

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 8441/04

בפני: כבוד השופטת א' פרוקצ'יה
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופטת ד' ברלינר

המערערת: Unilever Plc

נגד

המשיב: אלי שגב

ערעור על החלטתו של רשם סימני המסחר מיום 23.8.04 מספר 147319 שניתנה על ידי ד"ר מאיר נועם, רשם הפטנטים, המדגמים וסימני המסחר

בשם המערערת: עו"ד ד"ר שלמה כהן

בשם המשיב: עו"ד עמוס גיא

פסק-דין

השופטת ד' ברלינר:

1. בתאריך 8.3.01 הגיש אלי שגב (להלן: המשיב) בקשה לרשום סימן מסחר מעוצב שמספרו 147319 (מסוג 3): דמות יונה לבנה על רקע כחול, וכפות ידיים אוחזות את היונה במרכזה משני צידיה (להלן: הסימן המבוקש). לבקשה זו התנגדה חברה בשם Unilever Plc. (להלן: המערערת).

בתאריך 23.8.04 דחה רשם הפטנטים, המדגמים וסימני המסחר (להלן: הרשם) את התנגדותה של המערערת ואישר לרשום את הסימן המבוקש (להלן: ההחלטה).

על ההחלטה - הערעור שבפנינו.

רקע

2. המשיב הוא מנהל ובעל מניות בחברות העוסקות בייצור ושיווק מוצרי טיפוח וקוסמטיקה ("פלומה ים המלח בע"מ", "פלומה סבונים בע"מ", "מלחי יריחו בע"מ") את החברות ייסד בשנים 1998 ו-1999.

3. המערערת, הינה חברת חוץ שמקום מושבה בלונדון, בריטניה ופועלת בישראל באמצעות חברת ליוור ישראל בע"מ. המערערת מייצרת ומשווקת מוצרי היגיינה ותכשירי קוסמטיקה ברחבי העולם ובישראל. בין השאר, מייצרת ומשווקת סדרה של מוצרי טיפוח וסבונים תחת הסימנים Dove ודמות יונה. הכיתוב המעוצב Dove ודמות היונה מוטבעים על כל המוצרים בסדרת Dove, וסימניה רשומים ב- 80 מדינות בעולם. בישראל רשומים ומוכרים כסימני מסחר 110,886 (סוג 3), 111,229 (סוג 3), 111,228 (סוג 3).

נימוקי ההתנגדות

4. אליבא דהמערערת:

א. בסימן המבוקש - יונה האחווה בכפות ידיים - יש העתקה של הרעיון המרכזי של סימן המערערת.

ב. הטובין שלגביו התבקש רישום הסימן המבוקש, והטובין שלגביהם רשום סימן המערערת, הינם מאותו הגדר.

ג. בין הסימן המבוקש לבין סימן המערערת קיים דמיון מטעה או העלול להטעות את ציבור הצרכנים בנוגע למקורם האמיתי.

ד. סימנה של המערערת הינו סימן המוכר היטב.

ה. רישום ושימוש בסימן ושימוש בסימן המבוקש ידלל ויפגע במוניטין הייחודי שבסימן המערערת.

ו. ברישום ושימוש בסימן המבוקש יעשה המשיב עושר רב ולא במשפט על חשבונה של המערערת.

ז. רישום ושימוש בסימן המבוקש יגרום לתחרות בלתי הוגנת.

ח. המערערת בהתנגדותה הפנתה לסעיף 8(א) וכן להוראות סעיפים 11(6), 11(9), 11(13) ו-11(14) לפקודת סימני המסחר [נוסח חדש], תשל"ב-1972 (להלן: הפקודה) וטענה כי על פי כל אחד מהסעיפים הללו אין לרשום את הסימן המבוקש.

עיקרי ממצאיו של הרשם

בהכשירו את רישום הסימן המבוקש, קבע הרשם כדלקמן:

א. השימוש ביונה בסימן המסחרי, איננו בבחינת "רעיון" שעל כן הגדרתה של המתנגדת כי השימוש ביונה הוא "הרעיון המרכזי" היא "חזקה מדי". המונח הראוי לדעת הרשם הוא "מוטיב" - שמהוה ביטוי "צנוע" יותר (פסקה 30 להחלטה).

ב. אכן, שני סימנים יכולים להיות שונים לכאורה במראה, ועדיין המוטיב המרכזי שהם מעבירים לקהל הצרכנים יכול ויהיה זהה (פסקה 33 להחלטה). למרות זאת, שם הרשם את הדגש על איור היונה שהיא חלק מסימנה של המערערת בהבדל מרעיון או "מוטיב" היונה. לשיטתו- המרכיב הבולט לעין הצרכן בסימנה של המערערת והנתפס בזכרונו הוא בראש ובראשונה המילה *Dove* בגווני כחול, משולב בדמות ציפור פורשת כנף במעופה, ולא הציפור עצמה. לעומת זאת, בסימן המבוקש המרכיב המרכזי הדומיננטי הוא זוג כפות הידיים האוחזות ביונה. גם ללא האיור של זוג כפות הידיים, שמבחין את הסימן המבוקש באופן ברור ומובהק, לא היתה קיימת סכנת הטעיה, שכן היונה בסימן המבוקש שונה לחלוטין בתנוחתה ובמבנה שלה מזו של המערערת.

ג. כיוון שהדמיון נבחן על פי תמונה כללית בלבד שיתכן והצרכן נתקל בה בעבר- כמעין אסוציאציה- תופעת "הזיכרון הבלתי מושלם" - הצרכן במקרה הנוכחי לא יראה דמיון בין הסימנים בשל ההבדלים הרבים ביניהם.

ד. כנתון עובדתי, במוצרי *Dove* הושקעו סכומים עצומים בפרסום, הם "נהנים מהצלחה ומהיקף מכירות גדול במיוחד" וניתן לומר כי "אכן מדובר באחד המותגים החזקים בעולם בשוק הרלוונטי מבחינת הכרה והצלחה מסחרית" (פסקה 67).

ה. כיוון שכך, סימני המערערת, הכוללים את המילה *Dove* במשולב עם דמות היונה המופיעה בקטן מעל האות "V" במילה *Dove*, הינם סימנים מוכרים היטב

כמשמעותם בפקודה. לעומת זאת, סימני המערערת בהם דמות יונה בלבד - אינם סימנים מוכרים היטב כמשמעותם בפקודה. כיון שהמילה Dove היא מרכז סימני המתנגדת- יש מקום לבדוק את המילה מבחינה לשונית, ולהיעזר לשם כך במילונים שונים. הקהל הישראלי- כך, לדעתו של הרשם- אינו דובר אנגלית כשפת אם, וסביר כי הוא מכיר יותר את המילה Pigeon כתרגום מילולי של המילה יונה ולא את המילה Dove - בדיקה מילונית מצביעה על כך כי השימוש במילה Dove פחות נפוץ מהמילה Pigeon (פסקאות 52-54 להחלטה).

