

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 7980/98

בפני: כבוד השופטת ט' שטרסברג כהן
כבוד השופט י' אנגלרד
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה

המערער: שרון (צ'ופי) פרוינדליך

נגד

המשיב: אורן חליבה

ערעור על פסק דין בית המשפט המחוזי
בתל-אביב-יפו מיום 2.11.98 בת"א 979/97
שניתן על ידי כבוד השופטת ד. פלפל

בשם המערער: עו"ד גיל ורגון

בשם המשיב: עו"ד רן אפרת

פסק-דין

השופטת א' פרוקצ'יה:

1. סעיף 59 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש) מגדיר את עוולת "גניבת העין" בקובעו לאמור:

"מי שגרם או מנסה לגרום על ידי חיקוי השם, התיאור, הסימן או התווית או בדרך אחרת שטובין ייחשבו בטעות כטובין של אדם אחר עד שקונה רגיל עשוי להניח שהוא קונה טובין של אותו אדם, הריהו עושה עוולה כלפי אותו אדם; אך אין אדם עושה עוולה רק על ידי שהוא משתמש בשמו למכירת טובין".

עניינו של ערעור זה בבירור משמעותה והיקף התפרשותה של הסיפא להגדרת עוולת "גניבת העין" המשמיעה כי אין רואים אדם כמי שמבצע עוולה של גניבת העין רק מן הטעם שהוא משתמש בשמו למכירת טובין, ועל דרך הפרשנות המרחיבה, כפי שנתקבלה בפסיקה - גם למכירת שירותים. (תא (ת"א) 1769/83 חב' בואינג נ' בואינג נסיעות ותיירות בע"מ, פ"מ תשמ"ט(ג) 108).

2. נסיבות הענין הן אלה:

בפני בית המשפט המחוזי בת"א (כב' השופטת דרורה פלפל) הובאה תובענה בת"א 979/97 על ידי המערער שרון (צ'ופי) פרויינדליך כנגד המשיב אורן חליבה שעילתה ביצוע עוולה של "גניבת עין" על ידי האחרון כלפי הראשון. הסעדים שנתבקשו בתובענה הם צו מניעה ופיצוי כספי.

ברקע התביעה עומדות העובדות הבאות כפי שנקבעו על ידי בית משפט קמא:

המערער הינו תקליטן (D.J.) שמקום מושבו בתל-אביב. הוא עוסק במקצועו בהשמעת מוסיקה בארועים ציבוריים שונים ובכלל זה בחתונות ושמחות ובתחום הבידור. עסקו מנוהל תחת השם המסחרי "צ'ופי", והעיסוק במתכונת זו ותחת שם זה מתנהל כך מזה 15 שנים. הכינוי "צ'ופי" ניתן למערער כשם חיבה עוד בילדותו ומכאן מקור השימוש בכינוי זה כשם המסחרי של עיסוקו.

המשיב עוסק אף הוא כתקליטן ועיסוקו כולל מכירת תקליטורים ואביזרי מוסיקה כמו גם הנחיית ארועי בידור שונים. הוא תושב ירושלים ועיקר פעילותו העיסוקית הינה בתחומי ירושלים. הוא עושה שימוש לצורך עיסוקו בשם המסחרי "צ'ופי מוסיקה" וזאת במהלך 5 השנים האחרונות שקדמו להגשת התובענה.

3. טענת המערער בתביעתו היא כי עיסוקו של המשיב תחת השם "צ'ופי מוסיקה" עולה כדי עוולה של "גניבת עין" מאחר שהדמיון עד כדי זהות בשמות העסק של שני בעלי הדין מהווה פגיעה במוניטין שעסקו של המערער רכש בציבור. על פי הטענה, קיים חשש אמיתי שהצבור יוטעה לחשוב כי עסקו של המשיב הנו עסקו של המערער, וחשש זה אף התממש הלכה למעשה כאשר לקוחות שונים פנו בטעות לעיסוקו של המשיב מתוך הנחה כי מדובר בעסקו של המערער. אי לכך, עתר המערער לצוות על המשיב להימנע מלהשתמש בשם המסחרי "צ'ופי מוסיקה" וכן נתבקש סעד של פיצוי כספי על נזקים והפסדי הכנסות בסך 35,000 ש"ח. המשיב התגונן בטענות הבאות:

- | | |
|-----|--|
| (א) | המערער לא רכש מוניטין כנטען; |
| (ב) | תחום עיסוקו אינו תואם את תחומי עיסוקו של המערער ולכן אין הדמיון בשמות עשוי להטעות; |

(ג) הוא מנהל את עיסקו תחת שם שהוא כינוי חיבה שדבק בו על ידי חברתו שלמים הפכה אשתו, וכינוי זה מוגן על פי הסיפא לסעיף 59 לפקודה.

בית משפט קמא הכריע במחלוקת תוך שבחן אם התגבשה עוולת "גניבת עין" בנסיבות הענין והתמקד לצורך כך בבחינת הענינים הבאים:

- (1) האם רכש המערער מוניטין תחת שם עיסקו?
- (2) האם השימוש בשם העסק של המשיב הטעה את הציבור ביחס לעיסקו של המערער?
- (3) האם הגנת הסיפא לסעיף 59 לפקודה נפרשת על השימוש בכינוי "צ'ופי" כשם עיסקו של המשיב.

4. ממצאי בית משפט קמא ביחס לשאלות האמורות הם כדלקמן:

(א) המערער אכן רכש מוניטין בתחומו, וזאת נמצא על בסיס תשתית ראייתית מוצקה לקיום עסק בעל מוניטין נרחב בכל הארץ. מוניטין זה מזוהה עם השם המסחרי "צ'ופי".

(ב) לשאלה אם הציבור הוטעה ביחס לעיסקו של המערער עקב שימוש של המשיב בכינוי "צ'ופי" מוסיקה" לעיסקו שלו ניתנה תשובה חיובית. זאת, חרף העובדה כי עסקו של המערער מתפרש על פני כל הארץ ואילו עסקו של המשיב מוגבל בדרך כלל לאזור ירושלים.

מסקנת בית המשפט מהראיות שהובאו בפניו היתה כי:

"למרות המיגוון הרחב יותר של עיסוקי הנתבע, השימוש בשם "צ'ופי" גורם לטעויות בציבור הלקוחות הפוטנציאליים ויש המזהים אותו עם עיסוקו של התובע למרות הימצאם בערים אחרות."

(ג) אשר למקור הכינוי "צ'ופי" בהקשר למשיב:

נקבע על ידי בית משפט קמא כי כינוי זה הודבק למשיב על ידי אשתו וכי הוא עושה שימוש בשם זה במשך 5 השנים האחרונות שלפני הגשת התובענה. בית המשפט מצא כי "לא נסתרו הראיות שאכן הכינוי 'צ'ופי' הינו גם כינויו של הנתבע".

(ד) ממצאים אלה יושמו על ידי בית משפט קמא לצורך פירוש ההגנה האמורה בסיפא להגדרת עוולת "גניבת העין". הוא מצא כי ההגנה מתפרשת לא רק על שמות פרטיים או שמות משפחה אלא גם על כינויים המזהים אדם. הטעם שהובא לכך הוא כי לא אחת כינויים מחליפים שמות מקוריים של נושאם, ואין סיבה שלא להכיר בהם בנסיבות מתאימות כשקולים ל"שם של אדם" כמוגדר בסיפא לסעיף 59 לצורך תחולת ההגנה לענין עוולת "גניבת עין". מכאן, קבע בית המשפט כי אם הנתבע עושה שימוש בשמו-כינויו אין הוא מבצע עוולה על פי פקודת הנזיקין, והוסיף:

"הנתבע אכן עושה שימוש בשמו. שימוש זה נעשה גם שלא על דרך "ניצול" המוניטין של התובע באשר במקרים בהם היתה, כאמור, פנייה מוטעית לנתבע וסברו שהמדובר בתובע, הוא היפנה את הפונים לתובע".

נמצא, איפוא, כי למשיב נתונה ההגנה המעוגנת בסיפא לסעיף 59 לפקודה והתביעה נגדו נדחתה.

5. הערעור

המערער קובל על תוצאת פסק הדין וטענתו העיקרית היא כי שגה בית משפט קמא בפרשנות שנתן לסיפא לסעיף 59 לפקודה. תמצית עמדתו היא כי יש לפרש את היקף התפרשותה של הגנת השם האמורה בהתאם לתכלית ולמטרות שביסוד עוולת "גניבת העין". פרשנות תכליתית כזו דינה להביא לצמצום התפרשותה של ההגנה ואין לכלול במסגרתה בשום מקרה שימוש בכינוי אדם כשם מסחרי להבדיל משימוש בשמו הפרטי ושם משפחתו. גישה מרחיבה לפירוש ההגנה עלולה לרוקן מתוכן את עוולת "גניבת העין" משהיא עשויה לגונן על אדם המשתמש בכל כינוי שיבחר גם אם יש בו כדי להטעות את הציבור ולפגוע במוניטין של עסק אחר הנושא אותו שם או שם דומה. מכאן, שאין לראות שימוש בכינוי של אדם כ"שימוש בשם של אדם" במשמעות ההגנה האמורה בסעיף 59 לפקודה, וגישה זו נתמכת בהלכה הפסוקה באנגליה.

בתשובתו, מבקש המשיב להרחיב את הגנת השם גם לשימוש בכינויים תוך שהוא מעמיד זה מול זה את ערך זכות הקניין על המוניטין העומדת ביסוד עוולת "גניבת העין" אל מול ערך חופש העיסוק והתחרות העומד מנגד. לטעמו, יש לראות בחופש להשתמש בשמו של אדם - ובכלל זה בכינויו - כשם מסחרי במסגרת עסקו כמשתלב בזכות היסוד של חופש העיסוק, וראוי להשקיף על זכות זו כבעלת משקל עודף על זכות הקניין של בעל המוניטין בעסק המתחרה.

עוד טוען המשיב כי הוא פעל בתום-לב בשימוש בכינויו כשם עיסוקו ונוכח תום לבו נטתה הכף להעדפת זכותו על פני זכותו של המערער. בין מחמת עקרון חופש העיסוק והתחרות ובין בגדרו של עקרון תום הלב, נכון היה להעדיף את זכותו, כפי שאכן נעשה הדבר.

6. ההכרעה

נתתי דעתי לקביעות בית משפט קמא ולטיעוני הצדדים בסיכומיהם, ובאתי לידי מסקנה כי יש לקבל את הערעור באופן שייקבע כי המשיב ביצע עוולה של "גניבת עין" ככל שהדבר נוגע לשימוש בכינויו במסגרת השם המסחרי של עסקו, וזאת לאחר שנמצא כי השימוש בשם זה עלול להטעות את הציבור ואף גורם להטעייתו הלכה למעשה לחשוב כי מדובר בעסקו של המערער, וכי אין המשיב נהנה מהגנת השימוש בשמו של אדם בעיסוקו על פי הסיפא לסעיף 59 לפקודה.

הרי פירוט ההנמקה למסקנה האמורה:

(א) ענייננו בפירוש היקף התפרשותה של הגנת-השם האמורה בסיפא לסעיף 59 לפקודה, המגינה על המשתמש בשמו בעסקו בפני תביעה בעוולת "גניבת-עין". שאלה היא מה משמעותה של ההגנה, על איזה רקע נולדה, מה התכליות שביקשה להשיג, ועל מי היא מתכוונת לגונן.

(ב) פרשנות היקף התפרשותה של הגנת-השם ניזונה בראש וראשונה מהתחקות אחר התכלית העומדת ברקע שילובה של עוולת "גניבת-עין" בפקודת הנזיקין. הבנת התכלית האמורה תשליך ממילא גם על מרחב תחולתה של הגנת-השם והדברים אוצלים זה על זה ונגזרים זה מזה. אכן,

"שיטת הפרשנות התכליתית מעמידה במרכז הפעילות הפרשנית את מושג ה"תכלית". מטרתם של כללי הפרשנות היא להעניק לנורמה המשפטית את המשמעות המגשימה בצורה הטובה ביותר את תכליתה. כאשר הנורמה המתפרשת היא דבר חקיקה, מטרתם של כללי הפרשנות היא להעניק לדבר החקיקה את המשמעות המגשימה בצורה הטובה ביותר את תכליתו..." (דברי א. ברק, פרשנות במשפט, כרך שני, עמ' 143).

הובהר כי:

"תכלית החקיקה הן המטרות, הערכים, המדיניות, הפונקציות החברתיות והאינטרסים אשר דבר חקיקה נועד להגשים. תכלית החקיקה היא מושג נורמטיבי... תכליתו האובייקטיבית של דבר חקיקה היא התכלית שדבר החקיקה נועד להגשים בחברה דמוקרטית מודרנית. זו "מטרת החקיקה".
(דברי הנשיא ברק בענין בג"צ 693/91 אפרת נ' הממונה על המרשם, פד"י מז(1) 749).

(ג) התכלית והמטרות העומדות ביסוד עוולת "גניבת-העין" הובהרו היטב בהלכה הפסוקה בבית משפט זה. בפסיקה ענפה הובהר כי גרעינה המהותי של עוולה זו מצוי בהגנת החוק המוענקת לאדם מפני פגיעה בזכות הקנין במוניטין של עיסקו.
מבין ההגדרות השונות שניתנו למושג "מוניטין", הוא תואר, בין היתר, כך: (הנשיא שמגר ברע"א 371/89 ליבוביץ נ' אליהו בע"מ (פד"י מד(2) 309, 315):

"המושג מוניטין קשה להגדרה מדויקת וממצה. הכוונה היא לתדמיתו החיובית של המוצר בעיני הציבור, אשר הודות לה קיים שוק של לקוחות בכח אשר מעונינים ברכישתו של המוצר."

(השווה גם ע"א 634/89 ריין נ' פוג'י (פד"י מה(4) עמ' 837, 846) וכן ע"א 523 כהן נ' נדיר, (פד"י מט(2) 353, 359-360).

עוולת "גניבת העין" במהותה מבקשת, על כן, להגן על זכותו של בעל עסק לשמור על תדמיתו החיובית של המוצר או השירות שהוא מספק בעיני הציבור הרחב ככלל וציבור הלקוחות המבקש לרכוש את המוצר או השירות בפרט.

לצורך הגשמת ההגנה האמורה, על התובע המבקש להוכיח קיומה של עוולת "גניבת עין" להוכיח שני

יסודות:

- (1) כי רכש מוניטין בטובין או בשירות באופן שהציבור מזהה את תדמיתם החיובית עמו.
- (2) כי מעשי הנתבע מביאים לכך שהציבור מוטעה לחשוב או עלול לטעות לחשוב כי הטובין או השירות הניתנים על ידי הנתבע הינם בעצם של התובע.

יסודה של עוולת "גניבת-עין" בשמירה על זכותו הקניינית של בעל מוניטין בעסק העלול להיפגע ממצג שוא של הנתבע, להבדיל מתכלית שעניינה בהגנה על הציבור ככזה.

"לא הטעיית הציבור היא מעיקרה של העוולה ולא איש מן הציבור יכול לתבוע בעילה זו אלא שכדרך שבכל פגיעה בזכות קניין אחרת, יוחדה זכות התביעה לבעליו, כך גם בקניין שבעסקו של אדם או במוניטין שלו." (דברי מ"מ הנשיא זוסמן בבר"ע 253/72 ג'ון ווקר ובניו נ' נשיונל דיסטילריס, פד"י כז (1) 361, 364).

וכך, הערך המוגן העומד ביסוד העוולה הוא הגנה על האינטרס הקנייני של העוסק להבדיל מהגנה על אינטרס ציבור הצרכנים. (ע"א 523/91 כהן נ' נדיר, שם, עמ' 362).

די לצורך עמידה בדרישות ההוכחה כי נתקיימה עוולה בקיומו של חשש סביר כי מעשי הנתבע יגרמו לקונה הרגיל לחשוב בטעות כי מדובר בטובין או בשירות שמספק התובע בעוד, לאמיתו של דבר, מדובר באלה של הנתבע. (פרשת ריין, שם, בעמ' 853, גינת, גניבת עין, עמ' 19). חשוב לציין בהקשר זה כי למושג "חשש סביר" יוחס מימד אובייקטיבי ואין צורך בהוכחת כוונת הטעייה, אם כי הוכחת כוונה כזו עשויה להקל את נטל ההוכחה בדבר קיום חשש סביר להטעייה. (ע"א 5689/94 ורגוס בע"מ נ' נגה הדסה בע"מ. תקדין עליון (1)98 עמ' 15(4). כן אין צורך בהוכחת הטעייה בפועל אלא די בהוכחת קיום סכנת הטעייה בלבד (ע"א 523/91 כהן נ' נדיר, שם, עמ' 362-3; ע"א 307/87 וייסברוד נ' ב"ח למצרכי חשמל פד"י מד(1) 629, 635; ראה ע"א 5689/94 ורגוס בע"מ נ' נגה הדסה בע"מ, תקדין עליון כרך (1)98 עמ' 15(4); וכן, קלדרון, חיקויים מסחריים בישראל, עמ' 8-346; גינת, שם, עמ' 23).

(ד) בצד ההגנה על זכות הקניין של בעל המוניטין העומדת בבסיס עוולת "גניבת העין", פועלים בתחום זה של פעילות עיסקית זו אינטרסים נוספים הראויים להתייחסות:

האחד - אינטרס התחרות החופשית והאחר - עניינו של הפרט בחופש העיסוק. על חשיבותה של התחרות החופשית כמכשיר לעידוד פיתוחו של המשק והשבחת המוצר והשירות עמד בית משפט זה לא אחת. (ראה למשל רע"א 371/89 ליבוביץ נ' אליהו בע"מ, שם, בעמ' 327). כן עמד הוא על חשיבות ערך חופש העיסוק כנימנה על חירויות היסוד של האדם (בג"צ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פד"י לז(3) 337, 353). נקודת המוצא היא, אכן, כי אדם רשאי לעסוק בכל עבודה או משלח יד בלא הגבלות ואיסורים כל עוד לא נקבעו כאלה בהוראה מפורשת של החוק או מכוחו.

באיזונים שאיזן המחוקק בין ערך התחרות החופשית וחופש העיסוק לבין ערך ההגנה על זכות המוניטין כזכות קנין של העוסק גבר הערך האחרון במסגרת עוולת "גניבת העין" וזאת ניתן ללמוד ממהות היסודות הנדרשים להוכחתה.

משתלבים כאן דברי בית המשפט מפי הנשיא שמגר בענין ליבוביץ' נ' אליהו בע"מ, שם, עמ' 330:

"תחרות חפשית אין פירושה תחרות פרועה. אין פירושה כי יכול מתחרה בשמה ובשמו של חופש העיסוק לעשות ככל העולה על רוחו... כך הוא הדבר, למשל, מקום בו המתחרה מבצע אגב התחרות, עוולה בנזיקין."

יחד עם זאת, בתחמו את גבולות הזכות המוגנת של בעל המוניטין, היה המחוקק קשוב שלא למתוח את היקף זכויותיו בדרך שתפגע יתר על המידה ומעבר לצורך בערך התחרות החופשית (השווה ע"א 18/86 מפעלי זכוכית ישראליים פניציה, נ' לה וריי דה סינט גוביין, פד"י מה(3) 224, 231). הצורך להבטיח הגנה על זכויותיו של בעל מוניטין מצדיק בנסיבות מתאימות גם הטלת מגבלות על אחרים בכל הקשור בשימוש בשמות, תיאורים, סימנים או תוויות על טובין ושירותים. הדעת נותנת כי באיזון הכולל בין הנזק העלול להיגרם לבעל המוניטין בהעדר מגבלות כאלה לעומת הנזק העלול להיגרם למתחרה מהטלתן נוטה הכף לטובת מתן הגנה לראשון. באיזון שבין הערכים השונים, נשמר, איפוא, עניינו של בעל זכות המוניטין להפיק מזכותו את מלוא ערכה הקנייני אולם כל זאת בגבולות הנדרשים לצורך כך, ובלא מתיחת ההגנה אל מעבר לנדרש באופן סביר בדרך העלולה לגרום פגיעה בלתי ראויה בערכים מוגנים אחרים.

(ה) על רקע דברים כלליים אלה ובנגזר מהם יש לפרש את היקפה של הגנת-השם הנתונה לאדם על פי הסיפא לסעיף 59 לפקודה להשתמש בשמו לצורך מכירת טובין או שירותים.

נבחן סוגיה זו.

(ו) על פניו, נראה כי משמעות ההגנה הניתנת לשימוש בשמו של אדם לצורך עיסוקו נגזרת מההנחות הבאות:

(1) שמו של אדם הוא סימן זהותו, ולסימן זהות זה ישנה משמעות בחיי הפרט והציבור כאחד. הוא משקף את זהות האדם, את זהות הקשר למשפחתו, ולא אחת גם את זהות הקשר ללאום שהוא משתייך אליו.

אכן,

"שמו של אדם הוא חלק מאישיותו, הוא ה"אני" החברתי שלו. הוא המפתח שבאמצעותו הוא צועד בשבילי החברה. אין הוא קוד זיהוי בלבד. הוא ביטוי לאישיות, לרגש, לחובה, למסורת ולייעוד".
(דברי השופט (כתוארו אז) ברק בבג"צ 693/91 אפרת נ' ממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פד"י מז(1) 749, 770).

אך טבעי הוא כי סימן זהות זה ימצא את ביטויו גם בחיי הכלכלה והמעשה המקצועי של האדם ויוכר כניתן לשימוש גם בעיסקו כאחד ממגזרי הפעילות העיקריים של חייו.

(2) בהגנת-השם במסגרת עוולת "גניבת העין" טמונה ההנחה כי בדרך כלל השימוש בשם נעשה בתום לב ולא נילוה לו חשש סביר להטעיית הציבור לחשוב כי מדובר בעיסקו של אחר. יתר על כן, עצם השימוש בשמו של אדם כמבטא זהות אישית של בעל העסק מניח קיומה של מודעות מוקדמת בציבור כי עשויים להתקיים עסקים נוספים בשם דומה או זהה שיתכן שהם גם בעלי תכנים זהים או דומים. מכאן, ברור גם הצורך החל על לקוח במקרים מתאימים לבדוק פרטנית אם העסק הנושא שם של אדם עמו הוא מבקש ליצור קשר הוא, אכן, עיסקו של מי שעמו הוא מבקש להתקשר או שמא של מתחרהו. לשון אחרת - השימוש בשמו של אדם בעסקו מאותת מלכתחילה לציבור הלקוחות על קיום אפשרות שיימצאו עסקים אחרים בעלי שם דומה ולפרקים גם בעלי תוכן עיסקי דומה.

וכאן עולה השאלה: האם הגנת השם בעסקו של אדם הינה מוחלטת, או שמא מדובר בהגנה יחסית בלבד, הכפופה בכל מקרה לתנאי כי השימוש בשם לא יעלה חשש סביר להטעיית הציבור לחשוב כי מדובר בעסק של אחר; ואם כך הדבר, במה נבחן ערכה של ההגנה מלכתחילה?

התחקות אחר לשון ההוראה שבסעיף 59 על רקע תכליותיה מביאה לידי מסקנה כי מדובר בהגנה יחסית בלבד, במובן זה שהגנת השם כפופה בכל מקרה לתנאי כי אין בשימוש בשם כדי להעלות חשש סביר להטעיית הציבור. וכך, אם מוכח שהשימוש בשם אדם בעיסקו עלול להטעות את הציבור באופן שיש בו כדי לפגוע במוניטין של אחר, כי אז לא תעמוד הגנת השם לבעל העסק הראשון בפני עוולת "גניבת העין".

משמעות הגנת-השם היא, איפוא, זו: נקודת המוצא היא כי לאדם עומדת זכות טבעית להשתמש בשמו בעיסקו כחלק מסימן זהותו האישית. טמונה בכך גם הנחה לכאורית כי הציבור בדרך כלל לא יוטעה בין עסקים הנושאים שמות אישיים זהים או דומים של בעלי עסקים שכן על פני הדברים מתבקשת במקרה זה זהירות-יתר ולעיתים אף בדיקה מיוחדת מצד הלקוחות מהו העסק עמו הם מבקשים להתקשר. יוצא, איפוא, כי

משמעותה העיקרית של הגנת-השם היא בתחום הראייתי, בהטילה בנסיבות הענין נטל ראייה כבד במיוחד על הטוען כנגד המשתמש בשמו בעיסקו כי שימוש כזה עשוי להעלות חשש סביר להטעיית הציבור לחשוב כי העסק המתחרה הוא עסקו שלו. במסגרת זו יישקל הצורך באיזון ראוי בין זכותו של אדם להשתמש בשמו כסימן זהות בהקשרים שונים בחייו ובתוכם - בפעילותו העסקית - לבין הערך שנועד להגן על זכות המוניתין כזכות קנין של רעהו העלולה להיפגע. במערך זכויות מתנגשות אלה, תידרש הוכחה כבדת משקל מטעם בעל המוניתין התובע הטוען כי נפגע משימוש שאחר עושה בשמו בעיסקו שלו, לפחות בבחינת חשש קרוב לודאי לקיום הטעייה בציבור עקב כך. (השווה פרשת אפרת, שם, עמ' 2-771).

הטעם בתפיסה זו נעוץ בדברים הבאים:

(1) ראינו כי תכלית-העל אותה נועדה עוולת "גניבת העין" להשיג טמונה במתן ההגנה הראויה לזכות המוניתין כזכות קניין. ערך זה גובר על ערכים מתנגשים אחרים כגון ערך התחרות החופשית, ועליונותו בהקשר זה מתיישבת עם קיום מגבלות שונות על החופש בפעילות העיסקית.

העדפת ההגנה על זכות הקנין על פני ערכים מוגנים אחרים מתיישבת עם המסקנה כי תהא אשר תהא חשיבותה של הגנת-השם וזכותו של אדם לעשות שימוש בשמו בעיסקו, הרי אם מתרחשת התנגשות בין ערך ההגנה על המוניתין לערך ההגנה על השם, יד הערך הראשון תהא על העליונה. מסקנה זו נגזרת מתפיסה כוללת של מקומה של עוולת "גניבת העין" במערך ההגנה על זכויות הקנין הבלתי מוחשיות והיא מתבקשת על רקע המטרות הכוללות של ההסדר כולו.

רוצה לומר: הגנת-השם אינה הגנה מוחלטת כלפי עוולת "גניבת עין" אלא זו הגנה יחסית בלבד. היא מביאה עמה הנחה לכאורה כי ברוב המקרים לא יתקיים חשש סביר כי הציבור יוטעה לחשוב כי עסק הנושא את שם בעליו הנו עסק אחר הנושא שם דומה. עצם השימוש בתו זיהוי אישי כשם עסק מעלה את מידת הרגישות של הלקוח הפוטנציאלי בדבר הצורך לבדוק אם אמנם מדובר בעסק המבוקש או בעסק דומה אחר המתנהל תחת שם זה או דומה. במובן זה, החשש להטעייה קטן, מה גם שקיום מצב של אי וודאות מסוימת המצרין בדיקה ובירור הינו בגדר "מצב נסבל" כל עוד אינו מגיע כדי חשש להטעיית הציבור.

עם זאת, גם כך, פתוחה עדיין הדרך בפני תובע בעוולת "גניבת עין" להוכיח כי חרף ההגנה הניתנת לשם, נתקיימו יסודות העוולה ובתוכם יסוד החשש להטעיית הציבור עקב שימוש הנתבע בשמו כשם עיסקו.

(2) גישה פרשנית זו שואבת חיזוק ממקורותיה של הגנת השם בעוולת "גניבת-עין" במשפט האנגלי. בחינה זו חשובה על רקע העובדה כי עוולת "גניבת העין" בפקודת הנזיקין נשענת על מקורות המשפט המקובל האנגלי.

התחקות אחר מקורות אלה מביאה למסקנות הבאות:

מקורה של הגנת השימוש בשם אדם בעסקו נולדה במציאות הסטורית שבה עוולת "גניבת העין" במשפט המקובל האנגלי הצריכה כוונת מרמה מצד הנתבע כמרכיב הכרחי בין יסודות העוולה המחייבים הוכחה. הצורך להוכיח יסוד מרמה הביא באופן טבעי לאימוץ הגנת השם של אדם בעיסוקו שכן שימוש בשם כשהוא לעצמו שולל מיניה וביה כוונת מרמה מצד המשתמש. (השווה Halsbury Laws of England, 4th ed. Vol. 48, p. 130). עם עבור הזמן, בטלה ועברה מן העולם דרישת המרמה כיסוד בעוולה אולם הגנת-השם נותרה בעינה. או אז עלתה השאלה מהי ההצדקה שנותרה להגנת-השם ומה היקף התפרשותה.

הספרות המשפטית האנגלית דנה בהרחבה בשאלה באיזו מידה, אם בכלל, נותרה משמעות כלשהי להגנת-השם עתיקת היום שניתנה בעבר לעוסק כמחסום מפני תביעת נזיקין בגין "גניבת עין". התשובה לשאלה זו לא היתה קלה, ונתלו לה התחבטויות ופסיקות סותרות כצפוי במצב דברים שבו הרקע ליצירת ההגנה בטל מן העולם, ואילו ההגנה עצמה נותרה עומדת על תילה. מצב חדש זה חייב עשיית התאמות למצב החדש.

מתוך שפע דעות שהובעו בפסיקה האנגלית בסוגיה זו הביטוי הקלסי להגדרת היקפה של הגנת-השם בזמן המודרני ניתן על ידי השופט Romer בפסק הדין הידוע 41 (1924) *Rodgers v. Rodgers*, R.P.C. 277, באומרו:

"To the proposition of law that no man is entitled to carry on his business in such a way as to represent that it is the business of another or is in any way connected with the business of another, there is an exception, that a man is entitled to carry on his business in his own name so long as he does not do anything more than that to cause confusion with the business of another, and so long as he does it honestly. To the proposition of law that no man is entitled so to describe his goods as to represent that the goods are the goods of another, there is no exception."

האופן בו יישב בית המשפט בין צורכי ההגנה על המוניטין של התובע לבין הגנת-השם של הנתבע התבטא בתמצית כך:

הגנת-השם לא התירה בשום מצב פגיעה במוניטין של התובע ואם הוכח כי השימוש בשם עלול ליצור הטעייה בציבור, כי אז הוא לא שימש הגנה. אלא שאם הפגיעה לא הגיעה כדי חשש הטעייה אלא כדי יצירת confusion במשמעות "מבוכה" או "בלבול" בציבור בלבד, והמשתמש בשם היה תם-לב, כי אז עמדה הגנת-השם לנתבע במגבלות האמורות כנגד הטוען לקיומה של עוולת "גניבת עין".

מהפסיקה האנגלית, שאיננה אחידה בגישתה לשאלה זו, ניתן לדלות חמישה מרכיבים מהותיים להגנה על שימוש בשם:

- (1) הנתבע משתמש בשמו המלא.
- (2) הוא נמנע מלעשות כל דבר אחר העלול ליצור בלבול או הטעייה ביחס לעסקו של התובע.
- (3) הוא פועל בתום לב.
- (4) הוא יחיד, להבדיל מתאגיד.
- (5) הוא אינו משתמש בשמו כדי לתאר את סחורותיו.

(ראה ניתוחו של Wadlow בספרו The law of Passing off, (מהד' 2, 1995, עמ' 3-482).

מחבר זה מבהיר כי, בכל מקרה, היקפה של הגנת השם מצומצם ביותר, במידה והגנה זו בכלל קיימת:

"It will be seen that the defence is , at best, a very narrow one, and hardly relevant to modern trading conditions..." (שם, עמ' 483).

והוא מוסיף, שם, בעמ' 485:

"What is lacking in recent case law is a decision unequivocally allowing an honest defendant to go on making use of his own name though acknowledging that deception and damage will result. Anything short

of this is insufficient to prove that the defence has any real existence.”

גם Kerly בספרו Law of Trade Marks & Trade Names, 12th ed., 1986, p. 413 מצביע על העובדה כי ההיקף ואופי המדויק של הגנת השם אינם ברורים כלל, והפסיקה בתחום זה סותרת ואינה ניתנת ליישוב, ומבהיר:

“The defence is certainly of limited scope; in particular, it does not extend to allowing use of that name in relation to goods so as to pass off.”

הוא מדגיש כי הגנת השם אינה מקנה חסיון כנגד "גניבת עין", אלא היא מספקת לכל היותר הגנה בפני מצב של בלבול ("Confusion") בציבור בהבדל מחשש להטעיית הציבור - חשש המעמיד את ההסתברות לנזק לבעל המוניטין בדרגה גבוהה יותר. גבולות הגנת השם גם על פי הסבר זה הם, איפוא, מצומצמים ביותר. ראה בענין זה גם Parker - Knoll v. Knoll International (1962) R.P.C. 265. Silverleaf ו- Drysdale בסיפרם Passing Off Law & Practice (מהדורה 2 בעמ' 99 סעיף 4.37) מדגישים כי באנגליה כיום גם שימוש של אדם בשמו בעסקו בתום לב ייאסר אם התוצאה מכך תביא לגניבת עין לגבי סחורותיו כסחורות של אחר.

גישה דומה בסוגיה זו ניתן למצוא בארה"ב:

“...even though one has the right to use his own name for business purposes, there is a duty to distinguish the business or product from that of another party with the same name”...

(ראה 736, p. 2nd, Am. Juris.)

לסיכום הדברים: הגנת השם באנגליה זכתה, עם השנים, לפרשנות מצמצמת ביותר עד כי ערכה הממשי כהגנה אינו ברור. מכל מקום נראה כי אין חולק על כך כי הגנה זו היא לכל היותר הגנה יחסית ואינה מקנה למשתמש בשמו בעסקו הגנה מלאה כנגד עוולת "גניבת-עין" אם כל יסודותיה הוכחו. עם זאת נטל ההוכחה על הטוען לקיום העוולה עשוי להיות כבד בנסיבות הענין כפי שהוסברו לעיל.

(3) בישראל טרם נדונה עד כה סוגיה זו בהלכה הפסוקה אולם הספרות המשפטית נגעה בנושא זה. בחיבורו בנושא "גניבת עין" עמד ג. גינת על הצורך לאמץ גם במקומנו את הגישה המצמצמת ביותר של הגנת השם. (ראה שם, עמ' 38).

הוא מצביע על ערכה הממשי המועט של ההגנה ומוסיף:

"הסיפא אינו מכשיר מעשה של הטעיית הציבור גם אם מקורו בשמו הנכון של המטעה. ניתן להגיע לתוצאה האמורה בדרך של פרשנות דווקנית של לשון המחוקק: אין עוולה אם כל שנעשה הוא (רק) שימוש בשם הנכון של אדם למכירת טובין. לשון אחר: עצם השימוש בשם הנכון (של הנתבע) למכירת טובין עדיין אין בו משום ראייה למעשה עוולה... אין לקרוא לתוך הסיפא יותר ממה שכתוב בו: אין כאן יוצא מן הכלל שנקבע ברישא של הסעיף..."

אכן, גם מדרך ניסוחה המילולי של הגנת-השם ניתן להסיק כוונת צמצום, רוצה לומר: מהשימוש בשם כשהוא לעצמו אין להסיק קיומה של גניבת-עין אולם אין בכך כדי לחסום אפשרות הוכחה כי השימוש בשם יוצר לפחות חשש סביר להטעיית הציבור באופן הפוגע במוניטין העיסקי של אחר, שאז מתגבשת עוולת "גניבת עין".

למען שלמות הדברים יש להוסיף:

חוק עוולות מסחריות תשנ"ט 1999- ביטל את סעיף 59 לפקודת הנזיקין, ובמקומו הוחקה הוראה חדשה העוסקת בגניבת עין שזו לשונה:

"גניבת עין 1. (א) לא יגרום עוסק לכך שנכס שהוא מוכר או שירות שהוא נותן ייחשבו בטעות כנכס או כשירות של עוסק אחר או כנכס או כשירות שיש להם קשר לעוסק אחר.

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

מניסוחה של הוראה זו עולה כי כיום הגנת השם בעוולת "גניבת עין" מחייבת קיום תום לב של המשתמש בשם כדרישה סטטוטורית אולם גם כאן בדומה להוראה הקודמת, נראה לכאורה כי השימוש בתום לב בשם לא ייחשב כשלעצמו גניבת עין. עולה מכך כי אם מוכח שנכס הנמכר או שירות הניתן נחשבים בטעות כאלה שיש להם קשר לעוסק אחר, כי אז הגנת השם לא תעמוד בפני עוולת "גניבת עין".

נראה על פני הדברים, כי גם על פי החקיקה החדשה אין מדובר בהגנת-שם מוחלטת אלא בהגנה יחסית בלבד, וכך, גם שימוש בתום לב בשם אדם בעסקו עשוי לסגת בפני ערך ההגנה על זכות הקנין של בעל המוניטין הנפגע, וגם הוא עשוי להוביל במקרים מתאימים לגיבוש אחריות בעוולת "גניבת עין".

(ז) נחזור עתה לשאלה המיוחדת המעסיקה אותנו בהליך זה: על רקע מקומה של ההגנה הכוללת על זכות הקנין של בעל המוניטין מצד אחד, ונוכח מרחב ההתפרשות הצר והמוגבל שניתן להגנת-השם במסגרת עוולת "גניבת העין" נוכח העדפת ההגנה על זכות המוניטין של הנפגע על פני זכות המשתמש בשם, חוזרת ועולה השאלה מה דין הגנת-השם כאשר אין מדובר בשימוש בשם פרטי או שם משפחה של אדם, אלא בכינוי כזה או אחר שדבק בו, או שהוא מייחס לעצמו?

התשובה המתבקשת לשאלה זו היא כי אין לפרש את הגנת-השם ביחס לעוולת "גניבת עין" באופן המתפרש מעבר לשימוש בשמו האמיתי של האדם, ואין להרחיבה מעבר לכך גם לכינויים, שמות חיבה, קיצורים למיניהם, וכיוצא באלה.

הטעמים לכך הם אלה:

(1) ראינו כי ההגנה הניתנת לשימוש בשמו האמיתי של אדם בעסקו היא עצמה מתפרשת בצמצום רב והיא אינה מוחלטת כי אם יחסית בלבד. הרחבתה גם לשימושים החורגים מגדר שמו האמיתי של האדם אינה מתיישבת עם המגמה הכללית להגן על זכות המוניטין של בעל העסק הנפגע כמטרת-על בעוולת "גניבת העין".

(2) השימוש בכינוי זה או אחר של אדם אינו מביא עמו ערך חברתי מיוחד הראוי להגנה בבחינת זכות טבעית של אדם, בדומה לזו הנילווית לשימוש בשמו האמיתי. ממילא, אין בפנינו ערך מוגן אחד המתמודד כנגד ערך מוגן אחר. לכינויו של אדם אין, מטבע הדברים, מעמד דומה לזה הנילווה לשמו הנכון והאמיתי והצורך הערכי להגן על זכות השימוש בשם באורחות חייו ופעילותו של האדם אינו קיים באותה מידה ובאותה דרך ביחס לכינוי. ואמנם, כינוי עשוי להיות מטבעו זמני, מזדמן ומקרי ואין בו מתכונת תו-הזהות הייחודי ובר הקיימא המוטבע בשמו האמיתי של האדם והמוכר ככזה בחברה.

(3) שלא בדומה לשימוש בשם אמיתי, השימוש בכינוי כשם עסק עלול להצביע על קיום מניעים שיסודם בחוסר תום לב, במטרה להטעות את הציבור לחשוב כי עיסקו של האחד הוא עסקו של אחר.

עמד על כך Wadlow, שם, בעמ' 483:

"It seems that the defence may be lost if the defendant does not use his own name in full without abbreviations or embellishments. In particular, an individual may not in general claim any right to trade under his surname alone, or as part of a trading style, where to do so would involve passing-off. Failure to use one's full name may itself indicate a lack of bona fides, but the proposition does not appear to rest on this alone. Finally, there are a few cases where an individual claims to be known by a nickname or an abbreviation of his own name. The better view is that names in the latter category do not benefit from the defence."

ראה גם Kerly, שם, עמ' 8-417 וכן עמ' 38 לחיבורו של ג. גינת.

גישה זו מקובלת גם בארה"ב:

"Use by an individual of an adopted or assumed name in a business where such name is already well known will generally not be permitted particularly where the name was assumed or changed solely for business purposes."
(Am. Juris. 2d. P. 776.

(4) משמדובר בשימוש בכוני - להבדיל משם אמיתי - בשם עסק, לא מתקיים בדרך כלל אותו סימן איתות לציבור כי עשויים להיות עסקים דומים נוספים בשמות דומים וכי יש לנקוט זהירות בבירור זהותו האמיתית של העסק. שהרי לכוני מתלווה בדרך כלל אופי ייחודי וממילא נוטים בדרך כלל להניח כי מצוי עסק אחד בלבד הנושא כונו ייחודי כזה. בנסיבות אלה גובר החשש להטעיית הציבור, אשר לא יטה לבדוק ולברר אם מדובר בעסק המבוקש על ידו או בעסק מתחרה. ממילא, השימוש בכוני בשם עסק הזהה או דומה לשם עסק אחר עלול להטעות את הציבור ביתר קלות משימוש בשם אמיתי.

(5) ניסוחה המילולי של הגנת-השם בסעיף 59 לפקודה עשויה להעיד אף היא, על הגבלתה לשם אמיתי בלבד, שאילו נתכונה ההגנה לחול גם על שמות מושאלים או כינויים ניתן להניח כי ניסוח ההגנה היה מעיד על כך, ולא-היא.

מכל הטעמים האמורים יוצא איפוא: הגנת-השם הנתונה לאדם מכח הסיפא לסעיף 59 לפקודת הנזיקין אינה מתרחבת גם על פני כינויים, ובכלל זה, על שמות חיבה, שמות מושאלים, קיצורי שמות, ראשי תיבות וכיו"ב.

באיזון שבין ערך ההגנה על המוניטין העיסקי לבין ההכרה בזכותו הטבעית של אדם לעשות שימוש בשמו האמיתי באורחות חיי השונים ובכללם בעסקיו לא נותר מירווח המצדיק הגנה מיוחדת במצבים של סטייה משימוש בשם האמיתי. במצבים אלה יחול ההסדר הכללי החל על עוולת "גניבת עין", על יסודותיה הטעונים הוכחה בסדר הדברים הרגיל.

