

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 941/05

בפני : כבוד הנשיאה ד' ביניש
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופטת ד' ברלינר

המערערת : אגודת הכורמים הקואופרטיבית של
יקבי ראשון לציון וזכרון יעקב

נגד

המשיבה : חברת הכרם בע"מ

ערעור על החלטת סגן רשם הפטנטים, המדגמים וסימני
המסחר מיום 29.12.04, בבקשה למחיקת סימני מסחר
75974 ו-75775, שניתנה על-ידי כבוד הפוסק ישראל
אקסלרד

בשם המערערת : עו"ד ארנן גבריאלי

בשם המשיבה : עו"ד מאיר ליאור אפשטיין

פסק-דין

השופטת ד' ברלינר:

1. האם במילה "תירוש" נעשה שימוש יום יומי בשפה העברית, כאשר הציבור
מזהה תירוש כמיץ ענבים בכלל, וככזה שנעשה בו שימוש לשבת וחג בפרט, או שמא,
המילה "תירוש", כמוה כייך נדיר מבציר מיוחד, היא נחלתם של יחידי סגולה בלבד,
והציבור בכללו אינו משתמש בה, שעל כן נפתחה הדרך למתן זכות ייחודית לשימוש
במילה זו כסימן מסחר. זוהי השאלה המרכזית העומדת בבסיסו של ערעור זה.

עיקרי העובדות

2. בשנת 1994 נרשמו על שם אגודת הכורמים הקואופרטיבית של יקבי ראשון
לציון וזכרון יעקב בע"מ ("כרמל מזרחי", להלן: "המערערת"), שני סימני מסחר: סימן

75775 נרשם לגבי תירוש- "מיץ ענבים מענבי מוסקט", ואילו סימן 75974 נרשם לגבי תירוש- "מיץ ענבים טבעי" (להלן: "הסימנים"). הסימנים נרשמו לאחר שניתנה לגבי שניהם הודעת הסתלקות על פי סעיף 21 לפקודת סימני המסחר [נוסח חדש] התשל"ב - 1972 (להלן: "הפקודה"), לפיה רישום סימן המסחר לא ייתן זכות לשימוש ייחודי במלים "מיץ ענבים טבעי" (לגבי סימן 75974) או "מיץ ענבים טבעי מענבי מוסקט" (לגבי סימן 75775) ובדמות של אשכולות ענבים אלא בהרכב הסימן. כמו כן נרשמה בפנקס סימני המסחר הערה לגבי כל אחד מהסימנים לפיה רישום הסימן לא ימנע מאחרים שימוש מתאר בתום לב במהלך הרגיל של המסחר במילה "תירוש".

ביום 11.8.94 הגישה חב' הכרם בע"מ (להלן: "המשיבה"), לרשם הפטנטים, המדגמים וסימני המסחר (להלן: "הרשם") בקשות למחוק את הסימנים, בטענה כי אין לתת למערערת זכות ייחודית להשתמש במילה "תירוש" כסימן מסחר. ביום 3.4.01 החליט כב' רשם סימני המסחר דאז להורות על מחיקתה של המילה "תירוש" מן הסימנים. המערערת, בעלת הסימנים, ערערה על החלטת כב' הרשם לבית משפט זה, ובמסגרת הערעור הגישה בקשה לעיכוב ביצוע ההחלטה. בית המשפט נענה לבקשה, ומאוחר יותר, בהסכמת הצדדים, ביטל את החלטת הרשם, והחזיר את התיק לרשם סימני המסחר לצורך דיון חוזר בבקשת המחיקה.

בתאריך 29.12.04 הורה סגן הרשם על מחיקתם של הסימנים (להלן: "ההחלטה"), אלא אם כן תמסור המערערת הודעת הסתלקות בכתב, תוך 7 ימים מיום ההחלטה, בזו הלשון: "רישום סימן מסחר זה לא ייתן זכות לשימוש ייחודי במילה "תירוש" אלא בהרכב הסימן". הרשם נעתר לבקשת המערערת והורה על עיכוב ביצוע החלטתו עד להכרעה בערעור זה. על החלטת המחיקה הערעור שבפנינו.

ההליך בפני הרשם

3. הדיון בפני הרשם התמקד בסוגיה שצוינה לעיל קרי הגדרתה של המילה "תירוש". הויכוח הלשוני, בתרגומו למינוחים משפטיים, הניב את השאלות הבאות:

- 1) האם המילה תירוש היא מונח גנרי כמו סבון או שמפו, וככזו היא אינה ראויה כלל להגנה קניינית כסימן מסחר.
- 2) האם מדובר במונח תיאורי, נכס של השפה העברית (תירוש- פירושו מיץ ענבים טבעי), שלא רכש לעצמו אופי מבחין (משמעות שנייה) והוא אינה מזוהה

דווקא עם מוצרי המערערת, שאף אז המסקנה המתבקשת היא כי הוא אינו ראוי לרישום כסימן מסחר.

לצד הסוגיות המרכזיות (שהוצגו בווריאציות שונות, תוך הארת ניואנסים שונים בתוך כל סוגיה) שעניינן כאמור המילה "תירוש" - הוצגו סוגיות משניות:

(1) האם המשיבה היא צד נפגע כמשמעותו בסעיף 38(א) לפקודה. המערערת טענה לעניין כי המשיבה אינה עוסקת כלל בתחום מדויק זה. המשיבה טענה כי בדעתה לייצר ולייבא תירוש שעל כן היא צד נפגע.

(2) האם הרימה המשיבה את הנטל המוטל עליה. כיוון שמדובר בסימנים שכבר נרשמו, נטל השכנוע הוא על המבקש את מחיקתם, להוכיח כי הם אינם כשרים לרישום (סע' 64 לפקודה). לטענת המערערת הנטל לא הורם.

הראיות שהונחו בפני הרשם היו כדלקמן:

4. המערערת הגישה מטעמה שני תצהירים: האחד של גב' כרמי לבנשטיין, מנהלת אגף השיווק אצל המערערת בתקופת רישום הסימנים, והשני של אברהם לוי, ראש אגף השיווק. שני התצהירים סוקרים את ההיסטוריה של השימוש בסימן "תירוש" ע"י המערערת וכן מספקים "נתוני שטח" באשר להיקף המכירות של מוצרים הנושאים סימן זה, הוצאות פרסום וכיו"ב. בנוסף, הוגשו שתי חוות דעת מומחים: האחת המציגה סקר צרכנים שביצע "מותגים מכון מחקר", אשר מעיד, לדעתו של מקס בלקסטון, עורך הסקר, כי "השם תירוש מקושר באופן ברור ומובהק לכרמל מזרחי", והשנייה של מר חיים כהן, מומחה לענייני לשון עברית, אשר קבע כי "בלשון העברית הסטנדרטית בת ימינו... אין המילה "תירוש" חיה בפיהם של דוברי העברית כמילה מתארת".

המשיבה הגישה מטעמה תצהיר אחד בלבד, של מנהלה מר עמיאל אפשטיין, שנועד להתמודד עם שאלת היותה של המשיבה "צד נפגע". על פי האמור בתצהיר מתחרה המשיבה עם המערערת בתחום המשקאות המשכרים, כך שיש לה עניין רב ברישום של סימן המסחר הנדון.

בהחלטה ארוכה, מנומקת ומפורטת, קבע הרשם כי המילה "תירוש" מהווה מונח מתאר כמו גם גנרי, שכן, כלשון החוק (סע' 11(10) לפקודה), היא מציינת או מתארת את הטובין או את סוגם (מיץ ענבים טבעי), או נוגעת במישרין למהותם. כיוון

שכך, עליה לרכוש אופי מבחין, "משמעות שנייה". משמעות כזו לא נרכשה, ועל כן אין המילה כשירה לרישום כסימן מסחר ודינה להישאר בנחלת הכלל.

כמו כן קבע הרשם, כי הגם שהראיות שהוגשו ע"י המשיבה דלות, היא הרימה את הנטל הראייתי המוטל עליה בהתחשב במכלול הראיות שהיו בפניו בסופו של יום, ואשר הוגשו ע"י מי מהצדדים. בנוסף קבע כי המשיבה היא "צד נפגע" מרישום הסימן שכן הוכח כי היא עוסקת באותו תחום עיסוק של בעלת הסימנים.

עיקר הטענות בערעור

5. מטבע הדברים, הודעת הערעור חוזרת על אותם נושאים שהועלו בפני הרשם, כאשר הטענה היא שטעה הרשם במסקנותיו באשר לכל אחת מהן.

לעניין "זכות העמידה" של המשיבה, שבה העותרת וטוענת כי היא אינה בחזקת "צד נפגע". היא אינה עוסקת כלל בייצור ו/או ביבוא של מיץ ענבים, ועל כן מה לה ולזכות השימוש במילה "תירוש" כסימן מסחר.

