בבית המשפט העליון

רע"א 7165/23

לפני:	כבוד השופטת ר' רונן
המבקשת:	חברת FAST CORPORATE LTD
	נ ג ד
המשיבות:	1. מייקרוסופט ישראל בע"מ 2. מייקרוסופט קורפריישן תאגיד זר המאוגד בארה"ב

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו בת"א 51304-08-23 [פורסם בנבו] מיום 14.9.2023 שניתנה על ידי כב' השופט ה' קירש

בשם המבקשת: עו"ד משה ברהוד; עו"ד בני אשכנזי

בשם המשיבה 1: עו"ד אייל שגיא; עו"ד שלומי שניידר

כתבי עת:

עידו באום ואסף טבקה, "המצאת כתב הטענות הראשון: עליית ההמצאה, ירידת הידיעה ומעמד הבכורה של עורך הדין בתקנות סדר הדין האזרחי החדשות", משפטים על אתר, יג (תש"פ) 156

ספרות:

יששכר רוזן-צבי **הרפורמה בסדר הדין האזרחי: מורה נבוכים** (2021)

חקיקה שאוזכרה:

תקנות סדר הדין האזרחי, תשע"ט-2018: סע' 149(2)(ב), 158(א), 163, 163(ג), 166, 167

חוק החברות, תשנ"ט-1999

חוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984: סע' 41(ב)

תקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984 (כפי שהיו נכון ליום 31.12.2020): סע' 482(א)

מיני-רציו:

* בהמצאה ל"נציג", מכוח תקנה 163(ג) לתקסד"א אין להסתפק בקשר רופף לעניין נושא התובענה ונדרש קשר ענייני; כאשר החברה הזרה עוסקת במספר תחומים/יש לה מספר מוצרים, והחברה הבת מייצגת אותה בישראל רק לגבי אחד מהם שאיננו קשור לנושא התביעה נראה שאין מקום להכיר בחברה הבת כנציגה לצורך המצאה. אולם, כאשר החברה הבת פועלת בישראל באותו התחום/אותו מוצר, אין מקום לבחינה קפדנית האם החברה הבת עוסקת בתת-התחום המסוים הנוגע לתובענה. ביישום לענייננו המבקשת הוכיחה כי מיקרוסופט ישראל מייצגת את מיקרוסופט קורפוריישן בישראל בקשר עם ה"עניין" נושא התביעה.

* דיון אזרחי – המצאת כתבי-בי-דין – המצאה לנציג

* דיון אזרחי – המצאת כתבי-בי-דין – אל מחוץ לתחום השיפוט

* פרשנות – דין – תקנות סדר הדין האזרחי, תשע`ט-2018

* בתי-משפט – סמכות – המצאה אל מחוץ לתחום השיפוט

* בתי-משפט – רשות ערעור – מתי תינתן

* בתי-משפט – סמכות – סמכות בינלאומית

.

בקשת רשות ערעור על החלטת בימ"ש מחוזי בה נדחתה בקשת המבקשת לצו מניעה זמני, שימנע מהמשיבות לחסום את השימוש בתוכנה שמפעילה המבקשת ואת הגישה לאתר האינטרנט וחשבון הפרסום שלה במערכות ההפעלה של המשיבות. הסוגיה המרכזית נושא הבקשה היא סוגיית ההמצאה של כתבי הטענות למיקרוסופט קורפוריישן. מיקרוסופט קורפוריישן היא חברה זרה; ואילו החברה הבת שלה – מיקרוסופט ישראל – היא חברה ישראלית. המבקשת המציאה את הבקשה למשיבות – במשרדיה של מיקרוסופט ישראל בהרצליה. ביהמ"ש המחוזי קבע כי ההליך כנגד מיקרוסופט קורפוריישן לא נפתח כדין. זאת מאחר שמיקרוסופט קורפוריישן היא הצד הרלוונטי למחלוקת ולא מיקרוסופט ישראל. הובהר כי הסעד הזמני נלווה להליך העיקרי ומשרת אותו. לכן, משההליך העיקרי לא נפתח כדין – אין מקום להידרש לסעד הזמני המתבקש בו. נקבע כי מיקרוסופט ישראל אינה יכולה לשמש כנציגתה של מיקרוסופט קורפוריישן משום שאינה עוסקת ב"אותו עניין", כפי שנדרש בהמצאה לנציג בהתאם לתקנה 163(ג) לתקסד"א.

.

ביהמ"ש העליון (השופטת ר' רונן) נתן רשות לערער וקיבל את הערעור מהטעמים הבאים:

סעיף 41(ב) לחוק בתי המשפט קובע כי תינתן רשות ערעור על החלטה אחרת של ביהמ"ש המחוזי "אם שוכנע ביהמ"ש כי אם הערעור על ההחלטה יידון במסגרת הערעור על פסק הדין ולא באופן מיידי, יהיה בכך כדי להשפיע באופן ממשי על זכויות הצדדים או שעלול להיגרם לצד להליך נזק של ממש, או שעלול להתנהל הליך מיותר או בדרך שגויה". ההחלטה נושא הבקשה דנן קובעת כאמור כי ההליכים לא נפתחו כדין כנגד נתבעת מרכזית בתובענה, ובשל כך לא דן ביהמ"ש בבקשה לסעד זמני לגופה.

מדובר בהחלטה המשפיעה באופן ממשי על זכויות המבקשת, המצדיקה להידרש לסוגיה כבר בשלב זה של ההליך.

במוקד הבקשה השאלה היא האם בדין נדחתה הבקשה לסעד זמני על הסף מהטעם שהתובענה והבקשה לסעד זמני לא הומצאו כדין. המחלוקת בין הצדדים בסוגיה זו נוגעת לשאלה האם מיקרוסופט ישראל יכולה לשמש כנציגתה של מיקרוסופט קורפוריישן בהתאם לתקנה 163(ג) לתקנות החדשות.

בעניין תרו נקבע כי המצאה מכוח תקנה 163(ג) לתקנות החדשות תתאפשר כאשר הנציג מטעם הנתבע הזר מייצג אותו בישראל בקשר ל"עניין" נושא התביעה, כאשר הקשר בין הנציג לבין הנתבע הוא קבוע ומתמשך.

עוד יש לציין כי בהתאם לתקנה 158(א) לתקנות החדשות ישנן שתי תכליות להמצאה. האחת, יידוע והשניה, הנוגעת להמצאת כתב הטענות הראשון היא הקניית סמכות שיפוט. שכן כידוע, סמכות השיפוט בהליך אזרחי מותנית בהמצאה תקפה של כתב הטענות הראשון בהליך לנתבע.

השאלה העיקרית בענייננו היא האם מיקרוסופט ישראל מייצגת את מיקרוסופט קורפוריישן בישראל ב"אותו עניין" נושא התביעה. ראשית ביהמ"ש מוצא לציין כי לאור הדגש שניתן בתקנות החדשות לתכלית קניית הסמכות, אין לקבל את טענות המבקשת לפיהן יש לראות במיקרוסופט ישראל כנציגתה של מיקרוסופט קורפוריישן רק מהטעם שהשתיים היו בקשר לעניין התביעה בין היתר במתן מענה לגופו של עניין והכנת מסמכים. עובדה זו אינה משליכה על שאלת זהות העניין. כן אין לקבל את לקבל את עמדת המבקשת רק מאחר שבתביעות אחרות בהן שתי המשיבות נתבעו יחד, שימשה מיקרוסופט ישראל כנציגתה של מיקרוסופט קורפוריישן – מאחר שמבחן זהות העניין נבחן בהתאם להליך הקונקרטי.

בהתאם לאמור בעניין תרו, כדי לקיים את התכליות העומדות בבסיס תקנה 163(ג), יש לפרש בזהירות את המבחנים שנקבעו בה ובפרט את המונח "באותו עניין" כדי לוודא שאכן יש לראות בנתבע כמי ש"נוכח" באופן קונסטרוקטיבי בישראל, לאור היחסים בינו לבין הנציג הישראלי. בהתאם לכך, סבורה השופטת רונן כי אין להסתפק בקשר רופף או מלאכותי לעניין נושא התובענה ונדרש קשר ענייני. יחד עם זאת, יש להיזהר גם מפני מתן פרשנות דווקנית ומצמצמת יתר על המידה ל"עניין" נושא התובענה או לענייניים לגביהם הוסמך הנציג לייצג את הנתבע הזר בישראל. פרשנות כזו עשויה לחטוא למטרה בשלה מלכתחילה הוכרה האפשרות לרכוש סמכות גם באמצעות נוכחות קונסטרוקטיבית – כדי "להדביק" את מגמת הצמיחה של פעילות תאגידית חוצת גבולות ולהחיל סמכות בינלאומית על חברות בינלאומית הפועלות גם בארץ. רציונל עסקי זה חל אף לאחר התקנת התקנות החדשות. בפרט בנסיבות בהן הנתבעת הזרה היא החברה האם של חברה בת ישראלית, שהתובע מבקש לראות בה כ"נציגה".

אכן, לא בכל מקרה תוכר החברה הבת כנציגה לעניין המצאה של החברה האם הזרה. כאמור, המבחן הוא מבחן "אותו עניין", ולכן אין די בקשר תאגידי של חברה אם – חברה בת כשלעצמו, כדי לבסס לבדו את "נוכחותה" של החברה הזרה בישראל. כך, למשל, כאשר החברה הזרה עוסקת במספר תחומים או שיש לה מספר מוצרים, והחברה הבת מייצגת אותה בישראל רק לגבי אחד מהם שאיננו קשור לנושא התביעה – נראה שלא יהיה מקום להכיר בחברה הבת כנציגה לצורך המצאה. ואולם, כאשר חברה

בת ישראלית פועלת בישראל באותו התחום או ביחס לאותו מוצר, ביהמ"ש אינו סבור שיש מקום לבחינה קפדנית האם החברה הבת עוסקת בתת-התחום המסוים הנוגע לתובענה; והאם – בהנחה שמדובר בהחלטות אופרטיביות כאלה ואחרות ביחס לאותו תחום, החברה הבת עסקה באופן ספציפי בהחלטות אלה. מובן כי החברה הבת אינה אמורה לעסוק בכלל העניינים הנוגעים לתחום העיסוק של החברה האם (שאילו זה היה המצב, ניתן היה לתבוע רק אותה). לכן, פרשנות מצמצמת כזו תעמוד בסתירה לרציונל האמור ותחטא למטרת התקנה.

מהכלל אל הפרט: ה"עניין" של התובענה דנן הוא הפעולות של מיקרוסופט קורפוריישן שפגעו, לשיטת המבקשת, ביכולתם של לקוחותיה הקיימים והפוטנציאליים לעשות שימוש בתוכנה על גבי מערכת ההפעלה "Windows" של מיקרוסופט קורפוריישן בין היתר באמצעות תוכנת "Microsoft Defender", פעולות שגרמו לה לטענתה לנזק בר פיצוי.

מיקרוסופט ישראל היא חברה בת של מיקרוסופט קורפוריישן. על פי גרסתה, היא משווקת ומקדמת את מוצריה של מיקרוסופט קורפוריישן בישראל. בכלל זה, וכל עוד לא נטען אחרת, זה כולל גם את מערכת ההפעלה Windows (על גביה פועלת התוכנה); ואת תוכנת האנטי-וירוס Microsoft Defender (החוסמת את השימוש בתוכנה). כך טענה המבקשת, ומיקרוסופט ישראל לא כפרה בכך.

מאחר שהתובענה מתייחסת למוצרים שמיקרוסופט ישראל משווקת ומקדמת בישראל, אין לדקדק בשאלה האם מיקרוסופט ישראל עסקה באופן ספציפי גם בהגדרת רמת הסיווג של התוכנה; האם היא מבצעת בעצמה ניטור כדי לזהות יישומונים מזיקים או חשודים; והאם היא הייתה קשורה להחלטה בעניינה של המבקשת ונקטה בצעדים כלפי התוכנה במקרה דנן. גם אם למיקרוסופט ישראל אין סמכות לעסוק בכל אלה אלא למיקרוסופט קורפוריישן בלבד, הדבר אינו שולל את המסקנה לפיה מיקרוסופט ישראל היא נציגה של מיקרוסופט קורפוריישן ביחס ל"עניין" נושא התביעה, כפי שהוא הוגדר לעיל. לכן המבקשת הוכיחה כי מיקרוסופט ישראל מייצגת את מיקרוסופט קורפוריישן בישראל בקשר עם ה"עניין" נושא התביעה. משכך, יש לראות את ההמצאה למיקרוסופט ישראל כהמצאה כדין למיקרוסופט קורפוריישן. לפיכך, יש לקבל את הערעור ולהשיב את הדיון לביהמ"ש המחוזי כך שידון בבקשה לסעד זמני לגופה.

פסק-דין

לפניי בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופט ה' קירש) מיום 14.9.2023 בת"א 51304-08-23 [פורסם בנבו]. בהחלטה זו דחה בית המשפט את בקשת המבקשת לצו מניעה זמני, שימנע מהמשיבות לחסום את השימוש בתוכנה שמפעילה המבקשת ואת הגישה לאתר האינטרנט וחשבון הפרסום שלה במערכות ההפעלה של המשיבות.

רקע והשתלשלות העניינים

1. המבקשת היא חברה פרטית שפיתחה תוכנה הקרויה "PC APP STORE", המאפשרת למשתמשים להוריד ממנה יישומונים ולהתקינם במחשביהם (לעיל ולהלן: התוכנה). התוכנה פועלת על גבי מערכת ההפעלה "Windows" של חברת Microsoft Corporation (היא המשיבה 2. להלן: מיקרוסופט קורפוריישן), תאגיד זר המאוגד בארה"ב. המשיבה 1, מיקרוסופט ישראל בע"מ (להלן: מיקרוסופט ישראל), היא חברת בת של מיקרוסופט קורפוריישן, שעל פי האמור בתשובתה לבקשה, היא מסייעת בקידום ושיווק מוצרי מיקרוסופט קורפוריישן בישראל (ראו: סעיפים 30 ו-77 לתשובת מיקרוסופט ישראל לבקשה דנן).

עניינו של ההליך המתנהל בבית משפט קמא הוא בתביעה שהגישה המבקשת כנגד המשיבות, בה היא טענה כי לאחרונה סיווגו המשיבות את התוכנה כפוגענית – על פי אמות מידה שנקבעו בנהליה של מיקרוסופט קורפוריישן, ומאז הן מונעות את הורדתה ואת השימוש בה. המבקשת טענה כי בכך מונעות המשיבות קיומה של תחרות חופשית, שכן התוכנה מתחרה בחנות האפליקציות של המשיבות, הקרויה "Microsoft Store". עוד טענה המבקשת כי התנהלותן של המשיבות גרמה לה לנזק.

2. בד בבד עם הגשת התובענה, הגישה המבקשת גם בקשה למתן צו מניעה זמני האוסר על המשיבות לחסום את התוכנה או למנוע את הפעלתה; לחסום או למנוע גישה לאתר האינטרנט של המבקשת; וכן לחסום או למנוע מהמבקשת גישה או ביצוע פעולות בחשבון הפרסום שלה (להלן: הבקשה לסעד זמני).

בקצירת האומר יובהר כי המבקשת טענה בבקשה לסעד זמני כי התוכנה פעלה במשך שלוש שנים באין מפריע, כך שכל בעל מחשב עם מערכת הפעלה Windows יכול היה להוריד אותה ולהשתמש בה ללא

עלות. התוכנה מזהה את תחומי העניין והעדפות המשתמש, ועל בסיסם היא מציעה לו להוריד יישומונים התואמים לכך. המבקשת הבהירה כי התנהלות המשיבות גורמת לה לנזקים בגין אובדן לקוחות והכנסות. לטענתה, היא מפיקה רווח מהמרווח שבין המחיר שמשלם המשתמש עבור היישומון שהוריד ובין התמורה ששילמה המבקשת לבעלי אותו יישומון. יצוין כי בין המבקשת לבין מיקרוסופט קורפוריישן אין כל חוזה בקשר עם הפעלת התוכנה.

המבקשת טענה כי בסמוך להגשת הבקשה לסעד זמני, היא גילתה כי מיקרוסופט קורפוריישן סיווגה את התוכנה כ"תוכנה שעלולה להתברר כבלתי רצויה" (Potentially Unwanted Application) (להלן: **PUA**). זאת, בהתאם לנוהל של מיקרוסופט קורפוריישן שנועד להגדיר רמות שונות של תוכנות "חשודות" שמשתמשי מערכת ההפעלה שלה עלולים להוריד ולהתקין על מחשביהם. כתוצאה מהסיווג הזה של התוכנה, הוטלו הגבלות שונות המקשות על השימוש בתוכנה של המבקשת. המבקשת פנתה אל מיקרוסופט קורפוריישן באופן אלקטרוני; ובנוסף שלחה מכתב אל משרדי מיקרוסופט ישראל. בתגובה למכתב זה, נענתה המבקשת כי מיקרוסופט ישראל אינה קשורה לתלונתה. עם זאת – כך נכתב – מתוך הבנה למצבה של המבקשת, הודיעה מיקרוסופט ישראל כי היא תנסה לסייע ולהעביר את הפנייה לצוות המתאים במיקרוסופט קורפוריישן.

3. מתשובת מיקרוסופט ישראל לבקשה לסעד זמני עולה כי הסיבה לשינוי בסיווג התוכנה הייתה שהתוכנה מציגה פרסומות בעת השימוש בה, כאשר אופן סגירת התוכנה אינו ברור די הצורך למשתמש בשל דרך התצוגה על גבי המסך. עוד עולה כי תחת סיווג זה, חסימת התוכנה מתבצעת אך ורק אצל משתמשי Windows שבחרו ברמת הגנה מוגברת בתוכנת האנטי-וירוס "Microsoft Defender". משתמשים אלה יכולים לבחור להסיר את החסימה באופן עצמאי ולהשתמש בתוכנה. כמו כן, מיקרוסופט ישראל טענה כי עוד בחודש נובמבר 2022 התוכנה סווגה

כ-Malware, שהוא סיווג מחמיר יותר בהתאם לנהליה של מיקרוסופט קורפוריישן (המתייחס ל"תוכנות שנועדו להזיק" ול"תוכנות בלתי רצויות"). בהמשך, בחודש אוגוסט 2023 מיקרוסופט קורפוריישן "הקלה" במגבלות שהחילה בכך שהורידה את רמת הסיווג ל-PUA.

4. יצוין כי על פי הודעת עדכון שהגישה מיקרוסופט ישראל ביום 9.11.2023, סיווג התוכנה התעדכן לאחרונה פעם נוספת, וכעת היא מסווגת כ-Malware. לפי הודעה זו, במטרה "להתחמק" ממגבלות הסיווג תחת PUA, החלה המבקשת לשנות את פרטי זיהוי התוכנה ובכלל זה את שמה. לטענת מיקרוסופט ישראל, התנהלות זו של המבקשת גרמה לכך שכאשר משתמש מבקש להסיר את התוכנה, הוא אינו יכול לזהותה בקלות ברשימת היישומונים המותקנים אצלו; ובכך מקשה המבקשת על הסרתה. מסיבה זו הוחמרה רמת הסיווג. בהודעה מיום 13.11.2023, עתרה המבקשת לסילוק הודעת עדכון זו על הסף.

5. סוגיית ההמצאה למיקרוסופט קורפוריישן – כפי שיובהר להלן, הסוגיה המרכזית נושא הבקשה דנן היא סוגיית ההמצאה של כתבי הטענות למיקרוסופט קורפוריישן. כזכור, מיקרוסופט קורפוריישן היא חברה זרה; ואילו החברה הבת שלה – מיקרוסופט ישראל – היא חברה ישראלית.

מעיון במערכת "נט המשפט" עולה כי בהחלטה מיום 23.8.2023 הורה בית משפט קמא למבקשת להמציא אסמכתא למסירת הבקשה לסעד זמני, על נספחיה, לידי המשיבות. בהתאם, הודיעה המבקשת לבית המשפט כי היא המציאה את הבקשה למשיבות – במשרדיה של מיקרוסופט ישראל בהרצליה.

בהמשך לכך, בתשובתה לבקשה לסעד זמני, טענה מיקרוסופט ישראל כי היא כלל אינה עוסקת בתחום נושא המחלוקת, שכן היא אינה עוסקת בחסימה או בסיווג תוכנות כפוגעניות. משכך נטען כי המבקשת הציגה מצג שווא לפיו ההמצאה שהיא ביצעה למיקרוסופט קורפוריישן

באמצעות מיקרוסופט ישראל היא המצאה כדין, והפורום הישראלי הוא הפורום הנאות לדון בתביעה. מיקרוסופט ישראל הדגישה כי היא אינה יכולה לשמש כנציגתה של מיקרוסופט קורפוריישן לצורכי המצאה. עם זאת, באמצעות הקשר של מיקרוסופט ישראל עם מיקרוסופט קורפוריישן, מיקרוסופט ישראל השיבה לבקשה לסעד זמני אף לגופה. זאת לאחר שנמסרו לה הפרטים שתוארו לעיל באשר לסיווג התוכנה.

6. ביום 28.8.2023 התקיים דיון בו נכחו נציגי המבקשת ומיקרוסופט ישראל, ואשר במהלכו נחקרו בעלי הדין. לאחר שניסיונות להגיע להסכמות לא צלחו, הגישה המבקשת ביום 5.9.2023 בקשה מטעמה לצירוף ראייה חדשה. בבקשה טענה המבקשת כי היא קיבלה לידיה את תיק החברה של מיקרוסופט ישראל, בו מצוי תזכיר ההתאגדות שלה משנת 1989 (להלן: התזכיר). על פי הטענה, עולה מהתזכיר כי מיקרוסופט ישראל נוסדה כדי לייצג את האינטרסים של מיקרוסופט קורפוריישן בישראל (כך בתרגום מאנגלית). המבקשת ביקשה להסיק מכך כי מיקרוסופט ישראל לא נועדה לשמש כ"זרוע שיווקית" של מיקרוסופט קורפוריישן בלבד. לגישתה, ישנה חשיבות רבה בצירוף ראייה זו בהתייחס לסוגיית ההמצאה כדין.

החלטת בית משפט קמא

7. ביום 14.9.2023 דחה בית משפט קמא את הבקשה לסעד זמני בקבעו כי ההליך כנגד מיקרוסופט קורפוריישן לא נפתח כדין. זאת מאחר שמיקרוסופט קורפוריישן היא הצד הרלוונטי למחלוקת ולא מיקרוסופט ישראל. הובהר כי הסעד הזמני נלווה להליך העיקרי ומשרת אותו. לכן, משההליך העיקרי לא נפתח כדין – אין מקום להידרש לסעד הזמני המתבקש בו.

בהחלטתו עמד בית המשפט על כך שהמבקשת ביקשה להמציא את הבקשה למיקרוסופט קורפוריישן באמצעות מיקרוסופט ישראל, קרי על ידי המצאה לנציג בהתאם לתקנה

163(ג) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018 (להלן: התקנות החדשות). בית משפט קמא עמד על המבחנים לתחולתה של התקנה. הוא הבהיר כי במקרה דנן השאלה היא האם התקיים המבחן לפיו התביעה שמבקשים להמציא למיקרוסופט קורפוריישן נוגעת ל"אותו עניין" שבקשר אליו מיקרוסופט ישראל מייצגת את מיקרוסופט קורפוריישן באופן קבוע.

בית משפט קמא הפנה בהקשר זה לפסק הדין שניתן ברע"א 3774/22 תרו תעשייה רוקחית בע"מ נ' הייט ושנהב [פורסם בנבו] (25.10.2022) (להלן: עניין תרו). הוא קבע כי בהתאם לפרשנות הזהירה שיש לתת לתקנה 163(ג) כפי שנקבע בעניין תרו, לא התקיים במקרה דנן המבחן של "אותו עניין". התביעה העיקרית (וכמוה גם הבקשה לסעד זמני) אינה נוגעת ל"עניין" שביחס אליו פועלת מיקרוסופט ישראל כנציגתה של מיקרוסופט קורפוריישן בישראל. זאת משום שעל פי הראיות שהוצגו, מיקרוסופט ישראל אינה עוסקת – לא במישרין ולא בעקיפין – בהגדרת רמת הסיווג; בביצוע פעולות ניטור על מנת לזהות יישומונים מזיקים או חשודים; וכן בנקיטת צעדים במקרה של איתור בעיה ביישומון מסוים. למעשה, התביעה נוגעת להחלטה פרטנית לעניין סיווגה של התוכנה – כאשר לא הובאו ראיות המוכיחות כי ההחלטה התקבלה במעורבות מיקרוסופט ישראל. כן לא הוצגו ראיות לפיהן מיקרוסופט ישראל הייתה מעורבת בקביעת אמות המידה הכלליות במדיניות הסיווג. מעבר לכך, התוכנה מוצעת לשימוש בכל מקום בעולם; היא מופיעה בשפה האנגלית ומיועדת ככל הנראה לקהל כללי ורב לאומי.

בית משפט קמא הוסיף וקבע כי אין לזקוף לחובתה של מיקרוסופט קורפוריישן את העובדה שהיא ומיקרוסופט ישראל

שיתפו פעולה בקשר עם התשובה שהגישה מיקרוסופט ישראל לבקשה לסעד זמני. הודגש כי מיקרוסופט קורפוריישן כפרה לכל אורך הדרך בביצוע ההמצאה כדין. כמו כן, אין משמעות לכך שבמקרים אחרים – בהם ההמצאה למיקרוסופט קורפוריישן נעשתה באמצעות מיקרוסופט ישראל – היא לא כפרה בביצוע המצאה כדין, שכן כל מקרה נבחן לגופו.

בהתייחס לראייה החדשה שהציגה המבקשת – התזכיר, נקבע כי אין בו כדי לשנות את המסקנה שלעיל. זאת הן על סמך פרשנות אפשרית של התזכיר, לפיה ניתן להבין כי ייצוג האינטרסים ייעשה בקשר עם "all computer business" בלבד; והן משום שלאחר שנחקק חוק החברות, התשנ"ט-1999, תקנון החברה הוא שקובע מהן מטרות החברה. בתקנון של מיקרוסופט ישראל אין התייחסות לייצוג האינטרסים של מיקרוסופט קורפוריישן. ממילא, אין די בהרשאה כללית, ויש להראות כי הנציג עוסק בפועל בעניין הנדון. כל קביעה אחרת תוביל למצב שמיקרוסופט ישראל תיחשב נציגתה של מיקרוסופט קורפוריישן בכל עניין באשר הוא, ותוצאה זו אינה תוצאה סבירה.

לאור כל האמור, דחה בית משפט קמא את הבקשה לסעד זמני, אף מבלי להידרש למבחן סיכויי התביעה או למאזן הנוחות של הצדדים. יוער כי בית המשפט ציין כי המבקשת לא הביאה ראייה מוצקה כלשהי לגבי היקף הנזק שנגרם לה לשיטתה, ולא תמכה את הטיעון לפיו נגרמת לה פגיעה אנושה והפסדים ישירים בסכומים של מיליוני שקלים.

טענות הצדדים

8. המבקשת טוענת בבקשת רשות הערעור כי שגה בית משפט קמא בקבעו כי מיקרוסופט ישראל אינה יכולה לשמש כנציגתה של מיקרוסופט קורפוריישן משום שאינה עוסקת ב"אותו עניין", כפי שנדרש בהמצאה לנציג על פי דין.

ראשית, טוענת המבקשת כי הפרשנות של בית משפט קמא למבחן "אותו העניין" היא פרשנות מצמצמת שאינה עולה בקנה אחד עם ההלכה הפסוקה ובפרט עם העמדות שהובעו בעניין תרו. לשיטתה, המסקנה כי מיקרוסופט ישראל עוסקת מטעם מיקרוסופט קורפוריישן בעניינים נושא התובענה עולה מהתזכיר של מיקרוסופט ישראל, בו היא הוסמכה לייצג את כלל האינטרסים של מיקרוסופט קורפוריישן. המבקשת חולקת על הפרשנות המצמצמת של בית משפט קמא לתזכיר. היא מוסיפה כי כינונו של תקנון מיקרוסופט ישראל לא ביטל את התזכיר, שמעולם לא התבקש ביטולו כדין. יתרה מכך, עיון בהליכים אחרים שנפתחו כנגד שתי המשיבות יחד, מעלה כי הלכה למעשה מיקרוסופט ישראל משמשת נציגתה של מיקרוסופט קורפוריישן מכוח אותה הסמכה כללית.

זאת ועוד, המבקשת טוענת כי היא הרימה את הנטל להראות שמיקרוסופט ישראל עוסקת בעניין נושא התביעה מטעמה של מיקרוסופט קורפוריישן. כך למשל, נציגת המשיבות הודתה בדיון שהתקיים ביום 28.8.2023 כי נספח 1 לתשובת מיקרוסופט ישראל לסעד הזמני – מסמך הסבר על סיווג התוכנה – הוא מסמך ששייך למיקרוסופט ישראל. בנוסף, העובדה שהמשיבות פעלו יחד להגיש התייחסות לגופם של דברים, תוך קיום שיחות משותפות והכנת מסמכים, מהווה גם היא הוכחה לכך. המבקשת מוסיפה שמובן מאליו כי אין בידיה ראיות לכך שמיקרוסופט ישראל הייתה מעורבת

בהחלטה הפרטנית לגבי סיווג התוכנה, שכן אין לה גישה למסמכים כאלה ואחרים הקשורים בתהליכי קבלת ההחלטות אצל המשיבות.

עוד טוענת המבקשת כי ממילא די בעובדה שמיקרוסופט ישראל משווקת ומקדמת את מוצריה של מיקרוסופט קורפוריישן בישראל, על מנת שניתן יהיה לראות בה כמי שעוסקת בעניין נושא התובענה. לטענתה, מיקרוסופט ישראל משווקת ונותנת שירותים גם ביחס למערכת ההפעלה Windows (על גביה פועלת התוכנה) ולתוכנת האנטי-וירוס Microsoft Defender (שחוסמת את השימוש בתוכנה).

9. מיקרוסופט ישראל, מצידה, סומכת ידיה על החלטת בית משפט קמא. לטענתה, המבקשת מציגה מצג שווא לפיו מיקרוסופט ישראל נטלה חלק כלשהו בביצוע הסיווג. מיקרוסופט ישראל עומדת על כך שאין לה כל קשר להליך; וכי כל עיסוקה הוא בקידום מוצריה ושירותיה של מיקרוסופט קורפוריישן וחברות הבת שלה בקרב חברות ישראליות ובמגזר הציבורי בישראל.

לגישתה, אף להליך עצמו אין כל קשר לישראל – שכן איש מעובדיה של מיקרוסופט ישראל אינו עוסק בנושא הנדון, והתוכנה מלכתחילה מיועדת לקהל כללי רב-לאומי שברובו אינו ישראלי. כתב התביעה עוסק בניצול לרעה של כוח מונופוליסטי בשוק; כשלמעשה השוק בו פועלת המבקשת אינו השוק הישראלי. לטענתה, זהו ניסיון "מלאכותי" להביא לכך שההליך יתנהל בישראל.

בנוסף, טוענת מיקרוסופט ישראל כי טענותיה של המבקשת לעניין התקיימות המבחן של "אותו עניין" מהווה הרחבת חזית פסולה, שכן טענות בעניין זה לא נטענו בבקשה לסעד זמני.

באשר לתזכיר, מיקרוסופט ישראל טוענת כי מדובר בתזכיר שהוכן בהתאם לעיקרון ה"אולטרה-וירס" שרווח בעבר, מכוחו הוגבלה החברה לעיסוק רק בפעולות שהותר לה לעסוק בהן בתזכיר. לכן נהגו חברות באותה תקופה לנסח את התזכיר בהרחבה, כך שיכלול מספר רב של מטרות לפעילות החברה, שלא בהכרח תאמו את פעילותה בפועל. משכך, אין משמעות אמתית לנאמר בתזכיר. עוד טוענת מיקרוסופט ישראל כי בניגוד לנאמר בבקשת רשות הערעור, היא לא הודתה כי הכינה את המסמך שצורף כנספח 1 לתשובתה לבקשה לסעד זמני; וכי אתר האינטרנט של מיקרוסופט קורפוריישן בעברית אינו מופעל על ידיה.

10. מיקרוסופט קורפוריישן **לא** הגיבה לבקשת רשות הערעור.

דיון והכרעה

11. בהתאם לסמכותי לפי תקנה 149(2)(ב) לתקנות החדשות, לאחר עיון בבקשת רשות הערעור ובתשובה שהגישה המשיבה, הגעתי למסקנה כי יש לדון בבקשת רשות הערעור כאילו ניתנה הרשות, וערעור הוגש על-פי הרשות שניתנה. עוד אני סבורה כי דין הערעור להתקבל במובן זה שהדיון בבקשה למתן סעד זמני יוחזר לבית משפט קמא **אשר** ידון בה לגופה.

12. סעיף 41(ב) ל[חוק בתי המשפט] [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, קובע כי תינתן רשות ערעור על החלטה **אחרת** של בית המשפט המחוזי "אם שוכנע בית המשפט כי אם הערעור על ההחלטה יידון במסגרת הערעור על פסק הדין ולא באופן מיידי, יהיה בכך כדי להשפיע באופן ממשי על זכויות הצדדים או שעלול להיגרם לצד להליך נזק של ממש, או שעלול להתנהל הליך מיותר או בדרך שגויה". ההחלטה **נושא** הבקשה דנן קובעת **כאמור** כי ההליכים **לא** נפתחו כדין כנגד נתבעת מרכזית בתובענה, ובשל כך **לא** דן בית המשפט בבקשה לסעד זמני לגופה. מדובר בהחלטה המשפיעה **באופן** ממשי על זכויות

המבקשת, המצדיקה להידרש לסוגיה כבר בשלב זה של ההליך (ראו והשוו: רע"א 6403/14 שירות מזור א' לתקון ושפוץ מוצרי חשמל ביתיים בע"מ נ' **WHIRLPOOL EURPE S.R.L ITALY**, פסקה 14 [פורסם בנבו] (7.1.2015)).

המצאת כתבי בית דין בהתאם לתקנות החדשות

13. כאמור, בהחלטה נושא בקשת רשות הערעור נקבע כי אין להידרש לבקשה לסעד הזמני לגופה. זאת מאחר שבית המשפט אינו מוסמך לדון בתביעה שכן היא לא הומצאה כדין לאחת הנתבעות. גם בבקשת רשות הערעור דנן המבקשת העלתה טענות הנוגעות לעניין ההמצאה בלבד, בלא שהיא התייחסה לשיקולים של סיכויי התביעה ומאזן הנוחות. בהתאם לכך, השאלה העומדת במוקד הבקשה שלפניי היא האם בדין נדחתה הבקשה לסעד זמני על הסף מהטעם שהתובענה והבקשה לסעד זמני לא הומצאו כדין. המחלוקת בין הצדדים בסוגיה זו נוגעת לשאלה האם מיקרוסופט ישראל יכולה לשמש כנציגתה של מיקרוסופט קורפוריישן בהתאם לתקנה 163(ג) לתקנות החדשות.

14. כידוע, סמכות השיפוט בהליך אזרחי מותנית בהמצאה תקפה של כתב הטענות הראשון בהליך לנתבע. אין אם כן די בכך שהנתבע יודע את תוכנו של כתב התביעה, אלא רק המצאה כדין היא זו המקנה לבית המשפט סמכות (ראו: עידו באום ואסף טבקה "המצאת כתב הטענות הראשון: עליית ההמצאה, ירידת הידיעה ומעמד הבכורה של עורך הדין בתקנות סדר הדין האזרחי החדשות", משפטים על אתר יג 156, 163; סיליה וסרשטיין פסברג משפט בינלאומי פרטי כרך א 368 (2013)).

התכליות העומדות בבסיס סוגיית ההמצאה פורטו באופן מפורש בתקנה 158(א) לתקנות החדשות:

> 158(א). מטרת ההמצאה היא להביא לידיעת הנמען את תוכנו של מסמך שנדרש שיהיה בידיעתו, ולעניין כתב הטענות

הראשון המוגש – גם להחיל על הנתבע את מרות בית המשפט.

בעניין תרו עמד בית משפט זה בהרחבה על התכליות העולות מהתקנה האמורה. כך, הובהר כי התכלית הראשונה והמרכזית היא תכלית היידוע – "הבטחת יידוע בעל דין בדבר תביעה שהוגשה נגדו ובדבר התרחשותה של כל פעולה בהליך שהוא צד לו, זאת בכדי לאפשר את השתתפותו בהליך" (שם, בפסקה 11). אולם כאשר מדובר בהמצאת כתב הטענות הראשון בהליך, ישנה תכלית נוספת - תכלית רכישת הסמכות. תכלית זו נוגעת ל"רכישת הסמכות של בית המשפט הישראלי בכלל, ושל הערכאה השיפוטית בה הוגשה התביעה בפרט, לדון בעניינו של נתבע פלוני מותנית בכך שכתב הטענות הראשון בהליך הומצא לו כדין" (שם, בפסקה 12; ראו גם: רע"א 4625/22 נענה נ' כץ, פסקה 11 [פורסם בנבו] (10.1.2023) (להלן: עניין נענה)).

15. כשמדובר ברכישת סמכות שיפוט על נתבע שאינו מצוי בתחום שיפוט המדינה, נקודת המוצא היא עיקרון הריבונות הטריטוריאלית. לפי עיקרון זה, הסמכות המוקנית לבתי המשפט של המדינה היא סמכות לדון בעניניהם של אנשים ונכסים המצויים בגבולותיה ולא מעבר לכך. עם זאת, בשל הקשרים הבינלאומיים המפותחים והמורכבים בעולם המודרני, התפתחו כללים המאפשרים את החלת סמכות השיפוט של בתי המשפט במדינה גם על נתבעים המצויים מחוץ לטריטוריה שלה. מחוקק המשנה התווה שני אפיקים לצורך רכישת סמכות בינלאומית על בסיס המצאה: הראשון, המצאה בגבולות המדינה – כאשר מרבית ההוראות באפיק זה קבועות בתקנה 163 לתקנות החדשות; והשני, המצאה מחוץ לתחום בהתאם לתקנות 166-167 לתקנות החדשות (ראו גם: עניין תרו, בפסקה 16; רע"א 8854/22 **The Dow Chemicals Company** נ' סוכנויות יעקבזון בע"מ, פסקה 24 [פורסם בנבו] (27.03.2023)). במאמר מוסגר יצוין כי גם כאשר נעשית המצאה כדין, עומדת לנתבע הזר האפשרות לטעון כי הפורום הישראלי אינו הפורום הנאות לדון בתביעה.

סמכות השיפוט מכוח תקנה 166 לתקנות החדשות מבוססת על זיקות מסוימות של הנתבע לישראל, ומחייבת הגשת בקשה לבית המשפט על מנת שיקבע את אופן ביצוע ההמצאה (תקנה 167 לתקנות החדשות. בית המשפט יכול לקבוע גם כי אין מקום לביצוע המצאה מחוץ לתחום המדינה); ואילו סמכות השיפוט מכוח תקנה 163 מבוססת על נוכחות הנתבע בגבולות המדינה. בנוסף לנוכחות ממשית, התקנה מאפשרת להכיר במספר מקרים גם ב"נוכחות קונסטרוקטיבית", בין היתר על ידי המצאה באמצעות נציג של הנתבע המצוי בישראל ופועל בה בתחום בו עוסקת התביעה (ראו: תקנה 163(ג) לתקנות החדשות). אפשרות זו נועדה כדי "להדביק" את מגמת הצמיחה של פעילות תאגידית חוצת גבולות (ראו: עניין תרו, בפסקאות 18-19).

במקרה דנן, המבקשת טענה כי בית המשפט רכש סמכות שיפוט על מיקרוסופט קורפוריישן מכוח נוכחותה הקונסטרוקטיבית בישראל באמצעות נציגתה, מיקרוסופט ישראל. זאת בהתבסס על תקנה 163(ג) האמורה הקובעת כדלקמן:

> 163(ג). התגורר הנמען מחוץ לתחומי המדינה ויש לו בתחומי המדינה נציג מטעמו המייצג אותו באופן קבוע בקשר לענייניו בישראל, ניתן להמציא לנציג אם התביעה נוגעת לאותו עניין; תקנה 169 תחול בשינויים המחויבים גם על תקנת משנה זו. [ההדגשה נוספה, ר.ר.]

תקנה זו החליפה את תקנה 482(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: התקנות הישנות), אשר קבעה כך: "היתה התובענה בענין עסק או עבודה נגד אדם שאינו גר באזור השיפוט של בית המשפט המוציא כתב בי-דין, די בהמצאת הכתב למנהל או למורשה, העוסק אותה שעה בעצמו מטעם האדם בהנהלת אותו עסק או אותה עבודה באותו אזור שיפוט". יוער כי על אף כוונתה המקורית של התקנה כפי שהיא משתמעת מנוסחה, בתי המשפט החילו תקנה זו גם במקרים חוצי גבולות (ראו: ישכר רוזן-צבי הרפורמה

בסדר הדין האזרחי: מורה נבוכים, עמודים 631-632 (מהדורה שנייה, 2023) (להלן: רוזן-צבי)).

16. בעניין תרו נדונה שאלת המצאה באמצעות חברה אם ישראלית לחברה בת זרה שלה, והאם המצאה כזו מהווה המצאה כדין לפי תקנה 163(ג) לתקנות החדשות. באותו עניין עמד בית משפט זה לראשונה על ההבדלים בין תקנה 482(א) לתקנות הישנות ותקנה 163(ג) לתקנות החדשות. בית המשפט התייחס לשלושה מאפיינים של הקשר בין פלוני המצוי בתחומי המדינה לנתבע השוהה מחוץ לישראל, הנדרש כדי להכיר בפלוני כנציג של הנתבע לעניין המצאת כתבי בי-דין: טיב הקשר, משך הקשר ותחומי הקשר.

כך, באשר לטיב הקשר הנדרש – הובהר כי חלף הדרישה להמציא את כתב הטענות ל"מנהל או מורשה", ההתייחסות בתקנות החדשות היא ל"נציג מטעמו" של הנתבע הזר; באשר למשך הקשר – לא די בכך שהקשר מתקיים "אותה שעה", כפי שהיה בתקנות הישנות, אלא נדרש כי הקשר יהיה "קבוע", מתמשך; ולבסוף, ביחס לתחום הקשר – חלף הדרישה שהתביעה תעסוק ב"אותו עסק או אותה עבודה", נדרש היום כי הנציג מטעם הנתבע הזר ייצג אותו בקשר ל"אותו עניין" (עניין תרו, פסקאות 28-29). יצוין כי חרף השוני במינוח, הושמעה בפסיקה ובספרות הדעה כי המבחן של "אותו עניין" נועד לשמש למטרה הדומה לזו של "אותו עסק או אותה עבודה" בלשון תקנה 482(א) לתקנות הישנות – להעניק סעד לתושבי המדינה שניזוקו על-ידי תאגיד המצוי מחוץ לישראל אך יש לו נציגות בתחומי המדינה (ראו: עניין נענה (שניתן לאחר פסק-הדין בעניין תרו), בפסקה 26).

אם כן, המצאה מכוח תקנה 163(ג) תתאפשר כאשר הנציג מטעם הנתבע הזר מייצג אותו בישראל בקשר ל"עניין" נושא התביעה, כאשר הקשר בין הנציג לבין הנתבע הוא קבוע ומתמשך.

17. המבחנים הללו טעונים כמובן יישום קונקרטי. בפועל, השאלה האם פלוני הוא נציגו של נתבע זר לעניין תביעה שמבקש להמציא התובע אינה תמיד ברורה, והיא תלויה בפרשנות שיש לתת לכל אחד מהמאפיינים האמורים. כלל השופטים בעניין תרו הסכימו כי לצורך פרשנות תקנה 163(ג) לתקנות החדשות ויישומה בפועל במקרה קונקרטי, יש לקחת בחשבון גם את נושא קניית הסמכות ולא רק את נושא היידוע. זאת, בין היתר לנוכח הוספתה של תקנה 158(א) אשר אין לה מקבילה בתקנות הישנות.

בהתאם לכך, בעוד שהפסיקה עובר להתקנת התקנות החדשות נטתה בעיקרה לתת משקל מכריע לתכלית היידוע ובהתאם לכך התמקדה במידת "אינטנסיביות הקשר" בין המורשה לבין הנתבע (ראו למשל: רע"א 8957/09 אוזן נ' קיובי, פסקה 4 [פורסם בנבו] (8.3.2011); רע"א 3574/15 **alstom grid ag** נ' חברת חשמל לישראל בע"מ, פסקה 2 [פורסם בנבו] (14.7.2015); רע"א 7804/17 כרמל דיירקט בע"מ נ' **R.H. PETERSON CO**, פסקה 11 [פורסם בנבו] (28.12.2017)); התקנות החדשות מתייחסות גם למטרה של הקניית סמכות בינלאומית לבית משפט ישראלי בענייננו של נתבע זר. היינו, אין די בכך שהקשר בין הנתבע הזר לנציג הנטען בישראל יהיה חזק דיו כדי לקיים את תכלית היידוע, אלא יש לבחון האם די בקשר הזה כדי לבסס את הקביעה לפיה יש להחיל על הנתבע את מרות בית המשפט.

יחד עם זאת, נראה כי השופטים בעניין תרו נחלקו ביניהם בשאלה – אשר לא הייתה לה השלכה על התוצאה של פסק הדין באותו עניין – האם תקנה 163(ג) והתנאים הקבועים בה נועדו לצמצם את הפרשנות המרחיבה שניתנה בפסיקה לתקנה 482(א) לתקנות הישנות. השופט ע' גרוסקופף (שאליו הצטרף השופט ד' מינץ) קבע בחוות דעתו כי מחוקק המשנה ביקש לדייק ולמקד את הדרישות להכרה בפלוני כידו הארוכה של נתבע זר, וכי יש לפרש

את תקנה 163(ג) "בזהירות, תוך מתן משקל הולם לא רק לפסיקה המרחיבה שעסקה בפרשנות תקנה 482(א) לתקסד"א הישנות, אלא גם לשאלה אם מתקיימים בעניינו התנאים הממוקדים יותר שנקבעו בתקנה 163(ג) לתקסד"א החדשות, באופן המבטיח כי הכרה באפשרות לנציג תגשים לא רק את תכלית היידוע, אלא גם את תכלית רכישת הסמכות על דרך של נוכחות קונסטרוקטיבית בישראל" (ראו שם, בפסקה 29 לחוות דעתו).

מנגד, השופט י' עמית ציין בחוות דעתו כי הוא אינו סבור שתקנה 163(ג) באה לצמצם את הפרשנות המרחיבה שאימצו בתי המשפט, וייתכן שהיא באה אף להרחיב לעומת המצב הקודם. זאת משום שלגישתו המונחים "עניין" ו"נציג" המופיעים בתקנות החדשות, הם רחבים יותר מאשר "עסק או עבודה" ו"מנהל או מורשה" בתקנות הישנות, בהתאמה (ראו: פסקה 4 לחוות דעתו).

מהו "אותו עניין" בתקנה 163(ג)?

18. כעולה מהאמור לעיל, השאלה העיקרית בה יש להכריע במקרה דנן היא האם מיקרוסופט ישראל מייצגת את מיקרוסופט קורפוריישן בישראל ב"אותו עניין" נושא התביעה. ראשית אציין כי לאור הדגש שניתן בתקנות החדשות לתכלית קניית הסמכות, אין לקבל את טענותיה של המבקשת לפיהן יש לראות במיקרוסופט ישראל כנציגתה של מיקרוסופט קורפוריישן רק מהטעם שהשתיים היו בקשר לעניין התביעה בין היתר במתן מענה לגופו של עניין והכנת מסמכים. עובדה זו אינה משליכה על שאלת זהות העניין. כן אין לקבל את עמדת המבקשת רק מאחר שבתביעות אחרות בהן שתי המשיבות נתבעו יחד, שימשה מיקרוסופט ישראל כנציגתה של מיקרוסופט קורפוריישן – מאחר שמבחן זהות העניין נבחן בהתאם להליך הקונקרטי.

19. הכרעה בשאלה האם מתקיים המבחן של "אותו עניין", מחייבת הגדרה של ה"עניין" לגביו הוגשה התובענה, וה"עניין" לגביו מייצג הנציג את הנתבע. ואולם, גם שאלה זו אינה חפה מקשיים והיא תלויה בהגדרת ה"עניין" נושא התובענה – באופן מרחיב או מצמצם; ובקביעה מהם העניינים שלגביהם יש לראות את פלוני, לצורך קניית הסמכות, כנציג של הנתבע הזר.

כאמור, בהתאם לאמור בעניין תרו, כדי לקיים את התכליות העומדות בבסיס תקנה 163(ג), יש לפרש בזהירות את המבחנים שנקבעו בה ובפרט את המונח "באותו עניין" כדי לוודא שאכן יש לראות בנתבע כמי ש"נוכח" באופן קונסטרוקטיבי בישראל, לאור היחסים בינו לבין הנציג הישראלי.

בהתאם לכך, לטעמי, אין להסתפק בקשר רופף או מלאכותי לעניין נושא התובענה ונדרש קשר ענייני. יחד עם זאת, יש להיזהר גם מפני מתן פרשנות דווקנית ומצמצמת יתר על המידה ל"עניין" נושא התובענה או לעניינים לגביהם הוסמך הנציג לייצג את הנתבע הזר בישראל. פרשנות כזו עשויה לחטוא למטרה בשלה מלכתחילה הוכרה האפשרות לרכוש סמכות גם באמצעות נוכחות קונסטרוקטיבית – שהיא כזכור הצורך "להדביק" את המגמה הכלל-עולמית בדבר פעילות תאגידים חוצת גבולות ולהחיל סמכות בינלאומית על חברות בינלאומית הפועלות גם בארץ (ראו: רע"א 11822/05 **Philip Morris USA inc** נ' אל רואי, פסקה ה [פורסם בנבו] (8.5.2006); עניין תרו, בפסקה 23; עניין נענה, בפסקה 26). רציונל עסקי זה חל לטעמי אף לאחר התקנת התקנות החדשות, והוא אינו סותר את תכלית רכישת הסמכות.

כך על אחת כמה וכמה כאשר מדובר, כמו במקרה דנן, בנסיבות בהן הנתבעת הזרה היא החברה האם של חברה בת

ישראלית, שהתובע מבקש לראות בה כ"נציגה" (ראו והשוו: פסקה 40 לחוות דעתו של השופט גרוסקופף; פסקה 1 לחוות דעתו של השופט עמית בעניין תרו). אכן, לא בכל מקרה תוכר החברה הבת כנציגה לעניין המצאה של החברה האם הזרה. כאמור, המבחן הוא מבחן "אותו עניין", ולכן אין די בקשר תאגידי של חברה אם – חברה בת כשלעצמו, כדי לבסס לבדו את "נוכחותה" של החברה הזרה בישראל. כך, למשל, כאשר החברה הזרה עוסקת במספר תחומים או שיש לה מספר מוצרים, והחברה הבת מייצגת אותה בישראל רק לגבי אחד מהם שאיננו קשור לנושא התביעה – נראה שלא יהיה מקום להכיר בחברה הבת כנציגה לצורך המצאה. לדוגמה, אדם המבקש לתבוע את חברת "Yamaha" בשל פגיעה שנגרמה לו כתוצאה מפגם באופנוע של החברה, לא יוכל להמציא לה את כתב התביעה באמצעות נציג החברה בארץ העוסק אך ורק בפסנתרים שמייצרת החברה (ראו והשוו: רוזן-צבי, בעמודים 634-635).

ואולם, כאשר חברה בת ישראלית פועלת בישראל באותו התחום או ביחס לאותו מוצר, אינני סבורה שיש מקום לבחינה קפדנית האם החברה הבת עוסקת בתת-התחום המסוים הנוגע לתובענה; והאם – בהנחה שמדובר בהחלטות אופרטיביות כאלה ואחרות ביחס לאותו תחום, החברה הבת עסקה באופן ספציפי בהחלטות אלה. מובן כי החברה הבת אינה אמורה לעסוק בכלל העניינים הנוגעים לתחום העיסוק של החברה האם (שאילו זה היה המצב, ניתן היה לתבוע רק אותה). לכן, פרשנות מצמצמת כזו תעמוד בסתירה לרציונל האמור ותחטא למטרת התקנה.

מהכלל אל הפרט – האם מיקרוסופט ישראל מייצגת את מיקרוסופט קורפוריישן ב"עניין" נושא התובענה?

20. ה"עניין" של התובענה דנן הוא באמור הפעולות של מיקרוסופט קורפוריישן שפגעו, לשיטת המבקשת, ביכולתם של לקוחותיה הקיימים והפוטנציאליים לעשות שימוש בתוכנה על גבי מערכת ההפעלה "Windows" של מיקרוסופט קורפוריישן בין היתר באמצעות תוכנת "Microsoft Defender", פעולות שגרמו לה לטענתה לנזק בר פיצוי.

מיקרוסופט ישראל היא חברה בת של מיקרוסופט קורפוריישן. על פי גרסתה, היא משווקת ומקדמת את מוצריה של מיקרוסופט קורפוריישן בישראל (ראו: סעיפים 30 ו-77 לתשובת מיקרוסופט ישראל לבקשה דנן; לגרסתה היא איננה מוכרת את המוצרים הללו). בכלל זה, וכל עוד לא נטען אחרת, נראה אם כן כי היא משווקת ומקדמת בישראל גם את מערכת ההפעלה Windows (על גביה פועלת התוכנה); ואת תוכנת האנטי-וירוס Microsoft Defender (החוסמת את השימוש בתוכנה). כך טענה המבקשת, ומיקרוסופט ישראל לא כפרה בכך.

מאחר שהתובענה מתייחסת למוצרים שמיקרוסופט ישראל משווקת ומקדמת בישראל, אין לדקדק בשאלה האם מיקרוסופט ישראל עסקה באופן ספציפי גם בהגדרת רמת הסיווג של התוכנה; האם היא מבצעת בעצמה ניטור כדי לזהות יישומונים מזיקים או חשודים; והאם היא הייתה קשורה להחלטה בעניינה של המבקשת ונקטה בצעדים כלפי התוכנה במקרה דנן. גם אם למיקרוסופט ישראל אין סמכות לעסוק בכל אלה אלא למיקרוסופט קורפוריישן בלבד, הדבר אינו שולל את המסקנה לפיה מיקרוסופט ישראל היא נציגה של מיקרוסופט קורפוריישן ביחס ל"עניין" נושא התביעה, כפי שהוא הוגדר לעיל.

לכן, לאור כל האמור לעיל, אני סבורה כי המבקשת הוכיחה כי מיקרוסופט ישראל מייצגת את מיקרוסופט קורפוריישן בישראל בקשר עם

ה"עניין" נושא התביעה. משכך, יש לראות את ההמצאה למיקרוסופט ישראל כהמצאה כדין למיקרוסופט קורפוריישן.

כמו כן, לאור הדברים הללו, אין מקום להידרש לטענות הצדדים ביחס לתזכירה של מיקרוסופט ישראל ולהשלכה של האמור בו למחלוקת נושא ההחלטה הנוכחית. יוער למעלה מן הצורך כי יהיה אשר יהיה הטעם בשלו נוסח התזכיר כפי שנוסח – בנוסחו הנוכחי הוא מחזק את עמדת המבקשת.

21. עוד יוער כי לגישתה של מיקרוסופט ישראל, טענות המבקשת לעניין מבחן "אותו עניין" מהוות הרחבת חזית פסולה שכן הן לא נטענו בבקשה לסעד זמני. המבקשת אכן לא התייחסה לסוגיה זו מלכתחילה בכתב התביעה או בבקשה לסעד זמני. אולם המבקשת העלתה טענות באשר לסוגיית ההמצאה לאורך ההליך בבית משפט קמא. זאת בעיקר לאחר הדיון שהתקיים ביום 28.8.2023 בבקשה לסעד זמני, בבקשה שהגישה ביום 5.9.2023 להוספת התזכיר בראייה חדשה בשל המחלוקת בסוגיית ההמצאה, ולאחר מכן בסיכומים מטעמה. ואכן, בית משפט קמא דן בסוגיות אלה ולמעשה המבחן של "אותו עניין" עמד במרכז ההחלטה נושא בקשת רשות הערעור. משכך, למיקרוסופט ישראל הייתה הזדמנות להתמודד עם טענות המבקשת, ואין מניעה לבחון אותן גם בהחלטה הנוכחית.

22. משמצאתי כי ההמצאה בוצעה כדין, אני סבורה כי יש להשיב את הדיון לבית המשפט המחוזי כך שידון בבקשה לסעד זמני לגופה. המשיבה 1 תישא בהוצאות המבקשת בהליך הנוכחי בסך 5,000 ₪.

ניתן היום, ב' בטבת התשפ"ד (14.12.2023).

ש ו פ ט ת

משP03.docx_23071650
מרכז מידע, טל' 077-2703333, 3852* ; אתר אינטרנט, https://supreme.court.gov.il

ר' רונן 54678313-7165/23
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן