



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 1898/12

לפני :

כבוד המשנה לנשיא מ' נאור
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט נ' סולברג

המערערים

1. מרכז המתנות 2006 בע"מ
2. דקר עזר

נ ג ד

המשיבים

1. קארשי אינטרנשיונל בע"מ
2. עמי מוצרי נוי בע"מ
3. שלומי נחיאסי

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים
מיום 15.1.2012 בת.א 3402/09 שניתן על ידי כב' השופט י'
שפירא

תאריך הישיבה :

ט"ז בתמוז התשע"ג (24.6.2013)

בשם המערערים :

עו"ד רותם גלעדי ; עו"ד אהרן הרניק

בשם המשיבה 1 :

עו"ד איל פלום

בשם המשיבים 2-3 :

עו"ד יעקב קלדרון ; עו"ד אסף שיר

פסק-דין

השופטת א' חיות:

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (כבוד השופט י' שפירא) מיום 15.1.2012 אשר קיבל בחלקה את תביעת המשיבה 1 נגד המערערים וכן נגד המשיבים 2-3 בעילות של גניבת עין, עשיית עושר ולא במשפט וקיום חוזה שלא בתום לב והורה על הוצאת צו מניעה קבוע האוסר עליהם לבצע פעולות שונות בקשר לסדרת כיסויי חלה שייבאו וכמו כן נתן צו למתן חשבונות ואישור לפיצול סעדים.

1. המערערת 1, מרכז המתנות 2006 בע"מ (להלן: מרכז המתנות), היא חברה המשווקת מזכרות ומוצרי יודאיקה שונים בניהולו של המערער 2 מר עזר דקר (להלן: דקר), וברשותה חנות לממכר מוצרים אלו בתל-אביב. המשיבה, קארשי אינטרנשיונל בע"מ (להלן: קארשי), היא חברה המייצרת ומשווקת מוצרי יודאיקה ומנהלה הוא מר יורם קארשי (להלן: יורם). בין המוצרים אותם מעצבת ומשווקת קארשי מצויה סידרה של כיסויי חלה לשבת אשר עוצבה ויוצרה במהלך שנת 2006 (להלן: כיסויי קארשי). בשל חשיבות העניין להמשך הדיון יובאו כבר עתה מאפייניה הנטענים של סדרת כיסויי קארשי:

מידות כלליות של 50X40 ס"מ.
פנים מבד שקוף;
מסגרת מבד צבעוני מלא;
הכיתוב "שבת ויום טוב" במרכז בפונט המוכר כפונט "אריאל";
קומפוזיצית עיטורים ו/או חרוזים בארבע פינות וחיבור ביניהם.

בין השנים 2006 ו-2009 ובמשך תקופה של שנתיים לכל הפחות, רכשה מרכז המתנות את כיסויי קארשי ושיווקה אותם ללקוחותיה. בחודש ינואר 2009 החלה מרכז המתנות לייבא כיסויי חלה באופן עצמאי מספק בסין (להלן: הכיסויים החדשים) ובמסגרת זו רכשה כ-3,000 יחידות והחלה למכור אותן בארץ. קארשי אשר סברה כי מרכז המתנות העתיקה את סדרת הכיסויים בעיצובה שיגרה ביום 17.2.2009 מכתב למרכז המתנות שכתורתו "הפרת זכויות קארשי אינטרנשיונל בע"מ - התראה לפני נקיטת הליכים משפטיים" (להלן: מכתבה של קארשי) ובו דרשה ממרכז המתנות להפסיק לשווק, למכור ולהציג את הכיסויים החדשים. מרכז המתנות מצידה דחתה את טענות קארשי במכתבה מיום 23.2.2009 וכארבעה חודשים לאחר מכן ביום 5.6.2009 מכרה 1,420 יחידות מהכיסויים החדשים למשיבה 2, חברת עמי מוצרי נוי בע"מ (להלן: עמי). למען שלמות התמונה יצוין כי במהלך שנת 2009 החלה גם עמי בייבוא של כיסויי חלה מסין וגם לגביהם טענה קארשי כי הם מפרים את זכויותיה.

נוכח האמור לעיל, הגישה קארשי ביום 2.8.2009 תביעה נגד מרכז המתנות ודקר וכן נגד עמי ובעליה - המשיב 3 (להלן: נחיאטי), בעילות של גניבת עין על פי סעיף 1 לחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999 (להלן: חוק עוולות מסחריות); התערבות בלתי הוגנת על פי סעיף 3 לחוק עוולות מסחריות; עשיית עושר ולא במשפט

על פי סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979 (להלן: חוק עשיית עושר); קיום הסכם שלא בתום לב וכן בשורה של עילות נוספות. במסגרת התביעה ביקשה קארשי כי יינתן כנגד מרכז המתנות ומנהלה ונגד עמי ומנהלה צו מניעה קבוע האוסר עליהם לעשות כל שימוש בכיסויי החלה המפרים וכי הם יחוייבו לשלם לה פיצוי בסך 200,000 ש"ח ללא הוכחת נזק. כמו כן, עתרה קארשי למתן פרטים וחשבונות ולחיוב הנתבעים לגלות נתונים בדבר הכמויות ובדבר היקף המסחר שנעשה על ידם בכיסויי החלה החדשים. בד בבד עם הגשת התביעה הגישה קארשי בקשה לסעדים זמניים, במסגרתה ביקשה בין היתר לאסור על מרכז המתנות ומנהלה ועל עמי ומנהלה לבצע פעולות שונות ובהן מכירה ושיווק של הכיסויים החדשים. ביום 23.12.2009 נעתר בית המשפט קמא לבקשה והורה על הוצאת צו מניעה זמני המורה להם:

להימנע מלהפיץ ו/או לשווק ו/או למכור ו/או לפרסם ו/או לעשות שימוש כלשהו [...] של סדרה של כיסויים לחלה, העשויים בד שקוף במרכז, ומסגרת מלבנית, עליהם רקומים הכיתוב "שבת ויום טוב" במרכז וקישוטים ברקמת חרוזים בצבעים שונים, המפירים את זכויות המבקשת במוצרים המקוריים המפורטים בנספחים א' ו-ג' לבקשה [...]

בקשת רשות ערעור על החלטה זו נדחתה על ידי חברתי המשנה לנשיא מ' נאור (רע"א 629/10 מרכז המתנות 2006 בע"מ נ' קארשי אינטרנשיונל בע"מ (15.4.2010)).

2. בפסק הדין נושא ערעור זה אשר נימוקיו יפורטו להלן, ניתן צו מניעה קבוע המופנה נגד מרכז המתנות ודקר וכן נגד עמי ונחיאסי. מרכז המתנות ודקר הגישו את הערעור דנן ועמי ונחיאסי הגישו אף הם ערעור על פסק הדין (ע"א 2026/12), אך ביום 24.2.2014 נמחק ערעורם של עמי ונחיאסי בעקבות הסכמה שהושגה בינם ובין קארשי בהליך אחר שהתנהל בפני בית משפט זה (ע"א 3647/12). על כן נותר לדון בערעור מרכז המתנות ודקר בלבד.

פסק דינו של בית המשפט קמא

3. בית המשפט קמא קיבל, כאמור, את תביעת קארשי בחלקה וקבע כי בשנת 2006 פיתח יורם, המעצב הראשי של קארשי, את סדרת כיסויי קארשי שהינה כלשונו "סדרה ייחודית, חדשנית ובלעדית שמשלבת טכנולוגיות שונות הקיימות בתחום הנדון..." (פסקה 11 לפסק הדין). עוד קבע בית המשפט כי החל משנת 2007 ועד תחילת שנת 2009 רכשה מרכז המתנות מקארשי יחידות מסדרה זו בכמויות הולכות וגדלות

ובעקבות הצלחת הסדרה המקורית, העתיקה מרכז המתנות בתחילת שנת 2009 חלק מן העיצובים של קארשי באמצעות יצרן בסין ורכשה 3,000 כיסויי חלה בחמישה דגמים (600 יחידות מכל דגם, 100 מכל צבע). בהקשר זה, דחה בית המשפט המחוזי את טענתו של דקר כי הכיסויים החדשים עוצבו ויוצרו על בסיס מוצרים דומים שנצפו בתערוכה בסין בדוכן של ישראלי לשעבר וקבע כי דקר ביקש מיצרן בסין לייצר את כיסויי החלה וזאת לאחר שנתן לו את המידות, את הכיתוב ואף הציג לו את המוצרים של קארשי כדוגמא. עוד קבע בית המשפט המחוזי כי זמן קצר לאחר שהחלה לשווק את הכיסויים החדשים ידעה מרכז המתנות בעקבות מכתבה של קארשי כי קארשי ראתה בשיווק כיסויים אלו משום פגיעה בזכויותיה והתנגדה להמשך הפצתם. על כן חדלה מרכז המתנות מלייבא ולשווק את הכיסויים החדשים ואף מכרה את המלאי שנותר בידה לעמי. בנוסף, סקר בית המשפט קמא בפירוט את חוות הדעת שהוצגו בהליך וכן את העדויות שנשמעו בפניו וקבע כי מצא את עדותו של יורם וכן את העדים האחרים מטעם קארשי מהימנים וכי הוא מעדיף על העדים מטעם מרכז המתנות ועמי.

