



בית משפט השלום ברמלה

06 יולי 2021

ת"א 12-17-12612 מבורך נ' חן

בפני כב' השופט הבכיר זכריה ימיני

שלמה מבורך

תובעים

נגד

אייל חן

נתבעים

פסק דין

תביעה של בעל חנות פרחים במושב צור משה על הסך 200,000 ₪ נגד בעל חנות פרחים מתחרה הממוקמת בקניון דרורים. טענתו המרכזית של התובע נגד הנתבע היא שבעל החנות המתחרה התעשר על חשבונו שלא כדין, באופן בלתי הוגן תוך ביצוע עוולות מסחריות כלפיו, וזאת בשל אופן הפרסום במרשתת ("באינטרנט"), אשר הציג את החנות המתחרה כחנותו שבצור משה באופן שהטעה לקוחותיו.

בתחילה הוגשה התביעה לבית המשפט המחוזי, אך לאחר מכן הועברה התביעה לבית משפט השלום.

כללי:

בעלי הדין:

1. התובע הינו חקלאי המגדל פרחים ובעל עסק לממכר פרחים בשם "פרחי הדר". החנות בה פועל העסק נמצאת במושב צור משה שבאזור השרון. לחנות **אתר מרשתת** (או "אתר אינטרנט"), שכתובתו במרשתת (או ה"URI" שלו) הינה www.hadarflowers.co.il. התובע נוהג לפרסם העסק בדרכים שונות וגם במרשתת, וזאת באמצעות מנוע החיפוש של "google" (להלן - "**מנוע החיפוש**"). "**פרחי הדר**" היא הכותרת הקבועה של ה**קישור** ("link") המפנה בלחיצת כפתור לאתר המרשתת של פרחי הדר בתוצאה המוצגת במנוע החיפוש. בשורות תחת הקישור מופיע מספר הטלפון של בית העסק וגם בתוך אתר המרשתת במידה ולוחצים על הקישור ונכנסים אליו.

2. הנתבע הינו בעל עסק מתחרה לממכר פרחים, המצוי בחנות שבקניון דרורים הסמוך ליישוב תל מונד. החנות נקראת "**פרחי חן**".

גם לחנות הנתבע אתר מרשתת, וכתובתו במרשתת היא www.flower2p.com. הנתבע נוהג אף הוא לפרסם עסקו במרשתת, באמצעות מודעה ממומנת במנוע החיפוש. לצורך כך ועל מנת שמודעתו תופיע בקדימות על פני מודעות אחרות, שוכר שירותיו של אדם המכונה "שוקי מן".

כותרת תוצאת החיפוש אצל הנתבע והקישור לאתר המרשתת, הייתה במועדים הרלוונטיים לתביעה, משתנה בהתאם למילות החיפוש שהקלידו הלקוחות הפוטנציאליים במנוע החיפוש. במילים תחת הקישור הופיע מספר הטלפון של החנות, אך לא שם העסק. כאשר לחצו על הקישור



בית משפט השלום ברמלה

06 יולי 2021

ת"א 17-12-12612 מבורך נ' חן

באמצעות מחשב נכנסו לאתר "פרחי חן" עם הפרטים המלאים, אך כאשר החיפוש בוצע באמצעות הטלפון הנייד, "דף הנחיתה", כלומר המסך אליו מופנים בלחיצה על הקישור, הציג את מספר הטלפון של החנות, אך לא את שמה.

העניין שבמחלוקת:

3. אדם שחיפש במנוע החיפוש את המילים "פרחי הדר צור משה" או "הדר פרחים צור משה" נחשף למודעת הנתבע כתוצאה ראשונה או שניה בין תוצאות החיפוש והכותרת של הקישור למודעת הנתבע הינה "פרחי צור משה - משלוח חנים בעיר - פרחים טריים יום ישר מהשדה" או "פרחים טריים בצור משה - flower2p.com" כאשר במלל מתחת לקישור מופיע מספר טלפון בזק המתחיל בקידומת 09, זאת למרות שעסקו של הנתבע כלל לא נמצא במושב צור משה. כמו כן בעבר הופיעו בתוכן שמתחת לקישור המילים "פרחי+הדר+צור+משה" בהתאם למילים שהוקלדו בשורת החיפוש. יתר על כן בגישה מטלפון נייד לחיצה על הקישור הובילה ל"דף נחיתה" בו הופיע מספר טלפון ללא פרטים מזהים לגבי העסק.

טענות הצדדים

טענות התובע:

4. לטענת התובע על הנתבע לפצותו בסך 200,000 ₪ בגין נזקים שנגרמו לו בשל אופן פרסום הנתבע. לטענתו עסקו נהנה ממוניטין שצבר עם השנים, וכאשר לקוחותיו מעוניינים לבצע ממנו הזמנה הם מחפשים את עסקו במרשתת על ידי הקלדת שם החנות פרחי הדר ומיקומה בצור משה. במועדים הרלוונטיים לתביעה הם נחשפו למודעת הנתבע המטעה והם מתקשים לבצע הזמנה מעסקו. נודע לו על כך מלקוחות שחיפשו את מספר הטלפון של עסקו במרשתת, ומסרו לו שיש עסק המתחזה להיות עסקו. התובע הקיש את שם עסקו ומיקומו במנוע החיפוש והבחין בפרסומי הנתבע. פרסום הנתבע מכיל פרטים אודות העסק של התובע כמו שמו ומיקומו, ללא אזכור כי מדובר בפרחי חן שבקניון דרורים.

לטענת התובע, במעשיו הנ"ל הפר הנתבע הוראות חוק וביצע כלפיו מעשה נזיקין, כדלקמן:

- (1) במעשיו הפר הנתבע את סעיף 1 לחוק עוולות מסחריות, תשנ"ט 1999 (להלן - "חוק עוולות מסחריות") וביצע כנגדו עוולת גניבת עין. לתובע מוניטין וקיים חשש סביר להטעיית הגולש הסביר. התובע אמד את נזקו בגין עוולה זו בסך 70,000 ₪.
- (2) הנתבע הפר את סעיף 2 לחוק עוולות מסחריות בכך שפרסם מידע כוזב אשר ידע כי אינו נכון, וזאת לצד פרסום מספר הטלפון המפנה לעסקו של הנתבע, מבלי ציין זאת. הוא העריך נזקו בגין עוולה זו בסך נוסף של 50,000 ₪.
- (3) הנתבע הפר את סעיף 3 לחוק עוולות מסחריות בכך שגרם להתערבות בלתי הוגנת לאחר שמנע או הכביד מלקוחות, עובדי או סוכני התובע את הגישה והכניסה לאתר המרשתת ולמספר הטלפון של עסקו, כאשר חיפשוהו מפורשות. לטענתו דברים אלו נעשו בהעדר



בית משפט השלום ברמלה

06 יולי 2021

ת"א 12612-12-17 מבורך נ' חן

הגינות תוך עשיית רווח ויצירת נזק תדמיתי לתובע. הוא אמד נזקיו בגין עוולה זו בסך של 50,000 ₪.

(4) הנתבע "גנב" את לקוחותיו ולכן התגבשה גם העילה הקבועה בסעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט - 1979 והוא זכאי להשבה אותה אמד בסך של 15,000 ₪.

(5) הנתבע התרשל בעת הפרסום בכך שפרסם תוך שימוש במילים המזוהות עם עסקו של התובע תוך הסתרת שם עסקו של הנתבע מתוצאות החיפוש, באופן שאדם זהיר ונבון לא היה מבצע וזאת בחוסר תום לב או תוך שהיה עליו לצפות את הנזק. הוא עשה זאת בסמוך לחגי תשרי, תקופה עמוסה בענף הפרחים ועל כן עליו לפצותו בסך 15,000 ש"ח. לטענתו עולת הרשלנות הוכרה בדין כמסגרת ראויה למניעת תחרות בלתי הוגנת, כאשר מדובר בצדדים הידועים האחד למשנהו כמו במקרה זה, כך שקיימת ביניהם חובת זהירות מושגית. בכך גרם לתובע לנזקים כאמור בסעיפים 35-36 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] בנסיבות העניין חלות הוראות סעיף 41 לפקודת הנזיקין אודות "הדבר מדבר בעד עצמו" ועל הנתבע מוטל הנטל להוכיח כי לא התרשל כלפי התובע. התובע אמד נזקיו בגין עולת הרשלנות בסך 15,000 ₪.

טענות הנתבע:

5. לטענת הנתבע מדובר בתביעת סרק קנטרנית שהוגשה בחוסר תום לב ללא קיומן של טענות עובדתיות ממשיות או עילות משפטיות. הנתבע טען שיש לדחות את התביעה ולחייב את התובע לשלם לו שכ"ט עו"ד והוצאות משפט מהסיבות כדלקמן:

(1) התובע לא הוכיח כי קיימת לו זכות קניינית בביטוי "פרחי הדר" והביטוי לא הוכר כסימן מסחרי;

(2) התובע לא הוכיח כי הנתבע ביצע שימוש במילת חיפוש זו להפעלת מודעותיו. גם אם יקבע כי קיימת לו זכות כלשהי בביטוי וכי הנתבע ביצע שימוש בביטוי זה להפעלת מודעותיו במנוע החיפוש, התובע לא הוכיח כי מדובר בהפרת חוק או הוראה כלשהיא, והדין דווקא מתיר זאת באופן ברור ומעדיף את חופש התחרות, ומכאן כי הנתבע לא ביצע כל הפרה;

(3) התובע לא הביא ראיה לעניין הנזק ובכל מקרה מדובר בכמה עשרות שקלים בשנה לכל היותר;

(4) תביעה ופתיחת ההליך בבית המשפט המחוזי הינה רשלנית וחסרת תום לב וגרמה לנתבע להוצאות לא מבוטלות ולעגמת נפש;

(5) התובע לא הוכיח קיומו של מוניטין;

(6) הטענות לגבי הטעיה התבססו על עדות מפי השמועה ואף עדות כפולה מפי השמועה.

