



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 55012-05-21 ישאלינור ייעוץ בע"מ ואח' נ' מסיבתא 2018 בע"מ

לפני כבוד סגנית הנשיא, השופטת כרמלה האפט

התובעים: 1. ישאלינור ייעוץ בע"מ
2. פול קהלני
ע"י ב"כ עו"ד יעקב לשצ'ינסקי

נגד

הנתבעת: מסיבתא 2018 בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד תומר אפלדורף

פסק דין

תביעה בגין הפרת סימן מסחר, גניבת עין, התערבות בלתי הוגנת ועשיית עושר ולא במשפט.

האם הנתבעת הפרה את סימן המסחר של התובעים? האם התנהלותה של הנתבעת עולה כדי גניבת עין ו/או התערבות בלתי הוגנת? האם לתובעים עילת תביעה מכוח חוק עשיית עושר ולא במשפט? ככל שהתשובה לאיזו משאלות אלה חיובית, מה הם הסעדים ההולמים בנסיבות העניין?

ובתשובה;

הנתבעת לא הפרה את סימן המסחר של התובעים; לא הוכח יסוד המוניטין המהווה תנאי בלעדיו אין לגיבושה על עוולת גניבת העין; לא מתקיימים היסודות המגבשים עילת תביעה בגין התערבות בלתי הוגנת; לא הוכחו היסודות המגבשים עילת תביעה מכוח חוק עשיית עושר ולא במשפט. אין מקום לפיכך לפסוק סעד כלשהו לטובת התובעים בנסיבות העניין, ותביעתם נדחית.

רקע

1. התובעת 1 (להלן: "התובעת") היא הבעלים של חנות בשם hiphip בעיר בני ברק (להלן: "החנות") ושל אתר אינטרנט תחת שם המתחם www.hiphip.co.il (להלן: "אתר התובעת") במסגרתם נמכרים טובין בתחום המסיבות, כלים חד פעמיים ואביזרים לאירועים ולימי הולדת.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 55012-05-21 ישאלינור ייעוץ בע"מ ואח' נ' מסיבתא 2018 בע"מ

2. התובע 2 (להלן: "התובע") הוא בעליה של התובעת, וכן בעליו של סימן מסחר מעוצב וצבעוני מספר 279531 (להלן: "הסימן" או "סימן המסחר") אשר למען הנוחות יובא כפי שהוא מופיע בפנקס סימני המסחר:



במסגרת תעודת רישום הסימן, צוין כי הסימן מוגבל לצבעים אדום, כתום, ירוק, תכלת, סגול, ורוד הנראים בסימן, וכי הסימן נרשם עבור "מכירה ושיווק של מוצרים למסיבות ואירועים בתחום כלים חד פעמיים באמצעות אתר אינטרנט".

3. הנתבעת הנה חברה הנותנת פתרון כולל לחנויות העוסקות במכירת מוצרים למסיבות, לימי הולדת ולאירועים. הנתבעת עוסקת בהפצת סחורה באמצעות סוכני שטח ובאמצעות חנות מקוונת, כאשר מרבית לקוחותיה של הנתבעת הם סיטונאיים ולא לקוחות פרטיים.

עיקרי טענות הצדדים

4. התובעים טוענים, כי התובעת היא בעלת מוניטין רב בתחום המוצרים למסיבות, לאירועים, לימי הולדת ובתחום הכלים החד פעמיים, וכי היא מהמובילים בתחום בארץ. מוניטין התובעת בתחום זה משויך לסימן "hip hip" באנגלית ו"היפ היפ" בעברית.

התובעים מוסיפים וטוענים כדלקמן:

5. במהלך חודש אפריל 2021, נדהם התובע לגלות, בעקבות תלונות צרכנים, כי הנתבעת מפרסמת עצמה במסגרת האינטרנט תוך שימוש מטעה במכוון בשם "היפ היפ". כך, הקשת המילים "היפ היפ" במנוע החיפוש גוגל, הובילה לרשימת תוצאות, אשר השנייה מביניהן היא מודעה



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 55012-05-21 ישאלינור ייעוץ בע"מ ואח' נ' מסיבתא 2018 בע"מ

שכותרתה "היפ היפ – קישוטים למסיבות – www.mesibata.co.il". כותרת זו הנה קישור אשר לחיצה עליו מובילה לאתר הנתבעת. זאת, תוך הטעיית קהל הגולשים לחשוב כי אתר הנתבעת הוא אתר התובעת (להלן: "המודעה").

6. כך, לקוחות התובעת אשר ביקשו להגיע לאתר התובעת, הגיעו בפועל לאתר הנתבעת, כאשר קיים חשש סביר כי אותם לקוחות חשבו בטעות שאתר הנתבעת קשור אל אתר התובעת ואל התובעת. זאת, לאור השימוש שנעשה במודעה במילים "היפ היפ" בצירוף עם התיאור "קישוטים למסיבות". הסימן "היפ היפ" הוא מבחין לעניין קישוטים למסיבות, ואילו הסימן "מסיבתא" או "mesibata" איננו מבחין בנוגע לקישוטי מסיבות שכן הוא מכיל בתוכו את המילה "מסיבה".

7. לא זו בלבד שהמודעה עושה שימוש במילים "היפ היפ" כמילת חיפוש המקושרת לפרסום, אלא שמילים אלה מופיעות גם בכותרת הקישור עצמו, בתחילת המשפט.

8. המודעה מהווה גניבת עין בהתאם לסעיף 1 לחוק עוולות מסחריות, תשנ"ט-1999 (להלן: "חוק עוולות מסחריות"). מטרת השימוש במילים "היפ היפ" הייתה להטעות גולשים לחשוב שאתר הנתבעת הוא אתר התובעת.

9. המודעה עולה גם כדי התערבות בלתי הוגנת בהתאם לסעיף 3 לחוק עוולות מסחריות, כאשר הנתבעת, באמצעות המודעה, הכבידה על לקוחות, באופן בלתי הוגן, את הגישה לאתר התובעת.

10. המודעה מהווה גם הפרת סימן המסחר של התובעת.

11. מעשי התובעת עולים כדי עשיית ועשר ולא במשפט, שכן הנתבעת הרוויחה עשרות אלפי ש"ח כתוצאה מהמודעה.

12. בעקבות מעשי הנתבעת שפורטו לעיל, נגרמו לתובעת נזקים בסך של 100,000 ₪, בגין הפסד לקוחות ודילול מוניטין.

13. ביום 11/4/2021 שלחה התובעת באמצעות בא כוחה מכתב התראה לנתבעת, במסגרתו התבקשה הסרת המודעה ונדרשו פיצויים. מכתב זה לא נענה על ידי הנתבעת.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 55012-05-21 ישאלינור ייעוץ בע"מ ואח' נ' מסיבתא 2018 בע"מ

14. על כן, מבוקש לחייב את הנתבעת לשלם לתובעים סך של 100,000 ש"ח, וכן שכ"ט עו"ד והוצאות.

15. מנגד, טוענת הנתבעת כי התובעים אינם זכאים לסעד כלשהו.

הנתבעת מוסיפה וטוענת כדלקמן:

16. לתובעים אין, לא הייתה ולעולם לא תהיה, כל זכות בצירוף המילים "היפ היפ". לתובע סימן מסחר מעוצב, המוגבל ומצומצם לפלטת צבעים מסוימת ביחס לצירוף "hip hip hooray" יחד, מה שאיננו מקנה לתובעים זכות למנוע שימוש בצירוף המילולי הגנרי "היפ היפ" בהקשר של מסיבות ואירועים. המשפט "hip hip hooray" מהווה משפט גנרי בתחום המסיבות והאירועים והתובעים, לעולם לא היו מקבלים בו בלעדיות, אילו היו מבקשים לרושמו כסימן שאינו מעוצב. המילים hip hip או "היפ היפ" הן חלק מהצירוף הגנרי "hip hip hooray" ואינן מזוהות עם התובעים. המשמעות הנובעת מכך היא שלתובעים הגנה מצומצמת מאוד בעיצוב המסוים, הכולל את כל האלמנטים והצבעים הספציפיים שהתבקשו.

17. צירוף גנרי, ולמצער תיאורי, איננו יכול להוות עילה לתביעה בעוולה של גניבת עין, התערבות בלתי הוגנת או עשיית עושר ולא במשפט.

18. בין הצדדים אין יריבות. מודעות הפרסומת מושא התביעה נעשתה שלא על דעתה של הנתבעת, בטעות, על ידי ספק שירותים קטן וחיצוני (להלן: "מר טים"). הן הנתבעת והן מר טים פנו באופן מיידי לתובעים בעקבות מכתב ההתראה, והבהירו להם את פשר הטעות, שגם תוקנה באופן מיידי.

19. מדובר בזוטי דברים, שנבעו מטעות אנוש של מר טים ולא חלילה מכוונת זדון. המודעה הופיעה לתקופה קצרה בת שלושה שבועות בלבד. על המודעה הקליקו 56 פעמים בלבד, וסביר כי עיקר המקליקים הם התובעים, או מי מטעמם לרבות בא כוחם או מי מטעמו; אף לא עסקה אחת נקשרה על ידי מי מהמקליקים, והעלות הכוללת של המודעה הייתה 73.52 ₪ בלבד.





בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 55012-05-21 ישאלינור ייעוץ בע"מ ואח' נ' מסיבתא 2018 בע"מ

20. כאשר התובעת עשתה את צעדיה הראשונים, פנו התובעים לנתבעת בבקשות לשיתוף פעולה, והנתבעת סייעה לתובעים בייעוץ ובמידע, ללמדך מי ותיקה יותר בשוק ובעלת מוניטין רב יותר בשוק.
21. עצם רכישת שם מתחם ושימוש בו, איננו מקנה מוניטין ואיננו מקנה אופי מבחין ביחס לצירופי האותיות שנבחרו לשם המתחם.
22. אילו הייתה מבקשת הנתבעת או מי מטעמה להטעות את הגולשים, לא היה מופיע שמה של הנתבעת בכותרת המודעה, בתוכנה או באתר אליו המודעה מובילה.
23. אתר הנתבעת, אליו מובילה המודעה, איננו דומה במאום לאתר התובעים.
24. לתובעים לא נגרם נזק כלשהו.
25. משכך, יש לדחות את התביעה תוך חיוב התובעים בהוצאות.

המסגרת הראייתית

26. מטעם התובעים העיד התובע (תצהיר עדות ראשית מטעמו סומן ת/1).
27. מטעם הנתבעים העידו הגב' ענבר דקל רפאל (להלן: "גב' ענבר"), הבעלים והמנכ"ל של הנתבעת (נ/1); ומר טים לדין (להלן: "מר טים") (נ/2).
28. אתיחס לעדויות ולראיות שהוגשו מטעם הצדדים במסגרת הדיון שלהלן, בהתאם לדרוש.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 55012-05-21 ישאלינור ייעוץ בע"מ ואח' נ' מסיבתא 2018 בע"מ

דין

הפרת סימן מסחר

המסגרת המשפטית – הפרת סימן מסחר

29. סעיף 1 לפקודת סימני המסחר [נוסח חדש], תשל"ב-1972 (להלן: "הפקודה") מגדיר מהי "הפרה", ובלשונו:

"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;"

באשר לאופן בחינת הדמיון בין שני סימני מסחר שאינם זהים, יפים הדברים שנקבעו ברע"א 5454/02 טעם טבע (1988) טיבולי בע"מ נ' אמברוזיה סופהרב בע"מ, פ"ד נו(2) 438, 448, מפי כבי' השופט [כתוארו אז] א' גרוניס (להלן: "עניין טעם טבע") לפיהם:

"מהי הדרך לבחינת הדמיון בין סימני מסחר שאינם זהים? לצורך ניתוחה של שאלה זו נביא את נוסחו של סעיף 11(9) לפקודה, המונה את אחד מסוגי הסימנים אשר אינם כשירים לרישום:

'סימן הזהה עם סימן שהוא שייך לבעל אחר וכבר הוא רשום בפנקס לגבי אותם טובין או טובין מאותו הגדר, והוא הדין בסימן הדומה לסימן כאמור עד כדי שיש בו להטעות'.

מן הסעיף שלעיל עולה כי לא כל דמיון יספיק על-מנת לפסול את רישומו של הסימן; רק כאשר עלול הדמיון לגרום להטעה בין שני הסימנים, נאמר כי הסימן שמבקשים לרשום איננו כשיר לרישום. כלומר, המבחן אשר אומץ הינו מבחן 'הדמיון המטעה'.... אף בתביעות הפרה נדרש התובע להוכיח כי הסימן האחד דומה לאחר עד כדי הטעיית הציבור. הבחינה תיעשה ביחס לאנשים בעלי היגיון רגיל, הנוהגים בשקידה סבירה (ע"א 210/65 בנק אגוד לישראל בע"מ נ' בנק "אגודת ישראל" בע"מ [6], בעמ' 677)...."





בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 55012-05-21 ישאלינור ייעוץ בע"מ ואח' נ' מסיבתא 2018 בע"מ

30. בעניין טעם טבע סיכם בית המשפט העליון את המבחנים העיקריים שנקבעו בפסיקה לצורך הכרעה בשאלת קיומו של דמיון מטעה – הידועים בכינויים "המבחן המשולש":

"(א) מבחן המראה והצליל – זהו המבחן המרכזי מבין השלושה. מהותו של מבחן זה הינה השוואת החזות והצליל של שני הסימנים לצורך בחינת מידת הדמיון ביניהם. קביעת קיומו, או היעדרו, של דמיון תיעשה תוך השוואת שני הסימנים בשלמותם אף כאשר כוללים הסימנים רכיב משותף שהינו תיאורי במהותו (ראו: Bale & Church [15]; Re Christiansen's Trade Mark (1886) [16]; Ltd. v. Sutton, Parsons & Sutton (1934) [16] וכן זליגסון בספרו הנ"ל [30], בעמ' 82). אין מדובר בהשוואה מדוקדקת של כל הברה בנפרד, שהרי אדם המכיר היטב את שני הסימנים ממילא איננו צפוי להתבלבל ביניהם. תחת זאת יש ליתן משקל לרושם הראשוני שנוצר בעת השוואת הסימנים תוך מתן דגש לכך שזיכרונו של הצרכן הממוצע אינו מושלם (ראו המי' (ת"א) 4226/57 ינסון את ניקולסון נ' אייגר [12], בעמ' 196-197)...."

(ב) מבחן סוג הסחורות וחוג הלקוחות – מבחן סוג הסחורות איננו מתמצה אך בשאלת הדמיון בין המוצרים, אלא הוא עוסק אף בהשפעת סוג המוצרים הנדונים על מידת הסכנה להטעה. כך למשל נקבע כי כאשר מדובר במוצרים שעלותם גבוהה או בשירותים בעלי חשיבות גבוהה, ייטו הצרכנים לערוך בדיקה מעמיקה יחסית טרם ביצוע העיסקה. על-כן הסיכוי לטעות קטן יותר (ע"א 2626/95 הנ"ל [8], בעמ' 805-806; ע"א 210/65 הנ"ל [6], בעמ' 676; Pianotist Co.'s Application (1906) [19], at pp. 777-778). אף מבחן חוג הלקוחות מורכב משני עניינים משלימים: האחד, אם המוצרים פונים לאותו חוג לקוחות; השני, כיצד משפיעה זהותם של הלקוחות הנוהגים לרכוש את הסחורה על הסיכוי להטעה. ככל שמדובר בחוג לקוחות מצומצם ומובחן, בעל כושר הבחנה מפותח יותר, כך פוחתת סכנת ההטעה....

(ג) יתר נסיבות העניין – מבחן זה הינו מבחן לוואי המאגד בתוכו את שאר הנסיבות הספציפיות של המקרה אשר לא הובאו בחשבון במסגרת המבחנים האחרים. כך למשל נקבע כי בעת דיון בהתנגדות לרישום של סימן מסחר ישנה חשיבות למידת הפרסום שממנו נהנה הסימן המהווה עילה להתנגדות (בג"ץ 197/51 קוקה קולה נ' השותפות ויטה [11], בעמ' 783)...."
[ההדגשה נוספה על ידי – כ.ה.]

31. באשר לסימן מסחר מעוצב, להבדיל מסימן מסחר מילולי, דהיינו סימן מסחר הכולל אלמנטים נוספים מלבד המילים עצמן, נקבע בהחלטת רשם סימני המסחר מספר 297916 בעניין



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 55012-05-21 ישאלינור ייעוץ בע"מ ואח' נ' מסיבתא 2018 בע"מ

שחר בן פורת נ' איילת רוני טל (פורסם בנבו, 10/5/2021, פסקה 24 להחלטה מפי כב' הרשם אופיר אלון), כי ההגנה עליו הינה צרה יותר:

"כאמור, סימן נבחן בכללותו ולא ניתן להתעלם מרכיבים הכלולים בסימן. בחירתו של בעל סימן מסחר לרשום סימן בצורתו המעוצבת הינה בעלת יתרונות וחסרונות, ועל בעל סימן לבחון יתרונות וחסרונות אלו בבואו להגן על סימנו. אכן, היקף ההגנה של סימן מעוצב הינו צר יותר מהיקף ההגנה של סימן מילולי".

מן הכלל אל הפרט – הפרת סימן מסחר

32. על פי תעודת הרישום שצורפה כנספח הן לכתב התביעה והן לכתב ההגנה, הסימן נרשם באופן מעוצב, ולא מילולי. ודוק; הסימן כולל צירוף של שתי מילים בשפה האנגלית: hiphip ו-hooray, והוא מוגן בצורתו המעוצבת, אשר למען הנוחות תובא שוב:



33. עוד אזכיר, כי בתעודת רישום הסימן צוין מפורשות כי הסימן מוגבל לצבעים אדום, כתום, ירוק, תכלת, סגול וורוד הנראים בסימן.

34. בכותרת המודעה, נעשה על ידי הנתבעת השימוש במילים "היפ היפ" בעברית, באופן שאיננו מעוצב ואיננו צבעוני. אם כן, עסקינן בסימנים שאינם זהים, ועל כן, בהתאם לעניין טעם טבע, יש להשוות בין שני הסימנים – זה המעוצב המצוי בבעלות התובעת לעומת זה שנעשה בו שימוש בכותרת המודעה על ידי הנתבעת – בשלמותם, דהיינו תוך התייחסות למלוא האלמנטים הכלולים בהם (לרבות מילים, עיצוב, צבעים ושפה), זאת באמצעות "המבחן המשולש";

35. מבחן המראה והצליל: השוואה בין שני הסימנים בשלמותם מלמדת על כך שהסימן הרשום כולל שתי מילים בשפה האנגלית: "HIPHIP" ו-"HOORAY", כאשר הראשונה מובלטת יותר, ומעוצבת באופן מובחן וצבעוני מאוד, כאשר כל אות מצויה בתוך עיגול נפרד בצבע שונה, והשנייה





בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 55012-05-21 ישאלינור ייעוץ בע"מ ואח' נ' מסיבתא 2018 בע"מ

בעלת עיצוב סולידי יותר. הסימן שבו נעשה שימוש בכותרת המודעה לעומת זאת, הוא במילים "היפ היפ" בשפה העברית, ללא כל עיצוב או צבע.

הדמיון היחיד בין שני הסימנים, אם כן, הוא המילה "HIPHIP" בסימן התובעים אל מול המילים "היפ היפ" בכותרת המודעה. מילים אלה דומות אמנם בצליליהן, אולם שעה שמדובר בגלישה באינטרנט, במסגרתה הגולש נחשף לטקסט כתוב ואיננו שומע את אופן הגיית הסימנים, מבחן הצליל הוא בעל משמעות פחותה משמעותית בהשוואה למבחן המראה. כאשר מפעילים את מבחן המראה ומשווים בין נראותם של שני הסימנים, ניתן להיווכח כי אין ביניהם דמיון מטעה, שעה שבמסגרת השימוש במילים "היפ היפ" במודעה, לא נעשה שימוש במגוון האלמנטים הכלולים בסימן, דהיינו עיצובו לרבות צבעיו; ובכל מילותיו – במסגרת הסימן נעשה שימוש בשתי מילים באנגלית ("hip hip hooray"), כאשר במסגרת המודעה נעשה שימוש רק באחת מבין שתי מילים אלה, ובתעתיק עברי המפצל את המילה לשתי מילים ("היפ היפ").

השימוש במילים "היפ היפ" בכותרת המודעה, איננו יוצר אפוא חשש לדמיון מטעה לסימן התובעים, באשר מדובר בשימוש באלמנט אחד, לכל היותר, מבין מגוון האלמנטים הכלולים בסימן.

בשולי עניין זה אציין כי שימוש שנעשה על ידי התובעת במילה "היפהיפ" (במילה אחת) בעברית במסגרת פרסומים ברשתות החברתיות, כפי שעולה מראיות התובעים, איננו מעלה ואיננו מוריד לעניין מבחן המראה והצליל, שכן ההשוואה הרלוונטית בבחינת שאלת הפרת סימן מסחר, היא בין הסימן הרשום – להבדיל מהסימן שנעשה בו שימוש בפועל על ידי התובעת – לבין השימוש שנטען לגביו כי הוא מפר.

36. מבחן סוג הסחורות וחוג הלקוחות: מוצרי התובעת ומוצרי הנתבעת – שהנם בעיקרם כלים חד פעמיים ומוצרים למסיבות ולאירועים – הם מסוג דומה. אף חוג הלקוחות אליו פונים מוצרי התובעת ומוצרי הנתבעת הוא דומה, וזאת הגם שהנתבעת מוכרת סחורה גם לסיטונאים; בסופו של עניין, אתר הנתבעת מופנה גם לצרכן הקצה, בדומה לאתר התובעת. צינורות השיווק באמצעותם משווקים מוצרי התובעת והנתבעת, דומים גם הם, בהיותם משווקים גם באמצעות האינטרנט.

לא מצאתי בעניינינו נסיבות המצריכות דיון במבחן השלישי, הוא מבחן יתר נסיבות העניין.

37. הנה כי כן, הגם שסוג הסחורות וחוג הלקוחות של התובעת והנתבעת הנם דומים, מבחן המראה והצליל – שהנו המבחן המרכזי והדומיננטי ביותר במסגרת המבחן המשולש (ראו: עניין טעם טבע, בעמ' 451), מצביע באופן מובהק על היעדר דמיון מטעה בין הסימן לבין המילים "היפ היפ" בהן נעשה שימוש בכותרת המודעה.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 55012-05-21 ישראלינור ייעוץ בע"מ ואח' נ' מסיבתא 2018 בע"מ

כאמור, ההגנה על סימן מסחר מעוצב, כבענייננו, ובפרט כזה המוגבל מפורשות לפלטת צבעים מסוימת, הנה מוגבלת ומצומצמת. התעלמות מעיצובו של הסימן, מצבעיו, מכל מילותיו ומהשפה בהן הופיעו, וקביעה כי לתובעת בלעדיות גם במילים "היפ היפ" בעברית באופן בלתי מעוצב, תרוקן מתוכן את העובדה כי הסימן נרשם באופן מעוצב – שהגנתו צרה יותר בהשוואה לסימן מילולי, ואת הבחירה לכלול בו שתי מילים בשפה האנגלית; ותבטא הלכה למעשה התעלמות ממכלול האלמנטים המרכיבים את הסימן.

38. למעלה מן הצורך אציין, כי התובעים לא העלו טענה בדבר קיומו של סימן מסחר מוכר היטב (אשר הוכחת יסודותיו מקנה הגנה לבעליו אף ללא רישום בפנקס סימני המסחר), המצוי בבעלותו של מי מהם. מכל מקום, אפילו הייתה מועלית ומוכחת בענייננו טענה בדבר קיומו של סימן מסחר מוכר היטב, לא היה בכך כדי לסייע לתובעים, שכן סעיף 59(ב) לפקודה קובע:

"לענין הפרה לגבי סימן מסחר מוכר היטב שאינו סימן מסחר רשום יהא התובע זכאי לסעד בדרך של צו מניעה בלבד."

39. בענייננו, התובעים כלל אינם מבקשים צו מניעה (שכן צו זה כלל אינו נדרש לאור הסרת המודעה על ידי הנתבעת עם קבלת מכתב ההתראה, בטרם הגשת כתב התביעה בתובענה דנן), והסעד המבוקש על ידם הנו פיצוי בלבד.

40. עוד אעיר בשולי עניין זה, כי אפילו הייתי קובעת כי הנתבעת הפרה את הסימן, לא היה מקום לפסוק פיצוי כלשהו לטובת התובעים. ודוק; סעיף 59(א) לפקודה מאפשר לפסוק לטובת תובע בתביעת הפרת סימן מסחר "דמי נזק", דהיינו פיצוי נזיקי הטעון הוכחה. במסגרת הוכחת נזקיו, על התובע "להוכיח שספג הפסדים המתבטאים באובדן פלח שוק מסוים או בפגיעה בערכו הכלכלי או התדמיתי של סימנו הרשום ואף בהשתלטות או בהשתלחות עוינת בסימנו או בתדמיתו. בעל הסימן הרשום צריך להוכיח שאלמלא האקט המופר הוא היה מוכר יותר, משיג לקוחות נוספים, נהנה יותר מתדמיתו החיובית של סימנו הרשם או מבצע עסקאות מסחריות נוספות תוך שימוש בסימן הרשום..." (עמיר פרידמן **סימני מסחר: דין פסיקה ומשפט משווה** כרך ראשון 973 (מהדורה שלישית 2010)).

בענייננו, התובעים לא הוכיחו את הנזקים שנגרמו להם לטענתם בפועל כתוצאה מפרסום המודעה, ומשכך אין הם זכאים לפיצוי מכוח הפקודה.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 55012-05-21 ישאלינור ייעוץ בע"מ ואח' נ' מסיבתא 2018 בע"מ

גניבת עין

41. עולת גניבת עין מעוגנת בסעיף 1 לחוק עוולות מסחריות, המורה:

"גניבת עין

1. (א) 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.
(ב) שימוש של עוסק בשמו בתום לב, לשם מכירת נכס או מתן שירות, לא ייחשב כשלעצמו גניבת עין."

42. על פי ההלכה הפסוקה, הוכחתה של עולת גניבת עין, מותנית בהוכחת שני יסודות מצטברים: יסוד המוניטין ויסוד ההטעיה.

יסוד המוניטין

43. הגדרת המושג "מוניטין" נזכרה על ידי כב' הנשיא שמגר ברע"א 371/89 ליבוביץ' נ' א. את י. אליהו בע"מ, פ"ד מד(2) 309 (1990) (להלן: "עניין ליבוביץ'"), ובלשונו:

"המושג מוניטין קשה להגדרה מדויקת וממצה. הכוונה היא לתדמיתו החיובית של המוצר בעיני הציבור, אשר הודות לה קיים שוק של לקוחות-בכוח, אשר מעוניינים ברכישתו" (שם, בעמ' 316)

44. באשר לאופן הוכחת קיומו של מוניטין, יפים הדברים שנאמרו בעניין ע"א 5066-10 שלמה א. אנג'ל בע"מ נ' י. את א. ברמן בע"מ ואח' (פורסם בנבו, 30/5/2013 – להלן: "עניין אנג'ל"), בעמ' 9 לפסק הדין מפי כב' השופט י' עמית:

"על מנת להוכיח קיומו של מוניטין, נדרש תובע להראות כי בנסיבות המקרה הספציפי, השם, הסימן או התיאור זכו להכרה בקהל, שהתרגל לראות בהם כמצביעים על עסקו או סחורתיו של התובע..."



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 55012-05-21 ישראלינור ייעוץ בע"מ ואח' נ' מסיבתא 2018 בע"מ

וכן הדברים שנאמרו בע"א 5792/99 תקשורת וחינוך דתי-יהודי משפחה (1997) בע"מ – עיתון "משפחה" נ' אס.בי.סי. פרסום, שיווק וקידום מכירות בע"מ – עיתון "משפחה טובה", פ"ד נה(3) 933 (להלן: "עניין עיתון משפחה"), מפי כב' השופט מ' חשין, בפסקה 9 לפסק הדין:

"בראש ובראשונה שומה עליו על תובע להוכיח כי רכש מוניטין בטובין או בשירותים שהוא מציע לציבור, לאמור: כי הציבור מזהה את הטובין או את השירותים שבהם מדובר עם עסקו של התובע-הנפגע (לנוחות הדיון נדבר להלן אך בטובין, ודברים שנאמרו יחולו, בשינויים המחויבים, על שירותים אף-הם). פירוש הדברים הוא, שעל התובע להוכיח כי נתקיים בטובין אופי מבחין מיתר הטובין של העוסקים בענף. באין הבחנה בין טובין של התובע לבין טובין של זולתו, לא ניתן לומר כי קם לו מוניטין ייחודי כנדרש. נזכור כי על דרך העולה של גניבת עין יכול תובע שירכוש מונופולין בטובין מסוימים; מונופולין, על דרך הכלל, אינו אהוד, ובצדק כך; חונק הוא תחרות חופשית, מסגיר הוא את הציבור בידיו של בעל-המונופולין, ומכאן התביעה הבלתי מתפשרת כי התובע – הנפגע, לטענתו – יוכיח תחילה שהציבור מזהה את הטובין שבהם מדובר (על דרך של שם, של כינוי של סימן) דווקא עם הטובין שלו. לא יעמוד בנטל זה – לא תקום עילה של גניבת עין. ובלשונו של המלומד א' ח' זליגסון בספרו דיני סימני מסחר ודינים הקרובים להם [37], בעמ' 118:

במשפט בגין גניבת עין צריך התובע להוכיח כי השם, הסימן או התאור רכשו להם הוקרה והכרה (Reputation) בקהל, ושהקהל התרגל לראות בסימן, בתאור או בשם את ציון עסקו או את ציון סחורתיו של התובע. לא יוכל התובע להוכיח זאת – תידחה תביעתו מבלי שבית המשפט יכנס כלל לניתוח השאלה, אם מעשי הנתבע מהווים גניבת עין. "

45. בענייננו, התובעת טוענת כי רכשה מוניטין רב בתחום המוצרים למסיבות ולאירועים ובתחום הכלים החד פעמיים, וכי מוניטין זה משויך למילים "hiphip" ו"היפ היפ". לצורך הוכחת קיומו של מוניטין זה, ניתן היה להציג נתונים על אודות היקף ההשקעה בפרסום אתר התובעת והמוצרים הנמכרים בו; על אודות פלח השוק העושה שימוש באתר התובעת בהשוואה לאתרים מתחרים; עוד ניתן היה להציג חוות דעת ערוכה בידי מומחה רלוונטי; סקר צרכנים וסקר דעת קהל; פרסומים בתקשורת על אודות אתר התובעת; דו"חות בנוגע להכנסות התובעת, מספר ההזמנות המבוצעות באתר התובעת, וכיוצא באלה. ואולם, התובעת לא הציגה ולו ראייה אחת על מנת להוכיח קיומו של מוניטין נטען זה, וטענותיה בעניין זה נותרו בעלמא.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 55012-05-21 ישראלינור ייעוץ בע"מ ואח' נ' מסיבתא 2018 בע"מ

46. אני ערה לטענת התובעים לפיה עצם הכללתן של המילים "היפ היפ" כמילות מפתח במסגרת קמפיין הנתבעת במערכת הפרסום של האתר גוגל (עובדה שאיננה שנויה במחלוקת, כפי שעולה מסעיף 13 לתצהירו של מר טים – נ/2, ומעדותה של גב' ענבר בעמ' 9 לפרוטוקול מיום 23/3/2023) (להלן: "קמפיין המתחרים"), דהיינו ברשימת המילים שבעת הקשתן במנוע החיפוש של גוגל, תופיע ברשימת התוצאות המודעה (שהנה פרקטיקה מקובלת המותרת על פי הדין – ראו ה"פ 506/06 (מחוזי תל אביב) מתאים לי רשת אופנה למידות גדולות בע"מ ואח' נ' קרייזי ליינ בע"מ ואח' (פורסם בנבו, 31/7/2006) (להלן: "עניין מתאים ליי"); ת"א 1147/09 מוסקונה נ' פרופורציה פי.אם.סי בע"מ (פורסם בנבו, 11.9.12); ת"א (ת"א) 48511/07 קליין נ' פרופורציה פי.אם.סי בע"מ, תק-של 2011(3) 59974 (2011)) – מעידה על מוניטין.

אכן, העובדה כי התובעת לא הוכיחה את הרכיבים הנדרשים לביסוס יסוד המוניטין, אין בה כדי להכשיר את מעשי הנתבעת, או כדי להוכיח כי אין לתובעת מוניטין כלשהם. העובדה כי הנתבעת עשתה שימוש במילים "היפ היפ" במסגרת קמפיין המתחרים, מצביעה כי הנתבעת סברה שישנו ערך מסוים בשימוש במילים אלה, וכי לתובעת ישנם לקוחות. יחד עם זאת, אין בכך די כדי להרים את נטל ההוכחה המוטל על כתפי התובעים, באשר להוכחת יסוד המוניטין.

ראו בהקשר זה את דבריה של כב' השופטת ש' נתניהו בע"א 18/86 מפעלי זכוכית ישראליים פניציה בע"מ נ' les verrees de saint gobain, פ"ד מה(3), 224 (1991), בעמ' 233 לפסק הדין, לפיהם:

"מהחיקוי כשלעצמו אין להסיק, אם כן, דבר לעניין הפגיעה במוניטין. תחילה על התובע להוכיח, שאכן רכש מוניטין באופן שהציבור מזהה את המוצר עם המקור, ורק אז תידון שאלת הדמיון וההטעיה".

אמנם, בענייננו אין מדובר בחיקוי, כי אם בשימוש במילים המקושרות לאתר מתחרה בהן נעשה שימוש במסגרת קמפיין המתחרים, אולם אני סבורה כי ניתן להקיש מדברים אלה גם לענייננו.

47. תוצאת האמור, התובעת לא הרימה את הנטל המוטל על כתפיה, ולא הוכיחה בראיות כלשהן קיומו של מוניטין.

ניתן היה להסתפק בכך במסגרת הדיון בעוולת גניבת העין, אך למען שלמות התמונה, אדון גם ביסוד ההטעיה.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 55012-05-21 ישראלינור ייעוץ בע"מ ואח' נ' מסיבתא 2018 בע"מ

יסוד ההטעיה

48. המבחן לבחינת קיומה או היעדרה של הטעיה, הוא מבחן אובייקטיבי, במסגרתו נבחן קיומו של חשש סביר שמצג הנתבע יגרום לצרכן לרכוש בטעות מוצר של הנתבע, שעה שהוא סבור כי הוא רוכש מוצר של התובע. לשם הוכחת יסוד ההטעיה לא נדרשת כוונת הטעיה, ולא נדרשת הוכחת קיומה של הטעיה בפועל. (ראו: עניין אנג'ל, בעמ' 17; ע"א 307/87 מ. וייסברוד ובניו נ' ד.י.ג. ביח"ד למצרכי חשמל בע"מ, פ"ד מד(1) 629, 635 (1990)).

49. המבחן לקיומו של יסוד ההטעיה, נעשה באמצעות "המבחן המשולש", המשמש גם בדיני סימני מסחר, שיסודותיו הם: (א) המראה והצליל; (ב) סוג הסחורה וחוג הלקוחות; (ג) יתר נסיבות העניין. ואולם, "אף שהמבחן המשולש זהה בשמו בעילה של הפרת סימן מסחר ובעילה של גניבת עין, הרי שהוא שונה במהותו, שכן בהפרת סימן מסחר הבחינה תחומה לדמיון בין הסימנים גופם בלבד, בעוד שבגניבת עין נבדק המוצר בכללותו והאם מכלול מעשיו של העוסק גרמו להטעיה ביחס למקור המוצר (עניין אנג'ל, בעמ' 17; וראו גם עניין טעם טבע, בעמ' 450-451).

50. מבחן המראה והצליל: מעבר להשוואה שנערכה לעיל בין הסימן לבין השימוש שנעשה במודעה במילים "היפ היפ", במסגרת הדיון בעולת גניבת העין נדרש להתייחס גם למכלול מעשיה של הנתבעת.

במסגרת בחינת מכלול מעשי הנתבעת, יש ליתן את הדעת לכך שהמילים "היפ היפ" הופיעו בתחילת המודעה, באופן בולט לעין; לעובדת הכללתן במודע של המילים "היפ היפ" ברשימת מילות המפתח במסגרת קמפיין המתחרים שהופק על ידי מר טים עבור הנתבעת, אשר הקשתן במנוע החיפוש "גוגל" תוביל לקבלת המודעה ברשימת התוצאות – דהיינו כי הנתבעת סברה שקיים ערך בשימוש במילים "היפ היפ", אשר עשוי להגדיל את היקף לקוחותיה של הנתבעת; ולעובדה כי בסופו של דבר נכללו מילים אלה במסגרת כותרת ההודעה, בין אם בטעות כטענת הנתבעת ומר טים, ובין אם במכוון כטענת התובעת.

מכלול נסיבות אלה עלול להביא למצב דברים בו גולש ממחר אשר היה מעוניין להגיע לאתר התובעת, הקיש את המילים "היפ היפ" במנוע החיפוש של גוגל, וקיבל ברשימת התוצאות את המודעה. מאחר שהמילים "היפ היפ" הופיעו בתחילת כותרת המודעה, במקום בולט לעין, יתכן כי אותו גולש הסתפק בקריאת תחילתו של המשפט מבלי שהספיק להגיע אל סופו, בטרם הקיש על המודעה, וכך הגיע, בטעות, אל אתר הנתבעת ולא אל אתר התובעת אליו ביקש להגיע מלכתחילה. אכן, אתר התובעת שונה במראהו בהשוואה לאתר הנתבעת. יחד עם זאת, המוצרים שנמכרים בשני





בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 55012-05-21 ישאלינור ייעוץ בע"מ ואח' נ' מסיבתא 2018 בע"מ

האתרים דומים מאוד, וקיים חשש כי אותו גולש היה רוכש באתר הנתבעת את המוצרים שתכנן לקנות באתר התובעת, וזאת שעה שהוא סבור כי מדובר באתר התובעת. זאת, במיוחד בשים לב לעובדה שאתרי אינטרנט הם תחום דינאמי, וכי עיצובם משתנה לעתים קרובות למדי.

יובהר, כי מצב דברים זה שונה מקמפיין מתחרים, שבו מילת המפתח ("היפ היפ" בענייננו), אשר הקשתה במנוע החיפוש "גוגל" מובילה לרשימת תוצאות בה כלולה מודעה המהווה קישור לאתר המתחרה, נותרת "מאחורי הקלעים" ואיננה מהווה חלק מגוף המודעה או מכותרתה; בענייננו, לעומת זאת, מילת המפתח עצמה הופיעה בגלוי בכותרת המודעה, ואף בתחילתה. מובן שמצב דברים זה מעלה באופן משמעותי את הסיכוי כי גולש יטעה, ועל כן קביעותיו של בית המשפט המחוזי בעניין **מתאים לי** – אשר עסקו בקמפיין מתחרים – אינן רלוונטיות בעניין זה. יובהר כי טענת הנתבעת לפיה הכללת המילים "היפ היפ" בכותרת המודעה נעשתה בשגגה, איננה מעלה ואיננה מורידה, שכן כאמור, לצורך הוכחת יסוד ההטעה לא נדרשת כוונת הטעה.

51. באשר ל**מבחן סוג הסחורות וחוג הלקוחות** – הדיון שנערך לעיל בעניין זה לגבי הפרת סימן מסחר, יפה גם כאן.

52. תוצאת האמור, הן על פי מבחן המראה והצליל והן על פי מבחן סוג הסחורות וחוג הלקוחות, קיים דמיון מטעה בין הסימן לבין השימוש שנעשה על ידי הנתבעת במילים "היפ היפ" במסגרת המודעה, ועל כן אני קובעת כי מתקיים בענייננו יסוד ההטעה. יחד עם זאת, כאמור, לא הוכח בפניי קיומו של מוניטין במילים "היפ היפ" אותו רכשו התובעים או מי מהם, אשר הנו בגדר תנאי בלעדיו אין להוכחתה של עוולת גניבת העין.

53. אני דוחה אפוא את טענת התובעת בדבר גניבת עין מצד הנתבעת, וכפועל יוצא דוחה את עתירתם של התובעת בדבר פיצוי ללא הוכחת נזק מכוח חוק עוולות מסחריות.

התערבות בלתי הוגנת

54. סעיף 3 לחוק עוולות מסחריות מורה:

"לא ימנע ולא יכביד עוסק, באופן לא הוגן, על גישה של לקוחות, עובדים או סוכנים אל העסק, הנכס או השירות של עוסק אחר."



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 55012-05-21 ישאלינור ייעוץ בע"מ ואח' נ' מסיבתא 2018 בע"מ

55. יסודות עוולה זו הנם: (1) קיומם של שני עוסקים – התובע והנתבע; (2) הנתבע מונע או מכביד על גישת לקוחות, עובדים או סוכנים אל העסק או אל הנכס או אל השירות של התובע; (3) פעולת הנתבע נעשית באופן בלתי הוגן. (ראו: ת"א 1627/01 מ.ש. מגנטיקס בע"מ נ' דיסקופי (ישראל) בע"מ, (פורסם בנבו, 3/6/2001) בעמ' 4 לפסק הדין, להלן: "עניין מגנטיקס").

56. אין ספק כי היסוד הראשון מתקיים בענייננו, שכן הן התובעים והן הנתבעת פועלות באותו תחום ועסקיהם מתחרים זה בזה.

מניעה או הכבדת גישת לקוחות, עובדים או סוכנים אל העסק או אל הנכס או אל השירות של התובע

57. מתעוררת אפוא השאלה, האם השימוש במילים "היפ היפ" בכותרת המודעה, היה בה כדי למנוע או להכביד גישת לקוחות אל עסקה של התובעת – הוא אתר האינטרנט שלה.

58. בנוגע להכבדת גישה בהקשר של אתר אינטרנט ודרכי תקשורת אלקטרוניות, נקבע בעניין **מגנטיקס** מפי כב' השופט י' זפט, כדלקמן:

"בתקופתנו, תקופת האינטרנט ושאר אמצעי הקשר האלקטרוני, הקשר בין עסק לבין לקוחותיו סוכניו ואף עובדיו מתבצע פעמים רבות באמצעים אלקטרוניים. הלקוח יושב בביתו ומבצע משם הזמנת מוצרים ושירותים בעסקים בכל רחבי תבל, אם באמצעות אתרי מסחר באינטרנט, אם באמצעות דואר אלקטרוני או פקסימיליה ואם בשיחת טלפון. מציאות זו יוצרת דרכי גישה שונות ומגוונות לעסק. הגשמת תכלית החקיקה מחייבת הכרה בכל אחד מאמצעי הקשר האלקטרוני באמצעותם עסק מקיים קשר עם לקוחות עובדים או סוכנים, כ"גישה" לעסק במובנו של סעיף 3 לחוק עוולות מסחריות".

(שם, בעמ' 5)

פרופ' מ' דויטש התייחס אף הוא לסוגיה זו בספרו **עוולות מסחריות וסודות מסחר**, 64-66 (2002), בציינו:

"עוולה זו, הקבועה בסעיף 3 לחוק עוולות מסחריות, אוסרת על מעשים המונעים או המכבידים באופן בלתי הוגן על הגישה לעסק, לנכסיו, או לשירות, של עוסק אחר... יש להתחרות על לבם של הלקוחות, אך לא על דרכי הגישה





בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 55012-05-21 ישאלינור ייעוץ בע"מ ואח' נ' מסיבתא 2018 בע"מ

שלהם לעסק. על אלו להיוותר חופשיות. העוולה נועדה לטפל במקרים של חסימה פיסית או טכנית, ולא במקרים בהם ההכבדה על הגישה של הלקוחות היא תולדה של צבירת יתרון תחרותי (אף אם הוא בלתי-הוגן)... עוולה זו מטפלת אם-כן ב'תעלות' הקשר עם הלקוח, ולא בתכנים האינפורמטיביים המוזרמים בתעלות אלו. דוגמא לתחולת העוולה יכולה להיות מקרה של 'הצפה' של דרכי תקשורת אלקטרוניות של עוסק אחר במסרים סתמיים, על-מנת להכביד על פניות של לקוחות אל אותו עוסק... כאמור לעיל, סעיף 3 לחוק עוולות מסחריות לא נועד לקבוע איסור כללי מפני תחרות בלתי-הוגנת. שידול לקוחות, אף אם הוא 'רוכב' על גבי המוניטין של התובע, עדיין אינו בגדר 'חסימה' של הגישה לתובע". [ההדגשה נוספה על ידי – כ.ה.]

59. בענייננו, אינני סבורה כי השימוש במילים "היפ היפ" בכותרת המודעה, עלה כדי חסימת הגישה של לקוחות התובעת אל אתר האינטרנט שלה, שכן גולש אשר היה מעוניין לגשת לאתר התובעת, עדיין יכול היה לעשות כן ללא כל קושי, חרף קיומה של המודעה. לכל היותר מדובר בהטעיה, תוך "רכיבה" על מוניטין התובעת (מוניטין אשר לא הוכח, כאמור). אפילו הייתי קובעת כי הטעיה זו בלתי הוגנת (ואינני קובעת מסמרות בדבר) – אין בכך כדי להקים עילה מכוח סעיף 3 לחוק עוולות מסחריות.

60. זאת ועוד, אפילו הייתי קובעת כי מתקיימים בענייננו יסודותיה של עוולת ההתערבות הבלתי הוגנת, על פי סעיפים 12 ו-13 לחוק עוולות מסחריות, הסעד של פיצוי בלא הוכחת נזק, איננו חל על עוולת ההתערבות בלתי הוגנת. על כן, על מנת לפסוק פיצויים בגין עוולה זו, על הטוען להתקיימות יסודותיה להוכיח את נזקיו במלואם. בענייננו, התובעים לא צירפו כל ראיה אשר יש בה כדי להוכיח את נזקיהם ואת היקפם של נזקים אלה, ועל כן ממילא לא ניתן לפסוק לטובתם פיצוי בגין עוולה זו.

עשיית עושר ולא במשפט

61. על מנת שתגבש עילה בעשיית עושר ולא במשפט, נדרשת הוכחתם של שלושה יסודות: (1) התעשרות; (2) על חשבון המזכה; (3) שלא כדן; ובלשון סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979:



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 55012-05-21 ישראלינור ייעוץ בע"מ ואח' נ' מסיבתא 2018 בע"מ

"מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן – הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן - המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכיה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה - לשלם לו את שוויה"

62. לשם החלתה של עילה בעשיית עושר ולא במשפט בתחום הקניין הרוחני, נקבע כי נדרש "יסוד נוסף", ובלשונו של כב' השופט מ' חשין בעניין ע"א 5768/94, 5614/95 ו- 993/96 א.ש.י.ר. **יבוא יצוא והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ**, פ"ד נ"ב (4), 289, 370-373 :

"חייבים אנו בזהירות-יתרה. וזהירות זו תמנע אותנו, לדעתנו, מגיוסם של דיני עשיית עושר ל"השלמת" חוקי הקניין הרוחני. פריצת החומה המקיפה את חוקי הקניין הרוחני באיל-הברזל של "צדק ויושר" – אלה צדק ויושר העושים את דיני עשיית עושר – אינה מקובלת עליי. נדרשים אנו לאיל-ברזל מיוחד, איל-ברזל המצויד ב"יסוד נוסף". זה הרסן הנדרש שלא נשעט קדימה ללא מעצור, שְׁעִיר וחומה סביב לה לא תהפוך בן-לילה עיר פרוצות פרוצה לכל-רוח... אם עניינו של פלוני נופל במסגרתו הרציונלית של חוק פלוני הקובע זכות בקניין רוחני, והחוק קובע – במפורש או מכללא – כי שמעון אינו זכאי, קשה בעיני כי חוק עשיית עושר יבוא לעזרו של שמעון. כאן ייכנס אל הזירה אותו "יסוד נוסף". לא כל "יסוד נוסף" די יהיה בו, ואין די במס-שפתיים. היסוד הנוסף חייב שיהיה בעל-עוצמה ניכרת, עוצמה כזו שבכוחה להוציא את עניינו של פלוני מחגורת ההסדר השלילי המקיפה את החוק, לנתק את המערכת מתחום הגרביטציה של החוק. לשון אחר: שיקולי-המדיניות המקופלים ביסוד הנוסף – והמורים אל-עבר הענקת זכות בעשיית עושר – חייבים להיות בעלי-עוצמה רבה משיקולי-המדיניות שהביאו את המחוקק לעטוף את חוק הקניין הרוחני בטבעת של הסדר שלילי. ומתוך שמדיניות חוק הקניין הרוחני הינה מדיניות בעלת עוצמה רבה – רק מדיניות בעלת-עוצמה רבה בכוחה להעניק זכות מונופולין ולפגוע עמוקות בתחרות החופשית ובחופש העיסוק – גם אותו "יסוד נוסף" חייב שישקף מדיניות בעלת-עוצמה רבה, מדיניות שהיא חזקה מן המדיניות שעשתה את האיזון בחוק הקניין הרוחני שבו מדובר. במילים אחרות: אותו "יסוד נוסף" – יסוד אשר בכוחו ליצור זכויות משל היה מעשה-בריאה – חייב להיות יסוד כבד-משקל, ומשקלו כמשקל הפגיעה בתחרות ובסחר החופשי שהוא מבקש לעצור בעדם... הנשיא שמגר נותן שני סימנים חלופיים לזיהויו ולאיתורו של "יסוד נוסף" במערכת עובדות נתונה. סימן אחד הוא "התנהגות פסולה ובלתי הוגנת של המתחרה, לרבות התנהגות נטולת תום-לב" (שם [1], בעמ' 330). סימן שני הוא





בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 55012-05-21 ישאלינור ייעוץ בע"מ ואח' נ' מסיבתא 2018 בע"מ

"נסיבות אחרות אשר הופכות את ההתעשרות לבלתי צודקת" (שם). אשר לסימן השני, למותר לומר כי אין הוא מוסיף על מבחן הצדק והיושר, שהרי חוזר הוא על מבחן זה, ובלשונו. אשר לסימן הראשון, ניתן דעתנו כי הדוגמאות שאותן מביא הנשיא שמגר עניינן בעוולות מוכרות בניזיקין. דוגמאות אלו משכילות אותנו אך במעט, והרי אדם העושה מעשה עוולה בניזיקין התנהגותו היא פסולה על-פי המחוקק, בוודאי כך דין אותן עוולות שלביצוען נדרשת מחשבה נזיקית. אימתי אפוא נראה התנהגות כ"התנהגות פסולה ובלתי הוגנת... לרבות התנהגות נטולת תום-לב" גם אם אין היא עולה כדי עוולה בניזיקין? אימתי ניתקל ב"יסוד נוסף" והוא אינו עוולה בניזיקין? ... אם לא עוולה בניזיקין ממש, יהיה אותו "יסוד נוסף" שקול כנגד כמעט-עוולה, ונכנהו: "מעין-עוולה"..."

וראו גם: עניין ליבוביץ', בעמ' 331-332.

63. בענייננו, טענת התובעים בדבר תחולתם של דיני עשיית עושר ולא במשפט במקרה דנן, נטענה בעלמא. כך, לא הוכחה בפניי התעשרות שלא כדין על חשבונם של התובעים מצד הנתבעת, ואף לא הוכח קיומו של "יסוד נוסף" כמצוות ההלכה הפסוקה. על כן, אין מדובר באותם מקרים חריגים ונדירים שבהם יוחלו דיני עשיית עושר ולא במשפט, מקום שנדחתה עילת תביעה מכוח דיני הקניין הרוחני. אני דוחה אפוא את טענות התובעים בעניין זה.

ודוק:

64. בשולי הדברים ועל מנת שלא להחסיר דבר, אתיחס לטענת הנתבעת לפיה המילים "היפ היפ" הנן גנריות בהקשר של מוצרים למסיבות ולאירועים, ועל כן אינן ראויות להגנה.

65. נהוג להבחין בין ארבע קטגוריות של שמות או של מונחים המשמשים במסחר, בהתאם לאופיים המבחין המולד, לפי מידת ההגנה הניתנת להם: שמות גנריים; שמות תיאוריים; שמות מרמזים; ושמות שרירותיים או דמיוניים. בעניין עיתון משפחה, עמד כבי' השופט מ' חשין על ההבדלים בין קטגוריות אלה:

"הקטגוריה האחת מכילה שמות גנריים, קרא הסוג, או הזן, שאליו משתייך הנכס, או השירות, שבו מדובר... שם גנרי אינו זכאי להגנה... טעם הדבר: אין



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 55012-05-21 ישראלינור ייעוץ בע"מ ואח' נ' מסיבתא 2018 בע"מ

אדם זכאי להשתלט על שם גנרי, שכן זכותם של כל העוסקים במקצוע לתאר מוצריהם בשם הגנרי...

קטגוריה שנייה כוללת שמות תיאוריים, דהיינו שם המתאר תכונות או רכיבים של נכסים או של שירותים... בדין סימני המסחר, כך אף בדין גניבת עין, לא יזכה שם מתאר לרישום ואף לא יזכה להגנה, שהרי אין זה ראוי כי יינתן לבעל עסק להשתלט על מילה השגורה בשפה. חריג לכלל יהיה במקום שבעל העסק רכש במהלך עסקו אופי מבחין לשם הטובין, אופי המייחד אותו שם מיתר הטובין בני-מינו. במקרה זה יכול בעל השם שיזכה בהגנה, ושימוש באותו שם בידי מתחרה יהא בבחינת הטעיה...

קטגוריה שלישית כוללת שמות רומזים (מרמזים), והם שמות שכשם כן-הם: מרמזים הם על הטובין בלי שמתארים הם אותם מפורשות. בסימנים אלה יש "...זיקה מחשבתית מסויימת בין הסימנים לבין הטובין נושאי הסימנים, אך הקשר בין הסימנים לבין הטובין מצריך מחשבה קצרה מטעם הצרכן, בטרם יוכל הצרכן לקשר בין הסימנים לבין מקור הטובין נושאי הסימנים" (פרידמן בספרו הנ"ל [38], בעמ' 69)... שמות אלה זוכים להגנה...

קטגוריה רביעית כוללת שמות "שרירותיים" או שמות דמיוניים. אלה הם שמות – או צירופי אותיות, מילים, סימנים וכיו"ב – שהומצאו מעיקרם כסימנים בעלי אופי מבחין לטובין מסוימים. סימנים אלה לא נועדו, מלידתם, אלא כדי ליחד טובין מסוימים. שמות אלה הם בעלי העוצמה המרבית, וזוכים הם להגנה רחבה הן בדיני גניבת עין הן בדיני סימני מסחר...." (שם, בעמ' 944)

66. בענייננו, הביטוי בשפה האנגלית "hip hip hooray", משמעותו קריאות "היאח! הידד!" על ידי חוגגים, ומכאן שהוא מקושר לעולם המסיבות. יחד עם זאת, ביטוי זה איננו שגור בפי דוברי עברית המתגוררים בישראל. בנוסף, ביטוי זה איננו מתאר את הטובין הנמכרים באתר התובעת ובאתר הנתבעת, דהיינו ציוד למסיבות וכלים חד פעמיים, באופן מפורש; הצרכן הנתקל בביטוי זה, נדרש לבצע צעד מחשבתי נוסף על מנת לקשרו עם הטובין הנמכר. על כן, אין מדובר בביטוי גנרי או תיאורי, כי אם בביטוי בעל אופי מרמז. זאת ועוד, הנתבעת לא עשתה במסגרת המודעה שימוש בביטוי המלא, כי אם במילים "היפ היפ" בלבד, אשר נעדרות משמעות מילונית בפני עצמן, ומשכך מקשות אף יותר על הצרכן לבצע קישור בין לבין הטובין הנמכרים באתרי התובעת והנתבעת, ומחייבות אותו בצעד מחשבתי שני.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 55012-05-21 ישאלינור ייעוץ בע"מ ואח' נ' מסיבתא 2018 בע"מ

מכל מקום, לאור קביעותי לעיל בדבר אי הפרת סימן מסחר ובדבר אי הוכחת יסוד המוניטין הנדרש לביסוס קיומה של עוולת גניבת העין, הכרעה בעניין אופיו של הביטוי בו נעשה שימוש במסגרת המודעה, איננה נדרשת.

סוף דבר

67. התביעה נדחית.

68. אין מקום לפסוק פיצוי כלשהו לטובת התובעים.

69. באשר להוצאות המשפט, תקנה 152 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשע"ט-2018, קובעת כי "בתום הדיון יפסוק בית המשפט הוצאות סבירות והוגנות, זולת אם מצא שקיימים טעמים מיוחדים". דומה שבענייננו מתקיימים אותם טעמים מיוחדים.

ודוק; בסופו של יום, הגם שהתביעה דנן לא הוכחה, דעתי איננה נוחה ממעשיה של הנתבעת או של מי מטעמה בכל הנוגע לשימוש במילים "היפ היפ" במסגרת המודעה, והראיה כי הן הנתבעת והן מר טים מודים כי מעשים אלה נעשו בטעות, והופסקו מיד עם קבלת מכתב ההתראה. בשים לב לעובדה כי בשל הטעות שנעשתה על ידי הנתבעת או על ידי מי מטעמה, נדרשה התובעת להוצאות בדמות פנייה אל הנתבעת במכתב התראה בטרם פתיחת ההליך דנן, אני רואה לנכון שלא לזכות את הנתבעת בסכום ההוצאות המלא, שכן היא אחראית לחלק מהוצאותיה בבחינת אשם תורם.

על כן, אני מעמידה את סכום ההוצאות בו יחויבו התובעים כלפי הנתבעת על הצד הנמוך, בסך של 20,000 ₪. סך זה מבטא כאמור את אחריות הנתבעת לעובדה שנדרשה להתגונן מפני התביעה, בעצם הטעות שנעשתה על ידה או על ידי מי מטעמה.

70. הסכום ישולם בתוך 45 ימים החל מהיום, שאם לא כן יישא הפרשי הצמדה וריבית כחוק, מהיום ועד מועד התשלום המלא בפועל.



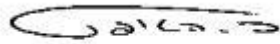


בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 55012-05-21 ישאלינור ייעוץ בע"מ ואח' נ' מסיבתא 2018 בע"מ

מזכירות בית המשפט תמציא לצדדים את פסק דין, כחוק.

ניתן היום, ט' סיוון תשפ"ג, 29 מאי 2023, בהעדר הצדדים.



כרמלה האפט, סגנית נשיא