באשר לקביעתו הבסיסית של הרשם כי המילה תירוש אינה כשרה לרישום כסימן מסחרי: החלטתו של הרשם, כך לדעת המערערת, מצביעה על כשל יסודי, שהכתיב וגרר אחריו גם משגים בעניין נטלי הראיה והעברתם מצד לצד. הרשם "לא שם לב כלל כי מילה זו כבר נמצאה כשרה לרישום וכי בעת שהוא כתב את הדברים כבר אינה נמצאת בנחלת הכלל" (סע' 19 להודעת הערעור). נתון הפתיחה בהליך זה הוא כי יש למילה אופי מבחין. המשיבה היא שהיתה צריכה להראות, כי האופי המבחין- אבד לה.

6. חלק הארי של הודעת הערעור מוקדש לדרך בחינת הראיות ע"י הרשם. הרשם, כך לטענת המערערת, שם עצמו מומחה, שגה בהתייחסותו ובהבנתו באשר למשמעות סקרי דעת קהל, ויחס משקל יתר להגדרות מילוניות או הגדרות מתחום הספרות, הספרות המקצועית, התנ"ך, השירה וכיו"ב, שלמעשה אינן רלוונטיות.

הרשם התעלם או ביטל את חוות הדעת של המומחה ללשון ונכנס בנעליו, תוך שהוא עושה שימוש בדיעה אישית בהבדל מדיעה שיפוטית, שאינה חלק מהתשתית הראייתית. כך נהג גם בחוות דעתו של המומחה בלקסטון כאשר הביע דעתו מהן השאלות שהיה צריך לשאול, וכיצד יש לפרש תשובות שניתנו.

בפועל, כתוצאה מהתייחסותו השגויה, לא הביא הרשם בחשבון את דעתו של ציבור הצרכנים הרלוונטיים על משמעות המילה תירוש. בפני הרשם היו ראיות לעניין האופי המבחין מכוח שימוש בה שרכשה המילה תירוש. הרשם התעלם מהיקפי המכירות, הפרסום המסיבי והשימוש הייחודי לאורך שנים.

טעותו של הרשם מתבטאת גם במשקל שיחס ל"מטען הערכי תרבותי של תירוש". הפקודה אינה מתייחסת למונח בעל מטען ערכי או תרבותי כמונח אשר לא יכול להירשם כסימן מסחר, ובכל מקרה טעה הרשם כשקבע כי רישום סימן המסחר מפקיע מילה מרשות הציבור. רישום סימן מסחר אינו מפקיע מילה מנחלת הכלל, אלא מקנה לבעל הסימן זכות שימוש ייחודית בו לעניין הטובין, הא ותו לא.

7. טעות נוספת בפסק דינו של הרשם לדידה של המערערת, היא קביעתו כי כיוון שמדובר במילה מתארת ברמה גבוהה, הרי שיש לדרוש כי המשמעות השנייה תחליף את זו הראשונה אצל רוב ניכר של הציבור. לקביעה זו טוענת המערערת אין כל בסיס בהלכה שלנו, נהפוך הוא – ההלכה היא, גם בדין האנגלי, כי המשמעות השנייה אינה באה להחליף את הראשונה אלא להצטרף אליה.

לסיום טוענת המערערת כי סימנים כמו "שמן", "הזרע" או "יצהר" אושרו לרישום, והם רשומים כסימני מסחר כבר שנים רבות, על אף שמדובר בסימנים המורכבים אך ורק ממלים מתארות, והם נרשמו ללא כל הודעת הסתלקות. מסימנים אלו היה על הרשם לגזור גזירה שווה לעניין "תירוש".

8. מנגד, סמכה המשיבה את טיעוניה על החלטתו של הרשם ועל נימוקיו המשפטיים. לגישתה, המילה "תירוש" היא מילה שגורה בשפה העברית העכשווית, לצד היותה נכס צאן ברזל בשפה העברית מאז התהוותה ועד ימינו. המערערת מבקשת לערוך "קסם דיוני" כדי להגיע למסקנה שהמילה "תירוש" אבדה מן השפה, וחזרה אליה בדמות מיץ הענבים של המערערת.

צדק הרשם כאשר דחה את חוות דעתו של המומחה ללשון העברית מטעם המערערת. עברית היא שפה בה חי ופועל השופט (ולענייננו הרשם) והיא מוטמעת בכישוריו המשפטיים. קבלת עמדתה של המערערת תביא לכך שבית משפט ישראלי לא יוכל לעשות שימוש "בשום מילה בשפה העברית", ולא יוכל לגשת לחומרי גלם המשמשים אותו ביצירת כל פסק דין (סע' 1-18 לסיכומי המשיבה).

המילה אף לא רכשה אופי מבחין או "משמעות שנייה" מכוח שימוש, כפי שקבע הרשם, אשר צדק בדחותו את מסקנותיו של מר בלקסטון מן הסקר שערך.

עוד מציינת המשיבה כי טועה המערערת בפרשנותה את דברי הרשם כאילו קבע כי על המשמעות השנייה, הנרכשת, של הסימן להחליף את זו הראשונה. צדק הרשם כאשר קבע כי אם המילה בה עסקינן היא ברמת תיאוריות גבוהה, הרי שעל מנת להראות רכישת משמעות שנייה, יש להוכיח, כי רוב ניכר של הציבור מזהה המילה כסימן מסחר. הוכחה כזאת, כפי שקבע הרשם, לא הונחה לפניו. חקירתו הנגדית של המומחה בלקסטון הבהירה כי בעוד 93% מן הנשאלים שמעו את המילה תירוש, רק 2% זיהו אותה עם כרמל מזרחי. נתון זה- מדבר בעד עצמו.

באשר לנטל ההוכחה טוענת המשיבה, הרי שכפי שקבע הרשם, היא הרימה נטל זה במהלך הדיון בין בעזרת ראיות אשר הגישה במהלכו, ובין באמצעות ראיות אחרות שהצטברו במהלך הדיון. מכל מקום, "נטל השכנוע לגבי כשירותה של המילה "תירוש" לרישום כסימן מסחר מוטל לעולמים על כתפי המערערת, וזו כשלה מלשאתו" (סע' 43 לסיכומי המשיבה).

דיון

"צד שנפגע"

9. כפי שצוין לעיל, בפתיח, ועוד לפני הכניסה לטרקלין, טענה המערערת כי המשיבה אינה "מי שנפגע" על ידי רישום הסימנים, כמשמעות ביטוי זה בסעיף 38 לפקודה, שכן אינה עוסקת בייצור ו/או ביבוא של מיץ ענבים, ולפיכך אינה רשאית כלל לבקש תיקון הרישום.

סעיף 38(א) לפקודה קובע בזו הלשון:

38. (א) בכפוף להוראות פקודה זו, מי שנפגע על ידי שתרשומת פלונית לא נרשמה בפנקס או נשמטה ממנו, או נרשמה בו בלי סיבה מספקת, או נשארה בו שלא כדין, או חלו בה טעות או פגם, רשאי להגיש בקשת תיקון, בדרך שנקבעה, לבית המשפט העליון, או תחילה לרשם, לפי בחירת המבקש.

תיקון
הפנקס

10. הביטוי "מי שנפגע" פורש בפסיקה באופן ליבראלי, הכולל כל מתחרה מסחרי אשר נשלל ממנו יתרון על ידי טובת ההנאה שמפיק יריבו מרישום סימן שהוא אינו

זכאי לו. פירוש זה התבסס על הפרשנות לביטוי "Person Aggrieved" בחוק האנגלי

דאז:

"This phrase has been very liberally construed... it would be very difficult to find any person engaged in the trade concerned, or any allied or connected trade, who is revented by the qualifications which it requires from moving to rectify the register. The persons who are aggrieved are, it is held, all persons who are in some way or other substantially interested in having the mark removed... including all persons who would be substantially damaged if the mark remained, and all trade rivals over whom an advantage was gained by a trader who was getting the benefit of a registered trade mark to which he was not entitled" (**Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names** (11th ed., London, Sweet & Maxwell, 2005) pp.165-167)

האמור לעיל צוטט בבג"צ 144/85 קליל נ' רשם הפטנטים המדגמים, פ"ד מב(1), 309, בעמ' 316-317 (להלן: "בג"צ קליל"), שם התייחס בית המשפט לכך שהמחוקק המנדטורי שינה את הביטוי "אדם מעוניין" שהופיע בפקודה המקורית ל"צד שנפגע" בפקודה מ-1938, ועדיין, הפרשנות היתה מרחיבה כמצוטט לעיל. יש לציין, ולו על מנת ללמוד על הנטייה לפרשנות רחבה מאוד של הביטוי, כי חוק סימני המסחר האנגלי החדש (1994) ביטל כליל את הביטוי "מי שנפגע" (Person Aggrieved). החוק החדש קובע כי כל אדם באשר הוא רשאי לבקש מחיקתו של סימן