ו. "הטובין" אשר לגביהם התבקש רישום הסימן המבוקש הם מאותו הגדר טובין אשר אליו משתייכים הטובין אשר לגביהם נרשמו סימני המערערת.

ז. אולם, צינורות השיווק, וסוג הלקוחות בהם משווקים הסימנים הינם שונים. מוצרי Dove הינם מוצרי צריכה יום יומיים, הנרכשים בדרך כלל בסופרמרקטים ובבתי המרקחת, ע"י לקוחות שאינם משקיעים מחשבה בקנייתם. המשיב לעומת זאת, משווק את מוצריו באינטרנט, בספא ובטלוויזיה. צינורות שיווק אלה מכתיבים קהל לקוחות ספציפי המשקיע בקנייתם, הן מחשבה והן כסף, שכן מדובר במוצרים יקרים יותר בשיעור ניכר.

ח. בעל סימן מסחר זכאי לתמריץ עבור ההשקעה הרבה בהחדרת סימנו לתודעת הצרכן. יחד עם זאת, הגבלת המתחרים באמצעות דיני הקניין הרוחני בכלל, וסימני המסחר בפרט צריכה להיות מידתית הוגנת וסבירה. הגנה על מוטיב בסיסי, כגון הגנה על דמות בעל כנף, וניכוסה לטובת יישות משפטית כלשהי, כאשר לא קיימת סכנת הטעיה או קשר תהיה מנוגדת לאינטרס הציבור לכל מושכלה והיגיון משפטי בסיסי (פסקאות 83-84).

ט. המשיב פעל בתום לב בכך שהמתין עד למתן ההחלטה על מנת לדעת אם יכול להתחיל ולהשתמש בסימן המבוקש. מהתנהלותו ניתן להסיק כי לא היה לו רצון להיבנות ממוניטין המערערת.

י. על פי כלל המבחנים שבפקודה והפסיקה - לא קיים דמיון מטעה בין הסימנים שעל כן, כאמור ההתנגדות נדחתה.

דיון והכרעה

6. דעתי היא כי טעה הרשם במסקנותיו, ולשיטתי לא היה מקום להורות על רישום הסימן המבוקש בפנקסי הרשם.

המבחנים ואמות המידה, פורטו כולם על ידי הרשם בהחלטתו. אלא, שבאופן ישומם נפלה שגגה שהביאה לכך שהתוצאה הסופית - איננה משקפת נכונה את העובדות שהוכחו.

מוקד הטעות, מצוי בהתייחסות של הרשם לנושא "הרעיון המרכזי". הרשם הכיר בכך שהרעיון המרכזי יכול ויהיה זהה הגם שצורתו הגראפית של הסימן המבוקש שונה, וכי רעיון מרכזי ראוי להגנה (אם עמד בקריטריונים המבוקשים). עדיין, בבוחנו את הסימנים שבענייננו, התמקד בהבדלים החזותיים, גלש גם להבחנות לשוניות, והרושם הוא שהתמונה הכללית הלכה לאיבוד בין הפרטים.

7. אלה, הסעיפים אליהם הפנתה המערערת בהודעת ההתנגדות לענין מניעת רישום:

8. סימנים כשרים לרישום

(א) אין סימן כשר לרישום כסימן מסחר אלא אם יש בו כדי להבחין בין הטובין של בעל הסימן לבין הטובין של אחרים (להלן - בעל אופי מבחין).

11. סימנים שאינם כשרים לרישום
סימנים אלה אינם כשרים לרישום:

...

...

(6) סימן שיש בו כדי להטעות את הציבור, סימן המכיל ציון מקור כוזב וסימן המעודד התחרות בלתי הוגנת במסחר;

...

(9) סימן הזוהה עם סימן שהוא שייך לבעל אחר וכבר הוא רשום כפנקס לגבי אותם טובין או טובין מאותו הגדר, והוא הדין בסימן הדומה לסימן כאמור עד כדי שיש בו להטעות;

...

(13) סימן שהוא זהה או דומה עד כדי להטעות לסימן מסחר מוכר היטב אף אם אינו מסחר רשום, לענין טובין שלגביהם מוכר הסימן היטב או לגבי טובין מאותו הגדר;

(14) סימן שהוא זהה או דומה לסימן מסחר מוכר היטב שהוא סימן מסחר רשום, וזאת אף לגבי טובין שאינם מאותו הגדר, אם יש בסימן המבוקש לרישום כדי להצביע על קשר בין הטובין שלגביהם מבוקש הסימן

לבין בעל הסימן הרשום ובעל הסימן הרשום עלול להיפגע כתוצאה משימוש בסימן המבוקש.

בדיקת העובדות בתיק, מצביעה על כך שכל אחד מן הסעיפים דלעיל, הן סעיף 8 המגדיר את הפן הפוזיטיבי - סימנים כשרים לרישום, והן סעיף 11 המגדיר את חלופות הפן הנגטיבי - סימנים שאינם כשרים לרישום - מציב קושי בקבלת החלטתו של הרשם.

את הדיון אתחיל מחלופות סעיף 11 שכן ההגדרות שבו ספציפיות ודווקניות ודי בהתקיימותה של אחת מהחלופות כדי לפסול את הרישום.

המשותף לכל החלופות שצוטטו לעיל (וגם לחלופות נוספות שבסעיף 11) הוא פוטנציאל ההטעיה המצוי בסימן המבוקש. לענייננו ההטעיה הנטענת, היא בהעתקת הרעיון המרכזי בסימניה הרשומים של המערערת - המילה *Dove* ודמות יונה.

סעיף 9(11) לפקודה - סימן זהה או דומה

8. ההגנה המצויה בסעיף זה פורסת כנפיה הן על הצרכן, לבל יוטעה לחשוב כי המוצרים הנושאים את הסימן מקורם במקור שונה ממקורם האמיתי, והן על בעל הסימן הרשום, הזכאי שסימנו לא ינוצל על ידי מתחרה עסקי המנסה להיבנות מההוקרה וההכרה לה זכה הסימן הרשום בקרב ציבור הצרכנים (ר' ע' פרידמן, סימני מסחר דין, פסיקה ומשפט משווה, (מהדורה שניה) (הוצ' פרלשטיין-גינור) פרק 6 עמ' 223).

בבג"צ Aktiebolaget Astra 178/57 נ' הרשם הכללי, פ"ד יב(1) 708, בעמ'

712 הבהיר הש' לנדוי מטרתו וחשיבותו של סעיף זה:

"הוראת החוק האוסרת רישום סימן, שיש בו משום סכנת ערבוב עם סימן אחר שכבר נרשם מקודם, תכליתה כפולה: ראשית, למנוע נזק מסחרי לבעל הסימן הרשום, עקב טעות הקונה, העלול לקנות את סחורת המתחרה בחושבו שהוא קונה את סחורת בעל הסימן הרשום. שנית, פגיעה בציבור הקונים או המשתמשים בסחורה, עקב אותה סכנת ערבוב בין שני מוצרים המסומנים בסימנים דומים."

בנוסף:

"להוראה זו אפקט הרתעתי שנועד להניח תמרור אזהרה בפני סוחרים חדשים לבל יפלו לאזורים המוגנים בדין. גורם הבוחר סימן דומה עד כדי להטעות לסימן מסחר הרשום בדין, פועל בדרך כלל מתוך רצון להיבנות מהתדמית החיובית ומהמוניטין שנודע לסימן המסחר הרשום."
(ע' פרדימן, לעיל, בעמ' 223-224).

9. המבחן להיותו של סימן דומה או זהה לסימן מסחר רשום מזכיר באופיו את מבחן האדם הסביר או האדם מן הישוב המוכר לנו מתחומים אחרים. "... ואבן הבוחן היא, אם אנשים מן הציבור, בעלי תבונה רגילה, הפועלים בזהירות מקובלת, עלולים לטעות ולבלבל את התוצרת של הצדדים." (בג"צ 476/82 אורלוגד בע"מ נ' רשם הפטנטים, המדגמים וסימני המסחר, פ"ד לט(2) 148, 158; ר' גם ע"א 210/65 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' בנק "אגודת ישראל" בע"מ, פ"ד יט(2) 373, 377).

הנה כי כן, האדם הסביר הוחלף בצרכן הסביר, והרעיון הוא אותו רעיון. המבחנים המספקים את התשובה לשאלה האם אותו צרכן סביר יוטעה- גובשו זה מכבר הן בארץ והן בעולם וצברו פסיקה רבה. המבחנים פורטו בהרחבה בהחלטת הרשם תוך שהוא מפנה לפסיקה רלוונטית (ראה פסקאות 47-45 להחלטה) והם כוללים את מבחני המראה, הצליל, סוג הסחורות והלקוחות, צינורות שווק, שאר נסיבות הענין ומבחן השכל הישר. נהוג למיין את המבחנים הללו תחת 3 ראשים: מבחן המראה והצליל, מבחן סוג הסחורות וחוג הלקוחות, ומבחן שאר נסיבות הענין (ר' ע"א 210/65 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' בנק אגודת ישראל בע"מ, פ"ד יט(2) 673, בעמ' 675; פרו פרו ביסקויט (כפר סבא) בע"מ בע"מ נ' ל' פרומין ובניו בע"מ, פ"ד כג(2) 43, 48; רע"א 4196/93 שפע בר ניהול ושירותים (1991) בע"מ נ' שפע מסעדות ייצור ושיווק ארוחות מוכנות (1984) בע"מ, פ"ד מז(5) 165, 167). מבחן השכל הישר- מצטרף אליהם וניצב בפני עצמו. על עצם היותם של מבחנים אלה הפרמטרים לבחינת הטעיה - אין חולק.

נראה לי כי מלבד במבחן הצליל, הוכח כי הסימן המבוקש עומד בכל המבחנים המצביעים על קיומה של הטעיה.

מבחן השכל הישר

9. בחרתי להתחיל דווקא במבחן זה, שכן במובן מסוים הוא כולל בתוכו את כל המבחנים גם יחד, ומכל מקום הוא מביא לידי ביטוי את ליבת טענותיה של המערערת.

ברע"א 5454/02 טעם טבע (1988) טיבולי בע"מ נ' אמברוזיה טופהרב, פ"ד נז(2) 438,
 בעמ' 454-455 (להלן: ענין טעם טבע) נקבע כי:

"בבסיסו של מבחן זה עומדת העובדה, כי לעיתים מגלה סימן המסחר מסר רעיוני כלשהו, מעין אומנות קונספטואלית. במצבים כאלה, יש להשוות את מידת הדמיון בין הרעיונות המועברים על ידי שני הסימנים. במקרים בהם המסר הרעיוני העומד בבסיס סימנו של הנתבע זהה או דומה מהותית לזה העולה מסימנו של התובע, עשוי בית המשפט לראות בכך הפרה אף אם הסימנים שונים זה מזה בחזות ובצליל."

בהקשר זה:

"די במצב זה של "תהייה", שמא יש איזה קשר בין הסחורות המסומנות בשני הסימנים, כדי לפסול את הסימן השני."
 (בג"צ 197/51 קוקה קולה נ' השותפות ויטה והרשם הכללי, פ"ד ח(1) 774, 783)

וכן ראה C. Wadlow, *The Law of Passing-Off*, 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 1995 בעמ' 374 :

"If the idea of the mark" is the same in both cases, then the public may be led to believe that there is a connection between the two parties. The public is used to marks with a common theme being used on different goods from the same source, and to traders modifying their marks on their less essential details."

לאור האמור לעיל - ארשה לעצמי להוסיף את הדברים הבאים: לא נראה לי כי יכולה להיות מחלוקת על נכונותו של ההיבט הכולל, שבא לידי ביטוי במבחן ובציטוטים דלעיל. ניסיון החיים, שהוא אולי מקבילה של השכל הישר לענין זה, מצביע על כך שאדם קולט ככלל, תמונה שלמה, רעיון, ואינו יורד לפרטים. במיוחד כך כאשר מדובר בצרכן הסביר, ובמוצרי צריכה בסיסיים.

אם אין מדובר בהקשרים ברורים - כי אז הרעיון השלם נקלט במוחו משום שאי מי השקיע משאבים רבים בכדי שזו ולא אחרת, תהיה התמונה שאותה יזכור. גם זוהי מסקנה של שכל ישר. כך למשל, קשר בין בעל חי מסוים לטיפוח, היגינה וכיו"ב- אינו מובן מאליו. לאחר שבמוחו של הצרכן הוטבע קשר זה (כאמור באמצעות משאבים

רבים שהושקעו)- זוהי התמונה המצויה במוחו, ומכאן ואילך- אין משמעות רבה לצורה המדויקת בה מוגש לו הקשר: איור כזה או אחר, כיתוב כזה או אחר או שילוב של שניהם. ביטוי ממצה לרעיון זה ניתן למצוא בספרו של McCarthy כדלקמן:

"Similarity is not limited to the eye or ear. The mental impact of a similarity in meaning may be so persuasive as to outweigh any visual or phonetic differences. That is, the "psychological imagery evoked by the respective marks" may overpower the respective similarities of differences in appearance and sound... Even though the conflicting marks are totally dissimilar as to visual appearance and phonetic sounds, if their meaning is so similar that the ordinary buyer is likely to confuse meanings, then it may be likely that the buyer will confuse the marks."
(J. Thomas McCarthy, **On Trademarks and Unfair Competition**, 4th ed. (Deer field, IL: Clark Boardman Callaghan, c- 1996), p. 23-90-23-91).

כאמור, טענתה המרכזית של המערערת היא כי יש בסימן המבוקש העתקת הרעיון המרכזי בסימנה. העתקה שכזו מטעה או עלול להטעות (באמצעות הרעיון המרכזי שבה) את הציבור, בנוגע למקורם האמיתי של הטובין נושאי הסימן.

