

אחריותם של שני אדונים

מודלים לחלוקת אחריות אופקית בין התובע הייצוגי לבין עורך הדין המייצג, ככלי לצמצום חוסר האיזון הכפול בתמריצים להגשת תובענות ייצוגיות

רועי פדל*

התובענה הייצוגית היא כלי משפטי ייחודי במובן זה שהיא מערערת את חלוקת התפקידים הקלאסית שבין עורך דין לבין לקוחו. בתביעה "רגילה" עורך הדין הוא שלוח ותו לא, אשר כוחו מיופה על ידי הלקוח-התובע שיוזם את ההליך, מניע אותו ומקבל את ההחלטות במסגרתו. בתובענה הייצוגית, לעומת זאת, במקרים רבים עורך הדין הוא יוזם ההליך ובכל מקרה הוא שותף מלא לניהול ולקבלת ההחלטות במסגרתו. מטעמים אלו, ישנה תמימות דעים בעולם המשפט בישראל, כי בתובענה ייצוגית מערכת יחסים שבין עורך הדין לבין התובע דומה יותר לשותפות מאשר לייצוג.

במוקד רשימה זו תיבחן השאלה אם אדונתם המשותפת של עורך הדין המייצג והתובע הייצוגי מצדיקה חלוקת אחריות ביניהם לתוצאותיה של תובענה ייצוגית שנדחתה. נוכח הרציונלים שעליהם אעמוד, אציע לעשות שימוש חדשני בכלי אחריות מוכר על מנת לצמצם את חוסר האיזון הכפול במערך התמריצים להגשת תובענות ייצוגיות.

א. מבוא. ב. חוסר האיזון הכפול במערך התמריצים להגשת תובענות ייצוגיות. ג. תוצאותיו השליליות של חוסר האיזון הכפול, לרבות תופעת תובענות הסרק. ד. המודל האופקי במערך היחסים בין שני המייצגים בתובענה. ה. יישום מודל היחסים האופקי על מישור האחריות לתוצאות התובענה; 1. מודל היחסים האופקי כהצדקה לחלוקת אחריות אופקית; 2. השתתפות עורך הדין המייצג בהוצאות המשפט ככלי אחריות מתאים ומידתי; 3. החלופות (שאינן מספקות) בדין הפוזיטיבי לאיזון מערכי התמריצים. ו. שלושה מודלים לחלוקת אחריות אופקית; 1. המודל המצומצם; 2. המודל המורחב; 3. המודל המוחלט. ז. התשתית הנורמטיבית ליישום מודל האחריות האופקי; 1. המקור הנורמטיבי להחלת המודל המצומצם והמודל המורחב; 2. שינויי החקיקה הנדרשים להחלת המודל המוחלט. ח. סיכום ומסקנות.

* עורך דין במשרד גולדפרב זליגמן ושות'. גילוי נאות, מייצג נתבעים בתובענות ייצוגיות. רשימה זו נעשתה במסגרת לימודי התואר השני בבית הספר למשפטים של המסלול האקדמי המכללה למנהל. תודתי מסורה לד"ר עידו באום ולד"ר לימור זר-גוטמן על הערותיהם המועילות.

א. מבוא

התובענה הייצוגית היא מכשיר משפטי-דיוני אשר נועד לתקן את בעיית תמריץ החסר המובנית בקרב ציבור של פרטים שלכל אחד מהם נגרם נזק מזערי, שלא לנקוט הליך משפטי נגד גורם הנזק עקב אי-כדאיות כלכלית פרטית. התובענה הייצוגית מאפשרת לפרט בודד לתבוע את המזיק בשם ציבור הנפגעים אשר חוו פגיעה דומה בעקבות מעשה או מחדל של אותו מזיק. סכום התביעה הכולל משקף את נזקיהם המצרפיים של כל הפרטים הנפגעים, וכך תוחלת הרווח מניהול התובענה מתאזנת אל מול הזמן והמשאבים הכרוכים בניהולה.¹ הגם שההליך המשפטי הקולקטיבי אינו חף מקשיים,² אין צורך להכביר מילים בדבר התועלת החברתית הרבה שמקדם מכשיר התובענה הייצוגית, שכן דיו רבה כבר נשפכה בנושא.³ ישנה הסכמה מקובלת כי רבים היתרונות מהחסרונות בשל השתרשותה של התובענה הייצוגית כחלק אינהרנטי מנוף המשפט הישראלי.

מכשיר התובענה הייצוגית מופעל זה למעלה מעשור מכוח חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, היוצר מנגנון דיוני שלפיו זכויותיהם של רבים מיוצגות על ידי שני גורמים או יותר, אשר חוברים יחדיו על מנת שתוגש התובענה (להלן: המייצגים). הראשון הוא התובע הייצוגי המחזיק בעילת תביעה אישית, והשני הוא עורך הדין המייצג את בעל העילה האישית יחד עם כל יתר חברי הקבוצה אשר לא בחרו בו לתפקיד ולא ייפו את כוחו לכך. מבחינה פרוצדורלית, טרם שתובענה תידון כיייצוגית נדרשים המייצגים, בשלב הראשון, להגיש בקשה לאישור ניהולה ככזו. רק אם בית המשפט המוסמך נעתר לבקשה, לאחר בחינה קפדנית של התקיימות תנאי הסף הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות, תידון התובענה כיייצוגית. על מנת לתמרץ את המייצגים לנקוט הליך בשם ציבור הנפגעים, רותם מודל התובענה הייצוגית שאומץ בישראל את תמריציהם הפרטיים להשאת רווחיהם, וזאת בדמות פסיקת גמול לתובע הייצוגי ושכר טרחה לעורך הדין המייצג. סכומי הגמול ושכר הטרחה הנפסקים לטובת המייצגים במקרים שבהם התובענה מתקבלת, ולעתים גם במקרים שבהם היא נמחקת בהסכמה, הם אחת הסיבות העיקריות לזינוק במספר התובענות הייצוגיות המוגשות בשנים האחרונות. אלא שספק אם מגמה זו מבורכת ובעלת תועלת לציבור. הבעיה שתידון ברשימה זו נוגעת

- 1 אלון קלמנט "התביעה הייצוגית כמכשיר לנטרול יתרונותיו של נתבע יחיד על-פני תובעים רבים – בעקבות פסק הדין ברע"א 3126/00 מ"י נ' א.ש.ת ניהול פרוייקטים וכוח אדם בע"מ" מחקרי משפט כא 387, 390–391 (2004). ת"צ (מחוזי מרכז) 14144-05-09 איפקס חיתום וניהול הנפקות בע"מ נ' הראל נהול קרנות בע"מ, פס' 8–14 לפסק דינו של השופט גרוסקופף (פורסם בנבו, 3.10.2010).
- 2 לסכנות והקשיים שמעוררת התובענה הייצוגית ראו רע"א 3489/09 מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' צפוי מתכנות עמק זבולון בע"מ, פס' 39 לפסק דינה של השופטת ברק ארו (פורסם בנבו, 11.4.2013); גיא הלפטק "תיאוריה כללית בדבר התועלת החברתית של מכשיר התביעה הייצוגית כאמצעי לאכיפת החוק" משפט ועסקים ג 247, 265–266 (2005).
- 3 ראו למשל רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774, 784–785 (1996); ע"א 345/03 רייכרט נ' שמש, פס' 5–10 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 7.6.2007). על בעיית הנציג המובנית בהליך הקולקטיבי ראו: אלון קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית" משפטים מא 777, 781 (2011) (להלן: קלמנט "פשרה והסתלקות").

להשלכות השליליות של חוסר איזון כפול המובנה במערך התמריצים הקיים להגשת תובענות ייצוגיות בישראל: הראשון – חוסר איזון בקרב שני המייצגים עקב פער בתוחלת הסיכוי-סיכון של כל אחד מהם; השני – חוסר איזון בין תוחלת הרווח המצטברת של שני המייצגים יחדיו לבין תוחלת התועלת החברתית-מצרפית. על כך אעמוד בפרק ב להלן.

בפרק ג אתאר כיצד חוסר האיזון הכפול הוא גורם מרכזי לכשלים רבים באופן השימוש בתובענה הייצוגית בנוף המשפטי בישראל. בעטיו נוצר עיוות משפטי בדמות תמריץ יתר של עורך הדין המייצג להגשתן ולניהולן של תובענות ייצוגיות גם כאשר ידוע לו, ולמצער אמור להיות ידוע לו, שהן מגלמות תוחלת תועלת נמוכה ביותר מבחינה חברתית-מצרפית. עיוות זה מתבטא, בין היתר, בהתפתחות התופעה של הגשת תובענות ייצוגיות שאינן מביאות תועלת לחברי הקבוצה שבשםם הוגשה התובענה, ואף גורמות נזק לציבור הרחב, ולפיכך (בעיקר) הן הוכרו בפסיקה ובספרות כתובענות סרק. לעתים תובענות אלו מנוהלות מתוך ניסיון לסחוט פשרה לא הוגנת אשר הנתבע נאלץ להסכים לה משיקולי עלות-תועלת פרטיים. חזור ושנה מועלית בפסיקה קריאה למיגור התופעה ולצינון מניעה, ואף המחוקק עשה ועושה ניסיונו להתמודדות עמה. דא עקא, שהנתונים בשטח מלמדים כי נכון להיום ניסיונות אלו אינם מביאים לתוצאות הרצויות במידה מספקת, וכל עוד חוסר האיזון הכפול במערך התמריצים נותר בעינו, ספק אם יהיה בהם כדי להביא את המייצגים לעשות שימוש אופטימלי בתובענה הייצוגית.

ברשימה זו אציע דרך חדשנית לאזן את מערך התמריצים של המייצגים כדי לקרב את תוחלת התועלת המצויה של כל אחד מהם, ושל שניהם יחדיו, לזו הרצויה מבחינה חברתית-מצרפית. הבסיס לרעיון המוצע – מקורו בהחלטתו של השופט גרוסקופף בעניין אשל היאור, שבה הוכר עורך הדין המייצג כ"אדון משותף" לתובענה הייצוגית.⁴ כנגזרת מהמעמד ומהתפקיד החריגים של עורך הדין המייצג, יחסי הגומלין בינו לבין התובע הייצוגי הוגדרו כמשקפים מודל יחסים אופקי שהוא ייחודי לעולם התובענות הייצוגיות. מודל זה, והנימוקים להחלתו, יוצגו בפרק ד לרשימה זו. שאלה מתבקשת בעקבות עניין אשל היאור, היא: האם ההכרה במודל יחסים אופקי במישור ייזומה וניהולה של התובענה מצדיקה הכרה מקבילה במודל אחריות אופקית במישור תוצאותיה של התובענה? סבורני שיש להשיב על כך בחיוב, ובפרק ה אפרוט חמישה רציונלים עיקריים להחלת מודל אחריות תקדימי זה. בהמשך הפרק אבהיר מדוע לדעתי השתתפותו של עורך הדין המייצג בהוצאות המשפט היא כלי אחריות מתאים ליישום המודל האופקי, ומדוע אין בחשש מפני הרתעת יתר כדי לאיין את התועלת הצפויה מהשימוש בו. לפני סיום פרק זה אסקור כמה כלי אחריות המוכרים כיום בדין הפוזיטיבי, ואנמק מדוע אין בחלופות אלו כדי לייתר את היתרונות שניתן להפיק ממודל אחריות אופקית.

לאור המסקנה שמודל אחריות אופקית בדמות השתתפות בהוצאות הוא כלי מתאים ליישום בענף התובענות הייצוגיות בישראל, בפרק ו לרשימה זו אציע שלושה מודלים ליישומו: מודל מצומצם אשר יגביל את חלוקת האחריות לתובענות סרק בלבד, בהן היה בידי עורך הדין למנוע

4 ת"צ (מחוזי מרכז) 4263-03-11 אשל היאור בע"מ נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 16.4.2012).

או למזער את עלויות "התאונה המשפטית". מודל מורחב שלפיו יוקנה לבית המשפט שיקול דעת נרחב, בעת דחייתה של כל תובענה ייצוגית, לקבוע את שיעור חלוקת הוצאות המשפט בין המייצגים בהתאם לנסיבות המקרה. מודל מוחלט שעל פיו תבוטל לחלוטין ההפרדה בין שני המייצגים, אשר דה־פקטו יוכרו כישות משפטית אחת בכל הנוגע להיבטים הכלכליים של התובענה הייצוגית, בין שהיא צולחת ובין שנדחת.

בפרק 2 תידון השאלה אם הדין הפוזיטיבי מכיל את התשתית הנורמטיבית הנדרשת להחלתו של מודל האחריות האופקית, ואם התשובה תהיה שלילית, אבחן אילו שינויים והתאמות נדרשים לצורך יישומו של כל אחד מהמודלים המוצעים. פרק ח יוקדש לדברי סיכום ומסקנות.

ב. חוסר האיזון הכפול במערך התמריצים להגשת תובענות ייצוגיות

על מנת לעודד הגשתן של תובענות ייצוגיות, רתם המחוקק את תמריציהם הפרטיים של המייצגים בדמות גמול לתובע הייצוגי ושכר טרחה לעורך הדין המייצג. השיקולים בפסקת גמול ושכר טרחה מפורטים ברשימה, הבלתי־ממצה, הקבועה בסעיפים 22 ו־23 לחוק תובענות ייצוגיות.⁵ אלו נחלקים לשיקולי תשומה – שמטרתם שיפוי בגין העלויות שהושקעו בהגשתה וניהולה של התובענה; שיקולי תפוקה – שיעודם לתת למייצגים תמריצים לפעול באופן מיטבי למען הקבוצה המיוצגת; ושיקולי הכוונה ציבורית – המתייחסים לתועלת הציבורית הנגזרת מהתובענה.⁶ דא עקא, שמנגנון התמרוץ האמור מאופיין בשני סוגי פערים אשר יוצרים חוסר איזון כפול בין מערך התמריצים הרצוי לבין זה המצוי. על כך אעמוד להלן.

חוסר האיזון הראשון נובע מהפער בין תוחלת הסיכוי־סיכון של כל אחד מהמייצגים. הפער בין התמריצים של כל אחד משני המייצגים מתאפיין בשלושה פרמטרים עיקריים: ראשית – ממוצע שכר הטרחה הנפסק לטובת עורך הדין המייצג גבוה פי ארבעה בערך מממוצע הגמול הנפסק לטובת התובע הייצוגי.⁷ ממוצעי הסכומים המשולמים למייצגים הם: בהסדרי פשרה,

5 ע"א 9134/05 לויט נ' קו־אופ צפון, אגודה שיתופית לשירותים בע"מ, פס' 13 לפסק דינו של השופט גרוניס (פורסם בנבו, 7.2.2008), שם נקבע כי ס' 23(ב) לחוק תובענות ייצוגיות מונה רשימה לא ממצה של שיקולים שבהם על בית המשפט להתחשב, אלא קריטריונים המשמשים קווים מנחים מהם ניתן ללמוד על מגמת החוק ועל המטרות שביקש המחוקק להשיג.

6 אלון קלמנט, קרן וינשל־מרגל, יפעת טרבולוס ורוני אבישר־שדה תובענות ייצוגיות בישראל – פרספקטיבה אמפירית 26 (מחלקת המחקר של הרשות השופטת, 2014) (להלן: המחקר האמפירי). אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו–2006 הפרקליט מט 131, 158–162 (2006) (להלן: קלמנט "קווים מנחים").

7 אסף פינק "סיכום עשור: סיכום העשור לחוק, סטטיסטיקות, דירוגים של פסקי דין, החלטות ומשרדים" הלכה ומעשה 1.5.2015 knowit.org.il/Professional_Material.asp (להלן: נתוני מרכז הלכה ומעשה). במאמר מוסגר יצוין כי נתוני מרכז הלכה ומעשה הרלוונטיים לרשימה זו מבוססים על פנקס התובענות הייצוגיות, מערכת נט־המשפט, מאגרים משפטיים ומידע שהתקבל ממשרדי עורכי דין בעקבות פניות אליהם. לפיכך, ייתכנו סטיות עקב אי־הזנת נתונים או דיווחים מאוחרים לפנקס, החלטות שלא פורסמו ואי־מסירת נתונים מדויקים על ידי משרדי עורכי דין

אחריותם של שני אדונים

כ-300,000 שקלים שכר טרחה וכ-71,600 שקלים גמול; בהסתלקויות, כ-33,400 שקלים שכר טרחה וכ-8,300 שקלים גמול;⁸ בהודעות חדילה, כ-68,500 שכר טרחה וכ-16,500 שקלים גמול.⁹ שנית – ממוצע שכר טרחת ביניים שנפסק לעורך הדין המייצג בעת אישורה של תובענה כייצוגית עומד על כ-108,000 שקלים. לעומתו, לפי סעיף 22 לחוק תובענות ייצוגיות, התובע הייצוגי אינו זכאי לגמול בשלב זה אלא רק בעת מתן פסק דין בתובענה.¹⁰ שלישית – ממוצע ההוצאות הנפסקות לחובת התובע הייצוגי במקרה שבו התובענה נדחת עומד על כ-30,000 שקלים, בעוד שלחובת עורך הדין המייצג לא נפסקות הוצאות כלל ועיקר. יוצא אפוא כי תוחלת הסיכוי של עורך הדין המייצג היא גבוהה ביותר, שכן הוא צפוי לקצור את החלק הארי של פרות ההליך ככל שהתובענה תצלח, ומנגד הוא אינו חשוף לסיכון כלשהו במקרה של דחייתה. לעומתו, תוחלת הסיכוי של התובע הייצוגי נמוכה בהרבה, ומנגד הוא נושא במלוא הסיכון במקרה שהתובענה תידחה.

תוחלת הסיכוי של עורך הדין מתאזנת נוכח העובדה שהוא נושא בעלויות הייצוג במובן זה שהוא אינו זכאי לשכר טרחה אם לא נפסק לזכותו על ידי בית המשפט. דהיינו, כישלון התובענה תומך בחובו מניה וביה עלות שלילית עבור עורך הדין המייצג בשווי הזמן והמשאבים שהוא השקיע בהגשתה ובניהולה. אולם נראה שתוחלת סיכון זו נמוכה משמעותית ביחס לתוחלת הסיכוי הגבוהה (ראו סכומי שכר הטרחה הממוצעים כמוצג לעיל) אשר עשויה להניב לעורך הדין מאות אלפי ואף מיליוני שקלים בתיק אחד.¹¹ בנוסף, בידי עורך הדין המייצג אפשרות לפעול לצמצום החשיפה לעלות השלילית האמורה. בידו לבחון בקפדנות את סיכויי התובענה טרם הגשתה, למשל על דרך פנייה מקדימה לנתבע, והוא אף יכול לבקש להסתלק

(במקרים אלו בוססו הנתונים על הפנקס ועל מערכת נט-המשפט). נתונים דומים הוצגו במחקר האמפירי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 26–29.

8 ההבדל העיקרי בין אפיק הפשרה לאפיק ההסתלקות נעוץ בכך שבהסדר הסתלקות לרוב משלם הנתבע רק גמול ושכר טרחה, ובקשת האישור נמחקת מבלי שנוצר מעשה בי-דין ביחס לכלל חברי הקבוצה. בהסדר פשרה, לעומת זאת, נוסף על הגמול ושכר הטרחה נדרש הנתבע לפעול לתיקון ההתנהגות בגינה הוגשה התובענה ולרוב גם לפצות את חברי הקבוצה. בקשת האישור נדחת ונוצר מעשה בי-דין ביחס לכלל חברי הקבוצה. להרחבה בעניין הסדרי פשרה והסתלקות ראו קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 3, החל מעמ' 802.

9 לפי ס' 9(ב) לחוק תובענות ייצוגיות, בית המשפט לא יאשר תובענה ייצוגית בתביעת השבה נגד "רשות" כהגדרתה בחוק, אם הרשות הודיעה כי תחדל מהגביה בגינה הוגשה התובענה. בנסיבות בהן נתנה הרשות הודעת חדילה כאמור, מוסמך בית המשפט לפסוק גמול ושכר טרחה מכוח הוראת ס' 9(ג) לחוק תובענות ייצוגיות. לפי נתוני המחקר האמפירי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 23, מתוך 224 תובענות שהסתיימו נגד רשויות בשנים 2007–2012, הרשות הגישה הודעה חדילה כ-110 תיקים (כמחצית מהמקרים).

10 ראו רע"א 1621/16 MEGA ADVANCED MATHEMATICAL SYSTEM LTD נ' זילברג, פס' 15 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 14.6.2016).

11 יש לזכור כי אין בהכרח קשר ישיר בין כמות העבודה שהושקעה על ידי עורך הדין לבין גובה שכר הטרחה הנפסק לטובתו, וממילא תובענות ייצוגיות מטבען מאופיינות בסעדים בסכומים משמעותיים. בהקשר זה ראו ע"א 2046/10 עזבון שמש נ' רייכרט, פס' 8–9 לפסק דינו של השופט גרוניס (פורסם בנבו, 23.5.2012); תנ"ג (מחוזי ת"א) 815-09-13 לנואל נ' מאור, פס' 87 לפסק דינו של השופט כבוב (פורסם בנבו, 14.9.2016).

להסתלק מהתובענה בשלב מוקדם של בירורה. גורם מאזן נוסף עשוי להתבטא בפגיעה הפוטנציאלית במוניטין של עורך הדין המייצג עקב דחייתה של תובענה או כמה תובענות שבהן הוא שימש עורך דין מייצג. אולם מידת ההשפעה של גורם זה מוגבלת נוכח העובדה שהוכרה בפסיקה, שלפיה במקרים רבים עורך הדין הוא יוזם התובענה ויכול לפעול בעצמו לאיתור תובע פוטנציאלי מתוך מספר רב של חברי קבוצה. סביר להניח שלתובע מן היישוב לא בהכרח תהיה נגישות לסטטיסטיקת אמת בדבר שיעור הצלחותיו וכישלונותיו של עורך הדין המייצג, וממילא היכולת של אדם מן היישוב להעריך מוניטין של עורך דין מייצג היא מוגבלת. כמו כן, ישנם מקרים רבים, כפי שיוצג בפרק 3.1 להלן, שבהם התובע הייצוגי מקורב לעורך הדין המייצג או שהם מייצגים סדרתיים המגישים יחדיו תובענות רבות. גם במקרים דוגמת אלה, המוניטין של עורך הדין פחות רלוונטי לשאלת הייצוג.¹²

הפעור בין תוחלת הסיכוי-סיכון של כל אחד מהמייצגים יוצר חוסר איזון מובנה במערך התמריצים שלהם בהגשת תובענה ייצוגית: התמריצים של עורך הדין גבוהים משמעותית מאלו של התובע. פעור זה אף מתעצם לאחר הגשת התובענה, קרי בשלבי בירורה. בשלב זה תוחלת הסיכוי-סיכון של התובע הייצוגי כמעט נותרת בעינה, אולם אצל עורך הדין המייצג היא מצטמצמת משמעותית מאחר שהוא כבר השקיע את מרבית התשומות בעצם הגשת התובענה (בייחוד נוכח האפשרות להגיע להסכמה דיונית עם הנתבע בדבר ויתור על שלב ההוכחות, ובכך לסיים את השקעתו בתיק).¹³ כך, לעורך הדין המייצג אין תמריץ כלכלי להסתלק מהתובענה לאחר שמתחוויר לו שסיכוייה קלושים, ואילו התובע הייצוגי נותר חשוף לסיכון של נשיאה בהוצאות דחייתה המסתמנת.

חוסר האיזון השני נובע מהפעור בין תוחלת-התועלת המצטברת של המייצגים לבין זו החברתית-מצרפית. במקרים רבים, תוחלת-התועלת המצטברת של שני המייצגים מניהול התובענה אינה עולה בקנה אחד, ולעתים אף עומדת בסתירה, לתועלת החברתית-מצרפית המקופלת בה (ראו דיון בפרק ג על העלויות החברתיות-מצרפיות בעקבות ניהולה של תובענה שאינה מביאה תועלת לחברי הקבוצה). הסיבה להגשתן של תובענות הנושאות ערך חברתי-מצרפי נמוך היא פשוטה ביסודה – הן משמשות מקור רווח פוטנציאלי עבור המייצגים עקב נכונותם של נתבעים להתפשר על מנת להימנע מהתדיינות משפטית. ודוק, הגם שכשל הפשרה האמור מאפיין את אופן קבלת ההחלטות בעולם ההתדיינות המשפטית בכלל, הוא מקבל משנה תוקף עת עסקינן בתובענה ייצוגית. הסיבות לכך תוצגנה להלן.

את השפעתה העצומה של התובענה הייצוגית על הנתבע, עוד טרם שעברה את משוכת בקשת האישור, ניתן להמסיל לפס ייצור הפועל כדלקמן: (1) ההליך נולד בהפרה לכאורית

12 ראו הדיון להלן בפרק ה.1 ובפרק 3.1.

13 במקרים רבים לנתבע יש אינטרס להסכים להסדר מעין זה. ראשית – כדי לחסוך את הזמן והעלויות הכרוכות בשלב ההוכחות; שנית – על מנת שלא לחשוף עובדים ומנהלים לחקירות אשר מייצגים סדרתיים יכולים לעשות שימוש בתוכנן לצורך תובענה ייצוגית אחרת, ואף מתחרים עשויים לעשות שימוש במידע הפומבי העולה מהן; שלישית – ממילא התועלת הפוטנציאלית לנתבע מחקירת התובע הייצוגי היא מצומצמת נוכח מגמת הפסיקה לצמצם במשקל העילה האישית של התובע, ולאור האפשרות להחליפו מכוח ס' 8(ג) לחוק תובענות ייצוגיות.

מצד הנתבע, לרוב תאגיד; (2) זיהוי ואיתור ההפרה על ידי תובע או עורך דין; (3) השניים חוברים ומגישים לבית המשפט בקשה לאישורה של תובענה כייצוגית נגד התאגיד; (4) התאגיד מחויב לציין בדוחותיו הכספיים שהוגשה נגדו תובענה ושהוא עלול להיפגע ממנה מבחינה כלכלית. אם התאגיד הוא חברה ציבורית או נשלט על ידי חברה ציבורית, הוא אף מחויב לדווח על כך למשקיעים; (5) עקב החשיפה הכלכלית, ולעתים התדמיתית, הגבוהה, נדרש הנתבע להשקיע זמן ומשאבים בניסיון להדוף את התובענה.

כשל אינהרנטי זה לא נעלם מעיני הערכאות השיפוטיות, אשר בשורה של החלטות סקרו את מידת פגיעתו בתועלת החברתית-מצרפית – בכלל, ואת השפעתו על נתבעים להתפשר רק בשל תוחלת הסיכון הגבוהה – בפרט.¹⁴ אלא שלצורך הבנת התמונה המלאה של התהליך מזווית ראייתם של הנתבעים, מתבקש לעמוד על שלושה פרמטרים נוספים:

תוחלת הנזק של הנתבע גבוהה גם בתובענה בעלת סיכויים נמוכים – מהמחקר האמפירי עולה כי סכומי התובענה הייצוגית גבוהים בממוצע פי 36 מהסכומים הנתבעים בתביעה אזרחית רגילה בבתי המשפט המחוזיים.¹⁵ מאחר שהגשת תובענה ייצוגית אינה מחייבת תשלום אגרת בית משפט, מייצגים אינם מהססים לנקוב בסכומי תביעה אסטרטגיים ולהגדיל בהתאם את תוחלת הסיכון של הנתבעים.¹⁶ בנוסף, תוחלת הסיכון של הנתבעים מתחדדת בשל רף ההוכחה הנמוך, של עילה לכאורה בלבד, הנדרש על מנת שתאושר התובענה כייצוגית.¹⁷ עלויות גבוהות של ניהול ההתדיינות המשפטית – עקב תוחלת הסיכון הגבוהה, כאמור, המתעצמת לעתים עקב הפגיעה התדמיתית לנתבע רק מעצם הגשת התובענה נגדו ופרסום הדבר ברבים,¹⁸ נאלצים נתבעים להתחמש במשרדי עורכי דין מובילים,¹⁹ שעלותם בהתאם,

14 ראו למשל ע"א 5378/11 פרנק נ' אולסייל, פס' 35 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 22.9.2014); ע"א 4714/13 דיאב נ' איי דיגיטל סטור בע"מ, פס' 6 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 29.9.2013); ע"א 8430/99 אנליסט אי.אמ.אס. ניהול קרנות בנאמנות (1986) בע"מ נ' ערד השקעות ופיתוח תעשייה בע"מ, פס' 10 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 12.12.2001); ת"צ (מחוזי ת"א) 2464-07 בן הרוש נ' חברת דואר ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 17.12.2009); ת"צ (מחוזי ת"א) 8273-01-16 פרידמן נ' גד אורון הפקות בע"מ (פורסם בנבו, 7.8.2016).

15 המחקר האמפירי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 11 ו-18.

16 אמנם ס' 44 לחוק תובענות ייצוגיות קבע את חובתו של שר המשפטים להתקין תקנות בעניין אגרות בהליכים על פי חוק תובענות ייצוגיות, אלא שבחלוף למעלה מעשור ממועד חקיקת החוק עדיין לא הותקנו תקנות כאמור.

17 רע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עמוסי, פס' 15 לפסק דינו של השופט ריבלין (פורסם בנבו, 5.7.2012).

18 שם, כפי שציין בית המשפט העליון: "כאשר ברור כי אישור התובענה כייצוגית שקול למעשה לקבלת התביעה, הפגיעה במוניטין של הנתבע והסיכון הרב לו הוא חשוף באים לידי ביטוי כבר כשהוגשה בקשה לאישור תובענה ייצוגית כנגדו. בדרך זו, בקשת אישור תובענה ייצוגית בסכום עתק, אשר פעמים נותרת תלויה ועומדת כנגד נתבע במשך שנים ארוכות, גורמת לאפקט זהה לתביעת עתק אשר תלויה ועומדת כנגד הנתבע".

19 ראו נתוני מרכז הלכה ומעשה, לעיל ה"ש 7, באשר לייצוג הנתבעים בתובענות ייצוגיות על ידי משרדים מובילים.

לצורך התגוננות מפני התובענה.²⁰ במסגרת ההוצאות הממשיות שנדרש הנתבע להוציא מכיסו כבר בשלב בקשת האישור ניתן למנות, בין היתר: הגשת תשובה מנומקת בצירוף תצהיר תומך, ולעתים גם חוות דעת מומחה; לקיים כמה דיוני קדם משפט; לעתים נדרשת התייחסות לעמדת המאסדר הרלוונטי; להיערך ולקיים הליך הוכחות; להגיש סיכומים; הנתבע אף חשוף לדרישות גילוי מסמכים, הליכים מקדמיים נוספים ובקשות דיוניות שונות. בנוסף, הנתבע נדרש להקדיש זמן ניהולי בהתמודדות עם התובענה, דבר אשר פוגע בהתנהלות העסקית השוטפת ועלול אף לגרום לאבדן הזדמנויות להפקת רווחים.

הוצאותיו הראליות של הנתבע לא תושבנה לו אף אם יזכה בדין – בהתאם להלכה, הפרקטיקה בערכאות הדיוניות נוהגת שלא לחייב תובע ייצוגי בהוצאותיו הראליות של הנתבע בעת דחיית התובענה, וזאת על מנת שלא להביא להרתעת יתר מהגשת תובענות ייצוגיות.²¹ על פי נתוני מרכז הלכה ומעשה, כ-65 בקשות האישור שנדחו בשנת 2014 ממוצע ההוצאות שהושטו על התובע הייצוגי עמד על 25,000 שקלים בלבד. המחקר האמפירי תומך בנתון זה ומגלה שסכום זה הוא החציון ביחס ל-64.3% מהתובענות אשר נדחו בשנים 2007–2012 – למותר לציין שסכום זה נמוך בהרבה מהעלויות שנדרש להוציא נתבע כדי להתגונן מפני תובענה ייצוגית, בשים לב להליכים ולהוצאות שלהן הוא נדרש כמתואר לעיל – וביתר 35.7% מהתובענות שנדחו כלל לא נפסקו הוצאות לחובת התובע.²²

לאור האמור, כשחקן רציונלי השוקל עלות-תועלת פרטית, גם לנתבע שמעריך את סיכויי התובענה שהוגשה נגדו כקלושים יש תמריץ מובנה להתפשר ולשלם למייצגים אלפי שקלים, עשרות אלפי שקלים ולעתים אף מאות אלפי שקלים (סכומים נמוכים יחסית לסכום התובענה), כדי להימנע מההתדיינות המשפטית. תוצאה מוקשית זו, מתאפשרת בין היתר נוכח "הסדרים הסתלקות מתוגמלת" אשר זכו לכינוי זה על שום הגמול ושכר הטרחה המשולמים במסגרתם למייצגים.²³

- 20 ש.ם.
- 21 רע"א 5188/16 אי.די.בי חברה לפיתוח בע"מ נ' שמיע, פס' 10 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 13.10.2016); ע"א 7928/12 אי.אר.אמ טכנולוגיות בע"מ נ' פרטנר תקשורת בע"מ, פס' 32 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 22.1.2015); עניין אולסייל, לעיל ה"ש 14, פס' 7 לפסק דינה של השופטת חיות; ת"צ (מחוזי מרכז) 8111-11-12 ארגס נ' אסם תעשיות מזון בע"מ, "סוף דבר" לפסק דינו של השופט שפסר (פורסם בנבו, 8.5.2014).
- 22 המחקר האמפירי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 30–31. נתוני המחקר האמפירי מגלים כי מבין 966 התובענות שנסתיימו בין השנים 2007–2012 מבלי שנפסק סעד כלשהו לטובת הקבוצה המיוצגת או הציבור, רק במיעוט של 161 תובענות (כ-16.6%) חויב התובע לשאת בהוצאות המשפט של הנתבע. חציון סכום ההוצאות שבהן חויב הנתבע באותו מיעוט של תיקים עומד על 15,000 שקלים, ואילו הממוצע עומד על 40,313 שקלים.
- 23 ת"צ (מחוזי ת"א) 1469-02-13 לוי נ' פסטה נונה בע"מ (פורסם בנבו, 26.11.2014). בעניין זה נקבע שאין לאשר תשלום למייצגים תמורת הסתלקות מתובענת סרק, אלא שאין תמימות דעים בפסיקה בדבר אופן הטיפול הרצוי בתופעה. ערעור על פסק הדין בעניין פסטה נונה תלוי ועומד בפני בית משפט המשפט העליון. ראו פרוטוקול הדיון מיום 10.12.2015 בע"א 377/15 כהן נ' ויטה פרי גליל (החדשה) בע"מ. לדעות השונות ראו למשל ת"צ (מנהלי נצ') 29346-06-14 מושקוביץ שטיבל נ' סדש בע"מ (פורסם בנבו, 22.12.2014), שם אישר בית המשפט הסתלקות מתוגמלת אולם הפחית משמעותית את סכומי הגמול ושכר הטרחה; ת"צ (מחוזי מרכז) 13306-06-14 ציון נ' יפאורה תבורי בע"מ (פורסם בנבו, 10.3.2015), שם אושר תשלום גמול

בניסיון להתמודד עם התופעה תוקן לאחרונה תיקון מס' 10 לחוק תובענות ייצוגיות, התשע"ו-2016 (להלן: תיקון פשרה והסתלקות).²⁴ על פי התיקון יחליט בית המשפט אם לאשר תשלום כלשהו למייצגים לאחר שישקול אם התובענה הראתה עילת תביעה לכאורה ואם היא הביאה תועלת לחברי הקבוצה. מדובר בבשורה חיובית אשר עשויה לצמצם את התופעה אך בהיקף מוגבל. זאת, מאחר שמדובר במבחן עמום אשר נעשה בו שימוש דה-פקטו גם לפני התיקון – הן במקרים שבהם בית המשפט לא אישר "הסדרי הסתלקות מתוגמלת" והן במקרים שבהם ניתן להם תוקף.²⁵ לראיה, גם לאחר כניסתו של התיקון לתוקף ביום 27 ביולי 2016, אושרו "הסדרי הסתלקות מתוגמלת" רבים, וזאת בתובענות שהוגשו לפני כניסתו לתוקף של התיקון, כך שלא סביר להניח שבאופן מקרי דווקא הן גילו עילה לכאורה.²⁶ יתרה מכך, אף אם תיקון פשרה והסתלקות ישלול את האפשרות של המייצגים ליהנות מגמול ושכר טרחה במקרים מסוימים, עדיין לא יהיה בכך כדי להוות גורם מרתיע מהגשת תובענות מבלי להשקיע זמן ומשאבים באיסוף נתונים מבוססים ובבחינת סיכוייהן מלכתחילה, שכן תוחלת הרווח הפוטנציאלי היא גבוהה (על דרך "שיטת מצליח") אך תוחלת הסיכון נותרת מקובעת על עלויות הגשת התובענה בלבד.

ג. תוצאותיו השליליות של חוסר האיזון הכפול, לרבות תופעת תובענות הסרק

בשנים האחרונות אנו עדים לזינוק במספר התובענות הייצוגיות המוגשות בישראל. לפי נתוני מרכז הלכה ומעשה, במהלך שש שנותיו הראשונות של חוק תובענות ייצוגיות (2006–2011)

ושכר טרחה מופחתים מאחר שבקשת האישור הביאה לשינוי התנהגות הנתבע; ת"צ (מחוזי חי') 14-06-27043 חזן נ' יעד חברה לדלק בע"מ (פורסם בנבו, 9.12.2014), שם אישר בית המשפט "הסתלקות מתוגמלת" מתובענה שבעקבותיה תוקנה ההפרה, נוכח קשיים אפשריים בהוכחת הנזק הקולקטיבי של חברי הקבוצה; ת"צ (מחוזי י-ם) 14-02-19549 אבו שרף נ' דנשר (1963) בע"מ (פורסם בנבו, 23.12.2014), שם הובעה הדעה שיש לבחון כל מקרה לפי נסיבותיו. לניתוח הדעות השונות ראו ת"צ (מחוזי ת"א) 14-07-59092 זיו נ' בבילון בע"מ, פס' 3–10 לפסק דינו של השופט ענבר (פורסם בנבו, 4.3.2015).

24 דברי הסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות (תיקון – הסדרי פשרה והסתלקות), התשע"ד–2014, ה"ח 637.

25 ראו למשל ת"צ (שלום חדר) 15-11-5076 גולדשמידט נ' פורום מדיה בע"מ, פס' 17 לפסק דינו של השופט גולדברג (פורסם בנבו, 1.9.2016): "השיקולים המפורטים בסעיפים קטנים (1) ו-(2) לסעיף 16(א) בנוסחו המתוקן הם שיקולים ראויים שהיה מקום לשקול אותם גם ללא הוראת חוק מחייבת".

26 ראו למשל ת"צ (מחוזי מרכז) 16-04-27543 הכהן נ' טיב רשתות בע"מ (פורסם בנבו, 30.11.2016); ת"צ (מחוזי חי') 16-06-59286 חוחוטקין נ' דני וגלית בע"מ (פורסם בנבו, 8.11.2016); ת"צ (מחוזי חי') 14-12-49234 אורן נ' מדינת ישראל רשות מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 6.11.2016); ת"צ (מחוזי חי') 16-03-62639 ח'ריש נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (פורסם בנבו, 6.11.2016); ת"צ (מחוזי חי') 14-12-66242 ח'וטבא נ' דומיקאר בע"מ (פורסם בנבו, 3.11.2016); ת"צ (מחוזי ת"א) 15-05-25316 יעבץ נ' רמי לוי שיווק השקמה 2006 בע"מ (פורסם בנבו, 26.10.2016).

הוגשו כ־2,100 תובענות בלבד, אולם בארבע השנים העוקבות (עד סוף שנת המשפט ב־2015) הוגשו כ־5,300 תובענות. אמנם במחקר האמפירי נמצאו נתונים שונים קמעה, שלפיהם בשנים 2007–2012 הוגשו 2,056 תובענות ייצוגיות, אולם גם נתונים אלו מצביעים על עלייה דרמטית רציפה במספר התובענות המוגשות מדי שנה.²⁷ כך, בשנת 2007 הוגשו רק 28 תובענות, בשנת 2008 הוגשו 98 תובענות, בשנת 2011 כבר הוגשו 613 תובענות ובשנת 2012 הוגשו 820 תובענות. כלומר, אין חולק על מגמת הגאות העקבית במספר התובענות המוגשות בישראל. אלא שספק אם עסקינן במגמה מבורכת בעלת ערך חברתי חיובי. הסיבה לכך היא שבפרקטיקה הנוהגת, מייצגים מזהים את התהליך שתואר לעיל כהזדמנות לעשיית כסף מהיר ולא דווקא כפעילות לטובת הציבור. במקרים רבים פועלים המייצגים מתוך הנחה שגם אם עילת התביעה היא קלושה, הנתבע יעדיף לשלם גמול ושכר טרחה תמורת סילוק העלויות הכרוכות בנייהול התובענה (בעיה הידועה כ־blackmail settlement).²⁸ מובן שבתוך כך ישנם מקרים שבהם נכונות הנתבע להתפשר נובעת מרצון לקנות סיכון עקב חשיפה פוטנציאלית ממשית או לאחר שהוא כבר הסכים לשינוי התנהלותו, אך אלו הם מיעוט המקרים.²⁹

כך, ונוכח העלויות הנמוכות יחסית הכרוכות בהגשת תובענות ייצוגיות בסכומי עתק, נוצר למייצגים תמריץ יתר בלתי־רצוי להגשתן של תובענות בלתי־מבוססות. הבעיה מתחדדת נוכח חוסר האיזון בין מערך התמריצים של התובע הייצוגי לבין זה של עורך הדין המייצג. מאחר שהתובע הייצוגי נושא לבדו בתחלת הסיכון לכישלונה של התובענה, מבחינת רווחתו האישית של עורך הדין המייצג כדאי לנסות מזלו בהגשת כמה תובענות, לעתים בנושאים דומים או זהים, מבלי לדוק פורתא בסיכוייהן להתקבל.

ודוק, קשה להגדיר מראש ובמדויק מהי תובענת סרק, ואף בפסיקה לא נקבעה רשימת תבחינים לסיווג קטגורי ממצה. ניתן להעלות כמה תבחינים שבכוחם להעיד על מידת הסרק שבתובענה (קרי מיקומה על המנעד שבין תובענת סרק לבין תובענה ראויה ורצויה), כגון: תובענה שלא הביאה לפיצוי חברי הקבוצה; תובענה שלא גרמה לשינוי התנהגות הנתבע; תובענה שמלכתחילה לא גילתה עילה בת־הוכחה; תובענה שגילתה עילה ראויה אך לא הייתה מבוססת ולא נתמכה בראיות; תובענה שלא הוצגה בה תשתית לקיומה של קבוצה המצדיקה

27 המחקר האמפירי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 12. המחקר האמפירי אינו מציג נתונים לגבי שנת 2006 ולגבי שנים המאוחרות לשנת 2012. בנוסף, עקב קשיים טכניים בשמירה וסיווג של מערכת נט־המשפט, לא נכללו במחקר 169 תובענות שהוגשו בתקופה הרלוונטית בבתי המשפט המחוזי והשלום, וכן מספר קטן של תובענות שנפתחו בבתי הדין לעבודה לפני שנת 2012. להרחבה ראו שם, בה"ש 35.

28 לניתוח מקיף של הבעיה על היבטיה השונים ראו קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 3, בעמ' 780–787. ראו בנוסף Bruce Hay & David Rosenberg, 'Sweetheart' and 'Blackmail' and 'Settlements in Class Actions: Reality and Remedy', 75 NOTRE DAME L. REV. 1377 (2000).

29 המחקר האמפירי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 41 וה"ש 85. כ־20% מסך ההסתלקויות בשנים 2007–2012 הנתבע קיים את חובותיו. עם זאת, יש להביא בחשבון שלעתים יש נכונות מצד נתבעים "להודות" בקיום חבות אף שבפועל הם אינם סבורים שהיא אכן מוטלת עליהם וסוגיה זו הייתה מצריכה הכרעה משפטית, אך משיקולי עלות־תועלת הם העדיפו להסכים לשינוי התנהלותם במסגרת בקשת הסתלקות.

בירור קולקטיבי; תובענה שנדחתה על הסף; ועוד.³⁰ לאור המשתנים הרבים, סוגיית סיווגה של תובענה כתובענת סרק אמורה להתברר, לדידי, באופן פרטני בכל מקרה לגופו על ידי הערכאה המבררת, שכן היא מכירה היטב את נסיבות המקרה ויכולה לייחס משקל מתאים לכל אחד מהתבחינים. ניתן לעשות היקש מהאופן שבו הגדיר בית המשפט העליון מהו ניצול לרעה של ההליך משפטי: "קל יותר לזהות את הפסול שבהתנהגות זו כאשר נתקלים בה".³¹ תופעת תובענות הסרק התרחבה בשנים האחרונות והפכה ל"מכת משפט" של ממש. המחקר האמפירי מגלה כי כ-65% מתוך התובענות שנסגרו לפני החלטה בדבר אישור התובענה כייצוגית הסתיימו בהסתלקותם של המייצגים מהתובענה (57.3%), בסילוקה בעקבות בקשה מנומקת של הנתבע (3.6%), או מפאת חוסר מעש של המייצגים (4.3%).³² עוד לפי המחקר האמפירי, כמעט 60% מבקשות ההסתלקות של המייצגים, הוגשו (לפי נימוקי בקשות ההסתלקות) לאחר שהתובע הייצוגי הבין שאין לו עילה מוצדקת או שסיכויי התובענה נמוכים.³³

בעלויות "התאונה המשפטית" הנגרמת מתובענת סרק לא נושא רק התאגיד הנתבע, אלא שהן מוחצנות אל הציבור בכללותו.³⁴ ראשית – את עלויות הפשרה שממנה נהנים בעיקר שני המייצגים מגלגל הנתבע אל לקוחותיו, באמצעות העלאת מחירים או הקשחת תנאים. כך, חברי הקבוצה, שלא הפיקו תועלת כלשהי מהתובענה שהוגשה כביכול מטעמם ולטובתם, הם שמממנים את תוצאותיה.³⁵ שנית – ניהולה, ולו החלקי, של תובענת סרק גורמת לבזבוז זמן שיפוטי יקר ולהכבדה על מערכת המשפט מבלי ששולמה אגרה.³⁶ לפי דיווחי שופטי בתי משפט מחוזיים, פרק הזמן הנדרש לכתיבת החלטה בתובענה ייצוגית הוא למעלה מכפול ממקבילו בתובענות אזרחיות רגילות, ובאופן כללי עומס העבודה על מערכת המשפט

- 30 בנוסף ראו את רשימת המקרים המוצגת בפרק 1.1 להלן, אשר נסיבותיהם יכולות לשמש סממן להיותה של תובענה "תובענת סרק".
- 31 בש"א 6479/06 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' שופ, פס' 5 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 15.1.2007).
- 32 ראו מרכז הלכה ומעשה, לעיל ה"ש 7. הנתונים מגלים כי מבין התובענות שהסתיימו במהלך השנים 2006–2015, כ-50% הסתיימו בהסתלקות או בסילוק על הסף.
- 33 המחקר האמפירי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 21.
- 34 ע"א 8037/06 ברזילי נ' פרינר (הדס 1987) בע"מ, פס' יג לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 4.9.2014); עניין פסטה נונו, לעיל ה"ש 23; עניין פרידמן, לעיל ה"ש 14; ת"צ (מחוזי מרכז) 8878-10-12 אלמלם נ' סופר פארם (ישראל) בע"מ, פס' 8 לפסק דינה של השופטת שטמר (פורסם בנבו, 19.3.2013). ערעור על פסק הדין התקבל חלקית אך בית המשפט העליון הבהיר כי הוא מאמץ את קביעת הערכאה הדיונית באשר לפגם בביוור תובענות דומות לבתי משפט שונים; ראו ע"א 3352/13 גמליאל נ' טבע סנטר (פורסם בנבו, 16.7.2015).
- 35 ע"א 1509/04 דנוש נ' chrysler corporation, פס' 15 לפסק דינו של השופט ריבלין (פורסם בנבו, 22.11.2007); ת"א (מחוזי ת"א) 1729/06 שר נ' עליית ממתקים בע"מ, פס' 13–14 לפסק דינה של השופטת ברון (פורסם בנבו, 24.5.2009).
- 36 עניין דיאב, לעיל ה"ש 14, פס' 6 לפסק דינו של הנשיא גרוניס. ראו בנוסף את הפסקה השנייה לדברי הסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות (תיקון – הסדרי פשרה והסתלקות), לעיל ה"ש 24. שם הובהר כי תובענות סרק מטילות עומס על מערכת המשפט, גורמות לעלויות מיותרות לנתבעים ואינן משרתות את עניינם של חברי הקבוצה המיוצגת ושל הציבור.

מתובענות ייצוגיות הוא גדול לעומת מספרן.³⁷ שלישית – בירור תובענת סרק גורם בהכרח לעיכוב בירורן של תובענות הנושאות ערך מצרפי חיובי עבור הציבור. רביעית – תובענות סרק מוזילות את ערכו של מוסד התובענה הייצוגית, וממילא אינן תורמות להגשמת איזו מהמטרות שלשמך חוקק חוק תובענות ייצוגיות.³⁸ חמישית – מאחר שמייצגים מצליחים לגרוף רווחים נאים בקלות יחסית מתובענות סרק, נוצר תמריץ חסר עבורם להשקיע זמן באיתור עילת תביעה ראויה ותשומות בהגשת תובענה מבוססת.³⁹ שישית – נוכח האפשרות לרווח קל, גם תובענה שביסודה נושאת תוחלת חברתית-מצרפית גבוהה, עלולה להיות מוגשת ומנוהלת בחסר או ברשלנות ולכן תוכר כתובענת סרק. שביעית – לא כל הנתבעים הם תאגידי ענק. כפי שביאר המחוקק בהצעת החוק לחיוב תובע ייצוגי בפנייה מוקדמת לנתבע, לא פעם מדובר בבתי עסק בינוניים או עסקים משפחתיים קטנים, אשר עצם ההתמודדות עם התובענה עלול להשפיע מהותית על מצבם הכלכלי.⁴⁰

ד. המודל האופקי במערכת היחסים בין שני המייצגים בתובענה

סוגיית תפקידו ומעמדו של עורך הדין המייצג בתובענה הייצוגית, מידת השפעתו על ההליך ומערכת היחסים שבין המייצגים, נדונו על ידי השופט גרוסקופף בהחלטתו בעניין אשל היאור שביסודו עמדה השאלה: "מיהו 'בעל הבית' בבקשה להכרה בתובענה כיייצוגית".⁴¹ באותו עניין, על רקע חילוקי דעות בין שני המייצגים בדבר אופן ניהול התובענה, הודיע התובע הייצוגי על הפסקת הייצוג על ידי עורך הדין המייצג. מנגד טען עורך הדין, כי דיני התובענות הייצוגיות הם בבחינת דין ייחודי (*sui generis*), שלפיו אין לתובע סמכות לפטר את עורך הדין לפי שיקול דעתו.

בהחלטתו התקדימית קבע השופט גרוסקופף כי בתובענה ייצוגית עורך הדין מייצג את כלל חברי הקבוצה, ואין בהפסקת ההתקשרות בינו לבין התובע הייצוגי כדי לפגוע במעמד זה. קביעה זו משקפת מודל יחסי עורך דין-לקוח ייחודי לתובענות ייצוגיות. בתובענה רגילה מתקיים מודל יחסים אנכי, שלפיו התובע הוא ארון ההליך ואילו עורך דינו הוא רק שלוחו ועושה דברו על פי ייפוי כוח שניתן לו. בתובענה הייצוגית, לעומת זאת, בין השניים מתקיים מודל יחסים אופקי, שלפיו יש להליך שני אדונים בעלי מעמד עצמאי ובלתי-תלוי. במסגרת

37 המחקר האמפירי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 36–37 ובה"ש 81–82.
 38 ס' 1 לחוק תובענות ייצוגיות נועד לקדם ארבע תכליות מרכזיות: (1) מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסייה המתקשים לפנות כיחידים; (2) אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו; (3) מתן סעד הולם לנפגעים; (4) ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות.
 39 עניין שר, לעיל ה"ש 35.
 40 ראו דברי ההסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות (תיקון – פניה מוקדמת), התשע"ו–2016, פ/3026/20. הצעה זו מחייבת פנייה מוקדמת לנתבע ומתן הזדמנות לתיקון ההפרה טרם הגשת התובענה. נכון למועד רשימה זו, ההצעה עדיין לא הבשילה ולו לכדי קריאה ראשונה בכנסת.
 41 עניין אשל היאור, לעיל ה"ש 4.

אחריותם של שני אדונים

אדנות משותפת זו, כל אחד משני המייצגים נושא תפקיד חיוני: התובע הייצוגי – עלת התביעה האישית שלו היא בגדר נקודת משען ארכימדית לפי סעיף 4 לחוק תובענות ייצוגיות; עורך הדין המייצג – הוא בעל המקצוע האמון לפי סעיף 17 לחוק תובענות ייצוגיות על ייצוג האינטרסים של כלל חברי הקבוצה.

השופט גרוסקופף ביסס את החלתו של מודל היחסים האופקי על כמה נימוקים:⁴² ראשית – הצורך להפחית את ניגוד האינטרסים הפוטנציאלי בין התובע הייצוגי לבין כלל הקבוצה. מודל אופקי מגן על אי־תלותו של עורך הדין המייצג בתובע הייצוגי, ולפיכך מאפשר פיקוח יעיל יותר של הראשון על האחרון.⁴³ שנית – בשונה מתביעה רגילה, במקרים רבים היזם והמנוע של התובענה הייצוגית אינו בעל הדין, קרי התובע הייצוגי, אלא דווקא עורך הדין המייצג. שלישית – עוד בשונה מתביעה רגילה, בתובענה ייצוגית עורך הדין נושא בעלויות הכרוכות בזמן ובמשאבים שהוא משקיע בניהול ההליך מבלי ששכר טרחתו מובטח לו. רביעית – חוק תובענות ייצוגיות מכיר בתובע הייצוגי ובעורך הדין המייצג כשני נושאי תפקידים עצמאיים, שחובתו וסמכותו של האחד אינן תלויות בקיומן אצל האחר.⁴⁴ חמישית – מכוח מעמדו של עורך הדין המייצג את הקבוצה כמכלול, סעיף 17 לחוק תובענות ייצוגיות מטיל עליו חובה לפעול בנאמנות ובמסירות עבור כלל חבריה כמקשה אחת, ולשרת את טובתה כאילו היא הייתה שולחתו, וזאת בניגוד לטובתו של התובע הייצוגי בלבד.⁴⁵

השופט גרוסקופף סיכם וקבע כי השיקולים המנויים לעיל מצדיקים החלת מודל אופקי על מערך היחסים שבין המייצגים משני סוגי רציונלים. טעמי צדק – מאחר שעורך הדין המייצג אחראי לייזום ההליך ומשקיע בו את זמנו, מוצדק שלא להכפיפו באופן מוחלט לאדנותו של התובע הייצוגי. שיקולים תועלתניים – הכפפתו כאמור של עורך הדין המייצג תפגע בתמריצים של עורכי דין ליזום ולנהל תובענות ייצוגיות המשרתות את טובת הציבור.

42 שם, פס' 23 לפסק דינו של השופט גרוסקופף. ראו אימוץ קביעותיו של השופט גרוסקופף על ידי השופטת שטמר בת"צ (מחוזי מרכז) 6157-08-11 שיוביץ נ' שופרסל בע"מ, פס' 14–17 לפסק דינה של השופטת שטמר (פורסם בנבו, 7.10.2014).

43 נימוק זה קיבל אישור בעניין ת"צ (מחוזי ת"א) 2728-07 שילה נ' ספרינט מוטורס בע"מ, פס' 14 לפסק דינה של השופטת ברון (פורסם בנבו, 18.2.2013).

44 ס' 2 לחוק תובענות ייצוגיות מגדיר בנפרד את שני המייצגים ומחייב אישור פרטני של כל אחד מהם על ידי בית המשפט. כמו כן, ס' 16 לחוק מתייחס לאפשרות הסתלקותו מהתובענה של "מבקש, תובע או בא כוח מייצג" (ההדגשה הוספה – ר.פ.). בנוסף, בשונה מהכלל הרגיל, שלפיו בית המשפט פוסק שכר טרחה והוצאות רק לטובת המתדיין ולא לטובת בא-כוחו, בתובענה ייצוגית יש לבית המשפט סמכות לפסוק תשלום נפרד ושונה לכל אחד מנושאי התפקידים.

45 בעניין ברזילי, לעיל ה"ש 34, פס' 92 לפסק דינו של השופט מלצר, אימץ בית המשפט העליון את עמדתו של השופט גרוסקופף וקבע כי "הלקוח" של עורך הדין המייצג הם בראש ובראשונה חברי הקבוצה. ראו בנוסף ת"צ (מחוזי מרכז) 57574-12-13 כהן נ' סינרון ביוטי בע"מ, פס' 15–17 לפסק דינו של השופט גרוסקופף (פורסם בנבו, 24.4.2014).

ה. יישום מודל היחסים האופקי על מישור האחריות לתוצאות התובענה

1 מודל היחסים האופקי כהצדקה לחלוקת אחריות אופקית

האם מתוך ההכרה במודל יחסים אופקי במערך היחסים שבין המייצגים בכל הנוגע לניהול התובענה, נגזרת גם הצדקה לחלוקת אחריות ביניהם לתוצאותיה של דחייתה? לדידי, התשובה לכך בחיוב, ולהלן אעמוד על חמישה טעמים שמשקלם המצטבר מוביל למסקנה שבדיני התובענות הייצוגיות ראוי להכיר במודל אחריות אופקי.

הראשון – עורך הדין המייצג הוא מונע הנזק הטוב ביותר של עלויות בירור התובענה, בייחוד כאשר מדובר בתובענת סרק. חוק תובענות ייצוגיות הוא דין ייחודי במובן זה שנוסף על עקרונות המשפט המהותיים החלים על כל תובענה, חוק תובענות ייצוגיות מחיל עליה גם כללי פרוצדורה נוקשים שהיא נדרשת לעמוד בהם על מנת שתאושר להידון כייצוגית.⁴⁶ אין ספק כי כללים אלו אמורים להיות בידיעתו של עורך הדין המייצג ופעולה בהתאם להם חוסה תחת אחריותו המקצועית. עם זאת, קשה לייחס אחריות מקבילה בסוגיות מקצועיות טהורות גם לתובע הייצוגי. כך, למשל, לא סביר לצפות מתובע מן היישוב לדעת אם עילת תביעתו מתאימה לשמש בסיס לבירור קולקטיבי בשם מספר רב של חברי קבוצה בלתי-מסוימים, או אם היא חוסה בגדרי אילו מהפרטים המנויים בתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות. כמו כן, קשה להטיל על התובע הייצוגי אחריות לברר אם הוגשה בעבר תובענה בעניין דומה, אם היא רשומה בפנקס התובענות הייצוגיות וכיצד עליו לפעול במקרה שכזה.⁴⁷ מובן שדוגמאות אלו אינן ממצות, ונקל לחשוב על מקרים נוספים שבהם הדעת נותנת שהאחראי לצבר הפגמים הדינמיים שבעטיים נדחתה התובענה הוא עורך הדין המייצג.⁴⁸

מובן שגם עורכי דין המייצגים נתבעים עשויים לחטוא בהתנהלות דיונית אשר עלולה לגרום להתמשכות מיותרת של הליכים בתובענה ייצוגית,⁴⁹ ומתבקשת השאלה אם יש מקום להחיל מודל אחריות אופקית גם בנוגע למערך היחסים שביניהם לבין הנתבעים בתובענה. סוגיה זו עשויה להיות רלוונטית בהינתן כשלי שוק אשר יוצרים אנומליה בלתי-רצויה, אשר הדין הפוזיטיבי אינו מתמודד עמה, במערך היחסים שבין עורכי דין המייצגים נתבעים לבין הנתבעים עצמם, ובין שניהם יחדיו לבין התועלת החברתית-מצרפית. כמו כן תידרש בחינה של קיום תנאים נוספים, כגון אלו המוצעים ברשימה זו, אשר עשויים להצדיק סטייה מהכלל הנוהג גם בכל הנוגע למערך היחסים שבין נתבע ייצוגי לבין בא-כוחו.

השני – הפרקטיקה שהוכרה בפסיקה ענפה היא שבמקרים רבים עורך הדין המייצג הוא היזם ברקע הגשת התובענה, והתובע הייצוגי משמש רק כסות לשם עמידה בדרישות חוק

46 כללים אלו מעוגנים, בין היתר, בס' 3, 4 ו-8 לחוק תובענות ייצוגיות.

47 ראו הוראות הקבועות בהקשר זה בס' 5(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות.

48 בית המשפט העליון הבהיר כי הצטברותם של פגמים דיוניים עלולה להביא לדחיית התובענה הייצוגית. ראו ע"א 2718/09 "גדיש" קרנות גמולים בע"מ נ' אלסינט בע"מ, פס' 21 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') ביניש (פורסם בנבו, 28.5.2012).

49 למשל, על דרך הגשת בקשות ביניים שאינן מבוססות בניסיון לסרבל את ההליך, להכביד על בירור התובענה ולהתיש את התובע המייצג ועורך הדין המייצג.

תובענות ייצוגיות.⁵⁰ הנחה זו עמדה גם לנגד עיני המחוקק בחוקקו את חוק תובענות ייצוגיות, וכלשונו: "בפועל הניסיון מלמד כי מי שיוזם את התביעות הייצוגיות הם עורכי דין, אשר מטרתם היא בראש וראשונה הפקת רווח אישי על ידי זכייה בשכר הטרחה".⁵¹ במקרים קיצוניים עורך הדין אף עותר לשמש הן כתובע הייצוגי והן כעורך הדין המייצג באותה התובענה, וזאת בתקווה ליהנות הן מהגמול והן משכר הטרחה.⁵²

ההכרה בעורך הדין המייצג כיוזם ברקע הגשת התובענה אף מבהירה מדוע סיכון הפגיעה במוניטין שאליו חשוף עורך דין המייצג בתביעות רגילות אינו מאזן את תמריצי היתר של עורך הדין המייצג בתובענות ייצוגיות. כנזכר לעיל, שיעור דחייה גבוה של תביעות שבהן ייצג עורך דין מסוים צפוי להפחית את ההסתברות שהתובע – יוזם התביעה הרגילה – ירצה להתקשר דווקא עם אותו עורך דין לייצוגו בתביעה שהוא מעוניין להגיש. לעומת זאת, מאחר שבמקרים רבים עורך הדין הוא יוזם התובענה הייצוגית, ולרשותו מספר רב של חברי קבוצה פוטנציאליים (רובם הדיוטות שאין להם הכלים לאמוד את המוניטין של עורך הדין), מוניטין שלילי לא בהכרח ימנע מעורך הדין התקשוריות לייצוג בתובענות פוטנציאליות.

השלישי – עורך הדין המייצג הוא המנוע בניהול התובענה ומקבל ההחלטות במסגרתה, גם כאלו החורגות מתחום מומחיותו המשפטית. הוא בקי יותר מהתובע הייצוגי בעובדות המקרה ובהליך המשפטי, וביכולתו אף להעריך את סיכויי התובענה ולנווט את צעדי המייצגים בהתאם.⁵³ למעשה, תפקידו של התובע הייצוגי בהגשת התובענה ובניהולה אינו משמעותי.⁵⁴ כוח השפעה ממשית זה, המוקנה לעורך הדין בתובענות ייצוגיות באופן החורג מהותית מכוחו בתביעות רגילות, מצדיק ייחוס רמת אחריות מוגברת על מנת להבטיח עשיית שימוש רצוי ונכון בו. שהרי מן המפורסמות היא ש"כוח ללא אחריות משול להפקרות".⁵⁵

50 ע"מ 2978/13 מי הגליל – תאגיד והביוב האזורי בע"מ נ' יונס, פס' כא–כב לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 23.7.2015); עניין ברזילי, לעיל ה"ש 34, פס' 88–90 לפסק דינו של השופט מלצר; רע"א 4253/14 חלפון נ' שמן משאבי גז ונפט בע"מ, פס' 10 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 29.12.2014). משה טלגם "התובענה הייצוגית – שיקולים" שערי משפט ד 236, 227 (2005).

51 דברי ההסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו–2006, ס"ח 264, 276 (להלן: "דברי ההסבר לחוק תובענות ייצוגיות"). שם הוכר שפעמים רבות עורך הדין המייצג הוא יוזם התובענה ו"הרוח החיה" מאחוריה. ראו בנוסף קלמנט "קווים מנחים", לעיל ה"ש 6, בעמ' 157.

52 על דחייתה של פרקטיקה זו בפסיקה ראו עניין שילה, לעיל ה"ש 43, פס' 14 לפסק דינה של השופטת ברון; עניין שיוביץ, לעיל ה"ש 42, פס' 14–17 לפסק דינה של השופטת שטמר; ת"א (מחוזי ת"א) 1437/09 פלד נ' אול יו ניד בע"מ, פס' 27–29 לפסק דינו של השופט בנימיני (פורסם בנבו, 11.6.2012); ת"צ (מחוזי ת"א) 1934/09 גולדנברג נ' אקסלנס נשואה גמל ופנסיה בע"מ, פס' 47 לפסק דינו של השופט בנימיני (פורסם בנבו, 29.4.2012).

53 אריאל פלביאן "מינוי והחלפה של עורך דין על ידי בית המשפט במסגרת תובענה ייצוגית" דין ודברים ט 331, 336–337 (2016).

54 ראו קלמנט "קווים מנחים", לעיל ה"ש 6, בעמ' 147, 167.

55 ע"א 817/79 קוסוי נ' בנק י.ל. פויכטונגר בע"מ, פ"ד לח(3) 253, 277 (1984); אוריאל פרוקצ"ה "פירוק חברה לפי בקשת מיעוט בעלי המניות" משפטים ח 13, 17 (התשל"ח).

הרביעי – נימוק נוסף לייחוס אחריות גם לעורך הדין המייצג נעוץ בפער בין סכום התשלום הנפסק לטובת כל אחד מהמייצגים במקרה שהתובענה הייצוגית צולחת. כמוכא בפרק ב לעיל, סכום שכר הטרחה הממוצע הנפסק לטובת עורך הדין המייצג עומד על פי ארבעה מסכום הגמול הממוצע הנפסק לטובת שותפו להליך, הוא התובע הייצוגי. בנסיבות אלו נראה שיש מקום לעמדה האינטואיטיבית שלפיה כגודל השכר כך גודל האחריות. עם זאת, גישה שלפיה גם היקף אחריותו של עורך הדין המייצג צריך להיות ביחס ישר, קרי פי ארבעה מהיקף אחריותו של התובע הייצוגי, תרחיק לכת יתר על המידה. זאת, משום שכאמור, עורך הדין המייצג משקיע זמן ומשאבים בעצם הגשת התובענה וניהולה מבלי שמוכסח לו שכר טרחה בגין כך. בשקלול עלות שלילית אינהרנטית זו עבור עורך הדין, נראה שחלוקת אחריות מאוזנת בין שני המייצגים היא הוגנת וראויה יותר.

החמישי – סעיף 8(א)(4) לחוק תובענות ייצוגיות פורש בפסיקה כמטיל על עורך הדין המייצג חובה ישירה ועצמאית, הן כלפי בית המשפט והן כלפי הצד שכנגד, לנהל את התובענה בדרך הולמת ובתום לב.⁵⁶ מכוח חובה זו שומה על עורך הדין המייצג לדוק פורתא ולבחון, טרם הגשת התובענה, את עובדות המקרה ואת המצב המשפטי החל בעניינה.⁵⁷ קיום החובה אמור לאפשר לעורך הדין לכלכל את צעדיו ולהעריך באופן מחושב את סיכויי התובענה עוד טרם הגשתה. במקרים שבהם עורך הדין המייצג אינו עומד בחובתו על פי דין לבחון כדבעי מלכתחילה את סיכויי התובענה, ועקב כך מושתת הוצאות משפט שבהן מחויב שותפו להליך, צודק ונכון לחייב את עורך הדין להשתתף בעלויות המתחייבות מניהולה.

הרציונלים המוצגים לעיל, בשילוב ההכרה שבין המייצגים מתקיימת מערכת יחסים הקרובה במהותה לשותפות, מובילים למסקנה שהשתתפותו של עורך הדין המייצג בנטל ההוצאות עקב דחיית התובענה תתרום למזעור חוסר האיזון הכפול במערך התמריצים להגשת תובענות ייצוגיות. מחד גיסא, העברת חלק מהסיכון בתובענה מכתפי התובע הייצוגי אל עורך הדין המייצג תצמצם את הפער בתוחלת הסיכוי-סיכון של כל אחד מהם. מאידך גיסא, הואיל ועורך הדין המייצג הוא השותף הדומיננטי בעל יכולת ההשפעה על ניהול התובענה, חשיפתו להשתתפות בתוצאותיה תצנן את תמריץ היתר שיש כיום למייצגים בהגשתן ובניהולן של תובענות הנושאות ערך חברתי-מצרפי שלילי.

2. השתתפות עורך הדין המייצג בהוצאות המשפט ככלי אחריות מתאים ומידתי

להלן אבאר מדוע לדעתי חיוב עורך הדין המייצג בחלק מהוצאות המשפט הוא כלי אחריות מתאים ומידתי ליישום מודל האחריות האופקי, במובן זה שהוא צפוי לתרום למזעור חוסר האיזון הכפול במערך התמריצים להגשת תובענות ייצוגיות.

⁵⁶ ת"צ (מחוזי מרכז) 36086-07-11 חרסט נ' ידיעות אינטרנט (שותפות רשומה), פס' 2 לפסק דינו של השופט גרוסקופף (פורסם בנבו, 19.9.2012); ע"ע (ארצי) 12842-07-10 אייל – הוט מערכות תקשורת בע"מ, פס' 8-9 לפסק דינה של הנשיאה ארד (פורסם בנבו, 9.6.2011); ע"א 5503/11 דבא נ' דינרי, פס' 10 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 18.1.2012).

⁵⁷ עניין שר, לעיל ה"ש 35, פס' 10 לפסק דינה של השופטת ברון.

הנימוק העיקרי לכך הוא שביסוד מנגנון האכיפה הפרטית ניצבת ההבנה שהאינטרס הכלכלי הוא הקטר המניע את רכבת התובענות הייצוגיות.⁵⁸ פשיטא, כי על מנת לאזן תמריץ כלכלי עודף, מתאים ונכון להשתמש במעין-סנקציה כלכלית מנגד. לשון אחר, אותם שיקולי שכר אשר עומדים ביסוד חוסר האיזון הכפול המובנה כיום במערך התמריצים, הם הכלי המתאים לוויסות העיוות שנוצר בגינו ולמזעור תוצאות בלתי-רצויות.⁵⁹

ודוק, הרעיון לחייב את עורך הדין המייצג בהוצאות המשפט, כולן או חלקן, כבר הוזכר מפורשות על ידי בית המשפט העליון. בהחלטתו בעניין פינקלשטיין, הועלתה בהערת אגב האפשרות להטיל במקרים חריגים את החיוב בהוצאות על עורך הדין המייצג.⁶⁰ כמו כן, במחקר האמפירי הציע צוות המחקר של הרשות השופטת לחייב גם את עורך הדין המייצג בהוצאות, ואף בהוצאות ראליות, בעת דחייתה של תובענת סרק, כאחד הכלים למיגור התופעה.⁶¹ גם היועץ המשפטי לממשלה הביע עמדה, שלפיה במקרים המתאימים יש לשקול לחייב בהוצאות את עורך הדין המייצג, לחוד או נוסף על התובע הייצוגי.⁶² אלא שהגורמים המאוזכרים לעיל הכירו באפשרות לחייב את עורך הדין המייצג בהוצאות רק במקרים חריגים של תובענת סרק או התנהלות לא נאותה, ואפשר אף להסיק מכך שלשיטתם קביעה כזו משלבת מידה של גינוי כלפי עורך הדין המייצג. לעומת זאת, ברשימה זו מוצע מודל אחריות רוחבי שיחול בנסיבות שונות מאלו המצומצמות שהוצגו על ידי הגורמים הנזכרים לעיל. לפי מודל זה, לא רק שאין הכרח שחלוקת האחריות האופקית תוגבל רק למקרים של תובענות סרק, אלא שכנראה תחולה גורפת יותר תביא לתוצאה אופטימלית (ראו שלושת המודלים המוצעים בפרק ו להלן). בנוסף, ברשימה זו לא מוצע לחייב את עורך הדין בהוצאות כתכלית בפני עצמה ואף לא מתוך עמדה מוסרית, אלא הדגש הוא על חלוקה מאוזנת של האחריות הכלכלית בין שני המייצגים לתוצאות ההליך. המסקנה בדבר חלוקה כאמור עולה מתוך ההכרה בהשתתפותם של שני המייצגים בייזום ההליך ובניהולו, והיא מבוססת על כלים מעולם הניתוח הכלכלי של המשפט.

ניתן לצפות את הטענה, כי חלוקת אחריות אופקית אינה כלי מידתי, משום שהיא עלולה לגרום לאכיפת חסר עקב הפגיעה בתמריצייהם של עורכי דין מייצגים. ברם, נוכח מספרן העצום

58 עניין מי הגליל, לעיל ה"ש 50, פס' כא לפסק דינו של השופט רובינשטיין; ע"א 1834/07 קרן נ' פקיד שומה גוש דן (פורסם בנבו, 12.8.2012); קלמנט "קווים מנחים", לעיל ה"ש 6, בעמ' 149. ראו בהקשר זה גם אסף פינק "תובענות ייצוגיות ככלי לשינוי חברתי" מעשי משפט ו 157, 161 (2014).

59 ראו והשוו בעניין ברזילי, לעיל ה"ש 34, פס' טו-טז לפסק דינו של השופט רובינשטיין באשר לחשש מפני הפיכתה של התובענה הייצוגית ל"תת-התמחות ו'תעשייה' מקצועית שתועלתה אינה בשירות העניין הציבורי אלא בשירות הכיס גרידא".

60 רע"א 2074/11 בנק הפועלים בע"מ נ' פינקלשטיין, פס' 4 לפסק דינו של השופט גרוניס (פורסם בנבו, 5.7.2011).

61 המחקר האמפירי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 41.

62 ראו פס' 5 ו-68 לחוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה (9.11.2015) www.justice.gov.il/Publications/News/Documents/PositionAttorneyGeneralLawClassActions.pdf. עמדת היועץ המשפטי לממשלה הוגשה לבית המשפט העליון במסגרת רע"א 3698/11 שלמה תחבורה (2007) בע"מ נ' גליזר (טרם ניתן). אשר נדון בהרכב מורחב של שבעה שופטים.

(יחסית לגודל השוק) של התובענות הייצוגיות המוגשות בישראל, ובייחוד נוכח התפשטות תופעת תובענות הסרק, נראה שאנו ניצבים דווקא בפני בעיה הפוכה של אכיפת יתר. כמו כן, החשש מפירות באכיפה מצטמצם משמעותית לאור שיקולים כלכליים שמקורם בתוחלת הרווח הגבוהה של עורכי הדין המייצגים, שכן מכפיל הרווח (שכר טרחה לעומת השקעה בפועל) אינו מוגבל. כך, תוחלת הסיכוי להרוויח מאות אלפי שקלים ואף מיליוני שקלים בתובענה ראויה שצולחת, אמורה לאיין את החשש מפני השתתפות בחלק מאלפי או מעשרות אלפי שקלים כהוצאות במקרה ההפוך. במילים אחרות, תוחלת הרווח המצרפית של עורך דין מייצג מניהול כמה תובענות, תיוותר חיובית ברמה שתתמרץ אכיפה פרטית בהיקף הרצוי. יש להביא בחשבון גם את צדו השני של המטבע – השתתפותו של עורך הדין המייצג בתוצאותיה השליליות של התובענה תפחית את תוחלת הסיכון של התובע הייצוגי, ולפיכך מעריך התמריצים של המייצגים כמקשה אחת צפוי להיוותר בעינו. גם מטעם זה נחלש החשש מהרתעת יתר. בהקשר זה יוער, כי השתתפותו של עורך הדין המייצג בהוצאות המשפט תוכל להקל על בתי המשפט לפסוק, במקרים המתאימים, הוצאות בסכומים ראליים יותר לטובת נתבע שזכה בדין לאחר שנמצא כי לא נפל כל דופי בהתנהלותו, ובכך לשפוטו בגין חלק משמעותי יותר מהוצאותיו כפי שהודגמו בפרק ב לעיל.⁶³

חיסרון נוסף שעלול להיות טמון במודל האחריות האופקית – מקורו בהחרפה פוטנציאלית של בעיית הנציג המוכרת בענף התובענות הייצוגיות. האפשרות שתיוחס לעורך הדין אחריות כלכלית בדמות חיובו להשתתף בהוצאות המשפט עלולה להגביר את המוטיבציה שלו להתפשר תוך זניחת האינטרס של חברי הקבוצה. אך ספק אם אכן מדובר בחיסרון ממשי אשר מאיין את התועלת הצפויה ממודל האחריות האופקית. שהרי, אף אם עורך הדין המייצג יהיה חשוף להשתתפות בחלק מהוצאות המשפט, עדיין תוחלת הסיכוי שלו אמורה להיות גבוהה עשרות מונים מתוחלת הסיכון, וזאת אם התובענה אינה תובענת סרק מובהקת. לכן, נטייתו של עורך הדין להתפשר רק בשל החשש לשאת בהוצאות תגבר בעיקר כאשר הוא עצמו מעריך את תוחלת הסיכוי של התובענה כנמוכה ביותר. בנוסף, מנגנון הפשרה בתובענה הייצוגית מפקח על ידי בית המשפט, אשר נעזר במקרים המתאימים גם באנשי מקצוע (בודקים), במאסדר הרלוונטי וכן ביועץ המשפטי לממשלה.⁶⁴ מעורבותם של שומרי הסף האלו אמורה למנוע או לצמצם את ההיתכנות להתממשותו של החשש המדובר, בכך שלא יאושר הסדר פשרה שאינו הולם את האינטרסים של חברי הקבוצה.⁶⁵

63 להלן דוגמה מספרית: כאמור לעיל, ממוצע ההוצאות הנפסק כיום לחובת התובע הייצוגי לבדו עומד על 30,000 שקלים. הגדלת הסכום ב-50% (ל-45,000 שקלים), תמזער את נזקיו של נתבע שנמצא שפעל על פי דין. חלוקתו באופן שווה של סכום ההוצאות הגבוה יותר בין שני המייצגים, תביא לשיפוי הוגן יותר של הנתבע מחד גיסא, ומאידך גיסא תפחית את תוחלת הסיכון של התובע הייצוגי (שכן הוא נשא רק ב-22,500 שקלים, לעומת 30,000 שקלים במצב הדברים הקודם).

