

המפיץ הבלעדי והגנת המוניטין

מאת

מיגל דויטש *

(בעקבות רע"א 371/89 ליבוביץ נ' אי-אט י. אליהו בע"מ, פ"ד מד(2) 301)

א. מבוא. ב. מהם מוניטין? ג. פסק-דין ליבוביץ – נושא הדיון. ד. הזכות למוניטין, הקשר עם לקוחות וחופש התחרות. ה. ההגנה על המוניטין בחקיקה. ו. ההגנה על המוניטין והיבוא המקביל – מצב הפסיקה טרם פסק-דין ליבוביץ; 1. המוניטין כנשוא לזכות קניין; 2. הפסיקה בסוגיית היבוא המקביל. ז. הזכות למוניטין – האומנם זכות קניינית? ח. עילתו של היצרן כנגד המפיץ המתחרה. ט. העילה הקניינית – סיכום. י. עילה בדיני עשיית עושר ולא במשפט. יא. הפתרון הפוזיטיבי המוצע. יב. הגנתו של המפיץ הבלעדי – פתרונות עקיפים. יג. סיכום.

א. מבוא

אופיינית לדיני-הקניין היא התפתחותם האטית, תוך שמירה על המסגרות הפור-מליות, ונטיית הדין להימנע מפגיעה בדפוסי הקניין הסלוליים. דינים אלה עוסקים בתחומה ובהגדרתה של חלוקת העושר בחברה וההגנה עליה, כאשר מכוחם נוצרות ציפיות והסתמכות בעלות עוצמה רבה ומשך קיום ארוך¹. לא ייפלא אפוא, כי גם חוק רפורמטורי כחוק המקרקעין נאלץ להסיג חלק משאיפותיו להאחדת הדין על מישור רצוי יותר כנגד הצורך להגן על הזכויות המוקנות, ולא ייפלא כי גישת הפסיקה להוראות המעבר בחוק המקרקעין נטתה, למרות קיומן של אופציות פרשניות אחרות, לכיוון המשמר יותר את הזכויות הקיימות².

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

1 ראה, למשל, י' ויסמן, "מושגי יסוד בדיני קניין" משפטים יא (תשמ"א) 41, 58-59 ואסמכתאות שם.

2 ראה ע"א 261/70 דוידוף נ' חברת אילת השחר בת"א-יפו בע"מ, פ"ד כה(1) 520; ע"א 261/72 עזריאל מושב עובדים בע"מ נ' ללציוק, פ"ד כז(2) 462; ע"א 342/79 בלסקי נ' אמריקן ישראל הולדינגס בע"מ, פ"ד לה(2) 729.

לעומת דיני-הקניין המוחשי, ניכרת בדיני-הקניין הרוחני, החדשים יותר³, עובדת הימצאותם בתהליך היולי של גיבוש ועיצוב, תוך שאינטרסים וגודים מצויים במאבק על הבכורה, ובלא שהושגה עדיין הכרעה חד-משמעית באשר לתחומי ריבונותם. כך, כנגד האינטרס של היוצר להנאה כלכלית מירבית מפירות יצירתו עומד אינטרס הציבור לחופש הביטוי ולזרימה חופשית של רעיונות ודרכי-הבעה, תוך עשיית שימוש בהם ליצירות נוספות, ולהעשרת החברה⁴; וכנגד שאיפתו של בעל הסוד המסחרי לשמירה על היתרון היחסי אשר השליטה עליו מספקת לו כלפי מתחיריו, עומד האינטרס הציבורי להוסיף למצבור הידע המסחרי, המדעי והטכנולוגי, לשם קידומה של החברה⁵.

מציאתה של נקודת-האיזון הראויה בין האינטרסים השונים היא עניין להכרעה בדבר המדיניות החברתית, הכלכלית והמוסרית המאמצת על-ידי שיטת-המשפט. בבסיסו של דבר, עיקר ההבדל בין אופי ההגנה על הקניין הרוחני לעומת ההגנה על הקניין המוחשי נעוץ בכך, שביחס לקניין המוחשי ניצב, בדרך-כלל, אינטרס הפרט מול אינטרס נוגד של פרט אחר⁶. לעומת זאת, באשר לקניין הרוחני, לפנינו ניגוד טבוע לא רק בין אינטרסים נוגדים של פרטים, אלא גם בין אינטרסים של הפרט לאינטרס הציבורי, או בין אינטרסים ציבוריים שונים⁷. מכאן נגזרת זהירות-היתר שיש לנקוט בתחומת גבולותיה של ההגנה על הקניין הרוחני, כפי שנפרט בהמשך.

לניתוח הוראות המעבר (סעיף 166 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969) בספרות, ראה י' ויסמן, "עד אנה ישלטו בנו חוקי הקרקעות העותומניים" משפטים יב 3; א' גולדנברג, "על הוראות המעבר של חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969" משפטים ב (תשל"ד) 425; א' גולדנברג, "חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 – הוראות המעבר ומורשת העבר" עיוני משפט ב (תשל"ב) 839.

3 לתקופה המאוחרת של התפתחות דיני זכות היוצרים ראה א' זליגסון, "יסודות דיני זכות יוצרים, סימני מסחר, פטנטים, ומדגמים (תשכ"ג) 15 ואילך. ביחס לסודות מסחר, ראה ג' טרסקי, "סודות עסקיים" הפרקליט לה 5, 8. כאשר לפטנטים, ראה את הסקירה המאלפת ביחס להתפתחות ההיסטורית של הזכות וכן את הלבטים בנוגע להקניית אצל. *Lipscomb's Walker On Patents* (3rd ed., 1984) I, ch. 1.

4 ראה 4 H. Laddie & P. Prescott *The Modern Law of Copyright* (London, 1980); זליגסון (לעיל), הערה 3, 17; מ' כורנובסקי, "הגנת דיני סודות מסחר על אינטרסים בתוכנה המופצת בשיווק המוני" מחקרי משפט ו (תשמ"ח) 94, 101.

5 טרסקי (לעיל, הערה 3), 6-7 ואסמכתאות בהערות 8 ו-9 שם; א' אלטר, "שיקולים בהגנת ידע כלכלי והגנת מידע ביסוד בקשה לרישום תרופה חדשה בישראל" מחקרי משפט ה (תשמ"ז) 181, 191.

6 ובמקרים שבהם קיימת הצדקה להפקעת זכויות לטובת הכלל, דיני ההפקעה מספקים את הפתרון המשפטי ההולם. טיפוס נוסף של מקרים, שבהם אינטרס מוחשי של הפרט עשוי לסגת מפני אינטרס הכלל, מצוי בדיני התכנון והבנייה. כך, למשל, על-פי דינים אלה יעודה המותר של הקרקע מגביל את חופש השימוש בקניין, וזאת לשם מטרת הנוגעת לכלל: כלכלת המדינה, פיתוח האזור, ועוד. למטרות התכנון ראה סעיפים 49, 55 ו-61 לחוק התכנון והבנייה, תשכ"ה-1965; וכן המ' 468/81 נוצה חברה לגאטנות בע"מ נ' אורביט מדיסנטרס בע"מ, פ"ד לב (4) 736.

7 גם הקניית הזכות לפרט נעשית, בין היתר, כדי ליתן לו תמריץ ליצור לטובת הכלל. לעניין השיקול הציבורי שבהגנת הפרט בנושא זה ראה, ביחס לסודות מסחר, טרסקי (לעיל, הערה 3), שם. החוקה בארצות-הברית מצינת במפורש (Art. I & 8, cl. 8), כי תקיפת זכות היוצרים מותרת, למרות פגיעתה בעיקרון הגדול של חופש הביטוי, רק כדי להמריץ יוצר –

To promote the progress of science and useful arts.

עיסוקנו ברשימה זו הוא באינטרס המצוי במגזר הרכוש⁸ הרוחני, והוא הזכות למוניטין. אינטרס זה ייבחן לאור ההלכה בפסק-הדין שכנדון. נדון בתכונותיה של הזכות ובסיווגה הנכון: האם קניינית היא הזכות אם לאו, ומהן נפקיותיו של המיון. ניתוח הדין בשאלה זו משליך ישירות על היקף ההגנה כלפי משווקים מתחרים אשר זוכה לה במשפטנו מפיץ, שרכש זכות לבלעדיות ההפצה של מוצר בארץ. בחינתה של הגנה זו עומדת במרכז הדיון בפרשת ליבוביץ.

ב. מהם מוניטין?

למוניטין הוצעו הגדרות שונות. הגדרה אשר מרבים לצטטה⁹ היא זו של Lord McNaghten בפסק-הדין של *The Commissioners of Inland Revenue*¹⁰:

What is goodwill? It is a thing very easy to describe, very difficult to define. It is the benefit and advantage of the good name, reputation and connection of a business. It is the one thing which distinguishes an old established business from a new business at its first start.

מוניטין הם אפוא מציאות עובדתית: כוח המשיכה של העסק ביחס ללקוחות, הנובע משם העסק ומפעילותו. הזכות למוניטין היא, אם כן, הזיקה המשפטית להנאה הנזכרת.

למוניטין הוצעו גם הגדרות נוספות, אשר ספק אם הן מוסיפות לחדות התפישה של המושג. כך נאמר, כי המוניטין הם ההסתברות שלקוחות יחזרו לפקוד

לניתוח ההשלכות הפרשניות הנודעות לכך על הדין הפוזיטיבי – היקף ההגנה על זכות היוצרים – ראה E.M. Abramson "How Much Copying Under Copyright: Contradictions, Paradoxes, Inconsistencies" *Temp.L.Rev.* (1988) 133.

להדגשת ההבחנה העקרונית בין אופי ההגנה על הקניין המוחשי להגנה על הקניין הרוחני ראה Walker (לעיל, הערה 3), 58-60. האסמכתאות הנזכרות שם מזהות את הזכות על פטנט עם הזכות על הקניין המוחשי, בהבדל אחד: ביחס לקניין הרוחני נאלץ הממציא "לשלם" מחיר כבד בכך, שכנגד הנאתו מן ההמצאה עליו להתיר לציבור ליהנות ממנה ללא תשלום, כעבור פרק זמן מוגבל. כן ראה עוד אלתר (לעיל, הערה 5), 190-191. לדיון בהבחנות שבין ההגנה על הקניין המוחשי להגנה על אינטרסים במידע ראה *General Report on Computer Crime – The Emergence of Criminal Information Law* (International Academy of Comparative Law) 13th Int. Congress, Aug. 1990, 15-16.

8 לענין הזכות למוניטין אנו עושים עתה שימוש בביטוי "רכוש" ולא "קניין", מכיוון שזיהוי הזכות האמורה כקניינית הוא נשוא דיוננו, ולא הנחתו.

9 ראה בעניין ליבוביץ, עמ' 315. כן ראה *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names* (London, 11th ed. by T. Blanco White & R. Jacob, 1983) 212-224. גניבת עין (קובץ העולות השונות, בעריכת ג' טדסקי, תשמ"ב) 5; ת"א (י"ם) 389/89, המ' (י"ם) 924/89 יונייטד ספורטס 1984 בע"מ נ' שירזי ספורט בע"מ, פ"מ תש"ן (2) 397, 401; עניין באומל (להלן, הערה 11), 656.

10 217 A.C. (1901).

את העסק¹¹. הגדרה נוספת, תיאורית ו"חשבונית" יותר היא זו שבפסק-דין
: *Metropolitan National Bank of New York v. The St. Louis Dispatch Co.*¹²

Advantage or benefit, which is acquired by an establishment beyond the mere value of the capital, stock, funds or property employed therein, in consequence of the general public patronage and encouragement which it receives from constant or habitual customers, on account of its local position, or common celebrity, or reputation for skill or affluence, or punctuality or from other accidental circumstances or necessity, or even from partialities or prejudices¹³.

ג. פסק-דין ליבוביץ – נושא הדיון

התבנית העובדתית אשר נדונה בפסק-הדין האמור היא כדלקמן: מפיץ מתקשר עם יצרן בחו"ל לשם הפצת מוצריו של היצרן בארץ, כאשר על-פי ההתקשרות מוקנית למפיץ בלעדיות ביחס לישראל. למוצר כינוי מסחרי בעל מוניטין בציבור (במקרה הנדון – עטים מסוג Cross ו-Parker). המפיץ האמור (להלן: "המפיץ הבלעדי") משקיע כספים ומאמצים בפיתוח המוניטין של המוצר בארץ ובהחזרתו לשוק. מפיץ אחר (להלן "המפיץ המתחרה") רוכש עטים מן הסוגים הנזכרים אצל מפיץ שלישי, ומשווק עטים אלה בארץ¹⁴.

השאלה היסודית אשר נדונה בפסק-הדין היא, האם נתונה למפיץ הבלעדי עילה כלפי מפיץ מתחרה, אשר תגן כלפיו על בלעדיותו ותמנע את ההפצה המתחרה. אגב אורחא עסק בית-המשפט, חלקית, גם בשאלת עילתו האפשרית של היצרן כנגד המפיץ המתחרה. כפי שנצביע, מצב דברים עובדתי דוגמת זה הנזכר שימש נושא להתדיינות שונות, אשר הובילו לתוצאות שאינן מתיישבות תמיד האחת עם רעותה. פסק-הדין בעניין ליבוביץ פוזר חלק מן הספקות בסוגיא, אולם הותיר עדיין שאלות הדורשות הכרעה.

ברשימה זו אנו מבקשים לסקור את מצב ההגנה על הזכות למוניטין במשפטנו, תוך שפסק-דין ליבוביץ משמש ציר מרכזי לדיון.

11 ע"א 550/72 באומל נ' פ"ש חיפה, פ"ד כח(1) 650, 651.

12 37 L. Ed. 799.

13 ראה אזכור של פסקה זו בע"א 280/73 פלאימפורט נ' ציבה גייגי לטד, פ"ד כט(1) 597, 605; פסק-דין יונייטד ספורט (לעיל, הערה 9), 402.

14 נהוג לכנות סיטואציה זו כ"יבוא מקביל". ראה ח' וליגסון, דיני סימני מסחר ודינים קרובים להם (תשל"ג) 71-69.

ד. הזכות למוניטין, הקשר עם לקוחות וחופש התחרות

1. לא ניתן להעריך נכונה את מקומה של הזכות למוניטין במשפטנו מבלי לדון בעיקרון הגדול של חופש התחרות. חופש זה ניצב כמשקל-נגד לאינטרס ביחס למוניטין ולכן היקף פרישתו ישליך בהכרח על עיצובה של הזכות למוניטין. אגב כך, שומה עלינו להבהיר, תוך השוואה עם הזכות למוניטין, את מהותו של האינטרס של אדם ביחס לקשריו עם לקוחות, אינטרס המהווה נשוא לתחרות.

מהי אפוא הזיקה בין הזכות למוניטין לבין האינטרס ביחס לקשרים עם לקוחות? ציינו, כי זכות למוניטין משמעה הזכות להנאה, הנובעת מהקשר עם לקוחות, כתוצאה משמו הטוב של העסק ומכוח המשיכה שלו.

נמצא, כי כאשר ראובן משדל את לקוחותיו של שמעון להתקשרות עם ראובן, והשדול מסתמך על המוניטין של ראובן ולא על זה של שמעון, אין ראובן פוגע בזכותו של שמעון למוניטין.

אמנם, פעילותו של ראובן פוגמת בערכן של המוניטין השייכים לשמעון, אולם ראובן לא עשה כל שימוש במוניטין של שמעון. זאת, במובחן ממקרה שבו ראובן מציג את סחורתו או שירותיו כמזוהים עם עסקו של שמעון, וכך נהנה מן המוניטין של הלה¹⁵.

2. כאמור, תיחום ומיפוי נאותים של סוגיית המוניטין במשפטנו מזקיקים דיון בעקרונות החלים על סוגיית חופש התחרות בכלל, במנותק משאלת המוניטין, דהיינו: בשאלה כיצד ובאילו תנאים נאסר על אדם לשדל לקוחותיו של אחר – בין אם קיימים ובין אם צפויים – או לפגוע באופן אחר בניהול עסק על-ידי זולתו. הבחינה עתה נעשית, כאמור, בנוגע למקרים שבהם אין התחרות כרוכה בנטילת המוניטין של התובע דווקא.

3. אין צורך להכביר דיון בחשיבותו של חופש התחרות – חופש המשמש, בהיבט הכלכלי, יסוד-מוסד לכלכלה מפותחת ומתקדמת ולהפקת תועלת מירבית מצדו של הצרכן¹⁶, ואשר מאפשר, בהיבט החברתי-איש, את מימושה של זכות-היסוד של הפרט לחופש עיסוק¹⁷. הבחינה שיש בה עניין אפוא, היא איתורם של המקרים שבהם נסוג העיקרון הגדול של חופש התחרות מפני כללים נוגדים:

(א) חופש התחרות חל הן ביחס ללקוחות המצויים בקשר עסקי בהווה, הן ביחס ללקוחות עתידיים. עם זאת, ברור הדבר כי יש הבחנה בין חופש הפעולה של מתחרה, במקרה אחד, לבין חופש הפעולה, במקרה האחר. במקרה הראשון הפגיעה של המתחרה היא בזכויות ממש, בעוד שבמקרה השני ההתערבות נוגדת ציפיות בלבד.

15 דוגמא לזיהוי מוטעה בין נטילתם של מוניטין ובין נטילתו של הקשר עם לקוחות מצויה בדברי השופט זוסמן בעניין פלאימפורט (ראה להלן, ס"ק 3(ד) בפסקה זו).

