

בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 1661/07 ארט אופטיק בע"מ ואח' נ' טומשובר ואח'
ת"א 2101/08 ארט אופיק בע"מ נ' טומשובר ואח'

לפני כבוד השופטת ד"ר דפנה אבניאלי

	ארט אופטיק בע"מ	<u>התובעת/הנתבעת שכנגד</u>
ת"א 1661/07	ע"י עו"ד אוריאל גניהר	
	נ ג ד	
	1. סמואל טומשובר	<u>הנתבעים/התובעים שכנגד</u>
	2. מריל טומשובר	
	ע"י עו"ד דורון שמעוני	
ת"א 2101/08	ארט אופטיק בע"מ	<u>התובעת</u>
	נ ג ד	
	1. סמואל טומשובר	<u>הנתבעים</u>
	2. מריל טומשובר	

פסק - דין

מסגרות משקפיים מצוירות בעבודת יד, הנושאות את שם המותג "Ronit Furst", עומדות במרכזו של סכסוך, המעורר שאלות חשובות בתחום דיני הקניין ומעמדן של יוצרים ומפיצים.

המסגרות המצוירות מתאפיינות בצבעוניות עליזה, חלקן עם נקודות ופרחים, יצירי רוחה של המעצבת רונית פירסט, שאף העניקה למותג את שמה.

על פי הנטען, זייפו הנתבעים את המסגרות ומכרו אותן לחנויות בארצות הברית, ללא ידיעתה של התובעת, כאשר הם גורפים את הרווחים לכיסם.

הנתבעים מצידם מעלים, כי התביעה נועדה לכסות על התנהגותה הדורסנית של התובעת, שהפרה את הסכם להפצת המסגרות שכרתה עמם וגרמה להם נזקים כספיים כבדים, תוך פגיעה בשמם הטוב.

בסופו של יום התברר, כי הנתבעים אכן הפיצו מסגרות מזוייפות בארצות הברית ולא חדלו ממעשיהם, אלא לאחר שננקטו נגדם הליכי ביזיון בית המשפט, תוך שהם מסתירים מהתובעת את היקף המכירות והרווחים שהפיקו מכך.

רקע עובדתי

א. ההתקשרות בין הצדדים

התובעת מייצרת ומפיצה בישראל ובחו"ל מסגרות משקפיים צבעוניות, הנושאות את שם המותג **"Ronit Furst"** (להלן: **"רונית פירסט"**).

הנתבעים הינם בני זוג יהודים, תושבי העיר ניו-יורק, אשר שימשו כסוכני מכירות ומשווקים בלעדיים של התובעת בארה"ב, בשנים 2005 ו-2006.

בין התובעת לבין הנתבעים נכרת ביום 1.10.04 הסכם, לפיו הוסכם כי הנתבעים ישמשו כמפיצים בלעדיים של המסגרות בארצות הברית, בתקופה שמיום 1.12.04 ועד ליום 31.12.05 (להלן: **"הסכם ההפצה"**). בסעיף 4 להסכם ההפצה נקבע, כי הנתבעים מתחייבים לרכוש מהתובעת במהלך תקופה זו, כמות מינימלית של 2,600 מסגרות. בסעיף 5 להסכם ההפצה הצהירו הצדדים, כי בכוונתם להמשיך את ההתקשרות העסקית ביניהם, אף לאחר שנת 2005.

חרף העובדה שהנתבעים שימשו כסוכני מכירות ומשווקים של התובעת, בהסכם ההפצה הוגדרה התובעת כ"יצרן" (producer), מסגרות המשקפיים הוגדרו כ"מוצר" (product) והנתבעים הוגדרו כ"רוכש" (buyer). הסיבה לשימוש במונחים המצביעים על יחסי יצרן – רוכש, ולא על יחסי יצרן – מפיץ, לא הובהרה.

ב"הואיל" הראשון והשני להסכם נאמר, כי היצרן מייצר מסגרות משקפיים מצוירות ביד, הנושאות את השם "רונית פירסט", וברצונו להעניק זכות הפצה בלעדית של המוצר בארה"ב:

"Whereas the producer produces hand painted frames for glasses of any kind ... under the trade name RONIT FURST (henceforth: The Product)"

"Whereas the producer wishes to export the product and sell it in the U.S.A, and for that purpose is prepared to grant sole distribution rights for the U.S.A only"

בסעיף 5 להסכם ההפצה נקבע, כי אם יחליט היצרן למנות מפיץ אחר, מסיבות שאינן תלויות בנתבעים, לאחר ינואר 2006, יהיה עליו לרכוש את כל מלאי המסגרות (באיכות טובה) שיהיו בחזקת הנתבעים, עוד לפני סיום ההתקשרות עמם. כמו כן, ניתנה לנתבעים זכות סירוב ראשונה, לפני שיערך הסכם עם מפיץ אחר בארה"ב.

בין הצדדים לא נחתם הסכם הפצה חדש לשנת 2006, אך הצדדים האריכו בהתנהגותם את ההסכם והמשיכו לפעול על פיו גם בשנת 2006.

ב. סיום ההתקשרות

בסמוך לסוף שנת 2006 הודיע מר אהוד ביברינג, מנהל התובעת ובעלה של גב' רונית פירסט (להלן: "ביברינג") לנתבעים, כי בכוונת התובעת למסור את זכויות ההפצה והשיווק בארה"ב לידי מפיץ אחר.

לגבי נסיבות סיום ההתקשרות חלוקות הדעות.

מר ביברינג העיד, כי חלה התדרדרות ביחסי הצדדים, בעיקר בשל היקף המכירות הנמוך ומוסר התשלומים הירוד של הנתבעים:

"בשלב מסוים (באפריל 2006), התניתי את המשך אספקת הסחורה בכך שמלוא התשלום יתקבל לפני משלוח הסחורה וגם שהחוב משנת 2005 ישולם, ובעקבות כך סוכם בין הצדדים על פריסת החוב ל- 8 תשלומים. גם בהסדר התשלומים הזה לא עמדו הנתבעים" (סעיף 11 לתצהיר).

לדבריו, הסכם ההפצה נחתם מלכתחילה לתקופה של שנה בלבד, מאחר שלא הכיר את הנתבעים והקשר עמם נוצר דרך אדם בשם דוד גולדווסר, שהיה לקוח שלו בישראל. זו גם הסיבה, שבהסכם ההפצה נקבע, כי על הנתבעים לעמוד ביעד מכירות ובתנאי התשלום (פרוט' מיום 10.6.11 עמ' 20-21).

בהסכם ההפצה נדרשו הנתבעים לשלם 30% מהתמורה בעת ההזמנה והשאר עם מסירת המוצר (COD). לקראת הארכת תוקפו של ההסכם, נדרשו הנתבעים לשלם את מלוא התמורה לפני משלוח הסחורה. הנתבעים נדרשו גם לרכוש מהתובעת בשנת 2007 כמות מינימלית של 6,000 מסגרות, בעוד שבשנת 2005 נדרשו לרכוש רק 2,500 מסגרות, וכן להתחייב כי בכל שנה יגדילו את רכישותיהם ב- 2,000 מסגרות נוספות.

תכתובת מיילים שהוחלפה בין הצדדים (נספח ג' לתצהיר ביברינג) מלמדת, כי הנתבעים לא היו נכונים לקבל על עצמם את הסדר התשלומים החדש שדרשה התובעת, והתנו את המשך ההתקשרות במו"מ חדש על תנאי התשלום. בלשונו הנחרצת של הנתבע 1 נכתב:

"I am not making enough money from this business to agree to the terms you are dictating to me...If you want to continue to do business with us, you will need to negotiate the payment terms".

הנתבעים אף מאשרים במיילים כי קיים חוב כספי שלא שולם, בסך של 9,600 דולר.

בניגוד לטענת הנתבעים, כי התובעת סיימה את ההתקשרות עמם באופן חד-צדדי, תכתובת המיילים מלמדת, כי הנתבעים הם שיזמו את סיום ההתקשרות, כאשר לא נענו לדרישות שהציבה התובעת והודיעו, כי אם ברצונה "להמשיך לעשות עסקים" אתם, עליה לנהל עמם מו"מ חדש. טענות הנתבעים, כי השקיעו ממיטב כספם בכינון רשת שיווק והפצה ברחבי ארה"ב, מתוך ציפייה כי יחתם בין הצדדים הסכם ארוך-טווח, כמו גם הטענה, כי נאלצו להתמודד מול גל של לקוחות שדרש מענה מהיר ויעיל והחלפת מסגרות שהתגלו כפגומות, אינן מלמדות אלא, כי אכן לא בוצעו מכירות של מסגרות בהיקף המצופה. האמירה, כי נאלצו להתמודד מול התנהגותו הדורסנית של אהוד ביברינג, אשר ניצל את מצוקתם ואת ההלם שהביעו נוכח דרישותיו החדשות, אינה גורעת מן המסקנה, כי הנתבעים סירבו להיענות לדרישות התובעת ובכך באה ההתקשרות החוזית לקיצה.

בהמשך למיילים שהוחלפו בין הצדדים, שלח ב"כ התובעת ביום 5.12.06 מכתב לנתבעים, המודיע להם על סיום ההתקשרות בין הצדדים ודורש מאת הנתבעים, להפסיק לאלתר להציג עצמם כמפיצים של התובעת, להפנות את כל הלקוחות לכתובתה של התובעת בישראל ולשלם לתובעת את יתרת חובם שהועמדה ע"ס 3,810 דולר.

הנתבעים אינם חולקים על העובדה, שהסכם ההפצה הגיע לקיצו בשנת 2006 אך טוענים, כי התובעת הציגה בפניהם דרישות בלתי הגיוניות והביאה את החוזה לידי סיום, כאשר היא רואה בהם "אפיזודה חולפת". לטענתם, לאחר ביטול הסכם ההפצה, לא עמדה התובעת בהתחייבות לרכוש את מלאי המסגרות שנותר ברשותם, לא העניקה להם את זכות הסירוב הראשונה, והכפישה את שמם בפני מפיצים ולקוחות. טענות אלה, המהוות נושא לתביעה שכנגד של הנתבעים ידונו בנפרד.

א. תהליך ייצור המסגרות

התובעת רוכשת מסגרות פלסטיק שקופות, ללא ציפוי כלשהו, המיוצרות לפי הספציפיקציות של החברה ע"י הזמנה מיוחדת. גב' רונית פירסט מעצבת דוגמאות, ציורים וקישוטים בשילובי צבעים אופייניים על גבי המסגרות, לפי בחירתה, והציירות הנשכרות על ידי החברה מעתיקות בדיוקנות את הדוגמאות והציורים הללו על כל המסגרות. לכל ציור יש מספר קטלוגי, שנרשם ידנית ע"י הציירת בחלק הפנימי התחתון של מוט ימין של המסגרת. לאחר הציור עוברות המסגרות הליך של ציפוי ע"י התזת לקה שקופה. מספר המודל של המסגרת ומידותיה מודפסים לאחר הליך הציפוי על המסגרת (סעיפים 6-7 לתצהיר ביברינג).

ע"ת איתמר פירסט, בן דודה של התובעת, העיד כי תחילה בוצע תהליך הציפוי בחו"ל. בשלב מסוים הוחלט לבצעו בישראל, אך "זה לא היה מוצלח מי יודע מה ב- 100% ולכן נקראתי לעזרה" (פרוט' מיום 16.6.11 עמ' 4 שו' 6). לדבריו נסע לחו"ל וביקר במספר תערוכות משקפיים כדי "ללמוד את הנושא בצורה יסודית, כדי לתת מענה" (שם).

אין חולק, כי לקוחות וספקים התלוננו על קילוף ציפוי הלקה של המסגרות ודרשו להחליפן. הנתבע 1 (להלן: "טומשובר") העיד, כי הנתבעים התמודדו עם גל של תלונות ודרישות להחלפת מסגרות בהיקף חריג. מר ביברנג אישר זאת בחקירתו הנגדית: "אני לא מתכחש שהיו קילופים בתחילת הדרך שלנו" (עמ' 41 שו' 23), אך טען כי החליף את כל המסגרות, כפי שהתבקש (עמ' 42).

ב"כ הנתבעים הקדיש פרק נרחב בסיכומיו לטענת הנתבעים, כי נאלצו להתמודד לבדם מול גל של לקוחות, שדרש מענה מהיר ויעיל תוך החלפת המוצר הפגום ולתחושתם, כי התובעת לא העניקה להם "גיבוי ושיתוף פעולה כמצופה מיצרן". לדבריו, בעיית ההתקלפויות והיעדר סיוע וגיבוי מצד התובעת, אף הביאה לקיצם מספר הסכמי הפצה ארוכי טווח, שהיו לתובעת עם מפיציה הבלעדיים בקנדה ובאוסטרליה, מאחר שהתובעת התעלמה מהפצרות המפיצים למתן מענה יעיל. מקומן של טענות אלה הוא במסגרת התביעה שכנגד, ואין בהן כדי להפחית מעוצמת הטענה, כי הנתבעים מכרו מסגרות מזויפות, המתיימרות להיות מסגרות מתוצרתה של התובעת.

ב. טענת הזיוף

1. ההליכים המשפטיים

בסיכומי ב"כ התובעת נאמר, כי עם סיום ההתקשרות, הנתבעים אכן הפכו להיות "אפיזודה חולפת" מבחינת התובעת, אשר פנתה לחפש לעצמה מפיץ אחר בארה"ב. אלא שאז הובא לידיעתה, כי הנתבעים החלו לשווק ולמכור מסגרות המתיימרות להיות מוצרי התובעת, כאשר בפועל היו מעשה זיוף ואפילו נשאו את דוגמת חתימתה (המזויפת) של רונית פירסט.

בעקבות גילוי זה, הגישה התובעת שתי תביעות שהדיון בהן אוחד: האחת למתן צו מניעה קבוע וסעד הצהרתי (ת.א. 1661/07); השנייה לפיצויים, צווי מניעה וצווי חיפוש כנגד הנתבעים (ת.א. 2101/08).

בתחילת שנת 2008 הגישה התובעת גם תביעה לבית המשפט הפדרלי בארצות הברית. מדובר בתביעה כמעט זהה לתביעה שהוגשה בישראל בשלהי 2008 (ת.א. 2101/08). הנתבעים טוענים, כי התביעה בארצות הברית נמחקה, לאחר שהתובעת הבינה כי סיכוייה להתקבל שם אפסיים. התובעת מילאה פיה מים באשר לנסיבות מחיקת התביעה בארצות הברית, אך הואיל ובמחיקה עסקינן, אין חולק כי התובעת היתה רשאית להגיש תביעה זהה בישראל.

2. המסגרות המזויפות

כאמור, התובעת טוענת, כי לאחר סיום הסכם ההפצה, הגיעה לידיעתה שמועות, כי הנתבעים מוכרים מסגרות מזויפות המהוות חיקוי בלתי מוצלח של יצירתה.

להוכחת טענה זו הובאו מטעם התובעת שתי עדות מארצות הברית, גב' קטי שו וגב' קריסטי וויטרוק, שתיהן בעלות חנויות אופטיקה ולקוחות של התובעת. בנוסף העידו אהרון יעקובוביץ, איתמר פירסט ואהוד ביבריינג. מטעם הנתבעים (והתובעים שכנגד) העיד מר טומשובר לבדו ולא הוזמנו עדים נוספים.

גב' קטי שו, בעלת חנות אופטיקה בעירה מונטריי קליפורניה העידה, כי רכשה מסגרות משקפיים של "רונית פירסט" מהנתבעים, משנת 2005 ואילך. בשלהי 2006 נתקלה בקשיים בקבלת הדגמים שביקשה ולכן יצרה קשר עם התובעת עצמה, באמצעות האינטרנט, אך המשיכה לרכוש מסגרות מהנתבעים עד ראשית שנת 2007.

בשנת 2007 הנתבעים קיימו בחנותה מכירה מיוחדת של מוצריהם, והתחייבו לספק את הדגמים שהוזמנו על ידי הלקוחות. לטענת גב' שו, כשהגיעו המסגרות המוזמנות, הוברר לה שקיבלה מוצרים מזויפים, והיא פנתה לתובעת על מנת שתחליף אותן במסגרות מקוריות. כאשר נשאלה העדה, אם ביקשה להחליף את המסגרות מפני שהצבעים לא התאימו השיבה:

"לא. מכיוון שהמוצרים שקיבלתי הם לא היו אותנטיים ואני הודעתי על כך לאהוד. אני הייתי חייבת לבצע את ההחלפה על מנת לקבל את המוצרים האמיתיים, שאהיה מסוגלת לקיים את דרישות ההזמנות של הלקוחות שלי"
(פרוט' מיום 7.3.11 עמ' 10 שו' 18).

כאשר נשאלה העדה, איך ידעה שהמסגרות לא היו אותנטיות השיבה:

"על סמך בדיקתן של המסגרות אני מורגלת ויודעת מניסיון שבמסגרות של רונית פירסט יש בקצה העליון, ליד הרקה, יש סימון של מספר הצבע, מצויר על זה... אחר כך, כשעוד יצא לי לבדוק, אז ראיתי שיש עוד הבדלים, אבל זה היה ההבדל שהסב את תשומת לבי, מכיוון שבמשקפיים האחרות יש בקצה הימני יותר למטה הדפסה בצבע לבן של מספר הצבע" (עמ' 11 שו' 6).

במענה לשאלות ביהמ"ש השיבה העדה, כי קיימים גם הבדלים באיכות הצביעה ובאחידות הצבעים, שניתן לעמוד עליהם אם משווים לקטלוג, אך היא עצמה לא השוותה (עמ' 12).

ב"כ התובעת טוען בסיכומיו, כי גב' שו היא "מקצוענית וחדת עין" הבקאה בתהליך הייצור של המסגרות, דבר המוסיף לאמינותה. ב"כ הנתבעים טוען, כי התובעת לא הגישה את המסגרות, שלטענתה סופקו לגב' שו והתמונה של המסגרות שצורפה לתצהירה לא צולמה על ידה. טענתה של גב' שו כי בדקה את המסגרות והגיעה למסקנה כי הן מזוייפות, לא זכתה להתייחסות. שתיקתו של ב"כ הנתבעים בנוגע לטענות הזיוף ויכולתה של העדה לזהות את ההבדלים בין המסגרות אומרת דרשני. ניתן היה להתרשם, כי העדה אכן בקיאה בפרטי הזיהוי המיוחדים של המסגרות,

וכי החזרתן אכן נבעה מהקביעה, שלא נסתרה, כי המסגרות שסופקו לה ע"י הנתבעים היו מזויפות.

מר טומשובר העיד, כי הופיע אצל קטי שו ומכר לה מסגרות. בכך תמך בגרסתה של קטי שו, כפי שנמסרה לאהוד ביברניג וגם בעדותה בבית המשפט, כי סיפק לה מסגרות בהזדמנויות שונות, ולא סתר את טענתה כי סיפק לה גם מסגרות מזויפות.

גב' קריסטי וויטרוק העידה, כי היא ד"ר לאופטיקה ומנהלת חנות אופטיקה באיווה. בחודש מרץ 2009 ביקרה בתערוכה בניו-יורק ורכשה מהנתבעים מלאי של 13 מסגרות. לאחר מס' חודשים הגיעה לחנותה סוכנת משנה של אברי בארי, שמונה כמפיץ של התובעת במקום הנתבעים. גב' וויטרוק שמעה מפי הסוכנת, כי המסגרות שרכשה הן ככל הנראה מזויפות. לכן שלחה למר אברי את טופס ההזמנה של המסגרות, את החשבוניות ואת המסגרות עצמן ואמרה, כי אם תוצגנה בפניה תוכל לזהותן. בהמשך ציינה, כי פגשה את מר טומשובר בתערוכה, והוא אמר לה שכבר אינו עובד כמפיץ של התובעת והוא מנסה להיפטר מהמלאי שלו (פרוט' מיום 7.3.11, עמ' 24 שו' 11).

המסגרות שהוחזרו לא הוצגו לגב' וויטרוק או לבית המשפט. ב"כ הנתבעים שאל את העדה מדוע לא צירפה לתצהירה את המסגרות המזויפות ותשובתה היתה: **"אני לא טענתי שהן מזויפות, אני אף פעם לא טענתי שדבר מה מזויף. אני שלחתי אותן בחזרה לאברי"** (פרוט' מיום 7.3.11 עמ' 24 שו' 16). ב"כ התובעת בחר להתעלם מדברים מפורשים אלה בסיכומיו ולטעון, כי העדה לא נחקרה על ענין הזיוף. בכך לא דק פורתא ואת שהחסירה התובעת (שלא הציגה לבית המשפט ולעדה את המסגרות שסופקו לגב' וויטרוק) לא תוכל למלא עתה. אין בדברי העדה גב' וויטרוק כדי ללמד, כי המסגרות שסופקו לה ע"י הנתבעים היו מזויפות. ניתן רק ללמוד מדבריה, כי סמכה על דברי סוכנת המשנה של אברי ומיהרה להחזיר לו את המסגרות ולבקש החלפתן. סוכנת המשנה של אברי ומר אברי לא הוזמנו להעיד, כך שלא ניתן היה להציל מפייהם פרטים נוספים.

ע/ת איתמר פירסט העיד, כי טייל עם רעייתו בעיר אלכסנדריה וירגינייה, והבחין במעמד (סטנד) גדול, שעליו הוצגו מסגרות, שנחזו להיות מתוצרת התובעת, ואף צילם אותן (נ/1). העד לא נקב בשם של הנתבעים כמי שמכרו את המסגרות המזויפות, וב"כ התובעת עצמו מציין בסיכומיו, כי אין במקרה זה ראיה פיזית לזיוף ע"י הנתבעים או גורם אחר. דבריו של איתמר פירסט אינם נתמכים בראיה כלשהי, ועדותו אינה מסייעת בלימוד פרטי הזיוף הנטען ע"י הנתבעים.

לענין זיהוי הזיופים בקוד הצבע, יש לציין את עדותו של אהרון יעקובוביץ, שהעיד כי הוא מכיר את הדגמים והצבעים של התובעת. העד ציין כי הוא רוכש מסגרות של חברות שונות, בין היתר של התובעת, אך אינו משמש כמפיץ של מוצרי התובעת. במהלך חקירתו הנגדית הקצרצרה לא נשאל העד על סימני הזיהוי של מסגרות התובעת, למעט שאלה אחת - היכן מוטבע השם "רונית פירסט" על המסגרות הצבועות, האם על מוט ימין או על מוט שמאל והשיב **"לא זוכר בעל פה. זה מוטבע, כתוב 'רונית פירסט'"** (פרוט' מיום 7.3.11 עמ' 32 שו' 10). ב"כ הנתבעים לא חלק על עובדה זו ולא הוסיף לשאול את העד בנוגע לקוד הצבע או סימני זיהוי נוספים, שהיו יכולים לתמוך בטענת הנתבעים, כי לא סיפקו לחנויות מסגרות מזויפות.

לענין הזיכיונים העיד גם מר ביברנינג, הן בהליכי הביניים והן בתביעה עצמה. בבקשה לצו מניעה זמני הוצגו מסגרות משקפיים ע"י התובעת, ונטען ע"י מר ביברנינג כי הן מזויפות, כפי שניתן לראות בין היתר באופן רישום מספר הדגם. מר טומשובר התבקש להתייחס במהלך חקירתו הנגדית למספר שעל ידית המסגרת ולדבריו "עד לפני שקיבלתי את כתב התביעה לא הבחנתי בהבדל בין מספר מודפס לבין מספר כתוב בכתב יד". מר טומשובר טען, כי אין באפשרותו לאשר, כי התובעת אינה נוהגת להדפיס את המספר על הידית (פרוט' מיום 20.9.07 עמ' 3).

ב"כ התובעת טען בבקשה לצו מניעה זמני, כי הנתבעים סיפקו לחנויות מסגרות משקפיים מזויפות. בתום הדיון הסכימו הנתבעים למתן צו מניעה זמני, האוסר עליהם לייצר או לשווק מסגרות למשקפיים, המהוות חיקוי של מסגרות הנושאות את השם "רונית פירסט". לטענתם, עשו כן משום שאינם משווקים מסגרות מזויפות, אך העובדה שהסכימו למתן צו המניעה אומרת דרשני, במיוחד לאור נימוקיו של כב' השופט זפט, שציין בהחלטתו מיום 9.10.07, כי:

"מהשוואה בין מסגרות המשקפיים שנמכרו לקטי שו על ידי המשיבים לבין המסגרות המצויירות (מוצג 2), נמצא כי מסגרות המשקפיים שנמכרו ע"י המשיבים לקטי שו כוללות רכיבי קישוט וסימני דגם זהים לאלה הקיימים במסגרות המצויירות ובין היתר כוללים הם את הסימן "ronit furst" המאפיין את המסגרות המצויירות. לפיכך נראה לכאורה, שקיים דמיון מטעה בין מסגרות המשקפיים שנמכרו על ידי המשיבים לקטי שו לבין המסגרות המצויירות" (עמ' 4).

ביום 16.4.09 הגישו הנתבעים בקשה לעיון מחדש ולביטול צו המניעה, אך בקשתם נדחתה ע"י כב' השופט זפט. בר"ע שהוגשה לבית המשפט העליון נדחתה אף היא, תוך חיובם של המבקשים בהוצאות (רע"א 5302/09 טומשובר נ' ארט אופטיק בע"מ, נספח יב' לתצהיר ביברנינג).

בדחותה את הבקשה קבעה כב' השופטת נאור כדלקמן:

"אינני מקבלת את טענות המבקשים בדבר חוסר סמכותו של בית המשפט המחוזי ליתן את הצו הזמני. למשיבה ניתן היתר המצאה אל מחוץ לתחום, לשם אכיפת הצו הזמני בארה"ב, עליו לא ערערו המבקשים – יהיו טעמיהם לכך אשר יהיו. אף טענת המבקשים לשינוי קיצוני בנסיבות, אשר התרחש עת משכה המשיבה את תביעתה בארה"ב, אינה מקובלת עלי... למעלה מן הצורך יצוין, כי המבקשים אינם מבהירים, מהו הנזק הלגיטימי העלול להיגרם להם מהותרת צו המניעה הזמני, האוסר עליהם לחקות מסגרות המשקפיים המצויירות של המשיבה, על כנו".

במהלך שמיעת ההוכחות טען מר ביברנינג, כי המסגרות המזויפות הוחזרו לתובעת ונמצאות כיום ברשותו, לאחר שהוצגו בפני כב' השופט זפט בבקשה לצו מניעה זמני. כאשר נשאל מר ביברנינג מדוע לא הוצגו המסגרות במהלך שמיעת ההוכחות, השיב "יש לי חלק מהמסגרות באוטו" (פרוט' מיום 16.6.11 עמ' 9 שו' 15), אך לא ביקש להגישן כראיה מטעם התובעת ולא נדרש להציגן בפני ב"כ הנתבעים. במהלך חקירתו הנגדית טען מר ביברנינג, כי הבחין במסגרות מזויפות גם בלאס וגאס, אך לא קנה אותן "לא קניתי מסגרות של עצמי ב- 300 ומשהו דולר" (פרוט' מיום 7.3.11 עמ' 49 שו' 3). התובעת אמנם צירפה למוצגיה ארגז עם מסגרות שונות, אך בתצהירי העדים מטעמה אין כל התייחסות למסגרות אלה, והארגז שנתר מיותר מיותר הוחזר לב"כ התובעת. בסופו של יום, לא הוצגו בפני מסגרות נוספות או שונות מאלה שהוצגו בפני כב' השופט זפט בהליכי הביניים, והממצאים שנקבעו על ידו לא נסתרו במהלך שמיעת ההוכחות.

חרף העובדה שצו המניעה הזמני ניתן בהסכמת הנתבעים, לתובעת נודע כי הם ממשיכים לשווק מסגרות מזויפות ולכן פנתה בבקשה לאכוף עליהם את הצו, לפי פקודת ביזיון בית המשפט. הדין התקיים בפני כב' השופט זפט ובמהלכו הציגה התובעת העתקים של חשבונות, מהן עלה כי הנתבעים המשיכו למכור מסגרות "רונית פירסט" גם לאחר מתן צו המניעה. החשבונות נשאו מספר קטלוגי של התובעת, ומר ביברנינג התייחס בעדותו לאחת המסגרות, שסומנה כמוצג 1 והעיד, כי ניתנה לו בתערוכה על ידי אודרי, בעלת חנות "אופטיקל סנטר" בברוקלין, שביקשה כי יחליף לה את המסגרות המזויפות במסגרות מקוריות.

בהליך ביזיון בית המשפט העידה גם גב' רונית פירסט, אשר הצביעה על הסימנים מהם למדה כי מדובר במעשה חיקוי של מוצרי התובעת "בצבעים, בצורות, בעיטור, בנקודות, אפילו הם חותמים את שם המותג שלנו הקוד באותן אותיות ומשתמשים באותם מספרים... הם משתמשים באותם צבעים ובאותם צורות אבל יש הבדל בגודל הנקודות אבל למראית עין זה נראה בדיוק כמו שלנו" (פרוט' מיום 16.12.08 עמ' 6).

כב' השופט זפט נענה לבקשה למתן צו אכיפה לפי פקודת ביזיון בית המשפט צופה פני עתיד, וקבע בהחלטתו מיום 1.2.09 כי:

"עדותו של ביברנינג נתמכת בחשבונות שהונפקו על ידי המשיב והיא מהימנה עליי. לפיכך אני קובע כי מסגרות המשקפיים שסומנו כמוצגים 1 ו-3 נמכרו וסופקו על ידי המשיב לאחר מתן צו המניעה הזמני לחנות אופטיקל סנטר בברוקלין ניו יורק, ארה"ב... אני מקבל את עדותו של ביברנינג לעניין זה וקובע, כי מסגרות המשקפיים שהוצגו כמוצגים 1 ו-3 הן חיקוי של מסגרות המשקפיים הנושאות את השם "רונית פירסט" של המבקשת, ובמכירתם לחנות אופטיקל סנטר בברוקלין ניו יורק, ארה"ב הפר המשיב את צו המניעה הזמני" (עמ' 7-8 להחלטה).

ד. הממצאים והמסקנות בהליכי הביניים

ב"כ התובעת טוען, כי הממצאים אשר נקבעו בהליכי הביניים מהווים מעשה בית דין, והנתבעים מושתקים מלטעון כנגדם, בהיותם השתק פלוגתא. לדבריו, בשלב הבקשה לצו מניעה נחקר מר ביברנג בשאלת זו וכבר אז הראה לביהמ"ש את סימני הזיוף (פרוט' מיום 20.9.07 עמ' 2 שוי 3). בהסתמך על עדות זו ובהסכמת הנתבעים ניתן צו המניעה הזמני, וכיום אין הנתבעים יכולים להתכחש לקביעות העובדתיות, המהוות השתק פלוגתא בשאלת הזיוף.

למרות שאיני מקבלת טענה גורפת זו בסופו של יום לא עלה בידי הנתבעים לקעקע את הממצאים והמסקנות בהליכי הביניים.

בראשית הדיון הוסכם, כי כל הפרוטוקולים וההחלטות בהליכי הביניים שהתקיימו בין הצדדים, מהווים חלק מהתיק העיקרי, אך החלטות שניתנו במסגרת הסעד הזמני אינן יוצרות מעשה בית דין או השתק פלוגתא, כטענת התובעת. הסעד הזמני, מעצם הגדרתו, לא נועד לקבוע סופית את זכויותיהם וחובותיהם של הצדדים. הענקת סעד זמני אין פירושה הענקה של זכות מוקנית, שאיננה ניתנת לביטול ולצד שכנגד שמורה הזכות לנסות להפריכם (י' זוסמן, **סדר הדין האזרחי** (מהדורה שביעית, בעריכת ד"ר ש' לוי, 1995) בעמ' 578-579; א' גורן, **סוגיות בסדר דין אזרחי**, (מהדורה עשירית) בעמ' 399).

עד כאן הכלל. אולם, לאחר שמיעת עדויות הצדדים, לא מצאתי מקום לשנות מהממצאים שנקבעו בהליכי הביניים, לאור העובדה שהנתבעים כלל לא ניסו להתמודד עמם או להוכיח כי בטעות יסודם.

הנתבעים הסתפקו בהכחשתה הגורפת של טענת הזיוף והתמידו בכך לאורך כל הדרך. העובדה שמר טומשובר הכתיר כל עדות בכותרת "שקר" אין בה כשלעצמה כדי לסתור את מסקנותיו של כב' השופט זפט. עדותו של מר טומשובר, אשר לוותה בהתפרצויות בכי וצעקות, בהטחת האשמות על הפרת ההסכם מצד התובעת ובהכחשות חוזרות ונשנות של טענותיה, אינה מועילה לנתבעים כלל ועיקר. טומשובר טען, כי עת קטי שו סירבה לקנות ממנו מסגרות בשלב מסוים, והכחיש כי פנתה לביברנג במאי 2006 **"אם קטי שו פנתה לאהוד במאי 2006 ואמרה שיש סחורה מזוייפת, זהו שקר"** (פרוט' מיום 27.11.11 עמ' 17 שוי 27), אולם לא הביא ראיה או עדות נוספת הסותרת את גרסתה. בכותרת "שקר" הכתיר מר טומשובר גם את גרסתו של אהוד ביברנג, אך לא מצא לנכון להסביר מדוע הסכים למתן צו מניעה לאחר שנשמעו עדויות בפני כב' השופט זפט, על מכירת מסגרות מזוייפות ברחבי ארצות הברית על ידי הנתבעים.

כה דלה היתה עוצמת עדותו של מר טומשובר, עד כי ב"כ הנתבעים עצמו אינו מתייחס אליה כמעט בסיכומיו ואינו מקדיש מאמץ לנתחה. חלף זאת טען ב"כ הנתבעים, כי החלטות שיפוטיות הנוגעות לסעד זמני הן לכאוריות בלבד "ובוודאי שאינן יוצרות מעשה בית-דין", מבלי שעלה בידי להצביע על טעות או אי דיוקים שנפלו בהן.

אני קובעת, כי הממצאים והמסקנות שנקבעו בהליכי הביניים, מחייבים אף מחייבים בנסיבות המקרה דנן, ומאחר שלא נסתרו ע"י הנתבעים - אין מקום לשנותם. מדובר בממצאים שנקבעו על

סמך בדיקת מסגרות שהוצגו בפני בית המשפט, לאחר שניתנו בהם סימנים מספיקים להוכחת הזיוף הנתבע, כמו גם להוכחת העובדה שהמסגרות נמכרו לחנויות על ידי הנתבעים. אמנם, בע"א 8981/04 **אבי מלכה - "מסעדת אווזי הזהב נ' אווזי שכונת התקווה (1997) ניהול מסעדות בע"מ** (פורסם בנבו, 27.9.06), נקבע מפי כב' השופט רובינשטיין, כי **"סעד זמני מעצם טבעו... אינו יכול לשמש מעשה בית דין"**, אך זאת כאשר הוכח לבית המשפט כי טעה, או כאשר נשמעו ראיות המלמדות כי מדובר במסקנה שגויה. לא כך הם פני הדברים בענייננו. הנתבעים הסכימו למתן צו המניעה על יסוד הממצאים שהובאו במהלך הדיון בסעד הזמני; לא טענו דבר כנגד הממצאים והמסקנות של כב' השופט זפט; ולא הביאו ראיות כלשהן להדיפת טענות הזיוף החמורות שהועלו נגדם.

ה. נטל ההוכחה

ב"כ הנתבעים טוען בסיכומיו ל"דלות הראיות" שהביאה התובעת להוכחת הזיוף ומליון, כי ניתן היה לצפות שהתובעת תעמיד תשתית ראייתית ענפה ומקיפה לביסוס טענותיה הקשות. לדבריו, לא ניתן לסמוך על העדויות והממצאים שהובאו בהליכי הביניים, במיוחד לאור העובדה שבמסגרת ההליכים בארצות הברית, הורה בית המשפט הפדרלי לנתבעים להעמיד לבדיקת התובעת את המסגרות שתחת ידם. ביום 17.3.08 נבדקו ע"י נציגי התובעת בארה"ב כ- 1,000 מסגרות שנותרו בידי הנתבעים ולא נמצא בהם כל דופי, ובא-כוחם טוען, כי לא יעלה על הדעת שמי שמזייף לא תימצא באמתחתו אף לא מסגרת אחת מזויפת.

מדובר בטענה מוזרה. גם אם נבדקו 1,000 מסגרות, אין בכך כדי ללמד, כי הנתבעים לא מכרו מסגרות מזויפות, לאחר שהסכם ההפצה בינם לבין התובעת הגיע לסימומו. אמנם, מר ביברינג התחמק מהתייחסות לממצאי הבדיקה בארצות הברית, בטענה שלא היה נוכח בבדיקה ובא-כוחו אף הוא ניסה להזיר רגליו מהם, אך ממצאי הבדיקה ואופן עריכתה לא הוצגו בפני על ידי הנתבעים, מסיבות השמורות עמם, ומשכך לא אוכל להתייחס אליהם.

למעשה, לא הונחה בפני תשתית ראייתית כלשהי לגרסת הנתבעים למעט הכחשה סתמית, גורפת ורגשנית של טענת הזיוף והממצאים שנקבעו בהליכי הביניים. עיון בתצהירו של מר טומשובר, שהיה עד ההגנה היחיד מלמד, כי הנתבעים כיוונו חיציהם לדרישות הפיצויים בעקבות ביטול הסכם ההפצה עמם, כנראה משום שסברו שאין ביכולתם להתמודד עם טענת הזיוף. אמנם, מר טומשובר התייחס בתצהירו למכירת המסגרות לגב' וויטרוק, וטען כי **"המסגרות שהוגשו לבית המשפט הנושאות את השם "רונית פירסט", בין אם הן מזויפות ובין אם לאו, לא נמכרו על ידי לחנות זו"**, אך גב' וויטרוק לא נשאלה על כך בחקירתה הנגדית, ונראה כי ב"כ הנתבעים זנח טענה זו.

בהמשך תצהירו העיד מר טומשובר, כי מכר עוד מסגרת מתוצרתה של התובעת לגב' וויטרוק: **"למרות שהפסקתי למכור את מסגרות התובעת, נעניתי באופן חריג לבקשה וסיפקתי לה מסגרת אחת ממסגרות התובעת"** (סעיף 52 לתצהיר). גם על ענין זה לא נחקרה גב' וויטרוק וטיב המסגרת שסופקה לה (מזויפת או אמיתית) לא הוכח.

הנתבעים טוענים, כי לאחר שהתובעת הודיעה על סיום הסכם ההפצה, נותרו עם "מלאי עצום של אלפי מסגרות" (הנתבעים לא פירטו כמה) שלא נמכרו עדיין, והתובעת לא רכשה מהם את המלאי. לטענתם, המכירות שבוצעו לאחר מכן הן של אותן מסגרות שנותרו במלאי, הן ולא אחרות, כך שלא היה מקום להעלות נגדם טענת זיוף. מדובר בטענה רצינית, אך הנתבעים שכחו כנראה כי עליהם להוכיח באמצעות תעודות משלוח וחשבוניות, כמה מסגרות נמכרו והאם אכן מדובר במסגרות מתוצרתה של התובעת.

טומשובר העיד בתצהירו (סעיף 47), כי מלאי המסגרות שנותרו בידי הופקד במשרד בא-כוחו. בחקירתו הנגדית טען "הבאתי אתי 1,306 מסגרות, הן נמצאות בביהמ"ש" (פרוט' מיום 27.11.11 עמ' 11 שו' 11), אך לא הציג במהלך שמיעת עדותו ולו מסגרת אחת.

התובעת לא ביקשה לבדוק את מלאי המסגרות שטומשובר טען כי הפקיד במשרדי בא-כוחו, אלא לאחר שהסתיים שלב ההוכחות. מאחר שהדרישה הועלתה בשלב כה מאוחר, נדחתה בקשתה של התובעת (פרוט' מיום 27.11.11 עמ' 22) ולמעשה איש אינו יודע טיבן של המסגרות, שטומשובר טוען כי הפקיד במשרד בא-כוחו.

האם עלה בידי התובעת להוכיח כי נמכרו מסגרות מזויפות על ידי הנתבעים?
במאזן ההסתברות הנדרש בהליך אזרחי – התשובה חיובית.

עדויות של גב' קטי שו עשתה רושם אמין ונראה, כי אכן נכוונה ברותחין כאשר רכשה מהנתבעים מסגרות, שנחזו להיות מתוצרתה של התובעת. מר ביברינג נחקר על המסגרות בבקשה למתן צו מניעה זמני, והצביע על ההבדלים בין לבין המסגרות המקוריות. גב' רונית פירסט נחקרה אף היא בהליך של בזיון בית המשפט וציינה את הסימנים המיוחדים המבדלים בין מסגרות אותנטיות לבין מסגרות מזויפות. נראה, כי ב"כ הנתבעים הסכיין והשלים עם הדברים שנרשמו מפי העדים, במהלך הדיונים בפני כב' השופט זפט, שאם לא כן, לבטח היה מבקש לחקור עליהם שוב, אך הדבר לא אירע ואין בסיכומי ב"כ הנתבעים הסבר לכך.

ב"כ התובעת הציע כי בית המשפט יתבונן במסגרות אשר הוגשו בהליכי הביניים, ויתרשם מהן בעצמו. אין בכוונתי לעשות כן, מאחר שניתן להסתפק בדברי העדים שתועדו בפרוטוקול, כאשר המסגרות הוצגו בפניהם בהליכי הביניים. גרסתם של העדים, כי מדובר במסגרות מזויפות, שנמכרו על ידי הנתבעים - לא נסתרה. מסקנתו של כב' השופט זפט, כי מדובר במסגרות מזויפות, ששווקו על ידי הנתבעים לחנויות בארצות הברית עומדת בעינה, ואין מקום לסטות ממנה.

רצונו של טומשובר לנכס לעצמו את המוניטין שצברה התובעת היה כה עז, עד כי פנה בחודש אפריל 2007 אל רשם סימני המסחר בניו יורק, ונרשם כבעלים בסימן המסחר "רוינת פירסט", תוך הפרה בוטה של הסכם ההפצה שנחתם עמו. כאשר התבקש מר טומשובר להסביר פשר התנהגותו השיב "זה היה מעשה נואש. [אני] מקווה שביהמ"ש יוכל לקבל זאת בפרופוציה הנכונה" (פרוט' מיום 27.11.11 עמ' 14 שו' 9). ב"כ התובעת טוען, כי נראה שהדבר נועד לאפשר לנתבעים את הפצת מסגרות מזויפות – שהרי הדבר נעשה לאחר שנודע להם כי מסגרות מקוריות

לא תסופקנה להם עוד. בין אם זו הסיבה להתנהגותו מפרת הזכויות של מר טומשובר ובין אם לאו – יש בה כדי לחזק את הרושם הקשה מהתנהלות הנתבעים כלפי התובעת, ומהעובדה שלא נרתעו מהפצת מסגרות מזויפות גם לאחר שניתן צו מניעה (בהסכמתם) האוסר עליהם לעשות כן.

לסיכום, אני קובעת, כי הנתבעים מכרו מסגרות מזויפות, הנושאות את השם המותג "Ronit Furst" ואת סימני ההיכר והצבע של רונית פירסט. היקף המכירות והנזק שנגרם לתובעת בגין מכירות אלה ידונו בנפרד.

1. מסגרות מאטיס

הנתבעים אינם כופרים בכך שהם משווקים מסגרות תחת השם המסחרי מאטיס, אך טוענים כי אינם מהווים חיקוי של מוצרי התובעת. מר טומשובר העיד בתצהירו, כי קיימים יצרנים רבים של מסגרות משקפיים מצוירות, כפי שניתן לראות מצפיה באתרי אינטרנט שונים. בדיון שהתקיים בפני כב' השופט זפט ציין, כי אין לו מעצב למסגרות מאטיס, אך יש לו ספק שמעצב ומוכר לו אותו.

במהלך שמיעת ההוכחות הוצגה מסגרת מאטיס אחת (1/ת) וב"כ התובעת מבקש, כי בית המשפט יקבע על פי התרשמותו האישית, כי מדובר בחיקוי העומד בקריטריונים של עוולה מסחרית. מדובר בטענה שנטענה בחצי פה ובהיחבא והיא מלמדת, כי ב"כ התובעת עצמו מודע לחולשתה. לא ברור כיצד מבקשת התובעת, כי בית המשפט יקבע "מהתרשמותו האישית" כי בזיוף עסקי, כאשר סימני הזיוף הנטענים לא הוכחו באמצעות עדים אחרים. למעלה מהנדרש יצוין, כי גם בהליך לפי פקודת בזיון בית המשפט, שהתקיים בפני כב' השופט זפט, נקבע, כי "כשלה המבקשת בהוכחת טענתה כאילו מסגרת המשקפיים בשם "מטיס" של המשיב מהווה חיקוי של מסגרות המשקפיים המקוריות" (עמ' 4 להחלטה).

נזנח איפוא את מסגרת מאטיס האמורה ונתמקד רק במסגרות הנושאות את השם "רונית פירסט", לגביהן נקבע, כי הנתבעים הפיצו מסגרות המחקות אותן ומתיימרות להיות מתוצרתה של התובעת.

2. הפגיעה בזכויות התובעת

בכתבי התביעה נאמר, כי התובעת מייצרת את מותג המסגרות "רונית פירסט" ומייצאת את מוצריה למדינות שונות באירופה וכן לארה"ב. רשימת העולות המיוחסות לנתבעים בשתי התביעות כוללת הפרת חוזה, זיוף, מרמה, הפרת זכות יוצרים ועולות מסחריות.

התביעות הוגשה בשמה של החברה בלבד. גב' רונית פירסט, לגביה צוין, כי היא מעצבת המסגרות ובעלת הזכויות המקוריות, לא צורפה כתובעת נוספת ולא זומנה כעדת תביעה במהלך שמיעת ההוכחות בפני.

בסיכומי התובעת נטען, כי התובעת הינה בעלת הזכויות הקנייניות ב"מוצר, כהגדרתו בהסכם ההפצה". מהותן של זכויות קנייניות אלה לא הובהרה לאשורה עד לסופו של ההליך, למעט הטענה המעורפלת, כי "התובעת היא בעלים בזכויות היוצרים על מסגרות רונית פירסט", כפי שצוין בסעיף 1 לתביעה".

ב"כ התובעת טוען, כי הנתבעים לא הכחישו את האמור בסעיף 1 לכתב התביעה, וכאשר ביקש ב"כ הנתבעים לחקור לגביו בחקירתו הנגדית, הוא התנגד לכך בטענת "הרחבת חזית" והתנגדותו התקבלה. בקשתם של הנתבעים להשלים את הטיעון החסר בכתב ההגנה, נדחתה אף היא וב"כ התובעת טוען, כי נחסמה בפני הנתבעים הדרך לטעון, כי התובעת אינה בעלת זכויות יוצרים במסגרות רונית פירסט.

במהלך שמיעת ההוכחות הודיע ב"כ הנתבעים, כי יבדוק בהפסקה אם הטענה הוכחה בכתב ההגנה, אך לא חזר עם הודעה בנדון (עמ' 37 שו' 15). לאחר מכן הגיש בר"ע לביהמ"ש העליון, בה הלין כי לא ניתנה לנתבעים אפשרות לתקן את כתב הגנתם, אך הבר"ע נדחתה אף היא. מכך מבקשת התובעת להסיק, כי נגזר דינה של טענת הנתבעים, והתובעת פטורה מהוכחת בעלותה בזכות היוצרים. למרות שהנתבעים שבים ומכחישים אותה בסיכומיהם.

בסיכומיו מפנה ב"כ הנתבעים לסעיף 51 לכתב ההגנה וטוען "אפשר, שניתן היה לנסח את הכחשת הנתבעים בצורה מוצלחת יותר..." (עמ' 41 לסיכומים). בהמשך טוען ב"כ הנתבעים, כי אין להסיק מאום מן העובדה, שזכויות התובעת לא הוכחו בכתב ההגנה וכי הנטל להוכיחן, מוטל על התובעת ממילא.

נראה לי כי הצדדים נתפסו לענין שולי, שאין בו להעלות או להוריד. בין אם הוכחו זכויות התובעת בכתב ההגנה ובין אם לאו, יש לדון בשאלה מהן זכויותיה של התובעת במסגרות המשקפיים והאם נפגעו זכויותיה.

נפתח דיונו בהפניה ל"הואיל" הראשון להסכם ההפצה שנחתם בין התובעת (החברה) לבין הנתבעים שם נאמר, כי התובעת מייצרת את המסגרות המצויירות:

"Whereas the producer produces hand painted frames for glasses of any kind...under the trade name RONIT FURST (henceforth: The Product)".

בסעיף 8 להסכם ההפצה הצהירו הנתבעים כי אין ולא תהיה להם טענה לגבי זכויות יוצרים וכי במסגרות :

"It is hereby specifically acknowledged by the Buyer that it does not have, nor will it claim to have any property rights, trade rights or copyrights with respect to the Product".

מר ביברינג העיד, כי בשנת 2008 חתמה רונית פריסט על הסכם להעברת זכויות היוצרים ממנה אל התובעת, לצורך רישום זכויות היוצרים בארצות הברית, על שם התובעת (פרוט' מיום 16.6.11 עמ' 34 שוי' 22). ב"כ הנתבעים טוען, כי הזכויות הועברו בדגמים אחדים בלבד, מתוך עשרות דגמים שמשוקת התובעת, ולא צוין באיזה דגמים מדובר. כמו כן נטען, כי לשם העברה של זכות יוצרים יש צורך במסמך בכתב, וביברינג הודה בחקירתו, כי בין התובעת לבין רונית פריסט לא נערך חוזה להעברת הזכויות. מכך מסיק ב"כ הנתבעים, כי זכויות היוצרים במסגרות (ככל שהן קיימות) לא הועברו לתובעת.

אין חולק, גם לשיטת הנתבעים, כי גב' רונית פריסט היא הבעלים של זכות היוצרים במסגרות המצויות, וכי חוק זכות יוצרים, התשס"ח - 2007 אינו מחייב רישום הזכויות בישראל (להלן: "החוק"). אין חולק גם, כי העברת הזכויות הנטענת מגב' רונית פריסט לתובעת לא הוכחה, ואין די באמירתו בעל פה של מר ביברינג כדי לבססה. נדרש הסכם בכתב לצורך העברת זכויות יוצרים, והסכם בכתב לא הוצג (כפי שקבעתי גם בת.א. 1551/08 **אבירמה גולן נ' דובי גל**, פורסם בבנו, 6.10.10).

התובעת לא הוכיחה בעלותה בזכויות היוצרים, מאחר שלא הוצג הסכם להעברת הזכויות מגב' רונית פריסט אליה, אך התובעת הוכיחה כי היא בעלת הזכות לייצר ולשווק את המסגרות; כי הנתבעים הורשו רק לשמש כמפיצים מטעמה כאמור בהסכם ההפצה; וכי הנתבעים מכרו מסגרות צבעוניות הנושאות את סימני הזיהוי של "רונית פריסט" ומתיימרות להיות מסגרות מתוצרתה של התובעת. בעשותם כן ביצעו הנתבעים עוולות של גניבה עין ועשיית עושר ולא במשפט אליהן אתיחס עתה.

עוולת גניבת עין

עוולת גניבת העין (Passing Off) קבועה כיום בסעיף 1(א) לחוק עוולות מסחריות, תשנ"ט - 1999; וזו לשונה:

"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".

בעבר, עוגנה עוולה זו בסעיף 59 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש]. בפסיקתו של בית המשפט העליון כבר נקבע, כי העוולה החדשה אינה מחדשת בצורה משמעותית אל מול קודמתה (ע"א 5792/99 תקשורת וחינוך דתי-יהודי משפחה (1997)- עיתון "משפחה" נ' א.ס.בי.סי. פרסום, שיווק וקידום מכירות בע"מ- עיתון "משפחה טובה", פ"ד נה(3) 933 (להלן: "פרשת משפחה").

על מנת להוכיח את קיומה של עוולה זו, נדרש לבסס קיומם של שני תנאים: האחד, קיומו של מוניטין שרכש התובע בנכס או בשירות שהוא מציע. השני, חשש מפני הטעיה של הציבור, העלול לחשוב כי הנכס או השירות שמציע הנתבע, שייך למעשה לתובע. אם לא הוכחו שני תנאים אלו גם יחד, לא תקום העוולה של גניבת עין (ראו, למשל, ע"א 9070/10 דדון-יפרח נ' א.ת. סנאפ בע"מ (פורסם בנבו, ניתן ביום 12.3.12) (להלן: "פרשת דדון-יפרח" והאסמכתאות המופיעות שם)).

א. יסוד המוניטין

תנאי להוכחת יסוד המוניטין הוא, כי הציבור מזהה את השירותים שמציע התובע עם עסקו. על התובע להראות, כי קיימת תדמית חיובית של המוצר בעיני הציבור, אשר יוצרת שוק של לקוחות פוטנציאליים, המעוניינים ברכישתו (פרשת דדון-יפרח, עמ' 8). כמו כן, נדרש להוכיח כי לתובע זכויות קניין במוניטין (ע"א 5207/08 World art נ' אורט ישראל (פורסם בנבו, 1.2.11) (להלן: "פרשת אורט")).

במקרה דנן, נשאלת השאלה - האם התובעת רכשה מוניטין במותג "רונית פירסט", שכן "המוניטין המוגן על ידי עוולת גניבת העין אינו אינטרס מופשט של התובע בשמו הטוב, אלא אינטרס כלכלי מובהק ב"כוח השוק" של עסקו" (פרשת אורט, פסקה 23).

הנתבעים אינם חולקים על הטענה שמדובר במותג בעל תדמית חיובית בעיני הציבור, או על הטענה שהתובעת כייצרנית ומשווקת של המותג רכשה לה שוק לקוחות פוטנציאליים גם בארה"ב. למעשה, הנתבעים מוחים על החלטתה של התובעת לא להאריך את הסכם ההפצה עמם וטוענים, כי מעשי ידיהם העצימו והרחיבו את חוג הלקוחות הפוטנציאליים של התובעת בארה"ב. בנסיבות אלה, חרף העובדה שהתובעת לא המציאה כל סקרי שוק או מחקרים צרכניים היכולים לשפוך אור על המוניטין שלה בחו"ל, כפי שדרשה הפסיקה (ע"א 18/86 מפעלי זכוכית ישראלים פניציה בע"מ

נ' **les verrees de saint gobain** פ"ד מה(3) 224, 246) ניתן ללמוד על כך מדבריהן של קטי שו וקריסטי וויטרוק, שהעידו על הביקוש למוצרי התובעת - עובדה שהנתבעים עצמם אינם חולקים עליה. אמנם, הנתבעים טוענים כי קיימות בשוק מסגרות מצויירות של יצרנים אחרים, אך אין בכך כדי לשלול את הטענה, כי התובעת רכשה לעצמה מוניטין במותג "רונית פירסט" ויצרה שוק של קונים למוצריה בארצות הברית.

ב. חשש להטעיית הציבור

תנאי שני להוכחת גניבת העין, הוא הוכחת קיומו של חשש סביר להטעיית הציבור, שמא המוצרים והשירותים שמציע הנתבע קשורים למוצרי התובע, או שירותיו. לצורך בדיקת החשש להטעיית הציבור נדרש בית המשפט למבחן המראה והצליל; מבחן סוג הטובין וחוג הלקוחות ומבחן יתר נסיבות העניין (פרשת משפחה, בעמ' 941).

בהקשר זה נאמר בפרשת משפחה:

"יתר על כן, בדברנו בעיתון, חשיבות רבה נודעת לעיצובו ולמראהו, עיצוב ומראה הייחודיים לו והמקנים לו צביון מיוחד. כך הם, למשל, מידות העיתון; דרך עיצוב הכותרת (ראו, למשל, הצורה והגופן (פונט) שלשמו של עיתון "הארץ"); צבע הדפים; מספר הדפים; החלוקה למדורים ועוד..". (עמ' 950).

המבחנים למידת הדמיון בין המוצרים בתביעה בעילה של גניבת העין זהים למבחנים למידת הדמיון בין המוצרים בתביעה בגין הפרת סימן מסחר. התובעת צירפה לכתב התביעה ולתצהירי עדיה צילומים של המסגרות המקוריות והמזויפות והציגה דוגמאות של מסגרות. העדים מטעמה ערכו השוואה בהליכי הביניים, בין המסגרות המקוריות לבין המסגרות המזויפות, ואלה קיבלו ביטויים בפרוטקולים ובהחלטות שניתנו בהליכי הביניים. מדובר במוצר הנמכר לכל דורש, אשר לעיצובו המיוחד נודעת חשיבות, המבדילה אותו ממוצרים אחרים.

קיים דמיון ויזואלי בין מוצרי התובעת לבין המסגרות שנמכרו על ידי הנתבעים, אשר יכולים להביא להטעיית הצרכנים. השימוש באותם צבעים, הוספת עיטורי הפרחים והלוגו **Ronit Furst** באנגלית בהחלט יכולים להטעות את הצרכן ולגרום לו לחשוב, כי המסגרות המזויפות הן מתוצרתה של התובעת.

הדמיון בין מוצרים נקבע לפי התרשמות הצרכן אליו מיועד המוצר הרלבנטי:

"סוגיית הדמיון בין המוצרים היא עניין לבחינתם של אנשים מקרב הציבור, כאשר אין מדובר בצרכן רגיל או סביר, כי אם בצרכן אלייו מתייחס או מיוחד המצרף הרלבנטי" (ע"א 7125/98 מיפרומאל תעשיות ירושלים נ' קליל בע"מ, פורסם בנבו, ; ע"א 6316/03 אילן זגגות רכב בע"מ נ' ברוך ובניו זגגות רכב בע"מ, פורסם בנבו).

ב"כ הנתבעים נמנע מלחקור את עדי התובעת לגבי החשש להטעיית הצרכנים, ולא ניסה להביא ראיה או הוכחה אמפירית לטענה, כי קהל הלקוחות בארץ ובחו"ל יודע להבחין בין מסגרות מתוצרת התובעת לבין מסגרות מזויפות. ההיפך הוא הנכון. מהשוואה בין המסגרות, ניתן לראות כי נדרשת מומחיות ונדרש ידע כדי להבחין בין המסגרות, מאחר שהמסגרות המזויפות נושאות את סימני הזיהוי של התובעת ואת הצבעים המאפיינים אותן.

כפי שכבר נאמר, עדותו של מר טומשובר התאפיינה בהתפרצויות של בכי וצעקות, הטחות אגרוף על הדוכן והפניית אצבע מאשימה כלפי מר ביברינג ש"הפיץ את השמועה שאני מזייף מסגרות" (עמ' 18). לא היתה בפי מר טומשובר תשובה לטענת הזיוף, וחוף מהאמירה כי התובעת ועדיה משקרים ומסלפים את העובדות, לא עלה בידי הנתבעים ליצור סדק בחומת הראיות שהביאה התובעת.

המסקנה היא, כי התקיימו יסודותיה של עוולת גניבת העין בהתנהגותם של הנתבעים.

עשיית עושר ולא במשפט

סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979 (להלן: "חוק עשיית עושר") קובע כי:

- (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 הזכיה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה - לשלם לו את שוויה.
- (ב) אחת היא אם באה הזכיה מפעולת הזוכה, מפעולת המזכה או בדרך אחרת.

הסעיף מציב שלושה יסודות הדרושים לגיבושה של העילה:

- א. יסוד ההתעשרות.
- ב. השאלה האם ההתעשרות "באה" לזוכה "על חשבון" המזכה.
- ג. ההתעשרות של הזוכה על חשבון המזכה היא "שלא על פי זכות שבדין".

(רע"א 371/89 ליבוביץ נ' א. את י. אליהו בע"מ, פ"ד מד(2) 309, 321).

ההגנה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט מצטרפת להגנות האחרות על פי דין, ביניהם דיני הנזיקין (עוולת גניבת עין), חוק עוולות מסחריות וכיו"ב, כפי שנקבע בהלכת א.ש.י.ר, עמ' 289. (2) 232).

כפי שיובהר להלן, הוצגו ראיות חלקיות המצביעה על התעשרותם של הנתבעים כתוצאה משיווק המסגרות המזוייפות. יחד עם זאת, לצורך בחינה עולה זו, אני מוכנה להניח כי הנתבעים התעשרו כתוצאה משיווקן, שכן מדובר בעסק הפועל למטרות רווח, ולפי דוחו"ת המס שהוגשו אף הפיק רווחים בעת שהנתבעים עסקו בשיווק מוצרי התובעת.

באשר ליסוד השני, הנתבעים מכרו את המסגרות המזוייפות לחנויות שבהן שווקו קודם את מסגרות התובעת, ואף הציגו אותן לעיני ספקים אחרים. בדרך זו, הצליחו להפיץ את מרכולתם, תוך שהם מפריס את עקרון-העל של אי הטעיית הצרכן ותחרות עסקית הוגנת. העובדה שהנתבעים המשיכו לשווק מסגרות מזוייפות, גם לאחר שניתן נגדם צו מניעה (בהסכמתם), והתובעת נדרשה לנקוט נגדם בהליכים לפי פקודת בזיון בית המשפט מלמדת, כי התמידו בכוונתם להתעשר על חשבונה של התובעת.

היסוד השלישי, של התעשרות הנתבעים על חשבון התובעת שלא על פי זכות שבדין מובן מאליו, שכן הנתבעים עצמם אינם טוענים כי הותר להם לשווק מסגרות המהוות חיקוי וזיוף של מוצרי התובעת. טענתם, כי כל המסגרות ששווקו לאחר מתן צו המניעה היו מתוצרתה של התובעת נטענו בעלמא ולא הוכחו אף לכאורה.

נזקי התובעת

התובעת העמידה את תביעתה הכספית על שלושה ראשי נזק עיקריים :
רווחים שהפיקו הנתבעים כתוצאה מהפרת זכויותיה הקנייניות בסכום של 3,199,830 ₪.
הפסדים פוטנציאליים שנגרמו לה עקב פעילות הנתבעים בסך של 1,821,204 ₪.
גגיעה במוניטין כתוצאה ממעשי ההפרה בסכום של 1,000,000 ₪.
משיקולי אגרה צמצה התובעת את תביעתה לסכום של 2,500,000 ₪.

בסיכומי טוען ב"כ התובעת, כי מהמועד בו התקשרו הצדדים בחוזה ההפצה, נמכרו לנתבעים 7,198 מסגרות משקפיים של רונית פירסט, כמפורט בתצהירו של רו"ח החברה, שעדותו לא נסתרה. בהערת אגב אציין, כי מר טומשובר העיד, כי קנה מהתובעת 7,200 מסגרות, ויש להניח כי העובדות לאשורן נבדקו וידועות לו היטב (פרוט' מיום 27.11.11 עמ' 17 שו' 5), כך שאין למעשה מחלוקת לגבי נתון זה. טומשובר העיד במסגרת התביעה שכנגד, כי מכר את המסגרות לחנויות במחיר של \$71 לכל מסגרת, נתון זה ישמש אותו לקביעת נזקי התובעת, כפי שיפורט להלן.

על פי המידע שברשות התובעים, מכרו הנתבעים מסגרות מזויפות החל מחודש מרץ 2007, עד ליום הגשת התביעה הכספית בשנת 2008. הנתבעים טוענים בתביעה שכנגד, כי מדובר במסגרות של התובעת והנתבעים אוחזים בידם 3,000 מסגרות. מספר חודשים לאחר מכן, בהליך שהתקיים בין הצדדים בארצות הברית, הצהירו הנתבעים כי הם מחזיקים 1,000 מסגרות רונית פירסט. מכך מסיק מנהל התובעת, כי הנתבעים מכרו 2,000 מסגרות בתקופה של 4 חודשים, הווה אומר 500 מסגרות לחודש. התובעים מצאו לעצמם שיטה מעניינת לחישוב נזקיהם, בכך שכפלו את מספר החודשים שחלפו מחודש מרץ 2007 ועד הגשת התביעה (19 חודשים), במספר המסגרות שלטענתם נמכרו בחודש (500), וקיבלו סך של 9,500 מסגרות. סכום זה כפלו ב- \$73, המחיר בו מוכרים הנתבעים את המסגרות והגיעו לסכום של \$693,500, שפורט בתצהיר עדותו הראשית של מר ביברנינג ולדבריהם הוא לא נחקר עליו.

טומשובר העיד בתצהירו, כי החישובים שגויים וכוללים מסגרות שהופצו על ידי הנתבעים בקונסיגנציה ומסגרות שהוחזרו. ב"כ התובעת התייחס לכך בסיכומיו באמירה, כי טענה לא נטענה בכתבי בית הדין בשלבי הדיון הראשונים. לדבריו, לא סופקו לתובעת מעולם מספרים מדויקים של מסגרות שנמסרו בקונסיגנציה, ואין בדוחו"ת המס של הנתבעים כדי להוכיח את מיעוט רווחיהם, עקב מכירות בקונסיגנציה שלא הושלמו.

ב"כ הנתבעים טוען בסיכומיו, כי לתובעת סופקו דוח"ות המס לשנת 2007, מהם ניתן לחשב בנקל כמה מסגרות נמכרו במהלך שנת 2007, וחישוביה השגויים של התובעת נועדו להתעלם מנתונים ברורים אלה. גרסת הנתבעים בנוגע להפצת מסגרות בקונסיגנציה הועלתה כבר בכתב ההגנה (סעיף 74), וגם המחיר שחושב לכל מסגרות בסך \$73 בטעות יסודו, לאור העובדה שהתובעת מוכרת את מסגרותיה למפיצים בסך של \$25 למסגרת, אך אינו מתייחס לעדותו של טומשובר, כי נמכרו לחנויות במחיר של \$71 לכל מסגרת.

סיכומי התשובה של התובעת, שהיו יכולים להבהיר את סוגית הרווחים שהפיקו הנתבעים, אינם מועילים כהוא זה. ב"כ התובעת טוען, כי "אין פגם" בכך שמר ביברנינג עשה חישובים לגבי מכירות הנתבעים, או בעובדה שהחישובים אינם עולים בקנה אחד עם הדו"חות שהמציאו הנתבעים, בהעדר אישור רו"ח על אמיתות הדו"חות. מוסיף וטוען ב"כ התובעת, כי עיון בדו"חות המס של הנתבעים לשנים 2005-2007 מעלה, כי הנתבעים מכרו מסגרות בסכום כולל של \$277,048 ושילמו הוצאות עסקיות בסכום של \$205,316, כך שלכאורה היו בהפסד של \$122,614 במהלך שלושת השנים, וזאת ללא משיכת משכורות. לכן **"נראה שהנתבעים יכלו להרשות לעצמם תחביב יקר של מכירת מסגרות, אלא אם הדו"ח, כמוהו כמסגרות, הוא מפוברק"** (עמ' 9 לסיכומי התשובה). מדובר בטענות קשות, שב"כ התובעת לא מצא לנכון לחקור עליהן את מר טומשובר, או לעמת אותו עם הקביעה, כי הדו"ח "מפוברק".

להשלמת התמונה ובטרם אפנה לחישובים אציון, כי ב"כ התובעים לא התייחס בסיכומיו לראש הנזק השני, שעניינו הפסד התובעת בגין התנהלות הנתבעים, ובאופן משתמע כלל אותו בראש הנזק השלישי, שעניינו "פגיעה במוניטין".

למותר לציין, כי לא הוכחה הטענה של הברחת סוכנים פוטנציאליים, או קשר סיבתי עובדתי בין אופן תפקודו של המפיץ החדש, אברי בארי, לבין מעשיהם של הנתבעים. עם זאת אישר מר בארי, כי היו לקוחות שסירבו לרכוש מסגרות של התובעת, בשל אכזבתם מהמסגרות המזויפות שנמכרו להם ואיכותן הירודה, אך לא פירט שמות הלקוחות שסירבו לקנות (פרוט' מיום 16.6.11 עמ' 67 שו' 21 ואילך). מר בארי אף אישר, כי הוא מוכר מסגרות בקונסיגנציה ומוציא לגביהן חשבוניות בערך אפס **"על מנת לשמור על רמת המלאי שלי, שאני אדע מה יש לי ומה אין לי במלאי"** (עמ' 72 שו' 10).

בהעדר אסמכתאות למכלול הנזקים הנטענים בסיכומי ב"כ התובעת והמוכחשים על ידי הנתבעים, טוען ב"כ התובעת לחילופין בסיכומיו (סעיף 55) ובסיכומי תשובתו (סעיף 7), כי שומה על בית המשפט לפסוק את הנזק ב"אומדנא דדינא", בהתחשב בנתונים שניתן היה באופן סביר להביאם בפני בית המשפט (ע"א 355/80 **אניסימוב נ' מלון טירת בת שבע בע"מ**, פ"ד לה (2) 800).

ב"כ הנתבעים טוען, כי התובעת לא הוכיחה את כמות המסגרות מכל צבע ודגם בנפרד, שסיפקה לנתבעים. לדבריו, מר ביברנינג אישר כי ברשומון המכס אין פירוט של דגמים, משום שכל המסגרות הן באותו מחיר (עמ' 43 שו' 9). כאשר התבקש מר ביברנינג להציג את דפי העבודה, בהם רשם את המודל והצבע של כל מסגרת ומסגרת שסיפקו לנתבעים, השיב כי הם **"באוטו"** ואין באפשרותו להציגם (עמ' 44 שו' 13).

ב"כ הנתבעים מפניה לעדותו של מר טומשובר, שאישר כי במהלך התקופה בה שימשו הנתבעים כמפיצים של התובעת, סופקו להם כ- 7,200 מסגרות. הנתבעים התמידו בטענתם, כי חלקן נמכרו בקונסיגנציה וחלקן הוחזרו כפגומות (עמ' 11-12 לפרוט' מיום 27.11.11). בהמשך טען מר טומשובר, כי על פי דוחו"ת המס שברשותו, נמכרו 4,000 מסגרות עד סוף 2007 (עמ' 21 שו' 7).

כאשר נשאל, כיצד נתון זה מתיישב עם הטענה, כי נותר ברשותו מלאי של 1,306 מסגרות (ולא 3,000 אם אכן נמכרו כ- 4,000 מסגרות), השיב תשובה מתחמקת ותמוהה לפיה "במשך הזמן חלק מהמלאי הושחת ואבד בגלל בעיות חלפים..." (עמ' 21 שו' 10). כמובן שהנתבעים לא פירטו את מספר המסגרות המזויפות שמכרו בארצות הברית, וקיים קושי לאמוד ולכמת את מספרן, לאור טענתו של מר טומשובר, כי עבד עם סוכנים, רובם לשעבר, שהוא מעדיף לא לנקוב בשמותיהם (עמ' 12 שו' 24).

חוק עוולות מסחריות, תשנ"ט 1999- מורה בסעיף 11, כי על עוולה בניזיקין יחולו הסעדים לפי פקודת הנזיקין:

**"הפרת הוראה מהוראות פרקים א' וב' היא כוולה בניזיקין, ופקודת הנזיקין
[נוסח חדש]... תחול עליה, כפוף להוראות חוק זה"**

חישוב הנזק על דרך האומדנא הכרחי בנסיבות הענין ויפים לענין זה הדברים שנאמרו בע"א 8588/06 דלג'ו נ' אכ"א לפיתוח בע"מ (פורסם בנבו, 11.11.10):

"קיימת הכרה שיפוטית בדבר קיום שיקול דעת שיפוטי בהיקף מסוים לפסיקת פיצוי על פי האומדנא. הנטייה להשתמש בשיקול דעת כזה בולטת כאשר נהיר כי הנפגע סבל נזק של ממש, וכאשר הפער בין הערכה בדרך של אומדן ובין הערכה על פי ראיות מוצקות אינו פער גדול במיוחד (ע"א 769/86 רובינשטיין ושות', חברה קבלנית בע"מ נ' זמרון, פ"ד מב(3) 581, 590-589 (1988)). השימוש באומדנא נעשה, דרך כלל, "כאשר בית המשפט נתקל בבעיה קשה הנוגעת לכימות הנזק, בין אם בתחום הנזיקין או בענף משפטי אחר... השימוש באומדנא על ידי בית המשפט לא נעשה כחלק מכלל משפטי מרכזי, אלא בא בעיקר כדי ליתן תשובה ראויה במקרים קונקרטיים" (דנ"א 4693/05 ביי"ח כרמל-חיפה נ' עדן מלול, פסקה 16 לפסק דינו של השופט גרוניס (פורסם בנבו), [29.8.2010]; ע"א 1716/09 יעקובי נ' בנק דיסקונט לישראל (פורסם בנבו), [28.6.2010]). נזק מסוג אובדן רווח נמנה על סוג הנזקים שהערכתם קשה במיוחד. קביעת הפיצויים בראש נזק זה כרוכה בהערכות והשערות, ולכן ניתן לנקוט גישה מקילה עם נפגע המבקש לפסוק לו פיצויים בגינו (ע"א 153/04 רבינוביץ נ' רוזנבוים, פסקה ז(8) (פורסם בנבו), [6.2.2006])."

בנסיבות דנן, לאור דלות העובדות שהוצגו על ידי שני הצדדים גם יחד, לא נותר אלא לקבוע את נזקי התובעת על דרך האומדנא, תוך שימוש בנתונים שהובאו על ידי הצדדים, כאשר מרבית הנתונים נסמכים על עדותו של מר טומשובר ולא על עדויות התובעת:

- א. לאור העובדה שבמהלך שנתיים נרכשו 7,198 מסגרות מקוריות מהתובעת, יש להניח כי במהלך עד להגשת התביעה היה ברשות הנתבעים מספר דומה של מסגרות מזויפות, מאחר שאין מדובר בכמות גדולה במיוחד.
- ב. לאור הטענה שנשמעה מפי מר טומשובר, כי נותר בידי הנתבעים מלאי של 1,306 בתום תקופת ההסכם, קרי נמכרו על ידה 5,892 מסגרות, ההנחה היא כי נמכרו על ידה מספר זה של מסגרות מזויפות במהלך אותה תקופה.
- ג. המחיר הממוצע בו נמכרה כל מסגרת לחנויות היה \$71 לטענת ב"כ הנתבעים (ראה להלן בתביעה שכנגד). לפיכך, התמורה שהתקבלה עבור 5,892 מסגרות מזויפות היתה \$418,332, אותו אני מעריכה באומדנא דדיינא כנזקן של התובעות, בגין מכירת המסגרות המזויפות, שנעשו תוך ביצוע עוולת גניבת עין ועשית עושר ולא במשפט מצד הנתבעים.

אציין, כי מעבר לנדרש וכדי לא למצות את הדין עם הנתבעים, לקחתי בחישוב נזקי התובעת בחשבון את המלאי שנותר ברשותם (1,306 מסגרות), והפחתי את שוויין מהפיצוי המגיע לתובעת. בכך בוצעה למעשה "רכישה וירטואלית" של המלאי שנותר בידי הנתבעים ואין מקום לפצות אותם בסכום נוסף, כפי שיפורט במסגרת הדין בתביעה שכנגד.

התביעה שכנגד

התביעה שכנגד עוסקת בנזקי הנתבעים והתובעים שכנגד (להלן: "התובעים שכנגד"), עקב סיום ההתקשרות בין הצדדים והעובדה שהנתבעת שכנגד ביקשה לראות בהם "אפיזודה חולפת", כלשון בא-כוחה בסיכומים.

בטרם אסקור את פרטי התביעה שכנגד אציין, כי טענת חוסר הסמכות המקומית של בית משפט זה והתחולה הטריטוריאלית של דיני הגנת זכות יוצרים, שהתובעים שכנגד בחרו להעלות לראשונה בסיכומיהם, נדחית מכל וכל. ראשית, מדובר בטענה שלא נטענה בכתב ההגנה ואף לא במהלך שמיעת העדויות. בחירתם של התובעים שכנגד להעלותה רק בשלב הסיכומים, מלמדת כי לא ייחסו לה משמעות רבה. שנית, הנתבעים בחרו להגיש תביעה שכנגד מטעמים ולא כפרו בסמכותו של בית המשפט לדון בה. שלישית, אין מדובר בתביעה לתשלום צו אכיפה במדינה זרה, אלא לתשלום פיצויים בגין עוולות גניבת עין ועשית עושר ולא במשפט. הפנית ב"כ הנתבעים והציטוט מדברי כב' השופט גרוניס ברע"א 8831/05 הרר נ' דיאליט בע"מ (פורסם בנבו, 29.8.06) בטעות יסודה. באותו מקרה דובר על מכונות שנרשם לגביהן מדגם בישראל ונמצא, כי המבקשים מייצרים ומשווקים בחו"ל מכונות המהוות חיקוי שלהם. כב' השופט גרוניס קבע, כי לכאורה מתן צו מניעה, האוסר על המבקשים להפר זכות של "קניין רוחני ישראלי" מחוץ לגבולות ישראל, בטעות יסודו:

"...נראה כי גם זכות המדגם הישראלית, בדומה לזכות הפטנט הישראלית, הינה זכות טריטוריאלית, המוגבלת לתחומי מדינת ישראל... לאור עקרון הטריטוריאליות, ספק רגב אם תוכל המשיבה לבסס טענה שמעשה המהווה

**הפרה של קעיין רוחני מקומי-ישראלי ייחשב כהפרה, מבחינת הדין המקומי,
אם עשה מחוץ לישראל" (פסקה 6-7).**

ולבסוף, שאלת הסמכות המקומית נדונה במסגרת בקשת רשות ערעור שהגישו הנתבעים לבית המשפט העליון על צו המניעה הזמני (רע"א 5302/09). טענתם נדחתה על ידי כב' השופטת נאור, שקבעה כך:

"אינני מקבלת את טענות המבקשים בדבר חוסר סמכותו של בית המשפט המחוזי ליתן את הצו הזמני. למשיבה ניתן היתר המצאה אל מחוץ לתחום, לשם אכיפת הצו הזמני בארה"ב, עליו לא ערערו המבקשים – יהיו טעמיהם לכך אשר יהיו".

במסגרת התביעה שכנגד טענו הנתבעים, כי הוסכם בין הצדדים, שכתנאי לסיום ההתקשרות על התובעת לרכוש את המלאי שנותר ברשותם, ואף להעניק להם זכות סירוב ראשונה לגבי המפיץ החדש.

כפי שכבר ציינתי לעיל, הסכם ההפצה הגיע לסיומו עקב סירובם של הנתבעים להסכים לתנאי התשלום והודעתו של טומשובר, כי אם ברצונה של התובעת להמשיך את ההתקשרות עליה לנהל עם הנתבעים מו"מ חדש. מדובר בהסכם לתקופה של שנה, שהוארך בהתנהגות הצדדים למשך שנה נוספת. בנסיבות אלה ולאור הודעתם של הנתבעים, כי הם דוחים את התנאים שהציבה להם התובעת, נשלח אליהם מכתב המודיע על סיום הסכם ההפצה.

טענתם העיקרית של התובעים שכנגד היא, כי מעת שהודיעה להם התובעת שכנגד על סיום היחסים העסקיים, היא מתחמקת מלרכוש את מלאי המסגרות שנותר בידיהם וטוענת "בעזות פנים", כי התובעים שכנגד לא עשו כל ניסיון להחזיר את המסגרות ולקבל את תמורתן.

לטענתם, היה על התובעת שכנגד לרכוש מהם את מלאי המסגרות במחיר של \$71 לכל מסגרת, שהוא המחיר הממוצע שבו מכרו כמפיצים את המסגרות לחנויות בארצות הברית. נתון זה שימש אותנו גם בקביעת נזקיה של התובעת והפיצויים בגינם, כמפורט לעיל.

הנתבעים טוענים, כי הם זכאים לפיצוי לפי הרווח שהרוויחו ממכירת המסגרות, מבלי להפחית מהרווח את ההוצאות שהוצאי המפיץ, כאמור בהלכת חינאווי (ע"א 355/89 **עזבון המנוח חינאווי נ' מבשלת שיכר לאומית בע"מ**, פ"ד מו(2) 70). בנוסף דורשים הנתבעים פיצוי בסך 100,000 ₪, בגין שליטת זכות הסירוב, לאחר שהוחלט להעביר את זכות ההפצה לגורם אחר.

הנתבעת שכנגד אינה מתכחשת לחיובים שנטלה על עצמה בהסכם, לרכוש את מלאי המסגרות וליתן לנתבעים זכות סירוב, אולם טוענת, כי התובעים שכנגד הפרו את ההסכם הפרה יסודית, בכך שזייפו את מוצריה, ולכן לא קמו להם הזכויות האמורות. לדברי הנתבעת שכנגד, אין באפשרותה לדעת מתי בפועל החלו התובעים שכנגד במעשי זיופן והפצתן של המסגרות, כאשר

החליטו להגדיל את רווחיהם בדרך נלוזה, אולם סביר להניח שהדבר אירע עוד בתקופת ההסכם. מר ביברנג העיד, כי תהליך ייצור מסגרות מזוייפות לא נעשה ביום יומיים, והירידה ההדרגתית במכירת המוצרים המקוריים מעלה חשד, כי התובעים שכנגד עסקו בה בעת במכירת מסגרות מזוייפות (סעיף 14 לתצהיר עדותו הראשית).

מר טומשובר התבקש להתייחס לטענה, כי מכר מסגרות מזוייפות ללקוחות כדוגמת קטי שו, אך במקום להתמודד עם טענה זו השיב כי **"היא יותר משקרנית"** (עמ' 13 שו' 12).

בתצהירו של מר טומשובר לא נאמר כמה מסגרות מקוריות נותרו ברשות התובעים שכנגד. במהלך חקירתו הנגדית העיד **"הבאתי אתי 1,306 מסגרות, הן נמצאות בביהמ"ש"** (פרוט' מיום 27.11.11 עמ' 11 שו'11), אך לא הציגן כראיה מטעמו.

כאשר נשאל מר טומשובר אם פנה לנתבעת שכנגד, כדי שתרכוש את מלאי המסגרות שנותר בידיו השיב כי הדבר היה באחריותם של עורכי הדין והוא עצמו לא פנה לנתבעת שכנגד:

"עוה"ד לא התיישבו לשוחח על כך, לא היה ניסיון אחד של עוה"ד לבצע זאת... לא פניתי לאהוד כי לא הייתי בקשר ישיר איתו. עוה"ד אמורים ליצור קשר ולפתור את הבעיה" (עמ' 18 שו' 7).

בהמשך טען, כי היה על כב' השופט זפט **"לעשות התנייה"** ולהורות על רכישת מלאי המסגרות במסגרת צו המניעה, אבל **"לאחר הדיון לפני כב' השופט זפט, לא דיברתי עם אהוד..."** (עמ' 18 שו' 25).

הנה כי כן, התובעים שכנגד עצמם לא פנו לנתבעת שכנגד, במישרין או באמצעות עורכי דינם, לרכישת המלאי שנותר בידיהם – ולכן אינני מקבלת את טענתם, כי האשמה רובצת לפתחה של הנתבעת שכנגד.

בנוסף וכפי שהבהרתי בעת הדיון בנוקי התובעת, לקחתי בחישוב נזקי התובעת בחשבון את המלאי שנותר ברשותם של התובעים שכנגד (1,306 מסגרות), והפחתתי את שווייו מהפיצוי המגיע לתובעת. בכך בוצעה למעשה "רכישה וירטואלית" של המלאי שנותר בידי התובעים שכנגד, ואין מקום לפצותם בסכום נוסף.

אשר לטענה, כי היה על התובעת להעניק לנתבעים את זכות הסירוב, הרי לאור העובדה שהנתבעים הם שיזמו את סיום ההתקשרות, כפי שפירטתי בהרחבה, אין לפצותם בשל כך. לא מותר לציין, כי זכותו של צד לחוזה כפופה לחובתו לנהוג ביושר ובתום לב כלפי הצד שכנגד. התובעים שכנגד הפרו חובתם בריש גלי, כאשר ביצעו את מעשי הזיוף והמכירה של מסגרות המתיימרות להיות מתוצרתה של הנתבעת שכנגד.

לאור האמור לעיל, אני דוחה את התביעה שכנגד.

סוף דבר

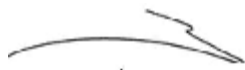
אני מחייבת את הנתבעים לשלם לתובעת פיצוי בגין מכירת המסגרות המזוייפות בסך של \$418,332, לפי ערכם בשקלים ביום הגשת התביעה הכספית (ת.א. 2101/08), בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כחוק החל ממועד זה ועד התשלום בפועל.

בנוסף, אני מחייבת את הנתבעים לשלם לתובעת הוצאות משפט ושכ"ט עו"ד בסכום כולל של 60,000 ₪.

התביעה שכנגד נדחית, ללא צו נוסף להוצאות.

המזכירות תמציא לצדדים עותק מפסק הדין.

ניתן היום, י"ז טבת תשע"ג, 30 דצמבר 2012, בהעדר הצדדים.



ד"ר דפנה אבניאלי, שופטת