

בתי המשפט

א 000008/10	בית משפט מחוזי נצרת
תאריך: 03/02/2010	כב' השופט עאטף עיילבוני

'בעניין:

1. יצחק כהן ת.ז. 022601660
 2. פרסום יעיל (2009) בע"מ ח.פ. 514222298
 ע"י ב"כ עו"ד יואב אניספלד

הנתבעים

נ ג ד

1. מר מיכאל בנאי ת.ז. 027249101
 2. פרסום אינטראקטיבי בע"מ ח.פ. 514229186
 ע"י ב"כ עו"ד עדי ברקן לב ומתן שוק

הנתבעים

פסק דין

הקדמה:

-
 התובעים, בעלים של סימן מסחר רשום "מומלצימר", עותרים לקבל לידיהם צו מניעה קבוע האוסר על הנתבעים לעשות שימוש בשם "צימרמולץ" או בכל שם אחר שיש בו - לטענתם - משום הטעיה אל מול סימן המסחר הרשום של התובעים, ואתר האינטרנט שלהם, וכן עתרו לפסיקת פיצוי סטטוטורי, בעוולת גניבת עין לפי **חוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999** (להלן: "**חוק עוולות מסחריות**").

התובעים הגישו, במקביל, בקשה למתן צו מניעה זמני (בש"א 73/10), ובהחלטתי מיום 7/1/08 קבעתי כי המצב נכון לאותו היום, באינטרנט, יישאר על כנו, עד לאחר קיום דיון במעמד שני הצדדים בבקשה.

במהלך הדיון מיום 19/1/09 הגיעו הצדדים להסדר דיוני, לפיו צו המניעה הזמני יותר על כנו עד למתן פסק דין בתביעה העיקרית, אשר על פי המוסכם, יינתן על סמך הטיעון והמסמכים שבתיק, ללא שמיעת עדים.

רקע עובדתי:

-
 התובע 1 והנתבע 1 הקימו בשנת 2004 עסק משותף, אשר אוגד לאחר מכן תחת החברה "**פרסום אקטיבי בע"מ**" (להלן: "**פרסום אקטיבי**"). לימים, החליטו להפסיק את הפעילות המשיתפת, וביום 15/1/09 חתמו על הסכם לחלוקת פעילות פרסום אקטיבי ביניהם (להלן: "**הסכם החלוקה**"). במסגרתו נקבע, בין היתר, כי התובע והנתבע יהיו רשאים להתחרות האחד בעסקי

השני. עוד נמנו הפעילויות בהן עסקה פרסום אקטיבי , והוסכם בידי מי מן הצדדים תינתן הזכות להמשיך בכל אחת מן הפעילויות.

בעקבות הפסקת הפעילות המשותפת , הקים התובע 1 את החברה "פרסום יעיל (2009) בע"מ", היא התובעת 2, והנתבע 1 הקים את החברה "פרסום אינטראקטיבי בע"מ", היא הנתבעת 2, אליהן העביר כל אחד מהצדדים את הפעילויות שהיה זכאי להמשיכן על פי הסכם החלוקה .

אחת מן הפעילויות של פרסום אקטיבי היתה ייסודו והפעלתו של אתר אינטרנט המכונה "מומלצימר", בשם המתחם www.zimer4u.co.il, במסגרתו נמכרו שירותי פרסום לבעלי חדרי אירוח וצימרים. חברת פרסום אקטיבי רשמה בשנת 2004 סימן מסחר רשום בישראל על השם "מומלצימר". יובהר כבר עתה , כי סימן המסחר נרשם ללא דמות או סמל , וללא צבע או גופן ספציפיים, אלא שסימן המסחר נרשם על הלחמת המילים "מומלץ" ו-"צימר" לכדי מילה אחת, באופן האמור.

הזכויות באתר "מומלצימר" הועברו בהסכם החלוקה לידי התובע , והתובע העביר את הזכויות בסימן המסחר הרשום לידי התובעת, חברת פרסום יעיל.

לקראת סוף שנת 2009 החלו הנתבעים להפעיל אתר אינטרנט המיועד למתן שירותי פרסום לחדרי אירוח וצימרים, תחת השם "צימר מומלץ". אתר האינטרנט של הנתבעים פעל תחילה תחת שם המתחם <http://www.interactivi.co.il/zimmer/index.htm>, ולעת הזו פועל הוא ב שם המתחם www.zimmer100.co.il. ביום 11/11/09, הגישה הנתבעת 2, פרסום אינטראקטיבי, בקשה לרישום סימן מסחר בשם "צימר מומלץ", בגופן ייחודי בצבעי חום, כשמעל השם המעוצב מופיע הכיתוב "הצימרים המומלצים ביותר בישראל".

התובעים הגישו לרשם סימני המסחר התנגדות לבקשת ה נתבעים לרישום סימן המסחר , וכן הגישו את התביעה דנן למניעת השימוש בשם "צימרמומלץ" ולפיצוי בגין עוולת גניבת עין . יושם אל לב, כי הן על פי כתב התביעה והבקשה, והן במסגרת הטיעון בעל פה בבית המשפט, הבהיר ב"כ התובעים כי התביעה אינה בעילת הפרת סימן מסחר , לפי פקודת סימני המסחר [נוסח חדש], התשל"ב-1972, אלא שהיא בעילת עוולת "גניבת עין" לפי חוק עוולות מסחריות בלבד.

טענות התובעים :

-
לטענת התובעים, האתר "מומלצימר" נהנה מפופולאריות וממוניטין בקרב מפרסמים וגולשים . סממן מכריע להצלחת אתר האינטרנט , לטענת התובעים, הוא הימצאו ב"מופע ראשון" במנוע החיפוש של חברת Google, כאשר מזינים למנוע החיפוש את המילים "צימרים מומלצים", מופע שאינו ממומן על ידי התובעים . כאשר מזינים את המילים "צימר מומלץ" מופיע האתר במופע רביעי, בקישור שאינו ממומן.

התובעים טוענים כי השימוש בשם "צימרמולץ", במסגרת אתר אינטרנט המספק שירותי פרסום לבעלי חדרי אירוח וצימרים, על ידי הנתבעים, מהווה גניבת עין, ושימוש בשם מסחרי מטעה ביחס ובהשוואה לסימן המסחר הרשום "מומרמולץ", תוך ניצול המוניטין הרב שצבר השם המסחרי "מומרמולץ". עוד לטענת התובעים, השימוש שעושים הנתבעים בהל חמת המילים "צימר" ו"מומרמולץ" כך שנוצר ביטוי רציף "צימרמולץ" מטעה, הן את קהל המפרסמים באתר, והן את קהל הגולשים, לחשוב שמדובר באתר האינטרנט של התובעים. אמנם, הותר לנתבע 1 להתחרות בעסקי התובע 1, בהסכם החלוקה, אולם המדובר כאן בתחרות שאינה הוגנת, ובהטעה שאינה מותרת.

לטענת התובעים, העובדה שהסימן "מומרמולץ" נרשם על המילים לבדן, להבדיל מסימן הנושא עיצוב גראפי מסוים, מובילה למסקנה שהמגבלות על השימוש בו הן רחבות, וחלות על השימוש במילים בכל צירוף או עיצוב שהוא. כמו כן, לטענתם, יש להתעלם מן המשפט "הצימרים המומלצים בי ותר בישראל" משום שבכל מקרה אינו ראוי להירשם כסימן מסחר, ומשכך, השימוש במילים "צימרמולץ" מהווה הפרה ברורה של סימן המסחר של התובעים, "מומרמולץ".

עוד לטענת התובעים, הנתבעים ביצעו הפרה דומה, ביחס לאתר בשם "צימר דיל" אשר הזכויות בו הועברו לידי התובעים בהסכם החלוקה, כאשר העתיקו אתר זה לאתר אחר משלהם, בשם "נופש דיל". יובהר כי אסמכתאות לעניין זה לא הוצגו, וטענה זו אינה חלק מן המחלוקת כפי שהוגדרה על ידי הצדדים.

טענות הנתבעים:

- לטענת הנתבעים, מהשוואת סימן המסחר הרשום של התובעים, לסימן המסחר המבוקש לרישום על ידי הנתבעים, על כל מאפייניהם, עולה כי קיימים הבדלים רבים בין הסימנים, המאיינים כל חשש להטעיית קהל הלקוחות של אתרי האינטרנט.

הנתבעים מציינים כי לטענת התובעים, השימוש בסימן "צימרמולץ" הוא מטעה ומפר, אך למעשה הנתבעים מבקשים לרשום ולהשתמש בסימן מעוצב המ כיל את המילים "צימר מומלץ - הצימרים המומלצים ביותר בישראל" (ללא הלחמה בין המילים "צימר" ו-"מומרמולץ" ובתוספת המשפט שנרשם מעל המילים), כשהוא נושא מאפיינים גראפיים ייחודיים. לטענת הנתבעים, אין לפרק את הסימן לגורמיו, ויש להשוותו בשלמותו לסימן האחר בשלמותו, ומכאן שאין דמיון מטעה בין השניים.

לטענת הנתבעים, הסימן "מומרמולץ", כהלחמה של שתי מילים שגורות ונפוצות, הנו שם תיאורי, וככזה, מוגבלת ההגנה שלו על פי דיני הקניין הרוחני לנסיבות בהן נלווית לסימן משמעות נוספת, ולנסיבות בהן היה הסימן מושא להעתיקה מדויקת בלבד.

לטענת הנתבעים, התובעים לא הוכיחו כי נוצר להם ולשירותיהם מוניטין, עד כי ציבור הלקוחות מזהה את השם המסחרי "מומלצימר" ומשייך אותו למבקשים. התובעים לא הוכיחו שקיים חשש סביר להטעיה, כי צרכן אשר רוכש שירותים של הנתבעים עשוי להתבלבל ולסבור בטעות כי הוא רוכש שירותי התובעים, במיוחד לאור העובדה שקהל המפרסמים הוא קהל מקצועי, היודע היטב היכן הוא רוכש שירותי פרסום, ולאור העובדה שהמפרסמים נוהגים לרכוש שירותי פרסום מכמה אתרים במקביל. כאשר מדובר בשוק רווי, צפוף ותחרותי, כל שינוי בסימנים, בשמות ובעיצוב הוא בעל משמעות, המונעת הטעיה.

לדעת הנתבעים, העובדה שהסכם החלוקה ציין מפורשות כי התחרות בין הצדדים תהא מותרת, ואף הכיר בכך שפעילויות הנושאות שמות דומים תועברנה לשני הצדדים (כגון צימרדיל לתובע וצימחיר לנתבע, מסעדות 4 יו לתובע וספא 4 יו לנתבע), מובילה למסקנה כי הצדדים הכשירו דמיון וקרבה בין השמות השונים בהם יעשו שימוש.

