בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"א 7547-08-18 ארז נ' נחום ואח'

תיק חיצוני:

לפני כבוד השופטת הבכירה רונית פינצ'וק-אלט

תובע: **גן ארז**
ע"י ב"כ עו"ד ליאור בן ארי

נגד

נתבעים: **1. ארז נחום**
2. איתן נחום
3. א.א.נ. לוגיסטיקה ושינוע (2013) בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד גיא הרשקוביץ

<u>פסק דין</u>

לפניי תביעה על סך 100,000 ₪ בגין הפרות של חוק עוולות מסחריות, פגיעה בפרטיות ולשון הרע.

<u>רקע וטענות הצדדים</u>

1. התובע, גן ארז, מפעיל מזה כ- 22 שנים עסק לייבוא ושיווק של גלאי מתכות בתל אביב בשם "גן ארז – גלאי מתכות".

2. הנתבעים 1-2, ארז ואיתן נחום, הם אחים המפעילים עסקים לייבוא ושיווק של גלאי מתכות בתל אביב, ירושלים ומושב אביאל תחת השמות "איתן גלאים", "ארז גלאים" – DETECTORS.IL ו- "מרכז הגלאים ירושלים". הנתבעת 3 היא חברה פרטית והיא בעלת העסקים האמורים.

3. בכתב התביעה נטען כי התובע הוא מומחה בעל שם עולמי בתחום המספק שירותים הן לסקטור הפרטי והן לסקטור הציבורי ובכלל זה לכוחות הביטחון. התובע משמש גם כנציג הרשמי של שבע יצרניות המובילות בעולם ומוכר כיבואן הרשמי שלהן.

4. נטען כי מדובר בשוק קטן יחסית הפונה לקהל לקוחות מצומצם יחסית. ציבור הלקוחות הרלוונטיים מזהה את השם "גן ארז" עם התובע ועם העסק אותו הוא מפעיל, בו השקיע משאבים ומאמצים רבים ליצירת המוניטין שלו ולפרסום המוצרים אותם הוא משווק וגם השקיע רבות במתן שירות לקוחות מן המעלה הראשונה.

5. למיטב ידיעת התובע, הנתבעים נכנסו לתחום שיווק גלאי המתכות בסביבות שנת 2015. הנתבעים פנו אל התובע בהצעה לשיתוף פעולה, אך התובע לא נענה להצעה ומאז הנתבעים

החליטו לפגוע בעסקיו ולהתעשר על חשבונו תוך שהם מנסים להיבנות מן המוניטין המצוין שלו בתחום ומנסים לבלבל לקוחות פוטנציאליים. התברר לתובע כי חיפוש שמו במנוע החיפוש של 'גוגל' מעלה מודעות ממומנות של הנתבעים בהן נעשה שימוש בשמו ובווריאציות שונות של שמו **בגוף המודעות**, למשל "**ארז גלאים**" ו-"**גן ארז גלאי מתכות**".

6. התובע טוען שאין שום סיבה לשימוש שעושים הנתבעים בשמו או בווריאציות של שמו בגוף המודעות מלבד הרצון לבלבל לקוחות ולמשוך אליהם לקוחות של התובע המכירים את שמו ואת המוניטין שלו, לחשוב שמא הנתבעים הם "גן ארז" או קשורים ל"גן ארז". פעולות חסרות תום לב אלה אכן בלבלו לקוחות שפנו לנתבעים לצורך רכישת גלאי מתכות, כשהנתבעים הגדילו לעשות וכאשר נשאלו בעניין הציגו את עסקיהם כ"גן ארז".

7. במקביל לכך, הנתבעים הכפישו באתר האינטרנט שלהם את מוצרי חברת MINELAB (להלן: "**מינלאב**"), שהתובע הוא היבואן הרשמי והיחידי של מוצרים וחלפים של תוצרת החברה לישראל, מתוך כוונה ברורה להזיק למוניטין של התובע ובפרנסתו. דוגמה לפרסומים: "**מינלאב עשו את זה שוב גם מחיר מופרז גם גלאי מתכות כבד ולא נוח שוב פעם גלאי מתכות מבית מינלאב**"; וגם "**מינלאב בדגם אקסלקליבר סימן 2 מיועד לצלילה אך לצערנו לא מספק את הסחורה**"; וגם "**מינלאב מפתיעה מחדש שהיא מצליחה למכור מוצר מלפני 10 שנים...**"; וגם "**גלאי מתכות המתיימר להיות טוב בקטגוריה אך לצערי לא עומד במבחן השטח לעומת הגלאי אותו הוא מנסה לחקות**"; "**גלאי טוב עם בעיית משקל חזקה מאוד, הגלאי פשוט מגושם מאוד וכבד**"; וגם "**כמו גלאי סיני ולפי דעתי כל הגלאי הזה בכלל מיוצר בסין לצערי לא מומלץ בכלל ולכן המחיר שלו כזה זול..**" וגם "**בתקופתו היה טוב נכון לעכשיו טיפה מיושן ולא עומד בקצב חודש טוב לאדמה אבל כבד מאוד מאוד מאוד ומאוד מאוד יקר מיותר לפי דעתי**".

8. בחלק גדול מהמקרים מדובר במוצרים שאינם מצויים במלאי של הנתבעים. לכן ברור שההמלצות שלהם שלא לרכוש את המוצרים מטרתן היחידה היא לפגוע בעסקי התובע.

9. לטענת התובע, מעשי הנתבעים שלעיל מהווים גניבת עין שמטרתה הטעיית צרכנים תוך שימוש במוניטין שהתובע בנה משך עשרות שנים, המהווה גניבת עין כהגדרתה בסע' 1 לחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999 (להלן: "**חוק עוולות מסחריות**"). התובע טוען כי מתקיימים בענייננו האלמנטים של מוניטין והטעיה.

10. התובע טוען כי מדובר גם בתיאור כוזב כהגדרתו בסע' 2(א) לחוק עוולות מסחריות.

11. כמו כן מדובר בהתערבות לא הוגנת והכבדה על הגישה לעסקי התובע כמפורט בסע' 3 לחוק עוולות מסחריות. השימוש בשמו של התובע בגוף המודעות הפרסומיות נועד לתעל את לקוחותיו הפוטנציאליים והקיימים אל עסקי הנתבעים באופן בלתי הגון.

12. כן מדובר בפגיעה בפרטיות כמפורט בע' 2(6) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (להלן: "**חוק הגנת הפרטיות**").

13. בנוסף, ההכפשות של מוצרי חברת מינלאב נעשו על מנת לפגוע בשמו הטוב של התובע ושל העסק אותו הוא מפעיל, בהינתן העובדה שהוא משמש כיבואן רשמי של מוצרי חברת מינלאב בישראל. התנהלות זו עולה כדי הוצאת לשון הרע בכוונה לפגוע בניגוד לסע' 1(3) לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 (להלן: "**חוק איסור לשון הרע**").

14. התובע טוען כי יש לחייב את הנתבעים 1-2 באופן אישי. לטענתו הנתבעים 1-2 היו מעורבים באופן אישי בפרסומים נשוא התביעה ובהתנהלות מול התובע בעניינים אלו. הנתבעים 1-2 הם הגורמים הרלוונטיים שביצעו את הפרסומים המפרים והם אלו שהתעלמו מפניותיו של התובע אליהם בעניין, באופן אישי ובאמצעות פנייה מבא כוחו. הנתבעת 3 היא עסק משפחתי אותו מפעילים הנתבעים 1-2 כבעלי מניות ודירקטורים יחידים. כתובתה הרשומה של הנתבעת 3 היא בכתובת הנתבעים 1-2. שמות העסקים שפרסמו את הפרסומים נשוא התביעה הם שמות הנתבעים 1-2 (איתן גלאים וארז גלאים), והנתבעים 1-2 מפעילים את העסקים הללו.

