

קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006

אלון קלמנט*

- א. מבוא
- ב. העילות שמכוחן ניתן לתבוע בתובענה ייצוגית
1. עילות שהורחבו והאפשרות לתבוע בגין עוולות המוניות
 2. נטל ההוכחה לעניין עילת התביעה והחובה להחליף תובע מייצג אשר לא עמד בנטל זה
 3. השפעת החוק על תביעות לסעד שאינו כספי
- ג. תנאים לאישור התובענה כייצוגית
1. תנאים הנוגעים לתובענה
 - 1.1 שאלות משותפות
 - 1.2 אפשרות סבירה שהשאלות המשותפות יוכרעו לטובת הקבוצה
 - 1.3 דרך יעילה והוגנת
 2. תנאים הנוגעים לתובע ולעורכת הדין
 - 2.1 הדרישה לייצוג הולם ובתום לב
 - 2.2 התחשבות באינטרסים של הנתבע במסגרת הדרישה לייצוג הולם ובתום לב
 - 2.3 החלפת תובע מייצג או בא כוח מייצג
 3. הגנה על נתבע שיציבותו הכלכלית עלולה להיפגע
- ד. שכר טרחה לעורכת הדין ותגמול לתובע המייצג
1. שיקולים בקביעת שכר הטרחה לעורכת הדין ותגמול לתובע המייצג
 - 1.1 שיקולי תשומה
 - 1.2 שיקולי תפוקה לקבוצה המיוצגת
 - 1.3 שיקולי הכוונה ציבורית
 2. פסיקת התגמול ושכר הטרחה – מתוך הסכום שנפסק או בנוסף עליו, והקשר לפסיקת הוצאות כנגד התובע המייצג
 - 2.1 הפחתת שכר הטרחה מהסכום שנפסק בפסק דין
 - 2.2 אישור הפשרה והיחס למבנה שכר הטרחה שהוסכם
 3. כללים לפסיקת תגמול לתובע המייצג
 4. כללים בפסיקת שכר טרחה לעורכת הדין
 - 4.1 שכר טרחה באחוזים מול שיטת שכר שעה מותנה (lodestar)
 - 4.2 חישוב שכר הטרחה
 5. קביעת שכר הטרחה בשלב אישור התובענה כייצוגית
- ה. סיכום

* מרצה בכיר, המרכז הבינתחומי, הרצליה. אני מודה לשרון רבין מרגליות, לאוריאל פרוקצ'יה ולתמי סלע על הערותיהם למאמר, ולחננית לוגסי על סיועה המעולה במחקר. במהלך כתיבתו של מאמר זה השתתפתי בקבוצת דיון במסגרת המרכז לרציונליות באוניברסיטה העברית אשר דנה בנושא התובענות הייצוגיות. אני מודה לחברי הקבוצה על תרומתם לחשיבתי על הנושא. הדעות המובעות במאמר זה כולן, כמובן, שלי ובאחריותי בלבד.

א. מבוא

ביום 1.3.06 התקבל בכנסת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006.¹ חוק זה מבטל את חוקי התובענות הייצוגיות אשר היו בתוקף עד לאותו מועד (להלן: "חוקי התובענות הייצוגיות")² וקובע הסדרים חדשים להגשתן ולניהולן של תובענות ייצוגיות. החוק שהתקבל עונה לקריאתו של בית המשפט העליון ברע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכו' אדם בע"מ³ לצורך בהסדר כולל ואחיד של נושא התובענות הייצוגיות.⁴ החוק קובע מנגנון מפורט להגשתה ולניהולה של התובענה הייצוגית, ומתווה מערכת איזונים שמטרתה, לפי סעיף 1 לחוק, לקבוע כללים אחידים להגשה ולניהול של תובענות ייצוגיות לשם שיפור ההגנה על זכויותיהם של תובעים פוטנציאליים. עם זאת, החוק הנו תוצאה של פשרה בין חברי ועדת חוקה חוק ומשפט לבין נציגי משרד המשפטים. מטרתם של חברי ועדת חוקה חוק ומשפט בפשרה זו הייתה להעביר את החוק עוד בכנסת השש־עשרה על מנת לשפר את מצבו של האזרח ביחס למצב שנהג לפני קבלתו.⁵ לשם כך היו צריכים להתפשר עם נציגי משרד המשפטים, ובעקבות זאת צומצמה תחולתו של החוק על המדינה כנתבע, הוקנו למדינה ולנתבעים מוסדיים גדולים אחרים (כגון בנקים וחברות ביטוח) הגנות מפני תובענה ייצוגית, הן בשלב הבקשה לאישור התובענה כייצוגית והן בעת מתן פסק הדין, והוגדרה מסגרת מוגבלת של עילות שבהן ניתן לתבוע בתובענה ייצוגית.

מאמר זה בוחן כמה שאלות יסוד בפרשנותו של החוק תוך ניסיון לממש את מטרותיו: אחידות בכללי התובענות הייצוגיות ושיפור ההגנה על זכויות; מימוש זכות הגישה לבית המשפט; אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו; מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין; וניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות. תשובותיהם של בתי המשפט לשאלות הפרשניות הרבות שמציב החוק יקבעו אם יצליח החוק להשיג את מטרותיו אלה. המאמר מתווה קווים מנחים לפרשנות החוק מתוך ראייה תאורטית רחבה של מוסד התובענה הייצוגית על יתרונותיו ועל מגבלותיו.

- 1 החוק פורסם ביום 12.3.2006, ס"ח 2054, 264 (להלן: "חוק התובענות הייצוגיות" או "החוק").
- 2 כמה סעיפים בחוקים אלו נותרו על כנם. לבחינת השינויים שעשה החוק החדש ראו ס' 32-43 לחוק.
- 3 פ"ד נו(3) 220 (2003) (להלן: עניין אשת); ראו גם דנ"א 5161/03 א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכו' אדם בע"מ נ' מדינת ישראל, תקע"ל (3)05 (2005), המאשר את דעת הרוב בערעור.
- 4 כרבדיה של השופטת ביניש בעניין אשת, שם, בעמ' 274: "רואה אני לשוב ולהדגיש כי אף אני ברעה שיש להכיר במוסד התובענה הייצוגית בשיטתנו. נושא נכבד זה מחייב הסדרה כוללת וקביעת עקרונות אחידים לבחינה מלאה ורחבה יותר של האפשרות להגיש תובענה ייצוגית גם בתחומים שטרם הוסדרו על ידי המחוקק, כגון תובענות נגד המדינה ורשויות הציבור, וגם בתחומים שהוסדרו על-ידי המחוקק אך לא באופן מלא. פיתוחו של מוסד זה ראוי לתשתית חקיקתית הולמת, שתקבע את מערכת האיזונים המתאימה למימוש אפקטיבי של זכות הגישה לבית המשפט, ואשר תבטיח את קיומו של מנגנון אכיפה והרתעה יעיל לשם הגנה על אוכלוסיות חלשות ומגיעת שימוש לרעה בתובענה הייצוגית".
- 5 ראו דברי יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט, ח"כ מיכאל איתן, בקריאה שנייה ושלישית להצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005, ד"כ, התשס"ו 81-82, www.knesset.gov.il/plenum/data/00634906.doc

פרק ב' של המאמר בוחן את מסגרת העילות שמכוחן ניתן לתבוע על פי החוק. פרק ג' מנתח את התנאים לאישור התובענה הייצוגית. פרק ד' מנתח בהרחבה כיצד צריכים בתי המשפט לפסוק את שכר הטרחה לעורכת הדין המייצגת את הקבוצה ואת התגמול לתובע המייצג. פרק ה' מסכם.

מפאת קוצר היריעה, מתמקד המאמר בתובענות ייצוגיות המוגשות נגד נתבעים מן המגזר הפרטי, ומותיר את הדיון בתובענות ייצוגיות נגד המדינה ורשויותיה למחקר עתידי.⁶ כמו כן, נמנע מאמר זה מלדון בנושאים רבים הנדרשים להפעלת החוק החדש כדוגמת: הפשרה והפיקוח עליה; הבחירה בין תובענה בדרך של הצטרפות (opt in) לתובענה בדרך של פרישה (opt out); בחירה בין כמה תובענות שהוגשו באותו הנושא; הקרן למימון תובענות ייצוגיות; הוראות המעבר ותחולתן על תובענות עומדות וקיימות ועוד.

ב. העילות שמכוחן ניתן לתבוע בתובענה ייצוגית

הצעת החוק אשר עברה בקריאה ראשונה בכנסת⁷ וכן הצעת החוק שגובשה מאוחר יותר בוועדת המשנה לעניין תובענות ייצוגיות (להלן: "ועדת המשנה")⁸ קבעו הסדר כללי המאפשר הגשת תובענה ייצוגית בכל עילה ונגד כל נתבע. עקב הפשרה בין הצעת החוק של הוועדה לבין הצעת החוק הממשלתית,⁹ הוגבלה האפשרות להגיש תובענה ייצוגית מכוח העילות המפורטות בתוספת השנייה לחוק. השוואה בין העילות המפורטות בתוספת השנייה לבין העילות שמכוחן ניתן היה להגיש תובענות ייצוגיות לפני קבלת החוק, מצביעה על כמה קטגוריות שעל פיהן ניתן לחלק תביעות אלה. קטגוריה ראשונה היא של עילות תביעה חדשות אשר שלא היו קיימות בחוקי התובענות הייצוגיות. בקטגוריה זו נכללות בעיקר עילות שונות מתחום יחסי העבודה.¹⁰ השפעותיה האפשריות של התובענה הייצוגית בתחום דיני העבודה נבחנו על ידי מאמר נפרד, אשר נכתב במקביל לכתבתו של מאמר זה.¹¹ קטגוריה שנייה היא של עילות תביעה אשר מסגרתן נותרה כפי שהייתה לפני קבלת החוק. בקטגוריה זו נמצאות תובענות ייצוגיות שהוגשו מכוח החוקים הבאים: חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988; חוק החברות, התשנ"ט-1993;

6 הפרדה זו עוקבת אחר ההפרדה שיצר החוק, אשר בהוראות שונות הקנה למדינה חסינות כמעט מוחלטת מפני תביעות נגדה. דיון בתובענות ייצוגיות נגד המדינה דורש, לגישתי, דיון נורמטיבי בשאלה עד כמה ראויה החסינות אשר ניתנה למדינה, וכן דיון במכשירים אלטרנטיביים לתביעה נגדה לאור חסינות זו. יריעתו של מאמר זה אינה מספיקה לצורך דיון מעמיק בשאלות אלה.

7 הצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005, ה"ח 93, 232.

8 את ההצעות השונות שגובשו בוועדת המשנה ניתן לראות ב: www.knesset.gov.il/committees/heb/material/data/H01-03-2006-13-56-20_mlia.doc.

9 הצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, ה"ח הממשלה 234, 256. כמו כן ראו תזכיר החוק מיום 28.2.2005, אשר נמצא על אתר משרד המשפטים www.justice.gov.il MOJHeb/TazkireiHok

10 לעילות מתחום דיני העבודה נוספה גם תביעה בעילה לפי חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000.

11 אלון קלמנט ושרון רבין מרגליות "תובענות ייצוגיות בדיני עבודה – האם השתנו כללי המשחק?" (לא פורסם).

חוק השקעות משותפות בנאמנות, התשנ"ד-1994; פרקים ה' ו'ה' לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998; חוק שידורי טלוויזיה (כתוביות ושפת סימנים), התשס"ה-2005 (להלן: "חוק שידורי טלוויזיה"); הוראות הנגישות לפי חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965; וחוק שכר שווה לעובד ולעובדת, התשנ"ו-1996 (להלן: "חוק שכר שווה").

קטגוריה שלישית היא של עילות תביעה בנושאים אשר ניתן היה לתבוע בהם בתובענה ייצוגית לפי חוקי התביעות הייצוגיות, אולם החוק החדש הרחיב את מסגרתן ותחולתן. בקטגוריה זו נכללות תביעות צרכניות, תביעות בנושאי ביטוח ובנקאות ותביעות בנושאים הקשורים במפגעים סביבתיים.

חלק ב.1 להלן מנתח את העילות שהורחבו מתוך השוואה למצב החוקי שקדם לקבלתו של החוק החדש. חלק זה מצביע בפרט על האפשרות לתבוע בתובענות ייצוגיות בגין עוולות המוניות, אפשרות שלא הייתה קיימת למעשה לפני קבלת החוק. חלק ב.2 דן במידת ההוכחה שנדרשת מהתובע המייצג להוכיח שקיימת לו עילה הנכנסת בגדר אחת מעילות התביעה המנויות בתוספת השנייה. בנוסף, דן חלק זה בחובתו של בית המשפט להחליף את התובע המייצג כאשר זה לא עמד בנטל האמור. חלק ב.3 מציע כי אף שהחוק הרחיב את מסגרת העילות שבהן ניתן לתבוע בתובענה ייצוגית, יש בו כדי לצמצם את אפשרות התביעה בתובענות שהסעד המבוקש בהן אינו כספי.

1. עילות שהורחבו והאפשרות לתבוע בגין עוולות המוניות

שני התחומים שזכו להרחבת עילות התביעה הם התחום הצרכני ותחום המפגעים הסביבתיים. בתחום הצרכני מאפשר החוק החדש הגשת תביעות נגד רשימת נתבעים: עוסק כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, מבטח או סוכן ביטוח, תאגיד בנקאי וחברה המנהלת קופת גמל.¹² המשותף לנתבעים אלה הוא הקשר שיש בינם לבין מספר גדול של לקוחות שלכל אחד מהם נגרם, בדרך כלל, נזק קטן מאחר שאותם נתבעים אינם מקיימים את חובותיהם החוקיות. מספר התובעים הגדול והנזק הקטן הנגרם להם, מונעים הגשת תביעות אינדיבידואליות ומצדיקים את השימוש במנגנון התובענה הייצוגית.

לפני קבלת החוק היו העילות לתובענות ייצוגיות נגד נתבעים אלה מוגבלות לעילות הנובעות מחוקים ספציפיים.¹³ הגבלה זו באה לידי ביטוי בעיקר בתביעות

12 פרטים 1-3 לתוס' השנייה לחוק.

13 ס' 35 לחוק הגנת הצרכן; ס' 16 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981 (להלן: "חוק הבנקאות"); ס' 62 לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח התשמ"א-1981 (להלן: "חוק עסקי ביטוח"); ס' 53 חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל), התשס"ה-2005; למגבלות אפשרויות התביעה עקב ייחוד העילה בחוקי התובענות הייצוגיות ראו, למשל, ע"א 04/3955 ריזול נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, תקיע'ל (3)05 (2005) 58 (דחיית בקשה לאישור תובענה ייצוגית עקב היעדר עילה לפי חוק הבנקאות); רע"א 2616/03 ישראלברט בע"מ נ' ריים, תקיע'ל (1)05 (2005) 3195 (דחיית בקשה לאישור תובענה ייצוגית עקב היעדר עילה לפי חוק ההגבלים העסקיים); ת"א 1228/00 אלרואי נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (לא פורסם, 21.6.2001). (דחיית בקשה לאישור תובענה ייצוגית עקב היעדר עילה לפי חוק הגנת הצרכן).

לפי חוק הגנת הצרכן, אשר דרש שהתובע יהיה צרכן כהגדרתו: "מי שקונה נכס או מקבל שירות מעוסק במהלך עיסוקו לשימוש שעיקרו אישי, ביתי או משפחתי"¹⁴, וכן צמצם את האפשרות לתביעה הייצוגית מכוחו אך ורק לעילות הנוגעות לשלב הטרם חוזי.¹⁵ כיום מאפשר חוק התובענות הייצוגיות לתבוע נתבעים אלה בכל עילה שהיא ובלבד שנושא התביעה יהיה עניין שבין הנתבע לבין התובע כלקוח, אם התקשרו בעסקה ואם לאו. שינוי זה מאפשר השגת שתי מטרות: הרתעה יעילה ומתן סעד הולם נגד כל אחד מהנתבעים המנויים לעיל. תחום נוסף שבו הורחבה האפשרות להגשת תביעות ייצוגיות הוא תחום המפגעים הסביבתיים. הבעיה העיקרית בהסדר התובענה הייצוגית שהיה קבוע בחוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), התשנ"ב-1992 (להלן: "חוק למניעת מפגעים סביבתיים") הייתה שהסדר זה לא אפשר לתבוע סעד כספי ופיצויים.¹⁶ בנוסף, ההסדר דרש מכל תובע המעוניין להיות מיוצג בתובענה הייצוגית (כיום התביעה הקבוצתית) להודיע על רצונו לעשות כן בכתב. דרך הצטרפות זו (opt in) הגבילה באופן משמעותי את מידת האפקטיביות של מנגנון התובענה הייצוגית.¹⁷

בניגוד לחוקי התובענות הייצוגיות אשר בוטלו עם קבלת החוק החדש, ההסדר שהיה קיים בחוק למניעת מפגעים סביבתיים נותר בתוקף ושמו הוסב ל"תביעה קבוצתית". בנוסף להסדר זה, מאפשר החוק החדש לתבוע בתובענה

14 זאת, לפי הגדרת צרכן בס' 1 לחוק הגנת הצרכן. לפרשנות הגדרת "צרכן" ראו המ' 97/28404 עודד בולדו עו"ד נ' רשות הנמלים והרכבות, פ"מ נח(1) 337, 345-346 (1999); ת"א (מחוזי ת"א) 1178/96 להב נ' יורקום תקשורת סלולרית (לא פורסם, 7.1.1997); הלל סומר "רימון יד שנצרתו נשלפה מגופו" - האומנם? - עשור לתובענה הייצוגית הצרכנית" דיני ודברים א 347, 363-367 (2004).

15 ראו ע"א 3613/97 אזוב נ' עיריית ירושלים, פ"ד נו(2) 787, 802 (1998): "ההתמקדות במסירת המידע בשלב הטרם-חוזי תוחמת את גבולות החוק בצורה ברורה למדי, לפיכך עילות שאינן באות בגדר שלב עיסקה זה לא ייכללו בחוק, וממילא לא יהיה ניתן להגיש בניגון תובענה ייצוגית"; משה בר-ניב (בורנובסקי) "גבולה של התובענה הצרכנית הייצוגית" עיוני משפט יט 251, 260-261 (1994). לביקורת על גישה מצמצמת זו ראו סיני דויטש דיני הגנת הצרכן כרך א - יסודות ועקרונות 403-404 (2001); אורנה דויטש מעמד הצרכן במשפט 252-254 (2002); סומר, שם, בעמ' 394-398.

16 לסקירת מגבלות התובענה הייצוגית מכוח החוק למניעת מפגעים סביבתיים ראו אלון קלמנט "גבולות התביעה הייצוגית בעולות המוניות" משפטים לד 301, 337-338 (2004).

17 בניגוד להסדר הצטרפות לקבוצה (opt in) הדורש מכל תובע להודיע על רצונו להצטרף לתביעה, ההסדר ההפוך, פרישה מן הקבוצה (opt out), קובע כי כל מי שנמנה עם הקבוצה שהגדיר בית המשפט בהחלטתו ולא הודיע על רצונו לצאת מן הקבוצה המיוצגת בתביעה, ייכלל בה. סעיף 11 לחוק החדש קובע כבררת מחדל הסדר של יציאה מן הקבוצה, אולם סעיף 12 מאפשר לבית המשפט לקבוע הסדר הצטרפות לקבוצה. אפשרות זו אינה חלה על תביעות בעילות המפורטות בתוספת השלישית. כאשר המידע בידי התובעים המיוצגים מועט, והאינטרס שלהם בתביעה נמוך, לא יודיעו דבר, אם ההסדר הוא הצטרפות לקבוצה ואם הוא יציאה ממנה. מאחר שזה המצב בדרך כלל בתביעות לפי חוק למניעת מפגעים סביבתיים, האפשרות של תביעות כאלה להתממש מועטה, תחת הסדר ההצטרפות לקבוצה בחוק זה. כך, חיפוש במאגר המידע נבו לפי הערך "חוק למניעת מפגעים סביבתיים" וגם "תביעה ייצוגית או תובענה ייצוגית" העלה שישה פסקי דין בלבד אשר עסקו בתובענות ייצוגיות לפי חוק זה.

ייצוגית בכל עילה ובלבד שתהיה קשורה למפגע סביבתי ותופנה נגד גורם המפגע, כמשמעותם בחוק למניעת מפגעים סביבתיים.¹⁸ עילת התביעה אינה מוגבלת, והיא כוללת אף את עוולות הרשלנות והפרת חובה חקוקה מכוח פקודת הנזיקין [נוסח חדש]. יש לשים לב לכך שהגדרתו של מפגע סביבתי בחוק למניעת מפגעים סביבתיים הנה רחבה וכוללת בין היתר תביעות בגין זיהום אוויר, מים, רעש, קרינה ופגיעה בסביבה החופית.

תוצאה אחת שמתקבלת משילוב הרחבת העילות בתחום הצרכני ובתחום המפגעים הסביבתיים, היא שניתן כיום לתבוע בתובענה ייצוגית בגין עילות מתחום העוולות ההמוניות כמו, למשל, תביעות בגין תאונות המוניות (כגון תאונות מטוסים), אסונות המוניים (כגון שרפות ענק) או עוולות חשיפה המונית (כגון תביעות בגין חשיפה לחומרים מסוכנים או שימוש בתרופות פגומות). חלק מתביעות אלה, דוגמת תביעות כנגד חברות תעופה, יצרני תרופות או חברות קבלניות, אפשר יהיה להגיש כתביעות צרכנית במסגרת פרט 1 לתוספת השנייה. חלק אחר, דוגמת תביעות בגין השלכת פסולת מסוכנת (כגון אסבסט) או בגין זיהום מי ים ונחלים (כדוגמת זיהום נחל הקישון), אפשר יהיה להגיש כתביעות בנוגע למפגע סביבתי לפי פרט 6 לתוספת השנייה.¹⁹

2. נטל ההוכחה לעניין עילת התביעה והחובה להחליף תובע מייצג אשר לא עמד בנטל זה

במצב החוקי שקדם לחוק החדש, כדי שתובענה תאושר כייצוגית היה על התובע המבקש לייצג את הקבוצה להיות בעל עילת תביעה אישית. בע"א 2967/95 מגן וקשת נ' טמפו בע"מ²⁰ נדרש בית המשפט העליון לשאלה מהו נטל ההוכחה הדרוש כדי לעמוד בתנאי מקדמי זה. בית המשפט העליון דחה את טענת התובעים שלפיה יש לברוק אם יש עילת תביעה אישית על פי אמת המידה שבה נבדקת בקשה לסילוק על הסף של תביעה רגילה, דהיינו על סמך האמור בכתב התביעה או בבקשה לאישור התביעה כתובענה ייצוגית.²¹ דעת הרוב קבעה כי מי שמבקש לאשר תובענה כייצוגית חייב לשכנע את בית המשפט במידת הסבירות הראויה – ולא על פי האמור בכתב התביעה בלבד – כי הוא עומד בכל התנאים לאישור התובענה כייצוגית לרבות הרדישה לקיום עילת תביעה אישית.

שאלה דומה עולה כיום לאור הוראת סעיפים 3 ו-4 לחוק החדש הדורשים את קיומה של עילת תביעה על פי אחת מהחלופות המנויות בתוספת השנייה, וכן שעילה זו תעמוד לתובע המייצג ככל שזה נכנס בחלופה הראשונה בסעיף 4(א) לחוק. לכאורה, ניתן להחיל את האמור בעניין מגן וקשת גם על דרישות אלו שבחוק החדש, אולם לגישתי יש טעמים להקל בנטל ההוכחה לקיומן. גישת הרוב בעניין מגן וקשת הייתה כי אף שבתביעה רגילה עומדת לתובע

18 ראו פרט 6 לתוס' השנייה לחוק.

19 לניתוח מעמיק של התובענה הייצוגית בתחום עוולות המוניות, ראו קלמנט, לעיל ה"ש 16.

20 פ"ד נא(2) 312 (1997) (להלן: עניין מגן וקשת).

21 שם, בעמ' 326–330.

זכות גישה לבית המשפט, התובענה הייצוגית נותנת זכות רק בידי מי שמבקש לייצג את הקבוצה – זכות התלויה באישור בית המשפט.²² מכך גזר בית המשפט העליון את ההבחנה בין הנטל המקל שנדרש, להוכחת עילה, מן התובע בתביעה רגילה, לבין הנטל הכבד יותר המוטל על המבקש לאשר את התובענה שהגיש כייצוגית.

החוק החדש הסיט את הדגש מתביעתו של התובע המייצג לתביעתם של התובעים המיוצגים ולזכות הגישה שלהם לבית המשפט. סעיף 1 לחוק קובע בין מטרות התובענה הייצוגית, את מימוש זכות הגישה לבית המשפט של קבוצת התובעים המיוצגים. בנוסף, התובעים המנויים בסעיף 4(א)(2) ו-4(א)(3) – רשות ציבורית או ארגון – אינם נדרשים לעמוד בדרישת העילה האישית. זכות הגישה של הקבוצה המיוצגת, שממנה התעלם בית המשפט בעניין מגן וקשת, היא שדורשת את הגנת בית המשפט ועליה מגן מנגנון התובענה הייצוגית. לאור סעיף המטרה בחוק ולאור הגדלת קבוצת הרשאים להגיש בקשה לתובענה ייצוגית, נראה כי יש מקום שבית המשפט ישקול לאמץ את נטל ההוכחה המקל הנבחן על סמך האמור בכתב התביעה.

