



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 51304-08-23 פאסט קורפורייט בע"מ נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

14 ספטמבר 2023

לפני כבוד השופט ה' קירש

חברת Fast Corporate Ltd. בע"מ
ע"י ב"כ עוה"ד משה ברהוד ובני אשכנזי

המבקשת

נגד

1. מיקרוסופט ישראל בע"מ
ע"י עוה"ד אייל שגיא ושלומי שניידר
2. מייקרוסופט קורפוריישן, תאגיד זר המאוגד בארה"ב

המשיבות

החלטה

1. זו החלטה בבקשה למתן סעד זמני שהובאה בפניי במסגרת תורנות השופטים בפגרת הקיץ.

2. המבקשת פיתחה "חנות אפליקציות", דהיינו תוכנה שבאמצעותה ניתן להוריד ולרכוש יישומונים שונים ומגוונים שפותחו על ידי צדדים שלישיים. לדברי המבקשת, ניתן להשיג באמצעות תוכנת "החנות" שלה עשרות אלפי אפליקציות שונות לשימוש על גבי מחשבים ניידים וניידים. החנות PC APP STORE פועלת על גבי מערכת ההפעלה Windows של מיקרוסופט, על גרסאותיה השונות.

3. בתמצית, המבקשת טוענת כי לאחרונה מיקרוסופט סיווגה את החנות שלה כתוכנה פוגענית ומונעת את הורדתה והשימוש בה. כך, לגרסת המבקשת, נגרמים לה נזקים בלתי הפיכים בשל אובדן לקוחות (קיימים וחדשים) ואובדן הכנסות.

4. בימים כתיקונם, בעל מחשב נייד או נייד שעליו מותקנת מערכת ההפעלה מסוג Windows יכול להוריד, להתקין ולהפעיל את החנות PC APP STORE, וזאת ללא עלות.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 51304-08-23 פאסט קורפורייט בע"מ נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

לאחר התקנת החנות של המבקשת, המשתמש יכול, כאמור, לרכוש אפליקציות שונות שיופיעו ויפעלו לאחר מכן באופן קבוע באותו מחשב.

5. כאשר הורדת אפליקציה מסוימת כרוכה בתשלום, המשתמש משלם לחנות (למבקשת) באמצעות חשבונו אצלה, והחנות מעבירה תמורה לידי בעלי האפליקציה.

המרווח בין המחיר שנגבה מידי המשתמש ובין התמורה המשולמת לבעלי האפליקציה נותר בידי המבקשת.

6. אין חוזה בין המבקשת ובין מיקרוסופט הנוגע לפעילות החנות PC APP STORE כמתואר, ולא מועברים ביניהן תשלומים כלשהם בקשר לפעילות זו.

7. החנות אמורה ללמוד, על פי נתוני שימוש מסוימים, את תחומי העניין והעדפות התוכן של המשתמש ועל סמך זה להציע לו, ביוזמתה, להוריד אפליקציות מובחרות שעשויות לעניין אותו במיוחד.

8. לדברי המבקשת החנות פעלה כמתואר במשך כשלוש שנים, מבלי שהועלתה כל טענה מצד מיקרוסופט.

9. מתברר כי למיקרוסופט יש נוהל כללי המגדיר רמות שונות של תוכנות "חשודות" שמשתמשי מערכת ההפעלה שלה עלולים להוריד ולהתקין על מחשביהם. ככלל, תוכנות אלו מחולקות לשלוש קבוצות או שלושה סיווגים:

- תוכנה בלתי מוכרת (חדשה);
- "נוזקה" – malware, קבוצה שמורכבת משתי קבוצות משנה: malicious software שהיא נועדה להזיק, וכן unwanted software, כלומר תוכנה בלתי רצויה;
- תוכנה שעלולה להתברר כבלתי רצויה (potentially unwanted application) (PUA).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 51304-08-23 פאסט קורפורייט בע"מ נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

10. נמצא כי מקרים מסויימים של הצגת פרסומות עלולים להביא לסיווג האפליקציה על ידי מיקרוסופט כ- unwanted software, שהיא כאמור סוג של malware, או במקרים בעייתיים פחות, לסיווג כ- PUA.

11. על פי הנוהל האמור, בכל הנוגע ל- unwanted software, נדרש כי:
"The advertisements that are presented by software must: - include an obvious way for users to close the advertisement. The act of closing the advertisement must not open another advertisement...."

עם זאת, גם רמת הסיווג השלישי (PUA) עשויה לחול על תוכנות שמציגות פרסומות:

"Advertising software: Software that displays advertisements or promotions, or prompts you to complete surveys for other products or services in software other than itself. This includes software that inserts advertisements to webpages."

לטענת מיקרוסופט, במקרה הנוכחי העילה לנקיטת צעדים בקשר למוצר המבקשת היא בשל אופיו כמציג פרסומות ללא אפשרות זמינה של סגירה על ידי המשתמש:

"... היא [חנות האפליקציות] מציגה פרסומות מבלי שלמשתמשים יש דרך ברורה ובהירה לסגירתה. זאת מכיוון שאין לה גם כפתור סגירה כמקובל ומכיוון שהאפליקציה מעוצבת באופן בו המשתמשים אינם יכולים להבחין באופן סביר בין התפריט ה'התחל' המובנה של Windows לבין האפליקציה עצמה..."
 (מתוך סעיף 6 לתשובה לבקשה למתן סעדים זמניים)

12. על פי ההסבר של מיקרוסופט (שלא נסתר):

"כאשר אפליקציה מסווגת כ- PUA (זהו הסיווג של האפליקציה) של המבקשת – ה"ק" כיום), רק אצל משתמשי Windows שבחרו ברמת



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 51304-08-23 פאסט קורפורייט בע"מ נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

הגנה מוגברת יש חסימה של האפליקציה, וגם משתמשים אלו יכולים להסיר את החסימה באופן עצמאי ולעשות שימוש באפליקציה." (מתוך סעיף 7 לתשובה לבקשה)

13. על פי גרסת המבקשת, נודע לה על כך שהגישה לחנות נחסמה (לדבריה) רק "לאחרונה ממש" (סעיף 11 לבקשה למתן צו מניעה זמני).

לעומת זאת, לדברי מיקרוסופט כבר בחודש נובמבר 2022 היא סיווגה את חנות המבקשת כ- unwanted software, דהיינו לפי הסיווג המחמיר יותר בהשוואה ל- PUA. המבקשת טוענת כי היא לא קיבלה כל הודעה על סיווג זה בנובמבר אשתקד, לא ידעה עליה ולא הבחינה בכל ירידה בפעילותה העסקית כתוצאה ממנה.

מכל מקום, אין חולק כי בסוף חודש יולי השנה פנתה חברה בשם Appesteem, ששירותיה נשכרו על ידי המבקשת, למיקרוסופט על מנת לברר את נושא שינוי הסיווג על פי הנוהל. נציגה מטעם Appesteem כתבה למיקרוסופט ביום 31.7.2023 כדלקמן:

"I would like to ask for your help regarding the following file that is detected by Microsoft as Adware: Win32-PCAppStore!MTB. This is an installer of the app PC APP STORE version fa.1059. Please help us investigate and resolve the detection. It will also help if you can send us your feedbacks on this app, so we can work with software vendors to fix them to meet your requirement."

ביום 8.8.2023 נציג מיקרוסופט השיב לפניה:

"We looked at this application and reassessed it from Adware to PUA-Advertising."

דהיינו כתוצאה מבירור שנערך, הסיווג שונה (הוקל) מהרמה השנייה הנ"ל לרמה השלישית (PUA).





בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 51304-08-23 פאסט קורפורייט בע"מ נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

באותו יום נציגת Appesteem שואלת שאלת הבהרה :

"Is there any way that we can have your feedback on why these files are tagged as PUA-Advertising ?"

ניתן מענה מייד מצידי מיקרוסופט :

"Sure, no problem. We consider this offering of new products as adding advertising to the computer."

בהמשכה של אותה תשובה מצוטט הקטע מתוך נוהל מיקרוסופט בנושא פרסומת שמהווה PUA (ראו סעיף 11 לעיל).

לנוכח ההסבר האמור, נציגת Appesteem, שפעלה מטעם המבקשת, משיבה :

"Thank you for the feedback !"

14. יוער כי התכתובת הנ"ל לא הוזכרה בבקשה למתן סעד זמני ולא צורפה אליה. במקום זאת, נאמר כי :

"פנתה המבקשת אל המשיבות שוב ושוב על מנת לעמוד על התנהלותן

הבלתי מוסברת, אולם למרבה הצער כל ניסיונותיה של המבקשת זכו

להתעלמות מוחלטת ועלו בתוהו.

העתק פניותיה של המבקשת אל המשיבות שזכו להתעלמות מוחלטת

מצ"ב כנספח 10."

(מתוך סעיף 35 לבקשה; הפנייה הראשונה הכלולה בנספח 10 האמור

היא מיום 4.8.2023).

15. יש להזכיר כי לפי גרסת מיקרוסופט גם כיום אין מניעה להיכנס לאתר האינטרנט של

החנות דרך מערכת ההפעלה של Windows, ואף אין מניעה להתקין את החנות : ראו

סעיף 12 לעיל.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 51304-08-23 פאסט קורפורייט בע"מ נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

דהיינו, למשתמש Windows שאין לו "רמת הגנה מוגברת", כלל לא קיימת הפרעה בדרך להתקנת החנות, ואילו למשתמשים בעלי רמת הגנה מוגברת, אמנם מופיעה הודעת אזהרה אולם המשתמש יכול לבחור בכל זאת להמשיך ולהתקין את החנות. כך, לפחות, הוסבר על ידי מיקרוסופט.

לא נמסר לבית המשפט איזה אחוז מקרב משתמשי Windows נהנים מ"רמת הגנה מוגברת".

לדעת המבקשת, המשתמשים בקבוצה זו, שגודלה איננו ידוע כאמור, אינם צפויים להתקין את החנות לאחר שהוזהרו לגביה.

16. כמוסבר, לא מתקיימת מערכת חוזית מפורשת בין מיקרוסופט ובין המבקשת ואין כל התחשבות כספית ביניהן שנוגעת לחנות האפליקציות.

על כן, העילה שעומדת בבסיס התובענה העיקרית, שהוגשה בד בבד עם הבקשה לסעד זמני, היא בתחום **מניעת התחרות החופשית**:

"... הנתבעות משווקות ומוכרות תוכנות ואפליקציות שונות... והן עושות זאת הן באמצעות חנות האפליקציות שלהן הנקראת MICROSOFT STORE, והן דרך מערכת ההפעלה עצמה... כך שלמעשה, והגם כי פערי הכוחות בין הצדדים משמעותיים, ניתן לומר כי התובעת והנתבעות הינן מתחרות בתחום שיווק ומכירת תוכנות ואפליקציות למיניהן.

עם זאת, ישנו הבדל חשוב אחד בין התובעת לבין הנתבעות – בעוד שחנות האפליקציות של הנתבעות (MICROSOFT STORE) כבר מותקנת על המחשב של הלקוח מאחר והיא מגיעה כחלק ממערכת ההפעלה של WINDOWS, את תוכנת PC APP STORE של התובעת הלקוח נדרש להוריד להתקין ולהפעיל על מערכת ההפעלה של WINDOWS.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 51304-08-23 פאסט קורפורייט בע"מ נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

במילים אחרות, הנתבעות 'מחזיקות את השאלטר' על הורדת, התקנת והפעלת ה-PC APP STORE של התובעת במערכות ההפעלה השונות של WINDOWS...

...

אולם, לאחרונה ממש, באופן תמוה ובלתי מוסבר, החליטו הנתבעות לחסום ולמנוע את התקנתה והפעלתה של תוכנית ה-PC APP STORE במערכות ההפעלה השונות של WINDOWS.

...

נוכח האמור לעיל, ומאחר ולא יכול להיות חולק כי הנתבעות שולטות ביד רמה ולמעשה הינן מונופול בתחום מערכות ההפעלה למחשבים, הרי שהנזקים וההשלכות של החלטתן לחסום את תוכנית ה-PC APP STORE על התובעת הינם דרמטיים וקרדינליים.
(מתוך סעיפים 21, 22, 23, 24, 26 ו-39 לכתב התביעה)

17. והנה, לפי עמדת המבקשת (התובעת):

"...התנהלות זו עומדת בניגוד לקבוע בחוק התחרות הכלכלית, תשמ"ח-1988... ובפרט בניגוד לקבוע בסעיף 29א(א) לחוק אשר מורנו כי 'בעל מונופולין לא ינצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור'."
(מתוך סעיף 11 לכתב התביעה)

מהות התביעה מוגדרת בכתב התביעה כ-"כספית, הצהרתית"

18. בבקשה למתן צו מניעה זמני, עותרת המבקשת לסעדים אלה:

"א. צו מניעה זמני האוסר על המשיבות, מיקרוסופט ישראל בע"מ ומייקרוסופט קורפוריישן... ו/או מי מטעמן לחסום או למנוע, בכל דרך שהיא, את הפעלת התוכנה PC APP STORE של המבקשת... על מערכות ההפעלה מסוג WINDOWS למיניהן של המשיבות;



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 51304-08-23 פאסט קורפורייט בע"מ נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

ב. צו מניעה זמני האוסר על המשיבות ו/או מי מטעמן לחסום או למנוע,
בכל דרך שהיא, גישה לאתר האינטרנט אותו מפעילה המבקשת...
ג. צו מניעה האוסר על המשיבות ו/או מי מטעמן לחסום או למנוע
מהמבקשת גישה ו/או ביצוע פעולות בחשבון הפרסום שלה אצל
המשיבות..."

19. יש לציין כי עד לכתיבת שורות אלה לא הביאה המבקשת ראייה מוצקה כלשהי לגבי ההיקף הכספי של הנזק שנגרם לה, לטענתה, מפעולות מיקרוסופט. לא נמסר מה היה היקף הכנסותיה לפני האירועים הנדונים, ומה היקפן היום. לא נתמך, בינתיים, הטעון לפיו ה"פגיעה האנושה בפעילותה וזרם הכנסותיה" הסבה לה "הפסדים ישירים אדירים בסכומים של מיליוני שקלים" (מילים אלה נכתבו כשלושה שבועות לאחר "פרוץ" האירוע).

20. עליי לציין כי אף לאחר קיום דיון ממושך בבקשה במעמד הצדדים (ביום 28.8.2023) במהלכו נחקרו המצהירים מכל צד, התמונה העובדתית הבסיסית לא הובהרה דיה. בייחוד, לא נתקבלו תשובות ברורות לשאלות אלה:

- מה בדיוק הפריע (או ממשיך להפריע) למיקרוסופט בקשר לחנות ואופן הצגתה ופעילותה על גבי מערכת ה-Windows? האם התשובה נעוצה רק בהעדר "כפתור סגירה" (בצורת "X" או בכל צורה אחרת)?

- האם, ובאיזו מידה, קיימת חסימה או מניעה לשימוש בחנות כיום, כאשר הסיווג הוא ברמה השלישית (PUA)? ובתוך כך, כמה משתמשי Windows מוגנים על ידי רמת ההגנה המוגברת, כך שהם נתקלים בהודעת אזהרה לגבי החנות לפני התקנתה?

בשל סימני שאלה אלה ואחרים, שבתי והמלצתי בפני הצדדים לקיים בירור עובדתי **מקצועי** בינם לבין עצמם, במסגרתו הם יוכלו ללבן (ואולי לצמצם) את הסוגיות הטכניות שהולידו לכאורה את הסכסוך שנתגלע.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 51304-08-23 פאסט קורפורייט בע"מ נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

לשם כך הוקצב זמן למיצוי השיח האמור לפני שתינתן כל החלטה בבקשה (ואף לפני שהצדדים יסכמו את טענותיהם). דא עקא נסיון זה לא צלח.

21. מיקרוסופט מעלה שורה של טיעונים כנגד מתן סעד זמני כמבוקש.

על קצה המזלג, נטען על ידי מיקרוסופט, כדלקמן:

(א) בראש וראשונה, נאמר כי הבקשה למתן סעד זמני, וכמוה התובענה העיקרית, לא הומצאה כדין לידי המשיבה 2, מיקרוסופט קורפוריישן, שהיא חברה זרה שהתאגדה בארה"ב.

ודוק: ההמצאה בוצעה אך ורק על סמך תקנה 163(ג) לתקנות סדר הדין האזרחי, תשע"ט-2018, וזאת לידי מיקרוסופט ישראל בע"מ, כ"נציגה" של חברת האם האמריקאית.

לא הוגשה בקשה לפי תקנה 167 לצורך ביצוע המצאה מחוץ לתחום המדינה במישרין לידי מיקרוסופט קורפוריישן, כאמור בתקנה 166.

לטענת מיקרוסופט, אמנם חברת הבת הישראלית עוסקת בישראל בעניינים מסויימים של קבוצת מיקרוסופט – כמתואר בהמשך – אולם היא איננה עוסקת כלל בתחום מושא המחלוקת, לאמור – ניטור התוכנות והאפליקציות המותקנות על גבי מערכת ההפעלה והגנת משתמשי מערכת ההפעלה בפני תוכנות מזיקות וכדומה.

לפיכך, כך גורסת מיקרוסופט, התנאי הקבוע בתקנה 163(ג) – "אם התביעה נוגעת לאותו עניין" – איננו מתקיים כאן ועל כן ההמצאה דרך מיקרוסופט ישראל איננה כדין.

יצוין כי ב"כ המשיבה 1, משרד עורכי הדין עמר רייטר ז'אן שוכטוביץ ושות', שב והדגיש כי הוא מייצג אך ורק את החברה הישראלית עצמה, ולא את חברת האם האמריקאית. המידע שסופק במסגרת תשובת המשיבה 1 לבקשה ובמהלך הדיון



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 51304-08-23 פאסט קורפורייט בע"מ נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

בפניי אמנם נתקבל ממיקרוסופט קורפוריישן, שמסרה אותו למשיבה 1, אך זאת לצורך מתן ההתייחסות הנדרשת על מנת להשיב לבקשה באופן ענייני, ומבלי להודות בסמכות בית המשפט בישראל לדון במחלוקת, כאשר חברת האם היא הצד הנדרש לגוף העניין.

(ב) יתרה מזו, ומעבר להיבט ההמצאה כדין, גורסת מיקרוסופט כי הפורום הנאות בו יש לברר את הסכסוך איננו בישראל. היא מצביעה על כך שחנות האפליקציות של המבקשת איננה פונה לקהל ישראלי אלא לקהל בינלאומי, והיא מופיעה ומתנהלת בשפה האנגלית בלבד.

לדברי מיקרוסופט, הניטור והאכיפה של נוהל סיווג האפליקציות אינם קשורים לישראל, והם נעשים על ידי חברת האם ללא קשר לישראל, כאשר הפלטפורמה עצמה (מערכת ההפעלה Windows) היא תשתית על-לאומית שאיננה ממוקמת בישראל.

(ג) מעבר לכך, ולעניין ההצדקה להעניק סעד זמני, מיקרוסופט סבורה כי סיכויי התובענה העיקרית להתקבל הם קלושים כי היא מבוססת על הוראות חוק התחרות הכלכלית, ועל מנת להוכיח ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי, יש להוכיח את קיומם של יסודות רבים, וביניהם קיום מונופולין, ניצול לרעה של המעמד, וחשש להפחתת תחרות. לדעת מיקרוסופט, היסודות הנדרשים אינם מתקיימים במקרה דנן.

(ד) אשר למאזן הנוחות, מיקרוסופט טוענת כי באחריותה לשמור על טוהר מערכת ההפעלה לטובת כלל משתמשי windows, ואין למנוע ממנה לנקוט פעולות נחוצות על פי נוהלי ההגנה שלה כאשר ניצבת בפניה תוכנה שמפרה את אותם כללים או החשודה בהפרתם.

מנגד, הנזק הכספי לו טוענת המבקשת כלל לא הוכח.

יתרה מכך, לדברי מיקרוסופט, בהתאם לסיווג התקף היום – PUA – הגישה לאתר המבקשת והאפשרות להתקין ולהשתמש בחנות אינן חסומות (וראו סעיפים 12 ו-15 לעיל).

(ה) ממשיכה מיקרוסופט וגורסת כי:

- מדובר למעשה בבקשה למתן צו עשה ולא צו מניעה, כי המבוקש הוא לבטל סיווג שכבר אומץ ויושם;



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 51304-08-23 פאסט קורפורייט בע"מ נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

- יש זהות בין המבוקש בבקשה לסעד זמני ובין הסעד ההצהרתי המבוקש בתובענה העיקרית;
 - הליכים לסעד זמני "אינם מתאימים לבירור עובדות וטענות סבוכות מתחום דיני התחרות";
 - נזקה של המבקשת, ככל שהוא קיים, ניתן לפיצוי כספי ככל שייפסק כי מיקרוסופט היא אחראית לנזק זה.
 - (ו) כמו כן, מיקרוסופט הצביעה על העובדה ששלושים ושתיים חברות אבטחת מידע (security vendors) זיהו בעייתיות בתוכנת החנות של המבקשת, נכון לתאריך 25.7.2023. יצוין כי במענה לכך, המבקשת טוענת כי מספר החברות המתריעות כאמור פחת לשמונה בלבד במהלך חודש אוגוסט.
 - (ז) לבסוף מיקרוסופט טוענת כי נתגלו גרסאות של החנות שמנסות לעקוף את הגנות האנטי-ווירוס של מיקרוסופט (על ידי הוספת "החרגות") וכי גם נושא זה נמצא בבדיקה. יוער כי עניין אחרון זה לא שימש עילה לשינוי הסיווג נושא הדיון.
22. לאחר שקילת טענות הצדדים הגעתי למסקנה כי ההליכים לא נפתחו כדין כנגד המשיבה 2, מיקרוסופט קורפוריישן, שהיא על פני הדברים הצד הרלבנטי למחלוקת.
- תקנה 9(א) לתקנות מורה כי "הליך בבית משפט יפתח בהגשת כתב תביעה, שבמענה לו יוגש כתב הגנה".
- תקנה 158(א), המצויה בפרק י"ט לתקנות שעניינו "המצאות", מבארת כי "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."
- התכלית הכפולה של המצאת כתב טענות ראשון – יידוע והקניית סמכות – נדונה בהרחבה ברע"א 3774/22 תרו תעשייה רוקחית בע"מ נ' הייט ושנהב, ניתן ביום 25.10.2022, ואין טעם לחזור על הדברים כאן (וראו גם רע"א 4625/22, רון יעקב נענה נ' רון כץ, ניתן ביום 10.1.2023).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 51304-08-23 פאסט קורפורייט בע"מ נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

23. כאמור, ההמצאה במקרה הנדון, הן של התובענה העיקרית והן של הבקשה לסעדים זמניים, בוצעה כביכול בהתאם לתקנה 163(ג) (בכל הנוגע למשיבה 2). המבקשת בחרה שלא לפעול לפי תקנות 166 ו-167 (המצאה מחוץ לתחום המדינה).

יוזכר בהקשר זה כי "מטרת הסעד הזמני היא להבטיח זכות לכאורה במהלך ההליך המשפטי ואת קיומו התקין והיעיל של ההליך או את ביצועו הראוי של פסק הדין" (תקנה 94), וכי ככלל בקשה למתן סעד זמני תוגש במקביל או לאחר הגשת תובענה עיקרית (תקנה 95(ב) ו-1(ג)). משמע, עניין הסעד הזמני נלווה להליך העיקרי ומשרת אותו, ואם ההליך העיקרי לא נפתח כדין, אין מקום להידרש לסעד זמני המתבקש במסגרתו.

24. תקנת משנה 163(ג), העומדת במוקד הדיון כאן, קובעת לאמור:

"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 בשניויים המחויבים גם על תקנת משנה זו."

נמצא אפוא כי תחולתה של תקנת המשנה מותנית בקיום ששה יסודות:

(א) נמען ההמצאה מתגורר מחוץ לתחומי המדינה;

(ב) יש לנמען נציג מטעמו;

(ג) הנציג האמור נמצא בתחומי המדינה;

(ד) הנציג מייצג את הנמען באופן קבוע;

(ה) הייצוג האמור הוא בקשר לענייניו של הנמען בישראל;

(ו) התביעה שמבקשים להמציאה לנמען נוגעת לאותו עניין שהוא מושא הייצוג.¹

גם תקנה 163(ג) זכתה לליבון רחב ויסודי בעניין תרו הנ"ל, ונבחנו שם תכליותיה של התקנה, לשונה, יסודותיה, ויחסה לתקנה הקודמת באותו נושא, תקנה 482(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984.

¹ יש להבין את התיבה "אותו עניין" – בלשון יחיד – כמפנה "ענייניו בישראל" – בלשון רבים – של הנמען.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 51304-08-23 פאסט קורפורייט בע"מ נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

25. במקרה הנוכחי, השאלה המתעוררת היא האם התביעה (וכמוהו, הבקשה לסעד זמני) אכן "נוגעת לאותו עניין" בקשר אליו המשיבה 1, מיקרוסופט ישראל, פועלת באופן קבוע כנציגה בישראל של המשיבה 2.

כפי שיפורט בהמשך, אין מקום למחלוקת כי מיקרוסופט ישראל מייצגת את מיקרוסופט קורפורייט בישראל באופן קבוע **בעניינים מסויימים**, אולם הסוגיה היא האם התביעה דנן "נוגעת" **לעניינים אלה**.

(יוער כי בפסק דין **תרו** נמצא כי לתרו ארה"ב כלל לא הייתה פעילות ("עניינים") בישראל, כך שתרו **ישראל** ממילא לא יכלה לייצג את תרו ארה"ב בעניינים אלה בישראל. על כן לא היה מקום להמצאת כתב טענות ראשון כנגד תרו ארה"ב באמצעות תרו ישראל (כנציגה). בשל מסקנה זו בית המשפט העליון לא נדרש להכריע בנפרד לגבי התנאי לפיו "התביעה נוגעת לאותו עניין").

26. על מנת להכריע בשאלה האם התביעה דנן אכן נוגעת לעניין הייצוג כנדרש באופן מפורש על פי תקנה 163(ג), יש לאפיין את התביעה מחד (כלומר, לקבוע מה "עניינה"), וכן לאפיין תחומי הייצוג הקבועים, מאידך. רק אם עניין התביעה נופל לתוך ענייני הייצוג, מתקיים היסוד האמור בתקנה 163(ג) (וכדברי כבוד השופט עמית בעניין **תרו**, חלה בתקנה 163(ג) על "**כל 'עניין' שלגביו הנתבע מיוצג על ידי 'נציג' בתחומי המדינה ושאותו עניין הוא נושא התביעה**" (קו ההדגשה איננו במקור).

ברי כי אפיון והגדרת תחומי הייצוג ונושא התביעה יכולים להיעשות במושגים כלליים יותר או במושגים כלליים פחות, ובחירת ה"רזולוציה" של הבחינה עשויה להשפיע על התוצאה המתקבלת. קושי זה מובנה בשימוש במבחן "אותו העניין" בתקנה 163(ג)².

² לשם ההמחשה, ניתן לתאר ייצוג מקומי בשיווק פקאנים קלויים ומסוכרים בכל אחד מהאופנים הבאים: "מסחר"; "מסחר במוצרי מזון"; "מסחר באגוזים"; מסחר באגוזי פקאן"; "מסחר בפקאנים קלויים" או "מסחר בפקאנים קלויים ומסוכרים".



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 51304-08-23 פאסט קורפורייט בע"מ נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

לפיכך, בנקודה זו חשוב להזכיר את אחת מהתכליות העיקריות של המצאת כתב טענות ראשון: הקניית סמכות לבית משפט בישראל כאשר הנמען איננו נמצא כאן - או בלשון תקנה 158(א), "להחיל על הנתבע את מרות בית המשפט".

בהיבט זה מן הראוי להביא חלק מהדברים שנכתבו בעניין תרו על ידי כבוד השופט גרוסקופף:

"על פי תכלית זו, 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...

...

במקרים דוגמת זה שלפנינו, בהם התובע מבקש לפרוש את יריעת שיפוטו של בית המשפט על נתבע שאינו נמצא בארץ, המצאה בהתאם להוראות הדין של כתב הטענות הראשון בהליך מובילה אף לכינון סמכותה הבינלאומית של הערכאה הישראלית.

...

נקודת המוצא לנורמות המסדירות רכישת סמכות שיפוט על נתבע שנמצא מחוץ לתחום השיפוט של מדינה היא עקרון הריבונות הטריטוריאלית.

מהותו של עקרון זה היא כיבוד האוטונומיה של מדינה להסדיר את נורמות ההתנהגות בשטחה, ובהתאם אליו לבתי המשפט של מדינה מוקנית סמכות לדון בענייניהם של אנשים ונכסים המצויים בגבולותיה – ולא מעבר להם.

...

הוראה זו [תקנה 158(א) – ה"ק] מלמדת כי לנגד עיני מחוקק המשנה עמדה לא רק תכלית הידוע, אלא גם תכלית רכישת הסמכות, וזאת בהינתן השימוש התכוף שנעשה בהסדר בו עסקינן לצורך המצאת כתב הטענות הראשון המוגש.

...

כינון סמכות השיפוט מכוח המצאה לנציג נשען על מרכיב של נוכחות קונסטרוקטיבית של הנתבע הזר בישראל באמצעות הנציג הישראלי –



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 51304-08-23 פאסט קורפורייט בע"מ נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

נוכחות אשר מחוקק המשנה קבע תנאים לקיומה בין היתר בתקנה 163(ג).

...

הדרישה לנוכחות של הנמען בישראל לצורך הגשמת תכלית רכישת הסמכות במסגרת תקנה 163(ג) משמיעה לנו כי עלינו לנהוג בזהירות כאשר אנו בוחנים את מעמדו של הגורם הישראלי שנטען כי הוא משמש כנציגו של הנתבע בישראל. בייחוד, עלינו להיזהר כאשר אנו מפרשים בהקשר זה תנאים שמהותם היא ההתרחשות בתוך גבולות הארץ, דוגמת דרישת קיומם של עניינים בישראל.

...

השאלה היחידה העומדת ביסוד תקנה 163(ג) לתקסד"א החדשות היא עוצמת הזיקה שבין הנתבע הזר לבין מי שנטען כי הוא נציגו בישראל בקשר לעניינים בישראל בגינם הוגשה התביעה. (מתוך סעיפים 12, 14, 15, 29, 34, 35 ו- 42 לפסק הדין)

נדגיש את המילים האחרונות שצוטטו לעיל:

"... בקשר לעניינים בישראל בגינם הוגשה התביעה".

27. להבנתי, המסר העולה מפסיקה מחייבת זו (וגם מעניין נענה נ' כץ, שבא אחריה) הוא שאין מקום להרחבת יתר של אפשרות ההמצאה על פי תקנה 163(ג) ואין מקום ליישמה בגמישות יתר – בהינתן משמעות הקניית סמכות לדון בתביעה לבית משפט בישראל כלפי אדם זר. זאת "הזהירות" אליה מתייחס כבוד השופט גרוסקופף.

היבט נוסף של זהירות זו הוא הימנעות מאימוץ פרשנות לתקנה 163(ג) ה"מסיגה את גבולה של תקנה 166 לתקסד"א, העשויה להצדיק רכישת סמכות בהתקיים זיקות מתאימות שאינן תלויות בנוכחות בישראל..." (סעיף 41 לפסק דין תרו).

28. מיקרוסופט ישראל מתארת את תחום פעילותה כדלקמן (והדברים למעשה לא נסתרו):



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 51304-08-23 פאסט קורפורייט בע"מ נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

"מיקרוסופט ישראל היא חברת בת של Microsoft Corporation (המשיבה 2), אשר מסייעת לקידום מוצריה ושירותיה של Microsoft Corporation וחברות הבת הזרות שלה, בקרב חברות ישראליות ובמגזר הציבורי בישראל. מיקרוסופט ישראל אינה מוכרת מוצריה של Microsoft או רישיונות לתוכנות Microsoft כלשהן ואף אינה עוסקת בשיווק למפתחי אפליקציות דוגמת המבקשת או בכלל.

...

מיקרוסופט ישראל עוסקת בקידום מוצריהן של Microsoft Corporation והחברות הזרות שלה, בקרב חברות ישראליות ובמגזר הציבורי בישראל. היא אינה עוסקת בהפעלת מערכות כלשהן, ובכלל זה גם לא בהפעלת המערכות שעל גביהן מופעלת האפליקציה של המבקשת. היא גם אינה אחראית או עוסקת בשום צורה בחסימה או סיווג של אפליקציות כפוגעניות, מזיקות ו/או עוברות על נהלי Microsoft Corporation. מיקרוסופט ישראל גם לא מוכרת מוצרים של Microsoft או רישיונות לתוכנות Microsoft כלשהן ואף אינה עוסקת בשיווק למפתחי אפליקציות דוגמת המבקשת או בכלל."

(מתוך סעיפים 3 ו-19 לתשובה לבקשה)

בתצהיר מטעם מיקרוסופט, עו"ד הילה היבש, היועצת המשפטית של מיקרוסופט ישראל, הצהירה:

"מיקרוסופט ישראל היא חברת בת של Microsoft Corporation (המשיבה 2), אשר מסייעת לקידום מוצריה של Microsoft Corporation וחברות הזרות שלה, בקרב חברות ישראליות ובמגזר הציבורי בישראל. מיקרוסופט ישראל אינה מוכרת מוצרים של Microsoft או רישיונות לתוכנות Microsoft כלשהן ואף אינה עוסקת בשיווק למפתחי אפליקציות דוגמת המבקשת או בכלל.

...

מיקרוסופט ישראל לא עוסקת בשום צורה בחסימה או סיווג של אפליקציות כפוגעניות, מזיקות ו/או עוברות על נהלי Microsoft Corporation. איש מעובדיה אינו עוסק בנושא ואינו מקבל החלטות בנוגע לשלל הפעולות והטענות שהמבקשת קשרה למיקרוסופט."



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 51304-08-23 פאסט קורפורייט בע"מ נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

(מתוך סעיפים 3, 4, 6 ו-7 לתצהיר)

בחקירתה לפניי בדיון שהתקיים ביום 28.8.2023, עו"ד היבש השמיעה דברים דומים לגבי מהות הפעילות של מיקרוסופט ישראל:

"מיקרוסופט [ישראל] היא זרוע שיווקית של מיקרוסופט [העולמית]. למעשה, מה שמיקרוסופט ישראל עושה היא לקדם את פתרונות מיקרוסופט ... בדרך של אירועים שיווקיים בעיקר בתחום זה, קידום מכירות וחינוך השוק..."
(עמוד 22 לפרוטוקול הדיון, שורה 3 עד שורה 5; וכן בהמשך עד שורה 27)

עו"ד היבש הוסיפה כי פעילות המחקר ופיתוח של מיקרוסופט בישראל איננה מבוצעת על ידי המשיבה 1 אלא על ידי קבוצה אחרת (עמוד 19, שורות 30 – 31), וכי מיקרוסופט ישראל אף לא עוסקת בתמיכה טכנית (עמוד 22, שורה 7 עד שורה 14).

29. התביעה, ועמה הבקשה למתן סעדים זמניים, נוגעת לפעולות מיקרוסופט שנועדו (לטענתה) להגן על משתמשיה בפני אפליקציות שעלולות לפגוע או להזיק – על פי אמות מידה שקובעת מיקרוסופט עצמה. נמצא כי עיסוק זה מורכב ממספר חלקים:

- הגדרת רמות שונות של תוכנות פוגעניות (או שעלולות לפגוע);
- ביצוע פעולות ניטור שוטפות על מנת לזהות אפליקציות מזיקות או חשודות (שוב, לפי הגדרתה של מיקרוסופט);
- נקיטת צעדים במקרה של איתור בעיה: חסימה, או לחילופין הצבת הודעת אזהרה למשתמש שמחייבת בחירה מודעת בהתקנת התוכנה.

30. לא שוכנעתי על פי הראיות שהוצגו כי מיקרוסופט ישראל עוסקת כלל בעניינים האמורים, לא במישרין ולא בעקיפין.

31. המבקשת היא בעלת חנות אפליקציות שמוצעת לשימוש על גבי מערכת ההפעלה של מיקרוסופט בכל מקום בעולם. החנות מופיעה בשפה האנגלית ומיועדת, כך נראה, לקהל כללי ורב לאומי.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 51304-08-23 פאסט קורפורייט בע"מ נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

עניין התביעה הוא טענת המבקשת כי מיקרוסופט סיווגה את חנות האפליקציות שלה שלא בצדק (מתוך מניע כלכלי, אנטי-תחרותי פסול) כחשודה (potentially unwanted application), וכתוצאה מכך נגרמה ונגרמת פגיעה חמורה בעסקיה של המבקשת. כאמור לעיל, אין מחלוקת כי כיום החנות אכן מסווגת כ- PUA (אם כי, כמוסבר, הנפקות המעשית של סיווג זה לגבי משתמשי מיקרוסופט לא הובהרה דיה).

אם כן, בלב התביעה עומדת החלטה פרטנית של מיקרוסופט בעניין הסיווג, החלטה שנתקבלה על פי אמות מידה כלליות שמיקרוסופט עצמה קבעה.

דא עקא, לא הובאו ראיות כדי להראות כי ההחלטה הפרטנית האמורה נתקבלה במעורבותה של מיקרוסופט ישראל או כדי להראות כי מיקרוסופט ישראל הייתה מעורבת בקביעת אמות המידה הכלליות (הנוהל).

בעניין זה דברי מיקרוסופט בתשובתה (סעיף 4) לא נסתרו:

"מבירור שערך מיקרוסופט ישראל אצל Microsoft Corporation התברר כי האפליקציה של המבקשת סווגה כפוגענית (וכפי שיובהר להלן, חברות רבות סיווגו כך את האפליקציה של המבקשת). מיקרוסופט ישראל לא עוסקת בשום צורה בחסימה או סיווג של אפליקציות כפוגעניות, מזיקות ו/או עוברות על נהלי Microsoft Corporation. איש מעובדיה אינו עוסק בנושא ואינו מקבל החלטות בנוגע לשלל הפעולות והטענות שהמבקשת קשרה למיקרוסופט ישראל."

32. אמנם מר דחוביץ, הבעלים והמנכ"ל של המבקשת, שב ואמר בחקירתו כי "מיקרוסופט זה מיקרוסופט", כלומר מדובר בקונצרן רב-לאומי וכי יש לראות בזרוע הישראלית (המשיבה 1) כנציגה של הקונצרן לכל דבר ועניין.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 51304-08-23 פאסט קורפורייט בע"מ נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

אולם לדעתי נדרש יותר מזיקה כללית כזו כדי להחיל על המקרה את הוראות תקנה 163(ג). נדרש כי התביעה "נוגעת לאותו עניין" **בקשר אליו** מיקרוסופט ישראל מייצגת את מיקרוסופט קורפוריישן בישראל באופן קבוע.

לא שוכנעתי כי יסוד זה מתקיים בנסיבות דנן וזאת אף אם נאמץ גישה בלתי מחמירה אשר למשמעות התיבה "אותו עניין".

גם אם נכונה העדות של מר דחוביץ כי ישראלי בשם ברק שיין היה בעבר בין קובעי מדיניות ההגנה של מיקרוסופט, אין בה כדי להוכיח כי הוא עבד במשיבה 1 או פעל מטעמה בנושא סיווג תוכנות כמזיקות או מפרות.

יתרה מזאת: כאשר המבקשת עצמה יזמה בירור לגבי סיווג תוכנות החנות (באמצעות Appesteem), הפניה נעשתה במישרין למיקרוסופט העולמית ולא למיקרוסופט ישראל (ראו סעיף 13 לעיל).

33. כמו כן לא שוכנעתי מטענת המבקשת לפיה מדובר ב"אותו עניין" לצורך תקנה 163(ג) מפני שמיקרוסופט ישראל עוסקת בשיווק מערכות Windows, **לרבות** תוכנת האנטי-וירוס Defender, שתפקידה לגלות נזקה (ראו סעיף 41 לסיכומי המבקשת). עו"ד היבש בחקירתה ציינה כי לחברת מיקרוסופט ישראל אין צוות שעוסק בנושא ה- Defender (עמוד 22, שורה 25).

למה הדבר משול? הניחו כי מפעל טקסטיל בישראל מעוניין לייצא אריגים ליצרן מכונות סיני לשם השימוש בהם בייצור ריפוד מושבי המכוניות. יצרן המכוניות הזר לא בוחר ביצרן הטקסטיל הישראלי כספק והאחרון סבור כי יש לו עילת תביעה טובה בשל כך כנגד יצרן המכוניות. עוד הניחו כי יצרן המכוניות הסיני מינה סוכנות-יבואנית ישראלית לשווק את המכוניות שלה בישראל.

על פי עובדות אלה, נראה כי מפעל הטקסטיל איננו יכול לנצל את תקנה 163(ג) כדי להמציא כתב תביעה נגד היצרן הסיני באמצעות הסוכנות הישראלית. אמנם הסוכנות



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 51304-08-23 פאסט קורפורייט בע"מ נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

המקומית עוסקת **במכירת** המכוניות בארץ, אך אין היא עוסקת בבחירת הספקים שיספקו את החומרים הדרושים **לייצור** המכוניות בסין.

אמנם במקרים המתאימים ניתן להצדיק הקניית סמכות לבית משפט בישראל בשל העובדה שצרכנים ישראלים קונים מוצרים של קונצרנים רב-לאומיים והשימוש במוצרים נעשה כאן (ואכן מיקרוסופט ישראל פועלת כזרוע שיווקית, לפי דבריה). אולם התביעה דן עניינה בנושא אחר לגמרי – השימוש שעושה המבקשת בפלטפורמה הכללית של מיקרוסופט העולמית (מערכת ההפעלה) על מנת להפיץ ולמסחר את **המוצר של המבקשת**, קרי חנות האפליקציות (כאשר, כמוסבר, אין כל הסכם בין המבקשת ובין מיקרוסופט והמבקשת איננה משלמת תמורה למיקרוסופט). בנושא זה ראו גם את האמור בסעיף 38(ה) להלן.

34. אינני סבור כי יש לזקוף לחובתה של מיקרוסופט קורפוריישן את העובדה שהיא ומיקרוסופט ישראל שיתפו פעולה בעקבות הגשת הבקשה למתן סעד זמני על מנת למסור לבית המשפט הסברים לגוף העניין, כאשר כל העת הודגש כי מיקרוסופט קורפוריישן כופרת בביצוע המצאה כדין נגדה.

אף אינני סבור כי מיקרוסופט קורפוריישן מושתקת במקרה הנוכחי מלהעלות טענת סף בנושא תקנה 163(ג) בשל העובדה שבמקרים אחרים, בהם הוגשו תביעות אחרות בנושאים **אחרים**, היא לא כפרה בהמצאת כתב התביעה באמצעות מיקרוסופט ישראל. סוגיית "אותו העניין" חייבת להיבחן באספקלריה של התביעה המסויימת שהתובע מבקש לפתוח.

35. אביא כאן בהסכמה את דברי כבוד השופט ר' חיימוביץ בע"ר 25354-11-22 **צחור נ' טידיקי – למבדא בע"מ ואח'**, ניתן ביום 13.4.2023 :

"מחוקק המשנה הבהיר אפוא כי אין די בקיומו של נציג המייצג את ענייניו של הנתבע הזר בישראל בקשר לענייניו כדי להקנות סמכות לבית המשפט הישראלי, והסמכות נקנית רק אם התביעה היא באותו



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 51304-08-23 פאסט קורפורייט בע"מ נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

עניין שבו לנתבע הזר יש פעילות בישראל. כלומר, קיומו של נציג לעניין אחד אינו מאפשר המצאה אם התביעה נוגעת לעניין אחר.

...

... עצם קיומה של נוכחות קונסטרוקטיבית בישראל אינה מקנה לבית המשפט הישראלי סמכות שיפוט לגבי כלל פעילותו הבינלאומית של אותו נתבע זר, והתנאי הרביעי, מבחן אותו העניין, מבהיר כי קניית הסמכות נעשית משום שהתביעה היא באותו תחום פעילות (במובן הרחב) שבה יש לאותו נתבע זר נוכחות קונסטרוקטיבית בישראל. בכך איזן מחוקק המשנה בין הצורך בהחלת סמכות השיפוט הישראלית על תאגידים בינלאומיים הפועלים בישראל בעקיפין, לטובת האזרח והצרכן הישראלי, ובין החשש מהרחבת סמכות השיפוט והרתעה מהשקעות בישראל."

(מתוך סעיפים 16 ו- 17 לפסק הדין)

36. אפנה עתה לטיעון נוסף שהעלתה המבקשת לאחר קיום הדיון בבקשה.

מיקרוסופט ישראל נוסדה בשנת 1989. בהתאם לפקודת החברות שהייתה אז בתוקף, נקבע לה **תזכיר** התאגדות עם היווסדה. תזכיר זה, כך נראה, מעולם לא בוטל.

ברישא לסעיף 2 לתזכיר (המנוסח בשפה האנגלית) נאמר:

"The object of the Company is to engage in any lawful business, act or activity for which a company may be registered under the laws of Israel."

מיד בהמשך אותו סעיף 2, ומבלי לגרוע מכלליות הרישא, מופיעה רשימה של 28 מטרות (objects) מסויימות שהחברה רשאית לפעול בתחומן. המטרה הראשונה המופיעה ברשימה היא זו:

"To engage in all computer business (software, hardware) including research, development, trade, distribution, maintenance, service, and



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 51304-08-23 פאסט קורפורייט בע"מ נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

any other objects necessary in promoting and maintaining a computer firm.

To represent the interests of Microsoft Corp. in Israel."

המבקשת מדגישה את המשפט האחרון הנ"ל ולגישתה מטרה זו סותמת את הגולל על נסיון המשיבות לטעון כי לא מתקיימים התנאים הדרושים על פי תקנה 163(ג) – הרי מיקרוסופט ישראל, לפי תזכירה, רשאית לייצג את מיקרוסופט קורפוריישן, **בכל דבר ועניין**, וזאת הייתה אחת ממטרות הקמתה.

37. מיקרוסופט משיבה כי התזכיר המקורי נוסח באופן הרחב ביותר וזאת בתקופת תחולת פקודת החברות ועל רקע דוקטרינת האולטה-וירס שרווחה אז (שמא ייטען כי החברה פועלת בחריגה מתחומי סמכותה). היא מצביעה על העובדה שרשימת המטרות בתזכיר היא גורפת ביותר. ואכן הרשימה כוללת עיסוקים מגוונים מאד, לרבות (למשל) ניהול כל סוג עסק או תעשיה, הלוואת כספים ואף **"to carry on the business of owners, managers and operators of hotels..."** (סעיף קטן (h)).

והנה משנכנס לתוקף חוק החברות בשנת 1999, אומץ **תקנון** מהסוג הרווח היום, ועל פי סעיף 4.1 לתקנון התקף, **"The objectives of the Company are to engage in and carry on any lawful business and activities."**

בתקנון אין עוד אזכור לעניין **Microsoft Corp. in Israel** .represent the interests of

לדעת מיקרוסופט, הדבר הקובע לעניין יישום תקנה 163(ג) הוא מהות הייצוג בפועל ולא אפשרויות הייצוג על פי מסמכי ההתאגדות.

38. שקלתי בכובד ראש טיעון זה של המבקשת בקשר לתוכן התזכיר, אך הגעתי למסקנה כי אין בה כדי לשנות את התוצאה אליה הגעתי. אנמק:



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 51304-08-23 פאסט קורפורייט בע"מ נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

א. ניתן להבין את סעיף 2(a) לתזכיר, על פי ניסוחו ומבנהו, כך שייצוג האינטרסים בישראל איננו מקיף כל נושא הכלול בקשת פעילויותיה של מיקרוסופט קורפוריישן אלא רק אותם אינטרסים המקודמים באמצעות העיסוק המקומי של מיקרוסופט ישראל בישראל (כלומר, פעולת ה-representation בסיפא קשורה לפעולת ה-engagement in all computer business המוזכרת ברישא). הרי המשפט המזכיר ייצוג אינטרסים איננו מטרה נפרדת (סעיף קטן נפרד) אלא חלק מסעיף קטן (a) בלבד.

ב. דומה כי משנחקק חוק החברות, מטרות החברה הן אלה שנקבעו **בתקנון** – וראו סעיפים 18(2) ו-32 לחוק. במקרה דנן תקנון החברה מאפשר כל עיסוק חוקי, ואין התייחסות מפורשת ל"ייצוג אינטרסים" של תאגיד אחר.

ג. קבלת טענת המבקשת בנושא זה תוביל לתוצאה גורפת: תקנה 163(ג) תחול על מיקרוסופט ישראל **בכל עניין אפשרי** ולגבי **כל תביעה** אשר תוגש נגד מיקרוסופט קורפוריישן, תהיה מהותה אשר תהיה. הרי לכאורה הייצוג המוזכר בסעיף 2(a) לתזכיר עשוי להקיף כל דבר, לרבות דברים שמיקרוסופט ישראל עצמה איננה עוסקת בהם. משמע, מכוח התזכיר מיקרוסופט ישראל מהווה נציגה **כללית** וניתן להמציא באמצעותה כל תביעה שהיא המוגשת נגד מיקרוסופט קורפוריישן. זאת איננה תוצאה סבירה.

ד. יש לפרש את תקנה 163(ג) כך שעניין התביעה – "אותו עניין" – נמנה עם העניינים שהנציג עוסק בהם **בפועל** ("המייצג אותו באופן קבוע בקשר לענייניו") ולא די בכך שאותו גורם מקומי **מוסמך או מורשה** לייצג בעניין כלשהו אך איננו עושה זאת הלכה למעשה. הרשאה גרידא איננה מספיקה.

במקרה הנוכחי, לא נסתרה טענת מיקרוסופט ישראל שהיא כלל לא עוסקת בתחום הניטור בפני תוכנות מזיקות או חשודות – לא בקביעת הנהלים ולא באכיפתם.

ה. במישור התכליות, יש לזכור כי תקנה 163(ג) מאפשרת המצאה של תביעה המופנית כלפי אדם זר בשל **נוכחותו הקוסטרוקטיבית בישראל**. רואים את האדם הזר כאילו הוא עצמו נוכח בישראל בשל נוכחות נציגו כאן, ונוכחות זו מצדיקה את "**החלת מרות בית המשפט**". אולם פיקציה משפטית זו מותנית בקיום תנאי חשוב, המופיע באופן מפורש בתקנה 163(ג): כי עניין התביעה נכלל בענייני הייצוג. התנאי האמור יכול להתמלא אם וכאשר האדם הזר **בוחר לפעול בישראל** בעיסוק מסוים או בפעילות מסויימת – **אמנם באמצעות נציג**. בחירה זו **חושפת** את האדם הזר



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 51304-08-23 פאסט קורפורייט בע"מ נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

להמצאת תביעה באופן הקבוע בתקנה 163(ג), אם הוא נתבע **בקשר** לעיסוק זה או פעילות זאת.

אולם כאשר אפשרות הייצוג בעניין מסויים אמנם מותרת (למשל, לאור הרשאה הניתנת במסמכי התאגדות) אולם היא **איננה ממומשת** במציאות, ואותה בחירה לפעול באמצעות נציג בישראל באותו עניין **איננה** מתקיימת, אזי אין לראות את הזר כמי שחשף את עצמו להמצאת תביעה באמצעות נציג מקומי.

זה, על פני הדברים, המצב דן, לגביו לא הוכח כי מיקרוסופט ישראל קשורה לנושא התביעה (אף אם היא יכולה, בכוח, להיות קשורה לכך לפי הוראות תזכירה או תקנונה).

39. נמצא אפוא כי אין לדון במתן סעדים זמניים – אשר ממילא יהיו חייבים להיות מופנים כלפי המשיבה 2 על מנת להיות יעילים ואכיפים – בהעדר המצאה כדין של כתב טענות ראשון לידי המשיבה 2.

40. הבקשה, כפי שהוגשה, נדחית.

41. מכיוון שכך, אינני נדרש להביע עמדה, לכאן או לכאן, אשר להתקיימות עילה מספיקה על פי תקנה 166, שיכולה להצדיק המצאה מחוץ לתחום המדינה, משלא לא הוגשה כל בקשה בנושא.

42. כמו כן, לנוכח מסקנתי לגבי אי תחולת תקנה 163(ג), אין מקום להידרש עתה לנושא מאזן הנוחות או לנושא סיכויי התובענה העיקרית להתקבל.

43. לפני סיום ארשה לעצמי לחזור על דברים שהשמעתי באוזני הצדדים: התרשמותי הראשונית היא כי ייטיבו הצדדים לפתור את מחלוקת ולהסדיר את הנושא במישור המקצועי/הטכני, ולא באמצעות כלים משפטיים.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 51304-08-23 פאסט קורפורייט בע"מ נ' מיקרוסופט ישראל בע"מ ואח'

44. המבקשת תשלם למשיבה 1 סכום הוצאות משפט כולל על סך 7,500 ש"ח בעקבות דחיית בקשתה, וזאת תוך 30 ימים.

ניתנה היום, כ"ח אלול תשפ"ג, 14 ספטמבר 2023, בהעדר הצדדים.

חתימה

ה' קירש, שופט