15. התובע טוען כי בנסיבות אלו מוצדק לחייב את הנתבעים 1-2 באופן אישי בכל חיוב בו תחויב הנתבעת 3, לפי סעיף 6 לחוק החברות, תשנ"ט 1999 על בסיס דוקטרינת הרמת המסך. מעבר לזה, יש לחייב את הנתבעים 1-2 באופן אישי כדירקטורים ואורגנים של הנתבעת 3 גם על בסיס דיני הנזיקין וסעיף 54 לחוק החברות המורה כי אין בהיות של אדם אורגן בחברה, כדי להקנות לו חסינות.

16. בעקבות זאת עתר התובע למתן צווים להורות לנתבעים לחדול מההפרות הנ"ל; וכן עתר לפיצוי כספי ללא הוכחת נזק על סך 100,000 ₪ בהתאם לחוק עוולות מסחריות; וכן לפיצוי של 100,000 ₪ נוספים ללא הוכחת נזק בהתאם לחוק הגנת הפרטיות; וכן לפיצוי נוסף של 100,000 ₪ ללא הוכחת נזק בהתאם לחוק איסור לשון הרע. יחד עם זאת התובע העמיד את תביעתו על סך כולל של 100,000 ₪.

17. ביום 12.12.19 הודיע התובע שרכיבי התביעה הם כדלקמן: 82,500 ₪ בגין גניבת עין; 10,000 ₪ בגין לשון הרע; 7,500 ₪ בגין פגיעה בפרטיות.

18. בכתב ההגנה נטען כי מדובר בתביעה סתמית וחסרת בסיס הנוגדת את הפסיקה בעניין, שכן המצב המשפטי כיום מתיר לבתי עסק לעשות שימוש בשמות מתחריהם כמילות מפתח לחיפוש כך שגולשים שהקלידו אותן ייחשפו לפרסומות מטעם העסק בלי שהדבר ייחשב הטעיה וגניבת עין.

19. הנתבעת 3 התאגדה ביום 8.5.13, בה מכהנים הנתבעים 1-2 כבעלי מניות וכדירקטורים. בחודש ספטמבר 2014 החלה הנתבעת 3 בשיווק ומכירה של גלאי מתכות והקימה עסק בשם "איתן גלאים". הנתבעת 3 מחזיקה בעסקים בתחום גלאי המתכות ומשמשת יבואנית בלעדית של 12 חברות שפורטו בכתב ההגנה וכן משמשת יבואנית מקבילה של חברות נוספות.

20. בעת הקמת העסק של הנתבעת 3 בתחום הגלאים "איתן גלאים" בחודש ספטמבר 2014, הענף היה "רדום". בשנת 2014 עלה לאוויר אתר האינטרנט של הנתבעים ובמקביל הנתבעים פנו ליבואנים במטרה לרכוש מהם סחורה. אחד מהם היה התובע. בפגישה שקיימו הצדדים במשרדי התובע התברר להם שעסקו של התובע נעדר כל פרסום או שילוט, שנמכרו בחודש הרלוונטי לפגישה רק 18 גלאים בכל הארץ ושרובם נמכרו על ידי חברת SOS המתחרה. התובע הציע למכור את בית העסק שלו אלא שהוא דרש סכום אסטרונומי של מיליון ₪ שכן לדבריו הוא מאס בעבודה בתחום והוא מעוניין לצאת להפלגה ארוכה על היאכטה שבבעלותו.

21. הנתבעים הפכו ליבואנים בלעדיים של מספר חברות בתחום (כמפורט בסע' 36 לכתב ההגנה), וכן ליבואן לא בלעדי של 4 חברות אחרות בהן חברת מינלאב. הנתבעים החלו לפרסם את העסק שלהם ואת המוצרים שמכרו, העלו סרטוני הדרכה ל'יוטיוב' ופעלו רבות כדי לעורר את השוק. אז התובע יצר עימם קשר והודה שהם הצליחו "להעיר" את השוק ושגם הוא נהנה מעלייה במכירות. התובע הציע פעם נוספת כי ירכשו את עסקו, הנתבעת סירבה, ורק בנקודת זמן זו, כשהתובע הבין שהוא מצוי בתחרות, החל התובע לראשונה לפרסם את בית העסק שלו. בערוצים שונים בדפי זהב, אתר יד 2, גוגל AdWords, פייסבוק ויוטיוב.

22. עוד נטען כי ככל הידוע לנתבעים התובע מכר את העסק שבבעלותו למאן דהוא. כן נטען כי ממידע שהגיע לנתבעת מלקוחותיה התברר כי התובע הציג מצג שווא כאילו הוא יבואן בלעדי של מוצרים מסוימים בענף גלאי המתכת כשלמעשה הנתבעת היא היבואנית הבלעדית שלהם.

23. בנוסף, כבר מתחילת פעילותה בענף הנתבעת מכרה מוצרים משלימים כגון כלי חפירה, מסננות פוינטרים, צלחות חיפוש, מסננות לחוף הים, אוזניות, ביגוד, חלקי חילוף, תיקים, ראיית לילה ועוד. רק לאחר מכן התובע החל למכור גם הוא מוצרים אלה. הנתבעים החלו גם להשכיר גלאי מתכות והנה התובע החל גם הוא להשכיר גלאי מתכות.

24. נודע לנתבעת מלקוחותיה כי התובע מוציא דיבתה רעה ומדבר סרה בדבר מוצריה וכן כי התובע פנה ישירות ללקוחות הנתבעת באמצעות אתר הפייסבוק והציע להם חברות באתר שלו. בעקבות זאת פנתה הנתבעת לתובע והבהירה לו שאין זה מקובל שהתובע פונה ישירות ללקוחותיה ומשכך מדובר בתחרות לא הוגנת.

25. לאחר מכן כחלק מפרסום לגיטימי רכש איש הקידום של הנתבעת מילות חיפוש במנוע החיפוש של גוגל. במסגרת השירות רוכש העסק מילת חיפוש או צירוף מילים שעשויים לעניין לקוחות פוטנציאליים, וגולשים שמקלידים את אותן מלים במנוע החיפוש נחשפים למודעת פרסום בולטת מטעם רוכש מילת חיפוש. מדובר בתחרות מותרת ולגיטימית. התובע פנה את הנתבעים בדרישה להסרת שמו מהפרסום במודעות גוגל אלא המצב המשפטי מתיר לבתי עסק לעשות שימוש בשמות מתחרים כמילות מפתח.

26. הנתבעים טוענים כי למעלה מהצורך, מילות המפתח בהן עשתה הנתבעת שימוש מתארות: את שמו של הנתבע 2 שהוא בעלים בנתבעת (ארז); את המוצר עצמו (גלאים); ואת המקומות בהם ניתן לעשות שימוש במוצר (גן/שטח). לטענת הנתבעים אין מחלוקת שגלאים מיועדים לשימוש בין היתר לגן ולשטח ואין חולק ששמו של אחד מבעלי הנתבעת הוא ארז ומכאן שגם אם הנתבעת עושה שימוש במילים גן/שטח/ארז/גלאים, מילים אלו משקפות בדיוק את תחום עסקה של הנתבעת, את המוצר אותו היא מוכרת ואת שמו של אחד מבעלי הנתבעת, ומשכך אין פסול בשימוש שהיא עושה במילים אלו.

27. לטענת הנתבעים השימוש בשמות מתחרה כמילת מפתח, מוכר בפסיקה.

28. כן נקבע בפסיקה כי פרטיותו של אדם אינה נפגעת אך בשל שימוש בשמו.

29. לעניין העילה לפי חוק איסור לשון הרע נטען שמדובר היה בביקורת לגיטימית על מוצרים ולא באמירות נגד התובע עצמו. ממילא התובע אינו הבעלים של המוצרים ולא ברור מהו מקור זכותו להגשת תביעה בגין כך. נטען שלמעלה מהצורך עומדות לנתבעים ההגנות הקבועות בסע' 14 (אמת הפרסום) וכן ההגנה עפ"י סע' 15(6) "הפרסום היה ביקורת על יצירה ספרותית, מדעית, אמנותית או אחרת שהנפגע פרסם או הציג ברבים, או על פעולה שעשה בפומבי, ובמידה שהדבר כרוך בביקורת כזאת – הבעת דעה על אפיו, עברו, מעשיו או דעותיו של הנפגע במידה שהם נתגלו באותה יצירה או פעולה".

30. הנתבעים מכחישים את המוניטין הנטען של התובע וטוענים כי כתבה ישנה מלפני 20 שנה שהתובע צירף לכתב התביעה בוודאי שאינה מראה על מוניטין כלשהו שנצבר, אלא רק

ת"א 7547-08-18 ארז נ' נחום ואח'

תיק חיצוני:

שהתובע עסק בתחום גלאי המתכות באותה תקופה, דבר שאינו מוכחש. כן לטענתם, לא מן הנמנע שמדובר בכתבה ממומנת, כנהוג.

31. הנתבעת טוענת (בסעיף 101 לכתב ההגנה) כי "למען השקיפות" תטען כי העלתה פרסום של עסקה למשך זמן קצר מאוד כאשר שמו של התובע מופיע בתוצאת החיפוש. תוצאה זו היתה באוויר זמן קצר ומיד לאחר פניית התובע לנתבעים הסירה הנתבעת את הפרסום האמור. כן לטענתה "למעלה מן הצורך יובהר" כי לאחר הקלקה על האתר המופיע בקישור, ניתן לראות שלא מדובר באתר של גן ארז אלא באתר מתחרה (סעיף 104 לכתב ההגנה).

32. הנתבעים מכחישים כי הנתבעת הציגה עצמה ללקוחות כ"גן ארז", כי מעולם לא פנה לנתבעת לקוח כלשהו אשר סבר שמדובר בעסק של גן ארז, כי הנתבעת לא נשאלה על ידי מי מהפונים אם מדובר בעסק של גן ארז.

33. הנתבעים טענו גם שעומדת להם זכות קיזוז בשל התחרות הלא הוגנת, הפניה ללקוחותיהם והכפשתם בפני לקוחותיהם. מדובר בהפרה של חוק איסור לשון הרע והנתבעים העמידו את נזקם ללא הוכחת נזק על סך של 100,000 ₪ - הוא סכום הקיזוז המתבקש.

<u>דיון</u>

34. התובע טוען כי חיפוש של שם העסק שלו "גן ארז" מעלה מודעות ממומנות על ידי הנתבעים בהן נעשה שימוש בגוף המודעות בשמו ובווריאציות שונות של השם שלו ("גו ארז", "גם ארז"). כלומר השימוש של הנתבעים בשם העסק שלו לא היה רק ברכישת מילות חיפוש אלא שימוש בשם העסק בגוף המודעות שלהם שהופיעו כקישור ממומן כדי לבלבל את הגולש הפוטנציאלי ולהביא אותו ללחוץ על הקישור ולהגיע לאתר שלהם במקום לשלו. בתצהירו טוען התובע כי מבדיקה עדכנית עולה כי למרות הגשת התביעה, שני הנתבעים עדיין עושים שימוש בשמו בגוף מודעות הפרסום שלהם, מה שבין היתר מוכיח כי השימוש בשמו מועיל להם עסקית.

35. בכתב ההגנה המקורי שהגישו הנתבעים (בעקבות כתב התביעה המקורי לפני שתוקן) טענו הנתבעים בין היתר כי "כחלק מפרסום לגיטימי ומותר, ציין איש הקידום של החברה, אף את שם עסקו של התובע **במודעות בגוגל**, בכדי להגדיל את התחרות" (סעיף 64 לכתב ההגנה המקורי, ההדגשה לא במקור – ר.פ.א.). הנתבעים אף ציינו את פנייתו של התובע לנתבעים בדרישה להסרת שמו מהפרסום במודעות גוגל וכי שלח להם מכתב דרישה, אלא שלטענתם מותר לעשות שימוש בשמות מתחרים כמילות חיפוש (טענה שאין בה תשובה להודאתם בדבר השימוש בשם עסקו של התובע במודעות להבדיל ממילות החיפוש). כן בסעיף 101 לכתב

ההגנה המקורי טענו הנתבעים כי בעקבות פנייתו הראשונה של התובע סבר הנתבע 2 כי היה מדובר בטעות (מצד הנתבעים), ושקל לתקן זאת, אולם מבדיקה מעמיקה שביצע לאחר מכן גילה שאין כל יסוד לחייב אותו למחוק את שמו של התובע וכי מדובר בסרך שיווק לגיטימית הנעשית חדשות לבקרים על ידי עסקים כאלה ואחרים. "כשנודע לו שפעילותו חוקית ונהוגה בכל תחומי העסקים, המשיך הוא לפרסם בהתאם כזכותו". בעקבות כתב התביעה המתוקן שהגיש התובע, הגישו הנתבעים כתב הגנה מתוקן בו השמיטו הנתבעים את הודאתם כי השתמשו בשמו של התובע בגוף המודעות של הנתבעת וכן העלו לראשונה את הטענות המתייחסות לשם שבו השתמשו במודעות כמפורט לעיל כי שמו של הנתבע 2 הוא ארז, והמוצרים הם גלאים, והמקומות בהם ניתן לעשות שימוש במוצר הם גן ושטח, בכך נעשה ניסיון להצדיק את השימוש בצירוף המילים 'גן ארז גלאים' וצירופים דומים מאוד פונטית כגון "גם ארז" ו-"גו ארז" (סעיף 59 לכתב ההגנה המתוקן).

36. התובע טוען בתצהירו כי מדובר בהתנהגות שנועדה "לתרץ" בדיעבד את התנהלותם הפסולה של הנתבעים; כי השימוש בשמו במודעות של הנתבעים נעשה גם במודעות של איתן נחום; כי היה הגיוני יותר לצורך עסקי שני האחרים לעשות שימוש בשם "נחום", אך הנתבעים לא עשו כן מסיבה אחת והיא כדי ליהנות מהמוניטין שנלווה לשם העסק שלו. התובע טוען בתצהירו ומצרף לכך אסמכתאות כי שמו של העסק של ארז נחום כונה מאז ומעולם "המרכז לגלאי מתכות DETECTORS.IL" ורק לאחרונה, ככל הנראה לאחר הגשת התביעה, הוסף שמו הפרטי של ארז נחום לאתר. בתצהירו העיד התובע כי מניסיון של עשרות שנים בתחום אין דבר כזה 'גלאי גן' וכי נראה שמדובר בהמצאה של הנתבעים לצורך מתן הסבר קלוש לשימוש בשמו של התובע. כן מצביע התובע על השימוש במודעות במילים "גן ארז" ובסדר זה דווקא, אשר אין לו הסבר אלא לשם השימוש בשמו. הנתבעים גם לא הוסיפו את שם משפחתם למודעות (נחום) על מנת שייווצר בידול בין העסק שלהם לזה של התובע.

37. ארז נחום בתצהירו (סעיפים 50-51) מתייחס לאפשרות להשתמש במילות מפתח. באשר לשימוש במילים במודעות, חזר ארז נחום על הנטען בכתב ההגנה המתוקן כי המודעות מתארות את המוצר עצמו (גלאים) את המקומות בהן ניתן לעשות שימוש במוצר (גן/שטח) וכי שם אחד מן העסקים/מותגים אותם הקימה הנתבעת הוא ארז גלאים. לכן השימוש במילים גן/שטח/ארז/גלאים/ לטענתו, אינו פסול.

38. בחקירתו הנגדית של ארז נחום בעניין זה (החל עמ' 52 לפרוטוקול) הסתבך נחום בעדותו ולא נתן גרסה קוהרנטית. תחילה העיד כי המילים "גן ארז" הופיעו במודעות של הנתבעים אך כי מדובר בטעות שתוקנה מייד לאחר שהתובע פנה והמילים הוסרו: "כן, היתה טעות כמו שרשמנו והיא תוקנה אחרי שגן פנה אל איתן ומיד זה הוסר". (עמ' 52 לפרוטוקול). כן טען כי רק 5 גולשים הקליקו על המודעה, אולם בהמשך טען, בניגוד למסמך, כי הדו"ח המתייחס

למספר ההקלקות על המודעה של איתן דוקטורס מתייחס לא רק למודעה אחת. בסופו של דבר הודה בעמ' 54 ש' 4-5 לפרוטוקול כי הדו"ח מתייחס למודעה אחת. אין חולק שהתובע התייחס בתביעה למודעות נוספות. כשב"כ התובע עימת את ארז נחום עם העובדה שלא התייחס לכך העיד: "נכון כי לא היינו צריכים, התובע פנה אלינו והציג בעייה והבעיה טופלה..." (עמ' 54 ש' 6-7 לפרוטוקול). כשעומת ארז נחום עם העובדה שבכתב ההגנה המקורי אישרו הנתבעים כי השתמשו בשמו של התובע במודעות כדי להגדיל את התחרות וכי מדובר בפרסום לגיטימי העיד "זו הטעות שנעשתה" (עמ' 54 ש' 26), למרות שהנתבעים לא התייחסו לעניין זה כאל טעות, וודאי שלא עד למועד שבו הגישו את כתב ההגנה המתוקן, וההתייחסות לטעות, נעשתה בכתב ההגנה המקורי, כמפורט לעיל, לכך שבתחילה סברו בטעות כי התובע צודק וצריך לתקן את המודעות אך לאחר בדיקה הגיעו לשיטתם למסקנה שמותר להם להשתמש בשמו בגוף המודעות. גם בעמ' 62 לפרוטוקול כאשר ארז נחום נשאל מדוע, אם התובע, גן, לא עשה יותר מידי פרסום ולא היה ידוע, מדוע הנתבעים השתמשו בשם שלו, והעיד "אף פעם לא עשינו שימוש בשם שלו, בשום דרך שהיא. אמת פעם אחת שעשה את הטעות ותוקנה. ש. ומילות מפתח גן ארז? לא רכשתם? ת. זו הטעות שהיתה שזה היה בגוף המודעה שהופיעה הפנה את תשומת ליבנו וזה ירד... ש. את מדבר כרגע על גוף המודעה. ת. נכון... בשאר המודעות בגוגל אני יכול לעשות מה שאני רוצה ש. אז אני שואל אם הוא לא עשה הרבה ואף אחד לא יודע מי זה בכלל למה לרכוש את השם שלו כמילת מפתח ת. לא רכשתי את השם שלו כמילת מפתח...ש. ... אתה אומר לי גן הוא לא הוא סתם הוא קטן אף אחד לא שמע עליו, אז אני שואל למה כשאתה נכנס ומתחיל לפרסם ולעלות מודעות, למה אתה רוכש גן ארז כמילת מפתח ת. כי הוא התחיל לרכוב אחרי ההצלחה של איתן" (עמ' 62 ש' 27 עד עמ' 63 שורה 30 לפרוטוקול). הטענה האחרונה כי התובע הוא זה ש"רכב" על ההצלחה של הנתבעים, אינה יכולה להוות הסבר לכך שהנתבעים רכשו את מילות המפתח של צירוף שמו המלא של התובע ווריאציות עליהם, ועדותו של ארז נחום בעניין זה (בין היתר בעמ' 64 לפרוטוקול), הייתה מתחמקת, כמו גם התחמקויותיו בעמ' 65 לפרוטוקול בשאלות האם השימוש בשמו של התובע ובווריאציות "גו ארז, ו"גם ארז" הועיל להם ולמה נבחרו דווקא ווריאציות אלה ומדוע לא נבחרו גם וריאציות "גו איתן" ו"גם איתן". בעניין זה כמו גם בעניינים אחרים ארז נחום הפנה לאחיו איתן נחום שגם הוא נתן תשובות מתחמקות בעדותו. גם כשארז נחום נשאל אם עדיין הנתבעים עושים שימוש במילים "גן ארז" העיד "אני לא מודע לזה אפשר לשאול אפשר לברר... אני באמת לא מודע לזה, יכול להיות שכן, יכול להיות שלא, לא יודע לענות לך,..." (עמ' 66 ש' 8-11 לפרוטוקול), וזאת שלוש שנים לאחר שמתנהלת תביעה ובה בין היתר חלוקים הצדדים לגבי המוניטין של התובע. בעניין זה (בעמ' 68 משורה 25 לפרוטוקול) לא עלה בידי ארז נחום להסביר מדוע בגוף המודעה של הנתבעים מופיע "גלאי מתכות לשטח" ואז "לי", רווח, ואז "גן ארז גלאי" וטען "זה ככה עשו לי את זה" (עמ' 68 ש' 8 לפרוטוקול). עדותו זו מתייחסת למילות החיפוש ולא למילים בגוף המודעה, אך יש בה תמיכה בטענת התובע בדבר המוניטין שיש לו [כמו גם העובדה שהנתבעים מצאו לנכון

בהמשך לפתוח חנות בסמוך לחנותו של התובע (כפי שמותר להם, כמובן)]. באשר לשימוש בגוף המודעות במילים "לגן ארז גלאים" משיב ארז נחום "איפה אתה רואה גלאי מתכות גן ארז? ש. גלאי מתכות לשטח ול גן ארז גלאי. ת. ולגן נכון... ש. גלאי, לגן ארז, ת. ...אני גם מוכר גלאים לגן. כמה פעמים אנשים מאבדים דברים בגן? בגינה הציבורית או בגני יהושוע... ת. נכון, גם בגו ארז, גם אנשים מאבדים. ת. אני יכול לעשות מה שאני רוצה, גם בגו ארז, ש. גם בגן ארז גם אנשים מאבדים ת. אין עם זה פסול... לעסק שלא (צ"ל "שלוש, - ר.פ.א) לא קוראים גו ש. גם לא קוראים לו גם... ת. נכון, ענית לעצמך" (עמ' 70 לפרוטוקול). גם אחיו איתן נחום, שהוא זה שמתעסק עם הפרסום בגוגל מול המקדם והעיד לאחר אחיו, נחקר בשאלה זו והעיד בעמ' 77 לפרוטוקול שאינו יודע מדוע הרווח לפני המילים "גן ארז גלאי" במודעה הראשונה: "אין לי, זה יכול להיות סתם טעות כתיב, אחרי זה כתוב גלאי לגן כמו שרשום לשטח...ז. זה טעות כתיב. ת. כן, יש הרבה..." (עמ' 77 לפרוטוקול).

39. ארז נחום לא ידע לומר מתי רכשו את מילות החיפוש "גן ארז" (עמ' 71 לפרוטוקול). אחיו איתן נחום שהעיד שהוא היה יותר מעורה בפרסום נשאל אף הוא אותה שאלה והעיד "אין לי מושג" (עמ' 73 לפרוטוקול). הוא אף הרחיק עצמו מהפרסום והעיד שלא תמיד הוא רואה את המודעות לפני שהן מתפרסמות. כן העיד באותו עמוד לפרוטוקול כי גם לאחר שהנתבעים קיבלו את מכתב ההתראה של התובע הם לא שינו את הקמפיין והוא 'עדיין באוויר', דבר שעולה בקנה אחד עם גרסת הנתבעים בכתב ההגנה המקורי (בסעיף 101) לפיו הנתבעים המשיכו עם אותו פרסום.

40. אחרי החקירה הארוכה של אחיו בשאלת מילות החיפוש "גו ארז" ו"גם ארז" היתמם איתן ארז כשנשאל בעניין זה והעיד: "ש. ... למה אתם רכשתם את מילות החיפוש גו ארז וגם ארז, יש לך תשובה לזה. ת. רכשנו את מילות החיפוש גו ארז?" ש. כן. ת. לא מכיר כזה דבר, גו ארז רכשנו מילות חיפוש ש. כן, זה מופיע בתצהיר מענה לשאלון שלכם. ת. תראה לי, ש. ... מפנה את בית המשפט ואת חברי לנספח 8 לתצהיר התובע... אז לא מופיע כאן גם ארז אבל מופיע פה גו ארז ... אתה בתור אדם שהיה יותר מעורה בקמפיין הגוגל למה רכשתם את המילים גו ארז... ת. במילות חיפוש אני כל מה שרק יכול להיות אנחנו זורקים..." (עמ' 75,76 לפרוטוקול). כן העיד ש'זורקים' במילות החיפוש כל מה שרק יכול להיות, כל אפשרות, כל וריאציה שיכולה להיות קשורה לתחום וכי מופיע "ארז" כי ארז זה העסק (עמ' 76 לפרוטוקול).

41. גם הוא הרחיק עצמו מהמודעות למרות שאישר שהוא זה שעסק בכך, והעיד שהוא לא מאשר מודעות ספציפית, אלא אם מישהו פונה אליו וטוען שיש בעיה (עמ' 78 לפרוטוקול). בעדותו

בחקירתו הנגדית הכחיש כי התובע פנה אליו לגבי עוד מודעות (ע' 79 לפרוטוקול). עפ"י עדותו, התובע פנה אליו רק בעניין מודעה אחת וזו הוסרה תוך 10 דקות מהפנייה.

<u>חוק עוולות מסחריות</u>

<u>גניבת עין</u>

42. סע' 1לחוק עוולות מסחריות קובע "(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".

43. התובע טוען כי השימוש שעשו הנתבעים בשם "גן ארז" על הווריאציות השונות מהווה גניבת עין במובן זה שלקוחות קיימים ופוטנציאליים פנו בעקבות הפרסומים במחשבה שהם פונים לעסקו שלו. הנתבעים לעומת זאת גורסים שהתובע אינו עומד בתנאים המצטברים שנקבעו בפסיקה: מוניטין וחשש מפגיעה (ע"א 5792/99 **עיתון משפחה (תקשורת וחינוך יהודי) נ' עיתון משפחה טובה (אס.בי.סי פרסום ושיווק)** מיום 23.5.01 פורסם בנבו (להלן: "פס"ד "**עיתון משפחה**").

44. התובע לא רשם סימן מסחרי על שם העסק שלו. הבחינה של טענת "גניבת עין" תיעשה לכן רק בהתייחס למוניטין והחשש מפגיעה כפי שנקבע בפס"ד **עיתון משפחה.**

45. על פי פסה"ד **עיתון משפחה**, תחילה יש לסווג את שם העסק על פי ארבע קטגוריות של שמות המשמשים במסחר: **שמות גנריים-** הסוג אליו משתייך הנכס או השירות. שמות אלה אינם זכאים להגנה בעוולה של גניבת עין. הרציונל הוא שאדם אינו רשאי לנכס לעצמו שם גנרי, שכן זכותם של כל העוסקים במקצוע לתאר מוצריהם בשם הגנרי. כך לדומה, עורך דין לא יכול להשתלט על שם העסק "עריכת-דין". **שמות תיאוריים-** שם המתאר תכונות או רכיבים של נכסים או שירותים. בדיני סימני המסחר וגניבת העין, לא יזכה שם מתאר להגנה, למעט במקרים בהם רכש בעל עסק במהלך עסקו אופי מבחין לשם הטובין, המייחד אותו מיתר העוסקים בתחום. **שמות רומזים-** שמות המרמזים על הטובין מבלי לתארם באופן מפורש, והם יזכו להגנה. **שמות שרירותיים או דמיוניים-** שמות שהומצאו מעיקרם כסימנים בעלי אופי מבחין לטובין מסוימים. מראשית, נועדו השמות כדי לייחד טובין מסוימים. שמות אלה יזכו להגנה רחבה.

46. רמת ההגנה עולה ככל שמתקרבים לקטגוריה של שם "שרירותי", ומתרחקים מהקטגוריה של שם "גנרי". הסיבה לכך היא ששם "גנרי" הפך לאמצעי, שביכולתו לתאר את הטובין

בצורת ברורה וישירה, ועל כן אין לתת ליצרן אחד של אותם הטובין ליהנות משימוש בלעדי באותו השם (פס"ד **עיתון משפחה**; ת.א. (ת"א) 48057-07-11 **למטייל המרכז לטיולים נ' כ.כ.א.ש** מיום 3.9.12 פורסם בנבו (להלן: **"פס"ד למטייל"**).

47. בענייננו, עסקו של התובע ""גן ארז" הינו שם שרירותי המיוחס לשמו הפרטי והמשפחתי של התובע וככזה, הוא נהנה מההגנה הגבוהה ביותר. לכן יש לבחון את יסוד ההטעיה, דהיינו האם קיים חשש סביר להטעיית הציבור. המבחן המקובל מכיל מספר פרמטרים בהם מבחן המראה והצליל, מבחן סוג הטובין וחוג הלקוחות ומבחן יתר נסיבות העניין. (פס"ד **עיתון משפחה** ופס"ד **למטיל**). מדובר במבחנים הזהים למבחנים לבדיקת קיומו של דמיון מטעה בעילה של הפרת סימן מסחר (פס"ד **למטייל**). בחינת קיומו של דמיון מטעה נעשה על ידי מבחן משולב על פי הפרמטרים הבאים:

א. <u>מבחן העין, החזות והפרטים המבחינים ומבחן הצליל</u>: ככל שמדובר בסימן הזהה לסימן המסחר הרשום, הטוען להפרה אינו נדרש להוכיח כי הסימן המפר גורם להטעיית הציבור באשר למקור הטובין או השירות. באשר לתוספת מילולית או ויזואלית בסימן, נקבע, כי ייתכן שהדבר יקנה אופי המבדיל משם המסחר הרשום, עד כי יהיה בכך לאיין את החשש מפני הטעיית הציבור. אולם, רק תוספת דומיננטית, בעלת משמעות שאינה שולית לשם הרשום כסימן מסחר, תוכל להקנות אופי מבדיל.

בעניינו, השמות בהם עשו שימוש הנתבעים – **"גן ארז גלאי מתכות"**, **"גלאי מתכות לשטח ולגן ארז גלאי"**, **"גלאי לגן ארז וגם לשטח"**, **"שיווק גלאי מתכות-גו-ארז גלאים"** (צילומי מסך סע' 27 לתצהיר התובע) – הינם כולם שמות המתכתבים עם שם עסקו של התובע. התוספות אינן דומיננטיות, משמעותן שולית לשם העסק, ומבחינה זו לקוחות פוטנציאליים עלולים להיות מוטעים. נראה כי השימוש במילה "גן" נעשתה באופן מתוחכם כך שאפילו אם הכוונה הייתה לגן במובן של גינה, הרי שהצירוף "גן ארז" מטעה. כמו כן בענייננו לא הייתה כל סיבה הגיונית להתייחס ל"גן" אלא רק משום שמדובר בשמו של התובע. אותו הדין למילה "גו" שכלל לא ברור מה משמעותה ומטרתה, מלבד הקשר שלה למילה "גן".

ב. <u>מבחן סוג הלקוחות, סוג הטובין וצינורות השיווק</u>: מבחן העזר שנקבע בפסיקה קובע ש"**השאלה שצריכה להישאל היא אם מצויים אנו באותה 'משפחה מסחרית' שבמסגרתה מתקיים החשש שהצרכן יסיק שקיים קשר בין בעל הסימן הרשום לעושים בו שימוש או על חסות מטעמו של בעל הסימן הרשום...**" [ע"א 3559/02 **מועדון מנויי טוטו זהב נ' המועצה להסדר ההימורים בספורט** מיום 26.9.04 פורסם בנבו (להלן: **"פס"ד טוטו זהב"**)].

בענייננו, אין חולק ששני בתי העסק משתייכים לאותה "משפחה מסחרית", הפונים לאותו שוק לקוחות מצומצם ומוכרים את אותו הציוד. הנתבעים הדגישו שהם מוכרים גם ציוד משלים שהתובע אינו מוכר אך אין בכך לאיין את קביעתי שמתקיימת זהות וחפיפה בין שני בתי העסק.

ג. <u>מבחן יתר הנסיבות העשויות להשפיע על שאלת ההטעיה</u>, <u>ומבחן "השכל הישר"</u>. בענייננו, שמו הפרטי של הנתבע הוא "ארז" והוא כמובן רשאי לעשות שימוש בשמו הפרטי עבור עסקו. יחד עם זאת, השימוש במילה "גן" בצירוף "גן ארז" אין לו שום היגיון אלא לשם שימוש, שלא בתום לב, במוניטין של התובע.

48. בחינה של כל הפרמטרים לעיל מוביל למסקנה שהנתבעים עשו שימוש בשם עסקו של התובע בכוונת מכוון ובאופן שיש בו להטעות את הציבור. הקישוריות שמומנו בגוגל, אשר מובילות למודעות של הנתבעים ובהן שימוש בשמו של התובע ובווריאציות המסוימות, יש בהן פוטנציאל הטעיה של הצרכנים אשר יסברו כי הגיעו למקום עסקו של התובע. ניתן היה בקלות לנטרל חשש זה על ידי שימוש במילה "ארז" לבדה ללא המילה "גן", והיה ניתן גם לעשות שימוש בצמד המילים "גלאי מתכות" שהינו שם גנרי ומותר לשימוש ללא הגבלות, אך הנתבעים, מטעמיהם, ביכרו את השימוש בשמו המלא של עסק התובע, גם אם בווריאציות מעט שונות.

49. משנקבע שמתקיים אלמנט החשש להטעיה, יש לבחון עתה את שאלת **המוניטין** של התובע.

50. התובע הוכיח שהוא פעיל בתחום גלאי המתכות עשרות שנים (סע' 4-21 לתצהירו, כתבות העיתונות והנספחים שצורפו לתצהיר). ברם, על מנת להוכיח את קיומו של יסוד המוניטין, יש להראות כי הציבור מזהה את השירותים שמציע התובע עם עסקו.

51. על מנת להוכיח מוניטין, על התובע היה להוכיח כי נתקיים בעסקו אופי מבחין מיתר העוסקים בענף. באין הבחנה בין טובין של התובע לבין טובין של זולתו, לא ניתן לומר כי קם לו מוניטין ייחודי כנדרש. השוק החופשי אינו אוהד מונופולין ולכן הדרישה 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 (פס"ד **עיתון משפחה**).

52. הסוגיה המרכזית אליה יש להידרש היא האם קיימת תדמית חיובית של המוצר בעיני הציבור, אשר יוצרת שוק של לקוחות פוטנציאליים, המעוניינים ברכישתו. כמו כן, נדרש

להוכיח כי לתובע זכויות קניין במוניטין (פס"ד **עיתון משפחה**; ע"א 1479/06 **דיסני נ' קדר צעצועים** מיום 24.7.12 פורסם בנבו).

53. התובע לא הלך ב'דרך המלך' ולא הגיש חוות דעת מומחה בדבר המוניטין שיש לו.

54. בענייננו התובע הגיש מספר אסמכתאות על מנת להוכיח את טענתו למוניטין: מכתב תודה של לקוחה שאיבדה טבעת (נספח 5), וגם מכתב של לקוח בשם חברת ZBM שמציין לטובה את פועלו של התובע מזה 20 שנה (נספח 6 לתצהירו). התובע גם צירף מספר כתבות מן העיתונות המפארות את פועלו של התובע בתחום, ובאחת מהן הוא אף כונה "מומחה בעל שם עולמי" (ירחון 'דיוקן' סע' 14 לתצהירו).

55. מלבד אלה, התובע לא המציא אסמכאתות של חברות שמכנות אותו מומחה בעל שם עולמי או בכלל (עמ' 8 לפרוטוקול); לא הביא אסמכתאות בנוגע לרשימת הלקוחות הנטענת (עמ' 19 לפרוטוקול); הביא מעט מאוד מכתבי תודה של לקוחות למרות שלטענתו יש הרבה מכתבים כאלה (עמ' 19, 24 לפרוטוקול); לא המציא אסמכתאות על עבודה מול גופים ציבוריים כגון משטרת ישראל ומשרד הביטחון (עמ' 21-22 לפרוטוקול); לא הביא אסמכתאות בנוגע לטענתו שהוא גם מפתח מוצרים בתחום גלאי המתכות (עמ' 26 לפרוטוקול); ובאופן פרטני מפתח מוצרים עבור חברות בינלאומיות (עמ' 28 לפרוטוקול); לא המציא כתבות בעיתונות אחרי שנת 2,000 למרות טענתו שישנן כאלה (עמ' 29 לפרוטוקול); לא הכחיש שכתב שמראיין אותו לא בהכרח מאמת את התשובות שהוא מקבל לפני שהוא מפרסם אותן בכתבה (עמ' 28 לפרוטוקול); לא הביא שום אסמכתא בנוגע לקבוצת ה'ווטסאפ' שלטענתו משמשת כמועדון לקוחות (עמ' 21 לפרוטוקול); ולא הביא אסמכתאות בנוגע לטענתו שלקוחות ממליצים עליו (עמ' 34 לפרוטוקול).

56. עם זאת, כאמור, התובע הביא ראיות מסוימות למוניטין שיש לו בענף. בנוסף לא ניתן להתעלם מהעובדה שהנתבעים בחרו לעשות שימוש בשמו של התובע, הן במילות החיפוש בגוגל והן במודעות שפרסמו. כאמור השימוש בשמו ושם עסקו של התובע לא היה להם היגיון או סיבה אחרים לבד מהשימוש במוניטין של עסקן של התובע בתחום זה. גם העברת אחת מהחנויות של הנתבעים סמוך למקום עסקו של התובע, דבר שהוא לגיטימי, מלמד על כך שהנתבעים סבורים שעסקם ייבנה מסמיכות מקומו למקום עסקו של התובע. משמע, ממעשי הנתבעים עולה תמיכה בטענת התובע בדבר המוניטין שהוא צבר בתחום. דבר זה מתיישב עם מבחן "השכל הישר" שכן אין כל הסבר אחר לשימוש במילים המסוימות הללו ולמעבר החנות סמוך למקום עסקו של התובע.

57. טענת הנתבע 1 שהשימוש בשם "ארז" נבע בשל העובדה ששמו הפרטי הוא ארז נטענה לראשונה בכתב ההגנה המתוקן. לכן אינה מהווה הרחבת חזית אולם לאור הנטען בכתב ההגנה המקורי, כאמור לעיל, נשמט היסוד תחת מהימנות הטענה. גם כך, לא נמצאה שום סיבה לשימוש במילה "גון" (ביחד עם השם "ארז"). התובע העיד, וקיבלתי את עדותו שלא נסתרה, כמהימנה, שאין מוצר שהוא "גלאי לגון" (עמ' 46 לפרוטוקול). מכאן שברור שהשימוש בצמד המילים נועד להטעות את קהל הלקוחות כך שיפנו לנתבעים חלף התובע.

58. עובדה היא שהנתבעים ידעו מיהו התובע בטרם פתחו את העסק שלהם "**השוק כמו שציינו הוא שוק קטן, אין פה עשרות אנשים שמוכרים גלאי מתכות, יש 3 או 4 עסקים שמוכרים גלאי מתאים, בזמנו**" (עמ' 51 לפרוטוקול). הנתבעים גם הודו שהיו מוכנים לרכוש את העסק של התובע, ולא עשו כן אך בשל המחיר שהתובע הצמיד לעסקה – מיליון ₪ - אך כן היו מוכן לשקול בחיוב עסקה בסך 200,000 ₪ (עמ' 51-52 לפרוטוקול). גם עובדה זו מצביעה שהנתבעים הכירו במוניטין של התובע.

59. הנתבעים ניסו להראות שהתובע אינו הגדול ביותר בתחום וכי חב' SOS היא המובילה בתחום. גם אם נקבלת את התיזה הזו, אשר לא הוכחה (ובין היתר התובע העיד בעניין זה שחב' SOS עוסקת גם במכירת דברים רבים נוספים והוא מתרכז בגלאים), הדבר אומר שלכל פחות התובע הוא מספר 2 בתחום, דבר שבהחלט מצביע על מוניטין בתחום (עמ' 23-24 לפרוטוקול).

60. הנתבע 1 התחמק ממענה לשאלה האם צמד המילים "גו ארז" מהווה מילים טובות לפרסום, והעובדה שאיש הקידום של הנתבעים בחר במילים אלה מעידה כאלף עדים שהתובע רכש מוניטין בתחום גלאי המתכות (עמ' 65 לפרוטוקול).

61. טענת הנתבעים כי השימוש שעשו במילות המפתח, מטעה. שימוש במילות מפתח של עסק מתחרה מותר כל עוד שהשימוש נעשה "מאחורי הקלעים" רק ביחס לתוצאת החיפוש במנוע החיפוש בגוגל, ברם שעה שהשימוש בשם המתחרה הוא "בחזית" ומופיע במודעת הפרסום עצמה – הרי שמדובר בפרקטיקה העולה כדי ניסיון הטעיה. דברים אלה נאמרים בבחינת למעלה מן הצורך שכן הנתבעים זנחו טענה זו במסגרת סיכומיהם.

62. כן אינני מקבלת את גרסת הנתבעים החדשה כי המודעות שהם פרסמו עם שם עסקו של התובע, הוסרו מייד לאחר שהתובע פנה אל הנתבעים, שכן, כאמור, הנתבעים הודו בכתב ההגנה המקורי כי המשיכו עם הפרסומים, כך גם עולה מחקירתו הנגדית של איתן ארז כמפורט לעיל, כך עולה מפרסומים שצורפו לתצהירו של התובע ומעדותו. כמו כן, וכפי שהעיד

התובע, רק משום שהנתבעים המשיכו בפרסומים ולא שעו לפניותיו, הוא לאלץ לפנות אליהם במכתב התראה של עורך דינו ומאוחר יותר להגיש את התביעה, דבר שלא היה עושה אילו היה מדובר במודעה שהוסרה מייד לאחר פנייתו הראשונה.

63. אשר על כן אני קובעת שהתקיימו יסודות עוולת גניבת העין ביחס לשם "גן ארז".

<u>תיאור כוזב</u>

64. סע' 2 לחוק עוולות מסחריות קובע "(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)."

65. הדמיון הרב בין שם התובע ועיסקו לפרסומים של עסק הנתבעים, והעובדה שמדובר בעסקים הפועלים באותו שוק, שאין מחלוקת שהוא שוק מצומצם, מלמדים על כך שהנתבעים פרסמו מידע שאינו נכון במובן זה שהם ידעו שהם מושכים לקוחות שביקשו לרכוש את גלאי המתכות אצל התובע (פס"ד **למטייל**).

66. אשר על כן אני קובעת שמתקיימות יסודות עוולת התיאור הכוזב.

<u>התערבות לא הוגנת</u>

67. סע' 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".

68. בענייננו, עצם השימוש בשם "גן ארז" על הטיותיו השונות בפרסומי הנתבעים, מהווים הפרה של חובת התחרות ההוגנת ומהווים התערבות לא הוגנת בגישת הלקוחות לעסקו של התובע (פס"ד **למטייל**).

69. בהקשר זה מצאתי גם לדחות את טענת הנתבעים שהעסק שלהם מתמחה במכירת מוצרים נלווים לגלאי המתכות, בניגוד לעסקו של התובע המתמקד אך ורק בגלאי מתכות. התובע נחקר על כך, ולא מצאתי סיבה שלא לאמץ את עדותו, שהוא מכר גם מוצרים נלווים כגון תיק, כף חפירה, כף סינון וכיו"ב, ושממילא המוצרים הנלווים השם שוליים לעיסוק בגלאים(עמ' 16 לפרוטוקול).

70. אשר על כן אני קובעת שמתקיימות עוולת ההתערבות הלא הוגנת.

פגיעה בפרטיות

71. סע' 2(6) לחוק הגנת הפרטיות קובע שפגיעה בפרטיות היא גם "**שימוש בשם אדם, בכינויו, בתמונות או קולו, לשם ריווח**". משנקבע שהנתבעים עשו שימוש בשמו של התובע בפרסומיהם, ושעה שהשימוש נעשה למטרת ריווח, הרי שהתובע זכאי לכאורה לפיצוי בגין פגיעה בפרטיות.

72. אלא שסע' 6 לחוק קובע כסייג שלא תהיה זכות תביעה בשל פגיעה שאין בה ממש. בענייננו, התובע אינו מצביע מהי הפגיעה שנגרמה לו מלבד עצם השימוש בשמו בפרסומי הנתבעים.

73. נראה כי מדובר באחד מאותם המקרים שלא ליתן זכות תביעה בגין פגיעה שאין בה ממש (ת.א. (ת"א) 1147/09 **ד"ר רוני מוסקונה נ' פרופורציה** מיום 11.9.12 פורסם בנבו; והשווה עם בת.א. (ת"א) 70747/04 **פסחוב אנה נ' קבוצת נובוסטי** מיום 7.8.06 פורסם בנבו).

74. בדברי ההסבר של הצעת החוק משנת 1980 צוין שהחוק עוסק "**בעניינים של הפרט אשר על פי מוסכמות חברתיות זכאי הפרט לשמרם לעצמו בלי שזולתו יתן להם פומבי ללא הסכמתו**". כובד המשקל של החוק נוגע אפוא לעניינים פרטיים שהאדם הסביר היה מעדיף לשמור בצנעה. במקרה דנן, השימוש בשמו של התובע הוא נגזרת של שם העסק שלו, המפורסם ברבים, מבלי שיש בו משום פגיעה בפרטיותו של התובע.

75. אשר על כן אני דוחה את התביעה בעילה של הגנת הפרטיות.

לשון הרע

76. אני גם דוחה את התביעה בעילה של לשון הרע. התובע לא הוכיח זכותו לתבוע פיצוי בגין הדברים שנאמרו ביחס למוצרי חברת מינלאב. התובע אף לא הוכיח שהוא היבואן הבלעדי של מוצרי החברה.

77. אשר על כן אני דוחה את התביעה בעילה של לשון הרע.

פיצויים

78. סע' 13 לחוק קובע כדלקמן: (א) בית המשפט רשאי, על פי בקשת התובע, לפסוק לו, לכל עוולה, פיצויים בלא הוכחת נזק, בסכום שלא יעלה על 100,000 שקלים חדשים. (ב) לענין סעיף זה יראו עוולות המתבצעות במסכת אחת של מעשים, כעוולה אחת.

79. בנסיבות העניין כפי שפורט לעיל, אני מעמידה את סכום הפיצוי בגין גניבת העין על סך של 50,000 ₪.

טענת קיזוז

80. אני דוחה את טענת הקיזוז. הנתבעים לא הציגו ולו ראשית ראיה ביחס לטענתם שהתובע פנה ללקוחות שלהם והכפיש אותם בפניהם. כאמור לעיל, אני מקבלת את גרסת התובע שהוא מכר ציוד נלווה. מכל מקום, לא עומדת לנתבעים הזכות למנוע מהתובע לעשות במכירת מוצרים נלווים, גם אם החל לעשות זאת לאחריהם, דבר שלא הוכח. אותו הדין ביחס להשכרת גלאי מתכות. לנתבעים אין בלעדיות על תחומי עיסוק אלה.

81. אני גם דוחה את טענת הנתבעים שהתובע מכר במחירים "זעומים" מוצרים במטרה לפגוע בפרנסתם; גם הדוגמאות המובאות בסע' 31-32 לתצהירו של הנתבע 1 מצביעים על פער של 13% ו-24%; מדובר בהנחה המצויה בתחום הסביר. בהקשר זה תמוהה טענת הנתבע 2 שבארץ נהוג למכור את המוצרים מושאי התביעה במחיר גבוה בהרבה מן המחיר המצוין באתרי החברות בשל היעדר תחרות (סע' 35 לתצהיר הנתבע 2), ואם כך הדבר, הרי שההנחה שהתובע הציע שיקפה מחיר ריאלי של המוצרים ומצויה במתחם התחרות ההוגנת.

חיוב אישי של הנתבעים 1,2

82. בכתב התביעה טוען התובע כי הנתבעים 1-2 היו מעורבים באופן אישי בפרסומים נשוא התביעה והם אלה שהתעלמו מפניותיו בעניין. כן טען כי הנתבעת 3 היא עסק משפחתי בבעלותם ובניהולם כי כתובתה של הנתבעת 3 היא בכתותם. בנסיבות אלה מוצדק, לטענת התובע, לחייבם באופן אישי על בסיס דוקטרינת הרמת מסך בהתאם לסעיף 6 לחוק החברות. כן יש לחייבם באופן אישי כדיקטורים ואורגנים של הנתבעת 3, גם על בסיס דיני הנזיקין וסעיף 54 לחוק החברות הקובע כי: "אין בייחוס פעולה או כוונה של אורגן, לחברה, כדי לגרוע מהאחריות האישית שיחידי האורגן היו נושאים בה אילולא אותו ייחוס".

83. בתצהירו חזר התובע על טענותיו. התובע לא נחקר כלל בשאלת ביצוע המעשים באופן אישי על ידי הנתבעים.

84. בתצהירו של ארז נחום (החל מסעיף 77 לתצהיר) הוא חזר על טענותיו בכתב ההגנה, בהם לא הכחיש כי המעשים נעשו על ידי הנתבעים 1-2 באופן אישי אלא טען כי הנתבעים 1-2 פעלו בשם הנתבעת כבעלי מניותיה ו"משכך, כל ההליך דנן, שקשור בפרסומים שנעשו ע"י ובשם החברה, וככל שנעשו על ידי, הרי שהם נעשו אך ורק מטעם ובשם החברה, ואין לי כל אחריות בגין פעילות לגיטימית שביצעתי בשם ולמען החברה". בעדותו של ארז נחום בחקירתו הנגדית מעמ' 69 לפרוטוקול העלה לראשונה טענות שנועדו להרחיק את עצמו מקבלת ההחלטות והמעשים נשוא התובענה כשנשאל אם הוא ואחיו מנהלים לבד את החברה העיד "איתן המנכ"ל, כן, ואני מתחתיו בוודאי" (עמ' 69 לפרוטוקול). וכשנשאל "אתם מעורבים במה שהולך שם" העיד "כל אחד בתחומו כן" (אותו עמוד). כשנשאל אם הוא ואחיו אישרו את המודעות שעלו השיב "לא אני, לא אני, איתן מנהל את זה ואני מניח שכן... לא אני לא הייתי מעורב בזה... מי שמתנהל מול נדב (איש הקידום – ר.פ.א.) זה איתן" (עמ' 70 לפרוטוקול).

85. בחקירתו הנגדית העיד איתן נחום, מנכ"ל החברה ומי שלגרסת שני האחרים עסק יותר מאחיו בעניין המודעות, כי פרט לו ולאחיו עובדים בחברה רק עוד שני אנשים (עמ' 80-81 לפרוטוקול) (וגם על כך לא הובאה ראייה).

86. כאמור, בגרסתם המקורית של הנתבעים בכתב ההגנה המקורי שהוגש וגם לאחר מכן הודו הנתבעים 1-2 כי הם שעשו את הפרסומים, וכי הם שמצאו לאחר בדיקה שאין מקום להסיר אותם. בהתחשב בכך, בעובדה שמדובר בחברה שכל מניותיה מוחזקות על ידי שני האחרים, ששניהם מנהלים את העסק, שאין לחברה עובדים נוספים למעט שניים שגם הם צוינו במסגרת החקירה הנגדית ללא כל פירוט בדבר תפקידם בחברה, בהתחשב בכך שבתצהיריהם לא נתנו הנתבעים שום פירוט בעניין זה, ובהתחשב בגרסתו של התובע בעניין זה, שעליה התובע לא נחקר, אני מקבלת את טענת התובע כי ההחלטות בקשר עם הפרסומים המעוולים נעשו באופן אישי על ידי הנתבעים 1-2. בנסיבות אלו, וכפי שפורט לעיל, קמה לנתבעים 1-2 חבות אישית בגין העוולה שביצעו.

ת"א 7547-08-18 ארז נ' נחום ואח'

תיק חיצוני:

<u>סוף דבר</u>

87. אני מחייבת את הנתבעים יחד ולחוד לשלם לתובע פיצוי בסך של 50,000 ₪ בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כדין מיום הגשת התביעה (5.8.18) ועד למועד התשלום המלא בפועל, הוצאות אגרה בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כדין ממועד התשלום על ידי התובע ועד למועד התשלום המלא על ידי הנתבעים, וכן שכ"ט עו"ד בסך 10,000 ₪ בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כדין מהיום ועד לתשלום המלא בפועל.
הסכומים ישולמו תוך 45 יום מהיום וזאת בהתחשב בחגי תשרי.

88. בנוסף, הנתבעים יחדלו מהשימושים בשמו של התובע ובשם עסקו שנקבעו כמטעים בגוף המודעות המופיעות מטעמם.

ניתן היום, ד' תשרי תשפ"ג, 29 ספטמבר 2022, בהעדר הצדדים.

רונית פינצ'וק

רונית פינצ'וק אלט, שופטת בכירה