



בבית המשפט העליון

רע"א 7477/13

לפני: כבוד השופט י' דנציגר

המבקשות: 1. גלריית עדן בע"מ
2. קטיה קלימובסקי

נגד

המשיבה: דגנית בלכנר פלד

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב מיום 16.10.2013 בת"א 17109-08-13 שניתנה על ידי כבוד השופטת ד"ר ד' אבניאלי

בשם המבקשות: עו"ד ירון אלכאוי; עו"ד רם שחורי

בשם המשיבה: עו"ד מירי קליין

פסק-דין

לפני בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (השופטת ד"ר ד' אבניאלי) בת"א 17109-08-13 מיום 16.10.2013, במסגרתה קיבל בית המשפט את בקשת המשיבה למתן צו מניעה האוסר על המבקשות לעשות שימוש בשמות המתחם הנושאים את שמה.

הרקע לבקשה והחלטת בית המשפט המחוזי

1. המשיבה הינה אמנית העוסקת בתחום האומנות המודרנית אשר הייתה מיוצגת על ידי המשיבה 1, גלריית עדן בע"מ (להלן: הגלריה), המופעלת על ידי המשיבה 2, קטיה קלימובסקי (להלן: קטיה), בהתאם להסכם שנחתם בין המשיבה לבין הגלריה (להלן: ההסכם). לטענת המשיבה, ההסכם נחתם בין הצדדים בשנת 2007 ובמסגרתו הוענקה לגלריה זכות בלעדית לשיווק יצירותיה של המשיבה למשך 10 שנים, כאשר

בתמורה, התחייבה הגלריה לפעול לקידומה של המשיבה ולפיתוח המוניטין העסקי שלה וכן לרכוש יצירות מיצירותיה בהיקף מינימאלי בכל שנה בכפוף למחירון המוסכם בין הצדדים. עוד הוסכם במסגרת ההסכם כי הגלריה תפעיל אתר באמצעותו ישווקו על ידיה יצירות של המשיבה תחת שמות מתחם (Domain Names) הנושאים את שמה (להלן: האתרים). ביום 10.6.2013 שלחה המשיבה לגלריה הודעה על ביטול ההסכם (להלן: הודעת הביטול) וזאת לאחר מכתב התראה שנשלח על ידיה ביום 22.5.2013 בו נתנה לגלריה הזדמנות לתקן את ההפרות הנטענות על ידיה. החל מחודש יוני 2013, הפסיקה הגלריה לשלם למשיבה תשלומים חודשיים על פי ההסכם והסירה את שמה מאתר האינטרנט של הגלריה כאמנית המיוצגת על ידי האחרונה. כפי שעולה מהחלטת בית המשפט המחוזי, אין חולק כי החל ממשלוח הודעת הביטול, המשיבה אינה מעורבת עוד בהפעלת האתרים. בשל האמור לעיל, הגישה המשיבה בקשה לצו מניעה שיאסור על הגלריה לעשות שימוש באתרים ולאחר מכן הגישה כתב תביעה במסגרתו ביקשה בין היתר פיצוי בגין הפרת ההסכם על ידי הגלריה וכן בגין הפרת זכויות אחרות שלה. הגלריה, מצידה, הגישה תביעה שכנגד במסגרתה עתרה לפיצוי כספי בסך של מיליון ש"ח בגין ביטול ההסכם שלא כדין.

2. בית המשפט המחוזי קבע כי אין מחלוקת שהגלריה לא עתרה לאכיפת ההסכם וכי המחלוקת בין הצדדים נסבה סביב זכות השימוש של הגלריה באתרים על פי ההסכם, זכות אותה מבקשת הגלריה להמשיך לממש. ביום 8.9.2013 נערך דיון בבקשה למתן צו מניעה זמני לפני בית המשפט. בית המשפט ציין כי הדיון נערך בטרם הוגש כתב התביעה ובטרם התברר שהגלריה אינה עומדת על אכיפת ההסכם ככתבו וכלשונו ולכן באותה שעה הציע לצדדים להיפגש ביניהם ולבדוק את ההתנהלות הכספית שהייתה ביניהם לאורך השנים ועד למועד בו הוגשה הבקשה לצו מניעה זמני. בית המשפט הדגיש כי במהלך הפגישה שנערכה בין הצדדים סירבה הגלריה להציג לפני המשיבה את המחירונים הרלבנטיים לכל התקופה בה נמכרו יצירותיה של האחרונה וכי מפגש זה היה עקר. בתום דיון נוסף שהתקיים לפניו, נדרש בית המשפט לבקשת צו המניעה הזמני לגופה.

3. בית המשפט המחוזי קבע ראשית כי על אף שהבקשה לצו מניעה זמני והתצהיר שצורף אליה אינם מפרטים את הפרות ההסכם הנטענות באופן עצמאי, הרי הבקשה מפנה לכתב התביעה שהוגש במקביל ובו מפרטת המשיבה את ההפרות הנטענות. בית המשפט קבע כי טענות אלה לא הופרכו וכי יהיה מקום לברר אותן במסגרת ההליך העיקרי. באשר למאזן הנוחות, קבע בית המשפט כי המשיבה הקימה בינתיים אתר אינטרנט אחר והיא מוכרת בו את עבודותיה באמצעות גלריה אחרת, ומנגד הגלריה

מכרה ועודנה מוכרת יצירות של המשיבה. בית המשפט הדגיש כי הגלריה הסירה את שמה של המשיבה מאתר האינטרנט שלה ואינה מציגה עצמה עוד כמי שמוכרת את יצירותיה, ולכן לא ניתן לקבל את טענתה לפיה הפסקת השימוש באתרים תפגע בה בצורה כלשהי. בית המשפט תמך קביעה זו בכך שהמצהיר מטעם הגלריה לא פירט בתצהירו את מספר יצירות המשיבה המצויות במלאי הגלריה ואת מחיריהן והסתפק אך בכך שלגלריה ייגרם נזק בסך של 1-1.5 מיליון ש"ח מהפסקת השימוש באתרים. משכך, קבע בית המשפט כי מאזן הנוחות נוטה לטובת המשיבה לה ייגרם נזק ממשי מהמשך הפעלת האתרים על ידי הגלריה. בית המשפט הוסיף גם כי הגלריה התנהלה בחוסר ניקיון כפיים בכך שנמנעה מלחשוף לפני המשיבה נתונים בנוגע להתחשבנות שהייתה בין הצדדים. לכן, הורה בית המשפט לגלריה לחדול משימוש באתרים כפי שהתבקש בבקשה למתן צו המניעה הזמני.

מכאן בקשת רשות הערעור.

תמצית נימוקי הבקשה

4. הגלריה וקטיה (להלן: המבקשות), טוענות כי שגה בית המשפט המחוזי שגיאה יסודית בכך שנתן את צו המניעה הזמני המבוקש מבלי שזה נתמך בראיות מהימנות לכאורה המאומתות בתצהיר. לטענתן, הבקשה לצו מניעה זמני והתצהיר שצורף לה אינם מפרטים את ההפרות הנטענות על ידי המשיבה באופן שאינו עומד בהוראת תקנה 362 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: התקנות). המבקשות מוסיפות כי בית המשפט לא היה רשאי לסמוך את החלטתו על טענות שעלו בכתב התביעה ושלא אומתו בתצהיר שצורף או בתצהיר בכלל, וכי הדגישו לפני בית המשפט בהודעה מעודכנת מיום 9.10.2013 כי ככל שיסכים לקבל טענות אלה הרי שיש להורות על הגשת תצהיר התומך בהן כדי שתוכלנה להשיב לו ולחקור את המשיבה בחקירה נגדית אודותיו. לטענתן, לא ניתן לערוך תצהיר על דרך ההפניה שכן על תצהיר להכיל את כל העובדות הנוגעות לבקשה בתוכו הוא במצוות תקנה 365(ג) לתקנות, וכי ממילא לא נעשתה הפניה למקור כלשהו המפרט את ההפרות הנטענות בתצהיר שהוגש. המבקשות מוסיפות כי אין די בקביעתו של בית המשפט לפיה עילת התביעה "לא הופרכה בשלב זה" כדי להעניק את צו המניעה שהתבקש, וזאת לאור נטל ההוכחה המוטל על כתפי המשיבה.

5. טענה דומה מעלות המבקשות בנוגע לקביעת בית המשפט המחוזי בעניין מאזן הנוחות. לטענתן, תצהירה של המשיבה שתמך בבקשה לצו מניעה זמני לא כלל כל

התייחסות לנזקים שייגרמו לה מהמשך הפעלת האתרים על ידיהן ומנגד דווקא הן תמכו את נזקיהן בתצהיר עליו נחקר מנהל הגלריה. המבקשות מוסיפות כי שגה בית המשפט כשקבע כי הגלריה פעלה באופנים שאינם ניתנים ליישוב לאור העובדה שהסירה את שמה של המשיבה מאתרה, שכן לטענתן אין כל קשר בין רצונן להפסיק את ייצוגה של המשיבה במסגרת אתר הגלריה לבין רצונן להמשיך למכור את יצירותיה הנמצאות בבעלות הגלריה במסגרת אתר ייעודי לשם כך אותו פעלו לקדם. המבקשות טוענות לבסוף כי שגה בית המשפט כשקבע כי הגלריה היא שנהגה בערפול ובחוסר שיתוף פעולה במסגרת ההליך.

תמצית תשובת המשיבה

6. המשיבה טוענת ראשית כי אין זו דרכה של ערכאת הערעור להתערב בהחלטות הערכאה הדיונית הנוגעות לסעדים זמניים, זאת במיוחד כאשר מסקנות בית המשפט המחוזי באשר למאזן הנוחות התבססו על ממצאי מהימנות של מנהל הגלריה. המשיבה מוסיפה כי אילו בית המשפט לא היה נעתר לבקשה לסעד זמני היה בכך משום אכיפה בלתי צודקת וחד צדדית של ההסכם שהינו בלתי אכיף, אשר המבקשות עצמן ויתרו על אכיפתו תוך שהן מסתפקות בעתירה לסעד של פיצויי קיום במסגרת התביעה שכנגד. לטענת המשיבה, תביעה לפיצויי קיום שוללת סעד של אכיפה ולכן לא ניתן לאפשר למבקשות להמשיך להפעיל את האתרים מכוח ההסכם. לכן, לטענתה, השאלה האם ההסכם בוטל כדין התייתרה שכן התוצאה היחידה של ההליך היא סיום היחסים החוזיים בין הצדדים על כל המשתמע מכך. עוד טוענת המשיבה כי כבר במסגרת הבקשה לצו מניעה טענה שהיחסים בין הצדדים עלו על שרטון באופן שלא מאפשר עוד לקיים את המערכת החוזית ביניהם ולכן דינו של ההסכם להתבטל.

7. לגופו של עניין, טוענת המשיבה כי בית המשפט המחוזי צדק כשקבע כי קיימת עילת תביעה לכאורה, שכן עילות התביעה פורטו בכתב התביעה ובבקשה לצו המניעה הזמני, וביניהן גם טענות בדבר הפרת ההסכם, וכן בשל העובדה שהמבקשות ויתרו על חקירת המשיבה באופן המהווה הסכמה לאמור בתצהירה. המשיבה טוענת גם כי בצדק קבע בית המשפט שמאזן הנוחות נוטה לטובתה, וזאת, בין היתר, על בסיס התרשמות מעדותו של מנהל הגלריה.

המבקשות ביקשו להגיב לתשובת המשיבה, אך לאור התוצאה אליה הגעתי, כפי שיפורט להלן, בקשתן התייתרה.

8. לאחר שעיינתי בבקשה ובתשובות לה על צרופותיהן, הגעתי לכלל מסקנה כי יש לדון בבקשה כאילו ניתנה הרשות לערער והוגש ערעור על פי הרשות שניתנה בהתאם לתקנה 410 לתקנות, ולקבל את הערעור לגופו.

9. כידוע, סעיף 41(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי המשפט) קובע כי רשות ערעור על "החלטה אחרת" של בית משפט מחוזי:

"תינתן 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".

הרציונאל העומד בבסיס כלל זה הוא כי המועד להשיג על החלטות שונות של הערכאה הדיונית הוא בתום הדיון בתובענה כולה, וזאת במקרים בהם אין להחלטה השפעה מכרעת על זכויות הצדדים או על אופן ניהול הדיון. כל זאת, בכפוף לכך כי ככל שיתברר בסופו של הדיון שאכן התקיימו הליכים מיותרים או כי נגרם כתוצאה מההחלטות נזק שאינו בלתי הפיך ניתן יהיה לפצות על כך את הצד הנפגע באמצעות השתתפות הוצאות לזכותו של הצד שכנגד או מתן כל סעד מתאים אחר [ראו: רע"א 8946/12 חברת נמל חיפה בע"מ נ' בתי זיקוק לנפט בע"מ (21.3.2013), פסקה 6; רע"א 1481/13 גבעון נ' לוי (3.4.2013), פסקה 6. ראו גם: חמי בן-נון וטל חבקין הערעור האזרחי 201-200 (מהדורה שלישית, 2012) (להלן: בן-נון וחבקין)]. עוד נקבע כי ערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בהחלטות הערכאה הדיונית הנוגעות לסעדים זמניים, להוציא מקרים חריגים בלבד [ראו לאחרונה: רע"א 5711/12 נ. מצה בע"מ נ' דלק חברת הדלק הישראלית בע"מ (25.2.2013), פסקה 10 והאסמכתאות הנזכרות שם]. עם זאת, כאשר מדובר בסעד זמני אשר עשויה להיות לו השלכה המשפיעה על זכויות הצדדים באופן המשנה את המצב הקיים, יהיה לעתים מקום להקדים את הבחינה הערעורית כדי למנוע נזק בלתי הפיך [ראו: רע"א 2676/13 ישי נ' שלום (9.9.2013), פסקה 8 להחלטתי].

10. במקרה דנא, על אף שהסעד הזמני שניתן הוכתר כצו מניעה זמני, הרי שלמעשה מדובר בצו המשנה את המצב הקיים שכן הוא מורה לגלריה לחדול מהפעלת האתרים אותה ביצעה, לכאורה ועד שלא יקבע אחרת, כדין. במצב דברים זה חלה ההלכה לפיה

צו עשה זמני המשנה את המצב הקיים יינתן רק במקרים חריגים [ראו למשל: רע"א 5843/05 איגוד ערים לאיכות הסביבה דרום יהודה נ' שרון דן השקעות בע"מ (13.12.2005), פסקה 5; בר"ם 7509/13 עיריית נצרת עילית נ' מפעלי ברודני (14.11.2013), פסקה 15]. ודוק: בניגוד לטענת המשיבה, משמעות אי הענקת צו המניעה הזמני אינה כפייה של המשך ההתקשרות בין הצדדים שעה שיחסייהם עלו על שרטון, שכן אין מדובר ב"אכיפת" המשך ההתקשרות כולה כי אם שמירה על זכות מסוימת של המבקשות מכוח ההסכם, וזאת בהתאם לאופי ההתקשרות בין הצדדים [ראו והשוו: רע"א 706/09 קופת חולים מאוחדת נ' המרכז הכירורגי ירושלים (10.3.2009), פסקה 10; רע"א 9213/12 רשת נגה בע"מ נ' ישראל 10 - שידורי הערוץ החדש בע"מ (20.1.2013), פסקה 31].

11. כידוע, סעד זמני מסוג צו מניעה יינתן על פי בקשת צד להליך בהתאם לאמור בתקנה 362 לתקנות הקובעת כך:

"(א) 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.
(ב) בהחלטתו בדבר מתן הסעד הזמני, סוג הסעד, היקפו ותנאיו, לרבות לענין הערובה שעל המבקש להמציא, יביא בית המשפט בחשבון, בין השאר, שיקולים אלה:
(1) הנזק שייגרם למבקש אם לא יינתן הסעד הזמני לעומת הנזק שייגרם למשיב אם יינתן הסעד הזמני, וכן נזק שעלול להיגרם למחזיק או לאדם אחר" (ההדגשות הוספו – י. ד.).

על בקשה כאמור חלה גם הוראת תקנה 365(ג) הקובעת כי "בתצהיר המצורף לבקשה יפרט המבקש את כל העובדות הנוגעות לבקשה".

12. מעיון בבקשה לצו מניעה זמני שהגישה המשיבה ובתצהיר שצורף לו, עולה שהבקשה נסמכה בעיקרה על עילות תביעה מתחום הקניין הרוחני והעוולות המסחריות ובעיקר על כך שהגלריה עושה שימוש באתרים המבוססים על שמה של המשיבה ללא הסכמתה. אלא שבתצהיר שצורף לבקשה מצהירה המשיבה כי:

"במסגרת ההסכם, הסכמתי, כי אתר אינטרנט שכבר היה בבעלותי ישנה את שמו לשמי... כי המשיבה תוכל לערוך שינויים באתר על חשבונה... כי כל ההפניות

מהאחר יגיעו ישירות למשיבה ולא אלי. בסופו של דבר לא פעלנו על פי סיכום זה, ובסמוך לאחר החתימה על ההסכם, המשיבה קיבלה את הסכמתי להקמת אתר אינטרנט חדש, תחת שמי ושם משפחתי, באמצעות המשיבה תציג אותי ותשווק את יצירותיי" (פסקה 4 לתצהיר המשיבה).

לכן, היה על המשיבה לתמוך את הבקשה לצו מניעה בתצהיר המפרט את העובדות המקימות את הפרת ההסכם, וזאת כדי להראות כי המבקשות ממשיכות להפעיל את האתרים, לכאורה, שלא כדין בהתאם לעילות תביעתה. דא עקא, שבתצהירה לא מפרטת המשיבה את העובדות המקימות את הפרת ההסכם מלבד תיאור של תחושותיה הקשות בעקבות התנהלותה של הגלריה מולה במסגרת ההסכם. כמו כן, מעבר לתיאור כללי של תחושותיה הקשות, המשיבה גם אינה מפרטת בתצהירה את הנזק שנגרם לה או עשוי להיגרם לה בשל המשך הפעלת האתרים על ידי הגלריה. המשיבה אמנם מפנה בתצהירה למכתב ששלחה לגלריה בו היא מפרטת את טענותיה בדבר הפרת ההסכם, אלא שהיא אינה מאשרת את תוכן מכתב זה בתצהירה ואינה מפרטת אותו, וממילא אין לערוך תצהיר על דרך של הפניה למסמך אחר [ראו: ע"א 166/90 אזולאי נ' א"ב, מפעלי תיירות אילת בע"מ, פ"ד מו(5) 344, 348 (1992)]. לכן, גם העובדה שבכתב התביעה, שהוגש לאחר הגשת הבקשה לצו מניעה זמני, פורטו עילות התביעה לרבות הטענות בדבר הפרת ההסכם אינה מרפאת פגם זה. משלא ביססה המשיבה בתצהירה את העובדות המקימות את עילת תביעתה לכאורה ומשלא ציינה בו את הנזקים הצפויים להיגרם לה באופן מפורש מתבקשת המסקנה כי בקשתה למתן צו מניעה זמני לא נתמכה, הלכה למעשה, בתצהיר.

13. התוצאה של מסקנה זו היא כי לא ניתן היה להעניק למשיבה את הסעד הזמני אותו ביקשה, ויפים לעניין זה דבריו של הנשיא א' גרוניס בע"א 409/13 שידורי קשת בע"מ נ' קופר (11.4.2013):

"אשר לאי צירוף התצהירים: הטעם לצירוף התצהיר אינו טכני בלבד, אלא הוא בעל משמעות ראייתית חשובה. חשיבותו של התצהיר בכך שהוא-הוא יוצר את התשתית העובדתית עליה נשענות בקשות בכתב בהליכים אזרחיים (השוו, ע"א 728/79 קירור אגודה שיתופית חקלאית מרכזית למשקי עמק חפר והשומרון בע"מ נ' זייד, פ"ד לד (4) 126, 130 (1980); רע"א 394/90 רנדלר נ' ציון, פ"ד מד (1) 702 (1990)). בלא תצהירים לתמיכה בבקשה, אין בידי בית המשפט לקבוע ממצאים עובדתיים ולהכריע בתיק. כך, בענייננו, בהיעדר תצהירים או עדויות לא יכול היה בית המשפט

להגיע למסקנות בדבר מידת ההשפעה של התכנית על
ההליך הפלילי, ולכן לא היה בסיס למתן צו המניעה
הקבוע" (שם, בפסקה 12).

לעניין זה, אין בידי לקבל את טענת המשיבה לפיה משעה שויתרו המבקשות
על חקירתה הרי שניתן היה להעניק את צו המניעה הזמני. הנטל להוכיח את קיומה של
עילת תביעה לכאורה וכן את הנזקים הצפויים מוטל על המבקש את צו המניעה, ומשעה
שנתונים אלו לא פורטו בתצהירה של המשיבה היא לא הרימה נטל זה. אין בידי גם
לקבל את טענת המשיבה לפיה המבקשות ויתרו כליל על הסעד לאכיפת ההסכם ולכן
תוצאת ההליך העיקרי תהיה בכל מקרה הפסקת המערכת החוזית בין הצדדים ומשכאן
גם ביטול ההסכמה להפעלת האתרים על ידי הגלריה. הגם שייתכן כי יש ממש בטענה
זו, וכמובן שאיני מביע בעניין זה כל עמדה, הרי שהמקום לדון בה הוא במסגרת ההליך
העיקרי, וממילא שעה שטרם נקבע כי המבקשות אכן ויתרו באופן סופי על סעד זה לא
ניתן לתת לכך משקל במסגרת בקשה למתן צו מניעה זמני. בשולי הדברים, אציין כי
פתוחה לפני המשיבה הדרך להגיש מחדש את בקשתה למתן צו מניעה זמני ולתמוך
אותה בתצהיר מלא כדין עליו ניתן יהיה גם לחקור אותה בחקירה נגדית.

14. לאור כל האמור לעיל, הערעור מתקבל וצו המניעה הזמני שהוצא נגד
המבקשות מבוטל, בכפוף לכך שהמבקשות תמנענה מלהציג באתרים מצג לפיו ניתן
לפנות דרכם למשיבה בדואר אלקטרוני ובכפוף לכך שהמבקשות לא תצגנה את דמותה
של המשיבה באתרים. לעניין ההוצאות, בקשת רשות הערעור שהגישו המבקשות
השתרעה על פני 31 עמודים, וזאת באופן החורג מהוראת תקנה 403(ג) לתקנות.
מדובר, על פניו, במקרה המצדיק הטלת הוצאות לטובת אוצר המדינה [ראו: רע"א
7443/12 שרבט נ' שרבט (23.4.13)], פסקה 13 להחלטתי; רע"א 1109/13 אורטס נ' סבן
(14.3.2013), פסקה 11 להחלטתי]. לכן, המבקשות תנמקנה בתוך שבוע מדוע לא
תחויבנה בהוצאות לטובת אוצר המדינה. בנסיבות העניין אינני עושה צו להוצאות
לטובת המבקשות.

ניתן היום, ל' בכסלו תשע"ד (3.12.2013).

ש ו פ ט