4. בית המשפט קמא בחן את התקיימותה של עוולת גניבת העין שבסעיף 1 לחוק עוולות מסחריות ובאשר ליסוד המוניטין הנדרש לביסוס העוולה, קבע - "לא הופרך כי התובעת [קארשי] הינה יצרנית יודאיקה מוכרת ומוערכת מזה עשרות שנים בעלת מוניטין מוכח בתחום הפעילות שלה" (פסקה 10 לפסק הדין). תמיכה למסקנה זו מצא בית המשפט בקטלוגים רבים שהפיצה קארשי ובהם מוצגים מוצריה; בעדותו של יורם אשר בית המשפט מצא אותה מהימנה כאמור; וכן בעדויותיהם של דקר ונחיאסי שהבהירו כי הם מכירים את קארשי ואת פעילותה מזה עשרות שנים. בית המשפט דחה את טענות מרכז המתנות ועמי לפיהן יש להוכיח מוניטין ביחס למוצר המסוים אותו בוחנים או כי מוניטין למוצר יכול להתקיים רק לאחר שיוצר ושוק במשך שנים, בציינו כי טענות אלו יובילו למצב בו לא תינתן הגנה על מוצרים חדשים. מכל מקום, כך קבע בית המשפט, החל משנת 2006 ועד שנת 2008 חל גידול מרשים ועקבי במכירות של סדרת כיסויי קארשי, דבר המעיד הן על המוניטין של קארשי והן על המוניטין של הסדרה עצמה. כן דחה בית המשפט את טענת מרכז המתנות ועמי לפיה כיסויי החלה הם מוצרים חסרי יחוד שהינם, ככלל, נעדרי מוניטין בציינו כי "התובעת [קארשי] הוכיחה כי היה לה שימוש נרחב במוצרים הנדונים, שהוא, כאמור הדבר החשוב..." (פסקה 29 לפסק הדין). בית המשפט הוסיף וקבע כי קארשי הוכיחה כי כיסויי קארשי רכשו "משמעות שנייה" דהיינו זוהו על ידי ציבור הלקוחות עם תוצרתה של קארשי שכן דקר העיד שראה בסין את מוצרי הסדרה ורצה להתאימם לגודל הנמכר בישראל. בית המשפט לא התעלם בהקשר זה מכך שקארשי משכה את חוות דעתו של פרופ' אבי דגני שערך סקר שוק להוכחת המוניטין שלה וכן כי בחרה שלא לחקור את ד"ר מינה

צמח על חוות דעת נגדית שערכה לבקשת מרכז המתנות, אך קבע כי אין בכך כדי לשנות מקביעותיו בעניין המוניטין שרכשה קארשי.

5. משנקבע כי לקארשי מוניטין בסדרת כיסויי החלה, עבר בית המשפט קמא לבחון האם מתקיים בענייננו יסוד ההטעיה - היסוד השני הנדרש להוכחת עוולת גניבת העין - ולצורך כך יישם את "המבחן המשולש" שנקבע בפסיקה: מבחן המראה והצליל; מבחן סוג הסחורות וסוג הלקוחות ומבחן יתר נסיבות העניין. אשר למבחן המראה והצליל קבע בית המשפט כי יש דמיון רב בין כיסויי החלה המקוריים לחדשים כך שאדם מן הישוב אינו יכול לזהות את ההבדלים ביניהם בנקל. בהקשר זה, העדיף בית המשפט המחוזי את חוות דעת המומחה מטעם קארשי - האומן יעקב שלום (להלן: שלום) - בדבר זהות במאפיינים הייחודיים בין כיסויי קארשי לכיסויים החדשים על פני חוות הדעת של המומחים מטעם מרכז המתנות - המעצבת גליה משיח דוד (להלן: משיח דוד) ומהנדס הטקסטיל יצחק שכטר (להלן: שכטר) - אשר הגיעו למסקנה כי קיימים הבדלים לא מבוטלים ביניהם. בית המשפט הוסיף וציין כי לא הוצגו בפניו כיסויי חלה אחרים הכוללים איזה מן המאפיינים של סידרת כיסויי קארשי וגם בכך יש כדי להעיד על הדמיון המטעה בין המוצרים. אשר לסוג הלקוחות דחה בית המשפט המחוזי את טענת מרכז המתנות לפיה יש להתחשב בכך שרוב לקוחותיה הם סיטונאים אשר עקב מומחיותם בתחום חשופים פחות להטעיה וכן נקבע כי לא הוכחה טענתם של מרכז המתנות ועמי כי הקפידו להפריד בין כיסויי קארשי לכיסויים החדשים. בית המשפט הוסיף והתייחס לעדותה של חוקרת פרטית שהובאה מטעם קארשי, בדבר דו"ח חקירה ותמלול שיחת טלפון עם נציג של עמי מהם עלה כי מרכז המתנות ועמי "מבצעות מסחר והפצה בהיקפים משמעותיים" בכיסויי החלה לגביהם נטען כי הם מפרים את זכויותיה של קארשי, וכי נציגה של עמי הדגיש את הדמיון בין המוצרים (עמ' 5 לדו"ח החקירה). בהקשר זה, דחה בית המשפט את טענת מרכז המתנות לפיה עדותה של החוקרת הפרטית אינה קבילה נוכח היותה "עדות מפי השמועה", וציין כי אף אם לא יינתן לה משקל רב יש בה כדי לחזק את מסקנתו בדבר קיומו של חשש להטעיה. עוד קבע בית המשפט המחוזי כי השוואה בין כיסויי קארשי לכיסויים החדשים מעלה ש"המראה הינו דומה עד כדי להטעות, סוג הטובין זהה, חוג הלקוחות זהה, אפיקי השיווק זהים והתחרות בין מוצרי התובעת לנתבעים התבצעה יום יום, שעה שעה, באותן חנויות עצמן" (פסקה 28 לפסק הדין) וכי עולה מן הראיות חשש להטעיית צרכנים. נוכח האמור לעיל, כך נקבע, עמדה קארשי בנטל המוטל עליה להוכחת יסודות עוולת גניבת העין.

6. אשר לעילה של עשיית עושר ולא במשפט (להלן: עשיית עושר), קבע בית המשפט המחוזי כי מרכז המתנות ועמי התעשרו מהרווחים שהפיקו ממכירת הכיסויים החדשים וכי בכך קיבלו טובת הנאה מקארשי שברעיונותיה העיצוביים השתמשו וזאת מבלי שהשקיעו בפיתוחם, בניגוד להוראת סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט. בית המשפט המחוזי התבסס לעניין זה על ההלכה שנקבעה 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.) וקבע כי קארשי הוכיחה את קיומו של "היסוד הנוסף" הנדרש לשם הוכחת עילת עשיית עושר. זאת מכיוון שמרכז המתנות רכשה במשך למעלה משנתיים את כיסויי קארשי והייתה מודעת להצלחתה של סדרת הכיסויים וכן מכיוון שהעתקת כיסויי קארשי בוצעה תוך ניצול יכולת העיצוב והיצירה החדשניים שלה וכן תוך ניצול העובדה כי קארשי לקחה את הסיכון הכרוך בהחדרת מוצרים אלו לשוק. בהקשר זה דחה בית המשפט את טענת מרכז המתנות לפיה לשם הוכחת קיומו של "היסוד הנוסף" היה על קארשי להביא עדויות לעניין הפיתוח וההשקעה בעיצוב סדרת כיסויי קארשי כגון שרטוטים, דגמים ראשונים, התכתבויות וכן דו"חות בדבר עלויות הייצור והפיתוח, בקובעו כי די בראיות שהציגה קארשי בעניין זה. עוד קבע בית המשפט המחוזי כי ככלל יש לבחון השקעה בפיתוח מוצר בהתאמה למחירו, שאם לא כן תחסם היכולת להגן על "היוצר הקטן" מפני הפרת זכויות הקניין הרוחני שלו.

7. טענה נוספת אליה נדרש בית המשפט קמא הינה טענת קארשי לפיה בינה ובין מרכז המתנות התגבש לאורך השנים חוזה אותה קיימה מרכז המתנות בחוסר תום לב עת ייבאה ומכרה את הכיסויים החדשים. בית המשפט קבע כי אין מחלוקת שמרכז המתנות הייתה במשך שני עשורים משווקת של קארשי ואימצה את טענתה של קארשי לפיה עצם קיומה של פעילות עסקית רצופה זו מעידה כי נכרת ביניהן חוזה, כי בקיום חוזה זה נהנתה מרכז המתנות מהמוניטין העסקי של קארשי וכי המארג ההסכמי בין הצדדים כלל את ההבנה כי מרכז המתנות לא תעתיק סחורה של קארשי ולא תשווק אותה ללקוחותיה. העובדה שהפעילות העסקית בין הצדדים הופסקה ברגע שמרכז המתנות הפרה הסכמה זו מלמדת, כך צוין, כי היא היוותה תנאי מהותי בהתקשרות בינה ובין קארשי. בנסיבות אלו, כך קבע בית המשפט, יש לראות במרכז המתנות כמי שקיימה את החוזה בינה ובין קארשי שלא בתום לב. עוד קבע בית המשפט כי מעורבותו האישית של דקר בהתנהלות מול קארשי מצביעה על כך שיש לחייבו באופן אישי בנוסף לחיובה של מרכז המתנות. עם זאת, סבר בית המשפט כי העילות הנוספות שעליהן סמכה קארשי את ידה דינן להידחות.

