



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 945/06

בפני: כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין
כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט ס' גובראן

המערערת: General Mills Inc

נגד

המשיבים: 1. משובח תעשיות מזון בע"מ
2. אפרים קרויס
3. אברהם קרויס
4. א.מ. חטיפי העמק בע"מ
5. אליהו מרמור

ערעור על פסק-דין של בית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו מיום 14.12.05 בת.א. 814/97 שניתן על-ידי כבוד השופט צ' ברון

תאריך הישיבה: כ"ג בסיון התשס"ט (15.6.09)

בשם המערערת: עו"ד ל'; עו"ד ד' עדין; עו"ד נ' אגו

בשם המשיבים 1-3: עו"ד ר' לוטי; עו"ד ח' נירן
בשם המשיבים 4-5: עו"ד א' שמיר

פסק-דין

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

1. עניינו של הערעור בשלושה חטיפי מאכל: בחטיף "אפרופו" ובשני חטיפים המעוצבים בצורה דומה. השאלה המרכזית שבה עלינו להכריע היא אם ייצור החטיפים הדומים מקים עילה משפטית לפצות את המערערת, יצרנית חטיף המאכל המשווק, בישראל, תחת השם "אפרופו" בידי חברת אסם השקעות בע"מ (להלן: "אסם"). על שאלה זו השיב בית המשפט המחוזי בתל-אביב (כבוד השופט צ' ברון) בשלילה, ומכאן הערעור.

המערערת, General Mills, Inc, היא היצרנית והמשווקת של חטיף תירס הנמכר בארצות רבות. המערערת מוכרת ל"אסם" את חומר הגלם של חטיף התירס כשהוא אפוי במקצת, ו"אסם" מצידה, מטגנת, אורזת ושולחת את המוצר לשוק תחת השם "אפרופו". "אסם" אחראית גם על פרסום החטיף.

במהלך שנות התשעים החלו המשיבים 1-3 והמשיבים 4-5, העוסקים בייצור ובשיווק של מוצרי מזון, בייצור חטיפים הדומים בצורתם ל"אפרופו". החטיף שמייצרים המשיבים 1-3 נקרא "לה נאש"; והחטיף שמייצרים המשיבים 4-5 נקרא "פפיטו". החטיפים משווקים באריזה שונה מזו שבה משווק "אפרופו", אולם על העטיפות מופיעה תמונה גדולה של חטיפים בתפזורת הדומים בצורתם לחטיף "אפרופו".

המערערת הגישה תביעה לבית המשפט המחוזי כנגד המשיבים, ובה ביקשה סעדים המתבססים על עילות שונות בתחום הקניין הרוחני. יצויין כי בקשה שהגישה המערערת לרישום עיצובו התלת מימדי של החטיף "אפרופו", כסימן מסחר, עוכבה על ידי רשם סימני המסחר עד להכרעה הסופית בתביעה.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

2. בית המשפט המחוזי דחה את התביעה. בית המשפט ציין כי המערערת זנחה בסיכומיה את העילות של פגיעה במוניטין ושל הפרת זכות יוצרים ולפיכך לא דן בעילות אלה, כמו גם בעילות של הפרת סימן מסחר מוכר היטב ודילול סימן מסחר, שהועלו לראשונה רק בסיכומי המערערת. בהתאם לכך, עסק פסק הדין רק בעילת התביעה המבוססת על עוולת גניבת עין ובעילה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. בית המשפט קבע כי היה על המערערת להוכיח כי צורת החטיף זכתה למוניטין בקרב הצרכנים וכי ציבור הצרכנים מזהה את צורת החטיף עם המערערת. בהקשר זה קבע בית המשפט המחוזי, לאור הראיות בדבר היקף המכירות של החטיף, וחוות דעת שהוגשה מטעם המערערת לגבי תוצאות סקר שבחן את היכרות הציבור עם צורת החטיף, כי הצורה אכן זכתה למוניטין. עם זאת, לשיטתו של בית המשפט המחוזי, מוניטין זה מקושר על ידי ציבור הצרכנים ל"אסם" ולא למערערת, ולפיכך לא קמה למערערת עילה מכוח פגיעה במוניטין של החטיף.

3. בית המשפט הוסיף כי מן היחסים שנקשרו בין המערערת לבין "אסם" עולה שהזכויות בחטיף שייכות דווקא ל"אסם" ולא למערערת. כך, למשל, ציין בית המשפט כי בהסכם שנכרת בשנת 1992 נקבע ש"אסם" יכולה להפסיק לרכוש את חומר הגלם לייצור החטיף מן המערערת ולרכוש אותו מספקים אחרים תוך שהיא ממשיכה למכור אותו תחת אותה האריזה ותחת אותו השם. בית המשפט התייחס גם לתוספת להסכם שבין המערערת לבין "אסם", משנת 1998, שממנה עולה לכאורה כי הזכויות הנובעות

מעיצוב החטיף שייכות למערערת. אלא שבעניין זה קבע בית המשפט המחוזי כי העובדה שהתוספת נחתמה לאחר הגשת התביעה מעיבה על נסיבות כריתתה, וכי מכל מקום בחינת המוניטין היא מהותית ולא צורנית, והמערערת אינה עומדת בתנאי זה, שכן, כאמור, הציבור אינו מזהה את צורת החטיף עימה. בית המשפט המחוזי הוסיף כי אפילו היה למערערת מוניטין במוצר הרי שלא הוכח חשש להטעיה של הציבור וגם מטעם זה דין התביעה להידחות. בית המשפט קבע כי קיים שוני של ממש בין האריזות של המוצרים ואין חשש שהצרכנים יתבלבלו ביניהם. עוד קבע בית המשפט המחוזי כי טענת המערערת לגבי האפשרות להטעיית צרכנים, לאחר הקנייה, לא הוכחה, ומכל מקום אין בחשש להטעיה שכזו כדי להצדיק הענקת הגנה למוצר. בית המשפט דחה גם את התביעה לפי חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979 (להלן: חוק עשיית עושר). לשיטתו, משנקבע שהמוניטין אינו שייך למערערת הרי שלא קמה לה עילה גם מכוח דיני עשיית עושר.

על פסק דין זה הוגש הערעור שלפנינו.

טענות הצדדים

4. המערערת משיגה על מרבית קביעותיו של בית המשפט המחוזי. לטענתה, מוניטין של מוצר שייך ליצרנית, ובענייננו – המערערת, ואין כל משמעות לשאלה אם הצרכנים אכן מזהים בפועל את החטיף עמה אם לאו. עוד טוענת המערערת כי בחינה של ההסכם שבינה לבין "אסם" מעלה שמדובר ביחסים בין יצרנית למפיץ, ולא משתמע ממנו כי היא וויתרה על זכויותיה במוניטין של החטיף. עוד נטען, כי אין כל פגם בתוספת להסכם משנת 1998, שבה הצהירה "אסם" על זכויותיה הקנייניות של המערערת במוניטין, וכי גם עובר לכריתתו הצהירה "אסם" על זכויותיה של המערערת, במסגרת ההליכים הזמניים שנוהלו בתיק. לעניין סכנת הטעיית הצרכנים, טוענת המערערת כי בניגוד לקביעתו של בית המשפט המחוזי קיים חשש ממשי שצרכנים יוטעו בנקודות המכירה. לדבריה, האלמנט הבולט ביותר באריזת החטיפים הוא התמונה המוגדלת של החטיף בתפזורת, ועל גבי האריזות של חטיפי המשיבים 4 ו-5 מופיע החטיף של המערערת, "אפרופו". לאור זאת, כך לטענת המערערת, קיים חשש ממשי כי הצרכנים יקשרו בין מוצרי המשיבים לבין החטיף "אפרופו". עוד טוענת המערערת כי הוכח שעשויה להיות הטעייה לאחר המכירה. לדבריה, כאשר החטיפים של המשיבים מוגשים בתפזורת, כפי שמקובל לעשות בשעת אירוח, יסברו הטועמים שמדובר בחטיף "אפרופו". הטעייה זו פוגעת במערערת – כך נטען – בכך ש"אותו צרכן, שסבר כי החטיף הנחות שטעם הינו 'אפרופו' ומן הסתם התאכזב מאד מהמוצר,

לא ירכוש עוד לעולם את החטיף של המערערת" (ההדגשה במקור). המערערת סבורה כי הפצת החטיפים של המשיבים מקנה עילת תביעה לפי חוק עשיית עושר ולא במשפט. לשיטתה, חיקוי החטיף, תוך הצגת תמונות של חטיף המערערת על אריזת המוצר, מפר את כללי המסחר ההוגן ומהווה התנהגות פסולה המגבשת עילת תביעה לפי דיני עשיית עושר ולא במשפט אף בהיעדר עילות תביעה אחרות מתחום הקניין הרוחני. המערערת מעלה גם טענות לגבי העילות של הפרת סימן מסחר ודילול סימן מסחר.

5. המשיבים 1-3 טוענים כי למערערת אין זכות תביעה בענייננו, שכן במקרים שבהם מזהה הציבור את המוצר עם מקור אחד, ובענייננו מדובר ב"אסם", המוניטין שייך לאותו מקור ולא לגורמים אחרים. המשיבים 1-3 מוסיפים כי מן ההסכם בין המערערת לבין "אסם", ומעדותו של נציג המערערת, עולה במפורש כי העסקה בין המערערת לבין "אסם" היא עסקת "מותג פרטי" ובפועל מדובר ביחסים שבין ספק ליצרן. בנסיבות אלה, כך נטען, אין למערערת כל זכות קניינית בחטיף. המשיבים 1-3 טוענים כי התוספת משנת 1998 להסכם שבין "אסם" לבין המערערת היא "הסכם למראית עין שנחתם לצורך ההליך המשפטי ומטרתו אחת – להתגבר על טענת ההגנה שהעלו המשיבים". לדברי המשיבים 1-3 עיצוב החטיף, בצורת קונוס, אינו ייחודי, חטיפים דומים מיוצרים ומשווקים על ידי חברות רבות אחרות בעולם, וגם בארץ יוצרו ושווקו מספר חטיפים דומים עוד לפני שהמשיבים החלו בייצור החטיפים נשוא הערעור. המשיבים 1-3 סבורים כי אין כל חשש להטעיה במקרה שלפנינו, שכן לא הוכח כי במהלך השנים הארוכות שבהן משווקים החטיפים של המשיבים הייתה הטעיה של צרכנים. לטענתם, האריזות השונות של החטיפים והשמות השונים שניתנו להם מונעים את האפשרות להטעיית הצרכנים, ולכך הסכים גם נציג המערערת בעדותו. עוד טוענים המשיבים 1-3 בהקשר זה כי עוולת גניבת עין לא נועדה להגן על הטעיה לאחר הרכישה, ומכל מקום לא הוכח קיומה של הטעיה מסוג זה. המשיבים 1-3 גורסים כי למערערת לא נגרם כל נזק, ומכל מקום לא הוכח כל נזק. המשיבים 1-3 מדגישים כי אין לטענות על הטעם הירוד של החטיף שהם מייצרים כל בסיס בחומר הראיות. המשיבים 4 ו-5 חוזרים בסיכומיהם על עיקר הטענות של המשיבים 1-3. המשיבים 4 ו-5 מוסיפים כי התצלום על האריזה של החטיף שהם מייצרים אינו חטיף "אפרופו" בתפזורת אלא מוצר קודם שהם ייצרו.

6. לאחר שבחנתי את טענות הצדדים באתי למסקנה כי דין הערעור להידחות. השאלות שעלו לדיון במקרה זה אינן פשוטות אך נראה כי, בסופו של יום, התוצאה שאליה הגיע בית המשפט המחוזי היא תוצאה ראויה. יאמר מייד כי מקובלת עלי קביעתו של בית המשפט המחוזי כי עילות התביעה היחידות שאליהן יש צורך להתייחס הן גניבת עין ועשיית עושר ולא במשפט, וזאת מן הטעמים שהוזכרו בפסק דינו. לא אתייחס, לפיכך, לעילות הנוגעות לשאלת ההכרה במוצר כסימן מסחר. עם זאת, אציין כי לאחר שניתן פסק דינו של בית המשפט המחוזי הוכרעה בבית משפט זה השאלה העקרונית לגבי אפשרות הרישום של סימן מסחר תלת מימדי המתייחס לצורתו של מוצר בע"א August Storck KG 11487/03 נ' אלפא אינטואיט מוצרי מזון בע"מ (לא פורסם, 23.3.2008). העקרונות שהתוו בפסק דין זה יפים גם לענייננו, ויש להניח כי רשם סימני המסחר שעיכב, כאמור, את ההליכים לרישום המוצר עד להכרעה בענייננו, יפעל עתה לאורם. אבקש להוסיף בהקשר זה, מבלי לקבוע מסמרות, כי נראה שבמקרים שבהם המוצר נמכר לצרכן הסופי בתוך אריזה שגם עליה קיימים סימנים מבחינים פוטנציאליים, תגבר הנטייה שלא לאשר רישום של המוצר עצמו כסימן מסחר.

עוולת גניבת עין

7. עוולת גניבת עין קבועה בחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999. סעיף 1(א) שבו מורה כי "לא יגרום עוסק לכך שנכס שהוא מוכר או שירות שהוא נותן, ייחשבו בטעות כנכס או כשירות של עוסק אחר או כנכס או כשירות שיש להם קשר לעוסק אחר". על פי העמדה המקובלת בפסיקה ובספרות המשפטית אין שוני משמעותי בין יסודותיה של עוולת גניבת עין שבחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999, לבין היסודות של סעיף 59 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] שעיגן קודם לכן עוולה זו (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, 941 (2001); ע"א 9568/05 שמעוני נ' "מובי" בירנבאום בע"מ, פס' 8 לפסק הדין (לא פורסם, 25.6.2007) (להלן: עניין שמעוני); ע"א 3559/02 מועדון מנויי טוטו זהב בע"מ נ' המועצה להסדר ההימורים בספורט, פ"ד נט(1) 873, 900 (2004) (להלן: עניין טוטו זהב); מיגל דויטש עוולות מסחריות וסודות מסחר 57-59 (2002) (להלן: דויטש)). כדי להיכנס לגדריה של עוולת גניבת העין יש להוכיח בענייננו כי קיים לחטיף "אפרופו" מוניטין, כי הזכות במוניטין זה שייכת למערערת, וכי מעשיהם של המשיבים יצרו מצג שלפיו החטיפים שלהם קשורים לחטיף "אפרופו".

מוניטין

8. הגדרתו המדויקת של המושג מוניטין אינה פשוטה והיא נדונה באריכות בספרות ובפסיקה. נפסק כי מוניטין הוא "תדמיתו החיובית של המוצר בעיני הציבור, אשר הודות לה קיים שוק של לקוחות בכוח, אשר מעוניינים ברכישתו" (רע"א 371/89 ליבוביץ נ' א. את י. אליהו בע"מ, פ"ד מד(2) 309, 315 (1990) (להלן: עניין ליבוביץ); ראו גם ע"א 634/89 ריין נ' Fugi Electronics Mfg Co., פ"ד מה(4) 837, 846 (1991) (להלן: עניין ריין); מיגל דויטש "המפיץ הבלעדי והגנת המוניטין" משפטים כ 513, 515-516 (1991)).

בית המשפט המחוזי קבע כי למותג "אפרופו" קיים מוניטין בקרב הצרכנים וקביעה זו מקובלת עלי. השאלה שבה יש להכריע בענייננו נוגעת לזהות הבעלים של מוניטין זה – המערערת או "אסם". הבעלות במוניטין שייכת למי שיוצר את המוניטין, לגורם שאפשר לראות בו את המקור למוניטין שיש למוצר או למי שרכש הימנו את המוניטין. בהקשר זה יש להבחין בין שני סוגים של מוניטין. המוניטין מן הסוג הראשון קשור למוניטין של היצרן (או של גורם רלוונטי אחר, כפי שיובהר להלן). בסוג זה של מוניטין תדמיתו החיובית של היצרן בעיני הציבור מקרינה על מכלול המוצרים המיוצרים על ידו ויוצרת את המוניטין שלהם. המוניטין מן הסוג השני קשור למוצר עצמו, גם אם היצרן אינו מוכר לציבור או אינו זוכה לתדמית חיובית בעיני הציבור. מוניטין זה נוצר בעקבות השם הטוב שהמוצר קונה לעצמו בקרב הצרכנים (ראו דויטש, בעמ' 250-251). במקרה שלפנינו, כפי שעולה מפסק דינו של בית המשפט המחוזי, זכה החטיף "אפרופו" למוניטין מן הסוג השני, מוניטין הקשור לאהדה שהמוצר עצמו – בדרך שבה הגיע לצרכן – זכה לה.

9. כאמור, בית המשפט המחוזי דחה את תביעתה של המערערת מן הטעם שלא הוכיחה כי ציבור הצרכנים מזהה את החטיף "אפרופו" עימה. אין בידי לקבל עמדה זו. אכן, במקרים שבהם מדובר במוצרים שהמוניטין שלהם הוא מן הסוג הראשון, יש להוכיח כי הציבור מזהה את המוצר נשוא התביעה עם היצרן. למעשה, במקרים אלה, ללא הוכחת זיהויו של המוצר עם היצרן כלל לא מוכח כי יש למוצר מוניטין. שהרי, המוניטין נובע מזיהויו של המוצר עם היצרן ולא מהשם הטוב של המוצר עצמו. ודוק: גם כשמדובר במוניטין מן הסוג הראשון אין בהכרח צורך להראות כי ציבור הצרכנים מזהה את המוצר דווקא עם שמו של היצרן, ולעיתים די בזיהוי עם שמה המוכר של קבוצת המוצרים המשוקים על ידו. כך, למשל, אם הבעלות בחברה ששמה זכה למוניטין עוברת לחברה אנונימית אך המוצרים ממשיכים להימכר תחת שמה של החברה המקורית, די להוכיח כי המוצר מזוהה עם שמה של החברה המקורית כדי

להוכיח את קיום המוניטין. כך נפסק בעניין ריין, שעסק במוניטין של מוצרים שנשאו את השם Roadstar ונכתב עליהם שהם יוצרו ביפן. באותו מקרה המוצרים יוצרו תחילה על ידי חברה בשם Roadstar שייצרה אותם ביפן, ולאחר שהחברה נמכרה לחברה בשם אחר המשיכו המוצרים להימכר תחת השם Roadstar. וכך נקבע שם בעניין זה:

אין לצפות, שקהל הלקוחות יידע להבחין בין שמותיהן של החברות היפניות השונות, העוסקות בהווה או שעסקו בעבר בייצור מכשירי הרדיו ובשיווקם. די בכך שקהל הלקוחות מקשר בין מכשירי הרדיו, שכתוב עליהם Roadstar ושמצוין עליהם כי הם מיוצרים ביפן, לבין קיומו של גורם המייצר מכשירים אלו ביפן. אין לייחס משמעות לטענת המערער, לפיה סבר הציבור בטעות, בשל אי-הכרתו את שמות החברות העוסקות בייצור מכשירי הרדיו, כי שם החברה המייצרת מכשירי Roadstar ביפן הינו Roadstar, גם לאחר קריסתה של חברת Roadstar ב-1982 (שם, בעמוד 852).

10. מכל מקום בענייננו מדובר, ככל הנראה, במוניטין מהסוג השני, הקשור למוצר עצמו. לא עלתה על ידי מי מהצדדים הטענה כי המוניטין במוצר נובע מן השם הטוב של המערערת או של "אסם" וכי המוניטין קושר על ידם למוצר עצמו. בנסיבות אלה, אין חשיבות לזיהויו של המוצר עם יצרן ספציפי או עם קבוצת מוצרים ספציפית (לעניין היעדר הצורך בהיכרות עם בעל הזכות במוניטין ראו, בין השאר, עניין ריין, בעמ' 852; ע"א 18/86 מפעלי זכוכית ישראליים פניציה בע"מ נ' les verrees de saint gobain, פ"ד מה(3) 224, 232 (1991); ע"א 498/66 "דוחן" חברה לייצור ושיווק בע"מ נ' "יצהר" חרושת שמנים בע"מ, פ"ד כ(4) 600, 602 (1966); גדעון גינת גניבת עין 32 (דיני הנזיקין – העוולות השונות בעריכת ג' טדסקי, 1982) (להלן: גינת)).

11. אם כן, נותר לבחון אם הזכות במוניטין של החטיף הנושא את השם "אפרופו" שייכת למערערת. בית המשפט המחוזי סבר, כאמור, כי מהראיות שהובאו לפניו עולה שהמוניטין בחטיף שייך דווקא ל"אסם" ולא למערערת. עיון בחומר הראיות מעלה תמונה מורכבת בשאלה זו. באופן עקרוני כאשר מדובר במוניטין מן הסוג השני והמוצר כולו, על כרעיו ועל קרבנו, מיוצר על ידי יצרן אחד, קביעה מתבקשת היא שהמוניטין במוצר שייך לאותו יצרן (ראו יעקב וחנה קלדרון חיקויים מסחריים בישראל פס' 3.069 (1996) (להלן: קלדרון)). שהרי, במקרים אלה יש מקום לסברה כי היצרן הוא זה ש"ייצר" גם את המוניטין, וכי ההמצאה והייצור שלו הם המקור להערכה שלה זוכה

המוצר. כך, למשל, בעניין ליבוביץ, שעסק בתביעתן של מפיצות בלעדיות של עטים מסוימים נגד מפיץ לא מורשה של אותם עטים, דן בית המשפט בשאלה למי שייך המוניטין של המוצר – ליצרן או למפיץ המקומי שהשקיע זמן ומשאבים בהקניית מוניטין מקומי למוצר. בית המשפט קבע כי המוניטין שייך ליצרן. קביעה זו הוסברה על ידי בית המשפט כך:

הקניין במוניטין של המוצר הוא של היצרן. המוניטין של המוצר דבק במוצר עצמו. המוצר מזהה, בדרך כלל, עם היצרן אשר מייצר אותו, ולא עם המפיץ אשר משווק אותו. המפיץ פועל, אמנם, לשם בנייתו של מוניטין זה ולשם טיפוחו. אך בכך בלבד אין כדי להקנות לו את זכות הקניין במוניטין מן הסוג האמור, להבדיל מן המוניטין שלו כסוחר או כסוכן, אשר שייך לו ונשאר בידו (שם, בעמוד 318)

מדברים אלה משתמעת התייחסות, גם אם לא מפורשת, להבדל בין מוניטין מן הסוג הראשון, הקשור למוניטין של היצרן, לבין מוניטין מן הסוג השני, הקשור למוצר עצמו. בית המשפט קבע בהקשר זה כי ככלל, כאשר המוניטין קשור למוצר עצמו הוא שייך ליצרן ולא למפיץ, וזאת גם אם המפיץ תורם להגברת המוניטין על ידי פרסום של המוצר. לעומת זאת, נראה כי אילו הוכח שההוקרה שלה זכה המוצר קשורה דווקא לשמו הטוב של המפיץ, אזי שייך המוניטין למפיץ. אוסיף כי ברי שגם היפוכו של דבר נכון לגבי מוניטין מן הסוג הראשון. לאמור, אם המוניטין נובע מההוקרה וההערכה הכללית של היצרן, המוניטין שייך ליצרן.

12. בענייננו, כאמור, המוניטין הוא ככל הנראה מן הסוג השני – מוניטין הנובע מתדמיתו הטובה של המוצר עצמו – ובמקרים מסוג זה המוניטין שייך כאמור ליצרן. אלא שבמקרה שלפנינו מדובר בסיטואציה מורכבת שבה קשה לסמן יצרן מובהק ומפיץ מובהק. קיימים בענייננו שני גורמים שלכל אחד מהם יש חלק מסוים במוצר הסופי. במידה מסוימת יש לראות בשני גורמים אלה "יצרנים" של המוצר על רכיביו השונים. המוצר נשוא הערעור הוא החטיף "אפרופו". מוסכם על הצדדים כי מקורו של החטיף במוצר של המערערת, אשר מופץ בעולם תחת השם Bugles. עם זאת, אריזתו של החטיף, שמו, הכיתוב על האריזה ופרסום החטיף, כולם יצירי כפיה של "אסם" והאחרונה גם שותפה לייצורו של החטיף עצמו בכך שהיא מטגנת אותו בארץ. המערערת מבקשת להבחין בין המוניטין בצורתו של החטיף, שלטענתה שייך לה, לבין המוניטין בשמו של החטיף. אין לקבל עמדה זו. המותג במקרה זה כולל את כל רכיביו של המוצר – וביניהם השם, האריזה והחטיף עצמו – ולא ניתן להפריד באופן מלאכותי

בין חלקיו השונים. יתרה מכך, בשוק המוצרים המודרני, שבו המיתוג ממלא תפקיד נכבד, המוצר נמכר כחבילה כוללת, שבה האריזה והשם מהווים מקור משיכה דומיננטי לציבור ומזוהים עם המוצר לא פחות מאיכותו וייחודו של החטיף עצמו. יש מי שיסבור כי מוטב היה שמוצר יימדד בעיקר על פי טיבו ופחות על פי מדדים חיצוניים כמו אריזה ושם. אולם שאלת המוניטין נקבעת לפי ההערכה וההוקרה שלה זוכים המוצרים במציאות הנוכחית, שבה לגבי מוצרים רבים – כולל המוצר נשוא הערעור – אין להפריד בין שמו ואריזתו של המוצר לבין המוצר עצמו. ברי כי דברים אלה נוגעים אך ורק למוצרים שבהם אריזת המוצר מהווה חלק בלתי נפרד משיווקו, כבשוק החטיפים, ואין הם נוגעים למקרים שבהם לאריזת המוצר קיים תפקיד שולי בשיווקו.

13. במקרים כגון אלה, שבהם מקורו של המוצר עצמו בגורם אחד ואילו מקורם של שמו, אריזתו ופרסומו הוא גורם אחר, ונראה כי היצרן משמש, למעשה, ספק של חומרי הגלם, ניתן להניח כי ככלל יהא שייך המוניטין במוצר לגורם שמוכר את המוצר תחת שמו. הסברה העומדת בבסיס עמדה זו היא שכאשר יצרן של מוצר מתיר לגורם אחר לשווק את המוצר תחת שמו ואריזתו, מרחיק עצמו היצרן מהמוצר ובבחירתו זו יש משום וויתור על זכויותיו במוניטין של המותג החדש שנוצר מהשילוב של המוצר עם השם והאריזה החדשים (ראו קלדרון, פס' 3.069, 3.078 ו-6.023). כך גם בענייננו. המותג נשוא הערעור אינו החטיף Bugles של המערערת. מדובר במותג עצמאי של "אסם" בשם "אפרופו" אשר אמנם רכיב חשוב בו, החטיף עצמו, מיוצר על ידי המערערת, אולם אין בכך כדי לשנות מהמסקנה כי המוניטין של המוצר שייך ל"אסם".

עם זאת, הזכויות במוניטין ניתנות להעברה, ובמידה שמתברר כי הגורם שלו שייך המוניטין מוותר עליו לטובת גורם אחר, לאחרון תוקנה זכות תביעה. בענייננו, ההסכמים שנכרתו בין הצדדים מעלים תמונה מורכבת שאינה מספקת תשובה ברורה ביחס לשאלת הזכויות במוניטין של חטיף. הקושי המרכזי נובע מהתוספת להסכם משנת 1998, שלגביה טענו המשיבות כי מדובר בתוספת למראית עין שנכרתה לאחר תחילת ההליכים המשפטיים נשוא הערעור, ואשר ממנה עולה לכאורה כי המערערת שומרת על זכויותיה במוניטין של החטיף. בענייננו אין צורך להכריע בשאלה זו שכן תוצאת הערעור לא תשתנה גם אם נניח כי יש למערערת זכויות במוניטין של החטיף מכוח ההסכם בינה לבין "אסם".

14. אין עילה להתערב בקביעתו של בית המשפט המחוזי כי במקרה שלפנינו לא מתקיים חשש להטעיה כמשמעו בעוולת גניבת עין. אין בעטיפות החטיפים של המשיבים כדי להטעות את ציבור הצרכנים לחשוב כי מקורם של חטיפים אלה זהה למקורו של החטיף "אפרופו". מדובר בחטיפים בעלי שמות שונים לחלוטין ועטיפות הצבועות בצבעים נבדלים מאלה של החטיף "אפרופו". גם העובדה כי אריזות החטיפים של המשיבים נושאות על גביהן תמונה הדומה לחטיפי "אפרופו" אינה משנה ממסקנה זו, שכן המראה הכולל של אריזת החטיפים אינו עשוי להטעות. ציבור הצרכנים מורגל מזה שנים ארוכות להבחין בין מוצרים בעלי עיצוב דומה ותכונות דומות כאשר מדובר בעטיפות שונות; בענייננו, כאמור, השוני בשם ובעיצוב העטיפה ניכר ובולט אין חשש כי הצרכנים יתבלבלו בין החטיפים.

למסקנה דומה הגיע בית המשפט בעניין שמעוני הנ"ל, שם נדונה טענה להעתקת דגם של חזיית הנקה. בפסק הדין נשלל חשש להטעיית הציבור אף שנקבע כי קיים "דמיון ניכר בין החזיה מדגם ליידיז 437 לבין החזיה מדגם מובי 122" דמיון ה"חורג מעבר לצרכים העיצוביים הפונקציונאליים של חזיית הנקה" (פס' 11 לפסק הדין). משקל נכבד ניתן בהקשר זה לשוני הניכר בשמן ובאריזתן של החזיות (כמו גם לשוני בתווית שהן נשאו). בית המשפט ציין כי לא הוכח שהחזיות נמכרות מחוץ לאריזתן ולפיכך, על אף הדמיון בין החזיות, אין מתקיים יסוד ההטעיה שבעוולה.

15. המערערת מצדה טוענת כאמור כי, במקרה שלפנינו, אפילו אין חשש להטעיה כאשר המוצרים נמכרים באריזתם בחנויות, הרי שהחשש מתקיים לאחר המכירה בעת שהחטיפים מוגשים בתפזורת במסגרת אירוח. אין לקבל טענה זו. אכן, בין החטיפים עצמם קיים דמיון מטעה, ואין לכחד כי לעתים הם מוגשים לעיתים בתפזורת, אולם עוולת גניבת עין נועדה להגן מפני חשש להטעיה בשעת המכירה עצמה, ולא מפני חשש להטעיה בסיטואציה שאינה כרוכה במכירה ראשונית או במכירה משנית של המוצר. ההיגיון העומד בבסיס הדבר הוא שהעוולה נועדה להגן מפני הפקת רווח מהמוניטין של המוצר על ידי מכירת מוצרים הנחזים להיות המוצר עצמו. רווח זה עשוי להתקיים רק מקום בו יש חשש כי הצרכן מוטעה לחשוב בשעת הקנייה כי המוצר שהוא קונה קשור למוצר בעל המוניטין. חיזוק לעמדה זו ניתן למצוא בנוסח ההוראה החוקית בגלגולה הקודם שקבע:

מי שגורם או מנסה לגרום, על ידי חיקוי השם, התיאור, הסימן או התווית או בדרך אחרת, שטובין ייחשבו בטעות כטובין של אדם אחר, עד שקונה רגיל עשוי להניח שהוא קונה טובין של אותו אדם, הריהו עושה

עוולה כלפי אותו אדם; אך אין אדם עושה עוולה רק על ידי שהוא משתמש בשמו למכירת טובין.

הסעיף קבע באופן מפורש כי חשש ההטעיה נוגע דווקא לציבור הקונים ולא לציבור בכללותו (ראו ע"א 523/91 כהן נ' נדיר, פ"ד מט(2) 353, 362 (1995)). אכן, ניתן ואף ראוי לפרש את התיבה "קונה" המופיעה בסעיף, ככוללת גם מקרים שבהם ציבור הצרכנים רוכש את המוצר מסוחר מתווך לאחר שהמעוול מכר את המוצר למתווך, אולם גם אז נותרת על כנה הדרישה כי ההטעיה תהא קשורה לאירוע מכר (ראו: גינת, בעמ' 21). הנוסח החדש המתייחס לאותה עוולה אינו קובע במפורש כי ההטעיה נוגעת דווקא לזמן קניית המוצר, אך, כאמור, הגישה המקובלת היא כי הוראת הסעיף החדש לא שינתה את מהות ההגדרה וכי לא הייתה בניסוחו כוונה לבטל את הדרישה כי ההטעיה תתרחש בהתקיים אירוע של קנייה. הותרת הדרישה הזו על כנה משמרת את האיזון הראוי בין חופש העיסוק והתחרות לבין זכויותיהם של בעלי מוצר להגנה על השקעתם בפיתוח מוצריהם – איזון העומד בבסיס פרשנות הדין בתחום התחרות העסקית, ובכלל זה גם לעניין עולת גניבת העין. יצוין כי אף שבית משפט זה לא עסק עד כה בשאלה זו במפורש, הרי שבפועל הוחלו אותם המבחנים, שנקבעו לעניין העוולה בגלגולה הקודם והקשורים להטעיה בשעת הקנייה דווקא, גם כאשר בא בית המשפט ליישם את העוולה בנוסחה הנוכחי (ראו, למשל, עניין טוטו זהב, בעמ' 902). אכן אין בשום פנים לומר כי החשש, שהועלה בטיעוני המערערת לגבי הפגיעה שעשויה להיגרם ליצרן לאחר הקנייה בשל שימוש במוצר דומה פגום של אחר – הוא חשש מופרך לחלוטין. אלא שכאמור, העוולה שבה אנו עוסקים כאן נועדה להגן מפני הפקת רווח מהמוניטין של המוצר בדרך של הצעתו למכירה ולא מפני פגיעה אפשרית עקיפה שאינה קשורה לרווח שנוצר ממכירת המוצר המחקה.

גם בשני פסקי הדין שניתנו בערכאות המכרות ואשר אליהם הפנתה המערערת – ת.א (מחוזי ת"א) 1896/03 Daimler Chrysler AG נ' ק.נ.ר. תכנון וייצור חלפים בע"מ (לא פורסם, 15.2.2005) (להלן: עניין ק.נ.ר.) ו-ת.א (מחוזי ת"א) 1729/03 H. Stern Industria e Comercio S.A נ' מילר חנויות וגלריות בע"מ (לא פורסם, 21.10.2003) (להלן: עניין H. Stern) – אין למצוא ביסוס לעמדתה לגבי ההכרה בהטעיה לאחר הרכישה כיסוד בעולת גניבת עין; ההתייחסות לשאלה זו בפסקי הדין נגעה לאפשרות להטעיה במכירה עתידית, ולא להטעיה באירוע שאינו אירוע מכר. ומכל מקום, במקרה שלפנינו, לא הוכיחה המערערת את טענותיה בעניין נזק שהוסב לה בשל אירוע מאוחר לאירועי המכר.

16. בסופו של יום, עוסק המקרה שלפנינו בשאלה אם קיימת עילה להענקת סעד במקרה שבו משווק מוצר דומה למוצר אחר, בלא שמתקיים חשש להטעיה של הצרכנים לגבי העובדה שמדובר במוצר שמקורו שונה. כפי שנקבע בבית המשפט המחוזי, הוכח כי צורת החטיף של המערערת מזוהה על ידי הציבור הרחב עם החטיף "אפרופו". מדובר בצורת חטיף שאינה נפוצה בארץ (למעט החטיף "אפרופו"), ודומה שהשימוש בה, בחטיף תירס אחר, בה להכריז אמנם כי החטיף החדש הוא בן דמותו של החטיף "אפרופו", אך בה בעת אין הוא "אפרופו". כאמור, אין כאן חשש כי הציבור יטעה. בנסיבות אלה, עוולת גניבת עין אינה מתקיימת כאן ושאלת הסעד צריכה להיבחן במסגרת עילות אחרות מתחום דיני התחרות העסקית. בענייננו, כאמור, עולה לדיון רק עילה אחת נוספת – והיא עשיית עושר ולא במשפט – אף כי לא למותר לציין כי ביתו הטבעי של סעד לעניין חיקוי של מוצר שאינו מקים את יסודות עוולת גניבת עין הוא דיני המדגמים.

עשיית עושר ולא במשפט

17. בית המשפט המחוזי דחה את תביעתה של המערערת לפי חוק עשיית עושר משום שלשיטתו אין למערערת זכויות במוניטין של החטיף. לאור העמדה שהוצגה בעניין זה בפרק הקודם, אתייחס לעילה זו לגופה. העקרונות להכרה בעילת תביעה במסגרת דיני עשיית העושר מקום בו מתקיים חיקוי של מוצר התוו בפסק הדין המקיף והמעמיק ברע"א 5768/94 א.ש.י.ד. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289 (1998) (להלן: עניין א.ש.י.ד.). בעניין א.ש.י.ד. נקבע כי "חיקוי או העתקה של מוצר 'כשלעצמם' – בהיעדר קניין רוחני במוצר על פי הדינים הסטוטוריים, ובלא שההעתקה תהווה עוולה או פגיעה ביחסי אמון או בסוד מסחרי – אינה מעניקה זכות להשבה על פי חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979" (שם, בעמוד 475). אכן, התגובה הרגשית המיידית לחיקוי מוצר של אחר היא כי החיקוי הוא מעשה בלתי ראוי, שכן יש בו נטילה ללא תמורה של יציר כפיו של אחר (ראו: עניין א.ש.י.ד., בעמ' 411; דויטש, בעמ' 138), אולם דיני התחרות העסקית, האינטרסים העומדים מנגד, ובעיקר חשיבותה של ההגנה על חופש העיסוק וחופש התחרות, מלמדים כי תחושה זו כשלעצמה אין בה די כדי להעניק סעד לפי דיני עשיית העושר.

18. בעניין א.ש.י.ד. הוכרה עם זאת האפשרות להעניק סעד בעת שהתווסף להעתקה או לחיקוי "יסוד נוסף", או "חומרה מיוחדת" כלשונו של השופט י' זמיר, שעל מהותם

הובעו בפסק הדין עמדות שונות. אף שלא נקבעה בפסק הדין הלכה מובהקת בנוגע למהותה של הדרישה ל"יסוד נוסף", נראה כי קיימת הסכמה באשר למספר רכיבים הדרושים לביסוסו של יסוד זה. רכיבים אלה נוגעים לכך ש"על הרעיון המועתק להיות מסוים, ניתן להגדרה, חדשני, ייחודי ויישומי ועליו להיות רעיון שבעליו עשו בו שימוש או שבכוונתם לעשות בו שימוש" (עניין א.ש.י.ר, פסק-דינה של השופטת ט' שטרסברג-כהן, בעמ' 431). עוד נדרש כי "על הזוכה להיות מודע לכך שהוא מעתיק מוצר פרי רעיונו של אחר" (שם, בעמ' 432; ראו גם ע"א 2287/00 שוהם מכונות ומבלטים בע"מ נ' הרד, פס' 12 לפסק הדין (לא פורסם, 5.12.2005) (להלן: עניין הרד)). קריטריונים נוספים שהוזכרו בפסק הדין לבחינת התקיימותו של "היסוד הנוסף": היקף ההשקעה בפיתוח המוצר; היותה של ההעסקה שיטתית או חד פעמית; הקושי שבחיקוי; השאלה אם מדובר בהעסקה מלאה או חלקית של המוצר; משך הזמן שבו המוצר המועתק נמצא בשוק; קיומן של חלופות להשגת התכלית המבוקשת על ידי המעתיק; האפשרות לקיומו של כשל שוק אם יותר החיקוי; והשאלה אם ניתן היה להשיג הגנה על הקניין הרוחני על ידי רישומו (לדיון מפורט בקריטריונים אלה ראו דויטש, בעמ' 223-247).

19. יישום הכללים שהתוו בעניין א.ש.י.ר על נסיבות המקרה שלפנינו מלמד כי אין מקום ליתן למערערת סעד מכוח דיני עשיית עושר. אכן, מקצת מן הדרישות שהועלו בעניין א.ש.י.ר מתקיימות במקרה זה. כך, למשל, נראה כי המשיבים מודעים לכך שהחטיפים המיוצרים על ידם מהווים חיקוי של צורת החטיף "אפרופו" כשהוא יאנו נתון באריזה. כמו כן, אין ספק כי הייתה למשיבים אפשרות לעצב את החטיפים בצורה אחרת מבלי לפגוע באופן משמעותי במאפיינים הפונקציונליים שלהם. עם זאת, עיון במכלול הנסיבות מעלה כי הכף נוטה לשלילת הסעד.

20. המערערת התייחסה בטיעוניה לעילת עשיית העושר בקצרה ולא הציגה טיעון מפורט באשר להתקיימותם במקרה זה של הקריטריונים שהתוו בעניין א.ש.י.ר. בשל כך, עניינים מרכזיים הדרושים הוכחה, כגון מידת ההשקעה בעיצוב החטיף, לא הוכחו. יתרה מכך, לא התקיימו בענייננו מספר קריטריונים מרכזיים הדרושים לשם הקמת עילה לפי דיני עשיית עושר. ראשית, כפי שעולה מפסק הדין בעניין א.ש.י.ר, יש ליתן משקל בבחינת התקיימות "היסוד הנוסף" לשאלה אם ניתן היה לרשום את הזכות בחטיף אם לאו (שם, בעמ' 387, 433, 488, 501; עניין הרד, פס' 14 לפסק הדין). בענייננו, לא נרשם מדגם על צורת החטיף, לא ניתן כל הסבר לכך שאף לא נעשה ניסיון לרישום כזה, ואין בטענות המערערת זכר לטענה בדבר קושי מהותי לבצע את הרישום.

בנסיבות אלה, רק במקרים חריגים ונדירים יש מקום להכיר בהתקיימותו של "היסוד הנוסף".

שנית, החטיפים של המשיבים אינם מהווים העתק מדויק של החטיף "אפרופו". אמנם קיים דמיון לא מבוטל בין החטיפים על פי צורתם כשהם מעורטלים מן העטיפה, אולם במראה החיצוני של האריזות בהן נתונים החטיפים קיים הבדל ממשי הניכר בתצלומים שהוצגו לבית המשפט. לכך מתווסף ההבדל בהרכב החטיפים ובטעמם. הבדלים אלה מודגשים בטענות המערערת עצמה, אשר מבקשת להיבנות מכך לעניין טענות אחרות שהועלו על ידה. הבדלים אלה יוצרים מציאות שבה לא ניתן לגרוס כי מדובר ב"העתקה מושלמת" של החטיף "אפרופו". מתן הגנה מפני העתקה חלקית של המוצר עלולה לפרוס את מטריית ההגנה של דיני עשיית העושר על מספר רב מאד של מוצרים. כך, למשל, קבלת עמדתה של המערערת עלולה להוביל לאיסור כמעט גורף על שימוש בצורת קונוס חלול בעיצוב חטיפים. הגנה מסוג זה כרוכה בפגיעה משמעותית בחופש התחרות ולכך נפקות באיזון שבין השיקולים.

שלישית, כאשר החלו המשיבים לשווק את החטיפים כבר נמצא החטיף "אפרופו" על המדף מזה מספר שנים. "אפרופו" החל להיות משווק בישראל בשנת 1986, ואילו בארצות הברית החלה המערערת לשווק את החטיף Bugles עוד בשנת 1963. החטיפים של המשיבים שווקו לראשונה בישראל בשנות התשעים של המאה העשרים. בנסיבות אלה, נראה כי היה די זמן בידי המערערת כדי להשיב לידיה את סכום השקעתה בפיתוח צורת המוצר ואף להוסיף על כך רווח נכבד, כפי שעולה מטענות המערערת עצמה. במצב דברים זה מתמעט מאד החשש מפני "כשל שוק" שימנע פיתוח מוצרים ורעיונות חדשים עקב החשש מפני העתקתם (ראו עניין א.ש.י.ד., בעמ' 479). ככלל, דיני הקניין הרוחני לא נועדו להקים מונופול אינסופי בקניין הרוחני, ובמרבית המקרים מדובר בהגנות המוגבלות בזמן. לא למותר לציין בהקשר זה כי סעיף 33 לפקודת הפטנטים והמדגמים קובע כי ההגנה על מדגם רשום תחול למשך תקופה של חמש שנים, אשר ניתנת להארכה עד לגבול של חמש-עשרה שנים. להיקף הגנה מוגבל זה ניתן משקל רב לגבי משך הסעד שניתן על ידי בית המשפט בעניין הדר, שם נקבע כי בנסיבות המקרה סעד ההשבה לפי דיני עשיית העושר יינתן רק בגין התקופה של שמונה שנים הראשונות של ההפרה. בעניין הדר ההפרה הייתה חמורה יחסית והסעד ניתן סעד ביחס לשמונה השנים הראשונות. במקרה שלפנינו, שבו שיווקו של החטיף של המשיבים 4 ו-5 החל כעשר שנים לאחר תחילת שיווקו של החטיף "אפרופו", וגם שיווקו של החטיף של המשיבים 1-3 החל מספר שנים לא מבוטל לאחר תחילת שיווקו של החטיף "אפרופו", אין מקום להעניק למערערת סעד.

21. מקום בו שוקל בית המשפט אם להעניק סעד לפי דיני עשיית עושר, יש מקום להידרש, מעבר לבחינה פרטנית של הקריטריונים שהותוו בעניין א.ש.י.ד., גם לבחינה כללית יותר המתחשבת באופיו ובטיבו של השוק המסוים שבו נמכר המוצר. השיקולים הפרטניים האמורים לא באים אלא לבחון אם מדובר בחיקוי המהווה "תחרות בלתי הוגנת", "הפרה של הלכות המסחר" או "חוסר תום-לב". בחינתם של מושגים אלה צריכה להיעשות, בין היתר, גם על רקע ההתנהגות המקובלת בתחום המסחר שבו מדובר. קשה להלום עמדה הרואה בחיקוי מסוים "הפרה של הלכות המסחר", אם חיקוי מעין זה מקובל באותו תחום והעוסקים בתחום זה אינם מלינים על כך. במסגרת הבחינה הכללית יש ליתן משקל גם למטרה שיש ליצירת החיקויים בשוק המסוים, ולהצדקה האפשרית של יצירתם לאור מטרה זו.

22. בעניינינו, כאמור, מדובר בחיקוי של עיצוב חטיף בנסיבות שבהן אין חשש להטעיה של ציבור הקונים. ניתן לומר כי רק במקרים נדירים יש לקבוע כי חיקוי מסוג זה שאין בו כדי להטעות את הקונה אינו לגיטימי. בשוק מוצרי המזון הנמכרים בחנויות וברשתות השיווק, ובאופן ספציפי יותר בשוק החטיפים, קיימים מותגים רבים. מותגים אלה משתייכים לקבוצות ולתתי-קבוצות שונות זו מזו. חיקוי צורתו של אחד מן המוצרים נושאי המותג, שקנה לו שם והציבור מכיר בערכו ובטעמו, נועד לספק לצרכן מידע אודות המוצר החדש ואודות קבוצת המוצרים או תת-קבוצה שאליה הוא שייך בתוך שוק המוצרים הכולל. המוצר החדש כמו בא ומכריז על עצמו: "דעו כי אני מתחרה של המוצר הספציפי הזה, אין אני אותו מוצר, יש לי יתרונות אחרים לטעמי, טעמו אותי ובחרו בינינו לפי רצונכם". מבט אקראי במדף החטיפים בחנויות חושף כי אכן קיימים מוצרים רבים הדומים בצורתם זה לזה ושייכים לאותה תת-קבוצה. במקרים לא מעטים, בולט בין המוצרים האלה מוצר דומיננטי וותיק שניתן להצביע עליו ולקבוע כי הוא המוצר הראשוני וכי האחרים הם שחיקו אותו במידה כזו או אחרת. ככלל, ובכפוף לדינים הספציפיים ולקריטריונים שנמנו לעיל, דרך פעולה זו היא לגיטימית. החיקוי נועד לקדם את התחרות בין המוצרים השונים ולהקל על הצרכן בבחירתו ביניהם, ובמטרה אלה אין פסול. עניינינו אינו נמנה על המקרים החריגים שבהם יש לסטות מקביעה זו.

23. המערערת טוענת כי המשיבים 4 ו-5 הציגו על גבי אריזת החטיף ששווק על ידם תמונה של החטיף "אפרופו", ולא של החטיף שלהם, ולשיטתה מדובר במעשה המגבש עילה מכוח עשיית עושר. אכן יש מקום לסברה כי הצגת תמונתו של המוצר המחוקה על גבי אריזת המוצר המחקה חורגת מהמקובל והראוי במסגרת התחרות

העסקית. הפגם המרכזי בכך נוגע לעובדה שתמונת החטיף המחוקה עשויה ליצור את הרושם שיש קשר בין המוצרים וכי קשר זה חורג מחיקוי ותחרות עסקית פשוטה. אולם, לבד מתמונות שבהן ניכר הבדל מסוים בין החטיף של המשיבים 4 ו-5 לבין החטיף המוצג על האריזה, לא הציגה המערערת כל אסמכתא אחרת לתמיכה בטענתה ובית המשפט המחוזי לא קבע כממצא עובדתי כי תמונת החטיף על גבי האריזה המשווקת על ידי המשיבים 4 ו-5 היא אמנם תמונה של החטיף "אפרופו". המשיבים 4 ו-5 מאשרים כי התמונה על האריזה היא של חטיף שאמנם דומה יותר ל"אפרופו" מאשר לחטיף שלהם, אך לדבריהם לא מדובר בחטיף "אפרופו" אלא בחטיף של היצרן הקודם שאיתו הם עבדו. בנסיבות אלה נראה כי המערערת לא הוכיחה את טענתה.

24. סיכומם של דברים, המערערת לא השכילה להראות כי המשיבים עוולו כלפיה בגניבת עין או כי יש להעניק לה סעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. אכן, חיקוי של מוצר עשוי לעורר תחושה לא נוחה, אולם בנסיבות המקרה שלפנינו, ובעיקר לאור חשיבותו של חופש התחרות, אין מקום להעניק למערערת סעד בגין החיקוי החלקי – שאינו מטעה – של החטיף "אפרופו".

אשר על כן, הערעור נדחה. המערערת תשא בשכר טרחת עורך הדין של המשיבים 1-3 בסכום של 30,000 ש"ח ושל המשיבים 4 ו-5 בסכום של 20,000 ש"ח.

המשנה לנשיאה

השופט א' רובינשטיין:

מצטרף אני לפסיקתו של חברי המשנה לנשיאה. אודה כי נותרה סתומה בעיני חידת אי השתתפותה של "אסם" בהליך, וכן אותיר בצריך עיון את השאלה באיזה מוניטין עסקינן - של המוצר או של היצרן; וכפי שציין חברי מכל מקום, במקרה שבו המוצר מקורו בגורם אחד ומקור שמו, אריזתו ופרסומו הוא אחר, "ניתן להניח כי ככלל יהא שייך המוניטין במוצר לגורם שמוכר את המוצר תחת שמו", ובמקרה דנא "אסם". כך או אחרת, נראית לי התוצאה שאליה הגיע חברי.

ש ו פ ט

השופט ס' ג'ובראן:

אני מסכים.

שופט

הוחלט כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיאה, א' ריבלין.

ניתן היום, י"ג בתשרי תש"ע (1.10.2009).

שופט

שופט

המשנה לנשיאה