(7) מראיות התובע עולה כי קיימות מודעות של עסקים אחרים והתובע לא טרח לציין זאת או להגיש נגדם תביעה ומכאן כי לא התקיימה עוולה של גניבת עין;

(8) הנתבע לא הציג מידע כוזב, או מידע שלילי או משמיץ כלפי עסק התובע, ונקבע בפסיקה שפרסום שקרי אינו מהווה תיאור כוזב אלא תחרות לגיטימית;



בית משפט השלום ברמלה

06 יולי 2021

ת"א 12612-12-17 מבורך נ' חן

9) לא מדובר בהתערבות בלתי הוגנת, שכן אין מדובר בהכבדה פיסית על מערך שיווקי או חסימת הכניסה לבית העסק;
10) אין מדובר בצבירת יתרון תחרותי;
11) התובע לא הוכיח זכות בביטויים אלו והמודעה מוצגת בצורה יותר בולטת וברורה מאחר שהינה ממומנת. ככל שיתקבלו טענות התובע, יחסמו הן את התחרות בישראל במרשתת באופן מוחלט, בעניין הביטויים להפעלת מודעות והפרסום במנוע החיפוש;
12) בענייננו אין מדובר בעשיית עושר שכן התובע לא הוכיח כי ניטלו ממנו לקוחות לאור התנהגות פסולה או שלא כדין ושהנתבע הפר את כללי התחרות הנוהגים בשוק;
13) עילת הרשלנות נטענה בעלמא וללא ראיות;
14) הנתבע נמנע משימוש בביטויים של עסקים מתחרים, למרות שהדין מתיר זאת והסיר מידית אפשרות הופעת מודעתו בצורה יזומה כאשר בוצע חיפוש כלשהו עם המילה הדר;
15) התובע לא הביא כל ראיה באשר לגובה הנזק ככל שנגרם;
16) מומחה התובע אישר כי יחס הרכישות אל מול החיפושים באתר הינו 1:227 והנתבע טען טענה שלא הופרכה לפיה בכל חודש מתבצעים 20 חיפושים באמצעות הביטוי פרחי הדר ומכאן כי תבצע מכירה אחת לחמישה חודשים ומדובר בזוטי דברים. כמו כן הגיש התובע חוות דעת של המומחה ור"ח נעם פרדס אשר קבע כי התובע לא הוכיח מוניטין עסקי כלשהו בהתאם לפסיקה ולעקרון התחרות הנתבע לא ביצע פעולה אסורה וכבר נקבע כי שאיפה של גורם מסחרי להשתלט על נתח השוק הרלוונטי מחלקם של מתחריו היא שאיפה טבעית ולגיטימית.

הראיות:

ראיות התובע:

6. התובע הגיש תצהיר עדות ראשית בו הצהיר כי חנותו היא חנות הפרחים היחידה המצויה בצור משה, והיא פועלת מזה 13 שנה, נכון ליום הגשת התצהיר. הוא מקפיד על שיווק ופרסום שוטף באמצעות כרוזים, פלקטים, פרסום בלוחות מודעות, עיתונים מקומיים, מגנטים, גלויות וכרטיסי ברכה ממותגים, מדבקות ממותגות, פליירים וקטלוגים פרסומיים, סרטוני תדמית, פרסום בפורטלים ייעודיים שונים במרשתת, פרסום במרשתת באמצעות בזק 144 ובמנוע החיפוש גוגל, והוא הקים אתר מרשתת עם מכירה מקוונת. הוא משקיע ממון רב בפרסום בכל שנה, ובשנת 2017 השקיע בפרסום את הסך של 28,500 ₪. בתקופת חגי תשרי בשנת 2017 לקוחה קבועה סיפרה לו בשיחת טלפון, שחיפשה במנוע החיפוש את מספר הטלפון של החנות באמצעות הקלדת המילים "פרחי הדר בצור משה" וכי במודעה הראשונה ראתה פרסום אודות חנות פרחים וטלפון לצידה. היא התקשרה למספר שהופיע וביקשה להזמין פרחים ובעת ביצוע ההזמנה הבינה כי הגיעה לחנות אחרת בשם "פרחי חן". בשל לחץ בחנות לא שמר את פרטי הלקוחות אך באותה עת פנו אליו לקוחות נוספים עם תלונות דומות בדבר "טעות" במודעת הפרסום של פרחי הדר באינטרנט אשר בה מופיע טלפון של חנות אחרת. אחת מהלקוחות שאינו זוכר את שמה אף ציינה כי בחנות פרחי



בית משפט השלום ברמלה

06 יולי 2021

ת"א 12612-12-17 מבורך נ' חן

1 חן אף הזדהו בפניה כ"פרחי הדר" עד שהבינה כי מדובר ב"פרחי חן". הוא בדק בעצמו את העניין
2 וביצע חיפוש ואכן נוכח כי הנתבע מבצע הטעיה זו.
3
4 התובע נחקר חקירה שכנגד בה העיד כי החנות "פרחי הדר" קיימת 15 שנה והיא חנות הפרחים
5 היחידה בצור משה. הוא מגדל פרחים כבר 45 שנה ואנשים מחפשים את חנותו. הוא לא רואה
6 בנתבע כמתחרה והוא מכיר אותו ואת משפחתו, אך בשל אופן הפרסום נגרמה תחרות לא הוגנת
7 שפגעה בפרנסתו. המרחק בין החנויות הוא של 7 קילומטרים בערך וייתכן שיש להם קהל לקוחות
8 משותף. יש לו אתר לביצוע הזמנות מקוונות. הוא לא יודע להשיב כמה הזמנות יש לו בשנה או
9 ממוצע הזמנות דרך אתר המרשתת. הכל התחיל להתגלגל לתביעה מלקוחה שלקראת חגי תשרי
10 סיפרה שחיפשה את מספר הטלפון של החנות במנוע החיפוש והגיע לנתבע שהזדהה כפרחי הדר,
11 וכי רק לאחר שביקשה לשוחח עמו, נאמר לה שהגיע לפרחי חן. היא חיפשה את מספר הטלפון
12 באפיקים אחרים וסיפרה לו על כך ובשל לחץ עבודה, שכח לקחת את פרטיה ולא זכר מי היא.
13 לקוחות שוכחים את מספר הטלפון של החנות ומחפשים אותו במנוע החיפוש ואז מגיעים לנתבע.
14 זה קרה לעוד אנשים באותם ימים ולתקופה מסוימת והוא לא יודע במשך כמה זמן. היו מקרים
15 שסיפרו לו והיו מקרים שסיפרו לעובדות כגון שוזרת או טלפנית, אך הוא לא זוכר מי הן כי היה
16 מדובר בנערות או סטודנטיות שעבדו רק על בסיס שעתי. הנתבע לא הוריד את המודעה. כיום לא
17 מופיע בגוף המודעה הביטוי "פרחי+הדר+צור+משה" הוא ביקש ממנו בצורה מכובדת ומאשתו
18 להפסיק עם צורת הפרסום הזאת שמטעה את לקוחותיו, אך הנתבע אמר לו להפסיק "לבלבל לו
19 את המח ושוה מותר לו". הוא ניסה שוב אך הוא ניתק לו את הטלפון. בפעם השניה הוא דיבר
20 אליו בצורה מגעילה וניתק. רעייתו ניסתה אף היא לשוחח עם הנתבע וכשהוא שמע מי היא, הוא
21 קטע את דבריה בצורה לא מכובדת. הוא לא מבין בענייני מרשתת. הוא או מי מטעמו לא ניסו
22 להתקשר לנתבע ולהתחזות ללקוח פוטנציאלי, הוא התקשר והזדהה ישירות. כל ההוצאות שצירף
23 הם חלק מהוכחת המוניטין שרכש, הם קיימים 15 שנה, לקוחות חוזרים אליהם ומחפשים אותם,
24 יש כל הזמן פעילות הוא משלם לשוזרת, הוא ואשתו עובדים בעסק ואם לא היה לעסק מוניטין
25 הוא היה נסגר מזמן והם היו מגיעים לחובות עצומים. את צילום המסך של תוצאות החיפוש ביצעו
26 אשתו, בנו או חתנו לאחר שנוכח לראות שחור על גבי לבן שהנתבע פרסם באופן הזה והוא נכח
27 בתהליך. הוא סבור שאין בעיה שהוא או הנתבע ימכרו גם מחוץ ליישובים בהם מצויים העסקים,
28 אך יש לו בעיה עם אופן הפרסום ללא אזכור שם העסק של הנתבע באופן המטעה את לקוחותיו
29 וגוזל לו אותם. גרם לו נזק עקיף בעקבות כך והוא לא יודע לאמוד אותו, אך מאחר והאופן
30 הפרסום בצורה זאת נמשך הרבה זמן, זה גרם לו נזק. אין לו תקציבי פרסום והנתבע גורם
31 ללקוחות התובע להגיע אל הנתבע במקום אליו. הוא לא רשם סימן מסחר על הביטוי פרחי הדר,
32 ואין לו כוונה לעשות זאת. הוא החנות היחידה לממכר פרחים בצור משה, וברגע שהנתבע פרסם
33 כפי שפרסם הדבר גרם להטעיית לקוחותיו. הוא לא יודע כמה פעמים בחודש מחפשים את הביטוי
34 פרחי הדר צור משה על גגותיהם. זה לא יכול להיות 20 פעמים בחודש כי מתקשרים אליו יותר
35 לקוחות והוא יודע שיש לו עבודה. הוא לא הגיש תביעה נגד חברה אחרת בשם שדה פלאור שגם



בית משפט השלום ברמלה

06 יולי 2021

ת"א 12612-12-17 מבורך נ' חן

מפרסמת באופן כזה. לאחר שהנתבע הוריד את הפרסום באופן הזה הם הרגישו יותר טלפונים
מלקוחות.

