופת זמן ממושכת השימוש שעשתה במונח "זר מתוק" היה ייחודי לעסקה ולמוצריה. על כן, לא ניתן לומר שהשימוש לכשעצמן מוכיח את המשמעות המשנית הדרושה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

14 בספטמבר 2010

ת"א 1711/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' מולה – פרחי ליאת

ת"א 1724/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' מולאים

מסקנת ביניים

46. המונח "זר מתוק" הוא, לכל היותר, בעל משמעות תיאורית. לא הוכח כי הוא רכש משמעות משנית, בתודעת הצרכנים-בכוח, כשמו של בית עסק או של מוצר המזוהה באופן מובהק ובלעדי עם התובעת. כלל הראיות מלמדות כי במונח "זר מתוק" נעשה שימוש גורף הן מצד הלקוחות והן מצד של העוסקים בתחום, קרי: מספר לא מבוטל של עסקים קטנים, המתחרים ביניהם. אין לתובעת עדיפות מיוחדת בשימוש בשם. אין מקום להפקיע את הכינוי "זר מתוק" מרשות הרבים ולייחד את השימוש בו לתובעת בלבד. התובעת לא קנתה אפוא לעצמה זכות קניינית הראויה להגנה במונח זה.

47. משנמצא כי לא עלה בידי התובעת לצלוח את המשוכה העיקרית, של הוכחת מוניטין הראוי להגנה, יש לדחות התביעות המעוגנות במוניטין. כך הוא בין אם עסקין בעוולת גניבת העין, שאחד מיסודותיה הוא קיומו של מוניטין (רע"א 9485/09 **פרמייר ים המלח מעבדות קוסמטיקה בע"מ נ' נבו ישראל (2005) בע"מ**, ניתן ביום 24.8.10, פורסם במאגר נבו), בין אם בהפרתו של סימן מסחר מוכר היטב, שיסוד המוניטין שולט אף בו (פרידמן **סימני מסחר**, בעמ' 116 – 117) ובין אם בדילול מוניטין. לשון אחר: משנפרס חוט השני שהיה שזור שתי וערב בעילותיה השונות של התובעת, כמעט שלא נותרה לתביעותיה משענת ראויה כלשהי. עם זאת ובבחינת לפנינו מן הנדרש, אדון גם בפן השני של שאלת האחריות – לאמור האם קיימו הנתבעים את רכיביהן של יתר העוולות (וכן עילת עשיית העושר) כלפי התובעת, אם לאו.

העילות הפרטיקולריות

עוולת גניבת העין

48. העוולה הנדונה מתגבשת בהתקיים שני יסודות: המוניטין והחשש הסביר להטעיה. יסוד המוניטין נדון לעיל. אייחד מילים מספר ליסוד הנותר. בגדרי החשש להטעיה, על התובע לשכנע כי אובייקטיבית, מחמת הדמיון בין המוצרים (לרבות שמם, אריזתם או עיצובם) עלול ציבור הלקוחות להתבלבל ולייחס לנתבע את מוצרי התובע. במסגרת זו נוהגים **שלושה מבחנים**: מבחן המראה והצליל; מבחן סוג הסחורה וחוג הלקוחות; מכלול נסיבות העניין (ראו למשל פרשת **עיתון משפחה**, בעמ' 949; פרשת **טוטו זהב**, בעמ' 900 – 901).

49. התובעת סבורה כי מעשי הנתבעים גרמו להטעייה בפועל של הצרכנים. מעשים אלה כללו שימוש בשמה המסחרי (לאמור: "זר מתוק"); בשם אתר האינטרנט שלה (zematok); בשמות הזרים שהציעה התובעת למכירה וכן בשזירת שתי וערב צפופה להפליא של הכינוי "זר מתוק" בדפים שבאתרי האינטרנט של הנתבעים. התובעת הביאה שתי דוגמאות קונקרטיות המבססות, לגרסתה, את הבלבול שזרע השימוש בשם "זר מתוק" בקרב ציבור הלקוחות:



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

14 בספטמבר 2010

ת"א 1711/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' מולה – פרחי ליאת

ת"א 1724/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' מולאים

האחת – פנייה של לקוח "תועה": כשנשאלה גב' ארזי לגבי הבלבול הנטען של לקוחותיה השיבה כי היא למדה על קיומו של בלבול מדברים שנאמרו לה על ידי עובדות החברה. אף על פי כן, וחרף הצהרתה כי אין בידיה תיעוד מוקלט או מכתבים לביסוס טענתה, לא הוצגו הדברים מפי העובדות עצמן, אולם, אתעלם ממחדל זה. בלבול זה אירע למשל כאשר לקוח פוטנציאלי פנה לתובעת וביקש להזמין זר מסוים שראה באינטרנט. לאחר בירור, הסתבר כי הזר המבוקש מוצג ומשווק באתר מתחרה (ראו עמ' 14, שורות 16-27 ועמ' 15 שורות 4-1 לפרוטוקול ישיבת 1.2.10). לכאורה, אכן מדובר בטעות ובלבול של לקוח. אך מכיוון שלא מדובר במוצר יומיומי יש להניח שהלקוח ערך בחינה של מגוון המוצרים המוצעים באינטרנט על ידי יצרנים רבים ובחר את הזר המסוים שהתאים לו (לרבות מבחינה חזותית ותמחירית). הלקוח פנה אל התובעת בסברו כי היא יצרנית הזר המבוקש. לשון אחר: לפנינו היפוכה של הטעות שעוללת גניבת העין נועדה להגן מפניה. הלקוח לא ייחס למי מן הנתבעים את מוצרי התובעת, אלא ייחס לתובעת את מוצריו של יצרן אחר (והגב' ארזי לא ציינה את זהותו).

תלונה במוקד אמון הציבור: טעות נוספת אירעה עת מוקד התלונות של עמותת אמון הציבור פנה אל התובעת, לצורך בירור תלונה. ברם, תלונה זו לא התייחסה לתובעת או למוצריה, אלא לעסקו של מר מולאים. התלונה אינה יכולה להוות ראיה לטענת בלבול שנפל אצל קהל הלקוחות. הלקוח לא ייחס לתובעת כל מחדל שהוא. המחדל היה של צד ג' ומוקד התלונות של עמותת אמון הציבור הוא ששגה בהפנתו את התלונה אל התובעת. לא זו אף זו: התובעת לא הציגה כל ראיה לכך שהטעות נבעה מן השימוש בשם "זר מתוק" על ידי מי מהנתבעים.

50. בכל הנוגע לכינוי "זר מתוק", אכן קיים דמיון בין השמות מבחינת סוג הטובין וקהל הלקוחות. אך אין להתפלא על כך. מבחינת השם (או הכינוי), מוצרי התובעת והנתבעים נמנים על משפחה אחת: זרים מתוקים. כך מוכר המוצר בקרב העוסקים בתחום (כפי שניתן להיווכח מעיון בדפי אתרי האינטרנט שהוצגו לראיה) וכך הוא מוכר בקרב קהל הלקוחות-בכוח. כך גם מבחינת מראהו הכללי (ממתקים עטופים בנייר צבעוני השזורים על "גבעולים"). עם זאת, יוצרי הזרים המתוקים ומשווקיהם מדגישים את המקוריות ואת ההיבטים האומנותיים והיצירתיים אשר בוריהם, ולא בכדי. ניתן לומר כי מראהו ועיצובו של הזר הם בעלי משמעות. התובעת אינה טוענת לזכויות בלעדיות כלשהן במראה או בעיצוב. קהל הלקוחות-בכוח, המבקש למצוא את הזר בו חשקה נפשו, טורח ומחפש את הזרים השונים הפזורים ברחבי האינטרנט. מראה העיניים הוא המכריע בכגון דא. קהל זה אינו "קהל שבוי" במקסימום התובעת ואף אינו חשוד כבור ועם הארץ הסבור כי קיים רק "זר מתוק" אחד בשוק – הוא זה של התובעת. היפוכו של דבר. מכאן שאפילו קיים חשש להטעייה מחמת השימוש בכינויים דומים או זהים, חשש זה הוא, לטעמי, תיאורטי גרידא. התובעת מודעת לכך שהיא פועלת בשוק תחרותי. היא אינה מלינה על כך.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

14 בספטמבר 2010

ת"א 1711/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' מולה – פרחי ליאת

ת"א 1724/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' מולאים

טרונייתה העיקרית היא כי הנתבעים מרבים לעשות שימוש בכינוי "זר מתוק" באתריהם, אך איני סבור כי די בשימוש זה לבדו, בהינתן אופיו התיאורי (שלא לומר: הגנרי). אף השימוש המיוחס לנתבעים בשמות שטבעה החברה לזר, אינו כעקתה. דייני אם אפנה בעניין זה לסעיפים 58 – 61 לתצהיר הגב' ארזי בת"א 1711/08, והמעין יעמוד על העדר הזהות בשמות.

51. אני קובע אפוא כי התובעת לא הוכיחה שהנתבעים, או מי מהם, עיוולו כלפיה בעוולת גניבת העין.

דילול מוניטין

52. דילול המוניטין הוגדר בע"א 6181/96 קרדי נ' Bacardi & Co. Ltd, פ"ד נב (3) 276, 281 – 282 (1998), בלשון זו: "... מצב בו נעשה שימוש בסימן מסחר חזק בלא רשות בעלי ולא יצירת הטעייה, המביא לשחיקה וטשטוש של התדמית הייחודית והאיכותית שהסימן הצליח להעביר לצרכניו, וכתוצאה מכך נפגמת תדמיתו החיובית של סימן המסחר בקרב קהל הצרכנים ונגרעת ייחודיותו. שחיקה בתדמיתו של סימן מסחר בקרב קהל צרכנים גורמת אף לגריעה מערכו המסחרי של סימן המסחר, וזאת בעקבות ירידה בכושר (או כח) המכירה הטמון בו". התובעת סבורה כי הנתבעים גרמו במעשיהם השונים, ובמיוחד בשימוש בשם "זר מתוק" לדילול המוניטין שלה. הברית התיכון הוא, מטבע הדברים, קיומו של מוניטין. אם אין לחברה מוניטין בכל הנוגע לכינוי "זר מתוק" – פשיטא שהנתבעים אינם יכולים לדלול. כזה הוא המצב העובדתי בפרשתנו.

עוולת ההתערבות הבלתי הוגנת

53. סעיף 3 חוק עוולות מסחריות קובע כי "לא ימנע ולא יכביד עוסק, באופן לא הוגן, על גישה של לקוחות, עובדים או סוכנים אל העסק, הנכס או השירות של עוסק אחר". רכיבי העולה הם שלושה: קיומם של שני עוסקים (לפחות); הנתבע מונע גישה לקוחות, עובדים או סוכנים אל עסקו של התובע או מכביד עליה; פעולות הנתבע נעשות באופן לא הוגן.

עסקה של התובעת נוהל באמצעות רשת האינטרנט. כך גם חלק מעסקיהם של הנתבעים. אתר האינטרנט (בעברית) של החברה הוא "www.zermatok.co.il", ואילו אתר באנגלית הוא www.sweetart.co.il (ואף www.zermatok.com). כזכור, נרכשו הזכויות לגבי האתר בעברית בשנת 2003 ע"י הגב' ארזי. אתרי האינטרנט שדרכם פועלים הנתבעים, הם, בין היתר אלה: www.1800flowers.co.il (משנת 2004); www.giftstore.co.il (משנת 2006); www.ganeden2000.co.il; www.זרמתוק.com; www.זרמתוק.net.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

14 בספטמבר 2010

ת"א 1711/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' מולה – פרחי ליאת

ת"א 1724/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' מולאים

התובעת טוענת כי הנתבעים מקיימים את יסודות העוולה, ולו מחמת שימושם בשמה המסחרי של החברה – "זר מתוק" – בחלק משמות אתרי האינטרנט שלהם, כמו גם בבחירת אחדים משמות הזרים שהם מציעים למכירה.

החברה נסמכת על פסק הדין בת"א (מחוזי ת"א) 1627/01 מ.ש. **מגנטיקס בע"מ נ' דיסקופי (ישראל) בע"מ**, פ"מ תש"ס (2) 89 (2001), וטוענת כי "גישה" כמשמעותה בסעיף 3 לחוק עוולות מסחריות, כוללת אף גישה באמצעי קשר אלקטרוני (כבענייננו). טענה זו מקובלת עליי ברמה העקרונית, וכמוה הטענה כי שימוש בשם מסחרי של עסק פלוני כשם אתר אינטרנט של עסק אלמוני, יכול להוות ראייה להכבדת הגישה. אלא שבענייננו אין הדבר כך, מן הטעמים הבאים: **ראשית**, אין (ואף לא יכול להיות) לחברה סימן מסחרי בדיבור "זר מתוק", ועל כך עמדתי לעיל; **שנית**, לא ברור במה מתבטאת ההכבדה הנטענת, שהרי החברה עצמה הצביעה על **גידול** במחזור עסקיה בחלק מן השנים האחרונות וכפי שהובהר לעיל, אין ראיות לקשר סיבתי בין מעשי הנתבעים לבין צניחת מחזור הכספי ביתרת התקופה; **יתר על כן**, ככל שסבורה החברה כי ניתן לסמוך את טענת הכבדת הגישה על מכתב מחלקת התלונות של עמותת "אמון הציבור", אשר בטעות הופנה אל החברה – דעתי שונה. מכתב זה אינו מלמד על טעות בקרב הציבור, כי אם על טעות שנפלה אצל "הגורם המנתב", קרי: אמון הציבור, ואף עניין זה נתבאר לעיל. בכל הנוגע לשימוש ע"י הנתבעים בשמותיהם של זרים שמוכרת החברה, אני סבור כי אין ליתן לה כל סעד, הן לפי שאין לחברה כל זכויות בשמותיהם של הזרים (ואיני אומר כי הנתבעים העתיקו העתקה מלאה של שמות הזרים. ראו סעיפים 58 – 61 לתצהיר הגב' ארזי בת"א 1711/08); והן לפי שהעיקר אינו מצוי בשם הזר כי אם בתכולתו, לרבות עיצובו, ועל אלה לא באו ראיות.

54. אני קובע כי התובעת לא הראתה שמי מן הנתבעים אחראי כלפיה בעוולת ההתערבות הבלתי הוגנת.

עשיית עושר ולא במשפט

55. התובעת ביקשה למצוא מזור (ולו לחלופין) בדיני עשיית העושר ולא במשפט. העילה הנדונה היא שילוב של הוראת סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט – 1979, מחד גיסא, ושל ההלכה שנפסקה ברע"א 5768/94 א.ש.י.ר **יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ**, פ"ד נב (4) 289 (1998) (להלן: "פרשת א.ש.י.ר"), מאידך גיסא. יסודות העילה דעסקינן הם ארבעה:

- (א) קבלת נכס, שירות או טובת הנאה – היינו: התעשרות;
- (ב) ההתעשרות באה לזוכה מן המזוכה;
- (ג) ההתעשרות הושגה על-ידי הזוכה שלא על-פי זכות שבדין;
- (ד) ככל שהתנהגותו הנטענת של הזוכה איננה עולה ואינה פוגעת בקניין רוחני של המזוכה, או ביחסי אמון או בסוד מסחרי, נדרש יסוד נוסף או דבר מה נוסף, לביסוס היסוד השלישי



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

14 בספטמבר 2010

ת"א 1711/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' מולה – פרחי ליאת

ת"א 1724/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' מולאים

דלעיל. "ייסוד נוסף" זה התפרש כהתנהגות מצד הזוכה שאינה עולה בקנה אחד עם דרישות המסחר ההוגן. התנהגות זו נלמדת מנסיבות החיקוי או ההעתקה, כאשר כל מקרה נבחן לפי נסיבותיו" (רע"א 502/04 רע"א 502/04 Buffalo Boots ואח' נ' גלי רשת חנויות נעלים, גלי השלום בע"מ ואח' פ"ד נח (5) 487, 491 (2004); להלן: "פרשת גלי").

56. נטיית החלכה הפסוקה היא לתחום את הלכת א.ש.י.ר. תוך הבהרה כי יש לבחור בקפידה את המקרים שבהם ראוי להחיל את דיני עשיית העושר, שעה שלא קיימת עילה מדיני הקניין הרוחני (פרשת בריח; פרשת גלי, בעמ' 491 – 492; ע"א 9191/03 V&S Vin Spirit Aktiebolag נ' אבסולוט שוה בע"מ, פ"ד נח (6) 869, 887 – 888 (2004); פרשת משובח). בע"א 8485/08 The FA Premier League Limited נ' המועצה להסדר ההימורים בספורט, ניתן ביום 14.3.10, פורסם במאגר נבו, הדגיש בית המשפט כי "...שימוש יתר בעילות מתחום דיני עשיית העושר, בתחומים החופפים לדיני הקניין הרוחני, איננו רצוי". אף בע"א 9568/05 שמעוני נ' "מובי" בירנבאום בע"מ, ניתן ביום 25.6.07, פורסם במאגר נבו, גדר כב' המשנה לנשיאה השופט ריבלין, את תחום המקרים המצדיקים יישומם של דיני עשיית העושר, באמרו:

"אמנם, כבר נקבע כי במקרים כגון דא 'לנקודות האיזון שנקבעו בשיטתנו לעניין הקניין הרוחני ולעניין הנזיקין השפעה על נקודת האיזון לעניין חובת ההשבה [במסגרת דיני עשיית העושר]' אך באותה נשימה נקבע גם כי השפעה זו אינה ישירה... השפעה זו הינה עקיפה... השפעה זו היא פרשנית... רק במקרים חריגים יסודות האמצאה בהם מאופיין המוצר, ייחודו, חדשנותו, משאבי הזמן, משאבי הכסף ומשאבי האנוש שהושקעו בפיתוחו הנם בשיעור המצדיק את הטיית הכף לטובת מתן סעד מכוח דיני עשיית העושר ולא במשפט, ולא על-פי האכסניה הטבעית והמקובלת של דיני הקניין הרוחני ודיני הנזיקין..."

יש לזכור כי "בטרם מחליט בית המשפט להעניק סעד לפי דיני עשיית עושר בגין חיקוי של מוצר, נראה שיש מקום גם לבחינה כללית יותר של השוק בו נמכר המוצר" (פרשת בריח; פרשת משובח). מגמות פרשניות אלה אוצלות אף על ענייננו.

57. אין בפניי כל ראייה שעל פיה ניתן לקבוע כי הנתבעים התעשרו על חשבונה של התובעת. התובעת לא הוכיחה קיומו של יסוד נוסף כנדרש בהלכת א.ש.י.ר., לא על פי הפרשנות המחמירה של דעת המיעוט ולא על פי הפרשנות המקלה של דעת הרוב ואף לא הוכחה "חומרה מיוחדת" הנדרשת על פי גישתו של השופט זמיר בפרשת א.ש.י.ר. עילת עשיית העושר יכולה לקום גם כאשר לא הוכח מוניטין ואף אם לא הוכחה עילה כלשהי מדיני הקניין הרוחני. במקרה הנוכחי, לא ניתן לומר כי השימוש בכינוי "זר מתוק" על ידי הנתבעים, מהווה חיקוי או העתקה הנגועה בחוסר תום לב החורגת מהגינות מסחרית. זאת, במיוחד לאור מסקנתי לפיה התובעת אינה יכולה לקנות (ובפועל אף לא קנתה) בלעדיות בשם ולא הוכיחה כי אופיו המבחין של הדיבור "זר מתוק", מבדיל אותה משאר מתחריה, ובהם הנתבעים. מסקנתי זו מתחזקת בהינתן



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

14 בספטמבר 2010

ת"א 1711/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' מולה – פרחי ליאת

ת"א 1724/08 קדים (הדרכה) בע"מ נ' מולאים

האינטרס הציבורי להותיר את השפה לשימוש הציבור בכללותו ולא להפקיע מילים וצירופי מילים ממנה לשימוש הבלעדי של מאן דהוא.
הטלת חובת השבה על מי מן הנתבעים מכוח דיני עשיית העושר, משמעותה, בנסיבות דנן, הכרה (ולו עקיפה) בבלעדיות ובמונופולין של התובעת בשם "זר מתוק". כזאת אין להתיר.

58. למעשה, מבקשת התובעת לדחוק את רגלי אחדים ממתחריה משימוש בשם "זר מתוק". נמנעתי מלהכיר בכך במסגרת דיני הנויקין והקניין הרוחני. אינני מוצא בסיס לעשות כן במסגרת דיני עשיית העושר. אם השם איננו ראוי להגנה ואין לתובעת זכות בו, אין הנתבעים צריכים להשיב לה דבר בגין השימוש בשם, מה גם שאין כל הוכחה כי הנתבעים זכו בזכייה כלשהי על חשבונה.

התוצאה

59. לאור האמור לעיל, אני דוחה את שתי התביעות. התובעת תשלם לכל אחד מן הנתבעים שכ"ט עו"ד בסכום של 35,000 ₪ בצירוף מע"מ, ובתוספת הפרשי הצמדה וריבית כחוק מהיום ואילך, עד לתשלום המלא בפועל וכן הוצאות משפט, בתוספת הפרשי הצמדה וריבית כחוק מיום החוצאה ואילך, עד לתשלום המלא בפועל.

ניתן היום, ו' בתשרי התשע"א (14 בספטמבר 2010), בהעדר הצדדים.
המוזכרות תמציא כדין עותק מפסק הדין לב"כ הצדדים.

לאיר יפריח
מאיר יפריח, שופט