מסחר:

"Section 47(3) of the 1994 Act provides that any person can apply for a declaration of invalidity. This represents a change over the old law, where the applicant had to be a "person aggrieved". In practice this old requirement precluded intermeddlers but did little else except give rise to pointless argument over weather an applicant had locus standi. All that has been swept away". (**Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names** (14th ed., London, Sweet & Maxwell, 2005) pp.286)

11. לענייננו, גם מבלי להיזקק לפרשנות מרחיבה במיוחד, אין ספק כי המשיבה היא "צד שנפגע" כדרישת סעיף 38 לפקודה. כאמור בתצהירו של מנהל המשיבה, פועלת המשיבה בשוק המשקאות המשכרים כבר שנים רבות. המערערת אינה חולקת על כך. עובדה זו מספיקה כדי לקבוע כי המשיבה היא מתחרה מסחרית של המערערת, ועל כן

נכנסת אל גדרו של הביטוי "מי שנפגע". גם אם המשיבה אינה מייצרת או מייבאת מיץ ענבים כעת, אין בכך כדי לומר שלא נשלל ממנה יתרון על ידי טובת ההנאה שמפיקה המערערת מרישום סימן שיתכן ואינה זכאית לו. המשיבה עשויה, על פי הצהרת מנהלה להחל בייבוא או בייצור מיץ ענבים (עמ' 11 לפרוטוקול החקירה הנגדית של מנהל המשיבה, מר עמיאל אפשטיין), ובכך תהפוך למתחרה ישירה של המערערת.

נטל ההוכחה

12. הנחות היסוד בהקשר זה- אינן שנויות במחלוקת שהרי הן מוסדרות בפקודה, וזכו גם לפסיקה ברורה וחד משמעית:

"הנטל להראות שסימן הינו כשר לרישום, הוא על מבקש הרישום, אך הנטל להראות כי סימן שנרשם אינו כשר לרישום, הוא על מבקש מחיקתו. רישומו של הסימן משמש ראיה לכאורה לתקפותו (ראה סעיף 64 של הפקודה), ולכן על המבקש לטעון אחרת נטל השכנוע... אך כבכל עניין, בו מוטל נטל השכנוע על צד זה או אחר, נטל הבאת הראיות עשוי לעבור מצד זה למשנהו... ספק אם יישאר לאור מכלול הראיות, יפעל לטובת בעל הסימן..." (בג"צ קליל, בעמ' 318)

13. הגם שהכל תמימי דעין ביחס למושכלות היסוד שפורטו לעיל, טוענת המערערת כי בדרך ליישומן "שכח" הרשם כי מדובר בסימנים הנהנים מחזקת התקפות. הרשם הפנה דווקא אל המערערת את הדרישה, להוכיח אופי מבחין ורכישת משמעות שנייה "במקום לדרוש ממבקשת הביטול להוכיח את אובדן האופי המבחין אשר נקבע לסימנים" (פסקה 4'ב' לסיכומי המערערת).

הסימנים נהנים אמנם מחזקת תקפות, והדרישה לסתור חזקה זו אכן צריכה להיות מופנית אל מבקשת המחיקה, ועד כאן – יש ממש בטיעוני המערערת. יחד עם זאת, באשר לעילה לדרישת המחיקה- שוגה המערערת.

14. בקשת מחיקה מוסדרת בסעיף 39(א) לפקודה שזו לשונו:

39. (א) בקשה לפי סעיף 38 למחיקת סימן מסחר מהפנקס, לגבי כל הטובין או סוגי הטובין שלגביהם רשום הסימן או חלקם, מחמת שהסימן אינו כשר לרישום לפי סעיפים 7 עד 11 לפקודה, או מחמת שרישום הסימן יוצר התחרות בלתי הוגנת לגבי זכויותיו

מחיקת סימן
(תיקון מס' 5)
תשס"ג-2003

של המבקש בישראל, תוגש תוך חמש שנים מיום מתן תעודת הרישום לפי סעיף 28.

כפי שניתן לראות - הסעיף אינו מגביל את העילות לבקשה למחיקה ואינו דורש "מתאם" בין מה שנקבע מלכתחילה (אם נקבע) בעת שהסימן נרשם לעילת המחיקה

"... בקשה למחיקת סימן מסחר מפנקס סימני המסחר, יכולה להישען על כל עילה לפיה הסימן הרשום לא היה כשיר לרישום כסימן מסחר מלכתחילה על פי הוראת פקודת סימני המסחר... המבקש צריך להוכיח כי הסימן, אשר נמצא ככשר לרישום על ידי רשם סימני המסחר, איננו מסוג הסימנים הראויים והכשרים להירשם כסימני מסחר..." (ע' פרידמן, סימני מסחר – דין, פסיקה ומשפט משווה, הוצאת פרלשטיין גינוסר (תשס"ה-2005), בעמ' 476-480).

לפיכך, על המשיבה לא מוטל בהכרח הנטל להוכיח כי אבד אופיו המבחין של הסימן הרשום. די בכך שתוכיח כי הסימן אינו כשיר לרישום או לא היה כשיר לרישום מלכתחילה לפי דרישות הפקודה. טענה נוספת שהעלתה המערערת בהקשר זה היתה כי כיוון שמדובר בפגיעה בזכות קניינית קיימת, הנטל המוטל על המערערת כבד מן הרגיל.

15. לטענה זו שתי פנים: מחד גיסא, אכן העובדה שמדובר בפגיעה בזכות קניינית מטילה נטל כבד על המבקש לפגוע בה. מאידך גיסא- רכישת אותה זכות קניינית – מטילה נטל כבד במיוחד על המבקש לרכשה. במיוחד כך כאשר עומדת על הפרק שאלת המובחנות שרכש הסימן. בע"א 3559/02 מנויי טוטו זהב בע"מ נ' המועצה להסדר ההימורים בספורט, פ"ד נט(1), 873 (להלן: "ע"א טוטו זהב"), נאמר בנושא זה מפי השופטת ביניש (בעמ' 890):

"מבחן המשמעות השנייה לא יתקיים מקום בו קהל הצרכנים אדיש לגבי מקור המוצר אותו הוא רוכש (עניין קליל, לעיל). היות וההגנה המוקנית לבעל הסימן הרשום הנה כלפי כולי עלמא ומבססת זכות קניינית באופייה, נדרשת הבאת ראיות בעלות משקל לא מבוטל לצורך הוכחת המובחנות שרכש הסימן (ראו: ע"א 634/89 אסי ריין נ' Fuji Electronics Mfg Co. ואח', פ"ד מה(4) 837); וככל שהייחודיות העובדתית של שם המסחר קטנה יותר - היינו ככל ששם המסחר דומה לשם השגור בתחום - כך גדל משקל הראיות הנדרשות לשם ביסוס המובחנות לצורך רישומו כסימן מסחר (ראו: עניין עיתון משפחה, בע' 946)".

16. לעניין הרמת הנטל: הרמת נטל השכנוע אינה קרב משיכות בחבל שבו תוצאת המאמצים שמשקיע צד פלוני במשיכת החבל- לעולם שמורה לו והצד השני לא יהנה ממנה.

התשובה אם הנטל הורם או לא, מצויה במכלול בלי קשר לשאלה כיצד הגיעה ראייה פלונית לתיק בית המשפט, והיא נבחנת רק בסיומו של הדיון:

”הבדיקה הזאת נערכת בסוף המשפט והיא טעונה הערכת הראיות של התובע מבחינת מהימנותן ומשקלן, ובהתחשב עם הראיות הנגדיות, שהביא הנתבע (אם הביא) לעניין זה” (ד”נ 4/69 יצחק נוימן נ’ פולה פסיה כהן, פ”ד כד(2) 229, 262)

לענייננו, מקובלת עלי הערכתו של הרשם, הן לעניין דלות הראיות הבסיסיות שהגישה המשיבה מלכתחילה, והן לעניין התמונה הסופית – שאינה פונקציה של דלות זו (ר’ פסיקה 66 להחלטה). בסופו של יום השאלה היא האם עלה בידי המשיבה להוכיח שהמילה תירוש אינה כשרה לרישום עפ”י אחת העילות שהוגדרו בפקודה. בשאלה זו נעסוק כעת.