7. התובע הגיש חוות דעת של מר אלירן הדר אשר הציג בחוות דעתו ניסיון בהקמה, ניהול וליווי
פרויקטים אינטרנטיים בארץ ובעולם וכן במתן שירותי ייעוץ ושיווק כללי ושוטף, וכמנכ"ל משרד
הפרסום במרשתת IMS. בחוות דעתו כתב, כי אופן הפרסום של הנתבע, ביקש לנטר לקוחות
המבקשים לקבל שירות מחברת פרחי הדר. זה בוצע על ידי יצירת קשר טלפוני ישירות מהמודעה
או בעת כניסה לאתר המרשתת על ידי מי שחיפש את החנות פרחי הדר שבצור משה. הוא ציין
שקיימת אפשרות לא להיכנס לאתר ולבצע התקשרות טלפונית ישירות מהמודעה וזאת מבלי
להציג ללקוח את האתר המבוקש (בעיקר בטלפונים סלולריים, אשר מהווים חלק משמעותי מכלל
החיפושים). לטענת המומחה לאחר שביצע חקר במנוע החיפוש גילה כי לאתר המרשתת "פרחי
הדר" קיים מיצוב אינטרנטי המציג מחזור מכירה ע"ס 40,000 ש"ח בשנה, בשימוש באפיקי הפרסום
הדיגיטלי ואלו של מנוע החיפוש בראשם. הוא העריך את תקציב הפרסום בין 5,000-6,000 ש"ח
לחודש עם יכולת הבאה של 100 המרות (הכוונה המרה מחשיפה לפרסום ועד למכירה בפועל), כי
האתר דווח לארכיון המרשתת העולמי מיום 24.12.16 והדבר משמש כעדות ציבורית לקיומו של
האתר, שכן לא כל אתר מדווח לארכיון זה. כמו כן ציין כי החיפוש "פרחי הדר" מניב יותר מ-300
עמודי מרשתת דבר המציג את גודל האתר במרשתת.

מסקנותיו היו, כי פרחי חן הקימו באופן יזום מודעת פרסום המציגה את שם העסק "פרחי הדר"
וכתובת העסק בצור משה, המעבירה בלחיצה על כותרת הקישור לאתר המרשתת של פרחי חן
בצירוף התקשרות טלפונית, וכי במקרה הנוכחי בוצע שימוש בערכי הקישור על מנת לבצע הטעיית
לקוח. הדבר חייב הגדרה ידנית והוא מנוגד להסבר במאגר גוגל לגבי הקישור בו נכתב כי נועד
לספק ללקוחות הסבר מדויק לגבי דף המרשתת אליו הם הולכים להגיע. במקרה הנוכחי הלקוחות
שחיפשו את "פרחי הדר בצור משה" הוטעו לחשוב שלחיצה על הקישור תוביל אותם לאתר התובע
או ליצירת קשר טלפוני עימם, שכן לצד אותו פרסום הופיע מספר הטלפון של עסק הנתבע, ללא
ציון שמו ומבלי לציין או לאזכר במודעה שמספר הטלפון או הקישור הסופי מובילים ל"פרחי חן"
ובכך ביצע הטעיה ברורה של משתמשי הקצה.

מר אלירן הדר נחקר חקירה שכנגד בה העיד כי מר רואי אליהו איש השיווק והפרסום של התובע
מחברת ראל טכנולוגיות בע"מ, אשר סיפק לו נתונים ושיחות הסברה שעליהם ביסס את חוות
דעתו כפי שציין בה, נתן לו גישה למערכת הניהול של אתר המרשתת, לדו"חות הכנסה ולנתונים
סטטיסטיים, כמו כן הם שוחחו על הפרויקט והיקפו. הוא לא מודע לכך שרואי אליהו סיפק בעבר
שירותים לנתבע. במסגרת חוות הדעת התבסס על צילומי מסך של קמפיין הפרסום במנוע
החיפוש, לאחר הקלדת מילות החיפוש "פרחי הדר צור משה". הוא לא ביצע בעצמו את החיפוש,
כי כנראה באותו רגע הקמפיין הוסר. צירופי המילים עוזרים ללקוח להבין לאן הוא עתיד להגיע
בלחיצה על הקישור וזו הגדרה ידנית של מבקש הקמפיין בתוך הגדרות הקמפיין. לדבריו, ניתן
לשנות ערכים במודעה, אך לא בתוך הקישור. בנספח ב "פרחי הדר צור משה" מופיע בקישור וצור
משה בכותרת. ככל הנראה אם מגדיר הקמפיין יגדיר שהמודעה תופיע בחיפוש הביטוי "פרחי



בית משפט השלום ברמלה

06 יולי 2021

ת"א 12612-12-17 מבורך נ' חן

1 **צור משה" היא תופיע ככל הנראה גם כשמשמש יחפש את הביטוי "פרחי הדר צור משה".**
 2 הוא יוצר מונוטיפין לחברות. הוא לא העריך שווי המונוטיפין בחוות הדעת. קביעתו שהתובע מוכר סך
 3 של 40,000 ₪ בשנה היא מנתונים בפועל לאחר ביצוע חקר במנוע החיפוש ודו"חות מכירה וכך
 4 קבע את מיצוב המרשתת. קביעתו שהתובע ביצע פרסום במנוע החיפוש בסך של 5,000-6,000 ₪
 5 בחודש עם יכולת הבאת 100 המרות פוטנציאליות היא הערכה שלו על פי נתונים שקיבל ממנוע
 6 החיפוש. רק אתרים להם מעל מספר כניסות מסוים מדווחות לארכיון הבינלאומי. במהלך כתיבת
 7 חוות הדעת בדק כמה פעמים בחודש מחפשים את הביטוי "פרחי הדר" אך לא רשם זאת בחוות
 8 הדעת. יחס ההמרה בתחום הפרחים או במקרה זה משתנה וקשה לו לאמוד אותו בזמן החקירה.
 9 בתחילה אמר שזה סביר שהיחס יהיה 1:100 על פי הדוח של נספח ב' שם מופיע כי ישנם 110
 10 המרות בסכום של 38 ₪ בממוצע. אך בדוח שהוציא ישנם 30,000 חיפושים על 110 המרות בעלות
 11 38 ₪ בלחיצה ולכן קבע שזה לא סביר. ועל פי הערכתו על כל 33,000 חיפושים יש 110 המרות.
 12

ראיות ההגנה:

13
 14 8. מטעם הנתבע הוגשה חוות דעתו של רו"ח נעם פרדס אשר קבע כי התובע לא הוכיח כי עסקו נהנה
 15 ממונוטיפין כלשהו. הוא ציין כי התובע לא הציג רשימת לקוחות חוזרים, נתוני מחזור הכנסות,
 16 נתוני רווחיות תפעולית לאורך שנים, או ראיה לייחודיות של שירותיו ומכאן כי אין לאמוד את
 17 המונוטיפין או הנזק אשר לכאורה נגרם.
 18 רו"ח פרדס נחקר חקירה שכנגד בה העיד כי הינו מומחה הערכות שווי וכי לא הוכח במקרה זה
 19 קיום מונוטיפין, ולכן לא יכל להעריך שווי. הוא קרא פסקי הדין רלוונטיים וכן את חוזר מס
 20 הכנסה. הוא לא זוכר על אילו מסמכים עבר, אך אלו היו המסמכים עליהם ביסס מומחה התובע
 21 את חוות דעתו והמסמכים שהוגשו במסגרת כתב התביעה. הוא לא הסביר על מונוטיפין במרשתת
 22 ואינו יודע אם יש מינוח כזה.
 23

24 9. הנתבע הגיש תצהיר עדות ראשית בו הצהיר כי פעולות החיפוש מתבצעות על ידי אלגוריתם מנוע
 25 החיפוש. הוא שולח פרחים ושירותים נלווים לכל מקום בארץ, כך שהפעלת מילות מפתח כגון
 26 זרים, פרחים ושם של יישוב כלשהו תפעיל את המודעה שהציג במנוע החיפוש. הוא לא מציין
 27 שמות של עסקים אחרים במודעותיו ותוספת הטקסט בשורת הקישור במודעה נקבעת על ידי
 28 מנגנון הפרסום של מנוע החיפוש ולא על ידי או על ידי מי מטעמו, וזאת בהתאם למילות החיפוש
 29 שהקיש הגולש בשורת החיפוש. אין בפעולות שביצע עוולה כלשהי כלפי התובע ומכל פנים מדובר
 30 בזוטי דברים. מדובר במילים גנריות עם שמות יישוב. בחירת הביטויים שיפעילו את מודעתו לא
 31 נעשתה על ידו אלא על ידי מומחה פרסום, וגם הוא לא בחר בביטוי פרחי הדר צור משה, ודי בכך
 32 שהמחפש יקליד את המילים "פרחי" או "פרחי צור משה" כדי להפעיל את המודעה גם אם נכתבו
 33 מילים נוספות בשורת החיפוש. מדובר בשיטת הפרסום של מנוע החיפוש. את שורת הכותרת של
 34 הקישור לאתר הכוללת את מילות החיפוש שביצע הגולש, מציגה גוגל בצורה אוטומטית על בסיס
 35 מילות החיפוש במנגנון הנקרא "sitelinks" ו"keyword insertion" ולו אין יד ורגל בעניין זה.
 36 אתר התובע הופיע במקומות גבוהים בתוצאת חיפוש הביטוי "פרחי הדר צור משה" במנוע



בית משפט השלום ברמלה

06 יולי 2021

ת"א 12612-12-17 מבורך נ' חן

החיפוש וגם הוא יכל לו רצה לפרסם באזור המודעות הממומנות והוא לא מנע זאת ממנו. מדובר בעסקים מתחרים. הלקוחות אשר התובע טוען שאינו יודע מי הם, אשר התקשרו ל"פרחי חן" הינם התובע בעצמו או מי מטעמו, אשר ניסו מספר פעמים "להפיל בפח" אותו או מי מטעמו בעסקו, על ידי ניסיונות שונים לבצע הזמנות פיקטיביות, תוך הקלטת השיחות, כאשר המטלפן המתחזה שואל אם מדובר ב"פרחי הדר" וניסיונות אלו הועברו לידיעת התובע בזמן אמת וגם לאחר הגשת התביעה באמצעות מכתב מבא כוחו. התובע עיין בתכתובות שלו עם יועץ הפרסום, אך בחר שלא לצרף דבר לתביעה. בבדיקה שביצע במנוע החיפוש מצא כי הביטוי "פרחי הדר צור משה" מחופש כ-20 פעמים בחודש, ועל פי יחס המרה של 1 ל-20 בממוצע נראה כי נמנעו מהתובע כ-12 מכירות בשנה בהערכת נזק של 500 ₪ במקרה הטוב ואילו הביטוי "פרחי הדר צור משה הכי טרי הכי זול כמעט ולא מחופש במנוע החיפוש והדבר לא מפעיל כמעט מודעות. פניית התובע אליו הייתה שערורייתית והוא דרש סך של 250,000 ₪ הגבוה יותר מסכום התביעה. כותב חוות הדעת מטעם התובע, סיפק לו שירותי פרסום בעבר והוא הפסיק ההתקשרות עימו בשל חוסר שביעות רצון מתוצאות עבודתו, אך הוא לא טרח לציין זאת בחוות דעתו.

הנתבע נחקר חקירה שכנגד בה העיד כי הוא חקלאי בישוב פורת ובעל החנות בנמצאת בבני דרור. הוא לא מומחה לפרסום בגוגל ואין לו השכלה בתחום. קמפיין ההודעות בגוגל מטעם שוקי מן בנוי על פניה חד פעמית מקיפה שמבוססת על מילות מפתח. הוא שכר את שירותיו לפני הרבה זמן ואינו יודע מתי. **ביצוע פעולות הפרסום ובחירת הביטויים "פרחי הדר צור משה" לא נעשו על ידו אלא עד ידי מומחה הפרסום שוקי מן.** היחסים בינו לבין מומחה התובע הסתיימו על דרך השלילה ולא בצורה חיובית. הוא מכיר את עסק התובע ואינו יודע לומר ממת. **כשנשאל על מעורבותו הענפה בהליך השיווק השיב שאינו יודע במה מדובר וביקש שיפנו אותו.** אין לו התכתבויות נוספות מעבר למה שצירף עם איש הפרסום הנ"ל. הוא התכתב עם אנשי פרסום אחרים כחלק מההתנהלות השוטפת. הוא לא עשה במישרין שימוש בביטוי "פרחי הדר" והקמפיינים נשענים על מילה רחבה, כך שכל פעם שמקלידים פרח ושם ישוב זה היה מתקבל. מספר הטלפון המופיע תחת הפרסום של עסקו בנספחי התובע הוא מספר הטלפון של חנותו. **לקוח שמבצע את החיפוש ונתקל במודעה יכול לדעת שמדובר בעסקו ולא בפרחי הדר, כאשר הוא לוחץ על הקישור ונכנס לאתר ובכותר מופיע לוגו החנות "פרחי חן" וגם לצד כל תמונה ותמונה, כשיוצרים קשר טלפוני צליל ההמתנה אומר לאן הגיעו וגם המענה האנושי הינו: "פרחי חן שלום". כנשאל אם זה קורה רק אחרי שנכנסים למודעה או מתקשרים אמר שייתכן וגם בתוך המודעה. החנות פועלת כ-7 או 8 שנים והוא לא יודע אם יש לחנותו מוניטין.**

10. במסגרת ההליך נדרש הנתבעת להמציא את כל התכתבות הדואר האלקטרוני בינו לבין מר מן. הנתבע המציא את העתק ההתכתבויות, אך ללא כל המסמכים שהיו מצורפים להתכתבויות רבות. ניתן ללמוד מהתכתבויות אלו שדווקא בנספחים שלא צורפו היה מידע רב ערך אודות מה ידע הנתבע בעת שביקש את אשר ביקש ממר מן. את מידע זה מנע הנתבע מבית המשפט ומהצד שכנגד, ודבר זה פועל כנגדו.



בית משפט השלום ברמלה

06 יולי 2021

ת"א 12612-12-17 מבורך נ' חן

הסיכומים:

11. לאחר העדויות הגישו הצדדים סיכומיהם.

12. לטענת התובע יש לקבל את התביעה, שכן הנתבע נמנע מהבאת מסמכים והתכתבויות מלאות ביחס להתקשרותו עם "אנשי הפרסום" מטעמו וכן **נמנע מהבאת אותם "אנשי פרסום" לעדות ומחדלים אלו פועלים לרעת הנתבע**. ההתכתבויות שהוגשו והוצגו היו חלקיות וערוכות. כמו כן נטען כי הוכיח מוניטין וכי הוכח שתכלית פרסום הנתבע היה למנוע גישה או להכביד על כניסת לקוחותיו לאתר המרשתת של פרחי הדר. המעשים לא נעשו לשם הגנה על אינטרס או צורך לגיטימי. הנתבע גנב עיני לקוחות התובע באופן לא הוגן העולה לכדי תיאור כוזב ופגע בתובע ובמוניטין שצבר. בתוצאות החיפוש במועד הרלוונטי לתביעה (דבר ששונה בהמשך) הופיעו המילים פרחי+הדר+צור+משה ובמבט חזותי ניתן היה לטעות ולסבור שמדובר בעסק התובע וכך למעשה הוטעה הלקוח הסביר. הוכח שהנתבע השתמש במידע כוזב והציג מצג שווא ובמעשיו גזל לקוחות פוטנציאליים שביקשו להגיע לחנותו של התובע באמצעות המרשתת. הדבר גרם לתחרות בלתי הוגנת. לאור "גניבת הלקוחות" התגבשה גם עילת עשיית עושר ולא במשפט. בשל היכרות הנתבע עם עסק התובע קיימת חובת זהירות מושגית וממשית ולכן הנתבע ידע או היה עליו לדעת שאופן הפרסום יפגע בתובע. הגנת הנתבע הינה הגנת בדים. לא מדובר בשימוש במילות מפתח לצורך חיפוש והקפצת מודעת הנתבע בשונה מפרשת "מתאים ל" שנידונה בפסיקה אותה הזכיר הנתבע, שכן בענייננו הסתיר הוא את שם העסק "פרחי חן" ממי שחיפש במישרין את עסק התובע. הנתבע הודה בחקירתו כי בעקבות התביעה ולאור ייעוץ משפטי שקיבל, שינה אופן הצגת התוצאה עד לכשתתברר התביעה.

13. הנתבע טען כי יש לדחות התביעה ולפסוק את הוצאותיו, שכר טרחת עורך דין ואף הוצאות לדוגמה. התובע לא הוכיח זכות בביטוי "פרחי הדר" והעיד שלא רכש זכות כזו. התובע לא הוכיח כי הנתבע עשה שימוש כלשהו בביטוי זה להפעלת מודעותיו. הנתבע לא עבר על החוק שכן הדין מעדיף באופן ברור את ערכי חופש התחרות. התובע התנהל בחוסר תום לב, כאשר פתח תחילה את ההליך בבית המשפט המחוזי, וגרם הוצאות מיותרות לנתבע. התובע כלל לא הוכיח נזקיו. התובע לא הוכיח מוניטין בשם "פרחי הדר" והעיד כי לא דיווח לרשויות המס אודות שווי המוניטין. מומחה הנתבע קבע שלתובע אין כל מוניטין בעסק או בשם "פרחי הדר" וטענה זו לא הופרכה. ה"מומחה" מטעם התובע, כלל אינו מומחה בקביעת מוניטין. הוא המציא מושג חדש בשם "מוניטין אינטרנטי" שאינו קיים ובינו לבין הזכות למוניטין אין דבר. על בסיס זה נשמטות כל עילות התביעה. התובע לא הוכיח קיום יסודות ההטעיה ונקבע כי היסוד להוכחת הטעיה הינו אובייקטיבי. התובע לא הוכיח "גניבת עין". צילומי המסך שהוגשו בכתב התביעה שונים מצילומי המסך שהוגשו בתצהיר התובע. התברר כי חיפושים אלו במנוע החיפוש בוצעו על ידי מי מקרובי משפחתו ולא על ידו, אך אלו לא הובאו לעדות ומחדל זה פועל לחובת התובע. מדובר בחיפושים "רחבים" כך שגם הקלדת ביטוי לא מדויק יוביל בהכרח לתוצאה זו. ייתכן שצילומים עברו "מניפולציה" כך שלאחר הצגת תוצאה מחיפוש מסוים, שאינו כולל את הביטוי שבמחלוקת, שונו



בית משפט השלום ברמלה

06 יולי 2021

ת"א 12612-12-17 מבורך נ' חן

המילים בשורת החיפוש ורק אז בוצע צילום המסך. נטען כי המילים במודעה "פרחי הדר צור משה" או "הדר פרחים צור משה" מופיעות באופן אוטומטי כחלק מהמודעה, אך אין בכך להעיד על בקשת הנתבע או שהן ספציפיות לעסקו של התובע. חוות דעת מומחה התובע נסמכה על צילומי המסך ואין בכך ללמד דבר. התובע לא הוכיח שהנתבע עשה שימוש כלשהו בביטוי הספציפי. התובע לא הוכיח את טענתו כי הנתבע או מי מטעמו התחזו בפני לקוחות לעסקו של התובע, דבר מוכחש אשר התובע לא הציג כל עד או ראיה כלשהי בעניין מלבד עדות כפולה מפי השמועה. התובע אישר כי הנתבע הזדהה בשם "פרחי חן". בפסיקה נקבע כי תיאור כוזב כמשמעותו בחוק עוולות מסחריות הכוונה לפרסומי מידע שליליים ומשמיצים אודות המתחרה. כמו כן נקבע בפסיקה שאפילו פרסומת שקרית אינה מהווה פרסום כוזב, כי אם תחרות לגיטימית ובעניינו הדבר לא התקיים. כמו כן לא התקיימה עוולת התערבות בלתי הוגנת שכן בפסיקה נקבע שמדובר בהכבדה פיסית על מערך שיווקי או חסימת כניסה לבית העסק ולא מדובר על צבירת יתרון תחרותי. כמו כן אפילו בצילומי המסך נראה כי רואים בבירור כי מודעתו של הנתבע הינה ממומנת ומודעתו של התובע מובלטת יותר ומכאן לא יתכן כי הנתבע מכביד על כניסת לקוחות לאתר התובע. אם יתקבלו טענות הנתבע, תחום התחרות במרשתת בישראל באופן מוחלט, הן לעניין שימוש בביטויים להפעלת מודעות והן לעניין פרסום במנוע החיפוש. בעניינו לא התקיימה עילת עשיית עושר שלא במשפט, שכן נקבע כי כאשר קיים חוק ספציפי שמגן על זכות כלשהי לא תהיה עילה לתביעה לפי חקיקה שיווית ובעניינו ממילא משלא הוכח כי הנתבע פעל שלא כדין יסודות העילה אינם מתקיימים. כמו כן לא הוכחו עילת הרשלנות ויסודותיה וממילא הנתבע הסיר באופן מיידי בצורה יזומה את מודעתו כאשר החיפוש כולל את הביטוי "הדר". התובע לא הוכיח את נזקו ומחקירת המומחה עולה כי ישנה רכישה אחת על פני 227 חיפושים. הנתבע טען כי בחודש ישנם 20 חיפושים של הביטוי פרחי הדר והדבר לא הופרך. מכאן שלכל היותר תתבצע מכירה אחת בכל חמישה חודשים ומכאן שמדובר בנזק של כ-50 ₪ בחמישה חודשים ומדובר בזוטי דברים. יתר על כן נטען כי חוות דעת מומחה התובע הינה פרשנות משפטית וכללית שכלל אינן בתחום מומחיות המומחה. לסיכום טען כי הדין בישראל ובעולם קובע כי אין פסול או מגבלה על שימוש במילות מפתח להפעלת מודעות במנוע החיפוש, ואפילו אם הן רשומות כסימן מסחרי. יתר על כן עקרון התחרות בישראל הינו עקרון יסוד וחוק יסוד חופש העיסוק העלה מעמדו של חופש התחרות ומהווה אינטרס ציבורי חשוב. כבר נקבע כי השאיפה של גורם מסחרי להשתלט על נתח השוק הרלוונטי מחלקם של מתחריו הינה שאיפה טבעית ולגיטימית. לאור כל האמור טען כי כלל לא קמה עילת תביעה נגדו.

דיון ומסקנות:

גניבת עין:

14. סעיף 1(א) לחוק עוולות מסחריות קובע:

"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"



בית משפט השלום ברמלה

06 יולי 2021

ת"א 12612-12-17 מבורך נ' חן

בפסיקה נקבע כי עילה זו דורשת הוכחת קיומו של מוניטין וחשש סביר להטעיית הציבור ראו לדוגמה את ע"א (עליון) 7629/12 אלעד מנחם סוויסה נ' TOMMY HILFINGER LICENSING LLC (16.11.14, פורסם בנבו) (להלן-"פס"ד הילפיגר").

עוד נקבע בפסק דין זה, כי מסקירת משפט השוואתית ישנה סובלנות באשר לשימוש בסימני מסחר להפעלת מודעות ממומנות של מתחרים, במנועי החיפוש ההשוואתי ובלבד שהדבר אינו כרוך בהטעיה לגבי זהותו של המוכר.

פסק הדין מתייחס לכך שבשנת 2009 חברת גוגל אפשרה למפרסמים במנוע החיפוש, לשלב מילים מוגנות בסימני מסחר במסגרת המודעות שהיא משווקת. בפסק הדין לא נקבעו מסמרות באשר לאופן השימוש במילים אלו, אך נאמר, כי לא כל שימוש שעושה צד שלישי בסימן מסחר במודעתו פוגע בהכרח בבעל סימן המסחר, וכי הדברים עולים בקנה אחד עם אי ההכרה בפיצוי ללא הוכחת נזק בגין הפרת סימן מסחר וזאת לצד ההכרה בו בהקשר של תביעה בגין גניבת עין.

15. בת"א (מחוזי חיפה) 55895-01-19 ביגאפפס אינטראקטיב בע"מ נ' גלובלביט סופט בע"מ (1.2.21, פורסם בנבו) (להלן-"פס"ד ביגאפפס") אשר ניתן אך לאחרונה ע"י כב' השופטת אורית וינשטיין, השתמשה חברה לפיתוח יישומונים בשם 'גלובלביט', בשם של חברה מתחרה 'ביגאפפס' להקפצת מודעתה, ואף השתמשה בשמה של 'ביגאפפס' בכותרת הקישור. השימוש שעשתה 'גלובלביט' במודעתה, בשם 'ביגאפפס' בכותרת המודעה, היה שאילת שאלה. המחפש נשאל האם חיפש את חברת 'ביגאפפס' והיא קראה לו לנסות את שירותי 'גלובלביט'. במקרה זה החברה עשתה שימוש בשם המתחרה, אך לא הסתירה כי היא עצמה אחרת, מתחרה המציעה שירות דומה. בתיק זה התביעה נדחתה.

בפסה"ד איזנה כב' השופטת וינשטיין בין האינטרס הגלום בתחרות חופשית וחופש הביטוי לבין מניעת תחרות בלתי הוגנת ויפיים דבריה לעניינו:

" תביעה בעוולה של גניבת עין מחייבת, על פי הוראת סעיף 1 לחוק עוולות מסחריות, הוכחה כי הטובין או השירותים שמוכר עוסק מסוים ייחשבו בטעות כטובין או שירותים של עוסק אחר או שיש להם קשר עם אותו עוסק אחר. 51. לפיכך, מאחר והתביעה שבפניי הינה בעילה של גניבת עין ואיננה תביעה על הפרת סימן מסחר רשום, ומאחר וקבעתי כבר כי עצם השימוש בסימן Bigapps כמילת מפתח לצורך "הקפצתה" של מודעת הפרסומת של הנתבעת אינו מפר את זכויות התובעת – הרי שיש לבחון אם עצם העובדה שהנתבעת עשתה שימוש בסימן Bigapps עצמו במסגרת מודעת הפרסומת שלה – מהווה הפרת זכויות התובעת העולה כדי עוולה של גניבת עין.

52. דיני הקניין הרוחני, ככל דין אחר, מגלמים את האיזון הנדרש בין שני אינטרסים מתחרים – הצורך לעודד ולתמרץ יוצרים, מפתחים וממציאים ולמנוע תחרות בלתי הוגנת, מחד, לבין האינטרס הגלום בתחרות חופשית וחופש הביטוי - מאידך. תפקידו של בית המשפט הוא לאזן בצורה מיטבית בין האינטרסים המתנגשים.



בית משפט השלום ברמלה

06 יולי 2021

ת"א 12612-12-17 מבורך נ' חן

53. מודעות הפרסומת הממומנות של הנתבעת במקרה שבפניי אינן מקימות חשש ממשי להטעיה, במונח הנדרש לצורך עוולת גניבת העין על פי חוק עוולות מסחריות. ראשית, כפי שתואר לעיל, ברור כי מדובר בפרסום ממומן, מעצם מיקומן של המודעות כמו גם העובדה כי הם מצויות במסגרת שבתחתיתה הימנית נרשם מפורשות כי מדובר במודעה.

שנית, התוכן והמלל המצוי במודעות שפורסמו על ידי הנתבעת אין בו כדי להביא להטעיה של הגולש הממוצע כך שיסבור כי השירות המוצע על ידי הנתבעת קשור בתובעת או מהווה את שירותי התובעת. במודעות למעשה נעשה ניסיון למשוך את תשומת ליבו של הגולש אשר הקיש כמילת חיפוש את המילה Bigapps, ולהזמין לבדוק את השירותים המוצעים על ידי הנתבעת. הפרסומת למעשה אומרת לגולש – באת לחפש את ביגאפפס, בוא תנסה גם את גלובלביט, אתה חייב לעצמך לבדוק גם את גלובלביט.

לעמדת, במודעות הפרסומת של הנתבעת מצויות אינדיקציות מספקות לגולש הסביר, לא כל שכן גולש מתוחכם יותר דוגמת זה המחפש שירותיהן של חברות לפיתוח אפליקציות, כי מדובר בקישור ממומן ולא קישור לאתר של התובעת, כך ששכנת ההטעיה מוטלת בספק רב. "

16. בפסק דין זה סקרה כב' השופטת השופטת ויינשטיין פסיקה הנוגעת להוכחת מוניטין וקבעה כי על מנת להוכיחו יש לבחון כל מקרה לנסיבותיו הקונקרטיות ולא לקבוע מתחם סגור להוכחה. היא ציינה כי על התובע להוכיח שציבור לקוחותיו אינו אדיש למקור הטובין שהוא רוכש כפי שנקבע במספר פסקי דין מרכזיים בבית המשפט העליון (ראו בעניין זה את ע"א (עליון) 5066/10 שלמה א. אנג'ל בע"מ נ' י. את א. ברמן בע"מ ואח' (פורסם בנבו, 30.5.13)).

17. לצורך בחינת קיום חשש סביר להטעיה יושם בפסק הדין "המבחן המשולש" בו נקבע:

"קביעת קיומו של חשש סביר להטעיה נעשית באמצעות "המבחן המשולש" (המשמש גם בדיני סימני המסחר) שישודותיו הם: (א) החזות והצליל; (ב) סוג הסחורה וחוג הלקוחות; (ג) שאר נסיבות העניין (עניין אורט, בפסקה 32; עניין כהן, בעמ' 363). למבחן זה צירפה הפסיקה את מבחן השכל הישר, אשר על פיו כאשר הדמיון שבין המוצרים מגלם מסר רעיוני כלשהו, מעין "אומנות קונספטואלית", יש להשוות את מידת הדמיון בין הרעיונות המועברים על ידי שני המוצרים. במקרים שבהם המסר הרעיוני זהה, או דומה מהותית לזה העולה מסימניו של התובע, עשוי בית המשפט לראות בכך הפרה אף אם הסימנים שונים זה מזה בחזות ובצליל (עניין טעם טבע, בעמ' 453; ע"א 8981/04 אבי מלכה "מסעדת אווזי הזהב" נ' אווזי שכונת התקווה 1997 ניהול מסעדות בע"מ, בפסקה 12 לפסק דינו של השופט חשין [פורסם בנבו] (27.9.2006) (להלן: עניין אווזי); עניין דדון, בפסקה 11). יצוין, כי אף שהמבחן המשולש זהה בשמו בעילה של הפרת סימן מסחר ובעילה של גניבת עין, הרי שהוא שונה במהותו, באשר בהפרת סימן מסחר הבחינה תחומה לדמיון בין הסימנים גופם



בית משפט השלום ברמלה

06 יולי 2021

ת"א 12612-12-17 מבורך נ' חן

- בלבד, בעוד שבגניבת עין נבדק המוצר בכללותו והאם מכלול מעשיו של העוסק גרמו להטעיה ביחס למקור המוצר (עניין טעם טבע, בעמ' 450-451; רע"א Prefetti Van 10804/04 Melle Benelux B.V נ' אלפא אינטואיט מוצרי מזון בע"מ, פ"ד נט(4) 461 (2005), סעיף 16 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) גרוניס (להלן: ענין אלפא)). על אף האמור, בהעדר טעם לאבחן ביניהן, ההלכות הנוגעות למבחני ההטעיה בדיני סימני המסחר יפות גם לתחום של גניבת עין.
18. מן הכלל אל הפרט: בעניינו, בדומה למקרה ביגאפפס לא נטענה טענה של הפרת סימן מסחר, אלא ביצוע עוולה מסוג "גניבת עין". התובע העיד כי אינו מתיימר לזכות כלשהי בביטוי "פרחי הדר", אך טען כי אופן הפרסום מצד הנתבע הטעה לקוחות שניסו להגיע ספציפית אל עסקו וגרם להם לחשוב בעת ביצוע הזמנה או חיוב למקום העסק של הנתבע כי הם יוצרים קשר עם פרחי הדר ולא עם פרחי חן.
19. חומר הראיות מלמד כי הנתבע ואיש השיווק "שוקי מן" (שלא הוגש תצהיר מטעמו והוא לא הובא ליתן עדות, מחדל שפועל לחובת הנתבע), מבקשים באופן טבעי להגדיל את אחוזי הפניות והמכירות שמתבצעות בפועל. בניגוד לטענת הנתבע ועדותו, ניכר שהיה מעורב עד מאוד באופן הפרסום והכוונתו. הנתבע ואיש השיווק מטעמו, מבצעים שינויים לאורך הדרך ומפתחים את הפרסום, תוך שהנתבע מציב לאיש השיווק קווים אדומים; ניתן ללמוד על התהליך שהוביל להפיכת קישור הכותרת למשתנה, בהתאם למילות החיפוש שהלקוח הפוטנציאלי מקיש (ראו דוא"ל מיום 7.11.14). יצירת "דף נחיתה" לנייד אליו מופנים הלקוחות בלחיצה על הקישור, במקום לאתר "פרחי חן" (ראו דוא"ל מיום 3.7.14 בו הנתבע מאשר לאיש השיווק לבטל את האופציה למעבר לאתר המרשתת של פרחי חן ומותירם על "דף הנחיתה" שנוצר במיוחד למכשירים ניידים) בהתאם לדוא"ל מיום 24.7.14, ניתן ללמוד כי "דף הנחיתה" היה "נקי, רק מספר טלפון". ההתכתבויות מלמדות כי ברגע שהנתבע הוריד פרטים מזהים הקושרים את המודעה לעסקו, עלו הפניות והמכירות באופן משמעותי. בדוא"ל מיום 24.7.14 נכתב "זוכר שהורדנו את הלינק לאתר הרגיל? אז אחוז ההמרה זינק מ-4.79% ל-10.5%" וכן בדואר אלקטרוני מיום 27.10.14 בו נכתב כי דף הנחיתה יהיה דף הבית של האתר כמו בכל הקמפיינים. המטרה שאנשים יתקשרו ובדף הבית הטלפון הוא הכי בולט.
- בניגוד לעדות הנתבע, ניכר כי איש השיווק מטעמו שינה את מאגר המילים המובילות "להקפצת" המודעה והמופיעות בכותרת המודעה וכי נושא זה העסיקם רבות. עולה שהתכלית הייתה הגדלת המכירות ולא פיתוח מוניטין לאתר הנתבע. למעשה הנתבע פרסם באופן "טפילי" לאתרים אחרים, את עסקו. הדבר הוכח, בצילומי המסך שבוצעו על ידי התובע בסיוע בני משפחתו לאחר ביצוע חיפוש של "פרחי הדר בצור משה" במנוע החיפוש.
20. אמנם הנתבע מבקש מאיש השיווק לא לבצע דברים שאינם חוקיים, בהתייחס למקרה בו הכותרת כללה שמות עסקים מתחרים בהתאם למילות החיפוש שהוקלדו (ראו תכתובת מיום 19.4.14). ניכר מההתכתבות כי שמות העסקים המתחרים הורדו באופן ידני מכותרת וממלל המודעה.



בית משפט השלום ברמלה

06 יולי 2021

ת"א 12612-12-17 מבורך נ' חן

תשובתו של איש השיווק בהתייחס לכך "הורדתי יש איזה 1000 מילות מפתח אז פספסתי כמה" תכתובות אלו מחזקות הסבריו של כותב חוות הדעת והעד מטעם התובע אשר בעצמו עוסק בפרסום באמצעות מנוע החיפוש, לפיהן מדובר בהגדרה ידנית. קראתי טענות הנתבע באשר לעד התובע וכותב חוות הדעת מטעמו. גם אם איני מתייחס לעדותו כאל עדות "מומחה", מדובר באדם נוסף המחזיק את טענות התובע שהינו בקיא ברזי הפרסום באמצעות מנוע חיפוש. לו רצה הנתבע לטעון ולהוכיח מנגד שהאמור בחוות הדעת על ידי העד מטעם התובע, אינו נכון ואינו מדויק- היה עליו להציג חוות דעת נגדית או לכל הפחות תצהיר מטעמו של איש השיווק "שוקי מן". הנתבע לא הציג עדות סותרת ובהעדר חוות דעת או עדות מנגד, אני מקבל את חוות דעת העד מטעם הנתבע באשר לפרסום במנוע החיפוש.

21. תכתובת הדואר האלקטרוני מיום 18.6.14 מציגה את "דף הנחיתה" במכשירים הניידים. אשר החליף את ההפניה לדף הבית של "פרחי חן" כפי שניתן ללמוד מהתכתבויות לעיל. הכיתוב שמופיע בדף הנחיתה הינו :

"להפתיע

חייגו עכשיו למשלוח חינם

תוך 3 שעות

09-9745678

דוגמאות לזרי פרחים"

בדף אלקטרוני זה, אין זכר לעובדה שמדובר בפרחי חן וכזכור מגיעים אליו לאחר לחיצה על כותרת הקישור המכילה מילים המזוהות עם עסק התובע ולמי שחיפשו מפורשות במנוע החיפוש את "פרחי הדר בצור משה" כפי שהעיד התובע והעד מטעמו המבין באופן הפרסום במנוע החיפוש.

22. גם במודעה בעלת הקישור המשתנה בהתאם למילות בחיפוש שמקלידים מחפשי חנות התובע "פרחי הדר בצור משה" במחשב, כפי שמעידים צילומי המסך אשר התובע צירף לראיותיו מופיעים מספר הטלפון של חנות הנתבע, והכותרת :
"פרחי צור משה- משלוח חינם בעיר- פרחים טריים יום יום מהשדה" כאשר תחת הכותרת נכתב :

"09-9715670 פרחי+הדר+צור+משה/הכי _טרי_הכי_זול" ואת כתובת אתר המרשתת של הנתבע flower2p. לא מופיעים פרטים המביאים לזיהוי עם "פרחי חן" שבצומת דרורים. מהתכתבויות הנתבע עם איש השיווק עולה, כי פרסם כמה מספרי טלפון שונים שהובילו לחנותו באמצעות מרכזיה. הדבר מחזק את קביעתי כי הנתבע לא ניסה לבסס מוניטין משל עצמו, כי אם "להיטפל" לעסקים אחרים ולהטעות את לקוחותיהם, ובמקרה זה כפי שהוכח להיטפל ל"פרחי הדר".



בית משפט השלום ברמלה

06 יולי 2021

ת"א 12612-12-17 מבורך נ' חן

זה המקום לציין כי אמנם בחלק מדפי תוצאות החיפוש לא הופיעה המילה "הדר" במלל המודעה. הנתבע העיד וסיפק גם את התשובה לכך, שכן העיד כי לאחר הגשת התביעה ולאור ייעוץ משפטי שקיבל הסיר את המילה עד לכשתתברר התביעה. אני מודע לטענת הנתבע לפיה התובע העיד כי אחד מבני משפחתו ביצע את צילומי המסך וסייע לו בחיפוש, אך איני סבור שיש באי הבאתם לעדות כדי לפגום בראיה זו. התובע העיד כי ביצע החיפוש ועצמו ונזקק לעזרה כדי לבצע את צילום המסך. התובע נכח בזמן התהליך ואיני סבור כי יש בטענות הנתבע כדי לפגום בעדות אובייקטיבית זו, אשר חיזוקים אליה מתקבלים בטענות הנתבע, עדותו, והתכתובות מטעמו.

23. מודע אני לכך שעדותו של התובע באשר ללקוחה אנונימית שהפנתה תשומת ליבו להטעיה הינה עדות מפי השמועה, כמו גם עדותו באשר למוכרנית שסיפרה כי נתקלה בלקוחות שסיפרו דברים דומים. ראוי היה שהנתבע יביא לעדות לקוחות אלו ומוכרנית זו. אולם איני מבסס פסק דיני על עדויות שמיעה אלו, כי אם על חיפוש העצמאי של התובע במנוע החיפוש, עדותו וצילומי המסך ותכתובות הדואר אלקטרוני של הנתבע עם איש השיווק מטעמו ואף הודאתם כי מבוצעים מידי חודש חיפוש של ערך 'פרחי הדר צור משה' זה.

אמנם הנתבע ציין כי צליל ההמתנה לחנות והמענה בחנות הינו "פרחי חן" וכי הלקוחות היו מגלים בסופו של דבר שמדובר בפרחי חן, אולם בשל אופן הפרסום העקלקל והטפילי היה עליו להוכיח כי כך היה המצב בתקופה הרלוונטית לתביעה זאת, וגם אם כך היה הדבר, עדיין ישנו חשש שהפרסום מהווה עוולה של גניבת עין, ככל ויתקיימו מבחני המוניטין וההטעיה.

מוניטין:

24. אני סבור כי עצם התמקדות התביעה במי שמחפש ישירות את פרחי הדר בצור יוסף, מלמד באופן מובנה על מוניטין התובע. יתר על כן טענת התובע כי החנות קיימת 15 שנים והיא החנות היחידה בצור משה, וכי הוא מגדל פרחים עשרות שנים - לא נסתרה. התובע הציג מסמכים המלמדים על השקעתו בפרסום ואף בצילומי המסך ניתן להבחין במודעתו הממומנת. הלינק לאתר המרשתת של החנות 'hadarflowers', מספר הטלפון האחד בפרסומים, היכרות הנתבע עם חנות התובע כל אלו מוכיחים כי התובע נהנה ממוניטין. חרף זאת, מאמצי פרסום עסק הנתבע הוכחו כעקלקלים וטפיליים, תוך ניסיון להסוות שמדובר בפרחי חן המצויה בצומת דרורים, וזאת בניסיון להגדיל פניית הלקוחות ולהגדיל את המכירות, והדבר מלמד על ניסיון לרכוב על מוניטין של אחרים ובמקרה זה על גבי מוניטין התובע. מכאן כי עצם אופן הפרסום של הנתבע ה"רוכב" "נטפל" ו"מתחזה" לפרסום התובע מוכיחים אף הם את המוניטין ממנו נהנה התובע. ראיה לכך היא דברי הנתבעת שמאז הפרסום הייתה קפיצה נאה במכירות.

הטעיה:

25. במבחן ה"מראה והצליל" ניכר כי הנתבע ניסה לסגל מראה נקי שיבליט את מספר הטלפון ומילות החיפוש של הלקוח הפוטנציאלי, באמצעות הטמעה בכותרת המשתנה ובמלל המודעה. הכותרת אינה מדגישה כי מדובר בעסק אחר או מתחרה אלא שואבת את התיאורים המתאימים לעסק



בית משפט השלום ברמלה

06 יולי 2021

ת"א 12612-12-17 מבורך נ' חן

1 התובע והעסק נחזה להיות הוא. יתר המלל הינו ניטרלי ואין בו כדי ללמד על זהות "פרחי חן"-
2 לפחות למשתמשים השואבים מספר טלפון כדי ליצור דרכו קשר או כאלה שמבצעים את החיפוש
3 באמצעות הטלפון הנייד ומגיעים ל"דף הנחיתה" הנייטרלי שעוצב במיוחד ובכך העלה את מספר
4 הפניות וההזמנות באופן ניכר.
5

6 26. במבחן "סוג הסחורה והלקוחות" מדובר בממכר פרחים ושליחתם. לא מדובר במוצר מתוחכם
7 כלשהו. מרבית הרוכשים ובפרט אלו שחיפשו ספציפית את חנות הפרחים שבצור משה, לא יעמיקו
8 ב"מחקר" עובר לרכישתם. אמנם ישנה סבירות גבוהה לכך שחלק ממבצעי החיפוש הינם אנשים
9 הבקיאים ברזי החיפוש והמרשתת, והם ידעו לזהות כי מדובר במודעה ממומנת שאין בינה לבין
10 חנות התובע בצור משה דבר. אלו הלקוחות שימשיכו לחפש אחר אתר "פרחי הדר" המקורי.
11 אולם לא כל משתמשי המרשתת המחפשים אחר משלוח פרחים מחנות התובע, ידעו לזהות זאת
12 ולהבחין בין השניים ואין ספק כי בעיניים אובייקטיביות, לאור התחכום שבפרסום והסרת
13 הפרטים המזהים בכוונת מכוון, לפחות חלק מהלקוחות יטעו וייתכן שבוצעה עוולה של גניבת עין
14 לגביהם.
15

16 27. באשר למבחן 'נסיבות העניין' ומבחן 'השכל הישר' אני סבור, כי לאור התחכום בשיטת הפרסום
17 והניסיון לטשטש סממנים מזהים עם פרחי חן ומנגד לסגל סממנים המזהים עם התובע ועסקו,
18 הוכח כי הנתבע ביקש ליהנות ממוניטין התובע תוך הטעיית לקוחות התובע, וזאת על מנת
19 להרחיב את קהל לקוחותיו ולהגדיל את ההזמנות המתבצעות דרכו תוך ביצוע עוולת גניבת עין
20 של אותם הלקוחות. ניכר כי תכלית שיטת השיווק של הנתבע הייתה הטעיית לקוחות וניתן ללמוד
21 זאת מתכתובות הדואר האלקטרוני והתפתחות אופן הפרסום כפי שתיארתי לעיל.
22

23 28. אני סבור שהתובע הרים את הנטל הנדרש במשפט אזרחי והוכיח בנסיבות העניין הספציפי, כי
24 הנתבע ביצע כנגדו עוולה של גניבת עין.
25

26 29. אציין כי גם במקרה הילפיגר נאמר בהערת אגב כי בתי המשפט מגלים סובלנות לשימוש בסימני
27 מסחר במודעות במנוע החיפוש, אך בהסתייגות שהמדובר במצב בו לא נעשתה כל הטעייה. לו
28 הנתבע היה מציין במודעתו כי מדובר ב"פרחי חן" ולא היה מנסה להטמיע פרטים המזהים עם
29 עסקו, או להדמות כ"זיקית" לעסק התובע על ידי הסוואת סממנים מזהים עם עסקו ובמקומם
30 שימוש במילים בהם השתמש מי שחיפש את "פרחי הדר צור משה", וייתכן אף שאם לכל הפחות
31 היה מותיר את ההפניה בלחיצה על הקישור לאתרו אתר "פרחי חן" ולא יוצר "דף נחיתה" מיוחד
32 כמתואר לעיל, סביר היה להניח שהתביעה הייתה נדחית, אך לא כך המצב בענייננו, ובכך שונה
33 המקרה בענייננו ממקרה ביגאאפס.
34



בית משפט השלום ברמלה

06 יולי 2021

ת"א 12612-12-17 מבורך נ' חן

30. מאחר ובהתאם לסעיף 13 לחוק עוולות מסחריות אין צורך להוכיח נזק בעוולה זו. ולאחר שהתובע הוכיח כי הנתבע ביצע כלפיו עוולה של גניבת עין אני פוסק לתובע את הסכום שדרש בגין עוולה זו בסך 70,000 ₪, ללא הוכחת נזק.

תיאור כוזב

31. סעיף 2 לחוק עוולות מסחריות קובע:

"2. (א) לא יפרסם עוסק מידע ולא יגרום לפרסום מידע, אשר הוא יודע או שהיה

עליו לדעת שהוא אינו נכון, לגבי עסק, מקצוע, נכס או שירות, שלו או של

עוסק אחר (להלן - תיאור כוזב).

(ב) המפיץ פרסום של עוסק אחר או מטעמו הכולל תיאור כוזב, או מי

שהחליט בפועל על פרסום תיאור כוזב כאמור, לא יישא באחריות לפי סעיף

זה, אלא אם כן ידע שהתיאור כוזב, או שהתיאור כוזב על פניו."

32. בע"א 3425/17 (עליון) Societe des Produits Nestle נ' אספרסו קלאב בע"מ (07/08/19) פורסם (בנבו) כתב כב' השופט הנדל בסעיף 18 לפסה"ד כדלקמן:

"על פי רוב – וכך התפתחו הדינים הקרובים לעוולה מבחינה היסטורית, כגון עוולת שקר מפגיע – התיאור הכוזב מתייחס לפרסומים שליליים ומשמיצים של המתחרה או סחורתו, או לפחות לעליונותו של המפרסם על המתחרה (ראו הסקירה הרחבה בע"א 3322/16 איי די איי חברה לביטוח בע"מ נ' לשכת סוכני ביטוח בישראל, [פורסם בבנו] פסקאות 39-51 (30.4.2017) (להלן: עניין סוכני הביטוח)). לעומת זאת, ביחס לפרסומת של מכונות הקפה נטען לפרסום מידע "חיובי" בקשר למתחרה – כי הוא יצא במבצע אטרקטיבי. עם זאת, יושם אל לב כי לפי לשון החוק, תיאור כוזב אינו חייב להיות תיאור שלילי שגוי של המתחרה ומוצרו, או תיאור חיובי שגוי של מפרסם המידע, אלא כל תיאור כוזב – חיובי כשלילי – עשוי להקים את היסוד של פרסום מידע שאינו נכון. הגיונו של הכלל הוא שגם פרסום חיובי כוזב לגבי המתחרה עלול לפגוע בו, לנוכח אכזבת הלקוחות כשיתברר כי מדובר במידע כוזב. התחרות ההוגנת מחייבת אפוא לשלול אסטרטגיה עסקית מעין זו, שכן העיקר אינו תוכן המידע אלא פוטנציאל השפעה שלילית שלו על הצרכנים (שם, פסקה 51). כך או אחרת, מסכים אני עם קביעת ערכאה קמא כי לא הונחה תשתית מתאימה להוכחת חשש להטעיה של ציבור הצרכנים. החשש מפני הטעיה נבחן מנקודת מבטו של הצרכן הפוטנציאלי הסביר, והמבחן הוא "אובייקטיבי" (שם, פסקאות 57-61 לפסק דינו של השופט עמית, וכן פסק דינה של השופטת ברון). אמנם התנהגות הצרכנים יכולה להיות כלי עזר ראייתי בעל משקל, אך אצלנו הציגו המערערות חמישה או שישה מקרים שבהם צופים טעו לחשוב שהפרסומת היא מטעם המערערות. אחוז זעום של טעויות אינו יכול לחרוץ את גורל סוגיית החשש מפני הטעיה, בפרט לנוכח הניתוח ה"פנימי" של הפרסומת, שאינו מלמד על פני הדברים על חשש להטעיה. אחוז כה קטן של טעויות יכול להיות מוסבר בדרכים שונות,



בית משפט השלום ברמלה

06 יולי 2021

ת"א 12612-12-17 מבורך נ' חן

למשל מספר צופים שלא טרחו לצפות בפרסומת במלואה או שהקשיבו לה בחצי אוזן. מבלי
לכמת את המספר הדרוש להוכחת חשש להטעיה, אין די במספר הזעיר שהובא.
(ההדגשות שלי - ז.י.)

33. בענייננו לא פורסם מידע שגוי אודות התובע, אך הנתבע, פרסם במודעתו מידע שגוי שעשוי היה
להשפיע על צרכנים שביקשו לחזור ולרכוש בעסק התובע. הנתבע ידע שמדובר בתיאור כוזב
ובחוסר תום לב הסווה את הפרטים המזוהים עם עסקו על מנת ליהנות מלקוחות נוספים
המחפשים אחר עסק התובע בכדי להגדיל מכירותיו.

34. בהתאם לסעיף 11 לחוק עוולות מסחריות הפרת הוראה זו הינה עוולה בניזיקין אשר פקודת
הנזיקין תחול עליה. התובע לא הביא ראיה לכך שהכנסותיו ירדו או נפגעו כתוצאה מפרסום
הנתבע. התובע לא ידע לכמת את הכנסותיו כתוצאה מההזמנות שהגיעו דרך האתר או באופן
טלפוני ואף לא השווה כיצד השתנו או נפגעו הכנסותיו במהלך תקופות הפרסום השונות של
הנתבע. מכאן שהתובע לא הוכיח נזקיו והתביעה בגין עוולה זו נדחת.

התערבות לא הוגנת:

35. סעיף 3 לחוק עוולות מסחריות קובע:
"לא ימנע ולא יכביד עוסק, באופן לא הוגן, על גישה של לקוחות, עובדים או סוכנים אל
העסק, הנכס או השירות של עוסק אחר."

36. בהתאם לסעיף 11 לחוק עוולות מסחריות גם הפרת הוראה זו הינה עוולה בניזיקין אשר פקודת
הנזיקין תחול עליה. משלא הוכיח התובע נזקיו, מתייתר הצורך לדון בשאלה האם במעשיו הכביד
הנתבע על גישת לקוחותיו של התובע אל עסקו או קבלת שירותיו וגם עילה זו נדחת.

עשיית עושר ולא במשפט

37. חוק עשיית עושר ולא במשפט קובע בסעיף 1:
"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."

בפסיקה נקבע כי דיני עשיית עושר אינם מסלול "עוקף" לדיני סימני המסחר אלא נתיב משלים
במקרים המתאימים. סעד זה יוענק רק כאשר מתקיים "יסוד נוסף" בעל משמעות של ממש, כמו
הטעיה או "טפילות" יוצאת דופן. גם אם בענייני הוכח היסוד הנוסף, התובע לא הוכיח את שווי
העסקאות מהם נהנה הנתבע על חשבוננו, ולא הוכיח את נזקיו והפסדיו ומכאן שהתביעה בגין רכיב
זה נדחת. יתר על כן אין לפצות בגין אותם מעשים באופן כפול, הן במסלול הוכחת נזק והן



בית משפט השלום ברמלה

06 יולי 2021

ת"א 12612-12-17 מבורך נ' חן

במסלול ללא הוכחת נזק. ראה לעניין זה עמ' 46 ועמ' 48 לפסק דינה של כב' השופטת ברק-ארוז בפס"ד הילפיגר.

רשלנות:

38. מאחר והתובע לא הוכיח נזקיו, לא מצאתי מקום לדון גם בעוולה זו.

סוף דבר:

39. על הנתבע לשלם לתובע את הסכומים הבאים:

1. את הסך 70,000 ₪ בתוספת הצמדה ורבית מיום הגשת התביעה (6.12.17) ועד ליום התשלום בפועל;
2. את הוצאות המשפט הכוללות את אגרת המשפט, שכר העד המומחה מטעם התובע בגין חוות הדעת ובגין עדות העד בבית המשפט בתוספת הצמדה ורבית מיום מתן פסק הדין ועד ליום התשלום בפועל;
3. שכר טרחת עורך דין בסך 15,000 ₪ בתוספת הצמדה ורבית מיום מתן פסק הדין ועד ליום התשלום בפועל.

ניתן היום, כ"ו תמוז תשפ"א, 06 יולי 2021, בהעדר הצדדים.

זכריה ימיני, שופט בכיר

