

26.03x31.13	1	17	עמוד	גלובס - כותרת	03/10/2018	65381826-9
למשפט ועסקים ד"ר יעד רותם - סגן דיין הפקולטה למשפט - 26330						

בעקבות פסה"ד של העליון בנושא התנתקות מחברת תקשורת

"תקלות נקודתיות": הפטנט החדש של חברות התקשורת לעכב ניתוק לקוחות?



לקוח של חברה המספקת שירותי תקשורת מבקש להתנתק מן השירות. חוק הגנת הצרכן קובע, כי מעת שמסר הלקוח "הודעת ביטול" יש לנתקו בתוך שלושה ימי עסקים. חלק מן הלקוחות שביקשו להתנתק משירותי החברה המדוברת התלוננו כי החברה נמנעה מלנתקם גם לאחר שעמדו על דרישתם במסגרת "שיחת שימור". החברה טענה, כי אמנם מתרחשות לעיתים "תקלות נקודתיות" בשיחות שימור - שהן מותרות על-פי החוק - אך החברה אינה נוקטת מדיניות כללית המקשה על ביצוע ההתנתקות. למשל, בניגוד לטענה, נציגיה אינם מפגינים "נטייה" לפרש את דברי הלקוח בשיחת השימור כחזרה מהודעת הביטול שמסר.

האם במצב דברים זה ניתן להגיש בקשה לתביעה ייצוגית נגד החברה? שאלה זו מתחדרת נוכח העובדה כי לקוחות רבים מדווחים על בעיה דומה - חברות שאינן ממהרות לאפשר ללקוח להתנתק, ומערימות עליו קשיים שונים, באופן המעורר לעיתים חשש לקיומה של מדיניות שיטתית בנושא. "שיטת מצליח", בשפה עממית.

עיקר הקושי המשפטי מתנקז לסוגיה הראייתית. מה על התובע הייצוגי להראות - בשלב הבקשה לאישור התובעה כייצוגית - כדי לבסס את הטענה כי אוסף "תקלות נקודתיות" מצדיק בירור של התביעה במסגרת ייצוגית, ולא במסגרת של תביעות אישיות נפרדות בגין כל תקלה? המשפט, כפי שהרגים פסק-הדין שנתן בית-המשפט העליון בעניינו של נוחי דנקנר, מגלה חשדנות כלפי צירופי מקרים, אפילו בהקשר הפלילי המחמיר.

אך לפי החוק, כדי להביא לאישור תובענה כייצוגית נדרש התובע להצביע, בין היתר, על קבוצה (למשל, של צרכנים הטוענים כי החברה הנתבעת שגתה בהבנת דבריהם בשיחת השימור), וכן על סוגיה משותפת המתעוררת ביחס לכל חברי הקבוצה. בהקשר זה, התובענה תאושר כייצוגית רק אם "התקלה הנקודתית" לא הייתה מקרה, אלא פרי מדיניות שנהגה בחברה. אוסף תקלות נקודתיות, שלכל אחת מהן גורם שונה, אינו יכול להביא לאישור תובענה כייצוגית, כי בירור כל אחת מהתקלות מצריך בירור עובדתי נפרד בבית-המשפט של הגורמים לה. ומכיוון שתקלות הן לעיתים בלתי



סולברג. העליון מקשה על הגשת ייצוגית בנושא צילום: פילאש 90

להוביל לדרך ללא מוצא - התובענה תאושר כייצוגית, אך כיצד תוגדר קבוצת התובעים הרלבנטית באין ראיות רלבנטיות לגבי אלו הצרכנים להיכלל בה? על רקע זה, קבע בית-המשפט כי העברת הנטל הראייתי לחברה הנתבעת תיעשה, ככלל, רק אם יציג התובע הייצוגי חוות-דעת מומחה המעידה על חריגה מובהקת מהמקובל, במובן הסטטיסטי, בהיקף "התקלות הנקודתיות" לגבי החברה הנתבעת. עם כל הכבוד, עמדה זו של בית-המשפט, אינה משכנעת. מהבחינה העקרונית, קשה להבין מדוע לא ניתן לדרוש מהחברה הנתבעת, כחלק מהעברת הנטל הראייתי אליה, להביא כעדים כמה מעובדיה שהיו מעורבים בשיחות השימור ובאותן "תקלות נקודתיות", או הקלטות של שיחותיהם עם הלקוחות. אדרבא, במסגרת חקירה נגדית של עדים, שהנתבעת עצמה יכולה לבחור, אפשר יהיה לחשוף אם הייתה זו, למשל, חוסר מקצועיותו של העובד, או מדיניותה של החברה, לרבות "רוח המפקד", שהיו המקור לתקלה הנקודתית. ואם חוות-דעת מומחה היא הראיה העשויה להכריע בשלב זה, מדוע שנטל הבאת חוות-דעת מומחה, העולה ממון רב, לא יוטל על כתפי החברה הנתבעת?

ברומה, לחברה הנתבעת נגישות עדיפה לראיות נוספות שיש בהן כדי להאיר את תעלומת התקלות הנקודתיות: היקפן, מקורן, המענה שניתן להן, וכו'. ראיות אלו יבהירו גם מהו גודל הקבוצה.

הפרה לכאורה את הדין במכוון

נציין, כי בתנאי תחרות קשים, כמו התחרות בענף שירותי התקשורת, רק

נמנעות (ומצב של "אפס תקלות" אינו רצוי בהכרח, מכיוון שעלויותיו יגולגלו מן הסתם אל הצרכנים) ומכיוון שלכל צרכן שבעניינו אירעה תקלה תוך הפרת הדין עומדת האפשרות להגיש תביעה אישית לפיצויים לדוגמה, שהיא עצמה יכולה להרתיע מלהפר את הדין - אין כאן עילה מספקת לאישור תביעה ייצוגית.

חריגה בהיקף "התקלות הנקודתיות"

בימים אלה פסק בית-המשפט העליון, בפרשת גרסט נ' 013 נטוויז'ן בע"מ, כי הגם שבין התובע הייצוגי לבין עוסקים כמו חברת התקשורת מן הדוגמה, קיימים פערי מידע - שהלוא תובע זה, כצרכן, אינו יכול לדעת מה מקור "התקלות הנקודתיות", ואילו החברה הנתבעת עשויה לדעת מה מקורן - הרי שכלל, ולמעט במקרים חריגים, אין להעביר את נטל הראיה מהתובע לחברה הנתבעת בסוגיית קיומה או היעדרה של מדיניות שיטתית המפירה את החוק.

זאת, קבע בית-המשפט, מכיוון שהעברת הנטל תחייב את החברה הנתבעת להוכיח עובדה שלילית - כי אין לה מדיניות מכוונת להפרת הדין - אף שבעניינים אלו, לסברת בית-המשפט, אין לנתבעת בהכרח ראיות ועובדות רלבנטיות להציג.

שנית, פסקו שופטי העליון, נעם סולברג, ג'ורג' קרא ויוסף אלרון, כי העברת נטל הראיה לנתבעת עלולה

החוק קובע כי מעת שנמסרה "הודעת ביטול" יש לנתק בתוך 3 ימי עסקים. חלק מהלקוחות התלוננו כי החברה נמנעה מלנתקם. החברה טענה, כי מתרחשות לעיתים "תקלות נקודתיות" בשיחות שימור. תביעה ייצוגית תאושר רק אם "התקלה הנקודתית" אינה מקרית אלא מדינית

בשירותי התקשורת, רק רגולציה "נשכנית" שתציף מהשטח תופעות "שיטות מצליח" אסורות, כפי שמראות התובענות הצרכניות, תוכל למונע "מרוץ לתחתית" לרעת הצרכנים. לצערנו, גישת ביהמ"ש תאפשר לעוסקים להפר הלאה את הדין, בנימוק של "תקלות נקודתיות"

רגולציה "נשכנית" שתציף מן השטח תופעות "שיטת מצליח" אסורות - כפי שמספקות התובענות הייצוגיות הצרכניות - תוכל למנוע "מרוץ לתחתית" לרעת הצרכנים. למרבה הצער, גישת בית-המשפט תאפשר לעוסקים להפר גם הלאה את הדין, בנימוק של "תקלות נקודתיות" ובחסות ערפל ראייתי שהתובע יתקשה לפוגג.

להיבט עקרוני זה נוסף את הנסיבות העובדתיות המיוחדות של המקרה, המייצרות הקשר. באותה פרשה התברר, כי החברה הפרה לכאורה את הדין במכוון בחלק מהעניינים הנוגעים למותר ולאסור בשיחות שימור: כך, נהליה הפנימיים של החברה קבעו, בניגוד לדין, כי "כל עוד הלקוח לא עבר שיחת שימור... המנוי לא מנותק". החברה אף נמנעה - שוב, בניגוד לחוק - מלנתק לקוחות כל עוד לא עברו "שיחת שימור", כגון, אם לא עלה בידי נציגיה ליצור קשר טלפוני עם הלקוח כדי לשומרו.

לכן אישר בית-המשפט תובענה ייצוגית נגד החברה, בעניין קבוצת לקוחות אלו. בנסיבות אלו, ראוי להעביר את נטל הראיה ולאשר את התובענה כייצוגית גם בעניין קבוצת הלקוחות שלגביה טענה החברה לאוסף של "תקלות נקודתיות". אם אמנם קיימות ראיות לכך שמדובר בתקלות מקריות, תתכבד החברה ותציג אותן כדי לסייע בחשיפת האמת. ●

הכותב הוא פרופסור למשפטים, דיין הפקולטה למשפטים של המרכז האקדמי למשפט ולעסקים ברמת-גן. גילוי נאות: הכותב היה בעבר לקוח של חברת נטוויז'ן