כשרות לרישום – היבט כללי

17. הוראות הפקודה בנוסחה החדש נועדו להגן על שם מסחרי שרשם אדם (או חברה), שם שהיה לקניינו, והוא רכש לעצמו מוניטין באמצעות השימוש בו. לצד ההגנה על קניינו של הפרט, באות הוראות הפקודה להגן גם על האינטרס הציבורי על שני פניו: הפן האחד אינטרס הציבור שלא להיות מוטעה עקב שימוש בלתי מורשה בסימן המסחר הרשום, הפן השני אינטרס הציבור לחופש עיסוק ולחופש ביטוי, אשר עלולים להיפגע אם תיווצר הפקעת יתר של סימנים בהקשר המסחרי, מנחלת הכלל. איזון כל האינטרסים הללו מחייב נקיטת מידה רבה של זהירות בתהליך אישור סימני מסחר כראויים לרישום (ר’ ע”א טוטו זהב, בעמ’ 888-887).

בסעיפים 8, 9, 11 ו- 12 לפקודה הגדיר המחוקק סימנים שהשימוש בהם עלול להפר אותו איזון בין אינטרס הפרט לאינטרס הכלל ועל כן הם סימנים שאינם כשרים לרישום. הסעיף המרכזי מבין הסעיפים הללו הוא סעיף 11, המונה 14 חלופות כאשר כל חלופה מגדירה סוג מסוים של סימנים שאינם כשרים לרישום.

בין החלופות- הגדרות כלליות המבטאות עקרון, למשל סע’ 11(5) האוסר על רישום סימן הפוגע או העלול לפגוע בתקנת הציבור או במוסר, או סע’ 11(6) שעניינו סימן

שיש בו כדי להטעות את הציבור... וסימן המעודד התחרות בלתי הוגנת במסחר; וכן חלופות קזואיסטיות פרטניות, למשל סע' 11(6א), סימן הכולל ציון גיאוגרפי לענין טובין שמקורם אינו באזור הגיאוגרפי המצוין אם יש בציון הגיאוגרפי כדי להטעות ביחס לאזור הגיאוגרפי האמיתי של מקור הטובין, או סע' 11(4), סימן שמופיע בו ביטוי מאלה: "פטנט", "נרשם פטנט", "על פי כתב ממלכתי", "רשום", "מידגם רשום", "זכות יוצרים", "חיקויו של זה – זיוף" – או ביטוי כיוצא באלה.

18. סעיף 11 כולל בין היתר את החלופה (10) שזו לשונה:

11. סימנים אלה אינם כשרים לרישום:

סימנים שאינם
כשרים לרישום

...

(10) סימן המורכב מספרות, אותיות או מלים, הנוהגות במסחר לציונם או לתיאורם של טובין או סוגי טובין או הנוגעות במישרין למהותם או לאיכותם, זולת אם הוא בעל אופי מבחין כמשמעותו בסעיפים 8(ב) או 9;

סע' 8 קובע כדלקמן:

8. (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).
(ב) הרשם או בית המשפט הבאים לקבוע אם סימן מסחר המשמש למעשה הוא בעל אופי מבחין, רשאים לשקול עד כמה הפך השימוש למעשה את הסימן לבעל אופי מבחין בטובין שלגביהם נתבקש או נעשה הרישום.

הפקודה אוסרת אפוא על רישום של שם מתאר כאשר התיאור יכול להתייחס לסוג, מהות, איכות ועל פי הפסיקה גם יעוד פונקציונאלי (ר' בג"צ קליל, בעמ' 317), אלא אם רכש אופי מבחין (לנושא זה אדרש בהמשך). הרעיון הגלום בחלופה זו הוא ברור ומתבקש: 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.

19. כיוון שמהותו של רישום סימן המסחר הינו הקניית הגנה לשם שמדובר בו, הכירה הפסיקה לאורך השנים ב- 4 קטגוריות של שמות או סימנים עפ"י מידת ההגנה לה יזכו. פסה"ד המקיף והמצוטט בהקשר זה הוא ע"א 5792/99 תקשורת וחיווך דתי-יהודי משפחה (1997) בע"מ – עיתון "משפחה" נ' א.ס.בי.טי פרסום, שיווק וקידום מכירות בע"מ – עיתון "משפחה טובה", פ"ד נה(3), 933 (להלן: "ע"א משפחה"), שבו נאמר כדלקמן (בעמ' 945-944):

"בהקשר זה יש הנוהגים להבחין בין ארבע קטיגוריות של שמות או של מונחים המשמשים במסחר, לפי מידת ההגנה הניתנת להם: שמות גנריים, שמות תיאוריים, שמות מרמזים (suggestive) ושמות "שרירותיים" או דמיוניים. ראו: *Abercrombie & Fitch Co. v. Hunting World, Inc.* 537 F. 2d 4, 9-11 (2 Cir. 1976); *Surgicenters of America v. Medical Dental Surgeries*, 601 F. 2d 1011, 1014-1015 (9th Cir. 1979)) בני הקטיגוריה הראשונה - שמות גנריים - לא יזכו כלל להגנה; בני הקטיגוריה השנייה - שמות תיאוריים - יזכו להגנה מעטה ביותר ובמקרים נדירים; בני הקטיגוריה השלישית - שמות מרמזים - יזכו להגנה מוגברת; ובני הקטיגוריה הרביעית - שמות "שרירותיים" או שמות דמיוניים - יזכו להגנה הרבה ביותר. ארבע קטיגוריות אלו יסודן הוא בהלכות שנארגו משך השנים ליריעה אחת. מיבחנים אובייקטיביים עושים אותן, והמכנה המשותף לכולן הוא הרצון למנוע הקניית מונופולין בשמותיהם של טובין מסויימים, מקום שהמונופולין יסתור את אינטרס הציבור או את טובת הציבור. ונזכור: ענייננו עתה אינו אלא בשאלה אימתי נכיר לראובן כי זכה למוניטין בשם של טובין מסויימים, מוניטין העשויים להוליכנו למסקנה כי ראובן קנה מונופולין בשם של אותם טובין".

20. מבין הקטגוריות שהוגדרו חשובים לענייננו השמות הגנריים והשמות התיאוריים שעל כן יוגדרו להלן: "שמות גנריים; קרא: הסוג או הזן אליו משתייך הנכס או השירות שבהם מדובר... אין אדם זכאי להשתלט על שם גנרי שכן זכותם של כל העוסקים במקצוע לתאר מוצריהם בשם הגנרי. עורך-דין לא יוכל להשתלט על "עריכת דין" ומוכר מנועים לא יקנה מונופולין ב"מנועי דיזל" (ע"א משפחה, בעמ' 945).

והגדרה נוספת:

"בראש ובראשונה הכוונה היא לכינוי הסחורה או לשמה ולדוגמא: חמאה, שמן, גרב. השם המקובל של הטובין חייב להישאר חופשי לשימוש הציבור. הלכה זו חלה לא רק לגבי השם בעברית, אלא אף לגבי שם הסחורה בכל שפה אחרת, המובנת לפחות לחלק ניכר של האוכלוסייה" (א.ח.זליגסון, דיני מסחר ודינים הקרובים להם, הוצאת שוקן (תשל"ג - 1973), בעמ' 20)

וגם באשר לשם מתאר צומצמה ההגנה:

"צמצומה והגבלתה של הגנה הניתנת למילת תיאור או לשם שגור בשפה, נועדו, כמובן, למניעת הקנייתו של

מונופולין לבעל עסק ולעידוד התחרות החופשית באורח המשרת למרב את קהל הצרכנים. המשפט לא יתיר לפלוני להפקיע מילה מן השפה לטובת עסקו, ומכאן זהירות-היתר שאנו מחויבים בה" (ע"א משפחה, בעמ' 947).

מידת "תיאוריותה" של מילה תבחן בהקשר הרלוונטי:

"למותר לומר כי התשובה לשאלה אם מילה מסוימת מילה תיאורית היא, אם לאו" תלויה בהקשר הדברים. כך, למשל, השם Aviation כשמה של חנות לרהיטי-בית, אני מניח שלא יראו בה מילה תיאורית; הוא הדין במילה College כשמה של חנות ירקות או המלים Leisure News כשמה של סוכנות למקומות עבודה" (ע"א משפחה, בעמ' 949).

21. כפי שניתן לראות מן ההגדרות דלעיל האבחנה בין שמות גנריים לשמות תיאוריים אינה חדה. הפקודה עצמה, כפי שעולה מלשון סע' 11(10), אינה עושה אבחנה שכזו.