64 מובן שהדיון בהקשר זה מוגבל רק להסדרי פשרה אשר עלולים שלא להיות מיטביים עבור הקבוצה, שכן הסדרי הסתלקות כלל אינם יוצרים מעשה בידין, ולכן אין בהם כדי לשנות לרעה את מצבם של חברי הקבוצה.

65 ראו בהקשר זה ת"צ 30028-04-11 (מחוזי מרכז) יצחקי נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנוב, 21.11.2016). שם בית המשפט דחה בקשה לאישור הסדר פשרה במסגרתו הסכימו

בנוסף, החשש מפני הרתעת יתר נסוג מטעמי צדק והגינות. אין חולק כי בירורה וניהולה של תובענה ייצוגית מצריך זמן ומשאבים רבים, הן של מערכת המשפט והציבור הרחב הנזקק לשירותיה, והן של הנתבעים. במקרה שבו התובענה נדחת, שיעור (נמוך יחסית) מתוך עלויות אלו מתורגם להוצאות משפט המושגות כיום רק על אחד מהשותפים להליך – הוא התובע הייצוגי. הואיל ועורך הדין המייצג הוא שותף, ואף השותף הדומיננטי, למיזם העסקי של התובענה הייצוגית, והוא אף נושא בתוחלת רווח גבוהה פי ארבעה, עקרונות בסיסיים של צדק והגינות, כמו גם רציונלים כלכליים פשוטים, מצדיקים שהוא יישא בשיעור מסוים מתוחלת הסיכון.

לדידי, נימוקים מצטברים אלו מובילים למסקנה שהשתתפותו של עורך הדין המייצג בהוצאות המשפט היא כלי אחריות מתאים, מידתי ואף הוגן, אשר צפוי להגביר את התועלת החברתית-מצרפית משימוש במכשיר התובענה הייצוגית.⁶⁶

על מנת למקסם את יעילות השימוש במודל האחריות האופקי, וכדי שלא להביא להרתעת יתר במידה בלתי-רצויה, ניתן לשקול עשיית שימוש מאובחן בו כך שהוא יופעל רק בתחומי התדיינות מוגדרים (בהתאם לפריט בתוספת השנייה שמכוחו הוגשה התובענה) המאופיינים באכיפת יתר. למשל, הגבלתו לתחום הצרכנות, שבו רמת האכיפה היא הגבוהה ביותר, או החרגתו מתחום ניירות הערך, אשר רמת האכיפה בו נמוכה עשרות מונים.⁶⁷ מנגד ייטען כי שיקול זה אינו רלוונטי, שכן חוסר האיזון הכפול במערך התמריצים להגשת תובענות ייצוגיות מאפיין את מניעי המייצגים בכל תחומי ההתדיינות הקולקטיבית. ולראיה, תובענות סרק אינן רק מנת חלקו של השוק הצרכני, אלא הן מגיעות גם לפתחה של המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל-אביב אשר דנה בתובענות בתחום ניירות הערך המאופייני כאמור באכיפת-חסר מובהקת. על כך מעידה גם העובדה שהתפלגות תוצאות התובענה דומה מאוד בקרב עילות התביעה השונות (למעט תביעות נגד רשויות).⁶⁸ יש לזכור כי בסופו של יום

המשיבות לשלם סכומי עתק לחברי הקבוצה (מעל 100 מיליון שקלים) ואף לשנות התנהלותן בעתיד, וזאת משום שלדעת בית המשפט שיעור ההטבה לחברי הקבוצה אמור להיות גבוה יותר משמעותית.

66 ודוק, בררת המחדל בארצות-הברית היא שהצד המפסיד אינו נושא בשכר טרחת עורך הדין של הצד המנצח. ראו Federal Rules of Civil Procedure, Rule 54(d)(1) (2014). בנוסף, בשונה מחוק תובענות ייצוגיות הישראלי, בדין האמריקני עורך הדין המייצג ממונה על ידי בית המשפט על דרך של מכרז ובהתאם למגוון שיקולים רחב. ראו Federal Rules Civil Procedure, Rule 23(g). פלביאן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 346–347. לכן, ההיקש משיטת המשפט האמריקנית אינו בהכרח מסייע לדין בכלל האחריות המוצע ברשימה זו.

67 ראו נתוני מרכז הלכה ומעשה, לעיל ה"ש 7. על פי נתוניו, בשנים 2006–2015 שיעורן של התובענות הייצוגיות שהוגשו בתחום ניירות הערך, דיני העבודה, ספאם, הגבלים עסקיים, שוויון הזדמנויות ומפגעים סביבתיים – הגיע במצטבר לכדי כ-11% בלבד מכלל התובענות הייצוגיות שהוגשו; ולפי נתונים המחקר האמפירי, לעיל ה"ש 6, בשנים 2007–2012 שיעור התובענות בתחומים אלו עמד על 9.7%. לעומת זאת, שיעור התובענות שהוגשו בתחום הצרכנות לבדו עמד על לא פחות מ-60%. לפי נתוני המחקר האמפירי, שם, בעמ' 13 בטבלה מוצג כי שיעור האכיפה בתחום זה עמד על 67.6%.

68 שם, בעמ' 23. על החשש מתובענות סרק ייצוגיות גם בתחום המשפט הכלכלי עמדה המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל-אביב בעניין תנ"ג (מחוזי ת"א) 11-11-20087 בוק החברה

המטרה שנראה שאין עליה חולק היא שתוגשנה רק תובענות הנושאות ערך מצרפי חיובי בכל אחד מהפרטים הקבועים שבתוספת השנייה, ולא רצוי לבכר את מספר התובענות על חשבון איכותן והתועלת שבהן. לפיכך, לדידי, נכון להחיל את מודל האחריות האופקית במנותק מהענף המשפטי, הכלכלי או החברתי שבו היא עוסקת, אלא בהתאם לנסיבות התובענה הייצוגית הפרטנית, ובהן: (1) מידת הסרק שבתובענה; (2) תפקידו ותרומתו בפועל של עורך הדין באותה תובענה; (3) הקשיים שנפלו (אם אכן נפלו) בהתנהלותו של עורך הדין בנייהול ההליך, לרבות אי-מימוש יכולתו למזער את תוצאותיה.

הרעיון להשית את הוצאות המשפט גם על עורך הדין המייצג נדון על ידי ועדת המשנה של הכנסת לעניין הצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ג-2003, מתוך מחשבה לקבוע בחוק תובענות ייצוגיות סמכות מפורשת של בית המשפט לעשות כן.⁶⁹ הוראה זו לא מצאה את דרכה לחוק שעבר בכנסת, ככל הנראה עקב הרצון לעודד את האכיפה הפרטית באמצעות המכשיר שאך נולד דאז כדי לרפא את אכיפת החסר שאפיינה את אותה התקופה. אלא שמים רבים עברו תחת גשר התובענה הייצוגית בעשור האחרון, והחשש מפייחות באכיפה נראה רחוק מתמיד. סבורני כי מודל האחריות האופקית עולה בקנה אחד עם כוונת המחוקק ומתיישב עם פרשנות תכליתית של חוק תובענות ייצוגיות, וזאת בשים לב לשינוי העתים ולשינוי הנסיבות, ההיקף והאופן שבו נעשה שימוש במכשיר התובענה הייצוגית. הצעות החוק שבחן ובוחן המחוקק לאחרונה, כדי למזער את התוצאות השליליות של השימוש הנעשה במכשיר התובענה הייצוגית, תומכות לדעתי במסקנה שמודל האחריות האופקית לא יחטא לכוונת המחוקק.

3. החלופות (שאינן מספקות) בדין הפוזיטיבי לאיזון מערכי התמריצים

בפרק זה אסקור כמה חלופות למודל האחריות האופקית, אשר מוכרות בדין הנוהג כיום, לצינון תמריצי יתר בהגשתה ובניהולה של תובענה ייצוגית. עוד טרם סקירתן תוקדם המסקנה, שלפיה במבחן התוצאה נראה שאין די בהן, שכן חוסר האיזון הכפול במערך התמריצים עומד בעינו, והתופעות הבלתי-רצויות הנובעות ממנו אך התגברו בשנים אחרונות. הסיבה העיקרית לכך היא שבכוחן של החלופות לצנן בעיקר את מערך התמריצים של התובע הייצוגי, ואילו השותף הדומיננטי והמשפיע יותר מבין השניים – הוא עורך הדין המייצג – כלל אינו כפוף למנגנונים שהן מציעות, ולכן השפעתם עליו היא מזערית.

חיוב בהוצאות ראליות – הואיל והתובע הייצוגי הוא שנושא בהוצאות המשפט, גם במקרה שבו תושטנה הוצאות ראליות, עלות הנזק לא תוחצן אל עורך הדין המייצג. למעשה, הפער בין תמריצי התובע הייצוגי לבין עורך הדין המייצג דווקא יצמח עקב הגדלת תוחלת הסיכון של הראשון, דבר שעלול להרתיע תובעים ייצוגיים מהגשת תובענות ראיות.

הישראלית לתקשורת בע"מ נ' זקן, פס' 33-35 לפסק דינה של השופטת רונן (פורסם בנבו, 14.6.2012). כמו כן ראו תנ"ג (מחוזי ת"א) 48081-11-11 רזנפלד נ' בן דב, פס' 51 לפסק דינו של השופט כבוב (פורסם בנבו, 17.3.2013).

69 ראו דיון בסוגיה זו בפרוטוקול ישיבה מס' 12 של ועדת המשנה של הכנסת, הכנסת ה-16, 51 (12.12.2005).

יתרה מכך, בצד הכלל בדבר מתינות בעת פסיקת הוצאות על מנת שלא להרתיע תובעים ייצוגיים, ההלכה מכירה באפשרות של חיוב בהוצאות ראליות במקרים שבהם מדובר בבקשות סרק המוגשות בחוסר תום לב.⁷⁰ דא עקא, שהמחקר האמפירי מגלה כי ב-278 מתוך 472 תובענות סרק שהוגשו "ללא עילה או סיכוי לזכות", הגישו הנחבעים תשובות לתובענות, אולם רק ב-33 תיקים (פחות מ-7%) נפסקו הוצאות משפט לטובתם.⁷¹ מטבע הדברים ששיעור התיקים שבהם נפסקו הוצאות ראליות הוא נמוך עשרות מונים.

סילוק תובענות סרק על הסף – לנתבע בתובענה ייצוגית עומדת זכות לבקש את סילוקה על הסף ובכך לחסוך את העלויות והמשאבים הכרוכים בניהולה לגופה.⁷² ברם, ההלכה שלפיה סילוק על הסף הוא אמצעי שבית המשפט יעשה בו שימוש במשורה ובצמצום,⁷³ חלה ביתר שאת בדיני התובענות הייצוגיות שלפיהם תובענה תסולק על הסף רק במקרים חריגים וקיצוניים.⁷⁴ לכן התועלת משימוש בחלופה זו מצומצמת ביותר. כמו כן, אף הכרעה בבקשה לסילוק תובענה ייצוגית על הסף גוזלת זמן ומשאבים של המערכת השיפוטית מבלי שמשולמת אגרה בגינם.

גם במקרים שבהם תובענה מסולקת על הסף, סכום ההוצאות הנפסקות לטובת הנתבע – אשר עומד לפי המחקר האמפירי על ממוצע של 16,286 ש"ח – אינו מתקרב לסכום שהוא נדרש להוציא בפועל (הגשת בקשה לסילוק, תגובה לתשובה לה, ולרוב אף דיון קדם משפט).⁷⁵ ממילא מי שנושא בסכום ההוצאות הוא התובע ולא עורך הדין. בנוסף, בעת בירורה של בקשה לסילוק על הסף, בית המשפט אינו נדרש לבחינת התשתית העובדתית שעליה נסמך התובע, אלא שהדיון נעשה מתוך הנחה שיעלה בידיו להוכיח את העובדות הנטענות בכתב התביעה. לכן אפשרות הסילוק על הסף לא תסייע בצמצום עלויות ניהול תובענה שמידת הסרק בה נובע מתשתית עובדתית רעועה.

חיוב בתשלום אגרת בית משפט – כפי שעולה מפרסומים שונים בכלי התקשורת, שרת המשפטים הנוכחית יוזמת ובוחנת בימים אלו התקנת תקנות שתחייבנה תשלום אגרה בתובענות ייצוגיות. ואמנם, חיוב תובעים מייצגים בתשלום אגרת בית משפט עשוי להביא

- 70 ראו, עניין קרן, לעיל ה"ש 58; עניין דנוש, לעיל ה"ש 35, פס' 15 לפסק דינו של השופט ריבלין.
71 המחקר האמפירי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 31.
72 בקשה לסילוק על הסף מוגשת מכוח ת' 241 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, החלות בשינויים המחויבים גם על תובענות ייצוגיות בהיעדר הסדר אחר ספציפי אחר. ראו ת' 19 (א) לתקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010.
73 רע"א 5634/05 צוקית הכרמל פרויקטים בע"מ נ' מיכה צח חברה לקבלנות כללית בע"מ (פורסם בנבו, 6.6.2007).
74 הטעם שניתן לכך הוא שהדיון בבקשה לאישור תובענה כייצוגית הוא כשלעצמו הליך מקדמי. רע"א 2022/07 הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ נ' אר און השקעות בע"מ, פס' 4 לפסק דינו של השופט גרוניס (פורסם בנבו, 13.8.2007); ת"צ (מחוזי מרכז) 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת נ' אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 3.2.2016).
75 המחקר האמפירי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 31-32. יש לציין כי לפי נתוני המחקר האמפירי, רק ב-56% מהתובענות שסולקו על הסף בעקבות בקשה מנומקת של הנתבע בכלל נפסקו הוצאות לטובת הנתבע.

אותם לשקול את סיכויי התובענה טרם הגשתה, ולמצער לאמוד את הסכום הנתבע בהתבסס על נתונים מוצקים וחישובים מבוססים. ברם, מי שבידיו הידע והמומחיות לאמוד את סיכויי ההליך ואת הסכום הנתבע הוא עורך הדין המייצג ולא התובע הייצוגי, אולם דווקא האחרון הוא שצפוי לשאת באגרה. דהיינו, גם השימוש בכלי זה יגביר את חוסר האיזון בתמריצים בין שני המייצגים, ובנוסף לא יביא להחצנת עלויות אל כתפי השותף הדומיננטי ביניהם.

יתרה מכך, השימוש בכלי האגרה יחול באופן רוחבי ביחס לכל המייצגים בכל התובענות, ללא קשר לחלוקת האחריות בין שני המייצגים בייזומה ובניהולה של התובענה, וללא נפקות לתועלת החברתית-מצרפית המגולמת בניהולה. כפי שיפורט בפרק הבא, שלושת המודלים המוצעים לחלוקת האחריות האופקית מנסים לאפשר את שקלולן של סוגיות פרטניות אלו.

חיוב בהפקדת ערובה – בתביעה רגילה תקנה 519 לתקנות סדר הדין מקנה לבית המשפט סמכות לחייב תובע בהפקדת ערובה להבטחת תשלום הוצאותיו של הנתבע, אולם תקנה 2(ו) לתקנות תובענות ייצוגיות מסמיכה את בית המשפט כאמור לעשות כן רק "מטעמים מיוחדים שיירשמו". בהתאם, ועל מנת שלא להציב מכשולים בדרכם לבית המשפט של תובעים ייצוגיים, הערכאות הדיוניות נוהגות שלא לחייב תובעים ייצוגיים בהפקדת ערובה כל עוד לא הוכיח הנתבע שסיכויי התובענה להתקבל קלושים.⁷⁶

פרט לשימוש המצומצם בכלי אחריות זה, יש לזכור כי האפשרות לעשות בו שימוש היא בשלב ניהול המשפט לאחר שכבר מוגשת תובענה ייצוגית והתשובה לה, לאחר שהוגשה הבקשה להפקדת ערובה והתשובה לה, ולרוב לאחר שהתקיים דיון. בנוסף, בדומה לקושי שאזכור לעיל בקשר לחיוב בתשלום אגרת בית משפט, גם מפקיד הערובה הוא התובע הייצוגי ולא עורך הדין המייצג, ולכן אין בכלי זה כדי לתרום לפתרון הכשלים שמודל האחריות האופקית נועד לפתור.

אי-אישור "הסדרי הסתלקות מתוגמלת"⁷⁷ – גם חלופה זו אינה מייתרת את יתרונותיו של מודל האחריות האופקית. ראשית – "הסדרי הסתלקות מתוגמלת" מוגשים לרוב בתובענות סרק, ואילו על פי שניים מהמודלים לאחריות אופקית (ראו פרק ו להלן), חלוקת אחריות הוגנת ויעילה בין המייצגים אמורה להיעשות בכל מקרה שבו התובענה נדחת, בין שסרק ובין שלא. שנית – אחת התוצאות האפשריות של אי-אישור "הסדרי הסתלקות מתוגמלת" תהיה שבהיעדר תמריץ כלכלי להסתלק מהתובענה מחד גיסא, ונוכח היעדר סיכון או עלויות משמעותיות

76 ת"צ (מחוזי ת"א) 15140-05-11 פז נכסי תעופה בע"מ נ' בלייך (פורסם בנבו, 3.7.2012); ת"צ (מחוזי ת"א) 14287-01-12 סגלוביץ' נ' פייסיגי' מחשבים בע"מ (פורסם בנבו, 22.11.2012); ת"צ (מנהלי חי") 54717-01-15 מאג'ד נ' מועצה מקומית כאבול (פורסם בנבו, 18.3.2015). ראו בנוסף ת"צ (מחוזי חי") 29499-12-11 חן נ' שלמה SIXT רשת מוסכים ושרותי דרך (פורסם בנבו, 2.5.2012). אמנם במקרה אחד פסק בית המשפט העליון כי דווקא הרציונל שהביא את המחוקק לקביעת פטור מאגרה בהגשת תובענה ייצוגית מחזק את הצורך, בנסיבות מסוימות, בחיוב התובע הייצוגי בערובה להבטחת הוצאות הנתבע (רע"א 2795/10 פיטוסי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 17.3.2011)), ברם, היה זה מקרה חריג ביותר אשר בנסיבותיו נקבע שמתקיים ספק רב, בלשון המעטה, לגבי סיכויי התובענה.

77 במסגרת הסדרים אלו, כאמור, מתבקשת הסתלקותם של המייצגים מהתובענה מבלי שיווצר מעשה ביידין ביחס לנתבע ולחברי הקבוצה המיוצגת.

אחריותם של שני אדונים

להוסיף לנהלה מאידך גיסא (בייחוד מבחינת עורך הדין שכבר השקיע את מירב התשומות), המייצגים יוסיפו לנהל את תובענת הסרק תוך נקיטת "שיטת מצליח". כך, התובענה תבורר עד תומה, ומשמעות הדבר היא הגדלת הזמן והמשאבים שיושחתו בתהליך.

תביעות רשלנות כלפי עורך הדין המייצג – בפני תובע ייצוגי שחויב בהוצאות משפט בגין תובענה שנדחתה עומדת האפשרות להגיש תביעה נזיקית נגד עורך הדין המייצג בגין רשלנות מקצועית. כך יכול תובע לגרום לעורך הדין לשאת בפועל בהוצאות המשפט, ואף לתבוע פיצויים נוספים. דא עקא, שיעור המקרים שבהם נעשה שימוש בזכות זו בפועל הוא אפסי. זאת, ככל הנראה, עקב פערי המידע והכוחות בין הצדדים ובשל הרף הגבוה הנדרש לצורך הוכחת רשלנות מקצועית שבגינה יחוב עורך הדין בתשלום פיצויים ללקוח, שכן מתחם שיקול הדעת המוקנה לעורך הדין בניהול ההליך הוא רחב ביותר.⁷⁸ בנוסף, לאחר שהתובע הייצוגי הפסיד בתובענה ונשא בעלויות ובהוצאות, סביר להניח שלא תהיה לו מוטיבציה לנקוט הליך משפטי נוסף, ואף לשלם שכר טרחה בגין הייצוג בו, כדי לתבוע את עורך הדין המייצג.⁷⁹

ו. שלושה מודלים לחלוקת אחריות אופקית

בעקבות המסקנה שמודל אחריות אופקית בדמות השתתפות בהוצאות מתאים ליישום בדיני התובענות הייצוגיות בישראל, להלן אציע שלושה מודלים חלופיים לחלוקת האחריות.

1. המודל המצומצם

על פי מודל זה, עורך הדין ישתתף בהוצאות המשפט רק כאשר נמצא שבנסיבות המקרה הוא היה מונע הנזק הטוב ביותר של "התאונה המשפטית". משמע, רק בהתקיים שני תנאים מצטברים: (1) התובענה הוכרה כתובענת סרק, בין היתר על פי התבחינים אשר הוצגו בפרק ג לעיל לצורך הכרעה בשאלה זו; (2) הידיעה בדבר ערכה השלילי מבחינה חברתית-מצרפית אמור היה להיות בידי עורך הדין המייצג. זאת, מאחר שבידי עורך הדין המייצג ישנם הכלים והיכולת לאמוד את סיכויי התובענה ולבחור באופן מושכל שלא ליטול בה חלק אם היא נושאת עמה ערך חברתי-מצרפי שלילי, ולחלופין להסתלק ממנה לאחר שהדבר התחוור לו במהלך ניהולה וטרם ההכרעה בה.

להלן כמה דוגמאות למקרים מחיי המעשה שבהם, בהתאם לשני התנאים המצטברים שהוצגו לעיל, לכאורה ניתן לשקול את חיוב עורך הדין המייצג להשתתף בהוצאות המשפט:⁸⁰

78 ע"א 9022/08 מגורי-כהן נ' קמר (פורסם בנבו, 3.5.2010); עדי אזור "רשלנות מקצועית של עורך דין" הפרקליט מה 279, 287–291 (2001).

79 מטעמים אלו נקל להבין מדוע במאגרים המשפטיים לא נמצאה פסיקה שנעותרה לתביעת רשלנות מקצועית שהוגשה על ידי תובע ייצוגי נגד עורך הדין המייצג.

80 הדגש על "לכאורה" נעשה על מנת שלא להטיל דופי למפרע בהתנהלותם של עורכי הדין מייצגים במסגרת התובענות הספציפיות המוצגות כדוגמאות. ההכרעה בשאלת התקיימותם של שני התנאים המצטברים צריכה להיעשות על ידי הערכאה הדיונית בהתאם לנסיבות המקרה שהוצגו בפנייה, כמו גם נתונים נוספים שבסמכותה לדרוש את הצגתם, והיא צפויה להשתנות ממקרה

ראשית, תובענה שנדחתה משום שהעילה שביסודה כלל אינה מנויה, באופן מובהק, עם איזה מהפרטים המנויים ברשימה הסגורה הקבועה בתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות.⁸¹ זאת, להוציא מקרים שבהם השאלה אם העילה כלולה בתוספת השנייה הוכרה על ידי בית המשפט כשאלה פרשנית, מורכבת או תקדימית.

שנית, תובענה שהוגשה בניגוד לחיקוק החל על נסיבות המקרה או על יסוד פסיקה שנהפכה; למשל מקום שבו הוגשה תובענה ייצוגית לפיצוי סטוטורי ללא הוכחת נזק אף שסעיף 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות שולל פסיקת פיצוי מסוג זה בתובענה ייצוגית (למעט בתביעה כמפורט בפרט 9 בתוספת השנייה).⁸²

שלישית, תובענה אשר העילה שביסודה עומדת בניגוד להוראה הסכמית שנכללה במסמכי ההתקשרות, ולא הועלו נימוקים לבטלותה (למשל, עקב היותה תניה מקפחת בחוזה אחיד).⁸³ מדובר במידע או במסמכים אשר היו, ולמצער היו צריכים להיות, בידיעת עורך הדין המייצג טרם הגשת התובענה, כך שמלכתחילה היה עליו להעריך שמדובר בתובענת סרק.⁸⁴

רביעית, תובענה אשר הסעד המבוקש במסגרתה אינו יכול להינתן במסגרת תובענה ייצוגית מחמת הסדר ספציפי בחיקוק אחר הקובע מסלול דיוני בלעדי לבידור המקרה.⁸⁵

חמישית, תובענה אשר הוגשה במקביל להגשת כמה תובענות ייצוגיות דומות, על ידי אותו עורך דין מייצג, לכמה בתי משפט שונים.⁸⁶ מקרה דומה אך פחות בחומרתו – תובענה שהוגשה לאחר שכבר הוגשה תובענה קודמת באותו נושא, היא נרשמה בפנקס התובענות

למקרה. כל עוד הערכאה הדיונית לא נתנה דעתה לסוגיה ולא קבעה ממצאים באשר לתבחינים הרלוונטיים בשים לב לכלל נסיבות המקרה, לא יהיה זה נכון או הוגן לייחס אחריות לעורך הדין המייצג.

81 ראו למשל ת"צ (מחוזי ת"א) 43443-11-13 תהודה – חברה, תודעה ותיקון (ע"ר) נ' אוצר התיישבות היהודים בע"מ, פס' ג.4–ד.4 לפסק דינה של השופטת קרת-מאיר (פורסם בנבו, 12.6.2014). באותו מקרה נמחקה על הסף בקשה לאישור ניהול בקשה לפירוק חברה על דרך תובענה ייצוגית, וזאת מן הטעם שפירוק חברות אינו נכלל מביין איזה מהפרטים בתוספת השנייה. ראו עניין פלד, לעיל ה"ש 52; ת"א (מחוזי ת"א) 1586/09 חיות נ' טלרן מסרים מידיים בע"מ (פורסם בנבו, 5.4.2011).

82 ת"צ (שלום פ"ח) 58322-12-15 גרי נ' אומטיים הפצה בע"מ, פס' 2 לפסק דינו של השופט שטרנליכט (פורסם בנבו, 1.11.2016). שם הוגשה תובענה ייצוגית בגין משלוח מסרון בניגוד, כביכול, להוראות ס' 30 לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 (המוכר כ"חוק הספאם"). אלא שבמהלך הדיון התברר שהתובעת נתנה הסכמתה, על גבי טופס ההצטרפות, לקבלת חומר שיווקי מהנתבעת.

83 זאת, בניגוד למצב שבו התובע הייצוגי אשר הציג מצגי שווא עורך הדין המייצג. ראו למשל ת"צ (מחוזי מרכז) 40508-12-14 פייסחוב נ' PayPal Pte. Ltd (פורסם בנבו, 31.1.2016).

84 ת"צ (מחוזי ת"א) 30614-12-12 סקיילקס קורפוריישן בע"מ נ' זומר (פורסם בנבו, 10.2.2013), שם עתרו המייצגים במסגרת תובענה ייצוגית ל"פשרה או הסדר" כמשמעותם בס' 350(א) לחוק החברות, התשנ"ט-1999 ומטעם זה (בין היתר) סולקה התובענה על הסף.

85 עניין חרסט, לעיל ה"ש 56, פס' 18 לפסק דינו של השופט גרוסקופף; עניין אלמלם, לעיל ה"ש 34, פס' 8 לפסק דינה של השופטת שטמר; ת"א (מחוזי ת"א) 2370-08 גלזר נ' דומיקאר בע"מ (פורסם בנבו, 19.11.2012); ת"צ (מנהלי ת"א) 35183-05-13 הולנברג נ' עיריית הרצלייה, פס' ג לפסק דינה של השופטת אגמון-גונן (פורסם בנבו, 7.3.2014); ת"צ (מנהלי נצ') 56378-04-13 פואז נ' מועצה מקומית עילבון (פורסם בנבו, 16.9.2013).

אחריותם של שני אדונים

הייצוגיות והדיון בה תלוי ועומד, אך עורך הדין בתובענה המאוחרת לא בדק את פנקס התובענות הייצוגיות טרם הגשת התובענה המאוחרת או לחלופין סירב להסתלק ממנה גם לאחר שהדבר הובא לידיעתו.⁸⁷

שישית, תובענה שהוצגה בה עילת תביעה אישית לכאורית, אך היא חסרה תשתית ראייתית כלשהי לגבי התנהלות רוחבית דומה של הנתבע ביחס ליתר חברי הקבוצה הנטענת.⁸⁸ שביעית, תובענה אשר פנייה מקדימה לנתבע הפוטנציאלי עשויה הייתה לייתר את ניהולה.⁸⁹ בהקשר זה הובעה הדעה, הן על ידי בית המשפט והן על ידי היועץ המשפטי לממשלה, שהימנעות מפנייה מוקדמת בנסיבות שבהן טובת הקבוצה מחייבת זאת עשויה להוות שיקול רלוונטי לבית המשפט בבואו לפסוק תשלום לטובת המייצגים במקרים שבהם התובענה צלחה.⁹⁰ על פי אותו היגיון, היעדר פנייה מוקדמת עשוי להוות שיקול רלוונטי לפסיקת הוצאות לחובת שני המייצגים במקרים שבהם התובענה נדחתה. שמינית, תובענה שבמועד הגשתה לא היה בידי עורך הדין המייצג להעריך את קלישותה, אך אף שהדבר התחוויר לו במהלך הדיון הוא עמד על המשך ניהולה חרף "המלצת" בית המשפט.⁹¹ במקרה כזה ניתן לראות בעורך הדין המייצג כמי שנטל על עצמו סיכון בידוע.⁹²

2. המודל המורחב

לפי מודל זה יוכל בית המשפט לחייב את עורך הדין המייצג להשתתף בהוצאות המשפט בכל מקרה שבו נדחתה התובענה. לבית המשפט יוקנה מתחם שיקול דעת נרחב בקביעת חלוקת ההוצאות בין שני המייצגים, בדומה לסוגיית הוצאות המשפט בכל הליך שיפוטי.⁹³

87 ת"צ (מחוזי מרכז) 27434-12-15 ברוך נ' כהן (פורסם בנבו, 15.2.2016); ת"צ (מחוזי מרכז) 20046-02-12 סטורזי נ' הוט – מערכות תקשורת בע"מ, פס' 9 לפסק דינה של השופטת שטמר (פורסם בנבו, 13.9.2012).

88 עניין גולדשמידט, לעיל ה"ש 25, פס' 29 לפסק דינו של השופט גולדברג; ת"צ (מחוזי י-ם) 3196/09 כהן נ' בזק בינלאומי, פס' 19 לפסק דינו של השופט מינץ (פורסם בנבו, 5.6.2011).

89 פנייה מקדימה לנתבע פוטנציאלי הוכרה בהלכה כמחייבת כאשר מדובר בתובענה נגד רשות ציבורית, אך לא בעניין תובענות המופנות נגד גופים פרטיים. ראו עניין מי הגליל, לעיל ה"ש 50. ראו בנוסף עניין זילברג, לעיל ה"ש 10, פס' 14 לפסק דינה של השופטת חיות.

90 עניין הולנברג, לעיל ה"ש 86, פס' 3.3–א.3 לפסק דינה של השופטת אגמון-גונן; עניין פואז, לעיל ה"ש 86; פס' 62, 67 ו-74 לחוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה (16.2.2014) שהוגשה במסגרת עניין פסטה נונה, לעיל ה"ש 23.

91 עניין ארגס, לעיל ה"ש 21, פס' 4–11 לפסק דינו של השופט שפסר. במרבית המקרים המלצת בית המשפט למייצגים להסתלק מהתובענה נותרת מחוץ לפרוטוקול.

92 מסקנה זו נכונה כמובן במקרה השכיח שבו עורך הדין המייצג קיבל את ההחלטה מבלי להיוועץ בתובע הייצוגי, אך הוא נכון גם במקרה שבו ההחלטה התקבלה על ידי שני המייצגים צוותא חדא. ברי כי היכולת להבין את עמדת בית המשפט מתוך האמירות המושמעות בקדם המשפט מבלי שייקבעו מסמרות לגופם של דברים, היא בגדר מומחיותו של עורך הדין. בנוסף, אילו התובע היה עומד על ניהול התובענה היה בידי עורך הדין לבקש להסתלק מייצוג.

93 ראו עניין אי.די.בי., לעיל ה"ש 21, פס' 10 לפסק דינה של השופטת חיות. ראו בנוסף ע"א 2617/00 מחצבות כנרת (שותפות מוגבלת) נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, נצרת עילית (פורסם בנבו, 30.6.2005).

לצורך כך תוכל הערכאה המבררת להביא במניין שיקוליה את "מידת הסרק" שבתובענה, ואת יכולתו ואחריותו של עורך הדין המייצג למנוע את הגשתה או למזער בשלב מאוחר יותר את התוצאות השליליות של ניהולה. ברם, בניגוד למודל המצומצם, קיומם של שני תבחינים מצטברים אלו לא יהיה תנאי סף להחלת מודל אחריות אופקית. בנוסף, תוכל הערכאה המבררת לקחת במניין שיקוליה את מידת מעורבותו של כל אחד משני המייצגים ביזמה להגשת התובענה, השפעתו על אופן ניהולה וחלקו בקבלת ההחלטות במסגרתה. שהרי חלוקת העבודה והסיכונים בין המייצגים משתנה ממקרה למקרה. התשובה תלויה, למשל, בשאלת מומחיותו של התובע הייצוגי אשר עשוי להיות "תובע מקצועי" או "סדרתי", ואף עורך דין בעצמו, אשר מידת השפעתו על ההליך היא מרובה.⁹⁴ במקרים אחרים הוא עשוי להיות תובע פשוט מן היישוב או "תובע קש" שמידת השפעתו על ההליך מזערית.⁹⁵

הרציונל האינטואיטיבי להעדפתו של מודל האחריות המורחב על פני המצומצם הוא פשוט ביסודו. לפיו, הואיל ומודל היחסים האופקי חל במישור ניהולה של כל תובענה ייצוגית, מתחייב בהתאם שמודל האחריות האופקית יחול אף הוא במישור תוצאותיה של כל תובענה ייצוגית. הדברים מקבלים משנה תוקף נוכח העובדה שהתובע הייצוגי אינו מוסמך לפטר את עורך הדין המייצג גם אם הוא מנהל את התובענה בניגוד לדעתו. פשיטא, כי לא יהיה זה צודק להשית על התובע הייצוגי לבדו את תוצאותיה של החלטה באשר לאופן ניהול ההליך, אשר התקבלה יחד עם עורך הדין ולעתים רק על ידי עורך הדין המייצג ולעתים אף בניגוד לדעתו של התובע. יתרה מכך, המודל המצומצם צפוי לצמצם בעיקר את חוסר האיזון שבין מערך התמריצים של המייצגים (כמקשה אחת) לבין התועלת החברתית-מצרפית, שכן על פי הגדרתו הוא מתמודד רק עם תובענות סרק.⁹⁶ לעומתו, המודל המורחב צפוי לצמצם גם את חוסר האיזון שבין מערך התמריצים של התובע לבין זה של עורך הדין.

רציונל נוסף להעדפת מודל אחריות מורחב נעוץ במציאות הייחודית הנוהגת בענף התובענות הייצוגיות בישראל, אשר הפך לתעשייה הנשלטת על ידי שחקנים חוזרים. המחקר האמפירי קובע כי בין השנים 2007–2012 עשרה משרדי עורכי דין מייצגים הגישו כ-30% מסך התובענות הייצוגיות; וכי יותר מ-150 תובעים ייצוגיים הגישו שתי תובענות, כ-32 הגישו שלוש תובענות, כ-20 תובעים הגישו בין ארבע לעשר תובענות ותובע אחד הגיש לא פחות מ-17 תובענות.⁹⁷ גם בהקשר זה נתוני מרכז הלכה ומעשה מציגים תמונה משלימה, מעט שונה

94 התובע הייצוגי עשוי אף להיות משקיע מוסדי מיומן ובעל אמצעים. ראו למשל עניין איפקס, לעיל ה"ש 1.

95 עניין קרן, לעיל ה"ש 58, פס' 20–21 לפסק דינו של השופט דנציגר; עניין טצת, לעיל ה"ש 3, בעמ' 790; עניין "גדיש", לעיל ה"ש 48, פס' 47 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') ביניש. על השונות בקרב המייצגים ממקרה למקרה ראו אלון קלמנט ורוני אבישר-שדה "משרתם של שני אדונים – על זכותו של תובע מייצג להחליף את עורך הדין המייצג" הקליניקה לתובענות ייצוגיות – הבינתחומי הרצליה 1, 3 (2012).

96 למעשה, המודל המצומצם עלול דווקא להחריף את חוסר האיזון בין המייצגים, שכן לפי מודל זה, התובע יוכל לצפות להשתתפות מצד עורך הדין בנטל ההוצאות במקרה של תובענות סרק, אולם דווקא בתובענה ראויה הוא נותר חשוף לשאת במלוא נטל ההוצאות.

97 המחקר האמפירי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 16. כזכור, המחקר האמפירי אינו מתייחס לשנים המאוחרות

בנתונים אשר יוצרים אותה, אך זהה במהותה הכוללת. לפי נתונים אלו, 22 משרדי עורכי דין מייצגים הגישו כ-56% מהתובענות בשנת 2015,⁹⁸ בעשור האחרון (2006–2015) שישה משרדי עורכי דין מייצגים הגישו למעלה מ-100 תובענות ייצוגיות, כל אחד. המסקנה שאליה הגיע בית המשפט בעניין פסטה נונה היא שהגשת תובענות ייצוגיות הפכה זה מכבר ליזמות עסקית של ממש, אשר אחד ממאפייניה היא שרוב בקשות האישור מוגשות על ידי אותה קבוצה מצומצמת יחסית של עורכי דין, העוקבים אחר ההתפתחויות בתחום ומכלכלים צעדיהם בהתאם.⁹⁹ כיוזמים עסקיים מיומנים אשר מגישים מספר רב של תובענות בהתאם לשיקולי עלות-תועלת, ניתן להכיר בפועלם של עורכי הדין המייצגים כפעילות עסקית-מסחרית לכל דבר ועניין. מיזם עסקי זה, כמו כל פעילות עסקית אחרת, טבעי שיהיה חשוף להוצאות ולהפסדים החורגים מסכום ההשקעה הראשונית (עלות הגשת התובענה). חזקה על עורך הדין המייצג שידע להביא במניין שיקוליו הכלכליים הרחוביים את תוחלת הסיכון הכרוכה בנשיאה בהוצאות בחלק מהמקרים.

3. המודל המוחלט

לפי מודל זה תבוטל לחלוטין ההפרדה בין המייצגים בכל הנוגע להשלכותיה הכלכליות של התובענה, והם יוכרו כשותפים מלאים לעלויות הגשתה, כמו גם לתוצאותיה, אם חיוביות ואם שליליות מבחינתם. כך, המייצגים יהוו ישות אחת דה-פקטו בכל הנוגע לשלושת המישורים הכלכליים הרלוונטיים לעניין מערך התמריצים שלהם: (1) עלויות הגשת התובענה וניהולה, כגון: תשלום בגין חוות דעת מומחה, הפעלת חוקרים, אגרת בית המשפט (ככל שתיקבע) וכולי (להלן: עלויות התובענה); (2) הסכום שייפסק לטובת הישות המאוחדת כגמול ושכר טרחה אם התובענה תצליח; (3) סכום הוצאות המשפט שיוטל עליה אם התובענה תידחה.¹⁰⁰ הואיל והמודל המוחלט מבוסס על ההכרה בשני המייצגים כשותפים מלאים לתובענה, לרבות לתוחלת הסיכוי-סיכון הגלומה בה, הוא מצריך מעבר לתפיסה מושגית חדשנית ותואמת מציאות בדיני התובענות הייצוגיות בישראל. ודוק, הצורך בשינוי זווית התבוננות כגון זה הוכר כבר בפסק הדין בעניין א.ש.ת, שם עמד בית המשפט העליון על כך שהתובענה הייצוגית מביאה בכנפיה גישה חדשה וחדשנית למהותה של התדיינות, שבה ניהול ההליך המשפטי יוצא

המאוחרות לשנת 2012 שבהן סביר להניח שהמגמה התגברה, שכן חזקה שתובעים ייצוגיים סדרתיים הגישו תובענות נוספות.

98 ראו נתוני מרכז הלכה ומעשה, לעיל ה"ש 7. בדומה, 20 משרדי עורכי דין מייצגים הגישו 66% מהתובענות הייצוגיות שהוגשו בשנת 2014.

99 עניין פסטה נונה, לעיל ה"ש 23, פס' 35. לפסק דינו של השופט ענבר. ראו בנוסף ת"צ (מחוזי ת"א) 26870-12-12 שיאי אופיר השקעות בע"מ נ' החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ, פס' 7.9 לפסק דינו של השופט ענבר (פורסם בנבו, 10.7.2014). תופעה זו גם הייתה הקרקע להצעת חוק תובענות ייצוגיות (תיקון – פניה מוקדמת), לעיל ה"ש 40, בעמ' 4.

100 יש להבהיר כי המודל המוחלט אינו קורא לאיזון ההפרדה בין שני המייצגים באספקטים נוספים למעט שלושת המישורים הכלכליים המוצגים לעיל. גם לפי המודל המוחלט, לצורך הגשת תובענה תידרש חבירה של תובע בעל עילת תביעה אישית עם עורך דין מייצג, וכל אחד מהם יהיה כפוף לחובות ולתנאים הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות בהתאם לכוונת המחוקק.

מידיהם של הצדדים ונשלט על ידי אנשי המשפט.¹⁰¹ בעניין ברזילי הוסיף וחיידר בית המשפט העליון, כי התובענה הייצוגית משנה את יחסי הגומלין בין התובע לבין בא-כוחו, שכן במובנים רבים מדובר במעין "מיזם עסקי משותף" שבו עורך הדין הוא היזם העיקרי.¹⁰² היועץ המשפטי לממשלה שותף לגישה זו, ולעמדתו, מקומו של עורך הדין בתובענה ייצוגית שונה מאשר בתביעה רגילה, משום שבחלק גדול מהמקרים התובענה היא במידה רבה "תביעה של עורך הדין".¹⁰³ וכאמור, הנחת יסוד זו עמדה גם לנגד עיני המחוקק בחוקקו את חוק תובענות ייצוגיות.¹⁰⁴ גם לשכת עורכי הדין הכירה בכך שהתובע הייצוגי הפך ל"שולי בהליך" ואילו עורך הדין המייצג הוא בעל התפקיד המרכזי בתובענה.¹⁰⁵ בנוסף, עורכי דין מייצגים וארגונים חברתיים הפועלים בתחום בצד התביעה מסכימים שמערכת היחסים בין המייצגים שונה מאוד ממערכת היחסים השוררת בתביעה רגילה בין התובע לבין בא-כוחו.¹⁰⁶

כחלק מההכרה בצורך בגישה חדשנית ותואמת מציאות, קרא פרופסור קלמנט לביטול ההפרדה המיותרת בין פסיקת הגמול לתובע לבין פסיקת שכר הטרחה לעורך הדין. לדידו, פסיקת סכום תשלום כולל לשני המייצגים, תוך הותרת החלוקה בין השניים להסכם שכתרו ביניהם (אותו בית המשפט רשאי לבחון), תהיה יעילה יותר, מאחר שבידיהם מידע מדויק יותר מאשר בידי בית המשפט בנוגע לתרומתו של כל אחד מהם לתובענה.¹⁰⁷ לדידי, ביטול ההפרדה שהציע קלמנט לעניין תוחלת הרווח של שני המייצגים היא נכונה ומתבקשת. בהמשך לכך סבורני כי אותם רציונלים ברקע הצעתו של קלמנט, בשילוב מודל היחסים האופקי ויתר הנימוקים שהוצגו ברשימה זו לעיל, מובילים למסקנה שיש לבטל את אותה ההפרדה גם בנוגע לתוחלת ההפסד של שני המייצגים.

בדומה למודל המורחב, גם המודל המוחלט מאיין את הצורך של הערכאה הדיונית להכריע בסוגיית סיווגה של התובענה כתובענת סרק, אך הוא טומן בחובו יתרון נוסף. המודל המוחלט מיתר למעשה גם את ההכרעה – אשר לבית המשפט אין בהכרח את הנתונים והכלים הנדרשים להתמודד עמה באופן הוגן ויעיל – בשאלת היקף תרומתו ומעורבותו של כל אחד מהמייצגים

101 עניין א.ש.ת, לעיל ה"ש 1, פס' 7 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן.

102 עניין ברזילי, לעיל ה"ש 34, פס' יד לפסק דינו של השופט רובינשטיין ופס' 90 לפסק דינו של השופט מלצר; עניין קרן, לעיל ה"ש 58, פס' 19 לפסק דינו של השופט דנצינגר. ראו בנוסף פלביאן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 343.

103 פס' 13–14 לחוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה (30.10.2007) [http://knowit.org.il/Uploads/Documents/מסומנת%20בפריניר20%מסומנת%20עניין ברזילי, שהוגשה בעניין ברזילי, לעיל ה"ש 34.pdf](http://knowit.org.il/Uploads/Documents/מסומנת%20בפריניר20%מסומנת%20עניין ברזילי, שהוגשה בעניין ברזילי, לעיל ה)

104 ראו דברי ההסבר לחוק תובענות ייצוגיות, לעיל ה"ש 51.

105 ראו ס' 17.א.2 לבקשתה של לשכת עורכי הדין להצטרף כידיד בית משפט לדין בבית המשפט העליון בעניין ברזילי, לעיל ה"ש 34.

106 ראו למשל פרק 2.ג: "מערכת היחסים המיוחדת שבין עורך דין ללקוח בהליכי תובענה ייצוגית". לבקשת הצטרפות כידיד בית משפט שהגישה עמותת הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת, במסגרת עניין גליזר, לעיל ה"ש 62. עמותה זו מוכרת ואף מציגה את עצמה כפעילה למען הציבור בתחום התובענות הייצוגיות. עמדתה האמורה הוגשה באמצעות עורכי הדין אסף פינק ואלעד מן, אשר הם עורכי דין מייצגים מוכרים.

107 קלמנט "קווים מנחים", לעיל ה"ש 6, בעמ' 166.

בתובענה הספציפית, לרבות יכולתו של עורך הדין למזער את תוצאותיה. היתרון של המודל המוחל בהקשר זה מתחדד נוכח הפרקטיקה שבה לעתים המייצגים מתקשרים בהסכם המחלק ביניהם את סכומי הזכייה באופן שונה מזה שנקבע על ידי בית המשפט, ואף מסכימים על השתתפות בעלויות התובענה כמו גם על חלוקת הנטל בתשלום הוצאות המשפט (ככל שתובענתם תידחה). הקושי מתחדד בצל התופעה שעורכי דין מייצגים מגישים תובענות באמצעות אותם תובעים, יחדיו הם פועלים כשותפים למיזם עסקי, ואין לבית המשפט שליטה (ואף נתונים) על חלוקת הסיכוי-סיכון ביניהם. לעתים עורכי דין מייצגים מגישים תובענות באמצעות תובעים שהם בני משפחתם, והגם שאין פסול או מניעה בכך כשלעצמו, סביר להניח שחלוקת הסיכונים ביניהם שונה מאשר במקרה הרגיל.¹⁰⁸ במקרים אחרים, עורכי דין העותרים לשמש כתובעים ייצוגיים בתובענה, מיוצגים בה על ידי עורכי דין מייצגים המקורבים אליהם, וסביר להניח שסכום הזכייה נחלק ביניהם.¹⁰⁹

יתרון נוסף בהחלת המודל המוחלט מתקשר לכלל 44 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986 (להלן: כללי האתיקה), אשר אוסר על עורך הדין להשתתף בעלויות התובענה ובהוצאות המשפט, ולכן אמור התובע הייצוגי לבדו לשאת בהן במלואן. החשיפה לסכומים אלו עלולה להרתיע תובעים ייצוגיים, מקל וחומר כאלו שאינם סדרתיים, ליטול על עצמם את ייצוג הקבוצה (בהחלט ייתכן שגורם מרתיע זה מנע בפועל את הגשתן של תובענות מסוימות). כפי ששורחב בפרק 2.2, במסגרת המודל המוחלט יידרש גם ביטול האיסור על עורכי דין מייצגים להשתתף בעלויות התובענה או בהוצאות המשפט. ומכאן, לא רק שהמודל המוחלט יגביר את התמריצים של תובעים ייצוגיים, אלא שהוא אף יבטל את המצב שבו גם עורכי דין מייצגים ראויים עוברים כביכול על הוראות דין אף שהם פועלים גם לתועלת הציבור.¹¹⁰ כמו כן, המודל המוחלט מונע את הגינוי הלכאורי שעלול להשתמע (אם כי לא

108 ראו למשל ת"צ (מחוזי חי') 15-12-35005 הררי נ' איי אי ג'י ישראל חברה לביטוח בע"מ, ס' 33 לבקשת אישור התובענה הייצוגית (פורסם בנבו, 17.12.2015), שם הובהר בתובענה ובבקשת האישור, כי עורכת הדין המייצגת היא בתה של התובעת הייצוגית; עניין גליזר, לעיל ה"ש 86, שם עורך הדין המייצג היה בן זוגה של התובעת הייצוגית 1 ואילו התובע הייצוגי 2 היה המתמחה שלו; עניין גרי, לעיל ה"ש 83, וכן ת"צ (שלום פ"ת) 15-11-65930 גרי נ' סטודיו סי בע"מ (פורסם בנבו, 12.9.2016). בשני המקרים יוצגה התובעת, חן גרי, על ידי עורך דין אהוד גרי, וסביר להניח שזהות שמות המשפחה אינה צירוף מקרים. אף אם עסקינן בצירוף מקרים, לא סביר להניח שזהו המצב בכל יתר המקרים שבהם ישנה זהות בשמות המשפחה של המייצגים.

109 ראו למשל ת"א (מחוזי ת"א) 06-2519-06 גולדנברג נ' בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ, פס' 27 לפסק דינה של השופטת ברון (פורסם בנבו, 15.5.2014).

110 בהקשר זה ראו את אמרות האגב בעניין ברזילי, לעיל ה"ש 34, פס' 96 לפסק דינו של השופט מלצר, פסק הדין של השופט ג'ובראן ופס' טו לפסק דינו של השופט רובינשטיין. לשיטתם של השופטים מלצר וג'ובראן, שידול עורך הדין את התובע הייצוגי הפוטנציאלי לא תכשיל בהכרח את התובענה. ראו מנגד, את דעת המיעוט של השופט רובינשטיין, שלפיה חרף שינוי יחסי הגומלין הקלאסיים בין התובע לבין בא-כוחו, אין לזנוח את מושכלות היסוד הקובעות שאסור לעורך הדין לחפש את לקוחו; במקרה אחר קבע השופט גרוסקופף, כי האמצעי המרכזי לטיפול בהפרות של כללי האתיקה מצד עורכי דין הוא הדין המשמעתי, ובית המשפט אינו אמור לעסוק בסוגיה זו במסגרת ההתדיינות המשפטית. ראו עניין הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת, לעיל ה"ש 74, פס' 14 לפסק דינו של השופט גרוסקופף.

בהכרח בצדק) בנוגע לעורך הדין המייצג במקרה שבו הוחלה עליו אחריות מכוח אחד משני המודלים המרוככים.

ז. התשתית הנורמטיבית ליישום מודל האחריות האופקי

להלן אבחן אם התשתית הנורמטיבית הנדרשת לצורך יישום כל אחד מהמודלים המוצעים לעיל מוכרת כיום בדין הנוהג, ואם לא, אבחן מהם השינויים המתחייבים לצורך החלתו.

1. המקור הנורמטיבי להחלת המודל המצומצם והמודל המורחב

סוגיית מקור סמכותו של בית המשפט לחייב עורך דין בהוצאות משפט נדונה בעניין גלפנבוים, שם דחה בית המשפט העליון את הטענה שדרושה הסמכה מפורשת בחוק לעשות כן.¹¹¹ באותו מקרה הוזכר כי לבית המשפט מוקנית סמכות טבועה המשלימה את הסמכויות שהוקנו לו על פי חוק, והיא בבחינת כלי שיורי שמכוחו רשאי בית המשפט לחייב עורך דין (בהיותו פרקליט המייצג אחר ולא כבעל דין) בהוצאות.¹¹² בית המשפט העליון עמד על כך שקשה לקבל את הטענה שחופש העיסוק או הזכות לחירות מקימים לעורך דין זכות להפר את חובותיו כלפי בית המשפט ולעתים גם כלפי הלקוח שלו, ולפגוע בניהולו התקין של המשפט.¹¹³ בנוסף נקבע, כי סעיף 72(ג) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984,¹¹⁴ אינו ממצה את כל הסמכויות הנתונות לבית המשפט בניהול ההליך המשפטי ואינו מעקר או מייתר את סמכותו לחייב עורך דין בהוצאות.

נראה שיישום הכללים שנקבעו בעניין גלפנבוים מאפשר את השימוש בכלי ההוצאות כלפי עורך דין מייצג אשר הגיש או ניהל, ביודעין, תובענת סרק. עצם הגשת תובענה מעין זו מבלי לדווק פורטא קודם לכן באשר לעובדות המקרה והמִטְרִיָה המשפטית הרלוונטית מהווים הפרת חובותיו של עורך הדין המייצג – הן כלפי התובע אשר עלול לחוב בהוצאות, הן כלפי הציבור אשר הוא אמור לשמש כשליחו, והן כלפי מערכת המשפט שזמנה ומשאביה הושחתו. חיוב עורך הדין בהוצאות בגין תובענת סרק יסייע לתפקודו התקין והיעיל של בית המשפט ויבטיח

111 בע"מ 3778/12 גלפנבוים נ' מדינת ישראל, פס' 14 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 29.9.2014). אף שבמקרה זה נדונה הטלת הוצאות לטובת אוצר המדינה, הרציונלים שהנחו את בית המשפט באותו עניין יפים גם להטלת הוצאות לטובת בעל דין, בייחוד נוכח ההיבט הציבורי המובנה בתובענה הייצוגית.

112 שם. בהקשר זה ראו הוועדה לקידום התנהלות דיונית תרבותית בבתי המשפט דו"ח הוועדה (2011) www.israelbar.org.il/uploadFiles/courtroom_decorum_report_2011.pdf, שהכירה בקיומה של סמכות כאמור. אציין שהוועדה משותפת למערכת בתי המשפט וללשכת עורכי הדין. ראו רע"א 4990/05 ממנ' נ' עיריית הרצליה, פס' 18–19 לפסק דינו של השופט גרוניס (פורסם בנבו, 7.10.2009).

113 ראו בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 419 (1997), שם הובע החשש מפני "פירוש גורף וכול-כולל" של חופש העיסוק. להרחבה על חובותיו של עורך הדין כלפי בית המשפט ראו למשל גבריאל קלינג אתיקה בעריכת דין 349–379 (2001).

114 אשר קובע את סמכותו של בית המשפט להטיל סנקציות על אדם המפריע לדיוני בית המשפט.

את זכותו של ציבור המתדיינים כי המערכת השיפוטית תתפקד כהלכה.¹¹⁵ כלי זה אף יתרום לשפות את הנתבע (וייתכן שגם את בית המשפט) על הוצאות שנגרמו להם בשל התנהלותו של עורך הדין.¹¹⁶ בכך ניתן ביטוי לתפיסה, המקבלת משנה תוקף בקשר לתובענות סרק ייצוגיות, שלפיה אין זה ראוי שהתובע הייצוגי יישא בעלויות הנובעות מהתנהלות בעייתית של עורך הדין המייצג.¹¹⁷ בסיכומם של דברים אלו יוזכר, כי בעניין פינקלשטיין בית המשפט העליון כבר הכיר מפורשות בסמכותו של בית המשפט להטיל במקרים המתאימים את החיוב בהוצאות על עורך הדין המייצג.¹¹⁸

לפי המקורות המבססים את סמכותו הטבועה של בית המשפט כאמור, ייתכן שבסמכותו לחייב את עורך הדין המייצג בהוצאות המשפט גם בתובענות שאינן סרק, קרי לפי המודל המורחב. זאת, כאשר השימוש בסמכות זו נעשה לשם ייעול השימוש במכשיר התובענה הייצוגית ומאחר שהוא נועד לתכלית ראויה – מזעור חוסר האיזון הכפול במערך התמריצים להגשת תובענות ייצוגיות, אשר השלכותיו משפיעות על הציבור בכלל ועל מערכת המשפט בפרט.

עם זאת, מימוש הסמכות הטבועה כאמור גם למקרים שבהם אין מדובר בתובענת סרק שבידי עורך הדין הייתה אפשרות למנוע או לצמצם את תוצאותיה – אינה חפה מספקות. ככל שנדרש ביסוס נורמטיבי לצורך תחולתו של המודל המורחב, ניתן לחשוב על שתי דרכים לעשות כן: האחת (והמהירה יותר) – פירוש מרחיב והדרגתי של ההלכה בעניין אופן השימוש בסמכות הטבועה מושא ענייננו, תוך אבחון המאפיינים הייחודיים לענף התובענות הייצוגיות הנשלט למעשה על ידי עורכי הדין המייצגים; השנייה – להוסיף לחוק תובענות ייצוגיות את הסעיף שנדרון בוועדת המשנה של הכנסת לעניין הצעת חוק תובענות ייצוגיות, אך לא מצא את דרכו לחוק שהתקבל (ראו הדיון להלן), אשר מקנה לבית המשפט סמכות חוקית מפורשת להשית את הוצאות המשפט גם על עורך הדין המייצג.

2. שינויי החקיקה הנדרשים להחלת המודל המוחלט

כאמור, לפי מודל האחיות המוחלט תבוטל לחלוטין ההפרדה בין המייצגים, והם יוכרו כישות אחת דה-פקטו בכל הנוגע להשלכותיה הכלכליות של התובענה. על מנת שניתן יהיה ליישם את המודל המוחלט, יידרשו שינויים והתאמות בחקיקה בשלושה מישורים: (1) מתן היתר לעורך הדין להשתתף בעלויות התובענה ובהוצאות התובע; (2) הגמשת איסור השידול מצד עורך הדין לצורך הגשת תובענה ייצוגית; (3) ביטול ההפרדה בין המייצגים בחוק תובענות ייצוגיות.

115 בג"ץ 305/89 שמחה נ' בית משפט השלום (תעבורה) למחוז חיפה, פ"ד מה(3) 203, 207–208 (1991).

116 בג"ץ 357/64 רקביץ נ' פקיד השומה גוש דן, פ"ד יח(4) 729, 741–742 (1964). ראו גם ע"א 6185/00 חנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 366, 377–378, 382–383 (2001).

117 ראו דעת היחיד של השופט אולשן בע"א 46/60 יולורי נ' נבון, פ"ד יד 2199, 2206 (1960); עניין רקביץ, לעיל ה"ש 116, בעמ' 738.

118 עניין פינקלשטיין, לעיל ה"ש 60, פס' 5 לפסק דינו של השופט גרוניס.

השינויים בכללי האתיקה – לפי סעיף 23(ג) להצעת החוק הראשונה של חוק תובענות ייצוגיות, בית המשפט הוסמך להורות כי בנסיבות מסוימות שבהן תידחה התובענה, הוצאות המשפט תשולמנה, כולן או מקצתן, על ידי עורך הדין המייצג. דברי ההסבר לסעיף זה נגעו מפורשות לכלל 44 לכללי האתיקה והבהירו את הצורך בשינוי, וזאת מתוך ההכרה ש"במרבית המקרים מי שיוזם את התובענה, מנהל אותה ועומד מאחוריה הוא עורך הדין".¹¹⁹ הגם שסעיף 23(ג) כפי שהוצע לא מצא דרכו אל גררי חוק תובענות ייצוגיות שחוקק דאז, לאור הנתונים והנימוקים שהוצגו ברשימה זו באשר לאופן התפתחות השימוש בכלי התובענה הייצוגית בעשור האחרון, והואיל ונתוני האכיפה הפרטית כיום שונים בתכלית מעת שהיו במועד חקיקת חוק תובענות ייצוגיות, תוספת זו אינה צפויה להיתקל בהכרח בהתנגדויות שבעטיין היא לא נכללה בלשון החוק במקור. כך, האיסור הקבוע בכלל 44 לכללי האתיקה יבוטל באמצעות הוספת סעיף לחוק תובענות ייצוגיות (הממוקם גבוה יותר במדרג הנורמטיבי), אשר יקבע בהוראת חוק מפורשת את סמכותו של בית המשפט להשית את הוצאות המשפט גם על עורך הדין המייצג.

השינויים בחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961 (להלן: חוק הלשכה) – סעיף 56 לחוק הלשכה אוסר על עורך דין לשדל לקוח פוטנציאלי למסור עבודה לידיו. הכלל הוא שעל הלקוח לחפש את פרקליטו, אך הפרקליט אסור לו לחפש את לקוחו.¹²⁰ לצורך ההתייחסות לעורך הדין כשותף מלא לתובענה, מתחייבת הגמשה של האיסור האמור כך שהוא לא יחול בתובענות ייצוגיות. שהרי אחד הרציונלים העיקריים לתחולתו של המודל המוחלט הוא ההכרה בהיותו של עורך הדין המייצג יזם או יזם-משותף לעצם הגשת התובענה.¹²¹

סוגיה זו עמדה בפני המחוקק בעת הדיונים לקראת חקיקת חוק תובענות ייצוגיות. בוועדת המשנה נדונה האפשרות לקבוע הוראה מפורשת בחוק, שלפיה פנייה של עורך דין לחברי קבוצה נטענת בניסיון ליזום או לנהל תובענה ייצוגית תוחרג מהאיסור הקבוע בסעיף 56 לחוק הלשכה.¹²² ברם, כשהוחזר החוק למליאת ועדת החוקה, חוק ומשפט לאישורו לקראת קריאה שנייה ושלישית, הושמטה האפשרות האמורה ללא דיון, וזאת בעקבות התנגדותה של לשכת עורכי הדין.¹²³ כך, על פי לשון החוק כיום, ייזום תובענה ייצוגית על ידי פנייה של עורך דין לחברי קבוצה פוטנציאליים היא הפרת הוראות חוק הלשכה.¹²⁴

יצוין כי על שולחנה של לשכת עורכי הדין מונחת הצעה (שהגיעה דווקא מצד עורכי דין מייצגים) לתיקון שני החיקוקים האמורים. הוצע להתקין הוראות ייחודיות לדיני התובענות

119 ראו דברי ההסבר לס' 23(ג) להצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ה-2005, ה"ח 232, 242.
 120 על"ע 9960/06 חולדנקו נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בת"א, פס' יד לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 3.12.2008).
 121 גם בארצות-הברית הוכרו עורכי הדין המייצגים כיזמים שברקע התובענות הייצוגיות. לכן, גם שם נשמעות דעות רבות שלפיהן בכל הנוגע לתובענות ייצוגיות יש להקל ביישומם של כללי האתיקה; פלביאן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 345 וההפניות בה"ש 60-61.
 122 פרוטוקול ישיבה מס' 7 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 46-54 (13.9.2005).
 123 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 660 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 31-32 (16.2.2006).
 ראו בנוסף עניין ברזילי, לעיל ה"ש 34, פס' 89 לפסק דינו של השופט מלצר.
 124 לדעות השונות שהושמעו באשר למשמעות האופרטיבית של הפרת איסור זה ראו לעיל ה"ש 110.

אחריותם של שני אדונים

הייצוגיות כך שפנייה של עורך דין לחברי קבוצה פוטנציאליים לא תיחשב שידול, ואף תותר השתתפותו של עורך הדין המייצג בהוצאות ההליך. הוועדה לריבוייה בכללי האתיקה של לשכת עורכי הדין בחנה את הנושא, ולצורך כך קיבלה חוות דעת בנוגע למשפט המשווה בסוגיה זו בארצות הברית ובאנגליה. מאחר שוועדת הריבוייה סבורה כי יש מקום לדון בהצעה זו, על מנת לקבל תמונה מלאה יותר ממי שעוסקים בנושא, היא פנתה לוועדת תובענות ייצוגיות בלשכה לקבלת עמדתה בנושא.¹²⁵

השינויים וההתאמות בחוק תובענות ייצוגיות – המודל המוחלט אף יצריך התאמה לשונית בחוק תובענות ייצוגיות בדמות ביטול ההפרדה בין המייצגים הקבועה כיום בסעיפים שונים בחוק תובענות ייצוגיות. כך, למשל, תוסף ההגדרה "מייצגים" כמונח שיכלול את התובע הייצוגי ואת עורך הדין המייצג יחדיו.¹²⁶ בהתאם, תבוטל ההתייחסות הנפרדת בחוק לגמול לתובע הייצוגי ולשכר הטרחה לעורך הדין המייצג, והתשלום לשניהם יחדיו יכונה "גמול למייצגים".¹²⁷ בנוסף, בסעיף 23(ג) לחוק תובענות ייצוגיות יובהר, כי בית המשפט יהיה רשאי לקבוע למייצגים גמול חלקי על חשבון הגמול הכולל אף בטרם הסתיים בירורה של התובענה הייצוגית, קרי בעת אישורה של בקשת האישור.¹²⁸

ח. סיכום ומסקנות

מהניתוח הכלכלי שנעשה בתחילת רשימה זו עולה המסקנה, כי מערך התמריצים להגשת תובענות ייצוגיות מאופיין בחוסר איזון כפול בין זה הרצוי לזה המצוי. עקב חוסר האיזון הראשון – התמריצים של עורך הדין המייצג גבוהים משמעותית מאלו של התובע הייצוגי, ובתוך כך האחרון חשוף למלוא הסיכון של דחיית התובענה וההוצאות שייפסקו נגדו. כשל זה עלול להרתיע תובעים ייצוגיים פוטנציאליים, שנגרם להם נזק של ממש, מלהגיש תובענות ייצוגיות הנושאות ערך חברתי חיובי. מהפך השני של המטבע, כשל זה מביא לכך שהנתבעים מממנים חלק ניכר מעלות ההתדיינות גם במקרים שלא נפל דופי בהתנהלותם ולפיכך הם זכו בדין, שכן בית המשפט נוהג במתינות בעת השתתת ההוצאות על תובע ייצוגי שהפסיד בדין.

125 ראו החלטת ועדת הריבוייה של לשכת עורכי הדין (28.4.2015), אשר צורפה כנספח ד לבקשת ההצטרפות כידיד בית משפט שהגישה עמותת הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת במסגרת עניין גליזר, לעיל ה"ש 62.

126 ראו למשל ס' 5(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות "יבדקו המייצגים בפנקס [...]"; ס' 6(א) לחוק תובענות ייצוגיות "ישלחו המייצגים הודעה"; ס' 27(א) לחוק תובענות ייצוגיות "הקרן למימון תובענות ייצוגיות תסייע למייצגים במימון תובענות ייצוגיות"; ס' 3 לתקנות תובענות ייצוגיות: "ישלחו המייצגים הודעה" (ההדגשות הוספו – ר"פ).

127 ס' 22 ו-23 לחוק תובענות ייצוגיות יאוחדו לכדי ס' אחד שעניינו "גמול למייצגים", אותו יקבע בית המשפט בהתאם לרשימת השיקולים המפוצלת כיום בשני הסעיפים האמורים. איחוד מקביל יידרש להיעשות גם בין ס' 11 לס' 12 לתקנות תובענות ייצוגיות, שעניינן הפירוט הנדרש בתובענה לגבי הגמול המוצע לכל אחד מהמייצגים.

128 וזאת, בניגוד להוראת בררת המחלף הקבועה כיום בס' 22(ג)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, שלפיה בעת אישורה של בקשת האישור, לא ייפסק גמול חלקי לתובע הייצוגי. ראו לעיל ה"ש 10.

חוסר האיזון השני יוצר עיוות בדמות תמריץ עודף של המייצגים להגשתן וניהולן של תובענות ייצוגיות, גם כאלו הנושאות ערך חברתי-מצרפי שלילי. תובענות אלו מהוות מקור רווח קל עבור המייצגים, בעיקר עבור עורך הדין המייצג, עקב נכונותם של נתבעים רציונלים להתפשר ולו על מנת להימנע מעלויות ההתדיינות משפטית. בעלויותיהם השליליות של כשלי המנגנון המתוארים לעיל נושאים לא רק הנתבעים, אלא כמעט כל הנוגעים בדבר – לרבות מערכת המשפט, חברי הקבוצה שבשםם הוגשה התובענה והציבור בכללותו – למעשה כולם למעט המייצגים עצמם.

המחוקק, הפסיקה והספרות המקצועית הפנימו בשנים האחרונות את השלכות כשלי השוק האמורים, בעיקר הכשל שעניינו התמריץ העודף בהגשת תובענות ייצוגיות, והסכמה מקובלת היא שיש לפעול לצינונו. בשל הקושי להתמודד עם הכשלים האמורים באמצעות הכלים המוכרים כיום בדין הפוזיטיבי, ברשימה זו הוצעה דרך חדשנית להתמודד עם חוסר האיזון הכפול – והיא חיוב עורך הדין המייצג להשתתף עם התובע הייצוגי בהוצאות המשפט הנפסקות בעת דחייתה של התובענה הייצוגית.

יסודה של הצעה זו בתפיסה, כי בין שני המייצגים מתקיימת מערכת יחסים הקרובה יותר במהותה לשותפות מאשר לייצוג רגיל, והשותף הדומיננטי הוא דווקא עורך הדין.¹²⁹ כפי שנפסק בהחלטה חדשנית ופורצת דרך של השופט גרוסקופף בעניין אשל היאור, על מערך היחסים בין שני המייצגים חל מודל ייחודי לדיני התובענות הייצוגיות – מודל יחסים אופקי. מודל זה מאפשר להגיע לתובנות חדשניות באשר לאופן ההתמודדות עם חלק מהכשלים באופן יישומו של מכשיר התובענה הייצוגית במשפט הישראלי. תרגומו של מודל היחסים האופקי למישור האחריות לתוצאותיה של התובענה עשוי להקנות כלים חדשים, ונחוצים, להתמודדות עם השימוש הלא-אופטימלי במכשיר התובענה הייצוגית, עד כדי שהוא הפך לתעשייה של ממש. ניתוח כלכלי של המשפט, כמו גם כללים בסיסיים של צדק והגינות, מצדיקים לדעתי חלוקת אחריות אופקית בין שני השותפים למיזם העסקי של התובענה הייצוגית.

הכלי האופרטיבי שהוצע ברשימה זו לייחוס אחריות לעורך הדין המייצג הוא על דרך חיובו להשתתף עם התובע הייצוגי בהוצאות המשפט אם התובענה נדחתה. חלוקת אחריות זו נועדה ליצור הלימה בין מעמדו של עורך הדין המייצג, השפעתו על ההליך וחלקו בפרותיו, אם יצלח, לבין מידת האחריות שיש לייחס לו לכישלון ההליך. בנוסף, השתתפותו של עורך הדין בהוצאות המשפט תביא להפנמתו את חלק מעלויות ההליך שהוא יזם, ולכל הפחות ניהל, באופן שיטיב את הרווחה החברתית-מצרפית. בנוסף, יש להניח שחלוקת אחריות דוגמת זו המוצעת תתרום לצינון תופעת תובענות הסרק המתפשטת.

חלוקת האחריות האופקית יכולה להיעשות על דרך שלושה מודלים חלופיים, אשר כל אחד מהם מאפשר ייחוס מידת אחריות שונה לעורך הדין המייצג. "המודל המוחלט" קורא לביטולה הגורף של ההפרדה, המלאכותית לעתים, בין עורך הדין המייצג לבין התובע הייצוגי. מודל כזה ייצור חלוקת סיכוי-סיכון הוגנת ויעילה יותר בין שני המייצגים, יאפשר חיוב בהוצאות

129 ויש אף מקום לדעה שעורך הדין הוא אדון כמעט-בלעדי להליך (בניגוד לאדון משותף), אך את הדין בסוגיה זו ניתן להותיר לעת מצוא.

משמעותיות יותר בעת דחיית התובענה מבלי לפגוע בתמריץ של תובעים להגשת תובענות, ויצנן את התמריצים להגשת תובענות סרק. יתרה מכך, המודל המוחלט אף יביא לתיקון הכשלים המאפיינים כיום את הפרקטיקה הנוהגת בענף התובענות הייצוגיות, שבמסגרתה גם עורכי דין ראויים הפועלים לטובת הציבור עלולים למצוא את עצמם כמי שעברו על הוראות חוק ועל כללים אתיים. עם זאת, בשל החשש מפני צינון יתר של תמריצי עורכי הדין המייצגים מהגשת תובענות הנושאות ערך חברתי-מצרפי חיובי, הוצעו גם שני מודלים מרוככים יותר: "המצומצם" ו"המורחב". לפי מודלים אלו נשמר לבית המשפט מתחם שיקול דעת רחב בחלוקת התובענות בין המייצגים, אם בכלל. במסגרת מודלים אלו, לפי התפיסה אשר מוצע שתנחה את הערכאה הדיונית, ככל שמעמדו של עורך הדין המייצג יימצא דומיננטי יותר בייזום וניהול התובענה (לרבות קבלת החלטות מהותיות במסגרתה), תגבר הנטייה להכיר בו כנושא באחריות לתוצאותיה. למותר לציין כי מאחר שהמודל המצומצם נועד לחול רק על תובענות סרק, ישומו אינו צפוי לצמצם במידה בלתי-רצויה את האכיפה הפרטית, אלא לכל היותר ליצור סנן תובענות סרק. זאת, בדמות עורכי הדין המייצגים אשר ידוקו פורתא בנסיבות המקרה ובמסגרת הנורמטיבית הרלוונטית טרם שייקחו על עצמם את הייצוג (מדובר בקיום החובות שמלכתחילה הוטלו בחוק על מי שעותר לשמש שליח ציבור).

נוכח האמור לעיל נראה שהשאלה הנכונה אינה מדוע שעורך דין מייצג ישתתף בנטל התוצאות השליליות של התובענה שהוא היה אדון משותף לה, אלא מדוע שהוא לא ישתתף בהן. אכן, כלל משפטי שלפיו עורך דין עלול לחוב בהוצאות במסגרת עיסוקו המקצועי עלול להיתפס, אינטואיטיבית, כבלתי רצוי עקב סטייה חדה מנורמות מקובלות בעולם המשפט, ובהתאם, סביר להניח שמודל האחריות האופקית ייתקל בלא מעט התנגדויות בטענה שהוא מרחיק לכת. אך מנגד יש לזכור כי חוק תובענות ייצוגיות הוא בן חורג בענף ההתדיינות המשפטית, אשר מחייב סטיות מהדין הכללי הנוהג בהיבטים רבים ולא פחות מהותיים. למשל הוא מהווה חריג לעיקרון שמעשה בית דין יחייב רק צד להתדיינות משפטית שהסתיימה בהכרעה שיפוטית חלוטה,¹³⁰ והוא אף קובע חריג לעיקרון הבסיסי ששליחותו של עורך דין לייצג את בעל הדין תוקנה רק מכוח הרשאה מאת השולח לשלוח.¹³¹ ההבנה שהליך ההתדיינות הקולקטיבית הוא מגרש משחקים שונה המונע על ידי שחקנים שלראשם שני כובעים – עורכי הדין הן כאדוני ההליך והן כמייצגים בו – מחייבת גם התייחסות שונה. התייחסות אחרת עלולה לחטוא בתמימות שתימנע אפשרות להתאים את הדין החל על מכשיר התובענה הייצוגית, אשר אין חולק על חשיבותו הציבורית, לאופן השימוש בו בעולם המעשה. לשון אחר, התעלמות מהפיל שמתרוצץ בהיכל הפרקטיקה של התובענה הייצוגית עלולה לאפשר פגיעה בתועלת החברתית-מצרפית שנועד לקדם מכשיר התובענה הייצוגית.

130 נינה זלצמן מעשה בית דין בהליך אזרחי (1991); המחקר האמפירי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 8.
131 ס' 1 ו-3 לחוק השליחות, התשכ"ה-1965. החריג לעקרון השליחות נועד לאפשר את מנגנון היזמות הייחודי אשר מצריך, לדעתי, מודל אחריות אופקית כמעין הסדר משלים.