נוכח הממצאים והמסקנות שאותן קבע ולאחר שנדרש לשיקולים הנוגעים למאזן הנוחות, הורה בית המשפט המחוזי כי צו המניעה הזמני שניתן יהפוך לצו מניעה קבוע שאינו מוגבל בזמן וכן הורה על צו למתן חשבונות ואישור לפיצול סעדים, בקובעו כי סכום הפיצוי שיהא על מרכז המתנות לשלם לקארשי בגין שש הדוגמאות המפרות ועל עמי בגין שמונה עשרה הדוגמאות המפרות, ייקבע לאחר הגשת החשבונות. עוד נקבע כי לאחר שיוגשו החשבונות תיבחן טענתה של קארשי לפיה פרט ל-3,000 היחידות שנמכרו על ידי מרכז המתנות ללקוחותיה ולעמי היא הזמינה מהיצרן בסין 50,000 כיסויים חדשים נוספים ואף קיבלה בפועל לידיה כמות הנעה בין 10,000 ל-30,000 יחידות.

טענות הצדדים

8. מרכז המתנות טוענת כי שגה בית המשפט המחוזי משלא דחה את תביעתה של קארשי על הסף שכן היא לקתה בשיהוי של כחצי שנה. לגופו של עניין טוענת מרכז המתנות כי כיסויי קארשי אינם מוצר מקורי וחדשני, כי כיסויים מסוג זה היו קיימים בשוק גם טרם ששווקו על ידי קארשי וכי השימוש במילים "שבת ויום טוב" וכן גודלם וצורתם של הכיסויים הינם סטנדרטיים בתחום זה. עוד נטען כי קארשי לא הייתה עקבית בהצגת החדשנות לה טענה וכי שגה בית המשפט המחוזי משביסס את קביעותיו בהקשר זה על עדותו היחידה של יורם. מרכז המתנות מוסיפה וטוענת כי היה על בית המשפט לקבוע כי המוצרים נעדרי תכנון והשקעה עיצובית שכן המדובר "בפס ייצור המוני סיני המוצע לקהל הרחב". זאת בפרט נוכח אי הצגת תיק פיתוח או רישומים מהם ניתן היה ללמוד על פיתוח המוצרים. לשיטתה של מרכז המתנות, לא היה מקום לקבוע כי די בהצגת כיסויי החלה בקטלוג המוצרים של קארשי וב"שרבוטים" שהציגה, כדי להוכיח השקעה בפיתוח המוצר. מרכז המתנות אף גורסת כי קביעתו של בית המשפט המחוזי כי דקר פנה ליצרן סיני בבקשה להעתיק את כיסויי קארשי לאחר שהציג לו אותם, שגויה ואינה נתמכת בראיות.

9. אשר לעוולת גניבת העין טוענת מרכז המתנות כי לא הוכחו שני היסודות הנדרשים לביסוסה. ראשית ולעניין המוניטין, מרכז המתנות גורסת כי כיסויי החלה הינם מוצרים חסרי ייחוד שהנחת היסוד לגביהם הינה כי הם נעדרי מוניטין וכי מכל מקום בשוק הצפוף של מוצרים מסוג זה יש להוכיח מוניטין משמעותי וייחודיות רבה, שלא הוכחו במקרה דנן. עוד טוענת מרכז המתנות כי הסתמכותו של בית המשפט קמא על אמירותיהם של דקר ונחיאסי בדבר היכרותם רבת השנים עם קארשי אינה יכולה להוות ראיה למוניטין של קארשי, וכי יתר הראיות שהוצגו על ידי קארשי להוכחת

המוניטין שלה, ובהן תצהיר רואה החשבון איתן לוי ומגזינים פרסומיים שצירפה, אינן רלוונטיות בין היתר מכיוון שאינן מתייחסות לתקופה הרלוונטית ולמוצר הרלוונטי לענייננו. מרכז המתנות מוסיפה וטוענת כי שגה בית המשפט קמא בקובעו כי אין משמעות בהקשר זה לזיהוי של קארשי על חוות דעתו של פרופ' דגני וכן לזיהוי על חקירת ד"ר צמח. שנית ולעניין יסוד ההטעיה טוענת מרכז המתנות כי לא מתקיימים בענייננו תנאיו של "המבחן המשולש". אשר למבחן המדא, טוענת מרכז המתנות כי אמנם הקונספט העיצובי בין כיסויי קארשי לכיסויים החדשים דומה אולם העיצוב הפרטני של כל אחד מהם שונה באופן הניתן לזיהוי בנקל. כן היא מדגישה, כי את השוואת חזות המוצרים יש לבצע בהתאם למאפייני השוק, המאופיין בענייננו בדמיון רב בין המוצרים השונים. עם זאת, כך נטען, ישנו שוני מהותי בין המוצרים המתבטא בעוביים, בסוגי הבדים שמהם עשויים הכיסויים, בצבעם, בעיטורים השזורים בהם ובסוג וגודל הכיתוב "שבת ויום טוב", כפי שעולה מחוות דעתם של המומחים מטעם מרכז המתנות. כמו כן טוענת מרכז המתנות כי בעוד שעל מוצרי קארשי כתוב R.Rashi Jerusalem, על מוצרי מרכז המתנות מופיעה תווית בה מצוין השם "מרכז המתנות", דבר המעיד על העדר הטעייה. אשר למבחן סוג הלקוחות והסחורות טוענת מרכז המתנות כי בכתב התביעה מיקדה קארשי את טענותיה במכירת כיסויי החלה החדשים ללקוחות סיטונאים. לקוחות אלו, כך נטען, הם מקצוענים בתחומם ויכולים לזהות כל שינוי שחל במוצר מסוים. על כן החשש להטעייתם נמוך. מכל מקום לשיטת מרכז המתנות לא היה חשש גם להטעייתם של לקוחות פרטיים שכן לא הוכח כי הם זיהו מלכתחילה את כיסויי החלות עם יצרן כזה או אחר.

10. אשר לעילת עשיית עושר טוענת מרכז המתנות כי מאחר שבפיתוח סדרת כיסויי החלה של קארשי לא הושקעו זמן, כסף, יצירתיות וחדשנות אין מקום לקבוע כי נחסכה ממרכז המתנות השקעה כזו וכי בכך התעשרה שלא כדין, בפרט משקארשי נמנעה מלרשום מדגם על עיצוב כיסויי החלה שייצרה. עוד מוסיפה מרכז המתנות כי התנהלותה הייתה בתום לב, היא השתמשה במוצרים קיימים הנמכרים בסין לכל דורש, הפרידה בין מוצריה של קארשי למוצרים אחרים בחנותה וגם כשמכרה את המלאי של הכיסויים החדשים לעמי, היא סברה כי אלו ישווקו בחו"ל ולא בישראל. עוד לשיטתה, העובדה שכיסויי קארשי שווקו ונמכרו משנת 2006 וכן הדמיון החלקי בלבד בין המוצרים, יש בהם כדי לשלול מתן סעד מכוח דיני עשיית עושר והגבלת התחרות בצורה גורפת.

11. מרכז המתנות מוסיפה וטוענת כי לא הייתה משווקת של מוצרי קארשי ומערכת היחסים ביניהן הייתה של קונה-מוכר ועוד היא גורסת כי לא היה ביניהן כל הסכם, היא

לא קיבלה שכר עבור מכירת מוצריה של קארשי, לא נתנה להם עדיפות ולא הציגה עצמה כסוכנת של קארשי. עוד נטען כי הפסקת ההתקשרות בינה ובין קארשי נבעה מסכסוך עסקי והיא אינה מצביעה על קיומו של חוזה בין הצדדים כפי שקבע בית המשפט. כן נטען כי לא היה מקום לחייב את דקר באופן אישי. מרכז המתנות מוסיפה וטוענת כי שגה בית המשפט המחוזי משלא פירט מהם המוצרים המפורסמים המיוחסים לה ומהם המוצרים המפורסמים המיוחסים לעמי והיא מציינת כי בכתב התביעה הוצגו שלושה מוצרים שלה בלבד כמוצרים מפורסמים. עוד מערערת מרכז המתנות על חיובה בהוצאות משפט.

טענות קארשי

12. קארשי סומכת ידיה על פסק דינו של בית המשפט קמא. אשר לעוולת גניבת העין, טוענת קארשי כי אין להתערב בקביעתו של בית המשפט המחוזי כי יש לה מוניטין וכי סדרת כיסויי קארשי - אשר עוצבה על ידי יורם - היא חדשנית, ייחודית ובלעדית ומשלבת טכנולוגיות שונות. קארשי מוסיפה וטוענת כי החלה לשווק את סדרת כיסויי קארשי בשלהי שנת 2006 באמצעות רשת של סוכנים שכירים וכן סוכנים עצמאיים לחנויות היודאיקה בארץ ומכירות הסדרה עלו מכ-2,400 יחידות בשנת 2006 לכ-20 אלף יחידות ב-2008 דבר המעיד, כשלעצמו על המוניטין שרכשה. לעומת זאת, כך נטען, בשנת 2009 החלה ירידה בהיקף המכירות של כיסויי קארשי, וזאת לטענתה עקב הפרת זכויותיה במוצרים אלו. עוד מבקשת קארשי לדחות את טענתה של מרכז המתנות לפיה הכיסויים החדשים נרכשו מן המוכן בסין שכן גרסה זו אינה נתמכת בראיות ונשללה גם על ידי בית המשפט המחוזי. אשר ליסוד ההטעיה טוענת קארשי כי קיים דמיון רב בין כיסויי קארשי לכיסויים החדשים והיא מציינת כי מרכז המתנות הציגה 118 דוגמאות של כיסויי חלה אחרים שהיו בשוק לביסוס טענותיה בדבר העדר הטעיה אך באף אחת מהן לא התקיים לטענת קארשי איזה מן המאפיינים של כיסויי קארשי, למעט המאפיין הנוגע לגודל הכיסויים. בכל הנוגע לזהות קהל הלקוחות ואפיקי השיווק מציינת קארשי כי קהל הלקוחות שלה ושל מרכז המתנות הינו דומה וכי הן מתחרות ישירות.