הרשם הקדיש בהחלטה פרק ארוך לדיון בשאלה האם שמות גנריים כשרים לרישום תוך שהוא מנסה ליישם בין דעות שונות בסוגיה זו שהובעו בפסקי הדין שכבר הוזכרו: בג"צ קליל, ע"א משפחה וכן ע"א טוטו זהב. בסופו של יום הגיע הרשם למסקנה כי ההבדל בגישות הוא רק הבדל לכאורה ואין ביניהן הבדל אמיתי. השאלה לדעתו היא שאלה של מידה: "ככל ש"מידת הגנריות" של הסימן גדולה יותר, כך נטל ההוכחה בדבר רכישת משמעות שניה כבד יותר. לעיתים, מידת הגנריות תהיה כמעט מוחלטת, עד אשר נטל ההוכחה שיידרש להוכחת אופי מבחין ישאף לאין סוף...". החשיבות לפיכך – אינה אבחנה בין שם גנרי לשם תיאורי אלא במיקומו של השם הנדון על "ציר התיאוריות", כפי שהוגדר ע"י הרשם. כדי למקם מילה על ציר התיאוריות "כל שעלינו לעשות הוא לבדוק ולדעת אם זו מילה בעלת משמעות בשפה הנדונה" (עמ' 18-19 להחלטה).

מילה שאינה נמצאת במקום גבוה על אותו ציר תיאוריות (כמו "קודק" למשל, שאינה בעלת משמעות) תזכה להגנה רחבה. מילה הנמצאת במיקום גבוה באותו ציר תזכה להגנה נמוכה יותר.

אין חידוש בקביעותו של הרשם כמפורט לעיל, והן מאמצות למעשה את הנאמר בכל פסקי הדין שהוזכרו.

22. המיקום בציר התיאוריות יסייע גם בשאלת מידתו של האופי המבחין הנדרש כדי להעניק משמעות שנייה לשם שמדובר בו, אותה משמעות המבחינה בין מוצר פלוני למוצר אלמוני באותו תחום. כך למשל בע"א טוטו זהב (בעמ' 890):

"... ככל שהייחודיות העובדתית של שם מסחר קטנה יותר – היינו ככל ששם המסחר דומה לשם השגור בתחום – כך גדל משקל הראיות הנדרשות לשם ביסוס המובחנות לצורך רישומו כסימן מסחר (ראו: עניין עיתון משפחה, בע' 946)".

וכן

"ככל שהסימן מתאר את הטובין בצורה ישירה וממשית יותר יידרש בעל הסימן להוכיח ברמה גבוהה יותר כי השימוש שנעשה בסימן הקנה לו סגולת אבחנה" (ע' פרידמן, בעמ' 136).

23. תרגום האמור לעיל לנתוני התיק הנוכחי הביא את הרשם להצגת השאלה הבאה: האם המילה "תירוש" נוהגת במסחר לצינונו או לתיאורו של מיץ ענבים טבעי, או האם היא נוגעת במישרין למהותו של מיץ הענבים – ואם התשובה חיובית, האם רכשה המילה אופי מבחין, באופן שהיא מזוהה עם מקור מסוים, שהוא בעל הסימנים (סעיף 11(10)) לפקודה? (עמ' 27 להחלטה).

עיון בהודעת הערעור ובסיכומי המערערת מצביע על כך המערערת אינה חולקת למעשה על כך שזו השאלה המרכזית לדיון. המחלוקת היא באשר לדרך בה פירש הרשם את הראיות שהיו בפניו, וממילא המסקנות שהגיע אליהן.

סיכום ביניים: המילה "תירוש", משמעותה, השימוש שנעשה בה בשפה העברית וסוגיות נלוות דומות, היא הסיבה והמסובב בתיק זה, שעל כן בה יתמקד הדיון עתה.

המילה "תירוש"

24. כיוון שמדובר במילה בעלת משמעות, פניה אל ההגדרה המילונית שלה, היא נקודת התחלה הגיונית ונכונה. הרשם טרח וציטט את ההגדרות מ- 8 מילונים שונים. כשלעצמי די לי בהגדרה אחת שיש בה מיצוי של כל ההגדרות:

"תירוש" ז' יין חדש בטרם תסס, עסיס ענבים... " (א' אבן שושן, המילון החדש, בעמ' 2852).

על כך שזו ההגדרה ו"תירוש" הוא אכן מוצר מסוים ומוגדר- אין למעשה מחלוקת. בדומה להגדרה המילונית, הזכיר הרשם גם טרמינולוגיה מקצועית המצויה בתקן ישראלי 52 (1999): "נוזל, שהתקבל מענבים טריים, באופן ספונטני או באמצעים פסקליים (כך) מותרים" (עמ' 31 להחלטה).

משום שלטענת המערערת המילה אינה "חיה ונושמת" בעברית העדכנית, ולא נעשה בה שימוש של ממש – יש חשיבות לכך שהמילה מוכרת ומוגדרת גם לצרכים מקצועיים מדויקים, וההגדרה מצויה בין היתר בתקן הנ"ל משנת 1999. הן ההגדרה המילונית והן הטרמינולוגיה המקצועית כמפורט לעיל, מצביעות על כך שמדובר בתיאור הטובין או סוגם (מיץ ענבים טבעי) או לחלופין התייחסות ישירה למהותם (סע' 11(10) הנ"ל).

25. במקביל להגדרה המילונית פנה הרשם גם למקורות מקראיים, ספרותיים, היסטוריים ותרבותיים. בדיקת מקורות אלה הוליקה אותו למסקנה כי מדובר במילה מוכרת בעלת מטען, בכל אותם תחומים.

נראה כי גם קביעה זו לא יכולה להיות שנויה במחלוקת. המילה "תירוש" אכן מוזכרת פעמים רבות בתנ"ך, בתלמוד, ובכל המקורות האחרים שהוזכרו. המערערת טוענת אמנם בין היתר כי "טעה הפוסק כשקבע כי יש למילה תירוש מטען היסטורי מקראי תרבותי וספרותי" אולם היא ממשיכה ואומרת "ובעיקר טעה כשייחס למטען זה משקל בהחלטתו" ונראה כי על כך הדגש (סע' 11 להודעת הערעור). מכל מקום – הקביעה כי מדובר במילה מוכרת ובעלת מטען כאמור לעיל, מבוססת ומעוגנת היטב במקורות שהם נחלת הכלל, ונכללים על כן בגדר ידיעה שיפוטית.

26. מקובל עלי כי הבדיקה המילונית (כהגדרה כוללת, לרבות המקורות הנוספים) היא רק נקודת מוצא, ואין די בה. יכול שמילה תתאר את הטובין אליהם היא מתייחסת בהתאם להגדרתה המילונית, אך בפועל מזה עשרות שנים לא נעשה בה כל שימוש שהוא בשפה המדוברת, פרט לשימוש שנעשה בה ביחס לטובין הספציפיים של מבקש רישום הסימן. במקרה כזה, רמת ה"תיאוריות" שלה לא תהא גבוהה, וכפועל יוצא מכך קל יותר יהיה להוכיח כי רכשה אופי מבחין ברבות השנים.

אין זה המקרה שלפנינו. "תירוש" היא מילה עברית, ידועה ושורשית. גם אם תאמר כי מדובר במילה "גבוהה" שאינה שגורה בשיח היומיומי, היא נמצאת בשימוש של דוברי עברית רבים. אותן דוגמאות שהביא הרשם מן המקרא והספרות, מדגימות את השימוש במילה תירוש לאורך ציר הזמן מימי קדם ועד ימינו אנו. סקירה מרחיבה זו באה ללמד על השימוש במילה "תירוש" כמילה מתארת בשפה, ולא, כפי שטוענת המערערת, על דרך קביעת נורמה לפיה מילה בעלת מטען ערכי ותרבותי- אינה כשרה לרישום.

27. כמשקל נגד לשימוש המרובה שנעשה במילה תירוש בכל הרבדים שפורטו לעיל, מציבה המערערת את חוות דעתו של המומחה ללשון עברית מר חיים כהן. עד שאני מגיעה לאמור בחוות הדעת, אני רואה להעיר הערה מקדמית כדלקמן: טענתה של המערערת, כי הרשם חרג מתפקידו בכך שלא אימץ חוות דעת מומחה – היא טענה שאין לה מקום (סע' 20-27 להודעת הערעור). בית המשפט הוא הפוסק האחרון גם בשאלות שנמסרו לחוות דעתו של מומחה, הוא אינו כבול לאמור בחוות הדעת, והוא רשאי, בנסיבות העניין, גם לדחותה:

"הלכה מושרשת היא, כי בית המשפט אינו מחויב לאמץ כ"כזה ראה וקדש" את המלצותיו של המומחה הרפואי. ההכרעה הסופית בכל השאלות השנויות במחלוקת, כמו גם בשאלות הרפואיות, שמורה לבית המשפט והוא אינו יכול להתנער מחובה זו. כפי שכבר נאמר, עוד לפני חוק הפיזויים:

"בית המשפט, ולא המומחה, הוא הפוסק האחרון גם בשאלות הרפואיות, שנמסרו לחוות דעתו של המומחה, ולהלכה אינו חייב בית המשפט לפסוק על-פי חוות-הדעת של המומחה" (ע"א 16/68 רמת סיב בע"מ נ' דרזי, פ"ד כב(2) 164, 168).

(ע"א 3212/03 יצחק נהרי נ' דולב חברה לביטוח, טרם פורסם)

28. בענייננו קבע הרשם כי לא הונחה תשתית עובדתית מספקת לקביעתו של המומחה כי "אפשר לקבוע בבירור שאין למילה זו שימוש בלשון הכללית הסטנדרטית" (פסקה ג' לחוות הדעת), ועל כן קבע כי "אין בחוות הדעת של המומחה כדי להוכיח דבר באשר לשימוש עכשווי כזה או אחר המילה "תירוש" בקרב הציבור בישראל" (סע' 68 להחלטה).

עיינתי בחוות דעת המומחה ונראה לי כי קביעתו של הרשם עושה עמה חסד. כשלעצמי, ספק בעיני אם המסמך ראוי להגדרה כחוות דעת מומחה, בהבדל ממסה רעיונית המשקפת הרהורים של המומחה שאינם מעוגנים בנתונים של ממש.

29. החלק הראשון של חוות הדעת מתייחס להיסטוריה של המילה תירוש ומאזכר מקורות דומים לאלה שהוזכרו ע"י הרשם, כאשר המסקנה היא ש"בלשון הכללית החיה בפייהם של דוברים בתקופת חז"ל – "תירוש ויין נבדלו במשמעותם". בכך אין כל רבותא, וזו למעשה הקרקע להגדרתו של מיץ ענבים כתירוש.

באשר לעברית בת ימינו אומר המומחה: אפשר לקבוע בבירור שאין למילה זו שימוש בלשון הכללית הסטנדרטית, היינו במה שחז"ל מכנים "לשון בני אדם". לדעת המומחה אין לצפות שאדם המבקש לשתות מיץ ענבים יאמר לחברו תן לי בבקשה תירוש.

30. סתם המומחה ולא פירש מהי התשתית העובדתית לקביעה זו. על דרך תשתית עובדתית הובאה דוגמא אחת בלבד, משו"ת של הרב עובדיה יוסף מן התקופה שהיה רב ראשי בישראל (שו"ת יחוה דעה חלק ב' סימן לה'). הדברים שודרו בקול ישראל והרב, "שהקפיד לדבר" בשפה מודרנית חיה, שהיא גם עממית ושווה לכל נפש, השתמש בביטוי מיץ ענבים ולא תירוש (השאלה היתה האם ניתן לקדש בשבת על מיץ ענבים ויין שעברו תהליך פסטור).

מוכנה אני לקבל כי המילה מיץ ענבים, מוכרת ונפוצה יותר בדיבור. מכאן ועד למסקנה, על סמך דוגמא בודדה זו, שאין למילה שימוש בעברית בת ימינו – רחוקה הדרך. ניתן לתת דוגמאות רבות לקיומן של מילים עממיות לצידן של מילים תקניות ומקובלות כאשר השימוש מותאם למקום, לקהל ולנושא. כך למשל, הדעת נותנת כי בתוכנית עממית ברדיו העוסקת בחבישת פצע יעשה שימוש במילה "פלסטר" ולא "אספלנית"; לעניין בשר ידובר על "סטייק" ולא על "אומצה"; ודיון בשפעת ונזלת היה מביא לשימוש במילה "אף" ולא "חוטם". האם יש בכך כדי להעיד שמדובר במילים שיצאו מכלל שימוש? ולענייננו – האם היה אי מי מפקפק ב"תיאוריות", או לחילופין בגנריות, שיש במילה אומצה או אספלנית לעניין רישומן כסימן מסחר?

31. סוף דבר בנקודה זו: חוות הדעת אינה מספקת כל נתון של ממש לעניין משמעותה ונפיצותה של המילה תירוש בקרב הציבור הישראלי. הדעת נותנת כי לא שיכחה או חוסר תשומת לב הביאו לכך שחוות הדעת מסתפקת בהשערות וספקולציות, שעל כן ה"אין" בחוות הדעת משמעותי כמו ה"יש".

32. האמור לעיל מהווה במידה רבה גם תשובה לטרוניה שהעלתה המערערת, באשר לכך שהרשם שם עצמו מומחה באופן שבו עשה שימוש בכל אותם מקורות שציין: מקרא, סיפורת מילונים וכיוצא בזה.

כפי שצוין לעיל- כל אותם מקורות נגישים לכלל ומצויים בתחום הידיעה

השיפוטית:

"בתחום "הידיעה השיפוטית" יבואו כל אותם מקורות מדעיים שהם נחלת כל אדם משכיל ממוצע: מילונים, ספרי היסטוריה, אנציקלופדיות, אלמנכים, לוחות שנה, שנתונים וכן ספרות מדעית בסיסית שהעיון בה אינו מצריך הכשרה מקצועית מדעית מיוחדת. בתחום ה"ידע האישי" יבואו, מטבע הדברים, המקורות המדעיים שללא התמחות והכשרה מקצועית מדעית "מסוכן", לפחות, לעשות שימוש בהם" (י' קדמי, על הראיות, חלק שני, הוצאת דיונון (תשס"ד-2003), בעמ' 644).

וכן

"בגדר המושג "ידיעה שיפוטית" נכללות עובדות שהן נחלת הכלל, כגון עובדות היסטוריות, עובדות שבפזיקה בסיסית, גיאוגרפיה, תוצאות מחקרים ידועים וכיוצא באלה (ע"א 759/76 פז נ' נוימן, פ"ד לא (2) 169, 175; ע"א 4868/90 אנגל נ' בודסקי, פ"ד מו(4) 434, 437). ידיעה שיפוטית אינה כוללת רק דברים הידועים לכל, אלא אף עובדות הניתנות לבירור מידי ומדויק על ידי עיון במקורות מוסמכים אשר אינם שנויים במחלוקת (א' הרנון דיני ראיות (תשל"ז, חלק שני) 45) (רע"א 9728/04 מיכאל עצמן ואח' נ' חיפה כימיקלים בע"מ, טרם פורסם)

33. משום שמדובר במקורות הפתוחים לעיונו של כל אדם, הממצאים הנקבעים על בסיס האמור בהם הם "בגדר עובדות הניתנות לבירור ולקביעה מדויקת על ידי היוזקות מהירה ונוחה אל מקורות אשר אינם שנויים במחלוקת" (א' הרנון, הפעלת הידיעה השיפוטית – אימתי וכיצד, עיוני משפט ד(1), תשל"ה-1974, 5, 6), כיוון שכך- רשאי היה הרשם לפנות באופן עצמאי לכל אותם מקורות, ולגבש את מסקנתו כאילו הכתוב בהם הן עובדות שהוכחו בפניו. מלכתחילה לא היתה חובה להישען על עדות מומחה, ובדיעבד – לא היה כל פסול שבדרך שבה הלך הרשם:

"בנסיבות מסוימות מותרת גם ההסתמכות על הידיעה השיפוטית של בית המשפט, והעובדה, שחברתנו מתקדמת מבחינת מטען הידע שבידי האדם הסביר, יש בה, כמובן, גם כדי להשפיע על היקפם של התחומים, שאותם רואה בית המשפט כמצויים בתחום הידיעה השיפוטית (ע"א 689/69 [1] 83). זאת ועוד, אין על בית המשפט חובה להישען על עדות מומחה דווקא (ע"א 86/58 [2] 478), שהרי כל עניין ונסיבותיו ונתוניו. בית המשפט הוא המכריע בשאלה, אם ואימתי תישמע עדות

מומחה ואימתי היא חיונית, והוא גם המכריע במחלוקת
 בין מומחים" (ד"נ 20/85 אברהם בחרי נ' משה פדלון,
 פ"ד לט(4) 463, 465).

34. הראיה הנוספת שהוגשה מטעם המערערת היא סקר שערך העד בלקסטון ממכון מותגים. הסקר בא לענות על שני צרכים שמשקפים את שני חלקיו של סע' 11(10):

(1) הוא בא להוכיח כי המילה תירוש אינה מילה "הנוהגת במסחר לציונם או לתיאורם של טובין או סוגי טובין" - סע' 11(10) לפקודה רישא;
 (2) הוא בא להוכיח כי למילה תירוש יש אופי מבחין (משמעות שנייה) כמשמעותו בסעיף 8(ב) לפקודה - אליו מפנה סע' 11(10) סיפא, ובמילים אחרות, הציבור מזהה תירוש עם המערערת "כרמל מזרחי", ולא עם חברות אחרות.

35. כיוון שמדובר בסקר, הוא אמור לשמש מדד אמין ואובייקטיבי לדיעת הציבור או דעת הציבור בסוגיה הנבדקת. לשיטתו של הרשם, השאלות שהוצגו או חלקן, לא היו אובייקטיביות והיו גם כשלים בדרך הצגתן. בפועל, אין אפילו צורך להתעכב על הכשלים, משום שדי בנתונים שנחשפו בחקירתו של בלקסטון - כדי להבין שהמטרות לא הושגו.

השאלה הראשונה בסקר, הרלוונטית לענייננו (לצורך הראשון שהוגדר, קרי: האם מדובר במילה מתארת, לעניין מיץ ענבים) נוסחה כדלקמן:

"האם שמעת בעבר את השם "תירוש" ואם כן - מה זה?
 (לדובב - לא להקריא) (אפשרית יותר מתשובה אחת)
 (שאלה 1 לשאלון, נספח 2 לחוות הדעת).

36. משום מה בחר בלקסטון שלא להביא בחוות דעתו את הנתונים בנוגע לשאלה זו, על אף שהם רלוונטיים במיוחד לסוגיה הנדונה. נתונים אלו נחשפו רק בעקבות חקירתו הנגדית על ידי בא כוח המשיבה. וכך ענו הנשאלים: 93% אחוז מהם שמעו את השם "תירוש" (7% מהם לא הכירו אותה כלל). מתוכם, 40% אמרו כי מדובר ביין קידוש; 36% מהם אמרו כי זהו מיץ ענבים, ו- 16% אמרו כי מדובר ביין (עמ' 77-80 לפרוטוקול החקירה הנגדית). 2% בלבד זיהו בשלב זה את המילה "תירוש" עם המערערת (עמ' 82 לפרוטוקול החקירה הנגדית). לנתון זה אתיחס בהמשך.

מנתונים אלו מנסה המערערת להיבנות כדלקמן: מן העובדה שרק מעט יותר משליש (36%) מהנשאלים ידעו כי "תירוש" הוא מיץ ענבים, ניתן ללמוד כי המילה אינה חיה כמילה מתארת בשפת היומיום - לו היה מדובר במילה בעלת רמת תיאוריות

גבוהה טוענת המערערת, כגון "סבון" או "שמפו", לא היה מקום לתשובות מגוונות בגינה.

37. הפרשנות דלעיל היא מאולצת, ומעוותת את המשמעות האמיתית של הנתונים: הנתון המרכזי הוא כי 93% אחוז מהנשאלים הכירו את המילה. לו היה מדובר במילה "מתה", השמורה רק ליחיד סגולה, ספק אם אחוז כה גבוה של נשאלים היה מכיר אותה. מתוכם, 36% ידעו מה הוא "תירוש". זהו אחוז ניכר שאין לבטלו- המשמעות היא כי מעל שליש מהנשאלים הכירו את משמעותה המפורשת של המילה ומכאן ועד לשימוש בה- הדרך אינה רחוקה. גם התשובות הנוספות שהתקבלו באשר למשמעות המילה "תירוש" – יין, או יין קידוש- הן תשובות שקושרות את המילה "תירוש" אל משפחת מוצרי פרי הגפן, ודי בכך לענייננו. המומחה ללשון עברית מטעמה של המערערת, מציין אף הוא כי בספרות ובשירה משתמשים לעתים במילה "תירוש" דווקא לתיאור יין:

"גם במשלב הספרותי, ובעיקר בלשון השירה, ייתכן שימוש במילה תירוש, אך שוב, לאו דווקא כ"מיץ ענבים" כי אם דווקא כמילה נרדפת, פיוטית, ל"יין" האלכוהולי, המשכר. כך הוא למשל בשיר זמר עממי המתאר אדם המתאוה ליין כמתאוה לקנקן "תירוש" (פסקה ה' לחוות הדעת).

השימוש במילה תירוש כמילה נרדפת ליין אינו גורע מהתיאוריות שבה לענייננו. אדרבא, דווקא הכרות חלק מן הציבור את המילה תירוש כשוות ערך ליין מצביעה על כך כי מדובר במילה חיה ונושמת, שהציבור עושה בה שימוש, כאשר האבחנות הנערכות על ידו מתייחסות גם לפונקציונאליות של הטובין (יין לקידוש).

38. כדי להשלים את התמונה בהקשר זה, מן הראוי לבדוק גם את השאלה, האם משמשת המילה "תירוש" את העוסקים בתחום הרלוונטי:

"בבחינת שאלת כשרות רישומו של סימן מסוים כסימן מסחר, על רשם סימני המסחר או בית המשפט העליון, בהליכי ערעור על החלטות רשם סימני המסחר, לשים לנגד עיניהם את הכלל לפיו אין לאשר לרישום כסימן מסחר המשותף לכלל העוסקים בתחום מסחרי מסוים.. (ע' פרידמן, בעמ' 136).

39. ממאמרים מקצועיים שהגישה המשיבה עולה כי המילה "תירוש" משמשת את העוסקים בתחומים הרלוונטיים כמונח מקצועי מתאר למיץ ענבים: למשל מאמר מקצועי בתחום החקלאות העוסק ב"השפעת ריסוסי חנקת האשלגן על ריכוז האשלגן בפטוטורות ואיכות התירוש בגפן מזן פיננו-נואר"; כך גם במאמר העוסק בתסיסת יין, ואשר פותח במלים "מהי תסיסה? זהו תהליך שהו הופך הסוכר שבענבים לאלכוהול, במלים אחרות: התירוש הופך להיות יין", או למשל במודעות פרסום לקורס יין- כותרתו של אחד המפגשים היא "... בציר בתחילת בציר עם הזריחה, דריכת ענבים והכנת התירוש לתסיסה".

השימוש בטרמינולוגיה המקצועית למילה "תירוש" מצוי גם בחקיקה ותקינה ישראלית, כפי שהוזכר כבר לעיל. למשל- צו הגנת הצרכן (סימון ואריזה של מוצרי מזון) התשנ"ט – 1988, אשר משתמש במילה "תירוש" כשהוא דן באופן סימון מזון ומשקה ארוזים למשל (תוספת 2 לצו); או תקנים של מכון התקנים הישראלי, אשר משתמש במילה "תירוש" בתקנים העוסקים ביין או במיץ ענבים (ראה ת"י 1318 למשל). לפיכך, גם אצל העוסקים בתחום היין משמשת המילה "תירוש" כמונח מקצועי ל"עסיס ענבים".

40. סיכום ביניים: הסקר שערך בלקסטון, לא זו בלבד שאינו תומך במסקנה שאין מדובר במילה מתארת למיץ ענבים, אלא שהוא סוגר את המעגל בהצטרפו לראיות הנוספות. המסקנה העולה מהמכלול, החל מבדיקת ההגדרה המילונית למילה "תירוש", דרך בדיקת השימוש בה בשפה העברית המודרנית והיכרות ציבור הצרכנים הפוטנציאליים עמה, וכלה בשימוש שעושים בה העוסקים בתחום המסחרי הרלוונטי- היא חד משמעית ואינה מותירה מקום לספק: המילה "תירוש" היא מילה "חיה" שזוכה לשימוש בעברית המדוברת לציון טובין שהוא מיץ ענבים טבעי (או תוצר קרוב אחר של פרי הגפן).

האם רכשה המילה "תירוש" אופי מבחין- משמעות שנייה?

41. משהוכח כי המילה "תירוש" היא מילה הנוהגת במסחר "לציונם או לתיאורם של טובין או סוגי טובין או הנוגעת במישרין למהותם או לאיכותם" הרי שאינה כשרה לרישום כסימן מסחר, אלא אם יוכח כי רכשה לה אופי מבחין מכוח שימוש, לאמור משמעות שנייה למשמעותה הראשונה.

ומשראינו כי המילה "תירוש" היא מילה "תיאורית ברמה גבוהה", רמת ההוכחה הנדרשת לעניין זה גבוהה, כאמור:

"הנטל להוכחתה של משמעות משנית אינו קל כל-עיקר, וככל שהמילה המתארת שכיחה יותר בשפה לתיאור הטובין נושא הדיון, כן יכבד וילך הנטל" (ע"א משפחה, בעמ' 946).

ושוב – אין בכך כדי לומר כי נטל השכנוע מוטל על כתפי המערערת, בעלת הסימנים. הוא מוטל על כתפי המשיבה, מבקשת המחיקה, אלא שנטל הבאת הראיות יכול שינדוד בין הצדדים לסירוגין. העובדה שנטל השכנוע מוטל על כתפי מבקשת המחיקה, אין משמעותה כי בעלת הסימנים פטורה מהבאת ראיות שיוכיחו כי הסימן כשר לרישום.

ודוק: אין לצאת מנקודת הנחה כי האופי המבחין כבר הוכח בעבר (שהרי הסימן נרשם), שעל כן יש להראות כי מה שהיה בעבר- השתנה. לא הוכח כי הסוגיה של אופי מבחין עמדה על הפרק בעת הרישום המקורי, שעל כן הצורך הוא להוכיח, כי אכן רכש השם משמעות שנייה.