10. ואחרי שהדברים נאמרו - יש להגדיר מהו הרעיון המרכזי בכל אחד מהסימנים המדוברים. זאת, כדי לענות על השאלה האם התמונה שיוצר סימן המבוקש במוחו של הצרכן, זהה או דומה לתמונה המוכרת לו לאחר שהוטבעה במוחו על ידי המערערת, באופן שהוא עלול לטעות ולחשוב כי הוא רוכש את מוצריה של המערערת, בעוד שבפועל רכש את מוצרי המשיבה.

מהו הרעיון המרכזי בסימן המערערת?

11. לטענת המערערת הרעיון המרכזי במוצריה הוא בעל חיים, יונה, שבא לידי ביטוי הן בכיתוב - המילה Dove והן באיור - דמות יונה. טענתה העיקרית היא כי המשיב מעתיק את הרעיון המרכזי- יונה - כשלכך מתווספים גם הצבעים כחול ולבן המזוהים עם מוצרי Dove. כך שבאופן כללי התמונה היא זהה.

על דרך אבחנה בין שני הסימנים קבע הרשם כי הבולט לעין הצרכן בסימנה של המערערת, הוא בראש ובראשונה המילה Dove כשהיא משולבת בדמות הציפור פורשת כנפיים במעופה, ולא הציפור עצמה. עוד אמר כי גם אם ניתן היה לראות בדמות

הציפור בנפרד מרכיב מרכזי בסימנה של המערערת, ההתרשמות היא של ציפור במעוף, לאו דווקא יונה. כיוון שכך, אין באיור זה כדי למנוע מאחרים להגיש בקשות לסימני מסחר בקשר לבעלי כנף אחרים בדמות יונה, או דומה לה. מנגד, בסימן המבוקש, קובע כי המרכיב המרכזי והמוביל הוא זוג כפות הידיים האוחזות ביונה. כפות הידיים נמצאות פיזית במרכזו של הסימן. מיקומן וגודלן הופך אותן למוטיב המרכזי (עמ' 7-8 להחלטת הרשם). כיוון שכך "סימן המבוקש לא דומה כלל ועיקר לסימני המתנגדת ואין בו כדי להטעות" (פסקה 56).

12. צדק הרשם בקביעתו, באשר לכך שהמרכיב הבולט והדומיננטי לעין של המערערת הוא המילה *Dove* משולבת בדמות ציפור ולא הציפור בנפרד. אלא שהפרשנות שנתן לעובדה זו - מוטעית. כפי שהוסבר לעיל, הכפילות שבקיומן של המילה הכתובה והאיור זה לצד זה, באה כדי לחרוט היטב במוחו של הצרכן את הרעיון: יונה כמתקשרת למוצרי טיפוח. וכפועל יוצא מכך עם הטובין של המערערת. אדרבא, לו היתה דמות הציפור נבחנת בנפרד ובמנותק מהמילה *Dove*, יתכן ולא היה מקום להסיק שהרעיון המרכזי הוא יונה. אולם, השילוב בין השניים אינו מאפשר לצרכן דרכי מילוט: מי שלא קלט את המסר דרך האיור יקלוט אותו דרך הכיתוב, ולהיפך, מי שלא הבין את האיור - יבין את הכיתוב ובכל מקרה כשהם ביחד - היונה שולטת. זהו הרעיון אליו יש להשוות את הסימן המבוקש של המשיב.

מהו הרעיון המרכזי בסימנו של המשיב?

13. בסימן המבוקש מופיעה דמות יונה אחוזה בכפות ידיים. טענתו של המשיב היא כי באמצעות סימן זה ביקש "ליהנות מן הקישור לחברות לישראל ולשלוט" (סכומי המשיב עמ' 2). עוד טען כי הואיל ושמן של החברות שבבעלותו הוא "פלומה ים המלח" ו"פלומה טבונים בע"מ", הוא חיפש אחר סימן מסחר מתאים שייצג באופן הולם את שם החברה - ומשמעות המילה "פלומה" בספרדית, היא "יונה". לטענתו הוא היה מעוניין כי הסימן יהיה משויך עם מדינת ישראל, ועם תהליך השלום שהתנהל באותה תקופה. בתצהירו אומר המשיב כי בהתאם לכך, פנה לגרפיקאי וביקש ממנו לעצב לו "לוגו". לדבריו, "חשבתי על יונה בצבעי כחול לבן והוא הכין מספר סקיצות" (סיכומי המשיב בפני הרשם עמ' 2 פסקה 6) ו"מצא חן בעיני ביותר הסימן המוגמר שהוגש לרישום, אשר הוא לא אחר מביטוי גרפי של הרעיון הראשוני שלי ומטרתו כאמור ליצור קישור... לשם החברות- פלומה".

המשיב נשאל במפורש בחקירתו בפני הרשם האם הבחירה ביונה היתה מקרית ענה "לא, יונה נבחרה בגלל פלומה" (עמ' 20 לפרוטוקול מיום 15.1.04 ש' 19).

עוד העיד כי:

"ת. השם פלומה מאוד מצא חן בעיני... ופלומה בספרדית זה יונה ורציתי לעשות את המוצרים שלי, את הליין החדש פלומה עם יונה וזהו זה... אני יודע שפלומה זה יונה... ש. אמרת לו תשים יונה? ת. כן, בהחלט. אני רוצה שיהיה יונה, כי פלומה זה יונה. אתה רוצה שאני אשים עכבר או חתול על פלומה?" (עמ' 19 לפרוטוקול ש' 22-6).

על רקע האמור לעיל - אין ממש בטענה המאוחרת כי המסר המרכזי "הינו אותה אחיזה בכפיים כשהכפיים באות במקום כנפיים וניגודיות עזה בין היונה לכפיים" (עמ' 2 לסיכומי המשיב).

הכוונה היתה ליונה, המוטיב המרכזי הוא יונה. כך רצה המשיב, וכך נוצר הסימן.

14. ניתן לסכם את האמור עד כה כדלקמן:

טענתו של הרשם (עד לשלב זה) מתבטאת בכך שערך השוואה ויזואלית חלקית - איור מול איור. כיוון שהלך בדרך זו הגיע למסקנה כי ניתן לאבחן בין הסימנים משום שבסימן המשיב - המרכיב הבולט ביותר הן כפות הידיים, ועל כן הסימנים אינם דומים. אלא שבכך הלך רחוק יותר אפילו ממה שביקש המשיב. גם המשיב לא טען כי הרעיון הגלום בסימן המבוקש הוא הידיים בפני עצמן וכי ביקש לקשור בין הידיים לבין המוצרים שהוא משווק. אדרבא - בפי המשיב היו הסברים שונים, שהובאו לעיל, מדוע בחר בסמל היונה (ולא הידיים).

15. ובאשר לאותם הסברים: מדובר כאמור בשני הסברים; חילופיים או מצטברים: האחד העברת מסר של שלום, חברות, ישראל. השני - תרגום שם החברות שבבעלותו. פלומה- היא יונה. שני ההסברים אינם יכולים להוות משקל נגד לתמונה שמצטיירת מהבחירה ביונה כסימן מסחרי שישמש לשיווק מוצרי טיפוח דווקא. באשר למסר: גם אם רצה המשיב בקישור לערכים דלעיל - היונה היא שהיתה אמורה להביא אותם בכנפיה, והיא הרעיון המרכזי כאשר ישראל ערכי השלום והחברות הם אולי מסר סמוי.

