



## בבית המשפט העליון

ע"א 2850/08

ע"א 2883/08

בפני: כבוד השופט א' רובינשטיין  
כבוד השופט ח' מלצר  
כבוד השופט נ' הנדל

CHECK POINT SOFTWARE TECHNOLOGIES LTD

המערערת בע"א 2850/08  
והמשיבה בע"א 2883/08

נגד

1. איתי בוגנר המשיב בע"א 2850/08  
והמערער בע"א 2883/08  
2. סופוור טכנולוגיות בע"מ המשיבה בע"א 2850/08 ובע"א  
2883/08

ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב  
(השופטת קרת -מאיר) מיום 14.2.08 בתיק א' 2527/04

תאריך הישיבה: ט"ו בכסלו התש"ע (02.12.09)

בשם המערערת בע"א 2850/08  
והמשיבה בע"א 2883/08: עו"ד חנינא ברנדס; עו"ד יואב רזין

בשם המשיב בע"א 2850/08

והמערער בע"א 2883/08: עו"ד דורון יגאל

בשם המשיבה בע"א 2850/08

ובע"א 2883/08: עו"ד יוסף זלצמן

### פסק - דין

השופט א' רובינשטיין:

א. שני ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב (השופטת קרת -מאיר) מיום 14.2.08 בתיק א' 2527/04, בגדרו התקבלה באופן חלקי תביעה נגזרת של המערער בע"א 2883/08 (להלן בוגנר או המערער) שעניינה בהפרתם של הסכמי הפצת מוצר ושימוש

בטכנולוגיה על ידי חברת חברת צ'ק פוינט, היא המערערת בע"א 2850/08 (להלן צ'ק פוינט או המערערת).

רקע

ב. צ'ק פוינט היא חברה מובילה בתחום אבטחת מידע של עסקים גדולים. חברת סופוור טכנולוגיות בע"מ הוקמה בשנת 1999 על ידי עדי רופין והמערער, אשר מחזיק ב-12% ממניותיה. תחום עיסוקה של סופוור הוא בטכנולוגיה שימושית לאבטחת מידע המיועד לעסקים קטנים ולמשקי בית. עם הקמתה של סופוור, העניקה לה צ'ק פוינט הלוואות, ואלה הומרו בשנת 2004 לכ-60% ממניות החברה (לפירוט ראו ע"א 9636/06 בוגנר 1 SofaWare Technologies Ltd'1 (לא פורסם, ניתן ביום 18.11.09)).

ג. הנה העובדות המוסכמות על הצדדים: בחודש ספטמבר 2000 חתמו שתי החברות על שני הסכמים, האחד מקנה לצ'ק פוינט רשות להשתמש בטכנולוגיה של סופוור (להלן הסכם ההרשאה), והשני הוא הסכם הפצה (כך גם יכונה להלן), לפיו ניתנה לצ'ק פוינט בלעדיות בשיווקם, הפצתם והתקנתם של מוצרי סופוור. בסמוך לאחר החתימה אישרה צ'ק פוינט לסופוור לערוך שינוי במודל העסקי ולעבור לייצור חומרה. בעקבות כך פיתחה סופוור את ה-S-Box - מארז המכיל מספר תוכנות של הגנת מידע. בשל שינוי המודל העסקי, חתמו הצדדים (ביולי 2002) על תוספת להסכם ההפצה, בגדרה סיכמו על הקטנת אחוזי התמלוגים המגיעים לסופוור בגין מכירות מוצריה.

ד. ביום 16.11.04 הגיש בוגנר לבית המשפט המחוזי בקשה לפי סעיף 194 לחוק החברות, תשנ"ט-1999, לאישור תביעה נגזרת בשם סופוור נגד צ'ק פוינט. עניינה של התביעה הוא תשלום חובות הנובעים מהפרה נטענת של הסכמים מסחריים מצדה של צ'ק פוינט, והפרת חובותיה כבעלת שליטה בחברה. ביום 20.4.06 אישר בית המשפט את הבקשה ונימק: "לחברה קמה עילת תביעה לכאורה כלפי צ'ק פוינט. המבקש פעל במשך תקופה ארוכה על מנת לנסות ולהביא לתשלום החוב. המשיבה, כבעלת שליטה בחברה, ובאמצעות הדירקטורים מטעמה, לא שעתה לפניות המבקש.... קיומה של תביעה לכאורה ודרך התנהגות המשיבה כבעלת שליטה בחברה לעניין המחלוקת שבין החברה לבינה בגין החוב הנטען, מצדיקים את הגשת התביעה כתביעה נגזרת בשמה של החברה". יצוין כאן, כי לאחר אישור התביעה הנגזרת דן בית המשפט קמא וקיבל אותה חלקית בפסק דינו מיום 14.2.08, כפי שיפורט.