(ח) ומן הכלל אל הפרט:

(1) אין חולק כי המשיב משתמש בכינוי אישי כחלק עיקרי משם עיסקו. השימוש בכינוי זה אינו נהנה מהגנת השם במסגרת הסיפא לסעיף 59 לפקודה. מכאן, שנסיונות היוולדו של הכינוי ונטילתו כחלק משם העסק אינן מטריאליות לענין. וכך, אין נפקא מינה אם מדובר בכינוי שהמשיב מייחס לעצמו או שאחר הדביק לו, או אם בחר להשתמש בו בעסקו בתום לב, או שמא בכוונת הטעייה.

השאלה העומדת היא, האם הוכיח המערער את יסודות עוולת "גניבת העין" כנגד המשיב בהינתן הקביעות העובדתיות שנקבעו על ידי בית משפט קמא אשר הכריע על פי הראיות שהובאו בפניו.

היסודות שעל המערער היה להוכיח הם:

(א) קיום זכות מוניטין בידיו.

(ב) כי השימוש בשם עסקו של המשיב עלול להטעות את הציבור לחשוב כי מדובר בעיסקו שלו.

על פי ממצאי בית משפט קמא, שאינני רואה מקום להתערב בהם, נראה כי המערער עמד בחובת ההוכחה לבסס את התקיימותם של יסודות עוולת "גניבת-העין":

ראשית, הוא הניח תשתית ראייתית לקיום זכות המוניטין שלו בעיסקו. אכן, נקבע על ידי בית משפט קמא כי הוא רכש מוניטין בתחום התקליטנות כשהוא עושה שימוש בשם המסחרי "צ'ופי".

שנית, הוכח כנדרש קיום חשש סביר להטעיית הציבור על ידי השימוש שעושה המשיב בכינוי "צ'ופי מוסיקה" כשם המסחרי של עיסקו. בין השם המסחרי "צ'ופי" שנטל המערער כשם עיסקו לבין השם "צ'ופי מוסיקה"

שהמשיב נטל כשם מסחרי של עסקו ישנו דמיון וכמעט זהות העלולים להטעות את הציבור. חשש ההטעייה גובר משמדובר בשני עסקים בעלי אופי ותוכן דומה הכורכים מוסיקה, ארגון מופעי בידור, הופעה בארועים ועיסוק בתחום של התקליטנות. הדמיון בשמות העסקים והדמיון הרב במהות שני העסקים מניח כר פורה לטעויות בקרב הציבור לחשוב כי עסקו של המשיב הנו עסקו של המערער. טעויות אלה מצויות בטווח הציפייה הסבירה חרף העובדה כי מרכז עיסוקו של המערער הינו באיזור תל-אביב והוא פועל בכל הארץ ואילו זה של המשיב הוא בעיקר בירושלים.

ואמנם, בית משפט קמא קבע באורח פסקי כי לא רק שקיים חשש להטעיית הציבור עקב הדמיון בשמות המסחריים של שני העסקים אלא בפועל התרחשו טעויות אשר הוכחו שחור על גבי לבן על ידי עדויות ההגנה דוקא. מתוך עדויות אלה עולה כי נמצאו לקוחות אשר פנו לעיסוקו של המשיב בבקשה לקבל שירותים מתוך מחשבה כי הם פונים לעיסוקו של המערער. בית משפט קמא קובע בענין זה (עמ' 4 לפסק הדין):

"למרות המיגוון הרחב יותר של עיסוקי הנתבע, השימוש בשם צ'ופי גורם לטעויות בציבור הלקוחות הפוטנציאליים ויש המזהים אותו עם עיסוקו של התובע למרות הימצאם בערים אחרות. העולה מהאמור הוא שאכן השימוש בשם צ'ופי מטעה לקוחות פוטנציאליים... עובדה היא שהיו פניות טלפוניות לנתבע. פניות אלה נבעו, בין היתר, גם כתוצאה מפרסום שמו: "צ'ופי" מבלי שאנשים יזהו את האדם עם השם ואלמלא הנתבע שהבין מהשיחה שלא מעונינים בשירותיו, אלא בשירותי צ'ופי התל-אביבי הם לא היו מגיעים למקום הנכון."

על פי ממצאי בית משפט קמא, הוכח, איפוא, הלכה למעשה לא רק חשש להטעיית הציבור אלא הטעייה בפועל של הציבור כתוצאה משימוש בכינויו של המשיב כחלק משם עיסוקו. העובדה בלבד כי המשיב טוען שהיפנה את הטועים לעסקו של המערער אינה מקהה את קיומו של יסוד ההטעייה הנדרש לביסוס עוולת "גניבת-עין". גם אם יש בכך כדי להצביע על התנהגות בתום לב, יש להתפלל על כי המשיב לא דאג לשינוי שם עיסוקו כאשר התבררו לו הטעויות והבלבול שנגרמו בציבור עקב השימוש בכינויו בשם עסקו וספק אם מחדל זה מתיישב עם חובת תום לב המתבקשת מצידו; מכל מקום: המערער עמד בהוכחת יסודות עוולת "גניבת-עין" במקרה זה, וביסס את תביעתו כהלכה.

(2) ואשר לסעדים שנתבקשו:

במקורו, תבע המערער סעד של צו מניעה ופיצוי כספי. בית משפט קמא ציין בסוף פסק דינו כי נזק כספי וזכות לפיצוי כספי כלל לא הוכחו. אנו נותרים, איפוא, במסגרת הסעד המבוקש לצו מניעה, כנגד המשיב שימנע

מלהמשיך ולעשות שימוש בכינויו במסגרת שם עסקו. סעד זה ראוי שינתן למערער, באופן שימנע מהמשיב מלהשתמש בכינוי "צ'ופי" כחלק משם עסקו.

בא כוח המשיב ביקש במסגרת טענה חילופית, להחזיר את הענין לבית משפט קמא לצורך דיון בשאר טענות הגנה שהעלה ואשר, לדבריו, לא נדונו בערכאה דלמטה.

אינני רואה הצדקה לבקשה זו. נתתי דעתי לטיעוני בא כוח המשיב בסיכומי טענותיו בפני בית משפט קמא, ולא מצאתי כי עלתה בהם טענה אשר לא נתבררה ואשר עשויה היתה לשנות מן המסקנה המתבקשת בהליך זה. בקשה זו נדחית, איפוא.

7. סיכומי של דבר:

הצעתי היא:

- (1) לקבל את הערעור ולבטל את פסק דינו של בית המשפט קמא.
- (2) ליתן צו מניעה שיאסור על המשיב מהיום ואילך לעשות שימוש בכינוי "צ'ופי" במסגרת שם עסקו או לצורך כל פעולה הנעשית לצורך עסקיו.

- (3) להטיל על המשיב לשלם את הוצאות המערער בשתי הערכאות וכן שכר טרחת עורך דין בשתי הערכאות בסכום של 20,000 ש"ח + מע"מ ובתוספת הפרשי ריבית והצמדה מהיום ועד התשלום.

ש ו פ ט ת

השופטת ט' שטרסברג-כהן:

מסכימה אני עם עמדת חברתי השופטת א' פרוקצ'יה, לפיה, מי שמשתמש בכינויו שלו כשם מסחרי ובא אחר ומשתמש באותו כינוי לצורך עסקו שלו, מבצע - בתנאים מסוימים - עוולת "גניבת עין" כלפי הראשון. סעיף 59 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] הקובע את העוולה, מכיל הגנה למעוול המשתמש בשמו הוא. אשר להגנת המעוול מפני העוולה, סבורה חברתי, כי הגנה זו עומדת רק למי שמשתמש בשמו הוא ואינה עומדת למי שמשתמש בכינויו. לעניין זה ברצוני להעיר, כי נוטה אני לחשוב, שראוי כי אותה הגנה המוענקת בחוק למעוול המשתמש בשמו הוא, תחול גם על מעוול המשתמש בכינויו, שאם לא תאמר כן, תוצר א-סימטריה בלתי ראויה בין הנפגע מן העוולה, המשתמש בשמו, לבין הנפגע המשתמש בכינויו. בעוד אשר המעוול המשתמש בשמו

הוא, יכול ליהנות מהגנה על-פי חוק והנפגע מן העוולה יוצא וידיו על ראשו, אין הגנה למעוול המשתמש בכינויו, והנפגע מהעוולה זכאי לסעד כנגד המעוול חסר ההגנה. א-סימטריה זו, מגינה בעוצמה רבה יותר על הנפגע מן העוולה המשתמש בכינויו מאשר על הנפגע המשתמש בשמו הוא, שעה שהאינטרס של הראשון ראוי להגנה פחותה מזו של השני. נוטה אני לחשוב, כי בהיווצר עוולת "גניבת עין" על-ידי מעוול המשתמש בכינויו, ראוי להעניק לו אותה ההגנה המוענקת למעוול המשתמש בשמו הוא, בין אם רחבה היא ובין אם צרה ובין אם ראוי לבטלה כליל.

בנסיבות המקרה שלפנינו, סבורה אני, כי אין להעניק הגנה למשיב מפני העוולה שביצע, גם אם בעקרון ניתן להעניק כזו. נקבע על-ידי הערכאה הראשונה, כי קיים חשש אמיתי שהציבור יוטעה לחשוב כי עסקו של המשיב הוא עסקו של המערער וכי המערער הניח תשתית ראייתית מספקת לכך שרכש מוניטין לעסקו תחת השם המסחרי שהוא כינויו וכי שימוש של המשיב באותו כינוי פוגע במוניטין שרכש המערער. אכן, בהיות עסקו של המערער ועסקו של המשיב בעלי אופי ותחום עיסוק דומה, יש בדמיון הרב שבין שני השמות המסחריים של שני העסקים, כדי להטעות את הציבור באופן העלול לפגוע בזכותו הקניינית של המערער. מאחר והשימוש בכינוי בנסיבות אלה יוצר עוולה, אין מקום להפעיל את ההגנה על המעוול, לאו דווקא משום שאינו זכאי לה מעיקרא, אלא משום נסיבות המקרה שלפנינו. על פי אותן נסיבות, יש מקום למנוע מן המשיב שימוש בכינויו, שהוא כינויו של המערער. מניעת שימוש כזה בשם מסחרי, עולה בקנה אחד עם המגמה להשליט אורחות התנהגות הוגנת ביחסי מסחר ו"מתן הגנה מפני תחרות לא הוגנת", המוצאת ביטוי בחוק עוולות מסחריות, תשנ"ט 1999-, שהוזכר על ידי חברתי (דברי ההסבר להצעת חוק לאיסור תחרות לא הוגנת, התשנ"ו 1996-, ה"ח 346). ראוי להוסיף, כי התרשמותי מן החומר היא, שהשימוש שעשה המשיב בכינויו נעשה שלא בתום לב ולמטרת תחרות בלתי הוגנת.

אשר על כן, מצטרפת אני לתוצאה אליה הגיעה חברתי.

ש ו פ ט ת

השופט י' אנגלרד

דין ערעור זה להתקבל מן הטעם הפשוט כי - בניגוד להשקפתו של בית המשפט המחוזי - ההגנה של השימוש בשם העצמי למכירת טובין, על פי הסיפא של סעיף 59 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], מלכתחילה אינה חלה על כינויים. כך הוחלט באנגליה בפרשת *Biba Group Ltd. and Others v. Biba Boutique* and Another [1980] R.P.C. 413 (ראה גם: *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names* (12th ed., London, Sweet & Maxwell, 1986) pp. 417-418; *Clerk & Lindsell* (17th ed., London, Sweet & Maxwell, 1995) p. 1413 note 67). איני רואה כל סיבה לסטות בנקודה זו מן ההלכה האנגלית, וזאת גם מן הטעמים שפירטה חברתי השופטת א' פרוקצ'יה בחוות דעתה. ואמנם, זכות-היתר המוענקת לאדם לגבי השימוש בשמו המלא בעסקיו אינה צריכה להשתרע על כינויו. בהקשר זה אין כנויי שמו של אדם כשמו, כי לא בגיטין עסקין.

בשל מסקנה זו, אין צורך להידרש לשאלה מהם תנאי ההגנה והיקפה במסגרת העוולה גניבת עין, כאשר אדם פוגע במוניטין של אחר כתוצאה מן השימוש בשם המשפחה שלו לצורכי עסקיו. שאלה זו יש לבחון כעת על פי הוראת סעיף 1(ב) לחוק עוולות מסחריות, תשנ"ט 1999-, אשר החליף את סעיף 59 לפקודת הנזיקין. לטעמי, ההגנה עשויה לחול, עקרונית, גם שעה שיסודות העוולה, המנויים כעת בסעיף 1(א) לחוק, נתקיימו במלואם; כל זאת בהנחה כי השימוש בשם המשפחה נעשה בתום לב, כנדרש במפורש בהוראת סעיף 1(ב) לחוק. מסקנה זו עולה, לכאורה, מנוסח ההוראה ומן המבנה שלה. לכן, יש רגליים לסברה כי ההוראה בחוק שלנו אינה תואמת את ההלכה האנגלית העכשווית, על הבחנותיה הדקות ואף המלאכותיות, שבאו כתוצאה מן המגמה השיפוטית לצמצם ביותר את ההגנה של השימוש בשם העצמי, כמעט עד כדי ביטולה בפועל. עיין ודוק *[1962] R.P.C. 265 (H.L.) Parker-Knoll Ltd. v. Knoll International Ltd.* ובמיוחד את דעת המיעוט של לורד דינג וכן ראה את פסק הדין של בית המשפט בדרום אפריקה - *Boswell-Wilkie Circus (Pty) Ltd. v. Brain Boswell Circus (Pty) Ltd.* [1985] F.S.R. 434.

בכפוף להערות אלה, אני מסכים לתוצאה אליה הגיעה חברתי השופטת א' פרוקצ'יה.

ש ו פ ט

לאור האמור, התוצאה היא כאמור בפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה.

ניתן היום, ג' בסיון תש"ס (6.6.00).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

העתק מתאים למקור
שמריהו כהן - מזכיר ראשי
R04.98079800