13. אשר לעילת עשיית עושר טוענת קארשי כי מרכז המתנות התעשרה שלא כדין על חשבונה מכיוון שבטרם העתיקה את כיסויי קארשי עסקה בעיקר בשיווק ולא בייבוא מוצרים מחו"ל ובכניסתה לתחום זה נהנתה מן המשאבים הרבים שהשקיעה קארשי בפיתוח כיסויי החלה. קארשי מוסיפה וטוענת כי מתקיים במקרה דנן "היסוד הנוסף" הנדרש לביסוס עילת עשיית עושר, שכן מרכז המתנות, ששיווקה את מוצרי

קארשי במשך עשרות שנים, העתיקה בחוסר תום לב את מוצריה. כן נטען כי מרגע קבלת מכתבה של קארשי חדלה אמנם מרכז המתנות משיווק הכיסויים החדשים אך בחרה לפנות ל"יריבתה המושבעת" של קארשי - עמי, ואף מכרה לה את כל המלאי המצוי בידה ב-12 ש"ח ליחידה, מחיר הנמוך בכחמישים אחוזים מהמחיר בו רכשה את כיסויי קארשי. קארשי מוסיפה וטוענת כי עמי ומרכז המתנות החליטו להציף את שוק כיסויי החלה בחיקויים זולים ולשם כך הזמינה מרכז המתנות כ-50,000 כיסויים חדשים שלא ברור כמה מהם הגיעו בפועל לידיה. עוד טוענת קארשי כי מרכז המתנות הבהירה כי המסחר בכיסויי החלה אינו בעל חשיבות כלכלית משמעותית עבורה, וכי יש באמירה זו כדי להעצים את חוסר תום ליבה.

14. טענה נוספת אותה מעלה קארשי הינה כי הסכמתה לאפשר למרכז המתנות לשווק את מוצריה לחנויות לאורך שנים נשענה על מחויבותה של מרכז המתנות למוניטין של קארשי ולקידומו. על כן טוענת קארשי כי העתקת כיסויי החלה על ידי מרכז המתנות לאחר שלוש שנים בהם רכשה את כיסויי קארשי ושיווקם לאותן חנויות ובאותם אמצעי שיווק, מהווה קיום הסכם בחוסר תום לב. עוד טוענת קארשי כי אין להתערב בהחלטתו של בית המשפט המחוזי להטיל חבות אישית על דקר בנסיבות העניין.

מטעמים אלו כולם מבקשת קארשי לדחות את הערעור.

דיון והכרעה

15. שלוש שאלות עומדות לפתחנו בערעור זה. הראשונה, האם בנסיבות העניין התקיימו יסודותיה של עוולת גניבת העין; השניה, האם קארשי זכאית לסעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט; השלישית, האם התגבש הסכם בין קארשי ובין מרכז המתנות ואם כך, האם קיימה אותו מרכז המתנות בחוסר תום לב. אקדים ואומר כי לאחר שבחנתי את טענות הצדדים ואת הראיות שהציגו, הגעתי לכלל מסקנה כי התשובה לשלוש השאלות הינה שלילית, וכי דין הערעור להתקבל במלואו.

להקלת הדיון להלן ולמען הסדר הטוב ראוי לציין כי הוצגו בפנינו ארבעה כיסויים של מרכז המתנות לגביהם נטען שהם מוצרים מפרים (סומנו על ידי בית המשפט המחוזי כ-מ/2, מ/8, מ/6 ו-מ/9) וכנגדם הוצגו שלושה כיסויי חלה של קארשי (סומנו כמ/1 דגם 3456 בקטלוג של קארשי, נספח 3 למוצגי מרכז המתנות;

מ/5 דגם 3466 בקטלוג קארשי וכן מ/7 דגם 3441 לקטלוג קארשי). כיסויים אלו אף צולמו האחד אל מול השני וצורפו על ידי קארשי כנספח ה' לכתב התביעה.

עוולת גניבת העין

16. עוולת גניבת העין מעוגנת בסעיף 1(א) לחוק עוולות מסחריות וזה לשונו:

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.

עוולה זו היא בת דמותה של עוולת גניבת העין אשר שכנה בנוסחה הקודם בסעיף 59 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. על כן ניתן להידרש להלכות אשר התייחסו לגלגולה הקודם של העוולה גם לצורך פירוש יסודותיה של העוולה ב"מעונה" החדש שבחוק עוולות מסחריות (ראו: ע"א World Ort 5207/08 נ' אורט ישראל, פסקה 15 (1.2.2011) (להלן: עניין אורט); מיגל דויטש עוולות מסחריות וסודות מסחר 60-57 (2002) (להלן: דויטש)). עוולת גניבת העין תכליתה להגן על עוסק מפני פגיעה בזכותו הקניינית במוניטין שרכש לעסקו (עניין אורט, פסקה 16). על מנת ליהנות מהגנה זו על התובע להוכיח שני יסודות: עליו להראות כי אכן רכש מוניטין בטובין או בשירות וכן עליו להראות כי מעשי הנחבע מובילים לכך שהציבור מוטעה או עלול להיות מוטעה לחשוב כי הטובין או השירות אשר סופקו על ידו סופקו למעשה על ידי התובע (ראו לדוגמא: עניין אורט, פסקה 16; ע"א 523/91 כהן נ' נדיר, פ"ד מט(2) 353, 359 (1995) (להלן: עניין כהן)).

עוולת גניבת העין חותרת לאזן בין שני אינטרסים מנוגדים. מחד גיסא, העוולה מבקשת להגן כאמור על האינטרס העסקי של עוסק אשר צבר מוניטין בעסקו ולמנוע מאחרים "לרכוב" על מוניטין זה תוך הטעיית הציבור לחשוב שהנכס או השירות שהאחרים מוכרים או נותנים הם של אותו עוסק או שיש להם קשר לאותו עוסק. מאידך גיסא בקביעת תחומיה וגבולות התפרשותה של עוולה זו, מביא בית המשפט בחשבון את הצורך להגן על ערכים חשובים נוספים ובהם חופש העיסוק וחופש התחרות התורמים לפיתוח המשק ולהשבחת המוצרים הנמכרים והשירותים הניתנים לציבור הצרכנים (ראו ע"א 7980/98 פרוינדליך נ' חליבה פ"ד נד(2) 856, 867 (2000) (להלן: עניין פרוינדליך); ע"א 9070/10 טלי דדון-יפרח נ' א.ת. סנאפ בע"מ, פסקה 7 (12.3.2012) (להלן: עניין דדון); עניין אורט, פסקה 17).

17. בענייננו קבע בית המשפט קמא כי לקארשי מוניטין כיצרנית מוצרי יודאיקה, כי קארשי היא שייצרה ראשונה את סדרת כיסויי החלה ורכשה מוניטין בסדרה זו אשר זוהתה עם קארשי, וכי ציבור הלקוחות הוטעה לחשוב שהכיסויים החדשים אותם ייבאה ומכרה מרכז המתנות הם מוצרים של קארשי. משכך קבע בית המשפט כי מתקיימים במקרה דנן יסודותיה של עוולת גניבת העין.

דעתי בעניין זה שונה וכפי שיפורט להלן, אף אם אניח לצורך הדיון כי התקיים בענייננו יסוד המוניטין, איני סבורה כי עלה בידי קארשי להוכיח כי התקיים במקרה דנן יסוד ההטעיה. יסוד ההטעיה, שהוא כאמור אחד משני היסודות המצטברים שהוכחתם נדרשת לצורך קיומה של עוולת גניבת העין, מתקיים מקום שבו התנהגותו של הנתבע עלולה ליצור מצג מטעה לפיו רוכש של מוצר או מקבל שירות יטעה לחשוב שהוא קונה מוצר או מקבל שירות של התובע או שיש לו קשר לתובע, בעוד אשר בפועל הוא רוכש מוצר או מקבל שירות של "אחר" - הנתבע הנהנה מן ההטעיה (עניין כהן, בעמ' 362). על מנת לעמוד בנטל הנדרש להוכחת יסוד ההטעיה יש להראות קיומו של מצג כוזב בדבר "מקור הסחורה" (גדעון גינת "גניבת עין" דיני הנזיקין- העוולות השונות 19 (עורך ג' טדצקי, 1982) (להלן: גינת)), אך כפי שכבר נפסק אין נדרשת הוכחת הטעיה בפועל בעקבות אותו מצג ודי לעניין זה בקיומו של "חשש סביר" כי התנהגות הנתבע תגרום לקונה רגיל לסבור בטעות כי הטובין שרכש הם של התובע (עניין פרוידלר, עמ' 866; ע"א 5689/94 ורגוס בע"מ נ' נגה הנדסה בע"מ, פ"ד נב(1) 521, 532 (1998) (להלן: עניין ורגוס); עניין כהן, עמ' 363). המבחן הנוהג לבחינת קיומו של דמיון מטעה בעוולת גניבת העין זהה בעיקרו ל"מבחן המשולש" המיושם בעילה של הפרת סימן מסחר (עניין כהן, עמ' 363). עם זאת, כבר נפסק כי קיים שוני מהותי בין שתי העילות עליו עמד בית משפט זה ברע"א 5454/02 טעם טבע (1998) טיבולי בע"מ נ' אמברוזיה סופרהרב בע"מ, פ"ד נז(2) 438, 451-450 (2003) (להלן: עניין טעם טבע) בציינו:

על אף הזהות בין המבחנים לקיומו של דמיון מטעה בעילה של הפרת סימן מסחר ובעוולת גניבת עין, קיים בכל זאת שוני מהותי בין שני המקרים. ההבדל נעוץ במושא הבדיקה: בעוד שבעוולת גניבת עין בודקים אם מכלול מעשיו של העוסק גרמו להטעיה ביחס למקור המוצר, הרי שבתובענה בדבר הפרת סימן מסחר מכוונת הבדיקה אך ורק לקיומו של דמיון מטעה בין הסימנים עצמם. כלומר, בתביעת הפרה יש ליתן משקל נמוך יותר, או במקרים מסוימים לא ליתן משקל כלל, למידת הדמיון בחזותם של המוצרים או של אריזותיהם... (וראו גם ע"א ADIDAS SALOMON A.G 563/11 נ' יאטין, פסקה

14 (27.8.2012) (להלן: עניין אדידס) וכן דנ"א
ADIDAS SALOMON A.G. 6658/14 נ' יאסין,
פסקאות 18-22).

עוד נפסק כי כוונה להטעות מצד הנתבע אינה יסוד הכרחי לגיבוש עוולת גניבת העין, אף שהיא עשויה להטות את הכף לחובת המחקה ולהקל על התובע את הוכחת החשש להטעיה. על כן, בהחלט ייתכן כי החשש להטעיה יתקיים גם אם הנתבע לא התכוון לחקות את הנכס או את השירות של התובע אך גם ההיפך נכון - הוכחת כוונה לחקות את הנכס או השירות של התובע היא לבדה אין די בה מקום שבו אין מתקיימים שני היסודות המרכיבים את העוולה עליהם עמדנו לעיל - המוניטין והחשש להטעיה (ראו: עניין ורגוס, עמ' 529-530; עניין דדון, פסקה 11).

משהצטיידנו בכללים ובמבחנים הצריכים לעניין נוכל לבדוק האם צדק בית המשפט קמא בקובעו כי במקרה דנן ביצעו מרכז המתנות ודקר עוולה של גניבת עין כלפי קארשי. אך בטרם נעשה כן חשוב כי נזכיר לעצמנו את הזהירות שאנו מחויבים בה בעת בחינת גבולות ההגנה שמן הראוי להקנות לעוסק מכוח עוולת גניבת העין, וזאת נוכח האינטרסים הציבוריים החשובים המתנגשים עם התכלית שביסוד אותה הגנה, עליהם עמדנו לעיל ובהם - מניעת הרחבת מונופולין שלא לצורך ועידוד התחרות החופשית (ע"א 5792/99 תקשורת וחינוך דתי-יהודי משפחה (1977) בע"מ- עיתון "משפחה" נ' א.ס.בי.סי פרסום, שיווק וקידום מכירות בע"מ- עיתון "משפחה טובה", פ"ד נה(3) 933, 946 (2001) (להלן: עניין עיתון משפחה); ע"א 8981/04 אבי מלכה- "מסעדת אוזי הזהב" נ' אוזי שכונת התקווה (1997) ניהול מסעדות בע"מ, פסקה 18 (27.9.2006)).

18. מבחן המראה והצליל: זהו המבחן המרכזי מבין שלושה המבחנים שהוזכרו (עניין טעם טבע, עמ' 451). עיקרו של מבחן זה הוא בהשוואת חזות הסחורות הנוגעות בדבר (וכן בהשוואת הצליל, ככל שהדבר רלוונטי), על מנת לעמוד על הדמיון ביניהן ובהקשר זה יש משקל לרושם הראשוני המתקבל מהשוואת הסחורות זו לזו בכללותן (עניין טעם טבע, בעמ' 451; ע"א 1123/04 Canali S.P.A נ' Canal Jean CO, פסקה 5 (13.1.2005)). בענייננו קבע בית המשפט קמא כי השוואה בין כיסויי קארשי לכיסויים החדשים מעלה ש"ישנה זהות כמעט מוחלטת בטיב החומרים מהם הם עשויים, העיצוב, האיור, הגודל והגימור. השוני הינו מינורי..." (פסקה 10 לפסק הדין) וכי "המראה הינו דומה עד כדי להטעות" (פסקה 28 לפסק הדין). אף שקביעתו של בית המשפט המחוזי הינה קביעה עובדתית, שבה אין ערכאת הערעור נוטה להתערב, היא מתבססת על התרשמות בלתי אמצעית מן המוצרים לגביהם נטען חשש להטעיה ועל כן

נראה כי בעניין זה אין לערכאה הדיונית יתרון על פני ערכאת הערעור (השוו: עניין אלוזי, בסעיף 30 לפסק דינו של השופט ד' חשין). בחנתי הכיסויים שהוצגו בפנינו, כיסויי קארשי מזה והכיסויים החדשים מזה ומצאתי כי יש אכן דמיון בין המוצרים אשר חורג מן העיצוב הפונקציונלי המאפיין כיסויי חלה (להשוואה ראו: 9568/05 שמעוני נ' "מובי" בירנבאום בע"מ, פסקה 11 (25.6.2007) (להלן: עניין שמעוני)). עם זאת, איני סבורה כי דמיון זה מקים חשש להטעיה מן הטעמים שאפרט להלן.

19. בטיעוניה עמדה קארשי על חמישה מאפיינים של כיסוייה המבטאים את הרעיון העיצובי שאותו פיתחה, לטענתה, ועליהם עמדנו בפתח הדברים:

מידות כלליות של 50X40 ס"מ.
פנים מבד שקוף;
מסגרת מבד צבעוני מלא;
הכיתוב "שבת ויום טוב" במרכז בפונט המוכר כפונט "אריאל";
קומפוזיציה עיטורית ו/או חרוזים בארבע פינות וחיבור ביניהם.

בעדותו אישר יורם כי הגם שאין זהות מלאה בין המוצרים די לגישתו בכך שמרכז המתנות העתיקה את מה שכונה על ידו "הקונספציה העיצובית" על מנת לבסס את טענתו בדבר קיומו של דמיון מטעה בין המוצרים:

ת: ...אני חושב שהכיסוי חלה, עם בורדר ובד שקוף, שבו מופיע הכיתוב לכבוד שבת קודש באמצע, ובארבע פינות יש עיצובים שונים שהם משתנים ומתחברים לפעמים ביניהם, ולפעמים יש פאייטים ולפעמים אין פאייטים ולפעמים החומר הוא קשיח ולפעמים החומר הוא יותר רך, זה הקונספציה העיצובית, זה היה הדבר החדשני, זה היה הדבר שלא היה ועל זה אני תובע.

ש: אז למה אתה תובע על בד שקוף שאין בו פאייטים?

ת: מפני שהקונספציה העיצובית היא אותו דבר. אותו דבר. (פרוטוקול מיום 9.12.2010, עמ' 82)

השוואה בין כיסויי קארשי לכיסויים החדשים מגלה הבדלים לא מבוטלים ביניהם כבר במבט ראשון. אחד ההבדלים הבולטים לעין נעוץ בכך שכיסויי קארשי עשויים משתי שכבות של בדים התפורות זו על גבי זו ואילו הכיסויים החדשים עשויים משכבה אחת בלבד (ראו: מ/5, מ/1 מול מ/2 מ/6 ומ/9). כמו כן יש הבדל בצבעי הבדים ובסוגי הבדים אשר בהם נעשה שימוש בכיסויי קארשי לעומת הכיסויים

החדשים. הבדלים נוספים בין הכיסויים קיימים בצורתם ובמיקומם של העיטורים והקומפוזיציות על גבי הכיסויים שהינם, כשלעצמם, גנריים כפי שהודה יורם בעדותו (פרחים ופעמונים) וכן בגודל הפונט, בעיטור הכיתוב "שבת ויום טוב" (ראו מ/1 מול מ/2) ובאופן גזירת הבד (ראו מ/7 מול מ/8). על הבדלים אלו עמדו המהנדס שכטר והמעצבת משיח-דוד בחוות הדעת שהוגשו על ידם מטעם מרכז המתנות (ראו סעיפים 2-3 לחוות דעתו של שכטר וכן סעיף 9 לחוות דעתה של משיח דוד), והוא ניכר ובולט לעין כפי שכבר צוין גם מהתרשמות ראשונית בעין בלתי מיומנת. לכך, יש להוסיף את העובדה אשר לה חשיבות רבה בנסיבות העניין והיא כי אל הכיסויים החדשים חוברה בתפירה תווית מלבנית הבולטת בשוליהם, בה צוין בעברית שמה של "מרכז המתנות" כיבואן, כתובתה, מספר הטלפון שלה, ובגב התווית צוין סוג הבד שממנו עשוי הכיסוי (100% פוליאסטר), הוראות כביסה וכן צוינה העובדה כי המוצר הוא מתוצרת סין. כיסויי קארשי, לעומת זאת, נושאים תווית שונה לחלוטין שהיא צרה ומאורכת ועליה הכיתוב באנגלית "R. Rashi Jerusalem", זאת ותו לא. התווית שחוברה לכיסויים החדשים שמכרה מרכז המתנות לא זו בלבד שאינה מטעה את הקונים לחשוב כי הם רוכשים כיסויי של קארשי, התווית - בנוסף ליתר ההבדלים בין הכיסויים שעליהם עמדתי לעיל - שוללת במובהק הטעיה כזו משום שהיא מזהה את הכיסויים החדשים עם מרכז המתנות כיבואנית של אותם הכיסויים ובכך היא מבדלת אותם מכיסויים אחרים הנמכרים בשוק ובהם כיסויי קארשי. על חשיבותה של התווית הצמודה למוצר כאלמנט השולל חשש להטעיה עמד המשנה לנשיאה א' ריבלין בעניין דדון באומרו:

מי שמכיר את המותג "Vision", ומעוניין לקנות דווקא בגד שלו – בוודאי ישים לב לתווית המוצמדת לבגד ולכך שמופיע עליה שם שונה. השם "אודבו" אינו דומה לשם Vision, ואין בו כדי להטעות את קהל הצרכנים; לא נטען גם כי התווית הייתה דומה או שנעשה שימוש באותם אלמנטים עיצוביים כמו אלה שהמערערת משתמשת בהם. הקבוצה השנייה של הלקוחות מורכבת מלקוחות אשר אינם מעוניינים דווקא במוצר של המערערת או של חברת Vision. אלה ממילא לא הוטעו... (פסקה 12; וכן ראו עניין שמעוני בפסקה 11)

המסקנה המתבקשת מן האמור לעיל הינה כי לא מתקיים בין המוצרים דמיון חזותי מטעה.

20. גם יתר המבחנים על פי "המבחן המשולש" אינם מתקיימים במקרה דנן. אשר למבחן סוג הסחורות וסוג הלקוחות הבודק את השפעת סוג הסחורות ומאפייני הלקוחות על מידת הסיכון להטעיה. בענייננו מדובר בסוג סחורות דומה ובקהל לקוחות

הדומה אף הוא, אך נוכח מאפייניהם של אותם הלקוחות נראה כי מידת הסיכון להטעיה הינה פחותה ובעניין זה כבר נפסק כי "ככל שמדובר בחוג לקוחות מצומצם ומובחן, בעל כושר הבחנה מפותח יותר, כך פוחתת סכנת ההטעיה" (עניין טעם טבע, עמ' 453). בטיעוניה הדגישה קארשי כי הכיסויים שלה וכן הכיסויים החדשים נועדו בעיקרו של דבר למכירה לבעלי חנויות יודאיקה (ראו פסקה 28 לפסק הדין; סעיפים 5 ו-7 לכתב התביעה; פסקה 53.9 ו-53.10 לסיכומיה של קארשי). משכך מדובר בלקוחות "מקצועיים" אשר חזקה כי הם בודקים את מקור מלאי הסחורות שהם רוכשים לחנות ונוכח מאפיין זה של הלקוחות, נחלש עוד יותר החשש כי לא יבחינו בין כיסויי קארשי לכיסויים החדשים, בייחוד בהינתן התוויות השונות שעל גבי כל אחד מאותם כיסויים.

21. המבחן השלישי - מבחן יתר נסיבות העניין - הוא מבחן הנלווה לשני המבחנים האחרים ובמסגרתו נבחנות הנסיבות הקונקרטיות הנוגעות למקרה הנדון ככל שאלה לא נבחנו במסגרת המבחנים הקודמים (טעם טבע, עמ' 453; עניין אדית, פסקה 15). המומחים מטעם מרכז המתנות, המהנדס שכטר והמעצבת משיח-דוד, ציינו כי השוק הישראלי למוצרי הטקסטיל מן הסוג בו עסקינן הינו צפוף (פסקה 3 לחוות דעתו של המהנדס שכטר) והוא כולל מוצרים רבים בעלי מכנה משותף (פסקה 9 לחוות דעתו של משיח-דוד). מסקנתם זו של המומחים מטעם מרכז המתנות לא נסתרה בחוות דעת נגדית שכן המומחה מטעם קארשי, האומן שלום, כלל לא התייחס לסוגיית הצפיפות בשוק הטקסטיל אלא לדמיון בין המוצרים בלבד ועניין זה מקהה אף הוא את החשש להטעיה בענייננו.

סיכום ביניים - גם אם נניח לצורך הדיון כי מרכז המתנות הוכיחה כנדרש מוניטין בכיסויי קארשי, לא מתקיימת במקרה דנן עוולה של גניבת עין משלא הוכח היסוד השני החיוני בעוולה זו והוא - החשש להטעיה. הכיסויים החדשים לא יצרו מצג כוזב באשר למקור הסחורה שהיה בו כדי להטעות לקוחות שביקשו לרכוש את כיסויי קארשי (ראו: גינת, בעמ' 19) וזאת משום ההבדלים הקיימים בחזותם של הכיסויים החדשים בהשוואה לכיסויי קארשי עליהם עמדנו לעיל, ובייחוד משום שהכיסויים החדשים נושאים תווית מפורטת המעידה עליהם כי יובאו על ידי מרכז המתנות. חוג הלקוחות הרלוונטי - בעלי חנויות יודאיקה - מחליש אף הוא את החשש להטעיה בהיותו חוג לקוחות מקצועי בעל כושר הבחנה מפותח יותר. ולבסוף - צפיפותו של שוק מוצרי הטקסטיל מן הסוג בו עסקינן, שרבים ממוצריו הינם בעלי מכנה משותף, תומכת אף היא במסקנה זו.

מטעמים אלה דין הערעור להתקבל ככל שהוא מתייחס לעוולת גניבת העין.

עשיית עושר ולא במשפט

22. בית המשפט קיבל כאמור את תביעתה של קארשי גם בעילה של עשיית עושר ולא במשפט וקבע כי מרכז המתנות התעשרה שלא כדין על חשבונה כתוצאה משיווק הכיסויים החדשים. פסק הדין המנחה בסוגיית יחסי הגומלין שבין דיני הקניין הרוחני לדיני עשיית עושר ולא במשפט הוא פסק הדין בעניין א.ש.י.ר. וכפי שצינתי בעניין אדיט, דרכם של ארבעת שופטי הרוב אל התוצאה, לפיה יש להותיר על כנו באחד הערעורים את הסעד שניתן על ידי בית המשפט המחוזי מכוח העילה של עשיית עושר, לא הייתה אחידה. אולם, ההלכה אשר ניתן לגזור מעניין א.ש.י.ר. היא כי האינטרס של הפרט שלא יחקו ולא יעתיקו מוצר שלו לאחר שהשקיע בו כישורים ומשאבים הוא אינטרס הראוי באופן עקרוני להגנה במסגרת דיני עשיית עושר ולא במשפט והעובדה שאין מדובר במוצר אשר לתובע קניין רוחני בו הנתון להגנה על פי דיני הקניין הרוחני, היא לבדה אינה שוללת את תחולתם של דיני עשיית עושר ולא במשפט על העניין. עם זאת הוספתי וצינתי בעניין אדיט (פסקה 20) כי :

היקף תחולתם של דיני עשיית העושר תלוי בשאלה באיזו מידה הדין הספציפי החל מהווה הסדר כולל השולל התערבות של דינים חיצוניים לו; כי תנאי להקמת העילה לפי חוק עשיית עושר הוא שהתעשרותו של הזוכה תהיה "שלא על פי זכות שבדין", כלומר שלהעתקה או לחיקוי ייתוסף "יסוד נוסף" בעל מטען ערכי שלילי; כי טרם מתן פיצוי מכח דיני עשיית עושר יש לוודא כי לא יווצר מצב של כפל פיצוי; וכי מכח דיני עשיית עושר ניתן להעניק, בעת הצורך, מגוון סעדים הכוללים גם צווי מניעה, חרף העובדה שסעדים אלו אינם נזכרים מפורשות בחוק עשיית עושר (עניין א.ש.י.ר., 337, 363-365, 417, 486; [רע"א 6025/05](#) Merck & Co. Inc נ' טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ, פסקה 30 ([פורסם בנבו], 19.5.2011) (להלן: עניין Merck)).

במקרה דנן לא טענה קארשי כי היה קושי לרשום מדגם על כיסוייה ולמרות זאת לא ביצעה רישום כזה. עובדה זו, אף שאינה שוללת א-פריורי את האפשרות להעניק לקארשי סעד על פי דיני עשיית עושר ולא במשפט (ראו עניין א.ש.י.ר. בעמ' 433, 488, 500-501, וכן ראו דברי חברתי המשנה לנשיא מ' נאור בע"א 3894/03 דויטש נ' ישראלפלאורס בע"מ, פסקה 22 (23.8.2012) (להלן: עניין דויטש)), מכל מקום

כפי שיפורט להלן יש לה השלכה על הנכונות להכיר בקיומו של "היסוד הנוסף" הנדרש כאמור לצורך הענקת סעד מכוח עילה זו.

23. האם קיים בענייננו "יסוד נוסף" בעל מטען ערכי שלילי המצדיק מתן סעד בעילה של עשיית עושר ולא במשפט? שני רכיבים עיקריים נדרשים על פי ההלכה שנפסקה בעניין א.ש.י.ד. לביסוס קיומו של "היסוד הנוסף": האחד הינו כי מדובר ברעיון "מסוים", ניתן להגדרה, חדשני, ייחודי ויישומי ועליו להיות רעיון שבעליו עשו בו שימוש או שבכוונתם לעשות בו שימוש" (עניין א.ש.י.ד., עמ' 431) והשני כי "על הזוכה להיות מודע לכך שהוא מעתיק מוצר פרי רעיון של אחר" (שם, בעמ' 432; כן ראו: ע"א 2287/00 שוהם נ' הרר, פסקה 12 (5.12.2005) (להלן: עניין שוהם); עופר גרוסקופף הגנה על כללי תחרות באמצעות דיני עשיית עושר ולא במשפט 314-313 (תשס"ב) (להלן: גרוסקופף)). כמו כן צוינו בעניין א.ש.י.ד. קריטריונים נוספים לביסוס "היסוד הנוסף" הנדרש ובהם: היקף ההשקעה בפיתוח המוצר; היות ההעתקה מושלמת או חלקית; היותה שיטתית או חד פעמית; הקושי בביצוע העתקה; משך הזמן בו שווק המוצר בשוק טרם בוצעה ההעתקה; קיומה של אפשרות להיווצרות כשל שוק ככל שתותר ההעתקה; קיומה של אפשרות להגן על הקניין הרוחני באמצעות רישום וקיום חלופות אחרות להשגת התכלית המבוקשת תוך הימנעות מהעתקה (ע"א 945/06 General Mills Inc נ' משובח תעשיות מזון בע"מ, פסקה 18 (1.10.2009) (להלן: עניין General Mills); דויטש, בעמ' 223-247).

ככלל, ניתן לומר כי מבחן "היסוד הנוסף" מבוסס על עקרונות מ"משפחת" תום לב והתחרות הבלתי הוגנת, שהינם חיצוניים לדיני הקניין הרוחני והוא נועד לזהות מקרים אשר בהם נפגעו אינטרסים נוספים הראויים להגנה משפטית ומצבים הנוגדים את תחושת המצפון והיושר, המצדיקים החלת שיקולים של צדק ומתן סעד מתאים (ניבה אלקין "על כלל ועל 'נחלת הכלל': מקניין רוחני לעשיית עושר ולא במשפט" עיוני משפט כה(1) 9, 56 (2001)). עם זאת, חשוב לזכור כי אל מול אינטרסים אלה ניצבים אינטרסים חשובים אחרים הראויים להגנה אף הם, עליהם כבר עמדנו לעיל וכוונתי בעיקר להגנה על חופש העיסוק ועל חופש התחרות (עניין General Mills, פסקה 17). על כן נקבע בפסיקה כי ההסתייגות הטבעית והמיידית שמעורר מעשה של חיקוי והעתקה משום שיש בו נטילה ללא תמורה של יציר כפיו של אחר (שם, שם), אינה צריכה לתרגם את עצמה בכל מקרה ומקרה להכרה בקיומה של עילה בעשיית עושר וכי לצורך הכרה בעילה זו יש להחיל מבחנים מאוזנים שאת עיקרם פירטנו לעיל. מבחנים אלה מבקשים להקפיד מחד גיסא כי לא יטושטש הקו המפריד בין החופש

להתחרות ובין "החופש לגזול" ומאידך גיסא אינם מתעלמים מן העובדה כי תחרות חופשית הינה יסוד המסד לפיתוח הכלכלה, לשיפור איכות המוצרים והשירותים, להוזלת מחירים ולהרחבת מגוון המוצרים המוצעים בשוק נתון (דויטש, עמ' 140).

24. במקרה דנן מצא בית המשפט קמא כי האופן שבו התנהלה מרכז המתנות נגוע בתחרות בלתי הוגנת ואיננו ראוי בציינו כי בין קארשי ובין מרכז המתנות התקיימו קשרים עסקיים ארוכי טווח אשר במהלכם רכשה מרכז המתנות מקארשי מוצרים שונים ובהם גם את כיסויי קארשי ומכרה אותם לחנויות. בית המשפט סבר כי העובדה שמרכז המתנות התוודעה תוך כדי קיום יחסי המסחר עם קארשי, ממקור ראשון, לייחודם ולהצלחתם של כיסויי קארשי וניצלה מידע זה לשם גריפת רווחים בכך שייבאה את הכיסויים החדשים ומכרה אותם לחנויות אשר להן מכרה גם את כיסויי קארשי, יש בה כדי לקיים את דרישת "היסוד הנוסף" על פי עניין א.ש.י.ר. והיא מבססת עילה של עשיית עושר ולא במשפט מצד מרכז המתנות.

גם בעניין זה דעתי שונה מדעתו של בית המשפט קמא. לגישתי, הגם שהתנהגותה של מרכז המתנות בהחלט מעוררת הסתייגות ומלמדת כי מדובר בסוחרת שההגינות בהלכות מסחר אינה נר לרגליה, מכל מקום יישום אמות המידה לבחינת קיומו של "היסוד הנוסף" עליהן עמדתי לעיל, מוביל בעיניי למסקנה כי הכף נוטה במקרה דנן אל עבר שלילת קיומה של עילה זו.

25. קארשי הגדירה את מאפייניה הייחודיים של סדרת כיסויי החלה באמצעות חמישה פרמטרים שאותם פירטנו לעיל ושילובם מהווה, לטענתה, רעיון עיצובי חדשני. בית המשפט המחוזי קיבל את טענתה זו וקבע כי סדרת כיסויי קארשי היא אכן "ייחודית, חדשנית ובלעדית שמשלבת טכנולוגיות שונות הקיימות בתחום הנדון" (פסקה 11 לפסק הדין). מן הראיות עולה כי כיסויי קארשי היו אכן ראשונים מסוגם בשוק הישראלי ובמובן זה היו חדשניים אך פרט לכך התקשיתי למצוא ייחוד רב בכיסויים אלה. סקירת הפרמטרים אשר צוינו על ידי קארשי כמאפיינים ייחודיים של כיסוייה מעלה כי רובם אינם אלא רכיבים גנריים למוצרים בשוק כיסויי החלות והטקסטיל. כך, הכיתוב "שבת ויום טוב" (ראו מוצג מע' 5 ובו צילומים של שורת כיסויי חלות הכוללים כיתוב זה). כך גם השימוש בקומפוזיציות של עיטורים גנריים (ראו עדותו של יורם בעמ' 56-60 לפרוטוקול מיום 9.12.2010) וכך בכל הנוגע למידות המוצר שכן "קיימת נורמה לטווח מידות סטנדרטי למוצר שכזה" (חוות דעת משיח-דוד, פסקה 9ב). על כן, ונוכח יתר השיקולים אשר יפורטו להלן, אני סבורה כי אף אם קיים חידוש מסוים בשילוב שבין כלל הפרמטרים הנזכרים לעיל במוצר אחד, לא עלה

בידי קארשי להראות שבפנינו מוצר חדשני ברמה העונה לדרישת "היסוד הנוסף" לצורך הכרה בעילה מכוח דיני עשיית עושר.

26. שיקול נוסף המטה את הכף לעבר שלילת קיומה של עילה בעשיית עושר עניינו בהיקף ההעתקה. כפי שפירטתי לעיל בפרק המתייחס לגניבת העין, מרכז המתנות ביצעה אמנם העתקה מסוימת של רעיונות שיושמו בכיסויי קארשי אך עם זאת קיימים גם הבדלים לא מבוטלים בחזותם של הכיסויים החדשים לעומת כיסויי קארשי ולא ניתן לומר כי מדובר בהעתקה מושלמת. עובדה זו משליכה על היקף ההגנה שיש להעניק לכיסויי קארשי מכוח דיני עשיית עושר ועל המקום שבו יש להציב את נקודת האיזון בין האינטרסים הנוגדים שעליהם עמדנו לעיל. יפים לעניין זה דבריו של המשנה לנשיאה א' ריבלין:

מתן הגנה מפני העתקה חלקית של המוצר עלולה לפרוס את מטריית ההגנה של דיני עשיית העושר על מספר רב מאד של מוצרים...הגנה מסוג זה כרוכה בפגיעה משמעותית בחופש התחרות ולכך נפקות באיזון שבין השיקולים (עניין General Mills, בסעיף 20).

27. העדר הוכחה כלשהיא מצד קארשי באשר להיקף ההשקעה בפיתוח הכיסויים מהווה אף הוא שיקול התומך במסקנה שאליה הגעתי. למעשה, פרט לתצהירו של יורם הכולל אמירות כלליות בלבד לעניין זה, וכן שתי סקיצות ושנים עשר שרטוטים שהוצגו מטעם קארשי (מע/8) (רוב השרטוטים אינם דומים לכיסויי קארשי לגביהם נטען כי הועתקו על ידי מרכז המתנות), לא הציגה קארשי כל ראיה להוכחת היקף השקעתה ביצירת סדרת כיסויי החלה וכן לא הוצג על ידה מסמך כלשהו דוגמת תכתובות פנימיות, חשבונות או תצהירים של מי שעסקו בפיתוח המוצרים, המצביע על תהליך הפיתוח או על המשאבים שהושקעו בכך. ממילא, לא הוצגה הערכה כספית כלשהיא באשר לשעות כוח האדם שהושקעו בפיתוח הנטען (ראו חקירתו הנגדית של יורם כשנשאל לעניין זה, פרוטוקול הדיון מיום 9.12.2010 בעמ' 196-197 וכן ראו דבריו בעמ' 47, 60 מהם עולה כי ככל שהיתה השקעה בעיצוב ובפיתוח הוריאציות השונות של הכיסויים היא היתה מועטה ביותר. ראו והשוו בהקשר זה עניין דויטש, פסקה 20). יתרה מכך, בחקירתו הנגדית של יורם התברר כי בניגוד לטענות שהועלו על ידי קארשי בסעיף 25 לכתב התביעה כאילו יש לחברה משרד בסין אשר בו מתבצעת "השלמת הפיתוח והייצור" ובו מועסקים "באופן קבוע מנהלים העוסקים בבקרת איכות של המוצרים המיוצרים עבור החברה במפעלים השונים", למעשה המשרד בסין סיפק לקארשי שירותי שרטוט בלבד (פרוטוקול מיום 9.12.2010 בעמ' 50-52). בהעדר

הוכחה לעניין היקף ההשקעה בפיתוח המוצר, העובדה כי מדובר במוצר פשוט וזול יחסית יש לה משקל רב לשלילת קיומו של "היסוד הנוסף". עמד על כך הנשיא ברק בעניין א.ש.י.ר. בציינו: "...לא הרי העתקה או חיקוי של יצירה שהושקעו בה עמל ומחקר רב, כהעתקה או חיקוי של מוצר פשוט, שלא הושקעו מאמצים רבים בפיתוחו" (עמ' 479).

28. עוד יש לזכור כי לרשותה של קארשי עמדו מספר שנים בהן היה באפשרותה לפעול לרישום מדגם על כיסויי החלה וכפי שכבר צוין אף שאי רישום המדגם הוא כשלעצמו אינו שולל על הסף את קיומה של עילה מכוח דיני עשיית עושר, יש בכך כדי להשליך על נכונותו של בית המשפט להכיר בקיומו של "היסוד הנוסף" הנדרש. בנסיבות אלה, כך נפסק, הנכונות להכיר בקיומו של "היסוד הנוסף" שמורה למקרים "חריגים ונדירים" (עניין General Mills, פסקה 20) שהמקרה דנן אינו נמנה עמם. לשיקול זה יש להוסיף את העובדה לפיה במשך כשלוש שנים, משנת 2006 ועד לשנת 2009, נהנתה קארשי לדבריה מבלעדיות בהפצת כיסויי החלה שייצרה והיא מכרה כ-35 אלף כיסויי חלות (סעיף 18 לסיכומי קארשי). משלא הוצגו, כאמור, נתונים מבוססים כלשהם באשר להיקף ההשקעה בפיתוח כיסויים אלה על ידי קארשי ומשהובר כי מדובר במוצר פשוט וזול, לא מן הנמנע כי עלה בידי קארשי להשיב לעצמה את השקעותיה בתקופה הנ"ל נוכח המכירות שבוצעו במהלכה, לטענתה. לכל אלה יש להוסיף את העובדה כי בנסיבות המקרה דנן לא מצאתי כי קיים חשש להטעיה וכבר נפסק כי: "רק במקרים נדירים יש לקבוע כי חיקוי מסוג זה שאין בו כדי להטעות את הקונה אינו לגיטימי" (עניין General Mills, פסקה 22).

בשל כל הטעמים המפורטים לעיל ובהם, בין היתר, ההיקף החלקי של ההעתקה, העדר ראיה מבוססת באשר להיקף ההשקעה בפיתוח המוצר, היעדר ייחודיות והעובדה שקארשי לא פעלה לאורך השנים לרישום מדגם, אני סבורה כי דין הערעור להתקבל גם בכל הנוגע לקביעתו של בית המשפט המחוזי בדבר קיומה של עילה בעשיית עושר ולא במשפט.

קיום חוזה שלא בתום לב

29. בית המשפט המחוזי קיבל את טענותיה של קארשי גם בעילה החוזית וקבע כי הקשר העסקי ארוך השנים בינה ובין מרכז המתנות יש בו כדי ללמד על קיומו של הסכם בין הצדדים אשר במסגרתו הייתה קיימת הבנה ברורה שמרכז המתנות לא תעתיק סחורה של קארשי, ולא תשווק סחורה מועתקת זו ללקוחות אשר להם מכרה את

מוצריה של קארשי. עוד צוין כי הפרת הסכמות אלו מהווה קיום חוזה שלא בתום לב, והא ראייה - מעת שהתברר לקארשי דבר העתקת כיסויי החלה על ידי מרכז המתנות הסתיים הקשר העסקי בין השתיים.

השאלה האם ניתן לייחס למרכז המתנות התחייבות מן הסוג שיוחס לה לעיל וכן השאלה האם בעקבות כך ניתן לומר כי קיימה את ההסכם בינה ובין קארשי בחוסר תום לב, קשורה במידה רבה בטיב הקשר העסקי שהתקיים ביניהן ובתוכן ההסכם הנגזר מכך. אין חולק כי בין קארשי ובין מרכז המתנות לא נערך הסכם מסגרת בכתב המפרט את ההתחייבויות הדדיות שנטלו על עצמן לעניין הקשר העסקי אורך השנים שהתקיים ביניהן. לצורך מתן מענה לשאלות שהוצבו לעיל יש, אפוא, לתור אחר התנאים שסוכמו ביניהן בעל פה וכן יש לבחון את ההתנהלות שאפיינה קשר זה לאורך השנים. בפסק דינו מציין בית המשפט המחוזי כי "מרכז המתנות הייתה במשך שני עשורים משווקת של התובעת, ועל כך למעשה לא הייתה מחלוקת..." (פסקה 48 לפסק הדין). בכך שגה בית המשפט. ראשית, בניגוד לקביעתו של בית המשפט מרכז המתנות הכחישה מכל וכל כי שימשה כמשווקת של מוצרי קארשי. שנית, נוכח העדויות שהוצגו ספק רב אם ניתן כלל לאפיין את הקשר העסקי בין השתיים כיחסים שבין יצרן-ספק (קארשי) למשווק (מרכז המתנות) ונראה כי מאפייניו של קשר זה, כפי שתוארו על ידי יורם עצמו, מתאימים יותר למערכת יחסים שבין קונה (מרכז המתנות) למוכר (קארשי) שהתקיימה על בסיס נמשך (ראו פרוטוקול מיום 9.12.2010, עמ' 93-97). כפי שכבר צוין לעיל, העובדה כי מרכז המתנות החליטה לחקות את כיסויי קארשי שאותם רכשה ממנה, לייבא בעצמה את הכיסויים החדשים ולמכור אותם לאותן החנויות שבהן מכרה את כיסויי קארשי היא התנהגות המלמדת על מרכז המתנות כי ההגינות לא היתה בהכרח נר לרגליה בהתנהלותה העסקית עם קארשי. זאת בייחוד נוכח הקשר ארוך השנים שהתקיים ביניהן. אך משהוברר כי מדובר בקונה של הסחורות ולא בסוכנת מכירות של קארשי או במשווקת שלה, נשמט למעשה הבסיס המרכזי תחת מסקנתו של בית המשפט קמא לפיה ביצעה מרכז המתנות בחוסר תום לב חוזה שיווק שהתקיים בין השתיים. זאת ועוד, עיון בפסקת הסיכום של פסק דינו מלמד כי בית המשפט לא ראה בקביעתו האמורה לענין קיום חוזה בחוסר תום לב עילה להענקת סעד כלשהו לטובת קארשי (פסקה 54 לפסק הדין).

סוף דבר

30. מן הטעמים המפורטים לעיל, אציע לחבריי לקבל את הערעור, לבטל את פסק דינו של בית המשפט קמא ולקבוע: א. כי לא התקיימו במקרה דנן יסודותיה על עוולת

גניבת העין; ב. כי נסיבות העניין אינן מקימות עילה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט; ג. כי לא הונח הבסיס הראייתי להענקת סעד בשל ביצוע חוזה בחוסר תום לב; ד. כי נוכח המסקנות הללו אין מתקיימת גם עילה אישית נגד דקר.

עם זאת, ובשל האופן שבו התנהלה מרכז המתנות כמתואר לעיל אוסיף ואציע לחבריי שלא לפסוק הוצאות לזכותה, למרות קבלת הערעור.

ש ו פ ט ת

השופט נ' סולברג:

אני מסכים.

ש ו פ ט

המשנה לנשיא מ' נאור:

לאחר עיון בחוות דעתה המקיפה של חברתי השופטת א' חיות השתכנעתי כי דין הערעור להתקבל כמוצע על ידיה. יש לשים את הדגש על שני עניינים: נושא הפתקיות עליו עמדה חברתי בהרחבה, והעובדה שמרכז המתנות לא היתה סוכנת של קארשי אלא קנתה ממנה את המוצרים.

המשנה לנשיא

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת א' חיות.

ניתן היום, י"ד באלול התשע"ד (9.9.2014).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיא