

פיתרון מוצע למבחן בקורס 'משפט מסחרי'

פרופ' מיגל דויטש, מועד ב'-תשס"ט

שאלה 1 (75 נק') -

נושא ראשון - הערבות של אפרים ונועה (20 נק'):

- אפרים משכן נכס שבבעלותו כערובה לחיובו של אדם אחר (אודי) ולכן חוק הערבות חל עליו מכוח ס' 12 לחוק המשכון. דני יכול להיפרע מאפרים רק באמצעות מימוש המשכון; אפרים ונועה הינם ערבים רגילים ורק פרק א' לחוק הערבות חל עליהם. לעובדה שדני הינו מלווה בשוק האפור אין רלוונטיות באירוע זה מאחר ולא מדובר כאן בהלוואה ממלווה ללווה. דני איננו פועל בכובעו כמלווה. לכן אין מה להתייחס לערבות של ערב יחיד או ערב מוגן.
- קניזוז חובות הגינן: דני היה צריך לפנות קודם אל אודי בדרישה לקיים את חובו (ס' 8 לחוק הערבות); טענת הקניזוז של אודי בשל חובות הגינן שחב לו דני הינה טענה אישית שלא בקשר לחיוב (טענה מכוח עסקה נפרדת). לכן אין לנועה (וגם לא לאפרים לצורך כך) זכות להשתמש בה לפי ס' 7(א) לחוק הערבות (ע"א 118/93 **גמבש נ' בנק מרכנתיל לישראל בע"מ**), אלא אם כן אודי (החייב) יעלה אותה בעצמו ויהפוך אותה לטענה מגוף חוזה השכירות.
- דומה כי ערבותם של נועה ואפרים הסתיימה עם תום תקופת השכירות. הארכת תקופת השכירות מהווה שינוי אחר בחיוב הנערב (ס' 5(ג) לחוק הערבות). בכדי שערבותם תחול גם על התקופה המוארכת, יש צורך בהסכמתם; יחד עם כך טענה שכזו מצד נועה, עשויה להיחסם מכוח עיקרון תה"ל (ס' 39 לחוק החוזים) בשל העובדה שהיא גרה ביחד עם אודי בדירה נשואת הערבות ועל כן ניתן לראות בידיעה שלה אודות ההארכה, כהסכמה שבשתיקה להמשך ערבותה גם בתקופת ההארכה.

נושא שני - רכישת המכונית ועסקת התיווך (30 נק'):

- סיווג העסקה - מתנה, מכר ותיווך:
 - האופניים - עסקת מתנה שחוק המתנה (סעיף 5(ב)) חל עליה או חלק מעסקת המכר שחל עליה חוק המכר? נראה כי לא מדובר כאן כלל במתנה. האופניים שהובטח לאודי כמתנה הינו חלק בלתי נפרד מעסקת מכר המכונית ולכן בעניין זה יחול חוק המכר. מדובר בעסקת מכר ה"מולבשת" בלבוש של חוזה מתנה. הכינוי שניתן על ידי יואב, סוחר המכוניות, אינו משקף את המציאות, שכן מדובר בעסקה מסחרית והוספת האופניים היא תמריץ שיווקי לקניית המכונית. בשל כך, השמטת האופניים מהעסקה מהווה הפרת חוזה ואי התאמה לפי חוק המכר.
 - תיווך - האם נבחר בגישת ההטמעה ונחיל את חוק המכר על מכלול העסקה (רכישת המכונית והתיווך למכירת המכונית הישנה) או שמא נבחר בגישת הצירוף ונחיל את חוק המכר על רכישת המכונית ואת חוק חוזה קבלנות ודיני התיווך הכלליים, על התיווך למכירת המכונית הישנה? הבכורה היא לגישת הצירוף ובמקרה זה לא נראה שיש מניעה לנקוט בגישה זו.
- אי התאמה במכונית - האם בכך שהמכונית איננה מכונית חדשה לגמרי כי אם משומשת באופן מסוים, אודי יכול לטעון לאי התאמה לפי חוק המכר? יש להתייחס לעובדה שאין כל פגם או שחיקה במכונית מהתצוגה לעומת מכונית חדשה, אלא ההפך - היא טובה יותר מהמכונית שהגיעה לאודי. נראה שבכ"ז מדובר באי התאמה שכן אדם זכאי שהנכס שנרכש על ידיו יהיה חדש לגמרי; אמנם אודי

גילה הדבר רק לאחר חודשיים, אך נראה שמקרה מסוג זה איננו במתחם הציפייה הסבירה של אדם. ככל שטיטען הטענה שהיה על אודי להודיע על כך ליואב מייד לאחר רכישת המכונית על כך, הרי שסעיף 16 לחוק המכר, ייחלץ לעזרתו של אודי (בהנחה שיוודיע על אי ההתאמה מייד לאחר הגילוי). ניתן גם לטעון לאי התאמה נסתרת לפי ס' 15 לחוק המכר.

- ביטול עסקת התיווך בעקבות הפגם בכריתת החוזה נשוא התיווך – ראשית על אפרים היה ליידע את ישראל על כך שהממכר איננו נקי מזכויות של צדדים שלישיים (מכוח ס' 18 לחוק המכר ומכוח דיני חוזים כלליים); באשר להפרת חוזה המכר והשפעתו על דמי התיווך - הדעה המקובלת היא שמתווך לא יהיה זכאי לדמי תיווך כאשר מדובר בחוזה שנפל פגם בכריתתו. חריג לכך הוא כאשר הלקוח הוא זה שאחראי לפגם שגרם לביטול החוזה. לכן יואב זכאי להשאיר אצלו את דמי התיווך. ראו בהקשר לכך סעיף 226 (א) לתזכיר חוק דיני ממונות.

נושא שלישי - רכישת הספה והשמירה עליה (25 נק'):

- תחולת חוק השומרים על האירוע - לפי ס' 33 לחוק המכר, מועד המסירה של הממכר לצורך העברת הבעלות הוא מועד המסירה בפועל. משכך איציק איננו נחשב כלל לשומר על פי חוק השומרים והחוק איננו חל עליו שכן הוא מחזיק מכוח בעלות (ס' 1 לחוק השומרים).
באשר לבעל המחסן, עד למועד בו בעל המחסן הופך מודע להחזקתו בספה, אף הוא איננו נחשב לשומר על פי חוק השומרים. שכן לצורך קיומו של יסוד ההחזקה שבס' 1(א) לחוק השומרים, נדרשת ידיעת המחזיק אודות החפץ שבהחזקתו. ההצדקה להטלת האחריות על המחזיק מלכתחילה טמונה ביכולתו העדיפה למנוע את אובדן הנכס. בהיעדר מודעות, היכולת העדיפה מוטלת בספק.
- סיווג השמירה של בעל המחסן – בעל המחסן הינו שומר שכר שכן הוא מקבל תמורה בעד השמירה והוא איננו שואל. אחריותו של בעל המחסן הינה אחריות מוחלטת כמעט, להוציא מצבים של סיכול. אשר חל ככל הנראה. כמו כן יש ממש בטענה מצד בעל המחסן שבתום חמישה ימים, רמת אחריותו ירדה לזו של שומר חנם מאחר שבעל הנכס (איציק) לא לקח חזרה את הנכס (הספה) בזמן (ס' 11 לחוק). במצב כזה, אף אם נאמר שכשומר שכר, בעל המחסן חייב, הרי שכשומר חנם ברי כי הוא פטור בשל רמת האחריות הנמוכה ולאור עובדות המקרה.
- הניכוי מהמחיר – משהעמיד איציק את הספה לרשותו של אודי (ס' 8(א) לחוק המכר) ולאחר שחלף פרק זמן סביר בן שבוע ימים מיום העמדת הנכס, נראה כי לפי ס' 22 לחוק המכר, הסיכון לקלקול עבר אל אודי (בהנחה שהפיצוץ בצינור אירע לאחר שבוע מיום ההעמדה). לכן אודי לא היה זכאי לנכות מהמחיר. כבר לא מדובר כאן באי התאמה. יצוין. שסעד הניכוי מהמחיר (ס' 28 לחוק) מחייב את הקונה לאפשר למוכר לתקן את הנכס (כחריג לכלל האומר שאין חובה על קונה לפי חוק המכר לאפשר תיקון).

שאלה 2 (25 נק'):

יש לבחון עפ"י אילו עילות אם בכלל, יכולה דונטלה לחסום את המשך הפצת מוצריו של דונטלי תחת שם משפחתו הדומה מאוד לשמה של חברת דונטלה -

- סימן מסחר: בהיעדר מידע, יש לצאת מנק' הנחה שלדונטלה אין סימן מסחר רשום בישראל מכוח פקודת סימני מסחר על המותג שלה, ואשר מכוחו היא יכולה לחסום את השימוש של דונטלי בשמו. ייתכן ויש לדונטלה 'סימן מסחר מוכר היטב'.

- **גניבת עין**: האם הפעולה של דונטלי יצרה עוולה של גניבת עין לפי סי' 1 לחוק עוולות מסחריות? על פניו נראה שמעשיו של דונטלי אינם עולים לכדי גניבת עין, שכן דונטלי איננו מטעה את לקוחותיו להניח שמוצריו מקורם בדונטלה. יש לנתח על פי ע"א 3559/02 **מועדון מנויי טוטו זהב בע"מ נ' המועצה להסדר ההימורים בספורט** (מבחן המראה והצליל; סוג הסחורה וחוג הלקוחות). בהקשר לכך יש להתייחס לעניינים הבאים: דמיון בסוג הסחורה; לכך שדונטלה מייצרת נעליים ולא מעילים ומוצריה עשויים מעור ולא דמוי עור; לכך שקהל היעד של שתי החברות שונה מאוד. יש לציין גם את החריג של סי' 1(ב) לחוק עוולות מסחריות – שימוש בת"ל בשם של עוסק.
- **סעיף 31(א1) לחוק הגנת הצרכן**: יש לבחון האם דונטלה יכולה להשתמש בסעיף זה כנגד דונטלי. תנאי לפגיעה בעוסק הוא פגיעה בצרכן. אם אין הטעייה או חשש להטעייה אצל צרכן, העוסק לא יוכל לקבל סעד עפ"י סעיף זה. במקרה זה כאמור עולה שאלה, האם בכלל יש מצג מטעה כלפי הצרכנים? מהסיבות שפורטו למעלה.
- **תיאור כוזב**: דונטלי לא ביצע עוולה זו מאחר והמידע שפרסם הוא נכון.
- **דילול**: גם כאשר השימוש איננו מטעה, הזכות למנוע 'דילול' (פגיעה ביוקרתיות וייחודיות) המותג/הסימן המסחרי בשל השוואתו למוצר זול, והמוני והזכות למנוע 'רכיבה' על יוקרתיות המותג המדולל, הוכרה בפסיקה זה מכבר (פס"ד בואינג, פס"ד קרטייה).
- **א.ש.י.ר**: כיום כאשר יש שימוש לא מטעה בסימן מסחר לא רשום או סימן רשום שאיננו באותו הגדר, ניתן להגן על המוניטין של המותג גם דרך מסלול א.ש.י.ר. יש לבחון קיומו של יסוד נוסף המעיד על תחרות לא הוגנת תוך התייחסות למבחני א.ש.י.ר.