

בית המשפט המחוזי בירושלים	
לפני: כב' השופט משה דרורי	
בש"א 1929/02	
בש"א 2477/02	
בש"א 3713/02	
בש"א 935/03	
ת.א. 4183/02	
04/04/2004	

בעניין:

זו תיירות בע"מ
על ידי ב"כ עו"ד דניאל אלגז אדלמן ושות'

המבקשת

- נ ג ד -

1. הוטלס אונליין בע"מ
על ידי ב"כ עו"ד חן לבנת

2. Hotel Reservations Network Lne
על ידי ב"כ עו"ד פ.ג. נשיץ

המשיבותהחלטהכללי

1. במוקד הדיון שבפנינו עומד אתר אינטרנט, אשר בו ניתן להזמין בתי מלון בכל רחבי העולם. לטענת המבקשת היא הכינה אתר זה בעברית, לאחר שהתקשרה עם משיבה 2, אך משיבה 1 החלה להפעיל אתר דומה בעברית, תוך הפרת זכויותיה של המבקשת. הבקשה המקורית היתה לצווים זמניים - צו עשה ולצו מניעה כלפי המשיבות. בהמשך, עלו שאלות נוספות, כגון: העברת הנושא לבוררות.
2. החלטה זו תתייחס אך ורק לבקשות הביניים שבתיק. אין בכוונתי לחוות דעה - אלא אם כן הדבר יהיה הכרחי ונחוץ - ביחס לתביעה העיקרית ולסיכויי הצלחת המבקשת (התובעת) בה, שכן בתיק שבפניי לא מצויים כלל כתבי הגנה של מי מהנתבעות, אף שהתביעה הוגשה בשנת 2002. בנוסף לכך, מטבעם של הליכי ביניים, המידע שהוצג והראיות שהובאו, הינם חלקיים בלבד. התמונה המלאה, כמקובל, נפרסת בתיק העיקרי.
3. אציג תחילה את הצדדים להליך וגופים נוספים הקשורים אליהם; לאחר מכן אתאר את ההליכים בבקשות הביניים, את תמצית הראיות שהוגשו ואת עיקרי טענות הצדדים; בעקבות כך אתייחס לנושאים הבאים: זכותה הלכאורית של המבקשת לאתר האינטרנט; האם יש מקום ליתן צו מניעה; כיצד יש להתייחס לסעיף הבוררות בהסכם שבין המבקשת למשיבה 2, וכיצד הוא משפיע על ההליכים בתיק זה, שבו אחד הצדדים היא משיבה 1, שאינה צד להסכם זה.

הצדדים

4. **המבקשת**, חברת זוז תיירות בע"מ, היא חברה ישראלית העוסקת בייזמות בתחום התיירות. הרוח החיה של החברה הוא מר גד יולוס (להלן - "יולוס"). תחילה פעל הוא באמצעות חברה בשם עין גד תור בע"מ (להלן - "עין גד"), ובשלב מאוחר יותר, ככל שהדבר קשור למשפט שבפנינו, פעל הוא באמצעות חברת זוז תיירות בע"מ (להלן - "זוז" או "המבקשת"), אשר התקשרה בהסכם עם משיבה 2, הכל כפי שיפורט להלן (פיסקה 20 ואילך).

5. **משיבה 2**, היא חברה הרשומה בארה"ב, אשר שמה המקורי היה זה: **Reservations Hotel Network Inc.** שמה עתה הוא **Hotels. Com.** (להלן - "HRN" או "משיבה 2"). חברה זו נחשבת כחברה הגדולה בעולם בתחום הזמנות שירותי תיירות, ובעיקר חדרי מלון, באמצעות האינטרנט.

6. **משיבה 1** היא חברה ישראלית, ששמה הוא הוטלס אונליין בע"מ, ובאנגלית: **Online Hotels Ltd.** חברה זו רשומה ברשם החברות בישראל (ראה פלט מחשב נספח י לבקשה בבש"א 4183/02) (להלן - "הוטלס אונליין" או "משיבה 1"). בעל מניותיה היחיד של חברת הוטלס היא חברה אמריקאית בשם: **Hotel Reservations Online Inc.** (להלן - "HRO" או "חברת האם").

7. בנוסף לצדדים להליך (שהובאו בפיסקאות 4-6 לעיל) הוזכרו במהלך הדיון והראיות אישים וגופים נוספים בתחום התיירות, הפועלים בענף האינטרנט. לענייננו, החברה החשובה שבהם היא חברה בשם **One Travel Com.** (להלן גם - "החברה המתחרה").

אתרי אינטרנט

8. במסגרת הצגת הנתונים, פרט לצדדים עצמם, מן הראוי לומר כי "גיבורי" הפרשה שבפנינו הם מספר אתרי אינטרנט של הצדדים. האתרים של המבקשת הם אלה:

WWW.ZUZ.CO.IL

WWW.ZUZ.MSM.CO.IL

במהלך המשפט אף הדגים מנהל המבקשת מר יולוס את השימוש באתרים הנ"ל לצורך ביצוע הזמנות לבתי מלון (ראה עמ' 5, שורות 20-22 לפרוטוקול).

9. האתר שמפעילה המשיבה 1, קרוי על שמה: WWW.HOTELSONLINE.CO.IL. גם ביחס לאתר זה בוצעה ההדגמה במהלך עדותו של מנהל המשיבה 1 מר יוסף סוורד (ראה עמ' 12, שורות 17-19 לפרוטוקול).
[נעיר כי יש אתר בעל שם דומה - WWW.HOTELS.CO.IL, אשר דרכו ניתן להזמין מקום בבתי מלון בישראל בלבד; אתר זה איננו שייך למשפט שבפנינו].

תיאור תמציתי של ההליכים

10. ביום 10.6.02, החלו ההליכים בתיק זה. המבקשת הגישה תביעה כנגד שתי המשיבות (ת.א. 4183/02), כאשר מהות התביעה היא: "צו עשה (לאכיפת הסכם), צו מניעה וצו הצהרתי". הסעד המבוקש בתביעה על ידי המבקשת (התובעת) הוא כי בית המשפט יורה ויצהיר כי שיווק של שירותי המשיבה 2 במסגרת האתר של משיבה 1 WWW.HOTELSONLINE.CO.IL מהווה הפרה של התחייבויות אשר ניתנו למבקשת. כן מבוקש בכתב התביעה "להורות על אכיפת ההסכם שבין המבקשת לבין משיבה 2, לפיו המבקשת הינה בעלת הזכות הבלעדית להפעלת אתר בעברית של שירותי משיבה 2, ולהורות למשיבות להימנע משיווק של שירותי המשיבה 2

באתר בעברית, למעט באמצעות המבקשת".

בבקשה שהוגשה באותו יום (בש"א 1929/02), הסעד הזמני המבוקש הוא להצהיר ולהורות על הפסקת שיווק שירותי המשיבה 2 בעברית, במסגרת האתר הנ"ל (www.HOTELSONLINE.CO.IL) המופעל על ידי משיבה 1, וכן להורות למשיבות להימנע משיווק של שירותי משיבה 2 באתר בעברית, למעט באמצעות המבקשת, וכל זאת עד למתן פסק דין בתובענה, אשר במסגרתה התבקש בית המשפט להצהיר כי שיווק שירותי המשיבה 2 במסגרת האתר הנידון בעברית, מהווה הפרה של התחייבויות אשר ניתנו למבקשת, ולהורות על אכיפת זכות הבלעדיות, אשר הוקנתה למבקשת לשיווק שירותי המשיבה 2 בעברית.

11. עם קבלת הבקשה הנ"ל בבש"א 1929/02 טיפלתי בה, כשופט תורן, וקבעתי את הדיון בה (ראה: החלטה מיום ל' סיון תשס"ב (10.6.02)).

12. לאחר שקבעתי מועד לדיון במעמד שני הצדדים, התברר כי היה קושי לבצע מסירה אישית של כתבי בי-דין. בהמשך, נושא זה הפך מעניין טכני לעניין מהותי למחצה, כאשר, מצד אחד, המבקשת ראתה במשיבה 1 שמשרדה בירושלים כתובת גם של משיבה 2 (החברה האמריקאית), וטענה לשיתוף פעולה ביניהן (גם בכותרת הבקשה והתביעה מצוין כי מענה של משיבה 2 הוא "אצל נציגתה הבלעדית הוטלס אונליין בע"מ, רחוב קרן היסוד 25 ירושלים" - משיבה 1).

מאידך גיסא, עמדת המשיבה 1 היתה כי מדובר בשתי חברות נפרדות. בהמשך, בוצעה מסירה נפרדת למשיבה 2, בארה"ב, לאחר שהותרה המצאה לחו"ל. מאז, יוצגה המשיבה 2 על ידי משרד עו"ד נשיץ, ואף הגישה בקשות מטעמה, הכל כפי שיבואר לקמן.

13. בעקבות הבקשה לצו המניעה (בש"א 1929/02), הוגשה על ידי המשיבה 1 תגובה הנושאת תאריך 27.6.02. קיימתי דיון במעמד שני הצדדים (המבקשת ומשיבה 1), וזאת לאחר מספר דחיות שהתבקשו על ידי שני הצדדים הנ"ל לצורך משא ומתן. בישיבה זו נחקרו המנהלים של שני הצדדים, אשר נתנו תצהירים, וכן בוצעו ההדגמות באתרי האינטרנט של המבקשת ומשיבה 1 (ראה פסקאות 8 ו-9 לעיל). ראוי לציין כי בשלב זה, הצדדים שהופיעו בפניי היו המבקשת ומשיבה 1 לבדה.

14. לאחר שלב הסיכומים, ביקשה משיבה 2 לצרף ראיות משני סוגים: הראשון, מכתבים בין משיבה 1 לבין המבקשת וכן תדפיסים של הקבצים שתורגמו על ידי המבקשת באתר נושא הדיון (ראה הודעה מיום 5.8.02). השני, בקשה לצירוף ראיה, שהוגשה במסגרת בש"א 2477/02 (הוגשה ביום 5.8.02), כאשר בה ביקשה המשיבה 1 להגיש כראיה נוספת כתב תביעה שהגישה המשיבה 2 נגד מר מייקל סטובר, ששמו הוזכר בדיונים, וכן הסכם סטנדרטי בין חברת ONE TRAVEL לבין האפילייסט שלה, כפי שפורסם באתר האינטרנט. המבקשת, מצידה, הגישה בקשה לצירוף ראיות ביום 5.9.02, במסגרת בש"א 1929/02 הנ"ל. הראיות המבוקשות הן: מכתב מאותו מייקל סטובר, עובד המשיבה 2, וכן החלטה שהתקיימה בבוררות בארה"ב, שבה היה צד מר יוסף סוורד, מנהלה של משיבה 1.

15. בשלב מאוחר יותר, הוגשו סיכומים בכתב בעניין צו המניעה. תחילה, הוגשו סיכומי המבקשת, לאחריה, סיכומי המשיבה 1, ועליהם הגיבה, כמוסכם, המבקשת.

16. בהמשך, כחודש וחצי לאחר מכן, הוגשה על ידי משיבה 2 (HRN) בקשה לעיכוב הליכים בשל סעיף הבוררות (בש"א 3713/02), כאשר הבקשה נתמכת בתצהירו של מר גרגורי סי פורטר, הנושא תפקיד של יועץ כללי ומזכיר של חברת HRN. ביקשתי את תגובת הצדדים, וצינתי בהחלטתי כי "הצדדים האחרים, בתגובתם, יתייחסו גם לשאלה האם יש לנושא זה השפעה על הבקשות הזמניות שבתיק" (ראה החלטה מיום

כ"ז כסלו תשס"ג (2.12.02), פסקה 2 בתיק בש"א 3713/02). הצדדים האחרים הגיבו לבקשה זו ומשיבה 2 (HRN) הגישה תגובה לאותן תגובות. זו, ללא נטילת רשות, הגישה תגובה לאותה תגובה.

17. בשלב מאוחר יותר, ביום 5.3.03, הגישה HRN בקשה נוספת והיא להוסיף טיעון נוסף בעניין מתן הסעדים הזמניים, וזאת בהקשר לסעיף הבוררות (בש"א 935/03). עיקר הטענה היא כי שההסכם מיום 1.2.2000 בין זו לבין HRN הוא לשנה אחת, שמוארכת אוטומטית, אך ההארכה האחרונה הסתיימה, וזאת בנוסף לטענה כי נשלחה הודעה מטעם HRN לזו על סיום החוזה עוד ב-12.6.2002. לבקשה לא צורף תצהיר. ניתנה החלטה ביום א' אדר ב תשס"ג (5.3.03) המחייבת את הצדדים להגיב. רק זו הגיבה, ועל כך הוגשה תגובה נוספת של HRN ביום 7.4.03.

18. ביום 17.2.04 הגישה HRN בקשה (במסגרת בש"א 3713/02) לצירוף אסמכתאות נוספות בקשר לענייני הבוררות. זה המסמך האחרון הנמצא בתיק, ועתה בשל התיק להחלטה בשני הנושאים שהוזכרו לעיל: צו המניעה הזמני ועניין הבוררות.

19. פרט לתיקים אלה שהיו בפניי, הגישה זו בקשה נפרדת להמצאת כתבי בית דין לחו"ל (בש"א 2215/02). לאחר שבשלב ראשון לא צורף תצהיר על ידה, היא הגישה תצהיר כנדרש, ועל כן החליטה כב' הרשמת, השופטת מ' מזרחי (כתוארה אז) להתיר המצאת כתבי בית דין למשיבה 2 בדואר רשום עם אישור מסירה כאשר כתב הטענות יתורגם לאנגלית והמועד לכתב ההגנה יהיה תוך 60 יום מקבלת התביעה (החלטה מיום 10.9.02). לא מצאתי בתיק את כתב ההגנה של מי מהנתבעות (המשיבות בבקשות). גם לא ראיתי בקשה כלשהי של HRN לערער על החלטת הרשמת. לכך יש משקל בבואי להתייחס לאסמכתאות שהוגשו על ידי HRN ב-17.2.2004.

עיקרי הראיות

20. כעולה מהחומר הרב שהונח בפניי, הקשר בין מר יולוס לבין משיבה 2 החל עוד בשנת 1998.

21. אי מייל שנשלח על ידי מייקל סטובר מ-HRN לחברת עין ביום 9.9.98 הציג את החשיבות של תרגום אתר האינטרנט בעברית. באותו אי מייל יש גם הבטחה לבלעדיות. וזו לשון הקטע הרלבנטי מאותו פקס (נספח ג לבקשה):

"I have spoken with Bob Diener our president and eingad will be the only internet site in Israel, in Hebrew that we will sign on to integrate with per length of contract. This is from date of signed contract 9/7/98. Looking forward to a great business relationship".

22. ההסכם שעליו התבססה התביעה, הוא הסכם הנושא תאריך 29.2.2000, כאשר הצדדים לו הם אלה: מצד אחד, זו תיירות בע"מ (המכונה בהסכם באנגלית "the COMPANY"), ומצד שני המתקשרת היא HRN על ידי נשיאה, רוברט דיינר (ההסכם המקורי ביחד עם

מכתב הפקס מ-05.02.2000, שנשלח על ידי HRN לזוז, ובו בקשה לחתום ולהחזיר, כשהוא חתום, צורף כנספח ה לבקשה; בשל העובדה כי מדובר בדף פקס מטושטש ומצולם, הודפס ההסכם לנוחיות בית משפט על ידי HRN וצורף כנספח לבש"א (3713/02). הסכם זה שימש כבסיס גם לבקשה וגם לדיונים לאחר מכן.

משיבה 1 טענה כי ההסכם, על פניו, אינו חתום ועל כן אינו מחייב (סעיף 4 לסיכומים מיום 2.10.2002). משיבה 2 לא טענה במפורש כנגד ההסכם; נהפוך הוא, היא ביקשה להשתמש בהסכם כעילה לעכב את ההליכים ולהעבירם לבוררות (ראה בש"א 3713/02).

כבר עכשיו אומר, כי התייחסותה של משיבה 2 לאותו הסכם, כאשר ביקשה מכוח הסכם זה לקיים הליכי בוררות, כוללת בחובה הסכמה שלפיה יש תוקף להסכם זה, אף אם יש גם כלשהו בחתימה, כטענת משיבה 1 (כאשר יש לזכור כי משיבה 1 - הצד להסכם - לא טענה טענה זו).

על פני הדברים, נראה כאילו הסכם זה נשלח על ידי המשיבה למבקשת, כדי שזאת תחתום עליו (ראה דף הפקס שצורף במסגרת נספח ה לבקשה), ועל כן יש לראות בכך הסכם מחייב, ובכל מקרה, מנועה משיבה 2 לטעון כנגד תוקף ההסכם, כאשר היא מבססת עליו את בקשתה לעיכוב ההליכים בשל סעיף הבוררות המצוי באותו הסכם. (להלן יכונה מסמך זה - נספח ה לבקשה - "ההסכם").

23. הסכם זה קבע את הסדרי הזמנות בתי המלון באמצעות HRN ואת העמלות להם זכאית חברת זוז (5% - ראה סעיף 6 להסכם). תקופת ההסכם הוסדרה בסעיף 8 שבו, שזה לשונו:

period of one" The term of the agreement shall be for a year beginning FEB -----, 2000. The agreement shall be automatically renewed for successive periods of one year unless cancelled by either party 30 days before the end any year period. If cancelled, HRN shall pay the COMPANY commissions for any bookings generated until cancellations".

(גם בחוזה המקורי לא כתוב היום בחודש פברואר 2000. בעמוד הראשון של החוזה מול המילה תאריך (DATE) כתוב: 29 FEB 2000. לא היתה מחלוקת כי תאריך תוקף החוזה הוא מיום 29.2.00, וכך גם נאמר בסוף סעיף 12 להסכם, כפי שיצוטט עתה. הסעיף שמשמש בסיס לטענת הבלעדיות, ומכוחה זכאית המבקשת, לטענתה, צו מניעה זמני כנגד שתי המשיבות, הוא התחייבות משיבה 2 כלפי המבקשת, האמורה בסעיף 12 להסכם, שבו נאמר:

site in" Zuz Tourism Ltd will be the only Internet Hebrew in Israel that we will sign on to integrate with per length of contract. This is from date of signed contract 29/2/00".

24. משיבה 2 רואה חשיבות גם בסעיף אחר להסכם, הוא סעיף 11, אשר קובע את חובת ההיזקות לבוררות, נושא בו נעסוק בנפרד לאחר הדיון בצו המניעה. וזה לשון סעיף 11 להסכם:

"This agreement is made and entered into in Dallas County, Texas. This is not a joint venture or partnership,

but an agreement to sell hotel returns for commission. The parties agree that any dispute under this agreement will be subject to binding arbitration under the commercial rules of the American Arbitration Association. The arbitration shall be conducted in Dallas County, Texas, before neutral arbitrators. This is the entire agreement between the parties and may only be amended in writing signed by both parties" .

25. לטענת המבקשת, השקיעה היא כספים רבים בתרגום האתר לעברית. מאידך גיסא, טענת משיבה 1 היא כי התרגום של המבקשת היה תרגום חלקי בלבד, וכלל רק תרגום של הוראות הפעלה, אך לא תרגום של כל תיאור מלון ומלון בנפרד, כפי שמשיבה 1 עשתה בתרגום שלה.

ניתן לבצע את התרגום ביחס להזמנת המלונות באחת משתי הדרכים הבאות: המבקשת, שרואה עצמה כמי שפועלת בתוך האתר של HRN, מאפשרת לישראלים ללחוץ על מקשים בהם כתוב בעברית מה לעשות, אך כל מקום ומקום וכל דף ודף בו מתואר המלון, מיקומו, מחירו והתנאים המיוחדים שלו, נשאר כתוב באנגלית (שפת המקור של האתר HRN). הדרך השנייה, בה בחרה משיבה 1, היא תרגום כל דף ודף של בתי המלון שניתן להזמין באמצעות HRN לעברית. כך, מופיעים באתר שהכינה משיבה 1 בעברית, תיאור מספר החדרים, מקום בית המלון וכל התנאים לשהייה באותו מלון, הכל בעברית.

לטענת משיבה 1, גם השיטה להפעלת האתר במדינות בעלות שפה אחרת, כמו: צרפתית וספרדית, כללו את תרגום הדפים של כל מלון ומלון לאותה שפה, כפי שנעשה על ידי משיבה 1 באתר שלה בעברית, והם לא הסתפקו רק בתרגום הוראות הפעלה לצרפתית או לספרדית (כפי שעשתה המבקשת, בעברית).

26. נושא נוסף ששנוי במחלוקת בין הצדדים ולגביו אין ראיות מספיקות, הוא העלות הכספית שהשקיע כל אחד מהצדדים (המבקשת מול משיבה 1) לצורך תרגום אותו אתר לעברית. לא הובאו בפניי מסמכים מצד כלשהו, והמנהלים של המבקשת, מצד אחד, ושל המשיבה 1, מצד שני, הסתפקו בעדויות כלליות, כאשר בחקירה הנגדית לא התאמתו הדברים לאשורם. אינני רואה צורך לפסוק בעניין זה, ומקומו של נושא זה - לרבות הבאת ראיות מתאימות על ידי הצדדים - הוא בתביעה העיקרית.

27. לטענת המבקשת, לאחר שהשקיעה כספים רבים בתרגום האתר לעברית, ראתה לפתע בעיתון "ידיעות אחרונות" מיום 28.5.02 כי נפתח אתר שבו ניתן להזמין בתי מלון בכל העולם בעברית. אתר זה נושא את השם: WWW.HOTELSONLINE.CO.IL (נספח ט לבקשה). כאשר עיין באתר, מצא מנהל המבקשת, מר יולוס, כי אותה חברה HOTELSONLINE (משיבה 1) מציינת כי היא חלק ממשפחת HRN (משיבה 2). וכך נאמר באותו אתר, בעברית, כפי ששלף מר יולוס מהאתר הנ"ל, והדפיס (נספח יא לבקשה):

" הוטלס אונליין' היא חלק ממשפחת חברת HRN, החברה הגדולה בעולם להזמנת בתי מלון. לחברה סניף ראשי בטקסס שבארצות הברית והיא נסחרת בוול-סטריט. לרשות 'הוטלס אונליין' עומדים יותר מ-6000 בתי מלון. ל'הוטלס אונליין' יש חוזה התקשרות בלעדי עמם במחירים הנמוכים בעולם. גם התקשורת העולמית (CNN, WALL STREET JOURNAL, USA TODAY) רואה ב-HRN את המובילה בתחום בתי המלון הזולים בעולם. בזכות היותה של 'הוטלס אונליין' הנציגה הבלעדית של חברת HRN, ייהנה הציבור

המעוניין בשהייה בבתי מלון סביב העולם מן המחירים הנמוכים ביותר בכל ימות השנה".

28. המשיבה 1 מציינת בפתח תגובתה מיום 27.6.2002, כי דברים אלה נכתבו בטעות, וכי אליבא דאמת היא איננה נציגה בלעדית של חברת HRN אלא היא נציגה בלעדית של חברת האם שלה.
- המשיבה 1 תיקנה את התמליל שבאתר שלה, בהתאם, לעומת הנוסח שהיה ערב הגשת התביעה ואשר הובא לעיל (פיסקה 27).
29. כפי שהוסבר לעיל, נקודת המוצא של המבקשת בבקשתה ובתביעתה היתה כי יש לה חוזה תקף ומחייב בינה לבין HRN, ולכן היא זכאית לצו מניעה שיורה ל-HRN שלא לאפשר פתיחת אתר בעברית על ידי המשיבה 1, HOTELSONLINE. ברם, לתשובת משיבה 1 מיום 27.6.2002, צורף מכתב מטעם המשיבה 2 שנשלח לזו (המבקשת) הנושא תאריך 12.6.02 ובו מודיעה HRN לזו על הפסקת החוזה ביניהן (נספח ב לתגובת המשיבה 1). אומנם זו טוענת כי לא קיבלה מכתב זה, אך על פניו נראה המכתב כתקין, אם כי היה ראוי יותר שיוצג לבית המשפט באמצעות כותבתו - משיבה 2 - ולא באמצעות משיבה 1. במכתב זה כותבת חברת HRN לזו כי, מבחינתה, זו נהגה שלא ביושר בכך שיצרה קשר עם מתחרה של חברת HRN, שהיא חברת ONE TRAVEL COM, ולטענת HRN, זו והחברה המתחרה פעלו יחדיו בתחום אתרי אינטרנט של בתי מלון, ובכך נפגעה, כלכלית, HRN. וכך מסתיים המכתב, החתום על ידי נשיאה של HRN, מר רוברט דינר, אל חברת זו:

"As a result of these wrongful actions, ZUZ has materially breached its duties and obligations to Hotels.com under the letter agreement with Hotels.com. Therefore, the agreement between ZUZ and Hotels.com is terminated effective immediately".

טענות הצדדים

30. הצדדים הגישו, כאמור, טענות בכתב בשני הנושאים העומדים על הפרק, צו המניעה הזמני והבוררות. נתייחס לכל נושא בנפרד, כאשר תחילה נביא את טיעוני הצדדים ולאחריהם את עמדתנו.
31. להלן תמצית טענות הצדדים - המבקשת ומשיבה 1 - ככל שהדבר נוגע לצו המניעה הזמני. כזכור, רק צדדים אלה הגישו תצהירים ונכחו בדיון בסוגיה זו. משיבה 2 הגישה בקשה להוסיף טיעון בנושא זה (בש"א 953/03), ואת טיעוניה ותגובת זו, נביא בהמשך, לאחר שנציג קודם לכן את טענות המבקשת ומשיבה 1 בסוגיית צו המניעה הזמני.

טענות המבקשת בעניין צו המניעה הזמני

32. על סמך ההתחייבות לבלעדיות שנתנה H.N.R למבקשת, טוענת המבקשת כי הושקעו על ידה מאמצים רבים וכן סכומים ניכרים בפרסום ושיווק של שירותי חברת H.N.R בישראל, בסכום העולה על \$120,000, נכון לשנת 2000. במהלך שנת 1999 במסגרת פעולות השיווק, בוצעו פרסומים באמצעי התקשורת (לרבות בעיתון, באתר אינטרנט של גלובס ועוד אתרים), העמדת דוכן HRN בתערוכות וכן פניות ופגישות עם חברות היי טק, כל זאת תוך שימוש במשאבים ניכרים.

תרגום האתר על ידי המבקשת הסתיים במהלך שנת 2000 והועבר ל HRN כדי שישולב בשרתים שלה.

33. לאחר שהתחוויר למבקשת, בעקבות פירסומים בתקשורת במאי 2002, כי הועלה לאוויר אתר של HRN בעברית, אשר בעלת הדומיין שלו היא משיבה 1, ובאתר זה נאמר כי המשיבה 1 מתארת את עצמה כ"חלק ממשפחת HRN", וכן שהיא הנציגה הבלעדית של HRN בארץ, מסקנת המבקשת היתה כי HRN הפרה הפרה בוטה את החוזה עם המבקשת, שבו ניתן לה בלעדיות באתר הזמנת בתי המלון בעברית בישראל.

34. בנסיבות העניין, לטענת המבקשת, צו המניעה הזמני, מתבקש מן הנסיבות. פנייה בכתב אשר נעשתה למשיבה 1 לא העלתה כל פתרון ענייני, ועל כן כל שנותר הוא לבקש סעד זה מבית המשפט.

35. לטענת המבקשת, התקיימו התנאים למתן צו מניעה זמני. קיימות ראיות מהימנות, לכאורה, לקיומה של עילת תובענה, ואין מדובר לטענת המבקשת בראיות סתם אלא בהתחייבות כתובה שבאה לידי ביטוי במצגים, התכתבויות וההסכם שנכרת בין המבקשת לבין משיבה 2.

36. נוסף לכך, טוען המבקשת, כי משיבה 1 אוהזת שלא כדין בזכות הבלעדיות והראשוניות לשיווק שירותי HRN, ועל כן ברי כי HRN ואף הוטלס אונליין (דהיינו: שתי המשיבות) מתעשרות שלא כדין על חשבונה של המבקשת.

37. איזון האינטרסים נוטה לטובת המבקשת. המשך קיומו של האתר המופעל על ידי משיבה 1 יגרום לכך שכל הפעילות אשר נעשתה על ידי המבקשת, תרד לטמיון. לא זו אף זו, לטענת המבקשת ייגרם לה נזק אדיר, שכן בתקופה הנוכחית בה שוק האינטרנט בתחילתו, המשך פעילות משיבה 1 יגרום לפגיעה בחדירה של המבקשת לשוק האינטרנט.

38. טוענת עוד המבקשת כי היא מבקשת סעד אכיפה - נוסף לסעד כספי גרידא - דהיינו: הפעלת האתר, בעברית, בלעדית על ידה. מנגד, שירותי HRN משווקים זמן קצר יחסית במסגרת שרותיה של HRN ומשיבה 1, ושירותים אלה טרם הוטמעו בשוק הישראלי. ואולם, אם לא ינותק הקשר בין HRN ולמשיבה 1 תוך פרק זמן קצר יחסית, יש חשש כי הזיהוי בין HRN והוטלס אונליין יהיה בלתי הפיך, ובכך ייגרם למבקשת נזק רב.

טענות המשיבה 1 בעניין צו המניעה הזמני

39. לטענת משיבה 1, סעד צו המניעה הזמני אינו דחוף כלל וכלל. התביעה - שהוגשה בשנת 2002 - היא לאכיפת חוזה שנחתם בשנת 2000, אשר מסיבות עלומות לא היכה שורשים. מאידך גיסא, צו המניעה הזמני יגרום לכך כי יימנע מימוש חוזה חדש, קיים, שנכרת בתום לב ובזמן האחרון וכבר מומש.

40. לטענת המשיבה 1, היא אינה צד להסכם עם המשיבה 2. המשיבה 1 נותנת שירות לחברה אמריקאית ששמה HRO (חברת האם). HRO אינה קשורה בכל דרך למשיבה 2 (HRN) פרט להסכם התקשרות. אין ביניהן כל קשרי בעלות, ניהול, שליטה וכו'. כאמור, מודה משיבה 2 כי הייתה זו טעות להציג עצמה כנותנת שירותים לחברת HRN, וטעות זו תוקנה (ראה פיסקה 28 לעיל).

41. לחילופין, טוענת המשיבה 1 כי האתר אותו היא מפעילה, דהיינו האתר הידוע בשם www.hotelsonline.co.il פועל כאתר עצמאי, המוקדש כולו לפעילות באמצעות מאגר הנתונים והחיפוש של משיבה 2. אך, כל החומר באתר תורגם לעברית, כך שהמשתמש המבצע חיפוש באתר נשאר בתוך האתר היושב על שרת עצמאי, ומקבל את נתוני המשיבה 2.
42. לטענת המשיבה 1 כל עבודות התרגום של האתר מאנגלית לעברית בוצעו על ידי חברת תרגום ישראלית, אשר העבודה הוזמנה על ידי המשיבה 1 במהלך חודש אפריל 2002. כל זאת בוצע, באופן נפרד ובלתי תלוי בפעולות שביצעה המבקשת; לטענת משיבה 1, היא - המשיבה 1 - לא ידעה כלל כי המבקשת עסקה בנושא זה.
43. המשיבה 1 מדגישה כי בכל העת, טרם הפעלת האתר וכן במהלך הפעלתו, לא היה ידוע למשיבה 1 או ל-HRO על כל התקשרות או בלעדיות או כל זכות אחרת מיוחדת שיש למבקשת, ועל כן משיבה 1 נהגה בתום לב, ואין לפגוע בזכויותיה על ידי צו מניעה זמני.
44. טוענת עוד המשיבה 1 כי לא קיים כל הסכם בר תוקף המונע את הפעלת האתר על ידה. המבקשת נמצאת כיום במצב של הפרת ההסכם בינה לבין המשיבה 2, ועל כן הודיעה משיבה 2 על ביטול ההסכם בינה לבין המבקשת. לפיכך, גם מטעם זה, אין למנוע את המשך פעילות המשיבה 1.
45. כמו כן, ולחילופין, טוענת המשיבה 1 כי הבלעדיות עליה הוסכם בין המבקשת לבין H.N.R מיוחדת לאתר האינטרנט בעברית בישראל בלבד. ברם, האתר המופעל על ידי משיבה 1 אינו ממוקם בשרת בישראל, ועל כן, אף אם היתה המבקשת זכאית לבלעדיות, הרי שזו אינה חלה על אתרים אשר אינם ממוקמים בישראל.
46. מוסיפה עוד וטוענת המשיבה 1 כי בחודש יוני 2000 "נעלמה" המבקשת וחדלה להתעניין בהתקשרות בינה לבין המשיבה 2. לטענת משיבה 1, הסיבה לכך ברורה, והיא: התקשרות המבקשת עם החברה המתחרה. רק כאשר נודע למבקשת כי המשיבה 1 פועלת בשוק הישראלי, החליטה המבקשת לחסל תחרות לגיטימית זו, וכל זאת כדי לשמר את המונופולין שלה - של המבקשת - בתחום זה, מונופולין שאין לו הצדקה עניינית ואין לו יותר ביסוס חוזי, מאחר ומשיבה 2 ביטלה את החוזה בינה לבין המבקשת.
47. טענה נוספת בפי משיבה 1: סגירת האתר המופעל על ידי משיבה 1 - כמבוקש על ידי המבקשת - יביא לכך שכל שוק הצרכנים בעברית של משיבה 2 ייפגע, שכן לא תהיה לה אפשרות להפעיל ממשק בעברית. בכל אופן, המשיבה 2 גילתה דעתה שאין היא מתכוונת להמשיך את יחסיה העסקיים עם המבקשת ולא תאפשר לה להפעיל את האתר דרכה.
48. לטענת המשיבה 1, המבקשת לא הוכיחה כי עומדת לה כל זכות לכאורה לאכיפת החוזה. בנסיבות אלו אין מקום לסעד האכיפה, ובכל מקרה, סעד זה אינו הוגן, ועל כן הסעד המתאים הוא כספי, שכן הנזק העלול להיגרם למבקשת - המוכחש מכל וכל מבחינת משיבה 1 - ניתן לפיצוי כספי.
49. בכל מקרה, טוענת משיבה 1, כי אם תענה הבקשה לצו מניעה זמני, כי אז הנזק אשר ייגרם לה ול-HRO גדול בהרבה מזה אשר ייגרם למבקשת, אם לא יינתן הצו האמור. האתר כבר יצא לאור, חברת HRO והמשיבה 1 כבר הקימו משרד והן מעסיקות עובדים לצורך פעולתו. ההפסדים, באם יינתן הסעד הכספי, יהיו עצומים.

50. יותר מכך, טוענת המשיבה כי מתן סעד זה יפגע בחופש העיסוק של המשיבות 1 ו-2, כאשר זכות זו לעיסוק היא חוקתית, כקבוע בחוק יסוד: חופש העיסוק (ראה: סעיף 3 לחוק היסוד האמור).

51. לעניין אופי הסעד, טוענת המשיבה 1 כי מדובר על סעד המשנה את המצב הקיים ולא משמר אותו. התביעה היא לאכיפת החוזה בין המבקשת והמשיבה 2. סגירת האתר www.hotelsonline.co.il עד לבירור התביעה, יחסל, למעשה, את האתר; גם אם תזכה המשיבה 1 בסיום המשפט וטענותיה יתקבלו, יש ספק רב באשר לכדאיות פתיחתו מחדש של האתר אי פעם בעתיד.

תגובת המבקשת לטענות המשיבה 1 בעניין צו המניעה הזמני

52. לטענת המבקשת, טענת המשיבה 1 כאילו אינה צד לסכסוך בין המבקשת לבין המשיבה 2, היא טענה חסרת בסיס. טענת הוטלס אונליין, כאילו החוזה עם HRN נחתם בין חברת האם שלה (HRO) לבין HRN, אולם הוטלס אונליין לא הציגה כל חוזה כזה. המשיבה 1 סירבה להציג חוזה כזה, בטענה כי הסודיות העסקית מאפשרת לה להימנע מהצגתו (עמ' 3 לסיכומיה); כל אשר הוצג הוא חוזה בין חברת האם לבין משיבה 1 מיום 18.2.02 (נספח ב לסיכומי משיבה 1 מיום 20.10.2002), שבו המשיבה 1 מתחייבת לספק שירותים לחברת האם. ברם, מחוזה זה לא ניתן להסיק כי מדובר דווקא בשירותי האינטרנט של HRN, הרלבנטיים למשפט שבפנינו.

53. המבקשת מדגישה כי לא הייתה כל הפרה מצדה של ההסכם בינה לבין משיבה 2. הודעת הביטול התקבלה לראשונה בכתב הנושא את התאריך 12.6.02, דהיינו: יומיים לאחר הגשת התובענה. יום אחד בלבד לפני הוצאת מכתב הביטול נשלח למנהל המבקשת, קיבלה המבקשת מכתב מסגן נשיא המשיבה 2 ובו נאמר כי "קיימת מערכת יחסים ארוכת שנים" בין המבקשת למשיבה 2 (ובלשון המכתב באנגלית: "I am aware of our long standing relationship and want to make sure it is moving forward"). לכן, לשיטת המבקשת, מכתב הביטול של משיבה 2, אינו משקף את המצב המשפטי הנכון.

טענות משיבה 2 בעניין צו המניעה הזמני ותגובת המבקשת להן

54. המשיבה 2, בבש"א 935/03 ביקשה להוסיף כטיעון נוסף לעניין אי מתן צו המניעה את הטענה הבאה: על פי סעיף 8 להסכם שבין המבקשת למשיבה 2 תוקף ההתקשרות הוא לשנה, המתחדש מדי פעם לשנה נוספת. מאחר וההסכם נחתם בפברואר 2000 (ראה פסקה 23 לעיל), ההסכם אינו תקף בכל מקרה בפברואר 2003, ועל כן אין מקום ליתן צו זמני. טענה זו היא בנוסף לטענת ביטול ההסכם בין הצדדים על פי המכתב מיום 12.6.2002. טענה זו של משיבה 2 הועלתה במארכ 2003, בבש"א 935/03, ועיתוי טענה זו הוא בתום התאריך החוזי של ההסכם בין המבקשת לבין משיבה 2 (שכן ההסכם ביניהן תחילתו בחודש פברואר, וסופו השנתי הוא בחודש פברואר).

55. זוז הגיבה על כך בטיעון כי טענתה הנ"ל של HRN לא לוותה בתצהיר, ובכך מנעה אפשרות של זוז לחקור את מנהלי HRN ביחס לביטול ההסכם ביניהן. כן טוענת זוז כי יש לנהוג בתום לב ועל כן העלאת טענה זו מטעם HRL היא שימוש באופציה לביטול הסכם להשגת מטרה זרה, ולכן, אין מקום לטענה זו.

56. HRN השיבה כי היא פעלה כדין בכך שביטלה את ההסכם, וכי אין צורך בתצהיר, שכן מכתב הביטול כבר מצוי בתיק. מכל מקום, יש להעלות את כל הנושאים בבוררות, כטענתה

הבסיסית של משיבה 2.

HRN מוסיפה וטוענת כי, בכל מקרה, אין מקום לתת סעד זמני ולאכוף הסכם זכיון, גם אם בוטל ההסכם שלא כדין, שכן, לטענת משיבה 2 הכלל המשפטי הוא שהסכם זכיון לא אוכפים, גם לא בדרך עקיפה של מתן צו מניעה זמני.

צו מניעה זמני - דיון משפטי

57. הבקשה שבפנינו, שהיא בקשה לצו מניעה זמני ובמקביל צו עשה זמני המורה למשיבות מלהימנע מלשווק את שירותי משיבה 2 באתר בעברית, למעט באמצעות המבקשת, נמנית על "משפחת" הסעדים הזמניים. הבקשה הוגשה בתחילת ההליכים, לפני הגשת כתב ההגנה ולפני שמיעת הראיות בתיק העיקרי, והיא מיועדת, בעיקר, "לשמירת המצב הקיים (הסטטוס קוו), העלול להשתנות אם לא יינתן הצו הזמני. לפיכך, מוגשת העתירה לסעד זמני לצורך הקפאת המצב, שהיה קיים עובר להגשת התובענה. הענקתו של סעד זמני נועדה לשמור על המשך קיומה של מערכת הנסיבות השוררת בעת הגשת התובענה, שאם לא כן עלול הנתבע לנצל לרעה את תקופת הביניים שעד למתן פסק דין בתובענה" (א' גורן, סוגיות בסדר הדין האזרחי (מהדורה שביעית, תל-אביב, תשס"ג-2003), בעמ' 390 (להלן - גורן); וראה גם ע"א 732/80 ארנס ואח' נ' "בית אל - זכרון יעקב", פ"ד לח(2) 645, בעמ' 652).

58. בתיקון שנערך בשנת תשס"א בתקנות הדיון האזרחי, הוסדרו הסעדים הזמניים בפרק מיוחד (פרק כח), כאשר בסימן הראשון שבו נכללו התנאים למתן סעד זמני, המשותפים לכל הסעדים הזמניים (עיקול זמני, עיכוב יציאה מן הארץ, תפיסת נכסים, ובכללם גם, אף שלא הוזכר במפורש, צו מניעה זמני, שמקור הסמכות לתיתו הוא סעיף 75 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984; גורן, שם, בעמ' 416). התקנות החדשות שינו, בנושאים מסויימים, את המצב שקדם להם, אך אין כאן המקום להרחיב בסוגיה זו (וראה מש"כ בבר"ע (י-ם) 3403/01 זיזה נ' עו"ד יעקב, פסמ"ח תשס"א (1), 756).

59. התקנה הראשונה המסדירה את היקף הסמכות והשיקולים למתן סעד זמני היא תקנה 362(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984:

"הוגשה בקשה למתן סעד זמני במסגרת תובענה, רשאי בית המשפט ליתן את הסעד המבוקש, אם שוכנע, על בסיס ראיות מהימנות לכאורה בקיומה של עילת התובענה ובקיום התנאים המפורטים בהוראות המיוחדות בפרק זה, הנוגעים לסעד הזמני המבוקש".

60. תנאי ראשוני למתן צו זמני הוא הוכחה לכאורה לקיומה של עילת התביעה. הדרישה המשפטית אינה להוכיח את עילת התביעה ממש אלא די בראיות מהימנות לכאורה לתביעה זו. כאשר משתכנע בית המשפט כי התובענה חסרת יסוד וסיכויים, לא יינתן הסעד הזמני (גורן, שם, בעמ' 401). כיצד יקבע בית המשפט אם הוכחה לכאורה עילת התביעה?

השופט גורן (שם, בעמ' 401, ליד הערה 15) מביא כאסמכתא לכך את דברי הנשיא שמגר כי "בדונו במתן סעד זמני אין בית המשפט דן בניתוח מקיף של הראיות, ואף אין הוא חייב לבדוק את מכלול הראיות, כאילו עמד להכריע בעניין סופית. בשוקלו את עניין הסעד הזמני מתחשב בית המשפט באיזון שבין האינטרס של התובע לקבל סעד זמני מיידי לבין

הפגיעה האפשרית בנתבע (ע"א 342/83 גלזמן נ' גלזמן, פ"ד לח (4), 105, בעמ' 108, מול האות ה). אם שם נקבע מבחן זה לצו עשה זמני של חובת הנתבע לשלם מזונות זמניים, קל וחומר שיש להפעיל קריטריון זה בבואנו ליתן סעד זמני של צו מניעה זמני.

61. במקרה לפנינו הוכיחה המבקשת כי קימת ראשית ראיה, ואף מעבר לכך, ראיה מהימנה לכאורה, לתביעה זו. הצגת ההתכתבות בין המבקשת לבין חברת HRN, וכן ההסכם עצמו (נספח ה לבקשה) שנערך בין המבקשת לבין משיבה 2, מהווים ראשית ראיה לכך כי קיים חוזה מחייב בין המבקשת למשיבה 2. כמו כן הוכח כי אכן החוזה בין הצדדים הופר, בכך שמשיבה 1 הפעילה אתר מתחרה באתר שעל פי החוזה בין המבקשת לבין המשיבה 2, צריך להיות מופעל על ידי המבקשת לבדה.

62. טענת המשיבה 1 כי פעלה בתום לב, בעייתית מבחינה עובדתית, אך אין צורך שאקבע ממצא בעניין זה, שכן לעניין ההוכחה הלכאורית הנדרשת לצורך מתן צו מניעה זמני, די בכך שלמבקשת יש חוזה עם המשיבה 2.

63. המכתב שכתבה משיבה 2 למבקשת ובו הודעה על ביטול החוזה ביניהן (ראה פסקה 29 לעיל), אף הוא בעייתי. ראשית, נכתב הוא ביום 12.6.02, דהיינו: יומיים לאחר הגשת הבקשה (שהוגשה ביום 10.6.02), ועל כן, ניתן לומר מבחינה פורמאלית כי ביום הגשת הבקשה החוזה עדיין היה תקף. שנית, נסיבות כתיבתו לא ברורים, ועל פניו, לפחות מבחינת התאריך, עולה החשד או החשש שמא מכתב זה נכתב לצורך ההליכים שבפנינו. שלישי, עילת הביטול לא הוסברה דיה; טיבה של החברה המתחרה לא הוברר; גם אם פעלה המבקשת יחד עם חברה אחרת בנושא דומה, לא ברור כלל מהי העילה החוזית של המשיבה 2 לבטל את ההסכם בינה לבין המבקשת. רביעית, משלוח מכתב הביטול אינו מתיישב עם מכתב קודם שנשלח על ידי המשיבה 1 למבקשת יום קודם לכן אשר בו פונה סגן נשיא המשיבה 2 למבקשת ומדבר על כך שקיימת מערכת יחסים ארוכת שנים בין הצדדים וברצונו להיות בטוח כי העניינים יתקדמו הלאה (ראה פסקה 53 לעיל).

64. מסקנת הביניים היא כי דרישת תקנה 362(א) לתקנות סדר הדין בדבר קיום ראיות מהימנות לכאורה בקיומה של עילת התביעה - מולאה. לפיכך, אם היה מדובר בבקשה זמנית של עיקול, ניתן היה להיענות לבקשה (כפוף לבדיקת מאזן האינטרסים).

65. ברם, במקרה שלפנינו מדובר בצו מניעה זמני וכן בצו עשה זמני. בית המשפט, בבואו לשקול מתן צו מניעה זמני צריך, כתנאי נוסף, לענות על השאלה האם מתן הסעד הזמני כה הכרחי כדי להצדיק את התערבותו של בית המשפט בשלב מוקדם, לפני בירור התביעה. לעיתים קרובות מדובר על צורך לשמור על המצב הקיים, שאם יחול בו שינוי עד לבירור התביעה עלול התובע לקפח את זכויותיו (ראה: י' זוסמן, סדר הדין האזרחי (מהדורה שביעית, ש' לוי, עורך, 1995), סעיף 492, בעמ' 613 ואילך (להלן - זוסמן)).

66. במקרה שבפנינו הסעד הנדרש הוא הפסקת פעילות משיבה 1 ומשיבה 2, שכן, לטענת המבקשת, קיימת חשיבות עליונה לשילוב הראשוניות והבלעדיות, כדי שזכויותיה יישמרו. לטענת המבקשת, כל יום שחולף פוגע באפקט החדירה לשוק הישראלי ומגביר את הזיהוי בין משיבה 1 ומשיבה 2.

טענת המבקשת - אינה מקובלת עלי. משיבה 1 מפעילה את האתר מזה זמן, בעוד המבקשת לא החלה כלל בהפעלת האתר שלה. על כן, טענות הראשוניות והבלעדיות עליהן מבססת המבקשת בקשה זו, אינן עומדות לה, שכן אינן רלוונטיות.

67. אף שאין הדבר באשמת המבקשת, ביקשה היא, בפועל, את צו המניעה הזמני בשלב בו הצו המבוקש כבר אינו משמר מצב קיים, כי אם משנה אותו. כבר ביום הגשת הבקשה, האתר של הזמנת בתי המלון בחו"ל, בעברית, היה מזה זמן מופעל על ידי משיבה 1, לאחר שהושקעו לשם הקמתו ותפעולו משאבים רבים. הציבור מרגע עליית האתר לאינטרנט יצר את הקשר בין המשיבה 1 ומשיבה 2, וגם אם תוקנה טעות זו ומשיבה 1 מציגה עצמה כמפעילת האתר, אין בכך כדי להצדיק את צו המניעה הזמני המבוקש על ידי המבקשת.
68. מאחר וביום הגשת הבקשה, פעל האתר של משיבה 1, ואילו האתר של המבקשת טרם הופעל, מדובר בצו מניעה זמני שלמעשה דינו כצו עשה זמני, ואשר הענקתו למבקשת יהווה הענות לתביעה עצמה (ראה הזהות שבין התביעה לבין הבקשה בפיסקה 10 לעיל). בנסיבות אלה, מהסס מאוד בית המשפט מלתת צו כזה. עוד באמצע שנות ה-60, קבע בית המשפט העליון, מפי ממלא מקום הנשיא, השופט אגרנט, כתוארו אז כי "הדין הוא כי בית המשפט אינו ממהר ליתן צו זמני, שהוא בעל אופי מנדטורי ואשר כמוהו כסעד המלא הנדרש בתובענה, כי אם ינקוט זהירות יתירה בשימוש בשיקול הדעת וימנע מלתת את הצו אלא אם ישתכנע שלכאורה קיימת עילה לכך, הן מבחינת הזכות הסובסטנטיבית, אשר מבקש הצו טוען לה בתובענתו, והן מבחינת השיקול, ייגרם לו נזק בל יתוקן, אם לא יינתן הצו" (ע"א 213/64 ברא"ז נ' נציב המים, פ"ד יח(3), 647, בעמ' 653, מול האותיות ו - ז). אם בפרשה הנ"ל, לא ניתן צו זמני המורה לנציב המים להמשיך ולספק מים לפרדס, אף שבית המשפט היה ער לכך כי הנזק שייגרם יהיה בלתי הפיך (ראה, למשל, שם, בעמ' 651, מול האות ז), קל וחומר שאין מקום להיענות לבקשת המבקשת שלפנינו.
69. הצדדים טענו, זה בכה וזה בכה, באשר לתיאור יחסי המבקשת והמשיבה 2 כיוחסים של בעל זיכיון (משיבה 2) מול משווק. ייתכן והיחסים מתאימים לדגם זה, או שהם שונים, בשל אופיו המיוחד של האינטרנט. מכל מקום, מקובלת עלי הגישה העולה מפסקי הדין שהובאו הן על ידי המשיבה 1 והן על ידי משיבה 2, כי בנסיבות כאלה אין מקום ליתן צו זמני הכופה על בעל הזכויות להמשיך את ההתקשרות עם המשווק (ראה: רע"א 5284/95 גיגי מעבדות קוסמטיקה בע"מ נ' של סוכנויות יופי בע"מ, תק-על 3/95), 767, מפי השופטת ט' שטרסברג-כהן; רע"א 2430/91 טיב טירת צבי נ' דליקטיב הקניון, פ"ד מה(4), 225, מפי השופט שי לוי, כתוארו אז; רע"א 1868/98 סייג נ' המועצה לייצור ולשיווק צמחי נוי תק-על 2/98), 440, מפי השופטת ט' שטרסברג-כהן; רע"א 3031/97 ארז שיווק והפצת סיגריות (1992) בע"מ נ' ש.שמיעה בע"מ, תק-על 2/97), 746, מפי הנשיא ברק; בש"א (חיפה) 9705/02 מתאים לי, רשת אופנה למידות גדולות בע"מ נ' בדוסי, מפי השופט ר' שפירא).
70. יתרה מכך, אף אם המבקשת תוכיח כי ההסכם בינה לבין משיבה 2 הופר על ידי משיבה 2, ונגרם לה נזק עקב פעולות משיבה 1 בהפעלת האתר שלה, אין כל ביטחון כי הסעד אשר יינתן לה בתביעה העיקרית יהיה אכיפה, ולא פיצויים. יש מקום לסברה, כי בנסיבות אלה יעדיף בית-משפט לפסוק פיצויים ולא אכיפה, כפי שעולה גם מרוח פסקי הדין שהובאו בפיסקה הקודמת.
71. שיקול נוסף אשר בית המשפט מתחשב בו בבואו לתת צו מניעה הוא מאזן אי הנוחות אשר ייגרם לצדדים במתן הצו. כלומר בית המשפט בודק את הנזק אשר ייגרם לתובע באם לא יינתן הצו לעומת הנזק אשר ייגרם לנתבע באם הוא יינתן. "שאלה זו כרוכה בשאלה אחרת: האם ניתן נזקו של התובע לפיצוי בכסף, אם ימאן בית המשפט לתת לו סעד זמני? ומאידך גיסא: מה נזק עלול הצו הזמני לגרום לנתבע אם התביעה תידחה" (זוסמן, שם, בעמ' 617). כפי שנאמר לעיל, טוענת המבקשת כי הנזק אשר ייגרם לה מאי מתן הצו הוא איבוד הבלעדיות והראשוניות. לעומת זאת המשיבה 1 והמשיבה 2 טוענות כי הנזק אשר ייגרם להן כבד יותר שכן הושקעו משאבים מרובים בפתיחת האתר וביניהם, פתיחת

משרדים ושכירת עובדים, סגירת האתר תגרום לפיטורי העובדים ולנזק כספי רב למשיבות. מקבל אני את טענות המשיבות כי הנזק אשר ייגרם להן מרובה יותר מזה אשר ייגרם למבקשת באם לא יינתן הצו. אף אם התובעת תזכה בתביעה העיקרית ויוכח כי החוזה הופר לגביו שלא מן הדין הרי שאין כל ביטחון כי הסעד אשר יינתן לו על ידי בית המשפט יהיה אכיפה, כפי שאמרנו לעיל. על כן, ברור כי אין מקום למתן סעד של צו מניעה זמני במקרה זה. הנזק אשר נגרם למבקשת הוא כספי, הכולל, בין היתר, את הוצאת המשאבים הכספיים לתרגום האתר לעברית, ואובדן הרווח בעתיד, ונזק זה ניתן לפיצוי. לעומת זאת מתן הצו הזמני עלול לגרום למצב בו המשיבות לא יוכלו לתפעל יותר את האתר בארץ, וכפי שהוסבר לעיל, אין מקום, בנסיבות אלה, ליתן צו כזה.

.72

בא כוח המבקשת, עו"ד דני אדלמן, ראה לנכון להקדיש פרק מיוחד בסיכומיו לייחודיות המסחר באינטרנט, ולדבריו, מאחר וסוגיית הפגיעה במוניטין באינטרנט היא קשה ויש להתחשב בהרגלים של הגולשים, יש ליתן צו מניעה זמני וצו עשה זמני כמבוקש על ידי המבקשת (ראה סעיפים 102-109 לסיכומים שיוגשו על ידו ביום 5.9.02). אינני רואה את הדברים עין בעין עם המבקשת. אני סבור כי דווקא בעידן האינטרנט, המסמל את הפתיחות ואת היכולת של כל בן אנוש בכל רחבי הגלובוס, אשר בזכות האינטרנט הפך ל"כפר גלובלי", לגלוש לכל אתר ולקבל את מבוקשו, יש לצמצם ביותר את צווי המניעה בתחום זה. כפי שהצנזורים התייגו, כמעט כליל, מלהפעיל צנזורה בעידן האינטרנט, כך ראוי כי בית המשפט יקפוץ את ידיו ורק במקרים נדירים ביותר יוציא צו מניעה כנגד הפעלת אתר באינטרנט.

היבט נוסף של הפעלת האתרים באינטרנט, לא זכה לדיון כלל על ידי הצדדים. כוונתי, ליכולת האכיפה של בית-משפט בישראל על מפעילי אתר אינטרנט הנמצאים מחוץ לגבולות ישראל. היכולת הטכנית של הקמת אתרים והקושי למצוא את הזיקה והאחריות של מפעיליהן, מחייב זהירות יתרה של מערכת בתי המשפט בבואה לעסוק בנושא זה. יש לזכור כי כוחה של הרשות השופטת נובע מאימון הציבור בפסקיה, ובמיוחד ביכולת אכיפתן. אם יינתנו צווים האוסרים הפעלת אתרי אינטרנט, ולא ניתן יהיה, בפועל, לממשם ולאוכפם, יצא שכרינו בהפסדנו, ואמינותה של מערכת בתי המשפט, עלולה להיפגע. אין בכוחו של שיקול זה, לבדו, להכריע את הכף, ובמיוחד כאשר הצדדים לא טענו ביחס אליו, אך איני יכול להתעלם ממשמעותו של טיעון זה, ובכל מקרה כנימוק נוסף מן הראוי להביאו בחשבון.

.73

מסקנת פרק זה היא כי המבקשת הוכיחה, ברמה הנדרשת לצורך מתן סעד זמני, את עילת התביעה ואת זכותה לקבל סעד זמני. אינני נענה לבקשה ואינני מעניק לה את הסעד הזמני המבוקש על ידה, בשל שיקולים אחרים הנוגעים לדיוני הסעדים הזמניים, שעיקרם הובא לעיל, ובהם: אין מדובר בצו מניעה זמני, אלא בצו עשה זמני, שכן המבוקש אינו צו להמשיך את המצב הקיים אלא בהוראה למשיבה 1 להפסיק את הפעלת האתר שלה ולהתחיל בהפעלת האתר של המבקשת שטרם הופעל; הסעדים הזמניים זהים למבוקש בכתב התביעה; אין מקובל לכופ בעל זיכיון להמשיך ולהעסיק משווק, ולא כל שכן להתחיל להעסיקו; מאזן הנוחיות והאינטרסים שבין המבקשת למשיבות, מבחינת ההשקעה והנזק, אם יינתן הצו, נוטה לטובת המשיבות; ניתן להגן על זכותה של המבקשת בדרך פיצוי כספי ואין הכרח ליתן סעד זמני; גם כאשר מדובר בסעד זמני המתייחס להפעלת אתרים באינטרנט, אין להעדיף את המבקשת, אלא - נהפוך הוא - יש להמעית בסעדים זמניים הפוגעים בחופש הפעלת אתרי אינטרנט.

.74

לאחר שהכרענו בשאלה הראשונה שהייתה בפנינו, האם לתת צו מניעה זמני וצו עשה זמני, נוכל לגשת לסוגייה הבאה העומדת להכרעה, והיא - האם לקבל את טענת המשיבה 2 כי יש להעביר את הנושא כולו לבוררות. גם בנושא זה, נציג תחילה את טיעוני הצדדים, ולאחר מכן נביע את עמדתנו.

בקשה לעיכוב ההליכים והעברת הדיון לבוררות - טיעוני הצדדים

75. במהלך הדיון בבקשה למתן צו מניעה זמני, הגישה משיבה 2 בקשה (בש"א 3713/02) לעיכוב ההליכים בשל סעיף בוררות בהסכם בין המבקשת לבין משיבה 2. לטענת המשיבה 2, הסכם הבלעדיות לתרגום האתר בין המבקשת לבין משיבה 2 כולל את סעיף 11, סעיף בוררות, לפיו בכל מקרה של חילוקי דעות יועבר הדיון לבוררות נייטרלית לפי החוק האמריקאי בעיר דאלאס אשר בטקסס (סעיף 11 להסכם הובא במלואו בפיסקה 24 לעיל).
76. תגובת המבקשת לבקשה זו היא כי הסכם בלעדיות זה, אשר נחתם בין המבקשת לבין המשיבה 2 הוא הסכם עמלות סטנדרטי, עליו הוחתמו המפעילים של האתר של משיבה 2 ברחבי העולם. בחוזה זה, אשר נחתם עם זוז הוסף סעיף בלעדיות בעברית (סעיף 12 להסכם, שצוטט בפיסקה 23 סיפא לעיל).
77. לטענת המבקשת, גם אם סעיף הבוררות היה חל בעניינינו, אין מקום לאוכפו. המבקשת מסתמכת על פסק דין המנחה בעניין זה, רע"א 985/93 אלרינה אינווסטמנט קורפוריישן נ' ברקי פטה המפריס (ישראל בע"מ), פ"ד מח(1) 397, אשר בו נקבע כי יש פעמים בהם בית המשפט לא יעביר את הסכסוך לבוררות, וזאת כאשר הדבר יגרום לפיצול הדיון.
78. במקרה לפנינו, טוענת המבקשת כי פיצול הבירור לשני הליכים, האחד - כנגד משיבה 1, בבית-משפט בישראל, והשני - כנגד משיבה 2, בבוררות בארה"ב, יקשה על בירור התובענה ואף ימנע סעד מתאים. משיבה 1 היא זו אשר פוגעת בבלעדיות של המבקשת. הסעד נדרש באופן ישיר כנגד משיבה 1. פיצול הדיון ישאיר את המבקשת חסרת סעד, ועל כן מוצדק למנוע את בירור הסכסוך בבוררות. אם ההכרעה בארה"ב תהיה שונה מזו שתתקבל בישראל, יקשה הדבר לקבל כל סעד בישראל.
79. לחילופין, טוענת המבקשת כי סעיף הבוררות אינו חל כלל על עניינינו. על מי שמבקש (במקרה שלנו - HRN) עיכוב ההליכים לשם בירור הנושא בבוררות, מוטל להוכיח כי קיים הסכם בוררות וכן כי ההסכם חל על הסכסוך הנדון. לטענת המבקשת, הסכם הבוררות אינו חל על סכסוך זה. סעיף הבלעדיות הוסף לאחר סעיף הבוררות בהסכם, שכן בדרך כלל לא נוהגת משיבה 2 לתת בלעדיות. אין מדובר על סכסוך רגיל הנוגע לעמלות, דרך ביצוע ההזמנות, שימוש בסימני מסחר, זכויות המזמינים וכו', נושאים שמקומם בבוררות; אולם סעיף הבוררות אינו חל על סעיף הבלעדיות, אשר הוא ייחודי להסכם זה שנחתם בין המשיבה 2 לבין המבקשת בלבד.
80. טענה נוספת אותה מעלה המבקשת היא כי מדובר בתנייה מקפחת בחוזה אחיד. העברת כל סכסוך לבוררות בארה"ב מונע מן המתקשרים עם חברת HRN לעמוד על זכויותיהם, שכן אין באפשרותם לעמוד בהוצאות המרובות בניהול הבוררות בארה"ב. על כן דין תנייה מקפחת זו להתבטל.
81. לבסוף, טוענת המבקשת כי המשיבה 2 ניסתה לטעון כי ההסכם בינה לבין המבקשת כביכול לא חתום, מכאן שהיא מנסה לאחוז בשתי קצוות החבל: מחד גיסא, לטעון כי לא קיים הסכם, ומאידך גיסא, לטעון כי בהסכם זה, אשר לא קיים, יש סעיף בוררות.
82. עונה המשיבה 2 לטענות המבקשת, כי המבקשת מתבססת על ההסכם הנ"ל בתביעתה ובבקשה לסעד זמני, ועל כן לא רשאית המבקשת להכחיש את קיומו של אותו הסכם.
83. במקרה לפנינו אין מדובר על חוזה אחיד. המבקשת ניהלה מו"מ עם המשיבה 2 לפני

החתימה על ההסכם ואף הוסף לאותו הסכם סעיף הבלעדיות. מכאן, שאין מדובר על חוזה אחיד, שכן המבקשת יכולה הייתה להתנגד לתניית הבוררות, אילו רצתה בכך. עוד טוענת המשיבה 2, כי המבקשת לא הוכיחה את טענתה כאילו השוק הישראלי מיוחד ושונה, ועל כן יש צורך בסעיף מיוחד של בלעדיות. לחילופין, אם אכן מדובר על שוק מיוחד, מכאן, שאין מדובר על חוזה אחיד.

84. לבסוף, טוענת המשיבה 2 בתשובה לטענת המבקשת בדבר החוזה האחיד, כי גם אילו היה מדובר בחוזה אחיד, אין בתנייה זו משום קיפוח. סעיף 4(8) לחוק חוזים אחידים קובע כי סעיף בוררות לכשעצמו לא יהווה תנאי מקפת. בהסכם שבין המבקשת לבין משיבה 2 נקבע כי הבורר יהיה ניטרלי, ולא ייבחר על ידי המשיבה 2, ולפיכך אין מדובר על קיפוח, לטענת משיבה 2.

85. חוק הבוררות, התשכ"ח - 1968, קובע בסעיף 6 כי כאשר ההסכם שבו יש הסכמה למסירת סכסוך לבוררות הוא כזה אשר חלה עליו האמנה הבינלאומית, בעת בקשה לעיכוב הליכים, ישתמש בית המשפט בסמכותו לפי סעיף 5 לחוק הבוררות ויעכב את ההליכים בבית המשפט. סעיף 2(3) לאמנה, מחייב את בית המשפט להפנות את הצדדים לבוררות, כאשר חל סעיף בוררות.

86. לעניין הקושי בקבלת הסעד המבוקש בשל פיצול הדיון, טוענת המשיבה 2 כי בע"א 307/71 אוניקו רויטמן בע"מ נ' שמשון, חברה לביטוח בע"מ ואח', פ"ד כו (1) 368, בעמ' 373, נקבע כי בית המשפט לא יירתע מקיום הסכם על פיו הסכסוך יידון בבוררות בחוץ לארץ, על אף חוסר הנוחות. לטענת המשיבה 2, דווקא המבקשת היא זו אשר תרוויח מפיצול הדיון.

87. עוד טוענת משיבה 2 כי החובה להצדיק את הפרת ההסכם מוטלת על מי שמבקש להיפטר ממנו. המבקשת לא הוכיחה את הנחיצות בהוספת המשיבה 1 להליך, ועל כן, לטענת המשיבה 2, יש להכריע בסכסוך בינה לבין המבקשת בבוררות בארה"ב, כפי שנקבע בהסכם שביניהן.

בקשת עיכוב ההליכים והעברת התיק לבוררות - דיון משפטי

88. שתי הוראות של חוק הבוררות, תשכ"ח-1968, רלוונטיות לדיון שלפנינו. סעיף 5 לחוק, שכותרתו "עיכוב הליכים בבית המשפט", קובע לאמור:

"(א) הוגשה תובענה לבית משפט בסכסוך שהוסכם למסרו לבוררות וביקש בעל-דין שהוא צד להסכם הבוררות לעכב את ההליכים בתובענה, יעכב בית המשפט את ההליכים בין הצדדים להסכם, ובלבד שהמבקש היה מוכן לעשות כל הדרוש לקיום הבוררות ולהמשכה ועדיין הוא מוכן לכך".

סעיף 6 לחוק הבוררות שכותרתו, "עיכוב הליכים על פי אמנה בינלאומית", קובע:

"הוגשה תובענה לבית-משפט בסכסוך שהוסכם למסרו לבוררות וחלה על הבוררות אמנה בין-לאומית שישראל צד לה והאמנה קובעת הוראות בענין עיכוב הליכים, ישתמש בית המשפט בסמכותו לפי סעיף 5 בהתאם לאותן הוראות ובכפוף להן".

89. האמנה הרלוונטית לעניינינו היא "אמנה ניו יורק בדבר הכרתם ואכיפתם של פסקי בוררות חוץ, 1958" (להלן - "אמנת ניו יורק"). האמנה קובעת בסעיף 2(3) כי משהובא לבית משפט של מדינה מתקשרת סכסוך בעניין חוזה המכיל סעיף בוררות, ובעל דין מבקש להפנות את העניין לבוררות "בית המשפט... יפנה את הצדדים לבוררות... זולת אם הוא מוצא כי ההסכם האמור בטל ומבוטל, או משולל כוח פעולה או איננו בר ביצוע". נוסח האמנה מובא כנספח בספרה של ס' אוטולנגי, בוררות - דין ונוהל (מהדורה שלישית, תל-אביב, תשנ"א), עמ' 538. ומסבירה פרופ' אוטולנגי כי "כאן יש הפנייה מפורשת וישירה לבוררות, בלא כל שיקול דעת לבית המשפט, תוך ציון שלושת המקרים בהם לא יינתן הצו מפנה לבוררות, שאז יוכל בית המשפט לדון בתביעה" (שם, בעמ' 152).

וכך גם פסק בית המשפט העליון ברע"א 1407/94 EDITERRANEAN SHIPPING CO. S. א. פ"ד מח(5) 122, בעמ' 126, מול האותיות א - ב, מפי הנשיא שמגר:

"הנה כי כן עולה מן האמור בסעיף 6 לחוק ומן ההוראה באמנה אליה הוא מפנה, כי הוראתו של סעיף 2(3) הנ"ל גוברת על האמור בסעיף 5 לחוק הבוררות, התשכ"ח-1968: מכוח האמור בסעיף 6 לחוק הנ"ל, יש הפניה שבחובה לבוררות אלא אם כן הסכם הבוררות בטל ומבוטל או משולל כוח פעולה או איננו בר ביצוע".

90. אילו "רק" סעיף 5 לחוק הבוררות היה חל בעניינינו, הרי "הכלל הוא, איפוא, כי בהתקיים תניית בוררות, בית-המשפט מעכב את ההליכים, בתנאי שהצד המבקשת את קיום הבוררות היה נכון לקיימה גם טרם הגשת התובענה. עם זאת, בית-המשפט רשאי לסטות מכלל זה, ולהורות על אי עיכובם של ההליכים, בהתקיים נסיבות מיוחדות" רע"א 6450/01 שמחה אוריאלי ובניו נ' מכון טיפול בשפכי אשקלון, פ"ד נו (5) 769, בעמ' 772 (להלן - "פרשת אוריאלי"). טענת צד להסכם הבוררות כי לא התכוון לחתום על ההסכם והחתימה הוצאה ממנו במרמה יכולה להוות נסיבה מיוחדת. כמו כן תנייה מקפחת בחוזה אחיד יכולה להוות נסיבה מיוחדת (פרשת אוריאלי, שם).

91. במקרה שלפנינו, קיים בהסכם ההתקשרות בין המבקשת לבין משיבה 2 סעיף 11, המפנה את הצדדים לבוררות בעת בה מתגלה סכסוך. טוענת המבקשת כי הסעיף מתייחס אך ורק לסעיפים הקודמים לו (סעיפים 1-10), אך לו לסעיף הבלעדיות (סעיף 12 בהסכם), שכן מדובר על תנייה מיוחדת אשר הוסכמה בין הצדדים לאור ייחוד השוק הישראלי.

אינני מקבל טענה זו, המשוללת כל הגיון. אף אם יוכח כי שוק המשתמשים באינטרנט בישראל שונה מזה במדינות אחרות בהן התקשרה משיבה 2 בחוזה מעין זה, הרי שאין בכך כדי לייחד את הסעיף ולהוציא אותו מתחום סעיף הבוררות. תניית הבוררות נועדה לקבוע דרך ליישוב סכסוך, באם יתגלע כזה בין הצדדים, בכל הנושאים הנוגעים לחוזה (ובנוסח באנגלית נאמר: "any dispute under this agreement"). אילו רצו הצדדים להפריד את סעיף הבלעדיות, ולא להחיל עליו את סעיף הבוררות, היה עליהם לעשות זאת מפורשות בהסכם; משלא עשו כן - חל סעיף הבוררות (סעיף 11) גם על סעיף הבלעדיות (סעיף 12).

92. נעבור עתה לטענת המבקשת כי סעיף הבוררות בהסכם שבין המשיבה 2 ובין המבקשת הוא תנייה מקפחת בחוזה אחיד. הגדרת תנאי מקפח בחוזה אחיד, מצויה בסעיף 3 לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982:

"בית משפט ובית הדין יבטלו או ישנו, בהתאם להוראות חוק זה,

תנאי בחוזה אחיד שיש בו - בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות - משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות (להלן - תנאי מקפח).

סעיף 4(8) לחוק החוזים האחידים הנ"ל קובע כי "תנאי השולל או המגביל את זכות הלקוח להשמיע טענות מסוימות בערכאות משפטיות, או להיזקק להליכי משפט אחרים, והכל למעט הסכם בוררות מקובל" - חזקה עליו שהוא תנאי מקפח. לטענת המבקשת, יש משום קיפוח בהסכם, שכן ביצוע בוררות בארה"ב כרוכה בהוצאות מרובות, אשר חברה ישראלית אינה יכולה לעמוד בהן, ועל כן מאיין את האפשרות של חברה ישראלית לקבל כל סעד כנגד המשיבה 2.

93. אין ספק בליבי כי בוררות בארה"ב כרוכה בהוצאות מרובות יותר מזו אשר מתנהלת בארץ, אך אין בעובדה זו לכשעצמה כדי להפוך תניה המפנה צדדים לבוררות כדי להפוך אותה למקפחת. חברה אשר בסיסה נמצא בארה"ב, טבעי הדבר כי תרצה לקיים בוררות בארץ פעילותה, ארה"ב. אין בכך משום ניצול לרעה של מעמדה כחברה בעלת עוצמה ואמצעים או חוסר הוגנות מצידה לרצות לקיים הליכי בוררות בארה"ב.

94. הטענה האחרונה בפי המבקשת שלא להעביר את הנושא לבוררות היא זו: הליכה לבוררות תביא לפיצול ההליכים, שכן תביעתה כלפי משיבה 1 תימשך בבית-משפט בישראל, ואילו ההליכים כלפי משיבה 2 - אם תתקבל טענתה בדבר עיכוב ההליכים והעברתם לבוררות - יתקיימו בפני הבורר בארה"ב.

ברע"א 985/93 אלרינה אינווסטמנט קורפוריישן נ' ברקי פטה המפריס (ישראל) בע"מ, פ"ד מח(1), 397, בעמ' 401, נאמר כי קיימות שתי גישות לעניין פיצול ההליכים. "האחת היא הגישה הפרגמטית, המציבה את מבחן 'הנוחות והצד המעשי שבדבר', כמכריע בשאלה אם מתקיים 'טעם מיוחד' (ע"א 95/58 וינבלום נ' צדר, פ"ד יב1514, 1517). גישה זו מצאה את ביטויה בדבריו של השופט ברק בע"א 169/80 (יעקב אורי בע"מ ואח' נ' קנטי, פ"ד לה (2) 837, 840) כי 'טעם זה של מניעת פיצול הדיון הוא טעם ענייני לסירוב עיכוב הליכים ... , ודי בו כדי להכריע בערעור שלפנינו'... (עמ' 401, מול האות ז).

כנגד גישה זו מצויה גישה אחרת בפסיקה, כי העיקרון ש'הסכמים יש לכבד', הוא שחייב להכריע, זולת אם קיימות 'נסיבות מיוחדות' (שם, בעמ' 402, בין האותיות ב-ג).

לבסוף, נקבע בפסק דין זה בדעת הרוב (השופט גולדברג שלדעתו הסכים השופט א' ברק, כתוארו אז) מבחן דו שלבי: "ראשית, לבחון את 'הנחיצות הדיונית', דהיינו אם צורך לתובענה מי שאינו צד להסכם הבוררות, צירוף של אמת, או רק כדי שיהא בידי התובע עילה להתחמק מהתחייבותו ליישב את הסכסוך בבוררות (ספרה של פרופ' ס' אוטולנגי, בורות, דין ונוהל, מהדורה שלישית מורחבת, בעמ' 138). בשלב השני תבחן 'הנחיצות המהותית', שבקיום הליך אחד בבית המשפט כנגד הנתבעים כולם; דהיינו אם חיוני הוא, כדי שיהא בידי התובע לזכות בסעד אפקטיבי, כי הדיון לא יפוצל אלא יתנהל כמיקשה אחת. אם עולה החשש כי פיצול הדיון ישאיר את התובע חסר סעד, גם אם יזכה באחד ההליכים, משום שעלולים להיקבע בהליך האחר ממצאים, מסקנות, או תוצאות סותרים, - כי אז תקנת הציבור מחייבת שלא תגרם למתדיין תוצאת תיקו אשר כזאת (שם, בעמ' 403, מול האותיות א-ב).

95. אם ניישם מבחנים אלה למקרה שלפנינו, נגיע למסקנה כי צירוף משיבה 1 לדיון בבית המשפט אינו מהווה דרך התחמקות של המבקשת מבירור הסכסוך בבוררות. אין ספק כי למבקשת לא הייתה ברירה אלא להגיש מיד את התביעה כנגד משיבה 1, שכן היא זו אשר לטענת המבקשת פוגעת בזכויותיה של המבקשת לבלעדיות באתר האינטרנט, זכויות

המעוגנות בהסכם שבין המבקשת לבין המשיבה 2.

96. באי כוח המבקשת, עו"ד דני אדלמן ועו"ד גבי לינקסמן, הביאו בסעיף 34 לתגובתם לבקשה לעיכוב הליכים טבלה ובה 9 דוגמאות בהן פיצול ההליך בין ישראל לארה"ב יכול שיביא לתוצאות סותרות ויפגע בזכות המבקשת לסעדים המבוקשים על ידה. מקובלים עלי דברים אלה ואסתפק בהחלטה זו בדוגמא אחת או שתיים אשר תמחיש את תוצאת התיקו אשר יכולה להיגרם למבקשת אם יפוצל הדיון. כך, למשל אם בארה"ב ייקבע כי לא הוענקה לזוז בלעדיות, אך בישראל ייקבע כי הוענקה לזוז בלעדיות, תוכל זו לקבל צו מניעה קבוע כנגד משיבה 1, אך לא תוכל לקבל לא צו מניעה קבוע ואף לא פיצוי כנגד משיבה 2 בארה"ב. כך המצב במקרה ההפוך: אם ייקבע בישראל כי הוענקה בלעדיות למשיבה 1 (באמצעות חברת האם) על ידי משיבה 1, לא תחשב משיבה 1 כפוגעת בזכויות המבקשת, אך אם בארה"ב ייקבע כי לא הוענקה בלעדיות למשיבה 1, תוכל המבקשת להמשיך בבוררות נגד משיבה 2 בארה"ב, כאשר משיבה 1 ממשיכה להפעיל את האתר. הוא הדיון, כאשר תהיינה קביעות סותרות ביחס לביטול ההסכם עם זו, האם בוטל כדיון אם לאו.

97. ער אני לכך כי, לכאורה, מצויה לפנינו פסיקה סותרת: ככל שמדובר בסעיף בוררות שחלה עליו אמנת ניו-יורק, אין לבית-משפט שיקול דעת, והוא חייב על פי סעיף 6 לחוק הבוררות להעביר את ההליך לבוררות (רע"א 1407/94 הנ"ל); מאידך גיסא, כאשר מדובר בתובע המגיש תביעה נגד שניים, ורק ביחסים עם אחד מהם יש לו הסכם בוררות, יש לבית-משפט שיקול דעת האם להעביר את התיק לבוררות אם לאו (רע"א 985/93 הנ"ל).

לטעמי, יש להעדיף את שיקול הדעת המוקנה לבית המשפט, כאשר מדובר בתביעה כנגד שניים (כהלכת רע"א 985/93 הנ"ל), וראוי כי השימוש בשיקול הדעת יורנו להשאיר התיק בפני בית-משפט. סבור אני כי הנחיצות הדיונית והמהותית, הן הקובעות, ויש לאפשר למבקשת למצות את ההליכים בישראל כדי שתוכל לקבל את הסעדים המגיעים לה, אם מגיעים לה, שכן כל פיצול בין בוררות בארה"ב לבין הליך בבית-משפט בישראל, יסכל את המטרה המרכזית של המשפט, שהיא: מתן אפשרות נאותה לכל צד לקבל בהליך יעיל את הסעדים המשפטיים המגיעים לו.

98. נוסף ונאמר, כי דעת המיעוט של השופט מ' חשן ברע"א 985/93 הנ"ל, הושפעה - אם כי הדבר לא נאמר במפורש אך ניתן להסיקו מבין השורות - מכך שבאותה פרשה הצד (החיצוני) שלא היה צד להסכם הבוררות, הצהיר כי הוא מוכן להצטרף להליכי הבוררות. (ראה: שם, בעמ' 413, מול האותיות ו-ז).

במקרה שלפנינו, אף שבאי כוח הצדדים היו ערים להלכת רע"א 985/93 הנ"ל, משיבה מס' 1 - החברה הרשומה בישראל שאינה צד להסכם הבוררות שבין המבקשת לבין משיבה 2 - בתגובתה לבקשת משיבה 2 לעכב את ההליכים הצהירה רק כי **"דומה כי אין מנוס אלא להיעתר לבקשה"** (סעיף 1 לתגובת המשיבה הפורמאלית בבש"א 3713/02 מיום 22.12.02). בהמשך, חוזרת וטוענת משיבה 1 כי נקלעה למערכת היחסים שבין המבקשת לבין משיבה 2 (סעיף 2 לתגובה), אך אין היא אומרת - לא במפורש ולא ברמז - כי היא מוכנה להצטרף להליכי הבוררות אשר יתקיימו, אם בית-משפט יורה כן בפני הבורר בדאלאס, טקסס. גישה זו של משיבה 1, מוסיפה אף היא נדבך נוסף למסקנתי כי אין להיענות לבקשה לעכב את ההליכים בבית-משפט בשל סעיף הבוררות.

99. עיינתי בפסקי הדין שהגיש עו"ד נשיץ, בא כוח HRN, ביום 17.2.04. פסקי דין אלה

עוסקים בסוגייה המשיקה את הנושאים שבו דנו בבקשה זו, והיא האם בנסיבות דומות לאלה שלנו, היה מקום לתת היתר המצאה אל מחוץ לתחום, על פי תקנה 500 לתקנות סדר הדין האזרחי. נושא זה, אינו נכלל בבקשות שלפני, וכבר הזכרתי לעיל (פיסקה 19) כי כבוד הרשמת התירה המצאת כתבי בית דין למשיבה 2 בארה"ב (בש"א 2215/02; החלטה מיום 10.9.02).

מכל מקום, במסגרת הדיון הנרחב של השופט גרוניס בע"א 4601/02 ראדא תעשיות אלקטרוניות בע"מ נ' BODSTRAY COMPANY LTD. (לא פורסם), שהייתה אחת מן האסמכתאות שהגיש בא כוח משיבה 2, הוזכרה הסוגייה שבפנינו, אגב אורחה, כאשר השופט גרוניס רואה לנכון להציג דווקא את דעת הרוב ברע"א 985/93 הנ"ל כ"גישה אחרת" (סוף פיסקה 17 לחוות דעתו). אין התייחסות ספציפית לשאלה שעליה הצבענו (פיסקה 97 לעיל) והיא: מה גובר על מה, סעיף בוררות הנתמך באמנת ניו-יורק, או שיקול הדעת של בית המשפט שלא להעביר נושא לבוררות כאשר רק חלק מהנתבעים הם צד להסכם הבוררות. כזכור, העדפנו את הגישה השנייה.

סיום

100. התוצאה ביחס לבקשות שבפניי היא זו:
- א. בקשת זו תיירות לסעד הזמני (בש"א 1929/02) - נדחית.
 - ב. בקשת HRN לעיכוב הליכים בשל סעיף הבוררות (בש"א 3713/02) - נדחית.
 - ג. הבקשות לראיות נוספות - התקבלו.
 - ד. בהתחשב בתוצאה - כל צד ישא בהוצאותיו ובשכר טרחת עורך דינו.
 - ה. מאחר והמשיבות טענו כי הסעד המתאים למבקשת אינו צו מניעה וצו עשה אלא תביעה כספית, אני מאפשר למבקשת - התובעת - להגיש עד ליום 16.5.04 (בשל חג הפסח) כתב תביעה מתוקן אשר יכלול סעד כספי, בין כסעד יחיד ובין כסעד נוסף, הכל לפי שיקול דעתה של המבקשת.
- המבקשת תהיה רשאית, במסגרת כתב התביעה המתוקן, לכלול כנתבעת נוספת את חברת האם, כפי ש"הציעה" המשיבה 2.
- הנתבעים יהיו רשאים, כמובן, להגיש בנוסף לכתב הגנה מתוקן גם הליכי צד ג', אשר, כפי שנטען בסיכומיהן, יש להן עילה להגישם. למותר לציין, כי אין בדבריי אלה משום קביעת עמדה כלשהי הן ביחס לכתב התביעה המתוקן והן ביחס להליכי צד ג', הכל - אם יוגשו.

101. המזכירות תשלח העתק החלטה זו לבאי כוח הצדדים.

ניתנה היום י"ג בניסן, תשס"ד (4 באפריל 2004) בהעדר הצדדים.

משה דרורי, שופט