16 עניין ליבוביץ, עמ' 327-328 ואסמכתאות שם; C. Oppenheim & G. Weston *Unfair Trade Practices* & Consumer Protection (Minn., 1974) 1-2, 5.

17 לעניין חופש העיסוק ראה פסק-דין ליבוביץ, עמ' 328 ואסמכתאות באותו מקום.

הקשר העסקי הקיים מוגן בשיטתנו מפני פגיעה של מתחרה, באמצעות העוולה של גרם הפרת חוזה, על-פי סעיף 62 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. תנאי לכך הוא – כך נראה – כי תתרחש הפרה ממש¹⁸, תנאי המגביל במיוחד את רוחב הפרישה של העוולה בהקשר ליבוא המקביל, וזאת נוסף על יתר יסודותיה של העוולה.

(ב) חופש התחרות יכול שיוגבל מכוח הוראה חוזית. כידוע, על הגבלה כאמור לעמוד במבחן סבירות באשר לזמן ולמקום¹⁹.

יש שאיסור התחרות מוסק מכללל. כך, כאשר ראובן מוכר לשמעון את עסקו ואת המוניטין הנלווים לו, ראובן איננו רשאי לסכל את המכירה על-ידי כך שיפתח עסק בקרבת מקום – עסק שיחצה על אותו פלח של לקוחות²⁰. נראה, כי כאשר אין מדובר בעסק הפתוח לציבור (ובכך משדל מאליו לקוחות) ההבחנה בין שידול אקטיבי של לקוחות להתנהגות אשר יש בה אך היענות לפנייה שלהם, היא רלבנטית²¹.

(ג) העוולה של שקר מפגיע, על-פי סעיף 58 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], מגנה מפני פגיעה בעסק באמצעות עריכת מצגים כוזבים. במידת-מה מגנים גם דיני איסור לשון-הרע מפני פגיעה כאמור²².

(ד) דיני עשיית עושר ולא במשפט עשויים אף הם להגביל את חופש התחרות. דוגמא בולטת לכך הוא פסק-הדין הידוע בעניין פלאימפורט²³. באותו עניין ביקש א, וקיבל, צרמניעה זמני כנגד ב, האוסר עליו פעילות. בסיום הדיון בתיק העיקרי נדחתה תביעתו של א. בתקופת-הביניים שבין מתן הצו הזמני להכרעה בתובענה העיקרית נטל א מלקוחותיו של ב, לקוחות אשר ב היה מנוע מלשרתם בעקבות צרמניעה הזמני אשר ניתן לטובת א.

ב טען, כי לאור העובדה שתביעתו של א נדחתה, הוא זכאי לכך כי א יעביר אליו את זכויותו ברווחים מלקוחותיו של ב.

השופט זוסמן סבר, כי ל-ב זכות ביחס להתעשרות של א, וזאת, בין היתר, משום שהזכות למוניטין היא זכות קניינית²⁴. שופטי ההרכב האחרים בססו את הכרעתם

18 ראה גם נ' כהן, התערבות ביחסים חוזיים (תשמ"ב) 156 ואילך; ליכוביץ, עמ' 332. אולם להרחבת העוולה ביחס למקרה שבו חל סעיף פטור המתיר את אי-הביצוע, ראה ע"א 628/77 חסיד נ' קנופף, פ"ד (2) 225.

19 ראה, בין היתר, ע"א 238/73 שרעבי נ' חמצני, פ"ד כח(1) 85; ע"א 1/73 צפדיה נ' קלדי בע"מ, פ"ד כז(1) 785; ע"א 369/74 טרומאסבסט בע"מ נ' זכאי, פ"ד ל(1) 793; ע"א 566/77 דיקר נ' מור, פ"ד לב(2) 141.

20 האיסור חל למשך אותו פרק-זמן הדרוש ל"מסירת" המוניטין, כאשר הם איתנים ושלמים, דהיינו: מבלי שגלום בהם יסוד של אי-התאמה, על-פי סעיף 11 לחוק המכר, תשכ"ח-1968 (ע"א 627/78 ריצמן נ' אברמזון, פ"ד לג(3) 295). מכשיר משפטי נוסף לאיסור תחרות במקרים אלה הוא חובת תוספת-הלב, על-פי סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (ראה ריצמן, שם, בעמ' 298-299). כן ראה ע"א 453/80 בן נתן נ' גנבי, פ"ד לה(2) 141.

21 ע"א 276/69 הילקוביץ נ' אלווים (ישראל) בע"מ, פ"ד כד(1) 85.

22 ראה סעיף 31 לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965.

23 ע"א 280/73 פלאימפורט בע"מ נ' ציבה-גייני לטד, פ"ד כט(1) 597.

24 שם, בעמ' 604-606. להכרעתו הצטרף השופט מני. ראה גם הדיון ביחס לפסק-הדין להלן, בפסקה ז.

לזכות התובע על האינטרס בקשרים עם הלקוחות – אינטרס אשר נפגע באמצעות תחרות שהסתייעה בצורמניעה בלתי-מוצדק.

הזכרנו בתחילה, כי אין לערב בין נטילתם של מוניטין לבין נטילתו של הקשר העסקי גרידא. ואכן, השופט זוסמן איננו ער בהחלטתו להבחנה זו. כבר עמד פרופסור פרידמן על כך, כי בנסיבות נשוא פסק-הדין לא היה מקום לבסס את ההכרעה על הזכות למוניטין, שכן א לא הציג את מוצריו כאילו הם מוצרים של ב²⁵. ואמנם, דיני עשיית עושר ולא במשפט משמשים מכשיר משפטי חשוב להגבלתה של תחרות בלתי-הוגנת, ועוד נרחיב בעניינם, כאשר נדון במצב ההגנה על המוניטין. עם זאת, בולטות כמה מגבלות ביחס לדינים אלה:

(1) אין הם מאפשרים קבלת פיצוי על נזק, להבדיל מהשבחו של רווח²⁶, ועל-כן לא יהיה בהם די כאשר הנזק הנגרם על-ידי המתחרה עולה על הרווח המופק על-ידי²⁷.

(2) הסעד על-פי דינים אלה כפוף לשיקול-דעת רחב של בית-המשפט²⁸.

(3) ספק אם ניתן, מכוח החוק, ליתן צורמניעה האוסר על ניהול הפעילות המניבה את ההתעשרות²⁹.

(ה) חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988³⁰ אוסר על עריכתם של הסכמים אשר יש בהם פגיעה בתחרות ללא קבלת אישור מתאים³¹, ומטיל הגבלות על מונופולין³². אף שמטרתו של החוק היא להגן על חופש התחרות ועקרונית יש לסווגו במסגרת ההוראות המחזקות חופש זה, הרי שהגנה זו כרוכה בהטלת הגבלות על החופש של עוסקים להתקשר ביניהם בהסכמים מגבילים. ניתן לומר, כי במקרים אלה חופש התחרות האינדיבידואלי נדחה מפני חופש התחרות הכללי, המאזים על-ידי מימושו של החופש האינדיבידואלי.

(ו) פקודת סימני המסחר (נוסח חדש) שייכת אף היא למגזר הדינים, הבאים למנוע תחרות בלתי-הוגנת³³.

25 ד' פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט (תשמ"ב) 56, הערה 54.

26 סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979; פרידמן (לעיל, הערה 25), 68.

27 כגון כאשר כושר הייצור של המתחרה (הנחבע) מוגבל לעומת מפעלו של התובע, ועל-כן יש בפגיעה בזכות כדי להזיק לתובע יותר מאשר תועלתה לנחבע.

28 סעיף 2 לחוק, לעקרונות החלים על שלילת הזכות להשבה ראה באופן כללי פרידמן (לעיל, הערה 25), פרק 25. להדגשת חולשתה של התביעה בדיני עשיית עושר, לעומת תביעות אחרות, וזאת מפאת שיקול-הדעת הנתון לבית-המשפט, ראה שם, בעמ' 693.

29 שאלה זו נותרה ללא הכרעה בפסק-דין ליבוביץ. דעה העונה בחיוב על השאלה האמורה הושמעה כת"א (ת"א) The Boieng CO. 1' בואינג נסיעות ותיירות בע"מ, פ"מ תשמ"ט (3) 108, 129-128. לשלילתה של אפשרות זו ראה טדסקי (לעיל, הערה 3), 25.

30 ס"ח 127.

31 סעיפים 2 ו-4 לחוק.

32 פרק ד לחוק.

33 זליגסון (לעיל, הערה 14), 1.

לא אחת נפסק, כי לשם רישומו של הסימן אין הכרח להצביע על קיומם של מוניטין דווקא, אלא די בשימוש "גלוי ופתוח" בו או בשימוש מיועד מן הסוג האמור (גם אם מזערי)³⁴.

עם זאת, כפי שנצביע להלן³⁵, דיני סימני-המסחר משמשים גם אמצעי להגנה על המוניטין.

ניתן לשייך לאותה קטיגוריה של סימני-המסחר גם את כינוי המקור, המוגן על-פי חוק כינויי מקור, תשכ"ה-1965.

(ז) אף שאין לחלוק על כך כי חופש התחרות איננו מצדיק את ניהולה של זו באמצעים בלתי-הוגנים³⁶, הרי שנפסק בעבר, כי אין דיני-הנוזיקין בישראל מכירים בעוולה כללית של תחרות בלתי-הוגנת³⁷. אנו מותירים קביעה זו בגדר קביעה לכאורית בלבד, משום שהתפתחותם של דיני-הרשלנות בשנים האחרונות פותחת, כך אפשר, פתח לתשובה שונה³⁸. מפאת מורכבותו וריחוקו היחסי של נושא זה למרכז דיוננו, לא נעסוק בו עתה, אף שאפשרות זו בוודאי ראויה לעיון מעמיק נפרד. הצעת חוק שהוגשה, למניעת תחרות בלתי-הוגנת, לא הגיעה לכדי חקיקה³⁹. בארצות-הברית מכירים זה מכבר בהגנה מפני תחרות בלתי-הוגנת⁴⁰.

34 בג"צ 144/85 קליל תעשיות מתכת אל-ברזליות בע"מ נ' רשם הפטנטים, פ"ד מב(1) 309, 314; בג"צ 319/85, 296/85 סיאח סיאק נ' רשם הפטנטים, פ"ד מ(4) 770.

35 פסקה ה.1.

36 מאלפים דבריו של הלורד Devlin בעניין מעמדו של חופש התחרות ביחס לקניין הרוחני וזאת בפסק-דין *Ladbroke (Football) Ltd. v. Hill (Football) Ltd.* [1964] 1 All.E.R. 465. עלתה שם אנכי-אורחא השאלה הבאה מתחום דיני זכות-היוצרים: האם חופשי סוחר להעתיק את אופן סידורם של בקבוקיין בחלון-הראווה של סוחר אחר. באמצעות דוגמא זו ביקש צד לגרוס, כי אין דיני זכות יוצרים מגנים על יצירות בתחום שיתות המסחר. אף שלעניין הדוגמא הקונקרטית הנוכחת אין Lord Devlin ראה מקום להגנה על-פי דיני זכות-יוצרים, מטעמים שבאופן המבע, הרי שהוא מגיב כדלקמן לטענה, כי הגבלתו של המצטיק בנסיבות אלה, יהיה בה משום הגבלה על חופש התחרות (שם, בעמ' 479):

The Law does not impinge on freedom of trade; it protects property. It is no more an interference with trade than is the law against larceny.

37 ראה, למשל, ע"א 352/69 מנהטן בע"מ נ' המגפר בע"מ, פ"ד כג(2) 373, 381. כן ראה זליגסון (לעיל, הערה 14), בעמ' 2-1. אך לאחרונה נפסק בבית-המשפט המחוזי בח"א-יפו, כי העוולה של גניבת-עין חלה על כל מקרה של תחרות תוך מצג-שווא, ברוח הגישה באנגליה (לעניין ההלכה באנגליה ראה להלן, הערה 52): ת"א (ת"א) 2374/83 ד.י.ג. בית חדושת למערכי השמל בע"מ נ' וייסבורד בע"מ, פ"מ תשמ"ח (1) 99. בית-המשפט אף נכון לראות בעוולת הימנעות משום מקור למניעתה של תחרות בלתי-הוגנת בכלל. עם כל הכבוד, איננו סבורים כי נוסח עוולה זו סובל פרשנות כה מרחיקת-לכת. מקומם של השיקולים הנזכרים בפסק-הדין בנושא התחרות הכלתי-הוגנת הוא במסגרת דיני עשיית עושר ולא במשפט, על סייגיהם ואיזוניהם, כפי שיפורט בהמשך רשימה זו.

38 כדי להטיל אחריות ברשלנות יהיה על בית-המשפט להכיר בקיומה של חובת זהירות מושגית, המוטלת על כל העוסק במסחר, ביחס לנוק העלול להיגרם לאחר כתוצאה מפעילותו הבלתי-הוגנת של הנתבע. לאפשרות לעקוף את העוולות הפרטיקולריות באמצעות דיני-הרשלנות ראה בעניין הידוע של ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113. כן ראה י' אנגלרד, "תרומת הפסיקה להתפתחות דיני הנוזיקין" עיוני משפט יא (תשמ"ב) 67; ד' מור, "פקודת הנוזיקין בראי ארבעים שנות פסיקה" הפרקליט לט (2) 344. לגישה אוהדת ביחס לאפשרות החלתה של עוולת הרשלנות לעניין זה, ראה אלתר (לעיל, הערה 5), 227-228.

39 הצעת חוק הליכות מסחר תשל"ב-1972, ה"ח 202. כן ראה כהן (לעיל, הערה 18), 185.

40 *Restatement (Torts) 2d*, pa. 766A-773. ראה גם כהן (לעיל, הערה 18), 183.

התמונה המצטיירת אפוא היא, כי בהעדר איסור כללי בשיטתנו על תחרות בלתי-הוגנת, על הנפגע מן התחרות הפסולה יהיה לחפש את תרופתו במסגרות המוגבלות יותר אשר תוארו לעיל, וכאשר נפגעו המוניטין – גם בדינים העוסקים במוניטין, כפי שיפורטו להלן.

על רקע תשתית חקיקתית כללית זו נוכל לבחון עתה את מצבה של ההגנה על המוניטין. מובן, כאמור, כי כאשר הפגיעה בזכות למוניטין מלווה בהפרת אחד הדינים הנזכרים, העוסקים בתחרות בכלל, תצטבר העילה האמורה לעילות מתחום דיני-המוניטין, המפורטות מטה.

ה. ההגנה על המוניטין בחקיקה

החקיקה הספציפית בתחום ההגנה על המוניטין דלה. ניתן להצביע על המקורות הבאים:

1. פקודת סימני מסחר [נוסח חדש]⁴¹. ההגנה על-פי הפקודה מתייחסת לשימוש בסימן-מסחר, אשר נרשם על-פי הפקודה. כנוכח, אין הפקודה דורשת קיומם של מוניטין כתנאי מוקדם לזכייה בסימן, אולם נדרש שימוש, או לפחות שימוש מיועד. בהעדר שימוש בפועל ניתן למחוק סימן שנרשם, וזאת על-פי סעיף 41 לפקודה. לא ניתן לתמוך בסימן אך ורק כסימן הגנתי, דהיינו: אך ורק לשם חסימת השימוש בסימן על-ידי אחר⁴². סימן-המסחר הרשום מגן, אם כן, לאורך זמן, אך ורק על שימוש פעיל בסימן. תכליתו למעשה של שימוש בסימן-המסחר היא לרכוש מוניטין לסחורה או לשירות המופצים – מוניטין המזוהים עם הסימן. לעתים לא צלחה המשימה, לא נרכשו המוניטין, ובכל-זאת הסימן הרשום תקף, כל עוד נעשה שימוש בסימן. אולם בפועל, בהעדר מוניטין המזוהים עם הסימן או העתידים להזדהות עמו, תועלתו של הסימן לבעליו היא שולית. אמור מעתה: אין המוניטין תנאי לסימן הרשום, אולם תכליתו העניינית של הסימן היא הגנה על מוניטין קיימים או מיועדים.

לכאורה ההגנה על-פי הסימן הרשום נושאת אופי קנייני ומונופוליסטי, הנגזר מעובדת הרישום של הזכות ומפומביותה. אולם אופי זה איננו מובטח לפי הפסיקה בישראל עתה. בעבר נקבע, בעניין ע"א 471/70 גייגי בע"מ נ' פזכים בע"מ⁴³ (להלן: עניין גייגי), כי הזכות על סימן-המסחר איננה מופרת אלא-אם-כן נעשה שימוש מטעה בסימן, כך שהסחורות או השירות מוצגים, במצג-שווא, כסחורות של התובע. להלכה זו בסיס במשפט האנגלו-אמריקני, אף שניתן למצוא בו גם גישות אחרות⁴⁴. נראה, כי שורש הניגודים בהשקפות נובע מנקודות-המוצא השונות. יש

41 דמ"י תשל"ב 511.

42 בג"צ Philip Morriston 296/86 נ' Moorgate Tobacco Co. Ltd, פ"ד מא (1) 485.

43 פ"ד כג (2) 705.

44 דומה, כי גם כיום הפסיקה האמריקנית נוטה לדרוש קיומה של הטעיה: G. Alexander Commercial Toris (Indianapolis, 1973). ולא זו בלבד, אלא שנדרש כי השימוש של הנתבע יהיה שימוש

המדגישים את ההיבט הקנייני, דהיינו: את ההגנה על ההשקעות והמאמצים בפיתוח המוניטין, ויש המדגישים את ההיבט הנזיקי: נקיטתם של אמצעים פסולים⁴⁵. אין חולק, כי לסימן הרשום נועד תפקיד חשוב גם במניעת הטעיה ביחס למקורו של המוצר, ותפקיד זה בא לביטוי במסגרת הליכי הרישום והיבטים אחרים של הסימן⁴⁶. אולם אין בפקודה בישראל כל רמז לכך כאילו קיומו של שימוש מטעה מצד הנתבע הוא תנאי מוקדם להגנת המונופול של בעל-הסימן. הנתבע מפר את זכותו של בעל-הסימן גם כאשר הוא משווק את סחורתו תחת סימן הדומה לסימן המוגן ומצהיר תוך כדי כך על המקור השונה של המוצר⁴⁷. תנאי מוקדם כאמור גם איננו מתיישב עם המעמד המונופוליסטי של הסימן.

לפי קרמחשבה זה, אפוא, אין גם חשיבות לשאלה האם השימוש הנוגד של הסימן נעשה באיזור שבו מופצת סחורתו של בעל-הסימן, תוך תחרות עמו, אם לא⁴⁸. כמו-כן אין צורך לבסס קיום הטעיה ברמה מינימלית, דהיינו: אין להצביע על כך, כי הנתבע רומז לחסות או לקשר אחר בין מוצרי הנתבע לבין התובע⁴⁹. ספק, אם כן, האם הלכת גייגי תעמוד במבחן שיפוטי נוסף⁵⁰. לסיום נושא זה יובהר עוד, כי אין לערב בין שאלת ההטעיה לבין הדרישה, המובנת מאליה, כי יתקיים דמיון מספיק בין הסימן שבו הנתבע עושה שימוש, לבין הסימן הרשום⁵¹, וכי השימוש יהיה ביחס למוצרים מאותו הגדר.

המתחרה במוצרו של התובע (שם, בעמ' 34-35). אולם, יש מדינות בארצות-הברית, אשר הרחיבו את ההגנה כך שנמנע דילולו של הסימן, אף בהעדר תחרות (שם, בעמ' 36). לדחיית עקרון הדילול אצלנו ראה פסק-דין מנהטן (לעיל, הערה 37), 380.

במקביל לעמידותה בארצות-הברית של דרישת ההטעיה ניכרת מגמה, המרחיבה את משמעותו של ההגדר המוגן לעניין הפרת הזכות בסימן, ובכך מרחיבה את חוג ההפרות: מנהטן, שם, עמ' 379-378; בנ"ץ 476/82, כ"ש 497/83 אורלוגד בע"מ נ' רשם הפטנטים, פ"ד לט(2) 148, 158-159. להרחבת מושג ההגדר גם באנגליה ראה בעניין אורלוגד, שם, עמ' 160-161. בנוגע להרחבתו של מושג זה, הגישה אצלנו מתונה יותר: ראה בפסק-דין אורלוגד וכן בעניין *Boieng* (לעיל, הערה 29), 117-116. לסיומה של סקירה קצרה זו יצוין, כי נראה שבאנגליה לא נדרש יסוד ההטעיה: *Kerly's Law of Trademarks and Tradenames* (London, 1983) 268. אולם במקום אחר (שם, בעמ' 327) המחבר ממעט מחשיבותה של קביעה זו כקביעה מבחינה בין רמת ההגנה על הסימן הרשום לרמת ההגנה על המוניטין הבלתי-רשומים.

45 Alexander (לעיל, הערה 44), 4-3.

46 ראה סעיפים 11(6) לפקודה, סעיף 12 (כשרות לרישום); סעיף 48(א) (העברת הסימן); סעיף 52(ג) (ביטול הרשות). כן ראה בג"צ 450/80 עבדל נאצר א-דין נ' רשם סימני המסחר, פ"ד לה(2) 187, 190.

47 ראה הגדרת "הפרה" בסעיף 1 לפקודת סימני מסחר [נוסח חדש] וזכויות היתר של בעל סימן רשום, על-פי סעיף 46 לפקודה.

48 בניגוד לדרישה בדין האמריקני. ראה לעיל, הערה 44.

49 להסתפקות הדין האמריקני בהטעיה מסוג זה ראה Alexander (לעיל, הערה 44), 35.

50 ראה זליגסון (לעיל, הערה 14), 67 ואילך; א' בלוס, זכות יוצרים (תשט"ז) 18.

51 לעניין דרישה זו ראה פירוש אצל זליגסון (לעיל, הערה 14), 69-70.

2. העוולה של גניבת-עין, הנתונה בסעיף 59 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], קובעת את אחריותו הנזיקית של מי שגזל את זכות המוניטין של האחר, באמצעות חיקוי השם, התיאור, הסימן, התווית או בדרך אחרת, ביחס לטובין של בעל-המוניטין. בנוגע לעוולה זו קיימת דרישה בלתי-מעורערת, המעוגנת היטב בלשונו של סעיף 59, שלפיה חיוני קיומה של הטעיה כלפי לקוחות ביחס למקור הסחורה כדי לבסס את העוולה. כפי שנצביע, דרישה זו מהווה מכשול של ממש בפני מיצוי האפשרויות המשפטיות להגנה על המוניטין במסגרת סעיף 59⁵². ספק גם, האם העוולה מגנה מפני נטילת מוניטין של נותני שירותים, להבדיל מספקי מוצרים⁵³.
3. חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981⁵⁴ מגדיר "שימוש בשם אדם, בכינויו, בתמונתו, או בקולו, לשם רווח" כפגיעה בפרטיות. ספק, האם ניתן לומר כי שם העסק של אדם הוא בגדר "כינויו" של הלה. מכל-מקום, חוק הגנת הפרטיות איננו פורש חסות על תאגידים, לעניין פגיעה בפרטיות⁵⁵. בהקשר לנושא עיסוקנו, שבו לעתים קרובות מתבצעת הפגיעה בתאגידים דווקא, תועלתו של החוק תהא ממילא מצומצמת.
4. סעיף 36(1) לפקודת החברות (נוסח חדש) מאפשר מניעתו של שימוש מטעה בשם, הדומה לשמה של חברה. הוראה זו מועילה, אם כן, רק כאשר קיים זיהוי בין השם המסחרי לבין שם החברה.
- הצגנו, אם כן, את המקורות הסטטוטוריים הספציפיים לעניין ההגנה על המוניטין. אליהם יש להוסיף, כאמור, במקרים המתאימים, את הדינים העוסקים בחופש התחרות בכלל, כמתואר בפסקה ד' לעיל.

52 גינת (לעיל, הערה 9), 19-22. אך על נטייה להרחבת תחומה של העוולה אצלנו ראה עניין ד.י.ג. (לעיל, הערה 37). נראה, כי באנגליה ובארצות-הברית העוולה התרחבה לכל מקרה של מצג-שווא, ולא רק ביחס למקור הסחורה: גינת (לעיל, הערה 9), 35-36; פסק-דין *Boieng* (לעיל, הערה 29), 122.

53 לכאורה התשובה לכך היא בשלילה: פרידמן (לעיל, הערה 25), 280, ואסמכתאות בהערה 57 שם. אולם בעניין *Boieng* (לעיל, הערה 29) נפסק, כי "טובין" בסעיף 59 כולל גם מוניטין, אשר הם עצמם נכס. על כן, לפי עמדת בית-המשפט מוגן גם הסימן המסחרי של השירות. עם כל הכבוד, אין לראות כיצד קביעה זו מובילה למסקנת בית-המשפט. עילה על-פי סעיף 59 איננה באה לעולם, אלא כאשר "קונה רגיל עשוי להניח שהוא קונה טובין של אותו אדם". למרות האמור בפסק-הדין (שם, בעמ' 124), אין הלקוחות קונים את המוניטין (אף שהרכישה מושפעת מקיומם), אלא הם מזמינים את השירות. על-כן, אין סיווג המוניטין כנכס מועיל לבעל המוניטין לעניין זה. אך להשקפה שונה על השאלה, האם מתבצעת רכישה של מוניטין עם רכישת המוצר, ראה בפסק-דין ליבוביץ, כמפורט בפסקה ח' להלן; וכן אצל גינת, שם, בעמ' 25.

54 ס"ח 128.

55 סעיף 3 לחוק.

ו. ההגנה על המוניטין והיבוא המקביל – מצב הפסיקה טרם פסק-דין ליבוביץ

השאלה המרכזית שבה נעסוק בדיוגנו היא, האם וכיצד מוגנת הזכות למוניטין במשפטנו, הן בדרך-כלל והן בשאלת היבוא המקביל, וזאת כאשר המקורות הספציפיים הנזכרים לעיל אינם מספקים הגנה. עיקרה של השאלה הוא, האם ההגנה יכול שתמצא במסגרת רבדים כלליים של הדין: דיני-הקניין ודיני עשיית עושר ולא במשפט. נבחן עתה את שיבוצה של הזכות כמערך דינים זה, על-פי הפסיקה שקדמה להכרעה בפסק-דין ליבוביץ.

1. המוניטין כנשוא זכות קניין

א. הפסיקה קבעה בעקיבות, כי המוניטין הם נכס. כך, בעניין ע"א 276/69 הילקוביץ נ' אלויס (ישראל) בע"מ⁵⁶ נאמר, כי מוניטין הם נכס בעל ערך, אשר ניתן למוכרו; על-פי עניין פלאימפורט⁵⁷, ניתן להורישו; על-פי עניין באומל⁵⁸, מכירתו חייבת במס רווחי הון. כמובן נאמר לא אחת, כי העוולה של גניבת-עין מגנה על זכותו הקניינית של אדם למוניטין⁵⁹.

למרות קביעות אלה, אין להבין את האמור בפסקי-הדין הנזכרים כאילו נקבע בהם, כי הזכות למוניטין עונה על התכונות הנדרשות לשם סיווגה של זכות כזכות קניין, במובן התורתי של מושג זה. כפי שנפרט⁶⁰, יש להבין את פסקי-הדין הנזכרים כמציינים את תכונתה הרכושית של הזכות, ותו לא.

ב. פסק-דין חשוב של בית-המשפט המחוזי, העוסק במישרין בשאלת סיווגה של הזכות למוניטין כזכות קניין, במובן המושגי המלא של זכות הקניין, הוא פסק-דין *Boieng*⁶¹, שאותו הזכרנו לעיל. התובעת, חברת-התעופה הידועה, עסקה במכירת מטוסים וחלפיהם. התובעת עסקה בשירותי תיירות וכינתה את עצמה "Boeing" נסיעות ותיירות בע"מ". התובעת עתרה לצו, אשר יורה על הפסקת השימוש בשם המסחרי הנדון. עילת הימרנות נדחתה, משום שלאור סוג הפעילות השונה לא הוטעו הלקוחות לחשוב כי השירותים הניתנים על-ידי התובעת הם של התובעת. למרות כך נמצאה התובעת אחראית. לעניין העילה הקניינית בית-המשפט קובע, כי הזכות למוניטין היא זכות קניינית. על-כן, בעל-המוניטין זכאי למנוע הפרעה

56 פ"ד כד (1) 85, 90.

57 ע"א 280/73 פלאימפורט בע"מ נ' ציבה-גיגי לטד, פ"ד כט (1) 597, 605.

58 ע"א 550/72 באומל נ' פ"ש חיפה, פ"ד כח (1) 650, 651.

59 ראה, למשל, המ' 141/65 מאיר את ביגל בע"מ נ' א' אנגיל בע"מ, פ"ד יט (2) 131; בר"ע 253/72 ג'והן ווקר ובניו בע"מ נ' נשיונל דיסטילרס בע"מ, פ"ד כז (1) 361.

60 להלן, פסקה ז.

61 לעיל, הערה 29.

לשימושו בזכות. די בנטילת המוניטין על-ידי הנתבע, מבלי לשלם עבור השימוש, כדי להוות הפרעה ולהקים עילה⁶². זאת, אף אם אין התובעת ניוזקה מכך⁶³. כך גם לעניין התביעה בדיני עשיית עושר ולא במשפט: עצם הנטילה מקימה חבות⁶⁴. האם ההחלטה בפסק-דין *Boeing* מבוססת? נשוב לבחינת ההחלטה בהמשך⁶⁵.

ג. עניין מסוים לסוגיית הקניין יש גם בפרשת ע"א 352/69 מנהטן נ' המגפר⁶⁶. המערער רשמה סימן-מסחר על השם "מנהטן", כאשר הגדרו של הסימן הוא מוצר-ביגוד. המשיבה שיווקה נעליים תחת שם זה.

בפקודת סימני מסחר [נוסח חדש] לא היה כדי להועיל למערער, משום שהשימוש של המשיבה בסימן לא נעשה ביחס למוצרים מאותו הגדר. גם עוולת הימנעות לא צלחה לעניין זה, משום שהשוני בסוג המוצר שלל את התקיימותו של יסוד ההטעיה, החיוני להצלחתה של תביעה מכוח עוולה זו⁶⁷.

התבקשה כאן אפוא טענה המתבססת על הזכות למוניטין, מכוח דיני-הקניין. הטענה לא הועלתה, אולם המערערים גרסו, כי השימוש שהמשיבה עושה בשם "מנהטן" מדלל את ייחודו של השם, ובכך נפגעת, בעקיפין, הזכות לסימן-המסחר הרשום⁶⁸. טענה זו נדחתה על-ידי בית המשפט:

...רעתי היא, שיש לפתור את הבעיה בדרך של חקיקה ולא על-ידי החלטות שיפוטיות...⁶⁹.

אמנם, אין לראות בהחלטה זו משום הכחשת ההגנה הקניינית על המוניטין. זאת, משום שטענת המערער הועלתה, כאמור, ביחס למגור ההגנה על הזכות הרשומה מפני נזק, ולא במישור של ההגנה על זכות המוניטין, במנותק מן הזכות הרשומה. אולם גם אם נלקחת בחשבון העובדה כי לא היה מוטל על בית-המשפט להתייחס לטענה שלא הועלתה, דומה כי ההתעלמות מאפשרות זו מלמדת דבר-מה באשר לרמת ההגנה על המוניטין באותה שעה.

בשולי פסק-הדין נעיר, כי עובדותיו חוזרות ומדגישות את ההבחנה שבין נטילת המוניטין לנטילת הקשרים העסקיים, מנקודת-מבט הפוכה לזו אשר ממנה השקפנו על הסוגיא קודם-לכן בדיוננו⁷⁰. בעניין מנהטן לא ניטלו הקשרים העסקיים של

62 שם, בעמ' 129-130.

63 אם כי בית-המשפט מוצא, מבלי שנתון זה יהיה חיוני בעיניו לצורך זכיית התובע, כי היה בשימוש שנעשה על-ידי הנתבע כדי לדלל את ייחודם של המוניטין.

64 נוסף על כך, ומבלי שהדבר יהיה חיוני, גם ביחס לעילה זו בית-המשפט יכול היה להצביע על העובדה שהציבור עלול להניח שקיים קשר תאגירי כלשהו בין התובע לנתבע, ואף זה נימוק להטלת אחריות. כפי שציינו, גם לעניין דיני הסימן הרשום די בהטעיה מרוחקת מסוג זה, כדי להקים אחריות, אף לדעת הגורסים כי יסוד ההטעיה דרוש לתקומתה של אחריות (ראה לעיל, הערה 49).

65 להלן, פסקה יא.5.

66 לעיל, הערה 37.

67 שם, עמ' 381.

68 לעניין הדיון בטענת הדילול, מנקודת-המבט של הזכות למוניטין, ראה בעניין *Boieng* (לעיל, הערה 29).

69 שם, בעמ' 380. לטענת הדילול ביחס לסימן הרשום, ראה גם לעיל, הערה 44.

70 לעיל, פסקה ד.

המערערת, שכן זו כלל לא מכרה מוצרים מן הסוג שנמכר על ידי המשיבה. בכל-זאת, באותו מקרה אירעה נטילה של מוניטין, דהיינו: נטילה מכוחו מושך הלקוחות של השם המסחרי, אשר טופח על-ידי המערערת.

ד. לא נוכל לסכם את הדיון בסקירת הפסיקה באשר לקנייניות הזכות למוניטין, בלא להעיר הערת קישור: ההכרעות בסוגיית היבוא המקביל קשורות קשר הדוק עם בעיית קנייניותה של הזכות למוניטין. לכן אין הסקירה לעיל שלמה, אלא כאשר מצרפים אליה את הפסיקה בסוגיית היבוא המקביל, שניתנה לפני פסק-דין ליבוביץ. בכך נעסוק להלן.

2. הפסיקה בסוגיית היבוא המקביל

במהלך השנים האחרונות ניתנו בבית-המשפט המחוזי החלטות מספר, חלקן סותרות, בסוגיית היבוא המקביל.

בשלהי 1985 פסק השופט חריש בנושא המוניטין בת"א (ת"א) סוכנויות קופמן בע"מ נ' קולומבו מאכל ומשקה בע"מ (לא פורסם). למבקשת, סוכנויות קופמן בע"מ, הוקנתה זכות הפצה בלעדית ביחס לצעצועים תוצרת "לגו" ו"פישר פרייס" בישראל. המשיבה רכשה מוצרים מסוג זה מגורם שלישי והפיצה אותם בארץ, תוך שהיא נהנית מן השוק אשר פותח על-ידי המערערת. בית-המשפט הוציא צו-מניעה זמני, כאשר קבע כי המוניטין של הסוכנות מהווים זכות קניינית. יודגש, כי במקרה האמור התביעה הוגשה על-ידי המפיץ בלבד (הסוכן) ולא על-ידי היצרן. להערה זו חשיבות משום שקיימת הבחנה יסודית, כפי שנפרט, בין מעמדו של היצרן למעמדו של המפיץ בעניינו.

עמדה שונה נקט השופט לויט בעניין המ' 3446/89 רסון בע"מ נ' אל-שרד בע"מ (לא פורסם). מערכת הנסיבות באותו עניין היתה דומה לזו שבפסק-דין קופמן, אולם התובענה הוגשה הפעם על-ידי היצרן והמפיץ גם יחד. לאור העובדה שהדברים מסייעים למיקודה הראוי של הסוגיא, לא למותר הוא לאזכר מוכאה מן ההחלטה:

נראה לי שלמרות שמוניטין היא זכות קניינית שהוכרה בפסיקה וראויה להגנה, ההגנה תינתן כאשר הנתבע פעל שלא כדין בקשר לאותם מוניטין, בין אם הפעולה היתה בניגוד לחוזה, ובין אם היתה בניגוד לדין מפורש ומיוחד — אז ניתן לעגן את ההגנה על המוניטין באותו מעשה בלתי-כשר של נתבע. אולם כל עוד הנתבע פועל במסגרת המותר, אין מקום למנוע אותו מלעסוק בעיסוקו, אף אם בכך פגע במוניטין שרכש התובע בעמלו הוא.

לפי גישתו של בית-המשפט, לא התקיימה בנדון פעילות אשר מביאה לזכייה "שלא על-פי זכות שבדין", כנדרש לשם השבה בחוק עשיית עושר ולא במשפט (וזאת בניגוד להחלטה קודמת, של השופט וינוגרד, בעניין ת"א 724/88, המ' 4443/88 [לא פורסם], המאזכרת על-ידי השופט לויט, שבה הוקנה סעד למפיץ

הבלעדי). השופט לויט מוסיף, כי בעניין רסון גם לא ניתן להצביע על הסתמכות כלשהי של המשיבה על המוניטין של המפיץ הבלעדי, להבדיל מהמוניטין של היצרן.

החלטה דומה ניתנה על-ידי השופט לויט בעניין המ' 2173/89 (לא פורסם), שם הוגשה התביעה על-ידי המפיץ הבלעדי בלבד.

ההתלבטות החריפה בסוגיית היבוא המקביל באה לידי ביטוי מרשים בעניין ת"א (י"ם) 389/89, המ' (י"ם) 924/89 יוניטר ספורט 1984 בע"מ⁷¹. בית-המשפט דן שם בשאלת הזכות להפיץ מוצרים מאותו סוג אשר דן בו השופט וינוגרד בת"א 724/88 הנזכר, ואשר ביחס להם הוציא השופט וינוגרד צו-מניעה כנגד אחד המשווקים המתחרים. בעקבות התובענה בת"א 724/88 הוגשה התובענה בת"א (י"ם) 389/89, ובמסגרתה התבקש צו-מניעה זמני כנגד מפיץ מתחרה אחר, אשר לא היה צד לדיון בתיק שהתנהל אצל השופט וינוגרד. נעשה ניסיון להסתמך בת"א (י"ם) 389/89 על ההחלטה של השופט וינוגרד, כמעשה בית-דין — טענה שנדחתה על-פי הכללים הנוהגים ביחס למעשה בית-דין. בית-המשפט דן בשאלה לגופו של עניין והגיע למסקנה הפוכה מזו של השופט וינוגרד, כאשר קבע כי הזכות למוניטין היא אמנם קניינית, אולם אין היא זוכה להגנה הנרחבת של דיני-הקניין. להנמקות שבפסק-הדין נשוב בפירוט בהמשך, כאשר נבוא להכריע בשאלה, האומנם הזכות למוניטין היא זכות קניינית⁷².

עינינו הרואות, אפוא, כי ביחס לסוגי נשוא פסק-דין ליבוביץ (זו המכונה "יבוא מקביל") לא היתה הנמצא השקפה אחידה בפסיקת בתי-המשפט. זאת ועוד: גם בשאלה, האם הזכות למוניטין היא זכות קניינית לא נפסקה הלכה. כאמור, לעתים קרובות אמנם נקבע, כי הזכות למוניטין היא נכס, ואף כי היא "זכות קניינית", אולם באותם מקרים — כפי שנרחיב להלן — יש לקרוא את הפסיקה כאומרת, כי הזכות למוניטין היא זכות "רכושית", ולא כי היא זכות קניינית — על מלוא משמעויותיה ותכונותיה של זכות כזו.

ז. הזכות למוניטין — האמנם זכות קניינית?

1. שאלה מכרעת באשר להיקף ההגנה על המוניטין היא, האם הזכות למוניטין נושאת אופי קנייני. בעניין ליבוביץ הגיע הנשיא למסקנה חיובית בשאלה זו, כאשר הנמקתו היא כי המוניטין נתפשים בפסיקה כנשוא לדיספוזיציות ומכירתו מחויבת במס רווחי הון⁷³. ומסכם הנשיא⁷⁴:

אכן, מוניטין של מוצר הם נכס ויכולה להיווצר לגביהם זכות קניין.

71 פ"מ חשן (ב) 379.

72 פסקה ז.

73 שם, בעמ' 316, בהסתמך על הפסיקה הנזכרת בהערות 56-58 לעיל.

74 שם, שם.

אם מסקנתו של הנשיא מוצדקת, הרי שיש מקום לסברה, כי הסעדים הנתונים לשם הגנה מפני הפרעה להחזקה בקניין — על-פי סעיף 17 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, והמוחלים על זכויות, מכוח חוק המיטלטלין, תשל"א-1970⁷⁵ — עומדים לזכותו של בעל-המוניטין. בעניין ליבוביץ הועלתה על-ידי המשיבות הטענה, כי סעיף 17 עומד לצדן. בית-המשפט מאזכר את הטענה⁷⁶, אולם לא נזקק להביע עמדה ביחס אליה, לאור מסקנתו שלפיה הקניין הוא ליצרן, ולא למפיץ. מכל-מקום, בין אם חל סעיף 17 ובין אם לאו, הסעד הולך אחר הזכות; ואם נתונה זכות קניין, נתונים גם סעדים להגנה עליה⁷⁷.

האומנם יש מקום למסקנה האמורה בדבר קנייניות הזכות למוניטין? עם כל הכבוד, לדעתנו אין ההנמקות והאסמכתאות הנזכרות בקביעת הנשיא מספקות תמיכה במסקנת הקנייניות. כל שנובע מהן הוא, כי הזכות למוניטין היא עכירה ובעלת-ערך, דהיינו: כי לפנינו זכות רכושית. ברם, אין לזהות רכושיות עם קנייניות. גם זכות אובליגטורית היא זכות רכושית, אולם אין די בכך כדי להופכה לזכות קניינית⁷⁸.

נכון הדבר: קיימות אסמכתאות הקובעות במפורש, כי לא רק שהזכות למוניטין היא "נכס", אלא שהזכות למוניטין היא "קניינית"⁷⁹. אולם גם עובדה זו אין בה כדי לשנות את דעתנו, ואיננו רואים בכך אלא אי-דיוק, אשר גרם לשימוש במטבע הלשון "קנייני", כאשר כוונת המכוון היא ל"רכושי". בכל אותם מקרים בית-המשפט העליון⁸⁰ לא נזקק כלל לברר את כלל תכונותיה של הזכות, אלא עסק אך ורק בתכונת הרכושיות. תכונת העבירות, הן בין החיים, הן לאחר מוות, איננה מיוחדת לזכות הקניינית, כאמור, וכך גם כאשר לקיומו של ערך לזכות. גם כאשר עסק בית-המשפט בעוולה של גניבת-עין ופסק, אגב כך, כאמור, כי הזכות למוניטין

75 סעיפים 8 ו-13א לחוק המיטלטלין. עם זאת, אין להתעלם מקושי מקדמי בלתי-מבוטל, העומד בפני מי שמבקש ליישם את הוראות סעיף 17 לחוק, אף אם גורסים כי הזכות למוניטין היא קניינית: סעיף 17 עוסק בהחזקה, ואילו בפנינו אינטרס בלתי-מוחשי, אשר איננו ניתן להחזקה. האם ניתן להשקיף על השליטה בזכות למוניטין כ"שינוי מחויב" להחזקה, לצורך סעיף 13(א) לחוק המיטלטלין (הוראה המחילה את החוק על זכויות)? ייתכן כי כך הדבר, אם כי לדידו של פרופ' טדסקי "בריי... שלא תחול כאן הגנת החזקה החלה על מקרקעין ומיטלטלין..." (לעיל, הערה 3), 29, הערה 124 (הדברים נאמרו בקשר להגנה על הסדר המסחרי). בעניין *Boieng* (לעיל, הערה 29), בית-המשפט סובר כי סעדים אלה נתונים לבעל-המוניטין.

76 עמ' 315 לפסק-הדין.

77 מעבר לכלל הגדול, שלפיו "הסעד הולך אחר הזכות", ניתן להעלות על הדעת היקש לסעיף 17. לעריכת היקש, כאמור, כדי להגן על זכות שסעיף 17 איננו מגן עליה (הזכות לשימוש), ראה ג' טדסקי, "זיקת ההגנה שלא לטובת מקרקעין" משפטים 456, 465-466. בכל זאת שאלה היא, האם לדידו של פרופ' טדסקי, היקש כאמור ישים כשמדובר בזכות בלתי-מוחשית. בדינו בזכות על הסדר המסחרי (לעיל, הערה 75) הוא שולל את תחולת הוראות ההגנה על החזקה, מבלי להעלות כלל אפשרות של היקש.

78 לעניין רכושיות הזכות האובליגטורית ראה, בין מקורות נוספים, א' לבונטין, "זכות קניין — מהי" משפטים ט 384, בעיקר בעמ' 384-385, 414-415.

79 ראה, למשל, האסמכתאות לעיל, בהערה 59.

80 להבדיל מקביעת בית-המשפט המחוזי בעניין *Boieng* (לעיל, הערה 29), שם נפסק, כאמור, כי הזכות למוניטין היא קניינית, במובן המושגי שלה — מובן אשר הוא נשוא דיונו.

היא זכות קניינית, הוא לא עסק ולא נדרש לעסוק בסיווג המושגי של הזכות. תנאי ההגנה על-פי עוולה זו מפורטים ומהוקצעים בפקודת הנזיקין, ולעניין זה שוב אין חשיבות למיונה של הזכות. הדעת נותנת שהפסיקה ביקשה לציין, כי הזכות למוניטין היא זכות רכושית, הזוכה להגנה כלפי צדדים שלישיים, כפי שמסתבר מקיומה של עוולת גניבת-עין. ההגנה על-פי עוולה זו היא, כידוע, מוגבלת. מעצם קיומה לא ניתן ללמוד על קיומה של חובת הימנעות כללית, האופיינית לזכות הקניין, ובית-המשפט לא נדרש כלל לבחינת היסודות של זכות הקניין. בעיקר לא נוקק בית-המשפט לשאלה המרכזית, האם מוטלת חובת הימנעות כללית ביחס לפגיעה בזכות.

פסק-הדין בעניין פלאימפורט⁸¹ מצריך תירוץ נוסף לעניין סוגייתנו. אכן, שניים מן השופטים בהרכב (מ"מ הנשיא דאז, השופט זוסמן, והשופט מני) קובעים, ללא ניתוח הסוגיא, כי הזכות למוניטין היא זכות קניין, וזאת בהקשר של ההגנה על הזכות כלפי זר. אולם גם שופטים אלה, כמוהם כיתר שופטי-ההרכב, סוברים, כי קנייניות הזכות איננה תנאי להצלחה בתביעה האמורה, משום שבעניין האמור אין בית-המשפט עוסק בתביעה הקניינית, אלא בתביעה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. כדי לבסס תביעה מסוג זה, אין הכרח להגדיר את הזכייה כנובעת מזכות קניינית ממש. עוצמתה של הזכות, שממנה נבעה הזכייה, אמנם משפיעה על היקף ההגנה, כפי שנפרט; אולם, כאמור, גם השופט זוסמן סובר כי בנסיבות העניין מוקנית ההגנה גם ללא סיווגה של הזכות כקניינית. העמדה הקניינית היא אפוא בגדר אִמֶרְת־אֶגֶב, ואף זאת לא במסגרת תביעה קניינית, אלא תביעה בדיני עשיית עושר בלבד. זאת ועוד, ואולי היא עיקר: יתר השופטים (השופטים י' כהן וח' כהן, ונראה שגם השופט קיסטר), מעדיפים להותיר את נושא הקנייניות בצריך עיון. לעומת הפסיקה האמורה של בית-המשפט העליון, עסק בית-המשפט בפרשת ליבוביץ – אמנם אגב אורחא, אך במפורט – בשאלת הקנייניות מנקודת-המבט המכרעת האמורה, דהיינו: האם מוטלת על כולי עלמא, ובענייננו על המפיץ המתחרה, חובת הימנעות ביחס לזכותו של היצרן למוניטין. ברי מעמדת הנשיא, כי אילמלא סבר שנטילת הקניין של היצרן נעשתה ברשות, היה מסיק כי המפיץ הבלעדי עבר על זכותו של היצרן, והיה סובר כי ליצרן עילה קניינית טובה. בשאלה זו, דהיינו: בעניין חובת ההימנעות, לא היה מקום להחיל מיניה-זביה את הדעות שהובעו בפסיקה בנושא הקנייניות של זכות המוניטין, אלא לבחון זאת באורח ראשוני.

כידוע, נטוש ויכוח מסועף וממושך ביורספרודנציה באשר להגדרתה של זכות הקניין⁸², עד כי הועלה ספק הן ביחס ל"כדאיות" השקעתו של המאמץ המחשבתית

81 לעיל, הערה 57.

82 בין המקורות החשובים בספרות שלנו בשאלה זו ראה לבונטין (לעיל, הערה 78); י' ויסמן, "מושגי יסוד בדיני קניין – סקירה ביקורתית" משפטים יא (תשמ"א) 41; י' ויסמן, "אברים נכסחים" משפטים טז (תשמ"ו) 500; ש' גינוסר, "הזכויות הרכושיות – סיווג חדש ונפקותו" משפטים ט (תשל"ט) 5; ג' טרסקי, "קניין ועבירות – הבעלות על השתל המופק מן החי" הפרקליט לח (תשמ"ט) 281; י' ויסמן, "בעלות, נכסים ועבירות של זכויות קניין: ליבונה של מחלוקת" הפרקליט לט (א) (תש"ן) 231; י' ויסמן, "זכות קניין בפסיקה: התיאוריה בשירות הפרקטיקה" עיוני משפט טו (תש"ן) 53.

הנרחב בעניין זה⁸³ הן ביחס לסיכויי מציאתה של תשובה משביעת רצון⁸⁴. עם זאת, אף שנטושה מחלוקת בשאלת חיוניותה של תכונת העבירות לעניין זה⁸⁵, הרי שאין ספק כי לא די בה כדי לבסס את טענת הקניניות.

המבחנים אשר נמנו כסממנים לקניניות הזכות הם: (א) עבירות; (ב) מיידיות ועצמאות; (ג) כפיפות לעקיבה; (ד) ייחודיות; (ה) חובת ההימנעות אשר הזכות מטילה על אנשים בלתי-מסוימים⁸⁶.

האם נענים מבחנים אלה בחיוב בענייננו?⁸⁷ אין ספק, כאמור, ביחס להתקיימותו של מבחן העבירות; אין גם ספק בדבר המיידיות: הזכות למוניטין איננה דבר המגיע מאחר, אלא היא בגדר "כבר יש"⁸⁸. באשר למבחן הייחודיות, נראה כי תשובתו בשלילה: שליטתו של א' במוניטין איננה שוללת אפשרות לשליטה ושימוש ב-זמניים של ב'⁸⁹. באשר לעקיבה ולכלליותה של חובת ההימנעות, הרי שבהעדר תשתית מתאימה בחקיקה או בפסיקה, מתארע בעניין זה תהליך של מעגל שוטה, האופייני לזכויות אשר מצויות עדיין בשלב של עיצוב: תשובה עניינית ביחס לתכונות האמורות איננה מסופקת על-ידי גורם פוזיטיבי, אלא נגזרת מן ההכרעה המושגית בשאלת הקניניות. אולם לשם הכרעה מושגית כאמור, נדרשים נתונים חיצוניים באשר להתקיימות התכונות הנדונות, ואלה אינם בנמצא.

במצב דברים זה ההכרעה היא עניין למדיניות משפטית ולשיקול-דעת שיפוטי. בענייננו המדיניות תיגזר משלושה יסודות: (א) מידת הקוהרנטיות שבין הפתרון הנבחן לבין דינים קרובים; (ב) המידה בה ראויה ההגנה הקניינית על הזכות מבחינת מטרות הקנייתה; (ג) התאמתה של הדרך הפסיקתית לפיתוחו של מוסד זה⁹⁰. נבחן נושאים אלה עתה.

1. מידת הקוהרנטיות לדינים קרובים

2. את מפת החקיקה הקיימת באשר להגנה על מוניטין סקרנו לעיל⁹¹. ציינו, כי שניים הם המקורות הקונקרטיים המרכזיים המטפלים בסוגיא זו: דיני-הימנעות

83 ראה אסמכתאות אצל ויסמן, "מושגי יסוד" (לעיל, הערה 82), 63. למרות האמור, המחבר המלומד מצביע על חשיבותו של הסיווג.

84 ע"א 564/79 רומנו נ' שוחט, פ"ד (1) 634, 640.

85 לריכוז הדיון והאסמכתאות בשאלה זו ראה ויסמן, "בעלות, נכסים ועבירות קניין" (לעיל, הערה 82).

86 ראה האסמכתאות לעיל, הערה 82.

87 השופט חריש, בעניין סוכנויות קופמן הנזכר, ענה על כך בחיוב.

88 כמינוחו של פרופ' לבנתין (לעיל, הערה 78).

89 להיעדרה של ייחודיות באינטרס בלתי-מוחשי אחר (הסוד המסחרי) השווה אצל פרידמן (לעיל, הערה 25), 306, 311.

90 להיבט הקוהרנטיות כגורם המשליך על שיקול-הרעת השיפוט, ראה א' ברק, שיקול-דעת שיפוטי (תשמ"ז), שער חמישי. לקשיים שבהם נתקל בית-המשפט בפתחו ענף משפטי מן היסוד, ראה שם, מעמ' 252 ואילך.

91 לעיל, פסקה ה.

ודיני הסימן-המסחרי הרשום. עוולת הימרות מוגבלת, כנזכר, למקרים שבהם מתקיים יסוד של הטעיה כלפי הלקוחות. האם נובע מכאן בהכרח, כי ההגנה על המוניטין מוגבלת במשפטנו לפגיעות הנעשות באמצעים פסולים? לשון אחר: האם נגזר מכך, כי השקפת הדין שלנו היא שההגנה ראויה רק באותם מקרים?

יש לענות על כך בשלילה: כל דין ומטרתו-הוא. דיני-הנזיקין אינם מסתפקים בהטלתה של כפיפות משפטית על הפוגע, אלא גם קובעים אחריות לפיצוי. הגבלות וסייגים החלים על התביעה הנזיקית אינם חלים בהכרח באשה להגנת הקניין. אין מניעה, כי ההסדר הקנייני ישרור בצד ההסדר הנזיקי, תוך מתן תשובה שונה לשאלת החבות, לפחות ככל שהסעדים המוקנים שונים הם⁹².

נמצא, כי דין הגורס הגנה קניינית על המוניטין כלפי כולי עלמא, אף במקרים שבהם הפעילות איננה נגועה בגורם פסול, לא יהיה בו בהכרח משום ניגוד להשקפת השיטה באשר למידתה של ההתאמה הררושה בין דיני-הקניין לדיני-הנזיקין.

3. פקודת סימני המסחר [נוסח חדש] נועדה להקנות לבעל הסימן-המסחרי מונופול ביחס לשימוש בסימן, במסגרת ההגדר הרשום של אותה סחורה או שירות⁹³. רישומו של הסימן משכלל, אם כן, את ההגנה על המוניטין הגלומים בו על-ידי הקניית הצביון המונופוליסטי בעקבות כך. אם "שילם" בעל-הסימן באמצעות נקיטתם של הליכי הרישום, הרי שבכך דאג להבטיח את פומביות הזכות ואת ההגנה עליה כלפי כולי עלמא. אם נימנע מכך — מוגבלת ההגנה לאינטרס נחות יותר, דהיינו: למניעת השימוש המטעה במוניטין של בעליו, במסגרת עוולת הימרות.

האם קיימת התאמה בין דין המעניק הגנה קניינית למוניטין לבין ההסדר בתחום סימני-המסחר הרשומים?

דעתנו היא, כי לא ניתן ליישב בין הדברים. הניגוד בולט לעין: אם מוקנית למוניטין הגנה כלפי כולי עלמא גם ללא נקיטת הליכי רישום על-פי הפקודה, וזאת מכוח דיני-הקניין, מה בצע אפוא ברישום? אימתי מבקש ההגנה יהיה מעוניין עדיין בעמידה בדרישות הרישום? על-כן, הגרסה הקניינית מובילה להחלשה בלתי-מתקבלת על הדעת ברלבנטיות של הסימן הרשום. אמנם, נכון, כפי שפרטנו, כי הסימן הרשום מגן גם על מקרה שבו לא נרכשו מוניטין, אולם למעשה, האינטרס של בעל הסימן לרשום סימן ולהגן עליו, במנותק משאלת המוניטין, הוא שולי בלבד⁹⁴. ניתן להוסיף ולטעון, כי בפרק-הזמן שבו המוניטין טרם נוצרו, אולם צפויים להיווצר, יספק הסימן הרשום הגנה, בעוד שדין המוניטין, אף אם השקפתו קניינית, לא יספקה. אולם גם תירוץ זה מגמד את יעילותו של הסימן הרשום (אם מתקבלת הגרסה הקניינית למוניטין) לפרק-ביניים בלבד.

האם ניתן להקשות על מסקנתנו זו בטענה, כי היקף הזכות שונה על-פי כל אחת מן העילות? המקשה כך יגרוס, כי דיני הסימן הרשום מגנים מפני שימוש הנעשה במוניטין רק במסגרת אותו "הגדר" של הסחורה או השירות שאליו מתייחס הסימן

92 השווה: ג' טרסקי, "תביעת הבעלים למסירה ופקודת הנזיקין" הפרקליט לט (1) 44.

93 באומרו כך אנו ערים להלכת פסק-דין גייגי (לעיל, הערה 43). אולם כפי שצינו, ההלכה, שלפיה יש להוכיח הטעיה, תלויה על בלימה (ראה לעיל, הערה 50).

94 ראה פסקה ה.1.

הרשום⁹⁵, בעוד שהגנת הקניין עשויה להשתרע גם על שימוש במוניטין ביחס למוצרים או לשירותים שונים מאלה⁹⁶.

אנו בדעה, כי יש לדחות השגה זו. תיחומה של ההגנה על-פי פקודת סימני מסחר להגדר המבוקש על ידי בעל-הסימן נובע מן השאיפה לאזן בין הנאתו של בעל-הסימן להנאת החברה ומפאת העיקרון של חופש התחרות. המדובר, אם כן, בהגבלות אשר יסודן במדיניות משפטית, ולא מחמת אפיונים המיוחדים דווקא לדיני הסימן הרשום. ספק רב, אפוא, האם יש מקום, עניינית, להקניית הגנה נרחבת מזו שבפקודה.

זאת ועוד: אפילו ההרחבה היתה מוצדקת לגופה, הדבר היה נוגד את דיני הסימן הרשום. אין זה סביר, כי כאשר נוקטים הליכי רישום ההגנה תהא צרה מזו המוקנית ללא רישום⁹⁷.

4. נוכל לשאוב השראה השוואתית נוספת מצמד מוסדות מקביל: דיני-הפטנטים ודיני הסודות המסחריים.

המצאה כשירת פטנט ניתנת להגנה בשני מישורים: נרשם פטנט – ההמצאה זוכה להגנה מונופוליסטית, אשר הפרת הזכויות בה איננה מותנית בנקיטתם של אמצעים פסולים. בהעדר רישום, עשויה ההמצאה לזכות בהגנתם של דיני הסודות המסחריים.

על-אף שהזכות ביחס לסודות המסחר כונתה לא אחת "זכות קניינית", הרי שההגנה על הזכות איננה זוכה לרוחב התחולה של הגנת הקניין⁹⁸. באנגליה ובשיטה שלנו יש צורך לבסס עילה בדיני-החוזים, או בדיני-האמון⁹⁹. אמנם, בארצות-הברית מוקנית הגנה רחבה יותר, אולם אף היא איננה מתייחסת לכל פגיעה, אלא רק לפגיעה הנעשית באמצעים פסולים¹⁰⁰. ההגנה על סודות המסחר איננה, אם כן, הגנה מונופוליסטית, על-אף התווית הקניינית לה זכתה¹⁰¹.

95 ראה סעיף 10 לפקודת סימני מסחר (נוסח חדש).

96 כזכור, אלה היו פני הדברים בעניין *Boieng*. הנתבע עשה שם שימוש בשם המסחרי במסגרת שירותים שונים מן השירותים המסופקים על-ידי התובעת.

97 מן הטעמים הנזכרים לא מקובל עלינו, עם כל הכבוד, הזיהוי שבו גינת דוגל, בין מעמדו הקנייני של הסימן הרשום למעמדה של הזכות המוגנת על-פי סעיף 59 לפקודת הגיוקין. גישה זו מכיאה אותו למסקנה, כי ראוי להגן באותו אופן (קניינית) גם על מוניטין בכלל, מחוץ לתחומה של עוללת הימרוגה.

98 כבר עמד פרופ' טרסקי על השימוש השגור מדי בביטוי "קניין" לתיאור הזכות בסוד המסחרי, זאת ללא הצדקה (לעיל, הערה 3, בעמ' 27-28). כן ראה בורנובסקי (לעיל, הערה 4), 102. כאמור, גם בסוגייתנו, סוגיית המוניטין, לא דייקו האסמכתאות בלשונן.

99 ראה אצל אלטר (לעיל, הערה 5), 204; פרידמן (לעיל, הערה 25), 307-308; W.R. McCommas, M. Davison & D. Gonski, *The Protection of Trade Secrets* (Sydney, 1981); A.E. Turner, *The Law of Trade Secrets* (London, 1962).

100 טרסקי (לעיל, הערה 3); אלטר (לעיל, הערה 5), 204-205, ומקורות הנזכרים באסמכתאות אלה.

101 הגנת הפטיקה בארצות-הברית מקבילה עקרונית להגנה באנגליה (דיני חוזים ודיני אמון). לפירוש ההגנה ראה Milgram, *on Trade Secrets* (N.Y., 1986). עם זאת, ב-1980 נחקק ה-Uniform Trade Secrets Act, אשר אומץ על-ידי מדינות שונות בארצות-הברית, ועל-פיו ההגנה רחבה יותר. במשפטאות האמריקנית נטוש ויכוח נרחב ובלתי-מוכרע בשאלה, האם הזכות לסוד המסחרי היא זכות קניינית: ראה Milgram, פרק 1.

בעניין זה נשמר אפוא היחס הראוי בין שתי חטיבות הדין: רישומה של הזכות מספק את יסוד הפומביות ומשכלל את ההגנה לרמה הקניינית. כאשר לא מתקיים רישום ולא תיתכן החזקה, מוגבלת ההגנה, כך שהיא חלה כלפי פעילויות פסולות בלבד.

שאלת הדין באשר ליחס בין צמד הזכויות פטנט-סודות מסחר, למישור היחסים שבין הצמד סימן-רשום-מוניטין, מצביע אפוא על תשובה השוללת הכרה באופיה הקנייני של הזכות למוניטין.

5. במסגרת השוואה זו, לא למותר יהיה להזכיר את דיני זכות-היוצרים. דינים אלה מקנים ליוצר זכויות-יתר ביחס לניצול יצירתו, כאשר ההגנה קמה ללא רישום, דהיינו: ללא סיפוקו של יסוד הפומביות¹⁰².

אמנם, זכות היוצרים איננה מותנית ברישום, אולם היא אינה נושאת אופי מונופוליסטי במובן זה, שיצירה זהה לא תפר את זכות-היתר אם נוצרה באופן עצמאי¹⁰³. דרושה, אם כן, מודעות של הפוגע לקיום היצירה המוגנת, אם כי לאו דווקא לקיומה של ההגנה^{104,105}.

אופיה של זכות-היוצרים מוסיף אם כן תמיכה למסקנתנו: שיטתנו איננה מקנה הגנה מונופוליסטית לבעליו של אינטרס בלתי-מוחשי, אלא כאשר זכה אותו אינטרס ל"שריון" באמצעות הבטחתה של פומביות.

2. ההצדקה להגנה קניינית והבעיה המוסדית

6. עד כאן סקרנו את מידת תאימותה של ההגנה הקניינית על מוניטין להסדרים החלים בדינים סמוכים. ראוי עתה לבחון מהי העמדה שיש לנקוט לגופו של נושא מבחינת האינטרסים המעורבים בשאלת המוניטין.

האינטרס של בעל-המוניטין ברור: הגנה על השקעותיו ועל כוח המשיכה של עסקו ושיור העדיפות אשר כוח זה מותיר בידיו כלפי מתחריו.

כפי שהצבענו, כנגד אינטרס זה עומד אינטרס הציבור לתחרות חופשית ואינטרס הפרט לחופש עיסוק¹⁰⁶.

על פתרון משפטי נאות לחתור לאיתורן של נקודות-האיזון בין האינטרסים. דא עקא, כי הסדר מאוזן כאמור, אינו ניתן לקביעה אלא בדרך חקיקתית.

102 על-פי כל השיטות הנוכחות מוקנית לבעלים זכות לעקיבה כלפי נעברים בתוסילב של מי שפגע בסוד באמצעים פטולים. ראה בספרות הנוכחת לעיל, בהערות 99-101.

103 בארצות-הברית הפקדה של היצירה אצל רשם-הזכויות היא בדרך-כלל תנאי לאכיפת הזכויות בגין הפרה, אם כי העילה צומחת גם ללא הפקדה. ראה 408 U.S.C., § 17.

104 בלום (לעיל, הערה 50), 18.

105 עם זאת, תוסילב באשר לקיומה של הגנת זכות-היוצרים מקים הגנה בפני תביעה לפיצויים (טעיף 8 לחוק). תוסילב נשלל גם כאשר הנתבע לא ידע על זכאותו של התובע דווקא, אך ידע על קיומה של הגנה בכלל: בלום (לעיל, הערה 50), 189.

106 ראה בעניין ליבוביץ, עמ' 327 ואילך.

משך ההגנה על פטנט¹⁰⁷, על מדרגם¹⁰⁸, על סוד מסחרי¹⁰⁹, על זכות-יוצרים¹¹⁰ ועל הסימן הרשום¹¹¹, מוגבל במועדו. בנוסף, הימנעות מניצול הזכות מקימה לעתים קרובות אפשרות ליצירתו של רשיון כפוי, לרבות במסגרת דיני הסימן הרשום¹¹², וניתן להוסיף ולהצביע על סייגים מגוונים הקבועים בחקיקת הקניין הרוחני¹¹³.

לסייגים אלה אין אחיזה בעקרונות הכלליים של דיני-הקניין. אין הנאתו של הבעלים על הקניין המוחשי מוגבלת במועד ואין הימנעותו משימוש מכפיפה אותו לכוחו של אחר ליטול מזכויותיו. הבחנות-יסוד אלה נובעות מן השונות בזהות האינטרסים המעורבים, בדיני-הקניין מזה ובדיני הקניין הרוחני מזה – שונות עליה הצבענו בתחילה¹¹⁴.

נמצא, שהכרה בקנייניות של הזכות למוניטין תוביל לכך, שאינטרס זה, אשר לא זכה לעיגון ולהכרה סטטוטוריים (ברמה הכוללת), ייהנה מהגנה מונופוליסטית ומקיפה, העולה לאין-ערוך על רמתה של ההגנה על הקניינים הרוחניים האחרים ועל רמת ההגנה על הסימן הרשום. אין לשער שבכוחה של הפסיקה יהיה לקבוע סייגים לתקופת התוקף של הזכות למוניטין או להסדיר רשיון כפוי, ללא הסמכה סטטוטורית לכך. אין בנמצא מקור כללי כלשהו, שמכוחו יוכל בית-המשפט לגזור הסדרים, ואין בידיו את הנתונים הכלכליים והאחרים הדרושים לשם כך. המגבלות המוסדיות והיעדרם של כלים משפטיים המאפשרים לבית-המשפט לקבוע הסדר ראוי מובילים למסקנה, כי החקיקה השיפוטית אינה הולמת נושא זה¹¹⁵.

זאת ועוד, ונשוב על כך לצורך הדגשה: הכרה במוניטין כזכות-קניין, הזוכה לסעדים הנהוגים ביחס לקניינים המוחשיים, יהיה בה משום סטייה מעקרון הפומביות, המשמש עקרון-יסוד בדיני-הקניין¹¹⁶. בכך תוטל אחריות על מי שעשה שימוש במוניטין ללא-משים, מבלי שהשיטה קבעה אמצעים שדרכם הוא עשוי

107 חוק הפטנטים, תשכ"ז-1967, סעיף 52.

108 פקודת הפטנטים והמדגמים, חא"י, כרך ב (ע) 1053, סעיף 33.

109 ההגנה אוכרת עם היות הסוד למפורסם. ראה בספרות המאזכרת לעיל, בהערות 99-101.

110 חוק זכות יוצרים, 1911, סעיף 3.

111 פקודת סימני מסחר [נוסח חדש], סעיף 31.

112 ראה פרק ז לחוק הפטנטים (קיימת אפשרות גם לביטול הזכות, אם הרשיון הכפוי אינו משיג את המטרה – סעיף 129 לחוק). סימן מסחר ניתן לביטול, אם לא נעשה בו שימוש עסקי בתוס'לב (סעיף 41 לפקודת סימני מסחר [נוסח חדש]). לעניין רשיון כפוי בזכות-יוצרים ראה סעיף 7א לפקודת זכויות יוצרים.

113 ראה אלתר (לעיל, הערה 5), 190-191.

114 לעיל, פסקה א. כן ראה אלתר, שם, שם.

115 להימנעותו של בית-המשפט מהסדר הנושא על דרך החקיקה השיפוטית, כאשר אין בידו לטפל בה באופן ממצה, ראה ברק (לעיל, הערה 90), שם.

116 ריסמן, "מושגי יסוד בדיני קניין – סקירה ביקורתית" (לעיל, הערה 82), 90.

להתוודע אל הזכויות, לא בדרך של החזקה (אשר לא תיתכן בנסיבות) ולא בדרך של רישום¹¹⁷.

7. מסקנתה של בדיקתנו, אם כן, הן על דרך ההשוואה והן לגופו של האינטרס הנבחן מזדקרת היטב: הזכות למוניטין היא זכות רכושית, אולם אין היא זכות-קניין. הנימוקים שהועלו לעניין זה על-ידי הנשיא בפסק-דין ליבוביץ וההערות בעניין זה בפסיקה, אינם תומכים בגרסה כי הזכות למוניטין היא זכות קניינית, וזו אף נשללת על-פי השיקולים שהצגנו לעיל.

לסיכומה של השאלה הנדונה, מן הראוי לשוב ולעיין בגישה יוצאת-דופן, אשר הוצגה בעניין יונייטד ספורטס הנזכר¹¹⁸. לדעתו של השופט זילר, הזכות למוניטין היא אמנם זכות קניינית, אולם זהו קניין אשר איננו דומה לקניין במקרקעין ובמיטלטלין. סיווג הזכות כקניינית עדיין איננו משמיע לנו, כי מוקנית תרופה קניינית. הזכות למוניטין איננה אלא מעטפת המורכבת מן הרכיבים הקונקרטיים שבה, ותוקפה של זכות זו איננו עולה על תוקפם של הרכיבים. כך, הרכיב המצוי ב"זכות-המוניטין" של המפיץ הבלעדי הוא החוזה שבינו ליצרן, ועל-כן יש לבדוק כיצד הדין מגן על החוזה כלפי צדדים שלישיים וכיצד הדין, כגון עוולת הימנעות, מגן על אינטרסים נוספים הגלומים בפעילותו של המפיץ הבלעדי. כמו-כן אין השופט זילר שולל את קיומה, לעתים, של הגנה בדיני עשיית עושר ולא במשפט. דומני, כי העמדה הנזכרת לוקה בשגגה "אופטית" מסוימת. מחד גיסא, אין אתה יכול לומר כי זכות היא קניינית, ומאידך גיסא – לנשלה מהגנת הקניין. למעשה אין השופט זילר מכיר כלל בקיומה של זכות המכונה "זכות למוניטין", אלא רואה במוניטין אינטרס, אשר הדין מגן עליו במגזרים קונקרטיים, באמצעות דינים מוגדרים. זהו אפוא, בעיניו, אינטרס בלבד ולא זכות משפטית, וממילא אין בכוחו להשקיף על כך כעל זכות-קניין. בוודאי אין הזכות ניתנת להסתווה כקניינית, כאשר היא איננה ממלאת אחר דרישת הכלליות ביחס להגנה.

ח. עילתו של היצרן כנגד המפיץ המתחרה

1. בעניין ליבוביץ מצא הנשיא, כאמור, כי הזכות למוניטין נושאת אופי קנייני. למרות זאת, נדחתה תביעתו של המפיץ ונקבע, אגב אורחא, כי גם תביעת היצרן, אילו הוגשה, היתה נדחית.

באשר למפיץ, הנשיא קובע כי המוניטין הם קניינו של היצרן, ולא של המפיץ. גם כאשר המפיץ משקיע אמצעים ומאמצים לפיתוח המוניטין של המוצר, התוצאה המשפטית הנובעת מכך היא, כי המפיץ השביח בזאת את רכושו של היצרן. התמורה למפיץ מתמצית ברווחים המופקים על ידו כתוצאה מהמכירות. המוניטין

117 הכלל בדיני-הקניין הוא, כי גם פגיעה בלתי-מודעת אינה משחורת את הפוגע מאחירותו כלפי הבעלים (ראה, למשל, ויטמן, שם, בעמ' 84). משום-כך ערכו של יסוד הפומביות, המספק לצד הפוגע הזדמנות לרכוש יריעה באשר לקיום הזכויות.

118 לעיל, הערה 9.

הנוגעים למוצר מזוהים עם היצרן, ולא עם המפיץ. אמנם, לא מן הנמנע כי המפיץ יפתח מוניטין עצמאיים¹¹⁹, אולם הדבר דורש הוכחה, וכזו לא נמצאה בעניין ליוביץ¹²⁰.

2. ומה באשר ליצרן? מפסק-הדין עולה, כי אכן, המוניטין הם קנייניו-שלו ובדרך-כלל נתונים לזכותו הסעדים הקנייניים, אולם לא כך במקרה הנדון, של היבוא המקביל.

מהלך ההנמקה של הנשיא הוא כך:

חובת ההימנעות המוטלת על כולי עלמא אוסרת על שימוש במוניטין שלא בהסכמת בעליו. אף שבמקרה הנדון לא נקבע כל ממצא ביחס לעמדתו של היצרן כלפי ההפצה המתחרה במפיץ הבלעדי, הרי שבענייננו התשובה ה"עקרונית" לשאלה, האם ניתנה רשות על-ידי היצרן לשימוש במוניטין, היא חיובית¹²¹. הנשיא ממשיך ומפרט את הסיבות למסקנתו זו – סיבות המעוגנות, כפי שנראה להלן¹²², בטעמים נורמטיביים. אולם בשלב זה נעיר, כי ככל שבשאלה העובדתית עסקינן, דהיינו: בשאלה מהי עמדתו המסתברת של יצרן ביחס להפצה, הרי שיש להעיר כי אין להסיק מיניה-וביה את נכונות של היצרן להסכים עם ההפצה המתחרה. ליצרן יש אינטרס למנוע את הפצתו המתחרה של המוצר בטריטוריה שבה הוקנתה למפיץ בלעדיות. זאת, מן הטעמים הבאים:

(1) בסיטואציה הטיפוסית של יבוא מקביל, דוגמת זו שבפסק הדין, הרכישה של המוצרים נעשית על-ידי המפיץ המתחרה שלא מן היצרן, אלא ממפיץ שלישי. ליצרן לא צומחת בהכרח הנאה מפעילותו של המפיץ המתחרה בטריטוריה אשר הוקצתה למפיץ הבלעדי, שכן אין הוא זוכה לחלק כלשהו מן המכירה הנוספת. לא בהכרח המפיץ השלישי היה רוכש מלכתחילה כמות קטנה יותר מן המוצר, או קטנה באותו יחס, אילו נמנע מן המכירה למפיץ המתחרה, הפועל בטריטוריה, ובעיקר כך הדבר כאשר המפיץ השלישי כבול ממילא להתחייבות כלפי היצרן לרכוש כמויות מינימום נתונות. לעומת זאת, ברי כי פעילותו של המפיץ המתחרה מקטינה את היקף הרכישות של המפיץ הבלעדי מן היצרן ביחס לפוטנציאל הרכישה של השוק המקומי. בכך נפגע ישירות אינטרס של היצרן.

(2) בהיות ההפצה המתחרה פוגמת בכדאיות ההתקשרות עם היצרן, יש בה כדי לעודד את המפיץ הבלעדי להשתחררות מן העסקה או להפרת חיוביו על פיה. בכך נפגע גם האינטרס של היצרן לקיום העסקה.

סביר אפוא להסיק, בהעדר ראיה נוגדת, דווקא התנגדות מצד היצרן למכירות של המפיץ המתחרה בתחומי הטריטוריה נשוא הבלעדיות¹²³.

119 כך יארע, כאשר רכישת המוצרים נעשית משום דימיו של המפיץ דווקא, כגון מתוך הסתמכות על אמינותו של המפיץ באשר לאיכות הפריטים הנבררים על-ידי המפיץ לשיווק.

120 שם, בעמ' 319.

121 שם, בעמ' 319. הסיבה שלא ניתנה תשובה קונקרטית בסוגיא זו נעוצה בכך, שכאמור, היצרן לא הצטרף לתביעה.

122 ראה פסקה ח.3.

123 ראה גם זליגסון (לעיל, הערה 14), 70.

3. הנימוק המועלה על-ידי הנשיא, לתמיכה במסקנה כי ניתנה רשות של היצרן להפצה המתחרה, מעוגן בעיקרון כללי, הטעון עיון נוסף¹²⁴:

יצרן המוצר בוחר לו את אפיקי השיווק הרצויים לו, דרכם הוא מבקש לשווק את סחורתו. ההחלטה למי למכור את סחורתו היא בידו. עם זאת, לאחר שמכר את סחורתו והעביר לרוכש את זכות הקניין בה אין הוא יכול, מכוחם של המוניטין, להמשיך ולשלוט על אפיקי ההפצה של הסחורה. הרוכש את הסחורה רוכש אותה יחד עם המוניטין הצמודים אליה, סביר כי המוניטין מהווים שיקול ברכישתה של הסחורה, יש להניח, כי קיום מוניטין אף בא לידי ביטוי בתמורה הכספית ששילם הרוכש עבור הסחורה. עתה, משרכש את הסחורה, ראוי הרוכש להפצה הלאה, תוך שהוא נהנה מן המוניטין אשר קיימים לסחורה זו. היצרן אינו יכול, מכוחו של המוניטין, לעקוב אחר הנכס שייצר, וכשהוא מוכר אותו הוא נפרד ממנו באופן מוחלט.

הנשיא מציב אפוא תפישה, שלפיה בכל מכירה של המוצר נשוא המוניטין, מתבצעת גם מכירה של המוניטין הצמודים לו. כיוון שכך, בעל המוניטין מאבד את היכולת להתנגד להמשך השימוש בהם על-ידי הנעבר ועל-ידי נעברים עוקבים. כשלעצמי, מסופקני בתקפותה של ההנמקה הנזכרת, בנוסחה האמור. יש בהנמקה כדי לטשטש שלא לצורך את ההבחנה בין הקניין הרוחני לקניין המוחשי. הזכות למוניטין איננה צמודה לקניין המוחשי ואיננה כלל נשוא לעסקה, כאשר מתבצעת מכירה של המוצר¹²⁵. יש עוד לשים לב לכך, כי אם במכירה (חלקית) של המוניטין עסקינן, הרי שקביעה זו מניחה יסוד של הסכמה (לעסקת מכר). ברם, לעיל הצבענו על כך, כי לא יהיה זה נכון להסיק מניה-יוביה הסכמה של היצרן להפצת המוצר בכל שטח שהוא; ואילו אם הקביעה היא – כפי שנראה הדבר – כי מכירה חלקית זו של המוניטין נכפית מן הדין, כתוצאה-לוואי הנגדרת ממכירת המוצר המוחשי, הרי שעלינו לברר עדיין מהו העיקרון המשפטי הגורר כפייה זו. כאשר נקבע על-ידי הנשיא, כי היצרן "אינו יכול" לעקוב אחר המוצר – השאלה היא מדוע יהא הדבר כך.

בטרם ננסה להשיב על השאלה הנזכרת יש לציין, כי התוצאה שאליה מגיע הנשיא איננה זרה למאטריה. בדיני הסימן הרשום מושרשת תורה, המכונה תורת ה-"exhaustion", שעל-פיה עם המכירה של המוצר מתמצה זכותו של בעל הסימן ביחס למוצר הקונקרטי שנמכר, וזאת מכוח הסכמתו מכללא של היצרן. תורה זו

124 פסק-דין ליבוביץ, בעמ' 319.

125 כפי שמכירת ספר איננה מזוהה עם מכירת זכות-היצירה ביחס אליה. להפרדה הידועה בין הזכות המוחשית בחפץ לזכות הרוחנית ביצירה הגלומה בו, ראה, בין מקורות רבים נוספים, כלום (לעיל, הערה 50), 15. אולם הנחה דומה לזו של הנשיא מצויה בפסק-דין *Boieng* (לעיל, הערה 29), 122-123.

אף זכתה להכרה בפסיקתנו^{127,128}. עם זאת, הובעה ביקורת על הגישה האמורה גם במגזר של דינים אלה¹²⁸.

4. לדעתנו, יש מקום, לעתים, לתוצאה שאליה הנשיא מכוון בדבריו, אם כי הנמקתנו שונה:

(א) כאמור, לתפישתנו, בניגוד לעמדת הנשיא, הזכות למוניטין איננה זכות קניינית. מכאן, כי ההגנה על הזכות איננה מונופוליסטית ותקום עילה רק כלפי מי שפעל פעילות אסורה או כלפי מי שהנאתו מן הזכות ראויה להגבלה, על-פי דיני עשיית עושר ולא במשפט.

היקפה של ההגנה ייסקר על-ידנו בהמשך. אולם ניתן להקדים ולומר כבר עתה לעניין סוגיא זו, כי נראה שפעילותו של המפיץ המתחרה בנסיבות הנדונות לא לעולם תיפול לגדר הגבלה מן ההגבלות הנזכרות, ונסיבות פעולתו תישקלנה כנגד האינטרס המוגן.

(ב) אם דעתו של הנשיא שורה, ביחס לכך שהזכות למוניטין היא בעלת אופי קנייני, עדיין יהיה ניתן לעגן את חופש הפעולה של המפיץ בעיקרון של חופש הקניין, ולהקנות לו הגנה, אף אם נדחית הדעה באשר לקיומה של הרשאה מכללא ולקיום מכירה של המוניטין. המפיץ רוכש את המוצר לשם מכירה, ואין הנאתו מן הקניין שלימה, אלא-אם-כן הוא חופשי לממש את זכותו למכור – זכות הנמנית על אגד הזכויות היסודיות של הבעלים¹²⁹. שייכת לכאן התורה שאומצה בדיון האנגלי, בדבר "non derogation from grant". תורה זו ישימה כמגזרים שונים של דיני-הקניין ולפיה, כאשר מוקנה קניין, אין המקנה זכאי בה-בעת ליטול מן הקונה את ההנאה הסבירה מנשוא ההקניה¹³⁰. עיקרון זה הוחל גם במישור של הקניין הרוחני (דיני זכויות היוצרים), כאשר מכוחו הוכרה זכותו של קונה לייצר חלפים לשם תיקון מוצר שנמכר לו, אף אם קיימת זכות יוצרים ליצרן המוצרים, ולשם כך – הוכרה גם זכותו של מפעל אחר לייצר חלפים כאמור¹³¹. הכלל האמור, בדבר "non derogation from grant" רחב כיום מגבולותיו המקוריים, והוא נתפש

126 פסק-דין בעניין גייגי (לעיל, הערה 43). הנימוק הנוסף בפסק-הדין, המבסס הגנה לנתבע, הוא היעדרה של הטעיית לקוחות. ראה הדיון לעיל, בפסקה ה.

127 משום-מה אין פסק-דין ליבוביץ מאזכר את ההחלטה בעניין גייגי.

128 זליגסון (לעיל, הערה 14), 71-69.

129 ראה סעיף 2 לחוק המקרקעין, חשכ"ט-1969.

130 אמנם, יסודו של הכלל בהסקת תנאי מכללא בין צדדים לעסקת-מכר. ראה, למשל, *Ward v. Kirkland* [1966] 1 All.E.R. 609, שנעשה בו שימוש בתחום זיקת-ההנאה, כאשר צד לעסקה נזקק לגישה לאדמתו דרך חלקתו של האחר: ראה ע"א 153/67 שלב בע"מ נ' הררי מואב בע"מ, פ"ד כא(1) 61. אולם כאמור להלן, כיום רואים אותו ככלל שבדין.

131 *British Leyland v. Armstrong Patents* [1986] 1 All.E.R.850. לגבי זכות הייצור של חלפים, כאשר על המוצר יש זכות לפטנט, הדעה המסורתית היא, כי יש לבססה על הרשאה מכללא, ולא על העיקרון של "non derogation from grant". ראה אסמכתאות בפסק-דין *British Leyland*, בעמ' 860-861, וכן אצל Walker (לעיל, הערה 3), 70 ואילך.

כמוקנה בדין, כך שהוא חל גם בהעדר קשר חוזי בין הצדדים המעורבים, ואין הכרח להצביע על הסקתו מכללא¹³².

יחד עם זאת, איננו סבורים כי חופש הקניין והעיקרון בדבר "non derogation from grant" יקנו הגנה בכל המקרים.

יש לזכור, כי בניגוד למקרה של הצורך בחלפים למוצר, הרי שבענייננו כפיפותו של המפיץ המתחרה לבעל-המוניטין לא בהכרח תסכל את ניצולו הסביר של המוצר על-ידי המפיץ המתחרה, אלא רק תגביל אותו (אפשר שיהיה ניתן להפיצו באיזור אחר). לכן הגנה המתבססת על עקרונות אלה, להבדיל מהסתמכות על תפישת ההרשאה מכללא, או על הדעה כי מתבצע מכר של מוניטין, לא תספק למפיץ המתחרה חסות כוללת וגורפת כזו המאמצת בפסק-דין ליבוביץ, אלא הגנה יחסית בלבד. על בית-המשפט לאזן במקרה זה בין שני עקרונות קנייניים נוגדים: הזכות למוניטין (אשר, כאמור, היא זכות קניינית, לפי השקפת בית-המשפט) והחופש לעשיית דיספוזיציות בקניין, מבחינתו של המפיץ המתחרה. סבירותה של ההגבלה על חופש הקניין, מכוח הזכות למוניטין, תיחתך על-פי הנסיבות.

ט. העילה הקניינית – סיכום

לא למותר יהיה לסכם עתה את הדיון בשאלת קיומה של הגנה קניינית למוניטין.

1. עמדת הנשיא בפסק-דין ליבוביץ היא, כי הזכות למוניטין נושאת אופי קנייני. מכך עולה, כי מוטלת חובת הימנעות כללית ביחס לזכות זו, אשר הפרתה תזכה את בעלי הזכות, בין היתר, בסעדים קנייניים.

2. ביקרנו עמדה זו והצבענו על השיקולים המובילים, להשקפתנו, לשלילתה של התפישה הקניינית לעניין הזכות למוניטין, וזאת בניגוד לעמדת הנשיא. אכן, הזכות למוניטין היא זכות רכושית, אולם אין היא זכות קניינית. אשר על-כן, סעדי הקניין אינם נחונים לבעל-הזכות.

3. האינטרס הרכושי במוניטין של המוצר (או בזכות הקניין – אליבא דפסק-דין ליבוביץ) מוקנה ליצרן המוצר, ולא למפיצו. זאת, אף שלא מן הנמנע כי המפיץ ירכוש מוניטין עצמאיים, המנותקים מהמוניטין של היצרן. עילתו של היצרן אינה עומדת לו כנגד מפיץ מתחרה אשר רכש את המוצר באורח מותר. ביקרנו את ההנמקה של הנשיא, אם כי דומה שיהיה מקום להגן על המפיץ המתחרה, בנסיבות מסוימות, מכוח עקרונות אחרים.

132 לביסוסה של הזכות לייצר חלפים למוצר, כאשר מוקנית זכות יוצרים על המוצר, על העיקרון של "non derogation from grant", וזאת תוך דחיית הטענה של ההרשאה מכללא, ראה בעניין *British Leyland*, שם, בעמ' 860-861, 875.

גם ביחס לנושא זיקת-ההנאה הנזכר חלה התפתחות המנתקת את הכלל ממישור דיני התנאי מכללא. במקביל לביסוסו על דינים אלה עוגן הכלל בעיקרון מן הדין, הוא עקרון ה"כורח", אשר הצדקתו בנסיבות נבחנת אף היא על יסוד התנאים ששררו בעת ההתקשרות. בעניין שלב הנזכר, נקבע שאין מקום אצלנו לזכות-מעבר מכח התנאי מכללא, אולם מוכרת רכישה מכוח הכורח.

4. יש עוד להעיר, כי הכרה בעילה הקניינית תועיל כדי לזכות את הנפגע (במקרים שאינם נופלים תחת הסייג של היבוא המקביל)¹³³ בסעד של ציווי, אולם עדיין ספק אם יהיה די בכך כדי להקנות לו פיצוי בגין נזקיו¹³⁴. לשם כך יש לבחון את דיני-הנזיקין.

ייקשה לאתר את העילה הנזיקית בהקשרנו. כזכור, שיטתנו איננה מכירה בעוולה כללית של תחרות בלתי-הוגנת, והעוולות הקיימות בנושא התחרות מוגבלות לסוגים מסוימים של פגיעות בלבד¹³⁵; ואילו העוולות המגנות על הקניין, כגון גזל ועיכוב, אינן עומדות לימין הנפגע, אף אם מקובלת התפישה הקניינית ביחס למוניטין, שכן עוולות אלה מגנות על הקניין המוחשי בלבד¹³⁶. נמצא, שבסיטואציה דוגמת זו שבפסק-דין *Boeing* עלול הסעד להוות צופה פני עתיד בלבד (ציווי) ולא עבר (פיצוי)¹³⁷.

י. עילה בדיני עשיית עושר ולא במשפט

1. העילה הנוספת אשר נבחנה בפסק-דין ליבוביץ היא התביעה בדיני עשיית עושר ולא במשפט.

מסקנותיו של הנשיא הן, כי

(א) למפיץ המתחרה הגיעה זכייה מן המזכה¹³⁸, דהיינו: מן ההשקעות אשר הושקעו על-ידי המפיץ הבלעדי לשם פיתוח המוניטין.

(ב) ביחס לדרישה, כי ההתעשרות תהיה "שלא כדין", הנשיא מאמץ את העמדה בספרות¹³⁹ ובפסיקה קודמת¹⁴⁰ ביחס לפרשנותו של מושג זה:

(1) כאשר קיימת הוראת דין האוסרת או המתירה את הזכייה, מובן כי ההכרעה תיפול על-פי הקבוע באותו דין.

(2) כאשר לא קיימת הוראה כאמור, ההכרעה פתוחה, והיא תיעשה על-פי תחושת המצפון ושיקולי צדק ויושר. במסגרת זו יישקלו האינטרסים הנוגדים, המעורבים בהכרעה.

133 כגון במקרה הנדון בפסק-דין *Boieng*.

134 קוצר-ידה של התביעה הקניינית כאשר לפיצויים עולה מאליו מאופיה של התביעה. המדובר בזכות למסירה או למניעת הפרעה. הקניית פיצוי בגין נזק הוא בגדר תפקידם של דיני-הנזיקין. ראה, בין השאר, טרסקי (לעיל, הערה 92).

135 ראה לעיל, פסקה ד.

136 ראה פרידמן (לעיל, הערה 25), 306; טרסקי (לעיל, הערה 3).

137 כאמור, איננו רגיש בשאלה, האם ניתן לפתח כיום אחריות נזיקית בעניין זה מכוח עוולת הרשלנות. ראה לעיל, פסקה ד.3(ו).

138 כאמור בסעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט.

139 פרידמן (לעיל, הערה 25), 49-51.

140 ע"א 760/77 בן עמי נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד (3) 567, 577; ע"א 292/68 יפת בע"מ נ' איסטווד, פ"ד (1) 608, 616.

בעניין נשוא פסק-הדין לא קיים דין המחייב או השולל את זכיותו של המפיץ הבלעדי, ועל כן ההחלטה תיגזר מאיזון אינטרסים הנזכר.

(ג) באשר לעימות מפיץ בלעדי-מפיץ מתחרה, הרי שהמפיץ הבלעדי נאבק על הגנתו של אינטרס נמוך בעוצמתו, דהיינו: ציפיותו להמשך הקשרים עם הלקוחות וליצירת קשרים חדשים¹⁴¹. כנגד אינטרס זה ניצבת זכות-היסוד של המפיץ המתחרה לחופש עיסוק ואינטרס הציבור לתחרות חופשית. במצב הדברים האמור אין האינטרס של המפיץ הבלעדי גובר, אלא-אם-כן נלווה לתחרות יסוד פסול, כגון הטעיה, חוסר תוס-לב וכדומה¹⁴². בעניין ליבוביץ ובמקרים טיפוסיים דוגמת העניין האמור לא ננקט אמצעי פסול, שכן הרכישה של המוצרים נעשית באופן חוקי ממפיץ אחר.

2. בית-המשפט לא דן בעימות יצרן-מפיץ מתחרה, במשקפיה של העילה בדיני עשיית עושר ולא במשפט, שכן היצרן לא הצטרף לתביעה, כאמור, ובית-המשפט לא מצא לנחוץ לעסוק בכך.

בעימות הנזכר היצרן מציב אינטרס בעל עוצמה, בדמות זכותו למוניטין. מה ההשלכות הנודעות לעוצמתו השונה של האינטרס?

אם מתקבלת גישתו של הנשיא לעניין אופיה הקנייני של הזכות, הרי שנובע מכך מאליו קיומה של הגנה נרחבת בדיני עשיית עושר ולא במשפט. נטילתו של קניין, ללא הצדק חוקי, תצמיח בדרך-כלל אחריות בגין התעשרות הנובעת מכך¹⁴³. חופש העיסוק וחופש התחרות נסוגים מפני אינטרס זה. על-פי ההנחה האמורה, שימוש במוניטין, דוגמת השימוש בעניין *Boeing*, יקים מיניה-וביה אחריות גם בדיני עשיית עושר ולא במשפט, ולא רק בדיני קניין.

לעניין היבוא המקביל וההפצה המתחרה, נשוא פסק-דין ליבוביץ, נראה כי התשובה המתקבלת על-פי דיני עשיית עושר ולא במשפט לא תהא שונה מן התשובה בדיני-הקניין.

אותו שיקול עצמו, אשר לגישת פסק-הדין, יש בו כדי להקים הגנה טובה מפני עילה קניינית, דהיינו: קיום הסכמה מצד היצרן או מכירת המוניטין יועיל גם לכאן. ביחס לדין המתחייב באשר לעילה בדיני עשיית עושר ולא במשפט, כאשר העילה נבחנת מעמדות-מוצא הפוכות לאלה של בית-המשפט, דהיינו: מן ההנחה כי אין הזכות למוניטין בגדר זכות קניינית, ומן התפישה השוללת את מסקנת ההרשאה המשתמעת ואת הגירסה באשר למכירת המוניטין – נדון להלן.

141 יושם אל לב: לכאורה הנשיא שוגה כאשר הוא מסווג את האינטרס של המפיץ הבלעדי בגדר ציפייה בלבד, שהרי למפיץ הבלעדי זכות חוזית (לבלעדיות). אולם עיון נוסף מצביע על כך, כי ביקורת זו תתבסס על "טעות אופטית". נשוא הנטילה על-ידי המפיץ המתחרה אינו הזכות לבלעדיות (המפיץ המתחרה אינו טוען כי מוקנית לו בלעדיות), אלא הקשר הצפוי עם לקוחות.

142 עמ' 30-31 לפסק-הדין. כן ראה פרידמן (לעיל, הערה 25), 46-47, 312 ואילך, בעיקר בעמ' 315.

143 כנאמר בפסק-דין ליבוביץ, וכן אצל פרידמן (לעיל, הערה 25), 46.

יא. הפתרון הפוזיטיבי המוצע

1. עד כה הסתפקנו בשלילתה של העמדה הקניינית ביחס למוניטין. עתה יש לבחון על דרך החיוב את מהותה של הזכות הנדונה. נראה לנו לסבור, כי הזכות למוניטין מצויה באותה "משבצת" מיונית שבה מצויה הזכות לסוד המסחרי. המדובר בשני המקרים באינטרסים הנהנים מאפיונים מסוימים אשר הם נחלתה של זכות הקניין (עבירות, רכושיות ועצמאות), אולם, כאמור, למעלת קניין אין הם מגיעים, אף שמוטלת חובת הימנעות על צדדים שלישיים ביחס לפגיעות מוגדרות. מאידך גיסא, הרי שמעמדם עליון על-פני מעמדה של הזכות החיובית, שכן מתקיימים בהם, כנזכר, יסודות העצמאות והמיידיות, הנעדרים מן הזכות החיובית. בשני המקרים מדובר באינטרסים אשר במקרים מסוימים ניתן לשנות את אופיים, ולשכללם לכדי מעמד קנייני מלא, כאמצעות רישום, וזאת לאחר עמידה בתנאים המוקדמים לשם כך. לא בכדי מעמד מתואר זה של הסוד המסחרי הוליד את ההשקפה, האופיינית למצבי הסיווג העמומים, כי הזכות לסוד מסחרי היא זכות "מעין-קניינית"¹⁴⁴. ניתן להגדיר אפוא גם את הזכות למוניטין כזכות המצויה במעמד דומה.
2. התמונה המצטיירת מן האמור עד כה היא, אפוא, כדלקמן:
 - (1) הזכות למוניטין מוגנת בדיני-הנוזיקין, מכוח העוללות העוסקות בתחרות בלתי-הוגנת, כפי שתואר לעיל. העוללות הרכושיות אינן מספקות הגנה לזכות זו. דיני-החוזים ודיני-האמון עשויים לספק הגנה, במקרים מתאימים, וזאת על-פי העקרונות הכלליים החלים במגזרי הדין האמורים.
 - (2) תביעה קניינית המושחתת על הזכות למוניטין לא תצלח והסעדים הקנייניים אינם נתונים לשם הגנה על הזכות.
3. ביחס לעילה בדיני עשיית עושר ולא במשפט, הרי שבעניין זה נודעת חשיבות רבה למהותה המעין-קניינית של הזכות, כמתואר. שני הקצוות של ספקטרום האפשרויות מספקים תשובה בהירה ביחס לדינים אלה: כאשר רמתו של האינטרס מגעת כדי ציפייה בלבד, יידרש יסוד נוסף אשר בכוחו להפוך את הנטילה לבלתי-צודקת; ואילו כאשר האינטרס הוא קנייני, יהיה די בנטילה, בדרך-כלל, כדי לזכות בהשבה¹⁴⁵. הקושי בענייננו נעוץ בצורך למקם את הזכות למוניטין בין שני הקצוות הנזכרים. ביחס לסודות מסחר נראה, כי לאור העובדה שאין הזכויות ביחס להם מגיעות לדרגה קניינית ממש, מן ההכרח הוא להצביע על התקיימותן של נסיבות ההופכות

144 פרידמן (לעיל, הערה 25), 310; טדסקי (לעיל, הערה 3), 29.

145 ראה לעיל, הערה 143.

את הנטילה לבלתי-צודקת¹⁴⁶. להנחתנו, כאמור, יש מקום לזהות את מעמד המוניטין עם מעמדו של הסוד המסחרי, ועל-כן הנוסחה האמורה יפה גם לעניין זה. מהו אם כן ההבדל – במגזר של דיני עשיית עושר ולא במשפט – בין הגנת הציפייה לבין הגנת המוניטין? במה עדיפה הגנת המוניטין על פני הגנת הציפייה? המבחן העקרוני אחד הוא, אך הנסיבות השוללות את הצידוק להתעשרות הן שונות. לשם חיוב בהשבתה של זכייה הנובעת מנטילת מוניטין תירשנה נסיבות שרמת הפסול המוסרי הדבק בהן נמוכה יותר מאשר זו הנדרשת, לשם השבה, במקרים של ציפייה בלבד. עוצמתו השונה של האינטרס המוגן משליכה על היקפה של ההגנה¹⁴⁷.

הדוגמא שלהלן ממחישה הבחנה זו: סודו המסחרי של א מועבר ביוזמתו, אך בטעות, ל-ב. האם פסולה התעשרותו של ב מן הסוד? תשובה חיובית לשאלה זו תתבסס על התפישת, כי אף שמראש לא ננקט אמצעי פסול, הרי בדעיבד הפך השימוש בסוד לפסול¹⁴⁸. בצדק פרופ' פרידמן מציין, כי במקרה זה לא נחוצה להצביע על אמצעי פסול דווקא, ודי בכך שההתעשרות איננה צודקת¹⁴⁹.

תפישה זו משתלבת היטב עם ההבחנה הנזכרת, שלפיה אופיו המעין-קנייני של הסוד המסחרי מצדיק הגנה, גם כאשר הנטילה לא נעשתה באופן פסול¹⁵⁰; ואילו במקרה של ציפייה בלבד נראה, כי לא יהיה די בנטילה פסיבית מן הסוג שבדוגמא כדי להצדיק את חיובו של הנוטל בהשבה.

יצוין, שהנשיא איננו גורס כי במקרה של הגנה על ציפייה בלבד נחוצה לעולם להצביע על פעילות פסולה דווקא, וגם נסיבות אחרות עלולות לשלול את הצידוק לזכייה¹⁵¹.

על-כן, קורה-הגבול המבחין בין הגנת הציפייה להגנה המעין-קניינית איננו עובר בתייחוס שבין מעשים פסולים למעשים שאינם פסולים; ברם יקשה יותר לבסס טענה בדבר התעשרות בלתי-צודקת במקרים שבהם ההתעשרות היא על חשבון ציפייה בלבד. בסוג המקרים האחרון יהיה צורך להצביע על נסיבות כבדות-משקל יותר מאשר בסוג הראשון.

4. לאור ההשקפות הנזכרות נוכל לבחון עתה שוב, במשקפיים של דיני עשיית עושר ולא במשפט, את שני טיפוסים העימות אשר נסקרו לאורך רשימה זו: עניין

146 כעולה מעיון בדבריו של פרופ' פרידמן (לעיל, הערה 25), 311, וכנאמר על-ידו מפורשות במאמרו: "Restitution of Benefits Obtained Through the Appropriation of Property or the Commission of a Wrong" 80 Col. L. Rev. (1980) 504, 512-513. הדברים מאזכרים בפסק-דין ליבוביץ, בעמ' 326.

147 פסק-דין ליבוביץ, בעמ' 326-327.

148 פרידמן (לעיל, הערה 25), 311, הערה 170.

149 פרידמן, שם, שם.

150 ה-Uniform Trade Secrets Act אכן מטיל אחריות, במגבלות מסוימות, על מי שקיבל סוד מסחרי, אשר הגיע אליו בטעות. ראה סעיף 1(2)(c) לחוק.

151 פסק-דין ליבוביץ, בעמ' 330.

Boeing ועניין ליבוביץ, כאשר עימותים אלה מנותחים על יסוד מסקנתו, כי הזכות למוניטין איננה זכות קניינית, בניגוד לתפישת בתי-המשפט באותם פסקי-דין. במקרה של *Boeing*, כנזכר, ניטלים המוניטין של התובע, מבלי שיהיה בכך כדי להביא את הלקוחות לכלל טעות כאילו שירותי הנתבעת מסופקים על-ידי התובעת, דהיינו: לא התלווה לנטילה אמצעי פסול. אם בקניין עסקי, הרי שמסקנת בית-המשפט בדבר חיוב הנתבעת איננה דורשת חיזוק. אולם אם האינטרס הוא מעין-קנייני בלבד, כהשקפתו, האם נטילה בנסיבות האמורות די בה כדי להקים עילה? קרוב לוודאי שהתשובה היתה שלילית אילו ניצבה כנגדה ציפייה בלבד. כאשר האינטרס הנדון הוא מעין-קנייני, עשויה התשובה להיות חיובית, אולם יש להתחשב בעניין זה, בנסיבות נוספות, אשר לא כולן נבחנו: תום-הלב של הנתבעת ביחס לקיומם המתחרה של מוניטין הנלווים לשם המסחרי שנבחר וביחס למשמעות השימוש בו¹⁵², ההשקעות שהשקיעה הנתבעת על יסוד ההנחה כי השימוש בשם המסחרי חופשי מערעור, המצוקה היחסית של הצדדים בעקבות ההחלטה¹⁵³, מרכזיותו של השימוש במוניטין הנדונים במסגרת פעילות הנתבעת וכיוצא באלה שיקולים. כאמור, לא יידרש להצביע על כך כי הנתבע נקט אמצעים פסולים, אולם יש לבסס את טענת חוסר-הצדק שבהתעשרות. באשר לסיטואציה של היבוא המקביל, הרי שכאן ניצבות לצדו של הנתבע טענות של ממש: על-פי עמדת הנשיא, כנזכר, נתפש היצרן כמסכים להפצה המתחרה או, מכל מקום, כמי שמוכר גם מוניטין עם מכירת המוצר. עמדה זו מקימה טענה טובה, הן כנגד תביעה קניינית של היצרן, הן כנגד תביעתו בדיני עשיית עושר ולא במשפט. אם זכותו של היצרן אינה קניינית — והיא אכן אינה כזו לפי מסקנתנו — הסכמתו המתוארת של היצרן ומכירת המוניטין הנלווים תקים (והדברים הם קל-יחומר) הגנה טובה מפני תביעה בדיני עשיית עושר, הן כלפי היצרן, והן, כך נראה, כלפי המפיץ הבלעדי. האם התשובה תשתנה כאשר הנתבע ידע על קיום בלעדיות של המפיץ הבלעדי בעת רכישת המוצרים על-ידו? שאלה זו לא נבדקה כלל בפסק-הדין, משום שעל-פי תפיסת הנשיא בדבר קיום הסכמה של היצרן להפצה המתחרה, או מכירה חלקית של מוניטין, אין שאלת איזון האינטרסים רלבנטית כלל¹⁵⁴.

152 למעלה מן הצורך לגישתו של בית-המשפט, הוא קובע, כי הנתבע לא נטל את השם *Boeing* שלא בתום-לב (לעיל, הערה 29, בעמ' 123).

153 בעניין המצוקה היחסית, השווה להחלטתו של מבחן זה במסגרת תחרות בין זכויות שנוצרו בעסקאות נוגדות, ד"ר 21/80 ורטהיימר נ' הררי, פ"ד לה (3) 257.

154 נזכיר שוב, כי בסיטואציה של "יבוא מקביל", לאור העובדה שהרכישה מתבצעת ממפיץ אחר, ולא מהיצרן, לא מתרחשת כלל הפרה של הסכם הבלעדיות על-ידי היצרן, וממילא לא די בדיעת המפיץ המתחרה על הבלעדיות כדי להקים כנגדו עילה בגין גרם הפרת-חוזה (בכפיפות להסתייגויות המתעוררות בנושא זה בעקבות פסק-דין חסיד). יש עוד להעיר, כי גם כאשר הרכישה על-ידי המפיץ המתחרה נעשית ישירות מן היצרן, עדיין אין בהפצה בטרטוריה על-ידי המפיץ המתחרה כדי להוות הפרה מצדו של היצרן, אלא אם הותנה הדבר בהסכם הבלעדיות, במפורש או מכללא, כי היצרן יהיה אחראי במקרה שהמפיץ המתחרה מבצע הפצה בטרטוריה.

על-פי השקפתנו, שלפיה היסוד להגנת המפיץ המתחרה הוא בעיקרון של חופש הקניין, הרי שחופש זה איננו מצדיק פעילות בלתי-הוגנת, המסכלת את ההתקשרות הבלעדית באמצעות חוליות מרוחקות מן המתקשרים. עם זאת, יש לשוב ולזכור, כי סיכוייה של התביעה בדיני עשיית עושר מושפעים מעוצמתו של האינטרס אשר הגנתו מתבקשת. על-כן תביעתו של המפיץ הבלעדי, בסיטואציה מעין זו, תידחה, ככל שלא רכש מוניטין עצמאיים ביחס למוצר, וזאת משום שהמדובר בניסיון להגן על ציפייה בלבד, ואף אם הרכישה על-ידי המפיץ המתחרה נעשתה תוך שידע על קיום הבלעדיות. לעומת זאת, סיכויי תביעתו של היצרן, המציב למערכה אינטרס מעין-קנייני, הם סיכויים משופרים, כאשר ההכרעה תיחתך על-פי הנסיבות, בעקבות יישום עקרונות האיזון המתוארים מעלה.

יב. הגנתו של המפיץ הבלעדי – פתרונות עקיפים

פסק-הדין בעניין ליבוביץ חושף את המצוקה שאליה נקלע המפיץ הבלעדי בשיתטנו. גם כאשר המפיץ המתחרה מודע לבלעדיות, אין מגיעה כי תועלתה של הבלעדיות תעוקר לעתים קרובות.

שני מצבים טיפוסיים דורשים עיון:

- (1) המפיץ המתחרה רוכש את המוצרים מן היצרן.
- (2) המפיץ המתחרה רוכש את המוצרים ממפיץ אחר, המשמש צד סמוך ליצרן או מרוחק הימנו.

כאמור, אין הדין מספק למפיץ הבלעדי פתרון משכיע-רצון. נבחן עתה את דרכי ההגנה החוזיות הפתוחות לפני המפיץ הבלעדי.

- (1) בסיטואציה הראשונה יוכל המפיץ הבלעדי לשפר את עמדתו לעומת מצב הדין כיום, על-ידי התנאות שניים, בהסכם בינו לבין היצרן:

(א) היצרן יתחייב להתנות בחוזה העתידי שבין היצרן למפיץ המתחרה, כי ייאסר על המפיץ המתחרה למכור בטריטוריה, וכן יתחייב היצרן לאכוף הוראה עתידית זו¹⁵⁵.

(ב) החוזה בין המפיץ הבלעדי ליצרן יבטיח יריבות ישירה בין המפיץ הבלעדי למפיץ המתחרה, וזאת באמצעות אחד המוסדות המאפשרים זאת: (א) התחייבות של היצרן, כי החוזה שבין היצרן למפיץ המתחרה יהיה חוזה לטובת צד ג, דהיינו: לטובת המפיץ הבלעדי, ביחס לאיסור התחרות; (ב) המחאת זכות¹⁵⁶; או (ג) הרשאה בלתי-חוזרת לטובת המפיץ הבלעדי לפעול בשם היצרן כנגד

155 אפשר שהתנאה שנייה זו תוסף מכללא, גם בהעדר קביעה מפורשת, אולם מובן, כי הדבר מסופק.

156 אולם נראה, כי לא תוכל להתבצע המחאה, כאמור, טרם התקשרותו של היצרן עם המפיץ המתחרה. דומה, שעל הזכות המומחית להיות שרירה כבר בעת ההמחאה, אף כי מועד פרעונה יכול שיהיה בעתיד. ראה ע"א 263/70 בנק ליצוא בע"מ נ' בל"ל בע"מ, פ"ד כד(2) 672; ע"א 263/70 בנק ליצוא בע"מ נ' בל"ל בע"מ, פ"ד כד(2) 672.

המפיץ המתחרה. באופן זה יוכל המפיץ הבלעדי לממש את הזכויות כלפי המפיץ המתחרה¹⁵⁷.

אפס, גם תועלתן של התנאות אלה מוגבל:

אם היצרן יפר את חיובו לכלילת התנאה, כנזכר, בהסכם בינו לבין המפיץ המתחרה (בין אם ביחס לאיסור התחרות ובין אם ביחס ליצירת יריבות באמצעות חוזה לטובת צד ג, כאשר בכך בחרו הצדדים) – תיוותר למפיץ הבלעדי תביעה כספית בלבד¹⁵⁸ כנגד היצרן ורק לעתים תקום לטובתו עילה כנגד המפיץ המתחרה, מכוח העוולה של גרם הפרת חוזה¹⁵⁹.

(2) הסיטואציה השנייה היא המקרה נשוא פסק-דין ליבוביץ. הרכישה מצד המפיץ המתחרה לא נעשתה ישירות מן המפיץ, אלא ממפיץ אחר בחו"ל. בעניין זה, מעבר לקשיים המתעוררים בסיטואציה הראשונה, עומד הקושי הנעוץ בריחוק המשפטי הנוסף שבין הצדדים.

לא יהיה די בהתחייבות של היצרן להתנות עם המפיץ הזר, כי הלה יימנע מהפצה בארץ, אלא תידרש גם התחייבות של המפיץ הזר, שלפיה יתנה עם כל מפיץ נוסף, שגם כל מפיץ נוסף (בעניינו – המפיץ המתחרה) יימנע מהפצה, כאמור. יהיה צורך בהתנאה, שלפיה היצרן יגרום לשרשרת רציפה של המחאות זכות או הרשאות, אשר תיצורנה יריבות בין המפיץ הבלעדי למפיץ המתחרה. אלא שנתק באחת החוליות, דהיינו: הימנעות מהתנאה מתאימה באחת החוליות בשרשרת, יקטע את היריבות בין המפיץ הבלעדי למפיץ המתחרה. נמצא, כי תרופתו של המפיץ הבלעדי, הן בדין הן בחוזה, מוגבלת למדי. ומה מוצא יבור לו?

157 אם לגבי דרך המימוש על-פי ההתנאה הראשונה ספק האם תוסק מכללא, ייקשה הדבר שבעתיים ביחס לזו השנייה. העסקה נותרת בעלת תכלית מסחרית, אף אם מופחתת, גם בהעדר תנאי זה.

158 מימוש זכויותיו של המפיץ הבלעדי באמצעות ההרשאה או באמצעות ההמחאה (אם היא אפשרית כלל בשלב זה, כאמור), אמנם אינו דורש שיתוף פעולה נוסף של היצרן בעתיד, אולם מובן, כי יצירת הזכות המהותית כלפי המפיץ המתחרה, נשוא המימוש, אינה אפשרית בדרך-כלל ללא שיתוף פעולה כזה.

159 יש עוד להעיר, כי תעלינה שאלות מתחום דיני ההגבלים העסקיים, באשר לתקפותן של תניות מסוג זה. ההגבל העסקי עלול להימצא הן בחוזה שבין היצרן למפיץ הבלעדי, שעל-פיו מתחייב היצרן ליצור הגבלות מתאימות על מפיצים אחרים, הן בחוזה שייצרך בין היצרן למפיץ המתחרה, ובו תופיע הגבלה לגבי שיווק בטריטוריה הבלעדית. ביחס לחוזה מן הסוג השני יש לציין, כי סעיף 6(3) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, לא יתול לשם הגנה על חוקי התווה, משום שאין מדובר כלל בכבילת המפיץ המתחרה מפני רכישה מיצרן מתחרה, אלא ממכירה הלאה, באופן המתחרה במפיץ אחר.

חוזה מן הסוג השני הוא, כנראה, הסדר כובל על-פי סעיף 2(ב)(3) לחוק, שכן הוא מגביל את המפיץ המתחרה ביחס לחלוקת השוק, לפי מקום העיסוק. פני הדברים ביחס לחוזה מן הסוג הראשון סבוכים יותר. אין ההגבלה ביחס לחלוקת השוק חלה על היצרן, הצד להסדר, אלא שעל היצרן לגרום ליצירתה של הגבלה זו אצל צד שלישי. ייתכן שניתן לומר, כי חבותו של היצרן מפותחת את התחרות בינו ליצרנים אחרים לצורך סעיף 2(א) לחוק, ועל-כן גם הסדר זה הוא כובל.

עוד ניתן להעיר, כי על-פי סעיף 6 לחוק עשוי כל אחד מן הצדדים במשולש היחסים להיראות כצד להסדר הכובל שבין צמד הצדדים האחר, בהנחה (אשר בדרך-כלל תתמשש למעשה) כי אותו צד ידע על ההסדר שבין האחרים. אם פעל למימוש של ההסדר האחר, בוודאי ידאו אותו כמי שהתאס את פעולותיו להסדר על-פי סעיף 6 לחוק.

דומה, כי אין מנוס מהכרה בחולשתה היחסית של זכות הבלעדיות – הכרה אשר תוביל את המפיץ הבלעדי לדרוש התנאות מן הסוג הנזכר. כאמור, אין בהן כדי להבטיח ללא ערעור יצירתה של יריבות כלפי המפיץ המתחרה והפסקתו של היבוא המקביל, אולם במסגרתן עשוי המפיץ הבלעדי למצוא, לכל המצער, תרופה כספית באמצעות גביית ערובות מתאימות מן היצרן, שלפיהן יהיה אחראי כספית לתוצאות המסכלות את התועלת שבבלעדיות או לחלקן. לעתים, כאמור, התנאות אלה גם תאפשרנה יריבות ישירה כלפי המפיץ המתחרה.

יג. סיכום

1. ביצועו של יבוא מקביל פוגע הן באינטרסים של היצרן והן באינטרסים של המפיץ הבלעדי. בדרך-כלל קצרה ידם של תוואי המשפט ה"סלוליס" להרחיב את תחום השפעתה של הבלעדיות החוזית אל מעבר למערכת-היחסים שבין היצרן למפיץ הבלעדי. בין מוסדות משפטיים אלה ניתן למנות את העוללות של גרם הפרת-חווה וגניבת-עין, ואת דיני סימני-המסחר.

עם כשלונן של עילות אלה לספק הגנה לאינטרסים האמורים, מתעוררת במלוא עוקצה שאלת מעמדה של הזכות למוניטין בזכות אוטונומית – "זכות לגופה" – להבדיל מ"מעטפת תיאורטית" בלבד.¹⁶⁰ לזכויות מוכרות אחרות. עסקנו במעמדה של הזכות למוניטין במשפטנו בכלל, ובמצבו של המפיץ הבלעדי, בפרט.

2. מצאנו, כי פסק-דין ליבוביץ מאמץ את הדעה, העולה, לדעת בית-המשפט, מפסיקה קודמת של בית-המשפט העליון, ולפיה הזכות למוניטין היא זכות קניינית, כמובן המלא והתורתי של מושג זה.

הצבענו על כך, כי האסמכתאות הקיימות אינן תומכות למעשה בהשקפה זו, שכן באותם מקרים לא נאלץ בית-המשפט להכריע בסוגיית הקנייניות, בהקשר של ההגנה על זכות המוניטין מפני נטילה או הפרעה על-ידי צד זר – הקשר המתעורר ביחס לסוגיית היבוא המקביל.

כמורכב ביקשנו להוכיח, כי התפישה הקניינית באשר לזכות למוניטין איננה מתיישבת עם תבנית שיטתנו ביחס לרכוש הרוחני, בכלל, ואיננה מוצדקת לגופה. כן נדרשים קווי-עיצוב "עדינים" יותר ביחס להגדרת תחומיה וסייגיה של הזכות, וביחס להגנות הראויות כנגד תביעתו של בעל-הזכות. ההסדר של הגנת הקניין המוחשי איננו תואם את הסוגיא, שכן כאן ניצב כנגד האינטרס של בעל-הזכות גם אינטרס הכלל לחופש תחרות ועיסוק. עיצובה השונה של הזכות צריך להיעשות באמצעות חקיקה, והיצירה השיפוטית איננה מתאימה לכך.

3. אליבא דפסק-דין ליבוביץ, זכות הקניין במוניטין המתלווים למוצר נתונה בדרך-כלל ליצרן, ולא למפיץ הבלעדי. אולם גם היצרן איננו יכול לעצור מכוח

160 ברוח התפישה של השופט זילר בפסק-דין יוניטר ספורט (לעיל, הערה 9).

זכות זו את הפעילות המתחזקת, שכן הוא נתפש כמי שהתיר, לאחר העסקה הראשונה, כל עסקה נוספת במוצרו, אשר תיעשה על-ידי הרוכש לאחר-מכן. איננו חולקים על מסקנה זו בנסיבות, אם כי הנמקתנו שונה.

4. דיני עשיית עושר ולא במשפט מהווים גורם חשוב בהגנת המוניטין. עוצמתו של האינטרס המוגן משליכה על עוצמת ההגנה. אינטרס המסתכם בציפייה בלבד לא יוגן כלפי פגיעות אשר אינן מלוות בחוסר-הגינות או בנסיבות מיוחדות. להשקפתנו, הזכות למוניטין היא זכות מעין-קניינית, אשר הגנתה בדיני עשיית עושר ולא במשפט היא נרחבת יותר.

בהקשר של היבוא המקביל, אף כי היצרן הוא בעל אותה זכות מעין-קניינית, הרי שאותם שיקולים שצוינו ואשר מגינים על המפיץ המתחרה מפני תביעה קניינית יגנו עליו גם מפני תביעה בדיני עשיית עושר ולא במשפט.

האינטרס של המפיץ הבלעדי מתמקד בציפייה בלבד, ולכן רמת ההגנה עליו נמוכה.

5. על-פי הדין כיום, מצברו של המפיץ הבלעדי איננו נוח. בלעדיותו זוכה להגנה מצומצמת מאוד כלפי מפיץ מתחרה. חולשתו של אינטרס הבלעדיות מעוגנת יפה בכללים המשפטיים, אולם יוצרת קושי של ממש בפיתוחו ובמימושו של מוסד הבלעדיות, מבחינת הגיונו המסחרי. במצב דברים זה, אשר נותר למפיץ הבלעדי הוא לחתור להתנאות מתאימות ביחסים עם היצרן (התנאות אשר תיארגו בחיבור זה), שיהיה בהן כדי לצמצם את הסיכון לסיכול הבלעדיות על-ידי מפיץ מתחרה.