אם תתקבל גישתי זו ואם לאו, נפקותו המעשית של נטל ההוכחה לעניין העילה האישית אינה גדולה כיום, לאור הוראת סעיף 8(ג)(2) לחוק. על פי סעיף זה, אם מוצא בית המשפט שהתקיימו כל התנאים המנויים בו לאישור התובענה כייצוגית²³ ולא מתקיימים במבקש התנאים הקבועים בסעיף 4(א) לחוק, עליו לאשר את התובענה כייצוגית אך להורות בהחלטתו על החלפת התובע המייצג. הלשון שנוקט סעיף 8(ג)(2) הנה לשון חובה שלפיה מחויב בית המשפט לאשר את התובענה הייצוגית ולהחליף את התובע המייצג.²⁴

חובה זו עולה בקנה אחד עם כוונתו של החוק לאפשר הגשתן של תובענות ייצוגיות התורמות לקידום המטרות המנויות בסעיף 1 לחוק. ראוי שתובענה העומדת בכל התנאים לאישורה כייצוגית, ושהטעם היחיד לפסילתה הנו אי-עמידתו של התובע המייצג בתנאי סעיף 4(א), תידון בבית המשפט. הואיל וכל שיש לעשות הוא להחליף את התובע המייצג, על בית המשפט לעשות כן. החובה להחליף תובע מייצג אשר אינו עומד בתנאי סעיף 4(א) תפחית גם את תמריציו של הנתבע להתמקד בתובע המייצג ובעובדות הקשורות בו במאמץ לרחות את אישורה של התובענה כייצוגית. נתבע שיודע שגם אם יצליח להוכיח שהתובע המייצג אינו עומד בתנאי סעיף 4(א) לחוק, יזכה לכל היותר לתובע אחר, יעדיף שלא להשקיע משאביו במהלך כזה. התוצאה היא שאם נטל ההוכחה לעניין קיומם של תנאים אלה ייבחן, על פי הבקשה לאישור וכתב התביעה, ואם נטל זה יהיה גבוה יותר, קטן היום הסיכוי לכך שתנאי זה הוא שיחסום את אישורה של התובענה כייצוגית.

22 שם, בעמ' 328.

23 ס' 8(א) לחוק. ראו ריון בתנאים אלה להלן בפרק ג'.

24 גם כאשר תנאים אחרים לאישור אינם מתקיימים, רשאי בית המשפט לאשר את התובענה הייצוגית ולהבטיח קיומם של תנאים אלה בדרך של צירוף תובע מייצג, בא כוח מייצג או החלפתם או בדרך אחרת. אולם במקרים אלה הלשון היא לשון רשות ולא חובה. ראו ס' 8(ג)(1) לחוק וריון להלן בחלק 2.3.

3. השפעת החוק על תביעות לסעד שאינו כספי

ההשוואה שלעיל בין המצב שנוצר לאחר קבלת החוק לבין המצב שקדם לו, התבססה על כך שמסגרת התובענה הייצוגית לפי תקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984²⁵ צומצמה בעניין אשת.²⁶ פסק הדין קבע שאי-אפשר לתבוע סעד כספי לפי תקנה זו ולפיכך, המסגרת היחידה האפשרית לתובענה ייצוגית לסעד כספי הייתה זו הקבועה בחוקי התובענות הייצוגיות. לפיכך ניתן להכליל ולומר שהחוק החדש הרחיב את האפשרות לתבוע סעד כספי בתובענה ייצוגית.

המצב החוקי בתובענות שהסעד המבוקש בהן אינו כספי – לרבות תובענות לסעד הצהרתי, צו עשה או צו מניעה – שונה. כדי לעמוד על כך יש לפנות לפסיקת בית המשפט העליון בע"א 79/69 פרנקישה פלצאיןדוסטרי מרקלה ושות' נ' רבינוביץ.²⁷ פסק הדין שלל את האפשרות להגשת תובענה ייצוגית מכוח תקנה 29 בתביעות שהסעד בהן אינו אחיד לכל התובעים המיוצגים. עם זאת, נקבע כי אילולא תבעו התובעים פיצויים באותו עניין "אלא תבעו, למשל, צרימניעה, אשר הוא, מטבע ברייתו, פועל לטובת כל הניזוקים כולם במידה שווה",²⁸ הייתה התביעה הייצוגית כשרה. בעניין אשת קבעה השופטת ביניש כי "מסכימה אני כי יש מקום לסטות מהלכת פרנקישה ולהרחיבה מעבר לתנאים שנקבעו באותו פסק-דין.²⁹ יוצא כי, לכאורה, גם לאחר מתן פסק הדין בעניין אשת נותרה בעינה האפשרות להגשת תובענה ייצוגית לסעד הצהרתי, צו מניעה או צו עשה, מכוח תקנה 29.³⁰

כיום, לאור הוראת סעיף 3(א) לחוק הקובעת כי "לא תוגש תובענה ייצוגית אלא בתביעה כמפורט בתוספת השניה או בענין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית", בוטלה האפשרות להגיש תובענה ייצוגית מכוח תקנה 29.³¹ תובענות שאינן נכנסות בגדר העילות המוגדרות בתוספת השנייה לחוק אינן יכולות להיות מוגשות כתובענות ייצוגיות, אף אם הסעד המבוקש בהן אינו כספי. זאת בניגוד למצב שהיה קיים לפני קבלת החוק. לכן ככל שהדברים

25 ק"ת 2220 (להלן: "תקנה 29").

26 עניין אשת, לעיל ה"ש 3.

27 פ"ד כג(1) 645 (1969) (להלן: הלכת פרנקישה).

28 שם, בעמ' 649.

29 עניין אשת, לעיל ה"ש 3, בעמ' 269.

30 יש לציין, עם זאת, שבעניין אשת ביטל בית המשפט העליון את אישור ניהול התובענה הייצוגית, לרבות האישור שניתן בבית המשפט המחוזי לניהול התובענה הייצוגית לשם מתן סעד הצהרתי. בהחלטתו האופרטיבית על ביטול החלטת האישור של בית המשפט המחוזי לא הבחין בית המשפט העליון בין האישור שניתן לצורך הסעד ההצהרתי לבין האישור שניתן לצורך סעד ההשבה הכספי.

31 לפי סעיף 2, סעיף ההגדרות בחוק, כוללת תובענה ייצוגית כל "תובענה המנוהלת בשם קבוצת בני אדם, שלא ייפו את כוחו של התובע המייצג לכך, ואשר מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה", ללא תלות בסעד המבוקש בתובענה. עם זאת, יש לשים לב לכך שהאפשרות להגשת תובענה ייצוגית, הקיימת באופן תאורטי לפי תק' 29, אם כי טרם נעשה בה שימוש עד היום, נשארה עומדת בעינה, שכן היא אינה נכללת במסגרת הגדרת תובענה ייצוגית בחוק. לאפשרות זו ראו: Assaf Hamdani, *The Class Defense*, 93 CAL. L. REV. 685 (2005).

אמורים בסעדים שאינם כספיים, פגע החוק במצבו של האזרח בניגוד לכוונתו המוצהרת של המחוקק.³²

ג. תנאים לאישור התובענה כייצוגית

משהוגשה בקשה לאישור תובענה ייצוגית אשר עילתה נכנסת בגדר רשימת העילות המנויות בתוספת השנייה, והמבקש נכנס בגדר אחת מהחלופות המנויות בסעיף 4(א) לחוק,³³ עליו לעמוד גם בתנאי סעיף 8 לחוק. פרשנותם של תנאים אלה צריכה מחד, להבטיח הגשתן של תביעות ייצוגיות ראויות ומאידך, לצמצם את הגשתן של תובענות בלתי ראויות. למעשה, על בית המשפט, הדן בבקשה לאישורה של תובענה ייצוגית, למזער שני סוגים של טעויות – אישורן של תובענות אשר לא היו צריכות להיות מאושרות כיייצוגיות ורחיית אישורן של תובענות אשר היה צריך לאשרן.

הדיון בתנאים אלה מתחלק לשלושה חלקים: חלק 1 דן בתנאים הנוגעים לתובענה ולמידת התאמתה לדיון בדרך של תובענה ייצוגית. חלק 2 דן בתנאים הנוגעים לתובע ולעורכת הדיון ולמידה שבה הם מעניקים ייצוג הולם וראוי לקבוצה המיוצגת. חלק 3 דן בסייג לאישור התובענה הייצוגית במקרים שבהם היא עלולה לגרום לנזק חמור לציבור הנזקק לשירותי הנתבע או לציבור בכללותו. כביתר המאמר, גם כאן, לא מתייחס הדיון לתביעות המוגשות נגד המדינה או רשויותיה.

32 ראו הצעת חוק תובענות ייצוגיות, לעיל ה"ש 7.

33 החלופה העיקרית נותרה זו שבה התביעה מוגשת על ידי תובע חבר בקבוצה המיוצגת. החלופה המאפשרת הגשת תביעה ייצוגית על ידי רשות ציבורית בתחום אחת המטרות שבהן היא עוסקת, מצומצמת בעיקר משום שרשימת הרשויות הציבוריות בתוספת הראשונה אינה כוללת את אותן הרשויות אשר תחומי עיסוקן רלוונטיים בנוגע למספר גדול של תובענות ייצוגיות, כגון הממונה על הגנת הצרכן, המפקח על הביטוח, המפקח על הבנקים, הרשות להגבלים עסקיים, הממונה על שוק ההון, רשם מאגרי המידע והרשות לניירות ערך. רשויות אלה כולן נכללו במסגרת התוספת הראשונה להצעת החוק כפי שהופיעה בתזכיר משרד המשפטים. בתמצית ישיבת ועדת המשנה מיום 11.1.2006 נכתב כי "התוספת צומצמה לאור בקשת חלק מהרשויות הציבוריות שלא להיכלל בה – והיא כוללת בנוסח שהוחלט עליו, את נציבות שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות, נציבות שוויון הזדמנויות בעבודה ורשות הטבע והגנים הלאומיים" וכן צוין כי "עמדת משרד המשפטים המעורכת הינה כי אין מקום לתת למדינה מעמד מיוחד להגיש תובענות ייצוגיות" www.knesset.gov.il/huka/; על הרציונל לבקשת הרשויות הציבוריות אפשר ללמוד מדבריה של היועצת המשפטית של הרשות להגבלים עסקיים אשר אמרה בפרוטוקול ישיבה מס' 5 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה"16, 85 (3.8.2005): "אני רק רוצה להעיר, אני ביקשתי והמדינה נענתה להוריד את ההגבלים העסקיים מהרשויות שמגישות בתביעה, משרד המשפטים הסכים איתי כשכותבים בתזכיר של משרד המשפטים, ההשלכות התקציביות של החוק הזה, שווה לקחת בחשבון שלהגיש תובענות ייצוגיות, זה משהו שדורש משאבים" www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/huka/2005-08-03.rtf, יש להדגיש עוד שהחלופה השלישית, המאפשרת הגשת תביעה לכל ארגון בתחום אחת המטרות הציבוריות שבהן הוא עוסק, מותנית בכך שבית המשפט ישתכנע שבנסיבות העניין קיים קושי להגיש את הבקשה על ידי תובע חבר בקבוצה, על פי החלופה הראשונה, וכן שהארגון עומד בהגדרה הקבועה בסעיף 2 ומחייבת, בין היתר, פעילות סדירה וממשית של שנה לפחות לקידום מטרה ציבורית אחת או יותר.

1. תנאים הנוגעים לתובענה

שלושה תנאים נדרשים מכוח סעיפים 8(א)(1) ו-8(א)(2) כדי להבטיח את התאמתה של התובענה לדיון בדרך של תובענה ייצוגית. ראשית, התובענה צריכה לעורר שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה. שנית, צריך שתהיה אפשרות סבירה ששאלות אלה תוכרענה בתובענה לטובת הקבוצה. שלישית, צריך שהתובענה הייצוגית תהיה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין.

1.1 שאלות משותפות

התנאי שלפיו צריך שהתובענה תעורר שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, היה קיים במרבית חוקי התובענות הייצוגיות אשר קדמו לחוק החדש.³⁴ ההבדל היחיד בנוסחו של תנאי זה לעומת הנוסח שנהג בחוקי התובענות הייצוגיות, הוא שהדרישה כיום הנה חלופית לשאלות מהותיות של עובדה או משפט, לעומת הדרישה המצטברת בחוקים הקודמים לשאלות מהותיות של עובדה ומשפט. לפיכך החוק החדש מקל, בעניין זה, עם המבקש לאשר את התובענה הייצוגית.³⁵

קיומן של שאלות משותפות עלול להיות בעייתי להוכחה בשלב הבקשה לאישור, במקרים שבהם אין מדובר בהתנהגות "עוולתית" אחת שגרמה נזקים למספר רב של תובעים, אלא בסדרה של התנהגויות דומות אשר כל אחת מהן פגעה בתובע אחד בלבד. דוגמה לכך היא כאשר הנתבע הוא בנק אשר פקידיו נהגו להתנות בין שני שירותים שהוצעו על ידם. התנהגותם זו יוצרת שאלה משותפת לכל הלקוחות שכלפיהם נהגו באופן זה. אולם בהיעדר ראייה לגבי הנחיה כללית שניתנה על ידי הבנק לפקידיו, יקשה על התובע המייצג להוכיח, בשלב מקדמי, שאכן התקיים נוהג כאמור. זאת להבדיל מפרסום מטעה, שבו עצמו יש כדי לפגוע במספר רב של לקוחות ושדי להוכחתו כדי להניח תשתית מספיקה לקיומן של שאלות משותפות לכל חברי הקבוצה.

נראה כי בדוגמה של התניית שירות בשירות על ידי פקידיו הבנק, צריך בית המשפט לדרוש מהתובע המייצג ראיות שפקידיו הבנק נהגו כך כלפי כמה לקוחות ולא רק כלפיו. אולם אין לדרוש ממנו להוכיח שנהגו כך כלפי כל הלקוחות או כלפי רובם. קיומו של נוהג שהתקיים כלפי כמה לקוחות, יכול לשמש ראייה מספקת לצורך אישורה של תובענה ייצוגית, אשר במסגרתה יבדוק בית המשפט אם נוהג כזה אכן התקיים.³⁶

34 למעט בחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, וחוק שכר שווה. ראו גם ניסוחו השונה של ס' 11(ב) לחוק למניעת מפגעים סביבתיים.

35 ראו הסבר לכך בתזכיר חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005, www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/6AB917CD-2A1B-4055-B77C-E8E9C2D2F6D9/0/tovannot_yetzogiot.pdf

36 בניגוד לחוקי התובענות הייצוגיות אשר דרשו שגודלה של הקבוצה יצדיק הגשתה של תובענה ייצוגית, אין בחוק החדש תנאי מפורש לעניין גודל הקבוצה. תנאי זה יבחן במסגרת התנאי הקבוע בס' 8(א)(2) לחוק ולפיו יש להוכיח שהתובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין. ראו קלמנט, לעיל ה"ש 16.

השאלה מי הם החברים בקבוצה שטוענת כי נעשתה כלפיה עוולה, אינה צריכה להיפתר בשלב האישור. ניתן להגדיר את הקבוצה ככוללת את כל מי שפעלו בדרך של התניית שירות בשירות כלפיו, ולהשאיר את זיהוים המדויק של חברי הקבוצה לשלב שלאחר ההכרעה בשאלות המשותפות בתובענה הייצוגית.³⁷ יתרה מכך, גם אם לאחר מתן הכרעה כאמור לא ניתן לזהות את חברי הקבוצה, יכול בית המשפט להורות על מתן כל סעד אחר לטובת הקבוצה, כולה או חלקה או לטובת הציבור, כאמור בסעיף 20(ג) לחוק. מכאן שבעיית הזיהוי אינה שוללת את אישורה של התובענה כייצוגית.

לבסוף, מובן שבכל תובענה ייצוגית תיתכנה שאלות שאינן משותפות לכל חברי הקבוצה המיוצגת. בדרך כלל תהיינה השאלות המשותפות קשורות לאחריותו של הנתבע, ואילו הסעדים הנתבעים על ידי כל אחד מהתובעים יהיו שונים. לכן ברור כי השונות בסעדים אינה יכולה, כשלעצמה, לעמוד בדרכה של התובענה לאישור כייצוגית.³⁸ על בית המשפט לבחון אם היתרון בניהול תובענה ייצוגית בשאלות המשותפות, עולה על החיסרון הנובע מהשונות בין התובעים בשאלות אחרות.³⁹ שאלה זו צריכה להיות מוכרעת במסגרת התנאי שהתובענה תהיה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת הנדונה, אשר נרון להלן.

1.2 אפשרות סבירה שהשאלות המשותפות יוכרעו לטובת הקבוצה

התנאי השני, שלפיו נדרשת אפשרות סבירה להצלחת התביעה, היה קיים רק בחלק מחוקי התובענות הייצוגיות.⁴⁰ עם זאת, בית המשפט העליון קבע כי התנאי חל אף במקום שבו הוא אינו מופיע מפורשות בחוק (כרוגמת חוק הגנת הצרכן) וזאת משום הרצינות של פרשנות אחידה לחוקי התובענות הייצוגיות.⁴¹ השאלה אם לכלול תנאי זה בין התנאים לאישור התובענה כייצוגית בחוק החדש, הייתה שנויה

-
- 37 לגישה זהה ראו MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION, FOURTH, §21.222, at 270-72 (2004) (להלן: "MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION").
- 38 ראו ס' 20 לחוק הקובע אפשרות להוכחת הסעד הכספי או סעד אחר על ידי כל אחד מהתובעים המיוצגים, לאחר מתן פסק הדין בתובענה הייצוגית; רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשין, פ"ד מט(5) 774, 788 (1996) (להלן: עניין טצת).
- 39 לדיון בתנאי זה ראו רע"א 8268/96 רייכרט נ' שמש, פ"ד נה(5) 276, 297-298 (2001); ע"א 1977/97 ברזני נ' בוק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נה(4) 584, 612-613 (2001); עניין טצת, שם, בעמ' 787.
- 40 התנאי לא היה קיים בחוק החברות (ולכן גם לא בחוק השקעות משותפות בנאמנות), בחוק הגנת הצרכן, בחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות (ולכן גם בחוק שידורי טלוויזיה), ובחוק שכר שווה.
- 41 ברע"א 6567/97 בוק – החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' עיזבון המנוח אליהו גת ז"ל, פ"ד נב(2) 713 (1998) (להלן: עניין בוק), קבעה השופטת שטרסברג-כהן, בעמ' 719 כי "ראוי לציין כי בחוק הגנת הצרכן, בניגוד לחוק ניירות הערך, אין דרישה להראות ש'קיימת אפשרות סבירה ששאלות מהותיות... יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה', ואולם אין ספק בעיניי, כי אף מחוק זה מתחייבת שקילת סיכויי התובענה כחלק משיקול-הרעת המופעל לצורך אישור התובענה כתובענה ייצוגית". גישה דומה הציגה השופטת שטרסברג-כהן גם בשאלת האגרה בתובענות ייצוגיות. ראו רע"א 7633/98 דיסקונט נ' שמש, תקעל(3)99, 886 (1999).

במחלוקת כבר בדיוני ועדת המשנה,⁴² והוחלט לבסוף לאמצו בנוסחו הנוכחי. אם כן, כיצר יבחן בית המשפט הן בבקשה לאישור התובענה הייצוגית את סיכויי הצלחתה?⁴³ לאור פרשנותו בעבר של בית המשפט העליון, ברי שאין להסתפק באמור בכתב התביעה ובבקשה לאישור התובענה כיייצוגית כאשר נבחנים סיכויי הצלחה של התובענה, ויש לקיים בידור עובדתי מעמיק יותר.⁴⁴ מטרתו של התנאי הדורש הוכחת אפשרות סבירה לזכייה בתביעה הנה להגן על נתבעים מפני הצורך להתמודד עם תובענות ייצוגיות סחטניות שסיכוייהן נמוכים. תובענות כאלה עלולות להטיל, על אף סיכוייהן הנמוכים, סיכון ועלויות גבוהים על הנתבע. אלו נובעים מהסכומים הגדולים שבהם עלול הנתבע לחוב, מהעלויות הישירות הכרוכות בהתגוננות מפני התובענה הייצוגית ומהנזקים העלולים להיגרם למוניטין שלו ולערך נכסיו ומניותיו בשוק (המשקפים את הסיכון האמור). ברצותו לצמצם סיכון ועלויות אלה, עלול הנתבע להסכים לפשרה עם התובע, המשקפת את הסיכון והעלויות, אולם אינה ראויה בהינתן סיכויי הצלחה הנמוכים של התובענה. פשרה כזו פוגעת באחת ממטרותיו העיקריות של החוק – אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו.⁴⁵

מנגד, בית המשפט העליון הרגיש כמה פעמים שאין להפוך את שלב האישור, שהנו שלב מקרמי, לדיון מלא בתובענה גופה.⁴⁶ לפיכך סיכויי הצלחה, שאותם יש להוכיח, אינם ברמה של מאזן ההסתברויות כפי שנדרש התובע להוכיח בתובענה גופה, אלא ברמה נמוכה יותר של "אפשרות סבירה להצלחה". הבעיה היא שגם דרישה מקלה זו עלולה במקרים מסוימים להביא את בית המשפט שלא לאשר תביעות כיייצוגיות, אף אם היה ראוי שיעשה כן.

42 ראו דיון בתנאי זה בדיוני ועדת המשנה פרוטוקול ישיבה מס' 8 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16 (22.9.2005) – www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/huka/2005-09-22.rtf; פרוטוקול ישיבה מס' 9 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16 (8.11.2005) – www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/huka/2005-11-08-01.rtf; פרוטוקול ישיבה מס' 16 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16 (26.1.2006) – www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/huka/2006-01-26-01.rtf.

43 לדיון באפשרויות הקיימות לבחינת סיכויי התובענה ראו: Geoffrey P. Miller, *Review of the Merits in Class Action Certification*, 33 HOFSTRA L. REV 51 (2004). יש להדגיש שה-FED. R. CIV. P. 23 (להלן: "כללי הפרוצדורה הפדרלית"), שעל פיו מוגשות תובענות ייצוגיות בארצות הברית, אינו דורש מבית המשפט לבחון את סיכויי התובענה להצלחה; יתרה מכך, בעניין Eisen v. Carlisle & Jacquelin, 417 U.S. 156, 177 (1974) נקבע כי: "A federal court may not conduct a preliminary inquiry into the merits of a suit in order to determine whether it may be maintained as a class action." עם זאת, בפועל ניתן למצוא גישות שונות בבתי המשפט הפדרליים בארצות הברית לבחינת סיכויי התובענה בשלב האישור, כמפורט במאמרו של Miller, שם.

44 ראו עניין מגן וקשת, לעיל ה"ש 20.

45 קלמנט, לעיל ה"ש 16, בעמ' 331-332.

46 ראו עניין מצאת, לעיל ה"ש 38, בעמ' 787: "מכאן חשיבותו הרבה של השלב הראשון בתובענה הייצוגית, שעניינו אישור (מלא או מותנה) של בית המשפט לתובענה הייצוגית. זהו הפרודור שבאמצעותו ניתן להיכנס לטרקלין, הוא הדיון במשפט גופו. אין להפוך את הפרודור למשכן קבע. הליך האישור צריך להיות רציני ויעיל. אסור לו, להליך זה, להוות גורם המצנן תובעים ראויים מלהגיש תביעה ייצוגית"; כן ראו עניין בזק, לעיל ה"ש 41, בעמ' 720.

יש להבחין בין שני מקרים אפשריים. האחד, שבו עיקרי העובדות מצויים בידיעת שני הצדדים, התובע והנתבע, וקל להם להביא ראשית ראייה לעובדות אלה ולהבהיר את עיקריהן המשפטיים של טענותיהם. השני, שבו בידיעת הנתבע עובדות ובידיו ראיות שהתובע לא יכול להשיג. הטלת הנטל על התובע להוכיח את סיכויי הצלחתו בסוג המקרים השני נידונה לכישלון מראש במקרים רבים על אף שראוי שהתובענה תתברר לגופה.

אפשר להדגים הבחנה זאת באמצעות דוגמה פשוטה. נניח כי הוגשה תובענה בגין הפרת חובת גילוי על פי חוק ניירות ערך. התובע טוען שהנתבע ירע שערך מניותיו עתיד לעלות אולם לא העביר מידע זה לשוק שכן רצה למנוע את מימושו של אופציות שהיו בידו הציבור.⁴⁷ נניח גם שב-10% מהמקרים ירע הנתבע שערך מניותיו עתיד לעלות, ואילו ביתר המקרים (90%) לא ירע על כך. כלל אופטימלי צריך להביא לכך שאפשר יהיה לתבוע רק באותם 10% מהמקרים שבהם היה ביד הנתבע מידע שלא גילה. במצב האחד, הראיות בדבר ידיעתו של הנתבע מצויות בידו שני הצדדים. לפיכך באותם 10% מהמקרים שבהם אכן התקיימה ידיעה כזו, יביא התובע ראיות לכך ויוכיח כי סיכויי הצליחה גבוהים ולכן תאושר תביעתו כתובענה ייצוגית. ביתר 90% מהמקרים לא יוכל התובע להביא ראיות להוכחת סיכויי הצליחה, והבקשה לאישור התובענה כייצוגית תידחה. נתבעים אשר ישקלו אם לקיים את חובות הגילוי שלהם, ירעו שבאותם מקרים שיש בידם מידע בעל ערך לציבור, עליהם לגלותו אחרת ישאו בעלויות הנובעות מהפרת חובתם. נתבעים ירעו גם שבמקרים שלא היה בידם מידע כזה, לא תוטל עליהם כל חבות ולא ייאלצו לעמוד בפני תובענה ייצוגית, שכן אישורה יידחה, ולפיכך התנהגותם של הנתבעים תהיה אופטימלית.

במצב האחר, המידע שהיה בידו הנתבע על אודות ערכן העתידי של מניותיו מצוי בידיעתו הבלעדית וכך גם הראיות העשויות להעיד על המידע. במצב זה, התובע אינו יכול להצביע אם תביעתו מצויה באותם 10% מהמקרים שבהם הפר הנתבע את חובת הגילוי או ביתר המקרים שבהם לא הפר אותה. לכן סיכויי הצלחה של כל תביעה שתוגש יהיו שווים ל-10% – סיכויים נמוכים לכלל הדעות. לו יירדש התובע להוכיח סיכויים גבוהים יותר כדי שתביעתו תאושר כייצוגית, לא תאושר אף תביעה כזו, שכן סביר להניח שהתובע אינו מסוגל לעמוד בנטל זה בשלב המקדמי שבו נמצאת התביעה בבקשה לאישורה כייצוגית. כל זאת אף ש-10% מן התביעות הן מוצדקות בדיוק כמו בסוג המקרים הראשון. התוצאה היא, שבמקרים מסוג זה, לא יחשוש הנתבע מפני תביעות ייצוגיות ולא יהיה דבר אשר יניאו מלהפר את חובותיו. ישנם שני פתרונות אפשריים לבעיה האמורה. פתרון אחד הוא לתת לתובע, עוד לפני הדיון בבקשה לאישור התובענה כייצוגית, אפשרות גילוי מסמכי הנתבע ועיון בהם כמו גם הצגת שאלונים. אפשרות זו נדונה ברע"א 10052/02 יפעת נ' דלק מוטורס.⁴⁸ בית המשפט העליון קבע כי יש לאפשר למי שמבקש לאשר את תובענתו כייצוגית, לקבל צו לגילוי מסמכי הצד שמנגד ועיון בהם בכפוף לשלושה תנאים:⁴⁹

47 למקרה דומה ראו רע"א 1701/93 טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ נ' זת הברה ליעוץ כלכלי בע"מ, פ"ד (5) 476 (1993).
48 פ"ד נז(4) 513 (2003).
49 שם, בעמ' 519.

ראשית, הזכות לעיון תוגבל רק למסמכים שיש בכוחם לשפוך אור על שאלת התקיימות תנאי הסף לאישורה של התובענה כייצוגית, כאשר נטל ההוכחה כי המסמכים המבוקשים אכן עומדים בתנאי זה, מוטל על התובע. שנית, על בית המשפט לוודא, עובר למתן צו הגילוי, שהמבקש הניח תשתית ראייתית ראשונית המלמדת על קיומה של עילה אישית נגד הנתבע ועל סיכוי להתקיימותם של תנאי הסף לאישורה של התובענה כייצוגית. שלישית, צו הגילוי והעיון יהיה כפוף למגבלות הרגילות המוטלות בשלבים אחרים של הדיון, תוך שימת לב מיוחדת להבטחה לשמירת סודיות מסמכי הנתבע, וזאת כדי למנוע מצב שבו תשמש זכות העיון ככלי לחשיפת סודות מסחריים.

הבעיה העיקרית נובעת מהתנאי השני. לפי תנאי זה נדרש התובע להעמיד תשתית ראייתית לקיומם של סיכויים להצלחתו בתביעה עובר למתן צו הגילוי. מאחר שצו הגילוי נדרש כדי להצביע על קיומם של סיכויים אלה, עמידה דווקנית על דרישה זו תסכל את סיכויי של התובע לקבל את צו הגילוי במצבים שבהם המידע והראיות מצויים באופן בלעדי בידי הנתבע.

פתרון אחר הוא העברת נטל הראיה לעניין סיכויי התובענה להצליח אל הנתבע במקרים מן הסוג השני, שבהם המידע והראיות מצויים בידי, בדומה להעברת נטל הראיה ברשלנות כאשר הרבר מעיד על עצמו.⁵⁰ לאחר שהתובע יראה שאין בידו הראיות הנדרשות כדי להוכיח את סיכויי ההצלחה בתביעה וכי הנסיבות המתוארות בכתב התביעה מתיישבות יותר עם המסקנה שהנתבע הפר חובותיו מאשר עם המסקנה ההפוכה, יעבור הנטל לנתבע להראות שסיכויי התובענה להצליח נמוכים במידה המצדיקה דחיית אישורה כתובענה כייצוגית. בית המשפט העליון כבר הציג בעבר להעביר את נטל ההוכחה לנתבע בנסיבות הנכנסות בגדר סוג המקרים השני. ברע"א 4474/97 רמי טצת נ' אברהם זילברשין,⁵¹ קבע בית המשפט העליון כי:

"נוטה אני לדעה כי במצב דברים שבו התובעים מצביעים על פער משמעותי בין תמונת מצבה של החברה כפי שנצטיירה בתשקיף לבין מצבה במציאות בחלוף פרק זמן קצר יחסית ממועד הפרסום, עובר הנטל אל הנתבעים לתת הסבר מניח את הדעת להיווצרות הפער האמור ולהצביע על האירועים שהובילו את החברה ממצבה הכלכלי בעת פרסום התשקיף אל עברי פי פחת. דומה כי גישה זו תבטיח, שמחד גיסא לא ייסתם הגולל על התובענה הייצוגית רק משום שאין ביכולתו של התובע להצביע אלא על הפער האמור, ומאידך גיסא לא תאושר התובענה רק על בסיס אותו פער, כשיש בידי הנתבעים להסבירו. כך – לדעתי – יושג האיזון הראוי בין הרצון שלא להטיל על התובע הייצוגי נטל כבד מדי שלא יוכל לעמוד בו כדי להיכנס להיכלה של התובענה הייצוגית, ובין הצורך למנוע גל של תביעות סרק שיעמיד את הנתבעים בפני לחץ בלתי הוגן".⁵²

50 ס' 41 לפקודת הנויקין [נוסה חדש].

51 פ"ד נד(2) 577 (2000).

52 שם, בעמ' 591.

הטלת נטל ראשוני ולכאורי על התובע המייצג והעברת הנטל לאחר מכן אל הנתבע, משרתת, לפי גישה זו, את הצורך באיזון ראוי בין שימוש יעיל בתובענה הייצוגית לבין הגנה על הנתבע מפני תביעות סרק. הטלת הנטל הראשוני על התובע תקטין את החשש לשימוש לא ראוי בהגשת התובענה הייצוגית למטרת סחטנות, בעיקר במקרים שבהם ברור על פי העובדות והמצב המשפטי שסיכויי ההצלחה של התובענה הנם קלושים. מנגד, העברת נטל ההוכחה לנתבע כאשר המידע והראיות מצויים בידו, תשרת את מטרת התובענה הייצוגית ותביא להרתעה ראויה וממוקדת של אותם נתבעים, שקיים סיכוי גדול שהפרו את חובתם ולכן לא יצליחו לעמוד בנטל.⁵³

1.3 דרך יעילה והוגנת

התנאי השלישי, שלפיו צריכה התובענה הייצוגית להיות הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין, הנו תנאי סל הדומה לזה שהופיע במקצת מחוקי התובענות הייצוגיות.⁵⁴ התנאי מאפשר לבית המשפט, לאחר שבחן את יתר התנאים לאישור התובענה, לשקול את היתרונות והחסרונות באישור התובענה כייצוגית, בהשוואה לחלופות הקיימות בסדרי הדין – ניהול תובענות נפרדות וצירוף תובעים בדרך הקבועה בתקנות סדר הדין האזרחי.⁵⁵ כמו כן, יכול בית המשפט להשוות בין התובענה הייצוגית לבין חלופות אחרות הקיימות למשל בדיון הפלילי והמנהלי, שיכולות להשיג אותן המטרות של התובענה הייצוגית באופן טוב יותר.⁵⁶ השימוש בתנאי זה צריך להיעשות בזירות רבה, אולם הוא יכול לתת מענה לבעיות אשר אינן נפתרות במסגרת התנאים האחרים לאישור.

נושא אחד אשר צריך להיבחן במסגרת תנאי זה הוא גודלה של הקבוצה. מאחר שאין היום דרישה נפרדת לעניין גודל הקבוצה,⁵⁷ יש לבחון אם גודלה של הקבוצה מצדיק את הגשת התביעה בדרך של תובענה ייצוגית, לאור הדרישה שהתובענה הייצוגית תהיה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות

53 יש לזכור שהקביעה שסיכויי התובענה עומדים בתנאי הנדרש אין משמעותה שהנתבע אכן חייב בדיון. לנתבע שמורה הזכות להתגונן בפני התובענה ולשכנע את בית המשפט בצדקתו אף אם התובענה תאושר כייצוגית.

54 בחלק מהחוקים, כדוגמת ס' 35(ב) לחוק הגנת הצרכן, הופיע התנאי בלשון זהה לזו שבחוק החדש. חוקים אחרים, כדוגמת ס' 210(3) לחוק החברות, דרשו כי "התובענה הייצוגית היא הדרך המתאימה ביותר להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין, בשים לב, בין השאר, לגודלה של הקבוצה" או, כדרישת חוק ההגבלים העסקיים, חוק הבנקאות וחוק עסקי ביטוח, כי "הגשת תובענה ייצוגית היא דרך עדיפה על הגשת תביעות אישיות, מוצדקת והוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין". לדיון בתנאי זה ראו למשל רע"א 378/96 וינבלט נ' משה בורנשטיין בע"מ, פ"ד (3) 247, 269 (2000).

55 ראו תק' 21 לתקנות סדר הדין האזרחי, ק"ת 2220 (להלן: "תק' 21").

56 ראו קלמנט, לעיל ה"ש 16 בעמ' 380-381, המרגיש הצורך בהשוואת מנגנון התובענה הייצוגית למנגנונים חלופיים להרתעה.

57 דרישה זו היתה קיימת בחוקי התובענות הייצוגיות, אשר בוטלו. ראו למשל ס' 210(3) לחוק החברות; ס' 35(2) לחוק הגנת הצרכן; ס' 1(א) לחוק ההגבלים העסקיים; ס' 16(א)(1) לחוק הבנקאות; ס' 1(1) לחוק עסקי ביטוח וס' 11(ב)(2) לחוק שכר שווה.

העניין. כאשר מספר התובעים הוא גדול וקשה לזהותם, יתקיים בדרך כלל תנאי זה שכן ללא מכשיר התובענה הייצוגית לא תתברר המחלוקת כלל. אולם גם כאשר מונה הקבוצה מספר מועט של תובעים, ייתכן בכל זאת שהדרך הראויה וההוגנת לדון במחלוקת ביניהם לבין הנתבע הנה התובענה הייצוגית, אם משום שקיים קושי לאתר את התובעים⁵⁸ או אם משום שהתובעים חוששים לאשר את התובענה המוגשת בשם כל אחד מהם, שכן הנתבע יכול להטיל עליהם עלויות שונות או להתנכל להם.⁵⁹

נושא נוסף אשר צריך למצוא פתרונו במסגרת תנאי זה הוא הגנה על הנתבע מפני שימוש לא ראוי בתובענה הייצוגית. למשל, הגשת תובענה ייצוגית על ידי מתחרי של הנתבע או ביזמתם במטרה להפעיל לחץ על הנתבע וליצור תחרות בלתי הוגנת, אינה יכולה להיחשב לדרך יעילה או הוגנת להכרעה במחלוקת אשר לכלל התובעים המיוצגים אינטרס ממשי בה.

עוד נושא אשר צריך להיבחן במסגרת תנאי זה הוא היחס בין התועלת בניהול התובענה הייצוגית בשאלות המשותפות לקבוצת התובעים, לבין העלות הכרוכה בדיון הנפרד בשאלות שאינן משותפות. ככל שמאזן התועלת נטו גבוה יותר, תהווה התובענה הייצוגית דרך יעילה והוגנת יותר להכרעה במחלוקת. דוגמאות אלה מעידות על מסגרתה הרחבה של הדרישה שהתובענה הייצוגית תהיה הדרך היעילה וההוגנת להכריע במחלוקת בנסיבות העניין. את המסגרת הזו יצטרכו בתי המשפט למלא תוכן בשקלם את היתרונות של ניהול התובענה שבפניהם כייצוגית – בהשוואה לניהול תובענות על ידי כל תובע בנפרד או צירוף תובעים – אל מול חסרונותיה של התובענה הייצוגית העלולה להפעיל לחץ מופרז על הנתבע להתפשר ואף לפגוע באינטרסים של התובעים המיוצגים.

2. תנאים הנוגעים לתובע ולעורכת הדין

סעיף 8(א)(3) וסעיף 8(א)(4) לחוק דורשים שעניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בדרך הולמת ובתום לב. אמנם בעבר היו שני התנאים קבועים בחוקי התובענות הייצוגיות,⁶⁰ אולם החוק החדש הכניס בהם כמה שינויים המעידים על התוכן שיש לצקת בהם. ראשית, בניגוד לחוקי התובענות הייצוגיות, נוסחו של החוק החדש אינו מייחר את התנאים לתובע, ולפיכך יש לבחון אם הם מתקיימים גם בעורכת הדין המבקשת לייצג את הקבוצה. שנית, סעיף 8(א)(3) לחוק קובע מפורשות שהנתבע לא יהיה רשאי לערער או לבקש לערער על ההחלטה בשאלה

58 ייתכן, למשל, שישנו מספר מוגבל של צרכנים אשר נפגעו מהפרת חובה על ידי עוסק, אולם קשה לאתרם כדי לצרפם לתביעה אחת לפי תק' 21.

59 דוגמה אחת למצב כזה הנה כאשר התובעים הנם עובדים החוששים להצטרף לתובענה משום שהמעביד עלול להתנגם בהם בשל כך. ראו קלמנט ורביץ מרגליות, לעיל ה"ש 11.

60 באשר לדרישת תום הלב, בחלק מחוקי התובענות הייצוגיות הופיעה הדרישה לאישור שלפיה "התובענה הוגשה בתום לב" ס' 35ב(1) לחוק הגנת הצרכן וס' 11ג(1) לחוק שכר שווה; באחרים הופיע היעדר תום לב כתנאי השולל אישור, למשל, ס' 210א(4)ב לחוק החברות שקבע כי "בית המשפט לא יאשר את התובענה הייצוגית אם מצא כי התובענה הוגשה בחוסר תום לב"; וישנם חוקים דוגמת חוק ההגבלים העסקיים, חוק הבנקאות וחוק עסקי ביטוח שבהם לא הופיעה דרישת תום הלב כלל.

אם עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת.⁶¹ לבסוף, דרישת תום הלב בחוקי התובענות הייצוגיות נוגעת להגשת התובענה, ואילו הדרישה בחוק החדש נוגעת לייצוג כלל חברי הקבוצה ולניהול עניינם. בחלק זה אבחן את שתי הדרישות – ייצוג הולם ובתום לב.

2.1 הדרישה לייצוג הולם ובתום לב

הגישה שהנחתה את ועדת המשנה לעניין תובענות ייצוגיות הייתה שאין להתמקד בתובע המייצג בשלב הבקשה לאישור התובענה הייצוגית, מאחר שתפקידו בהגשת התובענה ובניהולה אינו משמעותי.⁶² מנגד, יוזמת ההליך ומי שתקבל את ההחלטות העיקריות במהלכו, לרבות החלטות הנוגעות לפשרה אפשרית, היא עורכת הדין, ולכן הוחלה הדרישה לייצוג ההולם ובתום לב, גם עליה.⁶³

מטבע הדברים, הדרישה העיקרית מעורכת הדין, כנותנת שירות מקצועי, היא דרישת הייצוג ההולם, ואילו דרישת תום הלב מתמקדת בתובע המייצג. ארון בדרישה לייצוג הולם, תחילה, ולאחר מכן אנתח את היקפה של דרישת תום הלב. ייצוג הולם. עורכת הדין נדרשת להראות שיש לה הכישרים הנדרשים לניהול התובענה הייצוגית באופן שישרת נאמנה את עניינם של חברי הקבוצה המיוצגת. עם זאת, יש להדגיש שבית המשפט צריך רק לוודא שעורכת הדין המבקשת לייצג את הקבוצה עומדת בתנאי הסף הנדרשים,⁶⁴ ואין הוא צריך לפסול אותה מלייצג רק משום שיש עורכי דין טובים או מנוסים ממנה.⁶⁵ אף שבית המשפט יכול להחליף את עורכת הדין באחרת, עליו להיזהר מלפסול ביד

61 הגבלה רומה על זכות הערעור של הנתבע הופיעה רק בס' 210(א)(4) לחוק החברות.
62 ראו דברי חבר הכנסת רשף חן בקריאה שנייה ושלישית להצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005, ד"כ התשס"ו 95: "כמה נקודות שצריך לציין – היתה מחלוקת מתמשכת בשאלה אם צריך תובע מייצג או לא צריך תובע מייצג. לטעמי, תפקיד התובע המייצג לא דרמטי ואולי אפילו ניתן היה לוותר עליו. התחושה היתה שבשלב הנוכחי זה מתקדם מדי וצריך תובע מייצג, וכך החלטנו" www.knesset.gov.il/TqI/mark01/h0001488.html#TQL. יש להדגיש גם שבמקום שקשה למצוא תובע חבר בקבוצה המיוצגת אשר ייצג אותה בתובענה הייצוגית, על בית המשפט לפנות ולבחון אם ניתן למצוא תובע מייצג על פי אחת החלופות האחרות המופיעות בס' 4(א) לחוק ובפרט למצוא ארגון אשר ייצג את הקבוצה, שכן במקרה כזה ברור שהתנאי לייצוג על ידי ארגון כאמור, המופיע בס' 4(א)(3) לחוק, שלפיו "קיים קושי להגיש את הבקשה בידי אדם כאמור בפסקה (1)" מתקיים.

63 ראו גם הוראת ס' 17 לחוק הקובע חובות נאמנות ומסירות המוטלות על עורכת הדין המייצגת את הקבוצה. יש לשים לב לכך שהתנאים הנוגעים לתובע ולעורכת הדין צריכים להתקיים ברמת הוכחה נמוכה יותר מזו שבה צריכים להתקיים התנאים הנוגעים לתובענה עצמה. הנטל על התובע הוא לכאורי, ברמה של "יסוד סביר להניח", ומשמעמד בו עובר הנטל לנתבע להוכיח אחרת.

64 לתנאים הנדרשים בארצות-הברית ראו ס' 23(g) לכללי הפרוצדורה הפדרלית:
[http://judiciary.house.gov/media/pdfs/printers/108th/civil2004.pdf#search=%22federal%20rules%20of%20civil%20procedure%2023\(g\)%22](http://judiciary.house.gov/media/pdfs/printers/108th/civil2004.pdf#search=%22federal%20rules%20of%20civil%20procedure%2023(g)%22)

65 זאת על אף לשונו של ס' 7(ב)(1) לחוק הקובע (כאשר הוגשה יותר מבקשה אחת באותו עניין) שבית המשפט רשאי להורות על צירוף או החלפה של מבקש או של בא כוח מייצג כדי שעניינה של הקבוצה ייוצג וינוהל "בדרך הטובה והיעילה ביותר".

קלה מדי עורכי דין אשר טורחים ומגישים את התובענה הייצוגית. ניסיון עבר בניהול תובענות בהיקף דומה ותוצאותיהן של תביעות אלו, יכולים ודאי להילקח בחשבון כאשר נבחנת דרישת הייצוג ההולם,⁶⁶ אולם אין לקבוע שניסיון כאמור הנו תנאי הכרחי לייצוג ושהיעדרו פוסל את עורכת הדין מלייצג בתובענה. גישה זו היא הכרחית כדי לתמרץ את עורכי הדין לא רק לייצג באופן הולם, כי אם גם לחפש ולאתר עילות תביעה ראויות ולבקש לאשרן כתובענות ייצוגיות. עורכת הדין אשר הגישה את הבקשה לאישור התובענה הייצוגית השקיעה מזמנה וממשאביה לשם כך. היא עשתה זאת מתוך התקווה שיזמתה תישא פרות בצורת שכר טרחה לאחר שתנהל את התביעה ותזכה בה או שתסיים אותה בפשרה. בשוק קטן כמו זה שיש בישראל, עורכי הדין הגדולים והמנוסים מועסקים לעתים קרובות על ידי גופים גדולים ובעלי עצמה, ולכן יימנעו רבים מהם מהגשת תובענות ייצוגיות נגד גופים אלה שמא יפגע הדבר בעסקיהם העתידיים. בשוק כזה יש לתת תמריצים גם לעורכי הדין המנוסים פחות כדי שירצו להגיש תובענות ייצוגיות ראויות. פסילתם עקב חוסר ניסיונם תסכל מטרה זו.

יתרה מכך, דרישה שעורכת הדין תוכיח ניסיון קודם בניהול תובענות ייצוגיות, תביא לפגיעה בתחרות ובתמריצי היומות לעורכי דין בתחום זה, ולריכוז מספר גדול של תובענות ייצוגיות בידי מספר קטן של משרדי עורכי דין. גם תוצאה זו אינה רצויה, שכן היא עלולה לגרום לכך שאותם משרדים ישקלו שיקולים ארוכי טווח שנוגעים ליחסיהם עם השחקנים החוזרים בצד שמנגד – עורכי הדין והנתבעים – וזאת על חשבון הקבוצה המיוצגת בתביעה. מאחר שממילא יש "יתרון לגודל" בתחום התובענות הייצוגיות⁶⁷ אשר דורש השקעה קבועה בחיפוש אחר תובענות כאלה ובאיתורן,⁶⁸ יש לעודד את התחרות בתחום על ידי עידוד עורכי דין מנוסים פחות ואישורם לייצג בתובענות ייצוגיות, כאשר ראוי הדבר על פי כישוריהם.⁶⁹ תום לב. נושא אחד שבו התמקדו בתי המשפט, כאשר בחנו את דרישת תום הלב בעבר, הוא המניעים להגשת תובענה ייצוגית.⁷⁰ לגישתי, לאור ההתמקדות בדרישת תום הלב בייצוג ובניהול התובענה ולא בהגשתה, מניעיהם של עורכת הדין או של

66 עניין מצת, לעיל ה"ש 38, בעמ' 789–790, לעניין בחינת היסטוריית תביעות ייצוגיות של המבקש להיות תובע ייצוגי.

67 מאחר שאיתורן של תובענות ייצוגיות והגשתן דורש הוצאת הוצאות שערך קבוע וכמעט אינו תלוי במספר התובענות הייצוגיות המוגשות, הרי ככל שמספרן גדול יותר כך הרווח עבור כל תובענה יהיה גדול יותר. תופעה זו מכונה בכלכלה "יתרון לגודל" (economies of scale). ראו למשל: JOSEPH E. STIGLITZ & CARL E. WALSH, ECONOMICS (2d ed. 1996) 268, 351–353.

68 ראו: Geoffrey P. Miller & Lori S. Singer, *Nonpecuniary Class Action: Settlements*, 60 LAW & CONTEMP. PROB. 97, 134 tbl. A4 (1997). לפי הסטטיסטיקה שמוצגת במאמר זה, נבדקו 127 תביעות ייצוגיות אשר פורסמו בניו יורק טיימס בין השנים 1993–1996. ב־34 תביעות מתוכן נבחר משרד עורכי הדין Milberg Weiss Bershad Hynes & Lerach לייצג את קבוצת התובעים.

69 עורכי דין אלה יוכלו תמיד לחבור לצורך ייצוג עם משרדים מנוסים וגדולים יותר, באישור בית המשפט, אם יהיה בכך כדי להגדיל את סיכוייהם באופן משמעותי.

70 ראו למשל ת"א (מחוזי ת"א) 19/92 זת נ' טבע פ"מ התשנ"ו(2) 183, 195; עניין רייכרט, לעיל ה"ש 39, בעמ' 296–297; עניין מצת, לעיל ה"ש 38, בעמ' 784; ת"א (מחוזי ת"א) 973/95 אביגיל גולדשטיין נ' הברת החשמל לישראל בע"מ, דינים מחוזי כו(5) 356, 435–436 (1995).

התובע להגיש את התובענה הייצוגית, אינם צריכים להישקל כיום בבחינת הבקשה לאישור התובענה כייצוגית. מובן שכאשר יוכח ניגוד עניינים בין התובע המייצג או עורכת הדין לבין הקבוצה המיוצגת, לא יעמדו אלה בדרישות החוק.⁷¹ אולם הדרך להגן על הנתבע מפני תביעות שהוגשו מתוך ניגוד עניינים אינה באמצעות דרישת תום הלב, אלא באמצעות הדרישה שהתובענה הייצוגית תהיה הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין, כפי שהוסבר לעיל. יודגש, שהגשת התובענה ממניעים של עשיית רווח אין בה כשלעצמה כדי להעיד על חוסר תום לבם של התובע או עורכת הדין. מנגנון התובענה הייצוגית מבוסס על רתימת האינטרס הפרטי של התובע ועורכת הדין לטובת מטרה ציבורית.⁷² לפיכך הרצון לעשות רווח באמצעות התובענה הייצוגית הוא ממהותו ועיקרו של מכשיר זה.⁷³ לעקרון תום הלב תחולה רחבה בכל הליך אזרחי, כדבריו של בית המשפט העליון ברע"א 305/80 שילה נ' רצקובסקי: "חובתו זו של בעל דין להפעיל את כוחותיו המשפטיים-דיוניים 'בדרך מקובלת ובתום לב', מטילה עליו את החובה לפעול, כפי שבעל דין הגון וסביר היה פועל במקומו".⁷⁴ עיקרון רחב זה מגן על האינטרסים של הנתבע באותה המידה שבה פרושה הגנתו על קבוצת התובעים. שימוש בהליך התובענה הייצוגית למטרות זרות אינו יכול לעלות בקנה אחד עם עיקרון זה. עם זאת, יש להדגיש שנטל ההוכחה לטענה מסוג זה רובץ על הטוען אותה, בניגוד לתנאים לאישור התובענה כייצוגית, שהנטל להוכיחם מוטל, ככלל, על המבקש.⁷⁵ לפיכך כאשר טוען הנתבע שמניעיו של התובע מעידים על

71 דוגמאות לניגוד עניינים ראו בש"א (מחוזי יים) 5538/01 זמרוני נ' החברה למפעלי כלכלה ותרבות לעובדי המדינה בע"מ, פ"מ התשס"א(2) 66, 102-106 (2002); ת"א (מחוזי ת"א) 65/97 איגוד הצרכנים בישראל הבלתי תלוי נ' זור אבלגון ליסינג בע"מ, דינים מחוזי לב(1) 530 (1997); לדין בניגוד עניינים במסגרת דרישת הייצוג ההולם שבס' 23(4) לכללי הפרוצדורה הפדרלית ראו: Feder v. Electronic Data Systems Corp., 429 F.3d 125, 129-30 (5th Cir. 2005); Amchem Products, inc. v. Windsor, 521 U.S. 591, 607-8 (1997); Rutter & Wilbanks Corp. v. Shell Oil Co., 314 F.3d 1180, 1187-88 (10th Cir. 2002).

72 לדוגמה, כותרתו של מחקר משמעותי שנעשה על ידי ה-Institute for Civil Justice של מכון RAND בארצות-הברית הייתה: CLASS ACTION DILEMMAS: PURSUING PUBLIC GOALS FOR PRIVATE GAIN (2000).

73 ראו למשל ת"א (מחוזי ת"א) 3266/98 קדם נ' בזק - חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, דינים מחוזי לב(4) 479, פס' (1) (1999).

74 פ"ד לה(3) 449, 461 (1981); ליישום דרישת תום הלב הכללית לצורך פרשנות תק' 29, ראו גישתה של השופטת שטרסברג-כהן בעניין אשת, לעיל ה"ש 3, בעמ' 249; ראו גם דודי שורץ "תחולתו של עקרון תום-הלב בסדר-הדין האזרחי" עיוני משפט כא 295 (1998).

75 אף שחוקי התובענות הייצוגיות דרשו, שלא כחוק החדש, שהתובענה תוגש בתום לב, חלקם העבירו את הנטל להוכחת חוסר תום לב אל הנתבע. ס' 11(א) לחוק למניעת מפגעים סביבתיים נקט בלשון הבאה: "בית משפט רשאי להורות שתובענה שהוגשה לפי סעיף 10 לא תנוהל כתובענה ייצוגית אם שוכנע שנתקיים אחר מאלה: (1) התובענה הוגשה שלא בתום לב"; בלשון דומה נקטו גם ס' 35 לחוק הגנת הצרכן, וס' 210(ב) לחוק החברות. מלשון הסעיפים ניתן לראות כי נטל ההוכחה מוטל על הנתבע, זאת להבדיל מסעיפים בהם נראה כי נטל ההוכחה הנו על התובע, כך למשל ס' 11(ג) לחוק שכר שווה נוקט בלשון: "הגשת תובענה ייצוגית טעונה אישור בית-הדין לעבודה, והוא יאשרה אם שוכנע שנתקיימו תנאים אלה: (1) התובענה הוגשה בתום לב".

חוסר תום לב, עליו מוטל לשכנע את בית המשפט בטענה זו ולהצביע על כך שזמן הראוי לפסול את אותו התובע מלייצג את הקבוצה בתובענה הייצוגית מטעם זה בלבד.

2.2 התחשבות באינטרסים של הנתבע במסגרת הדרישה לייצוג הולם ובתום לב

סעיף 8(א)(3) קובע שהנתבע לא יהיה רשאי לערער או לבקש לערער על ההחלטה בשאלה אם עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בדרך הולמת. לקביעה זו משמעות פרשנית נוסף על משמעותה האופרטיבית. לנתבע, כך עולה מקביעה זו, אין אינטרס ישיר בקיום דרישת הייצוג ההולם. מכאן שדרישה זו צריכה להיבחן רק במישור היחסים שבין התובע ועורכת הדין לבין הקבוצה המיוצגת, ואין לשקול בה שיקולים הנוגעים לפגיעה אפשרית בנתבע.

המצב שונה בנוגע לדרישת תום הלב. אף שלנתבע אין אפשרות לערער על ההחלטה בעניין הייצוג ההולם, הוא רשאי לערער על החלטה בעניין קיומה של דרישת תום הלב. בכך יש להעיד, לכאורה, כי יש להתחשב באינטרס של הנתבע בבחינת דרישה זו. אולם, לעומת הנוסח בחוקי התובענות הייצוגיות אשר דרש כי התובענה תוגש בתום לב, דורש החוק החדש כי "עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בתום לב". מוקד דרישת תום הלב הוסט אפוא מן הנתבע אל קבוצת התובעים המיוצגים.⁷⁶ לגישתי, ראוי כי בתי המשפט ימנעו מהרחבת דרישת תום

76 על התלבטותו של המחוקק באשר לנוסח הראוי לדרישת תום הלב ניתן לעמוד מתוך השוואה בין הנוסחים השונים של הצעת החוק אשר גובשו בוועדת המשנה ובוועדת חוק ומשפט. ס' 63 (להצעת החוק אשר הובאה לקריאה ראשונה ביום 20.4.2005 נקט בלשון הבאה: "אין יסוד סביר להניח כי התביעה הוגשה שלא בתום לב" www.knesset.gov.il/huka/; ס' 7(א)(4) להצעת חוק אשר הובאה לדיון בוועדת המשנה ביום 14.6.2005 וס' 6(א)(4) להצעת חוק בקריאה ראשונה במליאה ביום 26.7.2005 נקטו בלשון הבאה: "התובע ובא כוחו, אם הוא מיוצג, מתאימים לייצג בדרך הולמת ובתום לב את עניינם של חברי הקבוצה". ראו: www.knesset.gov.il/committees/heb/material/data/H14-06-2005_12-46-04_tovanot.doc וי' www.knesset.gov.il/committees/heb/material/data/H07-08-2005_10-12-37_tovanot1.pdf; ס' 6(ב) לנוסח לדיון בהכנה לקריאה שנייה ושלישית מיום 22.9.2005 נקט בלשון הבאה: "בית המשפט לא יאשר את התובענה הייצוגית אם מצא כי התובענה הוגשה בחוסר תום לב היורד לשורש ההליך או שהיא תנוהל בחוסר תום לב כאמור" בנוסח זה ניתן לראות את הנוסחים המוצעים האפשריים לדרישת תום הלב. כך, בהמשך לס' 6(ב) נכתב: "[אופציה שניה לדיון בהמשך: אם מצא כי התובענה הוגשה או שהיא תנוהל בניגוד עניינים או מתוך מטרה זרה]" ובה"ש 4 נכתב: "אפשרויות אחרות – חוסר תום לב יסודי או חוסר תום לב חמור או למצוא ביטוי אחר כגון מתוך מטרה זרה או במטרה לנצל לרעה את ההליך..." www.knesset.gov.il/committees/heb/material/data/H21-09-2005_8-39-56_yezugit.doc; ס' 8(א)(3) לנוסח לדיון בהכנה לקריאה שנייה ושלישית מיום 26.1.2006 נקט בלשון הבאה: "קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של חברי הקבוצה ייוצג וינהל בתום לב וברוך הולמת; הנתבע לא רשאי לערער או לבקש לערער על החלטה בעניין זה" www.knesset.gov.il/committees/heb/material/data/H26-01-2006_8-37-35_tovanot26.doc; ס' 8(א)(4) לנוסח לדיון בפני ועדת חוקה חוק ומשפט מיום 7.2.2006 נקט בלשון הבאה: "קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בתום לב" www.knesset.gov.il/committees/heb/material/data/H05-02-2006_11-25-50_tovanot6.doc.

הלב באופן אשר יפגע יתר על המידה בתמריצים להגשת תובענה ייצוגית. לפיכך יש להגביל את בחינתה של דרישה זו למישור היחסים שבין התובע ועורכת הדין לבין הקבוצה המיוצגת. פרשנות זו מתיישבת עם לשון הסעיף, ומשרתת את תכליתו של החוק.

2.3 החלפת תובע מייצג או בא כוח מייצג

אף על פי שלא זכתה לדיון נרחב בשלביה השונים של חקיקת החוק החדש, הוראת סעיף 8(ג)1 המאפשרת לבית המשפט לאשר תובענה ייצוגית אף אם לא התקיימו תנאים הנוגעים לתובע ולעורכת הדין, עשויה להשליך באופן משמעותי על המידה שבה ישיג החוק החדש את מטרותיו. חלק זה יסביר את המטרה שנועד הסעיף לשרת, יסקור את השיקולים השונים שצריך בית המשפט לשקול בעת יישום הסעיף ויציע כמה דרכים להפעלתו.

כאמור לעיל, התנאים לאישור התובענה כייצוגית מחולקים לתנאים הנוגעים לתובענה עצמה, ולתנאים הנוגעים לתובע או לעורכת הדין המבקשים לייצג את קבוצת התובעים. ברור שאם תנאים מן הסוג הראשון אינם מתקיימים, אין התובענה ראויה לאישור כייצוגית. לעומת זאת, בעיה בהתקיימותם של תנאים מהסוג השני הנה כזו אשר ניתן, ככלל, לפתור באמצעות הוספת תובע או בא כוח מייצג או בהחלפתם. התובענה גופה ראויה לאישור כייצוגית, אולם המבקשים לנהלה אינם ראויים. כל שצריך בית המשפט לעשות הוא למצוא תובע ובא כוח אשר יעשו מלאכתם נאמנה.

מטרת הסעיף כפולה. המטרה הראשונה היא שתובענות הראויות לאישור כייצוגיות אכן יאושרו, כדי שיוכלו להשיג את מטרותיהן. המטרה האחרת היא להפחית מתמריציו של הנתבע לתקוף את התובע ועורכת הדין תקיפות סרק שכל מטרתן היא להגן על הנתבע מפני תובענות ייצוגיות שסיכויי ההצלחה בהן, לגופן, אינם גבוהים. נתבע אשר יודע שגם אם יצליח לשכנע את בית המשפט שהתובע ועורכת הדין אינם ראויים לייצג, ישיג לכל היותר את החלפתם בתובע ובעורכת דין ראויים, יהיה פחות נכון להשקיע מאמץ בכיוון זה.⁷⁷ לפני שבית המשפט מחליט להחליף את התובע או את עורכת הדין, עליו לקבוע שאינם מקיימים את התנאים הקבועים בסעיף 8(א)3 או בסעיף 8(א)4.

77 יש להדגיש שבמתן אפשרות לנתבע להוכיח שהתובע ועורכת הדין לא ייצגו באופן הולם ובתום לב את הקבוצה המיוצגת, טמונה מלכתחילה סתירה. הרי האינטרס של הנתבע מנוגד לזה של חברי הקבוצה המיוצגת, ולכן ירצה תובע ועורכת דין אשר ייצגו את חברי הקבוצה באופן כושל. בחירתו של הנתבע היא הפוכה לזו שבה היו בוחרים חברי הקבוצה המיוצגת, והוא יעשה מאמצים רבים יותר כדי לפסול את התובע ועורכת הדין מלייצג, ככל שהייצוג שיתנו לחברי הקבוצה יהיה טוב יותר. מתן אפשרות לנתבע לטעון לעניין זה נובעת רק מכך שחברי הקבוצה המיוצגת, שלהם אינטרס בייצוג הולם, לא יעשו זאת בדיוק מאותה סיבה שלא היו מגישים תביעה אישית, מלכתחילה. האינטרס של כל אחד מהם אינו מספיק כדי להצדיק נשיאה בהוצאות הכרוכות בכך. לכן כלל המאפשר לנתבע להתנגד לתובע ולעורכת הדין ובה בעת נותן בידי בית המשפט את האפשרות להחליפם, הנו בגדר "הרע במיעוטו". ראו: John C. Coffee Jr, *Class Wars: The Dilemma Of the Mass* (1995) 95 COLUM. L. REV. 1343, 1370.

כפי שהוסבר לעיל,⁷⁸ על בית המשפט להביא בחשבון שני שיקולים עיקריים: מן הצד האחד, יש לעודד הגשתן של תובענות ייצוגיות ראויות. לפיכך יש להימנע מהצבת דרישות מכבידות מדי על התובע ועורכת הדין אשר שקדו, השקיעו ומצאו תובענה העומדת בתנאי סעיפים 8(א)(1) ו-8(א)(2). מן הצד האחר, בית המשפט צריך לשאוף לכך שהאינטרסים של חברי הקבוצה ייוצגו באופן הטוב ביותר, ולפיכך יש להציב דרישות סף לאישור התובע או עורכת הדין. מששקל בית המשפט את השיקולים הללו ומצא שהתובע או עורכת הדין אינם ראויים לייצג, יהיה עליו, בדרך כלל, לנצל את הזכות העומדת לו, ולהחליפם. נדירות הנסיבות שבהן תהיה הצדקה שלא לעשות זאת ולדחות את הבקשה לאישור התובענה כייצוגית. ראשית, העלויות הכרוכות בהחלפת התובע או עורכת הדין אינם גדולים. שנית, גם אם בית המשפט לא יאשר את התובענה כייצוגית, יוכל תובע או בא כוח אחר להגיש תובענה דומה בעתיד.⁷⁹ שלישית, הסמכות העומדת לבית המשפט להחליף את התובע או עורכת הדין, מאפשרת לו לבחור את המייצגים הטובים ביותר האפשריים, בהליך הדומה להליך בחירה בשוק חופשי אשר מבטיח ייצוג ראוי ושכר טרחה שאינו מופרז. בשלב שבו נמצאו התובע או עורכת הדין שהגישו את התובענה בלתי ראויים, בית המשפט אינו צריך לשקול עוד את הצורך במתן תמריצים להגשת תביעות ייצוגיות. הוא יכול להתמקד בהבטחת ייצוג ראוי והולם, ולבחור את המייצגים הטובים ביותר שימצא. כדי שאכן יימצאו המייצגים הטובים והראויים ביותר בשלב זה, על בית המשפט לפרסם בפומבי את החלטתו בדבר החיפוש אחר תובע או עורכת דין הולמים וראויים. הפרסום יכול להיות מופנה לחברי הקבוצה, בדרכים הקבועות בסעיף 25 לחוק, ולציבור בכלל. אם ישתמשו בתי משפט בסמכותם זו, יימצאו עורכי דין רבים אשר יעקבו אחר פרסומים כגון אלה בתקווה להחליף עורכי דין או תובעים בלתי ראויים. פתיחת הליך הבחירה לתחרות בין עורכי הדין תבטיח איכות ייצוג אופטימלית.

כפי שיוסבר להלן,⁸⁰ בית המשפט יכול להשיג מטרה נוספת באמצעות הליך הבחירה בדרך של תחרות, והיא קביעה טובה ומדויקת יותר של שכר הטרחה שייפסק, בסופה של התביעה, לטובת עורכת הדין שתיבחר לייצג. הליך תחרות מושלם שכולל הצעות שכר טרחה ופירוט תכנית עבודה על ידי עורכי הדין המתחרים יכול, לפיכך, להביא לתוצאה הטובה ביותר מנקודת מבטם של חברי הקבוצה המיוצגת. בפרק הבא, הדין במבנה הראוי לשכר טרחת עורכת הדין והתובע המייצג, נדון באופן מפורט יותר בתחרות בין עורכי הדין ובתנאיה.

78 ראו חלק ג.2 לעיל.

79 ישנן כמה הוראות בחוק המתייחסות לטיפול בבקשה לאישור תובענה ייצוגית, כאשר ישנה בקשה קודמת תלויה ועומדת בבית המשפט, אשר מתעוררות בה שאלות דומות של עובדה ומשפט. ראו ס' 5 ו-7 לחוק; כאשר לתובענה אשר לא אושרה כייצוגית, ההוראה היחידה היא זו הקבוצה בס' 14(ב) לחוק ולפיה הודעה על החלטת בית המשפט בדבר דחייה של בקשה לאישור תימסר למנהל בתי המשפט בצירוף העתק ההחלטה, לשם רישומה בפנקס התובענות הייצוגיות, כמשמעותו בס' 28.

80 ראו חלק ה.5 להלן.

3. הגנה על נתבע שיציבותו הכלכלית עלולה להיפגע⁸¹

סעיף 8(ב) לחוק קובע סייג לאישורה של תובענה ייצוגית במקרים שבהם עצם ניהול ההליך כתובענה ייצוגית צפוי לגרום נזק חמור לציבור הנזקק לשירותיו של הנתבע, או לציבור בכללותו. סעיף 8(ב)(2) קובע שהגנה זו תהא לטובת תאגיד בנקאי, בורסה, מסלקה או מבטח או "גוף המספק שירות חיוני לציבור"⁸². בנוסף על הגנה זו שנבחנת טרם אישור התובענה כיייצוגית, נהנה כל נתבע מאפשרות הגנה נוספת, בדיעבד, הקבועה בסעיף 20(ד)(2) לחוק, שלפיה רשאי בית המשפט להגביל את שיעור הפיצויים אשר ידרש הנתבע לשלם אם יפסיד בתובענה הייצוגית לאחר שזו תאושר.

ההגנה המצויה בסעיף 8(ב) לחוק אינה מוענקת לנתבע מתוך דאגה לאינטרסים שלו, כי אם מתוך דאגה לאינטרסים של הציבור הנזקק לשירותיו ולאינטרסים של הציבור כולו.⁸³ הגנה זו נובעת מן המתח הקיים בין הרצון להרתיע את הנתבע מפני הפרת חובותיו מראש (*ex ante*), לבין החשש מפני פגיעה בציבור הלקוחות או הציבור ככלל, עקב תוצאות הסנקציה אשר תוטל על הנתבע בדיעבד (*ex post*).⁸⁴ נקודת האיזון בין שני השיקולים הללו אינה כזו שניתן להגדירה באופן כללי, אולם ניתן להציע כמה קווים מנחים בפרשנות הסעיף באופן שנותן משקל ראוי לשני השיקולים בניסיונות המקרה הנדון בפני בית המשפט.

לשונו של סעיף 8(ב)(2) לחוק מגבילה את ההגנה הניתנת באמצעות נתבעים המנויים בו. מבין אלה, היחיד אשר אינו מוגדר בסעיף 1 לחוק, הנו "גוף

81 אחד מהתיקונים שנשקלו בעבר לס' 23 לכללי הפרוצדורה הפדרלית היה להוסיף כמאפיין נוסף לשאלה אם התובענה הייצוגית לפי ס' משנה b(3) הנה עדיפה על דרכים אחרות לפתרון הסכסוך (Superiority), את השאלה אם הסעד להכריז הקבוצה מצדיק את העלויות הכרוכות בתובענה הייצוגית. תיקון זה לא התקבל לכסוף. לתיקון ולדיון בו ראו: PRELIMINARY DRAFT OF PROPOSED AMENDMENTS TO THE FEDERAL RULES OF APPELLATE, CIVIL AND: CRIMINAL PROCEDURE, 167 F.R.D. 523, 541-44, 559-60 (1997).

82 ס' 8(ב)(1) לחוק קובע הגנה זו לטובת המדינה, רשות מרשויותיה, רשות מקומית או תאגיד שהוקם על פי דין, ולפיכך אינו נדון במאמר זה.

83 אף שניתן היה לשקול אינטרסים אלה, במסגרת הדרישה בס' 8(א)(2) לחוק, לכך שהתובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת, בחר המחוקק לקבוע מפורשות את תנאי ההגנה על הציבור באמצעות הגנה על הנתבע. אין, לפיכך, לשקול הגנה על הנתבע מטעמים של אינטרס הציבור במסגרת סעיף זה.

84 המתח בין שיקולי *ex ante* לבין שיקולי *ex post* זכה לדיון רחב בספרות המשפטית. ראו למשל: Lawrence B. Solum, *Procedural Justice*, 78 S. CAL. L. REV. 181, 192-224 (2004); Bruce L. Hay, *Procedural Justice - Ex Ante vs. Ex Post*, 44 UCLA. L. REV. 1803 (1997); Yael Aridor Bar-Ilan, *Justice. When Do We Decide? An Exploration into the Ex Ante and the Ex Post Perspectives*, Doctorate dissertation, Harvard Law School, (May 2006). לדיון מעמיק בדרך שבה יש לעשות שימוש בשיקולי *ex ante* בדין הדיני בישראל ראו אלון קלמנט ורועי שפירא "יעילות וצדק בסדר הדין האזרחי - גישה פרשנית חדשה" (לא פורסם).

המספק שירות חיוני לציבור". המונח מופיע בכמה חוקים,⁸⁵ שמהם עולה כי מדובר בשירות הדרוש להבטחת שלום הציבור, הגנה, קיום סדר ציבורי או אספקה סדירה של מוצרים חיוניים הנחוצים לכל פרט בחברה. בתי המשפט נדרשו לפרשנותו של מונח זה בהקשרים שונים. למשל, לצורך השאלה אם הגוף נותן השירות הנו גוף דרמהותי אשר חלות עליו נורמות מן המשפט המנהלי.⁸⁶ בין היתר נקבע כי קופות החולים,⁸⁷ בזק⁸⁸ וחברת החשמל⁸⁹ הם ספקי שירות חיוני, ואילו מפעל הפיס (במישור פעילותו כמנהל ההגרלות החוקיות בתחומי מדינת ישראל)⁹⁰ ושירותי תחבורה עירוניים⁹¹ אינם כאלה.

יש לשים לב לכך שדווקא אותם מאפיינים של השירות החיוני אשר הצדיקו דרישה לעמידה בנורמות גבוהות יותר שנשאבות מן הדין המנהלי – חיוניות השירות ומרחב הבחירה של מקבל השירות לקבל את השירות בדרך אחרת –⁹² הם שמצדיקים את חשיפתו של הנתבע לאחריות באמצעות התובענה הייצוגית. המתח בין הרצון לתת לנתבעים המספקים שירות חיוני תמריץ מוגבר לעמוד בחובותיהם, לבין החשש מפני ההשלכות של ניהול תובענה ייצוגית על יכולתם

- 85 כך למשל תקנות ההגנה (שעת־חירום), 1945 קובעות בס' 2 כי "שירותים הכרחיים" פירושם "שירותים הכרחיים להבטחת שלום הציבור או להגנת ישראל, או לקיום סדר ציבורי או הספקה, וכל שירותים הכרחיים לחיי הציבור"; חוק שירות עבודה בשעת־חירום, התשכ"ז-1967, קובע בס' 1 כי "מפעל חיוני" הנו "כל מפעל או חלק ממנו, הפועל או שאפשר להפעילו לצרכי הגנת המדינה או בטחון הציבור או לקיום הספקה או שירותים חיוניים, ושאושר לענין זה בצו על ידי שר העבודה בהתייעצות עם שר הבטחון, ובשעת לחימה – על ידי שר הבטחון בהתייעצות עם שר העבודה; וכן כל מפעל או חלק ממנו שאפשר להפעילו לצרכי קיום המשק ושפעולתו חיונית לקיום הספקה או שירותים הדרושים לציבור או ליצוא, ושר העבודה, בהתייעצות עם שר המסחר והתעשייה, אישר אותו בצו לענין זה"; וחוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, התשי"ח-1957 מגדיר בס' 1 פעולה חיונית כ"פעולה הנראית לשר כחיונית להגנת המדינה, לבטחון הציבור, לקיום אספקה סדירה או שירותים סדירים, לקיום יציבות של מחירי מצרכים או שכר שירותים, להגדלת היצוא או להגברת הייצור, לקליטת עולים, או לשיקום חיילים משוחררים או נכי מלחמה".
- 86 ראו למשל ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 490 (1992).
- 87 ראו למשל בג"ץ 4339/04 עיריית פתח־תקה נ' שר הפנים, תקעל (3) 305 (2005).
- 88 ראו למשל ע"ע 1067/02 בזק – החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' גולדברג, תקיאר (1) 104, 26, פס"א 15 (א) (2004).
- 89 ראו למשל ע"א 723/74 הוצאת עתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד לא(2) 294, 281 (1977).
- 90 ראו ע"א 467/04 יתח נ' מפעל הפיס, תקעל (3) 305 (2005).
- 91 ראו עס"ק 57/05 ההסתדרות הכללית החדשה נ' מדינת ישראל – משרד התחבורה, שר התחבורה, תקיאר (1) 105 (2005).
- 92 ראו ע"פ 8573/96 מרקדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 481, 511 (1997); שאלה היא אם כוח השוק של הנתבע, ובפרט היותו מונופול בתחומו, הופכים את השירות הניתן על ידו לשירות חיוני לצורך חוק התובענות הייצוגיות. ראו למשל דויטש מעמד הצרכן במשפט, לעיל ה"ש 15, בעמ' 430 הקובעת כי לצורך הטלת חובות מיוחדות על נותן השירותים מן הראוי להתחשב בכוחו המונופוליסטי. מחד, אפשר לטעון שהפסקת השירות על ידי הנתבע עלולה לפגוע בציבור לקוחותיו עקב כוח השוק שלו. אולם מאידך, אותו כוח שוק הוא זה שמצדיק מתן הגנה רחבה יותר על ציבור לקוחותיו, בין היתר באמצעות התובענה ייצוגית. הבחירה, גם כאן, היא בין הגנה בריעבד על ציבור הלקוחות, לבין הרתעה מראש מפני פגיעה בהם.

של נתבעים אלה לספק את השירות החיוני, הוא שעומד בבסיס שיקול דעתו של בית המשפט על פי סעיף 8(ב)(2) לחוק. לפיכך כאשר הנתבע הוא בגדר "גוף המספק שירות חיוני", על בית המשפט להיזהר שלא לתת לו הגנה גורפת מפני ניהול התובענה הייצוגית, ועליו להתחשב בצורך המוגבר בהרתעת נתבע מסוג זה. זו הגישה הפרשנית שעל פיה צריך בית המשפט לנהוג כבואו לפרש את תנאי הסעיף, כמפורט להלן.

ההגנה הניתנת בסעיף מותנית בכמה תנאים מצטברים: ראשית, צריך שעצם ניהול ההליך כתובענה ייצוגית הוא שצפוי לגרום לנזק. דהיינו לא תוצאותיה של התביעה אלא עצם ניהול, הסיכון והעלויות שהיא מטילה על הנתבע והשפעתה על המשך תפקודו, תוך כדי ניהול, הם שצריכים לגרום לנזק; שנית, הנזק שייגרם צריך להיות נזק חמור – לא די בנזק כלשהו; שלישית, הנזק צריך להיגרם לציבור הנוקק לשירותיו של הנתבע או לציבור בכללותו. הנזק שנגרם לנתבע, אין בו כשלעצמו כדי למנוע את אישור התובענה כייצוגית; רביעית, צריך שהנזק ייגרם בעקבות פגיעה ביציבותו הכלכלית של הנתבע. זהו תנאי מחמיר, שמשמעותו מקבילה לחשש מכניסתו של הנתבע למצב חדלות פירעון. יש להדגיש שסעיף 8(ב)(2) לחוק זהה בדרישותיו לסעיף 8(ב)(1) לחוק (שנוגע להגנה על המדינה ועל רשויותיה), למעט הוספתה של דרישה זו, ומכאן החשיבות הפרשנית שיש לתת לה. כמו כן, ככל שהגוף הנתבע הנו קטן יותר והחשש ליציבותו הכלכלית עקב ניהול התובענה הייצוגית גדול יותר, כך גדל הספק עד כמה השירות המסופק על ידו הנו אכן שירות חיוני כפרשנותו לעיל; המישית, יש לשקול את הנזק שנגרם לעומת התועלת הצפויה מניהול התובענה הייצוגית לחברי הקבוצה ולציבור. אף אם יתר התנאים מתקיימים, ייתכן שהיתרון שנובע מניהול התובענה הייצוגית לחברי הקבוצה המיוצגת – פיצויים בגין הפרת החובות כלפיהם או התועלת הנובעת מביסוס חובותיו של הנתבע ודומים לו, והשגת מטרותיה של התביעה הייצוגית (לרבות הרתעה יעילה וזכות גישה לבית המשפט) – יהיו משמעותיים דיים כדי שהתובענה תאושר כייצוגית; לבסוף, צריך שלא יהיה אפשרי למנוע את הנזק בדרך של אישור התובענה הייצוגית בשינויים על פי הקבוע בסעיף 13 לחוק. רק עמידה בכל אחד מן התנאים הללו תאפשר לבית המשפט לשקול אם להתחשב בכך כבואו להחליט אם לאשר את התובענה כייצוגית. ודוק, אף אם התקיימו כל התנאים בית המשפט אינו מחויב לדחות את אישור התובענה הייצוגית.

חשוב להדגיש שהציבור הנוקק לשירותי הנתבע והציבור בכלל, זוכים להגנה אף אם אושרה התובענה הייצוגית והתובע זכה בה, זאת מכוח סעיף 20(ד)(2) לחוק.⁹³ הסעיף מאפשר לבית המשפט להגביל את שיעור הפיצויים שהוא פוסק לטובת הקבוצה המיוצגת כאשר עלול להיגרם נזק בגין פגיעה ביציבותו הכלכלית של הנתבע. מאחר שפסק הדין בתובענה הייצוגית מהווה מעשה בית

93 הגנה זו ניתנת לכל נתבע, אף אם אינו בגדר הגופים המנויים בס' 8(ב)(2) לחוק. בקריאה השנייה הוערפה גרסה זו על פני הגרסה שבה תמכה הממשלה, ולפיה הייתה ההגנה בס' 20(ד)(2) לחוק צריכה להינתן לאותם גופים המנויים בס' 8(ב)(2). ראו פרוטוקול ישיבה מס' 667 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16 (1.3.2006) www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/huka/2006-03-01.rtf

דין לגבי כל חברי הקבוצה המיוצגת,⁹⁴ יוצא ששימוש במכשיר התובענה הייצוגית משליך על היקף זכויותיו של כל חבר בקבוצה המיוצגת.⁹⁵ איני מכיר הוראה דומה בדין הישראלי אשר מאפשרת לבית המשפט לצמצם את זכויותיו של התובע מכוח שיקולים שהנם חיצוניים למערך הזכויות והחובות שבינו לבין הנתבע,⁹⁶ ושאלה היא אם אין בהוראה זו כדי לפגוע בזכותם של התובעים המיוצגים לקניין או לכבוד.⁹⁷ עם זאת, יש יתרון משמעותי בהגבלת הפיצויים כדיעבר בהשוואה לבחינת מאזן התועלת וההפסד בנוגע לנזק שעלול להיגרם לציבור מראש בשלב הבקשה לאישור התובענה כייצוגית.

כפי שהסברתי, השלב הראשוני בו נדונה הבקשה לאישור התובענה כייצוגית מאופיין בחוסר ודאות והיעדר מידע וראיות. לעומת זאת, במועד מתן פסק הדין מתפזר ערפל איי-הווראות ולאחר הליך אדברסרי מלא לומד בית המשפט את עובדותיו של המקרה שבפניו ואת צדדיו המשפטיים השונים. לכן בית המשפט יכול להעריך נכונה את התועלת והעלות בפסיקת סעד מלא נגד הנתבע. הסיכוי שיטעה נמוך בהרבה מהסיכוי שיבחר שלא לאשר תובענה כייצוגית מראש עקב חששו מעליותיה.

יתרה מכך, רחייית הבקשה לאישור התובענה כייצוגית מונעת את בירורו האמיתי של הסכסוך וההכרעה בו אף שהוא עומד בכל יתר התנאים לאישור. הגבלת שיעור הפיצויים שייפסקו, מותיר בעינו את ערכו ההצהרתי והתקדימי של פסק הדין, ומגביל רק את נפקויותיו המעשיות עבור הצדדים.⁹⁸ לכן פרשנותו הראויה של סעיף 8(ב)2 לחוק צריכה לצמצם את היקף החרגי למקרים שבהם ניהול התובענה עצמו יגרום לנזק שעלותו גדולה מתועלתו, ואשר אי-אפשר לתקנו בדרך אחרת, אם על ידי אישור בשינויים לפי סעיף 13 לחוק ואם על ידי הגבלת שיעור הפיצויים שייפסקו לפי סעיף 20 לחוק.

94 ראו ס' 24 לחוק.

95 החוק מאפשר פסיקת גמול לתובע המייצג, אשר בא כמובן על חשבון יתר התובעים. אולם בכך אין יותר מאשר תשלום לתובע המייצג עבור שירות שנתן ליתר התובעים, כשם שעורך הדין שייצג אותם וכאי לתשלום בגין שירותיו. ראו דיון להלן בפרק ד'.

96 משמעותה היא הגנה על הנתבע עקב חשש לחרלות פירעון, וזאת מבלי שהנתבע אכן ייכנס למצב כזה בפועל. זאת, בניגוד להגנה הניתנת לחברה או ליחיד אשר הוכרוזו חדלי פירעון.

97 בבג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793 (1996), דן בית המשפט העליון בשאלת שינוי הזכויות הקנייניות אשר נקבעו בפסק דין כדיעבר, על ידי חוק רשות השידור (אישור תוקפן של אגרות רדיו וטלוויזיה), התשנ"ג-1992. באשר למדינה כנתבעת יש לציין גם את תחולתה של הלכת ההשתחררות המאפשרת לרשות להשתחרר מחוזה שהתקשרה בו אם טובת הכלל וצורכי ציבור חיוניים מחייבים זאת (ראו למשל בג"ץ 311/60 י. מילר, מהנדס (סוכנות יבוא) בע"מ נ' שריהתחברה, פ"ד ט(3) 1989, 2005 (1961); ע"א 6328/97 רגב נ' משרד הביטחון, פ"ד נ(5) 506, 525 (2000)). יש לציין, עם זאת, שההשתחררות מן החוזה מקימה חובה למדינה לשלם פיצויים על הנזק שגרמה, אם כי טיבם ושיעורם של הפיצויים עדיין לא הוכרו על ידי בית המשפט. ראו יצחק זמיר המינהלית כרך א 217 (1996). גם התמריצים לתובע ולעורכת הדין, לחפש אחר עילות תביעה ראיות, להגיש תובענות ייצוגיות ולנהלן, נותרים בעינם אף אם בית המשפט פוסק פיצויים חלקיים לפי ס' 20 לחוק, ואילו מניעת אישורה של התובענה כייצוגית לפי ס' 8 לחוק שוללת תמריצים אלה. עם זאת, מובן שקביעת פיצויים חלקיים גוררת עמה הרתעה חלקית בלבד, שכן הרתעה אופטימלית דורשת השוואת הפיצויים לנזק שנגרם.

ד. שכר טרחה לעורכת הדין ותגמול לתובע המייצג

שכר טרחתה של עורכת הדין המייצגת והתגמול לתובע המייצג אינם מהנושאים אשר בתי המשפט בישראל עסקו בהם רבות עד כה. עמדת בתי המשפט בנושאים אלה ניכרת בדבריה של השופטת שטרסברג-כהן אשר קבעה בעניין אשת כי "נושאים אלה הם שוליים לעניין התובענה הייצוגית גופא ועל בית המשפט יהא להתמודד איתם בסוף ההליך".⁹⁹ לעומת זאת, ועדת המשנה לעניין תובענות ייצוגיות הקדישה תשומת לב רבה יותר לנושא התגמול ושכר הטרחה, וזאת בהתאם לתפיסה אשר הנחתה אותה, ולפיה יש לראות בהליך התובענה הייצוגית הליך מעין יזמי, שהיזום העיקרי בו – עורכת הדין – פועלת על מנת למקסם את רווחיה.¹⁰⁰ על פי תפיסה זו, הצלחתו של ההליך בהשגת מטרותיו תלויה באופן משמעותי במבנה התמריצים שיינתנו לעורכת הדין ולתובע המייצג, ולכן יש לוודא שאלה ייקבעו באופן המיטבי.¹⁰¹

סקירת נוסחיה השונים של הצעת החוק אשר נדונו בוועדת המשנה, מצביעה על שתי גישות אפשריות לקביעת שכר טרחת עורכת הדין בחוק. הגישה האחת, אשר נדחתה לבסוף, בחרה בדרך של קביעה מדויקת של האחוז שעורכת הדין תזכה לו בפסק דין ובפשרה תוך פירוט של מבנה שכר הטרחה והתגמול כפונקציה של הסכום שנפסק או נקבע בפשרה.¹⁰² הגישה האחרת, אשר אומצה בחוק, מציבה

99 עניין אשת, לעיל ה"ש 3, בעמ' 253.

100 שכר הטרחה של עורך הדין נדון כמה פעמים בוועדת המשנה: פרוטוקול ישיבה מס' 1 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16 (20.4.2005) www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/huka/2005-04-20.rtf; פרוטוקול ישיבה מס' 4 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16 (14.6.2005) www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/huka/2005-06-14-02.rtf; פרוטוקול ישיבה מס' 4 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16 (12.7.2005) www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/huka/2005-07-12-01.rtf; פרוטוקול ישיבה מס' 6 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16 (17.8.2005) www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/huka/2005-08-17.rtf; פרוטוקול ישיבה מס' 12 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16 (12.12.2005) www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/huka/2005-12-12-01.rtf; פרוטוקול ישיבה מס' 13 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16 (26.12.2005) www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/huka/2005-12-26.rtf.

101 ע"א 8430/99 אנליסט אי.אם.אפ. ניהול קרנות בנאמנות (1986) בע"מ נ' ערד השקעות ופיתוח תעשייה בע"מ, פ"ד נו(2) 247, 263-264 (2001) (להלן: עניין אנליסט), הוא פסק הדין המרכזי שניתן עד כה בנושא התגמול לתובע המייצג ושכר הטרחה לעורכת הדין. בית המשפט העליון החיל את הכלל שלפיו אין ערכאת הערעור מתערבת בדרך כלל בשיעור שכר הטרחה שנפסק לבעל דין בערכאה ראשונה. בכך התעלם בית המשפט מההבדל המשמעותי בין שכר הטרחה שנפסק כהוצאות לטובת הזוכה בהליך רגיל ובין שכר הטרחה שנפסק לעורכת הדין בתובענה הייצוגית. הראשון, מטרתו לשפות את הזוכה בגין הוצאותיו, ותו לא, ואילו האחרון, מטרתו ליצור תמריצים להגשתן ולניהולן של תובענות ייצוגיות, בהיעדר תמריצים כאלה בשוק.

102 בישיבת ועדת המשנה נטען כי יש להעלות את אחוז שכר הטרחה הניתן לעורכת הדין, שכן פסיקת שכר הטרחה על ידי בתי המשפט בעבר הייתה נמוכה מדי ולא פיצתה את עורכי הדין על מלוא השקעתם. ראו פרוטוקול ישיבה מס' 12 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16 (12.12.2005), לעיל ה"ש 100; בנוסח הצעת החוק שהובאה לדיון ביום 26.12.2005, נקבע בסעיף 25(ב) כי כאשר ניתן פיצוי כספי או סעד בעל שווי כספי, יינתנו

כמה שיקולים כלליים בקביעת שכר הטרחה והתגמול, ומותרת את הקביעה המדויקת לבית המשפט. לכן בתי המשפט נדרשים למלא בתוכן את אותם שיקולים ואמות מידה כלליים. פרק זה הוא ניסיון ראשון לסייע בידי בתי המשפט במשימתם זו.

חלק 1 מסביר מהן המטרות שצריכים שכר הטרחה והתגמול לקדם לאור לשון החוק, ולאור מטרותיו והעקרונות הכלליים המנחים את הסדר התביעה הייצוגית. חלק 2 בוחן את השאלה אם ראוי ששכר הטרחה והתגמול ינוכו מתוך הסכום המגיע לתובעים או שמה צריך הנתבע לשאת בהם בנוסף על סכום זה. חלקים 3 ו-4 פורטים את השיקולים העקרוניים לכללים פרטניים שלפיהם יקבעו בתי המשפט את התגמול לתובע המייצג ואת שכר הטרחה לעורכת הדין. לבסוף, חלק 5 מציע כי בתי המשפט יקבעו כבר במועד אישור התביעה כייצוגית, את שכר הטרחה אשר ייפסק לטובת עורכת הדין אם תזכה בתביעה או אם זו תסתיים בפשרה. חלק זה אף בוחן אפשרויות לתחרות בין עורכות דין שמעוניינות לייצג את הקבוצה במקרה שבו עורכת הדין אשר הגישה את התובענה נמצאה בלתי ראויה לייצג או במקרה שבו הוגשה יותר מבקשה אחת לאישור תובענה ייצוגית באותו עניין, תוך הפניה להליכי תחרות דומים אשר נוסו כבר בארצות-הברית.

1. שיקולים בקביעת שכר הטרחה לעורכת הדין ותגמול לתובע המייצג

סעיף 22(ב) לחוק דורש כי בקביעת שיעור התגמול לתובע המייצג יתחשב בית המשפט, בין השאר, בטרחה ובסיכון שנטל עליו התובע בהגשת התובענה הייצוגית ובניהולה, בתועלת שהביאה התובענה הייצוגית לחברי הקבוצה המיוצגת ובמידת החשיבות הציבורית של התובענה הייצוגית.¹⁰³ סעיף 23(ב) לחוק דורש כי בקביעת שכר הטרחה של עורכת הדין יתחשב בית המשפט, בין השאר, בטרחה, בסיכון ובהוצאות שנטלה על עצמה בהגשת התובענה הייצוגית

30% כשכר טרחה בעבור מיליון הש"ח הראשונים, ואם הסכום עולה על מיליון ש"ח, יהיה שכר הטרחה 300,000 ש"ח ועוד 15% מיתרת הסכום מעל למיליון הש"ח. סעיף 25(ה) קבע כי בפשרה ישונו אחוזים אלה ל-24% ו-12% בהתאמה. ראו www.knesset.gov.il/huka/; בוועדת המשנה מיום 26.12.2005, לעיל ה"ש 100, הוחלט להוריד את אחוז שכר הטרחה שיינתן עבור מיליון הש"ח הראשונים ל-20%, ובפשרה ישונה אחוז זה ל-16%. החלטה זו באה לידי ביטוי בס' 25 להצעת החוק מיום 5.1.2006 www.knesset.gov.il/committees/heb/material/data/H03-01-2006_11-58-46_tovantot5.doc; בישיבת הוועדה מיום 26.1.2006 הוחלט לקבל את עמדת משרד המשפטים ולמחוק את הנוסחה שנקבעה לעניין שכר הטרחה ולהשאיר לשיקול דעתו של בית המשפט, ראו ס' 23 להצעת החוק מתאריך זה www.knesset.gov.il/committees/heb/material/data/H26-01-2006_8-37-35_tovantot26.doc.

103 בעניין אנליסט, לעיל ה"ש 101, בעמ' 258-260, מנה הנשיא ברק כמה שיקולים שצריך בית המשפט להביא בחשבון בבואו לקבוע תגמול לתובע המייצג – הטרחה והסיכון שנשא בהם, חשיבותה של התובענה לאינטרס הפרט ולאינטרס הכללי, הרצון שלא לעודד תביעות סרק, הפגיעה בפיוצי ליתר חברי הקבוצה וחלקו של התובע המייצג בסכום הכולל שנפסק (ככל שזה גדול יותר, כך לדעת ברק צריך התגמול המיוחד לתובע המייצג להיות קטן יותר). מבין שיקולים אלה נפקד בחוק רק מקומו של השיקול האחרון.

ובניהולה תוך התחשבות במורכבות ההליך, בתועלת שהביאה התובענה הייצוגית לחברי הקבוצה המיוצגת ובאופן שבו ניהלה עורכת הדין את ההליך, במידת חשיבותה הציבורית של התובענה הייצוגית ובפער שבין הסעדים הנתבעים בבקשה לאישור לבין הסעדים שפסק בית המשפט בתובענה הייצוגית. יש להדגיש ששיקולים אלה צריכים להנחות את בית המשפט גם כאשר הוא קובע את התגמול ושכר הטרחה בפשרה, וזאת מכוח הוראת סעיף 19(ו) לחוק. רשימת השיקולים הזו אינה ממצה. עם זאת, ניתן לחלקה לשלוש קטגוריות אשר יכללו בתוכן גם שיקולים אחרים שאינם מפורשים בחוק.¹⁰⁴ בקטגוריה הראשונה יימצאו שיקולים שנוגעים לעלויות ולסיכון שנטלו על עצמם התובע המייצג ועורכת הדין (כגון טרחה, סיכון, הוצאות ומורכבות ההליך). מאחר שתובענות ייצוגיות לא יוגשו אלא אם כן יוכלו מגישיהן לצפות לרווח, צריכים התגמול ושכר הטרחה לכסות, לכל הפחות, את עלויותיהם תוך התחשבות בסיכון שעלויות אלה לא יכוסו כלל משום שהנתבע יזכה בתובענה. אנו נכנה שיקולים אלה יכינו "שיקולי תשומה". בקטגוריה השנייה יימצאו שיקולים הנוגעים לתועלת שהביאה התובענה הייצוגית לקבוצה המיוצגת תוך ניסיון לתת לעורכת הדין ולתובע המייצג תמריצים אשר יותירו ביד חברי הקבוצה המיוצגת רווח נטו מקסימלי (בשיקולים אלה ייכללו תועלת לחברי הקבוצה המיוצגת, מורכבות ההליך ואופן ניהולו). שיקולים אלה יכינו "שיקולי תפוקה לקבוצה המיוצגת". בקטגוריה השלישית יימצאו שיקולים שנוגעים לתועלת הציבורית מן התובענה הייצוגית ולהכוונה ראויה של המשאבים שמושקעים בשוק בחיפוש, הגשה וניהול של תובענות ייצוגיות שתועלתן הציבורית גדולה ביותר (כגון חשיבות ציבורית והפער בין הסעד הנתבע לסעד שנפסק). שיקולים אלה יכינו "שיקולי הכוונה ציבורית". על אף שהדיון להלן מתייחס לשכר טרחת עורכת הדין הוא חל במידה דומה על התגמול לתובע המייצג.

1.1 שיקולי תשומה

עורכת הדין שמעוניינת להגיש תובענות ייצוגיות מעוניינת ברווח. ככל עורך דין, גם לה יש חלופות (למשל ייצוג לקוחות בבתי משפט או מתן שירותים משפטיים אחרים) שערכן נגזר מהביקוש לשירותיה. לפיכך לכל שעה שמשקיעה עורכת הדין בחיפוש אחר עילות תביעה, באישור התביעה כתובענה ייצוגית ובניהול התובענה הייצוגית, אם זו מאושרת, עלות השווה לשכר האלטרנטיבי שהייתה עורכת הדין מרוויחה בשעה זו אלמלא הייתה מוקדשת לתובענה הייצוגית. בנוסף, יש לעורכת הדין עלויות נלוות כמו: נסיעות, צילומי מסמכים, שליחויות ועוד,¹⁰⁵ ששכר הטרחה (ובאופן דומה התגמול לתובע המייצג) צריך לכסותן אחרת היא לא תגיש את התובענה הייצוגית.

104 גם השיקולים שפורטו בעניין אנליסט, שם, ניתנים לחלוקה לקטגוריות אלו.
105 ישנן עלויות אשר התובע המייצג הוא שנושא בהן, כגון שכר עדים מומחים. באופן עקרוני גם עורכת הדין הייתה יכולה לשאת בעלויות אלה, אולם ס' 44 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית) התשמ"ו-1986 (להלן: "כללי לשכת עורכי הדין") אוסר על כך. במהלך הדיונים בוועדת המשנה הועלתה הכוונה לאפשר לעורכת הדין המייצגת לשאת בהוצאות

מאחר ששכר הטרחה בתובענה הייצוגית משולם רק אם התביעה הסתיימה בניצחון התובעים או בפשרה, הסכום צריך להיות גבוה מהעלויות שנשאה בהן עורכת הדין. למעשה, שכר הטרחה צריך להיות שווה, לפחות, לעלויות שהוצאו כשהן מוכפלות ב"מכפיל סיכון" השווה לאחד חלקי הסיכוי ששכר הטרחה אכן ישולם בפסק דין או פשרה. לדוגמה, אם הסיכוי שהתביעה תסתיים בזכייה או פשרה הוא 0.4 ועלויות עורכת הדין הן 100, שכר הטרחה שעליה לקבל בזכייה או בפשרה צריך להיות לפחות 250.¹⁰⁶ החישוב למעשה מורכב יותר, שכן בשלבים שונים הערכת הסיכוי להצלחה במשפט או לפשרה על ידי עורכת הדין תהיה שונה, ובהתאם צריך להשתנות מקדם הסיכון שבו מוכפלות העלויות שמוציאה עורכת הדין באותו שלב.¹⁰⁷ אולם מבלי להסתבך בחישובים מורכבים, ברור ששכר הטרחה צריך להיות גבוה מהעלויות אשר הוצאו למעשה, אם מטרתו לכסות אותן במלואן.¹⁰⁸

1.2 שיקולי תפוקה לקבוצה המיוצגת

מובן שמטרתו של הליך התובענה הייצוגית אינה לשרת את האינטרסים של עורכת הדין, אלא את אלה של הקבוצה המיוצגת ושל הציבור בכלל. לכן אף שהשבת העלויות שנשאה בהן עורכת הדין הנה תנאי הכרחי לשימוש בתובענה הייצוגית, אין היא בגדר תנאי המספיק לכך ששימוש זה יהיה אכן ראוי ויעיל. במסגרת שיקולי תפוקה לקבוצה המיוצגת יש לשקול כיצד לקבוע שכר טרחה אשר ישיא את הפיצוי שיקבלו חברי הקבוצה המיוצגת.

השאת הפיצוי לחברי הקבוצה המיוצגת דורשת שהסכומים שייקבעו בפסק הדין הצפוי או בפשרה יהיו גבוהים ככל האפשר, ושחלקה של הקבוצה יהיה גדול ככל האפשר. דא עקא, ישנה סתירה מובנית בין השניים. כדי שסכום הפיצויים

הכרוכות בתובענה הייצוגית, לרבות שכר מומחים. ראו פרוטוקול ישיבה מס' 7 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה'16 (13.9.2005) www.knesset.gov.il/committees/heb/material/data/H26-01-2006_8-37-35_tovnot26.doc; באשר להטלת הוצאות על בא כוח התובע ראו פרוטוקול ישיבה מס' 12 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה'16 (12.12.2005), לעיל ה"ש 100. כוונה זו לא מצאה דרכה לחוק, וחבל שכך. תחום התובענות הייצוגיות שונה במאפיינים רבים מתביעות רגילות, ומן הראוי היה לקבוע כללי אתיקה מיוחדים לתחום זה. ראו למשל: Debra Lyn Bassett, *When Reform is Not Enough: Assuring More Than Merely "adequate" Representation in Class Actions*, 38 GA. L. REV. 927, 959 (2004).

106 מכפיל הסיכון הוא $2.5 = 1/0.4$.

107 לדיון מפורט בקביעת מכפילי הסיכון ראו Peter H. Huang, *A New Options Theory for Risk Multipliers of Attorney's Fees in Federal Civil Rights Litigation*, 73 N.Y.U.L. REV. 1943 (1998).

108 ניתן לטעון שיש להגביל את מכפיל הסיכון, כדי שלא לעודד תובענות שסיכוייהן נמוכים מדי. זו אכן הגישה שהנחתה את בית המשפט העליון בארצות-הברית כאשר קבע כי אין להעניק מכפיל סיכון כשיטת ה-*lodestar*. ראו: *City of Burlington v. Dague*, 505 U.S. 557 (1992). אולם מאחר שבשראל, בניגוד לארצות-הברית, אחד התנאים לאישור הוא הוכחת סיכויי התובענה, תנאי זה אמור לסנן את התובענות שסיכוייהן נמוכים מדי. תובענה שאושרה צריכה לזכות את עורכת הדין בשכר טרחה שיכסה, לפחות, את העלויות שנשאה בהן.

יהיה גבוה ככל האפשר, צריכה עורכת הדין לקבל תמריצים משמעותיים להשקיע בנייהול התביעה, ולשם כך יש להגדיל את שכר הטרחה שלה. מנגד, ככל ששכר הטרחה של עורכת הדין גבוה יותר, כך חלקה של הקבוצה קטן. הגדלת שכר הטרחה של עורכת הדין מגדילה את העוגה לחלוקה ומקטינה את חלקה של הקבוצה בעוגה זו.¹⁰⁹

בנוסף על מידת המאמץ והמשאבים שתשקיע עורכת הדין בתובענה הייצוגית, שכר הטרחה שתקבל ישפיע גם על בחירתה בין המשך ההתדיינות המשפטית לבין פשרה. לפשרה שני יתרונות מובנים עבור עורכת הדין: היא חוסכת ממנה את הצורך להשקיע עוד זמן ומשאבים בתובענה; והיא מחליפה הליך שנושא עמו סיכון שתפסיד ולא תקבל דבר בהליך שייתן לה תשלום ודאי. חברי הקבוצה המיוצגת, לעומתה, אינם נושאים בעלויות ניהול ההליך, ובדרך כלל, בעיקר במקרה הנפוץ שבו סכום התביעה של כל אחד מהם אינו גבוה, חוששים פחות מהסיכון שיפסידו.¹¹⁰ לפיכך נטייתה של עורכת הדין להתפשר תהיה גדולה במקרים רבים מוז שהייתה מקובלת על חברי הקבוצה המיוצגת אילו נשאלו לדעתם.¹¹¹ לאור כל האמור לעיל, שכר הטרחה בפשרה צריך להיות נמוך מזה המשולם בפסק דין. יישומו של עיקרון זה יידון להלן בחלק ד.3.¹¹²

109 לריון בבעיה זו ראו למשל: Lucian Arye Bebchuk, *The Questionable Case for Using Auctions to Select Lead Counsel*, 80 WASH. U. L. Q. 889, 893-96 (2002); Bruce L. Hay, *Contingent Fees and Agency Costs*, 25 J. Legal Stud. 503 (1996); למעשה, אילו הייתה עורכת הדין מקבלת שכר טרחה השווה לסך סכום התביעה, הייתה השקעתה אופטימלית, כהשקעתו של בעלים יחיד בנכס או מיום שהוא כולו בבעלותו. כמוכן, הבעיה היא שהקבוצה המיוצגת אינה מקבלת דבר מתוך התביעה. הצעה אשר הועלתה בספרות בארצות-הברית אולם טרם יושמה היא למכור במכרז את התביעה ותוצאותיה לעורכת הדין אשר תציע את הסכום הגבוה ביותר בתמורה, לחלק את הסכום שהוצע בין חברי הקבוצה המיוצגת, ולהעביר כל סכום שיושג בתביעה לעורכת הדין שזכתה במכרז. ראו: Jonathan R. Macey & Geoffrey P. Miller, *The Plaintiffs' Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform*, 58 U. CHI. L. REV. 1, 106-17 (1991).

110 במונחים כלכליים, עורכת הדין במקרים רבים שונאת סיכון. מנגד חברי הקבוצה המיוצגת אדישים לסיכון או אף אוהבי סיכון. שנאת סיכון משמעותה שאם עורכת הדין צופה שבסיכוי של 0.5 תזכה בתביעה ותקבל שכר טרחה של 100, תעדיף בכל זאת לקבל בוודאות שכר טרחה של 50, ואף נמוך מזה, אף על פי שתוחלת שכר הטרחה שתקבל בתביעה היא בדיוק 50. אדישות לסיכון משמעותה שקבלת 50 בוודאות או זכייה בסיכוי של 0.5 ב-100 הנם היינו הך. אהבת סיכון משמעה העדפה לזכייה בסיכוי של 0.5 ב-100 בדוגמה זו.

111 קביעה זו כללית ולה חריגים רבים, התלויים במבנה המדויק של שכר הטרחה וביחס חברי הקבוצה לסיכון. עם זאת, במקרה הנפוץ, שבו סכום התביעה של כל תובע מיוצג הוא קטן, ושבו שכר הטרחה נקבע באחוזים מסך התביעה או הפשרה, הקביעה הנה נכונה.

112 אף שהחוק קובע בס' 18 ו'19 הוראות מפורטות באשר לדרך שבה צריך בית המשפט לבחון פשרה המוצעת לו, נתקלים בתי המשפט בבעיה כאשר הם באים לשקול פשרות מוצעות. הבעיה נובעת מההסכמה בין הנתבע לתובע ועורכת הדין, השוללת הליך אדברסרי, ולפיכך מונעת מבית המשפט את הדרך העיקרית שבאמצעותה הוא מחליט ומכריע בהליך רגיל. שכר הטרחה, לעומת זאת, יכול לספק תמריץ ישיר שימנע מעורכת הדין להגיע לפשרות בלתי ראויות. ראו למשל קלמנט, לעיל ה"ש 16, בעמ' 329.

1.3 שיקולי הכוונה ציבורית

לתובענה הייצוגית מטרת נוספות פרט לפיצוי חברי הקבוצה המיוצגת. עליה לקדם את אכיפת הדין, להרתיע מפני הפרתו ולהיות יעילה והוגנת, בפרט מנקודת מבטו של הנתבע. הן ההרתעה, הן היעילות והן ההגנות כלפי הנתבע, דורשות שכשם שנתבעים שהפרו חובותיהם ישאו בעלויות ובנזקים שגרמו, כך נתבעים אשר קיימו חובותיהם לא ישאו בעלויות ולא ייתבעו לשווא. לגישתי, הדרך הראויה לכוון את התובענה הייצוגית להשגת מטרתה הציבורית היא הצבת תנאים אשר ימנעו אישורה של התובענה הייצוגית אם סיכוייה נמוכים או שאינה הדרך היעילה וההוגנת לפתרון הסכסוך.

יש לזכור ששכר הטרחה נפסק רק כאשר הסתיימה התביעה בניצחון התובעים או בפשרה. דהיינו טענותיהם של התובעים נמצאו ראיות ומצדיקות פיצוי מבחינה מהותית (בין משיקולי בית המשפט בפסק דין ובין משיקולי הנתבע בפשרה). אין זה מתפקידו של בית המשפט לקבוע שחשיבותה הציבורית של תביעה כזו אינה גדולה, ואין לו אף הכלים לקבוע זאת.¹¹³

לפיכך ההתחשבות בחשיבותה הציבורית של התובענה הייצוגית כשיקול בפסיקת שכר הטרחה לעורכת הדין והתגמול לתובע המייצג, צריכה רק לאפשר הגדלתו של שכר הטרחה במקרים שבהם סכום התביעה או הסעד המבוקש בה היו מביאים לפסיקת שכר טרחה נמוך מכדי לתת תמריץ ראוי לתביעה. לעומת זאת, גם אם בית המשפט סבור שחשיבותה של התובענה הייצוגית מועטה, עליו להימנע מלהפחית את שכר הטרחה בגין שיקול זה.¹¹⁴

2. פסיקת התגמול ושכר הטרחה – מתוך הסכום שנפסק או בנוסף עליו, והקשר לפסיקת הוצאות נגד התובע המייצג

חלק זה דן בשאלה אם שכר הטרחה לעורכת הדין צריך להיפסק מתוך הסכום שנפסק לקבוצה או שמא צריך הנתבע לשאת בהם בנוסף על סכום זה.¹¹⁵ טענותי

113 האם תובענה שהסכום שנפסק בה גבוה חשובה יותר מתובענה שסכומה נמוך?; האם תובענה שבה זכו התובעים אף שסיכוייהם היו נמוכים הנה בעלת חשיבות ציבורית גדולה או קטנה יותר מאשר תובענה שסיכוייה ההתחלתיים היו גבוהים?; האם יש להתחשב בוהות הנתבע, במספר ובוהות הנתבעים הדומים לו העלולים להפר חובותיהם באופן דומה או בוהותם של התובעים שנפגעו? או מודה לעו"ד תמי סלע, היועצת המשפטית לוועדת המשנה, אשר האירה את עיני בדבר

114 כוונת הוועדה שהתנאי בדבר חשיבותה של התובענה הייצוגית ישמש לעידודן של תובענות כאמור, ולפיכך יהווה שיקול להגדלת שכר הטרחה אך לא להקטנתו.

115 הצעת החוק שעברה בקריאה ראשונה, לעיל ה"ש 7, קבעה בסעיף 24(ב) שבית המשפט שהחליט לפסוק גמול לתובע יורה בהחלטתו אם להטיל את תשלום הגמול על הנתבע או אם תשלום הגמול יהיה מהסכום שנפסק לקבוצה. בישיבות ועדת המשנה הועלתה האפשרות לקבוע כלל דומה גם באשר לשכר טרחת עורכת הדין (ראו תמצית ישיבה מיום 26.12.2005 www.knesset.gov.il/huka/). הוראות אלה לא מצאו דרכן לחוק שהתקבל לבסוף. יש לציין גם ש'ס' 35 לחוק הגנת הצרכן, ס' 16 לחוק הבנקאות, ס' 46 לחוק ההגבלים העסקיים וס' 62 לחוק עסקי ביטוח, קבעו כולם כי בית המשפט רשאי להורות כי "חלק הנראה לו מהסכום שנפסק, לאחר ניכוי הוצאות ושכר טרחת עורך דין, ישולם לתובע שטרחה בהגשת התובענה ובהוכחתה, והיתרה תחולק בין הנמנים עם הקבוצה". לפי לשון סעיפים אלה, שכר הטרחה והתגמול צריכים היו להיות מופחתים מתוך הסכום שנפסק ולא בנוסף עליו.

בחלק זה מחולקת לשתיים:¹¹⁶ ראשית, כאשר שכר הטרחה נפסק בפסק דין ולא בפשרה, יש להפחית אותו מתוך הסכום אשר נפסק לטובת הקבוצה המיוצגת ולא להוסיף אותו על סכום זה. זאת, כדי להגן על הנתבעים מפני תוצאות אשר יהיו בלתי הוגנות כלפיהם. כדי לשמור על האיזון בין הנתבעים לבין התובע המייצג, אין לפסוק הוצאות נגד התובע המייצג בין שנדחתה בקשתו לאישור התובענה הייצוגית ובין שאושרה אך נדחתה לאחר מכן. שנית, כאשר מגיעים הצדדים לפשרה, בית המשפט אינו צריך לאשר את גובה שכר הטרחה שהציעו הצדדים רק משום שזה נוסף על סכום הפשרה ולא נפסק מתוכו. עליו לבחון את גובה שכר הטרחה לגופו ולשקול אם הוא ראוי.

2.1 הפחתת שכר הטרחה מהסכום שנפסק בפסק דין

בארצות-הברית, מולדתה של התובענה הייצוגית המודרנית, כלל פסיקת ההוצאות בהליכים שאינם ייצוגיים שונה מזה הנוהג בארץ. הכלל שם הוא שכל אחד מהצדדים נושא בהוצאותיו ללא קשר לתוצאות ההליך.¹¹⁷ לכן הדין האמריקני נדרש לקבוע חריג לכלל זה כדי שניתן יהיה לפצות את עורכת הדין שהגישה וניהלה את התובענה הייצוגית עבור השקעתה בתביעה. חריג זה קובע שכאשר השקעתה של עורכת הדין יצרה קרן ממנה נהנו כל חברי הקבוצה המיוצגת (common fund), מן הראוי לפסוק חלק מתוך הקרן לטובת עורכת הדין.¹¹⁸

בישראל, לעומת זאת, בסופו של הליך שאינו ייצוגי, נדרש בית המשפט לפסוק הוצאות לטובת הצד הזוכה. לפיכך כאשר עומד הנתבע בפני תובענה רגילה, ההוצאות אשר נפסקות נגדו נוספות על הסעד שבו עליו לשאת כאשר הפסיד בתביעה. עד לאחרונה נהגו בתי המשפט לפסוק, בתביעות רגילות, סכומים אשר לא כיסו במלואם את ההוצאות שנשא בהן הצד הזוכה בכלל, ולא היה בהן כדי לכסות את שכר טרחת עורך הדין ששילם אותו צד לבא כוחו, בפרט. אולם לאחרונה נקבע כי מן הראוי לפסוק הוצאות ראליות אשר יכסו במלואן את עלויותיו של הצד הזוכה כדי שלא יצא נפסד.¹¹⁹

לכאורה, כדי להשוות את מצבו של הנתבע בתובענה ייצוגית למצבו של נתבע בתובענה רגילה, צריכים בתי המשפט לנקוט כלל דומה. דהיינו לפסוק את שכר הטרחה והתגמול, בנוסף על הסכום הנפסק לטובת הקבוצה התובעת כאשר

116 למען הקיצור מתמקד הדיון להלן בשכר הטרחה, אולם הוא חל באותה מידה על התגמול לתובע הייצוגי.

117 *Alyeska Pipeline Service Co. v. Wilderness Society*, 421 U.S. 240, 247 ראו: (1975).

118 *ALAN HIRSCH & DIANE SHEEHY, AWARDING ATTORNEYS' FEES AND MANAGING FEE LITIGATION* (2d ed.) 59–95, available at [www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/attyfees.pdf/\\$File/attyfees.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/attyfees.pdf/$File/attyfees.pdf) ראו:

119 למגמה שלפיה יש לפסוק הוצאות ראליות נגד מי שהפסיד בתובענה רגילה ראו בג"ץ 05/891 תנובה מרכזי שיתופי לשיווק תוצרת קלאית בישראל בע"מ נ' הרשות המוסמכת למתן רישיונות יבוא – משרד התעשייה והמסחר, תקעל (2005) 4087 (2005).

היא זוכה, ומנגד, כאשר הנתבע זוכה, לפסוק לזכותו הוצאות ראליות. דא עקא, אף שבתובענה רגילה זוכה הנתבע להוצאותיו הראליות מידי התובע, לא יזכה לסכום דומה כאשר הוא נתבע בתובענה ייצוגית. התובע המייצג הנו חסר אמצעים, בדרך כלל, ואינו יכול לשאת במלוא הוצאותיו של הנתבע. יתרה מכך, גם תובעים מייצגים היכולים לשאת בסכום זה, יימנעו מהגשת תובענות ייצוגיות אם יהיו חשופים לסיכון שייפסקו נגדם הוצאות ראליות,¹²⁰ ובכך יהיה כדי לסכל את המטרה שלשמה חוקק החוק. לפיכך התובע המייצג אינו יכול לשאת בהוצאותיו הראליות של הנתבע, וגם אם הוא יכול, אין זה רצוי שיישא בהן.¹²¹ הקשר בין פסיקת שכר הטרחה לטובת התובע המייצג ועורכת הדין, כאשר זכו, לבין פסיקת הוצאות נגדם, כאשר הפסידו, מותיר בידי בית המשפט שני כללי פסיקת הוצאות אם ברצונו לקיים שוויון מהותי בין הצדדים. האחד הנו הכלל האמריקני שלפיו לא ייפסקו הוצאות נגד התובע המייצג אם יפסיד בתביעה, ואילו כאשר יזכה בתביעה ייפסקו שכר הטרחה והתגמול מתוך הסעד שנפסק ולא בנוסף עליו. האחר הנו כלל פסיקת הוצאות הנוהג בארץ, אולם אז לא ניתן יהיה לפסוק הוצאות אלה בערכים ראליים לטובת הנתבע, ולפיכך לא יהיה זה ראוי לפסוק הוצאות בערכים ראליים נגדו. מאחר שמנגנון התובענה הייצוגית נשען כולו על התמריץ הניתן לעורכת הדין באמצעות שכר הטרחה, ומאחר ששכר הטרחה צריך לעמוד בקריטריונים שפורטו לעיל (תשומה, תפוקה והכוונה), פסיקת שכר טרחה לטובת הקבוצה המיוצגת בערכים שאינם ראליים, לא תאפשר הגשתן של תובענות ייצוגיות. לפיכך הכלל היחיד הנותן תמריץ להגשתן של תובענות ייצוגיות, ובה בעת אינו פוגע בשוויון בין התובע המייצג לבין הנתבע, הוא הכלל האמריקני.¹²²

כאמור לעיל, שיקולי התשומה קובעים שתובעים יגישו תובענות ייצוגיות רק אם הרווח הצפוי להם יהיה גבוה מהעלויות שנשאו בהן. אם יוטלו הוצאות על תובעים ייצוגיים שהפסידו, יהיה צורך לפצותם, כאשר יזכו בתביעה, בתגמול גבוה בהרבה מזה שנדרש אלמלא פסיקת הוצאות זו. לפיכך הימנעות מפסיקת הוצאות בעת הפסד תאפשר פסיקת תגמול נמוך יותר לתובע המייצג כאשר יזכה בתביעה, וכך אף יגדל חלקם של יתר התובעים בקבוצה.¹²³ כאשר לחשש מפני הגשת תובענות סרק, הדרך העיקרית לטפל בכך בחוק הקיים, היא באמצעות התנאי הקבוע בסעיף 8(א)(1) לחוק שלפיו על התובע המייצג להראות אפשרות סבירה שהשאלות המשותפות לקבוצה יוכרעו בתובענה לטובתה. בנוסחה הראשון של הצעת החוק אשר הוגשה לקריאה ראשונה, נקבעה הוראה

120 זאת, אלא אם כן התגמול שייפסק לאותם תובעים אם יזכו בתובענה, יהיה גבוה דיו כדי לפצותם על הסיכון. בכך יש, כמובן, כדי להפחית מחלקם של יתר חברי הקבוצה.

121 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 12 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה'16' (12.12.2005), לעיל ה"ש 100; פרוטוקול ישיבה מס' 660 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה'16' (7.2.2006) www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2006-02-07.html.

122 כאשר הסעד המבוקש אינו סעד כספי, אין בררה אלא לפסוק את שכר הטרחה של עורכת הדין והתובע המייצג בנוסף לסעד שניתן. לפיכך בתביעות מסוג זה ראוי לפסוק גם הוצאות נגד התובע הייצוגי, אם הפסיד בתובענה או שבקשתו לאישורה כייצוגית נדחתה.

123 לדיון בדרך לקביעת התגמול לתובע המייצג ראו חלק ד.3 להלן.

שלפיה לא יישא התובע המייצג בהוצאות הנתבע, אלא במקרים חריגים.¹²⁴ הוראה זו הושמטה מנוסח החוק אשר התקבל לבסוף.¹²⁵ עם זאת, המלצתי, כאמור לעיל, הנה לאמץ כלל זה יחד עם הכלל הקובע ששכר הטרחה שייפסק לטובת עורכת הדין של הקבוצה המייצגת יופחת מהסכום שנפסק לקבוצה שוכתה בתובענה הייצוגית.¹²⁶

2.2 אישור הפשרה והיחס למבנה שכר הטרחה שהוסכם

כאשר שכר הטרחה נפסק מסכום שהוסכם בפשרה רשאי בית המשפט, לפי הוראת סעיף 19(ו) סיפה לחוק, "להתחשב בהמלצה מוסכמת שהוגשה לו על ידי הצדדים לענין זה". נטייתם של בתי המשפט בעבר הייתה לאשר את סכום שכר הטרחה שהצדדים הסכימו עליו רק משום שזה נקבע כתוספת על הסעד לתובעים.¹²⁷ גישה זו אינה ראויה. גם כאשר מסכים הנתבע לשלם את שכר הטרחה כתוספת, משפיע גובה שכר הטרחה על הסכום שיסכים לשלם לתובעים כפי שיוסבר להלן. הנתבע צופה שאם לא יגיע לפשרה יצטרך לשאת בעלות כוללת השווה לסכום הסעד שעתיד להיפסק במשפט, הוצאות שייפסקו נגדו והוצאותיו הוא. בין שההוצאות שייפסקו נגדו ייפסקו מתוך הסעד שייפסק ובין שבנוסף לו, בסופו של דבר יהיה סכום כולל שעתיד הנתבע לשלם, והוא חבותו הכוללת של הנתבע בפסק דין.

כאשר שכר הטרחה נפסק מתוך סכום הפשרה, יסכים הנתבע להתפשר רק אם הפשרה שיגיעו אליה הצדדים נמוכה מחבותו הכוללת בפסק דין. כאשר שכר הטרחה נפסק בנוסף על סכום הפשרה, יסכים הנתבע להתפשר רק אם הסכום של הפשרה ושכר הטרחה יחד יהיו נמוכים מחבותו זו. בין כך ובין אחרת, ככל ששכר הטרחה שייפסק יהיה גבוה יותר כך חלקה של הקבוצה המיוצגת יהיה קטן יותר. לדוגמה, אם צופה הנתבע שחבותו הכוללת (לרבות שכר הטרחה שישלם לתובעים) אם לא יתפשר, בהתחשב בסיכויי להפסיד, תהיה 100, זה הסכום

124 ראו ס' 23 להצעת החוק שעברה בקריאה ראשונה, לעיל ה"ש 7. הסעיף אפשר גם הטלת ההוצאות על עורכת הדין, במקום על התובע המייצג. כאמור, הוראות אלה לא מצאו מקומן בחוק החדש.

125 מתמציית דיוני ועדת המשנה מיום 7.2.2006 (www.knesset.gov.il/huka/) עולה שהסעיף בוטל עקב החשש שיהיה בפטור של התובע מתשלום הוצאות משום כלל שאינו שוויוני לעומת הנתבע. כמו כן נטען שבתי המשפט ממילא מתחשבים במצבו הכלכלי של התובע, ופוסקים נגדו הוצאות נמוכות בהתאם. הדיון התעלם מהקשר בין השאלה אם התשלום לעורכת הדין ולתובע המייצג נפסקים מתוך סכום פסק הדין לבין שאלת פסיקת ההוצאות נגד התובע המייצג.

126 הדיון עד כה עסק בתביעות שהסעד המבוקש בהן הוא כספי, ולפיכך נוצרת קרן משותפת (common fund) שממנה הננים התובעים. כאשר הסעד המבוקש אינו סעד כספי אין בררה אלא לפסוק את שכר הטרחה של עורכת הדין והתובע המייצג בנוסף לסעד שניתן. מאחר שבתביעות אלה נושא הנתבע שהפסיד בהוצאות על פי הכלל הנוהג בהליכים שאינם ייצוגיים, ראוי גם לפסוק הוצאות נגד התובע הייצוגי אם הפסיד בתובענה או שבקשתו לאישורה כייצוגית נדחתה.

127 ראו עניין אנליסט, לעיל ה"ש 101, בעמ' 260-261, פס' 18 לפסק דינו של הנשיא ברק. ראו גם הוראת ס' 19(ו) לחוק.

הכולל הגבוה ביותר שיסכים לשלם בפשרה. פשרה שבה תקבל הקבוצה 70 והנתבע יסכים לשלם לעורכת הדין ולתובע המייצג 30 בנוסף, טובה פחות עבור הקבוצה מאשר פשרה שבה ישלם הנתבע 100, שמתוכם יקבלו עורכת הדין והתובע המייצג 20. הנתבע יסכים לשתי הפשרות, אולם בית המשפט, הבוחן רק את סכום הפשרה שהושג, אינו יכול לדעת מהו סכום הפשרה שניתן היה להשיג בהינתן סכום התביעה וסיכוייה. אין הוא יכול לדעת באיזו מידה "נגס" שכר הטרחה בזכיייתם של התובעים החברים בקבוצה. בית המשפט צריך, לפיכך, לנסות ולהעריך מהו הסכום שהייתה הקבוצה זוכה בו כתביעה (בהתחשב בסיכויי הצלחתה ובפסיקת הוצאות ושכר טרחה), ולוודא שהסכום שגוטר בידי הקבוצה בפשרה אינו נמוך יותר.¹²⁸ הדרך בה "הלבישו" הצדדים את שכר הטרחה אינה צריכה להשפיע על החלטת בית המשפט.

3. כללים לפסיקת תגמול לתובע המייצג¹²⁹

חלק זה בוחן את נושא התגמול לתובע המייצג. חלק 4 פונה לנושא המורכב יותר, פסיקת שכר טרחה לעורכת הדין. יש לציין, עם זאת, שההפרדה בין פסיקת התגמול לתובע המייצג ופסיקת שכר הטרחה לעורכת הדין מיותרת במקרים רבים. עדיף היה אילו המחוקק היה מאפשר לבית המשפט לפסוק שכר טרחה כולל לעורכת הדין ולתובע המייצג, כאשר הוא מותר את החלוקה להסכם ביניהם (שאותו יכול בית המשפט לבחון במועד פסיקת שכר הטרחה). במקרה כזה, תרומתם היחסית של התובע המייצג מחד, ועורכת הדין מאידך, תישקל על ידם במועד הגשת הבקשה לאישור התובענה הייצוגית או במועד אישורה. מאחר שלהם מידע מדויק יותר מזה שבירי בית המשפט בנוגע לתרומה יחסית זו, יסכימו ביניהם על החלוקה שתהיה היעילה ביותר מבחינתם. איני רואים סיבה מיוחדת להתערבות בית המשפט בהסכם זה, כל עוד אין בו כדי לפגוע באינטרסים של חברי הקבוצה המיוצגת, או באינטרס ציבורי אחר.¹³⁰

פסיקת התגמול לתובע המייצג מותנית בזכייה בתובענה (אף אם באופן חלקי) או בפשרה. עם זאת, סעיף 22(ג)(1) מאפשר לפסוק תגמול לתובע המייצג אף במקרים שבהם לא אושרה התובענה כיייצוגית או כאשר לא ניתנה הכרעה לטובת הקבוצה. מקרה אופייני שבו ראוי שבית המשפט יעשה שימוש בסמכותו זו, הוא כאשר הנתבע שינה את דרך פעולתו עקב הגשת התובענה הייצוגית, ואף פיצה את חברי הקבוצה המיוצגת, באופן אשר מיתר את הצורך בהמשך ניהולה של התובענה הייצוגית. זהו מקרה שבו התובענה הייצוגית השיגה את מטרתה

128 ראו Bruce L. Hay, *The Theory of Fee Regulation in Class Action Settlements*, 46 AM. U. L. REV. 1429 (1997).

129 הריון בסעיף זה יתמקד בפסיקת תגמול לתובע ייצוגי שהוא חבר בקבוצה המיוצגת. השיקולים בקביעת תגמול לרשות ציבורית (אם בכלל) או לארגון, היכולים לבקש לייצג את קבוצת התובעים לפי ס' 4(2) ו-4(א)(3) לחוק הם שונים, ומאחר שאין אלו המקרים הרגילים, יש לדהות הריון בהם למחקר עתידי.

130 אני מודה לאוריאל פרוקצ'יה על תרומתו לגיבוש הרעיון האמור.

כאופן שהוא היעיל והמהיר ביותר, ולכן אין סיבה מדוע לא יתוגמל התובע המייצג על הגשת התובענה.¹³¹

כאמור, סעיף 22(ב) קובע שלושה שיקולים בקביעת התגמול לתובע המייצג: הטרחה והסיכון שנטל על עצמו (שיקולי תשומה); התועלת שהביאה התובענה הייצוגית לחברי הקבוצה המיוצגת (שיקולי תפוקה לקבוצה המיוצגת); ומידת החשיבות הציבורית של התובענה (שיקולי הכוונה). לגישתי, מבין שלושה שיקולים אלה צריך השיקול הראשון להיות המשמעותי ביותר. התובע המייצג אינו זה שמנהל את התובענה הייצוגית. הוא חסר את המשאבים, הידע והניסיון כדי לשלוט על ניהול התובענה. בדרך כלל תהיה מעורבותו בתובענה ייצוגית חד-פעמית, וממילא לא יהיה עיסוקו הרגיל בהגשה ובניהול של תובענות ייצוגיות.¹³² לכן אין בית המשפט צריך לנסות ולתת תמריצי השקעה אופטימליים לתובע המייצג על מנת שיגדיל את חלקה של הקבוצה המיוצגת בתובענה או כדי לכוון את החלטתו אילו תביעות להגיש, אלא רק להבטיח שהתובע המייצג לא יפסיד כתוצאה מבחירתו לתובע בתובענה הייצוגית.

התובע המייצג צריך להיות מפוצה, בערכים צפויים, על הוצאותיו הישירות והעקיפות. שני מרכיבים משמעותיים יהיו בהוצאות אלה. המרכיב הראשון הוא של הוצאות ישירות, כדוגמת שכר עדים מומחים. המרכיב האחר הוא הוצאות הנתבע, אשר בהן עלול התובע המייצג לחוב הן במקרה שהבקשה לאישור התובענה כייצוגית נדחתה, והן כאשר בקשה זו אושרה אולם הנתבע זכה בתובענה הייצוגית.¹³³ אם תתקבל הצעתי בחלק הקודם, שלפיה אין לפסוק הוצאות נגד התובע המייצג, כל שיש לעשות הוא לפצותו בגין ההוצאות שהוציא, כשהן מוכפלות במכפיל הסיכון או כדי להשיג תוצאה זהה – לחלק הוצאות אלה בסיכוי שהתובע יזכה בתובענה.¹³⁴ לדוגמה, אם הוצאותיו של התובע הן 40,000 ש"ח, וסיכויי זכות בתובענה הם 0.5, התגמול שיקבל כאשר יזכה צריך להיות שווה ל-80,000 ש"ח. עם זאת, יש להגדיל סכום זה ככל שנכסיו של התובע המייצג קטנים יותר, שכן אז שנאת הסיכון שלו גדולה יותר ונכונותו לתובע ולקחת את הסיכון שלא יפוצה, קטנה יותר.¹³⁵

לבסוף, צדק המחוקק כאשר בחר שלא לתלות את שיעור התגמול לתובע המייצג

131 ראו גם הוראת ס' 9(ג) לחוק המאפשרת לבית המשפט לפסוק תגמול לתובע המייצג ושכר טרחה לעורכת הדין בתביעת השבה נגד רשות אף שזו לא תנוהל כייצוגית, שכן הרשות החליטה להפסיק את הגבייה שבשלה הוגשה התביעה, לאחר הגשתה.

132 לדיון בשאלת כשירותו של תובע חוזר לייצג את הקבוצה ראו עניין טצת, לעיל ה"ש 38, בעמ' 789-790; במקום אחר הצענו כי התובע המייצג יזכה לאחוז משמעותי בתובענה הייצוגית, וזאת על מנת שימלא תפקיד של מפקח על עורכת הדין. אולם על פי הצעה זו תפקיד המפקח אינו מחויב להינתן לתובע המייצג, ולפיכך הדיון בו חורג ממסגרת החוק בנוסחו כיום. ראו: Alon Klement, *Who Should Guard the Guardians? A New Approach for Monitoring Class Action Lawyers*, 21 REV. LITIG. 25 (2002).

133 עורכת הדין מנועה מלשאת בהוצאות אלה על פי ס' 44 לכללי לשכת עורכי הדין.

134 זאת בניכוי אותן הוצאות שמומנו על ידי הקרן למימון תובענות ייצוגיות אשר מוקמת לפי ס' 27 לחוק. שאלה היא אם זכאית הקרן להחזר הוצאותיה באותם מקרים שבהם הסתיימה התובענה הייצוגית בזכייה או בפשרה.

135 להסבר מהי שנאת סיכון ראו ה"ש 110 לעיל.

בגובה חלקו של התובע המייצג בסעד שנפסק או שנקבע בפשרה.¹³⁶ זאת, אף על פי ששיקול זה היה אחד מאלה שנקבעו בעניין אנליסט.¹³⁷ אמנם, כפי שנקבע שם, ככל שחלקו של התובע המייצג גדול יותר, כך התמריץ שיש לו בתביעת זכויותיו גדול יותר.¹³⁸ אולם התמריץ אינו דווקא לתביעה בדרך של תובענה ייצוגית. ייתכן אף שכאשר חלקו של תובע גדול דיו יעדיף ללכת בדרך של תובענה אישית, מבלי שיצטרך לעבור את השלב הבעייתי (עבורו) של אישור התובענה כייצוגית. בהנחה שככל שחלקו של התובע גדול יותר כך יוכל לעשות תפקידו באופן טוב יותר,¹³⁹ יש לעודד תובעים מסוג זה לבחור בדרך התובענה הייצוגית. הדרך היחידה לעשות כן היא לפסוק להם תגמול ראוי, בכפוף לשיקולים שצוינו לעיל.¹⁴⁰

4. כללים בפסיקת שכר טרחה לעורכת הדין¹⁴¹

בניגוד לסעיף 22, המתנה את תשלום הגמול לתובע המייצג, בהכרעה של בית המשפט, לטובת הקבוצה או בפשרה, סעיף 23, העוסק בשכר טרחת עורכת הדין, אינו כולל תנאי דומה. הסעיף קובע כי בית המשפט יקבע את שכר טרחת עורכת הדין שייצגה את הקבוצה עבור טיפולה בתובענה הייצוגית, לרבות בבקשה לאישור, וכי עורכת הדין לא תקבל שכר טרחה בסכום העולה על הסכום שקבע בית המשפט כאמור. לכאורה, ניתן לפסוק שכר טרחה לעורכת הדין גם בתביעות שבהן זכה הנתבע. למעשה, אם זכה הנתבע מובן שאין עליו חובה לשלם את הוצאות התביעה, ובה בעת אין אפשרות מעשית להטלת שכר הטרחה על חברי הקבוצה המיוצגת.¹⁴² לפיכך, במקרה הרגיל, עורכת הדין תזכה לשכר טרחה רק אם תזכה בתביעה או שתסיים אותה בפשרה. על כך יש להוסיף את המקרים אשר נדונו לעיל בהקשר של התגמול לתובע המייצג לפי סעיף 22(ג)(1) ואשר בהם ראוי לפסוק לעורכת הדין שכר טרחה, אף שהתובענה לא אושרה כייצוגית או שלא ניתנה בה הכרעה, אולם מטרתה של התובענה הושגה.¹⁴³

136 ס' 24(א)(4) להצעת החוק שעברה בקריאה ראשונה, לעיל ה"ש 7, קבע כי בקביעת שיעור התגמול לתובע המייצג יתחשב בית המשפט גם בפיצוי הכספי או הסעד האישי שבו יזכה התובע ביחס לטרחה שטרחה. סעיף זה הושמט מהחוק החדש. ראו תמצית ישיבת ועדת המשנה מיום 12.12.05 www.knesset.gov.il/huka/.

137 עניין אנליסט, לעיל ה"ש 101.

138 שם, בעמ' 259.

139 זו הגישה שהנחתה את המחוקק האמריקני אשר קבע ב"U.S.C § 77z-1 (1998) 15 חוקה שלפיה התובע שהאינטרס הכספי שלו בתביעה הוא הגדול ביותר הוא זה שראוי להיבחר לתובע מייצג.

140 בפרט, ייתכן שחלקו הגדול של התובע המייצג בסכום התביעה מעיד ששנאת הסיכון שלו נמוכה, ולכן אין להגדיל את התגמול שיקבל באופן משמעותי מעבר לחישוב שפורט לעיל.

141 לדיון מעמיק בסוגיות הרבות העולות בקביעת שכר טרחת עורך דין בתובענות ייצוגיות ראו HIRSCH & SHEEHY, לעיל ה"ש 118.

142 חריג לאמור ניתן למצוא בהוראת ס' 12(ג) לחוק המרשה לבית המשפט המאשר תובענה ייצוגית בדרך של הצטרפות (opt in) לקבוע כי כל מצטרף ישתתף בהוצאות ניהול התובענה הייצוגית.

143 ראו גם ע"א 8905/02 ארגוב נ' קו אופ צפון אגודה שיתופית לשירותים בע"מ, פ"ד נח(2) 865 (2004); ע"א 4065/03 טרוים נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, תק"על (4/04) 3466 (2004).

בתי המשפט המחוזיים שפסקו שכר טרחה לעורכי דין אשר זכו בתובענות ייצוגיות, לפני קבלת החוק, נמנעו מדיון מפורט בשיקולים שלקחו בחשבון בקביעת שכר הטרחה.¹⁴⁴ הימנעותם זו לא הייתה ראויה בעבר, והיא ראויה עוד פחות כיום, לאור הנחיתו הברורה של סעיף 23 המפרט את השיקולים שהם צריכים לשקול בפסיקת שכר הטרחה.

חלק זה מפרט את הדרך שבה צריך בית המשפט לקבוע את שכר הטרחה של עורכת הדין. תחילה מתוארות בקצרה שתי שיטות שכר הטרחה הנהוגות בתובענות ייצוגיות בארצות-הברית – שכר שעה מותנה (lodestar), ושכר באחוזים – על יתרונותיהן ועל חסרונותיהן היחסיים. לאחר מכן מוצעים כמה קווים מנחים לשילוב בין נתונים המעידים על השקעת עורכת הדין בתביעה לבין קביעת שכר הטרחה באחוזים באופן אשר יביא בחשבון את שיקולי התשומה, התפוקה וההכוונה שתוארו לעיל.

4.1 שכר טרחה באחוזים מול שיטת שכר שעה מותנה (lodestar)¹⁴⁵

מאחר שהמקור לשכר הטרחה הנפסק לזכות התובע המייצג הנו אחד משניים, הנתבע או חברי הקבוצה המיוצגת, מותנה תשלום שכר הטרחה בזכייה של הקבוצה המיוצגת או בפשרה. שכר הטרחה המותנה הרגיל, הנהוג גם בתביעות נזיקין רגילות או בתביעות פיצויים בגין תאונות דרכים,¹⁴⁶ הנו שכר טרחה באחוזים. אפשר להתייחס לשכר טרחה זה כשכר טרחה "מבוסס תפוקה" שכן הוא מסתמך על התוצר שהפיקה עורכת הדין – פסק דין או פשרה. אפשר, לעומת זאת, לפסוק לעורכת הדין שכר טרחה "מבוסס תשומה" המסתמך על השעות שהשקיעה בנייהול התובענה. אולם בניגוד למצב הרגיל שבו עורכת הדין מקבלת את שכר הטרחה לשעה מלקוחה, אם זכתה ואם הפסידה, בתובענה ייצוגית

144 לפסקי דין אשר דנו בנושא שכר הטרחה ראו למשל ת"א (מחוזי ת"א) 1957/03 אר און השקעות בע"מ נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ, דינים מחוזי לו(3) 283 (2006) (פסק הדין ניתן ביום 15.03.2006, לאחר קבלת החוק החדש); בש"א (מחוזי ת"א) 14296/04 דוברת נ' קו אופ הריבוע הבהול, תקימה 4(4) 2742 (2004); בש"א (מחוזי חיפה) 1759/04 כונס נכסים משותף נ' קריאופ צפון אגודה שיתופית לשיירותים בע"מ, דינים מחוזי לה(6) 918 (2005); ת"א (מחוזי ת"א) 2512/99 מחשבה יעוץ וניהול בע"מ נ' גיא יוזם 121 בע"מ, דינים מחוזי לד(7) 806 (2004); עניין אנליסט, לעיל ה"ש 101; עניין ארגוב, שם; ת"א (מחוזי ת"א) 1651/91 אקרמן נ' מישלמן, פ"מ נג(3) 410 (1993); ת"א (מחוזי ת"א) 2036/01 1759 לרינמן נ' עיריית רמת-יגן, דינים מחוזי לג(6) 972 (2002); ת"א (מחוזי ת"א) 2036/01 מנלה נ' מפעל הפיס, דינים מחוזי לג(5) 102 (2002); ת"א (מחוזי ת"א) 1134/95 שמש נ' רייברט, דינים מחוזי כו(7) 38 (1996); ת"א (מחוזי ת"א) 2148/01 ברנשטיין נ' פלאפון תקשורת, דינים מחוזי לד(3) 868 (2004); ת"א (מחוזי ת"א) 1404/01 אהרנסון נ' מגדל (טרם פורסם, 6.1.2004); ה"פ (מחוזי ת"א) 485/03 עטר נ' נצבא – חברה להתנהלות בע"מ, דינים מחוזי לד(2) 997 (2004).

145 לסקירת שתי שיטות שכר הטרחה בתביעות כספיות ראו: MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION, לעיל ה"ש 37, בעמ' 186–196, ס' 14.12.

146 ראו כללי לשכת עורכי הדין (תעריף מקסימלי לשכר טרחה בטיפול בתביעות לפי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים), התשל"ז-1977, ק"ת 1358 (להלן: "כללי לשכת עורכי הדין – תעריף").

מקבלת עורכת הדין שכר טרחה רק אם זכתה בתביעה או שזו הסתיימה בפשרה. לפיכך את שכר הטרחה של עורכת הדין בגין שעות העבודה שהושקעו, יש לכפול ב"מקדם סיכון" אשר ייקח בחשבון את הסיכון לאייתשלוש שכר טרחה, כפי שהוסבר לעיל.¹⁴⁷ שיטה זו לפסיקת שכר טרחה בתובענות ייצוגיות מכונה שיטת ה־lodestar.

לשיטת האחוזים שני יתרונות משמעותיים. ראשית, השיטה הנה פשוטה ואינה דורשת בירורים עובדתיים מסובכים לאחר שבידור התובענה הייצוגית הסתיימה. סכום הפשרה או פסק הדין הנו סכום ברור וידוע לבית המשפט, ושכר הטרחה הנגזר באחוזים מסכום זה הוא פשוט לחישוב. שנית, השיטה מצמידה את התגמול לקבוצה לתגמול לעורכת הדין. ככל שהאחד עולה, כך עולה האחר. לפיכך יש בה כדי לתת תמריץ לעורך הדין להגדיל את התגמול לקבוצה. חסרונה העיקרי של השיטה נובע מהיעדר קשר ישיר בין השקעתה של עורכת הדין לתמורה שהיא זוכה לה. התוצאה יכולה להיות שכר טרחה שיהיה נמוך או גבוה מזה שהיה נקבע לאור שיקולי התשומה. תביעות שסכומן גבוה יזכו את עורכת הדין בשכר טרחה גבוה, אף אם השקעתה בתביעה הייתה מועטה ולהפך, תביעות שדרשו השקעה ניכרת יניבו לעורכת הדין שכר טרחה נמוך אם שווין אינו גבוה. כמו כן, משיקולי תפוקה, אף ששכר הטרחה באחוזים מקביל בין האינטרס של עורכת הדין לאינטרס של חברי הקבוצה המיוצגת, אין חפיפה מלאה בין השניים. מאחר שהאחוז שמקבלת עורכת הדין נמוך מ־100% ואילו ההשקעה בנייהול התביעה מוטלת עליה במלואה, ללא תלות בתוצאות המשפט, השקעה זו תהיה תמיד נמוכה ממה שהיו חברי הקבוצה רוצים.¹⁴⁸

בניגוד לשיטת שכר הטרחה באחוזים, שיטת ה־lodestar דורשת מבית המשפט לבדוק מה מספר השעות שהשקיעה עורכת הדין בתביעה, את סבירות השקעתן של שעות אלה ואת שכר הטרחה האלטרנטיבי של עורכת הדין. בדיקת

147 שיטת ה־lodestar קובעת גורמים נוספים שיש להתחשב בהם. להסבר על שיטת ה־lodestar ראו HIRSCH & SHEEHY, לעיל ה"ש 118, בעמ' 20-48; William E. Foster, *Attorneys' Windfalls and Society's Pitfalls: Butt v. Evans Law Firm, P.A., Attorneys' Fees in Class Action Suits Against Government Entities*, 57 ARK. L. REV. 627, 635, 647-49 (2004). לפי שיטה זו, יש להכפיל את מספר השעות בשכר טרחה סביר לשעה, לביקורת על השיטה והתמודדות בתי המשפט בארצות־הברית עם שיטה זו ראו Monique Lapointe, *Attorney's fees in Common Fund Actions*, 59 FORDHAM L. REV. 843, 846-62 (1991). כך למשל הטענה היא ששיטה זו מעודדת את עורכי הדין לבזבז זמן, וחלק מבתי המשפט מבקשים פירוט והגדרה של פעולותיהם בשעות שעברו.

148 לדוגמה, נניח שכר הטרחה של עורכת הדין שווה ל־30% מהסכום שייפסק, שהסכום שייפסק יהיה 400,000 אם עורכת הדין תשקיע 100 שעות, ו־500,000 אם תשקיע 200 שעות, ושכר הטרחה שגובה עורכת הדין לשעת עבודה הוא 500. בדוגמה זו עלות ההשקעה הנוספת הנדרשת כדי להגדיל את הסכום שייפסק ב־100,000 היא $100,000 = 500 * 200$. לפיכך כדאי היה לקבוצה המיוצגת לשלם עלות זו לעורכת הדין כדי שתשקיע את השעות הנוספות. אולם עורכת הדין מצדה תעדיף שלא להשקיע 100 שעות שעלותן (במחיר שכר טרחה אלטרנטיבי) 50,000 כדי לזכות בתוספת צפויה לשכר הטרחה של $30,000 = 100,000 * 30\%$. ניתן להראות שמקרים כדוגמת זה יקרו בכל מצב שבו שכר הטרחה של עורכת הדין נמוך מ־100%.

נתונים אלה גוררת "התדיינות לוויין" הנוספת על ההתדיינות לגופה של התביעה, אשר כבר הסתיימה. כמו כן, שכר הטרחה לפי שעה אינו מייצר תמריצים חופפים (ולו חלקית) בין עורכת הדין לבין הקבוצה המיוצגת. כאשר שכר הטרחה לשעה גבוה משכרה האלטרנטיבי של עורכת הדין, התמריץ שניתן לה הוא להשקיע כמה שיותר שעות בתביעה הייצוגית, ללא קשר להשפעתן על פסק הדין שינתן.¹⁴⁹ כאשר שכר הטרחה לשעה נמוך יותר, תיטה עורכת הדין להשקיע פחות מן הראוי. בנוסף לכך, מאחר ששכר הטרחה נמדד על פי מספר השעות ואינו בוחן את המאמץ שהושקע ואת איכות הייצוג בכל שעה, אין עורכת הדין מתמרצת להשקיע בכיוונים אלה. יתרונה של שיטת ה-Iodestar הוא, כמובן, בקשר ההדוק יותר שהיא קושרת בין השקעת עורכת הדין לשכר הטרחה שהיא מקבלת. עם זאת, יש לזכור שמרכיב משמעותי בפסיקת ה-Iodestar הוא מרכיב הסיכון, שהוא מרכיב לא ודאי ולא ברור, ופסיקה מוטעית שלו עלולה להביא לטעות גם בשיקולי תשומה.

לסיכום, מחקרים שנערכו בארצות-הברית מצביעים על כך שעל אף נטייתם של בתי המשפט לעבור לשיטת האחוזים, שכר הטרחה שהם פוסקים אינו שונה משמעותית מזה שנפסק על פי שיטת ה-Iodestar.¹⁵⁰ יתרה מכך, גם אם שכר הטרחה נקבע באחוזים, בתי המשפט טורחים ובודקים את כמות השעות שהשקיעה עורכת הדין בתביעה ונתונים אחרים המעידים על תשומותיה.¹⁵¹ לפיכך נראה כי כדי לתת לעורכת הדין תמריצים המוכווניים להגדלת הערך, אשר יעמוד לחלוקה בין חברי הקבוצה המיוצגת, ראוי לפסוק לעורכת הדין את שכרה באחוזים מסכום הפשרה או מהסכום שנפסק לטובת הקבוצה, אולם יש לבדוק מה ההשקעה שהשקיעה עורכת הדין בתביעה, ולו כדי ליצור פיקוח נוסף על השקעה זו.

4.2 חישוב שכר הטרחה¹⁵²

כאמור, שכר הטרחה לעורכת הדין צריך להיפסק באחוזים מסכום הזכייה או הפשרה. השאלה מהו האחוז הראוי, נגזרת ממכלול השיקולים שפורטו לעיל. הדרך לעשות זאת מתומצצת בטבלה להלן, והסבר מפורט יותר מובא מיד לאחריה.

149 ראו: COURT AWARDED ATTORNEY FEES: REPORT OF THE THIRD CIRCUIT TASK FORCE, 108 F.R.D. 237, 248 (1986).

150 ראו: William Lynk, *The Courts and the Plaintiffs' Bar: Awarding Attorney Fees in Class Action Litigation*, 19 J. LEGAL. STUD. 247 (1994).

151 ראו: "MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION", לעיל ה"ש 37, בעמ' 187, ס' 121.14; ALBA CONTE & HERBERT B. NEWBERG, NEWBERG ON CLASS ACTIONS, § 14.7 (4th ed. 2002) available at WL, Classact Database.

152 אני נמנע מציון טווח אחוזים רצוי לשכר הטרחה, לאור גישתי שלפיה שכר הטרחה הראוי תלוי בנתוני המיוחדים של כל תביעה. זו הייתה גם המלצתו של מחקר שנערך על פי הוונת ה-3d Circuit של בית המשפט הפדרלי בארצות-הברית ראו: Third Circuit Task Force Report: on Selection of Class Counsel, 74 TEMP. L. REV. 689, 705 (2001); עם זאת, לשם השוואה, שכר הטרחה הניתן בארצות-הברית בתביעות ייצוגיות עומד, בדרך כלל, בטווח שבין 20% ל-33% מהסכום שנפסק. ראו: Thomas E. Willging,

טבלה 1: הישוב שכר הטרחה לעורכת הדין

1. קביעת אחוז בסיס	השוואה לנוהג בשוק בתביעות דומות שאינן ייצוגיות. האחוז יהיה גבוה יותר ככל שהתביעה תתקדם יותר. האחוז בפסק דין יהיה גבוה מהאחוז בפשרה.
2. האחוז כפונקציה של סכום פסק הדין או הפשרה	בפשרה: אחוז קבוע מן הסכום. בפסק דין: אם עיקר המחלוקת בנושא אחריות הנתבע – אחוז קבוע או יורד. אם עיקר המחלוקת בנושא גובה הסעד שייפסק – אחוז קבוע או עולה.
3. פער בין הסעד שנתבע לסעד שנקבע	התחשבות בפער זה רק בפסק דין, ולא בפשרה.
4. הישוב שכר הטרחה מתוך תשלום בפועל	בדיקה מהו הסכום שבו נשא הנתבע למעשה. אחוז שכר הטרחה ייפסק מסכום זה בלבד.
5. השקעת עורכת הדין בתביעה	מציאת מכפיל הסיכון על ידי השוואה בין השקעת עורכת הדין לשכר הטרחה הנפסק באחוזים.

1. על בית המשפט לבחור נקודת מוצא שממנה יעשה את ההתאמות הנדרשות. נקודת מוצא אפשרית הנה אחוז שכר הטרחה אשר נפסק בשוק בתביעות דומות. גם שכר הטרחה הנפסק בתביעות לפי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, יכול לשמש נקודת מוצא כזו.¹⁵³ כפי שהוסבר לעיל, אחוז שכר הטרחה בפשרה צריך להיות נמוך מאחוז שכר הטרחה בפסק דין. יתרה מכך, ככל שהתביעה תסתיים מוקדם יותר, כך צריך אחוז שכר הטרחה להיות נמוך יותר. קריטריון זה אינו חדש בדין הישראלי והוא קיים בהסכמי שכר טרחה המקובלים בשוק ובשכר הטרחה המקסימלי לטיפול בתביעות לפי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים.¹⁵⁴ יש לזכור שההצדקה לו אינה נובעת רק משיקולי תשומה

Laural L. Hooper & Robert J. Niemic, *Empirical Study of Class Actions in Four Federal District Courts: Final Report to the Advisory Committee on Civil Rules*, 69, 146–47, available at [www.fjc.gov/library/fjc_catalog.nsf/autoframepage!openform&parentid=E8BE49AB054AF17885256CA300686652](http://www.fjc.gov/library/fjc_catalog.nsf/autoframepage!openform&url=/library/fjc_catalog.nsf/Publication!openform&parentid=E8BE49AB054AF17885256CA300686652); Theodore Eisenberg & Geoffrey P. Miller, *Attorney Fees in Class Action Settlements: An Empirical Study*, 1 JOURNAL OF EMPIRICAL LEGAL STUDIES 27 (2004), available at www.omm.com/omm_distribution/newsletters/client_alert_class_action/pdf/class_action_study.pdf#search=%22Attorney%20Fees%20in%20Class%20Action%20Settlements%3A%20An%20Empirical%20Study%22

153 על פי כללי לשכת עורכי הדין – תעריף, שכר הטרחה בעד טיפול בתביעה לא יעלה על 13% מהסכום שנפסק (ס' 2), אולם אם הסתיים התיק בפשרה לא יעלה שכר הטרחה על 11% מסכום הפשרה (ס' 3), ואם התיק הסתיים לפני הגשת תביעה לא יעלה שכר הטרחה על 8% (ס' 4). נתון נוסף אותו יכול לקחת בית המשפט בחשבון הוא שכר הטרחה המקובל לעורכי דין המשמשים ככונסי נכסים ומפרקים, אשר נקבע גם הוא על ידי בתי המשפט ולא בתנאי שוק. שם.

(תשלום נמוך יותר עבור השקעה מועטה יותר שנדרשה עד אותו שלב) כי אם גם, ובעיקר, משיקולי תפוקה. הגדלת אחוז שכר הטרחה עם התקדמות התביעה תביא לדילול תמריצי היתר לפשרות מוקדמות ונמוכות.

2. שאלה היא אם אחוז שכר הטרחה צריך לעלות ככל שהסכום שנפסק בפסק הדין גבוה יותר (שיטה הקרויה בארצות-הברית (climbing scale), לרדת (sliding scale) או להישאר קבוע. כך, למשל, ניתן לקבוע שמתוך המיליון הראשון שייפסק תקבל עורכת הדין 20%, ומתוך כל סכום נוסף תקבל 15%.¹⁵⁵ מנגד, אפשר לקבוע שמכל סכום נוסף תקבל עורכת הדין דווקא אחוז גבוה יותר, למשל, 25%. התשובה לשאלה זו צריכה להיגזר משני קריטריונים – אם שכר הטרחה נפסק בפסק דין או בפשרה, ואם עיקר המחלוקת בתביעה נוגע לאחריותו של הנתבע או לגובה הסעד שייפסק.

כאשר שכר הטרחה נפסק בפסק דין, יש לבחון אם עורכת הדין נדרשת להשקיע את עיקר מאמציה בהוכחת אחריותו של הנתבע או בהוכחת גובה הנזק. בתביעות מן הסוג הראשון, שבהן נדרשת עורכת הדין להשקיע בהגדלת סיכויי ההצלחה בתביעה ולא בסכום שייפסק אם תוכח אחריות הנתבע, צריך אחוז שכר הטרחה להיות כזה שהסכום שתקבל עורכת הדין לא יעלה באופן משמעותי על סכום התביעה. המשמעות היא שיש לבחור בשיטת האחוז היורד או הקבוע. לעומת זאת, כאשר השקעתה העיקרית של עורכת הדין היא בהוכחת גובה הנזק שנגרם לקבוצת התובעים, צריך אחוז שכר הטרחה להיות קבוע או אף עולה. עורכת הדין צריכה לזכות לתגמול נמוך, יחסית, עבור הוכחת הנזק ברמה הנמוכה, ולתגמול הולך וגדל ככל שהמאמצים הנדרשים ממנה כדי להגדיל את הפיצוי שייפסק הנם גדולים יותר.

כאשר מדובר בפסיקת שכר טרחה בפשרה, יש להעדיף שיטה של אחוז קבוע שכן סכום הפשרה תלוי בהשקעת עורכת הדין בהגדלת סיכויי התביעה, בהשקעתה בהגדלת הסכום שייפסק ובמאמציה לניהול המשא ומתן לפשרה, באופן שיגדיל את סכום הפשרה שהנתבע יסכים לשלם. כל אלה דורשים תמריצים לעורכת הדין אשר יקשרו בין סכום הפשרה לבין שכר הטרחה שהיא מקבלת, ולא ייצרו תמריצים לקבלת פשרות נמוכות (תחת אחוז יורד) או להפך, לדחיית פשרה לטובת הסיכוי לקבל סכומים גבוהים יותר (תחת אחוז עולה).

3. סעיף 23(ב)(5) לחוק קובע כי על בית המשפט הפוסק את שכר טרחת עורכת הדין, להתחשב בפער בין הסעדים הנתבעים בבקשה לאישור לבין הסעדים שפסק בתובענה הייצוגית. המטרה בקביעה זו היא לתת לעורכת הדין המנסחת את הבקשה לאישור תמריץ שלא "לנפח" את סכום התביעה לשם איום על הנתבע, ללא קשר לערכה האמיתי. עם זאת, יש לשים לב לכך ששיקול זה אינו ראוי כאשר נפסק שכר הטרחה בפשרה.¹⁵⁶ מעצם טבעה משקללת הפשרה לא רק את סכום התביעה כי אם גם את סיכויי ההצלחה בתביעה. הפער בין הסכום שנתבע לבין סכום הפשרה נובע לפיכך מסיכויי התביעה הנמוכים מ-100%.

155 ראו ס' 25 להצעת החוק שגובשה לאחר דיון מיום 11.1.2006 www.knesset.gov.il/committees/heb/material/data/H10-01-2006_13-51-27_tovannot11.doc

156 זאת אף שלפי ס' 19(ו) לחוק, שכר הטרחה לתובע המייצג בפשרה צריך להיקבע בהתאם להוראות ס' 23.

לדוגמה, אם סכום התביעה הוא 100 וסיכויי התביעה להצליח הם 40%, הרי פשרה בגובה 40 היא ראויה והוגנת, ומעידה על הצלחתה של עורכת הדין, על אף הפער המשמעותי בינה לבין הסכום שנתבע. לפיכך אין להתחשב בפער זה בפסיקת שכר הטרחה בפשרה.

4. שכר הטרחה שמקבלת עורכת הדין צריך להיגזר מן הסכום ששולם על ידי הנתבע בפועל. תפקידה של עורכת הדין בתובענה ייצוגית אינו מסתיים עם מתן פסק הדין או הפשרה, והוא צריך להימשך בשלב החלוקה והמימוש שלהם. רק אם שכרה ייגזר מן הסכום שמומש, יהיה לעורכת הדין אינטרס בהגדלת סכום זה עד לסכום שנפסק או שהוסכם בפשרה. כך יובטח גם שהנתבע לא ירצה לנפח את סכום הפשרה כדי לשכנע את בית המשפט לאשרה, שכן ידע שבסופו של דבר יצטרך לשלם סכום זה.¹⁵⁷ החוק פותר בעיה זו באופן חלקי בסעיף 20(א)(3) הקובע בסיפה כי אם נותרה יתרת סכום לאחר החלוקה לחברי הקבוצה, יורה בית המשפט על העברתה לאוצר המדינה. בית המשפט יכול להחיל סעיף זה גם על סכום שנפסק לאחר פשרה, מכוח סעיף 19(ד)(1). בכך יש כדי לנטרל את התמריץ של הנתבע "לנפח" את סכום הפשרה. עם זאת, אין בכך כדי לתת תמריץ לנתבע או לעורכת הדין לאתר את התובעים המיוצגים ולהגדיל את האחוז מביניהם אשר יממש זכותו לפיצויים. רק פסיקת שכר טרחה מתוך הסכום שמומש, יכולה לענות על בעיה זו.

5. כאשר פוסק בית המשפט את אחוז שכר הטרחה לעורכת הדין, כדאי שיבחן לאיזה מכפיל סיכון מתורגם שכר טרחה זה אילו היה ניתן עבור שעות העבודה שהושקעו בתביעה. לשם כך על בית המשפט למצוא מהו שכר הטרחה הרגיל שעורכת הדין גובה בתביעות שאינן ייצוגיות. כאשר הועסקו בניהול התביעה כמה עורכי דין ומתמחים ממשדרה של עורכת הדין, יש לעשות בירור דומה לגביהם. על עורכת הדין להגיש דו"ח שעות מפורט, כפי שהייתה עושה אילו היה מועסקת על ידי לקוח פרטי, המפרט את מספר השעות שבהן טיפלה בתובענה הייצוגית, ואת הפעולות שעשתה בכל אחת משעות אלה, לרבות חלוקתן בין עורכי הדין והמתמחים במשרד. על בית המשפט לבחון גם את מספר השעות שהשקיעה עורכת הדין באיתור עילת התביעה ובהכנת הבקשה לאישור התובענה הייצוגית.

במקרים שבהם "עקבה" התביעה אחר הליך פלילי או מנהלי אשר חשף את מעשיו או מחדליו של הנתבע או שהפשרה בתביעה הושגה קרוב לאחר הגשתה, השקעתה הנמוכה של עורכת הדין והסיכון הנמוך שלקחה על עצמה אינם מצדיקים פסיקת שכר טרחה גבוה. לעומת זאת, במקרים אחרים שבהם השקיעה עורכת הדין מספר רב של שעות באיתור עילת התביעה ובכדיקת הבסיס לה, וכן

157 דרך אחרת שבה יכולים הנתבע ועורכת הדין "לנפח" את סכום הפשרה, אף שהעלות לנתבע תהיה נמוכה בהרבה, היא באמצעות "פשרות קופונים". בפשרות אלה מקבלים התובעים חברי הקבוצה "קופונים" או שוברי הנחה שהם יכולים לממש בהתקשרות עתידית עם הנתבע. ערכם של קופונים אלה קשה לקביעה מדויקת, ובמקרים רבים הוא נמוך מההנחה שנקובה בהם (למשל, משום שהנחה דומה הייתה ניתנת ממילא). ראו למשל את ה-MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION, לעיל ה"ש 37, בעמ' 184, ס' 14.11 ובעמ' 336-337, ס' 21.31.

בניהולה עד לפשרה או לפסק דין, שכר הטרחה שייפסק לה צריך להיות גבוה דיו כדי לפצותה בגין ההשקעה והסיכון הגבוהים שנטלה על עצמה.

לבסוף, כאשר מתנגד הנתבע לשכר הטרחה שמבקשת עורכת הדין – וייתכן שאף ללא התנגדות כזו – יכול בית המשפט לברר את מספר השעות שהשקיעו עורכי הדין מצד הנתבע בניהול התביעה.¹⁵⁸ בירור זה ייתן בידי בית המשפט אינדיקציה באשר למספר השעות שראוי היה להשקיע בתובענה, להבדיל מאלו אשר הושקעו בה למעשה. נתונים אלה כולם יתנו בידי בית המשפט מושג באשר להשקעתה של עורכת הדין בתובענה הייצוגית.¹⁵⁹

מכפיל הסיכון, יש לזכור, שווה לאחד חלקי סיכויי ההצלחה של התביעה. לפיכך אם למשל שכר הטרחה שמקבלת עורכת הדין שווה ל-10% מתוך סכום זכייה של 1000, דהיינו 100, ואילו עלות השעות שהשקיעה שווה ל-25, הרי המכפיל שקיבלה הוא 4. מכפיל כזה היה ניתן משיקולי תשומה אילו סיכויי ההצלחה בתביעה היו שווים ל-1/4. עם זאת, גם אם סיכויי ההצלחה לגישת בית המשפט היו גבוהים יותר, ולפיכך משיקולי תשומה היה ראוי לעשות שימוש במכפיל נמוך יותר, אין בהכרח להפחית את שכר הטרחה. יש להביא בחשבון גם את שיקולי התפוקה אשר פורטו לעיל, ואשר מצדיקים מתן שכר טרחה הגבוה, בערכו הצפוי, מהעלויות שנשאה בהן עורכת הדין, וזאת כדי לכוון את תמריציה באופן שיביא להשגת מטרות התביעה הייצוגית. על בית המשפט להפחית את שכר הטרחה רק אם הוא סבור שאף אחד מהשיקולים אינו מצדיק מכפיל גבוה. יש להדגיש שבחינת מספר השעות שהשקיעה עורכת הדין תביא לתמריצים מוגברים להשקעה שלה בתביעה, אשר יתווספו על התמריצים המדוללים הניתנים על ידי שכר הטרחה באחוזים.¹⁶⁰

לסיכום חלק זה, ייטיבו בתי המשפט לעשות אם ייעזרו בעד מומחה אשר יבדוק את הנתונים הרלוונטיים ויגיש המלצתו באשר לשכר הטרחה הראוי, בהתחשב בשיקולים דלעיל. כאשר נפסק שכר הטרחה יכול בית המשפט לעשות שימוש בס' 19(ב) לחוק, הדורש מינויו של אדם בעל מומחיות בתחום שבו עוסקת התובענה לשם בדיקת הפשרה. במסגרת זו יכול אותו בודק לבחון גם מהו שכר הטרחה הראוי.

158 נושא שכר הטרחה הנו עניין שבין עורך הדין ללקוח במצב הרגיל. אולם אותו עניין ציבורי שיש בפסיקת שכר טרחה ראוי לעורכת הדין המייצגת את הקבוצה, מכתוב שגם הנתבע, אשר הפסיד בתביעה או התפשר בה, יחשוף את נתוני העסקת עורכי הדין על ידו. מאחר שמדובר רק במספר השעות שהשקיעו עורכי הדין ולא בפרטים אחרים הנוגעים להסכם שכר הטרחה בינם לבין לקוחם, ומאחר שממילא יכול בית המשפט לבחון את הנתונים הללו באופן חסוי, הבעייתיות בגילוי כזה אינה משמעותית. ראו רע"א 918/02 ויטלון נ' פנטאקום בע"מ, פ"ד נו(4) 865 (2002), לעניין בקשה לגילוי מסמכים וסודות מסחריים.

159 דוגמה אחת שבה החליט בית משפט בארצות-הברית לבדוק את מספר השעות שהשקיעו באי כוח הנתבע ראו: *In re Bank One Shareholders Class Actions*, 96 F. Supp. 2d: 780, 781 (D. Ill. 2000).

160 מנגד, כמובן, על בית המשפט להשגיח שאין בבחינת שעות עורך הדין כדי להביאו לנקוט פעולות מיותרות, ולהגיש בקשות סרק, רק כדי להגדיל את מספר השעות שעליהן יוכל לדרוש.

5. קביעת שכר הטרחה בשלב אישור התובענה כייצוגית¹⁶¹

אף על פי שהמועד לקביעתו של שכר טרחת עורך הדין על פי החוק הוא לאחר אישורה של פשרה או הכרעה של בית המשפט בתובענה, רצוי שבית המשפט יקבע מה יהיה שכר הטרחה כבר במועד אישור התובענה כייצוגית.¹⁶² זאת, הן במסגרת סמכותו הכללית לאשר את התובענה הייצוגית ככל שינוי שיחליט עליו, לפי סעיף 13 לחוק; הן במסגרת הסמכות הנתונה לו מכוח סעיף 14 הקובע שבית המשפט המאשר את התובענה הייצוגית יפרט בהחלטתו, בין השאר, פרטים הקבועים בסעיף, וממילא אינו מוציא אפשרות מתן הוראות נוספות; והן מכוח סמכותו הטבועה של בית המשפט. חלק זה עומד על היתרון בקביעה מראש של מבנה שכר הטרחה, ועל האפשרות לשלב קביעה כזו מראש עם תחרות או מכרז שיערך בין עורכי דין המעוניינים לייצג את הקבוצה, ואשר יגישו לשם כך את הצעתם לשכר טרחה שיזכו לו אם ייבחרו לייצג.

היתרון המשמעותי ביותר בקביעת מבנה שכר הטרחה מראש הוא באפשרות להשפיע באופן יעיל ומדויק יותר על השקעתה של עורכת הדין בתביעה ועל החלטותיה בניהול התביעה, לרבות החלטתה אם להתפשר ובאילו תנאים.¹⁶³ אם, לדוגמה, עורכת הדין אינה יודעת אם שכר הטרחה שייפסק לה בפסק דין יהיה 5% או 10%,¹⁶⁴ הרי החלטותיה יתקבלו על פי תוחלת שכר הטרחה שתקבל, השווה ל-7.5%. לפיכך אם שכר הטרחה שראוי היה לפסוק לה הוא 5%, השקעתה תהיה גדולה מדי, ואילו אם שכר הטרחה הראוי הוא 10% השקעתה תהיה נמוכה מדי. יתרה מכך, ככל שעורכת הדין יותר שונאת סיכון, כך השקעתה בתנאי אי-ודאות תהיה נמוכה יותר, ובדוגמה לעיל תשקיע עוד פחות מאשר הייתה משקיעה אילו הייתה מקבלת בוודאות את תוחלת שכר הטרחה, בסך 7.5%. בנוסף על כך, בתנאים כאלה של שונאת סיכון, נטייתה של עורכת הדין לפשרה תהיה גבוהה מדי, שכן היא תעדיף לזכות בשכר טרחה ודאי, אף אם אינו גבוה (משום שסכום הפשרה הוא נמוך), על פני לקיחת הסיכון שבהתדיינות המשפטית ובפסיקת שכר טרחה שאינו ודאי. ודוק, הסיכון הנדון כאן אינו הסיכון שבו עסקנו לעיל, שהתביעה תסתיים בניצחון הנתבע, כי אם סיכון נוסף החל כאשר התובעים זכו בתביעה, אולם שכר הטרחה אינו ודאי.

החיסרון העיקרי בקביעת שכר טרחה מראש, נובע מהיעדר אינפורמציה בידו בית המשפט לגבי רבים מאותם נתונים אשר נדונו בסעיף הקודם ואשר הנם

161 יש להבחין בין השאלה הנדונה כאן לבין האפשרות שנותן החוק לקביעת שכר טרחה חלקי לעורכת הדין, אף בטרם סיום הליך הבירור של התובענה הייצוגית, לפי ס' 23(ג) לחוק.

162 אפשרות זו נקבעה במפורש בס' 23 לכללי סדר הדין האזרחי הפדרליים בארצות-הברית לאחר תיקון שנערך בו בשנת 2003. ראו ס' 23(c)(2)(g) לכללי הפרוצדורה הפדרלית; ה' MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION, לעיל ה"ש 37, בעמ' 200-201, ס' 14.211. ובעמ' 206, ס' 14.231.

163 זו גם הסיבה לכך שככל שהרברים אמורים בקביעת תגמול לתובע המייצג, אין צורך בקביעה מראש, שכן השיקול העיקרי שעליו עונה התגמול הוא שיקול התשומה. דהיינו כל מטרתו של התגמול לתובע המייצג היא לשפוטו בגין עלויותיו. בהינתן כלל זה, אי-הוודאות הקיימת בקביעת התגמול הנה נמוכה ממילא.

164 ההנחה בדוגמה זו היא שהסיכוי לפסיקת 10% כשכר טרחה שווה לסיכוי לפסיקת 5%.

רלוונטיים לצורך כך. עם זאת, בית המשפט יכול לקבוע, כבר בשלב הראשוני של אישור התובענה כייצוגית, מהו מבנה שכר הטרחה שבו ישתמש (אחוזים, Iodestar או אחר), כיצד ישתנה שכר הטרחה עם התקדמות התובענה, ובפרט, מה יהיה ההפרש בין שכר הטרחה בפסק דין לבין שכר הטרחה בפשרה, ואם שכר הטרחה ייקבע בשיטה של אחוז קבוע, עולה או יורד. כמו כן, יכול בית המשפט לברר כבר בשלב זה מהו שכר הטרחה האלטרנטיבי של עורכת הדין, וכן לתת הוראות ברבר דיווח שיהיה עליה לתת במהלך ניהול התובענה באשר לשעות שהשקיעה בה. קביעות אלה כולן יהיו כפופות לשינוי במועד סיום התובענה, בהתאם לסמכותו של בית המשפט לפי סעיף 23 לחוק.¹⁶⁵

הקושי שבו נתקל בית המשפט, בבואו לקבוע שכר טרחה ראוי בשלב אישור התובענה כייצוגית, נובע מהיעדר אינפורמציה בנוגע למאפיינים משמעותיים של התובענה מחד, ומהיעדר תחרות בין עורכי הדין, הקיימת בשוק בתביעות רגילות, מאידך. לפיכך במקום שבו הדבר אפשרי, עדיף היה אילו עורכי דין היו מתחרים ביניהם על ייצוג התובעים בתובענה הייצוגית. כפי שהוסבר לעיל,¹⁶⁶ כאשר הוגשה התובענה על ידי עורך דין אחד המבקש אישורה כתובענה ייצוגית, יש לנסות ולהימנע מתחרות על ייצוג הקבוצה, וזאת כדי לאפשר מתן תמריצים ראויים לאיתור תובענות ייצוגיות ולהגשתן.

אולם במקרים שבהם הוגשה יותר מתובענה אחת באותו עניין,¹⁶⁷ ובעיקר במקרים שבהם מוצא בית המשפט שעורכת הדין שהגישה את התובענה אינה ראויה לייצג את הקבוצה, או שעורכת הדין ביקשה להסתלק מהבקשה לאישור התובענה כייצוגית או מן התובענה הייצוגית גופה,¹⁶⁸ יש בידו לערוך מכרו בין עורכי הדין המעוניינים לייצג את הקבוצה.

שיטת המכרו נהוגה על ידי כמה בתי משפט בארצות-הברית, וניתן ללמוד מן הניסיון שהצטבר שם לצורך עריכת מכרו דומה בישראל, תוך הימנעות מבעיות שהתעוררו שם.¹⁶⁹ ככלל, כאשר מחליט בית המשפט על החלפת בא כוח הקבוצה המיוצגת, מן הראוי שיפרסם על כך הודעה לחברי הקבוצה ולציבור בכלל, מכוח סמכותו לפי סעיפים 25(א) ו-25(ב) לחוק, ויודיע בה על פרטי ההצעות שיגישו עורכי דין המעוניינים לייצג את הקבוצה. הצעות אלה יכולות לכלול פרטים

165 מכך נובע שתיוותר איזודאות מסוימת כאשר לגובה שכר הטרחה, אולם איזודאות זו תהיה קטנה יותר מאשר זו הקיימת בשיטה שבה אין בית המשפט נותן דעתו לשכר הטרחה עד לסיום התובענה.

166 ראו חלק ג.2.1 לעיל.

167 יש לשים לב שגם כאשר הוגשה יותר מתובענה אחת באותו עניין, ייתכן שהתובענה הראשונה שהוגשה הייתה כרוכה בהשקעה בחיפוש אחר עילת התביעה, הגשתה והבקשה לאישור, ואילו יתר התובענות חיקו את אותה תובענה כדי לזכות בסיכוי לייצג את הקבוצה. במקרים שהדבר ברור, ראוי לתת יתרון לתובע ולעורכת הדין אשר הגישו את התובענה הראשונה.

168 ראו ס' 16 לחוק.

169 לדיון מעמיק בשיטת המכרו ראו: Third Circuit Task Force Report on Selection of Class Counsel Auctioning the Role of Class Counsel in Class Action Cases: A Descriptive Study (2001); LAURAL L. HOOPER & MARIE LEARY, of Class Counsel Auctioning the Role of Class Counsel in Class Action Cases: A Descriptive Study (2001).

הנוגעים לאיכות הייצוג שייתן עורך הדין המציע¹⁷⁰ (ניסיונו בניהול תובענות ייצוגיות או תובענות אחרות בהיקף דומה, יכולתו לעמוד בהשקעה הדרושה לניהול התובענה, הצהרה על היעדר ניגוד עניינים בנושא התובענה, ועוד) ופרטים הנוגעים למבנה שכר הטרחה המוצע על ידו. בתי המשפט בארצות-הברית נוהגים, למשל, לבקש כי המציעים ימלאו טבלה המציגה את האחוז המוצע כשכר טרחה כפונקציה של השלב שבו הסתיימה התובענה, מחד, ושל הסכום שנפסק או הוסכם בפשרה, מאידך.¹⁷¹ כמו כן ניתן לבקש שעורכי הדין יסבירו את הסיבות שבגינן בחרו במבנה שכר הטרחה המוצע על ידם.

ההשוואה בין ההצעות השונות אינה פשוטה, בעיקר לאור תלותו של שכר הטרחה בכמה פרמטרים, כאמור לעיל. כך ייתכן שבטווח הסכומים הנמוך תהיה הצעה אחת טובה יותר, ואילו בטווח הסכומים הגבוה תהיה ההצעה האחרת עדיפה. עם זאת, יתרונה של שיטת המכרוז הוא בלחץ שהיא יוצרת על עורכי הדין להפחית את שכר הטרחה שהם מבקשים, ובמידע שמקבל בית המשפט על מבנהו היעיל של שכר טרחה במקרה שלפניו. בית המשפט אינו צריך לבחור בהצעה שבה שכר הטרחה הוא הנמוך ביותר, שכן שכר טרחה זה יכול להביא להשקעה שהיא נמוכה מדי של עורכת הדין בתובענה, או לכך שדווקא עורכי דין ששכרם האלטרנטיבי הוא הנמוך ביותר יזכו בתחרות. על בית המשפט לשקלל שיקולי תשומה ותפוקה, על פי הקווים המנחים אשר נדונו לעיל, תוך התחשבות באיכות הייצוג שלה יזכו התובעים המיוצגים, ולבחור בהצעה שהיא הטובה ביותר עבורם.¹⁷² גם בשלב זה יכול בית המשפט להיעזר בחוות דעתו של עד מומחה אשר יסייע בידו בהשוואה בין ההצעות השונות.

ה. סיכום

חוק התובענות הייצוגיות לא הביא ל"מהפכה חוקית" בהסדרת מכשיר התובענה הייצוגית. הן הגבלת מסגרת העילות, הן הדרישות לאישור והן מסגרת שיקול הדעת של בתי המשפט בקביעת התמריצים לתובע המייצג ולעורכת הדין, נותרו דומים למצבם עובר לקבלת החוק. עם זאת, קבלתו של החוק נותנת הזדמנות מחודשת לבחינה של מכשיר התובענה הייצוגית וליציקת תוכן בהוראותיו. כוונתו המפורשת של החוק, לשפר את ההגנה על זכויות הפרט, מטילה על בתי המשפט למצוא דרכים פרשניות אשר ישיגו מטרה זו, ובה בעת ימנעו הגשתן של תובענות סרק וניצולן של תובענות ייצוגיות באופן שיפגע בציבור התובעים המיוצגים ובציבור בכלל.

מאמר זה נותן קווים ראשוניים לפרשנותו של החוק, תוך שהוא מתמקד בעילות התביעה, בתנאים לאישור ובשכר הטרחה לעורכת הדין ולתובע המייצג. הפרשנות שהוצעה בו ניסתה לאזן בין מטרותיו השונות של החוק, תוך התחשבות

170 שם, בעמ' 29-31.

171 שם, בנספח A.

172 על בית המשפט לשקול הטלת חיסיון על ההצעות שהוגשו ואף על ההצעה שזכתה, כדי למנוע ניצול אסטרטגי של מידע זה על ידי הנתבע באופן שיפגע בטובת הקבוצה. לפירוט שיקולים אלה ראו שם, בעמ' 40.

בלשונו ובהיסטוריה החקיקתית שלו. ההיגיון הפרשני אשר הנחה את הפתרונות המוצעים כאן הנו הגיונה של התובענה הייצוגית – השגת מטרת ההרתעה, הגישה לבית המשפט והפיצוי, תוך צמצום ניגוד האינטרסים בין התובע המייצג ועורכת הדין לבין הקבוצה המייצגת, וסינון התובענות הראויות לדין כיייצוגיות מבין אלה המוגשות לאישור בית המשפט. מן הראוי שהיגיון דומה ינחה את בתי המשפט בבואם לפרש גם את יתר הוראותיו של החוק.