

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 8483/02

וערעור שכנגד

בפני :
כבוד השופט א' ריבלין
כבוד השופטת מ' נאור
כבוד השופט ס' ג'ובראן

המערערות
והמשיבות שכנגד :
1. אלוניאל בע"מ
2. שידורי קשת בע"מ
3. רשת חברת תקשורת והפקות (1992) בע"מ
4. טלעד אולפני ירושלים בע"מ

נגד

המשיב
והמערער שכנגד :
אריאל מקדונלד

ערעור וערעור שכנגד על פסק-דינו של בית המשפט
המחוזי בתל-אביב-יפו מיום 1.7.2002 בתיק א'
2578/00 שניתן על ידי כבוד השופטת רות
שטרנברג-אליעז

תאריך הישיבה :
כ"ז בתמוז תשס"ד (27.7.2003)
בשם המערערות
והמשיבות שכנגד :
עו"ד מיכאל שחור, עו"ד אלינור רוזן

בשם המשיב
והמערער שכנגד :
עו"ד יוסף גייר

פסק-דין

השופט א' ריבלין:

מאבק פרסומי בין שתי רשתות של מסעדות מזון מהיר, מעלה לדיון מספר נושאים משפטיים, המעוררים, מצידם, שתי שאלות, אשר טרם הוכרעו במשפטנו: האחת - גבולות המותר בכל הנוגע לשימוש שעושה אדם בשמו, והזהה לסימן מסחר של אחר, כשמהשימוש נעדרת סכנת הטעייה, והאחרת - זכותו הכלכלית של אדם בשמו ובתדמיתו.

1. המשיב, אריאל מקדונלד (להלן – וכדי להבחין בינו לבין המערערת 1: אריאל), אזרח של ארצות הברית, היה שחקן זר באחת מקבוצות ליגת העל הישראלית בכדורסל – מכבי תל אביב. המערערת 1, חברת אלוניאל בע"מ, היא הזכיינית הישראלית של רשת המזון המהיר העולמית "מקדונלד'ס" (להלן: מקדונלד'ס). מתחרה מסורתית במקדונלד'ס היא רשת המזון העולמית "ברגר קינג", ובין השתיים ניטש מאבק מתמשך על חיכם של חובבי המזון המהיר בארץ ובעולם.

ביום 17.5.2000 התקשר אריאל בחוזה פרסום עם חברת ריקמור בע"מ, אז זכיינית רשת מסעדות המזון המהיר "ברגר קינג" בישראל (להלן: ברגר קינג). בהתאם לחוזה הפרסום, הופק ועלה לשידור בערוץ 2 של הטלוויזיה, ביום 12.6.2000, תשדיר פרסומת מטעמה של ברגר קינג בכיכובו של אריאל (להלן: סרטון הפרסומת מטעם ברגר קינג או התשדיר מטעם ברגר קינג).



"McDonald 1
cinepak.avi"

בסרטון הפרסומת (ראו קובץ מצורף בגרסת האינטרנט), נראה אריאל, הלבוש בגופיית משחק, כשהוא מגיע לסניף של רשת המסעדות "ברגר קינג", בשעה שהמסעדה סגורה. עובדת המסעדה מסרבת לפתוח את הדלת בפניו. אריאל אינו מוותר, הוא מקיש בדלת, וקורא: "It's me, McDonald". לאחר מכן, הוא מסתובב, ומראה לעובדת את השם המודפס על חלקה האחורי של גופייתו: "McDONALD". העובדת ממשיכה למאן לפתוח את הדלת, ורומזת לאריאל שעליו לפשוט את גופייתו. כך הוא עושה. משעשה כן, פותחת העובדת בפניו את דלת המסעדה, והוא תוחב לידה את הגופייה. ב"סצינה" הבאה של הסרטון נראה אריאל כשהוא מתיישב במסעדה לשולחן שעליו מונחת ארוחה של ברגר קינג. עתה, הוא עוטה על גופו חולצה שעליה מודפס סימנה המסחרי של "ברגר קינג". בשלב זה פונה אריאל למצלמה, בעברית, ואומר: "תקשיבו למקדונלד – רק ברגר קינג" (את הסרטון מסיים הזמריר (בלעז – jingle) אשר שימש את ברגר קינג במסעות הפרסום שלה).

אנשי מקדונלד'ס החליטו להגיב לפרסומת זו, בתשדיר פרסומת משלהם. הסרטון שהופק עבורם (להלן: סרטון הפרסומת מטעם מקדונלד'ס או התשדיר מטעם

מקדונלד'ס), עלה לאוויר, בערוץ 2, כבר ביום 13.6.2000 – יום למחרת הקרנת הבכורה של סרטון הפרסומת מטעם ברגר קינג. סרטון הפרסומת מטעם מקדונלד'ס התבסס, רובו ככולו, על ראיון שהעניק אותו אריאל לאחת מכתבות העיתון "תל אביב". בתשדיר של מקדונלד'ס (ראו קובץ מצורף בגרסת האינטרנט), מקריא קריין את הטקסט הבא, המופיע על המסך באותיות לבנות גדולות על רקע אדום:



"McDonald 2
cinepack.avi"

"היכן אוכל אריאל מקדונלד?"
 "ב-12.5.2000 בעיתון "תל אביב", התפרסמה הכתבה
 הזאת:"
 (הקטע הבא מופיע כגזיר עיתון) "אריאל מקדונלד
 אוהב את החיים בתל אביב. הוא אוכל מקדונלד'ס."
 (המילים הבאות מוקראות על ידי הקריין מבלי שיופיעו
 בכיתוב שעל המסך) "ועוד בכתבה":
 (הקטע הבא מופיע כגזיר עיתון) "ניחשתם נכון, הוא
 מעדיף מקדונלד'ס" (הסרטון מסתיים בזמרי של
 מקדונלד'ס).

ביום 14.6.2000, בעקבות פרסום סרטון הפרסומת מטעם מקדונלד'ס, פנה אריאל במכתבים למקדונלד'ס, למערערות 2 עד 4, שהן זכייניות ערוץ 2 (להלן: הזכייניות) וליושב ראש הרשות השנייה לרדיו ולטלוויזיה, בדרישה שיפסיקו את שידור הפרסומת מטעם מקדונלד'ס, בשל שנעשה בה שימוש בשמו, מבלי שנתן לכך את הסכמתו. המערערות סירבו לדרישה, והקרנת סרטון הפרסומת נמשכה, עד ליום 20.6.2000, בו הופסק שידורו בלא קשר לעמדתו של אריאל. תשדיר הפרסומת מטעם ברגר קינג המשיך להיות משודר עד ליום 30.6.2000.

2. ביום 25.6.2000 הגיש אריאל תביעה לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו כנגד המערערות, ובמקביל ביקש את בית המשפט ליתן צו מניעה זמני האוסר על הזכייניות את המשך שידור סרטון הפרסומת מטעם מקדונלד'ס. צו כזה אכן ניתן (בלא התנגדות) ביום 27.6.2000, למרות שהקרנת התשדיר מטעם מקדונלד'ס הופסקה כבר כשבוע לפני כן. בתביעתו, טען אריאל כי המערערות פגעו בזכותו לפרטיות, גרמו נזק למוניטין שלו, ביצעו כלפיו מעשה העולה לכדי העוולה של גרם הפרת חוזה, וכי בפעולותיהן עשו עושר ולא במשפט. מקדונלד'ס, מצידה, הגישה לבית המשפט תביעה שכנגד, בה טענה כי סרטון הפרסומת שעשה אריאל בעבור ברגר קינג - יש בו משום הפרת סימן מסחר רשום, פגיעה במוניטין, עוולת שקר מפגיע, עוולת תיאור כוזב,

ועשיית עושר ולא במשפט. בית המשפט המחוזי קיבל את תביעת אריאל ודחה את התביעה שכנגד. כנגד פסק דין זה מכוונים הערעורים שבפנינו.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

3. בית המשפט מצא כי מקדונלד'ס פגעה בפרטיות של אריאל, בשל שטרטון הפרסומת מטעמה קיים את תנאיהן של שתיים מן החלופות, להגדרת פגיעה בפרטיות, המנויות בסעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הפרטיות) – זו שבסעיף משנה (6) וזו שבסעיף משנה (9). בית המשפט קבע כי בתשדירי הפרסומת מטעם מקדונלד'ס נעשה שימוש בשמו של אריאל, ומצא כי אין לקבל את טענת מקדונלד'ס כי שימוש זה נעשה שלא לשם רווח – כי אם לשם הגנה עצמית ומניעת הפסדים. בית המשפט קמא סבר כי הרגלי האכילה של אריאל אינם אלא ענייניו הפרטיים וכי המידע על ההרגלים האלה, נמסר על ידי אריאל בראיון עיתונאי שלא למטרות פרסומת או לשם הפקת רווחים. בית המשפט דחה את טענת מקדונלד'ס, כי משפורסמו דבריו אלה של אריאל הפכו הם לנחלת הכלל, ועל כן קבע כי הפרסומת מטעם מקדונלד'ס הייתה בגדר פגיעה בפרטיות.

באשר לזכייניות, קבע בית המשפט קמא כי בשל שתשדירי הפרסומת ששידרו היוו "דבר" שהושג תוך פגיעה בפרטיות, כפי שזו מוגדרת בסעיפים 2(6) ו-2(9), הרי שהן פגעו בפרטיותו של אריאל לאור הוראת סעיף 2(10) לחוק הגנת הפרטיות, הקובעת כי "פרסומו או מסירתו של דבר שהושג בדרך פגיעה בפרטיות לפי פסקאות (1) עד (7) או (9) הוא פגיעה בפרטיות.

משלא ניתנה הסכמתו של אריאל לתשדירי פרסומת מטעם מקדונלד'ס, כך פסק בית המשפט קמא, הרי שהפגיעה בפרטיות, שנתקימה לאור הוראות סעיפים 2(6), 2(9) ו-2(10), הייתה פגיעה אסורה בפרטיות, כמשמעותה בסעיף 1 לחוק, וזו עוולה אזרחית, כאמור בהוראת סעיף 4 לחוק.

בית המשפט קמא פסק כי לזכות המערערות לא עומדת אף לא אחת מן ההגנות המנויות בסעיף 18 לחוק הגנת הפרטיות. במערערות, אשר כולן היו מודעות לפגיעה שבפרסומת בפרטיות של אריאל, כך מצא בית המשפט, לא נתקיים תום הלב הנדרש כתנאי מקדמי לתחולתן של ההגנות. למעלה מהדרוש, כך הסביר, בחן בית המשפט ושלל את התקיימות נסיבותיהן של כל אחת מההגנות. נקבע כי הפרסומת מטעם ברגר קינג, הייתה פרסומת השוואתית, בשל השימוש החוזר ונשנה שנעשה בה בשם משפחתו

של אריאל, הדומה לשמה של מקדונלד'ס, ובכך מזכיר לצופים, בדרך של אסוציאציה, את מוצרי החברה המתחרה. הקרנת תשדירי הפרסומת ההשוואתית מטעם מתחרתה, כך נקבע, הטילה חובה מקצועית על מקדונלד'ס להגיב, על מנת להגן על "האינטרס האישי הכשר" שלה, בהתאם לנסיבות המנויות בסעיפים 18(2)(ב) ו-18(2)(ג) לחוק הגנת הפרטיות. ברם, כך סבר בית המשפט המחוזי, תגובתה של מקדונלד'ס – הפרסומת ששודרה מטעמה – לא הייתה מידתית, ופגיעתה בזכות הפרטיות של אריאל לא הייתה סבירה, ועל כן אין היא יכולה לחסות בצילן של ההגנות האמורות.

4. בית המשפט קמא מצא כי לזכותו של אריאל עמדו כנגד המערערות עילות תביעה נוספות פרט לזו הנוגעת לפגיעה בפרטיותו. נפסק כי הפרסומת מטעם מקדונלד'ס פגעה בקניינו של אריאל, ובכך הפרה את מצוות סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אולם כיוון שלא נתבע סעד כספי בעילה זו, לא נפסקו לאריאל בגינה פיצויים, אף שנקבע כי הפגיעה מצדיקה תרופה שכזו.

בית המשפט המחוזי מצא גם כי תשדירי הפרסומת מטעם מקדונלד'ס מהווים לשון הרע בשל שהם מציגים את אריאל כאדם לא אמין, המוכר את שירותיו, בה בעת, לשתי חברות מתחרות. תשדירי הפרסומת פגעו, כך סבר בית המשפט, בתדמיתו של אריאל בקרב ציבור המפרסמים בארץ. התנהגות מקדונלד'ס עמדה בניגוד להוראות סעיפים 1(2) ו-3(3) לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965 (להלן: חוק איסור לשון הרע), וחבותן של הזכייניות נגזרה מהוראת סעיף 11 לאותו החוק. כל זאת, למרות שבית המשפט ציין כי אריאל לא מנה מפורשות את עילת לשון הרע בכתב התביעה שהגיש וכי על כן נמנעו המערערות מלטעון להגנות המנויות בחוק זה.

העילה הרביעית בגינה החליט בית המשפט קמא לחוב את המערערות נסמכת על עוולת גרם הפרת חוזה. בית המשפט מצא כי התקיימו יסודותיה של העוולה כפי שהם מנויים בסעיף 62(א) לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: פקודת הנזיקין). בית המשפט קבע כי בהעלותן לשידור את סרטוני הפרסומת מטעם מקדונלד'ס גרמו המערערות, בודעין ובלא צידוק מספיק, להפרת חוזה מחייב שנכרת בין ברגר קינג לבין אריאל, חוזה אותו ביטלה, ברגר קינג, בהתאם לתנייה החוזית שהתירה לה לעשות כן, במקרה בו יבצע אריאל מעשה כלשהו הפוגע במוניטין שלה.

לבסוף, קבע בית המשפט כי לאריאל עומדת גם עילת תביעה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. זאת, בשל שהמערערות כולן הפיקו רווח משידור הפרסומת מטעם מקדונלד'ס, והתעשרותן זו נבעה ישירות מהשימוש בשמו של אריאל, והכל שלא על פי

דין, ואף בניגוד לדין. עם זאת, מצא בית המשפט המחוזי כי אין הצדקה, בנסיבות המקרה, לפסוק פיצוי נפרד בעילה זו, שכן חיוב המערערות בגין עשיית עושר ולא במשפט, בנוסף לחיובן על פי יתר עילות התביעה, יוביל לפיצוי יתר.

5. התביעה שכנגד, שהגישה מקדונלד'ס, נדחתה על ידי בית המשפט קמא, אשר מצא כי לא הופר סימן המסחר שלה. זאת, בשל שהשם "McDonald", כך על פי פסק הדין, "מזוהה בארץ עם [אריאל], ספורטאי מצטיין ואדם חביב על הבריות. הפופולריות שלו אינה קשורה לשמה של רשת 'מקדונלד'ס'". בית המשפט הוסיף כי סימן המסחר של ברגר קינג חזר והופיע לכל אורך סרטון הפרסומת בו השתתף אריאל, ולכן ברי היה לצופים כי היא המפרסמת. לפיכך, כך לפי פסק דינו של בית המשפט קמא, לא הייתה בפרסומת מטעם ברגר קינג משום סכנה להטעיית הצרכנים, וטענת הפרת סימן המסחר הרשום לא הוכחה. בית המשפט קבע עוד כי טענת מקדונלד'ס לפגיעה במוניטין אף היא לא הוכחה, וכי במקרה דנן לא מתקיימים יסודותיהן של עוולות השקר המפגיע (סעיף 58(א) לפקודת הנזיקין) והתיאור הכוזב (סעיף 2 לחוק העוולות המסחריות, התשנ"ט-1999 (להלן: חוק העוולות המסחריות)).

6. לאור מסקנותיו אלו, חייב בית המשפט קמא את המערערות, ביחד ולחוד, בתשלום פיצויים לאריאל. בגין הפגיעה בפרטיות ובגין הפגיעה שהוסבה לו כתוצאה מהוצאת לשון הרע, נפסקו לאריאל פיצויים בסך 300,000 ש"ח, זאת לאור הצורך ב"מדיניות מרחיבה של פסיקת פיצויים" המוכתבת על ידי "הקלות הבלתי נסבלת בהטלת דופי והעדר הרגישות לכבודו ופרטיותו של הזולת". בשל שבוצעה כלפיו עוולה של גרם הפרת חוזה, נפסקו לו, לאריאל, 77,000 דולר. 45,000 דולר מתוך הסכום הזה נפסקו לו כחלק מהתמורה החוזית שהובטחה לו מאת ברגר קינג ואשר לא הועברה אליו מחמת ביטול החוזה על ידי ברגר קינג. יתרת הסכום, נועדה לבטא את הסיכויים הטובים, לאור המקובל בשוק הפרסום, להארכת החוזה עם ברגר קינג – סיכויים, אשר אבדו לו, לאריאל, בעקבות ביטול החוזה.

טענות הצדדים

7. המערערות סבורות כי בית המשפט קמא שגה פעמיים: לראשונה, בשל שקיבל את תביעתו של אריאל, ובשנייה בשל שדחה את התביעה שכנגד שהגישה מקדונלד'ס. המערערות טוענות כי לא הייתה כלל פגיעה בפרטיותו של אריאל: משהפך אריאל את העדפותיו הקולינאריות לנחלת הכלל, בראיון שנתן לעיתון "תל אביב", אין עוד לומר כי בפרסום דבר העדפתו את רשת מקדונלד'ס הייתה פגיעה בענייניו הפרטיים. לשיטת

המערערות, ההבחנה שעשה בית המשפט, בין מטרת פרסום דברי אריאל בעיתון, לבין מטרת פרסומם של אותם דברים בתשדיר הפרסומת, הינה מלאכותית וחסרת נגיעה למקרה שבפנינו.

בכל מקרה, משוכנעות המערערות כי לא היה מקום למצוא אותן אחראיות לפגיעה בפרטיות של אריאל, בשל שעמדו לזכותן הגנות הקבועות בחוק הגנת הפרטיות. תשדיר הפרסומת מטעמה של מקדונלד'ס הוקרן, כך מסבירות המערערות, לשם הגנה על שמה של מקדונלד'ס, שהיה נתון לתקיפה מצד ברגר קינג בסיועו של אריאל. המערערות סבורות כי בית המשפט קמא שגה בקובעו כי תגובה זו שלהן לא הייתה מידתית. לשיטתן הבהיר העד המומחה מטעמן כי נתקיים צורך דחוף להגיב לפרסומת מטעם ברגר קינג, וזאת בדרך של ערעור אמינותה.

באשר לעילת התביעה הסומכת על חוק איסור לשון הרע, טוענות המערערות כי היא לא הוזכרה כלל במסגרת כתב התביעה, ועל כן לא ניתנה להן הזדמנות להתגונן בפניה. לגופו של עניין, הן טוענות כי לא היה בתשדיר הפרסומת מטעם מקדונלד'ס משום לשון הרע. המערערות סבורות כי גם בייחסו להן עוולה של גרם הפרת חוזה, נפל בית המשפט קמא לכלל טעות. הן מציינות כי אריאל לא הביא כל ראייה להפרת החוזה על ידי ברגר קינג, או למצער לביטולו. לכל היותר – כך טוענות המערערות – ניתן לומר כי ברגר קינג ביטלה את החוזה בהתאם לזכותה החוזית לעשות כן, ומשכך, אין לומר כי הפרה את החוזה. לבסוף, טוענות המערערות, כי הסיבה לביטול החוזה לא הייתה תשדיר הפרסומת מטעם מקדונלד'ס, כי אם מתן הראיון, מטעמו של אריאל לעיתון "תל אביב", ראיון שאת דבר קיומו הוא הסתיר מברגר קינג.

למקרה שתדחנה טענותיהן האמורות, מבקשות המערערות כי יבוטל חיובן בתשלום פיצויים לאריאל, שכן הן סבורות כי לא הוכח כי נגרם לו נזק. הן סבורות כי מידת ההערצה של הציבור לאריאל לא פחתה בעקבות תשדיר הפרסומת מטעם מקדונלד'ס, וכי אמינותו כלל לא נפגעה.

בהתייחסן לדחיית תביעת מקדונלד'ס בבית המשפט קמא, טוענות המערערות כי אריאל הפר סימן מסחר רשום של מקדונלד'ס, ועשה עושר שלא במשפט. לאריאל נצמח רווח, בצורת השכר שנשתלם לו, עת עשה את תשדיר הפרסומת מטעם ברגר קינג. פרסומת זו נעשתה שלא כדין, בהיותה, לדידן של המערערות, פרסומת השוואתית אסורה. כך, בשל שמטרתה העיקרית של הפרסומת הייתה להמעיט מערכו של המותג מקדונלד'ס.

