



בתי המשפט

בשא 226/03

א 5003/03

09/09/2003

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כבוד השופט יהונתן עדיאל

המבקש	יעקב שמואל קטן	בעניין:
	אברהם אשכנזי	ע"י ב"כ עו"ד
		- נ ג ד -
המשיב	דולי יריב	
	נרדה בן צבי	ע"י ב"כ עו"ד

ה ח ל ט ה

1. לפני בקשה למתן צו מניעה זמני, אשר הוגשה ע"י המבקש 1, שהוא הבעלים הרשום ובעל הזכויות באתר הידוע בשם JERUSALEM-MALL.CO.IL ועל ידי המבקשת 2, שהיא שותפות שבבעלות משפחת המבקש מס' 1 העוסקת בממכר מוצרי יודאיקה, תכשיטים, פסלים, תמונות ושאר חפצי אמנות של אמנים מכל רחבי הארץ, נגד המשיב שהוא בעל אתר בשם JERUSALEM-MALL.COM המהווה אתר קישור למכירת מוצרים שונים מישראל (ביניהם גם מוצרי יודאיקה ואמנות ישראלים).

2. בקשת המבקשים הנה למנוע מהמשיב לעשות שימוש בשם JERUSALEM-MALL, לרבות באתר אינטרנט בשם זה שנרשם על שמו של המשיב. לטענת המבקשים, הם מוכרים בשם זה (JERUSALEM-MALL) בפעילותם המסחרית, בעיקר בקרב לקוחותיהם בקהילות היהודיות בארה"ב.

3. המבקשים טוענים למספר עוולות להם גרם המשיב בשימוש שעשה באתר הרשום על שמו: הפרת סימן מסחרי מוכר היטב, גניבת עין, התערבות בלתי הוגנת, עשיית עושר ולא במשפט והטעיה.

על-פי תקנה 362 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, יש לבחון, ראשית, קיומן של ראיות מהימנות לכאורה המבססות את עילת התובענה. שיקולים נוספים לצורך מתן הצו הם, מאזן הנוחות היינו, בחינת הנזק הצפוי להיגרם למבקשים אם לא יינתן הסעד לעומת הנזק הצפוי למשיב אם יינתן, תום



בתי המשפט

בשא 226/03

א 5003/03

09/09/2003

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כבוד השופט יהונתן עדיאל

הלב של המבקש והאם מתן הסעד צודק וראוי בנסיבות העניין ואינו פוגע במשיב במידה העולה על הנדרש.

במקרה זה הגעתי לכלל מסקנה, שיש לדחות את הבקשה בהעדר ראיות לכאורה לביסוס העוולות הנטענות.

4. שימוש בסימן מסחרי

סעיף 46א לפקודת סימני מסחר [נוסח חדש], מקנה זכות שימוש ייחודי לבעל סימן מסחרי מוכר היטב אף אם אינו סימן רשום, לעניין טובין שלגביהם הוא מוכר היטב בישראל או לעניין טובין מאותו הגדר.

סעיף 1 לפקודה קובע, כי לעניין קביעת סימן מסחר כסימן מסחר מוכר היטב בישראל יילקחו בחשבון, בין השאר, המידה שבה הסימן מוכר בחוגי הציבור הנוגע לעניין והמידה שבה הוא מוכר כתוצאה ממאמצי השיווק.

בפסיקה ובספרות נקבע, שהיותו של סימן מסחר מוכר היטב דורש הוכחת קיומם של הכרה ומוניטין בעלי עוצמה רבה. כך בה"פ 10909/99 (ת"א) **סלקום נ' ט.מ. אקוונט** (דינים מחוזי, כרך לג(3), 424), מובא ציטוט מספרם של י' וחי' קלדרון **"סימנים מסחריים בישראל"** המתייחס למוניטין הנדרש לקיומו של סימן מסחר מוכר היטב:

"סימני מסחר מסוימים רכשו לעצמם הכרה בינלאומית והמוניטין שלהם בעל עוצמה כה גדולה עד כי הוא חורג מעבר למוצרים ספציפיים בו עוסקים בעלי הסימן. לגבי סימני מסחר כאלה נפסק כי שימוש בסימן דומה על גבי מוצרים עלול להטעות את ציבור הצרכנים בקשר למקור הטובין של בעל הסימן. בתי המשפט הסיקו כוונה להשתמש במוניטין של בעלי השמות המפורסמים מן העובדה שהנתבעים לא הראו סיבה לבחירת סימן המסחר הדומה לשם המפורסם".



בתי המשפט

בשא 226/03

א 5003/03

09/09/2003

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כבוד השופט יהונתן עדיאל

ואילו עו"ד פרידמן מציין בספרו סימני מסחר - דין פסיקה ומשפט משווה (1998)
עמ' 168:

"הכרעה לפיה סימן הנו סימן 'מפורסם' מעניקה לבעל
הסימן מטריה נורמטיבית ההולכת עמו לכל קצוות התבל,
כך שיש לבחון בקפידה ובזהירות כל מקרה ומקרה בו נטען
כי סימן מסוים הנו סימן 'מפורסם' בטרם יוענק לבעל סימן
המסחר מונופולין חובק עולם".

5. על מנת להוכיח את המוניטין של השם JERUSALEM-MALL שלטענתם הנו סימנם
המסחרי, הציגו המבקשים מס' מכתבים מאנשים עמם עבדו בחו"ל המספרים על
עבודתם יחד עם Y.SHGHATAN & Sons, שלהם אתר אינטרנט בשם WWW.JERUSALEM-
MALL.CO.IL. בחלק מהמכתבים נאמר שהמבקשים נקראים גם בשם JERUSALEM-
MALL.
המבקשים אף צירפו, תמונות מתערוכות מכירה שערכו בארה"ב בהן ניתן לראות
נציגים שנטען שהם נציגים של המבקשים, כשהם לבושים בחולצות עליהן
כתוב JERUSALEM-MALL. כמו כן הציגו המבקשים העתק חשבונית וכרטיס ביקור
עליהם מופיע השם JERUSALEM-MALL. בנוסף הציגו המבקשים אישור של רו"ח,
לפיו מכירותיהם בתקופה 1.02 - 7.02 עמדו על סכום של 2,335,457 ₪.

6. לאור הדרישות המחמירות לגבי היותו של סימן מסחר בגדר סימן מוכר היטב, אני
סבור שאין בראיות אלה כדי לבסס קיומו של סימן מסוג זה אצל המבקשים. עצם
העובדה שמספר אנשים עמם המבקשים היו בקשרי מסחר מכירים את המבקשים
או את אתר האינטרנט שלהם בשם JERUSALEM-MALL, אינה מעידה על כך שמדובר
בסימן מסחר מוכר היטב. שהרי כדי לרכוש מוניטין כזה, על סימן המסחר להיות
מוכר היטב לא רק ללקוחות של המבקשים, אלא לכלל ציבור הלקוחות המעוניין
במוצרים מהסוג הנמכר על ידי המבקשים. יתירה מזו, גם באותם מכתבים שהוצגו
על ידי המבקשים לא מצאתי, לפחות בחלק מהמקרים, שעסקם של המבקשים
והמוניטין שלהם מוכרים לכותבים בשם JERUSALEM-MALL, אלא רק שידוע לאותם
כותבים כי המבקשים עושים שימוש בשם זה. כך, למשל, במכתב של Toni



בתי המשפט

בשא 226/03

א 5003/03

09/09/2003

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כבוד השופט יהונתן עדיאל

Goodman מיום 10.12.2002, נאמר שהמבקשים השתתפו ביריד בן יהודה ואז הציג מר קטן בפני הכותב את כרטיס הביקור שלו שבו הופיע השם JERUSALEM-MALL. מכתבים נוספים שצורפו על ידי המבקשים נוקטים גם הם בסגנון זה, שבו אין משום ראיה על כך שמדובר בסימן מסחרי מוכר היטב. יתירה מזו, רוב המכתבים הם מחודש דצמבר 2002 ומקובלת עלי טענת המשיב, כי נראה שמדובר במכתבים מוזמנים שנכתבו במיוחד לצורך ההליך הנוכחי.

המבקשים לא הציגו, כמו כן, פרסומות מסחריות בכלי תקשורת או באינטרנט או בפרסומים מקצועיים בהם הם מפרסמים עצמם תחת שם זה. הם אף לא הציגו נתונים על מספר הכניסות של לקוחות לאתר האינטרנט המופעל על ידם בשם זה, כמו גם על מספר העסקאות שנעשו על ידם באמצעות אותו אתר. בנוסף, לא הציגו המבקשים חוות דעת מקצועיות או מחקרי שוק המבססים את היקף התפוצה והמודעות של ציבור הלקוחות לסימן המסחרי הנטען. המבקשים טענו למכירות בהיקף של למעלה מ - 2 מיליון ₪, אולם, מדו"ח רואה החשבון לא ברור האם מכירות אלה אכן בוצעו תוך השימוש במוניטין הכרוך בשם JERUSALEM-MALL.

לאור כל אלה, אין בראיות שהוצגו על ידי המבקשים כדי לבסס טענתם לקיומו של סימן מסחר מוכר היטב בשם JERUSALEM-MALL.

7. גניבת עין

על-פי סעיף 1 לחוק עוולות מסחריות, אסור לעוסק לגרום לכך שנכס שהוא מוכר או שירות שהוא נותן, ייחשבו בטעות כנכס או שירות של עוסק אחר או כנכס או שירות שיש להם קשר לעוסק אחר.

בעוולה זו אין צורך להוכיח שימוש בסימן לגבי טובין מאותו גדר (כנדרש בסימן מסחר), ודי בהטעיה לגבי מקור הסחורה בלבד (ת"א (חיפה) 118/96 **חלבי ענתר נ' סלים אדם**, תק-מח 98(2), 1092).

עם זאת, עדיין נדרשת הוכחה כי השם, הסימן או התיאור רכשו להם הוקרה והכרה (reputation) בקהל, וכי הקהל התרגל לראות בסימן, בתיאור או בשם את ציון



בתי המשפט

בשא 226/03

א 5003/03

09/09/2003

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כבוד השופט יהונתן עדיאל

עסקו או את ציון סחורותיו של התובע. (ע"א 5792/99 תקשורת וחינוך דתי יהודי נ' **אס.בי.סי.פרסום**, פ"ד נה(3) 935,933).

לאור הראיות שהוצגו על ידי המבקשים כפי שפורטו לעיל, אני סבור כי לא עלה בידם להוכיח גם את המוניטין המופחת הנדרש בעולה זו.

8. מכל מקום, כדי להקים עולה של גניבת עין יש להוכיח גם קיומו של דמיון מספיק בין שני הסימנים, העלול להוביל להטעיה.

הצבעה על הטעיה מצריכה הוכחה בדבר קיומו של חשש להטעיית ציבור הלקוחות על-פי מבחן אובייקטיבי של 'חשש סביר'. (ע"א 2498/97 **רובי בוס בע"מ נ' HUGO BOSS A.G.**, פ"ד נב(5) 665,669-מצוטט מתוך ע"א 5689/94 **ורגוס בע"מ נ' נגה הנדסה בע"מ**).

קיומו של דמיון מטעה נבחן על-פי המראה והצליל, סוג הטובין, חוג הלקוחות ושאר נסיבות העניין. (ע"א 261/64 **פרו פרו ביסקויט בע"מ נ' ל' פרומין ובניו בע"מ**, פ"ד י"ח(3) 253).

מבחן המראה והצליל מתקיים בנוגע לשמות האתרים, שכן מדובר במקרה זה באותו שם פרט לסיומת שונה, co.il באתרם של המבקשים ו-com באתר המשיב. סיומות מסוג זה, אשר אינן מעידות על מהות האתר אלא על סוג השירות (הניתן באינטרנט) אינן מהוות נתון מבחין שדי בו כדי למנוע חשש להטעיה. (ה"פ 10909/99 (ת"א), **סלקום נ' ט.מ. אקוונט**).

אשר לסוג הטובין, בשני האתרים ניתן לרכוש מוצרים ישראליים, כאשר חלק מהמוצרים הנם מוצרים מאותו סוג (חפצי אומנות, תכשיטים ויודאיקה). עם זאת, באמצעות אתר המשיב (על-ידי קישוריות לאתרים אחרים) ניתן לרכוש מוצרים נוספים שאינם נמכרים ע"י המבקשים (כגון ספרים, יינות, מוסיקה). לאור כך, אני סבור שעל פי מבחן זה שעניינו בסוג הטובין המוצגים באתרים, מתקיים דמיון חלקי, בין שני האתרים.



בתי המשפט

בשא 226/03

א 5003/03

09/09/2003

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כבוד השופט יהונתן עדיאל

חוג הלקוחות. גם כאן קיימת זהות חלקית בין הלקוחות המשתמשים בשני האתרים, זהות אשר נגזרת מהזהות החלקית במוצרים המוצגים בשני האתרים.

חרף קיומו של דמיון מסוים בין האתרים על פי המבחנים הנזכרים לעיל, אני סבור שאין בדמיון זה כדי להטעות את הלקוחות. זאת, בשל טיבם השונה של האתרים. לעניין זה קיים הבדל בולט בין האתרים, המתבטא בכך שבעוד שבאתר המבקשים ניתן לרכוש מוצרים מחנותם, באתר של המשיב לא ניתן לרכוש מוצרים כאלה מהמשיב עצמו, אלא מדובר באתר המספק שירותי קישור לאתרים אחרים מהם ניתן לרכוש מוצרים ישראלים מחנויות שונות, שאותן על הגולש לבחור.

בנסיבות אלה לא שוכנעתי שקיים חשש סביר שמי מהלקוחות יוטעה לחשוב שהוא רוכש מוצר מהמבקשים, בעוד שבפועל הוא רוכש מוצר מהמשיב, או ליתר דיוק מחנויות המקושרות לאתר של המשיב.

בהקשר זה חשוב לציין, כי המבקשים לא העלו בבקשתם טענה של הטעיה בפועל ולא הציגו כל ראיה על לקוח כלשהו שהוטעה על ידי האתר של המשיב. בשלב החקירה הנגדית, כאשר המבקש 1 נשאל, כיצד ייתכן שעל אף העובדה שהאתר שלו היה פעיל כבר מחודש מאי, לא פנה אליו איש מהלקוחות בתלונה כי האתר של המשיב גרם להטעייתו, טען המבקש 1 לראשונה כי אכן קיבל הודעות כאלה מלקוחות אך לא צירפן לבקשתו, מאחר ואלה נמחקו בשל וירוס שפגם במחשב שלו.

בהעדר ראיות של ממש התומכות בטענה זו, בהתחשב בכך שהטענה לא עלתה בבקשה אלא (לראשונה) בחקירה הנגדית, ולאור הסתירה שבין טענה זו לבין הנאמר בבקשה ובתצהיר, לפיו נודע למבקשים לראשונה על האתר של המשיב רק מהודעה שנשלחה אליהם ממנו, אינני מקבל טענה זו.

9. ראוי להוסיף ולציין בהקשר זה, כי השם JERUSALEM-MALL אינו שם שרירותי או דמיוני, והוא נמנה על סוג השמות שאינו זוכה על פי ההלכה להגנה רחבה.



בתי המשפט

בשא 226/03

א 5003/03

09/09/2003

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כבוד השופט יהונתן עדיאל

לעניין זה נהוג להבחין בין ארבע קטגוריות של שמות או של מונחים המשמשים במסחר, לפי מידת ההגנה הניתנת להם: שמות גנריים, שמות תיאוריים, שמות מרמזים ושמות "שרירותיים" או דמיוניים. (ע"א 5792/99 **תקשורת וחינוך דתי-יהודי נ' אס.בי.סי. פרסום**, פ"ד נה(3) 933).

שמות גנריים הנם הסוג או הזן אליו משתייך הנכס או השירות שבו מדובר, והם אינם זוכים להגנה כלל.

שמות תיאוריים הנם שמות המתארים תכונות או רכיבים של נכסים או של שירותים, והם זוכים ככלל להגנה מעטה ביותר ובמקרים נדירים.

שמות מרמזים הם כשם, שמות המרמזים על הטובין או השירות נשוא העסק מבלי לתאר אותם מפורשות. שמות אלה מקימים זיקה מחשבתית מסוימת בין השם לבין הטובין או השירות נושאי השם. שמות אלה זוכים להגנה.

אציין כי שמות מסוימים יכול שיהיו תיאוריים לטובין מסוימים אך מרמזים או דמיוניים לטובין אחרים.

הקטגוריה האחרונה הנה שמות "שרירותיים" או דמיוניים. אלה שמות שהומצאו מעיקרם כסימנים בעלי אופי מבחין לטובין מסוימים, והם לא נועדו אלא כדי ליחד טובין מסוימים. שמות אלה יזכו להגנה הרחבה ביותר.

השם JERUSALEM-MALL כפי שנאמר לעיל, אינו שם שרירותי או דמיוני, ולכן אינו זוכה להגנה הרחבה הניתנת לשמות מסוג זה. מדובר בשם, אשר לכאורה הנו בגדר שם תיאורי. ההגנה על שם מסוג זה הנה פחותה.

10. התערבות לא הוגנת

סעיף 3 לחוק עוולות מסחריות, קובע כי על עוסק חל איסור למנוע או להכביד, באופן לא הוגן, על גישה של לקוחות, עובדים או סוכנים אל העסק, הנכס או השירות של עוסק אחר.

אני מוכן להניח שהאתר של המשיב, בהיותו בעל שם דומה, עלול להכביד על גישה לקוחות אל אתר המבקשים, שכן לא מן הנמנע כי בתחילת חיפוש האתר של המבקשים יוטעו הלקוחות בשל הדמיון בשם האתרים ויגיעו לאתר של המשיב.



בתי המשפט

בשא 226/03

א 5003/03

09/09/2003

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כבוד השופט יהונתן עדיאל

אולם, גם אם תהיה הכבדה כזו, וכאמור העותר לא הוכיח אפילו קיומה בפועל של הטעיה ראשונית מסוג זה, גם אז לא שוכנעתי כי מדובר בהכבדה משמעותית.

יתירה מזו, כדי להקים עילה לפי חוק זה, על ההכבדה להיעשות באופן לא הוגן. לעניין זה לא שוכנעתי שהעותר בחר בשם האתר כדי להיבנות מהמוניטין של המבקשים. המשיב אף העיד כי הוא ניסה לבדוק קודם להקמת האתר, קיומם של אתרים אחרים בעלי שמות דומים, ולא העלה במנועי החיפוש דבר. בשלב זה מקובל עלי, שהמניע לבחירת שם האתר נגזר מהשירות המסופק על ידי העותר ללקוחותיו, המהווה למעשה מעין קניון וירטואלי של חנויות למוצרים ישראלים.

11. הטעיה ועשיית עושר ולא במשפט.

על-פי סעי' 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, מי שקיבל שלא על-פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן-הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן-המזוכה), חייב להשיב למזכה את הזכייה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה, לשלם לו את שוויה.

12. כפי שנקבע לעיל, לא הוכח קיומו של חשש סביר, שמי מהלקוחות יוטעה לחשוב שהוא רוכש מוצר מהמבקשים בעוד שבפועל הוא רוכש מוצר באמצעות אתר המשיב. בנסיבות אלה לא הוכח קיומו של חשש סביר לעשיית עושר על חשבונם של המבקשים.

13. לאור האמור, לא שוכנעתי בקיומן של ראיות לכאורה לקיומן של עילות התביעה להן טענו המבקשים.

14. התוצאה היא שהבקשה נדחת.

המבקשים ישלמו למשיב הוצאותיו בהליך זה ובנוסף שכר טרחת עו"ד בסכום של 7,500 ₪ בצירוף מע"מ.



בתי המשפט

בשא 226/03

א 5003/03

09/09/2003

בית המשפט המחוזי בירושלים

בפני: כבוד השופט יהונתן עדיאל

ניתנה היום, יב' באלול תשס"ג (9.9.2003), בהעדר.
המזכירות תמציא העתק ההחלטה לב"כ הצדדים.

י' עדיאל, שופט