



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

13 מרץ 2016

ת"צ 52979-11-11 בלומברג ואח' נ' בזק בינלאומי בע"מ

לפני כבוד השופט, פרופ' עופר גרוסקופף

המבקשים 1. מרק בלומברג
2. גיא שיריזלי

ע"י ב"כ עו"ד רחלי קלקנר

נגד

המשיבה בזק בינלאומי בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד אייל בליזובסקי ועו"ד אביאל פלינט

החלטה בבקשה לאישור תובענה כייצוגית

1. בזק בינלאומי בע"מ (להלן: "בזק בינלאומי" או "המשיבה") הינה ספקית שירותי אינטרנט המתקשרת עם לקוחותיה בהסכמים לאספקת שירותי גלישה ברשת האינטרנט במהירויות שונות. באוקטובר 2011 סיפקה המשיבה שירותי אינטרנט לכ- 690 אלף מנויים. בתקופה, שתחילתה ביום השלישי של חג הסוכות התשע"ב וסופה כשבוע לאחר תום החג, סבלו לקוחות המשיבה שביקשו לגלוש ולהוריד תכנים מאתרים בחו"ל מהאטה משמעותית בגלישה. המבקשים טוענים כי האטה זו עולה לכדי הפרת התחייבויות המשיבה כלפי ציבור לקוחותיה, שכן היא תוצאה של "מכירת יתר" (over-selling) של שירותים מצד המשיבה, ודורשים כי המשיבה תפצה את לקוחותיה בגין הפרה זו. המשיבה הודתה בכך שהתרחשה ההאטה בגלישה במהלך 11 ימים, אולם טענה כי לא הפרה את התחייבויותיה לציבור לקוחותיה, וסירבה לפצות אותם בגין ההאטה בגלישה. עניינה של הבקשה לאישור תובענה כייצוגית שלפניי (להלן: "בקשת האישור") בשאלה האם יש לאפשר למבקשים לתבוע בשם כלל לקוחות המשיבה באותה עת פיצויי בגין הנזקים שנגרמו להם כתוצאה מההאטה בגלישה בתקופה האמורה. מהטעמים שיפורטו להלן סברתי כי יש לאשר את ניהול התובענה כייצוגית.

רקע

2. המבקשים הגישו את בקשת האישור ב- 29.11.2011. ביום 12.7.2012 התקיימו חקירות המצהירים בתיק. ביום 18.11.2013 מונו, בהסכמת המשיבה (ראו הודעתה מה- 7.5.2013),



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

13 מרץ 2016

ת"צ 52979-11-11 בלומברג ואח' נ' בזק בינלאומי בע"מ

פרופ' עופר הדר ואינג' רן דובין מאוניברסיטת בן גוריון כמומחים מטעם בית המשפט לצורך מתן חוות דעת בתיק (להלן: "המומחים מטעם בית המשפט"). המומחים מטעם בית המשפט התבקשו לחוות את דעתם בשאלות הבאות: האם המשיבה ביצעה "מכירת יתר" של שירותי גלישה בשים לב למשאבים שעמדו לרשותה, ובמידה שבוצעה "מכירת יתר", מה היה שיעור "מכירת היתר" ומהו הנזק שנגרם כתוצאה מכך ללקוחות המשיבה. ביום 14.5.2014 הוגשה חוות דעת המומחים מטעם בית המשפט (להלן: "חוות הדעת"). ביום 4.9.2014 הוגשו תשובות המומחים לשאלות ההבהרה מטעם המבקשים (להלן: "תשובות המומחים"), ולאחר מכן הגישו הצדדים את סיכומיהם.

3. כמובהר בפתיח, עניינה של בקשת האישור שלפניי בטענה כי בזק בינלאומי הפרה את התחייבויותיה כלפי ציבור לקוחותיה, בכך שביצעה "מכירת יתר" של שירותיה עובר ובמהלך חודש אוקטובר 2011, באופן המטיל עליה אחריות לפצות את לקוחותיה בגין איטיות הגלישה לתכנים מאתרים בחו"ל, אשר נחוותה על ידם במחצית השנייה של חודש אוקטובר 2011. על מנת להבין כהלכה את הטענות הנטענות נגד בזק בינלאומי יש להבהיר את שלושת אלו: ראשית, אופי השירות הניתן על ידי ספקית שירות אינטרנט (כדוגמת בזק בינלאומי); שנית, טיבה של איטיות הגלישה שחוו לקוחות המשיבה במהלך המחצית השנייה של אוקטובר 2011; שלישית, מהות הטענה בדבר "מכירת יתר".

א. השירות הניתן על ידי ספקית שירות אינטרנט (כדוגמת בזק בינלאומי)

4. ספקית שירות אינטרנט היא אחת בשרשרת החוליות המאפשרת למשתמש ברשת האינטרנט גישה לתכני הרשת. באופן ממוקד יותר, המדובר בחוליית הביניים המקשרת בין ספקי התוכן, המפעילים את אתרי האינטרנט השונים, לבין ספקית התשתית, המעבירה את המידע לנקודת הגישה אליה מתחבר המשתמש. להלן פירוט הדברים במידה הדרושה להבנת התובענה.

5. הגלישה באמצעות רשת האינטרנט מתאפשרת בזכות שלושה נדבכים מרכזיים:

א. ספקיות תשתית – חברות המקשרות בין נקודת הגישה של המשתמש (לדוגמה, בביתו או בעסקו) לנקודת החיבור עם ספקית שירותי האינטרנט. בישראל ספקיות התשתית המרכזיות הן חברת HOT וחברת בזק, כשהראשונה משתמשת לצורך יצירת הקישור האמור בתשתית הכבלים והשנייה בתשתית הטלפונים הקוויים.





בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

13 מרץ 2016

ת"צ 52979-11-11 בלומברג ואח' נ' בזק בינלאומי בע"מ

ב. **ספקיות שירותי אינטרנט (Internet Service Provider)** – חברות המעבירות את תכני הרשת מהשרתים של ספקי התוכן לנקודת החיבור עם ספק התשתית. כאשר השרת של ספק התוכן מצוי מחוץ לישראל, יש צורך בהעברת המידע לישראל באמצעות כבל תקשורת תת-ימי המחבר בין ישראל לאירופה (להלן: **"כבל תת ימי"**). עד לסוף שנת 2011 היה קיים רק כבל תת ימי אחד, כבל מד-1, אשר מצוי בבעלות חברת טלקום איטליה, ומנוהל על ידי חברת מדטרניאל נאוטילוס (ישראל) בע"מ (להלן: **"כבל מד-1"**). מתחילת שנת 2012, דהיינו זמן קצר לאחר התקופה בה עוסקת התובענה, החל השימוש גם בכבל תת ימי שני, המצוי בבעלותה של המשיבה ("להלן **"כבל בזק בינלאומי"**). להלן יתייחס המונח **"קיבולת בינ"ל"** לרוחב הפס העומד לרשות ספק השירות בכבל תת ימי לצורך העברת תכני רשת מספקי תוכן שהשרתים שלהם ממוקמים בחו"ל.

ג. **ספקי תוכן** – מפעילי אתרי האינטרנט השונים, אתרים המצויים בשרתים הממוקמים חלקם בארץ וחלקם בחו"ל. יצוין כי ספקיות תוכן בינלאומיות גדולות, כדוגמת Google, YouTube ו-Facebook, מחזיקות תכנים הרלבנטיים במיוחד לגולשים ישראלים על שרתים הממוקמים בישראל, על מנת לחסוך את הצורך בהעברתם באמצעות כבל תת-ימי, ובכך לשפר את חוויית הצפייה. כן מחזיקה כל אחת מספקיות שירותי האינטרנט "שירותי מטמון" (Proxy Cache) המאחסנים פרטי מידע מבוקשים מאתרים שהשרתים שלהם ממוקמים בחו"ל על גבי שרתים הממוקמים בישראל (להלן: **"שירות מטמון"**), וזאת על מנת לחסוך את הצורך לנצל קיבולת בינ"ל, שעלותה בצידה.

להלן יכונה **"תכנים מאתרים בחו"ל"** תכני אינטרנט אשר לצורך העברתם ללקוח בישראל נדרשת ספקית שירות האינטרנט לעשות שימוש בקיבולת בינ"ל, דהיינו להעבירו משרת המצוי בחו"ל, באופן המחייב שימוש בכבל תת ימי. ומכלל ההן יובן גם הלאו – תכנים המצויים על שרתים בישראל, בין אם בשל כך שספק התוכן העלה אותם על שרת המצוי בישראל ובין אם משום שספקית שירות האינטרנט מחזיקה אותו בשירות מטמון אינם מהווים תכנים מאתרים בחו"ל לעניין הדיון להלן.

ב. **איטיות הגלישה שחוו לקוחות המשיבה בחלק מחודש אוקטובר 2011**

6. במהלך המחצית השנייה של חודש אוקטובר 2011, בין התאריכים 16.10.11 - 27.10.11, חוו לקוחות המשיבה איטיות במהירות הגלישה לתכנים מאתרים בחו"ל (להלן: **"ההאטה בגלישה"**). ההאטה בגלישה הייתה בזמן חופשת חול המועד של חג הסוכות התשע"ב.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

13 מרץ 2016

ת"צ 52979-11-11 בלומברג ואח' נ' בזק בינלאומי בע"מ

7. דבר ההאטה בגלישה אינו שנוי במחלוקת. העניין התפרסם בעיתונות (למשל, כתבה מאתר TheMarker מיום 23.11.2011), ואף המשיבה הודתה בו בדף הפייסבוק שלה, בהודעת התנצלות שפירסמה בזו הלשון:

"חברים יקרים,
במהלך החג חוו חלק מגולשי האינטרנט איטיות בגלישה לאתרים בחו"ל בלבד וזאת עקב עומסים חריגים בשימוש.
עומסים אלו באו לידי ביטוי בעליה חדה של כ- 150% בכמות הגולשים בו זמנית והסתיימו עם צאת החג, כך שהשירות שב לקדמותו.
חשוב לנו לציין כי עקבנו אחר כל התלונות ברשת בכלל וכאן בפרט.
גולשים שעדיין חווים תקלות בגלישה, מוזמנים ליצור איתנו קשר דרך טאב שירות הלקוחות שלנו."

ויובהר, ההאטה בגלישה לא הורגשה כל עוד המשתמש הסתפק בתכנים אשר היו מצויים על גבי שרתים בישראל. מכאן שההאטה בגלישה הייתה כרוכה בהעברת תכנים מאתרים בחו"ל, העברה המצריכה כאמור ניצול של קיבולת בינ"ל (קרי שימוש בכבל תת ימי).

8. סיבת ההאטה בגלישה, כפי שהתברר, היא שהקיבולת הבינ"ל שעמדה לרשות המשיבה בתקופה בה עסקינן (המחצית השנייה של אוקטובר 2011) הייתה נמוכה משמעותית מהקיבולת הבינ"ל שהייתה דרושה לצורך עמידה בביקוש של לקוחות המשיבה לתכנים מאתרים בחו"ל. ולראיה, הפתרון להאטה בגלישה נמצא בכך שביום 27.10.2011 הגדילה המשיבה באופן משמעותי את הקיבולת הבינ"ל שרכשה בכבל מד-1 (ההגדלה היא מ-23 גיגה ל-33 גיגה, דהיינו ב-43.5%).

9. על מנת להמחיש את הקשר בין הקיבולת הבינ"ל לבין האטת הגלישה ניתן להיעזר בדימוי הכביש. נניח שבין שני ערים קיים כביש בין-עירוני. עומס התנועה בכביש זה תלוי במספר הנהגים המעוניינים לעבור מהעיר האחת לעיר האחרת בזמן נתון, ובמספר המסלולים. ככל שמספר המסלולים בכביש מועט יותר, כך גם יגדלו עומסי התנועה בשעות העומס, ולהיפך. דברים דומים אמורים לגבי תנועת התכנים מאתרים בחו"ל ברשת האינטרנט: ככל שספקית שירותי אינטרנט כדוגמת המשיבה תרכוש עבור לקוחותיה יותר קיבולת בינ"ל (המקבילה של הגדלת מספר המסלולים בכביש), כך גם יקטן העומס, ותשתפר חוויית המשתמש. ולהיפך, אם ספקית שירותי האינטרנט תרכוש עבור לקוחותיה קיבולת בינ"ל נמוכה יחסית להיקף הביקוש לתכנים מאתרים בחו"ל, הרי שיווצרו "פקקים" בתעבורת המידע, קרי האטה בגלישה.





בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

13 מרץ 2016

ת"צ 52979-11-11 בלומברג ואח' נ' בזק בינלאומי בע"מ

10. המחלוקת בתיק שלפניי אינה נוגעת, אם כך, לא לאשר אירע (האטה בגלישה) ולא לסיבותיה (קיבולת בינ"ל נמוכה ביחס לביקוש). המחלוקת היא בשאלת האחריות המשפטית של המשיבה להאטה בגלישה, לאמור האם ניתן לראות בהאטה בגלישה משום הפרה של חובות המשיבה כלפי ציבור לקוחותיה. על מנת להניח את הרקע המשפטי לבחינת טענה זו, עלינו להרחיב בהצגת העילה המשפטית הנטענת – "מכירת יתר".

ג. מהות הטענה בדבר "מכירת יתר"

11. המשיבה, ככל ספקיות שירותי האינטרנט, מוכרת חבילות גלישה לתקופה מסוימת המוגדרות בהתאם למהירות הגלישה, קצב ההורדה והיקף העברת הנתונים המקסימאלי. כך, למשל, חבילת הגלישה שרכש המבקש 1, מר מרק בלומברג, תוארה כ- "גלישה ללא הגבלת זמן במהירות של עד 12.00 מס"ש קצב הורדה ו- 1.00 מס"ש קצב העלאה בהיקף העברת נתונים (הורדה והעלאה) של עד 65 ג'יגה בייט (GB) בחודש שירות", ואילו חבילת הגלישה שרכש המבקש 2, מר גיא שיריזלי, תוארה כ- "גלישה ללא הגבלת זמן במהירות של עד 10.00 מס"ש קצב הורדה ו- 800 קס"ש קצב העלאה בהיקף העברת נתונים (הורדה והעלאה) של עד 65 ג'יגה בייט (GB) בחודש שירות".

12. למקרא התחייבויות אלו ניתן היה לסבור כי המשיבה מתחייבת על מהירות גלישה וקצב הורדה מינימאליים, ואולם דקדוק בקריאת הדברים (השימוש בלשון "עד"), וקריאת חוזה המשתמש, מלמדת כי לא כן היא, וכי הלכה למעשה הפרשנות הנכונה של מסמכי ההתקשרות היא שמדובר במהירות גלישה וקצב הורדה מקסימאליים. סעיף 9.3 ל"הסכם ההתקשרות לשירותי אינטרנט" קובע לעניין זה את ההוראה הבאה:

"הלקוח מסכים ומודע לכך שהשירותים מעצם טבעם נתונים להפסקות ו/או הפרעות, וכי [המשיבה] אינה מתחייבת לספק השירותים (לרבות גישה לאינטרנט ולמידע) באופן רציף וללא כל הפרעות, ובכלל זה כי קצב הגישה לרשת האינטרנט הנקוב במכתב ההצטרפות או בטופס ההזמנה הינו קצב הגישה המרבי בו יוכל הלקוח לעשות שימוש בשירותים וכי השימוש בשירותים בקצב זה אינו מובטח ותלוי בין היתר באופן השימוש בשירותים על ידי הלקוח ובציוד הקצה המשמש אותו"



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

13 מרץ 2016

ת"צ 52979-11-11 בלומברג ואח' נ' בזק בינלאומי בע"מ

13. ההיגיון העומד מאחורי התפיסה שמהירות הגלישה המוצגת היא המהירות המקסימאלית, ולא המהירות המינימאלית, הוא שכשם שמהירות הנסיעה בכביש תלויה בגורמים שונים, ובכללם תאונות ומפגעים אחרים, מצב הרכב ועומס התנועה בכביש, כך גם מהירות התעבורה ברשת האינטרנט תלויה במגוון גורמים שאינם בשליטת ספקית שירותי האינטרנט, ובכלל זה מצב התשתית והציוד של המשתמש ומספר הלקוחות המשתמשים ברשת ברגע נתון. על כן, כשם שתמרוני המהירות המוצבים בכביש מתייחסים למהירות המרבית המותרת, מהירות אליה יכול הנהג להגיע רק כשרכבו תקין ואין הפרעות לתנועה, כך גם מהירות הגלישה וקצב ההורדה עליה מתחייבת המשיבה מתייחסים רק לקצב המקסימאלי - אופטימלי, המתאפשר כאשר התשתית וציוד המשתמש תקינים, ואין הפרעות לתעבורה ברשת.
14. מכאן שלא ניתן לקרוא את התחייבות המשיבה כלפי ציבור לקוחותיה כהתחייבות בדבר מהירות גלישה מינימאלית. טוב ויפה. ואולם, האם מכך נגזר כי לספקית שירותי אינטרנט אין כל אחריות כלפי ציבור לקוחותיה לעניין איכות הגלישה? והרי איכות הגלישה תלויה לא רק בשיקולים המצויים מחוץ לתחום שליטתה ואחריותה של ספקית שירותי האינטרנט, אלא גם בטיב התשתית שהיא מעמידה לרשות לקוחותיה. כך, למשל, ככל שתעמיד לרשותם יותר קיבולת בינ"ל כך גם תשתפר איכות ההעברה של תכנים מאתרים בחו"ל.
15. האיזון הראוי בין האינטרס הלגיטימי של ספקית שירותי האינטרנט שלא לשאת באחריות להפרעות שאינן בתחום אחריותה, לבין אחריותה לספק לציבור לקוחותיה תשתית הולמת, הוא העומד ביסוד ההליך שלפניי. איזון זה מחייב לפרש את התחייבותה של ספקית שירותי האינטרנט כלפי לקוחותיה לא כהתחייבות למהירות גלישה מינימאלית מסוימת, אלא כהתחייבות להימנע ממכירת שירותיה למספר מופרז של לקוחות, בשים לב לתשתית העומדת לרשותה. בלשון של דימוי הכביש: החברה המתפעלת את הכביש אינה מתחייבת על מהירות הנסיעה בפועל, אלא על כך שמספר המכוניות הרשאיות לעשות שימוש בכביש אינו מופרז, בשים לב לרוחבו ותנאי השימוש בו.
16. הקביעה האם היקף ההתחייבות של ספקית שירותי האינטרנט ללקוחותיה הוא בלתי סביר בשים לב למשאבים העומדים לרשותה היא לעולם קביעה עובדתית. זאת ועוד, עצם העובדה שהורגשה האטה בגלישה, אינה מעידה בהכרח על "מכירת יתר". יתכן כי עומס התעבורה ברשת הוא תוצאה של הפרעה כזו או אחרת, או של ביקוש יתר בלתי צפוי, ובמקרים אלו יש לומר כי ההאטה בגלישה היא עניין שאינו תלוי בספקית שירותי האינטרנט, ולא ניתן לראות בה הפרה של התחייבויותיה.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

13 מרץ 2016

ת"צ 52979-11-11 בלומברג ואח' נ' בזק בינלאומי בע"מ

17. במילים אחרות, התחייבות ספקית שירותי האינטרנט להימנע מ"מכירת יתר" אינה התחייבות כי הגלישה של כל לקוח לעולם תהיה במהירות שסוכמה עמו, אלא התחייבות כי יתקיים יחס סביר בין מספר המשתמשים והיקף ההתחייבויות כלפיהם, לבין האמצעים העומדים לרשות ספקית שירותי האינטרנט. כל עוד מתקיים יחס סביר זה, אין ספקית שירותי האינטרנט נושאת באחריות להפרעות הנובעות מסיבות שאינן באחריותה. לעומת זאת, אם לא מתקיים יחס סביר זה, הרי שספקית שירותי האינטרנט ביצעה "מכירת יתר", ובכך הפרה את התחייבויותיה לציבור לקוחותיה, ועליה לשאת באחריות להפרעות גלישה שנגרמו עקב כך. האטת הגלישה היא לפיכך נזק הנגרם מ"מכירת יתר", ועשויה גם להוות אינדיקציה ראשונית לקיומה של "מכירת יתר", ואולם ההפרה היא עצם ביצועה של "מכירת היתר".

18. ודוק, ספקיות שירותי אינטרנט, כמו גם נותני שירותים אחרים בתחום הטלקומוניקציה, פועלות על פי מודל עסקי המבוסס על רישום-עודף (over-subscription), דהיינו על כך שהתשתית שהם מעמידים לרשות לקוחותיהן אינה יכולה לתמוך בביקוש שיווצר אם כל הלקוחות יבקשו, בו זמנית, לעשות שימוש בה. עמדו על כך המומחים מטעם בית המשפט, בצינם כי "ההנחה הבסיסית של מודל [רישום עודף] בתחום התקשורת היא שסטטיסטית רק מספר מצומצם של משתמשים צורכים את רוחב הפס שהם רכשו בו זמנית. חישוב ורישום של יחס רישום-יתר מקובל בתעשיית התקשורת, בעיקר במערכות של משאבי רשת משותפים כמו ברשת הכבלים" (עמוד 5 לחוות הדעת).

19. המודל העסקי של רישום-עודף בו משתמשות ספקיות שירותי האינטרנט אינו מודל עסקי פסול. נהפוך הוא. המדובר במודל עסקי ראוי, המוזיל את השירות לצרכן. אם תאמר אחרת, יחייב הדבר את ספקיות שירותי האינטרנט להחזיק תשתיות העולות משמעותית על הדרוש לצורך העמדת השירות לציבור לקוחותיהן, באופן המתעלם מהמציאות בה בכל רגע נתון משתמשים בשירות רק חלק מהלקוחות. הדבר יהיה דומה לדרישה ממפעיל בריכת שחיה או מבעל מועדון כושר שלא לרשום כמנויים יותר ממספר המשתמשים שהוא רשאי להכניס לבריכה או למועדון הכושר בו זמנית. הגבלה שכזו, אשר תייקר כמובן משמעותית את דמי המנוי, היא חסרת כל הגיון. משמעותה היא שבמשך חלק גדול משעות הפעילות לא ימוצה מלוא פוטנציאל השימוש במתקנים, וזאת אך ורק על מנת להבטיח כי במקרה הנדיר בו כל המנויים יבקשו להשתמש במתקנים בו זמנית, לא יאלץ איש מהם להמתין. למותר לציין, כי אין דרישה כזו ממפעיל בריכת שחיה או מבעלי מכון כושר, וגם אין מקום להטילה על ספקיות שירותי אינטרנט.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

13 מרץ 2016

ת"צ 52979-11-11 בלומברג ואח' נ' בזק בינלאומי בע"מ

20. משמעות הדברים היא איפוא כדלהלן: המשיבה, כמו גם כל ספקית שירותי אינטרנט, מבצעת רישום-עודף, משום שבבסיס המודל העסקי שלה עומדת ההנחה שלא כל הלקוחות יבחרו לצרוך את שירותיה בו-זמנית, זאת ביחס לגלישה בכלל, וביחס לגלישה לתכנים מאתרים בחו"ל בפרט. מודל עסקי זה הינו לגיטימי, ואפילו חיוני על מנת שהשירות יוצע במחיר שווה לכל נפש, ועל כן לא ניתן לראות בעצם השימוש בו משום הפרת התחייבויותיה החוזיות של ספקית שירותי אינטרנט כלפי ציבור לקוחותיה. לעומת זאת, יתכנו מצבים בהם ספקית שירותי אינטרנט (כמו גם כל גורם המשתמש במודל עסקי המבוסס על רישום-עודף) מבצעת "מכירת יתר", במובן זה שהיא מתחייבת לתת שירותים בהיקף אשר אינו נתמך על ידי התשתית העומדת לרשותה (וזאת תחת הנחות סבירות בדבר היקף השימוש הבו-זמני שיעשה בשירותיה בשעות העומס). "מכירת יתר" שכזו מהווה הפרה של התחייבות ספקית שירותי האינטרנט, וחושפת אותה לאחריות חוזית כלפי ציבור לקוחותיה.

21. המומחים מטעם בית המשפט, פרופ' עופר הדר ואינג' רן דובין, הגדירו בחוות דעתם את המונח "מכירת יתר" בהקשר הקונקרטי של ספקיות שירותי אינטרנט, באופן הבא:

"מכירת יתר Overselling בתחום של ספקי שירותי אינטרנט מוגדרת כך שספקית שרות אינה מסוגלת לספק את הרוחב פס הדרוש ע"י לקוחות בזמן שיא אשר לוקח בחשבון את מספר המשתמשים ונפח הגלישה לא במצבי גלישה קיצוניים שהם בלתי ניתנים לחיזוי על פי ממוצע של ניתוחים סטטיסטיים לאורך תקופה. תמיד עם התקדמות הטכנולוגיה והשירותים המתקדמים אנו נגיע לשיא חדש. על סמך הבנת המגמה התקופתית והשינויים בכמות המשתמשים ותקופות השנה ניתן להביא את השיא החדש התקין שאמור להתקבל. חוסר היכולת של ספק השרות לספק את רוחב הפס המעודכן יגרום לירידת הביצועים של המשתמשים ולמצב של מכירת יתר של המשאבים.

בהקשר של ספקי שירותי אינטרנט (Internet Service Provider (ISP)) כדוגמת חב' בזק בינלאומי בע"מ, אשר הינה ספקית שירותי המעניקה שירותי גלישה לאינטרנט, בעיית מכירת היתר מוגדרת כמכירת רוחב פס, שהינה מעבר ליכולת החברה לספק בשירותי האינטרנט. מקובל לראות זאת כמכירת רוחב פס בהיקף הפוגע בשימוש תקין וחופשי אצל משתמשי הקצה, הם הלקוחות, בניגוד למצב בו טרם מכירת היתר, המשתמשים זכו לזמינות טובה במשאבי הרשת".

הגדרה זו עולה בקנה אחד עם האמור לעיל, ודומה כי היא הייתה מקובלת גם על שני הצדדים.





בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

13 מרץ 2016

ת"צ 52979-11-11 בלומברג ואח' נ' בזק בינלאומי בע"מ

22. תביעות שעניינן "מכירת יתר" על ידי ספקיות שירותי אינטרנט, הוכרו בארצות הברית. בעניין *Goshen v. Mut. Life Ins. Co.* 98 N.Y.2d 314 (2002) (להלן: "עניין Goshen"), בו נידונו שני ערעורים שהאחד מהם (ערערו של Scott) קרוב לענייננו, בית המשפט לערעורים של ניו יורק קיבל את ערעורו של Scott, וקבע כי מקום בו מהירות הגלישה הייתה נמוכה בצורה משמעותית, ובאופן מתמיד, ממהירות הגלישה עליה הוסכם בחוזה, ספק האינטרנט הפר את התחייבותו כלפי לקוחותיו; בעניין *Walter v. Hughes Communication* 682 F. Supp. 2d 1031 (N.D. Cal., 2010) (להלן: "עניין Walter") אישר בית המשפט הפדרלי בקשה לניהול תובענה כייצוגית שנסמכה, בין השאר, על טענת המבקשים למכירת יתר אשר גרמה לעומס תנועה, ולהאטה ניכרת בקצב הגלישה ברשת בהשוואה להתחייבויות ספקית שירותי האינטרנט על פי החוזה. תוצאה הפוכה, דהיינו דחיית בקשת האישור, הושגה אומנם במספר פסקי דין אחרים, ואולם נראה כי הטענות העובדתיות במקרים אלו לא היו כי ספקית שירותי האינטרנט ביצעה "מכירת יתר", אלא שהיא לא סיפקה את מהירות הגלישה המובטחת בנסיבות מסוימות, כגון כאשר נעשה שימוש בתוכנות מסוימות או לצורך הורדת קבצים גדולים במיוחד (ראו, למשל, *Lyons v. COXCOM, Inc.* 718 F. Supp. 2d. 1232, (S.D. Cal., 2009); *Fink v. Time Warner Cable* 2011 WL 6747463 (S.D.N.Y., 2011). וראו במיוחד עמודים 4-5 להחלטה בעניין *Fink*, המאבחנת ברוח האמור את פסקי הדין בעניין *Goshen* ו-*Walter*).

תקדים ישראלי שיש לו קרבה לענייננו הוא החלטה של השופטת ד"ר דרורה פלפל מיום 6.3.2008 לאשר ניהול תובענה ייצוגית ב- ת"א (מחוזי ת"א) 2677/05 ניר נ' בזק, החברה הישראלית לתקשורת בע"מ (להלן: "עניין ניר"). הסדר פשרה בתיק זה אושר ב- (27.12.2010). עם זאת, באותו מקרה דובר בטענה לכך שהתשתית לא הייתה ערוכה למתן השירותים המובטחים בחלק מהישובים, ולא בכך שנעשתה "מכירת יתר" במובן שהוגדר לעיל.

23. ודוק, בשני פסקי הדין האמריקאים שזכרו לעיל, בהם הוכרה העילה, דהיינו עניין *Goshen* ועניין *Walter*, דובר בטענות ל"מכירת יתר", שהתייחסו לחוסר התאמה קבוע בין התשתית שברשות ספקית שירותי האינטרנט לבין התחייבויותיה לציבור לקוחותיה, ואשר פגעה במכלול חוויית הגלישה של המשתמש. לעומת זאת, בענייננו (כמו גם בעניין ניר) הטענה היא לחוסר התאמה זמני, המתייחס במקרה שלפניי לתקופה של פחות משבועיים, ונוגעת רק להיבט אחד של חוויית המשתמש, גלישה לתכנים מאתרים בחו"ל. ואולם, באבחנות אלו אין



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

13 מרץ 2016

ת"צ 52979-11-11 בלומברג ואח' נ' בזק בינלאומי בע"מ

כדי לשלול את האפשרות לטעון לקיומה של הפרת חוזה בגין "מכירת יתר" ביחס לאותה תקופה, ואותו מרכיב שירות, אשר אליו מתייחסת התובענה.

24. לאור התשתית שהונחה לעיל, מתעוררת השאלה העובדתית העומדת בלב המחלוקת בתיק שלפניי: האם האטת הגלישה שהמבקשים, ולקוחות אחרים של המשיבה, חוו במחצית השנייה של חודש אוקטובר 2011 היא תוצאה של "מכירת יתר". לדיון בשאלה זו, אשר על פיה יקום וייפול גורלה של בקשת האישור, אפנה להלן. אקדים לכך, סקירה תמציתית של טענות הצדדים והתייחסות לשאלת נטל ההוכחה.

טענות הצדדים

25. טענות הצדדים הרלוונטיות להכרעה הן בתמצית כדלהלן:

א. טענות המבקשים: המבקשים טוענים כי המשיבה לא סיפקה במחצית השניה של חודש אוקטובר 2011 את מהירות הגלישה לה התחייבה בחוזים שלה מול חברי הקבוצה, וכתוצאה מכך חוו חלק ניכר מלקוחותיה איטיות חריגה בגלישה; המבקשים טוענים כי המשיבה הודתה מפורשות באיטיות ותירצה זאת ב"עומסים חריגים" שהסתיימו עם צאת חג הסוכות. ואולם, תופעה דומה לא ארעה אצל ספקיות אינטרנט אחרות, ואיטיות הגלישה המשיכה גם בשעות השפל, מה שמטיל צל כבד על נכונות טענת המשיבה; בניגוד למצופה המשיבה לא פעלה במידת המרץ והנחישות הדרושה לשם תיקון התקלה ואספקת מהירות גלישה לה התחייבה; המשיבה לא גילתה ללקוחותיה מיוזמתה אודות התקלה, ואף הודיעה כי אינה מתכוונת להחזיר כספים ולפצות את לקוחותיה; המשיבה לא דאגה כי המערכות שלה יעמדו בעומס התנועה והגלישה, כפי שהיה מצופה ממנה וכפי שהיא עצמה התחייבה בחוזים מול לקוחותיה; המבקשים טוענים כי עומס התנועה שנוצר בגלישה של לקוחות המשיבה נבע כתוצאה ישירה מכך שהקיבולת הבינ"ל שרכשה המשיבה הייתה מוגבלת, ולא יכלה לתמוך בכמות הלקוחות אשר גלשו. המבקשים מתבססים על הודעה לעיתונות אשר הוציאה המשיבה ביום 9.11.2011 על פיה בזק בינלאומי הגדילה בתוך שנה פי 3 את מספר לקוחותיה הגולשים במהירויות גבוהות. המבקשים טוענים כי עומס התנועה וההאטה במהירות הגלישה ברשת נגרמה כתוצאה ישירה מכך שהמשיבה מכרה את שירותיה לכמות גדולה יותר של לקוחות מזה שרוחב הפס שהיה ברשותה באותה עת יכול היה לתמוך.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

13 מרץ 2016

ת"צ 52979-11-11 בלומברג ואח' נ' בזק בינלאומי בע"מ

ב. טענות המשיבה: המשיבה טוענת כי היא לא הפרה שום חוזה, וכי במכתב ההצטרפות לשירותיה נכתב שהגלישה במסגרת החבילה היא עך למהירות הנקובה, ולא במהירות הנקובה; בחוזה בין הצדדים רשום כי השירותים נתונים, מעצם טבעם, להפסקות והפרעות, והמשיבה אינה מתחייבת לספק את השירותים באופן רציף וללא כל הפרעות; המשיבה טוענת כי גם אם היו הפרעות בגלישה ברשת האינטרנט במהלך חג הסוכות התשע"ב, הרי שאין בכך הפרה של החוזה ואין זה מקים עילת תביעה נגדה; מהירות הגלישה אינה תלויה רק במשיבה, אלא תלויה בגורמים נוספים שלמשיבה אין שליטה עליהם: ספק התשתית, העומס באתר אליו הלקוח גולש, העומס בצומת המידע באינטרנט המנתב את המידע לאתרים המבוקשים, בציוד של המשתמש ועוד.

נטל ההוכחה

26. כידוע, הנטל הראייתי בו על המבקש לעמוד על מנת לזכות באישור לניהול תובענה כייצוגית הוא הוכחת "אפשרות סבירה" לכך שהשאלות המשותפות בגינן ראוי לנהל את התובענה כייצוגית יוכרעו לטובת הקבוצה (סעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות). נטל זה הוא נטל ביניים, המחייב את מבקש האישור להביא ראיות וחוות דעת לביסוס עילת התביעה, ואולם אינו מטיל עליו עדיין את הנטל לשכנע בצדקת הקבוצה ברמת ההוכחה הדרושה לצורך קבלת טענותיה (לסוגיית נטל ההוכחה ראו רע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עמוסי, פסקה 15 (ניתן ב- 5.7.2012); ע"א 2718/09 "גדיש" קרנות גמולים בע"מ נ' אלסינט בע"מ, פסקה 29 (ניתן ב- 28.5.2012); רע"א 3489/09 מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' חברת צפוי מתכות עמק זבולון בע"מ (ניתן ב- 11.4.2013)).

27. כך במקרה הרגיל, ואולם בענייננו סבורני כי הנטל בו ראוי לבחון את בקשת האישור הוא גבוה יותר, ועומד על הרמה הדרושה לצורך קבלת טענותיה של הקבוצה בשים לב לחומר שלפני בית המשפט בשלב הדיון בבקשת האישור. במילים אחרות, על המבקשים לשכנע, בשים לב לחומר הראייתי שלפני בית המשפט בשלב זה, כי הם הוכיחו את טענות הקבוצה במבחן מאזן ההסתברות (ודוק, קביעה זו אין משמעה בהכרח שגם התובענה תוכרע לטובת הקבוצה, שכן ראיות נוספות שיובאו בשלב הדיון בתובענה גופה עשויות להטות את הכף לטובת הנתבעת). הטעם לכך הוא שבענייננו מונו בהסכמת המשיבה מומחים מטעם בית המשפט על מנת לבחון את טענות הקבוצה כבר בשלב בקשת האישור. משהסכימה המשיבה למהלך דיוני זה, הרי שראוי לייחס יתר משקל להליך המקדמי, ולבחון ביתר הקפדה את



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

13 מרץ 2016

ת"צ 52979-11-11 בלומברג ואח' נ' בזק בינלאומי בע"מ

סיכויי הצלחת התובענה, בטרם מתן אישור לניהולה. הטעם לכך כפול: ראשית, לפני בית המשפט מצויה חוות דעת אובייקטיבית, המאפשרת לקבוע ביתר וודאות את סיכויי הצלחת התביעה; שנית, ראוי לתמרץ משיבים להסכים למינוי מומחה אובייקטיבי כבר בשלב המקדמי, באותם מקרים בהם ההכרעה בגורל בקשת האישור כרוכה בבירור שאלה עובדתית מורכבת, אשר ללא הכרעה בה קשה להעריך את סיכויי התובענה.

דיון והכרעה

28. התנאי המרכזי לאישורה של תובענה כייצוגית הוא שהמבקשים הצליחו לשכנע, ברמת ההוכחה הדרושה, כי "התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה" (סעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות). בעניין שלפניי השאלה המהותית המשותפת היא עובדתית במהותה: האם האטת הגלישה, שהמבקשים ולקוחות אחרים של המשיבה חוו במחצית השנייה של חודש אוקטובר 2011, היא תוצאה של "מכירת יתר", דהיינו של הפרת התחייבותה של המשיבה לדאוג לקיבולת בינ"ל מספקת לציבור לקוחותיה. שאלה זו מתעוררת הן במסגרת העילה האישית של המבקשים והן במסגרת עילת התביעה שעשויה לעמוד לכל אחד ואחת מלקוחותיה של המשיבה בתקופה הרלבנטית. מכאן, שהנושא המרכזי אותו יש לבחון הוא האם המבקשים הצליחו לשכנע, על פי מבחן מאזן ההסתברויות (ראו פסקה 27 לעיל), כי השאלה האמורה צריכה להיות מוכרעת לטובת הקבוצה.

29. העמדת המחלוקת בצורה זו, על רקע התשתית הראייתית שלפניי, מלמדת כי המבקשים עמדו בנטל להוכיח, ברמת מאזן ההסתברויות, את הפרת התחייבויות המשיבה לציבור לקוחותיה בקשר לרכישת קיבולת בינ"ל. להלן הטעמים המצטברים המביאים אותי למסקנה זו:

ראשית, לא יכול להיות ספק כי הקיבולת הבינ"ל שרכשה בזק בינ"ל עובר לתקופה בה עסקינן לא הייתה מספיקה על מנת לשרת את ציבור לקוחותיה. הדבר ברור הן מהאטת הגלישה, בה הודתה גם המשיבה, והן מהעובדה כי בעקבות האטת הגלישה הגדילה המשיבה את הקיבולת הבינ"ל ב- 43.5%! (כפול ויותר מכל תוספת הקיבולת הבינ"ל שהוספה במהלך השנתיים שקדמו לכך).

שנית, הצורך בהגדלה ניכרת של קיבולת הבינ"ל נראה מתבקש בשל הגידול המשמעותי שחל במספר לקוחות המשיבה שעברו בתקופה שבין אוקטובר 2009 לבין אוקטובר 2011 מחבילות





בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

13 מרץ 2016

ת"צ 52979-11-11 בלומברג ואח' נ' בזק בינלאומי בע"מ

במהירות נמוכה (גלישה עד 10 מס"ש) לחבילות במהירות גבוהה (גלישה מעל 10 מס"ש). אמנע מחשיפת נתונים מספריים, ורק אציין כי אם באוקטובר 2009 רק 1.37% ממנויי המשיבה רכשו חבילות במהירות גבוהה, הרי שבאוקטובר 2011 כ- 38% מלקוחות המשיבה עברו לחבילות במהירות גבוהה. בעניין זה ציינו המומחים מטעם בית המשפט כי מהנתונים שהוצגו להם **"ניתן לראות בצורה מובהקת שמשתמשים בחבילות הגלישה הגבוהות אכן משתמשים ברשת האינטרנט בצורה נרחבת יותר מפי 3 מקצב המשתמשים המחוברים בחבילות גלישה נמוכות"** (עמוד 20 לחוות הדעת). אם כך, הרי שעצם שינוי זה היה צריך להביא להגדלה משמעותית מאד (קרוב להכפלה) בקיבולת הבינ"ל (וזאת אף אם מספר המינויים נותר קבוע). ואולם בפועל הקיבולת הבינ"ל עלתה בתקופה האמורה רק ב- 21%.

שלישית, בעיית "מכירת היתר" התפרצה במלוא עוזה במהלך חופש הסוכות, וכנראה כתוצאה מכך שמשתמשים רבים, שרכשו חבילות במהירות גבוהה, ביקשו לנצל את שירותי המשיבה על מנת להוריד מאתרים בחו"ל תכני אינטרנט "כבדים", הדורשים קיבולת בינ"ל משמעותית, כדוגמת צפייה בסרטוני וידאו בשיטת סטרימינג. ואולם, כשם שניתן להעריך שבחורף ירד גשם, ולהיערך בהתאם, כך גם ניתן להעריך עליה בביקוש לתכני אינטרנט בכלל, ולתכנים מאתרים בחו"ל בפרט, בתקופת חופשת חג הסוכות. לשון אחרת, עליית הביקוש אולי הייתה "עונתית", אך בשום פנים לא הייתה בלתי צפויה (השערה שהעלתה המשיבה, לפיה הגידול בביקוש לתכנים מאתרים בחו"ל נבע משחרורו הבלתי צפוי של גלעד שליט ב- 17.10.2011, אינה מתיישבת עם העובדה שהאטת הגלישה נמשכה 11 יום).

רביעית, האטה בגלישה אומנם לא הייתה קבועה, ואולם גם לא הייתה נקודתית. היא נמשכה על פני לפחות 11 יום, והגיעה לידי סיום (לדברי המשיבה) רק לאחר הגדלת הקיבולת הבינ"ל ב- 27.10.2011. ודוק, לו היה מדובר בעליה בלתי צפויה בביקוש עקב אירוע זה או אחר (כגון שחרור גלעד שליט), אזי יש להניח כי האטת הגלישה הייתה מוגבלת לסביבת הזמן בה התרחש אותו אירוע. התמשכותה של האטת הגלישה, לפי הודאת המשיבה עצמה, על פני תקופה של 11 יום היא עניין המוציא אותה מגדר תקלה נקודתית, והופכת אותה לכזו היכולה לשמש בסיס לטענה של "מכירת יתר".

חמישית, המומחים מטעם בית המשפט עמדו על כך שרישום עודף **"הוא הבסיס של כל שרותי התקשורת שהינם לא ייעודיים ללקוח (shared resources) למשל ברשת גישה לערוץ משותף (access network), רשת טלפוניה וגם ברשת אלחוטית"**. הם מציינים כי הדבר הוא בגדר כורח מבחינה **"מעשית-כלכלית"**, ומוסיפים כי **"מערכת תקשורת**



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

13 מרץ 2016

ת"צ 52979-11-11 בלומברג ואח' נ' בזק בינלאומי בע"מ

שמתוכננת היטב, אמורה לספק שרות תחת אילוץ של רישום [עודף], כך שמבחינת הלקוח הוא יקבל שרות ייעודי לפי חבילת הגלישה אותה רכש. במילים אחרות תכנון הנדסי טוב של מערכת בעלת רישום [עודף] של משתמשים צריכה להיראות אצל הלקוח כביכול כמערכת שמתוכננת לספק לו שירות ייעודי" (עמודים 5 - 6 לחוות הדעת).

בבואם להעריך את תכנון המערכת על ידי המשיבה נתקלו המומחים מטעם בית המשפט בקושי יישומי, הנעוץ בכך שהמשיבה לא יכלה לספק את הנתונים שהיו נחוצים למומחים (על כך ראו בהמשך). על כן לא יכלו המומחים מטעם בית המשפט לקבוע באופן נחרץ שהמשיבה ביצעה "מכירת יתר". ואולם בדיקתם גילתה כי המשיבה לא ביצעה בשעתו ניתוחי נתונים היכולים לשפר את התכנון ההנדסי של המערכת. כך, למשל, בזק בינלאומי מסרה שלא ביצעה פילוח של נתונים לפי מאפייני השימוש (כגון אחוז השימוש בווידאו מתוך סך השימושים). על כך העירו המומחים מטעם בית המשפט כי **"אנו מניחים שאילו היה נעשה שימוש במודלים כאלו של ניתוח תמידי של הרגלי הצריכה ניתן היה לתכנן טוב יותר מבחינת עמידה ביעדים של אספקת רוחב סרט מספק לכלל הלקוחות"** (עמודים 22 - 23 לחוות הדעת). ההדגשה במקור). בנוסף הצביעו המומחים מטעם בית המשפט על מספר טעויות משמעותיות בתכנון שכן בוצע על ידי בזק בינלאומי: התבססות יתר על שירותי מטמון (המשיבה החשיבה שירותי מטמון כשקולים להורדת תכנים מאתרים בחו"ל, כאשר מקובל להניח כי יעילותם של שירותי מטמון היא 80% בלבד. ראו עמוד 18 לחוות הדעת); יכולת מוגבלת בלבד של המערכת לספוג מצבי קיצון של גלישה מעבר לממוצע (15% בלבד לפי תשובת בזק בינלאומי), עניין שהינו בעייתי במיוחד בתקופות חגים (ראו עמודים 23 - 24 לחוות הדעת); אימוץ הנחת עבודה לפיה רכישת חבילת גלישה משופרת אינה מגדילה כמעט את היקף השימוש (השוו בין עדותו של המצהיר מטעם המשיבה בפרוטוקול 12.7.2012, עמוד 13 שורה 30 – עמוד 14 שורה 7 לבין האמור בעמוד 20 של חוות הדעת) וכיו"ב. כשלים אלו מתיישבים עם טענת המבקשים כי אין עסקינן בתקלה נקודתית, אלא במחדל מערכתי של "מכירת יתר".

ולבסוף, תכלית מינוי המומחים מטעם בית המשפט הייתה לאפשר להם לבצע הערכה של התנהלות המשיבה עובר לאוקטובר 2011, על מנת לבחון האם ביצעה "מכירת יתר". ואולם, כפי שצינו המומחים מטעם בית המשפט, בזק בינלאומי לא העבירה לרשותם את הנתונים הדרושים לצורך ביצוע הבדיקה האמורה, וטענה כי השמידה אותם לאחר החלפת מערכות התקשורת בעקבות המעבר לשימוש בכבל בזק בינלאומי בראשית שנת 2012. השמדת הנתונים צריכה כמובן לפעול נגד המשיבה, ולהעביר את נטל ההוכחה אליה, וזאת לאור דוקטרינת הנזק הראייתי, שהוצעה על ידי המלומדים פרופ' אריאל פורת ופרופ' אלכס שטיין, ואומצה על ידי בית המשפט העליון (ראו, למשל, ע"א 361/00 ד'אהר נ' יואב, פ"ד נט(4) 310



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

13 מרץ 2016

ת"צ 52979-11-11 בלומברג ואח' נ' בזק בינלאומי בע"מ

(2005); ע"א 916/05 כדר נ' פרופ' הרישנו (ניתן ב- 28.11.2007)). כך בוודאי כאשר התביעה שלפניי הוגשה בנובמבר 2011, כלומר זמן קצר מאד לאחר האירועים, ובמועד בו הנתונים בוודאי היו ברשות בזק בינלאומי. המשיבה טענה כי מאחר שבקשת האישור לא כללה תחילה טענה של "מכירת יתר", סברה שלא יהיה צורך בנתונים אלו. טיעון זה אינו משכנע, שכן די היה בעצם הגשת התביעה על מנת להעמיד את המשיבה על הצורך לשמור נתונים המתייחסים לתקופת ההאטה בגלישה. בוודאי שאין די בטיעון זה כדי למנוע את החלת דוקטרינת הנזק הראייתית. ראו לעניין זה הערת המומחים מטעם בית המשפט לפיה **"חשוב לנו לציין בדוח זה את חשיבות הנתונים והחובה לשמור אותם לתקופה ארוכה ומוגדרת"** (עמוד 25 לחוות הדעת).

30. נגד שיקולים כבדי משקל אלו מעמידה המשיבה מספר אינדיקציות נגדיות, שאין בהן כוח משכנע. **ראשית**, המשיבה הסתמכה על כך שהמומחים מטעם בית המשפט מצאו שמניתוח הנתונים שהעבירה המשיבה בדבר תלונות למוקד שירות הלקוחות **"לא ניתן לראות שקיימת בעיה קיצונית לכלל הלקוחות או לזהות מגמה ברורה"** (עמוד 13 לחוות הדעת). ואולם, אינדיקציה זו היא כמעט חסר משקל, כבר מהטעם שהמשיבה הודתה בקיומה של האטה בגלישה, והמחלוקת בתיק זה התייחסה בעיקרה לשאלה אם מדובר בתקלה נקודתית ובלתי צפויה או בכשל בחיזוי העומס. בעניין זה אין תלונות הלקוחות יכולות ללמד דבר. מעבר לכך לא הוצג ניתוח מפורט של נושא זה על מכלול היבטיו (כגון זמן ההמתנה במוקד שירות הלקוחות של המשיבה), והמומחים מטעם בית המשפט ציינו כי ניתוח תלונות הלקוחות בוצע על ידי המשיבה, והוא עניין החורג מתחום התמחותם, שהינו הנדסת מערכות תקשורת (ראו עמוד 14 לחוות הדעת). **שנית**, בזק בינלאומי אוהזת כמוצאת שלל רב בכך שבתשובתם לשאלות המבקשים הצביעו המומחים מטעם בית המשפט על מאמר בו צוין כי **"לעיתים הערכים המקובלים ביחס ל[רישום עודף] יכולים להגיע ב- ISP's ליחס סביב 100. מכאן, קשה לקבוע כי הערכים הגבוהים שחושבו ב[חוות הדעת] בהכרח מצביעים על מכירת יתר"** (עמוד 2 לתשובות המומחים. וראו גם עמוד 8 לתשובות המומחים. יצוין כי בחוות הדעת חושבו יחס רישום עודף של 72 ביחס לכלל לקוחות המשיבה תחת הנחות שונות). ואולם, עיון בחוות הדעת ובתשובות המומחים מלמד כי המומחים מטעם בית המשפט סברו שאין באפשרותם להעריך לפי יחס זה את השאלה אם בזק בינלאומי ביצעה "מכירת יתר", במיוחד בהעדר ניתוח של אופי התעבורה של הלקוחות, והשנויים שחלו בו לאורך זמן.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

13 מרץ 2016

ת"צ 52979-11-11 בלומברג ואח' נ' בזק בינלאומי בע"מ

31. טענה אחרת שהעלתה המשיבה היא כי גם אם הייתה "מכירת יתר" מצידה, הרי הדבר אינו מקים עילת תביעה, מאחר שהאטת הגלישה נמשכה תקופה קצרה (11 יום) בלבד. אין בידי לקבל טענה זו. האטת הגלישה היא הנזק, לא ההפרה. ההפרה היא אי העמדת תשתית מספקת בהתאם להתחייבויותיה החוזיות של בזק בינלאומי כלפי ציבור לקוחותיה. ממילא משהוכחה העילה, השאלה אם הנזק הוא לתקופה קצרה או ארוכה קשורה לשאלת הסעד ולא לעצם קיום העילה. ודוק, מוכן אני להניח כי האטת גלישה של מספר שעות, לא תהווה, במקרה הרגיל, בסיס מתאים להגשת בקשה לאישור תובענה כייצוגית. ואולם, הטעם לכך הוא שהאטה כזו היא, לרוב, תוצאה של תקלה או אירוע בלתי צפוי, ואין בה כדי להוות אינדיקציה לביצוע "מכירת יתר" מצד ספק שירותי האינטרנט. לעומת זאת, כפי שצוין לעיל, התמשכות האטת הגלישה על פני קרוב לשבועיים, ופתרונה באמצעות הגדלה דרסטית של המשאבים המועמדים לשירות הלקוחות, מהווה באופן מובהק ראיה ל"מכירת יתר".

32. **סיכומו של דבר**, הראיות שהובאו לפני בית המשפט, מובילות למסקנה כי בשלב זה עמדו המבקשים בנטל המוטל עליהם לשכנע כי המשיבה ביצעה עובר למחצית השנייה של אוקטובר 2011 "מכירת יתר", ובכך הפרה את התחייבותה כלפי ציבור לקוחותיה לדאוג לקיום תשתית ראויה למתן שירותיה. ביטויה הקונקרטי של הפרה זו במקרה שלפניי הוא התרשלותה של המשיבה מלדאוג לקיום קיבולת בינ"ל מספיקה. ודוק, נטל ההוכחה בו עמדו המבקשים במקרה זה הוא הנטל המחמיר שסברתי כי ראוי להטיל עליהם לאור הסכמת המשיבה להגשת חוות דעת מומחים מטעם בית המשפט בשלב בקשת האישור, דהיינו הוכחת טענות הקבוצה, בשים לב לראיות שהונחו לפני בית המשפט, ברמה של מאזן ההסתברויות.

33. המשיבה העלתה בתשובתה לבקשת האישור טענות נוספות בדבר אי התקיימות תנאים אחרים לאישור התובענה כייצוגית, אולם נראה כי בסיכומיה זנחה את מרביתן. מכל מקום, אינני סבור שהיה ממש בטענות אלו. הטענה המרכזית שלא זנחה בסיכומי המשיבה היא שבקשת האישור גם אינה עומדת בתנאי הקבוע בסעיף 8(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, דהיינו **"תובענה ייצוגית אינה הדרך היעילה וההוגנת לדון בעניין"**. הטעם לכך הוא שהמשיבה סבורה כי מאחר שלא ניתן לדעת כיצד השפיעה האטת הגלישה על כל אחד מלקוחותיה, הרי שלא ניתן יהיה להגדיר את גודל הקבוצה, והנזק שנגרם לכל אחד מחבריה. טענה זו לא ניתן לקבל. ככל שיקבע בתום ההליך כי המשיבה הפרה את התחייבויותיה לציבור לקוחותיה, ולא העמידה משאבים (קיבולת בינ"ל) התואמים את התחייבויותיה, הרי שלכל אחד ואחת מלקוחות המשיבה בתקופה הרלבנטית תהיה עילת תביעה בגין שירות לקוי שניתן לו, וזאת בין אם נזקק לשירות ובין אם לאו.





בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

13 מרץ 2016

ת"צ 52979-11-11 בלומברג ואח' נ' בזק בינלאומי בע"מ

על מנת להדגים זאת, הניחו כי המשיבה לא הייתה נותנת כלל שירותי אינטרנט בתקופה הרלבנטית. ברור וגלוי כי במקרה זה היה זכאי לסעד לא רק לקוח של המשיבה שביקש להשתמש בשירותים באותה תקופה, אלא גם לקוחה של המשיבה שלא נזקקה כלל לשירותיה באותה תקופה (למשל, מאחר ששהתה בחו"ל). כך, שניהם יהיו זכאים להשבה של החלק היחסי של הכספים ששילמו בגין השירות שלא ניתן, או, לחילופין, לחסכון ההוצאות שצמח למשיבה מכך שנמנעה מלתת את השירות. אם כך כשהשירות כלל לא ניתן, מדוע שלא יינתנו סעדים בהיקף הולם (קרי, בהיקף מצומצם יותר המביא בחשבון את ההיקף החלקי של השירות שניתן) בגין אספקת שירות לקוי? (לדיון בסעד בנסיבות של מתן שירות לקוי ראו דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור, **דיני עשיית עושר ולא במשפט** 557 – 559 (מהדורה שלישית, התשע"ה)).

ודוק, לקוח שזקק לשירותי המשיבה, ונכזב, עשוי להיות זכאי לסעדים נוספים, כגון עוגמת נפש. סעדים אלו יתכן שקיים קושי לתבוע במסגרת תובענה ייצוגית, ואולם שעה שקיימים סעדים שניתן לתבוע ללא קושי מיוחד, אינני רואה הצדקה לעסוק בשאלה זו בשלב הנוכחי.

סוף דבר

34. לאור כל המפורט לעיל יש מקום לאשר את ניהול התובענה כייצוגית, וזאת בהתאם למפורט להלן:

א. **חברי הקבוצה**: כל לקוחות שירותי האינטרנט של בזק בינלאומי בתקופה שבין 16.10.2011 ל- 27.10.2011.

ב. **התובעים המייצגים**: מר מרק בלומברג ומר גיא שיריזלי.

ג. **באת הכוח המייצגת**: עו"ד רחלי קלקנר.

ד. **עילת התביעה בגינה מאושרת התובענה כייצוגית**: הפרת חוזה בכך שביצעה "מכירת יתר" של שירותי אינטרנט.

ה. **הסעדים הנתבעים**: פיצויים והשבה לטובת חברי הקבוצה.

35. בהתאם לסמכותי לפי סעיף 23 לחוק תובענות ייצוגיות הריני לפסוק לבאת הכוח המייצגת שכר טרחה בגין טיפולה בתובענה עד לשלב זה בסכום כולל של 80 אלף ש"ח בתוספת מע"מ. כן תשיב המשיבה למבקשים את הסכומים ששילמו למומחים מטעם בית המשפט.





בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

13 מרץ 2016

ת"צ 52979-11-11 בלומברג ואח' נ' בזק בינלאומי בע"מ

36. באת הכוח המייצגת תפרסם הודעה בדבר אישור התובענה כייצוגית, כאמור בסעיף 24 לחוק תובענות ייצוגיות. נוסח ההודעה יכלול את הפרטים הנדרשים על פי סעיף 14(א) לחוק, וכן הבהרה בדבר זכותו של כל חבר בקבוצה לצאת מהקבוצה לפי סעיף 11 לחוק תובענות ייצוגיות. גודל ההודעה ונוסחה יתואם בין באת הכוח המייצגת לבין באי כוח המשיבה. ההודעה תפורסם באחד מארבעת העיתונים הגדולים בישראל, ואחד משלושת העיתונים הכלכליים הגדולים לפי בחירת באת הכוח המייצגת. נוסח ההודעה וגודלה יובאו על ידי באת הכוח המייצגת לאישור בית המשפט בתוך 14 יום ממועד מתן החלטה זו. המשיבה היא זו שתישא בעלויות פרסום ההודעה.

37. התובענה נקבעת לדיון קדם משפט ליום 5.4.2016 בשעה 10:00.

38. המזכירות תעביר עותק של החלטה זו למנהל בתי המשפט על מנת שיעדכן את פנקס התובענות הייצוגיות.

תז"פ 27.3.16

ניתנה היום, ג' אדר ב' תשע"ו, 13 מרץ 2016, בהעדר הצדדים.




פרופ' עופר גרוסקופף,
שופט