8. מנגד, תומך אריאל במסקנות בית המשפט קמא. הוא כופר בטענתן של המערערות לפיה נעשה השימוש בשמו שלא למטרות רווח. הוא מציין כי השימוש בשמו נעשה בפרסומת מסחרית, שמעצם טיבה נועדה למטרת רווח. זהו, כך לשיטתו, המקרה המובהק שלשמו חוקק סעיף 2(6) לחוק הגנת הפרטיות. עוד מוסיף אריאל ומסביר כי הדברים שצוטטו מתוך הכתבה, אשר פורסמה בעיתון, לא היו אלא הערות שוליות, פרטים טפלים מתוך הראיון המקיף שנערך עימו. מכל מקום, הוא סבור, כי רשאי היה לצפות לכך שתשובותיו, לשאלות שנשאל בראיון העיתונאי, יופיעו אך ורק בראיון עצמו. כבית המשפט קמא, כך גם אריאל סבור כי המערערות לא הרימו את נטל הראייה הרובץ עליהן להראות כי נהגו בתום לב. אריאל מוסיף כי מקדונלד'ס הכינה, במשך שבוע ימים, בסתר, את מתקפת הנגד שלה, זאת לאחר שהשמועה על דבר סרטון הפרסומת המתוכנן מטעם ברגר קינג גונבה לאוזניה. אם סברה מקדונלד'ס אז, כפי שהיא סוברת היום, כי תשדיר הפרסומת מטעם ברגר קינג היה פסול, היה עליה, כך גורס אריאל, מיד לכשנודע לה על קיומו, לפנות לערכאות על מנת למנוע את הקרנתו. מקדונלד'ס ביכרה, כך הוא טוען, לנצל את ההזדמנות שנקרתה לידיה לצורך הנחתת מכה על מתחרתה, ועל אריאל, ומשהפגיעה בפרטיות תוכננה מראש, שוב אין לומר כי היא נעשתה בתום לב.

אריאל אינו מתכחש לכך כי בכתב התביעה לא נקב במפורש בעוולה לפי חוק איסור לשון הרע כאחת מעילות התביעה, אך הוא סבור כי העובדות המקימות את יסודות העוולה נטענו והוכחו, וכי המערערות התגוננו בפני אותן הטענות. הוא מסביר כי סבר כי מאחר שהפגיעה בשמו הטוב נעשתה כחלק מן העוולה של פגיעה בפרטיות – הרי המקום לדון בה היה אגב הדיון בעוולה של פגיעה בפרטיות.

באשר לעוולת גרם הפרת החוזה, מודה אריאל כי אכן לא ניתנה לו, על ידי ברגר קינג, הודעת ביטול, אך הוא מסביר זאת בכך שבחר להימנע מלדרוש ממנה למלא אחר תנאי החוזה, בשל שהיה ברור לו מראש כי אם יעמוד על כך, תבטל ברגר קינג את החוזה בשל ההפרה אשר הפר אותו.

אריאל תומך בהחלטת בית המשפט קמא לדחות את תביעתה של מקדונלד'ס. הוא סבור כי משמעה של קבלת תביעה זו הוא קביעה לפיה הוא מנוע, למעשה, מליטול חלק בפרסומת למוצרי מזון מהיר, מחמת קיומו של סימן מסחר הדומה לשם משפחתו. אין להשלים, כך לשיטתו, עם קביעה שכזו – בשל זכותו, הנטענת, להשתמש בשמו הוא. אריאל אינו מקבל גם את טענת מקדונלד'ס כי הפרסומת, מטעם ברגר קינג הייתה

פרסומת השוואתית. הוא גורס כי בפרסומת לא נערכה כל השוואה בין מוצרי החברות, ואין לומר, כך לשיטתו, כי היה בה משום פגיעה בערכו של המותג מקדונלד'ס.

9. אריאל הגיש ערעור שכנגד, בו הוא מוחה על שבית המשפט קמא לא מצא לנכון להוסיף לפיצויים, שנפסקו לטובתו, פיצויים בגין עשיית עושר ולא במשפט. אריאל סבור כי לא היה מקום לצמצם את חיובן של המערערות לפצותו, ולהסתפק בפיצוי בגין הנזקים שנגרמו לו; והיה על בית המשפט, לטענתו, לחייבן להעביר לו את כל הרווחים שהפיקו מהשימוש בשמו – ואלה היו ניכרים. אריאל סבור כי פסיקת הפיצויים הנזיקיים לטובתו אינה מוציאה את האפשרות לפסוק לטובתו גם פיצויים מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, לאור ההלכה המקובלת במשפטנו.

10. הערעור מתייחס איפוא לשני תשדירי פרסומת – האחד מטעם ברגר קינג, והאחר מטעם מקדונלד'ס. כל אחד מן השניים מעורר שאלות משפטיות אחרות: בעוד שהתביעה המתייחסת לתשדיר הפרסומת מטעם ברגר קינג נוגעת בהפרת סימן מסחר אשר אינה כרוכה בסכנת הטעייה ובמותר ובאסור בעת שימוש בסימן מסחר של אחר, הרי שהתביעה כנגד הפרסומת מטעם מקדונלד'ס, עניינה, בעיקר, אם כי לא רק, בזכות לפרסום. נדון איפוא בכל אחד משני התשדירים בנפרד.

תשדיר הפרסומת מטעם ברגר קינג

הפרת סימן מסחר

11. בפרסומת מטעם ברגר קינג, נעשה שימוש בשם מקדונלד, אשר אין חולק על הדימיון, המוחלט כמעט, בינו לבין סימן המסחר "מקדונלד'ס", שהינו סימן מסחר רשום, השייך למקדונלד'ס. לפיכך, יש לשאול, האם שימוש זה שנעשה בסימן המסחר הוא שימוש אסור, העולה לכדי הפרה של סימן המסחר או שימוש לא הוגן בו.

זכותו של בעל סימן מסחר רשום מוגנת כאמור בסעיף 46(א) לפקודת סימני מסחר [נוסח חדש], תשל"ב-1972 (להלן: הפקודה):

רישומו התקף של אדם כבעל סימן מסחר יזכה אותו לשימוש ייחודי בסימן המסחר על הטובין שלגביהם נרשם הסימן ובכל הנוגע אליהם בכפוף לכל תנאי וסייג הרשומים בפנקס.

(בפועל במקרה שבפנינו, למקדונלד'ס זכות נרחבת אף יותר בסימן המסחר שלה, כיוון שסימנה הוא בגדר "סימן מסחר מוכר היטב" – כמשמעו בסעיף 1 לפקודה, וראו סעיף 46א(ב) לפקודה).

סעיף 1 לפקודה מבהיר לנו מהי הפרה לעניין זכותו של אדם בסימן מסחר רשום:

"הפרה" - שימוש בידי מי שאינו זכאי לכך –

- (1) בסימן מסחר רשום או בסימן הדומה לו, לעניין טובין שלגביהם נרשם הסימן או טובין מאותו הגדר;
- (2) בסימן מסחר רשום, לשם פרסום טובין מסוג הטובין שלגביהם נרשם הסימן או לשם פרסום טובין מאותו הגדר;
- (3) בסימן מסחר מוכר היטב אף אם אינו סימן מסחר רשום, או בסימן הדומה לו עד כדי להטעות לעניין טובין שלגביהם מוכר הסימן או לעניין טובין מאותו הגדר;
- (4) בסימן מסחר מוכר היטב, שהוא סימן מסחר רשום, או בסימן הדומה לו, לעניין טובין שאינם מאותו הגדר, ובלבד שיש בשימוש זה כדי להצביע על קשר בין הטובין האמורים לבין בעל הסימן הרשום ובעל הסימן הרשום, עלול להיפגע כתוצאה משימוש כאמור;

12. בנסיבות המקרה כאן עניין לו בסעיף משנה (2) שהרי בפרסומת טובין מסוג הטובין שלגביהם נרשם הסימן, המדובר. בניגוד לסעיף משנה (1), מדבר סעיף זה רק בשימוש בסימן מסחר רשום, ולא בשימוש בסימן הדומה לו. לכאורה, משהשתמש אריאל בשם מקדונלד, ולא בשם מקדונלד'ס, אין עוד לומר כי הפר את סימן המסחר מקדונלד'ס. קשה לקבל טענה שכזו, ואף אריאל עצמו אינו טוען כך. רוב השימוש בשם מקדונלד נעשה בפרסומת בעל פה, ולא בכתב. יתרה מכך, התיבה מקדונלד'ס אינה עומדת בפני עצמה. התיבה מקדונלד'ס כוללת בתוכה לבד מן השם מקדונלד את אות השיוך הלועזית לשם. הא ותו לא. ולכן, כפי שציין בית המשפט קמא בהחלטתו, בהסתמך גם על חוות דעת המומחים שנתקבלו אצלו, לא יכול היה הצופה הממוצע להבחין בשוני שבין השמות, וככל שהדברים נגעו לצופים בתשדיר הפרסומת, הרי שנעשה שימוש בסימן המסחר מקדונלד'ס, ולא בשם אחר הדומה לו.

בכל מקרה, נראה, כי אין לדקדק בדרישת זהות השמות שבסעיף משנה (2). פרשנות דווקנית שכזו, תביא לתוצאה לא רצויה, לפיה, די יהיה בשינוי קל, ובלתי מורגש, שיכניס אדם בסימן מסחר השייך לאחר, על מנת שיהא רשאי להשתמש בו לקידום עסקיו שלו בדרך של פרסום אסור. תוצאה לא סבירה זו עשויה להיות פועל יוצא של העדר התייחסות לשימוש בסימן הדומה לסימן מסחר בסעיף משנה (2), השמטה, שככל הנראה, יסודה בטעות (ראו: ע' פרידמן סימני מסחר – דין, פטיקה ומשפט משווה (1998) 351-353).

הפרת סימן מסחר ללא סכנת הטעייה

13. בית המשפט קמא בא לכלל מסקנה כי לא הופר כלל סימן המסחר של מקדונלד'ס, כיוון שלא נתקיימה סכנה שהצרכנים יטעו לסבור כי הפרסומת שהוצגה מטעמה של ברגר קינג, קשורה במקדונלד'ס. בכך בא, לדעתי, בית המשפט קמא לכלל שגגה. משנקבע כי קיים דימיון רב, עד לכדי זהות, בין סימן המסחר של מקדונלד'ס לבין השם בו נעשה שימוש בתשדיר, שוב אין לשאלת קיומה, או העדרה, של סכנת הטעייה נגיעה לעניין (ראו למשל: רע"א 1400/97 פיקנטי תעשיות מזון (ישראל) בע"מ נ' אסם תעשיות מזון בע"מ, פ"ד נא(1) 310, 313, ע"א 471/70 י. ד. גייגי ט. א. נ' פזכים בע"מ, פ"ד כד(2) 705, 707). ככלל, על מנת שתוכח הפרה של סימן מסחר, אין צורך להוכיח כי היה בשימוש המפר בסימן כדי להצביע על קשר שקרי בין הטובין, לגביהם נעשה בו שימוש, לבין בעל הסימן הרשום (בכך שונה ההסדר שבפקודה מזה שבחוק הפדרלי האמריקאי, שם הגדרת הפרת סימן המסחר מחייבת ככלל קיומה של סכנת הטעייה (סעיף 32 ל- [15 U.S.C.A. §1125] Trademark Act of 1946)). בעקבות חקיקה מדינתית אשר סתתה מכלל זה, תוקן בשנת 1996 החוק הפדרלי, וכיום מתקיימת הפרה גם ללא סכנת הטעייה – מקום בו הוכח דילול (dilution) של סימן מסחר מפורסם (סעיף 43 לחוק [15 U.S.C.A. §1125(c)]). החריג היחיד לכלל זה בפקודה חל מקום בו ההפרה הנטענת היא זו המוגדרת בסעיף משנה (4). העדרה של דרישה שכזו מההגדרות האחרות של הפרת סימן מסחר, מבטא את אחד מן ההבדלים המרכזיים שבין תביעה בגין הפרת סימן מסחר רשום לבין התביעה בעוולת גניבת העין. עוולה זו, קמה מקום בו גורם 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" (סעיף 1 לחוק העוולות המסחריות). יסוד שכזה מהווה גם עילה לפסילת כשרותו של סימן לרישום (ראו סעיף 11 וסעיף 12 לפקודה). אך ענייננו שלנו לא נסוב על עוולת גניבת העין וגם לא על בקשה לרישום סימן מסחר. תביעתה של מקדונלד'ס היא בגין הפרת סימן מסחר רשום, בהתאם להגדרתה של ההפרה כמתואר בסעיף 1(2).

בגדרה של הגדרה זו, כאמור, אין נדרשת סכנת הטעייה. משום כך, אין בעובדה, כי השימוש בסימן המסחר לא יצר ייחוס מוטעה של הפרסומת מטעם ברגר קינג למקדונלד'ס, כדי להעלות או להוריד.

14. אכן, מקרים כמקרה זה, בהם מופר סימן מסחר מבלי שנתקיימה סכנת הטעייה, אינם המקרים "הטיפוסיים" של הפרת סימן מסחר. במקרה ה"טיפוסי" כרוכה הפרת סימן המסחר בסכנת הטעייה. במקרים "הטיפוסיים", יוצר המפר זיקה מטעה בין המוצר שלו לבין מוצרי בעל סימן המסחר, על ידי השימוש הלא מורשה בסימן. זיקה זו, כך הוא מקווה, תביא אליו את הלקוחות הנמשכים אל בעל סימן המסחר. ברם, וכפי שכבר ראינו, פקודת סימני המסחר, בנוסחה הנוכחי, אוסרת את השימוש בסימן המסחר, אף אם שימוש זה אינו מטעה. קרי – מחילה היא את איסוריה לא רק על המקרים "הטיפוסיים", אלא אף על המקרים בהם המפר הבהיר היטב כי אין קשר בין מוצריו שלו לבין בעל סימן המסחר, אך זאת תוך ניסיון להפיק יתרון פסול כלשהו מאזכור סימן המסחר של האחר. ההצדקה העקרונית להיקפה זה של ההגנה על סימן המסחר, נעוצה בתפקיד אותו ממלאת הגנה זו. כפי שעוד נבהיר בהמשך, סימן המסחר הינו נכס קנייני, וככזה, זכאי הוא להגנה – מסויימת - בפני כל פגיעה שהיא – בין אם כרוכה היא בהטעייה ובין אם לאו.

אולם, פעמים, מניעת השימוש בסימן המסחר במקרים מהסוג האחרון מעוררת קושי. דיני הקניין הרוחני מבקשים לאזן בין אינטרסים מתחרים. בין הצורך במתן תמריץ ליצירה ובמניעת תחרות בלתי הוגנת, לבין אינטרסים ציבוריים הנוגעים לצורך בתחרות חופשית, בחופש ביטוי ובהעשרת המרחב הציבורי (לדיון באיזון זה בקשר לזכויות יוצרים, ראו: רע"א 2687/92 גבע נ' חברת וולט דיסני, פ"ד מח(1) 251, 265-268). איזון זה הביא ליצירת הסדרים המקנים הגנה מוגבלת על זכויותיו של בעל נכס הקניין הרוחני. זהו גם אופייה של ההגנה על סימן המסחר. אכן, ההגנה על סימן המסחר אינה מוגבלת בזמן, שלא כמו ההגנות על הפטנט, על זכות היוצרים, ועל המדגם. זאת, כיוון שהמחוקק סבר כי המונופולין המוענק לבעל הסימן המסחרי, אין בו, בדרך כלל, כדי לפגוע באינטרס ציבורי חיוני. נקודת המוצא היא כי זכותו של אדם להגנה על סימן מסחרי, אינה שוללת מהציבור, ברגיל, דבר שחיוני כי יהא בשימוש חופשי (י' ויסמן דיני קניין – חלק כללי (תשנ"ג) 355-356).

עם זאת, אך מובן הוא כי הציבור עלול להפגע ממתן מונופול רחב מדי לבעל סימן המסחר. כך, למשל, עלולה הגנה נרחבת מדי על סימן המסחר, ליטול מידי הציבור את האפשרות לעשות שימוש במילים ובשמות בעלי משמעות כללית, ובדרך זו

לפגוע ביכולתו של האדם לבטא עצמו ולקדם באופן לגיטימי את עסקיו (ראו גם: ע"א 5792/99 תקשורת וחינוך דתי-יהודי משפחה (1997) בע"מ – עיתון "משפחה" נ' א.ס.ב.י.סי. פרסום, שיווק וקידום מכירות בע"מ – עיתון "משפחה טובה", פ"ד נה(3) 933, 943-946). בשל כך, מוטלות מגבלות על היקפה של זכותו של אדם בסימן מסחר השייך לו.

15. פקודת סימני מסחר, בניגוד לחוק זכות יוצרים, 1911 (להלן: חוק זכות יוצרים) (ראו סעיף 2(1)(1) לחוק), אינה מקנה הגנה לשימוש הוגן בסימן מסחר. יחד עם זאת, מגנה היא, בסעיף 47, על "שימוש אמת" בסימן. וזו לשונו של הסעיף:

רישום לפי פקודה זו לא ימנע אדם מהשתמש שימוש אמת בשמו או בשם עסקו או בשמו הגאוגרפי של מקום עסקו, שלו או של קודמיו בעסק, או מהשתמש בהגדר אמיתי של מהותם או איכותם של טובין שלו.

זהו החריג היחיד המוצב בפקודה להגדרה האמורה של הפרת סימן מסחר. אכן, בחריג זה, אין תמיד די, במיוחד מקום בו עוסקים אנו, בהפרות סימן מסחר, שאינן כרוכות בסכנת הטעייה. על כן, וחרף לשונה הגורפת של הפקודה, ייתכן הוא כי ראוי יהיה לייחד מקרים, בהם ימצא כי השימוש בסימן, ללא סכנת הטעייה, לא עלה לכדי הפרת סימן מסחר – זאת בין בדרך של מתן פרשנות מרחיבה לחריג האמור, ובין אם על ידי יצירת חריגים אחרים מכוח הפסיקה. בכל מקרה, נצרך בית המשפט לבחון היטב את מאזן האינטרסים – ולשאול עצמו, האם משקלם של הערכים העומד כנגד הקביעה כי פעולה מסויימת מפרה את סימן המסחר, מצדיק התעלמות מלשונה הברורה של הפקודה.

טלו את המקרה בו מפרסם אלמוני כי המוצר אותו הוא מייצר, מתאים – כחלק חילוף או כתוספת – למוצר הנושא את סימן המסחר של פלמוני. במקרה זה, מבהיר אלמוני כי המוצר שלו אינו המוצר של פלמוני ואין הוא יוצר זיקה שקרית בין המוצר שלו לבין סימן המסחר. אולם משעושה הוא שימוש בפרסום בסימן המסחר של פלמוני – הרי שלפי הוראת סעיף 1 – מפר הוא את סימן המסחר. אכן, מפרסם שכזה מפיק יתרון מסימן המסחר של האחר. אלא שהוא בא אך לתאר את המוצר אותו הוא מייצר ואת מטרת השימוש בו, בדרך שהיא אולי הדרך האפשרית היחידה לשם כך. לציבור יש עניין בקיום תיאור שכזה ובקיומה של תחרות בשוק חלקי המשנה. לפיכך, במקרים שכאלה, קובע הדין האירופי הקהילתי, למשל, כי בתנאי שהשימוש נעשה בתום לב – לא הופר סימן המסחר (ראו סעיף 6 לדירקטיבה 89/104/EEC (O. J. L40/1) 1989)). בדין הישראלי, יידרש בית המשפט לשאלה עד כמה השימוש בסימן המסחר מהווה

שימוש "בהגדר אמיתי של מהותם או איכותם של טובין שלו" – שימוש המוגן מכוח הוראת סעיף 47 לפקודה. בית המשפט המחוזי בישראל, כאשר נדרש לשאלה, ניסה להציב איזון אשר יתיר שימוש לא מטעה בסימן המסחר של האחר לשם פרסום מוצר כמתאים למוצרי בעל סימן המסחר, רק בנסיבות מסויימות, בהן גובר האינטרס הציבורי בהתרת השימוש על סכנת הפקת היתרון הבלתי הוגן (השוו שתי החלטותיו של השופט א' שלו בבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו בעניינן של שתי מערכות נסיבתיות דומות: ת.א. 648/96 *The Gillette Company* נ' עדי צ.ש. יבוא, שיווק והפצה בע"מ, תק-מח 96(3) 3850, ות.א. 461/97 *The Gillette Company* נ' עמיר שיווק, דינים מחוזי כו(7) 742).

