

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 8456/09

לפני: כבוד המשנה לנשיא (בדימ') א' ריבלין
כבוד השופט ח' מלצר
כבוד השופט נ' הנדל

המערערת: אקו"ם אגודת קומפוזיטורים מתכרים ומולים
למוסיקה בישראל בע"מ

נגד

המשיבים: 1. האיגוד המקצועי לתקליטנים בישראל
2. 155 חברות ותקליטנים אחרים המספקים
שירותי מוסיקה לאירועים

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו
בה"פ 846/07 מיום 5.8.2009, שניתן על ידי כבוד סגנית
הנשיאה ד"ר ד' פלפל

בשם המערערת: עו"ד אהוד גבריאלי, עו"ד עוז מאיר

בשם המשיבים: עו"ד אמיר רוזנברג; עו"ד לידיה מנדלבאום פלקוב

פסק-דין

השופט ח' מלצר:

1. בפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב (כב' סגנית הנשיאה, השופטת ד"ר ד' פלפל), בגדרו התקבלה המרצת הפתיחה של המשיבים כנגד אקו"ם (להלן: המערערת). במסגרת פסק הדין, נקבע כי דמי השימוש הזמניים שהמשיבים ישלמו למערערת, בגין השימוש ביצירות שמוגנות על ידי זכויות היוצרים שאותן היא מנהלת – ישולמו על פי שיטת החישוב שהציעו המשיבים, ולא על פי תחשיב המערערת.

כפתח הדברים אביא את עובדות המקרה הצריכות להכרעה.

2. המערערת הינה תאגיד שנוסד במטרה לנהל את זכויות היוצרים של חבריו. דרך פעולתה של המערערת היא זו: היוצרים החברים במערערת מעבירים את זכויותיהם ביצירות מוזיקליות ואחרות – אל המערערת (כיום אין על היוצרים חובה להעביר את הזכויות בצורה בלעדית, אף שבעבר המצב היה אחר), ואילו המערערת מצידה אמונה על ניהול ומימוש זכויות היוצרים ברפרטואר שהופקד בידה. בנוסף לזכויות היוצרים הישראלים, המערערת התקשרה בהסכמים עם כ-160 אגודות, או תאגידים דומים בעולם, וכתוצאה מכך היא מנהלת בישראל גם את מרבית זכויות היוצרים שבהן מחזיקים תאגידים אלה.

3. המשיבים הינם חברות ואנשים פרטיים העוסקים בתחום התקליטנות בישראל, והם נותנים שירותי מוסיקה ותקליטנות באירועים שונים. כחלק מפעילותם זו, אמורים המשיבים לשלם למערערת סכום מסוים עבור השימוש בזכויות היוצרים, שבהן מחזיקה המערערת. בנוגע לגובה הסכום האמור נתגלעה בין הצדדים מחלוקת, והיא העומדת במרכז הערעור שלפנינו.

4. בתאריך 30.3.2004 קבע הממונה על הגבלים עסקיים (להלן: הממונה) כי ההסדרים הכרוכים בהפעלתה של המערערת עולים כדי הגבל עסקי, המבססים לה מעמד של מונופול במספר שווקים של ניהול משותף של זכויות. בהתאם לכך ביקשה המערערת כי יינתן לה היתר זמני לפעילותה, מכוח סעיף 13(א) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: החוק, או: חוק ההגבלים העסקיים). בתאריך 28.12.2004 קיבל בית הדין להגבלים עסקיים בקשה זו, בין השאר נוכח המלצת הממונה, ואולם ההיתר הותנה בתנאים מסוימים, שהסדירו את פעילותה של המערערת (להלן: התנאים). מאז האריך בית הדין להגבלים עסקיים את תוקפו של ההיתר הזמני מדי שנה, לעתים תוך שינוי התנאים. התנאים אמורים לאזן בין הצורך בשמירת הזכויות אותם מייצגת המערערת, לבין האינטרס הציבורי, המצדד בהגבלת האפשרות של אקו"ם לדרוש דמי רשיון מופרזים.

5. סעיף 5.1 לתנאים, בנוסחו בתקופה הרלבנטית לערעור קבע, כי בעת שבה חלים התנאים (קרי: עד להסדרה סופית של פעילות המערערת) – דמי השימוש הזמניים שישולמו למערערת על ידי משתמש מסוים (כגון אחד מן המשיבים) ברפרטואר שניהול

זכויות היוצרים לגבי נתון בידי המערערת, ייקבעו בצורה הבאה:

במידה שלא נקבעו דמי שימוש בהסכם פרטני בין המשתמש לבין המערערת – המשתמש יוכל לבחור באחת מארבע אפשרויות לקביעת דמי השימוש הזמניים, בצורה תד-צדדית. ואלה הן האפשרויות שבהן יכולים לבחור המשתמשים מכוח סעיף 5.1 לתנאים:

- (1) דמי הרשיון שקבע בית המשפט לתמלוגים, או בית משפט מוסמך אחר למשתמש מאותו סוג;
- (2) סכום התמלוגים שנקבע למשתמש מאותו סוג, בהסכם בין אקו"ם ובין איגוד עסקי המייצג את אותו סוג משתמשים;
- (3) 80% מגובה סכום התמלוגים אותו שילם המשתמש לאקו"ם בתקופת הרשיון שקדמה למועד מתן ההיתר הזמני על ידי בית הדין להגבלים עסקיים, או 80% מגובה סכום התמלוגים אותו הסכים המשתמש לשלם לאקו"ם בתקופת הרשיון שקדמה למועד מתן ההיתר הזמני על ידי בית הדין להגבלים עסקיים, הגבוה מבין השניים;
- (4) 80% מגובה סכום התמלוגים אותו שילם משתמש דומה לאקו"ם בתקופת הרשיון שקדמה למועד מתן ההיתר הזמני על ידי בית הדין להגבלים עסקיים, או 80% מגובה סכום התמלוגים אותו הסכים משתמש דומה לשלם לאקו"ם בתקופת הרשיון שקדמה למועד מתן ההיתר הזמני על ידי בית הדין להגבלים עסקיים, הגבוה מבין השניים."

6. זה המקום להוסיף מספר הערות-הבהרה באשר לסעיף 5.1 הנ"ל:

ראשית, סעיף 5.1 בנוסחו שצוטט לעיל חל על "משתמש קטן", כהגדרת מונח זה בתנאים. אין מחלוקת כי המשיבים כולם הינם "משתמשים קטנים", וכי מועד מתן ההיתר הזמני על ידי בית הדין להגבלים עסקיים, הנזכר בסעיף, הוא: 28.12.2004.

שנית, בין המשיבים לבין המערערת לא קיים הסכם פרטני לתשלום דמי השימוש הזמניים. בנוסף לכך, הצדדים הסכימו כי תת-החלופה היחידה הרלבנטית לגבי

המשיבים במכלול היא זו המנויה בסעיף 5.1(4) הנ"ל, שכן התנאים המקדימים לאפשרויות התשלום האחרות – אינם מתקיימים פה לשיטתם. לפיכך בערעור שלפנינו נתמקד בעיקר בסעיף זה (אף כי נראה שגם הוראות אחרות בתנאים שייכות לעניין).

שלישית, מסעיפים 5.6 ו-5.7 לתנאים עולה כי זכות הבחירה העומדת למשתמש נתונה לו למשך תשעים ימים ממועד הפנייה הראשונה אליו על-ידי המערערת. היה והוא נענה לפניה – המערערת יכולה לפנות לבית המשפט, ולתבוע את ההפרש שבין סכום התמלוגים המלא הנדרש על ידה, לבין דמי השימוש הזמניים אשר שולמו לה, ככל שקיים הפרש כאמור, אך לא תהא רשאית לעתור למתן צו מניעה זמני, או לפיצויים סטטוטוריים. היה שהמשתמש איננו נענה לפנייה בתוך תשעים ימים מעת שהדרישה הגיעה אליה – המערערת רשאית, אך לא חייבת, לפנות לבית המשפט ולבקש כנגד הסרבן-לכאורה כל סעד אותו היא רשאית לתבוע על פי כל דין, ממועד הפנייה הראשונה אליו (לרבות צו מניעה זמני, ופיצויים סטטוטוריים).

רביעית, בתאריך 25.1.2009 שונתה, באישור בית הדין להגבלים עסקיים, חלופה 5.1(4) הנ"ל, כך שהיום נדרשים המשתמשים לשלם 100% מגובה סכום התמלוגים הישן, ולא 80%.

נחזור איפוא עתה לתיאור המשך השתלשלות העניינים.

7. בשנת 2002 ניסתה המערערת לשנות את שיטת תמחור דמי השימוש שנהגה עד אז, ועל פיה היא נתנה "רשיון שמיכה" (Blanket License) למשתמשים מהסוג של המשיבים, ומכוחו היא גבתה מהם סכום שנתי כולל, שנע בין 6,000 ש"ח – 11,000 ש"ח (בהתאם להיקף הפעולות הצפוי של המשתמש) עבור הזכות להשתמש ברפרטואר שבניהולה (להלן: התעריף הישן). על פי השיטה החדשה ביקשה המערערת לגבות סכום נפרד, בגובה 180 ש"ח, בצירוף מע"מ, ביחס לכל אירוע (להלן: התעריף החדש).

ניסיונה של המערערת לשנות את שיטת תמחור דמי השימוש – לא צלח בתחילה, ולבסוף היא הגיעה בדיעבד להסכמה עם חלק מבעלי אולמות האירועים שלפיו דמי השימוש ישולמו עד לשנת 2007 לפי התעריף הישן. עם זאת, ככל הנראה היו מספר בעלי אולמות אירועים, אשר שילמו למערערת דמי שימוש לפי התעריף החדש גם בתקופה שבין 2002 לבין 2007. לעניין זה יש חשיבות מסוימת במכלול, שכן

כזכור סעיף 5.1(4) לתנאים מדבר על "תקופת הרשיון שקדמה למועד מתן ההיתר הזמני", שניתן כזכור בתאריך 28.12.2004. לנושא זה אחזור ואדרש בהמשך.

8. המערערת סברה כי דמי השימוש הזמניים ששולמו לה על פי התעריף הישן (או חלקו) – אינם מספקים (ממילא כך לגבי מי שלא שילם כלל), ועל כן היא שלחה, בחודש מרץ 2007, לאותם משיבים שהעניקו שירותי מוסיקה ותקליטנות באולמות אירועים – מכתבים שבהם היא ציינה כי התשלום על פי התעריף הישן איננו מהווה תמורה נאותה עבור הרשיון הזמני. עוד היא קבעה כי בעל אולם שיאפשר שימוש ביצירות מהרפרטואר של המערערת בנסיבות אלה יחשב על ידה כמפר את זכויותיה.

בעקבות מכתבים אלה המשיבים שילמו למערערת תשלומים ספוראדיים וחלקיים (שלדעתם היוו את החלק היחסי מתוך סך התשלום השנתי על פי התעריף הישן), ובמקביל הגישו את המרצת הפתיחה, מושא הערעור שלפנינו.

ההליכים בבית המשפט המחוזי

9. המשיבים עתרו בתובענתם למספר סעדים, שיפורטו להלן:

1. פס"ד הצהרתי לפיו תקליטן אשר שילם או ישלם דמי שימוש זמניים, כהגדרתם בתנאים לפעילותה של אקו"ם (להלן: "המשיבה") [המערערת כאן – הערה שלי – ח"מ] רשאי לעשות שימוש ברפרטואר אקו"ם.
2. פס"ד הצהרתי לפיו מששולמו לאקו"ם דמי שימוש זמניים, במידה וברצונה לגבות תעריפים גבוהים יותר, עליה לפנות לביהמ"ש הן לעניין שיעור דמי השימוש הזמניים והן לעניין הפרש דמי השימוש ששולמו וכין התעריף שנדרש ע"י אקו"ם.
3. פס"ד הצהרתי לפיו אקו"ם אינה רשאית לעתור לצו מניעה זמני או לפיצויים סטטוטוריים בגין השמעת מוזיקה באולמות שמחה וגני אירועים אשר הוצג בפניהם תשלום דמי שימוש זמניים.
4. פס"ד הצהרתי לפיו דמי שימוש זמניים על פי התנאים לפעילותה של אקו"ם, אינם טעונים אישור מראש של אקו"ם.
5. צו המורה לאקו"ם להימנע מכל פנייה לבעלי אולמות וגני אירועים, או נקיטת פעולה כנגדם, במטרה כי אלו ימנעו מתקליטנים שהציגו תשלום דמי רשיון זמניים לאקו"ם לעשות שימוש ברפרטואר אקו"ם.

6. כן יתבקש ביהמ"ש הנכבד לחייב את המשיבה ליתן כל סעד אחר שנראה לביהמ"ש הנכבד כנוכח וראוי בנסיבות העניין".

10. במקביל להמרצת הפתיחה הנ"ל, הגישו המשיבים גם בקשה לסעד זמני, שבגדרה הם ביקשו הוצאת צו האוסר על המערערת לנקוט פעולות כנגד תקליטנים, אשר שילמו או ישלמו דמי שימוש זמניים (וכנגד בעלי אולמות אירועים, שבהם הם פועלים). בנוסף ביקשו המשיבים צו הצהרתי זמני, לפיו דמי השימוש הזמניים הרלבנטיים הינם 80% מן התעריף הישן (להלן: תשלום לפי התעריף הישן).

11. הבקשה לסעד זמני נדחתה בתאריך 5.9.2007 על ידי כב' סגן הנשיא, השופט י' זפט. בהחלטתו התייחס בית המשפט הנכבד בעיקר לעובדה שהמערערת המציאה מספר הסכמים, מהם עולה כי בעלי אולמות מסוימים הסכימו לשלם לה דמי שימוש על פי התעריף החדש. בהתחשב בכך קבע בית המשפט כי הביטוי "הגבוה מבין השניים", המופיע בחלופה (4) בסעיף 5.1 לתנאים מלמד כי מרגע שהוכח כי היו בעלי אולמות, אשר הסכימו לשלם דמי שימוש לפי התעריף החדש (מה שאכן הוכח להנחת דעתו של בית המשפט) – הרי שיש לחייב גם את המשיבים לשלם את דמי השימוש על פי תעריף זה. המשיבים אמנם ניסו לטעון כנגד כך כי בפועל רק מספר מועט של בעלי אולמות שילמו בפועל את דמי השימוש לפי התעריף החדש, ואולם בית המשפט המחוזי הנכבד דחה טענה זו, בקובעו כי אין נפקא מינא אם התשלום לפי התעריף החדש התבצע בפועל, אם לאו, נוכח ההוראה המרחיבה שבחלופה (4) בסעיף 5.1 לתנאים (לפיה החיוב הוא על פי החלופה הגבוהה מבין האלטרנטיבות).

הערה: נתון נוסף אותו הניח למעשה בית המשפט הנכבד בהחלטתו הוא שבעלי האולמות הם "משתמשים דומים" ביחס למשיבים, שהרי אחרת סעיף 5.1(4) לתנאים לא היה חל. הנחה זו נדונה ואושרה לאחר מכן בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, מושא הערעור, בין השאר, מאחר שהצדדים לא חלקו על כך בסיכומיהם. הצדדים לא ביקרו קביעה זו ולא השיגו עליה גם בערעור, ועל כן הדיון בהמשך יתבסס על הנחה מוסכמת זו, כמו גם על הסכמתם שסעיף 5.1(4) לתנאים חל על ענייננו.

12. זמן מה לאחר דחיית הבקשה לסעד זמני התקיים דיון בתובענה העיקרית. פסק הדין בהמרצת הפתיחה, אשר בגדרו התקבלו מרבית טענות המשיבים, ניתן על-ידי כב' סגנית הנשיאה, השופטת ד"ר ד' פלפל. בית המשפט המחוזי הנכבד קבע כנקודת מוצא כי רק חלק קטן מבעלי אולמות האירועים (כ-65 במספר) חתמו על הסכמים עם

המערערת, בגדרם הם התחייבו לשלם לה דמי שימוש על פי התעריף החדש, וגם מתוך בעלי אולמות אלה – חלק מהם לא שילמו בסופו של דבר את דמי השימוש לפי תעריף זה, וחלק אחר אמנם שילם את דמי השימוש על פי התעריף החדש, אך לאחר מכן היה מי שקיבל מבין אלה בדיעבד החזרים מסוימים מן המערערת, בגין ההפרש שבין התעריף החדש לבין התעריף הישן (וזאת לגבי התקופה שעד 2007). בהתחשב בנסיבות הללו – שבהן הוכח כי רק מספר קטן של "משתמשים דומים" הסכימו לשלם את דמי השימוש על פי התעריף החדש – המשיך בית המשפט המחוזי הנכבד וציין כי לא יהיה זה ראוי לאפשר למערערת לגבות מכל התקליטנים דמי שימוש לפי התעריף החדש, שכן פעולה שכזו כמוה כניצול כוחה המונופוליסטי של המערערת לצורך קביעת תעריפים גבוהים יתר על המידה. לכן, לשיטתו מקום בו הוכח כי מדובר "משתמשים הדומים" לא שילמו את דמי השימוש לפי התעריף החדש, יש לבכר את פרשנותם של המשיבים לתנאים – על פני פרשנותה של המערערת. נוכח פרשנות ומסקנות אלו – בית המשפט המחוזי הנכבד הורה כי המשיבים ישלמו למערערת דמי שימוש זמניים לפי התעריף הישן. עם זאת נקבע כי פנייתה של המערערת אל התקליטנים בדרישה כי יפסיקו להשתמש ברפרטואר שלה איננה מנוגדת לאמור בתנאים. כן מתח בית המשפט המחוזי הנכבד ביקורת חריפה על אלו מבין המשיבים, אשר לא העבירו למערערת את דמי השימוש אפילו על פי התעריף הישן, אלא תשלומים חלקיים בלבד בסכומים נמוכים ביותר. הוא ראה בכך התנהגות הגובלת בחוסר תום-לב.

מכאן הערעור שלפנינו.

טענות הצדדים

13. טענת המערערת בתמצית היא כי שגה בית המשפט המחוזי הנכבד, שעה ששינה הלכה למעשה את תנאי סעיף 5.1(4) לתנאים, וקבע כי משמעות המונח "משתמש דומה" היא למעשה: "דוב המשתמשים הדומים". המערערת גורסת כי שינוי זה סותר את הלשון המפורשת של התנאים, ומעבר לכך הוא איננו מתיישב עם תכליתם של התנאים האמורים. אשר על כן, פרשנותו של בית המשפט המחוזי הנכבד עלולה, לשיטתה, להביא למצב של חוסר-איזון במערכת היחסים שבין המערערת לבין המשיבים, ובכך לגרום נזקים למערערת. לסברת המערערת, מרגע שהוכח כי היו בעלי אולמות שנאותו לשלם לה את דמי השימוש לפי התעריף החדש – מה שאכן הוכח, למצער לגבי מספר קטן של בעלי אולמות – היה מקום לקבוע כי גם המשיבים ישלמו את דמי השימוש לפי תעריף זה. בנוסף טוענת העותרת כי לגבי שנת 2007 ואילך, לא

הציגו המשיבים ולו משתמש דומה אחד ששילם לה לפי התעריף הישן, או שהיה הסכם כזה עמו לתשלום כאמור.

14. המשיבים מצידם סומכים ידיהם על פסק דינו של בית המשפט המחוזי הנכבד, והם מבקשים כי נימנע מלהתערב בו.

דיון והכרעה

15. לאחר שמיעת טענות הצדדים, ועיון בחומר העצום והרב שהוגש על ידם, הגעתי לכלל מסקנה כי אם תקבל דעתי, הרי שדין הערעור להתקבל בצורה חלקית. אפרט עתה את הטעמים המובילים למסקנה זו.

16. השאלה המרכזית שיש להכריע בה כאן לנוכח הסכמות הצדדים היא שאלת פרשנותו של סעיף 5.1(4) לתנאים. לשם הנוחות אחזור ואביא את הסעיף שבו עסקינן, המדבר בכך שמשתמש יוכל לשלם דמי שימוש זמניים, בשיעור שיהיה:

"80% מגובה סכום התמלוגים אותו שילם משתמש דומה לאקו"ם בתקופת הרשיון שקדמה למועד מתן ההיתר הזמני על ידי בית הדין להגבלים עסקיים, או 80% מגובה סכום התמלוגים אותו הסכים משתמש דומה לשלם לאקו"ם בתקופת הרשיון שקדמה למועד מתן ההיתר הזמני על ידי בית הדין להגבלים עסקיים, הגבוה מבין השניים".

17. בית המשפט המחוזי הנכבד – הן בהחלטה בבקשה לסעד זמני והן בפסק הדין – סבר כי סעיף זה מורה, ברובד הפשט, כי במידה שקיים "משתמש דומה" שמשלם את דמי השימוש לפי התעריף החדש, הרי שגם המשיבים יחוייבו לשלם את דמי השימוש לפי תעריף זה. ההבדל בין שתי ההחלטות היה זה שבעוד כב' סגן הנשיא, השופט י' זפט סיים את ניתוח המכלול במסקנה זו, כב' סגנית הנשיא, השופטת ד"ר ד' פלפל המשיכה וקבעה כי יהיה זה בלתי ראוי לנהוג על פי הפשט ולחייב את המשיבים לשלם את דמי השימוש על פי התעריף החדש והגבוה, ולכן הניחה דרישה שתשלום כאמור יהיה מקובל על מרבית המשתמשים הדומים.

18. דומה כי קשה להסכים לנקודת המוצא הלשונית שממנה יצאו שתי ההחלטות הנ"ל. לסברתי, יש להבחין בין שני מצבים שונים:

(א) מצב שבו הצדדים יוכלו להראות ש"משתמש דומה" מסוים אחד (נכנה אותו להלן: משתמש א') הסכים לשלם למערערת דמי שימוש על פי התעריף הגבוה, לפני מועד ההיתר הזמני, אך בנוסף לכך הוכח כי אותו משתמש א' שילם בפועל מחיר אחר. בנוגע למצב זה סעיף 5.1(4) לתנאים אכן קובע מנגנון שפותר חד-משמעית את המחלוקת, שכן הוא קובע כי הסכום שהמשיבים ישלמו למערערת יהיה "הגבוה מבין השניים".

(ב) לעומת זאת קיים מצב אחר, שבגדרו הוכח כי משתמש א' שילם (או הסכים לשלם) את דמי השימוש לפי התעריף החדש, ואולם "משתמש דומה" שני (להלן: משתמש ב') שילם (או הסכים לשלם) את דמי השימוש לפי התעריף הישן. במקרה הזה, סעיף 5.1(4) לתנאים מאפשר לשני הצדדים לטעון: "הנה 'משתמש דומה', אשר שילם את המחיר שאנו חפצים בו. הננו מבקשים כי תשלום דמי השימוש ייגזר מן ההסדר עמו". המשיבים יציגו לעניין זה את דמי השימוש ששילם (או הסכים לשלם) משתמש ב', והמערערת תציג את משתמש א'. סעיף 5.1(4) לתנאים, כשהוא נקרא כפשוטו, איננו נותן תשובה ישירה ומיידית למצב דברים זה.

19. בעוברנו מן הרובד התיאורטי שתואר לעיל אל הנסיבות שבפנינו, נבחין כי המחלוקת כאן ממצבת עצמה בבירור בתוך קבוצת המקרים שצוינה בפסקה 18(ב) שלעיל, ולא בקבוצה המתוארת בפסקה 18(א) שלעיל. הנה כי כן, הנמקתו של בית המשפט המחוזי הנכבד, הן בפסק הדין והן בהחלטה בבקשה לסעד זמני, התבססה על נתון פרשני שאיננו מדויק כל צרכו, ויש לסטות ממנו. שומה עלינו לבחון איפוא את המכלול מנקודת מוצא מחודשת, שיש בה בהכרח גם דחיה של הוספת רכיב "רוב המשתמשים הדומים" – לתנאים, כפי שנעשה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי הנכבד. הוספת רכיב שכזה – לא רק שהיא חורגת מלשון הסעיף, אלא שהיא עלולה ליצור מעגל שוטה ולאפשר ניצול לרעה של ההסדר על-ידי משתמשים סרבנים, שכן אם נדרש לביסוס התשלום רוב מבין המשתמשים הדומים – ציבור המשתמשים (ובתוכם הממאנים) יביא לכך שלא יוצר רוב שכזה.

חוזרת איפוא קושיה לדוכתא – מהי פרשנותו הראויה של סעיף 5.1(4) לתנאים, בהקשר שלנו. על כך מיד בסמוך.

20. סעיף 5.1(4) לתנאים לא מציע תמיכה, מתוך עצמו, לפרשנותה של המערערת (כי דמי השימוש הזמניים ייגזרו מהסכום המירבי ששילם משתמש דומה, או ממה שהסכים לשלם משתמש דומה, הגבוה מבין השניים), ואף לא לעמדת המשיבים בסוגיה זו (הגורסים עתה – בשלב הערעור – כי יש לבחור בתעריף הנמוך ביותר ששילם משתמש כלשהו לפני תאריך 24.12.2004). אשר על כן, אמשיך ואבחן נתונים נוספים הרלבנטיים לענייננו, גם מחוץ ללשון הסעיף עצמו. שם נמצא למעשה הפתרון לקושיה.

21. בנושא זה אקדים מסקנה לניתוח ואומר כבר עתה כי לשיטתי, פרשנות תכליתית של הסעיף אמורה להביא לתוצאה על פיה, אם משתמש מסוים היה מוכיח כי משתמש אחד ויחיד הדומה לו שילם מחיר נמוך מזה שנדרש על-ידי המערערת לאותה שנה – אקו"ם היתה חייבת להקנות לו תנאים זהים. המשיבים הצליחו להראות את הדבר עד שנת 2007 (לא כולל), ולו בדיעבד, ואולם מאותו מועד ואילך – הם כשלו בכך. הטעמים להצדקת הפרשנות המוצעת על ידי וכן להחלתה על הנסיבות שלפנינו, לרבות השלכותיה על התוצאה בערעור זה – יובאו להלן.

22. סעיף 4.3 לתנאים מסדיר את הדרך שבה רשאית המערערת להעניק "רשיון שימוש" למשתמשים, והוא קובע, בנוסחו בתקופה הרלבנטית, כהאי לישנא:

"אקו"ם לא תסרב סירוב בלתי סביר להעניק רשיון שימוש למבקש. מבלי לגרוע מכלליות האמור, יראו את אקו"ם כמסרבת סירוב בלתי סביר, בין היתר, במקרה של סירוב למתן רשיון שימוש מקום בו הביע המבקש את נכונותו לקבל על עצמו את התנאים ואת המחיר על פיהם התקשר משתמש דומה לו עם אקו"ם".

עינינו הרואות כי מקום בו משתמש מקבל על עצמו את התנאים של משתמש דומה אחר כלשהו, על אקו"ם להעניק לאותו משתמש "רשיון שימוש". סעיף זה מלמד כי במקרה שתואר בפסקה 18(ב) שלעיל – לא תוכל אקו"ם להתגונן בטענה כי יש משתמש דומה אחר, אשר היה מוכן לשלם דמי שימוש גבוהים יותר, שכן מרגע שהוכח כי קיים משתמש דומה מסוים, אשר התקשר עם אקו"ם במחיר הנמוך, הרי שאקו"ם תהיה מחויבת למחיר זה גם כלפי משתמשים אחרים.

23. סעיפים אחרים בתנאים, שמביאים לאותה המסקנה, הם סעיף 4.5, בצירוף סעיף 4.6.3 לתנאים, אשר קוראים כך:

"4.5. אקו"ם לא תנצל לרעה את מעמדה כבעלת מונופולין באופן העלול לפגוע בציבור או להפחית את התחרות בעסקים בינה לבין תאגידים אחרים לניהול משותף, בינה לבין החברים בה, בין החברים לבין עצמם, או בינם לבין אחרים; 4.6. מבלי לגרוע מהאמור לעיל, יראו ניצול מעמד לרעה בכל אחד מן המקרים הבאים: [...]

4.6.3. קביעת תנאי התקשרות שונים לעסקאות דומות אשר עשויים להעניק למשתמשים, לחברים או למיוצגים מסוימים יתרון בלתי הוגן כלפי המתחרים בהם."

גם סעיפים אלה מורים, בהצטברותם, על חובתה של המערערת לנהוג בשוויון כלפי המשתמשים, ובפרט על הצורך להימנע מתנאים, אשר יפלו לרעה משתמשים מסוימים. מכך ניתן להשליך איפוא על ענייננו: ברגע שהוכח כי קיים "משתמש דומה", אשר שילם למערערת דמי שימוש על פי התעריף הישן, הרי שחיובם של המשיבים בתעריף החדש – כמוהו כקביעת תנאי התקשרות שונים לעסקאות דומות.

24. לבסוף נזכיר כי סעיף 5.1 לתנאים עצמו קובע (ברישא שלפני ציון החלופות עצמן) שהבחירה בין המסלולים השונים לתשלום דמי השירות הינה על פי בחירת המשתמש (ואיננה נתונה לשיקול דעתה של המערערת).

25. עיון בסעיפים השונים שהובאו לעיל ואשר נקבעו כתנאים להיתר הזמני – מעלה, איפוא, כי במקרה שבו קיימים שני "משתמשים דומים", אשר שילמו (או הסכימו לשלם) דמי שימוש לפי תעריפים שונים, יש לבחור באפשרות המקלה עם המשתמש, ולא עם המערערת. מסקנה זו מתחזקת גם מהנסיבות שהובילו למתן ההיתר הזמני ויצירת התנאים מלכתחילה (ראו: החלטת בית הדין להגבלים עסקיים בירושלים מתאריך 28.12.2004 ב-בש"א 48104, במסגרת תיק ה"ע 5/3/04).

26. המשיבים הוכיחו כי עד שנת 2007 (לא כולל) אכן היו משתמשים אחרים ששילמו על פי התעריף הישן, ולכן אין המערערת רשאית לגבות מהם עד אותו מועד יותר מן התעריף הישן, כאמור בפסק דינו של בית המשפט המחוזי הנכבד, מושא הערעור.

עם זאת, משנת 2007 ואילך – המשיבים לא הצליחו להראות כי היה משתמש דומה כלשהו שעמו הוסכם לשלם, או ששילם לפי התעריף הישן. מכאן שדרישת המערערת למשיבים לשלם מאותה שנה ואילך את דמי השימוש על פי התעריף החדש, קרי 180 ש"ח לאירוע בצירוף מע"מ, היה לה בסיס. ביחס לדרישה זו יש לדחות איפוא את תובענתם של המשיבים.

27. זה המקום להעיר כי לו היו המשיבים משלמים בתוך תשעים ימים מעת שהדרישה הראשונה של המערערת הופנתה אליהם את המתחייב מהם על פי התעריף הישן, ומאז נוהגים כך כסדר מדי שנה בשנה – קרוב לוודאי שהם יכולים היו עדיין להסתמך על האמור בסעיף 5.1(4) לתנאים, ולגרוס כי הם משלמים 80% (או 100%, בהתאמה לתקופה הרלבנטית) מגובה סכום התגמולים אותו שילם משתמש דומה לפי התעריף הישן, או הסכים לשלם לאקו"ם בתקופת הרשיון שקדמה למועד מתן ההיתר הזמני (28.12.2004), לפי הגבוה מבין השניים. דא עקא, שהמשיבים החמיצו הזדמנות זו שניתנה להם, ושילמו רק תשלומים חלקיים וסמליים בלבד, שלא היו בהתאמה להוראה האמורה, ואף לא דמו אלא במקצת לעצה שהעניקו להם באי-כוחם לגבי תשלום דמי שימוש זמניים על-בסיס-אירוע (ראו חוות דעתם המשפטית, מוצג ה' למוצגי המערערת).

בית המשפט המחוזי הנכבד תיאר התנהלות זו כחסרת תום-לב והתוצאה המשפטית הנובעת הימנה מביאה לכך שאין הם רשאים להנות עוד מ"היחוס לאחור", המובנה בסעיף 5.1(4) לתנאים, במיוחד שמאז 2007 לא נמצאו כאמור משתמשים דומים שנהגו לפי התעריף הישן (ואף עד לשנת 2007 הקלה זו הוחלה רק בדיעבד, ולא מלכתחילה לפני 28.12.2004). תוצאה זו מתבקשת גם מהוראות סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים), ומהוראות סעיף 28(א) לחוק החוזים, המוחלים על הענין מכוח סעיף 61 לחוק האמור. על פי הוראות אלו, מי שסיכל בעצמו קיום תנאי שהסדר היה מותנה בו – איננו זכאי להסתמך על ההסדר ולהנות הימנו.

28. נוכח כל האמור לעיל – אם תישמע דעתי, ערעור המערערת ידחה ביחס לדרישותיה באשר לתעריף הישן עד לשנת 2006, ועד בכלל, ויתקבל ביחס לדרישותיה על פי התעריף החדש (180 ש"ח, בצירוף מע"מ) לגבי כל אירוע שהתקיים ויתקיים מאז שנת 2007 ואילך. לקביעה האחרונה שני סייגים:

(א) היה שימצא כי באולם אירועים כלשהו – בעל האולם שילם למערערת את מלוא הסכום שחוייב בו כאמור על פי התעריף החדש (ביחס למספר האירועים שהתקיימו) – המשיבים אינם חייבים להוסיף ולשלם עבור ההשמעות שבוצעו באותו אולם על ידם, שכן אחרת יוצרו תשלומי כפל.

(ב) חובת הדיווח והתשלום תחול על המשיבים בתוך תשעים ימים ממועד פסק הדין, בהיקש מתקופת תשעים הימים הקבועה בתנאים, ורק לאחר מכן – אם לא תיענה – תוכל המערערת לנקוט בכל ההליכים המשפטיים המותרים לה על פי התנאים, לרבות הגשת בקשות לצווי מניעה זמניים, ותביעות של פיצויים סטטוטוריים. בתוך תקופה זו יוכלו הצדדים להגיע, כמובן, גם להסדרי פשרה ביניהם, לרבות כאשר לדמי השימוש הסופיים.

יש להדגיש עם זאת כי ככל שלא יושג הסדר, או הסדרים כאמור ביחס לדמי השימוש הזמניים, כמשמעם בתנאים ובהמרצת הפתיחה – כל זכויות הצדדים, מעבר לקביעות שבפסק דין זה – יהיו שמורות להם על פי התנאים בהתדיינות עתידית, ככל שתהיה.

29. מעבר לאמור בפסקה 28 שלעיל אציע כי חיובי שכר הטרחה וההוצאות שהושתו על המערערת בבית המשפט המחוזי הנכבד יבוטלו והמשיבים ישאו בשכר טרחת המערערת בשתי הערכאות בסכום של 30,000 ש"ח.

ש ו פ ט

המשנה לנשיא (בדימ') א' ריבלין:

אני מסכים.

ה מ ש נ ה ל נ ש י א (ב ד י מ ')

השופט נ' הנדל:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ח' מלצר.

ניתן היום, י"ח אב התשע"ב (6.8.2012).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיא (בדימ')

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 09084560_K08.doc עב+מה
מרכז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il