42. מהי אותה משמעות שנייה?

"שהקהל מתחיל להכיר בהם [בסימנים או בשמות – מ' ח'] לא רק ככינוי או כתיאור אלא כסימן או שם המזהים את העסק או הטובין עם התובע. במלים אחרות, הם יכולים להיחפך לייחודיים במובן המשפטי (פרשת [פניציה 3] בעמ' 235; זליגסון בספרו הנ"ל [37], בעמ' 23-24). לשון אחר: משמעות "משנית" אין היא משנית בחשיבותה; נהפוך הוא: משמעות "משנית" משמעה משמעות "ראשונית" בחשיבותה (ע"א משפחה, בעמ' 946).

וכך גם במשפט האנגלי:

"... The corollary of a mark having acquired a distinctive character through use was that the mark "has gained a new significance and its connotation, no longer purely descriptive, justifies its registration as a trade mark" (Kerly, 14th ed. pp. 195).

43. אין צורך כי המשמעות השנייה תחליף את זו הראשונה לחלוטין. עם זאת, ככל שלמילה רמת "תיאוריות" גבוהה יותר, כך יידרש כי רוב ניכר יותר של הציבור יזהה את המילה לפי משמעותה השנייה, היינו לפי סימן המסחר:

"(1)It is not necessary for the secondary distinctive meaning to displace entirely the primary descriptive meaning of a sign. However, when the sign is used in relation to the goods or services in question, the average consumer should understand the sign to denote origin".

(2)...

(3) The extent to which the secondary distinctive meaning must displace the primary descriptive meaning to justify registration as a trade mark is a question of degree which will depend upon the degree of descriptiveness of the sign. The more descriptive the sign, the greater the extent to which the primary descriptive meaning must be displaced" (Kerly, 14th ed. pp195-196)

(ור' גם ע"א משפחה, בעמ' 946; ע"א טוטו זהב, בעמ' 890).

44. על משמעות שנייה ילמדו; תקופת השימוש בשם, מידת הפרסום לה זכה והמאמץ שהשקיע בעל הסימן ביצירת קשר בין המוצר ליצרן (ע"א טוטו זהב, בעמ' 891). יש להוכיח גם כי כל אלו הניבו את התוצאה הרצויה, ושציבור הלקוחות מזהה את השם באופן ברור עם היצרן (בג"צ קליל, בעמ' 328).
את זאת לא הצליחה להוכיח המערערת, בוודאי לא ברמה ההוכחה הגבוהה הנדרשת כאמור לעיל.

אין מחלוקת בין הצדדים כי המערערת חולשת על נתח השוק הגדול בישראל במכירת מיץ ענבים מסוג תירוש. כפי שעולה מתצהירה של גב' כרמי לבנשטיין, מנהלת השיווק של המערערת בשנים 1993-1994, וכן מתצהירו המשלים של מר אברהם לוי, ראש אגף השיווק, משנת 2003. אין גם מחלוקת בין הצדדים כי השימוש בשם "תירוש" נעשה מזה שנים רבות, היקפי המכירות של המוצרים נושאי השם מרשימים מאוד, והמערערת השקיעה כספים רבים בפרסומם במדיומים תקשורתיים שונים.

45. נכון הוא כי היקפי מכירות גדולים ופרסום נרחב עשויים להעיד על היכרות של הציבור עם המוצר ואולי אף עם הסימן אותו הוא נושא. אולם לא די באלו כדי להוכיח שהמילה "תירוש" רכשה משמעות שנייה אצל ציבור הלקוחות הרלוונטי- היינו שנוצרה זהות כמעט מוחלטת בין השם לבין המוצר. השאלה שיש לבודקה היא האם תוצאתם של מאמצים אלו אכן הביאה ליצירת זהות כזו:

"... הפרסום לבדו, אף שהוא חשוב ורלוואנטי, אינו מכריע לעניין המשמעות השנייה. השאלה הקובעת כאן איננה, אם נעשה שימוש ואם נעשה מאמץ כדי להחדיר את הסימן לתודעת הציבור, אלא אם המאמץ השיג את התוצאות הרצויות..." (בג"צ קליל, בעמ' 327-328).

לצורך זה בדיוק הובא הסקר של בלקסטון. לרוע המזל מבחינתה של המערערת, הסקר מבחינתה הוא היפוכו של "מעשה בלעם". הסקר בא לברך ונמצא מקלל. הסקר מוכיח כי הציבור מזהה את המילה "תירוש" עם סוג של מוצרים ולא עם המערערת.

46. כפי שצוין לעיל, השאלה הראשונה (ראה פסקה 35 לעיל), שאל תוצאותיה לא התייחס (משום מה) בחוות דעתו עורך הסקר, המומחה בלקסטון, מראה כי מספר זעום של נשאלים (כ- 2% - עמ' 82 לפרוטוקול החקירה הנגדית של מר בלקסטון) קושר בתודעתו את השם "תירוש" דווקא עם מוצריה של המערערת. כל ניסיון לעמעמם ולטשטש תוצאה זו- אינו יכול לגמד ממשמעותה. זוהי השאלה האולטימטיבית לעניין המשמעות השנייה, שהרי היא מותירה בידי הצרכן את האפשרות לענות כמיטב הבנתו מבלי שיוכוון ע"י גורם כלשהו.

השאלות שבאו לאחר מכן (כגון- "האם ידוע לך מי מייצר "מיץ ענבים" בשם "תירוש"; או "לפי מיטב ידיעתך איזה מהחברות הבאות מייצרת "מיץ ענבים" בשם "תירוש") אינן פוגעות בעוצמתו של הנתון המרשים, קרי כי רק 2% קשרו תירוש עם כרמל מזרחי. השאלות הנוספות הן שאלות אשר באופן ניסוחן, מכוונות את העונים עליהן אל התשובות אותן קיוותה לקבל המערערת, והתשובות בהתאם. מכל מקום, אפילו אומר כי עולה מהן שאחוז גבוה מאוד בציבור יודע כי "כרמל מזרחי" מייצרת "תירוש", אין בכך כדי ללמד כי הציבור מזהה את המילה "תירוש" עם "כרמל מזרחי", היינו כי המילה "תירוש" רכשה לה משמעות שנייה בדמות מוצר של המערערת בעיני הציבור.

כפי שהוסבר לעיל, אין צורך, כי המשמעות השנייה תחליף לחלוטין את הראשונה. גם הרשם לא קבע כך (בניגוד לטענת המערערת). יש צורך, בהתחשב במידת התיאוריות הגבוהה של המילה "תירוש", כי רוב ניכר של הציבור יזהה את המילה עם המשמעות השנייה. נתון של 2% אינו עונה על דרישה זו.

47. לטענת המערערת כי מלים מתארות נעדרות אופי מבחין כשלעצמן, כגון "שמן", "הזרע" או "יצהר" אושרו לרישום כסימני מסחר, איני מוצאת טעם להתייחס.

המילה "יצהר" למשל נרשמה לפני שנים רבות (ב-1936), ואין לדעת אם היתה מאושרת לרישום לו היתה מובאת בפני הרשם כיום. מכל מקום, החומר הראייתי אשר הכשיר מלים אלו לרישום אינו מונח בפני, ואיני יודעת מה היו שיקוליו של הרשם אשר אישרן לרישום.

טוף דבר

48. המילה "תירוש" היא מילה שורשית השגורה בשפה העברית. לא הוכח בפני כי רכשה אופי מבחין כזה אשר יכשירה לרישום כסימן מסחר, שעל כן אין להותיר את רישומה ולהפקיע אותה מרשות הציבור.

לפיכך, יש להותיר את פסק דינו של הרשם על כנו- הסימנים שמספריהם 75874 ו-75775 ימחקו, אלא אם תמסור המערערת הודעת הסתלקות בכתב, תוך 7 ימים מיום שיגיע פסק הדין לידי הצדדים, אשר תתווספנה להודעות ההסתלקות הקיימות, בזו הלשון: "רישום סימן מסחר זה לא ייתן זכות לשימוש ייחודי במילה "תירוש" אלא בהרכב הסימן". ההערות העוסקות בשימוש מתאר בתום לב תמחקנה לאור הודעת ההסתלקות החדשה.

המערערת תשלם למשיבה שכ"ט עו"ד בסך 20,000 ₪ בצירוף מע"מ והוצאות משפט.

ש ו פ ט ת

הנשיאה ד' ביניש:

אני מסכימה.

ה נ ש י א ה

השופטת א' חיות:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק-דינה של השופטת ד' ברלינר.

ניתן היום, כ"ה בתשרי התשס"ז (17.10.06).

שופטת

שופטת

הנשיאה