16. שימוש אחר בסימן המסחר של אחר שאף הוא אינו כרוך בסכנת הטעייה, ואשר נזכר הן בפסק דינו של בית המשפט קמא והן בטענות המערערות בפנינו, בא לידי ביטוי בפרסומת השוואתית. לדידן של המערערות, תשדיר הפרסומת מטעם ברגר קינג היווה "פרסומת השוואתית פסולה". נקדים ונאמר כי לא שוכנענו בענייננו כי הפרסומת היא אכן השוואתית. די בצפייה חטופה בתשדיר מטעם ברגר קינג, על מנת להבין כי לא הייתה זו פרסומת השוואתית. פרסומת השוואתית, לדעתנו, כשמה כן היא: משווה היא בין המוצרים המסופקים על ידי מתחרים, בין המחירים שגובה כל אחד מהם, בין טיב השירות שניתן על ידי כל אחד מהם וכיוצא באלה. דבר מכל אלה לא הופיע בתשדיר מטעם ברגר קינג. אין די, לשיטתנו, בעצם אזכור שמו של המתחרה על מנת להפוך פרסומת לפרסומת השוואתית. שונה לכאורה דין הקהילה האירופית, המגדיר בדירקטיבה 97/55/EC O.J. L290/18, בסעיף a2, פרסומת השוואתית ככל פרסומת בה מוזכר המתחרה – ולו ברמיזה. יודגש עם זאת כי גם לאור הדירקטיבה הזו הפרסומת מטעם ברגר קינג הייתה פסולה, בשל שהוראת סעיף a3 לדירקטיבה אוסרת פרסומת השוואתית במידה שהיא מלעיזה (denigrate) או פוגעת בשמו הטוב (discredit) של סימן מסחר של מתחרה - שאז היא תחשב להפרת סימן מסחר – ראו: recital 15 לדירקטיבה.

מכל מקום, על פי נוסחה של הפקודה, אין הדין הישראלי מעניק הגנה למשתמש בסימן המסחר של מתחרהו לצורך פרסומת השוואתית. ייתכן, שיש מקום לשקול מתן הגנה שכזו, בנסיבות מסויימות, בשל שהפרסומת השוואתית כשלעצמה משקפת פרקטיקה מסחרית רצויה, המספקת מידע יקר ערך לצרכן (ראו למשל ההיתר שניתן לפרסומת שכזו בארצות הברית [Restatement Third, Unfair Competition §20, comment b, 15 U.S.C.A. §1125(c)(4)(A), בקהילה האירופית ובחוק האנגלי ([Trade Marks Act 1994, s. 10(6))]. ההיתר לעריכתה של פרסומת שכזו, אשר כאמור,

הפקודה רואה בה הפרת סימן מסחר, יכול שימצא בחריג, אותו יצרה הפסיקה, ולפיו שימוש אשר נעשה בסימן המסחר בקשר לסחורתו של בעל הסימן עצמו לא ייחשב להפרת סימן מסחר (פרשת גייגי, בעמ' 707). יחד עם זאת, חובה לשים גדרים להגנה הנפרסת סביב הפרסומת ההשוואתית, על מנת שיובטח כי המידע הנמסר בה יהיה מדויק, ולבל תשמש הפרסומת ההשוואתית ככלי לניגוח לא הוגן של המתחרה (ואכן, הן בארצות הברית, הן באירופה והן בחוק האנגלי ישנם כלים למניעת שימוש לרעה בהגנה הניתנת לפרסומת ההשוואתית). כאמור, אין לשאלת מעמדה של הפרסומת ההשוואתית נגיעה ישירה לענייננו, ולפיכך יכולים אנו להותירה בצריך עיון לעת מצוא.

17. השימוש שנעשה בסימן המסחר של מקדונלד'ס בא לומר כי עדיפה ברגר קינג על פני מקדונלד'ס – מבלי להביא נתונים עובדתיים לביסוס טענה זו – כמקובל בפרסומת השוואתית. למעשה, ביקשה ברגר קינג להפחית מערכה של מתחרתה – ולא באה להשוות את מוצריה שלה למוצרי המתחרה. כך, כאשר מחליף אריאל, בתשדיר הפרסומת, את הגופייה הנושאת את התיבה "מקדונלד" בחולצה הנושאת את התיבות "ברגר קינג", וכך כאשר אומר הוא "תקשיבו למקדונלד - רק ברגר קינג". זהו ביזויו של סימן המסחר, או ליתר דיוק שימוש שניתן לכנותו "שימוש במוניטין לעלוב בבעליו". אכן, בשימוש שכזה, לא רק שאין ניסיון לזהות את מוצרי המפר כמוצריו של בעל סימן המסחר, אלא שאין גם ניסיון להפיק יתרון מטיבם ומפרסומם של אותם מוצרים. זהו ניצול של סימן המסחר על ידי המפר "במהופך" – לא כדי לחסות בצילו או בכדי לספוג מהמוניטין שלו, כי אם כדי להרחיק עצמו והצרכנים מבעל סימן המסחר וממוצריו. אלא ש"היפוך" יוצרות זה אינו גורע מעצם ההפרה; לא על פי לשונה של הפקודה ולא על פי תכליתה. באשר ללשון הפקודה, כפי שקובע המלומד א' ח' זליגסון, זו אוסרת להזכיר בפרסום את מוצריו של המתחרה, בין שזה לשבח ובין שזה לגנאי (א' ח' זליגסון דיני סימני מסחר ודינים הקרובים להם (תשל"ג) 76). באשר לתכלית הפקודה, גם ההפרה "במהופך" באה, בסופו של יום, להיטיב עם המפר על חשבוננו של בעל הסימן. ייתכן, כאמור, שבהפרות חריגות כאלה ראוי למתן את הדין – להכניס בו חריגים בדרך של חקיקה או לקרוא לתוכו חריגים מתבקשים בדרך של פרשנות. הצורך בחריגים הוא פועל יוצא כללי של האינטרסים המתנגשים הראויים להגנה, ובראשם חופש הביטוי – הכולל את החופש לבקר, את חופש הסאטירה ואת חופש הביטוי המסחרי. בהעדר חריגים סטטוטוריים עשויים האינטרסים המתחרים האמורים למצוא ביטוי בדרך הפעלת שיקול הדעת של בית המשפט בעת הענקת התרופה בגין ההפרה. השאלה היא אם ראוי להמנע כליל מהענקת תרופה במקרה שבפנינו – פרסומת אשר עשתה "שימוש במוניטין של אחר לעלוב בבעליו". הפקודה אסרה את השימוש הזה, ולבית המשפט אין עילה להשיב על שאלת הפיצוי בשלילה.

18. אכן, גם הפרסומת אשר עושה "שימוש במוניטין לעלוב בבעליו" – ככל ביטוי מסחרי או ביטוי אחר – חוסה תחת כנפיו של חופש הביטוי (ראו: בג"ץ 806/88 *Universal City Studios Inc.* נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22, -33 (35)). אלא שתכלית פקודת סימני המסחר, לאמור – הערכים עליהם היא באה להגן, מצדיקה, במקרה זה, את הגבלת הביטוי המסחרי. בסרטון הפרסומת של ברגר קינג, ובשימוש, שעשה במסגרתו, אריאל, בסימן המסחר של מקדונלד'ס, היה כדי לפגוע במתחרה. הפרסומת לא שרתה עניין ציבורי ראוי שיש בו כדי להטות את כפות המאזניים לטובת חופש הביטוי וכנגד לשונה הברורה של הפקודה. ניתן לשקול התרתו של שימוש במוניטין, כדי לעלוב בבעליו, כאשר הוא נעשה כחלק מפרסומת השוואתית. כאשר הפרסומת מכילה השוואה עובדתית של נתונים בדבר שירותי המתחרים, וההתייחסות המבזה למתחרה נלוות להשוואה זו, במקרים המתאימים, וככל שהפרסומת ההשוואתית תותר בישראל, ניתן יהיה לשקול את התרתה של התייחסות שכזו, בשל הערך החברתי שבפרסומת ההשוואתית. אלא שכאמור, הפרסומת שבפנינו, לא באה ליתן מידע משווה על מוצרי החברות המתחרות.

התוצאה מכל אלה היא כי אין מנוס מלראות את השימוש בתיבה מקדונלד'ס כהפרת סימן מסחר.

הגנת השימוש בשם

19. אריאל טוען, כי אף אם הדברים שאמרנו עד כה נכונים, הרי שהם נוגעים אך לעניינה של ברגר קינג (שאינה צד להליכים שבפנינו) – המפרסמת, אשר עשתה שימוש פסול בסימן המסחר של מקדונלד'ס, וכי, כל שעשה הוא עצמו – להבדיל מברגר קינג - הוא להשתתף בפרסומת כשחקן; ככזה, כך הוא טוען, ספק אם הוא נושא באחריות להפרת סימן המסחר שנעשתה על ידי המפרסם. אך אף אם טענה זו נכונה ככלל, אין לה תחולה בענייניו של אריאל. תפקידו בתשדיר מטעם ברגר קינג היה רחוק מאוד מלהיות תפקיד פאסיבי ומשני כאותו קריין או שחקן אשר נבחר באורח מקרי להקריא טקסט. הפרת סימן המסחר סבה כל כולה סביב התפקיד שמילא אריאל ומילא שמו בפרסומת. טול את דמותו של אריאל מהסרטון והשמט את שם משפחתו – והפרת הסימן לא הייתה נעשית בדרך שנעשתה. יתרה מכך – שירותיו של אריאל נשכרו בשל שהשתתפותו בפרסומת איפשרה את השימוש הפסול בסימן המסחר של מקדונלד'ס. על כן, אריאל – הוא עצמו – בקבלו תמורה לשימוש בשם מקדונלד על מנת להבנות

מערכו של שם זה כסימן מסחר - עשה שימוש לא הוגן בסימן המסחר של מקדונלד'ס - והתעשר ולא במשפט.

ברם, אריאל מוסיף וטוען, כי בכל מקרה, כל שעשה הוא שימוש מותר בשמו שלו. בפועל, טענתו היא כי הוא עצמו, בניגוד אולי לברגר קינג, נהנה מהגנה אישית בפני תביעתה של מקדונלד'ס, מכוח הוראת סעיף 47 לפקודה אשר נוסחו הובא לעיל. טענה זו אין לקבל.

הטענה מבוססת על קריאת הוראת סעיף 47, כאילו די בכך שאדם עושה שימוש בשמו שלו, על מנת לפטור אותו מאחריות. קריאה זו של הסעיף מתבססת על העובדה שאין הוראתו מסייגת במפורש את הזכות לשימוש בשמו של אדם היתה לסימן מסחר. אולם פרשנות שכזו להיקף ההגנה שבסעיף, חוטאת למטרתו, אינה תואמת את הנהוג בשיטות המשפט העיקריות, ועומדת היא בסתירה מוחלטת להלכה שיצאה מלפני בית משפט זה בעניין דומה. דינה, איפוא, להדחות.

20. תכליתה של הוראת סעיף 47 היא לייצב איזון בין שני האינטרסים המתנגשים במאבק בין ההגנה על סימן המסחר לבין ההגנה על זכותו של האדם לעשות שימוש בשמו הוא. מן העבר האחד, ניצב האינטרס של הציבור, המבקש להתיר לאדם להשתמש בשמו שלו. על זכותו זו של האדם בשמו, אמר הנשיא א' ברק בבג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749, 770:

שמו של אדם הוא חלק מאישיותו, הוא האני החברתי שלו, הוא המפתח שבאמצעותו הוא צועד בשבילי החברה. אין הוא קוד זיהוי בלבד. הוא ביטוי לאישיות, לרגש, לחובה, למסורת ולייעוד.

ביטוי חשוב לזכותו של האדם בשמו ניתן במקום עבודתו. האדם מבקש כי הישגיו, פרי עמל כפיו, יזוהו בציבור עימו. הוא מבקש לנצל זיהוי זה על מנת שיוכל להנות מהכרה ומיוקרה מקצועית, ועיתים גם על מנת שיוכל להפיק לעצמו רווחים כספיים המבטאים את תשואת המאמצים אותם השקיע במקום עבודתו. על כן, כחלק מזכות האדם לשם, יש להתיר לאדם ליצור זיקה בין הטובין או השירותים אותם הוא מספק לבין שמו.

מן העבר השני, ניצב אינטרס חשוב אחר, עליו באה להגן הפקודה, והוא עניינו של בעל סימן המסחר, בשמירה על זכות הקניין שלו בסימן (ע"א 715/68 179-179

ביסקויט (כפר סבא) בע"מ נ' ל' פרומין ובניו בע"מ, פ"ד כג(2) 43, 48), במיצוי ערכה, ובייחודה לו, של הזכות לקטוף את הרווחים אשר מצמיח סימן המסחר (ראו גם: פ' פרידמן "גניבת עין: הגנתו (החלקית) של המתחרה המסחרי כנגד פרסומת כוזבת של יריבו" הפרקליט לה (תשמ"ד) 333, 338-339). על חשיבותו של סימן המסחר לבעליו נכתב עוד בשנת 1927:

...today the trademark is not merely the symbol of good will but often the most effective agent for the creation of good will, imprinting upon the public mind an anonymous and impersonal guaranty of satisfaction, creating a desire for further satisfactions. The mark actually *sells* the goods (F. I. Schechter "The Rational Basis for Trademark Protection" 40 *Harv. L. Rev.* (1927) 813, at p. 819 - במקור).

אין זהו עניינו הפרטי בלבד של בעל סימן המסחר. זהו ביטוי לאינטרס הציבורי לאפשר תחרות הוגנת, שהיא סם החיים של הכלכלה ושל המדינה הדמוקרטית. ההגנה על סימן המסחר מגנה גם על הצרכן, שלא יוטעה לייחס סחורתו של אחד לאחר. זהו כלי אותו יצר הדין על מנת למנוע מבעד סוחר לא ישר להונות את הציבור לרכוש את מוצריו בדרכי כזב. באופן זה, מקדמת ההגנה הפרושה על סימני המסחר גם יעילות כלכלית: הן בחסכון המופק בעלויות החיפוש אחר המוצר – עלויות בהן אנוס לשאת הצרכן, והן בתמריץ הניתן לעוסק להשקיע בקידום ובשימור איכות המוצר אותו הוא משווק (W. E. Landes & R. A. Posner "Trademark Law: An Economic Perspective" 30 *J. of L. & Econ.* (1987) 265, at pp. 268-270).

21. מפאת הצורך לאזן בין האינטרסים הסותרים הללו, אין לומר כי ההגנה על זכותו של האדם בשמו היא מוחלטת. ההגנה, בהיותה פרי של איזון אינטרסים, הינה יחסית בלבד. אם נאמר אחרת, נאפשר לאדם לעשות שימוש לרעה בזכותו בשמו, ואין חולק שלא לכך כיוונה הוראת סעיף 47. אין ליתן לאדם רישיון בלתי מוגבל לעשות שימוש בסימן מסחר של אחר, תוך פגיעה בוטה בזכויותיו של האחר ותוך הטעיית הציבור. אין אדם רשאי לעשות כן אף אם רצה המקרה וסימן המסחר משמש גם כשמו שלו.

אשר על כן, קם הצורך לסייג את ההגנה המוענקת לאדם העושה שימוש בשמו שלו תוך פגיעה בסימן מסחר של אחר. זכות השימוש מותנה בכך שהשימוש שנעשה בשם יהא שימוש בתום לב.

22. בארצות הברית, נוסחה של ההגנה שבחוק דומה לנוסח המקובל אצלנו. סעיף 33(b) ל-Lanham Act (15 U.S.C.A. §1115(b)(4)) קובע הגנה כנגד תביעה בגין הפרת סימן מסחר במקרה של:

...the use of the name, term or devise charged to be an infringement is a use, otherwise than as a mark, of the party's individual name in his own business...

על אף נוסחו זה של סעיף החוק, ההלכה היא כי ההגנה, אותה הוא מקנה למפר סימן המסחר, אינה מוחלטת. ה- Restatement Third, Unfair Competition §28 מבטא זאת:

In an action for infringement of a trademark...it is a defense that the term used by the actor...is the personal name of the actor or a person connected with the actor, and the actor has used the term in good faith solely to describe the actor's goods, services, or business or to indicate a connection with the named person.

בית המשפט העליון האמריקני, קבע כבר בשנת 1914, מפי השופט הולמס (Holmes), בעתירה שהגישה החברה לייצור עטים "וوترמן" כנגד אדם, אשר ביקש, ששם משפחתו "וوترמן" יוטבע על העטים מייצורה של חברה בה היה שותף, כי:

..when the use of his own name upon his goods by a later competitor will and does lead the public to understand that those goods are the product of a concern already established and well known under that name, and when the profit of the confusion is known to, and, if that be material, is intended by, the later man, the law will require him to take reasonable precautions to prevent the mistake (*L. E. Waterman Co. v. Modern Pen Co.*, 235 U.S. 88, at p. 94).

הסירוב לנקוט באמצעים כאלה, אשר יפחיתו את הסיכון של יצירת קשר מוטעה בין מוצריו של בעל סימן המסחר לבין המשתמש בשמו הזהה לאותו סימן, מצביע על כך שהשימוש שעושה האחרון בשם אינו שימוש בתום לב. בהתאם לכללים מוכרים ומקובלים אלה, מגבילים בתי המשפט בארצות הברית, את המבקשים להשתמש

בשם הזה לסימן מסחר של אחר, ומחייבים אותם לנקוט בפעולות אשר יבהירו לציבור כי אין בינם לבין בעל סימן המסחר קשר כלשהו (ראו למשל: *Gucci v. Gucci*, *Taylor Wine Company, Inc. v. ,Shops, Inc.*, 688 F. Supp. 916 (S.D.N.Y. 1988) *Hyatt Corp. v. Bully Hill Vineyards*, 569 F. 2d 731 (2nd Cir., 1978). בפרשת *Hyatt Legal Services*, 736 F.2d 11 (7th Cir., 1984) (מכוח החוק של מדינת אילינוי כנגד דילול סימן מסחר) עורך דין, ששמו ג'ואל הייט, ואשר ביקש ליתן למשרד עורכי הדין בו היה שותף את השם הייט, כשמה של רשת המלונות הנודעת, להוסיף לשם המשרד את שמו הפרטי שלו, או לצרף לו את שמות שאר שותפיו (למקרה ולתוצאה דומים ראו: *Dolby v. Robertson*, 654 F. Supp. 815 (N. D. Cal. 1986)).

23. בדין הקהילתי האירופי, בניגוד לדין האמריקאי (והישראלי), מופיעה הדרישה לפיה על השימוש בשמו של האדם, הזהה לסימן מסחר, להיות הוגן, בכללים המחייבים עצמם. דירקטיבה 89/104/EEC (1989 O. J. L40/1) קובעת בסעיף 6:

The trade mark shall not entitle the proprietor to prohibit a third party from using, in the course of trade,
(a) his own name or address;
...
provided he uses them in accordance with honest practices in industrial or commercial matters.

נוסחה זה של ההגנה אומץ במדוייק בסעיף 11(2) לחוק סימני המסחר האנגלי החדש – Trade Marks Act 1994 (בחוק הישן, Trade Marks Act 1938, הייתה ההגנה שניתנה מכוח סעיף 8(a) לשימוש בשמו של העוסק, אף היא מותנית, ב-bona fide use). נפסק שם כי המבחן להיותו של שימוש בבחינת שימוש מסחרי או תעשייתי הוגן הוא מבחן אובייקטיבי. השאלה אותה שואל עצמו בית המשפט, בדונו במקרים מסוג זה, היא השאלה אם עוסק סביר, בתחום המסחרי הרלוונטי, היה קובע, בהתחשב בעובדות אותן הכיר הנתבע, כי השימוש, כנגדו מלין בעל סימן המסחר, הוא הוגן. כך, מקום בו שימוש בשמו המלא של האדם היה מונע מלטעות בינו לבין סימן המסחר הרשום, טעות הנוצרת מחמת השימוש בשם המקוצר, ניתן להעריך כי עוסק ישר היה מבקש למנוע את הטעות, ונמנע מהשימוש בשמו המקוצר. על כן, ככל הנראה, במקרה כגון דא, עשוי הנתבע למצוא עצמו כמי שלא השתמש בשמו שימוש הוגן (D. Kitchen, D. Llewelyn, J. Mellor, R. Meade & T. Moody-Stuart *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names* (13th ed., 2001) 381-383).

24. בישראל, טרם נדרש בית משפט העליון לשאלת היקף ההגנה שמקנה הוראת סעיף 47 לפקודה למשתמש בשמו. עם זאת, פסק בית המשפט, זה מכבר, בדונו בהוראת חוק הדומה בנוסחה להוראת סעיף 47, כי אין להלום כי ההגנה הניתנת לשימוש בשם היא הגנה מוחלטת:

בע"א 7980/98 פרוינדליך נ' חליבה, פ"ד נד(2) 856, נדרש בית המשפט לשאלת פרשנותה של הוראת סעיף 59 לפקודת הנזיקין, בה עוגנה, בזמנו, עולת גניבת העין. בסיפא של אותו הסעיף, נקבע כי "אין אדם עושה עוולה רק על ידי שהוא משתמש בשמו למכירת טובין". השופטת א' פרוקצ'יה, קבעה כי הגנה זו הנתונה לשימוש שעושה אדם בשמו, על אף ניסוחה, אינה הגנה מוחלטת, כי אם הגנה יחסית, שכל פועלה בהכבדת נטל ההוכחה המונח על כתפי התובע (שם, בעמ' 870-868). השופטת ט' שטרסברג-כהן, מצאה כי אין ליתן למעוול באותו המקרה להנות מן ההגנה, על אף שעשה שימוש בשמו (בנסיבות אותו עניין, היה זה כינויו, ולא שמו האמיתי), שכן עשה זאת "שלא בתום לב ולמטרת תחרות בלתי הוגנת" (שם, בעמ' 879-880).

להשלמת התמונה, יצויין כי כיום, מעוגנת עולת גניבת העין בחוק העוולות המסחריות. בסעיף 1(ב) לחוק, נקבע מפורשות כי רק שימוש של עוסק בשמו בתום לב, לא ייחשב לגניבת עין.

25. לאור הדברים האמורים, נדמה שאף במסגרתה של פקודת סימני מסחר, אין מקום לפרש את ההגנה הניתנת לזכות האדם להשתמש בשמו, לשם מכירת או פרסום טובין, כזכות מוחלטת. ההגנה כפופה לדרישת תום הלב. קביעה זו מקדמת את ההרמוניה החקיקתית, המבטאת את הדרישה המלכותית לעשות שימוש בזכות הנתונה לו לאדם בתום לב (ראו: סעיף 39 לחוק חוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, סעיף 14 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969).

26. כללים אלה אשר נוצרו בארץ ובעולם, התייחסו למקרה הנפוץ – בו האדם עושה שימוש בשמו על מנת לקדם את המוצרים אותם הוא עצמו מייצר. אכן, לא זהו המקרה שבפנינו. אך אין טעם לערוך הבחנה בין העושה שימוש בשמו לקידום עסקיו, לבין העושה שימוש שכזה לשם קידום עסקיו של האחר, במיוחד כשעשה כן כדי להפיק לעצמו טובת הנאה. באותה מידה, אין מקום להבחין בין השימושים השונים בסימן המסחר של האחר. אין זה משנה אם עושה האדם שימוש בשמו הזהה לסימן מסחר על מנת ליצור זיהוי בין מוצר מסויים לבין סימן מסחר של האחר, או אם עושה

הוא "שימוש במוניטין לעלוב בבעליו". בכל המקרים נעשה שימוש אשר מהווה, לכשעצמו, הפרה של סימן המסחר לפי הפקודה, ובכל המקרים מבקש המפר לחסות בצילה של ההגנה על השם. תנאיה של ההגנה - זהים הם בכל המצבים.

"מקדונלד"

27. ובענייננו – עלינו לבחון האם השימוש שעשה אריאל בשמו שלו היה בגדר שימוש בתום לב. זאת, בשל המסקנה אליה הגענו כי אריאל יכול היה לחסות בצילה של הוראת סעיף 47 רק אם השימוש שעשה בשם משפחתו – מקדונלד - במסגרת פרסומת לטובין מסוג הטובין עליהם נרשם סימן המסחר מקדונלד'ס, נעשה בתום לב. בסיכומיו ובטיעונו בפנינו, הוא אכן טען שכך השתמש בשמו. דומה שגם בית המשפט קמא קיבל טענתו זו. אין בידנו להסכים עם קביעה זו.

אריאל שותף בתשדיר הפרסומת, כאמור, אך ורק כיוון ששמו דומה עד לכדי זהות לסימן המסחר של מקדונלד'ס. בא כוחו של אריאל ניסה לשכנע אותנו בטענותיו כי מרשו נשכר להשתתף בפרסומת הודות לפרסומו הנטען כשחקן כדורסל, ובשל דמותו החיובית. אמת, ספק רב בליבי אם היה נשכר לביצוע הפרסומת אם לא היה שחקן כדורסל נודע. אין ספק בליבי שלא היה נשכר למשימה זו אלמלא שם משפחתו. אחרת, לא היה מקום להשמיט את שמו הפרטי מעיני הצופים, ולחזור פעם אחר פעם על שם משפחתו. ואכן, אריאל עצמו העיד, כי ציפה לכך, שמקדונלד'ס תיצור עימו קשר למטרות פרסום וזאת בשל הדימיון שבין שמו שלו לבין סימן המסחר שלה. דברים אלה מופיעים ב"רחל (או מקדונלד לענייננו) בתך הקטנה" בפרוטוקול הדיון:

I was kind of thinking McDonald's would come with me. Or come to me and say, "Hey, why don't you be in a commercial," being that my last name was McDonald and that kind of thing.

ובמילים אחרות: אין להניח כי שחקנים זרים אחרים שהגיעו ארצה, ואשר שמם יצא כאן לפנייהם, והשם אינו כשמה של מקדונלד'ס, וישנם רבים מאלה בנמצא, ציפו אף הם לפנייה שכזו מצידה של מקדונלד'ס. ובלשונו החדה של מקדונלד – "רק אידיוט יחשוב אחרת":

Q. ...you understood that the connotation by your reference to the audience McDonald, "Listen to me,"...McDonald's [צריך להיות] McDonald] prefers Burger King, it is

connotate [connoted להיות] with the burgers made by McDonald's.

- R. I think only an idiot wouldn't think of [it צריך] [להיות].

דברים אלה, מבטאים (בצורה כנה, אם גם בוטה) את המובן מאליו - כל מטרת השימוש של אריאל בשמו, בפרסמו את ברגר קינג, הייתה ניצול מתוחכם או מתחכם של סימן המסחר של מקדונלד'ס. ברגר קינג, קיוותה להשיג לעצמה בכך יתרון פרסומי על חשבון יריבתה המושבעת. אשר לאריאל, שעניינו הוא הנדון בפנינו, הוא ביקש לנצל זהות זו בין שמו לבין סימן המסחר של מקדונלד'ס, על מנת להפיק רווחים לעצמו. עצם השימוש בשם משפחתו בלבד, על אף ידיעתו המוצהרת של אריאל כי שימוש זה עתיד ליצור קשר ישיר, באוזני הקהל, בינו לבין סימן המסחר של מקדונלד'ס, הוא, כפי שראינו בפסיקה הזרה, אינדיקציה בולטת לכך שהשימוש שנעשה בשם היה שימוש לא הוגן. לפיכך, סבורים אנו כי השימוש שעשה אריאל בשם מקדונלד'ס עלה לכדי שימוש לא הוגן בסימן מסחר, ואין הוא יכול לחסות בצילה של ההגנה אותה מקנה הוראת סעיף 47 לפקודה למשתמש בסימן מסחר של אחר.

שיהוי

28. אריאל טען שעומדת לזכותו הגנה נוספת בפני התביעה בשל הפרת סימן מסחר – השיהוי בהגשת התובענה על ידי מקדונלד'ס. הוא סבור כי די בהחלטת מקדונלד'ס שלא למחות ולא לנקוט בכל צעד שהוא כנגד צירופו למסע הפרסום של ברגר קינג, על אף שידעה על מהלך זה כשבוע בטרם יצא לדרכו, על מנת למנוע ממנה לתבוע את נזקיה כעת. דין טענה זו להדחות. כבר נפסק (ראו: ע"א 116/87 קרן כימיקלים בע"מ נ' ויטקו כימיקלים בע"מ, פ"ד מא(3) 505), כי אין בעצם עבור הזמן, ובשתיקת בעל סימן המסחר לבדם, כדי למנוע אדם מלתבוע בגין הפרת סימן מסחר. מניעה כזו עשוייה לקום רק אם יוכח כי בעל סימן המסחר עודד בהתנהגותו, את המפר, להתמיד בהפרה, תוך שינוי מצבו לרעה. לא זה המקרה שבפנינו.

הפיצויים

29. מקדונלד'ס ביקשה שאריאל יחוייב בפיצוי בגין הנזקים, שלטענתה, נגרמו לה בשל השתתפותו בתשדיר הפרסומת מטעם ברגר קינג והשימוש שעשה בסימן המסחר שלה. נזק זה, כך סבורה מקדונלד'ס, מתבטא בחובה שחשה להעלות את התשדיר

מטעמה, כתגובה לתשדיר מטעם ברגר קינג. מקדונלד'ס הביאה ראיות מהן עולה כי השקעתה בהפקת התשדיר ובשידורו עמדה על סך 360,597 ש"ח. יחד עם זאת, מקדונלד'ס לא הצביעה על הרווח שנצמח לה מהשקעה זו. דהיינו, היא לא הביאה ראיות לכך שכל פועלו של התשדיר שהוקרן מטעמה היה תיקונו של הנזק שנגרם על ידי התשדיר מטעם ברגר קינג. זאת ועוד, הרושם המתקבל, הוא, שבסופו של דבר, מקדונלד'ס היא שיצאה כשידה על העליונה מהקרב הפרסומי בינה לבין ברגר קינג, אשר התנהל על גבו של אריאל (אין ספק כי בהשוואה לענקי המזון המתגוששים הללו לא היה אריאל אלא נושא כלים). בהעדר ראיות בדבר שיעור הנזקים הרלוונטיים, אם בכלל, לא היה מקום לחייב את אריאל בתשלום פיצויים למקדונלד'ס בגין נזקה הנטענים (אין גם ספק כי אפילו היו מתגבשים בפועל נזקים כנטען, לא רק אריאל, כי אם גם ברגר קינג, הייתה אחראית להם).

יחד עם זאת, מקדונלד'ס זכאית לסעד החלופי אשר נתבקש על ידה – השבה מכוח עילה של עשיית עושר ולא במשפט. בעל סימן המסחר שזכותו ניטלה, יכול לתבוע השבת רווח על יסוד דיני עשיית עושר ולא במשפט (ד' פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט (כרך א', מהדורה שנייה, תשנ"ח) 442). תביעה זו, בה מחוייב המפר להשיב את הרווח שהפיק מההפרה, היא תביעה חלופית לתביעת הנזק שנגרם לבעל הסימן. אכן, סעד זה אינו מקובל בתביעות בגין הפרת סימן מסחר, כיוון שבמרבית המקרים אי אפשר לחשב את הרווח שהנתבע הפיק הודות לשימוש בסימן המפר (זליגסון, בספרו הנ"ל, בעמ' 100). דומה שבמקרה שבפנינו לא קיים כל קושי הוכחתי שכזה. אריאל עצמו טוען כי מתוך התמורה החוזית שהובטחה לו (שעמדה על סך של 65,000 דולר), שילמה לו ברגר קינג סך של 20,000 דולר. סכום זה, הוא התמורה שקיבל אריאל בעד השימוש בסימן המסחר של מקדונלד'ס, ולכן הוא בבחינת רווח שנעשה ולא במשפט. אשר על כן, אנו מחייבים את אריאל להשיב סכום זה למקדונלד'ס (משלא טען לכך בכתב ההגנה שהגיש לבית המשפט קמא, איננו יכולים להדרש לגובה ההוצאות בהן נשא, אם בכלל, להפקת רווח זה ולנכותן לפי הוראת סעיף 3 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979 (להלן: חוק עשיית עושר ולא במשפט)).

התשדיר מטעם מקדונלד'ס

זכות הפרטיות והזכות לפרסום

30. בסרטון הפרסומת מטעם מקדונלד'ס נעשה שימוש בשמו של אריאל בלי הסכמתו. כנגד שימוש זה מלין אריאל. בית המשפט קמא קיבל את תביעתו, שכן מצא

כי השימוש בשמו היווה פגיעה בפרטיותו של אריאל, בהתאם להוראות סעיף 2(6) וסעיף 2(9) לחוק הגנת הפרטיות. קביעה זו אין לקבל.

סעיף 2(6) לחוק הגנת הפרטיות קובע כי "שימוש בשם אדם, בכינויו, בתמונתו או בקולו, לשם ריווח" הוא פגיעה בפרטיות. לפי לשונו זו של הסעיף, אכן אין, לכאורה, קושי לקבוע, כפי שקבע בית המשפט קמא, כי נפגעה זכותו של אריאל לפרטיות, כאשר נעשה שימוש מסחרי בשמו (דברים אלה נכונים, בנסיבות המיוחדות של המקרה שבפנינו, גם ביחס לסעיף 2(9)). אולם, כפי שכבר נפסק בבית משפט זה, מפי הנשיא מ' שמגר, כאשר נדרש לפרשנותו של סעיף 2(1) לחוק הגנת הפרטיות: "מן הראוי לפרש את החוק שלפנינו על פי מהותו ועל פי מטרתו החקיקתית, ולא דווקא לפי פרשנותו המילולית האפשרית של מונח זה או אחר" (ד"נ 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין, פ"ד מב(3) 837, 853).

31. אכן, שורשיה של ההגנה על זכותו של האדם לשלוט בשימוש המסחרי הנעשה בשמו (זכות, אותה נכנה בהמשך, "הזכות לפרסום") נטועים בהגנה על הפרטיות. במאמרו החשוב משנת 1960, מנה הדיקן פרוסר (Prosser), ארבע עוולות אשר חוסות בצילה של הגנת הפרטיות. העוולה הרביעית אותה הוא ציין דומה בנוסחה לנוסח הוראת סעיף 2(6) לחוק הגנת הפרטיות:

Appropriation, for the defendant's advantage, of the plaintiff's name or likeness (W. L. Prosser "Privacy" 48 Cal. L. Rev. (1960) 383, at p. 389).

ברם, הדיקן פרוסר עצמו, הסביר כי היבט זה של הגנת הפרטיות, שונה מהיבטיה האחרים של ההגנה, בהגנו לא על אינטרס נפשי, אלא על אינטרס קנייני (Ibid., at pp. 406-407). אנו סבורים, כי שוני זה מונע את הגדרתה של הזכות לפרסום כחלק מזכות הפרטיות. האינטרסים עליהם נועדו להגן שתי הזכויות הם שונים. בפועל הם הפוכים. מן הבחינה העקרונית, הזכות לפרטיות דוחה את הזכות לפרסום: "Publicity... may be regarded as the reverse side of the coin of privacy" (M.B.) (Nimmer "The Right of Publicity" 19 L. & Contemp. Probs. (1954) 203, at p. 204).

32. לפי הגדרתה המקובלת של זכות הפרטיות, אשר נטבעה על ידי וורן וברנדייס, באחד המאמרים המשפטיים המשפיעים ביותר בתולדות המשפט האמריקאי, הזכות לפרטיות היא "הזכות להיעזב לנפשך" - "the right to be let alone" (S. D. Warren &)

הגדרה זו לא יכולה להיכלל הזכות לפרסום. הדבר האחרון בו חפץ הידוען המבקש שתוגן זכותו לפרסום, הוא שייעזב לנפשו. רוצה הוא כי שמו יוביל מסעות פרסום, רוצה הוא שהציבור יתעניין בו ובדבריו – הכל כנגד תשלום תמורה נאותה. תמורה הוא תובע לעצמו. אין הוא מבקש להחבא על הכלים.

ואכן, המקרה שבפנינו מדגיש את הסתירה שבין הזכות לפרטיות, לבין הזכות הכלכלית אותה תובע הידוען (או כל אדם אחר, אם כי ברגיל, נעדרת הזכות לפרסום ערך כלכלי כלשהו, כשאינן מי שאוחז בה - ידוען). אריאל סבור כי השימוש בשמו במסגרת פרסומת לרשת מסעדות פוגע בפרטיותו. יום קודם לכן, הקצה את שמו לשימוש זהה. אריאל סבור כי פרסום העדפותיו הקולינאריות פוגע בפרטיותו – אך הוא בחר להכריז עליהן קבל עם ועדה בתשדיר מטעם ברגר קינג. בהינתן נסיבות אלה, לא עומדת לרשותו של אריאל עילת תביעה בגין פגיעה בפרטיות, שכן, במילותיו של בית המשפט לערעורים של ה-5th Circuit, בארצות הברית, שנאמרו בהקשר דומה: "the publicity he got was only that which he had been constantly seeking and receiving" (*O'Brien v. Pabst Sales Co.*, 124 F.2d 167 (1941)).

33. אין אריאל מבקש למנוע שימוש מסחרי בשמו – מבקש הוא למנוע שימוש שאת תמורתו לא יקבל. תר הוא אחר אינטרס כלכלי – כספי, ולא אחר אינטרס אישי – רגשי. אין זו הפגיעה ברגשותיו אותה הוא מבקש לרפא, כי אם את הפגיעה האסורה, אולי, בקניינו. לא לכך נועדה ההגנה על הפרטיות. היא נועדה ליתן פיצוי בגין עוגמת נפש – קרי בגין נזק נפשי, להבדיל מנזק כלכלי, שהוסב לאדם. זוהי הגנה אשר עניינה בצנעת חייו של הפרט ובפגיעה ברגשותיו אותה הוא חווה עת מופרת האינטימיות של חייו. כך הוסבר הצורך בחקיקת חוק אשר יגן על הזכות לפרטיות במדינת ישראל:

הפרט מוצא עצמו חשוף לעין כל בנושאים שהצנעה יפה להם והוא חש שענייניו האישיים האינטימיים ייפכו – ללא הצדקה – לנחלת הציבור. מצב חדש זה יצר את הצורך לשריין את ההגנה על זכותו של אדם לפרטיות (תש"ם, ה"ח 1453, בעמ' 206).

אף הפסיקה, אשר אימצה את הגדרתם האמורה של וורן וברנדייס לזכות לפרטיות, מיקדה אותה בצנעת הפרט, בהנחת האדם לנפשו, ובחרותו. במילותיו של הנשיא (אז – המשנה לנשיא) א' ברק:

זכות הפרטיות מותחת את הקו בין הפרט לבין הכלל, בין "האני" לבין החברה. היא משרטטת מיתחם אשר בו מניחים את הפרט לנפשו, לפיתוח "האני" שלו, בלא מעורבות של הזולת (בג"צ 2481/93 ד"ר נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456, 471).

גם הנשיא מ' שמגר, בפרשת ועקנין הנ"ל, בעמ' 851, הסביר כי פגיעה בפרטיות קיימת מקום בו:

מעשה...עלול להדיר אדם משלוותו, מהרגשת הביטחון האישי שלו ומתחושתו, כי הוא יכול לנהל את חייו לעצמו, בלי שענייניו הפרטיים הופכים לתצוגה לאחרים... (וראו גם דבריו של שופט המיעוט באותה פרשה, ג' בך, בעמ' 864).

עניינה של זכות הפרטיות הוא, איפוא, באינטרס האישי של האדם בפיתוח האוטונומיה שלו, במנוחת נפשו, בזכותו להיות עם עצמו, ובזכותו לכבוד ולחרות (ראו גם: ע"פ 1302/92 מדינת ישראל נ' נחמיאס, פ"ד מט(3) 309, 353). אין לומר כי עיקר עניינה באינטרס כלכלי.

אפילו ניתן היה לעגן במסגרת הגנת הפרטיות גם את ההגנה על זכויות כלכליות, במיוחד לאור ניסוחו של סעיף 2(6) לחוק, אין החוק מקנה לזכויות הכלכליות הגנה ראויה. חוק הגנת הפרטיות אינו מעניק לידוען את הסעד בו הוא חפץ, ואשר יבטא את הפגיעה ממנה סבל. החוק, כשלעצמו, מעניק לו אך פיצויים בגין עוגמת נפש, ולא אלה הם מושא התביעה כאן. השימוש המסחרי בשמו של אריאל כאן הסב לו נזק כלכלי בלבד. בנוסף, בהיותה זכות אישית, ולא כלכלית, אין הזכות לפרטיות עבירה. לא כך, זכותו של הידוען לעשות שימוש מסחרי בשמו. זו מעצם טיבה, היא עבירה – הידוען יכול (ומעוניין) להעניק לצד ג' רישיון שיאפשר לו לעשות שימוש בלעדי בשמו או אף למכור לו את הזכות לשימוש שכזה. גם צד ג' זה ראוי להגנה, שרק היא תבטיח, בעבור הידוען, את ערך השוק של זכותו.

לאור כל זאת, סבורים אנו כי אין מקום להכיר בעילת תביעה בגין פגיעה בפרטיותו של ידוען מקום בו נעשה שימוש מסחרי בשמו אשר הסב לו נזק כלכלי בלבד.

34. אך מובן הוא כי ניתן, במקרים המתאימים, לקבוע כי נפגעה פרטיותו של אדם כמתואר בחלופה המנויה בסעיף 2(6) לחוק הגנת הפרטיות. במקרים אלה יעניק לו החוק את ההגנה אותה הוא מבקש, והדברים נגזרים מהדברים אותם אמרנו. פרטיותו של האדם נפגעת בשל השימוש בשמו למטרות רווח מבלי שניתנה לשם כך הסכמתו, מקום בו שימוש שכזה גורם לו לנזק נפשי. אמרנו כבר, כי נזק שכזה לא יכול להתקיים מקום בו הידוען עצמו עושה שימוש מסחרי בשמו, וכל מעייניו בקבלת התמורה הכספית בגין שימוש זה. אך אין בכך כדי לומר כי לסעיף 2(6) לא תהא לעולם נפקות באשר לידוענים. ישנם, למשל, ידוענים המתנגדים באופן עקרוני לעשיית שימוש מסחרי בשמם. אלה, נמנעים מלהתיר שימוש מסחרי בשמם, תהא אשר תהא התמורה הכספית אשר תוצע להם. עבורם, השימוש המסחרי פוגע בתדמיתם, ומסב להם נזק רגשי אמיתי. הם עשויים לראות בשימוש הפרסומי בדמותם משום בגידה בערכים בהם הם מאמינים.

