

היקף ההגנה על תדמית של סימן מסחר

(בעקבות ע"א 8483/02 אלוניאל בע"מ נ' מקדונלד)

מאת

קטיה זכרוב

סימני מסחר מאפשרים לצרכן להבחין בין המוצרים השונים ולצבור מידע לגבי תכונותיהם ואיכותם. במקביל מאפשרים הם ליצרן לצבור מוניטין במוצריו וליהנות מהצלחת תוצרתו. עיקרם של דיני סימני מסחר הוא הגנה על הערך האינפורמטיבי של הסימן.

לסימני מסחר רבים כיום ישנו מימד נוסף והוא תדמיתם. לתדמית של סימן מסחר אין לרוב קשר לתכונותיו הפיזיות של המוצר. כך, למשל, יכול מרק נמס ליהנות מתדמית של חיי משפחה מאושרים. התדמית נוצרת בעיקר באמצעות פרסומת לא אינפורמטיבית, המשבחת את המוצר על-ידי הגזמות והתפארויות, כגון "מוצר X הוא הטוב ביותר בעולם". פרסומת מעין זו זוכה ליחס ליברלי הן באנגליה ובארה"ב והן בארץ.

מן העובדה, שהדין אינו אוסר לבנות תדמית לסימן מסחר אינה מתבקשת המסקנה, כי יש גם להגן עליה. הגנה על התדמית הלא אינפורמטיבית אינה נמנית עם מטרותיהם של דיני סימני מסחר.

בע"א 8483/02 אלוניאל בע"מ נ' מקדונלד קובעת דעת הרוב, כי פרסומת המעבירה מסר סתמי של עליונות, כגון "מוצר X טוב יותר ממוצר Y" מהווה הפרה של סימן המסחר, באמצעותו מאוזכר המוצר המתחרה. פסק דין זה יוצר הגנה חזקה ביותר לתדמית הלא אינפורמטיבית של סימני מסחר. ספק רב אם תוצאה זו מוצדקת.

א. מבוא. ב. מטרותם של דיני הקניין הרוחני. ג. מטרותם של דיני סימני המסחר. ד. התדמית של סימן מסחר. ה. היקף החירות לבנות תדמית לסימן מסחר. ו. ההגנה על התדמית של סימן מסחר. ז. דוקטרינת הדילול. ח. מעמדה של דוקטרינת הדילול במשפט הישראלי. ט. טענה סתמית של עליונות על המתחרה העסקי. י. פסק הדין בעניין מקדונלד. יא. דיון בתוצאות פסק הדין. יב. המלצות. יג. סיכום.

א. מבוא

ביום 30.3.2004 נתן בית המשפט העליון את פסק דינו בע"א 8483/02 אלוניאל בע"מ נ' מקדונלד¹ (להלן: "פסק דין מקדונלד"). פסק דין זה מעלה שאלות מעניינות בעניין היקף ההגנה על תדמית של סימן מסחר. במאמר זה ייבחנו משמעויותיו של פסק הדין לאור הרציונלים של דיני הקניין הרוחני בכלל ושל דיני סימני המסחר בפרט.

יצוין, כי נוסף על קביעותיו התקדימיות של פסק דין זה בעניין הגנת התדמית של סימן מסחר, נפסקה בו גם הלכה חדשנית בעניין הזכות לפרסום (the right of publicity); נושא זה לא יידון במאמר הנוכחי.

ב. מטרתם של דיני הקניין הרוחני

אחת המטרות המרכזיות של כל משטר חברתי היא להסדיר את השימוש בנכסים מוחשיים.² חוקה של אדם מסוים בנכס מוחשי שוללת או מגבילה, מעצם טבעה, את יכולת ההנאה של אחרים מאותו נכס. כללים ברורים בעניין זכויות ההחזקה והשימוש בנכסים המוחשיים נחוצים לעצם קיומו של סדר חברתי ולמניעת מלחמות מתמידות בין פרטים. לפיכך, הסדר הבעלות וההחזקה בנכסים מוחשיים מהווה מאז ומעולם את אחת מאבני היסוד בכל משטר חברתי ובכל שיטת משפט. לא כאלה הם פני הדברים בכל הקשור לנכסים הלא-מוחשיים. שימוש של פרט אחד ביצירה שהיא פרי רוחו של אדם אינו שולל או מגביל את אפשרות השימוש של פרטים אחרים באותה יצירה. רעיונות, המצאות, סיפורים, מנגינות וכיוצא באלה ניתנים לשימוש על ידי מספר בלתי-מוגבל של אנשים בו־זמנית. בכך שונה פרי רוחו של אדם ממעשה ידיו: בעוד שחוקה של אדם אחד בפסל מסוים שוללת את אפשרותם של אחרים להחזיק באותו פסל, לא נשללת מהם האפשרות לנצל את רעיון הפסל וליצור פסלים דומים או זהים.³ הסדרת השימוש בנכסים הלא-מוחשיים אינה נחוצה להשלטת סדר חברתי ואינה נמנית בין היסודות הבסיסיים ביותר של שיטות המשפט. ההכרה של שיטות משפט שונות בצורך להגן על פרי רוחם של היוצרים באה בעקבות ההתפתחויות הטכנולוגיות והמצאתם של אמצעי העתקה ושכפול, שאפשרו שימוש נרחב

1 פ"ד נח(4) 314. בקשה לדין נוסף נדחתה ביום 29.11.04.

2 ראו Thomas Hobbes, *Leviathan: or the Matter, Form and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil* (1946).

3 ראו Paul Goldstein, *Copyright, Patent, Trademark and Related State Doctrines: Cases and Materials on the Law of Intellectual Property* 1 (3d ed., 1993).

ביצירות.⁴ ככל שתהליך העתקת היצירה נהפך קל יותר, נחלש הקשר בין היצירה הפיזית ליצירה הרוחנית וליוצר נהיה קשה יותר לקבל תגמול על יצירתו.⁵ ההכרה בצורך להגן על פרי רוחם של היוצרים באה בעקבות החשש כי בהיעדר תמורה ליצירה לא יהיה מניע ליצור, היוצרים לא יוכלו להתקיים מיצירתם ויצטרכו להתפרנס בדרכים אחרות, ובסופו של דבר תצא החברה בכללותה נפסדת.

בבסיס ההגנה על הקניין הרוחני – לפחות בשיטות המשפט האנגלו-סקסיות – עומד בראש ובראשונה השיקול של טובת הכלל. ההגנה נועדה לתמרץ ליצור, להמציא ולחדש, ובכך להעשיר את החברה כולה.⁶ הגנה זו מתבטאת בהענקת זכות בלעדית ליוצר או לממציא להשתמש בפרי רוחו. בכך נוצר לגבי הנכסים הלא-מוחשיים, מכוח הדין, מצב הדומה במידה מסוימת לזה השורר מטבע הדברים ביחס לנכסים המוחשיים: אפשרות השימוש בנכס מוגבלת לאדם אחד (או כפופה לאישורו).

ברור, כי להגנה מעין זו יש גם השלכות שליליות על טובת הכלל: היא מגבילה בצורה משמעותית את אפשרות החברה ליהנות מהיצירה או מההמצאה המוגנת (ניתן ליהנות מהן רק בכפוף לאישורו של בעל הזכות), ונוסף על כך הגנה זו בולמת את המשך ההתפתחות הטכנולוגית והיצירתית בכך שהיא שוללת – או לפחות מגבילה – את האפשרות להשתמש ביצירה או בהמצאה כבסיס ליצירות ולהמצאות חדשות. הענקת זכות בלתי-מסויגת ליוצר או לממציא לשימוש בלעדי ביצירתו הייתה מחטיאה, אם כן, את מטרת ההגנה. לפיכך, נדרש איזון מסוים בין הצורך לעודד את היוצרים והממציאים, מצד אחד, לבין האינטרס החברתי לנצל יצירות והמצאות והצורך לאפשר את המשך ההתפתחות הטכנולוגית והיצירתית, מצד שני.⁷ דיני הפטנטים, המדגמים וזכויות היוצרים משיגים איזון זה בעיקר באמצעות הגבלה של תקופת ההגנה,⁸ אם כי ההגנה מוגבלת גם

4. David I. Bainbridge, *Intellectual Property* 31-34 (4th ed., 1999).

5. Stephen Breyer, "The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, *ראו* Photocopies and Computer Programs," 84 *Harv. L. Rev.* 281, 292-302 (1970).

6. *ראו*, לדוגמה, ע"א Interlego A/S 513/89 נ' Exin - Lines Bros S. A., פ"ד מח(4) 133, 148-147; ת"א (ת"א-יפו) 881/94 *Eli Lilly and Company* נ' טבע תעשיות פרמצביות בע"מ, פסקה 2 לפסק הדין (לא פורסם, 25.11.98).

7. Jon Holyoak, *Intellectual Property Law* 16-17 (1995).

8. חוק הפטנטים, תשכ"ז-1967 קובע הגנה של 20 שנה על המצאה (סעיף 52); פקודת הפטנטים והמדגמים (חא"י ב (ע) 1053) קובעת הגנה של 15 שנים על מדגם (סעיף 33); פקודת זכות יוצרים קובעת הגנה על יצירה לתקופה של 70 שנה מיום מותו של המחבר (סעיף 3).

מבחינת תוכנה. לאחר שתמה התקופה השמורה לממציא או ליוצר ליהנות מפרי עמלו, נהפכת יצירתו או המצאתו לנחלת הכלל.⁹

ג. מטרתם של דיני סימני המסחר

דיני סימני המסחר – שונים הם משאר דיני הקניין הרוחני. דינים אלה לא נועדו לעודד יצירה והמצאה, אלא לתמרץ השקעה של יצרנים באיכות מוצריהם. סימני מסחר מאפשרים לצרכן להבחין בין המוצרים של היצרנים השונים ולצבור אינפורמציה ביחס למוצרים אלה, ובמקביל מאפשרים הם ליצרנים לצבור מוניטין בתוצרתם.¹⁰ עיקרם של דיני סימני המסחר הוא הטלת איסור על יצרן להציג את סחורתו באופן שיטעה את הצרכנים לחשוב כי אלה הן סחורות של יצרן אחר. הדבר מאפשר לצרכן המרוצה ממוצר של יצרן מסוים לחזור ולקנות את מוצריו של אותו יצרן, ובה בעת מאפשר ליצרן ליהנות מהצלחת מוצריו. הרעיון שבבסיס שיטה זו הוא שנטילת אחריות של היצרנים על תוצרתם תוביל לתחרות יעילה ביניהם, ובעקבותיה תשתפר איכות המוצרים והציבור בכללותו יצא נשכר.¹¹ לדיני סימני המסחר מטרה כפולה: הגנה על הצרכן מפני הטעיה ביחס למקור המוצר והגנה על האינטרס של היצרן ליהנות מהמוניטין שצברו מוצריו.¹² בתחילת דרכם של סימני המסחר היה מקובל לראותם כמסמלים את המקור הפיזי של סחורה. במרוצת הזמן, עם ההתפתחות של תופעות מסחריות חדשות – כגון חברות ענק בעלות סניפים בכל רחבי תבל, או חברות המוסרות רישיונות ייצור לגופים במדינות שונות – השתנתה גם תפיסה ביחס לסימני המסחר. היום מקובל לראות בסימן מסחר סמל למקור משותף של כל המוצרים הנמכרים תחת הסימן, וזהו הקונקרטי של היצרן אינה חייבת להיות ידועה לקונה. כמו כן,

9 דניאל פריימן, "העתקה כזכות", הפרקליט לה 449, 451 (תשמ"ג); Holyoak, הערה 7 לעיל, בעמ' 16-17.

10 ראו יעקב וחנה קלדרון, חקיקים מסחריים בישראל: מוניטין, גניבת עין, סימני מסחר, עשיית עושר ולא במשפט, תחרות בלתי הוגנת 140 (תשנ"ז).

11 ראו 2:30 Sec. McCarthy on Trademarks and Unfair Competition, Thomas McCarthy (2000).

12 בג"ץ Aktiebolaget Astra, Apotekarnes Kemiska Fabriker 178/57 נ' הרשם הכללי בתפקידו כרשם סימני מסחר, פ"ד יב 708, 711; בג"ץ 144/85 קליל תעשיות מתכת אל-ברזליות בע"מ נ' רשם הפטנטים, המדגמים וסימני המסחר, פ"ד מב (1) 309, 323; ע"א 5792/99 תקשורת וחינוך דתי-יהודי משפחה (1997) בע"מ – עיתון "משפחה" נ' א.ס.בי.ס. פרסום, שיווק וקידום מכירות בע"מ – עיתון "משפחה טובה", פ"ד נה(3) 933, 958-959; ע"א 8617/01 חברת ניו סאונד ליצירה אומנותית בע"מ נ' חברת מאסטר קאסיט בע"מ (לא פורסם, 26.6.04); רע"א 5454/02 טעם טבע (1988) סיבולי בע"מ נ' אמברוזיה סופהרב בע"מ, פ"ד נו(2) 438.

סימן המסחר מהווה אינדיקציה לתכונות זהות ולאיכות אחידה של מוצרים.¹³ תפיסה זו מתיישבת גם עם הציפיות של הצרכן בחיי המסחר המודרניים. כך, לדוגמה, אין הוא מצפה שכל בקבוק של קוקה-קולה בעולם ייוצר באותו מפעל, אך הוא מצפה שהמשקה יהיה זהה ברכיביו, באיכותו ובטעמו בכל מקום. בין אם רואים בסימן המסחר אינדיקציה של מקור הסחורה או סמל לאיכות אחידה, אין ספק שסימן מסחר הוא סמל הנושא אינפורמציה מסוימת, ותפקידם של דיני סימני המסחר הוא להגן על הערך האינפורמטיבי של סמל זה.

ד. התדמית של סימן מסחר

סימני מסחר רבים כיום אינם מסמלים את איכות המוצר או את מקורו בלבד. לסימני מסחר אלה יש ממד נוסף שהוא לעתים בעל ערך רב – תדמיתם. התדמית של סימן מסחר נוצרת בעיקר על ידי פרסומת, ולרוב אין לה כל קשר לתכונות הפיזיות של המוצרים. כך, למשל, הפרסומת יכולה לבנות תדמית של רוח צעירה וספורטיבית לחטיף שוקולד או תדמית של חיי משפחה מאושרים למרק נמס. לעתים, התדמית של סימן מסחר ממלאת תפקיד חשוב בהחלטה של הצרכן ועל כן יש לה ערך רב עבור בעל הסימן.

הפרקטיקה של בניית תדמיות סביב סימני מסחר עוררה ויכוחים סוערים בספרות. מתנגדי התופעה טענו כי תדמית של סימן מסחר יוצרת בעיני הצרכן הבחנות מלאכותיות בין מוצרים זהים בעיקרם (ולעתים אף זהים לחלוטין), ובכך פוגעת ביכולתו לקבל החלטות רציונליות.¹⁴ בסדרת ניסויים שבהם התבקשו

13 ע"א 498/66 "דחן" חברה ליצור ושיווק בע"מ נ' "יצהר" חרושת שמנים בע"מ, פ"ד כ (4) 600, 602; עניין קליל, הערה 12 לעיל, בעמ' 325; בג"ץ 296/85 סיאם סיאק האו (אנטוני) נ' רשם הפטנטים, המדגמים וסימני המסחר, פ"ד מ (4) 770, 778-777. ראו גם פנינה פרידמן, "גניבת עין: הגנתו (החלקית) של המתחרה המסחרי כנגד פרסומת כוזבת של יריבו", הפרקליט לה 333, 338 (תשמ"ג). לתיאור ההתפתחות ההיסטורית של תפקיד סימן המסחר ראו החלטת רשם הפטנטים מיום 30/8/2001, נ.ב.ע. נ' N.B.A. Properties Inc. ראו גם Robert N. Klieger, "Trademark Dilution: the Whittling Away of the Rational Basis for Trademark Protection," 58 U. Pitt. L. Rev. 789 (1997).