ה. עיקרה של המחלוקת, כאמור, היה בשאלה האם הפרה צ'ק פוינט את הסכמי ההפצה וההרשאה שחתמה מול סופוור. מטעם המערער נטען, כי צ'ק פוינט משתמשת משנת 2002 בטכנולוגית סופוור ומשווקת את מוצריה, אולם אינה משלמת לה תמלוגים כמוסכם. עוד נטען, כי צ'ק פוינט כפתה על סופוור הפחתה קיצונית באחוזי התמלוגים, ואף חדלה בשלב מסויים מתשלומים אלה באמתלת טעות בחישוב המחייבת קיזוז בתשלומים. עוד נאמר, כי צ'ק פוינט התנהגה בכוחניות כלפי סופוור, ואף נקטה באמצעים אישיים נגד בוגנר עד שנאלץ להתפטר מדירקטוריון החברה.

ו. צ'ק פוינט טענה מנגד, כי אין מקום לדרישת סופוור לתשלום בעבור המוצרים המשווקים לשוק העסקי, הואיל והיא בעליהם מכוח הסכם ההרשאה. הוסבר, כי סופוור הוקמה כחברת בת של צ'ק פוינט על מנת שתפתח מוצרי אבטחה לשוק הפרטי בלבד, הואיל ואינו נשלט על ידי צ'ק פוינט. לאחר ששיווק מוצרי סופוור נכשל, הסכימה צ'ק פוינט שסופוור תשווק מוצריה גם בשוק העסקי, בתנאי שלא ייעשה שימוש בטכנולוגיית צ'ק פוינט במוצרים אלה. בעקבות הסכמה זו חתמו הצדדים על הסכם ההפצה המתוקן, וסופוור פיתחה מוצרים המכונים בשם S-box. ואולם, כך נטען, הסכם ההרשאה נשאר בעינו, ובכללו סעיף 3.2 להסכם, שלהלן חלקיו העיקריים:

"Check Point may request SofaWare to perform development work for Check Point on an extraordinary basis. The expectation of the parties is that such development work shall relate primarily to development and enhancement of the SofaWare Technology for use in Check Point Products aimed at the enterprise and large business market, and shall not excessively divert resources from the development of SofaWare Products"

נטען, כי צ'ק פוינט הזמינה מסופוור, על פי הסכם ההרשאה, את ייצורם של המוצרים נשואי המחלוקת, Safe@Office ו-VPN-1Edge (להלן המוצרים). מוצרים אלו, כך נטען, פותחו באמצעות טכנולוגיית צ'ק פוינט ויועדו לשוק העסקי, ועל כן צ'ק פוינט היא הבעלים הבלעדיים שלה, וממילא אינה חייבת בתשלום בגינם.

ז. עוד חלקו הצדדים בנוגע לתשלום בעבור השימוש בתוכנת הקונקטור שפותחה על ידי סופוור, ונועדה לשלב בין טכנולוגיית סופוור למוצרי צ'ק פוינט. נקודת המחלוקת היא בשאלת

אפיונה של התוכנה, והאם, בהתאם להסכם ההרשאה, מחוייבת צ'ק פוינט בתשלום בעבור השימוש בה.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

ח. בית המשפט קבע, בפסק דין מפורט ומקיף, כי סופוור היא בעליהם של המוצרים ולכן זכאית היא לתמלוגי הפצה בהתאם להסכמים. נאמר, כי טענת צ'ק פוינט, לפיה הוזמנו המוצרים ואופיינו על ידיה הועלתה בשלב מאוחר ולא הוכחה עובדתית. בהקשר זה ציין בית המשפט, כי מעדותו של מנכ"ל צ'ק פוינט, גיל שוויד, עולה שהיתה הבנה בין הצדדים שהמוצרים הם של סופוור ולא של צ'ק פוינט. לגופו של עניין נקבע, כי המוצרים פותחו בעקבות שינוי המודל העסקי של סופוור ושווקו, בהסכמתה של צ'ק פוינט, גם לשוק העסקי. נקבע, כי ניכוס המוצרים לרשותה של צ'ק פוינט נעשה באופן חד צדדי ובניגוד למוסכם.

ט. מנגד נקבע, כי צ'ק פוינט אינה חייבת בתשלום בעבור השימוש בתוכנת הקונקטור. הוטעם, כי חיובה של צ'ק פוינט על פי הסכם ההרשאה הוא במקרה בו הוטמעה טכנולוגיית סופוור במוצריה, להבדיל משימוש כתוסף בלבד (Add On). נקבע, כי בשנים 2002-2003 שימש הקונקטור כתוסף למערכות של סופוור על מנת לשפר את ביצועיהם, ולפיכך צ'ק פוינט אינה מחוייבת בתשלום עבורו. באשר לשנת 2003 ואילך נאמר, כי אמנם הקונקטור הוטמע במוצרי הניהול של צ'ק פוינט, אולם תמלוגי הפצה בהם מחוייבת צ'ק פוינט כוללים גם תשלום זה.

י. עוד נדרש בית המשפט לתביעת בוגנר לתשלום שכר טרחה, הוצאות וגמול אישי בהתאם לסעיפים 200-201 לחוק החברות. נקבע, כי תשלום שכר הטרחה יחושב לפי סך שעות משוער של עבודת עורך הדין, ולא כחלק יחסי מהסכום שנפסק, כפי שדרש בוגנר. על פי האמור העריך בית המשפט את עבודת עורך הדין בכ-1,000 שעות, וקבע שצ'ק פוינט תשלם שכר טרחה בסך של 720,000 ₪. באשר לגמול האישי נקבע, כי בוגנר זכאי לגמול מופחת בסך 117,337 ₪, הואיל ותביעה זו מקנה לו רווח אישי כבעל מניות בחברה. כלפי פסק דין זה מופנים הערעורים שלפנינו.

ערעור צ'ק פוינט (ע"א 2850/08)

יא. נטען, כי קביעתו של בית המשפט, לפיה המוצרים שייכים לסופוור, שגויה ואינה עולה בקנה אחד עם האמור בהסכם ההרשאה. הוסבר, כי מוצרים אלו שווקו לשוק העסקי, בו פועלת צ'ק פוינט, תחת סימנה המסחרי והמוניטין שלה. הוסף, כי בניגוד לקביעתו של בית המשפט, לא

ניתן כל אישור מצידה של צ'ק פוינט לשיווק המוצרים בשוק העסקי על-ידי סופוור, וכי בגדרי התוספת להסכם שונה המודל העסקי באשר לאפיון המוצרים - ולא באשר להיקף שיווקם.

י"ב. עוד נטען, כי לא היה מקום לחייב את צ'ק פוינט במלוא שכר הטרחה, בעוד שהתביעה התקבלה רק בחלקה. כן נטען באשר לאופן חישוב שכר הטרחה, שכלל, לטענתה של צ'ק פוינט, את שעות העבודה על ההליך הראשוני באישור הבקשה, ומבלי שנבדקו ראיות באשר לגובה ההוצאות ולאופן הטיפול בתיק.

י"ג. בתגובה נטען, כי עיקרו של הערעור בתקיפת ממצאים עובדתיים שאין מקום להתערב בהם. לגופו של עניין נאמר, כי התנהלותה של צ'ק פוינט לאורך השנים מעידה על כך שניכסה לעצמה, באופן חד צדדי, את מוצרי סופוור, והצרה את צעדי החברה ומנהליה כדי שלא תשלם לה תמלוגים כדין. הודגש, כי בית המשפט דחה פוזיטיבית את עדויותיהם של מנהלי צ'ק פוינט בנוגע לאפיון המוצרים ולשיטת התשלום, וכן הטיל ספק באמינות גרסותיהם. באשר לטענות בדבר שכר הטרחה והגמול, הפנה בוגנר לסיכומי ערעורו.

ערעור בוגנר (ע"א 2883/08)

י"ד. עיקרו של הערעור מופנה נגד קביעת בית המשפט בנושא התשלום בעבור הקונקטור. נטען, כי קביעת בית המשפט, לפיה חיובה של צ'ק פוינט הוא רק בעבור שימוש אינטגרלי בטכנולוגיה, אינה עולה בקנה אחד עם לשון ההסכם. עוד נטען, כי בית המשפט התעלם מהודאת מנהל הכספים של צ'ק פוינט, שיש לשלם לסופוור בעבור השימוש בתוכנה. הוסף, כי בניגוד לקביעת בית המשפט קמא, משנת 2003 ואילך הוטמע הקונקטור במוצרי צ'ק פוינט סופוור אינה זכאית בתשלום בגין הפצתם, ועל כן יש לחייבה בתשלום נפרד בעבור השימוש בטכנולוגיה זו.

ט"ו. באשר לשכר הטרחה נטען, כי על בית המשפט היה לחשב מרכיב זה כחלק יחסי מהסכום שנפסק, ולא על פי אומדן שעות עבודה. מעבר לכך נטען, כי בית המשפט שגה באומדן שכר הטרחה ולא נימק מדוע דחה את דו"ח השעות שהוגש על ידי המערער. כן הלין בוגנר על גובה הגמול שנפסק לו, בנימוק כי בית המשפט התעלם מן המחיר האישי הכבד ששילם בעקבות הגשת התביעה, והביא בחשבון רק את ההיתכנות לפיה ירויח בוגנר מן התביעה בהיותו בעל מניות בחברה.

ט"ז. בתגובה תמכה צ'ק פוינט בקביעתו של בית המשפט לעניין התשלום בגין הקונקטור. באשר לתשלום שכר הטרחה נטען, כי אין מקום להתערב בקביעות אלה אלא במקרים חריגים, ואין הנידון דידן בא בקהלים. לגופו של עניין נטען, כי בית המשפט קמא צדק באופן חישובו של

שכר הטרחה, ומשלא קיבל את דו"ח שעות העבודה מטעמו של בוגנר. בנוגע לגמול האישי למערער הודגש, כי בוגנר הוא בעל מניות בחברה פרטית קטנה, אשר הסכום שנפסק לטובתה יצמיח לו רווח אישי ניכר, ודבר זה מצריך הפחתה של תשלום הגמול האישי.

דיון והכרעה

י"ז. לאחר שעיינתי בפסק הדין קמא, בהודעות הערעור ובסיכומי הצדדים, הגעתי לכלל מסקנה כי אין מקום להיעתר לשני הערעורים כפי שיבואר, וכך אציע לחברי. להלן אתייחס לסוגיות העולות מן הערעורים, לכאן ולכאן, כסדר ההכרעה בבית המשפט המחוזי.

טענת צ'ק פוינט באשר לתמלוגי ההפצה

י"ח. בבסיס המחלוקת עומדת כאמור שאלת הבעלות במוצרים, ממנה נגזר חיובה של צ'ק פוינט בתשלום תמלוגים לסופוור. בית המשפט קמא דחה את טענת צ'ק פוינט, כי היא הבעלים של המוצרים מכוח הסכם ההרשאה ונוכח מעורבותה הפעילה בייצורם. קביעה זו הושתתה, בעיקר, על ממצאי עובדה ומהימנות ובכלל זה עדותו של מר שוויד ממנה עולה, כי צ'ק פוינט הכירה בכך שמוצרים אלו שייכים לסופוור. בהודעת הערעור (פסקאות 26-27) הוסיפה צ'ק פוינט וטענה, כי הקביעה לפיה המוצרים שייכים לסופוור, סותרת את הנאמר בסעיף 2.3 להסכם ההרשאה כלהלן:

"2.3 License Restrictions SofaWare may use, modify and exploit Check Point Technology and make, reproduce, market, sell and otherwise dispose of SofaWare Products which may be developed using, or which incorporate, Check Point Technology solely in the home (consumer) broadband Internet access market. The license granted hereunder specifically excludes any other market, including the business and enterprise markets"

נטען, כי על פי ההסכם רשאית סופוור לעשות שימוש בטכנולוגית צ'ק פוינט רק בפיתוח מוצרים המיועדים לשוק הביתי. במקרה דנא, כך נטען, השתמשה סופוור בטכנולוגית צ'ק פוינט לצורך פיתוח מוצרים המיועדים לשוק העסקי, ולפיכך מוקנית לצ'ק פוינט בעלות בהם. טענה זו חזרה גם בסיכומי המערערת, אם גם בקול ענות חלושה.

י"ט. דומה, כי אין להלום טענותיה של צ'ק פוינט בסוגיה זו. חרף הניסיון להעטות על המקרה אדרת משפטית, בשאלת פרשנות ראוייה של חוזה ההרשאה, ענייננו בסופו של יום בקביעות עובדתיות בנוגע לאפיון המוצרים. לאחר עיון בפסק הדין ובטענות הצדדים איני רואה מקום להתערב בקביעות אלה של בית המשפט קמא. הלכה ידועה ומושרשת היא, כי ערכאת הערעור לא תתערב בממצאי עובדה ומהימנות של הערכאה הדיונית אלא במקרים חריגים, בהם נפל בהכרעת בית המשפט פגם חמור היורד לשורשו של עניין, או שהממצאים אינם מבוססים דיים (ע"א 3601/96 בראשי נ' עזבון המנוח זלמן בראשי, פ"ד נב(2) 582, 594; ע"א 1564/06 בן זאב נ' בן עמי (לא פורסם); י' זוסמן סדרי הדין האזרחי (מה' 7, בעריכת ש' לוי), 857-856). מקרה זה, אינו נופל בגדרם של אלה המצדיקים התערבות.

כ. לגופו של עניין אומר, כי סעיף 2.3 להסכם ההרשאה אכן תוחם את הרשות לשימוש בטכנולוגית צ'ק פוינט לאותם מוצרים המיועדים לשוק הביתי, ואולם אין בהפרתו כדי להקנות בעלות במוצרים. עיינתי בהסכם, ובמיוחד בפרק התרופות, ולא מצאתי בו בסיס לסעד מעין זה הנטען על ידי המערער. בית המשפט לא נכנס לשאלה האם סופוור הפרה את הסכם ההרשאה, ואולם אם היתה הפרה, ומבלי לטעת מסמרות, עומדים בפני צ'ק פוינט הסעדים המצויים בהסכם. סעדים אלו כוללים בין היתר אפשרות של ביטול ההסכם במקרה של הפרה מהותית שלא תוקנה, תביעות אזרחיות אחרות (סעיף 15 להסכם). ואולם, אין בסעד אותו מבקשת צ'ק פוינט עיגון בהסכם או באחת ממערכות הדינים שהוזכרו.

כ"א. עוד טענה צ'ק פוינט נגד הקביעה לפיה התירה לסופוור את שיווק מוצריה בשוק העסקי. נטען, כי קביעה זו אינה מעוגנת עובדתית ואף סותרת את הנאמר בתוספת להסכם ההפצה. בתוספת זו, כך נטען, נאמר בפירוש כי אין היא באה לשנות את האמור בהסכם ההרשאה, וכן לא נקבע בה דבר באשר לגבולות ההפצה. אינני סבור שיש מקום לקבל טענה זו. בית המשפט בחן כאמור את תצהירי הצדדים ועדויותיהם, וקבע, כממצא עובדתי, כי עוד בטרם חתמו הצדדים על התוספת להסכם ההפצה הסכימה צ'ק פוינט לשיווק מוצרי סופוור במגזר העסקי. התוספת להסכם ההפצה, מהוה איפוא המשך להתנהלות הצדדים, כשמוצרי סופוור שווקו בשוק העסקי, ושולמו לה תמלוגים בהתאם. דומה, כי בהעדר קביעה מפורשת בתוספת להסכם, לפיה סופוור מורשית לשווק מוצריה בשוק העסקי, אין בו כדי לגרוע מקביעה עובדתית זו. משכך, אין צורך להידרש לשאלת פרשנותו של ההסכם, כפי שביקשה צ'ק פוינט בערעורה.

תשלום עבור הקונקטור

כ"ב. בית המשפט, כאמור, השתית את קביעתו בעניין על האמור בסעיף 4.1 להסכם ההרשאה כדלהלן:

"4.1 Royalties. Check Point will pay SofaWare royalties for SofaWare Technology or any portion thereof **utilized in** Check Point Products an amount of (1) 2% of Check Point's Net Revenues from the sale, licensing or distribution of Check Point Products...(2) 10% of Check Point's Net Revenues from the sale, licensing or distribution of Check Point Products to the SOHO market... The maximum aggregate royalty payment pursuant to clause (i) shall be 1,000.000\$ per calendar year" (ההדגשה הוספה-א"ר).

נפסק, כי על פי הוראת הסעיף סופוור תהא זכאית לתשלום "רק במקרה בו נעשה שימוש אינטגרלי או הטמעה של טכנולוגיה של החברה במוצרי צ'ק פוינט" (עמ' 33 לפסק הדין; ההדגשות הוספו-א"ר); עוד נקבע, כי "לקונקטור בפני עצמו, לא היה כאמור כל ערך אלא אם נעשה חיבור באמצעותו בין מוצרי החברה למוצרי צ'ק פוינט. לאור זאת, הרי שאין מקום לטענה בדבר ויתור כלשהו בגין תמורה אשר היתה מתקבלת לכאורה עבור מכירתו באופן עצמאי" (עמ' 32). הואיל ועד לשנת 2003 לא הוטמע הקונקטור במוצרי צ'ק פוינט, קבע בית המשפט, כי צ'ק פוינט אינה חייבת בתשלום תמלוגים בגין השימוש בו.

ערעורו של בוגנר מופנה בעיקר לפרשנותו של בית המשפט לסעיף. נטען, כי "מבחן ההטמעה" או "השימוש האינטגרלי" אותו קבע בית המשפט, אינו עולה בקנה אחד עם לשון ההסכם ומנוגד לתכליתו. עוד נטען, כי פרשנות זו של ההסכם מכניסה תנאי נוסף למונח **utilized in** שבהסכם, ומעבירה את מלוא הנטל לכתפי סופוור בניגוד להסכמת הצדדים. הוסף, כי פרשנות זו של הסעיף סותרת את הנאמר בהחלטה לאישור התביעה הנגזרת, כי די בשימוש - במשמע, שימוש "חיצוני" ולא "אינטגרלי" - בתוכנה כדי לחייב את החברה בתשלום בגדרי הסכם ההרשאה.

כ"ג. פרשנותו של חוזה, כך מורה לנו סעיף 25 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, צריכה שתיעשה לפי אומד דעת הצדדים המשתמעת מתוך החוזה, ובמידה שאינה משתמעת-מתוך הנסיבות. אומד דעת הצדדים בהקשר זה, משמעותה המטרות והיעדים המשותפים אותם ביקשו הצדדים להגשים במשותף, כפי שניתן להיוכח מלשון החוזה ומנהיבות החיצוניות לו (ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים, פ"ד מט(2) 265, 311; עניין בוגנר נ' SofaWare Technologies Ltd המוזכר, בפסקה ל"ו; ד"נ 2045/05 ארגון מגדלי ירקות אגודה חקלאית שיתופית נ' מדינת ישראל (לא פורסם); ע"א 11081/02 דולב חברה לביטוח בע"מ נ' קדוש (לא פורסם), בפסקה 22). המערער השליך יהבו בעיקר על לשון ההסכם, ובפרט על פרשנותו



המילולית של המונח utilized in ; ואולם, "בחינת כוונתם של הצדדים למסמך נעשית בשני מעגלים הנעים זה בתוך זה בזרימה דו-כיוונית: מעגל פנימי שעניינו בחינת גוף הטקסט, ומעגל חיצוני שעניינו התחקות אחר הנסיבות החיצוניות, האוצלות על משמעות הטקסט, ומאירות את המטרות, היעדים, והאינטרסים שהצדדים ביקשו להגשים" (עניין ארגון מגדלי הירקות, פסקה 2 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה). פרשנותו של בית המשפט קמא לסעיף לא הושתתה על הלשון בלבד, כי אם על מכלול הנסיבות, מהן עולה כי הצדדים ערכו את ההבחנה בין הטמעת טכנולוגיה ושימוש אינטגרלי, לשימוש נלווה בה. ואולם, במישור הלשוני utilized in משמעו לדידי יכולה להיות בהחלט "בתוך" קרי, אינטגרלי במישור ה"פנימי" של שימוש ולא במבט הפונה חוצה. גם מעיון בעדויות הצדדים עולה, כי סופוור בחרה במודע שלא לגבות תשלום בעבור השימוש בקונקטור, וזאת כדי שמוצריה ישווקו בקלות על ידי צ'ק פוינט (ראו עמ' 221 לפרוטוקול). מכאן, שלסופוור צמחה הנאה משיווקו של הקונקטור חנם אין כסף, ודומה כי דרישתה כעת לתשלום בגינו, בהסתמך על לשון ההסכם, ספק אם מתישבת היא עם חובת תום הלב, ומכל מקום סבורני שאין להלמה.

כ"ד. עוד אומר, כי פרשנות היוצרת הבחנה בין הטמעה ושימוש "פנימי" "אינטגרלי" לשימוש נלווה (חיצוני) גם מתיישבת עם ההיגיון המסחרי הפשוט. בית המשפט קבע, כאמור, כי עד לשנת 2003 שווק הקונקטור כתוסף (Add On), ולא היה בו ערך כשלעצמו. לאחר העיון אומר, כי קביעה זו מקובלת עלי ואיני רואה טעם מיוחד להתערב בה. היא נסמכת בין היתר בעדותו של בוגנר ועל אמרותיו של בא כוחו לפיהן הקונקטור נועד להפעלת מוצרי סופוור ולא כמוצר בפני עצמו. על כך אוסיף, כי לא השתכנעתי למקרא עדותו של בוגנר באשר לאפיון המוצר ולטיב השימוש בו, שלא היתה עקבית, ונותרו בה סימני שאלה (ראו לדוגמא עמ' 220 לפרוטוקול, שם ענה לשאלה האם הקונקטור הוטמע באמצע שנת 2002: "נדמה לי, כן. אני לא זוכר, כתוב לי איפה שהוא פה..."). מנגד, דברי ההסבר של צ'ק פוינט בתשובתה לסיכומי הערעור, לפיהם משמש הקונקטור כתוכנת הפעלה למוצרי סופוור (כפי שנעשה בחיבור להתקנים ומדפסות), סבירים בעיני ותואמים לעדויות השונות. נוכח האמור ניתן איפוא לקבוע, כי על פי ההיגיון המסחרי, אין מקום בחיוב נפרד בעבור הקונקטור בייעודו כתוכנת התקנה למוצר העיקרי של סופוור שבגינו מתחייבת צ'ק פוינט בתשלום תמלוגים (ראו ע"א 5925/06 בלום נ' אנגלו סכסון- סוכנות לנכסים (ישראל 1992) בע"מ (לא פורסם)).

כ"ה. אמנם בהחלטה לאישור הבקשה לתביעה נגזרת סברה השופטת המלומדת, כי על פניה קמה לסופוור עילת תביעה בגין הפרת הסכם ההרשאה, אולם אין בכך כדי לגרוע מן האמור מעלה, וזאת משום שני טעמים עיקריים: הטעם הראשון, הדיוני, נעוץ בהלכה הידועה ש"ממצאים בהחלטות ביניים אינם מחייבים את בית המשפט בתיק העיקרי" (א' גורן סוגיות בסדר דין אזרחי (מהדורה עשירית, 2009) 481; ע"א 1489/91 הלפרין נ' מרבר, פ"ד מו(5)

157,155). שנית, אף לגופו של עניין אין בקביעה זו, במסגרת החלטת הביניים, כדי לבסס את טענת המערער. בפסק הדין (עמ' 39) הודגש היטב, כי בירור עובדתי מקיף נעשה רק בהליך העיקרי, ואילו בהליך לאישור נבחנה עילת תביעה לכאורית שלא הצריכה התעמקות בחומר הראייתי גופו (ראו פסקה 5 להחלטה). בהקשר זה אזכיר, כי פרשנותה של השופטת קמא בפסק הדין לסעיף 4.1 להסכם התבססה בעיקר על התשתית הראייתית, ממנה השתכנעה שהצדדים ערכו הבחנה ברורה בין הטמעת הטכנולוגיה ושימוש אינטגרלי לשימוש נלווה בה. מעיון בהחלטה לאישור הבקשה עולה, כי הפרשנות הראשונית של בית המשפט, בבקשה לאישור התביעה הנגזרת, התבססה רק על פירוש לשון הסעיף, בשים דגש על הפועל utilized המצוי בו. נדבך לשוני זה, כפי שנוכחנו לדעת, אינו ממצה את מכלול הפרשנות הראויה של הסעיף, ודברי בית המשפט קמא עצמו על כך כמאה עדים דמו, ואין בו כאמור כדי לבסס טענותיו של המערער.

כ"ו. לבסוף אומר, כי חוששני שאין למערער בסיס מוצק לטענותיו בנוגע לתשלומים משנת 2003 ואילך. עיינתי בסיכומי הערעור ולא מצאתי בהן אינדיקציות המצביעות על כך שהקונקטור הוטמע במוצרי צ'ק פוינט השונים, ולא ב-VPN-1Edge השייך לסופור. כל שהסתמך עליו המערער הוא תצהירו של מר שוויד, בו נאמר כי משנת 2003 הוטמע הקונקטור במוצרי צ'ק פוינט; ואולם, אין בכך ראייה לטענתו. אין בתצהיר פירוט של המוצרים בהם הוטמע הקונקטור, וייתכן כי עדותו של שוויד בתצהיר כוונה ל-VPN-1Edge שטען, כאמור, לבעלות בו. נטל הראייה בעניין זה מוטל על המערער, ובנסיבות חוששני כי אין מקום להלום טענותיו בעניין זה.

טענות באשר לתשלום שכר טרחה והוצאות

כ"ז. ככלל, מעטים ונדירים הם המקרים בהם תתערב ערכאת הערעור בקביעותיה של הערכאה הדיונית בנושא הוצאות משפט ושכר טרחה (ראו רע"א 4006/09 מעונות עובדים בקרית משה אגודה שיתופית לשיכון בירושלים בע"מ נ' עו"ד אבידני (לא פורסם) והמקורות דשם). את הכלל וחריגיו היטיב לסכם המלומד ח' בן נון בספרו הערעור האזרחי (מה' 2, 2004), בעמ' 244-245:

"עניין הוצאות המשפט ושכר טרחה נמסר לשיקול דעתה של הערכאה הראשונה ובדרך כלל אין זה ראוי להתערב בשיקול דעת זה. אולם, במקרים חריגים ומועטים תתערב ערכאת הערעור בשיקולי הערכאה הראשונה, וזאת כאשר נפלה טעות משפטית או נתגלו פגם או פסול בשיקול הדעת בעת שקילת ההוצאות. ערכאת הערעור עשויה להתערב בשיעור ההוצאות ושכר הטרחה במקרים דלהלן: א. כאשר נפלה טעות קיצונית בשיקול דעתה של הערכאה הדיונית; ב. כאשר נפלה טעות

משפטית בפסיקת ההוצאות; ג. כאשר הערכאה הדיונית סטתה באופן ניכר מהסכומים המקובלים; ד. כאשר בית המשפט דלמטה לא נימק את החלטתו בנדון" (ראו ע"א 9535/04 סיעת ביאליק 10 נ' קרית ביאליק, פ"ד ס(1) 391-395 (השופט גרוניס)).

לאחר שעיינתי בפסק הדין ובטענות הצדדים, אינני סבור כי המקרה דנא נופל לגדרי אותם חריגים המצדיקים התערבותנו. קביעתו של בית המשפט, כי שכר הטרחה יחושב על פי שעות עבודתו של עורך הדין נראית אך טבעית, נוכח חיובו של בוגנר על פי אותו מנגנון (ראו תצהירו של בוגנר מ/23). בהעדר הסכמה אחרת בין בוגנר לעורך דינו בעניין אופן תשלום השכר, נראה כי אין מקום לדרישה זו בדיעבד (ראו ד' פרידמן "שכר טרחה ראוי לעורך-דין" המשפט ב 105, 109-110 (1994)). בית המשפט גם נימק באופן ממצה את קביעתו בנוגע לגובה שכר הטרחה שנפסק, ואיני רואה מקום להתערב בקביעה זו. באשר לגובה ההוצאות "עניין זה נתון כולו לשיקול-דעתה של הערכאה הראשונה ואין להתערב בו אלא אם סטתה באופן ניכר מהסכומים המקובלים" (ע"א 687/83 מזור נ' מזור, פ"ד לח(3) 29, 35). סכום ההוצאות שקבע בית המשפט לבוגנר, בסך 17,337 ₪, נקבע על סמך דיווח קונקרטי שהוגש לבית המשפט, ואין איפוא לשנות קביעה זו.

גמול לתובע

כ"ח. הערעור בסוגיה זו מופנה כנגד גובה הסכום שנפסק בגין רכיב זה. נטען, כי בית המשפט נתן משקל יתר לטענה שלבוגנר צומחת הנאה מהתביעה בשל היותו בעל מניות בחברה, והתעלם מנגד מהמחיר האישי ששילם בעקבות התביעה.

כ"ט. המחוקק, אשר ביקש לתמרץ גורם השוקל תביעה נגזרת לטובת החברה, ולהבטיח לו הנאה מפירות התביעה (ראו י' גרוס חוק החברות החדש (מה' רביעית, 2007) 339), חוקק את סעיף 201 לחוק החברות שזה לשונו:

"201. גמול

פסק בית המשפט לטובת החברה, רשאי הוא להורות על תשלום גמול לתובע, שטרם בהגשת התביעה הנגזרת ובהוכחתה".

עינינו הרואות, כי לבית המשפט ניתן שיקול דעת רחב בעצם מתן הגמול ובשיעורו. בעניין האחרון, לא נתקבלה הצעתו של פרופ' א' פרוקצ'יה לקבוע סכום מסויים מפירותיה של התביעה לטובת התובע, והמחוקק הותיר לבית המשפט כר רחב לקביעת שיעור הגמול (ס' גולדשטיין וי' עפרון "מנגנוני התובענה הייצוגית והתביעה הנגזרת בחוק החברות החדש" משפטים לב(2) 461, 478-479 (תשס"ב)). משנחקק חוק החברות החדש, ועמו סעיף 201 האמור, הוצע כי בית המשפט ינקוט בשיקולים דומים לאלה שנוקט בהם במתן גמול במסגרת התובענות הייצוגיות

(א' חביב-סגל דיני חברות (2007) 693-694); ואולם, סעיף 22 לחוק תובעניות ייצוגיות, תשס"ו-2006, מונה בפירוט את השיקולים בהם מונחה בית המשפט להתחשב במתן הגמול, מה שאין כן הסעיף נשוא דיוננו. סבורני, כי נוכח ההיסטוריה החקיקתית וה"הסדר השלילי" שנקט המחוקק בענייננו, ספק אם יש לערוך היקש בין סוגי התביעות, ויש להותיר לבית המשפט שיקול דעת רחב בגובה הגמול המגיע לתובע בתביעה נגזרת (ראו גם י' בהט חברות: החוק החדש והדין העשור השני חלק ב' (מה' 11, 2009) 1278-1279).

ל. מן הכלל אל הפרט. בית המשפט קבע, כאמור, לבוגנר גמול של 100,000 ₪, ונימק קביעתו בכך ש"התובע מחזיק כ- 12% ממניות החברה ואין לכן מקום להשוות אותו לתובע בתביעה ייצוגית אשר מייצג למעשה אינטרס ציבורי. לכן, התמריץ הנדרש במקרה כזה איננו עומד בקריטריונים החלים על קביעת גמול של תובע בתביעה ייצוגית" (עמ' 39). נוכח האמור סבורני, כי נימוק זה מתקבל על הדעת, ואיני רואה מקום להתערב בקביעה זו, המסורה כאמור לשיקול דעתה של הערכאה הדיונית.

ל"א. אם תישמע דעתי, אציע איפוא שלא להיעתר לשני הערעורים, ולהותיר את פסק דינו של בית המשפט המחוזי על כנו, ללא צו להוצאות בערכאתנו.

שופט

השופט ח' מלצר:

אני מסכים.

שופט

השופט נ' הנדל:

אני מסכים.

שופט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' רובינשטיין.

ניתן היום, כ"ג בתמוז תש"ע (5.7.2010).

שופט

שופט

שופט