דוגמה למקרה כזה ניתן למצוא בפסק הדין *Kennedy Onassis v. Christian Dior – New York, Inc.* 472 N.Y.S.2d 254, אשר ניתן בבית המשפט העליון של מדינת ניו יורק בשנת 1984. באותו עניין הופיעה במודעה שפרסמה חברת האופנה כריסטיאן דיור, תמונתה של דוגמנית אשר דמתה דימיון יוצא דופן לז'קלין קנדי אונסיס, אלמנתו של נשיא ארצות הברית ג'ון פיצג'רלד קנדי, ורעייתו לשעבר של אריסטוטל אונסיס, אז מעשירי תבל. חברת כריסטיאן דיור לא הכחישה כי בחרה להשתמש בדוגמנית אך בשל דימונה לגב' קנדי אונסיס, וזאת על מנת לנצל את הדימוי הציבורי של האחרונה. הגב' קנדי אונסיס הגישה תובענה, ובה ביקשה צו מניעה כנגד הפרסום. התובענה נתקבלה. הגב' קנדי אונסיס הסבירה כי מעולם לא התירה שימוש בשמה או בתמונתה בקשר לקידום מוצרים מסחריים. בשמה, כך היא הדגישה, נעשה שימוש מועט, ואף זאת, רק בקשר לשירותים ציבוריים, בקשר למפעלי תרבות או בקשר למיזמים חינוכיים, שהיא תמכה בהם כחלק מפועלה הפילנתרופי. ואכן, בעניינה, נפגעה זכותה של האישה הנודעת לפרטיות בעקבות השימוש שנעשה בדמותה (על כך ששימוש ב"כפיל" כמוהו כשימוש בתמונתו של אדם, ראו: ת"א (שלום י-ם) 11049/90 רופ נ' "און" הנדסה מיזוג אויר (1973) בע"מ, פ"מ תשנ"ד(4) 500). הגב' קנדי אונסיס, התובעת בפרטיות, אכן חפצה, ככל שהדברים נוגעים לפרסום מסחרי, "להיעזב לנפשה".

לא זהו המקרה שבפנינו. אריאל עשה שימוש מסחרי (ואפילו לשם פרסומו של אותו מוצר עצמו) בשמו, ולכן אין לקבל את טענתו בדבר עוגמת הנפש, כביכול, שהסב לו השימוש בשמו למטרות רווח על ידי מקדונלד'ס. זכותו הכלכלית נפגעה. לא הזכות

לפרטיות. שגה, לפיכך, בית המשפט קמא כאשר קבע כי נפגעה זכותו של אריאל לפרטיות.

הזכות לפרסום

35. האם משמעם של הדברים האמורים היא שלידוען, העושה הוא עצמו שימוש מסחרי בשמו (ולכן מתקשה לטעון לפגיעה בפרטיותו), אין כל הגנה בפני הגוזל ממנו את הפרי שנושאים שמו, דמותו או קולו, והעושה בו שימוש מסחרי ללא הסכמתו? התשובה לשאלה זו, כך אנו סבורים, חייבת להיות בשלילה.

הצורך להכיר בזכות כלכלית, שאינה אישית, המגנה על יכולתו של הידוען לשלוט בשימוש המסחרי הנעשה בשמו, בדמותו או בקולו, הוא פועל יוצא של מציאות החיים הכלכלית והתקשורתית של העולם המודרני. כיום, שירותיהם של ידוענים מתחומי הבידור, הספורט והפוליטיקה, נשכרים כמעשה יום ביומו על מנת שישמשו במסעות פרסום לשיווקם של מוצרים ושל שירותים. בתמורה להסכמה לדבר בשבחו של מוצר זה או אחר, או להסכמה כי שמו יתנוסס על גבי המוצר, משתלמת לידוען תמורה. ערכה הכספי של זכות הפרסום הוא משמעותי.

להתפתחות זו של חיי המסחר המודרני, נצרך המשפט ליתן דעתו. הידוען אוחד בזכות כלכלית, שאחרים מעוניינים לרכוש אותה או לשכור אותה ממנו. על זכות זו, ראוי שהמשפט יגן, בדרך של מניעת הפגיעה בה. דברים דומים נאמרו לאחרונה על ידי בית המשפט באנגליה, שנמנע קודם לכן מלפרוס הגנה משמעותית על האינטרס של הידוען בפרסומו:

The reason large sums are paid for endorsement is because, no matter how irrational it may seem to a lawyer, those in business have reason to believe that the lustre of a famous personality, if attached to their goods or services, will enhance the attractiveness of those goods or services to their target market...Manufacturers and retailers recognize the realities of the market place when they pay for well known personalities to endorse their goods. The law...should do likewise (*Irvine v. Talksport* [2002] 2 All ER 414, at pp. 426-427 (Ch D)).

בארצות הברית, עמד על כך השופט אדווין הולמס (Holmes) בדעת מיעוט, כבר בשנת 1942, בפרשת *O'brien* הנ"ל (ראו גם: S. W. Halpern "The Right of Publicity: Commercial Exploitation of the Associative Value of Personality" 39 *Vand. L. Rev.* (1986) 1199).

36. ואכן, כדי להגן על האינטרס הכלכלי של הידוען בשמו, בדמותו ובקולו, נתגבשה במשפט האמריקאי ההכרה בזכות חדשה, שתהלוך אינטרס זה. זוהי, כלשונו של הפסיקה והחקיקה האמריקאית - "הזכות לפרסום" (Right of Publicity).

הזכות תוארה בפסק הדין החשוב, *Haelan Laboratories, Inc. v. Topps*, *Chewing Gum, Inc.* 202 F.2d 866 אשר ניתן בשנת 1953 בבית המשפט לערעורים של ה-2nd Circuit. באותו מקרה, נאלץ בית המשפט להתמודד עם הקשיים שמעלה, כאמור, הניסיון לעגן את הזכות הכלכלית של הידוען בשמו, בזכות לפרטיות. שחקן בייסבול מכר לתובע, יצרן של גומי לעיסה, את הזכות הבלעדית להשתמש בתמונתו בקשר למכירת גומי לעיסה. מאוחר יותר, התקשר אותו השחקן בחוזה זה עם הנתבע, אף הוא יצרן של גומי לעיסה. התובע הגיש תביעה כנגד הנתבע בגין השימוש בתמונת השחקן. הנתבע טען כי לתובע אין עילת תביעה כנגדו, שכן כל שהעניק לו השחקן בחוזה שכרת עימו, היה פטור מאחריות בגין הפרת הזכות לפרטיות. בית המשפט קיבל את התביעה, ובדעת רוב, מפי השופט ג'רום פרנק (Frank), הסביר את התוצאה בקיומה של זכות חדשה, הזכות לפרסום, זכות שהיא שונה ונפרדת מזכות הפרטיות:

We think that, in addition to and independent of that right of privacy...a man has a right in the publicity value of his photograph...Whether it be labeled a 'property' right is immaterial; for here, as often elsewhere, the tag 'property' simply symbolizes the fact that courts enforce a claim which has pecuniary worth.

This right might be called a 'right of publicity'. For it is common knowledge that many prominent persons (especially actors and ball-players), far from having their feelings bruised through public exposure of their likeness, would feel sorely deprived if they no longer received money for authorizing advertisements, popularizing their countenances, displayed in newspapers, magazines, buses, trains and subways. This right of publicity would usually yield them no money unless it could be made the subject of an exclusive grant which barred any other advertiser from using their pictures (*Ibid.*, at p. 868).

37. בית המשפט העליון האמריקני, ביטא דברים דומים, בשנת 1977, בפרשה האחת בה נידונה בפניו הזכות לפרסום. באותו מקרה, היה התובע "אמן" אשר ביצע הופעות במסגרתן היה נורה מתוך תותח. כחלק מדיווח חדשותי על ביצועיו, שודרה הופעתו זו, בת כ-15 השניות, במלואה בטלוויזיה. התובע תבע את חברת החדשות, בגין הפגיעה בזכותו לפרסום. בפסק דין, שלא תמיד חדות בו ההבחנות בין הזכות לפרסום לבין זכות היוצרים שבהופעה עצמה, קבע בית המשפט בדעת רוב, כי זכות הפרסום של התובע גוברת על חופש הביטוי של חברת החדשות, המוגן בתיקון הראשון לחוקה האמריקנית. שופטי הרוב, מפי השופט וייט (White), ביקרו את ההשענות של בית המשפט העליון של אוהיו באותה פרשה, על תקדימים אשר נגעו לפגיעה בזכות לפרטיות:

The differences between these two torts are important. First, the State's interests in providing a cause of action in each instance are different. 'The interest protected' in permitting recovery for placing the plaintiff in a false light 'is clearly that of reputation, with the same overtones of mental distress as in defamation'...By contrast, the State's interest in permitting a 'right of publicity' is in protecting the proprietary interest of the individual...and [has] little to do with protecting feelings or reputation. Second...An entertainer such as petitioner usually has no objection to the widespread publication of his act as long as he gets the commercial benefit of such publication. Indeed, in the present case petitioner did not seek to enjoin the broadcast of his act; he simply sought compensation for the broadcast in the form of damages (*Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Company* 433 U.S. 562, at pp. 573-574).

(וראו גם את דברי שופטי המיעוט, אשר את פסק דינם כתב השופט פאול (Powel), בעמ' 581-582).

ההצדקות להכרה בזכות לפרסום

38. הזכות לפרסום היא, אפוא, זכות כלכלית הנתונה לאדם לסחור ב"פרסונה" שלו - בדמותו, בקולו ובשמו. היא מקנה לאדם שליטה מונופוליסטית על השימוש שייעשה בדמותו, בקולו ובשמו, לצורכי מסחר וקידום מכירות. מאז הוכרה לראשונה על ידי

הפסיקה האמריקאית, דנה הכתיבה המשפטית בדבר מידת נחיצותה של הזכות ובדבר ההצדקה לקיומה כזכות קניינית באופייה.

ההצדקות לקיומה של הזכות, מתבססות על תיאוריות שונות המסבירות את הצורך בהגנת הקניין הפרטי. שופטי הרוב בפרשת *Zacchini*, סברו כי יש להגן על זכותו של הידוען בדמותו, בין השאר, כיוון שהינה פרי עמלו שלו – התוצר של מאמציו להצטיין בתחום מקצועו. זוהי ההצדקה הלוקיאנית, של תורת העבודה, לקיומה של הזכות, והניח אותה אחד המלומדים האמריקאיים המרכזיים בתחום דיני זכויות יוצרים, מלוויל נימר:

It is...unquestionably true that in most instances a person achieves publicity values of substantial pecuniary worth only after he has expended considerable time, effort, skill and even money. It would seem to be a first principle of the Anglo-American jurisprudence, an axiom of the most fundamental nature, that every person is entitled to the fruit of his labors unless there are important countervailing public policy considerations (Nimmer, *op. cit.*, at p. 216).

לא נכחד, כי במקרים רבים לא נצרך הידוען להשקיע עבודה רבה ברכישת פרסומו. אלא שאפילו זכה אדם בנכס אך הודות למזלו הטוב, ומבלי שהשקיע כל מאמץ ביצירתו, אין בכך כדי למנוע ממנו את הגנת הדין. כפי שהבהיר זאת בית המשפט לערעורים של ה-9th Circuit:

The law protects the celebrity's sole right to protect [the celebrity] value whether the celebrity has achieved her fame out of rare ability, dumb luck, or a combination thereof (*Vanna White v. Samsung Electronics America, Inc.* 971 F.2d 1395, at p. 1399 (1992)).

39. הניסיון להציג את הידוען כמי שיצר את פרסומו, שימש לאחרונה כמושא לביקורת נוקבת מצידם של מלומדים אשר בחנו את הסוגייה מהיבט סוציולוגי ותרבותי. אלה טוענים כי, בפועל, הציבור, ולא הידוען, הוא שיוצר את פרסומו של הידוען:

Fame is a 'relational' phenomenon, something that is *conferred by others*. A person can, within the limits of his natural talents, *make himself* strong or swift or learned. But he cannot, in this same sense, make himself famous, any more than he can make himself loved. Furthermore, fame is often conferred or withheld, just as love is, for reasons and on grounds other than 'merit'...The reason one person wins universal acclaim, and another does not, may have less to do with their intrinsic merits or accomplishments than with the needs, interests, and purposes of their audience. The 'canon [of great names]' – literary, scientific, cultural, even athletic – is in fact a 'socially constructed reality,' not a 'law of nature' (M. Madow "Private Ownership of Public Image: Popular Culture and Publicity Rights" 81 *Cal. L. Rev.* (1993) 125, at p. 188 - במקור).

ראיית עולם זו עוררה את הטענה כי אין להעניק לאדם זכות קניין בפרסומו, ויש לשמר זכות זו, לפחות בחלקה – לציבור, שהרי זה האחראי לקיומה. יש המוסיפים ומזהירים, כי בהקנותו את זכות הפרסום לידוענים – לאנשים פרטיים - על אף שהציבור הוא שיצר את ערכו הכלכלי של הפרסום, מאפשר המשפט לבעלי עניין – ל"תעשיית הבידור" - לייצר ולהפיץ משמעות וזהות. כך, לשיטת מבקרים אלה, מחזק המשפט את שליטתה של תעשייה זו בתרבות – תרבות שהייתה, גם "הודות" לזכות הפרסום – לתרבות של צריכה, תרבות אינדיבידואליסטית ואופורטוניסטית הסוגדת לפרסום ולידוענים (*Ibid.*, at pp. 138-146, 226-228).

40. אין לחדד כי בצידן של טענות מעין אלה יש אמת (אף כי גם לא מעט מן הקנאה – שאין לך קשה מן הקנאה ואין לך שמחה כשמחה לאיד), אך סבור אני כי אין די בהן על מנת לפסול את זכות הפרסום. אכן, לפרסומו של אדם אחראי גם הציבור. אך הדבר נכון, באותה מידה כמעט, גם באשר לזכויות קניין אחרות. הללו, כולן הן פרי ההבנייה החברתית. מבלי שבני החברה ייחסו לנכסים השונים משמעות, יהיו הזכויות בנכסים אלה חסרות כל ערך (טול מהכסף את ההבנייה החברתית שמעניקה לו משמעות, ושוב אין הוא אלא פיסת נייר). כדבריו של פרופ' מ' וולצר:

All the goods with which distributive justice is concerned are social goods... Goods in the world have shared meanings because conception and creation are social processes. For the same reason, goods have different meanings in different societies. The same 'thing' is valued for different reasons, or it is valued here and disvalued there (M. Walzer

Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality (1983) 7).

אף ערך זכותו של בעל נכס מקרקעין מוכתב בידי הביקוש וההיצע שבשוק, שהם הפועל היוצא של העדפות חברתיות אלה ואחרות. ניתן להדגים זאת באמצעות המקרה של זכויות היוצרים (אכן, הגנת זכויות היוצרים נחשפה לאחרונה לאותה ביקורת המוטחת בזכות לפרסום: S. E. Sterk "Rhetoric and Reality in Copyright" 94 *Mich. L. Rev.* (1996) 1197, at pp. 1237-1238). הצלחתה של יצירה המוגנת בזכות יוצרים, היא פרי של מציאות חברתית, של "אופנות" חולפות בהעדפות הציבור ושל יחסם של אמצעי התקשורת ההמוניים אל היצירה, לא פחות משהיא פועל יוצא של כישרונו של היוצר. יצירותיו של שיקספיר לא היו "שיקספיריות" אלמלא הקנוניזציה שלהן, לה אחראי הדימוי הציבורי שנוצר סביבן, לא פחות מאשר כישרונו יוצא הדופן של מחברן. לא אחת כשל מי שמוכר בדברי ימי האומנות כאמן דגול, טלו את וינסנט ואן גוך כמשל, בניסיונותיו למכור את יצירותיו לבני זמנו. תפיסות חברתיות אשר שלטו באותו הזמן לא ייחסו ליצירתו כל חשיבות. רק עם שינויים בעמדות הציבוריות, ובעקבות פועלם של מעצבי דעת קהל, זינק ערכה.

כזה הוא גם היחס שבין זכות הפרסום לבין משתנים חברתיים. פרסומו של שחקן כדורגל מצליח, למשל, הוא רב, ובהתאם גבוה ערכה של זכות הפרסום שלו, בעוד ששחקן בדמינגטון מצליח, לא ימשוך, ברוב המקרים, עניין ציבורי כלשהו. כבמקרה של נכסי המקרקעין באזור נתון, כמו גם במקרה של האמנות האקספרסיוניסטית, ערכו של הנכס הוא פועל יוצא של העדפות ציבוריות, של גחמות חברתיות, של כוחם של אמצעי התקשורת ושל שורה של גורמים מקריים.

41. חרף התרומה המשמעותית שמרים הציבור לערכו של כל נכס, מעניק החוק זכויות לבני אדם פרטיים באותם הנכסים. זאת תוך סיוגה של הזכות בהגנות המתירות לציבור שימושים מסויימים בנכס. כך מצינו בחוק זכות יוצרים את הגנת השימוש ההוגן (ראו סעיף 2 לחוק), וכך גם את הגבלת ההגנה על זכות היוצרים בזמן. כך גם עלינו לנקוט לגבי הזכות לפרסום. על אף שאין חולק על כך שהציבור שותף ביצירתה, ראוי להכיר בה כזכות פרטית. אכן זו אינה זכות מוחלטת. מן הראוי להתיר שימוש חופשי בדמותו ובשמו של הידוען בהקשרים מסויימים. השאלה באילו הקשרים מוגנת הזכות נידונה בארצות הברית (ראו למשל: *Restatement Third, Unfair Competition* §47; *Comedy III Productions, Inc. v. Saderup, Inc.*, 21 P.3d 797 (Supreme Court of California, 2001); *ETW Corporations v. Jireh Publishing, Inc.*, 332 (F.3d 915 (6th Cir., 2003)). בענייננו שלנו, נשא השימוש שנעשה בשמו של אריאל

אופי מסחרי מובהק מאין כמוהו, ואין אנו נצרכים לשאלה זו; נסתפק בדיון קצר בה בהמשך הדברים. יש להתחשב בשיקולים הציבוריים הללו גם בעת שאנו קובעים את משך זמן תוקפה של ההגנה שניתנת לזכות, ובעת שאנו נדרשים לשאלה אם היא ניתנת להורשה (ואכן השיקול הציבורי נזכר בפסיקה אשר מנעה את הורשת זכות הפרסום – *Memphis Development Foundation v. Factors Etc.*, 616 F.2d 956, at pp. 959-960 (6th Cir., 1980).

42. מתקשה אני לקבל את הגישות השוללות את זכות הפרסום גם בשל טעם נוסף. נאמר כי הציבור רכש לעצמו זכות בפרסומו של הידוען, מכוח תרומתו להתהוותו, אין בכך עדיין כדי להסביר מדוע נתונה לפרט אחר היכולת לקטוף את פירותיה הכלכליים של זכותו של הידוען. שהרי אין זה "הציבור" בכללותו שזוכה בתמורת השימוש בפרסומו של אדם למטרות מסחר, במידה שזכות זו אינה שמורה לידוען, כי אם פרט אחר כלשהו באותה חברה (במקרה שבפנינו, למשל, הייתה זו מקדונלד'ס). ברי הוא כי כל פרט נתון תרם פחות לפרסומו של הידוען מאשר הידוען עצמו (אף אם החברה בכללותה תרמה לכך יותר מהידוען). ממילא אין הצדקה להתיר לזר להבנות מפרסומו של הידוען, למטרות מסחר.

מתנגדי זכות הפרסום טוענים כאמור עוד כי במתן זכות קניינית, או מעיין קניינית, בפרסומו של אדם, יש פסול חברתי נוסף: תרומה לקיומה של תרבות הצריכה המודרנית. זהו טיעון פסול אפילו קולע הוא לטעמנו. לטוב ולרע, זוהי התרבות של החברה המערבית בה אנו חיים. היא התוצר של תהליכים חברתיים, תרבותיים וכלכליים ממושכים ועמוקים. הניסיון לייחס לזכות לפרסום דווקא חלק משמעותי ביצירתה נדון לכישלון. החתירה לתיקונה של התרבות והחברה המודרנית, תהא ראוייה ככל שתהא, לא תושג ממילא בכוחו של אקט משפטי אחד ויחיד – ביטול הזכות לפרסום. בסופו של יום, יש באי מתן הגנה לזכות לפרסום משום עצימת עיניים אל מול פני המציאות.

43. עד כאן, באשר להצדקה הלוקיאנית להכרה בזכות, ולביקורת שהוטחה בה. זהו אינו ההסבר היחיד לקיומה של הזכות. רבים מוצאים שיש בהגנה על הזכות לפרסום, כבהגנה הניתנת לשאר זכויות הקניין הרוחני, משום מתן תמריץ ליצירה וליוזמה אישית (*Zacchini*, at p. 573; P. L. Felcher & E. L. Rubin "Privacy, Publicity, and the Portrayal of Real People by the Media" 88 *Yale L. J.* (1979) 1577, at p. 1601). בהגנו על האינטרס הכלכלי הנצמח לאדם מפרסומו, מעודד המשפט את האדם לפתח את אישיותו ולקנות לעצמו פרסום על ידי הצטיינות בתחום עיסוקו – הצטיינות אשר מפרה מצידה את המרחב הציבורי.

אכן, אין לקבל הנחה זו כמובנת מאליה. פעמים רבות, כך ידענו, פרסומו של האדם נובע מגורמים מקריים ולא ענייניים, אשר בינם לבין העשרת המרחב הציבורי אין ולא כלום. כך למשל, בפרשת *Maritote v. Desilu Productions, Inc.* 345 F.2d (7th Cir., 1965), תבעו יורשיו של המאפיונר אל קפון (Capone) את החברה שהפיקה את סדרת הטלוויזיה "הבלתי משוחדים" בגין שימוש לא מורשה למטרות רווח בשמו ובדמותו של הפושע הנודע; ספק אם במקרה שכזה מתמרצת הזכות לפרסום את העשרת המרחב הציבורי.

44. עוד יש החולקים על מידת התמריץ שיש בכוחה של זכות הפרסום ליצור. בניגוד לזכות היוצרים, זכות הפרסום מגנה על רווחים שהם תוצר לוואי של פעילות מכניסת רווחים אחרת של הידוען (בתחומי הספורט או הבידור, למשל). לפיכך, נטען, כי גם בהעדרה של יכולת להפיק רווחים מהשימוש הפרסומי בדמות הידוען ובשמו, יתקיימו די תמריצים אשר יעודדו אנשים להצטיין בתחום עיסוקם:

This incentive argument is certainly a compelling justification for other forms of intellectual property. Copyright law, for example, protects the primary, if not the only, source of a writer's income, and thus provides a significant incentive for creativity and achievement. The incentive effect of publicity rights, however, has been overstated. Most sports and entertainment celebrities with commercially valuable identities engage in activities that themselves generate a significant amount of income; the commercial value of their identities is merely a by-product of their performance values (*Cardtoons, L. C. v. Major League Baseball Players Association*, 95 F.3d 959, at p. 973 (10th Cir., 1996)).

דומה כי הטוענים כך ממעיטים יתר על המידה בערכה הכלכלי של הזכות לפרסום. בזכות עשויות להיות כרוכות הטבות כספיות בסכומי עתק (ראו, למשל, הנתונים המובאים ב: M. B. Jacoby & D. Leenheer Zimmerman "Foreclosing on Fame: Exploring the Uncharted Boundaries of the Right of Publicity" 77 *N.Y.U. L. Rev.* (2002) 1322, at pp. 1330-1332), אלה יכולות לעלות בערכן על ערך ההכנסות אותן מפיק הידוען ממקצועו העיקרי. אין על כן למהר ולפטור את תפקיד הזכות כתמריץ, אפילו פחותה חשיבותה כתמריץ מחשיבותן, של ההגנה על פטנטים ועל זכויות יוצרים.

45. הצדקה כלכלית אחרת לקיומה של זכות הפרסום כזכות קניין פרטית, מתבססת על נחיצותו של ניהול יעיל של משאבים בתנאי מחסור. לפי שיטה זו, הכרה בזכותו של אדם בדמותו היא חיונית, שכן אחרת, יעשה שימוש יתר בדמות למטרות פרסום, וכתוצאה מכך יאבד ערכה הפרסומי (R. Posner *The Economics of Justice* (1981) 255-256). יש החולקים על מידת הממשות של איום זה, ועל מידת העניין הציבורי בניהול יעיל של השימוש בדמות הידוען, בהתחשב בעובדה, שהפרסום אינו משאב נדיר (D. Leenheer Zimmerman "Fitting Publicity Rights into Intellectual Property and Free Speech Theory: Sam, You Made the Pants Too Long!" 10 *De Paul-LCA J. Art. & Ent. L.* (2000) 283, at pp. 309-311).

46. הסבר אחרון לקיומה של הזכות לפרסום כרוך באופי של נשוא ההגנה בידי הזכות – דמותו של האדם. הסבר זה חוזר ומדגיש את הקשר שבין זכות הפרסום הקניינית לבין שורשיה הראשונים בהגנת הפרטיות – ומבקש לראות בה זכות הקשורה בעבותות באישיותו של האדם:

The problem is that in the process of defining the right of publicity as a strictly economic property right..., the right of publicity lost a crucial part of its *raison d'être* as a right based on, and protective of, personal autonomy...One could (...consistently with existing societal and legal norms) choose the Kantian Model, and assert that there is an underlying self; that while there is a difference between the self and objectification (or commodification) of the self, the latter does not negate the former (indeed, it derives from the former); that a property right which provides for control over objectification of identity is not logically opposed to an autonomy right that protects the self; and that the two can, in fact, be viewed as two facets of freedom... (A. Haemmerli "Whose Who? The Case for a Kantian Right of Publicity" 49 *Duke L. J.* (1999) 383, at pp. 408-409, 427).

כך קושרות גישות אלה את זכות הפרסום לחרות האדם, בראותן את הקניין בכלל כאובייקטיביזציה של האישיות. אסכולה זו כופרת בתיאוריית העבודה – בתפיסה לפיה קניין נרכש באמצעות עבודה (*Ibid.*, at pp. 419-421). היא יונקת מתאוריה אחרת: תאוריית ה-personhood, אשר הוצגה על ידי פרופ' מרגרט רדין (Radin), ואשר לפיה כרוכים נכסים מסויימים באישיותו של האדם, ועל כן נדרשת זכותו בהם

M. J. Radin "Property and Personhood" 34 *Stan. L. Rev.* (1982)) להגנה נרחבת (957).

47. ומן הכתבים אל הדין: יותר ממחצית ממדינות ארצות הברית מכירות כיום, בין מכוח הפסיקה ובין מכוחן של הוראות שבחוק, בזכות לפרסום, כזכות הנפרדת מן הזכות לפרטיות וכאינטרס קנייני הניתן להעברה (J. T. McCarthy "Protection of the Athlete's Identity: The Right of Publicity, Endorsements and Domain Names" 195, at p. 199 *Marq. Sports L. Rev.* (2001) 11. יצויין, כי דווקא במדינת ניו יורק, מולדתה של זכות הפרסום, שוב אין היא מוכרת כזכות נפרדת מהזכות לפרטיות. זאת, בעקבות פסק הדין בפרשת *Stephano v. News Group Publications Inc.*, 64 N.Y.2d (CA, 1984) 174). כזכות עצמאית מופיעה זכות הפרסום כיום גם ב- Restatement Third, Unfair Competition §46. התייחסות זו אל הזכות במסגרת הפרק "Appropriation of Trade Values" המירה, בשנת 1995, את ההתייחסות הקודמת אל הזכות במסגרת הפרק "Invasion of Privacy" אשר הופיע ב- Restatement (Second) of Torts.

ברבות ממדינות ארצות הברית המכירות בזכות לפרסום, ניתנת הזכות להורשה. עוד נפסק, כי דוקטרינת המכירה המקורית (First Sale Doctrine), לה כפופות זכויות הקניין הרוחני האחרות, חלה על הזכות לפרסום; דהיינו – משמכר אדם רישיון לעשות שימוש בדמותו למטרות פרסום מסויימות, אובדת לו השליטה על אותן הזכויות. רוכשן, יכול למוכרן לכל מאן שהוא, והידוען לא יוכל לתבוע את הקונה בגין השימוש שיעשה בדמותו, כל עוד נעשה שימוש זה למטרות הפרסום המנויות בהסכם המקורי (*Allison v. Vintage Sports Plaques*, 136 F.3d 1443 (11th Cir. 1998)). יש אף המציעים, לאפשר את שעבודה ואת עיקולה של זכות הפרסום, במקרה שבעליה פושט רגל (M. B. Jacoby & D. Leenheer Zimmerman "Foreclosing on Fame: Exploring the Uncharted Boundaries of the Right of Publicity" 77 *N.Y.U. L. Rev.* (2002) 1322).

48. הבאנו את כל אלה כדי להבהיר מדוע ראוי, כי גם במשפט הישראלי, תינתן הגנה לזכותו הכלכלית של האדם לעשות שימוש בשמו לצרכי פרסום. הביקורת המוצדקת בחלקים מסויימים שלה, על עצם מתן ההגנה, תזכה למענה בהכפפת הזכות למגבלות שמטיל עליה חופש הביטוי. ההגנה על הזכות היא פועל יוצא מן ההוראות הקיימות בדין. היא הוכרה בפועל גם קודם לכן אלא שהעיגון שנמצא לה היה שגוי. חוק הגנת הפרטיות לא נועד להגנה זו אותה ביקש אריאל לעצמו. החוק הישראלי טרם

הכיר מפורשות בזכות קניינית לפרסום (לצורך בהכרה חקיקתית מעין זו בזכות הנפרדת מהזכות לפרטיות, ראו במאמרה המקיף של ט' שפרבר "זכות הפרסום: הארות והערות" משפטים לג (תשס"ג) 187). שומה עלינו איפוא לברר מהי אותה עילה חוקית, אם בכלל, שבה ניתן לתלות את ההגנה על הזכות לפרסום (יצויין כי משנת 1974 ועד לחקיקת חוק הגנת הפרטיות, כללה פקודת הנזיקין את סעיף 34א, אשר הכיר בעוולה "פגיעה בדמותו של אדם" – שהיא "השימוש ללא הסכמתו בשמו, בכינויו, בתמונתו או בקולו, למסחר או לפרסומת מסחרית". ראו: חוק לתיקון פקודת הנזיקין (מס' 5), תשל"ד-1974, ס"ח 737, בעמ' 94).

גניבת עין

49. אכסניה אפשרית אחת לזכות לפרסום היא עוולת גניבת העין (סעיף 1 לחוק העוולות המסחריות). אף בענייננו שלנו, מנה אריאל בכתב התביעה שהגיש, בין יתר עילות התביעה להן טען, את "הפגיעה במוניטין". ההצדקה העיונית לעיגון האינטרס הכלכלי בשמו של האדם בעוולת גניבת העין, היא שאחת הסיבות להגנה על זכות הפרסום, היא הרצון להגן על הצרכנים בפני הטעייתם על ידי סוחרים העושים שימוש לא מורשה בשמו של הידוען. שימוש זה יוצר רושם מוטעה לפיו אותו הידוען תומך, מאשר או מקדם את המוצר הנוגע לעניין – ועל כן יש לראות בפעולה זו משום יצירת זיקה שקרית בין המוניטין של הידוען לבין המוצר או השירות.

50. באנגליה, בה אין הדין מכיר בזכות לפרסום כזכות עצמאית (ראו: *Elvis W.R. Cornish*, *Presley Trade Marks* [1999] R.P.C. 567, at pp. 597-598 (CA) *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights* (1999, 4th ed.) 640-643), מוגשמת ההגנה המרכזית על ערכו הכלכלי של פרסום הידוען במסגרת עוולת גניבת העין (Passing Off).

אלא שהתובעים אשר ביקשו להסתמך על עוולה זו באנגליה, מצאו עצמם ניצבים, במרבית המקרים, בפני קושי עליו לא יכולים היו להתגבר – קושי אשר מדגים את הבעייתיות שבעיגון הזכות לפרסום בעוולת גניבת העין. הפסיקה דרשה מהתובעים כי יוכיחו שהם עוסקים באותו תחום עיסוק בו עוסק המפרסם (common field of activity) – כתנאי להוכחת קיומם של סכנת הטעיית לקוחות ושל נזק. כך, במקרה הראשון בו נידונה זכותו של אדם ידוע למנוע שימוש בשמו על ידי אחר לקידום מוצריו, נדחתה תביעתו של רופאה האישי של המלכה ויקטוריה כנגד מפיץ תרופות אשר פירסמן באמצעות שמו. זאת, היות שהרופא לא עסק בייצור תרופות (*Clark v.*)

כי *Freeman* [1848] 17 L.J. Ch. 142. באופן דומה נפסק, כמאה שנים מאוחר יותר, כי השימוש שעשתה חברה מסחרית בכינויו, וברמזים לדמותו של מגיש תוכניות ילדים פופולרי, לשם שיווק דגנים, לא עלה לכדי גניבת עין. זאת, בשל שהמגיש לא עסק בייצור או בשיווק דגנים (*McCullough v. May* [1947] 2 All E.R. 845 (Ch D)).

בפרשה ידועה אחרת, נקבע כי אין זה סביר כי צרכנים יטעו לסבור כי להקת הפופ השבדית הנודעת "אבבא" (Abba) אישרה את איכות מוצריו של יצרן חולצות ומוצרים נלווים אחרים הנושאים את תמונות חברי הלהקה. לפיכך תביעת הלהקה כנגד היצרן נדחתה (*Lyngstad v. Anabas Products* [1977] F.S.R. 62 (Ch D)). יסוד זה, לאמור הצורך להוכיח כי התקיימה סכנה להטעיית הלקוח לסבור כי הידוען, שבדמותו נעשה השימוש הלא מורשה, ערב לאיכות המוצר, וכי רושם מוטעה זה הוא המניע את הציבור לרכוש את המוצר, עמד עד לאחרונה לרועץ למרבית התובעים בגין שימוש לא מורשה בשםם או בדמותם (*S. Smith Image, Persona and the Law – Special Report*) 62-64 (2001).

51. ברם, בפסק דין בעניין *Irvine* הנ"ל, שניתן לאחרונה על ידי ה- Chancery Division, איבחן השופט לאדי (Laddie) בין מקרים בהם התביעה מוגשת בגין merchandising – מסחור דמותו של הידוען והצמדתה למוצרים (כבעניין להקת "אבבא") – הצמדה שאין משמעותה בהכרח שהידוען מאשר את המוצר, לבין מקרים בהם התביעה מוגשת בגין endorsement. בקבוצה השנייה של המקרים, השימוש המסחרי בדמות הידוען נעשה על ידי ייחוסה לו של אמירה לפיה הוא תומך במוצר מסויים. בית המשפט פסק, שבאשר ל- merchandising, אכן חלות הדרישות האמורות – קרי, התובע חייב להראות כי הציבור הוטעה לסבור כי הידוען אישר את המוצר וכי זוהי הסיבה להחלטת הצרכנים לרכוש את המוצר. לעומת זאת, באשר ל- endorsement, שהיא הפעילות המסחרית הצריכה לענייננו, הוקלו הדרישות.

באותו מקרה בו דן בית המשפט, תבע נהג מרוצי הפורמולה 1, אדי ארווין (*Eddie Irvine*), תחנת רדיו, אשר בחומר פרסומי שחולק מטעמה נכללה תמונתו של ארווין לצד מכוניתו כשהוא מחזיק רדיו וכשמעליו מתנשא שמה של התחנה. בתמונה המקורית, שאת זכויות היוצרים עליה רכשה תחנת הרדיו כדין, אחז ארווין בטלפון סלולרי. בית המשפט קיבל את תביעתו של ארווין בגין גניבת עין, תוך שהוא דוחה, לעניינם של המקרים של false endorsement, את הלכת *McCulloch*. נקבע, מפורשות, כי אין עוד צורך בהוכחת תחום פעולה משותף (שמובן כי לא התקיים בפרשה זו, הואיל וארווין לא הפעיל תחנת רדיו). הדרישות היחידות המוצבות על ידי עוולת גניבת העין

במקרים כגון דא, כך קבע בית המשפט, הן, ראשית, הוכחת קיומו של מוניטין המיוחס לתובע, ושנית, הוכחה שפעולות הנתבע יצרו מסר מוטעה, שיכול להיות מובן על ידי חלק משמעותי מצרכני השוק הרלוונטי, כהודעת תמיכה, המלצה או אישור מטעמו של התובע.

בערעור שהוגש על פסק הדין של השופט לאדי, לא התערב בית המשפט לערעורים בקביעות אלה. אדרבא, בית המשפט לערעורים מצא לנכון להגדיל את סכום הפיצויים אשר בתשלומם חוייבה הנתבעת (*Irvine v. Talksport Ltd.* [2003] 2 All E.R. 881. לדיון בפסק דינה של הערכאה הראשונה, ראו: "Eddie, Are You Okay? Product Endorsement and Passing Off" *I.P.Q.* 2002, 3, 306).

הלכה מרחיבה דומה אומצה עוד קודם לכן באוסטרליה, תוך ביקורת על הפסיקה האנגלית המסורתית (ראו: *Henderson v. Radio Corporation* [1969] R.P.C. 218 (HC of New South Wales); *Pacific Dunlop Ltd. v. Hogan* (1989) 23 F.S.R. 553 (Federal Court of Australia), כך גם בקנדה, שם הוכרה, לצד עוולת גניבת העין ודרישותיה ובנפרד מהן, העוולה של "Appropriation of Personality", המגנה על "זכותו הבלעדית של האדם למסחר את אישיותו" – זכות הדומה מבחינות רבות לזכות לפרסום (ראו: *Krouse v. Chrysler Canada Ltd.* 40 D.L.R. (3d) 15 (1973, Ont CA); *Athans v. Canadian Adventure Camps Ltd.* 80 D.L.R. (3d) 582 (1977, Ont HC)).

52. כפי שניתן לראות, השימוש בעוולת גניבת העין, הציב בפני הפסיקה באנגליה שורה של קשיים במקרים בהם הוגשו תביעות בגין שימוש לא מורשה בשמו או בדמותו של אדם למטרות פרסום (ראו גם: M. Tugendhat & I. Christie (eds.) *The Law of Privacy and the Media* (2002) 107-109). דומה כי גם כיום, לאחר מתן פסק הדין בעניין *Irvine*, המענה שנותנת העוולה למקרים אלה הוא חלקי בלבד. על כך עמדו בתי המשפט בארצות הברית.

בארצות הברית, מעניק §43(a) of the Lanham Act (15 U.S.C. §1125(a)(1)) עילת תביעה (המכונה לעיתים, כבאנגליה: False Endorsement) מקום בו נעשה שימוש בשם או בסמל שיכולים לגרום לציבור לסבור בטעות כי התובע הוא מקור הטובין, או כי הוא מקדם אותם או נותן להם את אישורו. עילה זו משמשת פעמים רבות כאכסניה הפדרלית לזכות הפרסום (ראו למשל: *Tom Waits v. Frito-Lay, Inc.*, 978 F.2d 1093 (9th Cir., 1992)).

בית המשפט האמריקאי מצא כי עילה זו, הזזה מבחינות רבות לעוולה האנגלית, מעניקה הגנה צרה מדי לזכות הפרסום. המקרה שבפנינו ודומיו יוכיחו. די בכך שהידוען אכן עשה או אמר את המיוחס לו, על מנת שלא ניתן יהיה לטעון שהציבור הוטעה לסבור כי הוא תומך במוצר. דוגמה יפה לקושי זה, הביא בית המשפט הפדרלי לערעורים של ה-10th Circuit ב- *Cardtoons, L.C. v. Major League Baseball Players Association*, 95 F.3d 959, 967-968 (1996):

Suppose, for example, that a company, Mitchell Fruit, wanted to use pop singer Madonna in an advertising campaign to sell bananas, but Madonna never ate its products. If Mitchell Fruit posted a billboard featuring a picture of Madonna and the phrase, 'Madonna may have ten platinum albums, but she's never had a Mitchell banana,' Madonna would not have a claim for false endorsement. She would, however, have a publicity rights claim, because Mitchell Fruit misappropriated her name and likeness for commercial purposes.

לפיכך, וכפי שכבר ראינו, אין הדין האמריקאי מסתפק בעילה הפדרלית של False Endorsement. את עיקר ההגנה לאינטרס של הידוען בדמותו מעניק הוא באמצעות הזכות לפרסום.

53. ובענייננו: בכל מקרה לא יהא בכוחה של עוולת גניבת עין לסייע בידו של אריאל, אשר דברי התמיכה במקדונלד'ס שיוחסו לו אכן נאמרו על ידו; ממילא אין לנו צורך לקבוע כי ניתן, במשפטנו, להחיל את עוולת גניבת העין על השימוש הלא מורשה בשמו של אדם או בדמותו, תוך כדי פגיעה בזכות הקניינית שלו. ספק רב אם דרישותיה של עוולה זו, המתמקדות בסכנת ההטעיה של לקוחות, מתאימות לנסיבותיהם של המקרים בהם אנו עוסקים ולאינטרס הנצרך להגנה בעניינם. על הקושי בהרחבת גדריה של העוולה כבר עמד פרופ' ד' פרידמן (ד' פרידמן, בספרו הנ"ל, בעמ' 445-446). נעיר עוד כי לא ברור עד כמה תוכל העוולה להגן על ענייננו של בעל רישיון בלעדי לשימוש בדמותו של ידוען כנגד אחר העושה בה שימוש מורשה (כבפרשת *Haelan*). זאת, לאור ההלכה שנקבעה ברע"א 371/89 ליבוביץ נ' א. את י. אליהו בע"מ, פ"ד מד(2) 309, 317-319, לפיה הקניין במוניטין נותר, ככלל, בבעלות היצרן, ולא עובר למורשה לעשות בו שימוש מטעמו.

לא מצאנו, איפוא, לעגן במקרה זה את ההגנה על שמו ועל דמותו של אדם מפני שימוש מסחרי - בעוולת גניבת העין.

זכות האדם בדמותו כזכות יוצרים

54. רבות מההצדקות אותן מנינו להגנה על דמות האדם מפני שימוש מסחרי בלתי מורשה, דומות בהגיוןן להצדקות המוצעות להגנה על זכות היוצרים (להרחבה על ההצדקות לקיומה של זכות היוצרים ראו: ג' פסח "הבסיס העיוני להכרה בזכות יוצרים" משפטים לא (תשס"א) 359). יחד עם זאת, כפי שהודגש, אין הרציונל שמאחורי ההגנה על הזכות האחרונה זהה לזה הניצב מאחורי הגנתה של הראשונה. חשיבותה של זכות היוצרים עולה על חשיבותה של זכות הפרסום. ספק גם אם ניתן לראות בדמותו, בשמו ובקולו של האדם משום יצירה ספרותית, דרמטית, מוזיקלית או אומנותית, שרק עליהן מגן חוק זכות יוצרים (ראו סעיף 1 לחוק). בעניין אחד, פסק בית המשפט המחוזי בחיפה (ת.א. חי' 1565/67 גלאי נ' גפנר, פ"מ ס"ט, 216, 221), כי לא ניתן לראות בשם (באותו עניין - בכינוי ספרותי) - יצירה.

זאת, בניגוד לדמות הבדיונית, המהווה יצירה דרמטית המוגנת בחוק, כפי שנקבע בע"א 8393/96 מפעל הפיס נ' *The Roy Export Establishment*, פ"ד נד(1) 577. פשיטא היא כי בעוד שהדמות הבדיונית, מעצם הגדרתה, היא פרי של יצירה, הדמות האמיתית אינה כזו.

55. יש להבחין היטב בין דמותו של הידוען - עליה מגנה הזכות לפרסום - לבין היצירה בה מוצגת דמותו - המוגנת בזכות יוצרים. כאשר מצולם הידוען מתקיימת, פרט לזכותו של הידוען בדמותו, גם זכות יוצרים בתמונה - ובעליה, ככלל, הוא הצלם. מכירתה של הזכות האחת, חשוב לזכור, אינה כרוכה בהכרח במכירתה של השנייה. לפיכך המבקש לעשות שימוש מסחרי בתמונה שכזו, נצרך לרכוש הן את זכות היוצרים בצילום, והן את זכותו של הידוען בדמותו.

בענייננו לא באה טענה כי יש לעגן את זכותו של אריאל למנוע שימוש לא מורשה בדמותו בהוראות חוק זכות יוצרים. מן האמור עד כה ניתן ללמוד כי ספק אם היה לטענה כזו סיכוי להתקבל - אילו נטענה.

56. משבאנו לכלל מסקנה כי לא ניתן לעגן את זכות הפרסום בעילה קניינית או נזיקית קיימת, באנו לבדוק אם ראוי להעניק לה הגנה במסגרת דיני עשיית עושר ולא במשפט. נקדים ונאמר כי בפרשה היחידה בה נדרש בית משפט זה לזכותו של אדם למנוע עשיית שימוש מסחרי בדמותו, ע"א 68/56 הבינוביץ' נ' מירלין, פ"ד יא 1224, לא נידונה עילת ההתעשרות שלא כדין, בשל שזו נזנחה על ידי המערערת באותה פרשה.

העושה שימוש מסחרי בדמותו של אדם, בשמו או בקולו, מבלי לקבל רשותו לשם כך, מתעשר ולא במשפט. אם נחיל עליו את הוראת סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, נמצא כי הוא קיבל טובת הנאה מאדם אחר – הלא הוא הסיוע בפרסום המוצר אותו הוא משווק. זוהי זכייה "שלא על פי זכות שבדין" בשל שהיא באה תוך פגיעה בזכות לפרסום של אחר. כדי להגיע למסקנה זו, אין לנו צורך לקבוע שהזכות לפרסום היא זכות קניינית. אף אם אינה כזו, הרי שמצאנו כבר בעת שבחנו את האינטרסים המוגנים על ידי הזכות, כי שימוש לא מורשה בה יש בו משום התנהגות פסולה ובלתי הוגנת, העולה לכדי "יסוד נוסף", אשר הופך את ההתעשרות לבלתי צודקת (עניין ליבוביץ' הנ"ל, בעמ' 328-331, לדיון מקיף בסוגייה ראו: מ' דויטש עוולות מסחריות וסודות מסחר (תשס"ב) 184-188). בהשענות זו על העילה מדיני עשיית עושר ולא במשפט אין אנו עוקפים את חקיקת הקניין הרוחני בישראל, שהרי, כאמור, אין דינים אלה מתיימרים לטפל בזכות לפרסום, וממילא אינם יוצרים הסדר שלילי. משכך, נחסך מעימנו הקושי עימו התמודד בית משפט זה ברע"א 5768/94 א.ש.י.ד. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289. יוער כי הריסטייטמנט בארצות הברית מכיר בפגיעה בזכות לפרסום כאחד משלושת המקרים היחידים בהם קיימת עילה בעשיית עושר ("Appropriation of Intangible Trade Values") בעקבות נטילת נכס לא מוחשי שאינו מוגן בדיני הקניין הרוחני: Restatement Third, Unfair Competition §46 ו-comment b.

57. העושה שימוש לא מורשה בדמותו, בשמו או בקולו של האדם מתעשר ולא במשפט. הוא מחוייב לפיכך להשיב את הזכייה – את ערך השימוש בזכות לפרסום. ודוק: משמעם של דברים אלה הוא כי המפר את זכות הפרסום של האחר יחוב בהשבה בין אם הפיק מהפרסום המפר תועלת מסחרית-כספית ובין אם לאו. בכל מקרה של הפרה מפיק המפר רווח, וזאת מעצם הגדרת השימוש המפר, וכל עוד יש ערך לזכות הפרסום של האדם, אשר בדמותו נעשה השימוש. הרווח מבטא את החסכון שבאי תשלום דמי השימוש (ראו גם: פרידמן, בספרו הנ"ל, בעמ' 455; אף שפרופ' פרידמן

כורך את העילה בהגנה על הפרטיות מכוח סעיף 2(6) לחוק, הוא מצביע על הקשיים הנובעים מכך שסעיף 2(6) לחוק הגנת הפרטיות בוחן את הנושא מההיבט של דיני הנזיקין ואיננו מתייחס במישרין להיבט הקנייני של הסוגייה).

כאמור, אנו איננו כורכים את העילה בדיני עשיית עושר ולא במשפט בעוולת הפגיעה בפרטיות, אשר אינה חלה על ענייננו. בברכו על אימוצה של ההגנה על הזכות לפרסום על ידי בית משפט השלום בפרשת רופ כתב ט' גרינמן: "בהתאם לגישה המסתמנת, ניתן לומר כי קיימת בדין הישראלי מעין זכות לפרסום, מחופשת לאחת מבנותיה של הזכות לפרטיות" (ט' גרינמן זכויות יוצרים, אמנים ומפיקים (1998) 254). אנו סבורים כי ניתן להסיר את הלבוש המכביד שהוטל על הזכות, ולהכיר בה כזכות בפני עצמה, המקנה לבעליה זכות תביעה, בדיני עשיית עושר ולא במשפט, בגין הפגיעה בה.

58. אף במשפט האמריקאי, בו מוגנת הזכות כזכות קניינית עצמאית, יסוד מוסד של העילה בגין הפגיעה בה הוא התעשרות שלא כדין. הרצון למנוע את שנתפס על ידי בית המשפט כהתעשרות לא צודקת של גוזל הזכות לפרסום, גלוי על פני הפסיקה המכירה בזכות (ראו: Restatement Third, Unfair Competition §46, Reporter's note, comment c). בפרשת *Zacchini* הנ"ל, בעמ' 576, ציטט בית המשפט העליון האמריקאי בהסכמה את הדברים הבאים:

'The rationale for (protecting the right of publicity) is the straightforward one of preventing unjust enrichment by the theft of good will. No social purpose is served by having the defendant get free some aspect of the plaintiff that would have market value and for which he would normally pay.' Kalven, "Privacy in Tort Law Were Warren and Brandeis Wrong?" 31 Law & Contemp. Prob. 326, 331 (1966).

בהתאם, הסעד, אותו מקנים בדרך כלל בתי המשפט בארצות הברית למי שזכותו לפרסום נפגעה, זהה לסעד המוצע על ידי דיני עשיית עושר ולא במשפט. כעקרון, הסעד לו זכאי, מי שהופרה זכות הפרסום שלו, הוא השבה. הדין האמריקאי מקנה לנפגע פיצוי בגין הנזק שנגרם לו, או בגין ההתעשרות שהפיק הפוגע, לפי בחירתו של הנפגע. בדרך כלל, בשל הקושי הראייתי בהוכחת הנזקים האלה, פוסקים בתי המשפט פיצוי בהתאם לערך השוק של השימוש בדמותו של הידוען, ומחייבים את

המשתמש בתשלום "תמלוגים" בערך זה (Restatement Third, Unfair Competition) §49).

59. כללם של דברים: סבורים אנו כי העושה שימוש מסחרי בשמו, בדמותו או בקולו של אחר, מבלי לקבל לכך את הסכמתו, עושה עושר ולא במשפט. חייב הוא לשלם למי אשר בדמותו, בשמו או בקולו עשה שימוש, את דמי השימוש הראויים באותו הנכס. בית המשפט עשוי, כמובן, אם ימצא זאת לנכון, לפטור את הנתבע מחובת ההשבה "אם ראה שהזכיה לא הייתה כרוכה בחסרון המזכה או שראה נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת" – כהוראת סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט. בבואו לבחון אם ההשבה צודקת בנסיבות המקרה, ייחס בית המשפט משקל מיוחד גם לזכותו המוגנת של הנתבע לחופש ביטוי, וכך ימנע מהטלת אחריות, במקרים בהם השימוש נעשה לצרכים של סאטירה או לצרכים חדשתיים, למשל.

משקבענו כי במרבית המקרים יצמיח השימוש המסחרי הלא מורשה בשמו, בדמותו או בקולו של הידוען זכות להשבה, יכולים אנו לפנות לבחינת המקרה נשוא ערעור זה.

מן הכלל אל הפרט

60. בענייננו, עשתה מקדונלד'ס שימוש בשמו של אריאל מבלי לקבל לשם כך את רשותו. לפיכך, יש לומר כי מקדונלד'ס עשתה עושר ולא במשפט, ולפי מצוות סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, עליה להשיב לאריאל את דמי השימוש בשמו שלא שולמו לו. השאלה לה אנו נדרשים היא, האם קיימות בענייננו נסיבות המצדיקות מתן פטור מחובת ההשבה, לפי הוראת סעיף 2, אשר מקדונלד'ס ביקשה להבנות ממנה. אנו סבורים כי המענה לשאלה זו הוא בחיוב.

הצטברותם של שני גורמים, בנסיבות המיוחדות של המקרה שבפנינו, מביאה אותנו לסבור כך. ראשית, השימוש בשמו של אריאל על ידי מקדונלד'ס נעשה על ידה בשל הצורך שראתה להגיב לתשדיר פרסומת, מטעם מתחרתה, אשר אריאל נטל בו חלק והתייחס בו, בפועל גם אליה, אל מקדונלד'ס. ראוי לגלות, בנסיבות כאלה, אורך רוח כלפי תגובתה של החברה אשר אליה בחר הידוען להתייחס. ראוי להתיר לה מרחב תשובה מסויים, ויש להימנע ממתן חסינות לידוען – אשר בחר להתייחס, לפחות ברמיזה, אל החברה המתחרה, מקדונלד'ס, ולמתוח עליה ביקורת מסוג מסויים, בעוד זו

האחרונה נותרת בלא כל יכולת תגובה. על ייחודה של סיטואציה מעיין זו עומדת הריסטייטמנט השלישית:

Use of another's name for the purpose of responding to statements made by that person about the user or the user's goods or services is...permissible (Restatement Third, Unfair Competition §47, comment a).

אכן, וזאת חשוב להדגיש, אין בהופעתו של הידוען, בפרסומת המוצגת מטעם חברה אחת משום הענקת "carte blanche" לחברה מתחרה לעשות בשמו ובדמותו ככל העולה על רוחה. בפרסמו מוצר, אין הידוען מוותר במשתמע על זכות הפרסום שלו. נכונים אנו, כאמור, לגלות אורך רוח מסויים עם השימוש שנעשה בשמו של הידוען בתשדיר התגובה, אך אין בכך כדי להסיר את הרסן מעל המגיב.

61. בענייננו שלנו, חברה נסיבה נוספת לעובדה שמדובר היה בתשדיר תגובה. הצטרפן של השתיים יחדיו, הביאתנו לידי מסקנה כי יש לפטור במקרה זה את מקדונלד'ס מחובת ההשבה. נסיבה נוספת זו, נוגעת לעובדה שאריאל אמר מתוך בחירה חופשית דברים אשר היה בהם משום פרסום ישיר המשרת את מקדונלד'ס (ואין זה חשוב לעניין זה, אם הדברים שפורסמו בעיתון היו מילותיו המדוייקות – די שהייתה זו "הכרזת" תמיכה). ניתן לומר כי אריאל בחר להעניק מתנה למקדונלד'ס, אולי בשל שציפה, כדבריו, כי תפנה אליו הצעה להשתתף מטעמה בפרסום. עתה, משבחר גם לתקוף אותה בתשדיר מטעם חברה אחרת, אין הוא יכול למנוע מבעדה מלהאחז במתן שבחר לתת לה מרצונו החופשי. בחירתו זו הכפולה – נוגסת בזכותו להשבה.

וזאת לזכור: מקדונלד'ס לא ביקשה במקרה זה לנצל את העובדה הסתמית שאריאל הוא אחד מלקוחותיה – היא לא עשתה שימוש בתמונה מקרית שלו סועד את ליבו באחת ממסעדותיה, וגם לא מנתה אותו כאחד מלקוחותיה. היא הביאה דברים שאמר הוא עצמו, פרסומת חנם שהעניק לה. אכן, אין להתיר שימוש פרסומי בלתי מורשה בדברים שכאלה בנסיבות רגילות, אך דומה כי לא יהא זה צודק למנוע ממקדונלד'ס מלחזור על דברים שאמר אריאל בשבחה, לאחר שזה בחר כאמור להופיע בתשדיר פרסומת של מתחרתה ואמר, לפחות בדרך של רמיזה, כי ברגר קינג עדיפה על פניה. קודם לכן אמר את היפוכם של הדברים ומקדונלד'ס ביקשה להאחז באלה האחרונים.

סבור אני, לאור נסיבותיו המיוחדות והייחודיות של המקרה שבפנינו, כי אין מקום לחייב את מקדונלד'ס להשיב לאריאל את דמי השימוש הראויים בשמו.

נותר לנו לבחון את יתר עילות התביעה בהן דן בית המשפט קמא.

פגיעה בקניין

62. בית המשפט קמא מצא כי מקדונלד'ס פגעה בזכותו של אריאל לקניין, זכות המוגנת בחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו. אריאל לא טען בפני בית המשפט קמא לפגיעה שכזו, ואף לא עשה כן בפנינו. בית המשפט המחוזי קבע בפסק דינו כי לא נתבקש סעד בגין עילה זו. לפיכך, אין, ולא היה, מקום להדרש לעילה זו ולשאלות הנכבדות אותן היא מעלה בדבר מעמדה של זכות הקניין החוקתית (ראו למשל: ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 328-334) ובדבר תחולתה של ההגנה על זכויות היסוד במשפט הפרטי (ראו למשל: ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 529-538).

גרם הפרת חוזה

63. חמישה הם יסודותיה של עוולת גרם הפרת החוזה, הקבועה בסעיף 62(א) לפקודת הנזיקין: חוזה מחייב כדין, הפרת חוזה, גרימת הפרה, ביודעין, והעדרו של צידוק מספיק. בחינת המסכת העובדתית בתיק שלפנינו מעלה כי נעדר ממנה היסוד של הפרת חוזה, ולכן אין לנו צורך להידרש ליתר יסודות העוולה.

בין ברגר קינג לאריאל נכרת חוזה מחייב. לאחר ששודר התשדיר מטעם מקדונלד'ס ביטלה ברגר קינג את החוזה. ביטול זה של החוזה היה ביטול כדין. אריאל עצמו לא חלק על כך שהחלטת ברגר קינג לחדול מלקיים את החוזה הייתה כדין, והוא לא דרש ממנה כי תנהג אחרת. בנסיבות אלה אין צורך להדרש לשאלה מהי עילת הביטול שעמדה לזכותה של ברגר קינג – טעות או הטעייה בכריתת החוזה (סעיפים 14 ו-15 בהתאמה לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973), אי גילוי דבר קיום הראיון על אף שאלה אשר הצריכה תשובה מפורשת בעניין שהופנתה לאריאל על ידי ברגר קינג בעת שנערך המשא ומתן הטרומי חוזי, או תנייה שנכללה בחוזה בין הצדדים ואשר התירה לחברה לבטל את ההסכם אם "השחקן [אריאל] ביצע מעשה כלשהו הפוגע במוניטין של החברה [ברגר קינג] ו/או מוצריה". די בכך שאין מחלוקת כאמור בדבר העובדה שההתקשרות על פי החוזה בוטלה כדין. בית משפט זה פסק כבר, מפי השופט

ד' לוין, במקרה בו הדין העניק למתקשר זכות ביטול, כי: "תנאי שבלעדיו אין לקיומה של עוולת גרם הפרת חוזה הוא פעולה של הפרת חוזה" וכי "הפרה זו אינה מתקיימת אם וכאשר בוטל חוזה כדין" (רע"א 2512/90 סופרגז חברה ישראלית להפצת גז בע"מ נ' תופיני טער, פ"ד מה(4) 405, 427-426).

אף פרופ' נ' כהן, אשר מציעה לשקול את הרחבת האחריות בגדרי העוולה גם למקרים שבהם לא הופר החוזה אלא רק נפגעה הציפייה של אחד הצדדים לחוזה, קובעת כי כאשר בעל "חירות לבטל חוזה" מפעיל את חירותו באופן לגיטימי, יהא המתערב ביחסים החוזיים פטור (נ' כהן גרם הפרת חוזה (דיני הנזיקין – העוולות השונות, בעריכת ג' טדסקי, תשמ"ו) 91).

64. בנסיבות המקרה אין גם מקום לטענה החלופית, לפיה בפרסמה את הדברים שאמר, כפתה מקדונלד'ס על אריאל להפר את החוזה (שאו ייתכן שיש לשקול הטלת אחריות, ראו: ש"ס, בעמ' 95-97). החוזה הופר על ידי אריאל בעצם מתן הראיון לעיתון – פעולה אשר אליה לא הייתה מקדונלד'ס קשורה בכל קשר שהוא.

אשר על כן, שגה בית המשפט קמא בקובעו כי מקדונלד'ס עיוולה לאריאל בעוולת גרם הפרת חוזה.

לשון הרע

65. בית המשפט חייב את המערערות בגין הוצאת לשון הרע, אף שכתב כי "התובע לא ציין מפורשות את עילת לשון הרע בכתב התביעה המתוקן וכי הנתבעות לא טענו להגנות המנויות בחוק זה". מן המפורסמות היא שלעולם לא ייתן בית המשפט לתובע פסק דין על סמך עילה שונה מזו אשר נטענה בכתב התביעה, אלא אם גילה הנתבע את הסכמתו לכך (י' זוסמן טדרי הדין האזרחי (מהדורה שביעית, בעריכת ש' לוין, 1995) 153). אך אף אם נניח, כי בית המשפט קמא סבר כי המערערות אכן הסכימו מכללא לכך שבית המשפט יפסוק בעילת לשון הרע, סבור אני שלגופם של דברים, לא היה מקום למצוא כי הוצאה דיבתו של אריאל.

כל שעשתה מקדונלד'ס, היה לחזור על דברים שאמר אריאל עצמו. לפיכך, בהטלת אחריות על מקדונלד'ס בגין לשון הרע, יש משום קביעה לפיה אריאל הוציא את דיבתו שלו עצמו. הגיונה של קביעה שכזו מוקשה בעיני.

ואם אכן זו הטענה, כי הדברים שאמר מעידים רעות על אומרם, הרי שרק מעטים יתירו לאדם האומר דברים שכאלה, לטעון כי המפרסם אותם הוציא את דיבתו, ובכל מקרה, המפרסם דברים שכאלה יחסה בדרך כלל בצילה של הגנת האמת בפרסום, אותה מקנה לו סעיף 14 לחוק איסור לשון הרע. ייתכן כי פרסום שכזה יעלה לכדי פגיעה בפרטיות, אך לא זהו, כאמור, המקרה שבפנינו. אריאל סבור כי התשדיר של מקדונלד'ס העמיד אותו באור מגוחך. אך אם הועמד אריאל באור מגוחך, וכלל איני משוכנע שזהו המצב שבפנינו, הרי שהועמד באור זה בעקבות דבריו שלו. הוא סבור כי התשדיר מציג אותו כאדם לא אמין. אך אם הוא אכן סבור כך, אין לו אלא להלין על עצמו.

הערעור שכנגד

66. משמצאנו כי לזכותו של אריאל לא עומדת כל עילת תביעה שהיא, שוב אין מקום להידרש לערעור שכנגד, שעניינו האפשרות להצטברות הסעדים אותם תבע. במאמר מוסגר ייאמר, כי במקרה בו נפגעו שתי הזכויות בו זמנית – לאמור, מחד פגע הנתבע בזכות הפרטיות של התובע, במשמעותה האמיתית, ומאידך התעשר הוא שלא כדין מהשימוש בזכותו לפרסום של התובע, אכן זכאי התובע לסעד בגין כל אחת מהעילות הללו (ראו גם: ד"נ 20/82 אדרס חמרי בניין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה., פ"ד מב(1) 221, 268-271).

סוף דבר

67. הערעור מתקבל. פסק דינו של בית המשפט המחוזי יתבטל. אריאל יעביר למקדונלד'ס סכום של 20,000 דולר בגין השימוש בסימן המסחר שלה. סכום זה ישתלם בתוספת ריבית והצמדה, אשר יחושבו מחודש יוני 2000. הערעור שכנגד נדחה. אריאל יישא בהוצאות המערערות ובשכר טרחת עורכי דין בבית המשפט קמא ובבית משפט זה בסך 25,000 ש"ח.

ש ו פ ט

השופט ס' ג'ובראן

אני מסכים לפסק דינו של השופט א' ריבלין מנימוקיו וטעמיו.

השופטת מ' נאור

1. קרב התשדירים נשוא הערעורים שבפנינו צריך, לדעתי, להסתיים בלי שאף אחד מן הצדדים יזכה בפיצוי מהצד האחר. תמימת דעים אני עם חברי השופט ריבלין, ומנימוקיו, שאריאל מקדונלד אינו זכאי לפיצוי בגין התשדיר הנגדי. ואולם, גם מקדונלד'ס אינה זכאית לפיצויים. לדעתי אין לראות את השימוש בתיבה מקדונלד'ס בתשדיר הראשון כ"שימוש" בסימן מסחר, וממילא אין, לדעתי, הפרה של סימן מסחר.

2. חברי היטיב לתאר את שני התשדירים, ואיני רואה צורך לחזור. עמדתי שונה, כאמור, בענין התשדיר הראשון. השימוש שנעשה בתיבה "מקדונלד'ס" בתשדיר זה איננו, לטעמי, שימוש אסור בסימן מסחר. על פי הדין הכללי, שימוש בפרסומת נגד מוצר של המתחרה, בין אם יש למתחרה סימן מסחר ובין אם לאו, יכול, על דרך העקרון, להיות עוולות שונות על פי הדין הכללי. עוולה של לשון הרע, עוולה של "תיאור כוזב" לפי סעיף 2 לחוק עוולות מסחריות, התשמ"ט-1999, עוולה של שקר מפגיע כאמור בסעיף 58 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], ואין בכוונתי למצות (לדיון נרחב בסוגיות שונות שמעלה הפרסום המסחרי ראו י' קרניאל דיני התקשורת המסחרית (תשס"ג) 333 ואילך).

3. האם פרסום מסחרי של מתחרה (בענייננו – ברגר-קינג) המזכיר באופן זה או אחר לשלילה את מתחרהו שהוא בעל סימן מסחר (בענייננו – מקדונלד'ס) תוך שימוש בסימן המסחר של המתחרה (מקדונלד'ס) הוא שימוש אסור בסימן המסחר? חברי משיב על כך בחיוב, ואני משיבה בשלילה. לטעמי אין קשר בין מטרותיה של פקודת סימני המסחר לבין הפרסום נשוא התשדיר הראשון.

4. אחזור ואצטט את סעיף 46(א) לפקודת סימני מסחר [נוסח חדש], תשל"ב-1972 המובא על ידי חברי:

זכות לשימוש ייחודי	46. (א) רישומו התקף של אדם כבעל סימן מסחר יזכה אותו לשימוש ייחודי בסימן המסחר על הטובין שלגביהם נרשם הסימן ובכל הנוגע אליהם, בכפוף לכל תנאי וסייג הרשומים בפנקס. ... (ההדגשה אינה במקור)
-----------------------	--

הזכות לשימוש ייחודי היא מרכז הכובד של הוראות הפקודה; כדי להינות מזכות זו טורח בעל הסימן לעבור את תהליך הרישום (וכפי שציין חברי, "סימן מסחר מוכר היטב" אף אם אינו רשום מזכה אף הוא את בעליו בשימוש ייחודי בסימן).

5. חברי מצייין, ובצדק, כי במקרה "הטיפוסי" יוצר המפר זיקה מטעה בין המוצר שלו לבין מוצרי בעל הסימן, על ידי "השימוש" הלא מורשה בסימן, וזאת בתקווה להביא אליו את הלקוחות הנמשכים אל בעל הסימן. דפי הפסיקה מלאים בדוגמאות אין קץ לשימושים אסורים כאלה. זהו, אכן, המקרה "הטיפוסי" וה"שימוש" הטיפוסי. "השימוש" שנעשה בענייננו הוא "שימוש" מסוג אחר לחלוטין.

6. מהו "שימוש ייחודי בסימן המסחר על הטובין שלגביהם נרשם הסימן ובכל הנוגע אליהם" כלשון סעיף 46 לפקודה? בתשובה לשאלה זו ניתן לתת פירוש צר או רחב. שאלה דומה - מהו הסדר שכל כבילותיו "נוגעות" לתובלה בינלאומית, הסדר לגביו נקבע כי אין הוא הסדר כובל - עלתה בבג"צ 47/83 תור אורד (ישראל) בע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים ואח', פ"ד לט(1) 169. וכך קבע השופט ברק:

" 3. הוראת החוק היא, כי הסדר, שכל כבילותיו 'נוגעות' לתובלה בינלאומית בים או באוויר, אינו הסדר כובל. מלת המפתח היא 'נוגעות'. ביטוי זה מצביע על זיקה או על קשר בין כבילותו של ההסדר לבין התובלה הבינלאומית. אך מהו קשר זה? התיבה 'נוגעות' אינה אוצרת בחובה, מכוחה היא, הכוונה לשונית מספקת באשר לאינטנסיביות הנגיעה. אין בה כשלעצמה כדי להדריך בפתרון השאלה, מהי הזיקה החייבת להתקיים בין כבילות ההסדר לבין התובלה הבינלאומית. הדי בנגיעה רופפת, או שמא צריך נגיעה הדוקה? טול הסכם בין יצרני מזון, שעניינו כבילות בדבר אספקת מזון לטיסות בינלאומיות: האם כבילותיו של הסדר זה

'נוגעות' לתובלה בינלאומית? נגיעת מה קיימת בוודאי, אך האם היא מספקת? שני הצדדים טענו לפנינו, כי כבילותיו של הסדר שכזה אינן 'נוגעות' לתובלה הבינלאומית, אם כי טעמיהם שונים. . . .

4. אכן, הביטוי 'נוגעות' הוא כללי, ואין לו תוכן חד-משמעי. הוא בעל 'רקמה פתוחה'. כמוהו רבים הם הביטויים בלשוננו, המורכבת ממלים המהוות סימנים או סמלים, הנעדרים משמעות פנימית עצמית. כאשר לשון זו נקלטת במחשבתנו, אין היא מעלה דימוי אחד ויחיד, המשותף לכל המשתמשים בלשון. מעצם מהותה זו של הלשון שתיאורים אלה מעלים, בדרך כלל, מספר דימויים. אין דימוי שהוא תמיד, ובכל הנסיבות, הדומיננטי אשר בלעדיו-אין. כתוצאה מכך מתקבלים מספר מובנים ללשון החוק;

. . . .

5. אך כיצד יפורש הביטוי 'נוגעות' בסעיף 10א לחוק? כפי שראינו, יש לו לביטוי זה משמעויות לשוניות שונות. אין הן בלתי מוגבלות, אך הן מרובות. 'הנגיעה' יכולה להיות קלה או חמורה, קרובה או רחוקה, רפויה או ניכרת. באיזו אפשרות מכל אלה נבחר? כולן לגיטימיות מבחינת הלשון, אך הפרשן אינו בלשן (בג"צ 188/63, . . . [בצול ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד יט (1) 377], 350. עליו לבחור באותה אופציה לשונית, המגשימה את תכלית החוק. הוראת חוק אינה חסרת כיוון או מטרה. הנורמה החקוקה היא נורמה תכליתית. 'החוק הוא יצירה נורמטיבית, הבאה להגשים תכלית חברתית, והוא ביטוי למדיניות. על הפרשן לחשוף, מבין קשת האפשרויות הלשוניות, אותה משמעות אשר תגשים את מטרת החוק' (ד"נ 40/80, . . . [קניג נ' כהן, פ"ד לו (3) 701], 715. 'חוק הוא מכשיר לשם ביצועה של מטרה תחיקתית, ולכן הוא צריך פרשנות לפי המטרה הגלומה בו' (ע"א 481/73, . . . [רוזנברג, עו"ד, מנהל עזבון אלזה ברגמן נ' שטסל, פ"ד כט (1) 505], 516 - השופט זוסמן). 'ראוי לו לשופט, בבואו לפרש את החוק, לשאול את עצמו: חוק זה איזו תכלית נורמטיבית, חברתית, הוא מבקש להשיג' (השופט ד' לויין בע"פ 71/83, . . . [שרון ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לח (2) 757], 770) " (שם, בעמ' 173-175; ההדגשה אינה במקור).

ובהמשך הדברים:

"נמצא, כי בראש ובראשונה על הפרשן לגבש את תכלית החקיקה ומטרתה. לשם כך רשאי הוא לפנות לכל מקור אמין המסייע בהגשמתה של משימה זו. משעשה כן, הוא בוחר משלל האפשרויות הלשוניות האפשריות את זו

המגשימה את מטרת החקיקה ותכליתה. . " (שם, בעמ' 178).

7. לטעמי, ועל כך בהמשך הדברים, לפרסום הראשון אין זיקה למטרותיה של הפקודה. חברי מצביע על הגדרת "הפרה" שבסעיף 1 לפקודה:

"הפרה" – שימוש בידי מי שאינו זכאי לכך –

(1) בסימן מסחר רשום או בסימן הדומה לו, לענין טובין שלגביהם נרשם הסימן או טובין מאותו הגדר;

(2) בסימן מסחר רשום, לשם פרסום טובין מסוג הטובין שלגביהם נרשם הסימן או לשם פרסום טובין מאותו הגדר;

(3) בסימן מסחר מוכר היטב אף אם אינו סימן מסחר רשום, או בסימן הדומה לו עד כדי להטעות לענין טובין שלגביהם מוכר הסימן או לענין טובין מאותו הגדר;

(4) בסימן מסחר מוכר היטב, שהוא סימן מסחר רשום, או בסימן הדומה לו, לענין טובין שאינם מאותו הגדר, ובלבד שיש בשימוש זה כדי להצביע על קשר בין הטובין האמורים לבין בעל הסימן הרשום ובעל הסימן הרשום, עלול להיפגע כתוצאה משימוש כאמור."

8. אכן, כאמור בסעיף משנה (2), שימוש בסימן מסחר רשום בידי מי שאינו זכאי לכך הוא הפרה. הפרה יכולה להיות בדרך של פרסום טובין מסוג הטובין שלגביהם נרשם הסימן; הפרה יכולה להיות בלא פרסום, למשל, על ידי הצגת המוצרים למכירה. דוגמא להפרה בדרך של פרסום נמצא ברע"א 5454/02 טעם טבע (1988) טיבולי בע"מ נ' אמברוזיה סופהרב בע"מ ואח' פ"ד נז (2) 438; דוגמא להפרה בדרך של שיווק וללא פרסום (ככל שהדבר עולה מתיאור עובדות המקרה) תימצא, למשל, ברע"א 3347/02 אגודת הכורמים הקואופרטיבית של יקבי ראשון לציון וזיכרון-יעקב בע"מ נ' חברת יצרני יינות ומשקאות אפרת בע"מ (טרם פורסם). שני המקרים שנזכרו הם מה שכינה חברי מקרים "טיפוסיים". אכן הפרה ייתכן שתיעשה בדרך של פרסום, אך לא כל פרסום בו מופיע סימן המסחר של מתחרה הוא לדעתי בגדר "שימוש" אסור. לדעתי פרשנות לפיה כל פרסום בו נעשה "שימוש" בסימן המסחר של מתחרה הוא שימוש אסור, היא פרשנות "המותחת" את גבולות סימני המסחר לתחומים שאינם "נוגעים" נגיעה אמיצה דיה לסוגיית סימני המסחר.

9. סוגיית היקף התפרשותו של איסור השימוש בסימן המסחר קשורה לסוגיית איסור ההטעיה עליה עומד חברי. חברי מציינין (פסקה 13 לפסק דינו) כי ככלל, על מנת שתוכח הפרה של סימן מסחר אין צורך להוכיח כי היה בשימוש המפר בסימן כדי להצביע על קשר שקרי בין הטובין לגביהם נעשה בו שימוש לבין בעל הסימן הרשום, וכי בגדרו של תת סעיף (2) להגדרת "הפרה" שבסעיף 1 לפקודה אין נדרשת סכנת הטעיה. על כן, לשיטת חברי, אין בעובדה כי השימוש בסימן המסחר בענייננו לא יצר יחוס מוטעה של הפרסומת מטעם ברגר-קינג למקדונלד'ס כדי להעלות או להוריד. הפקודה מחילה את איסוריה, לשיטתו, גם כשנעשה על ידי המפר נסיון להפיק "יתרון פסול כלשהו מאזכור סימן המסחר של האחר". בענייננו מדובר בניצול סימן המסחר על ידי המפר "במהופך", והוא בגדר שימוש במוניטין כדי לעלוב בבעליו. לדעתי אין ללמוד מרע"א 1400/97 פיקנטי תעשיות מזון (ישראל) בע"מ נ' אוסם תעשיות מזון בע"מ, פ"ד נא (1) 310, או מע"א 971/70 י. ד. גייגי ט.א. נ' פזכים בע"מ, פ"ד כד (2) 705, הנזכרים בסעיף 13 לפסק דינו של חברי, כי לשאלת ההטעיה אין נגיעה לענין. בפרשת טבע הנזכרת לעיל ציין השופט גרוניס כי בחקוקים אחרים בענין דמיון לשמות קיימים (הנמנים בפסק דינו) לרבות סוגיית רישום סימן המסחר דורש הדין קיומו של דמיון בעל אופי מטעה. אך גם לענין "הפרה" של סימן מסחר יש צורך, לדבריו, בהוכחת דמיון בין הסימנים העלול להטעות את הציבור. וכך אמר:

"לעומת כל אלה, הגדרת המונח 'הפרה' בפקודה איננה מתייחסת כלל למהות הדמיון אשר ייחשב להפרת סימן מסחר. בניגוד לסעיפים שהוזכרו לעיל, אין ההגדרה כוללת דרישה כי הדמיון בין הסימנים יהיה בעל אופי מטעה. למרות האמור אין טעם לאבחנה בין אופן בחינת הדמיון בתביעות של הפרת סימן מסחר לבין דרך הבחינה ביחס למקרים האחרים. בדומה לתכליתן של הוראות אחרות המונעות שימוש בשמות בעלי דמיון לשמות קיימים, אף תכליתו של ההסדר בעניין הפרת סימני מסחר הינה כפולה: הגנה על הציבור מפני הטעיה, מחד, והגנה על היחיד מפני פגיעה בקניינו ובמוניטין שרכש, מאידך (ראו: ע"א 5792/99 תקשורת וחינוך דתי-יהודי משפחה (1997) בע"מ – עיתון 'משפחה' נ' א.ס. בי. סי. פרסום, שיווק וקידום מכירות בע"מ – עיתון 'משפחה טובה' . . . [פ"ד נה (3) 933], 959-958; בג"צ Astra Aktiebolage 178/57 נ' הרשם הכללי . . . [פ"ד יב 708], 711. לפיכך, אף בתביעות הפרה נדרש התובע להוכיח כי הסימן האחד דומה לאחר עד כדי הטעיית הציבור. הבחינה תיעשה ביחס לאנשים בעלי היגיון רגיל, הנוהגים בשקידה סבירה (ע"א 210/65 בנק אגוד לישראל בע"מ נ' בנק "אגודת ישראל" בע"מ, . . . [פ"ד יט (2) 673], 677) (שם, בעמ' 450; ההדגשה אינה במקור).

זו אף דעתי. הפרת סימן מסחר מצריכה, לטעמי, דמיון מטעה העלול לגרום לכך שמי שמשתמש בסימנו של חברו יהנה מהמוניטין של בעל הסימן. חשש כזה אינו קיים בענייננו.

10. גם פסקי הדין המחוזיים שמזכיר חברי בענין חלקים "תואמים" עוסקים לאמיתו של דבר אף הם בשאלה אם בעל החלק "התואם" נהנה מהמוניטין שצבר לעצמו בעל הסימן הרשום.

11. חברי מפנה לספרו של א' ח' זליגסון דיני סימני מסחר ודינים קרובים להם (תשל"ג) בו מציין המחבר (ללא אסמכתא), בעמ' 76, כי "נראה לי שאיש אינו רשאי להזכיר בפרסום את מוצריו של המתחרים. בין שזה לשבח או לגנאי". כשלעצמי, סבורה אני שסוגיית הפרסום "לשבח או לגנאי" אינה קשורה בטבורה לסוגיית סימני המסחר, בלשון אחרת – "הנגיעה" רופפת היא. סוגיית הפרסומת ההשוואתית מעוררת בעיות כשלעצמה, אך בעיות אלה אינן כרוכות בהכרח בסוגיית סימן המסחר, אלא בדין הכללי. והוא הדין בפרסום שאינו השוואתי הפוגע במתחרה. לסוגיות שונות בסוגיית הפרסום המסחרי ראו קרניאל, שם, בעמ' 372 ואילך. בארה"ב הפרסומת ההשוואתית מותרת, ואף מעודדים אותה, אך לא ניתן לעשות שימוש בסימן מסחר של אחר באופן העלול להטעות את הצרכן באשר למקור הסחורה, *Tommy Hilfiger Licensing v. Nature Labs* 221 F.Supp. 2d 410, 423 (S.D.N.Y. 2002). איני רואה טעם טוב להגן על בעל סימן רשום מפני פרסום פוגע ביתר אינטנסיביות מההגנה שפורש הדין הכללי על מי שאין לו סימן מסחר רשום (או סימן מסחר מוכר היטב). הראשון והאחרון זכאים, לטעמי, לאותה הגנה, הקיימת – וככל שהיא קיימת – בדין הכללי. פרסום פוגע בבעל הסימן הרשום יכול להיעשות בלא "שימוש" בסימן. נניח, לצורך הענין, שברגר-קינג ומקדונלד'ס הן המתחרות היחידות בשוק הרלבנטי. נניח עוד שברגר-קינג מפרסמת "אכול רק ברגר-קינג ולא מוצרים של המתחרה", בלי לעשות שימוש בסימן המסחר של המתחרה. מה הטעם, באין הוראה בדין המחייבת זאת, לאסור על השימוש בסימן ולא לאסור על הדוגמא ההיפותטית, כששניהם יוצרים אותו אפקט?

12. הפתרון נעוץ, כאמור, בפרשנות סעיף 46(א) לפקודה שצוטט לעיל. לדעתי אין לפרש את הסעיף כאוסר כל שימוש מסחרי בסימן המסחר בפרסום. יש לפרשו כאוסר שימוש מסחרי הרלבנטי לענין סימני המסחר, לאמור: שימוש בו נהנה פלוני בדרכי הטעיה מהמוניטין של בעל סימן המסחר. דעתי היא, כי "השימוש" שנעשה בענייננו איננו שימוש אסור בסימן מסחר. הוא יכול, כאמור, על דרך העקרון, להיות עוולה מכח

הדין הכללי, ומכוחו בלבד. לא נמצאה פגיעה כזו בענייננו. על כן, לשיטתי, מקדונלד'ס אינה זכאית לפיצוי.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ריבלין.

ניתן היום, ח' בניסן תשס"ד (30.3.2004).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט