



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 7958/10

לפני: כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט י' עמית

המערערת: פלאפון תקשורת בע"מ

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז מיום
6.9.10 בת"א 4871-08-07 מפי השופטת שטמר

תאריך הישיבה: י"ד בסיון התשע"ב (4.6.12)
בשם המערער: עו"ד י' וקסלר; עו"ד ג' פורת; עו"ד ג' דונגי
בשם המשיבה: עו"ד ל' פלד; עו"ד א' סימון; עו"ד א' בורנשטיין-מוזס

פסק-דין

השופט א' רובינשטיין:

א. ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז (השופטת שטמר) בת"א 4871-08-07 מיום 6.9.10. עניינו של הערעור הוא חיובה של חברת פלאפון תקשורת בע"מ (להלן פלאפון או המערערת) בתשלום תמלוגים למשיבה, מדינת ישראל, בגין הפעלת שירותי רדיו לטלפון נייד (להלן רט"ן) מיום 10.10.94 ועד ליום 7.2.96, על פי הוראות סטטוטוריות שיתוארו להלן. עסקינן בימי בראשית ופריצת הדרך של עולם הטלפונים הניידים בישראל.

רקע עובדתי

ב. בחודש נובמבר 1983 פרסם משרד התקשורת מכרז להפעלת ענף שירותי רט"ן. במכרז זכתה חברת מוטורולה. פלאפון הוקמה בשנת 1985 על ידי חברות מוטורולה ותדיראן לצורך הקמת הרשת, הפעלתה ומתן שירותי רט"ן לציבור.

ג. באותה תקופה הוקמה בזק כחברה ממשלתית, והועברו אליה שירותי הטלקומוניקציה, שסופקו עד אז על ידי משרד התקשורת. בחודש ינואר 1984, נחתם הסכם בין משרד התקשורת לבין בזק, שבמסגרתו הועברו נכסים מן המדינה לחברה. בחודש יולי 1984 חתמו חברות בזק ומוטורולה על הסכם להפעלה משותפת של שירותי הרט"ן.

ד. בשנת 1989 מונתה על ידי שר התקשורת דאז, מר גד יעקבי ע"ה, ועדה לבדיקת שירותי הרט"ן. ביום 14.11.91 המליצה הועדה על פתיחת הענף לתחרות ועל עריכת מכרז למפעיל שני באופן מיידי.

ה. בעקבות משא ומתן בין חברת מוטורולה, חברת בזק ומשרדי התקשורת והאוצר נחתם ביום 3.3.93 "סיכום דברים בעניין רט"ן" (להלן ההסכם המרובע). במסגרת ההסכם נקבע כי בזק תרכוש 50% מהון המניות של פלאפון, וכי לפלאפון יוענק רישיון עצמאי למתן שירותי רט"ן. עוד נקבע, כי פלאפון תקבל רישיון להפעלת שירותי רט"ן למשך 10 שנים החל מיום 1.1.94 עם אפשרות הארכה, ובנוסף תחוב בעבור תדרים, תמלוגים וכל תשלום אחר שתקבע הממשלה. לקראת תחילת תקופתו של הרישיון הועברה לפלאפון טיוטת הרישיון, אך זו ביקשה פרק זמן נוסף לשם מסירת התייחסותה. ביום 7.2.96 נמסר לפלאפון הרישיון על תיקונו, שבו צוין כי יחול מיום 1.1.94. בהמשך להסכם פירסם משרד התקשורת מכרז למתן שירותים למפעיל שני. חברת סלקום (להלן סלקום) נבחרה כזוכה, והחלה בפעילות ביום 27.12.94.

ו. ביום 30.12.93 אושר בוועדת הכלכלה של הכנסת צו הבזק (הפחתת שיעורי תמלוגים והטלת חובת תשלום תמלוגים), התשנ"ד-1994 (להלן צו הבזק או הצו), שתחילת תוקפו ביום 1.1.94, ונקבעה בו חובת תמלוגים בגובה 8%. חברת פלאפון סירבה לשלם למשיבה תמלוגים בעבור התקופה שמיום 1.1.94 ועד ליום 7.2.96. ביום 16.9.96 שילמה פלאפון "תחת מחאה" מחצית מסכום התמלוגים לתקופה הרלבנטית. ביום 28.12.00, ערב מלאת שבע שנים לצו הבזק, הגישה המשיבה תביעה לתשלום תמלוגים בגין מלוא התקופה. פלאפון הגישה תביעה שכנגד בה עתרה להחזר הסכום ששילמה.

ז. לשם שלמות התמונה יצוין, כי ביום 29.11.95 נחתם הסכם פשרה בין בזק לבין המשיבה, שבגדרו נטלה על עצמה בזק את חובת תשלום תמלוגי הרט"ן לתקופה 1.1.94 - 10.10.94, המועד שבו רכשה 50% בפלאפון.

ח. נביא כבר עתה את סעיפי החוק הרלבנטיים:

סעיף 54 לחוק הבזק, תשמ"ב-1982 (כיום חוק התקשורת (בזק ושידורים), תשמ"ב-1982) בנוסחו עד 1.1.96 קבע כלהלן:

"(א) בעל רישיון ישלם תמלוגים למדינה.
 (ב) התמלוגים ישולמו על הכנסות בעל הרישיון ממתן שירותי בזק המנויים בתוספת.
 (ג) שיעור התמלוגים יהיה 11% מן ההכנסות האמורות בסעיף קטן (ב) למעט מס ערך מוסף; השר ושר האוצר, באישור ועדת הכלכלה של הכנסת רשאים לשנות את שיעור התמלוגים.
 (ד) השר ושר האוצר רשאים לקבוע בצו חובת תשלום תמלוגים בשיעור שלא יעלה על 8% גם על שירותים שאינם מנויים בתוספת, אם הונחה דעתם כי בשירות האמור אין קיימת תחרות סבירה (הדגשה הוספה - א"ר); צו כאמור יהיה טעון אישור ועדת הכלכלה של הכנסת."

כיוון ששירותי רט"ן לא נקבעו בתוספת שבה עוסקים סעיפים (א)-(ג), הותקן צו הבזק הקובע שלהלן הותקן מכוח ס"ק (ד) וקבע כך:

"חובת תשלום התמלוגים בשיעור של 8% תחול על השירותים הבאים:
 (1) התקנת קו רדיו טלפון נייד וחיבורו אל המערכת, והרשות לקבל שירותי בזק באמצעות הקו;
 (2) שירותי רדיו טלפון נייד- זמן אור"

עם ביטולו של סעיף 54(ד) לחוק הבזק ביום 31.12.95 הוחלף צו הבזק בתקנות הבזק (תמלוגים), תשנ"ו-1996 (להלן תקנות הבזק), שתחולתן מיום 1.1.96. אלה קבעו חובת תשלום תמלוגים מאת בעל רישיון בשיעור 8%, ללא תלות בקיומה של "תחרות סבירה".

פסק דינו של בית המשפט קמא

ט. בית המשפט המחוזי, בפסק דין מפורט ומנומק, קיבל את עיקר תביעת המשיבה, וקבע שעל פלאפון לשלם את התמלוגים בעבור שירותי רט"ן בגין הכנסותיה לתקופה 10.10.94-7.2.96. סכום התביעה הכולל הוא 260,000,000 ₪ בטרם שערך וקיוזו התקופה 1.1.94-10.10.94.

י. תחילה נקבע, כי אין לאפשר לפלאפון להעלות בתקיפה עקיפה טענות שאמורה היתה להעלות ישירות עם התקנת צו הבזק בשעתו, ובפרט משפעלה בניגוד לו באי תשלום הכסף. צוין, כי לא ניתן לטעון שצו הבזק היווה פגיעה חמורה באינטרס הציבורי, או כי היו נסיבות מיוחדות שבשלהן היה הכרח בהפרת צו הבזק. הוסבר, כי אין בהשתהות המשיכה בהגשת התביעה כדי ליטול את עוקצה של טענת המניעות. עם זאת דן בית המשפט בטענות המערערת לגופן.

י"א. אשר לסבירות צו הבזק נקבע, כי הפרשנות שמציעה פלאפון, ושלפיה יש לפרש את התנאי של "היעדר תחרות סבירה" שבסעיף 54(ד) לחוק הבזק כחל רק בנסיבות מונופול של ממש, מאיינת את הסעיף המסמיך לחייב בתמלוגים במקום שאין "תחרות סבירה". צוין, כי אם יש לראות בעצם פתיחת השוק לתחרות משום "תחרות סבירה", יוצא מכך שמעולם לא התקיימו התנאים לחיוב בתמלוגים. נקבע איפוא, כי משצו הבזק אינו סותר את הסעיף המסמיך בחוק הבזק ואף עולה בקנה אחד עמו, אין הנטען על ידי פלאפון עולה לכדי ביטול חזקת התקינות של המעשה המינהלי.

י"ב. בית המשפט סקר את עדויות המומחים משני הצדדים ואת טענות פלאפון בהקשר זה, ומצא כי התמונה העולה מחוות הדעת השונות מורכבת: מחד גיסא, פלאפון צפתה תחרות, ומאידך גיסא, אין לקבוע כי בשנת 1994 שררה "תחרות סבירה". בית המשפט לא קיבל את הטענה כי היה צורך לבחון אם חל שינוי נסיבות כאשר נכנסה סלקום לשוק, וקבע כי בחינת השוק לאחר פרק זמן בן שנתיים, כפי שנעשה, אינה חורגת ממתחם הסבירות.

י"ג. בית המשפט אף לא קיבל את טענת פלאפון כי חובת תשלום התמלוגים מהוה מס, שכן בניגוד למס, שאחד ממאפייניו הוא היעדר קשר ישיר בין תשלום המס לבין התמורה בגין התשלום, החיוב בתמלוגים מבטא את הזכות הניתנת למשלם להשתמש במשאב ציבורי.

י"ד. כן נדחתה טענת פלאפון שהחובה לתשלום התמלוגים אינה חלה הואיל ופלאפון היא בעלת רישיון מיום 7.2.96, וזאת נוכח הקביעה המפורשת בהסכם המרובע וברישיון. נקבע, כי עמדת פלאפון כאילו פעלה כעבריינית ללא רישיון כביכול היא חסרת תום לב, והודגש, כי בהתחשב בכך שצו הבזק קדם לתקנות הבזק, ובכך שהיה ידוע שהרישיון יינתן לפלאפון, החקיקה הרטרואקטיבית נותנת תוקף ממשי להסכמת הצדדים, לידיעתם בדבר הרישיון וצו הבזק ולפעולה לפיהם.

ט"ו. עוד נקבע, כי לא ניתן לכלול את ההסכם המרובע כמקור לחיובה של פלאפון בתמלוגים, שכן היא לא היתה צד להסכם וחברות בזק ומוטורולה לא היו רשאיות להתחייב בשמה. לבסוף נקבע, שצו הבזק מחייב תשלום תמלוגים גם מדמי המנוי החודשיים, ופרשנות אחרת מאיינת את הטלת התמלוגים בעבור "הרשות לקבל שירות" כמשמעה בצו הבזק.

ט"ז. תביעת המשיבה לתמלוגים בעבור התקופה 1.1.94 - 10.10.94 נדחתה נוכח הסכם הפשרה של המשיבה עם חברת בזק, שבמסגרתו שולמו התמלוגים לתקופה זו, והמערערת חויבה אך בעבור התקופה 10.10.94 - 7.2.96. ממילא התייתרה התביעה שכנגד. המשיבה לא הגישה ערעור על חיובה בעבור התקופה 1.1.94 - 10.10.94, ואנו נעסוק איפוא אך בתקופה 10.10.94 - 7.2.96.

עיקרי טענות המערערת

י"ז. לטענת המערערת, שאלת חוקיותו של מעשה המינהל צריכה להיבחן במנותק מן השאלה האם התקיפה הראויה היא ישירה או עקיפה, שכן מעשה מינהלי הנגוע בעילות פסלות ובטלות אינו הופך לחוקי ותקף אך בשל העובדה שהטענות בדבר פסלותו ואי חוקיותו מועלות בתקיפה עקיפה.

י"ח. נטען, כי איזון השיקולים השונים, ביניהם חומרת הפגם, כלליות הנורמה המינהלית הנתקפת, הזמן שחלף עד שהועלו הטענות והאפשרות של הרשות להסתמך על תוצרי הנורמה שבה מדובר, מלמדים כי יש לאפשר בנדון דידן תקיפה עקיפה. המשיבה ידעה היטב על המחלוקת בעניין חוקיות הצו, אך תביעתה הוגשה שנים מספר לאחר ששולם לה תחת מחאה סכום הפשרה, ולאחר שנים של נתק בין הצדדים וכיום אחד לפני תום תקופת ההתיישנות. הוסבה תשומת הלב בהקשר זה, לכך שמדובר במחלוקת בין שני צדדים בלבד, והיא אינה בעלת השלכות כלליות.

י"ט. כן נטען, כי שגה בית המשפט משלא הורה על בטלות הצו לאחר שקבע כי "תחרות סבירה" החלה בשנת 1995, עם תחילת פעילותה של סלקום. עוד נטען, כי מחוקק המשנה לא שקל את השיקולים הרלבנטיים בחוק המסמך, משום ששקל שיקולים זרים וסותרים לתכלית החוק, ותוך כוונה מפורשת כי הצו יחול על המתחרה החדש. נטען, כי היה על מחוקק המשנה לקבוע מועד מוגבל לתחולת הצו בנסיבות שהובילו להתקנתו; למצער היה מקום לבחון את הדברים עם כניסתה לשוק של סלקום, זאת בפרט נוכח הגידול במספר לקוחותיה. הוסף, מכל מקום כי הצו חדל להיות תקף

מייד כשנוצרה "תחרות סבירה", גם אם בחינה מחודשת לחוקיותו לא בוצעה, וגם אם נבחן שנים מאוחר יותר.

כ. עוד נטען, כי תשלום התמלוגים הוא תשלום המושגת בכפיה, והנגזר משיעור הכנסותיה של המערערת מבלי שהיא מקבלת כל תמורה בעדו, ועל כן יש לסווגו כמס ולעגן את החיוב בחקיקה ראשית. כנטען, המשאב הציבורי היחיד שבו עושה המערערת שימוש במסגרת הרישיון, הוא תדרי השידור, אלא שבגין שימוש זה בתדרים משלמת המערערת בנפרד אגרת תדרים. בנסיבות אלה, כך נטען, מנועה המשיבה מטענה כי התמלוגים הם התמורה הנדרשת בעבור הרישיון.

כ"א. לטענת המערערת, שגה בית המשפט כשראה ברישיון או בהסכם מקור לחיוב בתמלוגים. כנטען, בית המשפט קמא הטיל למעשה חובת תמלוגים מכוח הרישיון עצמו ללא מקור חוקי התומך בכך. יתרה מזו, הודגש כי החוק המסמיך לא הקנה למשרד התקשורת סמכות לקבוע חובה רטרואקטיבית לתשלום תמלוגים, שכן חיוב רטרואקטיבי ללא הסמכה מפורשת בחוק - בטל. לא זו אף זו, ברישיון עצמו נקבע, כי התקופה הראשונה לעניין תשלום התמלוגים מתחילה במועד מתן הרישיון.

כ"ב. לבסוף נטען, כי שגה בית המשפט משקבע שחובת תשלום התמלוגים חלה גם על הכנסות מדמי המנוי החודשיים. הטלת חובת תשלום תמלוגים מדמי המנוי החודשיים מצריכה פרשנות מאולצת של הצו, אשר כלל לא השית חובת תשלום תמלוגים בגין הכנסות מדמי מנוי. הצו מתייחס - כנאמר - אך לשני סוגי הכנסות: הכנסות מחיובים ראשוניים בעת חיבור לרשת הרט"ן והכנסות עיתיות רב פעמיות מזמן אויר. כך גם נטען כי מפרוטוקול ישיבתה של ועדת הכלכלה של הכנסת מיום 30.12.93 עולה, שתכלית הצו היתה להשית חובת תשלום תמלוגים על הכנסות מזמן אויר ומדמי התקנה בלבד.

עיקרי טענות המשיבה

כ"ג. לטענת המשיבה, טענותיה של פלאפון כנגד חיובה בתמלוגים מכוח חוק הבזק היא תקיפה עקיפה של מעשה מינהלי. נטען, כי טענות פלאפון לחוסר סמכות ולחריגה מהוראות החוק המסמיך אינן יכולות להישמע בדיעבד, מפי מי שבחרה שלא לתקוף את הצו בזמן אמת בתקיפה ישירה, ובחרה לפעול בניגוד לו. נטען, כי אין בנסיבות התקנת הצו משום חוסר סבירות קיצוני המצדיק סטייה מן הכלל, כי אם להיפך: השתת תמלוגים

על מי שנהנתה מיתרונות כלכליים ומרווחים גבוהים בשל מכירת שירותי רט"ן לציבור, שהיו כרוכים בקבלת רישיון כדין, היא ראויה.

כ"ד. אשר לסבירות הצו נטען, כי בית המשפט לא יטה להחליף את שיקול דעתה של הרשות בשיקול דעתו, בפרט כאשר מדובר בחקיקת משנה. עיקרון זה, כנטען, יפה שבעתיים כאשר מדובר בחקיקת משנה כלכלית. נטען, כי במועד התקנת הצו לא היתה תחרות כלל, כל שכן "תחרות סבירה", שכן סלקום החלה לפעול בענף הרט"ן רק כשנה לאחר התקנתו של הצו, וגם לאחר כניסתה לשוק הרט"ן חלפה יותר משנה עד לקיומה של "תחרות סבירה" בינה לבין פלאפון, הואיל ובתקופה זו פעל כל אחד מהמפעילים בנתח שוק שונה; מאחר שדובר בשוק בצמיחה אדירה, יכול היה כל אחד מהמפעילים לצמוח בשיעורים גדולים, מבלי שתפתח תחרות ממשית. תימוכין לדבריה מצאה המשיבה בדיוני ועדת הכלכלה של הכנסת.

כ"ה. הוסבר, כי צו הבזק אינו פוקע באופן אוטומטי, וכי הוא ניתן לביטול בדרך שבה הותקן. עוד הוסף, כי בחינת קיומה או היעדרה של "תחרות סבירה" כשנה לאחר כניסת המפעיל השני היתה סבירה, וממילא במועד זה טרם הבשילו התנאים לקיומה של "תחרות סבירה".

כ"ו. אשר לטענה כי פלאפון לא היתה במועד מושא המחלוקת "בעלת רישיון", נטען, כי היה ברור לה ביום שבו נמסר לידיה הרישיון, שניתן במסגרתו תוקף ממשי לזכויות ולחובות שהוענקו לה החל מיום 1.1.94 ולפעולותיה בענף הרט"ן החל מאותו מועד. אילו סברה פלאפון אחרת, היה עליה להעלות טענה זו בהזדמנות הראשונה, וודאי שהיה מקום להעלותה בשלבי ניסוח הרישיון; נטען, כי היא ראתה עצמה כבעלת רישיון הפעלה כבר מיום 1.1.94, כעולה מן הדו"חות הכספיים ומהביאורים להם. לא זו אף זו, פלאפון הסכימה לתחולתו של הרישיון כאשר פעלה כאוחזת ברישיון החל מיום 1.1.94, ועצם הפעלת שירותי הרט"ן על ידיה מעידה כי פעלה בשוק כבעלת רישיון. נטען, כי החיוב בתמלוגים נובע גם מכוח ההסכם המרובע. יצוין כאן, כי בדיון בפנינו (4.6.12) הודיעה באת כוח המדינה, כי אין היא עומדת על טענת החיוב מכוח הרישיון וההסכם, שכן תגמולים כאלה לשיטתה הם בעלי אופי של מס, ועל כן נחוץ שייקבעו על פי חוק או במסגרת תקנה.

כ"ז. באשר לדמי המנוי החודשיים נטען, כי מלשונו של הצו עולה, שהתמלוגים נדרשו הן ביחס לתשלומים הנגבים בעבור זמן אויר והן בסעיף נפרד בעבור "הרשות לקבל שירות" באמצעות הקו; אילו היה מדובר בעניין אחד, היה מיותרת הסעיף

הנוגע לתשלום בגין "הרשות לקבל שירות" באמצעות הקו. מדובר, לטענת המשיבה, ברשות מתחדשת ומתמשכת על ציר הזמן שמקבל הלקוח כל עוד הוא מחובר למערכת.

כ"ח. לבסוף נטען, כי חובת תשלום התמלוגים מהוה "מחיר" ולא מס, שכן במתן הרישיון יש כדי להעניק הטבה למקבלו, וניתן לראות בדרישת התשלום נגזרת של מידת ההטבה הצומחת למקבל הרישיון.

כ"ט. במענה לטענות המשיבה נטען, כי אין כל רלבנטיות לשאלת רווחיותה של פלאפון. כן צוין כי מעורבותה של המערערת בניסוח הרישיון חסרת נפקות לעניין מקור הסמכות להטיל תמלוגים מכוח חוק הבזק; הוסף, כי עם חקיקת תקנות הבזק הפכה שאלת התחרות ללא רלבנטית.

הדיון

ל. בדיון בפנינו חזרו הצדדים על עיקר טענותיהם שבכתובים. בא כוח המערערת טען בלהט לקיומה של תחרות, למצער עם כניסתה של סלקום לשוק; הודגש, כי בתוך מספר חודשים היו לזו האחרונה עשרות אלפי מנויים, ותעריפיה היו דומים לאלו של פלאפון. אשר לתשלום תמלוגים בעבור דמי המנוי החודשיים הודגש, כי הצו עוסק אך בתשלום חד פעמי, ולא מתחדש. כן נטען כי אין זה המקרה המתאים שלא לאפשר תקיפה עקיפה. באת כוח המשיבה עמדה על כך שאין מקום להתיר תקיפה עקיפה. הודגש, כי פלאפון עשתה דין לעצמה, וכי הכרעת בית המשפט קמא בשאלה האם התקיימה "תחרות סבירה" היא סבירה כשלעצמה.

הכרעה

תקיפה ישירה או עקיפה

ל"א. בתי המשפט לא יטו להעניק סעד במקרה של תקיפה עקיפה, מקום שבו נמנע הצד התוקף מהעמדת הפגם הנטען לביקורת בהליך של תקיפה ישירה (רע"פ 4398/99 הראל נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 637 646; וכן ע"א 8824/07 מטרסו נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה (לא פורסם)). כך ביתר שאת כאשר המבקש לתקוף את הצו עשה דין לעצמו, ולא פעל לפיו (בג"ץ 3483/05 די.בי.אס. שרותי לוויין בע"מ נ' שרת התקשורת (לא פורסם), פסקה 21 (להלן עניין די.בי.אס.)). ראו לעניין תקיפה ישירה ועקיפה והלכת הבטלות היחסית, פרופ' ד' ברק ארז משפט מינהלי (תש"ע – כרך ב'), פסקאות 22.28-22.24.

ל"ב. הפסיקה הכירה בחריגים לכלל זה בנסיבות מסוימות, כאשר מעשה המינהל לוקה בפגם חוקי או מוסרי חמור הגלוי על פני הדברים; לצד זאת על בעל הדין להוסיף ולהוכיח קיומן של נסיבות מיוחדות המצדיקות אי ציות להוראת הדין, כגון דחיפות מיוחדת או נזק בלתי הפיך הצפוי להיגרם לו כתוצאה מביצוע ההחלטה בפרק זמן קצר שעד לפניה ולקבלת מענה מערכאה שיפוטית (שס).

ל"ג. המקרה שלפנינו אינו בא בקהלם של אלה. פלאפון ידעה על הצו, ונציגיה נטלו חלק בדיונים שנערכו בכנסת לעניין אישורו. כל אותה עת אין פוצה פה ומצפצף, ולא נאמר מטעם החברה דבר וחצי דבר באשר לחוקיות הצו ולהוראותיו. זאת - אף שהיתה לה ההזדמנות והיו לה הכלים לעשות זאת (בר"מ 7363/09 מרכז משען בע"מ נ' עיריית תל אביב יפו (לא פורסם)). טענת פלאפון כי שילמה למשיבה את התמלוגים "תחת מחאה", אין משמעה קיום הצו משהמשיבה הודיעה לה כי אינה רואה בתשלום החלקי סיום המחלוקת (ביום 19.5.96 הודיעה נציגת המשיבה לחברה כי אין מקובלת על המשיבה הצעת הפשרה; כך גם ביום 10.9.96). גם אין בעובדה שהמשיבה הגישה תביעה בסמוך לפני מועד תקופת ההתיישנות, כדי לשנות מכך. המשיבה עמדה בפרק הזמן הקבוע בחוק, ואין בנדון דידן טענת שיהוי לשם "קיצור משפטי" של תקופת ההתיישנות, כגון של נזק ראייתי או כיוצא באלה.

ל"ד. לכאורה די היה בכך שלא להיעתר לערעור שבפנינו. עם זאת נדון בקצרה, ולמעלה מן הצורך, בטענות המערערת לגופם של דברים.

האם הצו הוצא בסמכות והאם הוא סביר

ל"ה. המערערת מבקשת למעשה להניח בטיעוניה חזקה, כי עם פתיחת השוק לתחרות התקיימה "תחרות סבירה", וכי משמעות המונח "אין קיימת תחרות סבירה" הוא קיומו של מונופול. קשה מאוד להלום זאת.

ל"ו. כאמור, סעיף 54(ד) לחוק הבזק מסמיך את שר האוצר ואת שר התקשורת להטיל חובת תשלום תמלוגים בעבור שירותי רט"ן שאינם מנויים בתוספת "אם הונחה דעתם כי בשירות האמור אין קיימת תחרות סבירה". כמותי כבית המשפט המחוזי סבורני, כי פירוש המונח "אין קיימת תחרות סבירה" כקיום מונופול חותר תחת לשון החוק ותכליתו. מונופול אין משמעו היעדר תחרות סבירה, אלא היעדר תחרות כלל. מונופול מוגדר מילוני (אבן שושן לשונות האלפיים) כ"זכות יחיד, זכות שליטה שניתנה

לאדם, לחברה או למדינה וכו' על איזה דבר (בייצור, במסחר, בגביית מסים)". אמירה כי רק מקום שיש בו מונופול אין בו תחרות סבירה, כאילו קיומו של כל פתח תחרות הופך אותו ל"תחרות סבירה" - קשה להלמה. אין לקבל איפוא טענה, כי כיון שלא היה מונופול - מניה וביה נתקיימה תחרות סבירה. היעדר קיומה של "תחרות סבירה" הוא זה שהוביל לפתיחת השוק למפעיל נוסף, אך התחרות שיצר אותו מפעיל היתה צריכה להיות סבירה, ועל כן תמוהה הפרשנות שאותה הציעה המערערת.

ל"ז. נזכיר, כי במועד התקנת הצו לא זו בלבד שלא היתה "תחרות סבירה", אלא שלא היתה תחרות כלל, שכן סלקום החלה לפעול בענף זה שנה לאחר התקנת הצו. עד לכניסת חברת סלקום לשוק, היתה פלאפון הספק הבלעדי, בעלת ותק בענף, ידע בתחום, טכנולוגיה ושליטה בציוד קצה. כך גם עולה ממכתבה של שרת התקשורת שולמית אלוני מיום 27.12.93, ומדיוני ועדת הכלכלה של הכנסת עולה כי הנחת המוצא היא שאין תחרות ויש לפעול לקיומה.

ל"ח. מטעם המשיבה הוגשה חוות דעתו של פרופ' אמיר ברנע, שהציג מספר אפיונים למצב של "תחרות סבירה": חלוקת השוק למספר יצרנים, רנטה כלכלית - בלשון פשוטה, כוח שוק רווחי "מעל לנורמלי" - שאינה מתמשכת, השקעה של היצרן בשיפור המוצר ובהתייעלות, מגוון מוצרים ברמות שירות לא הומוגניות וחסמי כניסה נמוכים. מסקנת פרופ' ברנע על יסוד ניתוח השוק בהתאם לפרמטרים שצוינו היתה, כי בשנים 1994-1995 לא התקיימה "תחרות סבירה" גם לאחר שנבחרה סלקום למפעיל שני. הוסבר, כי את התנהגות פלאפון, שבחרה לא להפחית תעריפים, ניתן להבין כאשר השוק אינו הומוגני; כלומר, פלאפון לא ראתה בסלקום מתחרה בפלח השוק שלה, ועל כן לכניסתה לשוק לא היתה השפעה על פלאפון. כן הוסבר, כי בשנת 1994 לא פעל כלל מפעיל שני, ואין אינדיקציה לכך שעצם הצפי לזכייתו השפיע על מדיניות התעריפים ומגוון השירותים של פלאפון. למול זאת הוגשה מטעם המערערת חוות דעתו של פרופ' אבי וייס. בחוות דעתו קבע פרופ' וייס, כי כבר במהלך שנת 1993 החלה פלאפון לפעול כשחקן בשוק תחרותי, וכי ניתוח התנהגותה של פלאפון מעלה שבתקופה זו היא שינתה את התנהגותה בצורה מהותית במספר מישורים. הוסבר, כי התקופה שלאחר תחילת פעילותו של מפעיל הרט"ן השני, סלקום, מאופיינת בתחרות עזה בין החברות שפעלו בשוק. כן חל גידול במספר הכולל של המנויים בשוק הרט"ן ובמספר הלקוחות אשר עזבו את פלאפון. כנטען, חלה איפוא ממאס 1993 - הסכם פלאפון עם הממשלה - מהפכה תחרותית שהיתה סבירה מעת פתיחת המכרז למפעיל (בנובמבר 1993) והפכה למעלה מסבירה מסוף 1994, עם תחילת פעולתה של סלקום.

ל"ט. פלאפון ויתרה על חקירתו הנגדית של פרופ' ברנע מבלי שויתרה על טענותיה נגד האמור בחוות דעתו. בית המשפט המחוזי קבע, כי אינו מאמץ את ביקורתה של פלאפון על חוות הדעת של פרופ' ברנע משהחליטה שלא לחקור אותו, לא התקבלה גם טענתה כי חוות הדעת נסתרה מתוכה. צוין, כי אין הכרח שבדיקת התחרות תתמצה רק בתמונה הגלויה לעין, המראה את כניסת המתחרה לשוק ואת העובדה שהוא גורף רווחים, וכי התמונה מורכבת. בנוסף קבע בית המשפט כממצא עובדתי, כי בניגוד לאמור בחוות דעתו של פרופ' וייס היתה רק הפחתה אחת בתעריפי פלאפון, בחודש אפריל 1993, הרבה לפני כניסת סלקום, וכי יקשה להסיק מכך שהתפתחה תחרות. לבסוף נקבע, כי לא הוכחו נתונים המראים כיצד נוצרה תחרות בעקבות ההיערכות לקראתה, כטענת פלאפון; ובהיעדר חקירה נגדית, ציין בית המשפט, קשה לשלול את חוות דעתו של פרופ' ברנע כי הבידול המפורש של המערערת כחברה איכותית ויקרה מלמד על היעדר תחרות. נפסק איפוא, כי נוכח הנתונים שהוצגו לא נוצרה, אף בהינתן שני מפעילים בחלק מן התקופה, "תחרות סבירה" - כל שכן בהינתן מפעיל אחד.

מ. ככלל, אין ערכאת ערעור נוהגת להתערב בהכרעה של הערכאה הדיונית, אשר התבססה בממצאיה ובמסקנותיה על חוות דעת אחת וביכרה אותה על פני חוות דעת אחרת (ע"א 8587/07 אלמליח נ' האוניברסיטה העברית (לא פורסם), פסקה 10; ע"א 2989/95 קורנץ נ' מרכז רפואי ספיר - בית חולים "מאיר", פ"ד נא(4) 687, 695). המשיבים בחרו שלא לחקור נגדית את פרופ' ברנע, המומחה מטעם המשיבה, ובכך לא איפשרו לו להסביר את עמדתו בנקודות בהן היא חלוקה עליהם. במצב דברים זה, לא מצאתי מקום להתערב בקביעותיו של בית המשפט קמא; "כאשר צד, מרצונו ומתוך מודעות לתוצאות מעשהו, מוותר על חקירה נגדית, הדעת נותנת שיש לראותו כמי שאינו משיג על גירסת העד במקום שזו סותרת את גירסתו שלו" (ע"א 9010/08 מרכז רפואי רבין נ' לוביניקר (לא פורסם), פסקה מ"ה; י' קדמי על הדאיות (חלק רביעי; תש"ע) 1949; ראו והשוו ע"א 548/78 שרון נ' לוי, פ"ד לה (1) 736, 760; רע"פ 6723/05 באסם נ' מדינת ישראל (לא פורסם)). דברים אלה תואמים את נסיון החיים והשכל הישר.

מ"א. ביסוד עמדתה של המערערת עומדת ההנחה כי כניסה של חברה חדשה לשוק הקטינה בהכרח את נתח השוק שלה. דברים אלה לכאורה שובי לב; אולם, כפי שציין בית המשפט קמא, צמיחתו המהירה של ענף הרט"ן, כפי שעולה מסקירת משרד התקשורת (מ/ש/8), והתווספות מנויים רבים - ואכן כמעט ידיעה שיפוטית היא, כי ראשיתו של ענף הטלפונים הניידים בישראל מצער, אך עד מהרה נתקיים בו "ישגה מאוד" (איוב, ח, ז), כמעט כאש בשדה קוצים - אין משמעם בהכרח כי ההצטרפות

לסלקום נעשתה על חשבון המערערת או בתחרות עמה. יתרה מכך, פלאפון לא מסרה פרטים על מאפייני התחרות שהתבטאו לטענתה בהתנהגותה, ולא הובאו נתונים המלמדים כיצד עצם ההיערכות לקראת התחרות היותה תחרות כשלעצמה. כך גם נקודת המוצא של ההסכם המרובע הייתה כי שירות הרט"ן ייפתח לתחרות ביום 31.12.93, והוא מתייחס לצעדים הנדרשים לשם כך. לבסוף, המערערת תומכת יתדותיה באמירתו של בית המשפט קמא כי בשנת 1995 החלה "תחרות סבירה". אולם קריאה מדויקת של הנאמר מלמדת, כי בית המשפט הוסיף וציין שבשלב זה היה מקום לבחון "אם אכן תחרות סבירה לפנינו", והוא אינו קובע כעובדה מוגמרת שנתקיימה תחרות, כפי שמנסה המערערת לטעון. ונוסיף: מה מטרתה של תחרות? התועלת לצרכן על-ידי הורדת מחירים. "תחרות סבירה" משמעה, כפשוטה, תחרות המועילה לצרכן, תחרות שיש בה ממש. לא הוכח כי הורדו מחירים על-ידי פלאפון או כי שופרו התשתיות.

מ"ב. דומה שכיום אין צורך להכביר מלים על חשיבותה של תחרות במרקם הכלכלי, כמכשיר צרכני מן המדרגה הראשונה, ונזכור – בלא קשר ישיר לתיק דנא – את חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988. לא למותר לומר, כי ראשוניותה של חברת פלאפון הביאה לכך, ששם המותג שלה נטבע – דומה – אצל לא מעטים כשם "גנרי" לטלפון נייד בכלל, אולי עד היום הזה. באשר לחוק ההגבלים העסקיים, שעיקר תכליתו קידום תחרות, נאמר:

"הערך העומד בבסיסם של דיני ההגבלים העסקיים הוא הערך בדבר קיומה של תחרות חופשית. תחרות כזו מבטיחה לצרכן כי מבין היצע המוצרים בשוק, הוא יוכל לבחור ולרכוש את המוצר האיכותי ביותר, במחיר הזול ביותר. ואכן, לא בכדי כינה הנשיא ברק את דיני ההגבלים העסקיים כ'מגנא כרטא' של זכויות הצרכן (ע"א 2247/95 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף לשיווק תוצרת חקלאות בישראל בע"מ, פ"ד נב(5), 213, 230, להלן: "פרשת תנובה"). זאת ועוד, התחרות החופשית אף מעניקה ליצרן תמריץ לפתח ולחדש את מלאי המוצרים, ולא לקפוא על שמריו, שאם יעשה כן, יוכל לנסות לזכות ביתרון יחסי על פני מתחריו, יתרון שרווח בצדו. ברי, כי מהתפתחות זו יוצא גם הצרכן נשכר, אולם, תחרות חופשית מהווה גם תנאי הכרחי לקיומו של משק יעיל ובריא, ואף לצמיחה כלכלית. התחרות מעודדת יזמות, גורמת לשיפור מתמיד של היצע המוצרים בשוק, ולהדרתם של יצרנים בלתי יעילים ממנו (ראו י' יגור דיני הגבלים עסקיים (מהדורה שנייה) 47-48, (להלן: "יגור") וכן נ' כהן, "תחרות מסחרית וחופש העיסוק" עיוני משפט יט(2) (1995), 353). כל אלה, הפכו את ערך התחרות החופשית לערך מרכזי בשיטתנו הכלכלית, החברתית והמשפטית, ודיני

ההגבלים העסקיים מבטאים הכרה זו". ע"פ 7829/03
 מדינת ישראל נ' אריאל הנדסת חשמל רמזורים ובקרה בע"מ
 (לא פורסם), פסקה 13 (השופט לוי)).

מ"ג. חוק ההגבלים העסקיים נדרש לשאלת קיומה של תחרות או פגיעה בה בהקשרים שונים. כך סעיף 2(א) לחוק זה מגדיר הסדר כהסדר כובל אם הוא מונע או מפחית תחרות בעסקים. בצדו מונה סעיף 2(ב) לחוק רשימה של עניינים המקימים חזקה של פגיעה בתחרות "מבלי שיהא צורך לבחנם בכל מקרה ומקרה לאור המבחן הכללי" (דברי ההסבר להצעת חוק ההגבלים העסקיים, הצעות חוק תשמ"ד, 42); לביקורת בדבר הפרשנות המצמצמת של הוראות סעיפים אלו ראו רע"א 6233/02 אקסטל בע"מ נ' קאלמא ווי תעשייה, שיווק אלומיניום זכוכית ופרזול בע"מ ואח', פ"ד נח(2), 635 (השופט טירקל) וכן ד' פרידמן ונ' כהן חחים (כרך ג, תשס"ד) 642, ובהיבט אחר - חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 12) תשע"א-2011 בפרק ד' 1' שעניינו קבוצת ריכוז, אשר נוסף לאחרונה, בתיקון נקבע, כי הממונה על ההגבלים העסקיים רשאי לקבוע שקבוצה מצומצמת של בני אדם המנהלים עסקים אשר בידיהם ריכוז של יותר ממחצית מכלל אספקת נכסים או מתן שירותים או רכישתם, היא קבוצת ריכוז וכל אחד מהללו הוא חבר בקבוצת ריכוז, בהתקיים תנאים מסויימים. ובהם - כי בין חברי הקבוצה או בענף שבו הם פועלים קיימת תחרות מועטה בעסקים או שמתקיימים תנאים לתחרות מועטה בעסקים (סעיף 31ב(א)); וראו גם סעיף 31ב(ב) שם. לעניין תחרות כשיקול מרכזי ראו סעיף 30 לחוק ההגבלים העסקיים שעניינו הסדרת פעילות מונופולין, וכן סעיף 21 שעניינו בחינת מיזוג על ידי הממונה להגבלים עסקיים. עניינו הוראות כי השאלה האם קיימת תחרות או פגיעה בה גם במצב של מספר גורמים בשוק, היא מורכבת.

מ"ד. אבקש להביא לבסוף את שנודמן לי לומר זה מכבר בהקשר של פגיעה בתחרות:

"לדידי כמדיניות שיפוטית של סופו-של-יום, מקום שבו יש חשש ממשי לפגיעה בתחרות - לא יעלה הדבר בקנה אחד עם כוונת המחוקק, אם לא יינתן לכך ביטוי בהחלטות הרלבנטיות. ואעז ואומר, אף כשכפות המאזניים מעוינות או קרובות לכך - ויתכן שבמקרה זה קרובות הן לכך (בהתניות של בית הדין קמא) אך החשש נותר - על ההכרעה צריכה להיות לטובת אינטרס התחרות (ע"א 2082/09 יורוקום די.בי.אס בע"מ נ' בזק חברת התקשורת הישראלית בע"מ (לא פורסם), פסקה ז')."

מ"ה. נוכח האמור לא מצאתי איפוא, שההכרעה בבית המשפט קמא כי לא נתקיימה "תחרות סבירה", אינה סבירה ושבשל כך ניתן הצו בחוסר סמכות. בידוע, כי לא בנקל יתערב בית משפט בחקיקת משנה שאושרה בוועדה בכנסת, אף כי אין הדלת לכך נעולה:

"זהירות מיוחדת ינהג בית המשפט קודם שיתערב בחקיקת-משנה שזכתה לאישורה של ועדה מוועדות הכנסת. הטעם לכך הוא, שחקיקת-משנה אשר נתאשרה כאמור יש שהיא נתפסת כ'חקיקה עקיפה מטעם הכנסת עצמה' (כביטוי של השופט ברנזון בבג"ץ 108/70 מנור ואח' נ' שר האוצר, פ"ד כד(2) 442 (בעמ' 445). כלל זה, המחייב אמת-מידה של זהירות מיוחדת ביחס ליכולת ההתערבות בחקיקת-משנה שאושרה על-ידי ועדה מועדות הכנסת, היה נר לרגלי בית המשפט גם בפרשיות נוספות... משמעותו של כלל זה איננה, שבאישורה על-ידי ועדה מוועדות הכנסת יש כדי לחסן חקיקת-משנה שהיא בלתי סבירה בעליל, מפני ביטול על-ידי בית המשפט. אכן, בידי בית המשפט לפסול חקיקת-משנה מחמת אי-סבירות גם אם אושרה על-ידי ועדה מועדות הכנסת, אלא שבית המשפט לא ימהר לשלול מטעם זה את תקפה של חקיקת-משנה כזאת ... אלא כאמצעי אחרון במקרה קיצוני ביותר, שבו עשוי להיגרם עוול בולט שאין לו תקנה בדרך אחרת, למשל, על-ידי פרשנות מתאימה העוקפת את הצורך בפסילה' (דברי השופט ברנזון, בע"א 492/73 שפיזר ואח' נ' המועצה להסדר הימורים בספורט ואח', פ"ד כט(22) 1, בעמ' 26)" (בג"ץ 4769/90 זידאן נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מז(2) 147, פסקה 29 (השופט, כתארו אז, מצא)).

מ"ו. התקשיתי להלום את הטענה כי מרגע שנכנס לשוק מפעיל נוסף, בה בשעה נוצרה "תחרות סבירה", וצו הבזק פקע אוטומטית, והתקשיתי אף להבין את ביסוסה. פרשנות זו אין לה אחיזה בלשון הצו או בהגיונם של דברים. כפי שהיטיבה המשיבה להסביר, דברי חקיקה אינם פוקעים מאליהם, ו"הפה שאסר הוא הפה שיתיר", אלא אם כן קובע דבר החקיקה עצמו את מועד פקיעתו או את ביטולו האוטומטי (ראו סעיף 15 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981).

מ"ז. אכן, מחובתם של המחוקק, של מחוקק המשנה ושל הרשות המינהלית לבדוק עצמם ולשוב ולבחון האם השתנות נסיבות מצריכה שינוי בהכרעותיהם, ואם חלקן עודן רלבנטיות. בנדון דידן בחינתו של הצו נערכה בשלהי 1995, כשנתיים לאחר הצו וכשנה לאחר כניסתה של סלקום לשוק. מדובר בשוק חדש ומורכב שהצמיחה בו היתה מפתיעה; בחינת קיומה של "תחרות סבירה" כשנה לאחר כניסת המפעיל השני היתה –

דומה – סבירה, ואיפשרה לבחון במבט בוטח יחסית את התפתחות השוק וללמוד את דרך הילוכו. בכל אותה תקופה, המשיכה פלאפון, גם כאשר "בא לשכונה בחור חדש" - סלקום - ליהנות מן המצב באופן מלא.

הרישיון

מ"ח. לטענת פלאפון, חובת תשלום התמלוגים למשיבה חלה על "בעל רישיון", וכי מאחר שקיבלה את הרישיון לפעול בשוק הרט"ן רק ביום 7.2.96, לא היתה בעלת רישיון עד למועד זה, ועל כן גם לא ניתן היה לחייבה בתשלום תמלוגים. טענה זו טוב היה לה שלא נטענה משנטענה; יש בה משום חוסר תום לב. ברישיון צוין באופן מפורש כי תחולתו מיום 1.1.94, והעיכוב בחתימה על הרישיון נבע גם מבקשותיה של פלאפון שיתאפשר לה להעביר הערותיה לטיטה - ואכן, הרישיון להענקת שירותי רט"ן נערך לאחר בחינה של השגות החברה ותיקונים שנערכו בטיטה. אם סברה פלאפון כי אין להעניק לה את הרישיון מיום 1.1.94, מדוע לא אמרה דברה; לא זו אף זו, הלכה למעשה נהגה פלאפון כמי שהיא בעלת רישיון, התקשרה בהסכמים עם לקוחות, גבתה מהם תשלום בגין השירות שסיפקה להם, קיימה מערכת שיווק ותחזוקה ועוד. כל אלה יכול שייעשו, כפי שציינה המשיבה, אך מכוחו של רישיון לפי הוראות סעיף 2(ב) לחוק הבזק. משנהגה פלאפון כמי שמחזיקה ברישיון בסמכות וברשות, מנועה היא כעת מטענה אחרת. המערערת פעלה כמי שהרישיון בכיסו, כשהמדובר היה בפיתוח עסקיה ורווחיה, אך בבוא עת תשלום, טענה היא "יתום אני". אין להלום זאת; המדינה היא שאיפשרה לחברה את רווחיה לעת ההיא, וזכאית היא לחלקה שלה.

דמי מנוי חודשיים

מ"ט. אשר לסוגיית דמי המנוי החודשיים, גם בהקשר זה לא מצאתי להתערב בקביעתו של בית המשפט קמא; למען האמת, לא ירדתי לסוף טענתה של המערערת. צו הבזק קובע כאמור בסעיף 1 כי "חובת תשלום התמלוגים בשיעור של 8% תחול השירותים הבאים: (1) התקנת קו רדיו טלפון נייד וחיבורו אל המערכת, והרשות לקבל שירות בזק באמצעות הקו(2) שירות רדיו טלפון נייד- זמן אויר". מלשוננו של הצו עולה בבירור, כי התמלוגים נדרשים הן ביחס לתשלומים הנגבים בעבור זמן אויר והן בעבור הרשות לקבל שירות באמצעות הקו. סעיף 79 לרישיון שכותרתו תמלוגים, קובע במפורש כי דמי המנוי החודשיים הם בגדר הכנסות חייבות:

"בסעיף זה- 'הכנסות חייבות', מחזור הכנסות מכל סוג שהוא, עבור שירות טלפון בסיסי אלחוטי נייד, הנובעות

מחיוכם של המנויים או מפעילי מערכות בזק אחרות
 בעד אלה:
 (א) דמי חיבור חד פעמיים למערכת הרט"ן;
 (ב) דמי מנוי חודשיים;
 (ג) זמן אור.

ולמעט אלה:

(א) הכנסות המועברות לבעל רשיון בזק אחר;
 (ב) חובות אבודים;
 (ג) כל הכנסה אחרת."

דומה איפוא, כי החיוב בעבור דמי מנוי חודשיים עולה מלשון הצו ומלשון הרישיון, וכך אף מורה השכל הישר. דמי המנוי החודשיים שולמו מדי חודש בחודשו בעבור הרשות לקבלת שירות באמצעות הקו, ומדובר ברשות מתחדשת שמקבל הלקוח.

מס או מחיר

נ. ולבסוף - לשאלת המס. כאמור, לטענת המערערת, חובת תשלום התמלוגים מהוה "מס" ולא "מחיר", ועל כן יש לעגנה בחקיקה ראשית, ולא בחקיקת משנה. אכן, המערערת לא הניחה אבן שלא הפכה בטענותיה. ואולם, אף טענה זו אין להלום. מס הוא תשלום חובה המוטל על ידי רשות ציבורית ללא תמורה ישירה או זיקה למשאב ציבורי או שירות הניתנים בעדו לנישום (ע"א 154/83 שופרסל בע"מ נ' איגוד ערים אזור רמת-גן, בני-ברק וגבעתיים, פ"ד לז(4) 403, 407; לא נעלם ממני, כמובן, כי ישנם עניינים המצויים בתחום האפור, ודבר זה נדון בפסיקתו של בית משפט זה למשל באשר להיטלי סלילה; ראו בג"צ 7186/06 מלינובסקי נ' עיריית חולון (לא פורסם), פסקה י"ב; עע"מ 11646/05 מרכז השלטון המקומי נ' משה צרפתי (לא פורסם)). מנגד "מחיר" משקף תשלום שהוא שוה ערך ביסודו לתמורה הניתנת למשלם (ע"א 474/89 קריב נ' רשות השידור, פ"ד מו(3) 374, 377); הוא משקף את שווי השירות או המשאב הציבורי שבגינו הוא מוטל. המדובר בסכום המשתלם באופן רצוני על-ידי צרכן בעבור שירות בשל בחירתו להשתמש באותו שירות; התשלום משמש למימון מלא או חלקי של השירות הניתן (ע"א 1600/08 מקסימדיה פרסום חוצות בע"מ נ' עיריית תל אביב-יפו (לא פורסם), פסקה 21; י' זמיר הסמכות המינהלית (תש"ע) (מה' 2 - כרך א) 255-256). לא מצאתי כי נפלה שגגה בקביעתו של בית המשפט קמא כי אין חובת תשלום התמלוגים מהוה מס, שכן התמלוגים משולמים בעד הזכות לעשות שימוש במשאב ציבורי, משאב רב ערך המקנה למקבל הרישיון את האפשרות לגריפת רווחים משמעותיים. כך גם לא ראיתי להלום את טענת המערערת כי המשאב היחיד הניתן לה הוא תדרי התקשורת

האלחוטית, שבעבורם היא משלמת אגרה (ראו פסקה 35 בבג"ץ 6884/05 חברת סלקום ישראל נ' משרד התקשורת (לא פורסם)); אגרת התדרים איפשרה לה קליטה ושידור, אולם הרישיון לספק שירותי רט"ן איפשר לה למכור שירותי רט"ן לציבור. ועוד, פשיטא, כי משאב ציבורי אינו חייב להיות מוחשי, אלא יכול הוא להיות וירטואלי כל עוד משמעותו כלכלית, קרי, מה שלא יכול היה הזוכה ברישיון לגביו למכור לפני כן, עתה נפתח בפניו השער - ועמו הרווח.

סוף דבר וסיכומו

נ"א. כללם של דברים: נוכח האמור לא נמצא מקום לשנות מפסק-דינו של בית המשפט קמא; אציע לחבריי שלא להיעתר לערעור, ופסק דינו של בית המשפט המחוזי ייוותר איפוא על מכונו. המערערת – חברת פלאפון תישא בתשלום דמי התמלוגים מיום 10.10.94 ועד ליום 7.2.96. כמו כן, תישא המערערת בשכר טרחתם של באי כוח המדינה בסך של 60,000 ש"ח.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

אני מסכים.

הוודאות המשפטית מחייבת כי מועד התפוגה של חקיקה ראשית או חקיקת משנה ייקבע בבירור. תקנות אינן בטלות מעצמן ואין פלוני רשאי להתעלם מהן בטענה כי פקעו מאליהן במועד כלשהו משלא נתמלאו, לדעתו, תנאי החוק המסמיך. כך, לדוגמה, אם ייקבע בחוק המסמיך כי השר רשאי לקבוע בתקנות את שיעור המס שיחול על השכרת דירות "אם נחה דעתו כי קיימת מצוקת דיור", הרי שפלוני לא יהיה רשאי לטעון כי "פג תוקפן" של התקנות מאחר שלשיטתו מצוקת הדיור כבר חלפה. בדומה, כך גם במקרה שבפנינו. סעיף 54(ד) לחוק המסמיך קבע כי השרים רשאים לקבוע בצו חובת תשלום תמלוגים "אם הונחה דעתם כי בשירות האמור אין קיימת תחרות סבירה". המערערת לא הייתה רשאית לעשות דין לעצמה ולהחליט כי פקע תוקפו של הצו מאחר שלדעתה, בשלב מסויים, כבר התקיימה תחרות סבירה, והדברים פשוטים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' רובינשטיין.

ניתן היום, י"ג באב התשע"ב (1.8.2012).

שופט

שופט

שופט