



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 9070/10

לפני : כבוד המשנה לנשיא א' ריבלין
כבוד השופט ס' גובראן
כבוד השופט ע' פוגלמן

המערערת : טלי דדון -יפרח

נגד

המשיבים : 1. א.ת סנאפ בע"מ
2. שלמה חודאאי
3. רוני אוחנה
4. רחל אייל
5. אייל רחימה
6. אייל רחימה
7. חגי פפל
8. אורית חרזי
9. אלירן פרי ליין בע"מ

ערעור על פסק-דין של בית המשפט המחוזי מרכז מיום
17.10.10 בת.א. 9278-08-08 שניתן על-ידי כבוד השופט
א' שטמר

תאריך הישיבה : ו' בשבט התשע"ב (30.1.12)

בשם המערערת : עו"ד יעקב קלדרון ; עו"ד אסף שיר

בשם המשיבים : עו"ד אברהם מונטקיו

פסק-דין

המשנה לנשיא א' ריבלין:

1. לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז (כבוד השופט א' שטמר), אשר דחה תביעה שהגישה המערערת נגד המשיבים בגין גניבת עין ועשיית עושר ולא במשפט.

המערערות היא מעצבת אפנה, בעלת סימן מסחרי רשום – Vision. בין היתר עיצבה המערערות שמלה שנקראת דגם 575, מכנסיים שמוספרו כדגם 578 ומכנסיים שנקראו דגם 577. על שלושת העיצובים לא רשמה המערערות מדגם. המערערות מוכרת את הבגדים בחנויות שונות ברחבי הארץ, וביניהן שתי חנויות בשם "אפנת גריפין". המערערות מצאה כי לצד הבגדים שעיצבה נמכרים בחנויות "אפנת גריפין" בגדים זהים לשלה, הנושאים תווית עם השם "אודבו". בנוסף מצאה המערערות דגמים זהים למכנסיים שיצרה בחנות אחרת בתל-אביב, וגם עליהם התנוססה התווית "אודבו". דגם זהה אחר, שעליו הייתה תווית עם שם המשיבה 9, נמצא בחנות ברמת השרון.

המשיבים 5-8 הם בעלי חנויות "אפנת גריפין"; המשיבה 1 היא זו שיצרה את הדגמים המפרים בעלי התווית "אודבו", לפי הנטען; המשיבים 2-4 הם בעלי המניות במשיבה 1.

2. המערערות תבעה את המשיבים בבית המשפט המחוזי בטענה כי העתיקו את דגמיה. בתחילה טענה המערערות כי ההעתקה עולה כדי עוולת גניבת עין, עשיית עושר ולא במשפט, גזל, רשלנות, תיאור כוזב, התערבות בלתי הוגנת לפי חוק עוולות מסחריות, הטעיה לפי חוק הגנת הצרכן והפרת חובה חקוקה. בסיכומיה זנחה את מרבית עילות התביעה, למעט שתי עילות: גניבת עין ועשיית עושר ולא במשפט.

בית המשפט המחוזי מצא כי הבגדים שנמכרו דומים דמיון רב לדגמים שעיצבה המערערות, בהבדל אחד – דגמי המשיבים נמכרו במחירים זולים יותר. למשל, השמלה של המערערות נמכרה במחיר 199 ש"ח, בעוד שמלת המשיבים נמכרה במחיר 99 ש"ח. בית המשפט העיר כי מכירת החיקויים באותה חנות במחיר זול יותר מהווה תחרות בלתי הוגנת. התנהלות המשיבים הייתה חסרת תום לב, ומנוגדת לכללי המסחר ההוגן ולכללי האתיקה, כך נפסק. עם זאת, בית המשפט קמא מצא כי יסודות העוולה של גניבת עין לא התקיימו בענייננו. נפסק כי המערערות לא הוכיחה שקנתה לעצמה מוניטין, באופן שקהל הלקוחות מכיר ומוקיר את הדגמים, או כי הציבור מזהה את המוצר על פי חזותו ומקשר אותו עם מוצרים של המערערות. באותה שנה היו קיימים בשוק דגמים דומים לעיצובים של המערערות, כך נפסק, ושמלות בסגנון מעטפת היו קיימות בשוק שנים לפני שהמערערות השתמשה בו. בנוסף על כך מצא בית המשפט כי המשיבים לא ניסו להשתמש בשמה של המערערות למכירת הדגמים, וכי הם אף דאגו להדגיש כי מדובר בחיקוי. כך, קונים אשר שאלו את המוכרים בחנויות לפשר ההפרש

במחירי השמלות נענו כי השמלה היקרה יותר היא של המעצבת והשמלה הזולה היא חיקוי. בנסיבות אלה, כך נפסק, אין חשש להטעיה. על כן פסק בית המשפט קמא כי אין החיקוי מקים עילה בגין גניבת עין.

3. באשר לעילת עשיית עושר ולא במשפט פסק בית המשפט קמא כי המערערת לא הוכיחה את שווי גובה חסרון הכיס שנגרם לה או את ההתעשרות שעשו המשיבים על חשבונה. המערערת אף ויתרה על בקשתה לצו למתן חשבונות, אשר היה יכול להוביל להוכחת הסעד המבוקש. בית המשפט קבע כי לא ניתן לפסוק סעד בגין עשיית עושר על דרך האומדנה, בלא שהובא בסיס עובדתי כלשהו לכך. לפיכך, דחה בית המשפט את התביעה.

מכאן הערעור.

טענות הצדדים בערעור

4. המערערת סבורה כי הוכיחה בפני בית המשפט קמא את רכיב המוניטין הדרוש לצורך קיומה של גניבת עין. לשיטתה, בגדיה הם בעלי מאפיינים ייחודיים ולא היו קיימים בשוק בגדים זהים להם. לטענת המערערת, כאשר מדובר במוצרי אפנה, שתקופת חייהם קצרה לעומת מוצרים אחרים, די במספר חודשים של מכירות אינטנסיביות כדי לבסס את המוניטין הדרוש. המערערת טוענת כי הרימה את הנטל להוכיח כי הציבור מזהה את השמלה ואת שני דגמי המכנסיים עם המותג שלה. כמו כן, סבורה המערערת כי כאשר מוצר מועתק בצורה מדויקת, ואין סיבה פונקציונאלית לחיקויו – מלמד החיקוי עצמו על קיומו של מוניטין. זאת משום שבמקרה כזה מעידה ההעתקה על ייחוד הדגמים ועל כך שהמעתיק התכוון "להתעטף בגלימת המוניטין" של התובע.

באשר ליסוד ההטעיה, טוענת המערערת כי לא הוכח שהמשיבים ציינו את הסיבה להבדל במחירי השמלות. לדבריה, נמכרו הבגדים ב"ערכוביה", כך שלא ניתן היה להפריד ביניהם. המערערת סבורה עוד כי לא הוכח שהיו בשוק דגמים הדומים לדגמיה, וממילא, כי קיומם של דגמים דומים אינו צריך להשפיע על שאלת ההטעיה. לשיטתה של המערערת, ההעתקה עצמה צריכה ללמד כי קיים חשש להטעיה של הצרכנים.

באשר לעילה של עשיית עושר ולא במשפט טוענת המערערת כי יסודות העילה הוכחו. המערערת סבורה כי את סעד ההשבה, להבדיל מסעד הפיצוי, יכול בית המשפט להעניק על פי "הסמכות הכללית הנתונה לו", ולכן די בכך שהוכחו העובדות המגבשות את העילה כדי להקים זכאות לסעד זה. את סעד ההשבה יש להעמיד, לשיטתה, על גובה הפיצוי הסטטוטורי בגין עוולת גניבת עין, הקבוע בסעיף 13 לחוק עוולות מסחריות, עבור כל אחד מהדגמים.

5. המשיבים סומכים את ידיהם על קביעותיו של בית המשפט קמא. המשיבים סבורים כי המערערת לא עמדה בנטל להוכיח את עילות התביעה וכי מרבית טענותיה הן טענות עובדתיות. לשיטת המשיבים, החיקוי הוא לגיטימי כל עוד אינו פוגע בזכות הקניין של התובע; זכות זו נרכשת במקום שבו נרשם מדגם על הדגם או כאשר הוכח שהתובע רכש לעצמו מוניטין. בענייננו, מסתמכים המשיבים על קביעתו של בית המשפט קמא לפיהן לא הוכחה המערערת מוניטין. המשיבים סבורים כי לא הוכח שהמערערת השקיעה בפרסומם של הדגמים או כי קיים בהם אופי מבחין, באופן שהציבור מזהה אותם עימה. עוד מסתמכים המשיבים על הקביעה כי לא הוכחה חשש להטעיה. לשיטתם, דרך הצגת הדגמים, לרבות העובדה שהוצמדה להם תווית עם שם שונה משמה של המערערת – שוללת את החשש מפני הטעיית הצרכנים. אף אם קיים חשש לבלבול, טוענים המשיבים כי אין הוא מצדיק פגיעה בתחרות החופשית ובחופש העיסוק שלהם, תוך יצירת מונופול לטובת המערערת.

עוד טוענים המשיבים כי המערערת לא הוכיחה את זכותה להשבה או לפיצויים, ואף ויתרה על הוכחת הנזק הנטען או ההתעשרות, כאשר ויתרה על עתירתה לצו למתן חשבונות. לפיכך טוענים הם כי לא היה מקום למתן סעד בגין עשיית עושר ולא במשפט. ממילא, סבורים המשיבים לעניין העילה בעשיית עושר, כי המערערת לא הוכיחה מקוריות, ייחודיות או השקעה ביצירת הדגמים. על כן טוענים הם כי ההעתקה לא הייתה "שלא כדין", וכי לא הוכח היסוד הנוסף הדרוש לפי פסק הדין ברע"א 5768/94 א.ש.י.ד. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289, 476 (1998) (להלן: עניין א.ש.י.ד.).

גניבת עין

6. העוולה של גניבת עין מופיעה בסעיף 1 לחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999:

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

עוולה זו דורשת את הוכחתם של שניים: מוניטין שרכש התובע כנכס או בשירות שהוא מציע וחשש מפני הטעיה של הציבור העלול לחשוב כי הנכס או השירות שמציע הנתבע – למעשה שייך לתובע (ראו ע"א 8981/04 אבי מלכה "מסעדת אוווי הזהב" נ' אוווי שכונת התקווה 1997 ניהול מסעדות, בפס' 12 (טרם פורסם, 27.09.2006) (להלן: עניין אוווי); ע"א 5792/99 תקשורת וחינוך דתי-יהודי משפחה (1997) בע"מ – עיתון "משפחה" נ' אס.בי.סי. פרסום, שיווק וקידום מכירות בע"מ – עיתון "משפחה טובה", פ"ד נה(3) 942, 933 (2001) (להלן: עניין עיתון משפחה); ע"א 18/86 מפעלי זכוכית ישראלים פניציה בע"מ נ' les verrees de saint gobain, פ"ד מה(3) 224, 232-233 (1991) (להלן: עניין מפעלי זכוכית); ע"א 307/87 מ. וייסברוד ובניו נ' ד.י.ג. ביח"ר למצרכי חשמל בע"מ, פ"ד מד(1) 629, 632-633 (1990) (להלן: עניין וייסברוד)). "עצם החיקוי או ההעתקה אינו מלמד על גניבת עין" (עניין מפעלי זכוכית, בעמ' 233).

7. בבסיס עוולת גניבת העין עומד הערך של הגנה על האינטרס הקנייני של העוסק, ולא של ההגנה על אינטרס ציבור הצרכנים (ראו ע"א 7980/98 פרוינדליך נ' חליבה, פ"ד נד(2) 866, 856 (2000)). העוולה נועדה לאזן בין שני אינטרסים מנוגדים. מצד אחד, עומד הצורך להגן על האינטרס הקנייני של בעל מוניטין מפני מי שמבקש "להתעטף" במוניטין זה על חשבוננו. מנגד, אל מול הרצון להגן על המוניטין עומדים חופש העיסוק של היצרנים המתחרים והרצון לעודד תחרות חופשית שתשרת במידה הרבה ביותר את קהל הצרכנים (עניין עיתון משפחה, בעמ' 946; עניין פרוינדליך, בעמ' 867; עניין אוווי, בפס' 18). זאת משום שההגנה הניתנת בגניבת עין מקנה למעשה מונופול ליצרן הראשון.

8. בדין הישראלי לא קיימת עוולה כללית של תחרות בלתי הוגנת (ראו סעיפים 1 ו-15 להצעת החוק לאיסור תחרות לא הוגנת, התשנ"ו-1996, אשר שונה לחוק עוולות מסחריות; בש"א 894/85 (ע"א 490/85) מלחי יריחו בע"מ נ' מפעלי ים המלח בע"מ, פ"ד לט(3) 528, 525 (1985)). על כן, "אין להסתפק בתחושה ראשונית ואינטואיטיבית כי החיקוי או ההעתקה אינם צודקים. יש לזכור תמיד כי עניין לנו באיזון סבוך בין ערכים לאינטרסים מתנגשים שבהם מובאת בחשבון טובת הפרט והכלל" (עניין א.ש.י.ג., בעמ' 476; ע"א 9568/05 שמעוני נ' "מובי" בירנבאום בע"מ, בפס' 7 (טרם

פורסם, 25.06.2007) (להלן: עניין מובי)). ואכן, במשך השנים עמד בית המשפט על הצורך בהוכחת שני יסודותיה של העוולה – קיומו של מוניטין (המהווה, למעשה, "נכס" רוחני של התובע), וחשש מפני הטעיה של ציבור הלקוחות.

"החיקוי צריך להביא לטעות של קונה רגיל באשר למקורה של הסחורה, אך לא די בכך, אלא יש צורך שהוא יחשוב, שאת הסחורה שלמד כבר בעבר, להכיר ולהוקיר, הוא רוכש" (גדעון גינת "גניבת עין" דיני הנזיקין: העוולות השונות 19 (גד טדסקי עורך, 1982))

עוולת גניבת העין לא נועדה למנוע תחרות (אפילו הייתה זו תחרות בלתי-הוגנת), ולא להגן על הצרכן. העוולה נועדה להגן על היצרן מפני גזילת המוניטין שלו בדרכים של הטעיה. על כן, הטעיה הנוגעת לנכס או לשירות שהתובע לא הוכיח כי קנה מוניטין לגביו – אינה נכנסת תחת עוולת גניבת העין. במקרה כזה לא קם לתובע אינטרס קנייני במוצרו או בשמו המסחרי. לחיקוי תהיה, לכל היותר, משמעות במישור האינטרס הציבורי לדעת בוודאות את מקור הטובין אותם הוא רוכש (ראו עניין אווזי, בפס' 25). אינטרס זה מוגן באמצעות דינים כגון דיני הגנת הצרכן, אך אין לו מקום תחת עוולת גניבת העין. באופן דומה, העתקה של נכס בעל מוניטין אשר לא הוכח כי יש עמה חשש להטעיה – גם היא אינה מעניינה של העוולה.

9. בית המשפט קמא קבע כי המוצרים שמכרו המשיבים דומים למוצרי המערערת ואף זהים להם. עם זאת, הדמיון הרב בין המוצרים אינו מספיק כדי להקים עילת תביעה בגין גניבת עין. בית המשפט קמא בחן ומצא כי יסודות אלה לא הוכחו בענייננו. כפי שיפורט להלן, מסקנותיו בעניין זה מקובלות עלי.

באשר ליסוד המוניטין, תנאי להוכחתו הוא כי הציבור מזהה את הנכס או את השירותים שמציע התובע עם עסקו של התובע (ראו עניין אווזי, בפס' 12; עניין עיתון משפחה, בעמ' 942; עניין וייסברוד בעמ' 632; עניין מפעלי זכוכית, בעמ' 231; עניין מובי, בפס' 9). המוניטין מתייחס לקיומה של תדמית חיובית של המוצר בעיני הציבור, אשר מאפשרת שוק של לקוחות פוטנציאליים המעוניינים ברכישתו (עניין מובי, בפס' 9). על התובע להראות כי המוצר או השירות אותו הוא מציע רכשו הכרה והוקרה בקרב הציבור, וכי ציבור הלקוחות מסוגל להבחין בין תוצרתו של התובע לבין מוצרים אחרים בשוק. בעלי הדין מביאים אסמכתאות לכאן ולכאן בנוגע לשאלה אם חיקוי המוצר מעיד, כשהוא לעצמו, על רכישת מוניטין. ואכן, קיומו של חיקוי, שאינו בעל תכלית פונקציונאלית בלבד, יכול לשמש שיקול בהוכחת המוניטין (ראו ע"א 5689/94

ורגוס בע"מ נ' נגה הנדסה בע"מ, פ"ד נב(1) 521, 528 (1998), וראו עניין וייסברוד, בעמ' 633 ועניין מפעלי זכוכית, בעמ' 245, 251 ו-252. בנסיבות מסוימות ניתן לראות בחיקוי אינדיקציה לרצון "להתעטף" במוניטין של אחר. אולם יהיו מקרים בהם נועד החיקוי לשרת מטרות אחרות, שאינן קשורות דווקא במוניטין אלא בתכונות אחרות של המוצר. לפיכך, אין החיקוי מכריע בשאלת קיומו של מוניטין, אלא הוא מהווה רק אחת האינדיקציות לכך (ראו גם עניין מובי, בפס' 8).

10. בית המשפט קמא השתכנע אמנם כי המערערת מוכרת כמעצבת אפנה וכי דגמיה זכו להכרה מסוימת בקהל הלקוחות. עם זאת נפסק כי הציבור הרחב אינו מזהה את העיצובים של המערערת איתה או עם המותג Vision דווקא. כמו כן נפסק כי המערערת לא הוכיחה ייחודיות מספיקה בדגמים – הן מבחינת המוצר הסופי והן מבחינת הליכי העבודה שהובילו ליצירתו.

ואכן, לא הוכח כי הדגמים היו בעלי ייחוד כזה או כי הציבור מסוגל להבחין ביניהם לבין דגמים של מעצבים אחרים. לא הוכח גם כי קיים למערערת מוניטין בדגמים אלה, במובן של תדמית חיובית המושכת אחריה לקוחות. הדגמים אשר יצרה המערערת היו מבוססים על רעיונות אשר היו קיימים בשוק האפנה באותן שנים, ואין בהם די ייחוד כדי שיקבע כי המערערת קנתה לעצמה מוניטין בהם. יתרה מכך, המערערת גם לא הציגה די נתונים בנוגע לפרסום ושיווק הדגמים, להיקף המכירות וכיוצא באלה – נתונים אשר היו יכולים להעיד גם הם על קיומו של מוניטין. על כן, מקובלת עלי המסקנה כי המערערת לא רכשה מוניטין בדגמי השמלה והמכנסיים שהועתקו.

יתכן, אמנם, כי קיים למערערת מוניטין במותג שתחתיו פעלה, וכי השם "Vision" בדרך שבה הופיע על התווית, יכול להיות מוגן בשל המוניטין שנרכש בו. עם זאת, המשיבים לא חיקו את שם המותג ולא את התווית שלו. טענת גניבת העין מתייחסת לדמיון בין הבגדים עצמם, ולא נטען כי התווית שהוצמדה אליהם הייתה יכולה להטעות. על כן, כפי שאפרט להלן, גם מבחינה זו מעשיהם של המשיבים לא מקיימים את יסודותיה של עוולת גניבת העין.

11. באשר ליסוד ההטעיה – באופן כללי נבחנת ההטעיה על-פי כמה רכיבים: מבחן המראה והצליל, סוג הסחורה הנמכרת וחוג הלקוחות שלה; מבחן יתר נסיבות העניין ומבחן השכל הישר (ראו עניין אווזי, בפס' 12; עניין עיתון משפחה, בעמ' 949; גינת, בעמ' 15). גם לעניין ההטעיה, כמו לעניין המוניטין – עצם החיקוי אינו מעיד

בהכרח על כוונה להטעות את הלקוחות (ואף כוונה להטעות אינה מחייבת את המסקנה כי אכן התקיים חשש להטעיה. ראו עניין ורגוס, בעמ' 529-530). יתכן, למשל, כי המחקר התכוון למשוך לקוחות למוצר בשל תכונותיו – ולא דווקא בשל שיוכו לתוצרתו של המותג המתחרה. על כן עלינו להעמיק ולבדוק האם במקרה זה עולה חשש מפני הטעיה של לקוחות פוטנציאליים. אני סבור כי המערערת לא הוכיחה שהתקיים חשש זה. המערערת טוענת כי המוצרים נמכרו ב"ערבוביה" וכי לא נעשתה הבחנה ביניהם. טענה זו היא טענה עובדתית, אשר לא הוכחה בבית המשפט המחוזי. הראיות שעמדו בפני בית המשפט הובילו למסקנה כי המשיבים הפרידו בין הבגדים השונים, וכי כאשר נשאלו לפרש בהפרש בין המחירים – דאגו המשיבים ליידע את הלקוחות בדבר היות הבגד חיקוי. במקרה כזה מקובלת עלי מסקנתו כי לא מתקיים חשש סביר להטעיית הלקוחות.

12. כאמור, המבקשת לא רכשה מוניטין בדגמים עצמם, אלא לכל היותר בשם Vision ובתוצרתו. ניתן לחלק את ציבור הלקוחות של החנות לשניים – אלה אשר מעוניינים דווקא במוצריה של המערערת ומכירים אותה, ואלה האדישים למותג. 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 (וכן לא מתקיים לגביהם יסוד המוניטין, כאמור).

13. על כן אין המקרה שלפנינו מתאים לעוולה של גניבת עין – בין אם מפני שלא הוכח מוניטין בדגמי הבגדים שהועתק, בין אם מפני שלא הוכח חשש מפני הטעיה של הלקוחות הפוטנציאליים. אמת, המשיבים מכרו העתקים של דגמי המערערת במחירים נמוכים, בזמן שהיו בקשרים עסקיים עם המערערת והתכוונו למכור גם את סחורתה. התנהלותם מעוררת סלידה. יתכן – ואין בכוונתי לקבוע מסמרות בדבר – כי דרך התנהלות זו מקימה עילות תביעה אחרות – חוזיות או צרכניות. אולם אין היא מעוררת חשש מפני פגיעה במוניטין של המערערת בעקבות הטעיה של לקוחות אשר יסברו כי קנו את מוצריה, ולכן היא אינה מקימה עילת תביעה בגין העוולה של גניבת עין.

14. גם לעניין התביעה בגין עשיית עושר ולא במשפט איני רואה מקום להתערב בפסיקת בית המשפט קמא. המערערת לא הביאה כל נתונים שעל בסיסם ניתן להעריך מה גובה ההתעשרות שעשו המשיבים על חשבונה, ואם אכן הייתה כזאת. על כן, אפילו התקיימו כל יתר יסודות העילה בעשיית עושר – אין לפני בית המשפט כל הוכחה באשר לגובה ההשבה המתבקשת. אמנם, חוק העוולות המסחריות כולל בחובו אפשרות של פיצוי סטטוטורי, אשר אינו דורש כי התובע יוכיח את נזקיו (סעיף 13 לחוק). אולם סעיף זה מיועד למקרה של פיצוי בגין העוולות הקבועות בחוק עוולות מסחריות. אין כל בסיס לקביעה כי רף זה משקף בהכרח את גובה ההתעשרות שנעשתה על חשבונה של המערערת. בוודאי שאין בסיס לייבא את סעד הפיצוי המוסכם מכוח חוק עוולות מסחריות אל סעד ההשבה מכוח דיני עשיית עושר. כלל הוא כי "בתביעות לתשלום סכום כסף הכלל הוא שעל התובע להוכיח לא רק את העובדה שנגרם לו נזק או שהוא זכאי להשבה, אלא להוכיח גם במידת ודאות סבירה את גובה הנזק" – או, כבמקרה שלנו, את גובה ההשבה (ע"א Aerocon C.C. 7905/98 נ' הוק תעופה בע"מ, פ"ד נה(4) 387, 397 (2001)). אמנם, במקרים מספר בחר המחוקק לחרוג מכלל זה, ולקבוע, למשל, פיצויים ללא הוכחת נזק (ראו למשל סעיף 13 הנ"ל; סעיף 7א לחוק איסור לשון הרע; סעיף 6(ב) לחוק למניעת הטרדה מינית). אך לא בענייננו.

המערערת אף פגעה בסיכויי תביעתה שלה כאשר ויתרה על קבלת צו למתן חשבונות – דבר שפגם בסיכוי להוכיח את גובה הסעד המבוקש. על כן אין בידינו מספיק ראיות כדי שיהיו את הבסיס לעריכת אומדן של גובה ההתעשרות או של גובה הנזק. ללא בסיס עובדתי באשר לקיומו של נזק או התעשרות – אין מקום למתן סעד.

לנוכח דברים אלה, התייתר הצורך לדון ביתר יסודות העילה.

15. אשר על כן, הערעור נדחה. המערערת תשא בהוצאות ובשכר טרחת המשיבים בסך 15,000 ש"ח.

המשנה-לנשיא

השופט ס' ג'ובראן:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט ע' פוגלמן:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של המשנה-לנשיא א' ריבלין.

ניתן היום, י"ח באדר התשע"ב (12.3.2012).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה-לנשיא