



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 15667-11-11 פרופורציה פי.אם.סי בע"מ נ' ד"ר דב קליין  
ע"א 16965.11.11 גוגל ישראל, Google Inc., Google Ireland נ' ד"ר דב קליין  
29.07.2013

לפני: כבוד השופט הבכיר גדעון גינת  
ע"א 15667-11-11:

המערער (הנ"1): פרופורציה פי.אם.סי בע"מ

נ ג ד

המשיב (התובע): ד"ר דב קליין

ע"א 16965-11-11:

המערערות (הנ"2-3-4):  
1. גוגל ישראל בע"מ  
2. Google Inc.  
3. Google Ireland Limited

נ ג ד

המשיב (התו'): ד"ר דב קליין

ערעור מיום 8.11.11 (מטעם פרופורציה, 15667-11-11), ערעור מיום 9.11.11 (מטעם גוגל  
16965-11-11) וערעור שכנגד מיום 7.12.11 (מטעם דב קליין) על פסק-דין מיום 18.9.11 של בית-  
משפט השלום בתל-אביב - יפו (כבוד השופטת הבכירה חנה ינון) ב-ת.א. 48511-07

בשם פרופורציה - עו"ד אופיר יוסף

בשם גוגל ישראל בע"מ, Google Inc. ו-Google Ireland Limited - עו"ד חגית בלייברג וצחי חליו  
בשם ד"ר דב קליין - עו"ד עמי סביר

## פסק דין

### הנושא

1. המערערת בתיק 15667-11-11 עשתה שימוש בשמו של המשיב כמילת חיפוש (keyword) במנוע חיפוש "גוגל", במובן זה ששימוש בשם הביא להצעה של מודעה ממומנת על ידי המערערת. במודעה, אם המחפש פנה אליה, לא נעשה כל שימוש בשמו של המשיב. האם זכאי המערער לפיצוי בגין השימוש בשמו לצורך "קישור ממומן"/מודעה? בית משפט השלום השיב על השאלה בחיוב.



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 11-11-15667 פרופורציה פי.אם.סי בע"מ נ' ד"ר דב קליין  
ע"א 11.11.16965 גוגל ישראל, Google Inc., Google Ireland נ' ד"ר דב קליין  
29.07.2013

### עובדות ופסק דינו של בית משפט השלום

2. המשיב בערעורים הנ"ל (והמערער שכנגד)-התובע מוכר היטב כמנתח בתחום הכירורגיה הפלסטית. המשיבה-הנתבעת 1 מנהלת רשת רפואית העושה שימוש בשם המסחרי "פרופורציה", ומעניקה שירותי כירורגיה פלסטית. המערערות בתיק 11-11-16965 קשורות למנוע החיפוש "גוגל". "גוגל אירלנד" נותנת, בין השאר שירותים ל"גוגל ישראל", כאשר אחד מהם הוא מתן שירותי קישור ופרסום באמצעות מערכת מודעות מקוונת, המכונה "Google Adwords".

פלוני, המבקש להביא לכך שגולשים במנוע החיפוש יגיעו לאתר שלו ברשת האינטרנט, רשאי להתקשר עם מנוע החיפוש "גוגל" ולרכוש מילות קישור, שהקשה עליהן תביא למחפש הן 'קישורים טבעיים', שיציגו את תוצאות החיפוש בקשר לאותן מילים, בהתאם לאלגוריתם המופעל על ידי מנוע החיפוש, והן תציג למחפש, בנפרד, 'קישורים ממומנים', דהיינו, מודעות קצרות הכוללות הצעה לפנות לאתר של המפרסם, כאשר אותה מודעה/הצעה מופיעה בעמוד התוצאות שרואה המחפש, רק בעקבות רכישת מילת החיפוש על ידי פלוני. אין מניעה לכך שאותה מילה או מילים ירכשו על ידי מספר מפרסמים. במקרה כזה, עורכת גוגל מעין תחרות ביניהם, כאשר משלם הסכום הגבוה ביותר זוכה לקידום בפרסום מודעתו. באופן זה בהחלט יתכן שבעלים של סימן מסחר/מותג ידוע ופופולארי, יאלץ לשלם סכום גבוה יותר בגין מודעה שלו הכוללת הפנייה לסימנו הוא.

התשלום למנוע החיפוש נעשה תוך התחשבות במספר ההקשות של מחפשים על המודעה או הקישור הממומן המוצג להם, כחלק נפרד מתוצאות החיפוש שנערך.



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 11-11-15667 פרופורציה פי.אם.סי בע"מ נ' ד"ר דב קליין  
ע"א 11.11.16965 גוגל ישראל, Google Inc., Google Ireland נ' ד"ר דב קליין  
29.07.2013

קיימת אבחנה ברורה בין תוצאות החיפוש הבאות כקישור ממומן ובעקבות רכישת מילת חיפוש על ידי מפרסם, לבין 'התוצאות הטבעיות' של אותה חיפוש.

3. לפי הנתונים שהיו בפני בית משפט השלום עשתה הנתבעת 1 - "פרופורציה" - שימוש בשיטת "Google Adwords" לצורך פרסומה באינטרנט והבאת גולשים לאתר שלה. משך תקופה של 16 חודשים רכשה הנתבעת 1 גם את מילות החיפוש "ד"ר קליין" (עמ' 5-6 לפסק הדין מושא הערעור). המשמעות היתה, אם כן, שמי שהקיש מילות חיפוש אלה ראה גם מודעה/קישור ממומן של הנתבעת 1.

אין מחלוקת שבתוצאות החיפוש הממומן הנדון לא נעשה שימוש במילים "ד"ר קליין". לפי תצהיר של סמנכ"ל הנתבעת 1, היו בתקופה הרלוונטית הנ"ל רק 245 הקלקות על הקישור הממומן שהוצע למחפשים בעקבות השימוש במילות החיפוש שבמחלוקת. עוד אין חולק על כך, שעם הגשת התובענה (31/7/07) הסירה הנתבעת 1 את שם התובע כקישור ממומן (סעיף 76 לפסק הדין). השופטת הבכירה המלומדת הביעה תמיהה מדוע לא קדם מכתב דרישה להגשת התובענה.

4. התובע טוען כי מכוח העוולה של גניבת עין, כהגדרתה בסעיף 1א לחוק עוולות מסחריות, תשנ"ט-1999, בשים לב להוראות סעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, תשנ"ב-1992, ועל פי סעיף 6(2) לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981, הוא זכאי לפיצוי בגין השימוש שנעשה בשמו, כמתואר.

5. מסקנת בית משפט השלום היתה שהתובע צודק "בדרישתו כי שמו הפרטי או צירופי שמו לא יופיעו בגדר פרסום מסחרי המהווה קישור ממומן, בלא ידיעתו והסכמתו", סעיף 65 לפסק הדין.

השופטת הבכירה המלומדת מצאה לנכון שלא לפסוק בהתאם לפסק הדין שניתן על ידי עמיתי השופט מגן אלטוביה ב-ה"פ (מח' ת"א) 506/06 מתאים



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 11-11-15667 פרופורציה פי.אם.סי בע"מ נ' ד"ר דב קליין  
ע"א 11.11.16965 גוגל ישראל, Google Inc, Google Ireland נ' ד"ר דב קליין  
29.07.2013

לי נ' קרייזי ליינ (31.07.2006). השופטת ציינה כי "בעל השם, התובע, גורס כי שמו הפרטי אינו מושא למילות מפתח לפרסום, ולפיכך, בנסיבות אשר בפני, גובר האינטרס של שמירה על זכות אדם להימנע מפרסום שמו ע"י אחרים, לשם פרסומת, בניגוד לרצונו, דבר המצוי בניגוד "לדין וכללי התנהגות סבירים", על האינטרס השיווקי ועל עקרון התחרות החופשית, שאף אליהם יש לשאוף" (עמ' 12, סעיף 72 לפסק הדין). השופטת ראתה בכך פגיעה בהוראות של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וכן בהוראות סעיף 2(6) לחוק הגנת הפרטיות.

6. השופטת קבעה פיצוי, על פי אמדן ותוך התחשבות בהוראות סעיף 29א לחוק הגנת הפרטיות, המאפשר פיצוי ללא הוכחת נזק, בסכום של 50,000 ₪ למועד הגשת התביעה. עוד חויבו הנתבעות לשלם הוצאות משפט וכן שכר טרחת עו"ד בסך של 10,000 ₪ בתוספת מע"מ, ליום מתן פסק הדין.

### דיון והכרעה

7. הנתבעת 1 מזה והנתבעות 2, 3 ו-4 מזה, ערערו על הטלת אחריות עליהן בפסק דינו של בית משפט השלום. התובע הגיש ערעור שכנגד בתיק 16965-11-11. טענתו היא, שיש להגדיל את סכום הפיצוי שנפסק לסך של 300,000 ₪ למועד הגשת התביעה, וכן לפסוק הוצאות ושכר טרחת עו"ד, בהתאם.

8. במועד שמיעת הערעור (02/07/12) התברר, כי אין מחלוקת בין בעלי הדין באשר לתשתית העובדתית הרלוונטית, דהיינו, ששמו של התובע נרכש כמילות קישור, אך שלא נעשה שימוש בשם זה בתוצאה שהתקבלה כמודעה/קישור ממומן. יש, אפוא, במובן זה, משום חוסר דיוק בנתונים המצוינים בפסק הדין של בית משפט השלום. לא נעשה פרסום של שמו של התובע על ידי אחרים (ראו הקטע מסעיף 72 שצוטט לעיל) ולכן, גם אין רלוונטיות לדוגמאות המצוטטות בסעיף 73 לפסק הדין, העוסקות במקרים של הופעת שם של דמות ידועה ליד אתר של גוף מתחרה. שמו של התובע לא



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 11-11-15667 פרופורציה פי.אם.סי בע"מ נ' ד"ר דב קליין  
ע"א 11.11.16965 גוגל ישראל, Google Inc, Google Ireland נ' ד"ר דב קליין  
29.07.2013

הופיע כמודעה, או בכל דרך אחרת, ליד אתר הנתבעת. השימוש שנעשה על ידי הנתבעת 1 בשמו של התובע היה בכך שבעקבות רכישת השם כמילת קישור (keyword) הופיע קישור ממומן/מודעה של הנתבעת 1 בתוצאות החיפוש.

השאלה הקצרה שבפניי היא – האם זכאי התובע למנוע את רכישת שמו כמילת חיפוש.

### פסה"ד בעניין מתאים לי

9. מבצע החיפוש ב"גוגל" הוא זה שמקליד מילים שונות לחיפוש, ואם מילים אלה נרכשו כמילות חיפוש על ידי מפרסמים שונים, הרי תופיע מודעה ו/או קישור ממומן בצד תוצאות החיפוש ה- 'טבעיות'.

בפני בית משפט השלום היה פסק הדין בעניין **מתאים לי**, ה"פ (מח' ת"א) 506/06 **מתאים לי רשת חנויות אופנה למידות גדולות נ' קרייזי ליין**, פסקים (מ' תשס"ד (2) 702, 711 (2006)), שלא ראה פסול בשימוש במילת מפתח, אפילו זו מהווה סימן מסחר או כינוי מוכר של מתחרה. השוני היחיד במקרה הנוכחי הוא בכך, שמילת המפתח או מילות החיפוש הן שם של התובע. בית משפט השלום לא הסביר מדוע די בשוני זה כדי להצדיק סטייה מההלכה שנקבעה בעניין **מתאים לי**. התובע לא חלק על כך ששמו הפך לידוע, כאשר הוא עושה שימוש בשם כדי לזהות את עסקו- מתן שירותים בתחום הכירורגיה הפלסטית. שמו של התובע הוא, אם כן, חלק מעסקו המסחרי ובמובן זה אין שוני בין שימוש בשם או בשימוש בסימן המסחר. די בכך כדי לחייב את המסקנה, שלא היה מקום לכך שבית משפט השלום יפסוק בניגוד להלכה שנקבעה בבית משפט זה.

יודגש, כי לאחר הדיון בערעורים הנוכחיים פסק עמיתי השופט הבכיר יהודה פרגו ב-ת"א (מח' ת"א) 1147/09 **ד"ר רוני מוסקונה נ' פרופורציה פי.אם.סי** (11.09.12) בהתאם לפסק-הדין בעניין **מתאים לי**, גם כן בעניינו של כירורג/מנתח פלסטי שטען לפגיעה בפרטיותו בשל כך שהנתבעות שם רכשו את שמו כמילת מפתח במערכת המודעות של מנוע החיפוש גוגל.



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 11-11-15667 פרופורציה פי.אם.סי בע"מ נ' ד"ר דב קליין  
ע"א 11.11.16965 גוגל ישראל, Google Inc., Google Ireland נ' ד"ר דב קליין  
29.07.2013

בניגוד לסברתה של השופטת המלומדת בענייננו, לא נעשה, כאמור, במקרה הנוכחי שימוש בשמו של התובע לצרכי פרסום. הנתבעת 1 רכשה את שמו של התובע כ"מילת מפתח", באופן המאפשר לה להציג מודעת פרסום כאשר פלוני מחפש את שמו של התובע. המודעה עצמה אינה מטעה, אינה כוללת את שמו של התובע ואינה מציינת כל מידע הקשור אליו. תוצאת החיפוש, אותה רואה המחפש לאחר הקשת המילים שבמחלוקת, אינה מטעה, אינה מעוררת חשש של הטעיה ואף בית-משפט השלום לא קבע כל ממצא לחובת המערערים בהקשר זה. הן לפי ההלכה שנפסקה בעניין **מתאים לי** והן לפי חלק הארי של הפסיקה שניתנה בעניין זה בעולם הרחב, אין פסול בשימוש מעין זה על ידי מתחרה מסחרי של התובע.

### משפט משווה

### אנגליה ואירופה

10. בפסק-הדין שניתן ב-21 במאי 2013 בעניין:

**Interflora v. Marks and Spencer** [2013] EWHC 1291 (Ch)

<http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/Ch/2013/1291.html&query=google+and+adwords&method=boolean>

דן Arnold J (כשופט הדן בדרך כלל בשנים האחרונות בענייני קניין רוחני בChancery Division) באפשרות של בעלים של סימן מסחר ידוע למנוע ממתחרה, Marks and Spencer, ידוע לא פחות, לעשות שימוש בסימן הידוע כמילת מפתח. בפסק-דין רחב היקף הסוקר את הפסיקה הקיימת באנגליה ובאיחוד האירופי EUCJ, מגיע השופט הנכבד למסקנה לחובת המפרסם/רוכש מילת הקישור בשל נסיבות עובדתיות הקשורות בפרסום שנעשה במקרה הקונקרטי שנדון בפניו, דהיינו השופט בחן את התוצאה המתקבלת בעקבות חיפוש שנעשה על בסיס מילת המפתח שנרכשה, ובאיזו מידה היה בתוצאה זו כדי לעורר אפשרות של טעות או חשש לבילבול אפשרי אצל המחפש. נסיבות עובדתיות מעין אלה אינן מתקיימות בענייננו.



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 11-11-15667 פרופורציה פי.אם.סי בע"מ נ' ד"ר דב קליין  
ע"א 11.11.16965 גוגל ישראל, Google Inc., Google Ireland נ' ד"ר דב קליין  
29.07.2013

11. בפסק-דינו (סעיף 231) מצטט Arnold J דברים שכתב, באותה פרשה שנדונה בפניו, בית-המשפט האירופי באשר למחפש הסביר במנוע החיפוש/ הצרכן הממוצע, היפים גם לענייננו :

"231. It can be seen that the Court of Justice referred at [84] to "normally informed and reasonably attentive internet users". In *Interflora* (CJEU, Case C-323/09 given on 22 September 2011 [2011] ECR I-0000, [2012] ETMR 1 ) the Court referred to "reasonably well-informed and reasonably observant internet users", which may just be a difference in translation. Be that as it may, it is clear that, in the context of these keyword advertising cases, the "average consumer" and the "reasonably well-informed and reasonably observant internet user" are one and the same."

12. בסעיפים 242-244 לפסק-דינו מבהיר השופט, בעקבות פסיקה של בית- המשפט האירופי, את הבסיס להכרעה בשאלה של אפשרות הטעייה כתוצאה מפעילות החיפוש, כאשר הקביעה היא כי בבחינת התוצאה מדובר בקביעה של בית- המשפט של המדינה הקובע את התשתית העובדתית הרליבנטית :

242 ... In Case C-278/08 *Die BergSpechte Outdoor Reisen und Alpinschule Edi Koblm.ller GmbH v Guni* [2010] ECR I-2517 the claimant was the proprietor of a figurative trade mark containing the words "BergSpechte Outdoor-Reisen und Alpinschule Edi Koblm.ller" which was registered in respect of, among other things, "training" and "sporting activities". The second defendant was a competitor of the claimant. Both parties were in the business of organising trekking, adventure tours and mountain expeditions. The claimant discovered that the defendant's sponsored links were appearing when users searched on Google for "bergspechte" and "edi koblm.ller" and brought proceedings....

...

ובהמשך מובאים דברים שכתב בית המשפט האירופי בפרשה אחרת

*Google France:*

...

"38. The risk that the public might believe that the goods or services in question come from the same undertaking or, as the case may be, from economically-linked undertakings, constitutes a likelihood of confusion (see, inter alia, Case C-342/97 *Lloyd Schuhfabrik Meyer* [1999] ECR I-3819, paragraph 17; Case C-120/04 *Medion* [2005] ECR I-8551, paragraph 26; and Case C-102/07 *adidas and adidas Benelux* [2008] ECR I-2439 ,



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 11-11-15667 פרופורציה פי.אם.סי בע"מ נ' ד"ר דב קליין  
ע"א 11.11.16965 גוגל ישראל, Google Inc., Google Ireland נ' ד"ר דב קליין  
29.07.2013

paragraph 28).

“39 . . . it will be for the national court to hold whether there is a likelihood of confusion when internet users are shown, on the basis of a keyword similar to a mark, a third party’s ad which does not enable normally informed and reasonably attentive internet users, or enable them only with difficulty, to ascertain whether the goods or services referred to by the ad originate from the proprietor of the trade mark or an undertaking economically connected to it or, on the contrary, originate from a third party .”

(הדגשה הוספה).

בסעיף 267 לפסק-הדין מסכם השופט ארנולד את ההלכה בדברים אלה :

“267. . . . I consider that the case law establishes the following principles :

i) The origin function of a trade mark is adversely affected by keyword advertising triggered by the trade mark if the advertisement does not enable reasonably well-informed and reasonably observant internet users, or enables them only with difficulty, to ascertain whether the advertised goods or services originate from the trade mark proprietor (or an economically-connected undertaking) or from a third party .

“ii) The onus lies upon the advertiser to ensure that the advertisement does enable such users to ascertain this without difficulty and hence that there is no real risk of such users being confused .

“iii) It is not sufficient to establish an adverse effect that some internet users may have difficulty in grasping that the advertised goods or services are independent of the trade mark proprietor. Confusion on the part of ill-informed or unobservant internet users must be discounted .

“iv) If the advertisement causes a significant section of the relevant class of persons wrongly to believe that the advertised goods or services are connected to the trade mark proprietor, that does establish an adverse effect. Thus there is no single meaning rule .

“v) In the context of the present case, it is relevant to consider whether the reasonably well-informed and reasonably observant internet user is aware that M & S’s flower delivery service is not part of the Interflora network and, if not, whether M & S’s advertisements enable such a user to ascertain this.





## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 11-11-15667 פרופורציה פי.אם.סי בע"מ נ' ד"ר דב קליין  
ע"א 11.11.16965 גוגל ישראל, Google Inc., Google Ireland נ' ד"ר דב קליין  
29.07.2013

הסיכום האמור מייחס, איפא, חשיבות רבה לרושם המתקבל אצל המחפש, בעקבות חיפוש המבוסס על מילת המפתח שבמחלוקת. השאלה, שבעובדה, היא האם התוצאה המתקבלת עלולה להביא למחשבה, אצל מחפש ממוצע, שקיים קשר בין הבעלים של הסימן הידוע לבין מפרסם המודעה. האם מפרסם המודעה עשה שימוש בטכסט שיש בו כדי למנוע אפשרות של טעות או בלבול.

13. פסק הדין האחרון בעניין **Interflora** מזכיר גם (סעיף 285) פסיקה של בית-

המשפט העליון של גרמניה Bundesgerichtshof בעניין **Bananabay II**

Case C-91/09 Eis.de GmbH v BBY Vertriebsgesellschaft mbH, I ZR 125/07,  
[2010]ECR I-43

<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288&nr=56922&pos=1&anz=650>

ובענין **MOST-Pralinen**, I ZR 217/10, Bundesgerichtshof, 13 December 2012

<http://medien-internet-und-recht.de/pdf/VT-MIR-2013-Dok-012.pdf>

שני פסקי-דין אלה מצייגים גישה מקילה יותר לנושא של הערכאה השיפוטית הגבוהה של גרמניה ולפיה אין השפעה שלילית על סימן המסחר הידוע או על היותו מסמן מקור מסויים, כאשר המודעה מופיעה באופן מאובחן וברור משאר התוצאות וכאשר המודעה עצמה אינה כוללת ציון של סימן המסחר או איזכור כלשהו של הבעלים של סימן המסחר או השירותים המוצעים על-ידי הבעלים של סימן המסחר.

### ארה"ב

14. הנושא נדון בארה"ב בפסק-הדין בעניין

**Rosetta Stone Ltd v. Google Inc.**, 2012 U S App. Lexis 7082 (4<sup>th</sup> Cir. Apr. 9, 2012)  
שם נדונה תביעה של יצרן תוכנה שטען כי העובדה שמנוע החיפוש מתיר רכישה של סימני המסחר שלו כמילות מפתח מביא לכך שמשווקים של תוכנה המפירה את זכויות היוצרים של התובעת גורמים להטעייה של ציבור הלקוחות באשר למקור



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 11-11-15667 פרופורציה פי.אם.סי בע"מ נ' ד"ר דב קליין  
ע"א 11.11.16965 גוגל ישראל, Google Inc., Google Ireland נ' ד"ר דב קליין  
29.07.2013

התוכנה המוצעת. בית-המשפט ראה, איפא, בבחינה של התוצאה המוצגת בפני עורך החיפוש כמכריעה מבחינת שאלת הפרת זכות היוצרים. ראו גם:

**1-800 Contacts, Inc. v. Lens.com, Inc.**, 2013 WL 3665627 (10<sup>th</sup> Cir. July 16, 2013)

15. בא-כוחה המלומד של הנתבעת 1 ציטט, בתמיכה לעמדתו בערעורים, פסק-

דין ממדינת Wisconsin של השופט Charles F. Kahn, Jr בעניין

**Habush v. Cannon** Milwaukee County Circuit Court, case 09-cv-18149

בית-המשפט באותו עניין, דחה תביעה של משרד עורכי-דין כנגד עורך-דין מתחרה שעשה שימוש בשם של עורכי-הדין במשרד הידוע, כמילת חיפוש, באופן שהמחפש ראה בדף התוצאות מודעה/קישור ממומן של עורך-הדין המתחרה.

לאחרונה החליטה ערכאת הערעור באותה מדינה לדחות את הערעור:

**Habush v. Cannon**, 2013 WL 627251 (Wisc. App. Ct. Feb. 21, 2013)

Lundsten, P.J, שכתב את פסק-דינה של ערכאת הערעור, הגיע לכלל מסקנה שהחוק החרות של המדינה המגן על פרטיות אינו מונע שימוש בשמו של אדם כמילת מפתח במנוע חיפוש.

### אוסטרליה

16. בית-המשפט העליון של אוסטרליה דן בנושא בעניין

**Google Inc v Australian Competition and Consumer Commission** [2013] HCA 1  
(6 February 2013) <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/2013/1.html>

בית-המשפט לא ראה פסול בעצם פעילות מנוע החיפוש במכירת מילות מפתח וקבע כי הטלת אחריות על המפרסמים, רוכשי מילות החיפוש, מותנית בשאלה אם תוצאת הפעילות גרמה להטעיית הצרכן.

בית המשפט סיכם את דבריו, באשר להיקף האחריות של מנוע החיפוש, במילים אלה:

“67. It is axiomatic that the Google search engine operates by the mechanism that users' search requests are framed as search terms chosen by the user for the purpose of generating organic search results. What every advertiser seeks to achieve by use of the AdWords program is that its



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 11-11-15667 פרופורציה פי.אם.סי בע"מ נ' ד"ר דב קליין  
ע"א 11.11.16965 גוגל ישראל, Google Inc., Google Ireland נ' ד"ר דב קליין  
29.07.2013

sponsored links will be triggered by search terms entered by a user (corresponding to keywords chosen by the advertiser) which indicate that the user may have an interest in the advertiser's products or services. Google has no control over a user's choice of search terms or an advertiser's choice of keywords<sup>[60]</sup>.

68. .... It is critical to appreciate that, even with the facility of keyword insertion, the advertiser is the author of the sponsored link. ... each relevant aspect of a sponsored link is determined by the advertiser. The automated response which the Google search engine makes to a user's search request by displaying a sponsored link is wholly determined by the keywords and other content of the sponsored link which the advertiser has chosen. Google does not create, in any authorial sense, the sponsored links that it publishes or displays.

69. That the display of sponsored links (together with organic search results) can be described as Google's response to a user's request for information does not render Google the maker, author, creator or originator of the information in a sponsored link. The technology which lies behind the display of a sponsored link merely assembles information provided by others for the purpose of displaying advertisements directed to users of the Google search engine in their capacity as consumers of products and services. In this sense, Google is not relevantly different from other intermediaries, such as newspaper publishers (whether in print or online) or broadcasters (whether radio, television or online), who publish, display or broadcast the advertisements of others. The fact that the provision of information via the internet will – because of the nature of the internet – necessarily involve a response to a request made by an internet user does not, without more, disturb the analogy between Google and other intermediaries. To the extent that it displays sponsored links, the Google search engine is only a means of communication between advertisers and consumers.

70. The primary judge's findings about the way in which ordinary and reasonable users of the Google search engine would understand the sponsored links were not disturbed in the Full Court. These findings – that ordinary and reasonable users would have understood the sponsored links to be statements made by advertisers which Google had not endorsed, and was merely passing on for what they were worth – were plainly correct. They also support the conclusion reached above. On its face, each sponsored link indicates that its source is not Google, but an advertiser. The heading "Sponsored Links" appears above both top left sponsored links and right side sponsored links, and the URL of the advertiser, appearing within each sponsored link, clearly indicates its source. Ordinary and reasonable users of the Google search engine would have understood that the sponsored links were created by advertisers. Such users would also have understood that representations made



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 11-11-15667 פרופורציה פי.אם.סי בע"מ נ' ד"ר דב קליין  
ע"א 11.11.16965 גוגל ישראל, Google Inc., Google Ireland נ' ד"ר דב קליין  
29.07.2013

by the sponsored links were those of the advertisers, and were not adopted or endorsed by Google."

### מסקנות לענייננו

17. אינני רואה הבדל בין שימוש שנעשה במקרה הנוכחי לבין מקרים בהם פלוני בוחר לפתוח עסק מסחרי מתחרה בסמוך למקום בו הוא קיים כבר עסק מצליח באותו תחום, וכאשר ההצלחה באה בעקבות השקעה בעבר של הסוחר הראשון במקום, בפיתוח הסביבה. או שפלוני פועל לקידום עסקו במקום בו קיים ריכוז של לקוחות פוטנציאליים או ציבור גדול אחר, כאשר הציבור התאסף בשל קיום פעילות מסחרית המתחרה בפלוני או שאינה קשורה בו (למשל: משחק כדורגל, מופע כלשהו וכיו"ב).

בעידן הדפוס והנייר לא נמצא פסול במפרסם, שביקש למקם מודעות בסמוך לדיווח על נושאים חדשותיים כאלה ואחרים, באו בסמוך למודעות של אחרים/ מתחרים שלו הידועים בציבור הרבה יותר ממנו. באותה מידה, גם לא נמצא פסול במפרסם המבקש למקם מודעות במדורים המתייחסים לנושאים מסוימים בכתב עת או בעיתון. דוגמא אחרת, שנוהגים להצביע עליה בהקשר הנוכחי, היא של יצרן חדש של מוצר פלוני (למשל: גבינת קוטג') המבקש למקם, במרכול הגדול, את מוצרו דווקא בסמוך למוצר הדומה והידוע של מתחרה ותיק ובעל מוניטין. האם רשאי היצרן הוותיק והידוע לטעון, שקהל הלקוחות רואה את המתחרה החדש והלא מוכר, רק מכיוון, שהציבור מגיע בהמוניו למקום במדף בו נמצא המוצר המוכר היטב?

18. התובע עושה שימוש בשמו לקידום עסקו המסחרי. מכל היבט מעשי, שימוש זה דומה לשימוש בסימן מסחר. השימוש הנעשה על ידי מנוע חיפוש "גוגל" מאפשר למתחרים של התובע, ולא רק להם, לפרסם מודעות, שיובאו לתשומת הלב של מי שמחפש במנוע החיפוש את שמו של התובע. ציון סימן מסחר, או שם עסק, או שמו של אדם המתאר את עסקו המסחרי, - כ"מילת מפתח", אין בו, כשלעצמו כדי לפגוע בזכויותיו של הבעלים של סימן המסחר, שם העסק או השם. כדי לבסס עילת תביעה היה על התובע להראות מעשה נוסף מצד מי מהנתבעים. פעילות נוספת כזו, לא נטענה ולא הוכחה.



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 11-11-15667 פרופורציה פי.אם.סי בע"מ נ' ד"ר דב קליין  
ע"א 11.11.16965 גוגל ישראל, Google Inc, Google Ireland נ' ד"ר דב קליין  
29.07.2013

מסקנתי היא, ש"שימוש אמת" בסימן מסחר, דהיינו, שימוש שבו סימן המסחר מהווה רק קיצור דרך כדי להצביע על מוצר או שירות פלוני, אין בהם פסול. השימוש שעושה מחפש במנוע חיפוש "מילת מפתח" אינו פסול, ואינני רואה מדוע שימוש של מתחרה בדף התוצאות של החיפוש כדי לפרסם שם בצורה מאובחנת מודעה, או קישור ממומן, הינם פסולים.

19. בכתב התביעה המתוקן שהגיש התובע ביום 19.5.09, הוא טען בקיצור נמרץ "כי השימוש שעושים הנתבעים בשמו מהווים פגיעה בזכויות יוצרים ו/או הפרת סימני מסחר ו/או עוולה מסחרית לפי סעיף 3 לחוק עוולות מסחריות ו/או גזל ו/או עשית עושר ולא במשפט ו/או גניבת עין ו/או הפרת חובה חקוקה" (שם, סעיף 7). במועד שמיעת הערעור הסכים, למעשה ב"כ התובע, כי אין בידי התובע עילת תביעה מוכרת מכוח דיני הקניין הרוחני דהיינו, דיני זכות יוצרים, סימני מסחר או בהתאם לעוולה של גניבת עין. ב"כ התובע טען כי ראוי להכיר, במקרה הנדון, בעילת תביעה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. חרף שאלותיי, לא הציג ב"כ התובע אסמכתא כלשהי לביסוס עמדתו.

20. בפסק-הדין המנחה בדיני עשיית עושר ולא במשפט, ובנושא היחס בין דינים אלה לחוק החרות בתחום הקניין הרוחני, רע"א 5768/94, 5614 / 95, 993 / 96 א.ש.י.ר. **יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה** פ"ד נב(4) 289 (23.9.1998) צויין, כי תנאי לחיוב מכוח העוולה הנדונה הוא שהתעשרותו של הזוכה-הנתבע תהיה "שלא על פי זכות שבדין" וכי תנאי לקיומה של זכות להשבה הוא שלהעתקה או לחיקוי יתווסף "יסוד נוסף" בעל מטען ערכי שלילי (שם, עמ' 1450-ג449). הנשיא א' ברק ציין, כי יש לבחון אם פעולת החיקוי או ההעתקה נעשו תוך הפרת עקרון תום הלב האוביקטיבי ואם החיקוי או ההעתקה נעשו בנסיבות של תחרות בלתי הוגנת (שם, עמ' 450 ב'ג'). אני סבור (כפי שגם כתבתי בעבר ב-ע"א (מח' ת"א) 32268.03.12 **מרדכי רזמרד נ' שחר אשר** (21.01.13), סעי' 8-9; בערעור: רע"א 1451/13), כי ניתן להחיל בענייננו את הדרישה ל"יסוד נוסף", הגם שלא מדובר בחיקוי או בהעתקה של מוצר של המשיב, אלא, לפי טענתו של המשיב,



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 11-11-15667 פרופורציה פי.אם.סי בע"מ נ' ד"ר דב קליין  
ע"א 11.11.16965 גוגל ישראל, Google Inc., Google Ireland נ' ד"ר דב קליין  
29.07.2013

בשימוש בשמו, המשמש אותו גם לצרכי עסק, כ"מילת מפתח" למנוע חיפוש. לא היתה ראייה בפני בית-משפט השלום המתארת את נורמות ההתנהגות בתחום העסקי הספציפי. בענייננו אין ראייה לקיומו של "יסוד נוסף" כמובנו בפסק-הדין בעניין א.ש.י.ר. ואין גם טענה לקיומו בכתב התביעה המתוקן של התובע. נטל השכנוע בהקשר זה מוטל על המשיב והוא לא נשא בו.

21. בפסק-הדין הידוע של בית-המשפט העליון של ארה"ב בעניין

Feist Publications v. Rural Telephone 499 U S 340, 113 L Ed 2d 358 (1991)

<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=499&invol=340>

נדון עניינו של מערער שהעתיק מידע, לצורך עסקו – פרסום ספרי טלפון לפי סיווג עסקם של הלקוחות (מעין "דפי זהב") – מפרסום של המשיב-התובע. בית-המשפט קבע (פה אחד, בפסק-דין של השופטת S D O'Connor), כי התובע אינו זכאי לזכות יוצרים במדריך שפרסם ולכן התביעה נגד המעתיק נדחתה. בית-המשפט לא הסתפק, איפא, ביתרון כלכלי שצמח למעתיק, לצורך קבלת תביעה נגדו, במקרה שהתובע לא הצליח להצביע על זכות חוקית מוכרת שהופרה.

אני סבור, שבעל דין המבקש סעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, חייב בהבאת הביסוס העובדתי הרלוונטי בכתב הטענות מטעמו. בכלל זאת, חייב בעל הדין בהצגת הביסוס העובדתי המראה קיום "יסוד נוסף" כפי שפורש בפסק הדין בעניין אשיר. כל זה לא קיים במקרה הנוכחי.

22. השופטת הבכירה המלומדת ביססה את מסקנתה לזכות התובע על הקביעה שהתובע זכאי לכך ששמו "לא יופיע בגדר פרסום מסחרי המהווה קישור ממומן" (פסק הדין סעיף 65). שמו של התובע אינו מופיע בפרסום של הנתבעת 1.

23. אין קשר בין ההגנה על כבוד האדם, על פרטיות וצנעת חייו של אדם בהתאם לחוק יסוד: "כבוד האדם וחירותו" לבין שימוש בשם שהפך לשם מסחרי, כפי המקרה הנוכחי. הנתבעות אינן מפרסמות את שמו של התובע. השימוש שנעשה על



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 11-11-15667 פרופורציה פי.אם.סי בע"מ נ' ד"ר דב קליין  
ע"א 11.11.16965 גוגל ישראל, Google Inc, Google Ireland נ' ד"ר דב קליין  
29.07.2013

ידי מחפש שם זה, אינו פוגע בפרטיותו של התובע, והשימוש בשם "כמילת מפתח", אינו מהווה פגיעה בפרטיות לפי סעיף 2(6) [לחוק הגנת הפרטיות](#), התשמ"א-1981. כפי שהראה השופט א. ריבלין בפסק הדין המפורט בעניין [אריאל מקדונלד](#), ע"א 8483/02 [אלוניאל בע"מ נ' אריאל מקדונלד](#) (30.3.2004, סעיף 27), הרי כאשר אדם ממסחר את שמו (כפי המקרה גם בענייננו), לא יוכל לצפות להגנה בדרך הזכות לפרטיות.

### סעד

24. אני מקבל את הערעור ומבטל את פסק הדין מיום 18.9.11. תביעת התובע נדחית. אני מחייב את התובע לשלם למערערות את הוצאות המשפט, בשתי הדרגות בצירוף ריבית והפרשי הצמדה מיום הוצאתו בפועל של כל פריט, וכן בנוסף, שכר טרחת עו"ד בסך 28,000 ₪ למערערות בתיק 11-11-15667, וסכום זהה למערערות בתיק 11-11-16965. ככל ששולמו כספים על ידי המערערות בשני התיקים לתובע מכוח פסק הדין מושא הערעור, הרי יוחזרו אלה למשלמות בצירוף ריבית והפרשי הצמדה ממועד התשלום ועד מועד החזר המלא בפועל. העירבון בכל אחד מתיקי הערעור הנ"ל יוחזר למערערות באמצעות בא כוחן. העירבון בערעור שכנגד (כולל פירות) יועבר על ידי [המזכירות](#) למערערות בתיק ע"א 11-11-15965 באמצעות בא כוחן, על חשבון החיובים שנקבעו כאן.

ניתן והודע היום כ"ב אב תשע"ג 29 יולי 2013, בהעדר.