לכלל זה בדין האנגלי ראו *Edge v. Niccols* [1911] 28 R.P.C. 582; *Vine Products Ltd. v. Mackenzie & Company Ltd.* [1969] RPC 1; *Warnink v. Townend & Sons* [1980] RPC 31. לכלל זה בדין האמריקני ראו *In re Abcor Dev. Corp.*, 588 F.2d 811 (C.C.P.A. 1978); *Thomas Pride Mills, Inc. v. Monsanto Co.*, 155 U.S.P.Q. (BNA) 205 (1967); *Revlon, Inc. v. La Maur, Inc.*, 157 U.S.P.Q. (BNA) 602 (1968).

14 ראו William S. Comanor & Thomas A. Wilson, *Advertising and Market Power* 19 (1974); Gerhard Scherhorn, *Wie unübersichtlich dürfen Konsummärkte werden?* 9-10

נבדקים לדרג את איכות המוצרים שהוצגו בפניהם, תחילה ללא סימני המסחר שלהם ולאחר מכן עם, התגלה כי ההערכות של אותם אנשים עצמם משתנות בצורה ניכרת עקב מודעותם לסימני המסחר של מוצרים.¹⁵ יש הרואים בתופעה זו פגיעה משמעותית באוטונומיה של הצרכן ובחופש הבחירה שלו, שכן תדמית הסימן גורמת לצרכן להעדיף מוצרים מסוימים בזמן שהעדפות אלה אינן משקפות את טעמו האמיתי.¹⁶ מעבר לכך נטען כי תדמיות הנבנות סביב סימני מסחר פוגעות בתחרות העסקית וביעילות השוק: המוצר שסביבו נבנתה תדמית חיובית מסוימת נראה לצרכן כחסר תחליף – דבר המגביר את נכונותו לשלם עבורו מחיר גבוה ומקטין את הגמישות של עקומת הביקוש לאותו מוצר. באופן זה נוצר מעין מונופול, המאפשר לבעל הסימן להעלות את מחיר המוצר ללא חשש מתחרות.¹⁷ בתנאים אלה, היצרן המושך אליו את מרב הלקוחות אינו בהכרח היצרן היעיל ביותר, והשוק אינו מעודד השקעה באיכות המוצרים אלא השקעה בפרסומת.¹⁸ הקיצוניים שבתומכי גישה זו אף הציעו אמצעים שונים ללחימה בתדמיות סימני המסחר כגון הטלת מסים גבוהים במיוחד על הפרסומת,¹⁹ הגבלת תוכן הפרסומת

(1981); Klaus G. Grunert & Eduard Stupening, *Werbung – ihre gesellschaftliche und ökonomische Problematik* 100 (1981); Frauke Henning-Bodewig & Annette Kur, *Marke und Verbraucher – Funktionen der Marke in der Wirtschaft* 50-51 (1988). ראו גם אורנה דויטש, מעמד הצרכן במשפט 107 ואילך (תשס"ג).

Otto Blume, Gislinde Müller & Burkhardt Röper, *Werbung für Markenartikel – Auswirkung auf Markttransparenz und Preise* 39-40 (1976). 15

Katrin Lederer & Rainer Mackensen, *Gesellschaftliche Bedürfnislagen* 43 (1975); 16
Annemarie L. Hoffmann, *Verbraucherinteresse als Informationsproblem* 217 (1982);
Gerhard Scherhorn, *Gesucht: der mündige Verbraucher* 38 (1972).

Edward Hastings Chamberlin, 251-240, 46 בעמ' לעיל, הערה 14, Comanor & Wilson 17
The Theory of Monopolistic Competition: a Re-orientation of the Theory of Value, 119-124 (7th ed., 1958); Joe Staten Bain, *Barriers to New Competition: Their Characters and Consequences in Manufacturing Industries* 203, 212 (1967).

Vincent Packard, *The Waste Makers* 263 et seq. (1960). 18

Comanor & Wilson, הערה 14 לעיל, בעמ' 253; Bain, הערה 17 לעיל, בעמ' 217; 19
Mona L. Hymel, "Consumerism, Advertising, and the Role of Tax Policy," 20 *Va. Tax Rev.* 347 (2000).

לעובדות הניתנות להוכחה²⁰ או סימון המוצרים לפי שיטה כלשהי, המעניקה ציונים לתכונותיהם הפיזיות.²¹

כנגד גישה זו נטען, כי היא מבטאת השקפת עולם פטרנליסטית, המציגה את הצרכן כיצור חסר-אונים, שאינו מסוגל להחליט מה טוב עבורו וזקוק להדרכה מתמדת ולהגנה מפני החלטות בלתי-רציונליות שלו עצמו. לעומת זאת, על פי הגישה הליברלית, הרואה את הצרכן כמי שמודע היטב לרצונותיו, עצם העובדה שקיים ביקוש למוצרים בעלי תדמית מצביעה על ערך התדמית עבור הצרכן. לכן, על שיטת המשפט להימנע מהתערבות בהעדפות של הצרכן ומהקביעה אם הן רציונליות או לא; עליה לתת תוקף מלא לאוטונומיה של הצרכן ולכבד את העדפותיו. אין להגן על הצרכן מפני השפעות, ויש לראותו כמי שמסוגל להתמודד עמן בכוחות עצמו. הצרכנים, כך נטען, אינם מעוניינים בתכונות הפיזיות של המוצר בלבד: הם מעדיפים מוצרים בעלי ערכים רגשיים מסוימים. תדמיות של סימני המסחר אינן יוצרות העדפות מלאכותיות בקרב הצרכנים אלא באות לספק את הביקוש הקיים. אכן, בעל סימן מסחר שבנה תדמית לסימן, מסוגל למכור את מוצריו במחיר גבוה יותר מזה של מתחיריו, אך אין לראות בכך תופעה אנטי-תחרותית. בעל סימן מסחר זה הוסיף למוצרו תכונה בעלת ערך בעיני הצרכנים, וערך זה משתקף בנכונותם לשלם תוספת מחיר. הביקוש מתרכז אצל יצרן היעיל ביותר, קרי: היצרן שמוצרו מספקים בצורה הטובה ביותר את העדפות הצרכן.²² כמו כן, הטענה כי בעל סימן מסחר שיצר תדמית לסימנו יכול להעלות את מחיר מוצרו ללא חשש מתחרות, מוטעית: ייתכן כי מוצרים שלא מתפרסמים בכלל אכן לא נראים בעיני הצרכנים כתחליפים למוצר זה, אך שונה

20 Daniel Hays Lowenstein, Blume & Müller & Röper, הערה 15 לעיל, בעמ' 120 ואילך; "Too Much Puff": Persuasion, Paternalism and Commercial Speech," 56 U. Cin. L. Rev. 1205 (1988); Ronald K.L. Collins & David M. Skover, "Commerce & Communication," 71 Tex. L. Rev. 697 (1993); Carl Baudenbacher, *Suggestivwerbung und Lauterkeitsrecht* 168 (1978).

21 Comanor & Wilson, הערה 14 לעיל, בעמ' 253; Bain, הערה 17 לעיל, בעמ' 217; Ingrid-Ute Leonhäuser, *Bedürfnis, Bedarf, Normen und Standards*, 111 et seq. (1988).

22 Jules Backman, *Advertising and Society*, 52 et seq. (1969); Harold Demsetz, "Advertising in the Affluent Society," in *Advertising and Society* 76 et seq. (Yale Brozen ed., 1974); Jerry Kirkpatrick, *In Defense of Advertising – Arguments from Reason, Ethical Egoism* and *Laissez-Faire Capitalism* 143 et seq. (1994); Milton Friedman, *Capitalism and Freedom* (1972); F.A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty* (1973).

המצב לגבי מוצרים בעלי תדמיות אחרות. גם בעולם התדמיות יש תחליפיות מסוימת, המאפשרת "תחרות תדמיות" בין בעלי הסימנים.²³ עמדתן של שיטות המשפט השונות ביחס לבניית תדמיות סביב סימני מסחר באה לידי ביטוי בשני תחומים עיקריים: הראשון הוא היקף החירות לבנות תדמית לסימן מסחר, והשני הוא היקף ההגנה על תדמית הסימן.

ה. היקף החירות לבנות תדמית לסימן מסחר

חלק גדול מתוכנה של הפרסומת המסחרית כיום אינו נושא כל מסר אינפורמטיבי אלא אך מסר של שכנוע לרכוש את המוצר. אמרות של התפארות והגזמה כגון "המוצר שלי הוא הטוב ביותר בעולם", "החיים יפים עם קוקה-קולה" או "יש מכבי – יש חברים" אינן מעבירות מידע כלשהו על המוצר; השפעתן מתבטאת בבניית תדמיתו (להלן: "פרסומת תדמיתית").

הדין האמריקני נוקט גישה ליברלית ביחס לשבחים ולהגזמות בפרסומת. כל עוד אין בפרסומת טענה עובדתית ספציפית לגבי תכונות המוצר, רואים בה הבעת דעה של המפרסם ביחס לטיב מוצריו ולא יכותם: הבעת דעה – בניגוד להצהרת עובדה – איננה יכולה להטעות.²⁴ אף כשמופיעה בפרסומת הצהרה עובדתית בלתי-נכונה, לא רואים בה פרסומת מטעה אם היא אינה מתייחסת לתכונה מהותית של המוצר ואין בה כדי להשפיע על החלטות הצרכנים. כך נפסק, כי טענות כגון שהמוצר הינו חדיש וחדשני,²⁵ כי הוא יוצר בטכנולוגיה חדשה,²⁶ כי הוגשה בקשה לרשום עליו פטנט²⁷ או שהוא נמכר בהצעה מיוחדת לצופי טלוויזיה²⁸ – אף שאינן תואמות את האמת אינן מהוות פרסומת מטעה, משום שהן אינן מתייחסות לתכונה מהותית של המוצר.

גם באנגליה מקובלת הגישה העקרונית שלפיה שבחים מוגזמים אינם מהווים

23 Yale Brozen, "Is Advertising a Barrier to Entry?," in *Advertising and Society* 83 (Yale Brozen ed., 1974).

24 *Cook, Perkiss & Liehe, Inc. v. North* גם ראו 27:56 לעיל, 11 הערה 11, *McCarthy* ראו 27:56 לעיל, 11 הערה 11, *Carolina Collection Service Inc.*, 911 F.2d 242, 246 (9th Cir.1990); *Castrol, Inc. v. Pennzoil Co.*, 987 F.2d 939 (3d Cir. 1993); *Southland Sod Farms v. Stover Seed Co.*, 108 F.3d 1134 (9th Cir. 1997).

25 *Tobin Wolf & Schaper Mfg. Co. Div. of Kusan, Inc. v. Louis Marx & Co. Inc.*, 203 U.S.P.Q. (BNA) 856 (S.D.N.Y. 1978).

26 *Data Cash Systems, Inc. v. JS & A Group, Inc.*, 223 U.S.P.Q. (BNA) 865 (N.D.I. 1984).

27 *Sheldon Friedlich Marketing Corp. v. Carol Wright Sales, Inc.*, 219 U.S.P.Q. (BNA) 883 (S.D.N.Y. 1983).

28 *Vidal Sassoon, Inc. v. Bristol-Myers Co.*, 661 F.2d 272 (2d Cir. 1981).

הטעיה גם אם בפירוש אינם תואמים את המציאות.²⁹ כך, למשל, במקרה שבו הנתבע, שקנה מזון תינוקות של התובע ומכר אותו תחת סימן המסחר שלו, הצהיר בפרסומת כי המוצר שלו הינו הכי מזין ובריא מכל מוצר שהוצע אי פעם, נפסק כי אין בהצהרה זו משום היצג כוזב. בפסק הדין נקבע כי שבח עצמי מסוג זה מהווה פרקטיקה מקובלת בחיי המסחר והצרכנים ממילא אינם נוהגים להתייחס ברצינות לטענות מהסוג הנ"ל או להיות מושפעים מהן.³⁰

גם בפסיקה הישראלית שלפני חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 הייתה מקובלת הגישה כי התפארות מוכרים ושבח סטגוני אינם מהווים הטעיה או מצג שווא ואינם מקימים אחריות אזרחית או פלילית. גם אצלנו התבססה גישה זו על ההשקפה כי דברי שבח מוגזמים מהווים הבעת דעה או הערכה אישית בלבד ולא הצהרת עובדה, וכן על ההנחה כי הצרכנים אינם נוטים להאמין להצהרות מעין אלה או להיות מושפעים מהן.³¹ בספרות הובאה הדעה כי חקיקת חוק הגנת הצרכן, שאחת ממטרותיו המרכזיות היא להגן על ציבור הצרכנים מפני הטעיה, עשויה לשנות את עמדת הפסיקה בעניין.³² אכן ניתן לראות כי בפסיקה שבאה אחרי חקיקת החוק מסתמנת מגמה של יחס דווקני לדרישת אמת בפרסומת. כך, למשל, בפרשת קדם נדחתה הטענה של בזק כי הסלוגנים "כשהבית נכנסים את הסלולרי סוגרים" ו"פראיר מי שמדבר בסלולרי מהבית" הם בגדר התפארות מוכרים מותרת. נפסק, כי הסלוגנים יוצרים רושם מטעה כאילו שיתח מקו של בזק היא לעולם זולה יותר משיחה מסלפון סלולרי, בעוד שלמעשה, כשמדובר בשיחות מסלפון סלולרי אחד לאחר, אין הדבר כך.³³ באופן דומה נפסק בפרשת אופיס דיפו כי ההצהרה שמחיר של שולחן מהווה "הצעה מיוחדת לפסח",

R.G. Lawson, *Advertising Law* 16 (1978); Winfield and Jolowicz on Tort 282 (14th ed., 1994). 29

Dimmok v. Halet [1866] 2 Ch. App. ראו גם *Scott v. Hansen* [1829] 1 Russ & M. 128 30
21; *Mellin v. White* [1894] 3 Ch. 276

ע"א 44/66 לקי דרייב נ' הרץ אמריקן אקספרס אינטרנשיונל לטד, פ"ד כא (1) 576; ע"א 444/70 נהראי ובני בע"מ נ' ריינגבירן, פ"ד כח (1) 449; ע"פ 515/71 קאופמן נ' מדינת ישראל, פ"ד כו (2) 429; ע"פ 817/76 דנינו נ' מדינת ישראל, פ"ד לא (3) 645; ע"פ 555/77 רבי נ' מדינת ישראל, פ"ד לב (2) 762. ראו גם זאב צלטנר, דיני חוזים כרך א 499 (1963); גר טדסקי, מסת נוספות במשפט 28 (תשנ"ב); דויטש, הערה 14 לעיל, בעמ' 406; דניאל פרידמן ונילי כהן, חוזים כרך ב 796, 803 (תשס"ד). לדיון מקיף בשאלה זו ראו פנינה פרידמן, "סקר מפגיע - האופציה הלא מנוצלת להגנת המתחרה המסחרי מפני פרסום כוזב של יריבו", הפרקליט לו 425, 437 ואילך (תשמ"ד).

עדה בר-שירה, התרמית 33 ואילך (תשל"ט); חנה קציר, פרסומת מסחרית: היבטים משפטיים 379 (תשס"ב).

ת"א (ת"א) 3266/98 קדם נ' בזק - חברה ישראלית לתקשורת בע"מ (לא פורסם, 5.9.99).

כשלמעשה הוא הוצע במחיר גבוה יותר ממחיר הקטלוג, מהווה הטעיה.³⁴ למרות דוגמאות אלה נראה כי גם לאחר חקיקת חוק הגנת הצרכן תעמוד בעינה הגישה העקרונית כי דברי שבח סתמיים, שאין להניח כי הצרכן יתייחס אליהם ברצינות, לא יהוו פרסומת מטעה.³⁵

לסיכום נקודה זו ניתן לומר כי למרות ההבדלים בהיקף המותר ביחס לפרסומת תדמיתית בארצות-הברית ובאנגליה לעומת ישראל, נראה כי שלוש שיטות המשפט מתירות באופן עקרוני בניית תדמיות סביב סימני המסחר על ידי דברי שבח וגזומה בפרסומת. יסודה של גישה זו אינו בהכרח באינטרס ציבורי בקיומן של תדמיות לסימני מסחר, אלא בהשקפת עולם ליברלית, הדורשת הצדקה מיוחדת להתערבות הממשל בחיי המסחר באמצעות הגבלת חופש הפעולה של פרטים. ההשקפה שלפיה שבח מוגזם אינו יוצר בדרך כלל אחריות בגין הטעיה או מצג שווא מבוססת, כאמור, על ההנחה שהצרכן לא יתייחס לדברים אלה ברצינות, כלומר: יהיה מסוגל להעריך את אמינותן של אמרות אלה גם ללא עזרתה של מערכת המשפט. גישה זו אינה מבטאת בהכרח עמדה חיובית ביחס לתדמית של סימן מסחר. היא דוחה אמנם את העמדה הקיצונית שלפיה יש לאסור לחלוטין או להגביל בצורה משמעותית את הפרסומת התדמיתית, אך היא גם לא מאמצת את הגישה הרואה בתדמית של סימן מסחר תכונת מוצר בעלת ערך חשוב. נראה, כי מתוך שיקולים של חופש הביטוי והעיסוק, למרות הספקנות ביחס לערכה של תדמית, מערכת המשפט מעדיפה להימנע מהגבלה של פרסומת תדמיתית, ולהשאיר בידי הצרכן את הברירה אם להיות מושפע או להתעלם ממנה.

יצוין, כי בספרות נמתחה ביקורת על הגישה שלפיה אין הצרכנים נוטים להיות מושפעים מדברי שבח סתמיים בפרסומת. נטען כי גישה זו מתעלמת מנתונים אמפיריים מפורשים, המוכיחים כי לפרסומת התדמיתית – למרות שאיננה

34 ע"פ 232/97 אופיס דיפו נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 18.6.98).

35 ראו, למשל, ת"ק 5431/96 אביגיל נ' גלגלי זהב, פסקאות 17, 19 (לא פורסם, 1.7.96): "אני קורא פרסומות בכבוד מותנה. ניתן להניח כי כבוד מותנה זה הוא נחלת כלל הציבור או רובו. הציבור ער לאינטרס של המפרסמים. הציבור, יש להניח, מודע לכך שהמפרסמים אינם מעוניינים רק במסירת המידע. הם אינם מוכרים רק עובדות. קידום התדמית של המוצר מחייב התייחסות אל מאווי של הציבור... ברור כי לא כל גימיק, כל תעלול, עולה כדי הטעיה". צוטט בהסכמה בעניין בזק, הערה 33 לעיל, בפסקה 13(ג). ראו גם ע"א 8737/00 "שלפרד" חברה לפיתוח ובנין בע"מ נ' זאק, פ"ד (נו"ד) 662, שם סירב בית המשפט לראות פרוספקט – שבו תואר פרויקט בנייה מסוים ככולל 22 קוטג'ים – כהתחייבות לכך שלא ייבנו יותר יחידות דיור וכי השטח המסומן בפרוספקט כפנוי יישאר פנוי. המקרה אמנם נדון לפי חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, אך מכיוון שגם חוק הגנת הצרכן היה יכול לחול באופן עקרוני במקרה זה, יש להניח כי התוצאה הייתה וזהו אם בית המשפט היה בוחר את העניין לפי חוק זה.

מעבירה מידע כלשהו על המוצרים – ישנה השפעה ניכרת על עמדות הצרכן ועל התנהגותו, עובדה שבלעדיה ממילא לא היה כל טעם בפרסומת מסוג זה.³⁶

ו. ההגנה על התדמית של סימן מסחר

השאלה האם מותר לבנות תדמית סביב סימן מסחר שונה בתכלית מהשאלה אם ראוי להגן על תדמית זו. מנקודת מבט של הגישה הליברלית, הדוגלת באיפוק בכל הנוגע להתערבות בפעילות השוק החופשי, היעדרו של איסור לבנות תדמית אינו דורש הצדקה מיוחדת. די בכך שאין סיבה מספקת להגביל פעילות זו. לא כך הם הדברים בכל הקשור להגנה על התדמית. הגנה זו פירושה הטלת הגבלות על פעילויות שיש בהן כדי לפגוע בתדמית. על כן, ההגנה מהווה התערבות בפעילות השוק החופשי, ובתור שכזו היא דורשת הצדקה. עצם העובדה שבעל סימן מסחר מסוים בנה תדמית לסימנו, תוך השקעת מאמצים וממון, איננה הופכת את התדמית לנכס ברהגנה. כזכור, דיני הקניין הרוחני מעניקים הגנה לנכסים בלתי-מוחשיים כדי לעודד את יצירתם. לפי היגיון זה, הענקת הגנה לתדמית של סימן מסחר טומנת בחובה את ההנחה שקיים אינטרס ציבורי חשוב בקיומן של תדמיות לסימני מסחר, וכן שללא הענקת ההגנה לא ימצאו תמריצים מספיקים לבעלי הסימנים לבנות תדמיות סביב סימניהם.

הצורך להגן על תדמית של סימן מסחר אינו מתבקש ממטרותיהם של דיני סימני המסחר, שכזכור באים להגן דווקא על הערך האינפורמטיבי שבסימן. הגנה על הערך האינפורמטיבי משרתת באותה מידה את טובת הצרכן ואת טובתו של בעל הסימן: מצד אחד היא מאפשרת לצרכן לזהות בקלות את המוצרים של היצרנים השונים ומגינה עליו מפני הטעיה, ומצד שני היא מאפשרת לבעל הסימן ליהנות מקניית תוצרות של הלקוחות המרוצים ממוצריו. לעומת זאת, הגנה על תדמית הסימן משרתת בעיקר את האינטרס של בעל הסימן. גם אם נדחה את הגישה כי תדמית הסימן גורמת להתנהגות בלתי-רציונלית של הצרכן – כלומר: נניח, לטובת ההגנה, שלתדמית הסימן יש ערך חשוב כשלעצמו – עדיין קשה יהיה לקבל את הטענה שהצרכן זקוק להגנה על התדמית המושלמת של סימן מסחר, כפי שעוצבה על ידי בעליו. לא נראה שהאינטרס הצרכני ייפגע באופן כלשהו אם תדמית הסימן תהיה חשופה להשפעות שליליות מצד המתחרים של בעל הסימן או מצד גורמים אחרים. ייתכן שפגיעה חזקה מאוד בתדמית תהיה

Herbert J. Rotfeld & Kim B. Rotzoll, "Is Advertising Puffery Believed?," 9 J. Advertising, 36 15 (1980); Cullen Goretzke, "The Resurgence of Caveat Emptor: Puffery Undermines the Pro-Consumer Trend in Wisconsin's Misrepresentation Doctrine," 2003 Wis. L. Rev. 171

מנוגדת גם לאינטרס הצרכני כגון במקרה של יצירת אסוציאציות הפוגעות באופן משמעותי בהנאה מצריכת המוצר, אך נראה כי הדבר יקרה רק במקרים מאוד קיצוניים.

ז. דוקטרינת הדילול

לעתים קרובות שלובה ההגנה על התדמית של סימן מסחר בהגנה על ערכו האינפורמטיבי באופן שלא ניתן להפריד ביניהם. כך, למשל, כאשר יצרן מסוים עושה חיקוי של נעלי Nike באופן שגורם ללקוחות לשעות ולחשוב כי מדובר בנעלי Nike אמיתיות, מובן שיש בכך פגיעה בערך האינפורמטיבי של הסימן, אך יש בכך גם ניצול של התדמית החיובית שצבר הסימן ואולי גם פגיעה בה (אם הנעליים הן מאיכות ירודה). עם זאת, ייתכנו גם מקרים שבהם שימוש בלתי-מורשה בסימן יגרום לפגיעה בתדמית הסימן מבלי לפגוע בערכו האינפורמטיבי.

דוקטרינת הדילול, המקבלת הכרה הולכת וגוברת בשיטות המשפט השונות, מעניקה הגנה מסוימת נגד שימושים בלתי-מורשים בסימן מסחר מוכר היטב, שאינם פוגעים ישירות בערכו האינפורמטיבי של הסימן. דוקטרינה זו מבוססת על ההכרה בצורך להעניק הגנה מסוימת גם לסגולותיו הפרסומיות של הסימן ולכוחו למשוך לקוחות, שהן תכונות בעלות ערך רב עבור בעל הסימן.³⁷ לדוקטרינת הדילול יש שני ענפים עיקריים, המכונים במשפט האמריקני "blurring" (להלן: "הקלשה") ו-"tarnishment" (להלן: "ביזוי").

"הקלשה" מתרחשת כשנעשה שימוש בלתי-מורשה בסימן מסחר מוכר היטב לגבי מוצרים השונים בתכלית מאלה שבהקשרם הוא מוכר (כגון שימוש בסימן "פפסי" לגבי מחשבים). השימוש בסימן צריך להיעשות כדי לציין את מקור הסחורה, כלומר: כסימן מסחר.³⁸ שימוש "מקליש" אינו גורם להטעיית לקוחות ביחס למקור המוצר: בגלל המרחק הרב הקיים במקרים כאלה בין מוצריו של

37 ראו McCarthy, הערה 11 לעיל, 24:67, "Fair Use" of Comparative Advertising, 37 IDEA 133, 136-137 (1996). ראו Frank I. Schechter, "The Rational Basis of Trademark Protection," 40 Harv. L. Rev. 813 (1927), reprinted in 60 Trademark Rep. 334 (1970).

38 ראו McCarthy, הערה 11 לעיל, 24:94 ואילך. ראו, לדוגמה, גם Nabisco, Inc. v. PF Brands, Inc., 191 F.3d 208 (2d Cir. 1999); Ringling Bros. Barnum & Bailey Combined Shows, Inc. v. Celozzi-Ettelson Chevrolet, Inc., 855 F.2d 480 (1988); Dawn v. Sterling Drug, Inc., 319 F. Supp. 358 (1970); Tiffany & Co. v. Boston Club, Inc., 231 F. Supp. 836 (1964).

בעל הסימן לבין המוצרים המפרים, אין חשש שהלקוחות יסיקו על קשר בין המוצרים לבין בעל הסימן. הנזק במקרים של "הקלשה" מתבטא בהחלשת הקשר בין סימן המסחר למוצריו של בעל הסימן בתודעת הלקוחות, ובפגיעה הנובעת מכך ביכולת של הסימן לסמל באופן בלעדי את המוצרים של בעליו (פגיעה ב"ייחודיות" הסימן).³⁹

ההגנה שמעניק ענף ה"הקלשה" של דוקטרינת הדילול אמנם רחבה יותר מההגנה המסורתית של דיני סימני המסחר, אך במידה כזו או אחרת ניתן ליישבה עם מטרות ההגנה. במקרים של "הקלשה", למרות שלא נגרמת הטעיה, נזק לתפקידו המרכזי של סימן המסחר, קרי: כוחו להבחין בין סחורותיו של בעל הסימן לבין סחורותיהם של יצרנים אחרים. יודגש, כי ההגנה מוענקת רק לסימנים מוכרים היטב. לגבי סימנים אלה נהוגה הפרקטיקה של "התפשטות" הסימן מעבר לתחומי העיסוק המקוריים של בעליו. שימוש בלתי-מורשה בסימן מוכר היטב כסימן מסחר פוגע ביכולתו של סימן כזה להצביע על קשר עם בעליו בכל התחומים שבהם נעשה בו שימוש מורשה.

הגנת נגד "הקלשה" אינה מעלה ככלל שאלות קשות של חופש העיסוק או של חופש הביטוי, מכיוון שבסך הכול מדובר אך ורק בהגבלת יכולתם של העוסקים להשתמש בסימן כסימן מסחר. הגבלה זו איננה משמעותית, לפחות ככל שמדובר בסימנים שהם פרי הדמיון וההמצאה, כלומר: שאין להם משמעות אחרת בשפה פרט להיותם סימני מסחר.⁴⁰

הענף השני של דוקטרינת הדילול – "ביוזי" – מגן על סימן מסחר בפני שימושים המפחיתים מערך תדמיתו. "ביוזי" מתרחש, לדוגמה, כשהסימן מוצג בצורה מעוותת או מגוחכת, כשהוא מועמד בהקשר שלילי, מעליב או משפיל.⁴¹ במקרים אלה לא נגרמת הטעיית לקוחות, שכן בדרך כלל ברור לצרכן שבעל הסימן לא היה נותן את ברכתו לשימוש מסוג זה בסימנו. כמו כן, ברוב המקרים של "ביוזי", הטעיה באשר למקור המוצרים אף אינה יכולה להתרחש, מכיוון שכלל לא נעשה בסימן שימוש כבסימן מסחר. בניגוד לשימוש "מקליש", שימוש "מבוזה" אינו מפחית מיכולתו של הסימן לסמל את המוצרים של בעליו. הנזק של "ביוזי" מתבטא אך ורק בפגיעה בתדמית הסימן.

הגנת ה"ביוזי" מתיישבת עם הרציונלים של הגנת סימני המסחר פחות מהגנת

39 ראו McCarthy, הערה 11 לעיל, 24:68.

40 ראו ת"א (שלום, נהריה) 79/84 Lego A/S (Kirkby A/S) נ. ש.מ.ל מפעלי מתכת ומסגרות בנין בע"מ, פ"מ תש"ן (ג) 194, 198.

41 ראו McCarthy, הערה 11 לעיל, 56:72. ראו, לדוגמה, גם Coca-Cola Co. v. Gemini Rising, Inc., 346 F. Supp. 1183 (E.D.N.Y. 1972); Dallas Cowboys Cheerleaders, Inc. v. Pussycat Cinema, Ltd., 467 F. Supp. 366 (S.D.N.Y. 1979); Hasbro, Inc. v. Internet Entertainment Group, Ltd., 40 U.S.P.Q. 2d (BNA) 1479 (W.D. Wash. 1996).

ה"הקלשה", וזאת משום ש"ביוזי" לא גורם כל נזק לתפקידו האינפורמטיבי של הסימן. ייתכן, כמובן, כי שימוש מסוג זה יגרום לאסוציאציות שליליות עם הסימן, אך מבחינת ערכן האינפורמטיבי, אין הבדל בין לבין האסוציאציות החיוביות הנקשרות לסימן באמצעות פרסומת תדמיתית. הגנת סימני מסחר כנגד "ביוזי" מעוררת סוגיות סבוכות של חופש העיסוק ושל חופש הביטוי. בהקשר של חופש העיסוק מתבטאת הבעייתיות של הגנת ה"ביוזי" הן במישור המתחרים העסקיים של בעל הסימן והן במישור של עוסקים שאינם עומדים בתחרות ישירה עמו.