הנתבעים מוסיפים וטוענים כי אף התובעים הפרו את זכויות הנתבעים באתר "קופונופש", הפועל בשם המתחם www.cpn.co.il ובגיננו נרשם סימן מסחר, אשר הזכויות בו הועברו לידי הנתבעים על פי הסכם החלוקה, כאשר הקימו התובעים, בשם המתחם www.cpe.co.il, אתר בשם "קופון חופש", אף שלימים שם האתר שונה ל-"קופונימילה קופונים לחופש", באותו שם מתחם. טענה זו אף היא אינה חלק מן המחלוקת כפי שהוגדרה על ידי הצדדים, אלא יכולה לשמש, לכל היותר, אינדיקציה להתנהגות התובעים.

הנתבעים טוענים כי לאחר שהגישו, ביום 11/11/09, את בקשת רישום סימן המסחר "צימר מומלץ", רכשו התובעים, ביום 22/11/09, את שם המתחם www.zimermumlaz.co.il, והקימו בו אתר אשר יקשר את הגולשים ברשת האינטרנט לאתר "מומלצימר". אישור על מועד רישום שם המתחם צורף כנספח 7 לתגובת הנתבעים, והעתק מדף הבית של אתר זה צורף כנספח ה' לכתב התביעה (ויובהר כי התובע הציג בכתב התביעה אתר זה כאילו הוא אתר הנתבעים (!). לטענת הנתבעים, פעולה זו מעידה על חוסר תום לבם ואי ניקיון כפיהם של התובעים הפועלים על מנת למנוע מן הנתבעים תחרות הוגנת. כמו כן, טוענים הנתבעים כי אם ידעו התובעים על קיומו של אתר הנתבעים עוד בחודש נובמבר 2009, הרי שהם פעלו בשיהוי עת הגישו את התביעה ואת הבקשה למתן צו מניעה זמני רק בחודש ינואר 2010.

דיון והכרעה:

- השאלה העיקרית המוטלת על הכף במחלוקת שלפני, הנה האם מעשי הנתבעים, בהשתמשם במילים "צימר מומלץ" - הצימרים המומלצים ביותר בישראל" במסגרת אתר האינטרנט שלהם, ובמסגרת הבקשה לרישום סימן מסחר, נופלים בגדריה של עוולת גניבת העין, כלפי התובעים, בעלי אתר האינטרנט בשם "מומלצימר", וסימן מסחר בשם זה.

-

עוולת גניבת העין אשר עוגנה בעבר במסגרת סעיף 59 לפקודת הנזקין [נוסח חדש], קבועה היום בסעיף 1(א) לחוק העוולות המסחריות שהתקיימו ט-1999 (להלן: "חוק העוולות המסחריות"), בזאת הלשון:

"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."

-
להיווצרותה של עוולת גניבת העין דרושים שני תנאים מצטברים : האחד, מוניטין שיש לטובין של התובע או לשירותים שלן והשני, חשש סביר כי טובין או שירותים שמציע התובע לציבור מטעים את הציבור לסבור כי הם טובין או שירותים של התובע או שהם קשורים אליו (ע"א 5792/99 תקשורת וחינוך דתי-יהודי משפחה (1997) בע"מ - עיתון "משפחה" נ' א.ס.בי.סי פרסום, שיווק וקידום מכירות בע"מ - עיתון "משפחה טובה", פ"ד נה(3), 933, בעמ' 943, להלן: "עניין משפחה טובה").

סוגיית הדמיון המטעה מתעוררת בעת בחינת הפרתו של סימן מסחר רשום, על פי פקודת סימני המסחר [נוסח חדש], התשל"ב-1972, טענה אשר כאמור לא הועלתה בעניין שלפני. המבחן לקיומו של דמיון מטעה בעילה של הפרת סימן מסחר זהה בעיקרו לזה הנוהג לגבי יסוד ההטעיה בעוולת גניבת העין (רע"א 5454/02 טעם טבע (1988) טיבולי בע"מ נ' אמברוזיה סופהרב בע"מ, פ"ד נז(2), 438, 450, להלן: "עניין טעם טבע"). הגיונם של דינים אלה ומטרתם דומים הם, וניתן לשאוב הלכות מן התחום האחד לתחום האחר (עניין משפחה טובה לעיל, בעמ' 943).

במקרה לפנינו, לא נטען בתביעה דנא לדמיון מטעה בין שני סימני המסחר, אך למעלה מן הצורך אומר כי על פני הדברים לא מתקיים דמיון מטעה ביניהם.

לצורך בחינת הדמיון המטעה, במקרים של הפרת סימני מסחר, פיתחה הפסיקה שלושה מבחנים עיקריים, שזכו לכינוי "המבחן המשולש": מבחן המראה והצליל; מבחן סוג הסחורות וחוג הלקוחות; ומבחן יתר נסיבות העניין (עניין טעם טבע, עמ' 451 - 453). אותם המבחנים יכולים לשמש גם, כאמור, לבדיקת חשש סביר להטעיה בעוולת גניבת העין (רע"א 4322/09 ש.א. פורמט סחר ושירותים (1994) בע"מ ואח' נ' א.ש. שניר בע"מ, תק-על 2009(3), 1549, להלן: "עניין ש.א.").

יחד עם זאת, קיים הבדל חשוב בין שתי העילות. בעילה של הפרת סימן מסחר נעשית השוואה בין הסימנים בכללותם, אולם במנותק ממכלול הפעילות של התובע, ובעוולת גניבת העין, לעומת זאת, מושא הבחינה הוא התנהלותו הכוללת של התובע, והשאלה הנבחנת היא האם יש בהתנהלות זו, בהתחשב בכל רכיביה, כדי להקים חשש סביר להטעיה הציבור (עניין טעם טבע, בעמ' 450 - 451; ע"א August Storek KG 11487/03 נ' אלפא אינטואיט מוצרי מזון בע"מ, מיום 23/3/08, פורסם במאגר נבו; וראו רע"א 6658/09 מולטילוק בע"מ ואח' נ' רב בריח תעשיות בע"מ ואח', תק-על 2010(1), 385, פסק דינו של כבוד השופט גרוניס, אשר ניתן ביום 12/1/10, ימים ספורים בטרם קיום הדיון בתביעה שלפני, וטרם מתן פסק דין זה, להלן: "עניין רב בריח").

כך למשל, **בעניין ש.א.** הנ"ל, מצא בית המשפט העליון כי סימן המסחר הרשום "Gold Label" לא הופר, משום שלא היה דמיון מטעה בין סימן המסחר הרשום לבין הסימן שנטען כי הוא מפר "Gold 55", אך במכלול הנסיבות נמצא כי קיים דמיון משמעותי בין המוצרים המקיים חשש סביר להטעיית הלקוחות, במסגרת מבחני עוולת גניבת העין.

עוולת גניבת העין מעניקה הגנה למוניטין, לזמן בלתי מוגבל, אך אין בה כשלעצמה כדי ליצור זכויות מונופול הפוגעות בתחרות החופשית ובחופש העי סוק. על התובע מוטל הנטל להוכיח כי אכן רכש את המוניטין אשר עליו הוא חפץ להגן, ולהראות כי השם, הסימן או התיאור רכשו להם הוקרה והכרה (Reputation) בקהל, ושהקהל התרגל לראות בסימן, בתיאור ובשם את ציון עסקו של התובע. המדובר בשאלה עובדתית, המעמידה קושי מעשי בלתי מ בוטל בפני התובע. אם לא יעמוד התובע בנטל זה, תדחה תביעתו מבלי שבית המשפט יידרש לניתוח השאלה, אם מעשי הנתבע מהווים גניבת עין. אם התובע יוכיח שאכן רכש מוניטין באופן שהציבור מזהה את המוצר עם המקור, רק אז תידון שאלת הדמיון וההטעיה (ע"א 18/86 מפעלי זכוכית ישראלים פניציה בע"מ נ' Les Verreies de Saint Gobain, פ"ד מה(3), 224, להלן: "**עניין פניציה**"; ע"א 307/87 מ. וייסברוד ובניו ואח' נ' ד.י.ג. ביח"ר למצרכי חשמל בע"מ, פ"ד מ(1), 629).

ההכרעה אם מוצר או שירות רכשו מוניטין תבחן על פי נסיבותיו של כל מקרה ומקרה. עצם החיקוי לבדו אינו מלמד שהתובע רכש מוניטין במוצר. שימוש ממושך ונרחב יכול שיהיה בכוחו להוכיח את רכישת המוניטין, אך אין הוא תנאי מספיק. מהותו של השימוש שנעשה הוא החשוב. על התובע להוכיח כי נעשה שימוש כזה שהקונה בשוק מזהה את הסחורה כסחורתו שלו (עניין **פניציה לעיל**).

מן הגורמים שנמנו בפסיקה כמעידים על רכישת מוניטין: אורך זמן השימוש במוצר או בשירות, מידת הפרסום של המוצר או השירות, עלות הפרסום, המאמץ ליצור קשר מודע בין המוצר או השירות לבין הספק בעיני הצרכן, האם הציבור יחס חשיבות לזהות היצרן ולא רק לתכונות, לצורה או למבנה של המוצר או השירות; האם הביקוש למוצר או לשירות מושפע מהמיומנות ומההגינות של הספק, ועוד.

עוד נקבע בפסיקה, כי מקובל להבחין, הן לעניין גניבת עין והן לעניין סימני מסחר, בין ארבע סוגי שמות: שמות גנריים, שמות תיאוריים, שמות מרמזים, ושמות שרירותיים. עוצמת ההגנה המוענקת לשמות נגזרת מסיווגם לאחת מן הקטגוריות. ככלל, לשמות שרירותיים או דמיוניים תינתן ההגנה הרחבה ביותר, בעוד ששמות גנריים לא יזכו להגנה, ושמות תיאוריים יזכו להגנה במקרים חריגים בהם הוכחו נסיבות מיוחדות לפיהן השם רכש משמעות ייחודית היוצרת זיקה ישירה בינו לבין הטובין או השירות המסוימים ("אופי מבחין" או "משמעות שנייה"). (עניין **משפחה טובה לעיל**, פסקה 11; ע"א 3559/02 מועדון מנויי טוטו זהב בע"מ נ' המועצה להסדר ההימורים בספורט ואח, פ"ד נט(1), 873, להלן: "**עניין טוטו זהב**"). המבחנים בהם נעשה שימוש לקביעת אופיו המבחין של שם מסחר, דומים למבחנים שנקבעו בפסיקה באשר לקיומו של מוניטין

בעניין **טוטו זהב** לעיל, יצא בית המשפט העליון מנקודת הנחה כי כאשר נלוות לסימן המסחר הרשום מילים נוספות או איורים, אין מדובר עוד בשימוש בסימן "זזהה" אלא בסימן הדומה לסימן המסחר הרשום, ולפיכך נדרשת הוכחת הטעיה על פי המבחנים המקובלים בפסיקה. יתכן ותוספת מסוימת, מילולית או ויזואלית, תקנה לשם אופי המבדיל אותו משם המסחר הרשום עד כי יהיה בכך כדי לאיין את החשש מפני הטעיה הציבור. אולם לא כל תוספת תקיים את התכלית האמורה, אלא דרוש כי תהיה זו תוספת דומיננטית, בעלת משמעות, שיש בה כדי לבטל את הדמיון התודעתי בין הסימן לסימן המסחר הרשום. כמו כן, קיימת חשיבות לעיצוב ולמראה של הסימן (וראה גם רע"א 7836/09 ג.ו.פ. **שמש השקעות בע"מ ואח' נ' נעמה מנשה**, תק-על 2009(4), 3698, להלן: **"עניין שמש"**).

גם במקרים בהם זוכה שם תיאורי להגנה מכיוון שהוכח שהוא רכש משמעות נוספת, היקף ההגנה יהיה מצומצם יותר מזה העשוי להינתן לשמות מרמזים או שרירותיים. גם אם יוכח לבית המשפט כי מילה שכיחה זכתה למשמעות משנית המקנה זכות לעוסק פלוני, גם אז תוגבל ההגנה לשימוש באותה מילה בלבד, אך לא לצירופים שונים הכוללים אותה או להטיותיה. המשפט לא יתיר לפלוני להפקיע מילה מן השפה לטובת עסקו, ומכאן שבית המשפט מחויב בזהירות- יתר בעניין (עניין **שמש** לעיל; עניין **משפחה טובה**, פסקה 14).

מן הכלל אל הפרט:

עובדות

סימן המסחר של התובעים נרשם כצירוף המילים של "מומלץ" ו-"צימר" בדרך של הלחמת המילים לכדי מילה אחת - "מומלצימר", וללא עיצוב גרפי מיוחד. עם זאת, אין אנו עוסקים בבחינת הפרתו של סימן המסחר, אלא בשאלה האם במעשי הנתבעים, בהקמת אתר האינטרנט "צימר מומלץ - הצימרים המומלצים ביותר בישראל", וברישום סימן מסחר בשם זה, ללא הלחמת מילים ותוך שימוש בעיצוב גרפי ייחודי, יש משום גניבת עין כלפי התובעים. וכאמור, בעוולת גניבת העין מושא הבחינה הוא התנהלותו הכוללת של הנתבע, בהתחשב בכל רכיביה.

המדובר בשני אתרי אינטרנט מתחרים, הפונים לחוג לקוחות מוגדר, בעלי צימרים וחדרי אירוח, ומעניקים להם שירותי פרסום במסגרת האתר. האתרים מיועדים לקשר בין המפרסמים ובין קהל הלקוחות הפוטנציאליים של המפרסמים, כאשר הגישה למידע המוצג באתרים היא, בדרך כלל, באמצעות חיפוש אינטרנטי שציבור הגולשים מבצע בחפשו אחר שירותים מן הסוג המוצע במסגרת האתר. לדברי הצדדים עצמם, מדובר בשוק רווי מתחרים, וישנם אתרים רבים העוסקים בפרסום צימרים וחדרי אירוח, באופן דומה, ואתר התובעים אינו בעל ייחוד מסוים לעומת אתרים אחרים, מלבד שמו.

בהסכם החלוקה שנחתם בין התובע ובין הנתבע לשם הפרדת הפעילות המשותפת, התירו הצדדים תחרות ביניהם. הצדדים אכן הכירו בהיתכנות כפילות בפעילויות שכל אחד מהם יבצע, במסגרת אתרי אינטרנט שונים, ואף בהיתכנות שימוש בשמות דומים לאתרי האינטרנט.

כמפורט לעיל, בעוולת גניבת עין, שתיים הן השאלות שעלינו להכריע בהן: האחת, האם הוכח מוניטין לאתר האינטרנט של התובעים; במידה והתשובה לשאלה זו תהא חיובית, יהא עלינו לענות על השאלה השנייה, האם קיים חשש סביר להטעיית הציבור, באופן שהציבור עלול לסבור שאתר האינטרנט של התובעים הוא אתר האינטרנט של התובעים.

מוניטין

כדי לעמוד במשוכה הראשונה, ולהוכחת קיומו של יסוד המוניטין בעוולת גניבת העין, על התובעים מוטל הנטל להראות כי אתר "מומלצימר" רכש מוניטין, כעניין הדורש הוכחה עובדתית.

מוניטין הוגדר בפסיקה כ- **"תדמיתו החיובית של המוצר בעיני הציבור, אשר הודות לה קיים שוק של לקוחות בכוח, אשר מעוניינים ברכישתו"**. הפסיקה הבחינה גם בין שני סוגי מוניטין: הסוג הראשון, קשור למוניטין של היצרן מכוח תדמיתו החיובית; הסוג השני קשור למוצר עצמו, מכוח שמו הטוב, גם אם היצרן אינו מוכר לציבור (ראה ע"א 945/06 General Mills Inc. נ' **משובח תעשיות מזון בע"מ ואח'**, תק-על 2009(4), 9, וההפניות בפסקה 8 שם, להלן: **"עניין אפרופו"**).

הרמת הנטל להראות כי היצרן או המוצר רכשו מוניטין אינה בלתי אפשרית בנסיבות העניין, ואדגים באילו אמצעים ניתן לעשות כן, בהקשר של אתר אינטרנט.

בהקשר של מוניטין לאתר האינטרנט עצמו, ניתן היה, למשל, להביא נתונים על אודות כמות הכניסות לאתר התובעים, להציג את פופולאריות האתר במנועי חיפוש שונים, להראות כי ישנם קישורים בלתי ממומנים מאתרים אחרים שאינם של התובעים, הממליצים להיעזר בשירותי האתר, להביא אינדיקציות לכך שגולשי האינטרנט מעדיפים את אתר "מומלצימר" על פני אתרים אחרים, ולהביא נתונים אודות מספר המפרסמים באתר התובעים, פריסתם הגיאוגרפית, על כמות הפרסומים באתר התובעים לעומת פרסומים באתרים אחרים, ועוד.

בהקשר של קיום מוניטין לתובעים כ"יצרנים" של אתר האינטרנט, הסוגיה מעט מורכבת יותר. אמנם, במקרים מסוימים נקבע בפסיקה כי אין חשיבות לזיהויו של המוצר עם יצרן ספציפי ואין צורך בהיכרות עם בעל הזכות במוניטין (ע"א 498/66 **"דוחן" חברה לייצור ושיווק בע"מ נ' "יצהר" חרושת שמנים בע"מ**, פ"ד כ(4), 600). כך גם בתחום האינטרנט, הרחב כל כך, כאשר יתכנו מקרים בהם קהל גולשי האינטרנט יהיה אדיש לחלוטין לזהותו של ספק המידע (כאשר, למשל, מדובר במידע טכני, עובדתי), משום שהדגש הוא על מהירות וקלות איתור המידע, ופחות על מקור המידע. אולם יהיו מקרים שבהם תתכן חשיבות לזהות ספק המידע, והדבר רלוונטי לאתרי אינטרנט הכוללים מידע שהוא בגדר הערכה, המלצה, חוות דעת או כלי עזר מיוחדים. אתר אינטרנט המביא לציבור הגולשים מידע מסוג כזה, ומבקש לחסות בצל הגנתם של דיני התחרות העסקית, עשוי להראות כי רכש די מוניטין משום שהוא מספק לגולשים מידע אמין, איכותי, בדוק, ואף הפך לבעל שם כ"בר סמכא" בתחום, ביחס לאתרים אחרים.

הימצאותו של אתר האינטרנט "מומלצימר" במופע ראשון, או באחד מן המופעים העליונים ברשימת תוצאות החיפוש באתר Google אינה חזות הכל, ואינה יכולה ללמד, כשלעצמה, על קיום מוניטין לעסקם של התובעים.

בנסיבות העניין, התובעים לא הרימו נטל זה, ולא הוכיחו קיומו של מוניטין לאתר האינטרנט, לא מן הסוג הראשון ולא מן הסוג השני, באופן הנדרש לשם הוכחת יסוד זה בעוולת גניבת העין. התובעים לא עשו שימוש באף אחד מן הכלים המוצעים לעיל, אלא הסתפקו בציון מיקומו של האתר ברשימת התוצאות של אתר Google בחתכי חיפוש מסוימים, ובכך אין די.

משקבעתי כי לא עלה בידי התובעים להוכיח קיומו של מוניטין, למעשה אין כל צורך לבחון אם מתקיים חשש סביר להטעיה בין אתרי האינטרנט של התובעים ושל הנתבעים. אך להלן יוסבר בקצרה מדוע, גם אם הייתי נדרש לבחינה זו, יסוד זה אף הוא אינו מתקיים בענייננו.

חשש סביר להטעיה

עוולת גניבת העין נועדה להגן מפני הפקת רווח מהמוניטין של המוצר או של היצרן על ידי מכירת מוצרים הנחזים להיות המוצר עצמו או של היצרן. רווח זה עשוי להתקיים רק מקום בו יש חשש כי הצרכן מוטעה לחשוב כי המוצר שהוא קונה קשור למוצר או ליצרן בעל המוניטין. האם ישנו חשש להטעיה בין אתר האינטרנט של התובעים, במסגרתו נעשה שימוש בסימן המסחר של התובעים, ובין אתר האינטרנט של הנתבעים, במסגרתו נעשה שימוש בסימן המסחר המבוקש לרישום על ידם?

את הסימנים והשימוש בהם במסגרת אתרי האינטרנט יש לבחון בכללותם, ולא לפרקם לגורמים. בהקשר של סימני מסחר (ועל הקרבה בין מבחני הדמיון המטעה בדיני סימני המסחר ובין מבחני החשש הסביר להטעיה בעוולת גניבת העין עמדתי לעיל), נקבע בפסיקה כי בבחינת קיומו של דמיון מטעה אין לפרק את הסימן לגורמיו, וכי יש להשוות את הסימן האחד בשלמותו לסימן האחר בשלמותו, ולבחון האם הדמיון בין שני המכלולים עולה כדי דמיון מטעה (ע"א 1123/04 Canali S.P.A. 'n' Jean CO Canal, תק-על 2005(1), 1029).

רישומו של סימן מסחר על השם "מומלצימר" אינו מעניק לתובעים הגנה מוחלטת, מפני כל שימוש במילה "מומלצימר", במילה "צימר" או בשתי המילים גם יחד. ניתן לומר כי המילה "צימר" היא מילה גנרית, המתארת חדר אירוח כפרי, ולמעשה זהו סוג של מוצר. המילה "מומלצימר" היא מילה תיאורית. כפי שהוסבר לעיל, למילה גנרית לא ניתנת כלל הגנה, ולמילה תיאורית ניתנה הגנה מפני העתקה רק במקרים חריגים במיוחד. בענייננו מדובר במילים השגורות בשפה, ויהא זה קשה מאוד להמליץ על צימרים, מבלי להשתמש במילה "צימר" או במילה "המלצה" על נגזרותיה. בנסיבות אלה, לא ניתן להעניק לתובעים הגנה גורפת, אשר תמנע מכולי עלמא לעשות שימוש במילים אלו. על כן, לטעמי, הסימן "מומלצימר" ראוי להגנה מצומצמת, המונעת העתקה של ממש, או שימוש זהה במילים המולחמות, באותו סדר ובאותו אופן כפי שנעשה על ידי התובעים, ולא מעבר לכך. אך כאמור, אין עסקינן בשאלה אם הופר סימן מסחר זה, או מה היקף ההגנה

שהוא ראוי לה במסגרת דיני סימני המסחר, אלא בשאלה האם קיים חשש סביר להטעיה בין שני סימני המסחר (הרשום, והמבוקש לרישום) ובין אתרי האינטרנט העושים שימוש בסימני המסחר.

באתרים מן הסוג הנדון, משתמשים שני קהלים שונים מן הציבור. האחד, קהל המפרסמים, בעלי הצימרים. קהל זה נמנה על חוג לקוחותיו המקצועיים של אתר האינטרנט, הנעזרים בו לרכישת שירותי פרסום ולהגדלת החשיפה של המוצר שברשותם. השני, קהל הגולשים ברשת האינטרנט, התרים אחר מידע רלוונטי שיובילם לחדר אירוח העונה על דרישותיהם וטעמם. אתר האינטרנט מהווה למעשה צינור המקשר בין בעלי הצימרים, המפרסמים באתר, ובין קהל לקוחותיהם הפוטנציאליים של בעלי הצימרים. ביחס לאיזו מן הקבוצות עלינו לבחון את השאלה האם מתקיים חשש סביר להטעיה בין שני אתרי האינטרנט? כפי שיוסבר ויפורט להלן, אין צורך להכריע בשאלה זו, משום שלטעמי, חשש סביר להטעיה בענייננו אינו מתקיים כלל, לא ביחס לקהל המפרסמים, ולא ביחס לקהל הגולשים.

קהל המפרסמים הוא חוג מוגדר וספציפי, של בעלי צימרים וחדר י אירוח, הנוהג לשכור שירותי פרסום מכמה מקורות שונים. ניתן להניח שקהל המפרסמים, המתקשר באופן ישיר עם העומדים מאחורי אתר האינטרנט, ואינו נחשף לאתר האינטרנט בלבד, ככל הגולשים, יודע היטב עם מי הוא מתקשר והיכן הוא רוכש שירותי פרסום. מדובר בקהל מקצועי ומיומן דיו, היכול לדעת שמדובר באתרי אינטרנט שונים המתחרים ביניהם במתן שירותים דומים (לרלוונטיות שאלת המיומנות של חוג הלקוחות ראה עניין **וייסברוד** ועניין **ש.א.** לעיל). מכאן, שאין חשש סביר להטעיה של קהל המפרסמים, בעלי הצימרים. בהקשר זה אציין כי למעשה, מבחינת קהל המפרסמים, קיום תחרות חופשית בין נותני שירות בתחום הפרסום היא מבורכת ורצויה, והטלת הגבלות על התחרות עלולה לפגוע דווקא בקהל זה.

הטעיה כלפי קהל גולשי האינטרנט אף היא אינה מתקיימת בנסיבות העניין, בשל ההבדלים בין סימני המסחר (זה הרשום וזה המבוקש לרישום), כפי שהם מוצגים באתרי האינטרנט של התובעים ושל הנתבעים. בענייננו, קיימים הבדלים מהותיים וצורניים בין אתרי האינטרנט ושמותיהם, מבחינה לשונית, מבחינת משמעותם, ומבחינה חזותית וגראפית; סימן המסחר האחד, אינו נושא כל ייחוד גרפי וסימן המסחר השני, הוא חלק ממשפט שלם, המאופיין בעיצוב גרפי ייחודי; האחד, עושה שימוש בהלחמתן של שתי מילים והשני, משתמש באותן מילים כשהן מפורקות זו מזו ובתוספת משפט נלווה; ייצוגם של הסימנים באתר האינטרנט ניהן בהבדלים בולטים, מבחינת הצבע והצורה, בעוד שבעמוד הבית של אתר התובעים הצבע הדומיננטי הוא אדום, ומעל השם "מומלצימר" מופיעים חמישה כוכבים בצבע זהוב, עמוד הבית של אתר הנתבעים מתאפיין בגרפיקה שונה וייחודית משלו, בגווני חום, עם סרגל קישורים בצד דף האינטרנט, בשילוב תיבות טקסט בנוסף על תמונות האתרים.

בהינתן הבדלים מהותיים וצורניים אלה בין האתרים, והשימוש שעושה כל אחד מן הצדדים בסימן המסחר שלו, אין חשש סביר לכך שציבור הגולשים באינטרנט יוטעה לחשוב שמדובר באותו אתר אינטרנט (השווה לרע"א 3577/09 **ביבי נ' אייץ אנד או אופנה בע"מ**, תק-על 2009(2), 3557, שם נקבע כי אין חשש סביר להטעיית הציבור בשל השוני הצורני שבין התוויות המוצמדות

לבגדים; וכן השווה לעניין **אפרופו** לעיל, שם נקבע כי ציבור הצרכנים מורגל מזה שנים ארוכות להבחין בין מוצרים בעלי עיצוב דומה ותכונות דומות, כאשר מדובר בעטיפות שונות, בפסקה 14 לפסק הדין). ציבור הגולשים מבין כי אותו המידע עשוי להיות מוצג ברשת האינטרנט, באופנים שונים, וממקורות שונים, וכפי שהוסבר לעיל בהקשר של מוניטין, הציבור אינו מייחס בהכרח חשיבות לזהות ספק המידע.

תום לבם של התובעים

לאחר שהגעתי למסקנה כי לא עלה בידי התובעים להוכיח קיומו של מוניטין לאתר האינטרנט, וכן לא הוכח קיומו של חשש סביר להטעיית הציבור, די בכך כדי לדחות את התביעה. אך ראוי לציין כי במעשי התובעים עצמם דבק רבב, במספר מובנים, כפי שיוסבר להלן.

עת נודע לתובעים על הקמת אתר מתחרה על ידי התובעים, אצו הם לרשום את שם המתחם www.zimermumlaz.co.il על שםם, ולהעלות בשם מתחם זה אתר אינטרנט, אשר יקשר את הגולשים באתר זה לאתר "מומלצימר". לא זו בלבד, אלא שבכותרת האתר, בדף הבית, התובעים רשמו את המילים "צימרמומלץ", במאפיינים גרפיים דומים לאלה המבוקשים במסגרת הבקשה לרישום סימן מסחר שהוגשה על ידי התובעים, ומתחתן את המילים "מחפשים צימר מומלץ? מומלצימר". כמו כן נרשם בכותרת דף הבית כי האתר הוא "מבית פרסום יעיל צחי כהן".

מן המעשים הללו ניתן ללמוד כי כוונת התובעים הנה למנוע מן התובעים תחרות הוגנת, וכי התובעים עצמם הם אלה שסבורים כי "כל האמצעים כשרים" בדרך למניעת התחרות העסקית בין הצדדים, אף אם שני הצדדים סכימו מרצונם החופשי להתיר את התחרות ביניהם, לאחר פירוד עסקים המשותף, במסגרת הסכם החלוקה.

חמור מכך, התובעים הסתירו עובדות אלה מעיני בית המשפט, כאשר ציינו כי שם מתחם זה אכן רשום על שםם, אך לא גילו את המועד שבו רכשו שם מתחם זה, ואף הציגו את אתר האינטרנט שהעלו הם עצמם בשם מתחם זה, במסגרת נספח ה' לכתב התביעה, כאילו היה הוא אתר התובעים, ולא אתר התובעים. התנהגות זו משליכה על ניקיון כפיהם של התובעים ומלמדת על חוסר תום לבם בהגשת הבקשה והתביעה.

לא זו אף זו, חל שיהוי ניכר בהגשת התביעה והבקשה לצו מניעה זמני. התובעים ידעו על הקמת אתר האינטרנט של התובעים עוד בחודש נובמבר 2009, ואף נקטו צעדים בתגובה לכך, כגון ברכישת שם המתחם הזהה לשם אתר התובעים, ובהעלאת אתר באותו שם מתחם, שיקשר לאתר "מומלצימר". התובעים לא הסבירו מדוע, אם סברו שסימן המסחר שלהם מופר על ידי התובעים, ושקיים חשש לכך שהאתר של התובעים יטעה את הציבור לחשוב שמדובר באתרם שלהם, לא פעלו התובעים להגשת התביעה והבקשה לצו מניעה זמני מייד עם היוודע להם קיומו של אתר האינטרנט המתחרה, ובחרו להמתין עם הפנייה להליכים משפטיים עד ליום 7/1/2010. בהקשר זה נמנעו התובעים מלפרט ב מסגרת התביעה והבקשה את התאריכים והמועדים הרלוונטיים, ואת

המועד שבו נודע להם לראשונה על ההפרה שארעה לטענתם, וגם בכך יש כדי להעיד על חוסר תום לבם של התובעים.

סיכום

- משלא הוכחו קיומם של יסודות עוולת גניבת העין, ומשקבעתי שהתובעים פעלו בשיהוי, תוך הסתרת עובדות רלוונטיות מאת בית המשפט, יש לדחות את התביעה.

לאור האמור לעיל, הנני דוחה את התביעה. צו המניעה שניתן בבש"א 73/10 מבוטל בזה.

הנני מורה כי התובעים ישלמו לנתבעים, כפיצוי בגין צו המניעה, סך של 15,000 ₪, וכן סך של 10,000 ₪ בצירוף מע"מ בגין שכר טרחת עו"ד והוצאות משפט.

ניתן היום, י"ט בשבט, תש"ע (3 בפברואר 2010), בהעדר הצדדים. המזכירות תמציא העתק פסק דין זה לב"כ הצדדים.

עאטף עיילבוני, שופט

054 נאווה צוברי א000008/10