בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"צ 35356-08-15 מנירב ואח' נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ

לפני כבוד השופט רחמים כהן

מבקשים **1. עופר מנירב**
2. דורון קופמן
ע"י ב"כ עוה"ד יוני חרש וגרי גורודצקי

נגד

משיבה **בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ**
ע"י ב"כ עוה"ד טל אייל-בוגר, רועי ורהפטיג, עדי מרציאנו וגליה גיל

פסק דין

בקשה לאישור תובענה ייצוגית שעניינה בטענות, כי חברת "בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ" (להלן - **בזק** או **המשיבה**) היא מונופולין בתחום אספקת שירותי תקשורת בין מייצגי נישומים לפני רשות המסים, בעיקר משרדי רואי חשבון (להלן – **המייצגים**), לבין יחידת שירות עיבודים ממוחשבים (להלן - **שע"מ**) המופעלת על ידי רשות המסים, וכי ניצלה לרעה את כוחה בכך, שהנהיגה אפליית מחירים בין לקוחותיה השונים ובכך, שגבתה מחיר מופרז מלקוחותיה, זאת בניגוד להוראות סעיף 29א(א) וסעיף 29א(ב)(1) לחוק התחרות הכלכלית, תשמ"ח-1988 (להלן – **חוק התחרות**).

רקע – על שע"מ

יחידת שע"מ הוקמה על ידי משרד האוצר והיא כפופה מינהלית לרשות המסים. שע"מ מספקת שירותי מחשוב לרשות המסים, למנהל הכנסות המדינה וללקוחות חוץ, ובכלל כך גם ללקוחות פרטיים כגון רואי חשבון, יועצי מס ועורכי דין, המייצגים את לקוחותיהם בפני רשות המסים לפי סעיף 236 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] (להלן – **פקודת מס הכנסה**).

המערכת מעניקה למייצגים, הנדרשים למידע שוטף מרשות המיסים עבור לקוחותיהם, גישה למאגרי מידע של רשות המיסים ובכך מספקת להם יתרונות רבים: היא מעניקה להם גישה ישירה לנתונים הדיגיטליים המצויים במערכת הממוחשבת של רשות המיסים, חלף הגעה פיזית ללשכות קבלת הקהל של רשות המסים; היא מאפשרת למחוברים אליה לשלוף מידע, לבדוק נתונים ולשגר ישירות דוחות של נישומים למחשב המשיבה; והיא מאפשרת פתיחת תיק במע"מ, הקטנת או הגדלת שיעור המקדמות של הנישום, והנפקת אישורים בדבר ניכוי במקור. המדינה מעודדת את השימוש במערכת, שכן היא חוסכת ממנה משאבי הון אנושי לצורך קבלת דוחות ונתונים נוספים מהנישומים (עע"מ 980/08 **עופר מנירב - רו"ח נ' מדינת ישראל - משרד האוצר**, מיום 06.09.2011).

לשם התחברות לשע"מ על המייצגים להתקשר, בתשלום, עם אחת מהחברות המחזיקות בתשתיות המאפשרות להתחבר מרחוק לשע"מ ואשר מספקות את שירות החיבור האמור.

ת"צ 35356-08-15 מנירב ואח' נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ

נכון למועד הגשת הבקשה רק שתי חברות סיפקו שירות שכזה: המשיבה ו-HOT Business (שם כולל לתאגידים "הוט טלקום שותפות מוגבלת", "הוט מובייל בע"מ", הוט נט שירותי אינטרנט בע"מ" ו"הוט מובייל תקשורת בינלאומית בע"מ", להלן – **הוט**). ביני לביני הצטרפה שחקנית נוספת, היא חברת פלאפון תקשורת בע"מ (להלן – **פלאפון**), הקשורה לחברת בזק.

עיקרי טענות המבקשים

המבקשים הם רואי חשבון במקצועם, אשר כיהנו בעברם גם כנשיאי לשכת רואי חשבון בישראל. ביום 12.11.2017 הגישו המבקשים בקשה מתוקנת לאישור התובענה הייצוגית.

הטענה כי בזק היא מונופולין בשוק הרלוונטי

לטענת המבקשים, בזק הייתה בתקופה הרלוונטית לבקשה (קרי, שבע שנים עובר ליום הגשת הבקשה) מונופולין בשוק אספקת שירותי החיבור מרחוק לשע"מ, שכן החזיקה בנתח שוק של כ-90% מהמייצגים המחוברים למערכת שע"מ. בטענה זו הם נשענים על שניים:

האחד, הכרזה מטעם הממונה על הגבלים עסקיים (כתוארו דאז, וכיום: הממונה על התחרות) מיום 11.12.2000 על בזק כמונופולין בתשתית למתן שירותי גישה בקצב מהיר וההכרזה המעודכנת מיום 10.11.2004 לפיה, בזק מונופולין בשווקים הבאים: אספקת שירותי גישה בקצב מהיר באמצעות רשת הגישה למנוי (בעיקר המנויים עצמם); אספקת שירותי גישה בקצב מהיר באמצעות רשת בזק ציבורית מרכזית (בעיקר ספקי אינטרנט).

השני, מסמך מרשות המסים המרכז את כלל הכספים שנגבו על ידי רשות המסים מהמייצגים בין השנים 2005 עד 2011 (**נספח ט"ז** לבקשה), ממנו המבקשים מסיקים, כי בהינתן שרשות המסים גבתה סך של 984 ש"ח מכל מייצג בכל שנה, ובהינתן שבשנים 2009, 2010 ו-2011 היא גבתה 2,087,704 ש"ח, 2,658,051 ו-3,403,177 בהתאמה, הרי שמספר הלקוחות עמד על 2,122, 2,701, ו-3,459 לקוחות בכל שנה בהתאמה. כמו-כן, להערכתם, מדובר במספר לקוחות גבוה יותר, קרי בין 2,500 לבין 4,000 לשנים אלו, בהתאמה, ובשנת 2012 – 5,000 לקוחות. נתונים אלו, יחד עם מידע שהתקבל מנציג של הוט לפיו, מספר הלקוחות שלה עומד על כ-500 בלבד (**נספח ג'** לבקשה), מובילים למסקנה, כי בזק מחזיקה בנתח שוק של כ-90%.

יצוין, כי נכון ליום 15.04.2018, וכאמור בתעודת עובד הציבור דוד סימן טוב אשר הוגשה על ידי המבקשים, המשיבה החזיקה בנתח שוק של למעלה מ-85% מהמייצגים המחוברים לשע"מ (לבקשת בזק ובהסכמת הצדדים, הנתון המדויק יותר חסוי, להלן – **תעודת עובד הציבור**).

בנוסף, המבקשים הפנו לדבריו של המומחה מטעם המשיבה, מר מנחם פרלמן, הן בחוות דעתו והן בדיון מיום 03.07.2019, לפיהם, אין חולק שבזק היא מונופולין בשוק הרלוונטי. כן ביקשו המבקשים לתמוך טענותיהם בעניין זה בכך, שהמשיבה לא טענה בתשובתה לבקשה המתוקנת, כי בזק אינה מונופולין, זאת להבדיל מדרך הפעולה בה בחרה בתשובה לבקשה המקורית, שם הקדישה פרק שלם לסוגיה זו.

כמו כן, המשיבה נמנעה מלצרף נתונים שיוכלו לסתור את טענת המבקשים, כי במועד הרלוונטי היא הייתה מונופול בשוק שבו עסקינן.

על יסוד האמור, המבקשים טוענים, כי בזק היא מונופולין בשוק הרלוונטי, וכי ניצלה את מעמדה המונופוליסטי לרעה הן בביצוע אפליית מחירים בין המייצגים השונים והן בגביית מחירים מופרזים מחלק מלקוחותיה אלו.

הטענה בדבר אפליה במחירים

המבקשים טוענים, כי המשיבה קובעת מחירים שונים ללקוחות שונים, בניגוד להוראות סעיף 29א(א) לחוק התחרות. לעניין המבקשים עצמם ועילתם האישית, הם טוענים, כי בעוד משיב 1 משלם תשלום חודשי בגובה 134.43 ש"ח, מבקש 2 משלם בגין אותו שירות בדיוק 280 ש"ח. בדומה, המבקשים סבורים, שהם זיהו אפליית מחירים לגבי 26 לקוחות נוספים, ולשם הוכחת טענתם הם צירפו את החשבוניות של לקוחות אלו, בליווי שתי טבלאות – אחת לכל סוג חיבור (IPVPN ו-Remote Access) – עם נתונים בדבר גובה התשלום החודשי ורוחב הפס. לפי הטבלאות, עלות השירות נעה בין 127 ש"ח לחודש ל-355 ש"ח לחיבור של IPVPN (יותר מפי 2.5, או: 170%) ובין 117.23 ש"ח ל-265.94 ש"ח לחיבור של Remote Access.

לשם הנוחות, מצורפות הטבלאות שהוגשו מטעם המבקשים, לאחר מחיקת שמות הלקוחות על מנת לשמור על פרטיותם:

<u>טבלת סוג חיבור IPVPN</u>

מס'	שם	תשלום חודשי ש"ח	סוג החיבור	רוחב הפס	הערות
.1	[נמחק – ר.כ]	127.00 ₪	Ipvpn	1.5/0.300	
.2	[נמחק – ר.כ]	127.00 ₪	Ipvpn	1.5/0.300	
.3	[נמחק – ר.כ]	127.00 ₪	Ipvpn	1.5/0.300	
.4	[נמחק – ר.כ]	189.00 ₪	Ipvpn	1.5/0.300	מחיר הגבוה ב-49% מלקוחות אחרים ברוחב פס זהה
.5	[נמחק – ר.כ]	189.00 ₪	Ipvpn	1.5/0.300	מחיר הגבוה ב-49% מלקוחות אחרים ברוחב פס זהה
.6	[נמחק – ר.כ]	158.00 ₪	Ipvpn	2/0.400	
.7	[נמחק – ר.כ]	191.00 ₪	Ipvpn	2/0.400	מחיר גבוה מהמחיר אותו משלם [מס' 6] ב-20%
.8	[נמחק – ר.כ]	191.00 ₪	Ipvpn	2/0.400	מחיר גבוה מהמחיר אותו משלם [מס' 6] ב-20%
.9	[נמחק – ר.כ]	191.00 ₪	Ipvpn	2/0.400	מחיר גבוה מהמחיר אותו משלם [מס' 6] ב-20%

.10	[נמחק – ר.כ]	₪ 280.00	Ipvpn	2/0.400	מחיר גבוה מהמחיר אותו משלם [מס' 6] ב-77%
.11	[נמחק – ר.כ]	₪ 280.00	Ipvpn	2/0.400	מחיר גבוה מהמחיר אותו משלם [מס' 6] ב-77%
.12	[נמחק – ר.כ]	₪ 197.00	Ipvpn	3/0.600	
.13	[נמחק – ר.כ]	₪ 349.00	Ipvpn	3/0.600	מחיר גבוה מהמחיר אותו משלם [מס' 12] ב-77%
.14	[נמחק – ר.כ]	₪ 349.00	Ipvpn	3/0.600	מחיר גבוה מהמחיר אותו משלם [מס' 12] ב-77%
.15	[נמחק – ר.כ]	₪ 317.00	Ipvpn	5/0.500	
.16	[נמחק – ר.כ]	₪ 355.00	Ipvpn	5/0.500	
.17	[נמחק – ר.כ]	₪ 355.00	Ipvpn	5/0.500	

<u>טבלת סוג חיבור Remote Access</u>

מס'	שם	תשלום חודשי ש"ח	רוחב הפס	תשלום עבור קישורית	תשלום עבור שירות אינטרנט
.1	[נמחק – ר.כ]	₪ 192.23	שירות 5 מ"ב T5 חיוב לפי זמן	₪ 24.57	₪ 84.66
.2	[נמחק – ר.כ]	₪ 117.35	שירות 5 מ"ב T5 קישורית 0.75 מ"ב	₪ 58.02	₪ 59.33
.3	[נמחק – ר.כ]	₪ 138.34	שירות 15 מ"ב T15 קישורית 1.5 מ"ב	₪ 65.26	₪ 69.17
.4	[נמחק – ר.כ]	₪ 153.06	שירות 15 מ"ב T15 קישורית 1.5 מ"ב	₪ 83.89	₪ 69.17
.5	[נמחק – ר.כ]	₪ 169.66	שירות 5 מ"ב T5 קישורית 2.5 מ"ב	₪ 85	₪ 84.66
.6	[נמחק – ר.כ]	₪ 169.66	שירות 15 מ"ב T15 קישורית 2.5 מ"ב	₪ 85	₪ 84.66
.7	[נמחק – ר.כ]	₪ 134.43	שירות 5 מ"ב T5 קישורית 1.5 מ"ב	₪ 65.26	₪ 69.17
.8	[נמחק – ר.כ]	₪ 165.94	שירות 5 מ"ב T5 קישורית 2.5 מ"ב	₪ 99	₪ 66.94
.9	[נמחק – ר.כ]	₪ 265.94	שירות 5 מ"ב T5 קישורית 5 מ"ב	₪ 199	₪ 65.94

לעניין הטבלה השנייה טוענים המבקשים, כי לקוח 1 ולקוח 2 משלמים על אותו שירות, מחירים בפער של 41.5% (59.33 ש"ח) מדי חודש ; כי לקוח 3 ולקוח 4 משלמים על אותו שירות בדיוק מחירים בפער של 28.5% (83.89 ש"ח) ; שלקוח 5 ולקוח 6 משלמים את אותו מחיר בדיוק על שירותים שונים, האחד 5 מ"ב והשני 15 מ"ב.

לשיטת המבקשים, הגבלת מהירות הגלישה וקצב העברת הנתונים מתבצעת על יסוד שיקולי תמחור בלבד, וללא מגבלה אמיתית הנובעת מכושר הנשיאה של תשתית בזק, וזאת במיוחד בהינתן העובדה, שמהירויות הגלישה של הציבור הרחב הן גבוהות הרבה יותר (12 מ"ב ועד 100 מ"ב). לעניין זה טוענים המבקשים, כי המשיבה לא סתרה את טענות פרופ' יורם עדן, המומחה מטעמם, מהדיון מיום 01.07.2019, לפיהן, מדובר בשוק קטן כך שהרשת הקיימת תוכל לתמוך בכל קצב שקיים, בהינתן ששע"מ מגבילה את מהירות הגלישה ל-4 מ"ב בלבד.

זאת ועוד, המבקשים טוענים, כי המשיבה הפחיתה מיוזמתה מחירים לחלק מהלקוחות, אם במקביל לשדרוג רוחב הפס, אם לאו. כך פעלה המשיבה גם בעניינו של מבקש 2, לאחר הגשת הבקשה המקורית לאישור, כאשר הפחיתה את עלות השירות הניתן לו (לאחר שסירב להצעתה להפחית במחיר אותו הוא משלם בכפוף להתחייבות לשלוש שנים), מסך של 280 ש"ח לסך של 155 ש"ח בלבד. מכך ניתן ללמוד, לטענתם, כי בזק מודעת למחירים הגבוהים ופועלת להפחית לחלק מהלקוחות וחזקה עליה, שהיא יכולה לפעול כך באשר לכלל הלקוחות. כאשר המבקשים פנו לנציג מטעם בזק, מר עמנואל ורדי (להלן – **ורדי**), אמר, שהמחיר נקבע על פי רוחב הפס והמחיר אחיד, אולם המשיבה "הסתירה" אותו ונמנעה מלהביאו לעדות.

בנוסף נטען, כי המשיבה לא סיפקה כל נתון שיסתור את טענות המבקשים, ובכלל כך לא מסרה מידע רלוונטי בדבר הלקוחות המופיעים בטבלאות, ואף לא העבירה למומחה מטעמה כל נתון רלוונטי על מנת שיוכל לחוות דעתו על טענות המבקשים בעניין זה. זאת ועוד, לשיטתם, העובדה, שמדובר במונופול המספק שירות חיוני עבור ציבור המייצגים, שירות בעל אופי ציבורי-ממשלתי, אינה מאפשרת למייצגים "לאיים" על החברה שיתנתקו משירותיה אם לא ייקבעו להם מחירים נמוכים יותר, טענה שהועלתה בדיון מיום 01.07.2019 על ידי המומחה מטעמם, פרופ' עדן, וזו לא נסתרה בחקירה הנגדית.

לכן, לסיכום עילה זו המבקשים טוענים, כי "**המשיבה מבצעת אפליית מחירים קיצונית בין לקוחותיה השונים, ללא כל הצדקה וכאשר השירות אשר ניתן להם, ועבורו גובה המשיבה מחירים שונים, הינו אותו שירות בדיוק**" (הדגשה במקור).

הטענה בדבר גביית מחיר מופרז

טענה זו נשענת על שלושה אדנים, המהווים יישום של מבחן ההשוואה הקבוע בדין:

הראשון, יסודו בהשוואה בין תשלומי המייצגים השונים, כפי שבאה לידי ביטוי בטבלאות דלעיל;

השני, השוואה למחירים אותם משלם הציבור הרחב עבור מהירויות גלישה גבוהות יותר באינטרנט "הרגיל", אשר לרוחב פס של 15 מ"ב משלמים 147 ש"ח (לאחר תום תקופת ההנחה בת ה-36 חודשים), בעוד בעבור רוחב פס דומה לשע"מ משלם המבקש 2 סך של 280 ש"ח, הפרש של 90% בין המחירים, וכאשר ישנם מייצגים המשלמים מחירים גבוהים יותר, העולים כדי שיעור של 130% מעל לעלות האינטרנט עבור הציבור הכללי;

השלישי, השוואה למחירי המתחרה של בזק בחיבור לשע"מ, היא הוט. לטענת המבקשים, מבדיקה שערכו ביום 04.08.2015, ניתן להתחבר לשירות זהה בהוט במחירים הנעים בין 86 ש"ח (עבור רוחב פס של 12 מ"ב) ל-97 ש"ח (עבור רוחב פס של 100 מ"ב) (**נספח י"ב** לבקשה), קרי הפרש של למעלה מ-200% בין מחיריה של חברת הוט למחיר שגובה המשיבה ממבקש 2. לטענתם, אף אם המשיבה תדרוש לכלול בחישוב את מחיר עלות הנתב (1,764 ₪, המתחלק ל-24 תשלומים חודשיים שווים), המחיר יעמוד על 170.5 ש"ח, מחיר הנמוך מהתעריף החודשי של למעלה ממחצית מהמייצגים שנדגמו ונמוך ב-184.5 ש"ח מהמחיר הגבוה ביותר שנדגם, פער של 50% בין מחירי חברת הוט למחיר הגבוה של המשיבה. זאת, כאשר רוחב הפס של הוט גבוה בהרבה מרוחב הפס של המשיבה.

המבקשים טוענים, כי נוכח האמור, וכן בהתאם לחוות דעת המומחה, פרופסור יורם עדן (להלן – **חוות דעת עדן**) אשר צורפה לבקשה מטעמם, בזק גובה מחיר מופרז מציבור המייצגים, ולמצער מחלקו, זאת לפי סעיפים 29א(א) ו-29א(ב)(1) לחוק התחרות.

טענות נוספות

עוד טוענים המבקשים, כי המשיבה קיימה משא ומתן לכריתת הסכם בינה לבין לקוחותיה בחוסר תום לב, משום שניצלה את פערי הכוחות ביניהם ולא יידעה אותם, כי ניתן לקבל את אותו השירות במחיר מוזל; וכן קיימה בחוסר תום לב את ההסכם שנכרת בין הצדדים, מחמת שהפלתה בין לקוחותיה וגבתה מהם מחירים שונים. כל אלו, לטענת המבקשים, חמורים ביתר שאת נוכח הנורמות המיוחדות החלות על מונופולין, המחייבות אותו לפעול בהוגנות, בשקיפות ובהימנעות מיצירת פערי מחירים "אדירים", כלשונם, בין לקוח אחד למשנהו.

נוסף על כך, המשיבה גרפה לכיסה רווחים עצומים בסך של עשרות מיליוני ש"ח על חשבון המייצגים, בחוסר תום לב, ועשתה עושר ולא במשפט, באופן המחייבה להשיב את הכספים.

המשיבה הפרה חובות חקוקות הקבועות בחוק התחרות ובחוק החוזים, ובכך גרמה נזק ללקוחותיה, בניגוד לסעיף 63 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן – **פקודת הנזיקין**).

המבקשים טוענים, כי לקבוצה הייצוגית נגרם נזק בסך של כ-43,152,000 ש"ח, כאשר החישוב מבוסס על הסכום הממוצע שגבתה המשיבה מלקוחותיה, הוא 210 ש"ח, פחות המחיר שגובה הוט, הוא 86 ש"ח, קרי 124 ש"ח, כפול מספר החודשים, כפול מספר השנים וכפול מספר המייצגים המוערכים בכל שנה החל משנת 2009 עד לשנת 2015.

עיקרי טענות המשיבה

לעניין טענת האפליה במחירים המשיבה טוענת, כי המבקשים התעלמו מהעובדה, שיש הבדלים רלוונטיים בין השירותים שמקבלים לקוחות שונים, הנובעים מהמועד בו נרכש השירות או שבו נבחר מסלול חדש; הימצאות הלקוחות בנקודות זמן שונות במסלול, מקום בו המחירים משתנים עם חלוף הזמן; התקשרות בתקופת התחייבות לבין התקשרות ללא התחייבות; סוג החיבור (IPVPN או Remote Access) וכיוצא בזאת.

הבדלים אלו מעניקים ערך שונה ולכן מצדיקים תמחור שונה. הציפייה, כי המחירים יהיו זהים מנותקת מהמציאות ובלתי הגיונית, והקונספציה לפיה, שונות במחירים אסורה היא שגויה. המבקשים לא הציגו ולו מקרה בודד, שבו הוצעו לשני לקוחות של בזק מחירים שונים עבור אותו שירות באותה נקודת זמן, זאת משום, שלטענת בזק, היא אינה נוהגת כך. לכן, התשתית העובדתית עליה נשענים המבקשים אינה מוכיחה התנהגות פסולה של בזק. בנוסף, טענת המבקשים לא נתמכת בחוות דעת מומחה, שכן זו שהוגשה עוסקת רק בעילת המחיר המופרז.

זאת ועוד, המשיבה טוענת, כי העילה של אפליית מחירים אסורה מקורה בסעיף 29א(3)(ב) לחוק התחרות ולא לסעיף הכללי של 29א(א) לחוק האמור, כטענת המבקשים. לכן, העילה תתקיים רק מקום בו האפליה מעניקה ללקוחות מסוימים יתרון תחרותי בלתי הוגן על פני לקוחות אחרים, דבר שלא מתקיים ולא הוכח שמתקיים בענייננו, בהינתן שמדובר בהבדל מזערי של עשרות שקלים בלבד.

לעניין טענת המחיר המופרז, בזק טוענת, כי עילה זו שנויה במחלוקת בדין הישראלי, וכי יש להפעילה רק במקרים יוצאי דופן וחריגים במיוחד, שעניין זה אינו נמנה עליהם. אשר להשוואה ללקוחות אחרים של בזק המחוברים לשע"מ, קיימים כאמור הבדלים משמעותיים המצדיקים מחירים שונים; אשר להשוואה למחירי הוט, עולה, כי דווקא מחיריה של הוט (כ-215 ₪ לחודש) יקרים יותר ממחיריה של בזק, זאת אף לשיטתו של המומחה מטעם המבקשים, ובכל מקרה לא היו מספיק נתונים שיאפשרו עריכת השוואה מושכלת כך, שהמבקשים לא צלחו בניסיונם להוכיח שנגרם לקבוצה נזק, שכן הוא אפסי ואף שלילי, קרי, הפער במחירים הוא דווקא לטובת הלקוחות. הדבר אף עולה מכך, שמרבית מהלקוחות שהציגו המבקשים שילמו מחיר נמוך יותר בבזק מאשר המחיר של הוט, וגם המחיר שמשלם מבקש 1 מהווה דוגמה לכך.

יתרה מזאת, בפני הלקוחות עמדו חלופות רבות לקבלת השירות החיוני, בין אם בתוך בזק ובין אם מחוצה לה (הוט, ובהמשך חברת פלאפון). אולם, הלקוחות בחרו מבחירתם החופשית להתקשר עם בזק ובתעריף הגבוה ביותר שהיא מציעה.

לכן, בהינתן שמצויה בידי הלקוחות ברירה ממשית בין אלטרנטיבות שונות ומגוונות, לא ניתן לקבל את הטענה, כי מדובר במחיר מופרז, שכן זו, בבסיסה, אינה יכולה להתקיים בענייננו.

כן טוענת המשיבה, כי המבקשים כלל לא נשענים על חוות דעתו של המומחה מטעמם בטיעוניה בעניין המחיר המופרז וכי דומה, כי זו הוגשה רק על מנת שיוכלו לטעון, כי בקשת האישור נתמכת בחוות דעת.

עוד בעניין חוות הדעת האמורה, בזק טענה ארוכות, כי זו אינה יכולה להיחשב חוות דעת מומחה לשם תמיכה בבקשת האישור, משום שהמומחה אינו מיישם את המבחנים הרלוונטיים שנקבעו בפסיקה ובספרות ההגבל-עסקית וכי אין לו היכרות כנדרש עם המטריה הרלוונטית, שכן הוא אמנם כלכלן אך אינו מומחה בתחום ההגבלים העסקיים.

דיון

בקשה לאישור תובענה ייצוגית היא הליך בו בית משפט מכריע בשאלה, האם יש לדון בתובענה שהובאה לפתחו בדרך של תובענה ייצוגית. לשם כך, על בית המשפט לבחון, האם מתקיימים התנאים הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006, להלן - **חוק תובענות ייצוגיות**).

סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות קובע, שלא תוגש תובענה ייצוגית אלא "**בתביעה כמפורט בתוספת השניה או בענין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית**". הפרט הרלוונטי לענייננו, לשיטת המבקשים, הוא פרט 1 לתוספת השניה: "**תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו**", כאשר ההגדרה של "עוסק" לפי חוק הגנת הצרכן היא: "**מי שמוכר נכס או נותן שירות דרך עיסוק, כולל יצרן**". אין חולק, כי תנאי זה מתקיים. יצוין, כי גם פרט 4 לתוספת השניה, המתיר הגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית בגין "**תביעה בעילה לפי חוק התחרות הכלכלית**", מתאים לבקשה זו.

סעיף 4(א) לחוק תובענות ייצוגיות קובע, שאדם רשאי להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית בשם קבוצה, אם עומדת לו עילת תביעה המעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עם קבוצת בני אדם. עיקר הסעיף עניינו בחינת קיומה של **עילת תביעה אישית** של המבקש. סעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות מוסיף וקובע, שבית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית אם יש אפשרות סבירה שהשאלות המהותיות המשותפות לכלל חברי הקבוצה יוכרעו לטובת הקבוצה.

בשלב בקשת האישור, המבקש אינו נדרש להוכיח את מלוא טענותיו לגופן ודי בכך שלכאורה יש בהן ממש. אולם, על המבקש לעמוד בנטל ראייתי מסוים ואין די בהעלאת האפשרות גרידא, כי התובענה הייצוגית תוכרע לטובת הקבוצה המיוצגת. לצורך כך, על המבקש להציג בטיעונים ובראיות בסיס ממשי – עובדתי ומשפטי – התומך בתובענה הייצוגית והמקים אפשרות סבירה לכך, שתתקבל (רע"א 3138/17 **חברת דואר ישראל בע"מ** נ' **אבו אל היג'א**, פסקה 8, מיום 08.08.2017).

בנסיבות דנן קיימים פערי מידע בין המבקשים לבין המשיבה, כאשר המידע המצוי בידי המשיבה עשוי היה לשפוך אור חד משמעי, או קרוב לכך, באשר לעלויות המוצר והרווחיות שלה ובידי המבקשים אין מידע מבוסס המציג את התמונה המלאה. המשיבה, מצידה, לא סיפקה נתוני אמת ובחרה אך לנסות ולהפריך את האינדיקציות שסיפקו המבקשים. משכך, רף ההוכחה הנדרש בבקשת האישור יהא מקל ולא גבוה, והוא ייבחן לפי הנתונים הגלויים לבדם, כאשר נתוני האמת ייבחנו בתובענה גופה, לו הבקשה תאושר (ת"צ 6179-08-16 **גפניאל** נ' **החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ**, בפסקאות 15-22, מיום 16.01.2019, להלן – **עניין גפניאל**; ת"צ (מרכז) 36098-05-16 **צדוק** נ' **שטראוס גרופ בע"מ**, בפסקאות 46-48, מיום 16.01.2019, להלן – **עניין צדוק**).

בחינת טענות המבקשים בעילות הנטענות היא בחינה דו-שלבית: בשלב הראשון יש לבחון את תנאי הסף, קרי, האם המשיבה היא בעלת מונופולין כהגדרת חוק התחרות; ככל שהתשובה חיובית, פונים לשלב השני לפיו, יש לבחון האם בעל המונופולין ניצל לרעה את מעמדו בשוק לצורך פגיעה בציבור (**עניין צדוק**, פסקאות 30-31).

בענייננו, תנאי הסף מתקיים לכאורה; אולם, לעניין השלב השני מצאתי, כי המבקשים לא עמדו בנטל ההוכחה, אף זה המקל, משום שלא הניחו אינדיקציות מספקות המצביעות על האפשרות, כי בזק אכן ניצלה את כוחה לרעה, לא לעניין אפליית המחירים ולא לעניין גביית מחיר מופרז מלקוחותיה. לא ניתן לאשר את בקשת האישור, שכן הגעתי למסקנה, כי המבקשים לא הוכיחו ברף ההוכחה הנדרש את התקיימותן של העילות הנטענות ואין אפשרות סבירה, שהשאלות המהותיות המשותפות לכלל חברי הקבוצה תוכרענה לטובת הקבוצה, כנדרש על פי סעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות.

בזק כמונופולין בשוק הרלוונטי

סעיף 26(א) לחוק התחרות, כנוסחו עת הוגשה הבקשה דנן, קבע, כי בעל מונופולין הוא מי שמחזיק ב"**ריכוז של יותר ממחצית מכלל אספקת נכסים או מכלל רכישתם, או של יותר ממחצית מכלל מתן שירותים, או מכלל רכישתם**". במילים אחרות, עוסק המחזיק ביותר מ-50% מנתח השוק ייכנס תחת הגדרת החוק כמונופולין. סעיף זה תוקן ביום 01.01.2019 על ידי תיקון מס' 21 לחוק התחרות, אולם זה אינו משפיע על התוצאה דכאן, שכן הנוסח הקודם מצא את מקומו במסגרת סעיף 26(א)(2) לגרסתו הנוכחית של החוק.

למקרא טענות הצדדים נמצא, כי המבקשים הניחו תשתית מספקת להוכחת טענתם לפיה, המשיבה היא מונופולין בשוק העברת נתוני תקשורת בין מייצגים לפי סעיף 236 לפקודת מס הכנסה לבין רשות המסים, קרי למערכת המכונה בפי כל "שע"מ" (להלן – **השוק**).

מסקנה זו נשענת על מספר אדנים:

ראשית, טענה זו נטענה על ידי המבקשים בבקשת האישור המקורית ובבקשת האישור המתוקנת, אולם המשיבה בחרה להשיב לה רק בגדרי התשובה לבקשה המקורית, כך שעולה בבירור מתשובתה לבקשת האישור המתוקנת, כי זנחה את ניסיונה לסתור טענה זו. משהוגשה הבקשה המתוקנת, היא זו העומדת לבירור ואין די בכך, שבזק טענה את טענותיה בתשובתה המקורית כדי לקבל את טענותיה (ראו דברי ב"כ המשיבה בפרוטוקול הדיון מיום 01.07.2019, עמ' 43, ש' 9: "**אנחנו בבקשה המתוקנת, אין משהו לא מתוקן**").

המשיבה טענה בסיכומיה, כי התייחסה לסוגיה זו (פסקה 430 לסיכומים). אולם, הפניותיה שם למספר סעיפים מתשובתה לבקשה המתוקנת, אשר נטען בהם – בשפה רפה ובאופן עקיף – כי בזק אינה מונופולין, אינן עולות כדי מתן מענה ממשי לטענה זו ולא ניתן לראות באמור בסעיפים אלו כמבססים בדרך כלשהי את עמדתה. על פניו, די בכך כדי לקבל את טענות המבקשים בעניין דנן, אולם סבורני, שלא אעשה מלאכתי נאמנה אם לא אפרט את מלוא הנימוקים בסוגיה זו.

שנית, שירות העברת הנתונים בין המייצגים לשע"מ, למצער בעניין השירות של IPVPN, עומד בהגדרה של "אספקת שירותי גישה בקצב מהיר באמצעות רשת הגישה למנוי" וכן של "אספקת שירותי גישה בקצב מהיר באמצעות רשת בזק ציבורית מרכזית", שני שירותים אשר בהם בזק הוכרזה כמונופולין על ידי הממונה על הגבלים עסקיים (כשמו דאז) ביום 10.11.2004.

הכרזה זו מהווה ראייה לכאורה בכל הליך משפטי, לפי סעיף 26(א1) יחד עם סעיף 43(ה) לחוק התחרות, ובזק לא הביאה כל ראיה להפריכה, ועל כן לפחות לשלב זה של בקשת האישור, מדובר בראיה מספקת להוכחת טענה זו.

שלישית, תעודת עובד הציבור קובעת, כי נכון ליום 15.04.2018, בזק החזיקה בנתח שוק של למעלה מ-85% משוק החיבור לשע"מ, שהוא נתח שוק משמעותי ביותר.

אכן, צודקת המשיבה, כי הנתונים מתארים את המצב ששרר מספר שנים לאחר התקופה הרלוונטית לתובענה דנן, אולם סבורני, כי ניתן לסמוך על נתונים אלו, ולו לשלב מקדמי זה של ההליך, על מנת ללמוד, כי נתח השוק של המשיבה היה גבוה גם בתקופה הרלוונטית, ובמיוחד לנוכח העובדה, כי המשיבה מיאנה להביא כל נתון אחר כדי לסתור הנחה זו.

ורביעית, מר פרלמן, המומחה מטעם בזק, אישר, כי השירות שבו עסקינן חוסה תחת השירות שבו בזק מוגדרת כמונופול. ובלשונו:

> "**ת: <u>אני לא חולק על זה שבזק היא בעלת מונופולין. בזק היא בעלת מונופולין באספקת שירותי העברת נתונים. אין על כך מחלוקת.</u>**
>
> **ש: ובשירות הספציפי שאנחנו עוסקים בו?**
>
> **ת: <u>אני לא יודע מה זה השוק הספציפי שאנחנו עוסקים בו. אין ספק שהמוצר שמדובר פה הוא מוצר שנמצא תחת המונופולין של בזק. לא הגדרתי את השוק. אני לא חולק על כך שבזק היא בעלת מונופולין</u>**".

[עמ' 261 לפרוטוקול מיום 3.7.2019, הדגשות הוספו]

כל אלו, יחד ולחוד, מובילים למסקנה, כי בזק היא מונופולין בשוק הרלוונטי.

אפליית מחירים

סעיף 29א(א) לחוק התחרות קובע איסור כללי אשר חל על בעל מונופולין, כך:

> "**29א. (א) בעל מונופולין לא ינצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור**".

המבקשים נשענים על סעיף זה וטוענים, כי בזק מנהיגה אפליית מחירים בין לקוחותיה וכי אפליה זו אסורה מכוח לשונו הרחבה של סעיף 29א(א) לחוק התחרות.

המשיבה טוענת, מנגד, כי סעיף אחר בחוק התחרות עוסק באיסור אפליית מחירים, הוא סעיף 29א(ב)(3) לחוק התחרות לפיו, האיסור חל רק מקום בו קביעת תנאי ההתקשרות השונים לעסקאות

דומות "**עשויים להעניק ללקוחות או לספקים מסויימים יתרון בלתי הוגן כלפי המתחרים בהם**". נסיבה שאינה מתקיימת בענייננו. לכן, בהינתן שיש איסור ספציפי, לא ניתן להיעתר לבקשת המבקשים לקרוא איסור כאמור לתוך הסעיף הכללי.

לא מצאתי שיש להכריע במחלוקת זו מהטעם, שהמבקשים לא הוכיחו, כי אכן בזק מנהיגה אפליית מחירים בין **עסקאות דומות**. רכיב שאמנם ניזכר במפורש רק בסעיף הספציפי, אולם בוודאי, שהוא רלוונטי גם לבחינת הטענה לפי הסעיף הכללי.

בחינת הראיות שהגישו המבקשים, ואופן הצגתן בפני בית המשפט, מלמדים, כי המבקשים נמנעו מלמסור לבית המשפט את התמונה המלאה. על אף שהמשיבה התריעה, כי הדבר מתבקש (פסקאות 350-355 לתשובה לבקשת האישור). דומה, כי המבקשים מיאנו לתקן את "הכשל" בטיעונם. המבקשים גורסים, כי השירות שמספקת בזק ללקוחותיה הוא אותו שירות בדיוק (פסקאות 23 ו-59 לבקשת האישור), כאשר אין כך הדבר. אכן, השירות שבו עסקינן הוא, בהגדרה רחבה, "העברת נתונים בקצב מהיר מהלקוח לשע"מ". אולם, לא ניתן להתעלם, כפי שעשו המבקשים, מהבדלים אובייקטיביים ורלוונטיים בין סוגי השירות השונים, שעשויים להצדיק מחיר שונה, ובוודאי שאין מדובר ב"עסקאות דומות". כך, בין היתר, יש לתת משקל לנתונים כמו מועד ההתקשרות, סוג החיבור לשירות, רוחב הפס (הקובע את מגבלת מהירות הגלישה), האם רוחב הפס מובטח אם לאו, והאם הלקוח מצוי תחת תקופת התחייבות.

בחינת הנתונים שמסרו המבקשים מלמדת, כי לא נתנו דעתם להבדלים אלו. יתרה מכך, המבקשים לא פעלו להגשת נתונים נוספים כדי לתמוך בטענתם, לאחר שהמשיבה "תפסה אותם בקלקלתם". כך למשל, המבקשים לא פנו ללקוחות, שאת פרטי ההתקשרות שלהם הם צירפו לבקשה לאישור, כדי לקבל מידע נוסף בדבר התקשרותם, ובכלל כך המועד בו נוצרה ההתקשרות עם בזק; לא הגישו בקשה לגילוי מידע ומסמכים למשיבה; לא הגישו בקשה למסירת שאלון למשיבה; ולא זימנו עדים כגון מר ורדי או נציג מחברת הוט; כל זאת באופן אשר היה מסייע בידם לחשוף מידע נוסף, שאולי היה תומך בטענותיהם. לכן, לא נותר אלא לבחון את המידע שהוגש על ידי המבקשים, ולבחון האם הוא מוכיח, ולו לכאורה, את טענותיהם.

לאחר בחינת החשבוניות שהמבקשים צירפו לבקשת האישור עולה המסקנה, כי המבקשים לא הוכיחו, כי בזק ביצעה אפליית מחירים אסורה. לשם הנוחות, יוצגו הנתונים בשתי טבלאות:

הטבלה הראשונה מסכמת את החשבוניות של הלקוחות בסוג השירות של IPVPN (**נספח ו'** לבקשה), והיא מקבצת תחת אותה רובריקה לקוחות ברוחבי פס זהים, כאשר הרובריקות השונות מסודרות לפי רוחב הפס בסדר עולה. יובהר: המספרים הסידוריים של הלקוחות המופיעים בטבלה זו תואמים את המספרים הסידוריים של הלקוחות בטבלה שהציגו המבקשים. כן מפורט בטבלה תאריך החשבונית, שניתן להיעזר בו כדי ללמוד על מועד מוערך של התקשרות הלקוח עם בזק, וכן "מחיר עד תאריך", כלשון החשבונית, המצביע על התקשרות המלווה בהתחייבות לתקופה מסוימת, של שנתיים או שלוש שנים (פרוטוקול מיום 3.7.2019, עמ' 228, ש' 2-6; עמ' 220, ש' 21-25).

<u>הטבלה הראשונה: לקוחות בסוג חיבור IPVPN</u>

מס' לקוח	רוחב פס	תאריך החשבונית	מחיר עד תאריך	תעריף חודשי	מחיר לפני הנחה
1	1.5/0.3	04/03/2015	22/03/2016	127	167
2	1.5/0.3	28/04/2015	30/07/2016	127	167
3	3/0.5	02/12/2015	15/10/2018	127	155
4	1.5/0.3	28/06/2015		189	
5	1.5/0.3	22/12/2014		189	
6	2/0.4	28/02/2015	21/05/2015	158	280
7	2/0.4	16/01/2015	27/05/2016	191	246
8	2/0.4	04/05/2015	18/10/2016	191	246
9	2/0.4	22/06/2015	01/03/2017	191	246
10	2/0.4	22/02/2015		280	
11	2/0.4	02/02/2015		280	
12	3/0.6	07/04/2015	14/06/2015	197	349
13	3/0.6	04/02/2015		349	
14	3/0.6	04/03/2016		349	
15	5/0.8	19/03/2014		317	520
16	5/0.8	07/06/2014		355	457
17	5/0.8	19/02/2016	29/06/2016	355	457

טרם בחינת הנתונים יצוין, כי נלקחו בחשבון שני הסייגים הבאים: האחד, בחשבונית של לקוח מס' 3 כתוב כי הוא מחובר ברוחב פס של 3/0.5, אולם ככל שהבנתי משגת, אין בנמצא רוחב פס כזה, והכוונה היא ככל הנראה לרוחב פס של 1.5/0.3 ולכן אתייחס אליו ככזה. השני, בחשבוניות של לקוחות 15-16 לא מצוין, כי הם מצויים במשטר של התחייבות לבזק, אולם כן מצוין מחיר לפני הנחה ומחיר לאחר הנחה, ומכך נלמד, כי מדובר בתקופת התחייבות. מסקנה זו מתחזקת נוכח העובדה, כי החשבוניות של שני לקוחות אלו הן מהמועד המוקדם יותר מבין כלל החשבוניות, קרי תחילת-אמצע שנת 2014, כך שככל הנראה באותה העת לא נהוג היה לכתוב את מועד סיום ההתחייבות.

עיון בטבלה מגלה, שאין בנתונים שהגישו המבקשים כדי לתמוך בטיעונם. עינינו הרואות, בכל רוחב פס ישנה הבחנה ברורה בין לקוח אשר בחר במסלול התחייבות לבין לקוח שבחר במסלול ללא התחייבות; וכן, שככל שהזמן חלף, מחירי המסלולים פחתו באותו רוחב פס. לקוחות 12-14, ברוחב פס 3/0.6 הם ביטוי מובהק של מסקנה זו. בדומה, בפס רוחב 1.5/0.3, ניתן לראות, כי הלקוחות שבחרו במסלול התחייבות, משלמים כולם 127 ש"ח, בעוד לקוחות במסלול ללא התחייבות, משלמים 189 ש"ח.

אכן, אין חולק, כי המחיר לפני הנחה אינו עומד על 189 ש"ח, כמצופה, אולם בהינתן תאריך החשבונית (ובמיוחד לגבי לקוח מס' 5), ניתן להניח, שמדובר בלקוחות שהתקשרו לקבלת השירות במועד מוקדם יחסית, כך שהמחיר היה גבוה יותר.

דברים דומים ניתן ללמוד מעיון בנתונים של לקוחות 6-11, ברוחב פס של 2/0.4, מהם עולה, שהמחיר עבור לקוחות שהתקשרו בשלב מוקדם, הם לקוחות 6, 10 ו-11 (לעניין סעיף 6, ניתן ללמוד זאת מהמועד בו מסתיימת ההתחייבות, הוא מאי 2015), עמד על 280 ש"ח, ובהמשך, ללקוחות מאוחרים יותר, המחיר לפני הנחה עומד על 246 ש"ח. כך עולה, כי לקוחות במסלול התחייבות משלמים פחות מלקוחות במסלול ללא התחייבות.

דומים הדברים גם בעניין לקוחות 15-17, אשר כולם תחת מסלול של התחייבות, כאשר המחיר לפני הנחה אכן פוחת עם חלוף הזמן (אף אם מדובר בפרק זמן קצר בין לקוח 15 ולקוח 16). אכן, המחיר המשולם אינו זהה בין לקוח 15 ולקוחות 16-17, אולם ייתכן, כי לקוח 15 מצוי בתקופת התחייבות ארוכה יותר, של שלוש שנים, בעוד התחייבות האחרונים היא בת שנתיים בלבד. הנחה סבירה, שהמבקשים לא הביאו כל נתון על מנת לנסות ולסתור אותה, כמו גם לשפוך אור על נסיבות ההתקשרות של לקוחות אלו.

מהניתוח האמור עולה, שלקוחות מוכנים לשלם יותר עבור גלישה ברוחב פס גבוה יותר, ומנגד אנשים מוכנים להתפשר על החופש להתקשר עם חברות מתחרות על ידי הסכמה להתחייבות תמורת תשלום במחיר נמוך יותר בעבור השירות. אכן, כטענת המבקשים, תמחור זה עלול לגרור עימו מצב שבו לקוח ברוחב פס נמוך במסלול ללא התחייבות משלם יותר מלקוח הנהנה מרוחב פס גבוה יותר במסלול עם התחייבות, אולם לא מצאתי, כי יש בכך פגם, אלא אך ביטוי להעדפות שונות של לקוחות שונים. מסקנה זו גם מתחזקת בהינתן, כאמור להלן, שאין מדובר במחיר מופרז באופן משמעותי (גם לא ברוחב הפס הגבוה ביותר), כזה אשר מטיל מעמסה קשה על קבוצת המייצגים, כך, שהמעוניין ליהנות מרוחב פס גבוה יותר יכול לשלם יותר ולקבל את מבוקשו.

כעת ייבחנו הנתונים בדבר החיבור של Remote Access. יצוין, כי על אף ששני החיבורים נכנסים תחת ההגדרה של השירות בו עסקינן, הרי שקיים הבדל של ממש בין התחברות בדרך של IPVPN לבין התחברות בדרך של Remote Access. לדבריו של המצהיר מטעם המשיבה, מר ערן חובשי, בעוד שחיבור של Remote Access "רוכב" על גבי המרשתת של הציבור הרחב, חיבור של IPVPN הוא הלכה למעשה תשתית פיזית נפרדת, ללא חיבור לרשת האינטרנט הציבורית (פרוטוקול מיום 3.7.2019, מעמ' 199 ש' 34 עד עמ' 202, ש' 12 ; לא התעלמתי מכך, שהמצהיר לא היה עקבי בחקירתו לעניין זה. ראו למשל, עמ' 203, ש' 23-25, אולם ככלל זו הייתה תשובתו המקצועית). לדברי המצהיר, חיבור Remote Access טומן בחובו חיסרון משמעותי עבור הלקוח, שכן חיבור דרכו לא מאפשר להיות מחובר בו-זמנית הן למערכת שע"מ והן לרשת האינטרנט, זאת לבקשת שע"מ (עמ' 230 לפרוטוקול, ש' 18-22), כמו גם, לשיטתו, מדובר בחיבור פחות מאובטח (עמ' 235, ש' 34 עד עמ' 236, ש' 1). ובלשונו של מר חובשי (עמ' 202, ש' 19-27):

> **"אם הוא לא רצה שהאינטרנט ייפול לו כל פעם שהוא ניגש לרשת העירונית כי האינטרנט משמש לו למשרד, והוא רוצה רציפות אינטרנטית אז הוא צריך עוד קו. זה בסוף תשתית שפתאום עשו לה, אתה בא, עובד יש לך מיילים. אתה נמצא בסביבת עבודה, ופתאום השע"ם לוקח לך את האינטרנט. אין עבודה כי רוצים להעביר מסמכים. אז בשביל שזה לא יקרה לוקחים עוד קו רק לטובת**

שע"ם, ואם כבר עושים דבר כזה אז אולי עדיף לקחת IPVPN. אבל זה רק מהצרכים האלה. פשוט האינטרנט לא עובד כשמעבירים שע"ם".

ברי, כי חיבור של Remote Access אינו "נוח" כמו חיבור של IPVPN, שכן מדובר בחיסרון עבור הלקוח, במיוחד לארגון גדול המורכב ממספר מייצגים. אין חולק, כי מקום בו ניתנת ללקוח הבחירה וניתן לו הסבר על המשמעויות, הוא עשוי בסבירות גבוהה לראות יתרון משמעותי להתחבר בדרך של IPVPN על פני Remote Access. לכן, לצורך הוכחת עילת אפליית המחירים, לא ניתן להשוות בין שני סוגי החיבורים, גם אם שניהם מספקים את החיבור למערכת השע"מ, אלא יש לערוך את השוואת המחירים בין הלקוחות המחוברים באותו סוג חיבור.

מטעם זה יש לדחות את ההשוואה שערכו המבקשים בינם לבין עצמם, שכן האחד מחובר בחיבור IPVPN והשני בחיבור Remote Access. מדובר בניסיון שנדון לכישלון מראש, ובוודאי שאינו מקים או מצביע על קיומה של עילה אישית.

הטבלה השניה מסכמת את נתוני הלקוחות של Remote Access. בטבלה מופיעים נתונים מהחשבוניות שהגישו המבקשים (**נספח ח'** לבקשה), אולם היא סודרה מחדש באופן הבא: סידור בדרגה ראשונה לפי גובה הקישורית, מהנמוך לגבוה, וכאשר ישנם מספר לקוחות עם אותה קישורית, בדרגה שניה, סידור רוחב הפס מהנמוך לגבוה. לשם הנוחות, המספרים הסידוריים של הלקוחות המופיעים בעמודה הימנית לטבלה השניה תואמים את המספרים הסידוריים של הלקוחות בטבלה שצירפו המבקשים בבקשת האישור. יצוין, כי לקוח מס' 1 לא נלקח בחשבון ולא ניתן לו משקל במסקנות שלהלן, משום שלא מופיע נתון בדבר גובה הקישורית לה הוא מחובר למול בזק, כך שלא ניתן להשוותו ללקוחות אחרים.

<u>הטבלה השניה: לקוחות בסוג חיבור Remote Access</u>

מס' לקוח	תאריך	מחיר עד תאריך	קישוריות	תעריף קישוריות	רוחב פס	תעריף חודשי רוחב פס	חודשי לפני הנחה	סה"כ
2	04/06/2015		0.75	58.02	5	59.33		117.35
7	02/02/2015		1.5	65.26	5	69.17		134.43
3	13/12/2015		1.5	65.26	15	69.17		134.43
4	07/12/2015		1.5	83.89	15	69.17		153.06
6	02/03/2015		2.5	85	5	84.66		169.66
8	07/05/2015	04/05/2016	2.5	99	5	66.94	103.39	165.94
5	28/06/2015		2.5	85	15	84.66		169.66
9	22/07/2014	01/05/2015	5	199	5	66.94	84.66	265.94
~~1~~	~~16/06/2015~~		-	~~24.57~~	~~5~~	~~84.66~~		~~109.23~~

עיון בטבלה מלמד על מתאם כמעט מדויק בין מהירות הקישוריות ומהירות רוחב הפס לבין המחיר הנגבה מהלקוח. תוצאה דומה תתקבל בסידור הפוך, קרי דרגה ראשונה לפי רוחב פס ודרגה שניה

לפי קישוריות, אם כי פחות מובהקת. דברים אלו מלמדים על קשר לוגי ברור, היגיון פנימי מובהק, בין המחיר לבין טיב השירות.

אכן, עולים מספר סימני שאלה, שלא ניתן להם מענה מטעם המשיבה, והם: מדוע לקוחות 3 ו-4 משלמים מחירים שונים כשהם מחוברים בחיבור דומה והתקשרו במועדים סמוכים; מדוע לקוחות 5 ו-6 משלמים מחירים זהים, על אף שהם מחוברים ברוחבי פס שונים, כשגם הם התקשרו במועדים סמוכים; מדוע לקוח מס' 8 משלם דמי קישוריות כה גבוהים, בהשוואה ללקוחות 5 ו-6 (ייתכן שתשובה לכך טמונה במועד ההתקשרות). אולם, בסיכומם של דברים, **המחיר הכולל** שכל אחד משלם תואם, ברוב המוחלט של המקרים, את מיקומו בטבלה, מיקום אשר חושב לפי שני רכיבים שאינם רכיב התשלום. יתרה מכך, אין לשלול, כי רכיב הקישוריות משפיע על רכיב רוחב הפס, באופן אשר מביא לקביעת מחיר שונה עבור מחיר רוחב הפס (ראו למשל את המחיר שמשלם לקוח מס' 2, בעל קישוריות נמוכה של 0.75, עבור רוחב פס של 5 מ"ב, בהשוואה ליתר הלקוחות בעלי רוחב פס של 5 מ"ב).

נוכח כל האמור, גם בהינתן רף ההוכחה הנמוך יחסית המוטל על המבקשים, שכן אלו לא נחשפו לנתונים מטעם המשיבה, הגעתי לידי מסקנה, שהאינדיקציות שסיפקו לתמיכה בטענותיהם אינן מספקות לשם ביסוס תשתית ראייתית לכאורית לכך, שאפליית המחירים פוגעת בציבור, באופן אשר גורם לנזק לציבור המייצגים.

למעלה מן הצורך אציין, כי לא ראיתי ממש בטענת המבקשים לעניין "ההתכנסות", קרי הפעולה שבזק עושה לעתים כאשר היא מעניקה ללקוחות רוחב פס גבוה יותר, באותו מחיר או במחיר נמוך יותר, כאשר מחיר הבסיס לאותו רוחב פס הפך זול יותר מרוחב הפס של הלקוח. בניגוד לטענת המבקשים, סבורני, כי מדובר במעין "הטבה" הניתנת על ידי בזק, המצביעה דווקא על הוגנות, ולא על ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי.

בדומה, המבקשים לא הוכיחו את טענתם, כי על בזק לספק את אותו רוחב פס לכלל לקוחותיה, תוך שהם מתבססים על ההנחה – ללא תימוכין של ממש – לפיה, היא יכולה לספק שירות שוויוני כאמור. אף אם תשתית בזק יכולה לשאת בעומס שכזה (בהינתן שמדובר אך בכ-5500 לקוחות, נכון למועד הבקשה, אשר, לטענת המבקשים, מוגבלים על ידי שע"מ למהירות גלישה ברוחב פס של כ-4 מ"ב), אין בכך כדי ללמד על קיומה **חובה** כלשהי שבדין המוטלת על בזק או על כל מונופולין ככלל לספק שירות אחיד ושוויוני ללקוחותיו; ובוודאי שהמבקשים, כאמור, לא הוכיחו חובה שכזו.

יצוין עוד, כי מבקש 1 גם לא הוכיח כי מתקיימת עילה אישית לטובתו, כנדרש בסעיף 4(א) לחוק תובענות ייצוגיות, בין היתר, משום שהסכום אותו שילם הוא בסמוך לרף הנמוך ביותר של המחירים שהמשיבה גובה מסוג חיבור של IPVPN (עמ' 91 לפרוטוקול, ש' 27-29). כן לא ניתן לקבל את ההשוואה כאמור שערכו המבקשים בינם לבין עצמם, שכן הם היו מחוברים לשירות באמצעות שני סוגים שונים של חיבורים.

נוכח כל האמור, הגעתי לידי מסקנה, שהמבקשים לא הוכיחו את טענתם זו, ואין לקבלה.

מחיר מופרז ולא הוגן

העילה השניה לה טענו המבקשים היא, כי בזק, בהיותה מונופולין, ניצלה את כוחה לרעה בכך, שגבתה מחיר מופרז ובלתי הוגן מלקוחותיה, בניגוד להוראות סעיף 29א(ב)(1) לחוק התחרות.

סעיף 29א(א) לחוק התחרות קובע כלל רחב האוסר על מונופולין לנצל את כוחו לרעה באופן העלול להפחית את התחרות או לפגוע בציבור. סעיף 29א(ב) לחוק התחרות מטרתו להגדיר מראש מהי התנהגות שהחוק אינו מתיר לבעל מונופולין לנהוג בה (הצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 2), התשנ"ו-1995, ה"ח 2446, עמ' 229, מיום 14.11.1995), ובכך למעשה קובע חזקות שבהתקיימותן יראו בעל מונופולין כמנצל את כוחו לרעה. בהינתן השלב המקדמי בו אנו מצויים, אין צורך להכריע בשאלה, האם מדובר בחזקה חלוטה או כזו הניתנת לסתירה (**עניין צדוק**, בפסקה 29).

סעיף 29א(ב)(1) קובע כדלקמן:

> "**(ב) יראו בעל מונופולין כמנצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור, בכל אחד מן המקרים האלה:**
>
> **(1) קביעה של רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים של הנכס או של השירות שבמונופולין**;"

בראשית הדברים יצוין, כי התעוררה מחלוקת בפסיקה, האם האיסור הקבוע בסעיף 29א(ב)(1) בעניין מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים טומן בחובו רק איסור על קביעת מחיר נמוך, קרי תמחור טורפני, או שמא גם קביעת מחיר גבוה. מחלוקת זו טרם הוכרעה אולם, דעתי כדעת כב' השופט גרוסקופף לפיה, אין הצדקה לצמצם את תחולתו של הסעיף רק לעילת המחיר הטורפני, אלא יש מקום לפרשו באופן כזה האוסר גם על קביעת מחיר מופרז, וזאת בין היתר לאור תכליותיו של הסעיף בפרט ושל החוק כולו, בכלל (**עניין צדוק**, בפסקאות 10-21).

כאמור ב**עניין צדוק**, יש לבחון שני פרמטרים כדי לקבוע, כי נגבה מחיר בלתי הוגן, המהווה ניצול לרעה של מעמד בשוק בידי בעל מונופולין: האחד, כוח השוק של המונופול; השני, הפער שבין התמחור בפועל לתמחור מבוסס עלויות (**שם**, פסקאות 33-44).

אשר לשאלת קיומו של כוח שוק המשיבה טוענת, כי המבקשים לא השקיעו מאמץ בהוכחתם את כוח השוק של המשיבה, להבדיל מנתח השוק. אין לקבל את הדברים. כאשר בעל מונופולין מחזיק בנתח שוק גבוה במיוחד, כבענייננו (כאמור, למעלה מ-85% מהשוק), חזקה היא, שהוא מחזיק גם בכוח שוק, חזקה שאמנם ניתנת לסתירה, אולם הנטל על המבקש לסתור החזקה יהיה כבד יותר ככל שנתח השוק גבוה יותר. יפים לעניין זה דבריו של כב' השופט גרוסקופף ב**עניין צדוק**, בקובעו: "**לעומת זאת, בעל מונופולין בהתאם לסעיף 26(א)(2) לחוק הוא על פי ההגדרה אדם המחזיק בכוח שוק משמעותי, כך שנוצרת חפיפה בין תנאי הסף לבין הפרמטר של כוח שוק**" (שם, בפסקה 38; הדגשה הוספה). יתרה מכך, ומעבר לנדרש, בהינתן שמדובר במידע שאינו רלוונטי לתקופה הקובעת, העובדה, שאחת משתי מתחרותיה של בזק בשוק הרלוונטי היא חברת פלאפון, שהיא חלק בלתי

נפרד מאגד התאגידים של בזק (טענה שלא הוכחשה על ידי המשיבה), מלמדת עוד יותר על כוחה של בזק בשוק. על כן, ניתן לקבוע, כי תנאי זה התקיים בענייננו.

אשר לשאלת הוגנות המחיר: על הטוען לקיומו של מחיר מופרז, קרי מחיר שאינו מבוסס עלויות, להוכיח, כי הסטייה מהתמחור התחרותי **<u>משמעותית</u>**, בין אם כוח השוק בעוצמה גבוהה ובין אם לאו (**עניין צדוק**, בפסקה 44). מידת הסטייה הנדרשת להוכחת הטענה תלויה במידת מה בעוצמת כוח השוק, במעין מקבילית כוחות, ועדיין נדרשת סטייה מהותית (שם).

בפסיקה, כמו גם בגילוי הדעת של הממונה על התחרות, מוכרים שלושה מבחני-עזר לזיהוי קיומו של מחיר מופרז: הראשון הוא **מבחן עלויות הייצור**, הבוחן את הפער בין מחיר המוצר שגבה בעל המונופולין לבין עלות הייצור על ידו; השני הוא **מבחן ההשוואה**, לפיו משווים בין מחיר המוצר או השירות שגבה בעל המונופולין לבין מחיר מוצרים או שירותים מתחרים או למחיר הנגבה מלקוחות שונים וכיוצא בזאת; השלישי הוא **מבחן ניתוח הרווחיות** של בעל המונופולין ממכירת המוצר ביחס לרווחיות המקובלת בענף הרלוונטי (**עניין צדוק**, פסקאות 39-40).

מהו היחס בין המבחנים? שאלה זו טרם הוכרעה. לדעת כב' השופט גרוסקופף ניתן להיעזר בכל אחד מהמבחנים, הכל לפי הנסיבות; ובלשונו: "**לגישתי, כל אחד מהמבחנים הללו הוא אינדיקציה רלוונטית לקיומו של מחיר בלתי הוגן. אם כך, הרי שיש לאפשר שימוש מצטבר במכלול המבחנים הללו, <u>תוך שההחלטה בעניין זה יכולה להישען על אחד או יותר מהם</u>. <u>כך בוודאי בשלב בקשת האישור, בו אנו מצויים</u>**" (**עניין צדוק**, פסקה 42; הדגשה הוספה).

בענייננו, המבקשים פנו, מכורח הנסיבות, רק למבחן ההשוואה, שכן לא היו ברשותם נתוני אמת מבזק, אלא רק נתונים גלויים. משכך, אין לקבל את טענת בזק לפיה, מבחן ההשוואה לבדו אינו מספק לקביעת מחיר מופרז. כן אין לקבל את טענת בזק לפיה, חוות דעת עדן אינה מספקת בשל העובדה, שפרופ' עדן אינו מומחה להגבלים עסקיים אלא אך כלכלן, זאת הן משום שבכל הפניותיה של בזק לתמיכה בטענה זו נקבע, שנדרשת "חוות דעת כלכלית", ולא חוות דעת של הגבלים עסקיים כטענתה, והן משום שעיקר חוות הדעת עוסקת בניתוח המחיר המופרז, שהיא שאלה כלכלית ולא בשאלה, האם בזק היא בעלת מונופולין, אם לאו.

מכל מקום, המבקשים ביקשו לבצע שלוש השוואות:

ההשוואה הראשונה היא למחירים של בזק ללקוחות שע"מ אחרים, כאשר מבקשים הם להשוות למחיר הזול ביותר וללמוד ממנו על כך, שהמחיר היקר ביותר הוא מופרז. לא ניתן לקבל טענה זו, שכן מדובר בשירותים ברמה ובאיכות שונה ולא ניתן להשוות ביניהם. זאת ועוד העובדה, שעומדות בפני הלקוחות חלופות שונות המאפשרות להם לקבל מחירים נמוכים יותר, שומטת את הקרקע תחת טענות המבקשים בדבר קביעת מחיר מופרז לשירות חיוני, במיוחד לאור טענתם, כי שע"מ עצמה מגבילה את מהירות הגלישה ל-4 מ"ב, כך שאין כל הצדקה לטענתם – לכאורה ונכון למועד הגשת הבקשה – לשלם עבור מהירויות גבוהות יותר.

ההשוואה השניה היא בין מחירים של בזק למייצגים עבור שירות שע"מ לבין לקוחות הציבור הרחב עבור גלישה באינטרנט. ליתר דיוק, הפערים בין המחירים הקבועים לכל רוחב פס. לטענתם, פער המחירים בין מדרגות רוחב הפס בשירות האינטרנט הוא מצומצם עד מאוד בהשוואה לפער המחירים בין מדרגות רוחב הפס בשירות הגישה לשע"מ, ולכן הפערים מופרזים. גם טענה זו דינה להידחות. משני טעמים: ראשית, השאלה היא האם המחיר עצמו מופרז, לא האם הפער בין איכויות שונות מופרז. על כן, נקודת המוצא של המבקשים שגויה; שנית, מקובלת עלי טענת בזק לפיה, להבדיל ממהירות הגלישה של הציבור הרחב באינטרנט, שם רוחב הפס הוא המהירות <u>המרבית</u> שניתן לגלוש בה, אשר עשויה להיות מושפעת ממספר גורמים, רוחב הפס שניתן למייצגים הוא רוחב פס **מובטח**. כלומר, מהירות הגלישה לא תפחת ממהירות זו. מדובר בנתון משמעותי, אשר מסביר ואף מצדיק, פער שכזה במחיר בין מסלולי רוחב הפס השונים.

ההשוואה השלישית היא לתעריפים של הוט לאותו שירות, אשר לשיטתם עומד על 86 ש"ח. נתון זה הוכח כלא מדויק, לא רק על ידי המשיבה, אלא גם על ידי המומחה מטעם המבקשים, פרופ' עדן. לפי בדיקתו, תעריפי הוט מצויים בטווח שבין 210 ל-221 ש"ח, שכן הם כוללים תשלום עבור הנתב של הוט, שהתשלום בגינו מחולק על פני 24 תשלומים חודשיים (עמ' 9 לחוות דעת עדן). לחישוב זה, ובצדק, ביקשה בזק להוסיף גם את עלות ההתקנה (שבזק אינה גובה מלקוחותיה), ולפרוס גם אותה לצורך החישוב ל-24 תשלומים שווים בגובה 10 ש"ח, כך שמחירי הוט הם בטווח שבין 220 ל-231 ש"ח. בהינתן תעריפים אלו, אשר יסודם בהצעת המחיר שהגישו המבקשים עצמם בבקשה המתוקנת, וגם כאשר המבקשים לא דחו אותם בחקירתם (עמ' 165 לפרוטוקול, ש' 4-26), ברי, שלא ניתן לקבוע, כי התעריפים שגובה בזק הם מופרזים בהשוואה למחירי הוט, ובוודאי שלא מופרזים באופן משמעותי כנדרש לפי ההלכה. זאת ועוד, המבקשים נשענו על בדיקה בודדת של הצעת מחיר מטעם הוט, בנקודת זמן מסוימת (עמ' 177 לפרוטוקול, ש' 23-34). קיים קושי בהסתמכות על נתון ממועד אחד ויחיד של הוט והשוואתו לתעריפי בזק לאורך התקופה כולה, בת שבע השנים, אשר המבקשים עותרים לקבל פיצויים בגינה.

במאמר מוסגר אציין, כי איני מקבל במלואה את התזה של בזק לפיה, יש לחלק את עלות הנתב ועלות ההתקנה על פני 24 חודשים, שכן החישוב הנכון הוא חלוקת עלותם על פני מלוא תקופת ההתקשרות. אמנם, חישוב זה מוביל לתוצאות שונות עבור כל לקוח ולקוח בהוט, באופן המקשה, ככלל, על ביצוע השוואה, אולם המבקשים אף לא ניסו להוכיחן בכך שלא מסרו פרטים נוספים ונדרשים, בדבר הלקוחות שאת פרטיהם הם צירפו לבקשה.

כן יצוין, כי המומחה מטעם המבקשים אמר בחקירתו, שאפילו המחיר הגבוה ביותר שגובה בזק לא יפיל אף רואה חשבון וכי ההשקעה הנדרשת מפירמת רואי חשבון בכך היא פחות מ-1% מכלל ההוצאות (עמ' 79 לפרוטוקול, ש' 19 עד עמ' 80 ש' 12).

המבקשים לא הוכיחו, כי בזק מנצלת את כוחה כבעלת מונופולין על ידי גביית מחיר מופרז משמעותי, ועל כן, דין טענתם שלא להתקבל.

נוכח כל האמור נמצא, כי המבקשים לא הוכיחו את טענתם בדבר התקיימותן של העילות הנטענות לפי חוק התחרות.

כן אציין, שאין לקבל את טענות המבקשים בדבר חוסר תום לב בניהול משא ומתן או בקיום חוזה. מחיריה של בזק מפורסמים כלפי כולי עלמא באתר האינטרנט של שע"מ. המחירים ידועים וברורים לכל מייצג הבוחר להתחבר לשירות של שע"מ, ואלו גם המחירים אשר נגבים בפועל מהמייצגים. לכן, לא מצאתי כי בזק התנהלה בחוסר תום לב כלפי לקוחותיה.

התוצאה – מחיקת הבקשה

כאמור, המבקשים לא הוכיחו את בקשתם כדבעי ואין הם עומדים בתנאים הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות. כעת עולה השאלה, כיצד יש ליישם מסקנה זו – דחיית הבקשה או שמא מחיקתה?

האם הראיות שהמבקשים הביאו מספקות להוכחת העילות? כאמור, התשובה לשאלה זו שלילית. האם העובדה, שלא היה בידי המבקשים די ראיות להוכחת טענתם מובילה בהכרח למסקנה, כי עילות אלו אינן מתקיימות בנסיבות דנן? גם התשובה לכך שלילית, שכן המשיבה בחרה שלא לחשוף כל נתון אשר יצביע על הדברים כהווייתם, התנהלות אשר אינה מצדיקה תקומתו של מעשה בית דין לטובתה. דחיית הבקשה על יסוד העובדה, כי המבקשים לא הוכיחו את טענותיהם אינה מובילה בהכרח למסקנה, שהעילות הנטענות אינן מתקיימות, שכן המשיבה לא הביאה כל נתון כדי לסתור את טענותיהם או כזה שניתן לסמוך עליו לשם קביעת קביעות עובדתיות. המסקנה היא אך, כי המבקשים לא הוכיחו את טענותיהם לכאורה, ותו לא.

מדיניות של דחיית בקשות עת משיב לא מציג ראיות אשר ברשותו, שיש בהן כדי להעמיד את המצב לאשורו, עלולה להוות פתח לניצול לרעה של הליכי משפט, מקום בו משיב פועל באופן אקטיבי על מנת שתוגש נגדו תביעה ייצוגית חסרת סיכוי, ללא ראיות של ממש, אך כדי לזכות בהגנה מפני תביעות ייצוגיות נגדו בעתיד.

לפיכך, לא מצאתי שיש לדחות את הבקשה, אלא ניתן להסתפק במחיקתה. זאת, לטובת חברי הקבוצה. לו יקום מבקש אשר מחזיק בידיו ראיות להוכחת טענות אלו, אין מקום לפסול אפריורית את תביעתו בשם הקבוצה, רק משום שהמבקשים דכאן לא צלחו לעשות כן. התנהלות אחרת של המשיבה עשויה הייתה להביא לדחיית הבקשה וליצירתו של מעשה בית-דין כלפי כל חברי הקבוצה בגין עילות אלו (ובכפוף להוראות סעיף 26(ב) לחוק תובענות ייצוגיות).

על כן, מהטעמים האמורים, לנוכח אופן ניהול ההליך בו בחרה המשיבה, ועל מנת שלא לפגוע בזכויות חברי הקבוצה, אני סבור, כי יש להורות על מחיקת הבקשה, ולא על דחייתה.

סוף דבר

לנוכח כל האמור, דינה של בקשת האישור להימחק.

המבקשים לא השכילו להעמיד תשתית ראייתית לכאורית לתמוך בטענה, שבזק ניצלה את כוחה המונופוליסטי לרעה בדרך של אפליית מחירים וקביעת מחיר מופרז. לא שוכנעתי, שיש אפשרות סבירה, שהשאלות המשותפות בתובענה יוכרעו לטובת הקבוצה ועל כן, אין לקבל את בקשת האישור.

המבקשים ישלמו למשיבה הוצאות ושכר טרחה בגובה של 25,000 ש"ח בגין בקשת האישור, וכן הוצאות ושכר טרחה בסך של 15,000 ש"ח בגין תיקון הבקשה (כאמור בהחלטה בדיון מיום 16.05.2018) ובסך הכל סך של - 40,000 ₪, תוך 30 ימים מהיום.

ניתן היום, ה' שבט, תשפ"א, 18 ינואר, 2021, בהעדר הצדדים.

רחמים כהן, שופט