במישור המתחרים העסקיים מביאה ההגנה כנגד "ביוזי" להגבלת האפשרות להתחרות בתדמית הסימן לבניית תדמיות מתחרות, ושוללת את האפשרות להתחרות באמצעות הפחתת ערך של תדמית המתחרה. הדבר מהווה הגבלה משמעותית על חופש הפעולה של המתחרה, שאינה נראית מוצדקת משיקולים של טובת הכלל, קרי: טובת הצרכן. על פי הגישה שלפיה התדמיות של סימני המסחר יוצרות הבחנות מלאכותיות בין מוצרים זהים בעיקרם, הצרכן יכול דווקא לצאת נשכר אם המשאבים המושקעים בפרסומת ישמשו – לפחות באופן חלקי – לערעור מעמדן של התדמיות הקיימות במקום בבניית תדמיות נוספות. אולם, גם הגישה הרואה בתדמית הסימן תכונת מוצר בעלת ערך חשוב עבור הצרכן אינה יכולה להצדיק הענקת הגנה כנגד פגיעת מתחרים בתדמית הסימן בסיועו של דאגה לצרכן. הגישה מבוססת על השקפת עולם ליברלית קיצונית, המתנגדת לכל הגנה על הצרכן מהשפעה על עמדותיו או על החלטותיו. לכן גישה זו דוחה כל ניסיון להגן על הצרכן באמצעות הגבלת פרסומת תדמיתית. מסיבה זו עצמה תדחה גישה זו גם כל ניסיון להגן על הצרכן מפני השפעות שליליות על תדמית הסימן, ותתמוך בעמדה כי יש לחשוף את הצרכן לכל אמירה או דעה אפשרית בעניין זה ולהשאיר בידו את האפשרות לבחור ממה להיות מושפע.

במישור של עוסקים שאינם עומדים בתחרות ישירה עם בעל הסימן, הגבלת החירות לפגוע בתדמית הסימן נראית בעייתית במיוחד לאור העובדה שעבור עוסקים אלה לא קיים כל אינטרס ספציפי לפגוע בבעל הסימן. בדרך כלל מדובר בשימוש בסימן בפרודיות, בסאטירות, בקריקטורות, בבדיחות וכיוצא באלה, המודפסות על ספלים, פוסטרים, חולצות או מוצרים דומים. הצלחתן של בדיחות אלה מבוססת על השימוש החריג שנעשה בסימן – שימוש שאינו מתיישב בדרך כלל עם תדמיתו, כפי שנוצרה וטופחה על ידי בעליו. ברור, כי עוסק העושה שימוש מעין זה בסימן מנסה להצחיק "על חשבוננו של בעל הסימן": הרווח שלו מבוסס על ההשקעה של בעל הסימן בתדמית של סימנו, שבלעדיה לא היה כל טעם בבדיחות אלה. עם זאת, לא נראה כי יש בכך סיבה שדי בה כדי להגביל שימוש מסוג זה: הרי ברור גם כי ההצלחה של עוסק כזה תלויה קודם כל בביקוש למוצריו. ביקוש זה אינו נובע מהסעיית הצרכנים באופן זה או אחר אלא

מרצונם לצחוק על הסימן. על כן, איסור על שימושים מעין אלה בסימן מסחר יהווה משום הגבלה על חופש העיסוק והתחרות, שכן הוא מונע ללא הצדקה מיוחדת אספקה של מוצרים שיש להם ביקוש.

הענקת שליטה מוחלטת לבעל הסימן בכל הקשור לעיצוב התדמית של סימנו נראית בעייתית גם במישור של חופש הביטוי. סימני מסחר הפכו לסמלים כה חשובים בחיי החברה והתרבות המודרניים, עד שהערכים והאסוציאציות העומדים מאחוריהם כמעט אינם ניתנים לתיאור ללא אזכור הסימנים.⁴² בוני התדמיות לסימני מסחר יצרו עולם דימויים שלם, בעל חוקים וערכים משלו. לעולם דימויי זה יש נוכחות חזקה בחיי היומיום שלנו. מאמצי הפרסום המסיביים אינם מותירים בידינו כל אפשרות להתעלם ממנו, ובמידה מסוימת אף ניתן לומר שעולם דימויי זה כופה עלינו את נוכחותו. בנסיבות אלה נראה כי אין כל הצדקה להעניק ליוצרי הדימויים והאשליות זכות בלעדית לשלוט על תוכנו של העולם הדימויי שיצרו.

יורגש, שגם כשהשימוש הפוגע בסימן נעשה למטרת רווח, כל עוד הוא לא נעשה על ידי המתחרה העסקי הוא ראוי להגנה המלאה של חופש הביטוי. הביטוי המסחרי זוכה אמנם להגנה פחותה מסוגי ביטוי אחרים במשפטנו,⁴³ אך לא מטרת הביטוי היא הקובעת לעניין זה אלא תוכנו.⁴⁴ ביטוי הנעשה לשם רווח כלכלי יכול ליהנות במשפטנו מהגנה מלאה של חופש הביטוי, אם מבחינת טבעו הוא נועד להעביר מסר מסוים שאינו מסר של פרסומת מסחרית כגון כתבה בעיתון.⁴⁵ לעומת זאת, גם ביטוי שבסופו של דבר אינו נעשה למטרת רווח – כגון פרסומת

42 Rochelle Cooper Dreyfuss, "Expressive Genericity: Trademarks as Language in the Pepsi Generation," 65 *Notre Dame L. Rev.* 397 (1990); Rochelle Cooper Dreyfuss, "We Are Symbols and Inhabit Symbols, So Should We Be Paying Rent? Deconstructing the Lanham Act and the Rights of Publicity," 20 *Colum. VLA J.L. & Arts* 123 (1996).

43 בג"ץ 606/93 קידום יוזמת ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מז(2) 1; בג"ץ 5118/95 מאז סימון פרסום שיווק יחסי ציבור בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד מט(5) 751; בג"ץ 15/96 תרמוקיד חורשים נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נ(3) 397; בג"ץ 4644/00 יפאורה תבורי בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נד(4) 178. ראו גם קציר, הערה 32 לעיל, בעמ' 10 ואילך. לדיון מעניין בעניין מעמדו הראוי של הביטוי המסחרי ראו יפה זילברשץ, "על חופש הביטוי המסחרי", משפט וממשל ג 509 (תשנ"ו).

44 ע"א 8393/96 מפעל הפיס נ' The Roy Export Establishment, פ"ד נד(1) 577, 597-596.

45 ראו, לדוגמה, ת"א (שלום, י"ם) 8107/01 זום 77 בע"מ נ' הוצאת עיתון "הארץ", בפסקה 1ב5 (לא פורסם, 18.3.03): "הנתבעת היא הוצאת עיתון אשר פועלת, בין השאר, למטרות רווח. העיתון נמכר בתמורה כספית. עם זאת, הנתבעת, כמו כמעט כל הוצאות עיתון אחרות במדינה, מקדמת מטרות חברתיות נכבדות כמו חופש הביטוי. לא יהיה זה נכון לאמר כי השימוש שנעשה בתמונה הינו שימוש לצרכים מסחריים גרידא".

של מפעל הפיס – ייחשב כביטוי מסחרי אם המסר המרכזי שבו הוא מסר פרסומי.⁴⁶

בעוד שביטוי הפוגע בסימן מסחר של מתחרה מהווה מבחינת תוכנו מעין פרסומת עצמית, שונה לחלוטין תוכנו של שימוש פרודי, סאטירי או מבדה בסימן מסחר של אחר. שימוש זה אינו דומה לביטוי מסחרי טיפוסי: הוא אינו משבח את מוצרי הדובר או משכנע לקנותם, גם לא במשתמע, על ידי הפחתת ערך המוצר המתחרה. שימוש מסוג זה מבטא עמדה או השקפה מסוימת ביחס לסימן מסחר (מבחינה זו גם עצם האפשרות לצחוק על הסימן היא בגדר עמדה), ובהתחשב בכך שאין לעוסק כל אינטרס ספציפי לפגוע בבעל הסימן, אין להבחין בין ביטוי זה לבין ביטוי פוליטי או כל ביטוי אחר, הראוי להגנה המרבית. אכן, לעתים קרובות המסר על המוצרים הנמכרים אינו משקף את עמדת העוסק (היצרן או המוכר), אך לא נראה כי יש בעובדה זו כדי לשנות: יש לראות את העוסק כמי שמאפשר לצרכן להביא לידי ביטוי את עמדותיו.⁴⁷ באותה מידה נראה שניתן להגן על יצרן חולצות עם סלוגנים פוליטיים, גם אם הוא עצמו לא מזדהה עם המסרים המופיעים עליהן ואולי אף מוכר חולצות עם מסרים סותרים. הגנת חופש הביטוי במקרה זה היא הגנה על הקונה המעוניין להביע את הזדהותו עם הסלוגנים, ויש לצאת מתוך הנחה שיימצאו קונים כאלה – שהרי אחרת לא יהיה ביקוש לחולצות.

הביקוש למוצרים שעליהם מופיע סימן מסחר מוכר היטב עם מסר כלשהו, הפוגע בתדמיתו, מעיד כאלף עדים על רצונם של הקונים לצחוק על תדמית הסימן ולא לקבל אותה ברצינות. הביקוש למוצרים אלה הוא הביטוי להתנגדות של הצרכנים לקבל את תדמיות הסימנים כפי שהן נכפות עליהם מדי יום על ידי הפרסומת. אכן, עומדות בפניהם אפשרויות אחרות להביע את עמדתם בעניין התדמיות של סימני המסחר – כגון כתיבה בעיתונים צרכניים או באתרי אינטרנט – אך מנקודת מבטם של צרכנים רבים, דרכים אלה נגישות במידה פחותה בהרבה מהבעת הזדהות עם מסר מסוים על ידי תליית פוסטר או לבשת חולצה.

ח. מעמדה של דוקטרינת הדילול במשפט הישראלי

לפני שנת 2000, ההגנה שהעניקה פקודת סימני מסחר [נוסח חדש], תשל"ב-1972 (להלן: "פקודת סימני מסחר" או "הפקודה") נגד שימושים בלתי-מורשים בסימן

46 עניין מפעל הפיס, הערה 44 לעיל, שם.

47 ראו Katya Zakharov, "The Right of Publicity: How Much of it Can be Protected by Privacy and the Law of Trademarks?," *GRUR Int.* 118, 130 (2003).

מסחר הוגבלה לשימושים לעניין הטובין שלגביהם נרשם הסימן או לעניין טובין מאותו הגדר. הפרת סימן מסחר הוגדרה בסעיפים 1(1) ו-1(2) לפקודה (ההדגשות הוספו):

"הפרה" - שימוש בידי מי שאינו זכאי לכך -

(1) בסימן מסחר רשום או בסימן הדומה לו, לענין טובין שלגביהם נרשם הסימן או טובין מאותו הגדר;

(2) בסימן מסחר רשום, לשם פרסום טובין מסוג הטובין שלגביהם נרשם הסימן או לשם פרסום טובין מאותו הגדר.

לשונן של הוראות אלה אינה מאפשרת פרשנות המגינה על סימן מסחר נגד דילול, פרט למקרה של "ביוזי" הסימן על ידי מתחרה עסקי, כלומר: פרט למקרים שבהם השימוש הפוגע בסימן נעשה במטרה לקדם מכירות של מוצר מאותו הגדר. עם זאת, דוקטרינת הדילול קיבלה הכרה עקרונית במשפט הישראלי מכוח הפסיקה. פסקי הדין שדנו בדוקטרינה זו עד היום עסקו כולם בדילול על ידי "הקלשה"⁴⁸ כך שגורלו של דילול על ידי "ביוזי" במשפטנו טרם הוכרע. אם וכאשר תעמוד לדיון השאלה אם ראוי להגן על סימן מסחר מפני "ביוזי", ואם כן - באיזה היקף, צריך יהיה לשקול גם את ההשלכות של הגנה זו על חופש הביטוי ועל חופש העיסוק, ששניהם קיבלו בארץ מעמד של זכויות חוקתיות.⁴⁹ בשנת 2000 נכנס לתוקף תיקון לפקודת סימני מסחר, המתאים אותה לדרישות האמנה הבינלאומית להגנה על קניין רוחני - טריפס.⁵⁰ אחת ממטרות התיקון הייתה לעגן בפקודה את ההגנה על סימן מסחר מוכר היטב, והוא הוסיף להגדרת ההפרה של סימן מסחר שני סעיפים - 1(3) ו-1(4):

"הפרה" - שימוש בידי מי שאינו זכאי לכך -

48 בג"ץ 476/82 אורלוגי בע"מ נ' רשם הפטנטים, פ"ד לט(2) 148; בג"ץ 90/70 Bacardi & Company Limited נ' רשם הפטנטים, המדגמים וסימני המסחר, פ"ד כה(2) 87; ת"א (מחוזי, ת"א-יפו) 147/94 Cartier Inc. נ' מנוקרט (לא פורסם, 10.3.94); ת"א (מחוזי, ת"א-יפו) 108/94 סיטי סנטרל בע"מ נ' French Societe Anonyme (Chanel) (לא פורסם, 7.2.95); ע"א 2498/97 רובי בוס נ' Hugo Boss A.G., פ"ד נב(5) 665.

49 הזכות לחופש העיסוק עוגנה בחוק יסוד: חופש העיסוק, והזכות לחופש הביטוי קיבלה מעמד של זכות חוקתית מכוח הפסיקה. ראו בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שריהפנים, פ"ד ז 871; בג"ץ 2481/93 דיין נ' וילק, פ"ד מח(2) 456. כמו כן, יש הסוברים כי הזכות לחופש הביטוי מעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; ראו ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז(5) 189, 201; ע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136, 156.

50 Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Apr. 15, 1994

(3) בסימן מסחר מוכר היטב אף אם אינו סימן מסחר רשום, או בסימן הדומה לו עד כדי להטעות לענין טובין שלגביהם מוכר הסימן או לענין טובין מאותו הגדר;

(4) בסימן מסחר מוכר היטב, שהוא סימן מסחר רשום, או בסימן הדומה לו, לענין טובין שאינם מאותו הגדר, ובלבד שיש בשימוש זה כדי להצביע על קשר בין הטובין האמורים לבין בעל הסימן הרשום ובעל הסימן הרשום, עלול להיפגע כתוצאה מהשימוש האמור.

הוראות דומות הוספו גם להגדרת זכותו הייחודית של בעל סימן מסחר, בסעיפים 46א(א) ו-46א(ב) לפקודה. הוראות אלה, על פי לשונן, גותנות הגנה מצומצמת יחסית לסימן מסחר מוכר היטב. לגבי סימן מוכר היטב שאינו רשום מוסיפה לעמוד הדרישה כי הטובין שלגביהם נעשה שימוש בלתי-מורשה יהיו טובין שלגביהם הוא מוכר או טובין "מאותו הגדר". לגבי סימן מסחר מוכר היטב שהוא סימן רשום, ההגנה אמנם הורחבה גם למקרים שבהם השימוש בסימן נעשה לגבי טובין שאינם מאותו הגדר, אך הוספה הדרישה כי יהיה בשימוש הבלתי-מורשה בסימן כדי להצביע על קשר בין הטובין לבין בעל הסימן, כלומר: כי השימוש יגרום לסכנת הטעיה ביחס למקור הטובין. הגנה זו מצומצמת יותר מהגנה מפני דילול על ידי "הקלשה", שכאמור קיבלה עיגון בפסיקה לפני התיקון: דילול על ידי "הקלשה" אינו דורש סכנת הטעיה אלא רק פגיעה בייחודיות הסימן. לפיכך, ניתן לסבור כי למרות מטרת התיקון – לחזק את מעמדו של סימן מסחר מוכר היטב – יהיה בו דווקא משום צמצום של היקף ההגנה ביחס להגנה שהעניקה לו הפסיקה לפני התיקון. פסק הדין שניתן לאחרונה בעניין אבסולוט שזו מאשר השערה זו בנוגע פרשנות מצומצמת להגנה הקבועה בסעיף 46א(ב) לפקודה.⁵¹

51 ת"א (מחוזי, ת"א-יפו) 1431/03 V & S VIN & Sprit Aktiebolag נ' אבסולוט שזו בע"מ (לא פורסם, 15.7.03): "לדעתי, יש לנהוג זהירות בהחלת ההרחבה הקבועה בסעיף 46א(ב) בשל הפגיעה בחופש העיסוק הגלומה בהרחבה זו. לפיכך, נכון יהיה לצמצם את הרחבת זכות השימוש הייחודי בסימן מוכר היטב לתחומים המשיקים או קרובים לתחום בו הוכר הסימן כאשר קיים חשש כי לקוחותיו בפועל או לקוחות פוטנציאליים של בעל הסימן הרשום והמוכר יטעו לחשוב שעסקו של הנתבע קשור לעסקו של התובע. רק במקרים כאלה עלול להיגרם לתובע נזק הכרוך בקשירת המוניטין שלו בעסק אחר ועלול לגרום לו נזק תדמיתי. מקום שהתחומים רחוקים זה מזה אין מקום להחיל את הרחבת התקנה על פי סעיף 46א(ב) אלא אם כן למרות ריחוק התחומים השימוש בסימן עשוי להצביע על קשר בין התובע לטובין של הנתבע". דעת המתברת בעניין הפרשנות הראויה של הסעיפים הנדונים של פקודת סימני מסחר מובעת להלן, בפרק יב למאמר.

ט. טענה סתמית של עליונות על המתחרה העסקי

מקרה פרטי של פגיעה בתדמית של סימן מסחר ללא פגיעה בערכו האינפורמטיבי הוא טענה סתמית של מתחרה עסקי לעליונות מוצריו על מוצריו בעל הסימן, כשטענה זו לא מלווה בנתונים עובדתיים כלשהם. אמירות בפרסומת מסוג "המוצר X טוב יותר/טעים יותר/יפה יותר ממוצר Y" או "עדיף לקנות מוצר X מאשר מוצר Y" ומסרים דומים הן דוגמאות ל"תחרות תדמית": המפרסם מנסה לשכנע את הלקוחות להעדיף את המוצר שלו על המוצר המתחרה, מבלי להביא נתונים השוואתיים עובדתיים ספציפיים בין המוצרים אלא ברמת התדמית בלבד, שאינה דורשת כל אינפורמציה. כאשר פרסומת מעין זו (להלן: "פרסומת המתחרה בתדמית") מאזכרת את המוצר המתחרה על ידי סימנו המסחרי, ערכו האינפורמטיבי של הסימן אינו נפגע וגם לא נפגעת יכולתו לסמל באופן בלעדי את סחורות בעליו. כל נזקה של פרסומת כזו, אם בכלל, מתבטא בהפחתת ערך התדמית. ברור, כי מתחרה שיהיה מעוניין בפרסומת המתחרה בתדמית הוא בדרך כלל מי שתדמית סימנו חלשה יותר מזו של בעל הסימן (זאת, כמובן, ללא כל קשר לתכונות הפיזיות של המוצרים). הפרסומת מראה בדרך כלל תמונת עולם הפוכה, שבה דווקא לסימן המתחרה יש תדמית חזקה יותר. דוגמה ממחישה לפרסומת כזאת היא הפרסומת של ארסי קולה שהופיעה בטלוויזיה לפני כמה שנים. בפרסומת נראה ילד קטן, המנסה להגיע לבקבוק של ארסי קולה המונח על המקרר. כדי להשיג את המטרה הילד לוקח פחיות של קוקה-קולה, נעמד עליהן, ובדרך זו מצליח להגיע לבקבוק.

ברור, כי אף על פי שלרוב תמונת העולם המוצגת בפרסומת המתחרה בתדמית איננה נאמנה למציאות בכל הקשור לתדמית האמיתית של המוצר בעיני הצרכנים, לא ניתן לראות בפרסומת הנ"ל פרסומת מטעה. למרות שיש בה שבח מוגזם למוצרי המפרסם, אין היא מכילה כל נתון קונקרטי-עובדתי שאיננו נכון, וכפי שצוין לעיל, נהוג לראות בשבחים בעלמא פרקטיקה מותרת.

הדין האמריקני מסווג פרסומת המתחרה בתדמית כפרסומת משבחת גרידא, שאינה גורדת אחריות כלשהי. טענות סתמיות של עליונות כגון "המוצר שלי טוב יותר ממוצר המתחרה" מותרות,⁵² ואף נפסק לגביהן כי זוהי הצורה ה"בלתי-מזיקה" ביותר של התפארות.⁵³ אכן, הדין האמריקני מתיר גם צורות "מזיקות יותר" של התפארות: הכלל המקובל בפסיקה הוא שכל טענת עליונות

52 ראו McCarthy, הערה 11 לעיל, 24:38. ראו, לדוגמה, גם *Glenn v. Advertising Publications, Inc.*, 251 F. Supp. 889 (S.D.N.Y. 1966); *Nikkal Industries, Ltd. v. Salton, Inc.*, 735 F. Supp. 1227 (S.D.N.Y. 1990); *Coastal Abstract Serv., Inc. v. First Am. Title Ins. Co.*, 173 F.3d 725 (9th Cir. 1999).

53 *U.S. Healthcare, Inc. v. Blue Cross of Greater Phila.*, 898 F.2d 914 (3d Cir. 1990).

שלא ניתן להפריכה – מותרת.⁵⁴ כך נפסק, לדוגמה, כי הטענה שעסקו של התובע הינו קטן מדי עבור משימה מסוימת ואילו עסקו של הנתבע הוא בגודל המתאים היא טענה מותרת מאחר שלא ניתן להוכיח את שקריותה.⁵⁵ באורח דומה נפסק כי הטענה שהנתבע מספק שירות טוב יותר מהתובע אינה כוללת כל הצהרה של עובדה קונקרטית הניתנת להוכחה או להפרכה, ולכן אינה מקימה עילת תביעה.⁵⁶ נטל ההוכחה לעולם מוטל על כתפי התובע, ועליו להראות באופן ברור כי הנתבע בפרסומת של הנתבע אינו אמת.⁵⁷ יתר על כן: גם במקרים שבהם יוכיח התובע כי הפרסומת של הנתבע כוללת מידע עובדתי בלתי-נכון, הוא יוכל לזכות בסעד רק אם יוכיח שהצרכן עלול להיות מושפע מהטענות השקריות.⁵⁸

בדומה לדין האמריקני, גם הדין האנגלי המסורתי מתיר טענות סתמיות של עליונות על המתחרה העסקי.⁵⁹ עם זאת, בניגוד לדין האמריקני, עיקרון זה בדין האנגלי אינו תלוי בשאלה אם הצהרת הנתבע ניתנת להוכחה או להפרכה. טענה סתמית של עליונות אינה מקימה עילת תביעה גם אם איננה נכונה, גם אם היא מסבה נזק למתחרה ואף אם הנתבע מודע לשקריותה.⁶⁰ המבחן המכריע בדין האנגלי הוא אם הצרכן יתייחס לטענה ברצינות: כל עוד ניתן להניח שהצהרת עליונות של מפרסם לא תזכה ליחס רציני – לא ניתן לתבוע בגינה גם אם היא ניתנת להפרכה.⁶¹ החריג היחיד לכלל הזה הוא פרסומת הכוללת טענה קונקרטית המשמיעה את מוצרי המתחרה, קרי: הטוענת ללא ביסוס עובדתי לפגם ספציפי במוצריה.⁶²

שונה מכך גישתו של המחוקק בקהילה האירופית. סעיף 3a לדירקטיבה בעניין פרסומת מטעה ופרסומת השוואתית⁶³ מזנה רשימה של תנאים נוקשים,

54 ראו McCarthy, הערה 11 לעיל, 24:38. ראו, לדוגמה, גם *Hilton Int'l Co. v. Hilton Hotels Corp.*, 888 F. Supp. 520, 538 (S.D.N.Y. 1995); *Coastal Communs. Corp. v. Adams/Laux Co.*, 40 U.S.P.Q.2d 1383 (S.D.N.Y. 1996).

55 עניין *Coastal Abstract Serv., Inc.*, הערה 52 לעיל.

56 עניין *Cook, Perkiss & Liehe*, הערה 24 לעיל.

57 *Procter & Gamble Co. v. Chesebrough-Pond's*, 747 F.2d 114 (2d Cir. 1984); *BASF Corp. v. Old World Trading Co.*, 41 F.3d 1081, 1090 (7th Cir. 1994).

58 *Pizza Hut Inc. v. Papa John's Int'l Inc.*, 227 F.3d 489 (5th Cir.2000).

59 *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names* Sec. 17-34 et seqq. (13th ed., 2001).

60 *Hubbuck & Sons, Ltd. v. Wilkinson, Heywood & Clark, Ltd.* [1899] 1 Q.B. 86; עניין Mellin, הערה 30 לעיל.

61 *De Beers Abrasive Products Ltd. v. International General Electric Co. of New York Ltd.* [1975] F.S.R. 323.

62 עניין Mellin, הערה 30 לעיל; [1999] *Schulke & Mayr UK Ltd. v. Alkapharm UK Ltd.* F.S.R. 161; עניין *Hubbuck*, הערה 60 לעיל.

63 84/450/EEC, Official Journal L 250, 19/09/1984, 17-20.

שרק בקיומם המצטבר תיחשב פרסומת השוואתית למותרת. בין היתר נדרש כי הפרסומת תשווה באופן אובייקטיבי תכונות מהותיות, רלבנטיות, שיפוטיות וניתנות להוכחה של מוצרים או של שירותים.⁶⁴ סעיף 2a לדירקטיבה מגדיר פרסומת השוואתית ככל פרסומת המאזכרת באופן ישיר או עקיף את המתחרה העסקי, את מוצריו או את שירותיו. לפי הגדרה זו, כל אזכור של מתחרה שלא למטרת השוואה אובייקטיבית ועניינית הוא אסור. בהתאם לדירקטיבה פסקו בתי המשפט הגרמניים בכמה מקרים כי השוואת תכונות לפי קריטריונים שאינם ניתנים לבדיקה אובייקטיבית היא אסורה,⁶⁵ כלומר: טענות סתמיות של עליונות על מתחרה עסקי אסורות בדין האירופי.

יצוין, כי ההסדר של הדירקטיבה משקף פשרה בין הגישות השונות שבהן דגלו מדינות אירופה ערב חקיקת התיקון לדירקטיבה שהסדיר את הפרסומת ההשוואתית.⁶⁶ במדינות מסוימות כגון גרמניה ודנמרק הייתה הפרסומת ההשוואתית אסורה באופן עקרוני לפני התיקון לדירקטיבה,⁶⁷ בעוד שבמדינות אחרות כגון אנגליה היו ההגבלות על הפרסומת ההשוואתית מינימליות.⁶⁸ לתיקון לדירקטיבה הייתה מטרה כפולה: ליברליזציה של ההסדרים הנוגעים לפרסומת השוואתית והשגת הסדר אחיד שייקל על פרסומת חוצה גבולות בתוך אירופה ויביא לוודאות משפטית בתחום זה.⁶⁹ לפיכך הוחלט על דרך ביניים – להתיר את הפרסומת ההשוואתית באופן עקרוני מצד אחד, אך מן הצד השני לקבוע כללים נוקשים שיבטיחו הגנה מקיפה בפני תחרות לא הוגנת. על הסדר זה נמתחה ביקורת בספרות: נטען, כי למרות שמטרת התיקון הייתה להביא לליברליזציה של ההסדרים הנוגעים לפרסומת השוואתית, בפועל נקבע הסדר נוקשה ביותר.⁷⁰ ההסדר של הדירקטיבה האירופית משקף, לדעתי, את איוון האינטרסים הראוי בחלק ממדינות אירופה, בין היתר בגרמניה ובדנמרק, שבהן הייתה הפרסומת ההשוואתית אסורה ערב התיקון. במדינות אלה מקובלת גישה נוקשה ביותר לפרסומת באופן כללי, כמעט לא מוכרת בהן האפשרות להגזים בפרסומת,

סעיף 3a(c). 64

KG GRUR 2000, 242, 242 - *Punkte-Vergleich*; OLG München, GRUR-RR 2003, 373, 65.373 - *Branchentelefonbuch*

.97/55/EC, Official Journal L 151, 18/06/1999, 40-40 66

Recht der Werbung in Europa (Gerhard Schricker Ed.), Denmark, Sec. 92 et seq., 67

.Deutschland, Sec. 198 et seq. (1995)

Samia M. Kirmani, "Cross-Border Comparative Advertising in the European Union," 19 68

.B. C. *Int'l & Comp. L. Rev.* 201, 204-206 (1996)

ראו את דברי המבוא לדירקטיבת התיקון, הערה 66 לעיל. 69

Ansgar Ohly, "Vergleichende Werbung: Die Auslegung der Richtlinie 97/55/EG in 70

.Deutschland und Großbritannien," *GRUR Int.* 1999, 681, 682

וביטויים כגון "הכי טוב" או "מאיכות גבוהה" אסורים אלא אם ניתן להוכיח את אמיתותם.⁷¹ על כן, כלל הדורש רמת אמינות דומה בפרסומת השוואתית נראה מוצדק. במדינות אחרות, כגון אנגליה, המתירות הגזמות בפרסומת ביד רחבה, יביא התיקון לחוסר-איוון. במדינות אלה ייווצר פער גדול מאוד בין רמת ההגינות הנדרשת בפרסומת השוואתית לעומת הרמה הנדרשת בפרסומת אחרת. מסיבה זו לא ראוי גם לאמץ כלל דומה בנוגע לפרסומת השוואתית בארץ, שכן הגישה הנוקשה של שיטת המשפט הגרמנית והדנית בעניין הגינות בפרסומת אינה נחלתו של המשפט הישראלי. אימוץ סטנדרט כה גבוה בתחום הפרסומת ההשוואתית אינו נראה מוצדק בנסיבות אלה, ואילו גישת המשפט האמריקני והגישה המסורתית של המשפט האנגלי נראות מתאימות יותר.

י. פסק דין מקדונלד

טענה סתמית של עליונות על מתחרה עסקי נדונה בארץ לראשונה בפסק דין מקדונלד,⁷² שניתן לאחרונה על ידי בית המשפט העליון. עובדות פסק הדין, הקשורות לנושא הדיון הנוכחי, הן כלהלן: רשת המזון המהיר ברגר קינג שכרה את שירותיו של שחקן הכדורסל הנודע אריאל מקדונלד כדי שופיע בפרסומת למוצריה. בפרסומת, שהופיעה בערוץ השני של הטלוויזיה ביוני 2000, נראה אריאל מקדונלד, לבוש בגופיית משחק, מגיע לסניף של ברגר קינג בשעה שהסניף סגור. הוא מסמן לעובדת שתפתח לו את הדלת אך היא מסרבת לעשות כן. הוא מקיש בדלת וקורא: "It's me, McDonald", אך העובדת עומדת על סירובה. לבסוף הוא מסתובב, מראה לעובדת את חלקה האחורי של גופייתו, שעליו כתוב "MCDONALD" – ואז העובדת מסמנת לו לפשוט את הגופייה. הוא אכן עושה זאת, ואז העובדת פותחת בפניו את הדלת. בתמונה הבאה נראה אריאל מקדונלד לבוש חולצה שעליה מודפס סימנה המסחרי של ברגר קינג ולידו מונחת ארוחת ברגר קינג. הוא פונה למצלמה ואומר: "תקשיבו למקדונלד – רק ברגר קינג".

הזכיינית הישראלית של חברת מקדונלד'ס, אלוניאל, תבעה את אריאל מקדונלד – בין היתר בטענה כי השימוש שנעשה בשם משפחתו בפרסומת הנ"ל

71 ראו *Recht der Werbung in Europa*, הערה 67 לעיל, Dänemark, Sec. 36, Deutschland, Sec. 100-101 (1995).

72 ע"א מקדונלד, הערה 1 לעיל.

מהווה הפרה של סימנה המסחרי.⁷³ בית המשפט המחוזי דחה טענה זו בקובעו כי למרות הדמיון הרב בין שם המשפחה של הנתבע לבין סימנה הרשום של התובעת לא מתקיימת במקרה זה הפרה של סימן מסחר, וזאת מכיוון שהשימוש לא גורם לסכנה של הטעיית צרכנים. השם "מקדונלד" מזוהה בארץ עם אריאל מקדונלד, שהפופולריות שלו אינה קשורה לתובעת. לאור העובדה שסימנה של ברגר קינג חוזר ומופיע לכל אורך הפרסומת, ברור לצופה הסביר כי היא המפרסמת, וכי היא עושה זאת באמצעות שחקן הכדורסל הפופולרי.⁷⁴ גם טענות התובעת בדבר פגיעה במוניטין, תחרות לא הוגנת, שקר מפגיע ותיאור כוזב – נדחו.⁷⁵ באמרת אגב קבע בית המשפט כי מדובר בפרסומת השוואתית.⁷⁶ בערעור שהוגש על פסק הדין נהפכה הקערה על פיה.

דעת הרוב, מפי השופט ריבלין, קבעה כי אין הפרת סימן מסחר לפי הסעיפים 1(1)–(3) לפקודת סימני מסחר דורשת הוכחה של סכנת הטעייה, ולפיכך אין בעובדה שלא נוצר ייחוס מוטעה בין הפרסומת מטעם ברגר קינג לבין מקדונלד'ס כדי להעלות או להוריד. היעדר דרישת ההטעייה מבטא את ההבדל המרכזי בין הפרת סימן מסחר רשום לבין עוולת גניבת העין, המוגדרת כיום בסעיף 1 לחוק העוולות המסחריות, התשמ"ט–1999.⁷⁷ אכן, במקרים ה"טיפוסיים" כרוכה הפרת סימן מסחר בסכנת הטעייה. עם זאת, לדברי בית המשפט, פקודת סימני מסחר פורשת את הגנתה לא רק על המקרים ה"טיפוסיים" אלא אף על מקרים שבהם המפר מבהיר היטב כי אין קשר בין מוצריו שלו לבין בעל הסימן, אך עושה זאת תוך ניסיון להפיק יתרון פסול כלשהו מאזכור סימן המסחר של אחר. ההצדקה העקרונית להיקף הגנה זה נעוץ בעובדה שסימן מסחר הוא נכס קנייני, וככזה הוא זכאי להגנה מסוימת מפני כל פגיעה שהיא, בין אם היא כרוכה בהטעייה ובין אם לאו.⁷⁸

עוד קבע בית המשפט, כי הפקודה מכירה בחריג אחד בלבד לזכותו הגורפת של בעל הסימן, והוא הגנה על "שימוש אמת" בסימן, המצויה בסעיף 47 לפקודה. בחריג זה אין תמיד די, וייתכן שיהיה מקום לייחד מקרים נוספים שבהם שימוש בסימן מסחר ללא הטעייה לא יהווה הפרה – זאת בין בדרך של מתן

73 התביעה של אלוניאל הוגשה כתביעה שכנגד, שכן אריאל מקדונלד תבע אותה בשל תשדיר פרסומת תגובה שפרסמה. עניינה של תביעה זו היא זכות הפרסום, שכאמור לא תידון במסגרת מאמר זה.

74 ת"א (מחוזי, ת"א) 2578/00 מקדונלד נ' מקדונלד'ס (אלוניאל) בע"מ, פ"מ תשס"א (2) 813, 859–858.

75 שם, בעמ' 859–861.

76 שם, בעמ' 859.

77 ע"א מקדונלד, הערה 1 לעיל, בעמ' 331–332.

78 שם, בעמ' 332.

פרשנות מרחיבה לחריג האמור בין בדרך של יצירת חריגים נוספים מכוח הפסיקה.⁷⁹ על פי נוסחה של הפקודה, הדין בישראל אינו מעניק הגנה למשתמש בסימן מסחר של אחר לצורך פרסומת השוואתית. ייתכן שיש מקום לשקול מתן הגנה כזו, בנסיבות מסוימות, מאחר שהפרסומת ההשוואתית כשלעצמה משקפת פרקטיקה מסחרית רצויה המספקת מידע יקר ערך לצרכן. עם זאת, אין לראות בפרסומת נשוא הדיון פרסומת השוואתית: פרסומת השוואתית היא פרסומת המשווה בין המוצרים המסופקים על ידי המתחרים, בין מחיריהם, בין טיב השירות שנותן כל אחד מהם וכיוצא באלה. דבר מכל אלה לא הופיע בתשדיר הפרסומת מטעם ברגר קינג. השימוש שנעשה בסימן המסחר של מקדונלד'ס בא לומר כי ברגר קינג עדיפה על מקדונלד'ס, מבלי להביא נתונים עובדתיים לביסוס טענה זו. למעשה, ברגר קינג ביקשה להפחית מערכה של מתחרתה ולא להשוות בין מוצריהן. שימוש זה מחוזה ביזוי של סימן מסחר שניתן לכנותו "שימוש במוניטין כדי לעלוב בבעליו". זהו ניצול של סימן המסחר על ידי המפר – "במהופך": לא כדי לחסות בצלו ולספוג מהמוניטין שלו, אלא כדי להרחיק את עצמו ואת הצרכנים מבעל הסימן וממוצריה. "היפוך" זה אינו גורע מעצם ההפרה, לא על פי לשון הפקודה ולא על פי תכליתה, שכן בסופו של יום, גם ההפרה "במהופך" באה להיטיב עם המפר על חשבוננו של בעל סימן המסחר.⁸⁰

ככל ביטוי מסחרי או אחר, פרסומת העושה "שימוש במוניטין כדי לעלוב בבעליו" חוסה תחת כנפיו של חופש הביטוי. אלא שבמקרה זה תכליתה של פקודת סימני מסחר מצדיקה את הגבלת הביטוי המסחרי. בתשדיר הפרסומת מטעם ברגר קינג היה כדי לפגוע במתחרת, והוא לא שירת עניין ציבורי ראוי שיש בו כדי להטות את כפות המאזניים לטובת חופש הביטוי כנגד לשונה הברורה של הפקודה.⁸¹

לאור כל האמור לעיל הגיע בית המשפט למסקנה כי היה בתשדיר הפרסומת כדי להפר את סימנה המסחרי של מקדונלד'ס. טענת אריאל מקדונלד להגנת שימוש אמת בשם, לפי סעיף 47 לפקודה, נדחתה בנימוק שהשימוש שעשה בשמו לא מוגן על ידי תכלית הסעיף: ההגנה שמקנה הסעיף באה לאזן בין זכויותיו של בעל הסימן לבין זכותו של אדם לעשות שימוש בשמו. הזכות לעשות שימוש בשם איננה מוחלטת והיא כפופה לדרישת תום הלב. דרישה זו לא התקיימה במקרה זה, מכיוון שכל מטרת השימוש בשם המשפחה של הנתבע בפרסומת של

79 שם, בעמ' 333–334.

80 שם, בעמ' 333–336.

81 שם, בעמ' 336.

ברגר קינג היה ניצול מתוחכם ומתחכם של סימן המסחר של מקדונלד'ס כדי להשיג יתרון פרסומי על חשבונה.⁸²

דעת המיעוט של השופטת נאור גרסה שאין לראות בשימוש הנעשה בתשדיר הפרסומת הנדון בתיבה "מקדונלד" הפרה של סימן מסחר, וזאת מכיוון שאין קשר בין מטרתה של פקודת סימני מסחר לבין שימוש הנעשה בתשדיר זה. סעיף 46(א) לפקודת סימני מסחר מקנה לבעל הסימן זכות ל"שימוש ייחודי בסימן המסחר על הטובין שלגביהם נרשם הסימן ובכל הנוגע אליהם". היקף זכותו של בעל הסימן תלוי בפרשנותו של סעיף זה.⁸³ פרשנות שלפיה כל פרסום שנעשה בו שימוש בסימן מסחר של מתחרה הוא שימוש אסור היא פרשנות ה"מותחת" את גבולות ההגנה לתחומים שאינם נוגעים נגיעה אמיצה דיה לסוגיית סימני המסחר.⁸⁴

לדעת השופטת נאור, הפרת סימן מסחר מצריכה דמיון משעה העלול לגרום לכך שמי שמשתמש בסימנו של חברו יהנה מהמוניטין של בעל הסימן – חשש שאינו קיים במקרה זה. אזכור המתחרה, בין אם נעשה בפרסומת השוואתית או בפרסומת אחרת הפוגעת במתחרה, מעורר בעיות כשלעצמו, אך בעיות אלה אינן כרוכות בהכרח בדיני סימני המסחר אלא בדין הכללי.⁸⁵ אמרות המכוונות כנגד מוצר של מתחרה בפרסומת, בין אם נעשה שימוש בסימן המסחר שלו ובין אם לאו, יכולות כעיקרון להוות עוולות שונות על פי הדין הכללי כגון עוולת לשון הרע, תיאור כוזב או שקר מפגיע.⁸⁶ אין הצדקה להעניק לפרסום פוגע, המאזכר את סימנו הרשום של מתחרה, הגנה רחבה יותר מזו המוענקת לפרסום הפוגע במתחרה ללא אזכור של סימן מסחר – אם משום שאין למתחרה סימן מסחר רשום או משום שהפרסום מצליח לאזכר את המתחרה בלי להשתמש בסימנו.

הגנה כנגד פרסום הפוגע במתחרה, ככל שהיא ניתנת, צריכה להיעשות בהתאם לעוולות המצויות בדין הכללי, ואין להרחיב הגנה זו מכוחו של סימן מסחר. יש לפרש את המונח "שימוש" שבסעיף 46(א) לפקודת סימני מסחר כאוסר שימוש מסחרי הרלבנטי לעניין סימני המסחר, כלומר: שימוש שבעקבותיו פלוני נהנה בדרכי הטעיה מהמוניטין של בעל הסימן. לפיכך, השימוש שנעשה בפרסומת של ברגר קינג בסימנה המסחרי של מקדונלד'ס אינו מהווה שימוש אסור.⁸⁷

82 שם, בעמ' 343.

83 שם, בעמ' 371.

84 שם, בעמ' 374.

85 שם, בעמ' 371.

86 שם, בעמ' 371, 375.

87 שם, בעמ' 375-376.

יא. דיון בתוצאות פסק הדין

דעת הרוב בפסק הדין מבטאת גישה רחבה ביותר ביחס להיקף ההגנה על סימן מסחר: השימוש שנעשה על ידי ברגר קינג בסימנה המסחרי של מקדונלד'ס לא פגע בשום אופן בערכו האינפורמטיבי של סימן זה, וגם הנזק לתדמית הסימן אינו נראה קשה במיוחד. גישה זו דומה לגישת המשפט האירופי, שגם אוזכרה לחיוב על ידי השופט ריבלין.⁸⁸ עם זאת, כפי שצוין לעיל, גישת המשפט האירופי לפרסומת השוואתית אינה משקפת את האיוון הראוי עבור המשפט הישראלי, שבאופן כללי נוקט גישה ליברלית יחסית לפרסומת.

מטרתה של הפרסומת שנעשתה על-ידי ברגר קינג הייתה להתחרות בתדמית של יריבתה המסחרית – מקדונלד'ס. הפרסומת אכן לא סיפקה כל אינפורמציה השוואתית לגבי מוצריהן של שתי החברות, אך היא ערכה מעין השוואה של התדמיות שלהן. בנסיבות אלה לא ברור מדוע אין לראות בפרסומת מסוג זה פרסומת השוואתית.

משעה שהפכו תדמיות של סימני מסחר לגורם חשוב בהחלטות הצרכן, יש להתיר ולעודד תחרות ביניהן. השיקולים של עידוד תחרות לגבי איכות המוצרים ומחיריהם תקפים באותה מידה – ואולי אף ביתר שאת – כשמדובר בתחרות תדמיות. במה דברים אמורים: כאשר מדובר בעסק כמו מקדונלד'ס, שכוח המשיכה שלו מבוסס בחלקו הגדול על התדמית שנבנתה סביב סימנו המסחרי, ספק אם יהיה בכוחה של פרסומת השוואתית-עובדתית, המביאה מידע לגבי תכונות המוצרים ו/או מחיריהם, כדי לפגוע בנאמנות הלקוחות של מקדונלד'ס. לעומת זאת, פרסומת המתחרה בתדמית עשויה להצליח יותר במשימה זו, באשר היא מצביעה על תחליפיות אפשריות בעולם התדמיות. פרסומת מעין זו יכולה להחליש את המעין-מונופולין שיצרה תדמית הסימן, להביא להגמשת עקומת הביקוש למוצרים של בעל הסימן ולהגדיל את חופש הבחירה של הצרכן, כשהיא מגסה להראות כי המוצר המתחרה אינו נופל – גם מבחינת תדמיתו – ממוצרו של בעל הסימן. כמו כן, אם מקבלים את הגישה שלפיה תדמיות של סימני מסחר יוצרות העדפות מלאכותיות בקרב הצרכנים, הרי שיש בעצם ההחלשה של תדמית הסימן כדי להביא תועלת לצרכן, על ידי המעטת השיקולים הלא-רציונליים בהחלטתו. לפיכך, קביעה האוסרת פרסומת המתחרה בתדמית נותנת משקל-יתר לאינטרס של בעל הסימן להגן על התדמית של סימנו, על חשבון האינטרס של צרכנים.

לפסק דין מקדונלד יש השלכות גם במישור של חופש הביטוי. נראה, כי האיוון שקבעה דעת הרוב בין זכויותיו של בעל סימן מסחר לבין הזכות לחופש

88 שם, בעמ' 334.

הביטוי של מתחריו, נותן משקל-יותר לאינטרס של בעל הסימן. נזכיר, כי בפסק הדין נקבע שאמנם הפרסומת מטעם ברגר קינג חוסה תחת כנפיו של חופש הביטוי, אך מכיוון שהיא פוגעת במתחרה עסקי ואינה משרתת כל עניין ציבורי ראוי, יש להטות את כף המאזניים במקרה זה לטובת זכותו של בעל הסימן. במילים אחרות: נקבע שכל אזכור לא מחמיא של מתחרה עסקי בפרסומת על ידי סימנו המסחרי הוא א-פריורי אסור, אך ניתן לפעמים להתירו אם יש בפרסומת עניין לציבור. קביעה זו הופכת את הכלל המקובל בפסיקה לגבי הגבלת חופש הביטוי. אם ברצונו של עוסק להזכיר את מתחריו בפרסומת באמצעות סימנו המסחרי, עליו להוכיח כי יש בפרסומת זו עניין לציבור, במקום שהמבקש לאסור את הפרסומת יצטרך להראות כי הפרסומת פוגעת או עלולה לפגוע פגיעה ממשיכה באינטרס הראוי להגנה.⁸⁹

נכון הדבר, כי לא היה בפרסומת מטעם ברגר קינג כל מידע עובדתי-השוואתי שהיה יכול להפוך אותה, בעיני דעת הרוב, לבעלת ערך לצרכן. עם זאת, יש לזכור כי לא היה בה גם כל מידע מטעה או בלתי-נכון מבחינה עובדתית. המסר היחיד של פרסומת זו, כדברי השופט ריבלין, הוא כי ברגר קינג עדיפה על מקדונלד'ס – מבלי שהובאו נתונים עובדתיים לביסוס טענה זו. כפי שצוין לעיל, טענות מסוג זה אינן מקימות עילת תביעה כלשהי בדיון האמריקני והאנגלי. נראה כי גם בארץ לא הייתה יכולה להוות טענה סתמית זו בסיס לתביעת תיאור כוזב לפי סעיף 2 לחוק עוולות מסחריות, הטעיית הצרכן לפי פרק ב' לחוק הגנת הצרכן או לשון הרע לפי חוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965. עוולת תיאור כוזב, שבאה להחליף את עוולת השקר המפגיע לפי סעיף 58 לפקודת הנויקין [נוסח חדש], דורשת פרסום מידע בלתי-נכון לגבי עסק, מקצוע, נכס או שירות של המפרסם או של עוסק אחר. דרישה מרכזית זו אינה מתקיימת בפרסומת הנדונה של ברגר קינג, שכן היא אינה כוללת מידע בלתי-נכון כלשהו.⁹⁰ הטעיה לפי חוק הגנת הצרכן כוללת אף דרישה מחמירה יותר לגבי פרסום מידע בלתי-נכון, קרי: "הטעיה בענין מהותי בעסקה",⁹¹ שגם היא אינה מתקיימת במקרה הנדון. אשר לעוולת לשון הרע, הרי שמטרתה המסורתית היא להגן על אדם פרטי, ועצם תחולתה על אמרות הנוגעות לתאגידי ענק שנויה

89 ראו עניין "קול העם", הערה 49 לעיל, בעמ' 878; בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617. ראו גם אהרון ברק, "חופש הביטוי ומגבלותיו", הפרקליט מ 5, 17 (תשנ"א); וכן אמנון רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל 1004 (תשנ"ז).

90 הדעה כי טענת עליונות סתמית איננה מהווה שקר מפגיע הובעה גם על ידי פנינה פרידמן, הערה 31 לעיל, בעמ' 437 וכן על ידי יצחק עמית, "הצעת חוק איסור תחרות לא הוגנת, תשנ"ז-1996", הפרקליט מג 223, 240 (תשנ"ו).

91 סעיף 2(א).

במחלוקת.⁹² אולם, גם אם נניח כי יש לעולות לשון הרע תחולה עקרונית על עובדות פסק הדין, הרי שקשה לראות, במה מתבטאים במקרה זה "ביוזי", "השפלה" או "פגיעה" המהווים תנאי להגנה על פי סעיף 1 לחוק איסור לשון הרע.⁹³ נוסף על כך, כפי שאזכר לעיל, טענת עליונות סתמית ניתנת לסיווג כהבעת דעה. בספרות קיימת גישה שלפיה יש למנוע את תחולת העוולה של לשון הרע על הבעת דעה במהלך עסקים מסעמים של חופש הביטוי.⁹⁴ כפי שראינו, הדינים המגינים על ביטוי פוגעני של מתחרה עסקי אינם יכולים לשמש עילת תביעה נגד הפרסומת הנדונה של ברגר קינג. לא נראה כי יש מקום להרחיב את ההגנה שמעניקים דינים אלה מכוחם של דיני סימני המסחר. הגנה על שמו הטוב של עסק היא אמנם ממטרותיהם המרכזיות של דיני סימני המסחר, אך הגנה זו שונה בתכלית מהגנה המוענקת לשמו הטוב של עסק על ידי דיני לשון הרע, שקר מפגיע ועוללות נזיקות דומות. כפי שהוסבר לעיל, הגנת סימני מסחר מצומצמת באופן מסורתי למניעת הסעיה של הצרכנים, וייתכן שהיא ניתנת להרחבה מסוימת על ידי דוקטרינת הדילול. יצירת חסינות בפני התייחסות בלתי-מחמיאה מצד מתחרה, שאינה אסורה על פי תוכנה על ידי דינים אחרים, בהחלט אינה נמנית עם מטרות ההגנה של דיני סימני המסחר. כל מטרת השימוש בסימנה המסחרי של מקדונלד'ס בפרסומת מסעם ברגר קינג הייתה התייחסות למתחרתה העסקית. דרך זו של אזכור המתחרה היא לרוב הדרך הנותנת והמובנת ביותר. כפי שהיטיבה להסביר זאת השופטת נאור, אין כל טעם להבחין בין פרסומת המתייחסת למתחרה העסקי באמצעות אזכור סימני המסחר לבין פרסומת העושה זאת בדרך אחרת.⁹⁵ לא נראה כי יש הצדקה כלשהי להקשות על עוסק בבואו לאזכר את מתחרו המסחרי בפרסומת באמצעות הטלת איסור על שימוש בסימני המסחר של המתחרה. הגבלה זו מעניקה הגנת-יתר לבעל הסימן בפני התייחסות לא מחמיאה, על חשבון חופש הביטוי של מתחריו. התוצאה האופרטיבית של פסק דין מקדונלד היא איסור לפגוע בתדמית של סימני המסחר של מתחרה על ידי אמירות שאינן מבוססות על נתונים עובדתיים. איסור גורף זה נראה בעייתי במיוחד לאור החירות הרחבה לבנות תדמיות סביב סימני המסחר באמצעות אמירות בלתי-ענייניות. אמנם, כפי שצוין לעיל, מאז חקיקת חוק הגנת הצרכן מסתמנת גישה דוקטורית בפסיקה לדרישת אמת בפרסומת;

92 פנינה פרידמן, "שקר מפגיע ולשון הרע – אפשרות התביעה במסגרת הגדרת סעיף 1(3) לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965", הפרקליט (תא) 77, 78 (תשמ"ד).

93 שם, בעמ' 79: "המילים המבוזות... צריכות להשפיע על התובע באופן שהוא מזיק במיוחד לגבי מי שעוסק בעיסוק המסוים של התובע".

94 שם, בעמ' 86.

95 ע"א מקדונלד, הערה 1 לעיל, בעמ' 375-376.

עם זאת, הכלל הבסיסי כי שבת והתפארות הם בגדר המותר מוסיף להתקיים.⁹⁶ כך יוצא כי תדמיות של סימני מסחר, הנבנות באמצעות יצירת אשליות ופנטזיות, יהיו ניתנות להפרכה על ידי עובדות מדויקות ומוכחות בלבד. כך, למשל, במקרה ההיפותטי שבו מקדונלד'ס הייתה טוענת בפרסומת כי מוצריה הם הטובים ביותר בעולם, הדבר היה נחשב להבעת דעה בלתי-מחייבת, והיעדר ביסוס עובדתי לא היה עומד למפרסמת לרועץ. לעומת זאת, כאשר טענה ברגר קינג בפרסומת באופן סתמי כי מוצריה טובים יותר ממוצרי מקדונלד'ס, נקבע כי הפרסומת מהווה "שימוש במוניטין כדי לעלוב בבעליו" – האסור לפי דיני סימני המסחר. לתוצאה זו אין הצדקה. בשני המקרים מדובר באמירה סתמית של שבה עצמי, שעל פניה אינה נראית מבוססת או אמינה. הפטור מאחריות כלשהי בגין האמירה במקרה הראשון מבוסס על ההנחה כי איש לא יקבל טענה מעין זו ברצינות ואיש לא יושפע ממנה. אם כן, לא ברור מדוע גישה זו משתנה במקרה השני: אם אנו מניחים שהצרכנים אינם נוהגים להיות מושפעים מאמירות מסוג זה, קשה לראות כיצד ואיזה נזק יכולה להסב האמירה לבעל הסימן. השיקולים של חופש הביטוי והעיסוק, העומדים בבסיס התרת שבת והתפארות מוגזמת בפרסומת התדמיתית, צריכים להיות תקפים באותה מידה גם לגבי פרסומת הפוגעת בתדמית כל עוד אין בה משום עוולה של תיאור כוזב, של הסעיית הצרכן, של לשון הרע וכיוצא באלה.

יב. המלצות

הגישה שנקטה דעת הרוב בפסק דין מקדונלד – לפיה כל שימוש בלתי-מורשה בסימן מסחר מהווה הפרה, בכפוף לתריגים אחדים – אינה מתיישבת עם תכלית ההגנה של סימני מסחר. רישום סימן מסחר על מילה מסוימת אינו נועד להפוך את המילה הזאת ל"טאבו".⁹⁷ בניגוד לזכויות יוצרים, שנועדו להגן על עצם הזכות לשחזר את היצירה, נועד סימן המסחר לאפשר לבעליו להבחין בין סחורותיו לסחורותיהם של אחרים.⁹⁸ כך נובע גם מסעיף 8(א) לפקודת סימני מסחר, הקובע כלהלן:

96 ראו הערה 35 לעיל.

97 *Prestonettes, Inc. v. Coty*, 264 U.S. 359 (1924).

98 ראו *American Footwear Corp. v. General Footwear Co.*, 609 F.2d 655 (2d Cir. 1979) ("Trademark rights, unlike statutory copyrights or patents, are not rights in gross or at large").

אין סימן כשר לרישום כסימן מסחר אלא אם יש בו כדי להבחין בין הטובין של בעל הסימן לבין הטובין של אחרים.

מטרה זו אינה שונה בתכליתה ממטרת ההגנה של עוולת גניבת העין, המוגדרת בסעיף 1(א) לחוק עוולות מסחריות:

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.

בדומה לעוולה של גניבת עין, סימן המסחר נועד להגן על המוניטין העסקי מפני הטעיה ולא על הסימן עצמו. גישת הרוב בפסק דין מקדונלד, לפיה "סימן המסחר הינו נכס קנייני, וככזה, זכאי הוא להגנה – מסוימת – בפני כל פגיעה שהיא – בין אם כרוכה היא בהטעיה ובין אם לאו",⁹⁹ מעניקה משמעות שונה בתכלית להגנת סימני מסחר. משמעות זו מרחיבה את היקף ההגנה מעבר לגבולות מטרותיה. אכן, גם בארצות-הברית מקובלת הגישה שלפיה בעלות בסימן מסחר היא זכות קניינית או מעין-קניינית;¹⁰⁰ עם זאת, מקובל לראות בה זכות מוגבלת בלבד, הקיימת אך ורק בהקשר של מוניטין הגלום בסימן, ואיננה מופרת כל עוד אין פגיעה במוניטין על ידי הטעיה.¹⁰¹

האינטרס של עידוד הרישום של סימני מסחר למען הגברת הוודאות המשפטית בתחום זה מצדיק אמנם אפליה מסוימת לטובת בעל הסימן הרשום לעומת מי שמנסה להוכיח את זכותו ב"סימן הלא רשום", קרי: בעוולת גניבת העין. עם זאת, אין באינטרס זה כדי להצדיק היקף הגנה כה שונה בין שתי העוולות, כפי שקבעה דעת הרוב בפסק דין מקדונלד. שם נקבע כי בניגוד לעוולת גניבת העין, הפרת סימן מסחר אינה דורשת הוכחת הטעיה.¹⁰² הענקת יתרון כה משמעותי למי שרשם את סימנו המסחרי נראית בלתי-צודקת במיוחד לאור העובדה שרישום הסימן אינו מהווה דרישה קונסטיטוטיוטית להגנה על מוניטין עסקי – וזאת בניגוד להגנה על טכנולוגיה על ידי פטנט או להגנה על עיצוב על ידי מדגם.

בכמה פסקי דין שקדמו לפסק דין מקדונלד נקבע יחס שונה בין עוולת גניבת העין לבין הפרת סימן מסחר רשום. פסקי דין אלה קבעו כי בגלל מטרותיהן הדומות של שתי העוולות יש להחיל מבחני הפרה זהים לגביהן.¹⁰³ המלומד גינת,

99 ע"א מקדונלד, הערה 1 לעיל, בעמ' 332.

100 ראו McCarthy, הערה 11 לעיל, 2:14.

101 שם, 2:15-2:14, 2:20.

102 ע"א מקדונלד, הערה 1 לעיל, בעמ' 331-332.

103 ע"א 261/64 פרי-פורי ביסקויט כפר-סבא בע"מ נ' חברת פרומין ובניו בע"מ, פ"ד יח(3) 275, 278; בג"ץ 1400/97 פיקנטי תעשיות מזון (ישראל) בע"מ נ' אסם תעשיות מזון בע"מ, פ"ד

בחיבורו "גניבת עין", הביע את העמדה כי ההבדל היחיד בין שתי העוללות הוא שכגניבת עין נדרש התובע להוכיח מוניטין כתנאי מוקדם להכרה בזכותו, ואילו זכותו של בעל סימן רשום אינה דורשת הוכחה – אך משעה שהתובע הוכיח את זכותו בגניבת עין (קרי: הוכיח מוניטין) אין עוד להבחין בינו לבין מי שרשם את סימנו.¹⁰⁴ לדעתי, גישה זו משקפת את האזון הראוי בין האינטרס של עידוד הרישום של סימני מסחר לבין האינטרס שלא להרחיב את זכויותיו המונופוליסטיות של בעל סימן מסחר מעבר לתכלית ההגנה.

ההגנה הרחבה שהעניקו שופטי הרוב בפסק דין מקדונלד לסימן מסחר אינה מתחייבת מלשונה של פקודת סימני מסחר. המילה "הסעיה" אמנם לא מופיעה בהגדרת הפרה לפי סעיפים 1(1)–(3) לפקודה, אך ניתן לקרוא אותה לתוכה לאור תכלית ההגנה של דיני סימני מסחר. כך גם נפסק לאחרונה בענין אלפא אינטואיט:¹⁰⁵

כדי להוכיח הפרה של סימן מסחר רשום נדרש להראות שהנתבע משתמש בסימן הנסען להיות מפר כדי לסמן בו את המוצר מתוצרתו באופן שהלקוחות הנחשפים לסימן המסחר עלולים לסעות ולחשוב שהמוצר המשווק קשור לתובע. גישה זו מתיישבת עם התכלית לשמה נועדו סימני המסחר הרשומים...

מבחינה טכנית ניתן להגיע לתוצאה זו על ידי פרשנות תכליתית והרמונית של המונחים "שימוש לענין טובין", "שימוש לשם פרסום טובין" ו"שימוש על טובין" המופיעים בסעיפים 1, 1(1)–(3), ו-46(א) לפקודת סימני מסחר, כפי שזוהר להלן.

נא(1) 310, 313; עניין טעם טבע, הערה 12 לעיל, בעמ' 450; ע"א 2191/03 אוגוסט טוקר נ' אלפא אינטואיט מוצרי מזון בע"מ (לא פורסם, 19.11.03). ראו גם גדעון גינת, גניבת עין (תשמ"ב); ארנסט ח' וליגסון, דיני סימני מסחר ודינים הקרובים להם 78 ואילך (תשל"ג). עם זאת השוו בש"א 34434/99 (מחוז, ת"א) כ.א.ל. כרטיסי אשראי לישראל נ' הבנק הבינלאומי הראשון (לא פורסם, 6.5.99), שם נפסק כי שימוש כלשהו בסימן מסחר של אחר מהווה הפרה.

104 גינת, שם, בעמ' 13. ראו גם קלדרון, הערה 10 לעיל, בעמ' 142: "יתרונו של רישום סימן המסחר הוא בכך שהתובע על פיו אינו נדרש להוכיח מוניטין בסימן, במיוחד כאשר מדובר בעסק חדש". גישה לכאורה שונה משתמעת מהאמור בעמ' 141: "ההבדל בין [הפרת סימן רשום וגניבת עין] מתבטא בכך שבהפרת סימן מסחר רשום התובע לא נדרש להוכיח את זכותו היות שהזכות מגובשת, לכאורה, בתעודת הרישום בעוד שבגניבת עין על התובע להוכיח את זכותו המבוססת על המוניטין שרכש ואת אפשרות ההטעיה של ציבור הלקוחות".

105 עניין אלפא אינטואיט, הערה 103 לעיל. ראו גם עניין טעם טבע, הערה 12 לעיל, בעמ' 450.

ההגדרה של סימן מסחר מופיעה בסעיף 1 לפקודת סימני מסחר:

"סימן מסחר" – סימן המשמש, או מיועד לשמש, לאדם לענין הטובין שהוא מייצר או סוחר בהם.

את המונח "לענין טובין" המופיע בהוראה זו יש לקרוא בנשימה אחת עם הוראת הסעיף 8(א) לפקודה, שהוזכרה לעיל. כפי שמשמע בבירור מהוראה זו, תפקידו של סימן מסחר הוא "להבחין בין הטובין של בעל הסימן לבין הטובין של אחרים". על כן יש לפרש גם את המונח של שימוש "לענין טובין" המופיע בהגדרה של סימן מסחר כשימוש המיועד להבחין בין הטובין של בעל הסימן לבין הטובין של אחרים. יצוין, כי פרשנות זו התקבלה בפסיקה ובהחלטות של רשם סימני המסחר בכל הקשור לביטול של סימן מסחר עקב היעדר שימוש, לפי סעיף 41 לפקודה. נקבע, כי השימוש הנדרש מבעל הסימן לשם שמירת זכויות בסימנו הוא שימוש לשם ציון מקור הסחורה ולא למטרה אחרת.¹⁰⁶ פרשנות דומה יש לתת גם למונח "שימוש לענין טובין" וכן למונח "שימוש לענין פרסום טובין" המופיעים בהגדרת ההפרה של סימן מסחר לפי הסעיפים (1)–(3) לפקודה:

"הפרה" – שימוש בידי מי שאינו זכאי לכך –

- (1) בסימן מסחר רשום או בסימן הדומה לו, לענין טובין שלגביהם נרשם הסימן או טובין מאותו הגדר;
- (2) בסימן מסחר רשום, לשם פרסום טובין מסוג הטובין שלגביהם נרשם הסימן או לשם פרסום טובין מאותו הגדר;
- (3) בסימן מסחר מוכר היטב אף אם אינו סימן מסחר רשום, או בסימן הדומה לו עד כדי להטעות לענין טובין שלגביהם מוכר הסימן או לענין טובין מאותו הגדר.

אם מפרשים את המונחים "שימוש לענין טובין" ו-"שימוש לשם פרסום טובין" ככוללים את הדרישה שיעשה שימוש בסימן לשם ציון מקור הטובין, הגדרת ההפרה של סימן מסחר מצמצמת לשימוש בלתי-מורשה בסימן כסימן מסחר. יצוין, כי גישה דומה נקטו בתי המשפט באנגליה. בדומה לפקודת סימני מסחר, החוק האנגלי דורש כי הפרת סימן מסחר תיעשה "לענין טובין" (in relation to)

106 בג"ץ 296/86 Phillip Morris Inc. נ' Moorgate Tobacco Co. Ltd., פ"ד מא(1) 485; החלטת רשם הפטנטים מיום 1/7/1999, קוש משקאות ישראל בע"מ נ. קוקה קולה; החלטת רשם הפטנטים מיום 3/8/2000, ארמקס נ' אמריקן אקספרס; החלטת רשם הפטנטים מיום 23/12/2003, Cadbury limited נ' עליה תעשיות בע"מ; ראו גם זליגסון, הערה 103 לעיל, בעמ' 287.

107. (goods) דרישה זו פורשה על ידי בתי המשפט באנגליה כדרישה שייעשה שימוש בסימן כסימן מסחר.¹⁰⁸ ההוראה האחרונה הרלבנטית לענייננו היא זו המצויה בסעיף 46(א) לפקודה, הדין בזכות לשימוש ייחודי של בעל סימן המסחר:

רישומו התקף של אדם כבעל סימן מסחר יזכה אותו לשימוש ייחודי בסימן המסחר על הטובין שלגביהם נרשם הסימן ובכל הנוגע אליהם, בכפוף לכל תנאי וסייג הרשומים בפנקס.

יש לפרש את זכותו המונופוליסטית של בעל הסימן כזכות בלעדית להשתמש בסימנו כדי להצביע על מקור הטובין, ולא כזכות למנוע כל אזכור וכל שחזור של סימנו. פרשנות זו של היקף זכותו של בעל סימן מסחר הובעה בכמה פסקי דין,¹⁰⁹ בספרות,¹¹⁰ וכן בדעת המיעוט של השופטת נאור.¹¹¹ בפסק הדין בעניין כרמל מזרחי, שבו נדונה שאלה זו באופן מקיף, נקבע כלהלן:¹¹²

... זכות בעל הסימן הרשום היא דווקא כאשר נועד השימוש בסימן לציין את מקור הסחורה וכנראה שגם במקרה זה בלבד... החוק נותן לבעל הסימן הרשום זכות שימוש בלעדי בסימן אבל

107 Trade Marks Act, 1994, Sec. 10

108 *Bravado Merchandising v. Mainstream Publishing* [1996] F.S.R. 205; *Trebor Basset Limited v. The Football Association* [1997] F.S.R. 211; *Lyngstad v. Anabas Products Ltd.* [1997] F.S.R. 62; *Tavener Rutledge Ltd. v. Trexapalm Ltd.* [1997] R.P.C. 275; *Arsenal Football Club plc v. Reed* [2003] R.P.C. 696

109 עניין פרומיק, הערה 103 לעיל; ע"א 788/70 *Volkswagenwerk A.G. Wolfsburg, West Germany* נ' מוסך טנוס את נג'אר, פ"ד כ"ה(2) 316; עניין טעם טבע, הערה 12 לעיל.
110 עמיר פרידמן, סימני מסחר – דין, פסיקה ומשפט משוה 325 (תשס"א). אולם, ראו הסתייגות בעמ' 356: "ישנם מקרים בהם פרסום משוה ייחשב בכל זאת כפרסום המפר את סימן המסחר, בעיקר אם הסימן המופר הינו סימן מפורסם. כפי שהבהרנו, כאשר נעשה שימוש בסימן מסחר לצורך פרסום מוצרים מאיכות ירודה ממוצריו של בעל הסימן, עשוי המפרסם להחליש את אופיו הייחודי והמבחין של סימן המסחר בקרב ציבור הצרכנים, ולכן בעל סימן המסחר יהיה זכאי לקבל מערכאת השיפוט צו שימנע את המשך הפרת הסימן ודילול אופיו המבחין". ראו גם זליגסון, הערה 103 לעיל, בעמ' 76: "איש אינו רשאי להזכיר בפרסום את מוצריו של המתחרים, בין שזה לשבח או לגנאי".

111 הערה לעיל 1, בעמ' 374-376.

112 ת"א (מחוזי, ת"א) 749/56 אגודת הכרמים הקואופרטיבית של יקבי ראשון לציון וזכרון יעקב נ' יקב הגליל תעשיות משקאות חריפים יוסף גולד ובניו, פ"מ כ"ב 71. הקטע המצוטט מובא גם בקובץ דיני סימני מסחר שערך פנחס נרקיס (1998).

רק לשם ציון הקשר בין בעל הסימן לבין סחורותיו ולא למטרה אחרת.

ככל שמדובר בסימני מסחר מוכרים היטב, ייתכן שניתן יהיה להרחיב את היקף הגנתם במידה מסוימת על ידי דוקטרינת הדילול. עם זאת, לאור תיקון הפקודה שנדון לעיל והפרשנות שניתנה לו, ספק אם ניתן יהיה להרחיב הגנה זו למקרים שבהם נעשה שימוש בלתי-מסע בסימן.¹¹³

אשר לשימוש בסימן מסחר בפרסומת המתחרה בתדמית, נראה כי המסגרת היחידה בתחום של דיני סימני המסחר שבה יכולה להיות מוענקת באופן תאורטי הגנה כנגדה, היא הגנה כנגד דילול הסימן על ידי "ביוזי" – שכן לא נעשה במקרה זה שימוש בסימן כסימן מסחר. עם זאת, נראה כי השימוש בסימן המסחר של מקדונלד'ס בפרסומת של ברגר קינג אינו מהווה "ביוזי" כמשמעותו של מונח זה במשפט האמריקני. על אף פוטנציאל ההגנה הרחב הגלום בהגנה כנגד "ביוזי", נתנו לה בתי המשפט האמריקניים פירוש מצומצם ודווקני. ודוק: ההגנה ניתנת אך ורק כשהשימוש יוצר אסוציאציות שליליות הפוגעות באופן משמעותי בתדמית הסימן. הגדרת ה"ביוזי" מצטמצמת בדרך כלל לשימוש בהקשרים פורנוגרפיים ובהקשרים של סמים,¹¹⁴ ובעל הסימן נדרש להוכיח את הנזק שהוסב לערך של סימנו בפועל עקב השימוש הבלתי-מורשה.¹¹⁵ נראה, כי השימוש שנעשה בסימנה של מקדונלד'ס בפרסומת אינו עומד בתנאי הגנה מחמירים אלה: הסימן לא הוצג בקונטקסט שלילי במיוחד, המסוגל להסב נזק משמעותי לתדמיתו.¹¹⁶

כפי שכבר צוין לעיל, שאלת תוקפו של ענף ה"ביוזי" של דוקטרינת הדילול במשפט הישראלי טרם הוכרע בפסיקה. אם ימצאו בתי המשפט לנכון להגן על סימני מסחר מוכרים היטב כנגד דילולם על ידי "ביוזי", נראה כי גם בארץ יש

113 ענף ה"ביוזי" של דוקטרינת הדילול אוזכר אמנם במרומז על ידי השופט ריבלין, תוך כדי תיאור המצב המשפטי בקהילה האירופית, אך מבלי להכריע בעניין תוקפה במשפט הישראלי; ראו בפסקה 16 לפסק הדין.

114 ראו McCarthy, הערה 11 לעיל, 24:104. ראו גם עניין Coca-Cola, הערה 41 לעיל; עניין Pillsbury Co. v. Milky Way Productions, הערה 41 לעיל; Dallas Cowboys Cheerleaders, Inc., 215 U.S.P.Q. (BNA) 124 (N.D. Ga. 1981); עניין Hasbro, הערה 41 לעיל.

115 ראו McCarthy, הערה 11 לעיל, 24:90.

116 האיטור להשתמש בסימן מסחר של אחר בהקשרים פורנוגרפיים ובהקשר של סמים הינו פחות בעייתי, מכיוון שהפגיעה בסימן על ידי אסוציאציות מעין אלה הינה קשה ביותר ויש סכנה ממשית שהציבור יידע מהסימן ויתרחק ממנו. לעומת זאת, במקרה של פסק דין מקדונלד מדובר בסך הכול בפרסומת המציגה את ברגר קינג כעדיפה על מקדונלד'ס – היא לא צפויה ליצור תדמית שלילית במיוחד למקדונלד'ס ולגרום לרתיעה ממנה, והפגיעה במקדונלד'ס אינה צפויה להיות קשה במיוחד.

לצמצם את ההגנה לשימוש בסימן בהקשרים שליליים המסבים נזק משמעותי לתדמיתו. נוסף על כך יש לצמצם הגנה זו למקרים של שימוש המכוון לפגוע בסימן עצמו ולא להחילה על שימושים שמטרתם לאזכר במישרין או בעקיפין את המתחרה העסקי, כמו במקרה של פסק דין מקדונלד. במקרים אלה אין הצדקה להחיל את הדינים הספציפיים של סימני מסחר, ויש לבחון את הביטוי הפוגעני במכשירים הרגילים העומדים במקרה זה לרשותו של הנפגע. העובדה שהמתחרה אוזכר באמצעות סימנו המסחרי אינה צריכה להעלות או להוריד.¹¹⁷

סיבה נוספת שבגללה אין להחיל את דוקטרינת הדילול כשנעשה שימוש בסימן מסחר כדי לאזכר את המתחרה העסקי, היא כי דוקטרינה זו מגינה על סימנים מוכרים היטב בלבד. ככל שמדובר בפגיעה המכוונת לסימן עצמו ניתן במידה מסוימת להצדיק הבחנה זו, שכן סימנים מוכרים היטב מהווים משרה נחשקת יותר לשימושים מעוותים ומבוזים למיניהם. עם זאת, כאשר מדובר בביטוי המכוון כנגד בעל הסימן, והסימן משמש רק כמכשיר להזכירו – אין הצדקה להבחין בין סימן מוכר היטב לבין סימן שאינו מוכר היטב. מידת פרסומו של הסימן אינה צריכה בשום אופן להשפיע על מידת החסינות של בעליו בפני ביטוי פוגעני מצד מתחריו.

יג. סיכום

דעת הרוב בפסק דין מקדונלד קבעה כי טענה סתמית של עליונות על מתחרה עסקי בפרסומת, הנעשית באמצעות אזכור המתחרה על ידי סימנו המסחרי, מהווה הפרת הסימן. גישה זו מעניקה הגנה רחבה ביותר לתדמית של סימן מסחר, ויוצרת מצב שבו הדרך היחידה העומדת בפני עוסק להתחרות בתדמית הסימן של מתחרו היא לבנות תדמית לסימן משלו – כשהדרך של פגיעה בתדמית של סימן השייך למתחרו נשללת ממנו לחלוטין. כך יוצא כי תדמיות של סימני מסחר, הנבנות באמצעות התפארויות, הגזמות ואשליות למיניהן, יהיו ניתנות לפגיעה באמצעות עובדות מוכחות בלבד. לגישה זו אין הצדקה. היא אינה משרתת את טובת הצרכן, ואילו במישור המתחרים העסקיים היא מעניקה הגנת יתר לבעל הסימן על חשבון חופש העיסוק וחופש הביטוי של מתחריו. מובן שיש לשים גבולות מסוימים לביטוי הפוגעני של מתחרה; אולם דיני סימני המסחר אינם המכשיר המתאים למטרה זו. תכליתם היא להגן על הקשר הקיים בתודעת הציבור בין בעל הסימן למוצרו, ולא להרחיב את ההגנה המוענקת בדין הכללי כנגד ביטוי פוגע עד כדי חסינות כמעט מוחלטת.

117 ראו את דעתה של השופטת נאור בפסק דין מקדונלד, הערה 1 לעיל, בעמ' 375–376.