כאשר לתרגום המילה פלומה: החברות שבבעלות המשיב הוקמו שנים לאחר רישום הסימן המסחרי Dove ולכן פלומה אינה יכולה להכשיר יונה.

מבחן המראה והפרטים הנבחנים

16. הטעות בדרך שהלך בה הרשם קרי ההשוואה הויזואלית החלקית מוליכה אותנו ישירות למבחן הבא מבין המבחנים שנמנו לעיל קרי מבחן המראה והפרטים הנבחנים. למעשה- מדובר בואריאציה על אותו נושא, עדיין להשלמת התמונה (תרתי משמע) מן הראוי להזכירו. גם הרשם התייחס למבחן זה, אלא שבדרך ישומו- נפלה שגגה. לא זו בלבד שהדמיון בין הסימנים צריך להיבחן כמכלול אלא שלצרכן אין את היתרון של העמדת שני הסימנים שבמחלוקת זה מול זה, והוא אינו אמור לענות על השאלה - "מצא את ההבדלים".

ההשוואה שעורך הצרכן היא עם אותו רושם כללי שהוטבע במוחו, כאשר פרטים מבחינים, גם כאשר מדובר במספר רב של פרטים כאלה - ספק אם ימצאו את מקומם, באותו זיכרון בלתי מושלם שהוא נחלתו של "הצרכן הסביר".

כך נקבע בענין זה בענין טעם טבע בעמ' 453-454 :

"קביעת קיומו או העדרו של דמיון תיעשה תוך השוואת שני הסימנים בשלמותם. זאת, אף כאשר כוללים הסימנים רכיב משותף שהינו תיאורי במהותו... אין המדובר בהשוואה מדוקדקת של כל הברה בנפרד... תחת זאת, יש ליתן משקל לרושם הראשוני שנוצר בעת השוואת הסימנים, תוך מתן דגש לכך שזכרונו של הצרכן הממוצע אינו מושלם."

ראה גם Kerley's Law of Trade Marks and Trade Names מהדורה 13, בהוצאת

Sweet & Maxwell, בעמ' 236 :

(f) Overall impression is to be considered
The global appreciation of the likelihood of confusion must, as regards to visual, aural or conceptual similarity of the marks in question, be based upon the overall impression created by them, bearing in mind, in particular, their distinctive and dominant components. The perception of marks in the mind of the average consumer of the category of goods or services in question plays a decisive role in the global appreciation of the likelihood of confusion. The

average consumer normally perceives a mark as a whole and does not proceed to analyse its various details.

(g) Imperfect recollection

Account is to be taken of the fact that the average consumer only rarely has the chance to make a direct comparison between different marks but must place his trust in the imperfect recollection of them he has kept in his mind. It should also be borne in mind that the average consumer's level of attention is likely to vary according to the category of goods or service in question."

(ההדגשה אינה במקור – ד.ב.)

וראה גם :

"This is an established principle of trademark law... that the pictorial representation and its literal equivalent conjure up the same mental image or suggestion and that purchasers do not often have an opportunity for a side by side comparison of marks and must rely upon the memory or recollection of past experience which often times is hazy and of a general or overall recollection".

(ר' הודעת ערעור עמ' 8-640, 184 U.S.P.Q, 638, 640- (In re Cuofold Inc.,

סימני מסחר יכולים שיהיו שונים במרכיבים שלהם (components) - ולמרות זאת הרעיון (idea) או הרושם (impression) שנוצר במוחו של הצרכן יכול להיות כזה שיביא לידי בלבול בין הסימנים.

17. המשיב הדגיש ועמד בהרחבה על השוני בצורת דמות היונה בשני הסימנים. כך למשל מתאר המשיב כי בסימן המבוקש זנבה של היונה עבה מאוד וקצר ביחס לגופה וקצהו שטוח ומתרומם מעל לגובה ראשה בעוד שבסימן הנפרד של המערערת הינו צר מוארך ובעל קצה מחודד ונמוך (סיכומי טענות מטעם המשיב פסקה 36). על רקע האמור לעיל - כל קו הטיעון הזה - אינו רלוונטי. הסימנים אותם יש להשוות הם סימן המשיב מול הסימן המאוחד של המערערת - זהו הסימן המשווק על כל מוצרי המערערת ואליו הציבור נחשף. ההסתכלות היא על המכלול ולא על כך פרט בנפרד, שכן הרושם נבנה מתדמיתו הכוללת של המוצר בעינו של הצרכן :

"יש לבחון את הופעתו הכללית של החפץ הנבחן ולא פרט זה או אחר שבו... השאלה היא האם הצורה דומה

במידה כזו שניתן להבדיל בין המדגם אחד לשני ללא עיון מדוקדק, שהרי הקונה הפוטנציאלי הרגיל אינו חושב ואפילו לא צריך לחשוב שמציעים לו למעשה לעיתים קרובות, אפילו בתום לב, חיקוי למדגם שאותו הוא רוצה ולא את המדגם עצמו" (ע"א 7125/98 מיפרומאל תעשיות ירושלים נ' קליל תעשיות, פ"ד נז(3) 702, ת"א (ת"א) 3161/81 רזין נ' תפן תעשיות מוצרי פלסטיקה נחשולים (לא פורסם)).

18. משום שהגיע לכלל מסקנה "כי המילה "Dove" היא מרכז סימני המתנגדת, הלך הרשם צעד נוסף ובדק "כיצד המילה Dove מוגדרת במילונים שונים כדי להתחקות אחר מצב דעותיו של הקהל הישראלי הרלוונטי" (פיסקה 52 להחלטה). על עצם קיומה של הבדיקה, ועל התוצאות אליה הגיע הרשם, שפכה המערערת בהודעת הערעור קיתונות של רותחין, ולצדדי, נראה לי כי לא בכדי.

בשני היבטים יסודיים שגה הרשם בהקשר זה: האחד, כבר הובהר לעיל, קרי-עצם בידודה של המילה הכתובה מתוך הסימן בהבדל מראיתו כמכלול (סימן מאוחד כהגדרתו של הרשם); השני, ובו יתמקד הדיון להלן המחקר העצמאי שערך הרשם באשר למקורותיה של המילה Dove פרשנותה ומידת ההיכרות שיש לציבור הישראלי באשר למילה זו.

אלה הממצאים אליהם הגיע הרשם

19. רוב הציבור הישראלי אינו דובר אנגלית כשפת אם. סביר שהוא מכיר יותר את המילה Pigeon כתרגום מילולי של המילה יונה ופחות את המילה Dove. הבדיקה הלשונית מצביעה על כך כי המילה Pigeon היא המילה הכללית המוכרת ל"יונה" מבין השתיים. הרשם בחן גם את הגדרתו הביולוגית המדויקת של בעל החיים Dove ולשיטתו מדובר "בבעל כנף ספציפי מאוד ממשפחת היונים בעל מאפיינים ברורים של גוף מלא ראש קטן ורגליים קצרות" עוד אומר הרשם כי "מההגדרות המילוניות ניתן להבין כי בעל כנף בשם Dove היא סוג מסוים של Pigeon מכאן ניתן להסיק כי השימוש במילה Dove פחות נפוץ מהמילה Pigeon." (פסקה 54 להחלטה).

המערערת בהודעת הערעור מגדירה חלק זה של ההחלטה כ"תמונה ביותר" ונראה לי כי יש ממש בתמיהה זו. לא היה מקום לאותה בדיקה עצמאית של הרשם לענין ההיבט הלשוני של המילה Dove. הממצאים אליהם הגיע הרשם הם בחלקם ממצאי עובדה שאותם צריך להוכיח. כך למשל, קובע הרשם כי הציבור הישראלי מכיר

יותר את המילה Pigeon כתרגום מילולי של יונה, ופחות את המילה Dove. מדובר בנתון סטטיסטי שטעון הוכחה (אם יש לו משמעות) ואין ידיעה שיפוטית בנושא זה, שעל כן לא היה כל מקום לקביעה זו כנדבך לבחינת הסימנים שבמחלוקת. וודאי שלא היה מקום לדיון ולאבחנות באשר למבנה הפיזי של הזן שנקרא Dove בתוך משפחת ה-Pigeons.

תוך יציאה מאותה נקודת מוצא של הרשם קרי: כי רוב הציבור הישראלי אינו דובר אנגלית כשפת אם (נתון שאותו אולי ניתן להגדיר כמצוי בתחום הידיעה השיפוטית) (וראה לענין זה ע"א 91/50 "מדור" נ' ביק, פ"ד ה(1) 792, 798 מול האות א'), המסקנה המתחייבת היא כי אותו ציבור נחשף למילה Dove דרך מסע הפרסום המסיבי שערכה המערערת למוצריה, שעליו לא היה מחלוקת. מסע הפרסום הוכח והרשם הזכיר אותו בבחינת נתון בהחלטתו. כיוון שכך אותו ציבור מזהה Dove ולא Pigeon, עם יונה.

אינני רואה להרחיב בנושא זה. לא היה מקום לכל הדיון. יש פגם גם בכך שהנושא הועלה לראשונה בהחלטתו של הרשם, מבלי שהצדדים טענו לו והגיבו לו זאת בנוסף לכך שהמסקנות אינן מבוססות.

סוג הסחורות:

20. לטענת המשיב המדובר אומנם בטובין המשתייכים לאותה קטגוריה, אך עם זאת, קיים ביניהם פער ושוני גדול בתוך הקטגוריה עצמה, הינו - הטובין נכללים באותו סוג אך הם לא מאותו הגדר. המשיב מבחין בין מוצרי המערערת שהינם "מוצרים לשימוש יומי, "זולים ועממיים", הנרכשים במצב נפש של "מעורבות נמוכה" על ידי צרכנים ממהרים מהמדף ללא תשומת לב מיוחדת מצד הצרכן" לבין מוצריו, "שאינם מוצרי היגיינה אישית גרידא, כי אם מוצרי קוסמטיקה וסבון בריאותיים המבוססים על מלחי ים המלח... אינם לצריכה יום יומית והם נרכשים מתוך כוונה ספציפית במעורבות גבוהה ביותר תוך השקעת מחשבה מרובה ברכישתם." (סיכומי טענות מטעם המשיב פסקה 86). כמו כן, טוען המשיב עלות מוצריו גבוהים בהרבה מעלות מוצרי המערערת.

הביטוי "אותו הגדר" אינו מוגדר בפקודה. בע"א 352/69 חברת מנהטן נ' המגפר בע"מ, פ"ד כג(2) 373, נבחן המושג והובאו דבריו של המלומד Kerly שבחן אותו לצורך סע' 12(1) ל- Trade Marks Act 1938 בעמ' 377 כדלקמן:

"The test whether or not goods are 'of the same description' would seem to be supplied by the question- Are the two sets of goods so commonly dealt in by the same trader that his customers, knowing is mark in connection with one set and seeing it upon the other, would be likely to suppose that it was used upon them also to indicate that they were his goods? The matter should be looked at from a business and commercial point of view".

ההנחה היסודית כי המונח Description זהה במשמעותו למילה הגדר (וראה לענין זה עמ' 576 מול האות ז', וכן עמ' 379 מול האות ו' באותו פסק דין). באותו ענין (מנהטן) נקבע כי נעליים ודברי לבוש - אינם מאותו הגדר. ההבדל המהותי בין השניים, מדבר בעד עצמו, ומשליך על המסקנה המתחייבת לענייננו.

21. נראה לי כי לא יכול להיות ספק בכך שהמוצרים נושא הדיון הנוכחי הם מאותו הגדר וכי "פרטת הסחורות" זהה לחלוטין בשני המקרים. בשני המקרים מדובר בסבונים, תכשירים לאמבט ולמקלחת, תחליבים לשיער, תכשירים לטיפוח העור, תכשירי קוסמטיקה וכו'. ואין מקום להבחנת משנה בין "אופיו" של כל מוצר ספציפי בתוך הקטגוריה הנ"ל. עסקינן במוצרי היגיינה. יהיו עממיים יותר או עממיים פחות, עבור סוג שיער שחור או ג'ינג'י, עור יבש או רגיל - עדיין המדובר במוצרים מאותו הגדר. קביעה כי מוצרי היגיינה, אשר אינם לצריכה יום יומית ומבוססים דווקא על מלחי ים המלח, ישתייכו להגדר שונה מזה של מוצרי היגיינה אשר מטרתם לשימוש יום יומי, היא מרחיקת לכת ואינה מבוססת על אבחנה של ממש. כל מוצר מעצם טיבעו מובדל "בסגולותיו" במכוון, על ידי יצרנו, שהרי אחרת אין סיכוי לשווק מוצרים מקבילים של חברות שונות. עדיין סבון הוא סבון, שמפו הוא שמפו ואין במרכיב כזה או אחר של הסבון כדי לשנות ההגדר. הגדר - הוא מונח משפטי ולא תשדיר שיווק של חברה זו או אחרת.

22. באשר למחיר המוצר: יש ממש בטענת המשיב כי כאשר מדובר במוצרים שעלותם גבוהה או בשירותים בעלי חשיבות, יטה הצרכן לעשות בדיקה מעמיקה יותר. אלא שספק אם שיקול זה פועל דווקא לטובת המשיב. משנקבע כי הרעיון של יונה מתקשר במוחו של הצרכן עם מוצרי טיפוח והיגיינה משום שהמערערת טרחה לנטוע במוחו רעיון זה, ומשנקבע כי הסימן המבוקש עושה שימוש באותו רעיון עד כדי הטעיית הצרכן באשר למיהותו של ספק המוצר - הרי המחיר היקר יכול לפגוע דווקא במערערת.

הצרכן, שיבחין במחיר היקר, יקשר אותו מיידית למוצר שאותו הוא מזהה עם היונה לענין מוצרי טיפוח והיגינה קרי - מוצר המערערת - וימנע מלקנות בהמשך את מוצרי המערערת.

מבחן חוג הלקוחות וצינורות השייוק:

23. נושא המחיר, מוליך אותנו ישירות לשני המבחנים הללו, הקשורים אף הם, בעקיפין אם לא במישרין לנושא המחיר. לטענת המשיב, בשונה ממוצרי המערערת הנמכרים בתי כלבו מרכזיים, רשתות ה"פארם" למיניהן, פרפורמיות, בתי מרקחת וחנויות לסבונים, מוצריו נמכרים בספא, דרך האינטרנט וחנויות טבע, ומיועדים ללקוחות "העשירון העליון" ומשכך, אין זהות בין קהל הלקוחות וצינורות השייוק, בין מוצריו למוצרי המערערת.

טענה דומה הועלתה בפני רשם הפטנטים, המדגמים וסימני המסחר בקשר לסימן מסחר Mattese מספר 118198. הבקשה היתה לרישום מוצרי קוסמטיקה הנכללים בסוג 3. בבקשת הרישום נטען כי סוג הלקוחות הרוכשים את מוצריה של בעלת הסימן הרשום, שונה מסוג הלקוחות שירכשו את המוצר החדש. סגן רשם סימני המסחר דחה את הטענה בקובעו:

"המוצרים של המתנגדת הם מוצרים המיועדים בעיקר לקוסמטיקאיות ולמכוני יופי ואילו מוצרי המבקשת הם עממיים יותר, מבחינת נגישות השימוש, ומיועדים יותר לקהל הרחב. לכן, לכאורה, גם קהל היעד של המוצרים הוא שונה: את מוצרי המתנגדת ירכשו בדרך כלל אנשי מקצוע, ואילו את מוצרי המבקשת ירכשו "משתמשי הקצה", דהיינו, נשים החפצות לרכוש מוצרי איפור. יחד עם זאת, אין להתעלם מכך שבסופו של דבר, גם מוצרי המתנגדת מיועדים לשימוש אצל הנשים הבאות לקבל טיפול קוסמטי במכון או אצל קוסמטיקאית, והן בהחלט נחשפות למוצרי המתנגדת כמו גם לסימן המסחר שלה. המתנגדת מפרסמת גם בישראל את מוצריה לקהל הרחב, ומהעדויות שבפני נראה כי הפרסום הנו ניכר ולא מבוטל. המסקנה הינה כי נשים נחשפות למוצריה של המתנגדת, כמו גם לסימן המסחר שלה, הן כתוצאה מפרסום המוצרים, והן כתוצאה מהביקורים אצל קוסמטיקאיות... אותן נשים אשר נחשפו לסימן המתנגדת במסגרת טיפול אצל בעלת מקצוע, היה ויתקלו בסימן דומה מאוד מעל מדפי בתי המרקחת או מקומות אחרים לממכר תמרוקים, עלולות לחשוב, מתוך טעות, כי המדובר הוא באותו היצרן של המוצרים עליו

שמעו אצל הקוסמטיקאיות, ואם מרוצות היו מהם -
 ישתכנעו לרכוש גם את מוצרי האיפור שעל המדף. תהיה
 זו פגיעה בלתי הוגנת במוניטין שבנתה לעצמה
 המתנגדת ובקניינה הרוחני, ולכך לא אוכל לתת יד."
 (החלטה מיום 18.4.03 (לא פורסם) פסקה 18)

הדברים מדברים בעד עצמם ואינם טעונים הבהרה. התאמתם לענייננו אף היא
 אינה טעונה הסבר. עוד יש להוסיף בנקודה זו, כי שיווק הסימן המבוקש אינו מוגבל
 לספא, חנויות טבע ואינטרנט. אין כל מניעה כי ביום שבו יותר הסימן לרישום, יחל
 המשיב לשווק את מוצריו אף הוא, בכל המקומות בהם משווקת המערערת.

סעיף 11(6) לפקודה - סכנת הטעיית הציבור ועידוד תחרות בלתי הוגנת:

24. בניגוד להוכחת הטעיה על פי סעיף 11(9), על מנת להוכיח סכנת הטעיה על פי
 סעיף 11(6) יש להראות כי הסימן הרשום רכש לו מוניטין בישראל.

די לעניין זה בציטוט דברי הרשם כי "מדובר באחד המותגים החזקים בשוק
 הרלוונטי" (סעיף 14 להחלטה). המוניטין הוכח מהתצהירים שהוגשו, עדות המשיב,
 הנתונים בדבר היקף המכירות וההשקעות בפרסום ובקידום המכירות. למעשה מדובר
 בנתון שלא היה שנוי במחלוקת וגם המשיב הסכים לו. (ראה עמ' 31 לפרוטוקול הדיון
 מיום 15.1.04 וכן פסקה 71 להחלטה). המערערת עושה שימוש בסימניה ובנתה סביבם
 מוניטין הראוי להגנה מפני סכנת הטעיה. משנקבע כי האפשרות שצרכן יטעה לחשוב
 כי מוצר המשיב מקורו במוצר המערערת הינה ריאלית, הרי מתן היתר לרישום הסימן
 המבוקש יש בו משום תחרות בלתי הוגנת ודילול המוניטין של המערערת.

סעיף 11(13) ו-11(14) - סימן מוכר היטב, וסעיף 8(א) לפקודה:

25. בבחינת למעלה מן הנדרש אתייחס גם לחלופות אלה, הגם שדי כאמור בהוכחת
 אחת החלופות של סעיף 11 כדי לפסול את רישום הסימן המבוקש, ובפועל כבר נסקרו
 מספר חלופות. הרשם התייחס בהחלטתו לחלופות אלה בפסקאות 74-79. כל שאוכל
 לומר הוא כי אותה טעות, שעניינה פירוק מרכיביו השונים של הסימן בהבדל
 מהתייחסות לרעיון היונה כרעיון מרכזי, העוברת כחוט השני לאורך כל ההחלטה,
 מצויה גם בפסקאות אלה.

26. חלופות 13 ו-14 לסעיף 11 אוסרות על רישומו של "סימן שהוא זהה או דומה
 עד כדי להטעות לסימן מסחר מוכר היטב..." , כאשר ההבחנה שביניהן היא בכך שחלופה

13 דנה בסימן זהה או דומה לסימן מוכר היטב שאינו סימן רשום ואילו חלופה 14 דנה באותה סוגיה לגבי סימן מסחר רשום. סימן מוכר היטב מוגדר בסעיף 1 לפקודה (לאחר תיקון טריפס) כדלקמן:

”סימן המוכר היטב בישראל כסימן שבבעלות אדם שהוא אזרח מדינה חברה, תושב קבוע בה או שיש לו בה מפעל עסקי תעשייתי פעיל, ואפילו הסימן אינו סימן מסחר רשום בישראל או אין משתמשים בו בישראל; לענין קביעתו של סימן מסחר כסימן מוכר היטב בישראל יילקחו בחשבון, בין השאר, המידה שבה הסימן מוכר בחוגי הציבור הנוגע לענין, והמידה שבה הוא מוכר כתוצאה ממאמצי השיווק;”

אינני רואה להאריך בסוגיה זו משום שמדובר בנתון שלא היה שנוי במחלוקת. הרשם סקר בהחלטתו את היקף הפרסום האדיר, והיקף המכירות של מוצרי המערער (ראה פסקה 67 להחלטה) וקביעתו היא כי ”סימני המתנגדת הכוללים את המילה *“DOVE”* במשולב עם דמות היונה המופיעה בקטן מעל האות *“V”* במילה *“DOVE”* הינם סימנים מוכרים היטב כמשמעותם בפקודת סימני מסחר” (פסקה 72).

בהחלטתו, הפנה הרשם לפסק הדין האחרון בסוגיה זו - ע”א 9191/03 V&S Vin Spirit Aktiebolag נ’ אבסולוט שזו בע”מ, פ”ד נח(6) 869 (מפי השופט א’ רובינשטיין).

כפי שציין הרשם – ניתח השופט רובינשטיין את ההבדלים בהגנה שניתנת לסימן מוכר היטב, כאשר מדובר בסימן רשום, לעומת ההגנה לסימן שאינו רשום. עיקר הדברים בכך – שבאשר לסימן מוכר היטב שהוא גם רשום – די בקשר בין הטובין אותם רוצים לשווק (באמצעות הסימן המבוקש) לטובין המשווקים באמצעות הסימן הרשום, ואפילו אינם מאותו הגדר.

באשר לסימן שאינו רשום, הרף שנקבע הוא רף ההטעיה, כאשר הסיכום הוא:

”ובאשר לשני התנאים שבפקודה, הקשר והפגיעה קשר לטעמנו אינו רחוק מאוד מהטעיה, אך אינו זהה לה, והמתחוקק הבדיל בהגדרותיו. רף הקשר נמוך מרף ההטעיה, אך עדיין יש צורך בזיקה שתהא ניכרת בתודעתו של הלקוח. ובאשר לפגיעה, יש צורך להניח תשתית של ממש לאפשרות זו” (שם בפסקה י”ב).

לענייננו – הרלוונטי הוא סעיף 11(14) שהרי הסימן רשום. כיון שכך די בקשר אפילו היה מדובר בטובין שאינם מאותו הגדר, על אחת כמה וכמה כאשר מדובר בטובין מאותו הגדר.

עדיין סבר הרשם כי: "בקשת המבקשת אינה נושאת כל מילה, וכולה שרטוט של יונה הנישאת על כפיים השונה לחלוטין מהאיור הבלתי בולט שבמוצרי המתנגדת" (סעיף 79 להחלטה).

וחזרנו לנקודת ההתחלה. ההשוואה שעורך הרשם היא למתכונתו הויזואלית של סימן המערערת, במקום לרעיון המרכזי. השוואה זו – כפי שהוסבר שוב ושוב בהחלטה זו, יכולה לשמש שלב בתהליך הבדיקה הכולל, אולם לא מעבר לכך. ובהקשר הסימנים הנוכחיים – היא אינה משקפת את הסימן ואינה יכולה להכתיב את התוצאה.

סוף דבר

27. הרעיון של יונה כמסמלת טיפוח והיגינה הוא רעיון שהגתה המערערת. בהחדרתו לשוק הושקעו מאמצים ומשאבים רבים ועל כך עמד גם הרשם. המערערת הצליחה ליצור במוחו של הצרכן תמונה המקשרת בין יונה, לבין מוצרי טיפוח. מי שצריך לקצור את פירות התמונה שהוטבעה במוחו של הצרכן, הוא מי שהשקיע את המאמצים ליצירתה. בניגוד לעמדת הרשם, אין מדובר ב"ניכוס" דמות יונה כחיה אלא "ניכוס" של רעיון: יונה כמסמלת טיפוח והיגינה.

הרשם סבר כי אין לקבל את טענתה של המערערת משום ש"הראשון שהשתמש במוטיב מוביל מסוים במוצרו, כגון בבעל חיים מסויים אינו אמור בהכרח להשתלט על כל הסימנים שיבואו אחריו עם אותו המוטיב" (פסקאות 41-43 להחלטה). ולא היא. אין מדובר בהשתלטות על סימנים המכילים "חיה" בין באיור בין בכיתוב, אלא על הרעיון המרכזי שהוא הקשר בין יונה, לבין טיפוח והיגינה ומוצרו.

בסיום החלטתו שיבח הרשם את הגינותו של המשיב "שהמתין עד למתן ההחלטה בתיק זה על מנת לדעת האם יכול הוא להתחיל להשתמש בסימן המסחרי המבוקש לרישום" (סעיף 85 להחלטה). התנהגותו של המשיב היא אכן התנהגות ראויה ומבורכת. יחד עם זאת, ספק בעיני אם ניתן להשליך ממנה ולהגיע למסקנה אליה הגיע הרשם, דהיינו כי התנהגות זו מצביעה על כך "כי לא היה למבקש רצון להיבנות ממוניטין

המתנגדת...” (פסקה 86 להחלטה), וכי מטרתה של המשיב היתה “יצירת סימן מסחר שיהיה מקושר עם סמל השלום האוניברסאלי ועם מדינת ישראל” (פסקה 88 להחלטה).

נראה לי, כי מכלול הנסיבות בתיק זה, מצביעות על כך כי המשיב אכן ביקש להיבנות על גבה של המערערת וליהנות מן הקישור שנוצר במוחו של הצרכן הסביר, בין מוצרי טיפוח ליונה. הסבריו של המשיב לבחירה בסימן המסחרי נבחנו לעיל וכאמור אין בהם מימד של שכנוע שמנתק את הקשר המתבקש בין שני הסימנים. לו רצה המשיב לבנות את המוניטין שלו בכוחות עצמו, הדעת נותנת, כי היה משווק את המוצרים תחת שמו “JERICHO COSMETICS” וללא סמל היונה.

28. הערה אחרונה לסיום – שני הצדדים השתמשו בביטויים שלשיטתי מקומם לא יכירם בכתבי טענות המוגשים לבית משפט או לרשם. כך למשל, המשיב כינה את המערערת כ”בריון שכונתי” ואילו המערערת הכתירה את המשיב בתואר “פיראט”. מדובר במונחי רחוב, ושם יש להשאירם.

אציע לחברותיי לקבל את הערעור, לבטל את רישומו של הסימן המבוקש. המשיב ישא בשכר טרחה בגובה של 30,000 ש”ח והוצאות משפט.

ש ו פ ט ת

השופטת א' פרוקצ'יה:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופטת א' חיות:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק-דינה של השופטת ד' ברלינר.

ניתן היום, כ"ט באב התשס"ו (23.8.06).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת

