

נושאים: קנין רוחני - גניבת עין

קנין רוחני - סימני מסחר - הפרת סימני מסחר

תקציר: בית המשפט המחוזי קיבל את תביעתה של חברת "טמבור" נגד חברה שהפיצה צבעים מזויפים באריזות עם שמה המסחרי. נקבע, כי הנתבעת הפרה את התחייבותה החוזית מול טמבור לפיה יש איסור מוחלט למכור בתחומי ישראל מוצרים שנמכרו ממחסן ההחזרות של טמבור וכן הפרה את סימן המסחר שלה וביצעה כלפיה עוולות עשיית עושר ולא במשפט. נוכח האמור, ניתן צו מגיעה נגד הנתבעת והיא חויבה לפצות את טמבור ב-150 אלף ₪.

תאריך תצוגה: 12/05/2017

תקדין
המאגר המשפטי
הסוכ ביותר בישראל
מבית המשפט מידע עסקי

אין במידע המופיע באתר "תקדין" או בשירות הניתן למנויי האתר כדי להוות ייעוץ משפטי ו/או תחליף לייעוץ משפטי.

בית המשפט המחוזי בחיפה

12 מאי 2017

ת"א 37856-03-14 טמבור בע"מ ואח' נ'

א. המספק כאבול בע"מ ואח'

בפני כבי השופטת ר. למלשטריך- לטר

תובעים 1. טמבור בע"מ ח.פ.

2. טמבור הפצות בע"מ ח.פ.

ע"י ב"כ עו"ד גבי מירית חביה ועו"ד גבי

איילה בן הרוש

נגד

נתבעים

1. א. המספק כאבול בע"מ (פסק דין
בפשרה)

2. נועם ברוגיל בע"מ ח.פ.
ע"י ב"כ עו"ד מסלחה

צד ג' 1. שרה לוי (פסק דין בפשרה)

פסק דין

1. התובעות, חברות העוסקות ביצור שיווק ומכירה של חומרי צביעה הגישו תביעה כספית כנגד הנתבעים בגין הפרת סימני מסחר, גניבת עין, פגיעה במוניטין, הטעיה, עשיית עושר ולא במשפט, נזיקין וכן בקשה לצווי עשה. התובעות טענו כי הנתבעים מפיצים את מוצריהם שנמכרו ממחסן 198, ללא רשות, ובניגוד להתחייבות שהם חתומים עליה.

2. לאחר שמיעת ההוכחות, הגיעו התובעות מול נתבעת 1 והצד השלישי - להסכם פשרה שקבל תוקף של פסק דין. נותרה המחלוקת מול נתבעת 2.

3. רקע כללי

3.1 התובעת 1 הינה הבעלים של סימנים מסחריים רשומים של החומרים והאריזות "טמבור", "סופרקריל", סופרקריל 2000, ו"פוליסיד", כולם סימנים מסחריים רשומים תקפים למועד האירועים הרלוונטים. חומרי הצבע תחת שמות מסחריים אלו מיוצרים ונמכרים על ידי התובעות.

3.2 הנתבעת 2 הינה חברה העוסקת בסחר של אננס מהרפובליקה הדומינקנית וכן עוסקת במכירה של חומרי בניה. מחסנה נמצא בקיבוץ אשדות יעקב איחוד.

3.3 נתבעת 1, (אשר הגיעה להסדר פשרה עם התובעות), הפעילה חנות לממכר חומרי בניה בכפר כאבול, ותקופה מסוימת רכשה צבעים באמצעות סוכן התובעות שלא ממחסן 198, וכן רכשה במקביל חומרי צבע ואריזות מצד ג', אשר גם הוא עסק לממכר חומרי בניה וחומרי צבע המתנהל בקרית אתא. גם צד ג' נהג לרכוש מוצרים מהתובעות ממחסן 198.

3.4 חוקרים של התובעות מצאו כי אצל נתבעת 1 נמכרים צבעים מזויפים הנחזים להיות של התובעות והם נמכרים באריזות התובעות. כזכור, נתבעת 1 מעולם לא רכשה מוצרים מהתובעות **ממחסן 198**. בדיקת מעבדה העלתה שהצבעים המזויפים מצויים באריזות של דליים עם השם המסחרי של התובעת 1, כאשר על הדלי הכתום ניתן לראות את מחיקת האיקס השחור שידובר בו בהמשך. (ת/3). בדיקת מעבדה של הצבע שבתוך דליים אלו העלתה כי מדובר בצבע שהוסף לו טלק, או גיר קלציום קרבונט בכמות כפולה מהנוסחה של התובעות, חומרים זולים ונחותים ממוצריהן של התובעות. חומרים אלו נמכרו תחת הסימן המסחרי של התובעות.

3.5 עוד מצאו החוקרים, כי הנתבעת 2 אשר רכשה חומרי צבע ממחסן 198 ספקה אותם לנתבעת 1, כשנטען כי המכירה בתחומי מדינת ישראל הינה בניגוד לכתב התחייבות עליה חתומה נתבעת 2 באמצעות מורשיה.

4. מהו מחסן 198 ?

4.1 העיד מר קייזרמן, שהוא מנהל שיווק בינלאומי בחברות התובעות ואחראי בין היתר על מחסן 198 (וכן אחראי על מחסן 8). כמו כן העידה גב' ברוק, מי שנתנה חוות דעת מומחית מטעם התובעות ת/1. גב' ברוק הינה עובדת התובעות, מהנדסת כימית בהכשרתה.

4.2 מוצרים שפג תוקפם והחזרות מלקוחות - במחסן 198 של התובעות מאוחסנים מוצרים שפג תוקפם וכן החזרות מלקוחות בשל בעיות גוון או אריזה פגומה. בצבעים שפג תוקפם לא משתנה הרכבם הכימי או ההרכב כפורמולציה אך מראה הצבע יכול להשתנות מה שגורם שלא יעמדו בתקן. לעתים מוחזרים גוונים מסוימים שהלקוחות לא רצו אותם. כמו כן מוחזרים מוצרים שאריזתם פגומה. אריזה פגומה לדוגמא יכולה להיות בשל לכלוך באריזה, מכה במתכת, חסר בידידות, אריזה בגוון לא תקין, או אריזה חצי מלאה וכד'.
אופן מכירת המוצרים ממחסן 198 -

4.3 א. כשמוצר פג תוקפו או מוחזר מלקוחות למחסן 198 הוא נשמר ככזה אם הוא על בסיס סולבנט שאיננו מים, דהיינו נשמר באריזתו הפגומה או בגוון שהוחזר כבלתי רצוי. מוצר

זה נמכר ככה כשעל האריזה מסומן איקס גדול בצבע שחור. גם על אריזות של צבעים שפג תוקפם יש סימון באיקס גדול שחור.

ב. אם הצבע שפג תוקפו או מוחזר מלקוחות הוא על בסיס מים, הוא נשפך לקובייה של 1,000 ליטר (לפעמים גם מעורב סופרקריל ואקריל, עמ' 32 לפרטיכל 1.6.15), וגם אם אינו מעורב, מאבד למעשה את תו התקן שלו (להלן "הקובייה"). הקובייה איננה מסומנת במותג של טמבור או בסימני המסחריים.

ג. כמו כן מצויות במחסן 198 אריזות טמבור ריקות ישנות שבחלקן נושאות את הלוגו של טמבור או את סימניה המסחריים, המסומנות באיקס גדול שחור, שהתובעות אינן עושות בהן שימוש עוד ומוכרת אותן כאריזות ריקות (דליי צבע ריקים בגדלים שונים). מכירת האריזות הריקות מתבצעת לעתים שלא דרך מחסן 198 אך גם אז האריזות מסומנות באיקס שחור.

4.4 מגבלות על הפצת המוצרים - התובעות מוכרות מוצרים ממחסן 198, שלמעשה לא עומדים בתו התקן, אך דורשת מהסוחרים הרוכשים כי מוצרים אלו ימכרו שלא תחת המותג שלה, או - תחת המותג שלה אך מחוץ לגבולות ישראל.

לא כך לגבי הקוביות - הן, שמכילות חומר צבע ללא סימון כלשהו של התובעות, מותרות בשיווק בתחומי המדינה ככאלה ללא סימון המותג של התובעות או שמותיה המסחריים, וכן מותרות לשיווק כחומר ובלבד שלא באריות התובעות.

יש איסור מפורש למחוק את האיקס בצבע השחור המסומן על גבי אריזות המוצרים או על גבי האריזות הריקות.

4.5 הנחה משמעותית על מוצרי מחסן 198 - שיעור ההנחה שנותנות התובעות על מוצרים אלו הוא בסדרי גודל שבין 80% - 95% בממוצע, אך משתנה ממוצר למוצר ולפי דרוג הסוחר. המכירות מתוך מחסן 198 מהוות כאחוז אחד מכלל המכירות של התובעות. המכירות ממחסן 198 מתבצעות הן ישירות על ידי התובעות מחוץ לגבולות המדינה, והן באמצעות 5-10 לקוחות שרוכשים ממחסן 198.

4.6 מחסן 8 - התובעות הבחינו בין מחסן 198 לבין מחסן 8. במחסן 8 מאוחסנים מוצרים המיועדים להשמדה, אשר ועדת השמדה אצל התובעות החליטה כי אינם ראויים להימכר. מוצרים אלו אינם משווקים ונשלחים להשמדה ברמת חובב. אין מכירות ממחסן 8 אלא השמדה בלבד.

על גבי החשבונית של מכירת המוצרים ממחסן 198 הופיע הכיתוב "מחסן 8". בסמוך
 רשום "יוסי" שהוא יוסי סיטבון המנהל את מחסן 198. על מחסן 8 ממונה אדם אחר,
 שאיננו יוסי. מנהל השיווק בתובעות הבהיר כי מדובר בשני מחסנים שונים במהותם על
 אף שנמצאים בקרבת מקום באותו המתחם. החומרים במחסן 8 הם להשמדה בלבד.
 במערכת הממוחשבת נשאר הסימון הישן "מחסן 8", אך הקניות המגובות בחשבונית
 המחשב ובתעודת המשלוח נעשו ממחסן 198. החומר שמופנה למחסן 8 נרשם על ידי
 רואה החשבון בערך אפס ויוצא עם תעודת משלוח ידנית לרמת חובב בערך אפס.
 המערכת הממוחשבת מאפשרת להפיק חשבונית במחשב רק למשיכות ממחסן 198 ולא
 לסחורה ממחסן 8.

5. כתב התחייבות

5.1 על מנת שהמוצרים הנרכשים על ידי סוחרים בארץ ממחסן 198 לא ישווקו בתחומי מדינת ישראל תחת השמות המסחריים של התובעות או באריזתם, ויתקיימו מגבלות השיווק המצוינות לעיל, נהגו התובעות להחתים בכל רכישה או משלוח את הרוכש על כתב התחייבות שעקרונותיו להלן -

- בכתב ההתחייבות מצהיר הרוכש שהוא יודע שהוא רכוש מוצרים שפג תוקפם ובמצבם, AS IS.
- לטמבור לא תהיה אחריות כלשהי לגבי מוצרים אלו
- התחייבות הרוכש כי המוצרים הנרכשים לא ימכרו על ידו בשוק הישראלי בארצות טמבור. (אבל יוכל לשים את החומר בארצות של מותג אחר מבלי להזכיר את טמבור)
- כמו כן מתחייב הרוכש לא למחוק או לבצע כל שינוי באיקס המסומן על המוצרים שרכש.

כתב ההתחייבות מהווה חוזה מחייב לכל דבר וענין. להלן דוגמא לכתב התחייבות שצורפה כנספח לת/2 עליו נחזה להיות חתום לכאורה שולי לוי, מנהל הנתבעת 2-



5.2 בכל רכישה ורכישה, ביחד עם תעודת המשלוח מוחתם הנציג מהחברה הרוכשת על כתב התחייבות בנוסח האמור לעיל, ענין שיורחב עליו בהמשך.

6. יצירת הקשר בין התובעות לנתבעת 2

6.1 מר פתחי פנה טלפונית למר קייזרמן, בקש לתאם פגישה והגיע לפגישה עם מנהל השיווק של התובעות, מר קייזרמן. מר פתחי הציג עצמו כשותף פעיל בחברה, שרואה אפשרות לפוטנציאל רווח ממכירת המוצרים בשוק הפלסטינאי, מחוץ לתחום מדינת ישראל. מר פתחי ציין כי יש שותף נוסף בחברה ששמו שאול, ולכל אחד מהם זכות להחליט בחברה. בפגישה השניה שהתקיימה, הפעם עם מר שאול לוי, אישר שאול לוי בפני מר קייזרמן כי פתחי הינו שותף מלא בחברה.

6.2 מר שאול לוי אישר בחקירתו הנגדית כי הציג את פתחי כשותף שלו בפני מר קייזרמן. אמנם במהלך חקירתו הנגדית בקש תחילה מר שאול לוי להציג את פתחי "כנהג שלוי" אך אחר כך התרצה ואישר כי פתחי הוא זה שניהל את כל מערכת הקשר עם התובעות, פתחי הוא זה שמוציא תעודות משלוח, חשבוניות והזמנות וכן אישר כי פתחי הוא זה שפנה ראשון לטמבור והוא הצטרף אליו בבקשה לרכוש סחורות מטמבור. מר שאול לוי אישר כי התנאי שהציג מר קייזרמן היה כי הם מתחייבים שלא למכור את הסחורה בישראל. (עמ' 93-96 לפרטיכל).

6.3 גם מנהל נתבעת 1 שהעיד, ציין כי תחילת הקשר בין נתבעת 1 לנתבעת 2 היה כששאול ופתחי הגיעו שניהם לחנות של נתבעת 1 והציעו לו לקנות מוצרים, שהם עודפי מלאי של טמבור. אגב, פתחי הוא פתחי מסאלחה, גיסו של מנהל הנתבעת 1, אח אשתו של מנהל הנתבעת 1. אשתו של מנהל הנתבעת 1 עובדת פעילה בעסק של נתבעת 1.

6.4 הוכח לכן כי לפתחי היתה סמכות להתקשר עם התובעות ולרכוש מהן את הסחורה. התשלום היה במזומן.

7. הנתבעת 2 חתומה באמצעות נציגה על כתבי התחייבות בהתייחס לכל רכישה

7.1 התובעות הציגו כתבי התחייבות החתומים על ידי נציג הנתבעת 2 לכל רכישה ורכישה. (נספח ו' לתצהיר ת/2). על כתב התחייבות של רכישה מיום 2.5.13 חתומים השניים - שולי לוי ופתחי. על שאר כתבי התעודות חתום פתחי.

7.2 בתצהירו טען מר שאול לוי כי מאחר וכתב ההתחייבות לא נושא את חתימתו, מדובר בהתחייבות מזויפת, זאת על אף שבחקירתו אישר כי מי שחתום על כתב ההתחייבות הוא פתחי אשר מוסמך לבצע כל פעילות של החברה מול טמבור. את טענת הזיוף יש לדחות, משהוכח כי כתבי ההתחייבות נחתמו על ידי פתחי, מי שהוצג כשותף פעיל המוסמך לרכוש מוצרים מהתובעות ולשלם עבורם. בנוסף, כתב ההתחייבות הראשון נחזה להיות חתום גם על ידי מר שאול לוי, על אף שזה הכחיש חתימתו עליו במהלך עדותו. (עמ' 91 לפרטיכל 4.1.16).

7.3 פתחי, על אף היותו "שחקן מפתח" בפרשה, לא הובא לעדות על ידי הנתבעת. אי הבאתו מקימה חזקה עובדתית כי עדותו היתה נוגסת בגרסת הנתבעת 2. ראו ע"א 78/04 המגן חברה לביטוח בע"מ נ' שלום גרשון הובלות בע"מ (5/10/06)

"כלל ידוע הוא, כי אי הבאתו של עד רלבנטי יוצרת הנחה (הניתנת לסתירה) כי אילו הושמע העד היה בכך כדי לתמוך בגרסת היריב והסיבה לאי הבאתו היא החשש של בעל הדין מעדותו ומחשיפתו לחקירה שכנגד. בכך ניתן למעשה משקל ראייתי לראיה שלא הובאה (ראו: יעקב קדמי על הראיות (חלק שלישי, 2003) 1649-1659 והאסמכתאות שם). עד נחשב רלבנטי לגרסת בעל דין מקום בו קיימת ציפייה הגיונית ומתבקשת בנסיבות המקרה כי בעל הדין ישמיע את העד המסוים לשם גילוי האמת וחקר העובדות כפי שאותו בעל-דין טוען להן (ע"א 465/88 הבנק למימון ולסחר בע"מ נ' מתתיהו, פ"ד מה(4) 651, 659 (1991))."

7.4 החתימה על כתבי ההתחייבות מחייבת את נתבעת 2 לכל דבר וענין. מר שאול לוי אף אישר כי ידע על כך שהרכישה מותנית בכך שהמוצרים לא ימכרו בתחום מדינת ישראל וגם לשיטתו דרישה זו מחייבת אותו כהסכם בע"פ, גם אם איננו חותם בעצמו. (עמ' 77 לפרטיכל 9.11.15).

8. נתבעת 2 רוכשת מוצרים ממחסן 198 ומוכרת אותם לנתבעת 1

8.1 מכירה מיום 6.11.13 - הוגש דו"ח חקירה של החוקר, מר שרון שטרית. (ת/6). ביום 6.11.13 נערך מעקב אחרי משאית של הנתבעת 2 אשר הגיעה לטמבור, ורכשה סחורה (24 משטחים של דליי צבע). המעקב נעשה עד לנקודת הפריקה. נקודת הפריקה היתה אצל נתבעת 1 בכפר כאבול בנוכחות מר ריאן, מנהל העסק של נתבעת 1. החוקר העיר כי נהג המשאית נסע בדרך פתלתלה ולא בדרך הישירה והקצרה, כנראה עקב חשש ממעקב. מהמשאית נפרקו כל המשטחים אצל נתבעת 1, והמשאית צולמה כשהיא ריקה.

8.2 חשבונית הרכישה ותעודת המשלוח של התובעות מיום 6.11.13 (נספח ו' לתצהיר ת/2) מלמדות כי הנתבעת 2 רכשה באותו היום מהתובעות חמש קוביות של צבע אקרילי ועוד 400 יחידות של 1 ליטר צבע אקרילי, (ראה הסבר מנהל השיווק לשיטת הרישום בחשבונית, עמ' 13 לפרטיכל, 15.6.15), 1000 יחידות של מדלל לניקוי כללי של 1 ליטר כ"א, 216 יחידות של רב גמיש על בסיס פסטל, 20 ק"ג כל יחידה, וכן 27 יחידות של צבע לסימון דרכים, 18 ליטר כ"א. **כל הסחורה הזו הובלה ישירות לחצרים של נתבעת 1 בכפר כאבול**, נפרקה שם, והועברה למחסנה של נתבעת 1 באותו היום. עובדה זו לא הפריעה לנתבעת 2 להודיע באמצעות בא כוחה במכתב מיום 15.5.14 (נספח כ"ד לתצהיר ת/2) טרם הידיעה על קיומו של דו"ח חוקר, כי כביכול כל מה שנמסר לנתבעת 1 באותו היום היו 4 קוביות של צבע אקרילי סופרקריל לבן בלבד, שמכירתן מותרת בתחומי מדינת ישראל. צורפה למכתב תעודת משלוח מיום 6.11.13 לפיה נמכרו כביכול 4 קוביות צבע בלבד. (תעודת המשלוח צורפה למכתב נספח כ"ד).

מנהל נתבעת 1 העיד כי אומנם הגיע אליו משלוח גדול מנתבעת 2 שכלל 4 קוביות ופחי צבע נוספים, אך לאחר שאחסן אותם הרגיש שנודף מהם ריח רע ולכן הורה להחזיר אותם באותו מעמד ואיננו זוכר אם באותה משאית או אחרת. (עמ' 55 לפרטיכל 9.11.15). בהמשך עדותו הוא טוען כי רק כשהגיעה המשטרה ולקחה אותו לחקירה (החקירה היתה ביום 13.2.14 כשלושה חודשים מאוחר יותר) הוא נחשף לכך שאסור למכור את פחי הצבע ויום לאחר החקירה במשטרה מסר לעובדיו לאסוף את כל הסחורה שקנה מנתבעת 2 ומצד ג' (עמ' 56 לפרטיכל 9.11.15). מנהל הנתבעת 1 מסר כי עד היום הסחורה נמצאת אצלו במחסן. בנובמבר 2015 מעיד מנהל נתבעת 1 כי הרכישה בנובמבר 2013 היתה בסך של 40,000 ₪. בהתחשב בכך שמנהל הנתבעת מסר כי עבור קוביה הוא משלם סך של 3,500 ₪, הרי שמדובר בסכום שהוא הרבה יותר מהסכום עבור 4 קוביות. מנהל נתבעת 1 הבהיר שהתשלום תמיד היה במזומן, אך עד למועד עדותו, שנתיים לאחר מכן, עדין לא יישבו את הנושא הכספי. עדותו של מנהל נתבעת 1 היתה לא אמינה בנושא זה וניכר הנסיון לתאם עמדה אחידה עם נתבעת 2 שהציגה תעודת משלוח על 4 קוביות, זאת ותו לא, כשידוע שגיסו (אח אשתו) הוא השותף בנתבעת 2 והרוח החיה בפעילות מול טמבור.

עוד בענין זה עולה עדותו הסותרת של מר שאול לוי, שהעיד כי הסחורה כולה חוץ מ-4 קוביות הועמסה בחזרה על אותה המשאית וחזרה למחסן באשדות יעקב איחוד. (עמ' 84 לפרטיכל 4.1.16). בתחילה בקש לטעון כי היה צריך לפרוק את כל המשאית כי 4 הקוביות היו באמצע. גם אם הקוביות היו באמצע רצפת המשאית אין זו סיבה לפרוק את כל המשאית. גרסה זו של שאול לוי גם איננה מתיישבת עם הטענה כי רק לאחר חקירת המשטרה נודע למנהל נתבעת 2 כי יש לאסוף את הסחורה שהובאה אליו ביום 6.11.13.

לאורך כל הדרך בניהול תיק זה ניתן ללמוד על אי דבקותה של נתבעת 2 באמת, בלשון המעטה. המכירה של מוצרי התובעות, כפי שנרכשו ביום 6.11.13 בוצעה בתחומי מדינת ישראל, ובכך סתרה התחייבות מפורשת של נתבעת 2 והתעלמות מהאיסור.

8.3 **מכירה מיום 30.8.13** - מנהל נתבעת 2 הודיע באמצעות בא כוחו במכתב המופנה לתובע בסמוך להגשת כתב התביעה, אפריל 2014, כי רק פעם אחת מכרה נתבעת 2 את המוצרים בתוך שטח מדינת ישראל, וזה קרה באוגוסט 2013. באותו מועד לא ידע ב"כ הנתבעת 2 על קיומו של חומר החקירה המתעד מכירה אסורה בתחומי המדינה גם ביום 6.11.13 ולא היו בפניו מסמכים שיוגשו בהמשך על ידי נתבעת 1, הרוכשת המתעדים מכירה נוספת. מכל מקום, יש הודאה של נתבעת 2 כי באוגוסט 2013 נעשתה מכירה של

המוצרים בתחומי המדינה. מדובר על רכישה מהתובעות מיום 30.8.13 הכוללת 12,000 יחידות של צבע אקרילי בכמות של 1 ליטר כ"א (שהן 12 קוביות צבע אקרילי), 1000 יחידות של מדלל לניקוי כללי של 1 ליטר כ"א, 1000 יחידות של בונדרול, 1 ליטר כ"א, 122 יחידות של יסוד למסגרות 5 ליטר כ"א, 360 יחידות של רב גמיש בסיס פסטל של 20 ק"ג כל אחת, וכן 5 קוביות של 1000 ליטר כ"א, גמר סיד.

מכירה ביום 30.8.13 לנתבעת 1 עולה גם ממסמך שצירפה נתבעת 1 לתצהירה נ/4, נספח ג'. מסמך זה הוא חשבונית/קבלה שהוציאה נתבעת 2 על סך מכירה של 50,000 ₪ לנתבעת 1 ונרשם שם "צבעי טמבור".

מנהל הנתבעת 2 בקש לטעון בעדותו כי ביום זה מכר לנתבעת 1 - 14 קוביות של צבע שמכירתן בתחומי המדינה מותרת. עדותו סותרת את עדות מנהל נתבעת 1, המאשר בתצהיר תשובות לשאלון (נ/5, שאלה 4) כי ביום 30.8.13 רכש מברוגיל 160 יחידות של צבע ספארי, 80 יחידות של צבע כנעאן, 80 יחידות של צבע סויד, 80 יחידות של צבע קשמיר, 40 יחידות של צבע נגבה, 60 יחידות של צבע יוטה, 7 קוביות של צבע אקריליק+סיד.

8.4 רכישה מיום 19.6.13 - ב"כ נתבעת 2 לא ידע כשהכין את מכתבו מאפריל 2014 המורה במכירה חד פעמית, כי נתבעת 1 תגיש בהמשך מסמכים מטעמה. ואכן צורף מסמך נוסף של חשבונית/קבלה שהוציאה נתבעת 2 לנתבעת 1 בעבור מכירה של "מוצרי טמבור" ביום 19.6.13, בסכום של 50,000 ₪. חשבוניות אלו, מיום 19.6.13 ומיום 30.8.13 חתומות על ידי מר שאול לוי.

מר שאול לוי העיד כי מכר לנתבעת קוביות צבע בלבד, אלא שעד למועד זה רכש מטמבור רק 4 קוביות גמר סיד ביום 2.5.13. מאחר ומנהל נתבעת 1 הצהיר כי רכש כל קובייה בסכום של 3,500 ₪, ברור שכדי להגיע לסכום בחשבונית של 50,000 ₪ צריך למכור לפחות 14 קוביות, שלא היו אז לנתבעת 2.

טענתו של שאול לוי נסתרת גם בעדות מנהל נתבעת 1 אשר אישר בתצהיר תשובות לשאלון (נ/5) כי ביום זה רכשה נתבעת 1 מנתבעת 2 - 46 יחידות של שמן פשתן, 60 יחידות של צבע המרטון 4.5 ליטר כ"א, 120 יחידות של צבע המרטון 2.5 ליטר כ"א, 45 יחידות של צבע יסוד ברזל, 140 יחידות של רב גמיש ו-4 קוביות צבע קרם. יום ה-19.6.13 היה לטענת הנתבעת 1 המועד הראשון בו נרכשו צבעי טמבור מנתבעת 2. (עמ' 45 לפרטיכל 19.10.15).

8.5 הנה כי כן, יש הוכחה חותכת לפחות שלושה מועדים בהם נתבעת 2 מכרה לנתבעת 1 מוצרים של טמבור האסורים למכירה בישראל, על אף שהכחישה בתחילה מכירות לנתבעת 1 למעט מכירה אחת, וכן הכחישה מכירה אסורה של מוצרים. על אף שמרבית חומר הראיות היה מונח בפני מנהל הנתבעת 2, מר שאול לוי, עוד קודם לעדותו, העיד (עמ' 78 לפרטיכל) כי הדבר היחיד שמכר לנתבעת 1 - היו קוביות, עובדה כאמור שאיננה נכונה. מנהל נתבעת 1 ציין בתצהירו (נ/4 ס' 22) כי המוצרים שרכש מנתבעת 2 נמכרו לצרכן הסופי מבלי שפתח את האריזות. ללמדך, כי לגרסתו אין זה נכון שנרכשו קוביות בלבד אלא נרכשו מוצרים באריזותיהם. אך בעדותו עמ' 55 לפרטיכל, הוא חוזר על כך שרכש רק קוביות מנתבעת 2, וזאת בסתירה לאמירותיו האחרות. גם נתבעת 1 לא צירפה את מלוא הניירת שלה מול נתבעת 2 שכן טענה שאין לה מסמכים !! (לדוגמא: חסר מסמך המכירה מנובמבר 2013 ועוד מסמכים רבים אחרים של רכישות ומכירות שלא הציגה הנתבעת 1). מנהל הנתבעת 1 העיד כי רכש מוצרים מנתבעת 2 שלוש פעמים, אלא שגם לעדות זו אין משקל רב נוכח העדר אמינות עדותו של עד זה, אשר סרב כידוע

למסור מסמכים רשמיים המתעדים את הרכישות בטענה שאין לו כאלה. מכל מקום, בעדות מנהל נתבעת 1 במשטרה יש הודאה מפורשת כי קבל מנתבעת 1 צבעים שהיו מסומנים באיקס שחור, (הודעתו במשטרה מיום 13.2.14 גליון 2 שורה 22-23) מה שסותר את הטענה כי רכש קוביות בלבד וסותר את תצהירו נ/5.

8.6 בין המועדים המצוינים לעיל, בהם הוכח חד משמעית כי הנתבעת 2 מכרה מוצרים לנתבע 1, נתבעו על ידי נתבעת 2 רכישות רבות נוספות מהנתבעות, וכן רכישות שאף קדמו ליוני 2013, ובסה"כ 14 רכישות, שתועדו בנספח ו' לתצהיר ת/2 בתאריכים הבאים - 2.5.13; 28.5.13; 5.6.13; 11.6.13; 3.7.13; שתי רכישות נפרדות ביום 4.7.13; 19.8.13; 26.8.13; שתי רכישות נפרדות ביום 30.9.13; 5.11.13; 6.11.13; 11.2.14. **הסכום הכולל של הרכישות עומד על סך של כ-340,000 ₪ (ללא תוספת המ.ע.מ).**

מנהל הנתבעת 2 טען בעדותו כי המוצרים שנרכשו נמכרו מחוץ לתחום מדינת ישראל, ביהודה ושומרון, אך לא היה לו ולו מסמך אחד להציג על מנת לתמוך את טענתו. עסק שמתנהל בקניות ומכירות של מאות אלפי שקלים במהלך חודשים בודדים - ואין הנהלת ספרים, אין חשבוניות, אין תעודות משלוח - אפס ניירת. העיד מנהל צד ג' אשר מוכר מוצרים לסוחרים ביהודה ושומרון והסביר כי נדרשת ניירת מדוקדקת כדי להכניס סחורה לתחומי הרשות, צריך תעודת משלוח, מקסה(חשבונית) וניירת של המכס. אם לנתבעת 2 אין כל תיעוד כפי שמצהיר מר שאול לוי מנהלה, ניתן להסיק מכך כי לא מכרה מוצרי טמבור לסוחרים ביהודה ושומרון. אמירות מר שאול לוי כי פתחי מכר 10,000 דליים ריקים לסוחר חמוצים ביריחו הן אמירות בעלמא, עדות בעל דין יחידה, ללא כל אסמכתא.

עובדה היא כי היו 14 רכישות על ידי נתבעת 2 של מוצרים ממחסן 198. התובעת הוכיחה כי בשלושה תאריכים שונים מוצרים שנרכשו על ידי הנתבעת מהנתבעות שהפצתם בתחומי המדינה אסורה- נמכרו לנתבעת 1. הנתבעת 2 היא היודעת לאיזה גורמים מכרה את המוצרים שרכשה. לפיכך, נטל הבאת הראיה עובר אליה, להמציא ראיות ולהוכיח כי לא כל המוצרים שנרכשו נמכרו לנתבעת 1, באמצעות הקשר שבין פתחי, השותף בחברה הנתבעת 2, לבין גיסו, המנהל את החברה הנתבעת 1.

ראו דברי כב' השופט מ. חשין בע"א 6205/98 **מייקל סקוט אונגר נ. עופר** (15.7.01) - "הלכה שמכבר היא שמקום שבו מוטל על תובע להוכיח עובדה המצויה בידיעתו הייחודית של הנתבע, לא תידרש מן התובע, בשלב הראשון, אלא כמות הוכחה קטנה עד שהנטל להוסיף ולהביא ראיות יוטל על שכמו של הנתבע. ראו, למשל: ע"א 210/88 החברה להפצת פרי הארץ בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, כפר-סבא [2], בעמ' 644-645; ע"א 1842/90 בר לב נ' רפופרט [3], בעמ' 230-231; לקיבוץ אסמכתאות ולתיאור ההלכה, ראו י' קדמי על הראיות (כרך ג) [27], בעמ' 1265."

הנתבעת 2 לא הביאה כל ראיה או קצה ראיה למי מכרה את המוצרים שנרכשו בשאר 11 מועדי הרכישה. אי הבאת ראיה בהעדר הסבר סביר לכך, פועלת לחובתו של בעל דין ומקימה חזקה שאם היתה מובאת היתה פועלת לחובת הנמנע להביאה. ראו דברי השופט ס' גוברמן בע"א 9656/05 **שוורץ נ' רמנוף חברה לסחר וציד בניה בע"מ** (27.7.2008), פס' 26:

"לעיתים, הדרך שבה מנהל בעל דין את עניינו בבית המשפט הינה בעלת משמעות ראייתית, באופן דומה לראיה נסיבתית, וניתן להעניק משמעות ראייתית לאי הגשת ראיה. התנהגות כגון דא, בהעדר הסבר אמין וסביר - **פועלת לחובתו של הנוקט בה, שכן היא מקימה למעשה**

**חזקה שבעובדה, הנעוצה בהיגיון ובניסיון חיים, לפיה דין ההימנעות
כדין הודאה בכך שלו הובאה אותה ראיה, היא הייתה פועלת לחובת
הנמנע ותומכת בגרסת היריב. בדרך זו ניתן למעשה משקל ראיתי
לראיה שלא הובאה"**

(ההדגשה אינה במקור)

וכן את הדברים שנאמרו בע"א 548/78 פלונית נ' פלוני (16.12.1980), פסקה 3 לפסק
דינה של השופטת בן עתו:

"...כלל הנקוט בידי בתי המשפט מימים ימימה, שמעמידים בעל-דין
בחזקתו, שלא ימנע מבית המשפט ראיה, שהיא לטובתו, ואם נמנע
מהבאת ראיה רלבנטית שהיא בהישג ידו, ואין לו לכך הסבר סביר, ניתן
להסיק, שאילו הובאה הראיה, הייתה פועלת נגדו. כלל זה מקובל
ומושרש הן במשפטים אזרחיים והן במשפטים פליליים, וככל שהראיה
יותר משמעותית, כן רשאי בית המשפט להסיק מאי-הצגתה מסקנות
מכריעות יותר וקיצוניות יותר נגד מי שנמנע מהצגתה"

8.7 הנתבעת 2 נתבקשה בהליך של גילוי מסמכים ושאלונים, להציג את כרטיס הנהלת
החשבונות שלה, דו"ח מלאי של מוצרי טמבור, ואת המכירות שבצעה מתוך מוצרי
טמבור שרכשה, בגיבוי חשבוניות ותעודות משלוח. הנתבעת 2 טענה כי לא נהלה כל
כרטיס הנהלת חשבונות מול נתבעת 1 וגם לא מול התובעות וכן אין בידיה חשבוניות
ומס ותעודות משלוח, הנדרשות על פי החוק בעסקאות מכירה. (מכתב מיום 3.9.14,
נספח כ"ט לת/2). בהמשך להחלטת בית המשפט בענין החובה לגלות מסמכים מיום
2.11.14 ניתן תצהיר מפורש של מר שאול לוי ביום 6.11.14 המציין כי בכל ההתנהלות
מול נתבעת 1 יש לנתבעת 2 רק תעודת משלוח אחת מיום 6.11.13 יש רק חשבונית אחת
שהוציאה נתבעת 2 לנתבע 1 ביום 30.8.13, אין דוחות כספיים מבוקרים, ואין כרטיס
הנהלת חשבונות.

8.8 אוסיף כאן הערה לגבי עדות מר שאול לוי, מנהל הנתבעת 2. עדותו היתה עדות
מתחמקת, מלאת סתירות בתוך עצמה ומול עדויות אחרות, עדות המנסה בערמומיות
אך ללא הצלחה להסביר גרסאות שקריות, ומתנערת מכל נושא הניירת של ניהול
חשבונות "ניירת זה לא בתחום שלי". (עמ' 85 לפרטיכל 4.1.16), זאת על אף שפע
ההזדמנויות שניתנו לו להציג את הניירת התומכת. האמת לא היתה נר לרגליו. עדותו
הדהימה הן ברמת הזלזול שבה והן בעובדה שהוא עצמו לא נכלם מאופן עדותו.

מסקנת ביניים - הנתבעת 2 הפרה באופן מפורש את כתב ההתחייבות החתום בשם
נציגה ומכרה בתחומי מדינת ישראל מוצרים שאסור היה עליה למכור. כל מכירה עמדה
בסך בקרוב של 50,000 ₪ (לפני מ.ע.מ). אומנם הפרטים שנאספו הם לגבי שלוש מכירות
מתוך 14 רכישות בסכומים של מאות אלפי ₪, אך הנתבעת 2 לא הצליחה להראות כי
מכרה מחוץ לתחומי מדינת ישראל את שאר המוצרים שקנתה מטמבור שהם מוצרים
שהפצתם אסורה בתחומי מדינת ישראל. לא קבלתי טענת מר שאול לוי, מנהל הנתבעת
2 כי הנתבעת 2 בצעה מכירות לסוחרים ביהודה ושומרון מהטעם שאם כך היה, היו
אמורים להיות בידיה מסמכים המתעדים זאת, אך לא הוצגו כל מסמכים.

לפיכך, עמדו התובעות ברף ההוכחה הנדרש כדי מאזן ההסתברויות. ראו דברי כב' השופט דנציגר בע"א 8385/09 המועצה המקומית סאג'ור נ' סונול ישראל בע"מ פסקה 24 (09.05.2011):

"משנמנעה המערערת מלהגיש לבית המשפט המחוזי ראיות, למעט תדפיס פרטי המשיבה אצל רשם החברות, ומשלא העידה כל עד מטעמה, היה על בית המשפט המחוזי להכריע האם לאור הראיות שהציגה המשיבה, עמדה האחרונה בנטל ההוכחה המוטל עליה והטתה את מאזן ההסתברויות לטובתה. בחליך האזרחי אין התובעת נדרשת להוכיח את תביעתה מעבר לכל ספק סביר אלא להוכיח כי גרסתה, העולה מן העובדות אותן הציגה, מסתברת ומתקבלת יותר על הדעת וקרובה יותר לאמת מאשר גרסת הנתבע. זאת ועוד, גם אם חומר הראיות מותיר חללים ופרשיות סתומות לא מנוע בית המשפט מלקבוע כי בעל דין עמד בנטל השכנוע במידה הדרושה. יתרה מכך, הנושא בנטל השכנוע יכול לעמוד בנטל זה גם אם הביא רק ראיות לכאורה, וזאת כאשר יריבו לא הביא ראיות להפריך ולאזן את מאזן ההסתברויות ... סבורני כי בנסיבות העניין, נוכח החלכות שפורטו לעיל ולאור התשתית הראייתית שנפרסה לפני בית המשפט המחוזי, עמדה המשיבה בנטל השכנוע המוטל עליה והיא הוכיחה כי גרסתה מתקבלת יותר על הדעת מאשר גרסת

עוד אציין כי בין היתר רכשה הנתבעת 2 בחודש מאי 2013 ותחילת יוני 7200 אריזות ריקות של 18 ליטר (מהן הוחזרו 1440 אריזות) וכן נרכשו 4800 אריזות ריקות של 4 ליטר. לא הוצג כל מסמך על ידי הנתבעת 2 השולל מכירת האריזות הריקות לנתבעת 1. בסופו של יום, הצבע המזויף נמצא בתוך אריזות ריקות, שסימן האיקס השחור שהיה בהם, טושטש ונמחק. אמנם, אריזות ריקות נמכרו גם על ידי צד ג' לנתבעת 1, אך אין זה מלמד על כך שלא נמכרו אריזות כאלו מטעם נתבעת 2, מה גם שמנהל נתבעת 1 הצהיר בתצהירו נ/4 סי' 44, כי כל המוצרים שנרכשו מצד ג' היו כולם ללא כל סימון של איקס שחור.

9. האם נתבעת 1 הוטעתה לגבי הרכישה מנתבעת 2 ?

9.1 בחקירת המשטרה ביום 13.2.14 אישר מנהל הנתבעת 2 כי הצבעים הגיעו עם סימון של איקס שחור. כשנשאל על ידי החוקר אם זה לא נראה לו מוזר, השיב : "שאלתי אותם למה זה מסומן ככה ושולי ופתחי אמרו שהכל בסדר ואני לא הסכמתי והחזרתי להם אחרי יום יומיים. הגיעה משאית אחרת, ולקחה את המשטחים שלא רציתי לקחת אותם".

9.2 בתצהירו בענין זה, (נ/4 סי' 10) ציין כי לא היו על אריזות המוצרים שרכשה נתבעת 2 כל סימון שהיה יכול להחשיד כי מדובר במוצרים שאינם של התובעת, והוא מוסיף בסעיף אחר כי רק ביום 6.11.13 היה סימון שחור על המוצרים. העובדה כי על כל המוצרים שנרכשו על ידי נתבעת 2 ממחסן 198 בכל התאריכים היה איקס שחור -הוכחה שכן באופן זה נמכרו המוצרים ממחסן 198, ולכן טענה זו של מנהל הנתבעת איננה נכונה. ההצהרה שבחלק מהמוצרים שרכשה נתבעת 1 היה איקס שחור לא מנעה ממנהל נתבעת 1 להעיד כי על המוצרים שרכש מנתבעת 2 לא היה כל סימן של איקס שחור (עמ' 42 לפרטיכל). והוא חוזר ומדגיש בעמ' 47 לפרטיכל - "החזרתי בגלל הריח ולא בגלל הסימון. לא ידעתי שזה מזויף או שיש איקס שחור, רק שהייתי במשטרה אמרו לי שזה מזויף ויש איקס שחור".

9.3 בס' 21 באותו תצהיר טוען מנהל של נתבעת 1 כי ברכישות שבצע מנתבעת 2 לא נאמר לו שמדובר במוצרים פגומים או פגי תוקף או שאסור למכור אותם בארץ כל שנאמר לו, לדבריו, שמדובר בעודפי מלאי ולכן מחירם נמוך יותר.

9.4 גם בעדותו, חזר מנהל הנתבעת 1 על כך שהוצעו לו על ידי נתבעת 2 עודפי מלאי של טמבור, במחיר זול יותר (עמ' 36,37 לפרטיכל). יחד עם זאת אישר כי חשד בתקינות הסחורה, רק ביום 6.1.13, לא חלילה בשל סימון האיקס השחור שהיה, אלא בגלל הריח והמשטחים הנוזלים.

9.5 כפי שעלה עד כה, גם עדותו של מנהל נתבעת 1 היתה שקרית. מנהל הנתבעת 1 אמור היה להגן כנראה במסגרת החובה המשפטית על גרסת הנתבעת 2 כי מכרה רק קוביות, אך עדות זו סתרה אמירות מפורשות אחרות שלו. עלה באופן מפורש כי נתבעת 1 ונתבעת 2 בקשו להיות מתואמות בגרסתן, אלא שזו נסתרה על ידי אמירות אחרות שלהם. יש לזכור כי נתבעת 1 מצאה לנכון להכחיש את כל טענות התובעות כלפיה, על אף שבפועל נמצאו אצלה צבעים מזויפים, שנמכרו בפחים ריקים של טמבור שסומנו באיקס שחור שנמחק.

9.6 לא קבלתי את טענת מנהל נתבעת 1 כי חשב שהוא קונה עודפי מלאי שמותר להפיצם בארץ.

א. המוצרים היו מסומנים באיקס שחור, מנהל הנתבעת 1 ראה זאת, ובהיותו עובד דרך קבע עם טמבור (שלא דרך מחסן 198) בוודאי שזה מעלה תמיהה. מי יכול להתעלם מסימן פסילה שחור גדול על מוצר? ממתי עודפי מלאי תקינים נמכרים עם פסילה של איקס שחור עליהם?

ב. מדובר בפתחי מסאלחה שמכר את המוצרים לאחותו שמנהלת ביחד עם בעלה את העסק של נתבעת 1. חזקה שהאח לא היה מכשיל את אחותו. מאידך, דאג ליצור לה רווח גדול, בשל האפשרות לשווק מוצרים שנרכשו מהתובעות בהנחה של כ-80-90% במחיר רווח משמעותי.

ג. בנוסף, עדותו של מנהל נתבעת 1 לא עוררה אמון, בלשון המעטה בענין זה, בשל הסתירות הרבות שבה והרצון לתיאום הגרסה עם נתבעת 2.

מסקנת ביניים - נתבעת 1 לא הוטעתה על ידי נתבעת 2 לחשוב כי מדובר בעודפי מלאי המותרים לשיווק ללא כל מגבלה.

9. הפרת כתב ההתחייבות, הפרת סימן מסחר, ועשיית עושר ולא במשפט

9.1 הפרת התחייבות חוזית - נתבעת 2 הפרה את התחייבותה החוזית כפי שמופיעה בכתב ההתחייבות וכן סוכמה בע"פ, לפיה יש איסור מוחלט למכור את מוצרי התובעות בתחומי מדינת ישראל (למעט הקוביות). הוכח כי הנתבעת 2 מכרה בתחומי מדינת ישראל מוצרים רבים של התובעות שנרכשו ממחסן 198, שאינם קוביות.

חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) התשל"א 1970 קובע בס' 10 שבו כי הנפגע זכאי לפיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב ההפרה ותוצאותיה ושהמפר ראה אותו או שהיה עליו לראותו מראש, בעת כריתת החוזה, כתוצאה מסתברת של ההפרה.

זמינות המוצרים ממחסן 198 בשוק הישראלי תחת שם המותג של טמבור, עלול להביא לירידת המוניטין של החברה, בשל פגמים כאלה ואחרים במוצר, שאיננו עומד בתו התקן. הנתבעת 2 אמורה לפצות את התובעות בגין נזק זה.

9.2 הפרת סימן מסחר -

א. הנתבעת מכרה בתחומי מדינת ישראל מוצרים של טמבור, הנושאים את שמה, על אף שנאסר עליה למכור מוצרים אלו. סימני המסחר נועדו להגן על שם מסחרי שהפך לקניינו של אדם ועל המוניטין שצבר בעשותו שימוש בשמו, וכן לשם הגנה על אינטרס הציבור למנוע הטעיה עקב שימוש אסור בסימן המסחר (ע"א 3559/02 מועדון מנויי טוטו זהב בע"מ נ' המועצה להסדר ההימורים בספורט (26.09.2004)).

ב. סעיף 46(א) לפקודת סימני מסחר [נוסח חדש], התשל"ב-1972 (להלן: "פקודת סימני המסחר") קובע את הזכות הייחודית לעשיית שימוש בסימן מסחר:

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

ג. המונח "שימוש ייחודי" מעיד ומגלם בחובו את האופי הקנייני האישי של הסימן הרשום, בכך שהוא מתיר רק לבעל הסימן הרשום לעשות שימוש בסימן לאף אחד אחר מלבדו (ראו לעניין זה: ע' פרידמן, סימני מסחר - דין, פסיקה ומשפט משווה, מהדורה שלישית, כרך שני (התש"ע-2010), ע' 777).

ד. הפרה הוגדרה בפקודת סימני המסחר כשימוש בסימן המסחר בידי מי שאינו זכאי לכך -

"הפרה" - שימוש בידי מי שאינו זכאי לכך -

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

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

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

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

(ההדגשה אינה במקור)

ה. האם העילה של הפרת סימן מסחר לפי סעיף (1) לעיל, מחייבת יסוד של הטעיית הרוכש? לאחר עיון בפקודה ובפסיקה, בחרתי לענות על שאלה זו בשלילה. מדובר כאן בשימוש בסימן המסחר הרשום, כזה ככתבו וכלשונו (להבדיל משימוש בסימן מסחר דומה שאז נדרש הצורך להראות דמיון מטעה).

בנוסח הלשוני של ס' (1) להגדרת ההפרה בפקודת סימני המסחר אין דרישה כלשהי ליסוד של הטעייה (להבדיל מסעיף קטן (4)). כך לשון החוק. דומה, כי פסיקת בית המשפט העליון תומכת בכך שכאשר השימוש הוא בסימן זהה לסימן מסחר רשום (להבדיל מסימן מסחר דומה) אין צורך להראות יסוד של הטעיית הרוכש.

ראו דברי כב' השופט ריבלין בע.א. 8483/02 אלוניאל בע"מ נ. מקדונלד (2004) -

" ככלל, על-מנת שתוכח הפרה של סימן מסחר, אין צורך להוכיח כי היה בשימוש המפר בסימן כדי להצביע על קשר שקרי בין הטובין שלגביהם נעשה בו שימוש, לבין בעל הסימן הרשום (בכך שונה ההסדר שבפקודה מזה שבחוק הפדרלי האמריקני, שם הגדרת הפרת סימן המסחר מחייבת ככלל קיומה של סכנת הטעיה התריג היחיד לכלל זה בפקודה חל מקום שבו ההפרה הנטענת היא זו המוגדרת בסעיף משנה (4) להגדרה. היעדרה של דרישה שכזו מההגדרות האחרות של הפרת סימן מסחר מבטא את אחד מן ההבדלים המרכזיים שבין תביעה בגין הפרת סימן מסחר רשום לבין התביעה בעוולת גניבת העין."

כן ראו עמדת כבי הנשיא גרוניס ברע"א 6658/09 מולטילוק בע"מ נ. רב בריה (12.1.10), שם נקבע כי כאשר אין מדובר בסימן זהה, יהיה המבחן מבחן ההטעיה כוך גם עמדת כבי השופטת חיות ברע"א 563/11 ADIDAS SALOMON A.G. נ. יאסין (27.8.12) כי בסימן מסחר דומה, להבדיל מזהה, צריך להוכיח יסוד של הטעיה וכן עמדת כבי השופט ריבלין בנושא זה בפסק דין ADIDAS-

"להגנה על האינטרס של היצרן בסימן המסחר היא גם הגנה ישירה, הנובעת מהיותה תכלית עצמאית של החוק (ולא רק אמצעי להגנה על היצרן). הגנה ישירה זו מתבטאת למשל בכך שהטעיה אינו יסוד הכרחי של ההפרה..... משמע - מקום בו נעשה שימוש בסימן זהה לסימן המסחר הרשום (לעניין טובין המוגדרים בסעיף 1(1) ה"ל), מתקיימת הפרה אף אם בפועל השימוש המפר אינו מטעה צרכנים..... בפועל, במקרים מסוימים ניתנת הגנה לסימן מסחר אף מבלי שמתקיימת הטעיה, ואז משמשת העילה בעיקר להגנה על קניינו של היצרן ועל המוניטין שלו. בכך, בין השאר, נבדלת העילה של הפרת סימן מסחר מעוולת גניבת עין: בעוד שההטעיה היא יסוד מיוחדות עוולת גניבת עין, הרי שבמסגרת עילת הפרת סימן מסחר משמשת ההטעיה אך לצורך ההכרעה מהו "סימן דומה" לסימן הרשום."

גישה זו שמה דגש על ההגנה על האופי הקנייני של סימן המסחר הרשום, מבלי לדרוש הוכחה כי נפגע אינטרס הצרכן, אשר יכול היה לטעות בפועל.

כמו כן ראו דברי כ"י השופט עמית בע"א 5066/10 אנג'ל בע"מ נ. ברמן בע"מ (30.5.13) המשאיר שאלה זו בצריך עיון שכן איננה דרושה להכרעה שם.

פקודת סימני המסחר מונעת למעשה את השימוש בסימן מסחר רשום על ידי גורם בלתי מורשה. בידי בעל הסימן הזכות למנוע כל פעילות מסחרית שבמסגרתה נעשה שימוש כלשהו בסימן זה לסימנו הרשום. במכירת המוצר לנתבעת 1 היה כדי להצביע על קשר בין הטובין שבמקרה זה אינם עומדים בדרישות התקן, לבין הסימן הרשום של טמבור, על אף שטמבור אסרה על מכירה כזו בתחומי מדינת ישראל.

משלא נדרש יסוד ההטעיה של הרוכש, ניתן לומר שנתבעת 2 הפרה את זכותן של התובעות בסימן המסחר שכן השימוש שהותר להן - הופר.

ו. רישום סימן המסחר בא להגן על השם המסחרי שהינו קניינו של אדם ועל המוניטין שרכש בעשותו שימוש בשמו. במושג מוניטין מתכוונים לתדמיתו החיובית של המוצר בעיני הציבור, אשר הודות לה קיים שוק של לקוחות בכות, המעוניינים ברכישת

המוצר (ראו דברי כבי הנשיא שמגר בע.א. 634/89 **אסי ריין נ. FUJI ELECTRONICS CO** (25.8.91)).

התובעות הפנו לכך כי על פי מדד 100 המותגים של שהתפרסם בשנת 2013 של העיתון "גלובס" מדורג מותג "טמבור" במקום ה-35 עם שווי מותג מוערך ב-341 מיליון ₪. (צורף כנספח ל"ד לתצהיר ת/2). המותג של "טמבור" ידוע ומוכר לאורך שנים, והנתבעת 2 לא טענה כנגד זה.

מכירה שיש בה להציג צבעים שאינם עומדים בתו התקן כמוצרים של המותג "טמבור" יש בה כדי לפגוע במוניטין, ולדלל את האיכות של המותג.

9.3 תביעה חלופית של עשיית עושר ולא במשפט -

חוק עשיית עושר ולא במשפט תשל"ט 1979 קובע בס' 1 שבו -

1. (א) מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן - הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן - המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכייה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה - לשלם לו את שוויה.
- (ב) אחת היא אם באה הזכייה מפעולת הזוכה, מפעולת המזכה או בדרך אחרת.

כאן מתקיימים שלושת האלמנטים הדרושים לסעיף 1 - הנתבעת 2 הפיקה רווח ממוצרים שמכרה שלא על פי זכות, וההתעשרות הינה על חשבון התובעות, שכן נגס המוניטין שלהן.

לפי הלכת הרב ברעא 5768/94 א.ש.י.ר **יבוא יצור והפצה נ. פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ** (1998) מקום שבו שני ענפישפט או שני הסדרים שונים מקנים, כל אחד מהם לעצמו, זכות וסעד לנפגע, הכלל העקרוני הוא שהנפגע יקנה את שתי הזכויות גם יחד, ואולם בפיצוי לא יזכה אלא פעם אחת בלבד, בגין אחת מן הזכויות, דהיינו התביעה היא חלופית. הדין הסטטוטורי בקנין רוחני איננו שולל בעקרון זכויות על פי חוק עשיית עושר שאינו במשפט.

בעל סימן המסחר שזכותו ניטלה יכול לתבוע השבת רווח על יסוד דיני עשיית עושר ולא במשפט. תביעה זו, שבה מחויב המפר להשיב את הרווח שהפיק מההפרה, היא תביעה חלופית לתביעת הנזק שנגרם לבעל הסימן (ראו ע.א. 8483/02 **אלוניאל נ. מקדונלדס** (30.3.04) כב' השופט ריבלין פסקה 29).

במקרה זה אין ידיעה מדויקת על הרווח שהפיקה נתבעת 2 בגלל שלא הציגה מסמכים כלשהם, ולפיכך מדובר באומדנא בלבד.

9.4 לא הוכחה עוולה של גניבת עין, הטעיה או תרמית, או הפרת דיני הגנת הצרכן

בעוולה זו המעוגנת בס' 1 לחוק עוולות מסחריות התשנ"ט 1999 יש להוכיח שני יסודות מצטברים - קיומו של מוניטין וחשש להטעיה של הציבור. הבדיקה היא במישור היחסים שבין המוכר של המוצר לבין רוכשו. בעוד שרכיב המוניטין מתקיים כאן, לא ניתן לומר שמתקיים יסוד ההטעיה במישור מול הנתבעת 1, כפי שכבר נסקר לעיל.

גם טענת ההטעיה או תרמית לא הוכחה, וכן לא הוכחה הפרה של דיני הגנת הצרכן, שכן לא קבלתי טענתו של מנהל נתבעת 1 שלא ידע באיזו סחורה מדובר ומה מאפייניה.

10. גובה הנזק

10.1 הנזק שנגרם לתובעת, שהוא פגיעה במוניטין שלה, ניתן לאומדנא בלבד. מכל מקום העילות השונות שהוכחו אינן מצמיחות נזק בגין כל עילה בנפרד, שכן יש זהות בסוג הנזק שנגרם. יש להתייחס לנזקן של התובעות כתוצאה מהנסיבות הקונקרטיות שארעו.

10.2 נתון יסוד הוא כי המוניטין של התובעות הוערך בשנת 2013 בסכום של 341 מיליון ₪. נתבעת 2 בהתנהלותה אפשרה היתכנות של מכירת פחיות צבע פגומות ומוצרים חסרי תו תקן לצרכנים תחת שם המותג של "טמבור" מה שפוגע במוניטין של החברה.

10.3 כקריטריון להערכת הפגיעה במוניטין ניתן להתייחס לכמות המוצרים שנרכשה על ידי הנתבעת 2, המגיעה סה"כ לסכום של כ-340,000 ₪.

10.4 עוד יש לזכור כי חלקן של המכירות מתוך מחסן 198 הוא בסה"כ כ-1% מתוך כלל המכירות של התובעות, על אף שאני ערה לכך שכל פחית צבע לא תקין שתרכש תחת השם של "טמבור", גורמת נזק הרבה מעבר לחלקה מתוך כלל המכירות.

10.5 אך יש להביא בחשבון גם את תרומתן של התובעות למצב זה. מדיניות השיווק של התובעות ממחסן 198, יוצרת למעשה חממה לזיופים. מחד, התובעות מוכרות קוביות של צבע שאין לו תו תקן ואוסרת למכור אותו כצבע של טמבור. מאידך, התובעות מוכרות לאותם סוחרים עצמם דליי צבע ריקים שמופיע עליהם שם טמבור וסימניה המסחריים. אומנם צויר איקס שחור על הדליים הריקים, אך גם מנהל השיווק של התובעות יודע שניתן להוריד את הסימון השחור באמצעות טינר. הסכנה - הסוחר, שמקבל את חומר הצבע בקוביות בהנחה של כ-80%, וכך גם את הדליים הריקים של טמבור בהנחה, יכול לטשטש את האיקס השחור, למלא מהקובייה את חומר הצבע, ולמכור אותו כמוצר של טמבור. הטענה של התובעות שזה מה שנעשה כאן. צבעים כאלו נמצאו על ידי חוקר אצל נתבעת 1.

בנוסף, העובדה שלא בהכרח תמיד הצבע שנמכר בקוביות הינו תקין והדרך של התובעות לדעת אם בפועל היה תקין אם לאו היא רק בדרך של "החזרתו מהשטח" בגלל תלונות, גם דרך זו יש בה לשחוק מוניטין.

10.6 על בסיס נתוני הרכישה, רווח משוער שעשתה הנתבעת 2 מכלל מכירותיה, ונסיבות המקרה כפי שתוארו לעיל, אני קובעת את סכום הפיצוי בסך של 150,000 ₪.

10.7 סכום זה על הנתבעת 2 לשלם לתובעות, ביחד ולחוד, בתוך 30 יום מהיום.

11. לסיכום

11.1 ניתן בזאת צו מניעה קבוע האוסר על נתבעת 2 לעשות שימוש כלשהו בסימניה המסחריים הרשומים של התובעת 1, או למכור סחורה שרכשה מהתובעות ממחסן 198.

11.2 הנתבעת 2 תפצה את התובעות, ביחד ולחוד, בסכום של 150,000 ₪ שישולם בתוך 30 יום מהיום שאם לא כן ישא הפרשי הצמדה וריבית כחוק.

11.3 כמו כן תשא נתבעת 2 בהוצאות המשפט בסך של 15,000 ₪ שישולמו לתובעות ביחד ולחוד.

11.4 המזכירות תודיע לצדדים על פסק הדין.

ניתן היום, ט"ז אייר תשע"ז, 12 מאי 2017, בהעדר הצדדים.

תקדין
המאגר המשפטי
הסובב ביותר בישראל
מגילת השופרים מידע נוסף

אין במידע המופיע באתר "תקדין" או בשירות הניתן למנוי האתר כדי להוות ייעוץ משפטי ו/או תחליף לייעוץ משפטי.