

הבניית שיקול הדעת בפסיקת שכר הטרחה בתובענות ייצוגיות

מאת

עומר פלד *

תקציר

שכר הטרחה בתובענה הייצוגית נקבע על ידי בית המשפט עם סיום ההליך. הסדר זה הכרחי, שכן עורך הדין המייצג לא יכול לחתום על הסכם שכר טרחה עם הקבוצה המיוצגת. חוק תובענות ייצוגיות מסדיר את שכר הטרחה באמצעות סטנדרט אשר מורה לבית המשפט לשקול את העלויות והתועלת מההליך, אך מותיר מתחם שיקול דעת רחב. יישום נכון של שיקולים אלו מעודד תביעות רצויות, מדכא תביעות סרק, ומתגמל עורכי דין עבור ייצוג הולם. אולם, קיימות ראיות ששכר הטרחה בפועל לא מגשים את מטרות החוק. השכיחות של הסתלקויות מתוגמלות מתובענות ייצוגיות רומזת כי עורכי דין ממשיכים להגיש תביעות סרק, או לכל הפחות תביעות שהתועלת החברתית מהן מוגבלת, בציפייה לזכות בשכר טרחה גם במקרים אלה. בנוסף, גובה שכר הטרחה בפשרות יוצר תמריץ להתפשר גם במקרים בהם המשך ניהול התיק משרת את האינטרס של הקבוצה.

הצוות הבין-משרדי לבחינת ההסדרים הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות¹ הציע להבנות את שיקול הדעת בפסיקת שכר הטרחה, ולקבוע טווח לשכר הטרחה שבית המשפט רשאי לפסוק על בסיס שני רכיבים – השלב שבו הסתיים ההליך (לפני אישור הבקשה, אחריה או בפסק דין סופי) וגובה הסעד שניתן לקבוצה. לפי ההצעה, שעיקריה התקבלו בתזכיר הצעת חוק לתיקון חוק תובענות ייצוגיות,² שכר הטרחה נקבע כשיעור מהסעד לקבוצה לפי רכיבים אלה, ובית המשפט רשאי להתחשב בשיקולים נוספים ולחרוג משיעור שכר הטרחה שנקבע בחוק בטווח של 2% למעלה או למטה בלבד.

הבניית שיקול הדעת, כשלעצמה, עשויה להניב תועלת. כאשר הסטנדרט נכשל בהשגת התכליות שבחוק, הבניית שיקול הדעת יוצרת ודאות ואחידות, לצד הגשמת מטרות החוק. אולם, בהצעה לשינוי ההסדרים בחוק תובענות ייצוגיות נפלו שני פגמים חמורים. ראשית, הפרמטרים

* מרצה בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. אני מודה לתמר בורשטיין על הסיוע במחקר. הצוות הבין-משרדי לבחינת ההסדרים הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 דו"ח **הצוות** (2023) (להלן: הדו"ח לבחינת ההסדרים בחוק תובענות ייצוגיות).

² תזכיר חוק תובענות ייצוגיות (תיקון מס' 16), התשפ"ד-2024 (להלן: התזכיר לחוק תובענות ייצוגיות).

לקביעת טווח שכר הטרחה לא משקפים את מרחב השיקולים הרלוונטי, ולכן צפויים לדכא תובענות ייצוגיות מורכבות, בעלות פרופיל סיכון גבוה, אך כאלו שעשויות להניב תועלת משמעותית לציבור. בנוסף, שכר הטרחה לא מבוסס על תחשיב כלכלי, ולכן לא לוקח בחשבון את עלות ניהול ההליך עבור עורכי הדין המייצגים. הצעה זו עשויה לדכא הגשה של תביעות ראיות, לעודד הגשה של תביעות קנטרניות ולשנות את התמהיל של עורכי הדין שבחורים לייצג תובעים. רשימה זו תציע מנגנון חלופי, שיתאים את פסיקת שכר הטרחה למגוון שיקולים רחב, באופן שצפוי ליצור תמריצים עדיפים לעורכי הדין המייצגים.

מבוא 3

א. שכר הטרחה ובעיית הנציג 7

1. בעיית הנציג בייצוג משפטי 7

2. בעיית הנציג בתובענות ייצוגיות 9

3. פסיקת שכר הטרחה בתובענה הייצוגיות כמנגנון של ממשל תאגידי 10

4. פסיקת הפיצויים בפועל פוגעת בתמריצים של עורכי הדין 15

ב. המודל המוצע בתזכיר לתיקון חוק תובענות ייצוגיות 17

1. בסיס שכר הטרחה 19

2. שיקולים נוספים בקביעת שכר הטרחה 23

ג. מודל רצוי לפסיקת שכר הטרחה 25

1. הערכת העלות של ההליך – שעות העבודה והשווי של שעת עבודה 26

2. הערכת הסיכון בהליך 28

3. הערכת התועלת מהתיק - הסעד לקבוצה והתועלת לחברה 29

4. משקולות העלות והתועלת 30

סיכום 30

מבוא

פרוצדורה שמאפשרת לתובע לנהל תובענה עבור קבוצה של נפגעים לא מחייבת הסדרה בחוק נפרד.³ תובענות ייצוגיות הוסדרו בעבר בארצות הברית ולאחר מכן בישראל באמצעות כללים פרוצדוראליים רזים,⁴ אשר כוננו את הפרוצדורה, והותירו את ההסדרה של השתתפות חברי הקבוצה בתשלום שכר הטרחה להתפתחות פסיקתית בהתאם לדוקטרינות בדיני עשיית העושר.⁵

חוק תובענות ייצוגיות לא נדרש, אם כן, לקיים את התובענה הייצוגית. תפקידו של החוק הוא ליצור מנגנון לניהול הזכויות המשותפות של חברי הקבוצה באמצעות נציגים – התובע הייצוגי ובא כוח הקבוצה. מכאן שיש לראות במנגנון התובענה

³ בישראל לפני שנחקק חוק תובענות ייצוגיות היו קיימים מספר דברי חקיקה אשר הסדירו הגשת תובענות ייצוגיות בתחומים ספציפיים, כגון הגנת הצרכן, ניירות ערך ומפגעים סביבתיים. ראו חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 3) התשנ"ד–1994, ס"ח 252; חוק ניירות ערך (תיקון מס' 9) התשמ"ח–1988, ס"ח 188; ס' 10–13 לחוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), התשנ"ב–1992, ס"ח 184. לצד דברי חקיקה שהסדירו את המנגנון בתחומים ספציפיים, תקנה 29(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984 (להלן: תקנות סד"א הקודמות) הקנתה לבית המשפט סמכות להחיר לתובע לייצג באותה תובענה את כל המעוניינים, וליידע אותם על כך במודעה פומבית, אם המצאה אישית אינה מעשית. לדיון ראו אביאל פלינט וחגי וויניצקי **תובענות ייצוגיות** 57–60 (2017) (התפתחות השימוש בתקנה החל מהלכת **פרנקישה** ויישומה בבתי המשפט, ועד לביטול האפשרות להתבסס על תקנה זו בפסק הדין בעניין **א.ש.ת.**); יוסף גרוס **חוק החברות**, 407–408 (מהדורה חמישית מורחבת, 2016) (להלן: גרוס **חוק החברות**) (השימוש בתקנה נעשה מתוך מטרה להרחיב את העילות בגינן ניתן להגיש תובענה ייצוגית).

⁴ בארצות הברית בתי המשפט אישרו תחילה הגשה של תובענות ייצוגיות על בסיס סעיף 23 לחוק הפרוצדורה האזרחית הפדראלי, אשר נחקק לראשונה בשנת 1938 ואפשר לבית המשפט לרכז מספר הליכים אשר מתבססים על אותה השתיית עובדתית יחד. ראו FED. R. CIV. P. 23 (1938); Stephen C. Yeazell, *Group Litigation and Social Context: Toward a History of the Class Action*, 77 COLUM. L. REV. 866 (1977); John G. Harkins, Jr., *Federal Rule 23 – The Early Years*, 39 ARIZ. L. REV. 705 (1997); פלינט וויניצקי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 29. ההסדר דומה לזה שהיה קיים בתקנה 29(א) לתקנות סד"א הקודמות. ראו לעיל ה"ש 3.

⁵ בארצות הברית הוכרה הזכות של התובע הייצוגי להשתתפות חברי הקבוצה בתשלום שכר הטרחה במסגרת דוקטרינת "קופה משותפת" (Common fund), לפיה כאשר אדם אחד משקיע משאבים בהליך משפטי שמביא ליצירת קופה משותפת, הוא זכאי להחזר יחסי מהנהנים עבור ההוצאות שהוציא, בהנחה שאכן יצר עבורם טובת הנאה. לדיון ראו RESTATEMENT (THIRD) OF UNJUST ENRICHMENT § 2 cmt. c (AM. LAW. INST. 2011). לדיון ביקורתי בדוקטרינה, ראו Omer Y. Pelled, *The Proportional Internalization Principle in Private Law*, 11 J. LEGAL ANALYSIS 160, 185-91 (2019). בישראל נקבעו הסדרים לקביעת שכר הטרחה בחקיקה, ולכן השאלה הדוקטרינית לא עלתה במפורש. עם זאת, בע"א 4362/91 **שפטלר נ' המנהלים מטעם בית המשפט לניהול "הגוש הגדול"**, מו(3) 466 (1992) עמד בית המשפט העליון על כך שמנהלים שמונו לייצג מספר רב של בעלי מקרקעין מכוח תקנה 29 לתקנות סד"א הקודמות זכאים לשכר טרחה מתוך התגמול שהתקבל מכלל המיוצגים, על אף שהתקנה לא קבעה כי עורכי הדין המייצגים זכאים לשכר טרחה מקבוצת לקוחותיה. ניתן להצדיק את התוצאה בכך שאלמלא פסיקת שכר הטרחה, בעלי הזכות במקרקעין היו מתעשרים על חשבון עורכי הדין שייצגו אותם ללא תמורה.

הייצוגית כמערכת של כללי ממשל תאגידי.⁶ התאגיד מנהל את נכסיהם של משקיעים, וכללי הממשל התאגידי נועדו להבטיח כי המנהלים שפועלים בנכסים של אחרים יפעלו לקידום האינטרס של המשקיעים.⁷ קיימות החלטות רבות בחייו של התאגיד בהן עולה חשש לניגוד אינטרסים בין מנהלים ומשקיעים. בין החלטות אלו, התגמול למנהל מציג ניגוד עניינים מובנה וחרף, שכן כל סכום שמשולם למנהל יורד מנכסיהם של המשקיעים.⁸ לצד זאת, עיצוב מנגנון התגמול למנהלים מציג גם הזדמנות לקרב בין האינטרס של המנהל והמשקיעים, באמצעות הצמדת התגמול לתשואה על הנכסים.⁹ ככלל, לא נדרש פיקוח הדוק של בית המשפט על קבלת החלטות של מנהלי התאגיד בחיי היום יום, שכן המשקיעים והמנהלים יכולים לעצב בעצמם כללי ממשל תאגידי שישתרו את האינטרסים המשותפים שלהם באופן מיטבי, ויכללו מנגנוני תגמול ופיקוח.¹⁰ התובענה הייצוגית מציבה בהקשר הזה אתגר מיוחד. חברי הקבוצה, אשר מוסרים את זכות תביעתם כהשקעה לתובע הייצוגי ובא כוחו, לא עושים כן במודע, וממילא לא יכולים לפקח באופן שוטף על התנהלות עורך הדין. לכן חוק תובענות ייצוגיות מחליף את מנגנוני הפיקוח המוכרים מתחום הממשל התאגידי, בפיקוח בדיעבד על ידי בית המשפט על החלטות שונות של הנציגים, ובמיוחד על ההחלטה

⁶ ממשל תאגידי מסדיר את הפעילות של נציגים אשר מנהלים את נכסיהם של אחרים, כאשר בעלי הנכסים לא יכולים לפקח באופן ישיר ושוטף אחר הנציגים. לדיון במנגנון התובענה הייצוגית כמערכת של ממשל תאגידי, ראו Alexandra Lahav, *Fundamental Principles for Class Action Governance*, 37 IND. L. REV. 65 (2003); Samuel Issacharoff, *The Governance Problem in Aggregate Litigation*, 81 FORDHAM L. REV. (2013) Jonatan R. Macey & Geoffrey P. Miller, *The Plaintiffs' Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform*, 58 U. CHI. L. REV. 1 (1991).

⁷ אירית חביב-סגל, **דיני חברות** כרך א 241–242 (2007) (הסדרי הממשל התאגידי מבקשים לרסן את הכוח התאגידי באמצעות מערכות אכיפה פנימיות); יוסף גרוס **דירקטורים ונושאי משרה בעידן הממשל התאגידי** 43–44 (מהדורה חמישית 2018) (כללי הממשל התאגידי הם אוסף עקרונות ומנגנוני בקרה שמטרתם הגנה על אינטרס בעלי המניות ובעלי עניין נוספים).

⁸ ראו גרוס **חוק החברות**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 956 (הפער בין רצונם של המנהלים להיטיב את גמולם ובין רצון בעלי המניות לקבל דיבידנדים מביא גם לפער בין האינטרסים של שני הגורמים).

⁹ ראו Lucian A. Bebchuk & Jesse M. Fried, *Executive Compensation as an Agency Problem*, 17 J. OF ECON. PERSPS. 71, 72 (2003). (לפי הגישה המקובלת, עיצוב מדיניות הגמול של נושאי המשרה יכולה לספק תמריצים למקסום הערך עבור בעלי המניות); Michael Jensen & William Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, 3 J. FIN. ECON. 305, 309-310, 323 (1976) (שילוב תמריצים מתאימים במדיניות התגמול לנושאי המשרה יכולה לצמצם את הפער בין האינטרסים של נושאי המשרה ובעלי המניות).

¹⁰ לדיון באפשרות להתמודד עם בעיית הנציג באמצעות עיצוב החוזים בין הלקוח והנציג, ראו Lee Harris, *A Critical Theory of Private Equity*, 35 DEL. J. CORP. L. 259, 263-264 (2010), וההפניות במקור.

להגיש תביעה, להסתלק ממנה, ולהתפשר בה. במסגרת סמכות זאת, בית המשפט גם נדרש לקבוע את שכר הטרחה של עורך הדין בדיעבד.¹¹ אם הסכם בין משקיעים ומנהלים מביא לתוצאה הרצויה מנקודת מבט חברתית, בית המשפט יפקח באופן מיטבי על התובע הייצוגי ובא כוח הקבוצה אם יחקה את ההסכם ההיפותטי שהנציגים היו עורכים עם הקבוצה, לו היו מתקשרים בהסכם.¹² הסדר כזה נועד להפחית ככל הניתן את הפער בין האינטרס של עורך הדין והאינטרס של חברי הקבוצה ביחס להגשת התביעה, ניהולה והגעה לפשרה. נראה כי ההסדר שקבוע בחוק תובענות ייצוגיות ביחס לשכר טרחה משקף גישה זאת. המחוקק קבע כי בית המשפט יפסוק את שכר הטרחה לעורך הדין במקרה של פסק דין או פשרה בהתבסס על שיקולים שונים, ביניהם עלויות ניהול ההליך, הסיכון שכרוך בניהול ההליך והתועלת לקבוצה.¹³ בפסיקה נוסף התנאי כי שכר הטרחה של עורך הדין צריך להיות מחושב באחוזים מתוך הפיצוי ששולם לחברי הקבוצה בפועל.¹⁴ עקרונות אלו נועדו להבטיח כי מנגנון התגמול משקף את האינטרס המשותף לעורך הדין ולקבוצה. בפועל פסיקת שכר הטרחה לא מביאה ליצירת תמריצים יעילים בהגשה וניהול התובענות. עורכי דין שהגישו תביעות שהסתיימו בהסתלקות והניבו סעד זניח לחברי הקבוצה זכו בשכר טרחה משמעותי.¹⁵ לצד זאת, שכר הטרחה שנפסק בפסק דין בסוף

¹¹ ראו ת"צ (מחוזי מר') 4263-03-11 **אשל היאור בע"מ נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ**, פס' 20–24 (נבו) 5.4.2012; Jonatan R. Macey & Geoffret P. Miller, *The Plaintiffs' Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform*, 58 U. CHI. L. REV. 1 (1991) בקושי ובפערם ביחסים בין עורך הדין המייצג והקבוצה); John C. Coffee, Jr., *Understanding the Plaintiff's Attorney: The Implications of Economic Theory for Private Enforcement of Law Through Class and Derivative Actions*, 86 COLUM. L. REV. 669 (1986).

¹² העיקרון לפיו בית המשפט צריך לחקות את ההסכם ההיפותטי שהצדדים היו מגיעים אליו אם עלויות המיקוח היו זניחות – חוזר למאמר הקנוני של רונאלד קואז על החשיבות של עלויות עסקה. לפי קואז, בהיעדר עלויות עסקה הצדדים תמיד יגיעו לתוצאה היעילה חברתית, ולכן כאשר עלויות העסקה גבוהות, התפקיד של בית המשפט הוא להביא לאותה תוצאה שהצדדים היו מגיעים אליה בעסקה היפותטית. ראו Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J. L. & ECON. 1 (1960).

¹³ ראו להלן, טקסט נלווה לה"ש 59–41.

¹⁴ ראו להלן, ה"ש 57, וטקסט נלווה.

¹⁵ קרן וינשל-מרגל ואלון קלמנט "יישום חוק תובענות ייצוגיות בישראל – פרספקטיבה אמפירית" **משפטים** מה 709, 747–749 (2016). (על אף הציפייה ששכר הטרחה שנפסק בהסתלקות יהיה נמוך הדבר לא בא לידי ביטוי הלכה למעשה ונראה כי סכומי שכר הטרחה שנפסקים גבוהים). בעקבות ביקורת על שיעור ההסתלקויות המתוגמלות, תוקן חוק התובענות הייצוגיות, והגביל את המקרים בהם ניתן לתת גמול ושכר טרחה לצד הסתלקות. ראו חוק תובענות ייצוגיות (תיקון מס' 10) התשע"ו–2016, ס"ח 1079. לצד זאת, מספר פסקי דין פעלו גם כן לצמצם את התופעה. בענין ת"צ (מחוזי ת"א) 1469-02-13 **לוי נ' פסטה נונה בע"מ**, פס' 14, 19–23 (נבו) 26.11.2014. השופט ענבר קבע כי למעט מקרים חריגים ביותר, אין לפסוק שכר טרחה לצד הסתלקות. בית המשפט העליון אימץ את פסק הדין בעניין **פסטה נונה** על כל נימוקיו בע"א 8114/14 **מרוקט מוצרי יעול בע"מ נ' סונול ישראל בע"מ**, פס' 24, 26–27, 29 (נבו) 5.8.2018. (להלן: עניין **מרוקט**), ותיאר את השיקולים שעל בית המשפט לשקול בעת חריגה מהכלל ופסיקת שכר טרחה בהסתלקות.

התובענה נמוך בממוצע משכר הטרחה שעורכי הדין המייצגים זוכים לקבל בפשרה.¹⁶ תופעות אלו מעודדות הגשה של תביעות דלות ערך, ולצידן מעודדות התפשרות חפוזה בתביעות מבוססות על חשבון חברי הקבוצה.

בחודש מרץ 2023, צוות בין-משרדי בראשות משרד המשפטים פרסם את הדו"ח לבחינת ההסדרים הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו–2006.¹⁷ הדו"ח עוסק בסוגיות רבות, ביניהן מנגנון שכר הטרחה. כותבי הדו"ח מציעים כי במקום שכל שופט יקבע את שכר הטרחה בהתאם למשקל שהוא מקנה לשיקולים השונים שבדין, ייקבע מנגנון שיבנה את שיקול הדעת השיפוטי בפסיקת שכר הטרחה והגמול בתובענות ייצוגיות, על בסיס שני שיקולים מרכזיים – השלב בו הסתיים הדיון בתיק, וגודל הסעד שניתן לחברי הקבוצה בפועל.¹⁸ לבית המשפט ניתנת אפשרות לסטות מהשכר הבסיסי לטווח מוגבל בלבד. ככלל, לפי ההצעה, שכר הטרחה גדל ככל שהתיק מתקדם, וחלקו של עורך הדין מהגמול לקבוצה קטן ככל שהסכום עולה. שיקולים אלו נועדו להבטיח חזר סביר לעורך הדין בגין מאמציו. עיקרי הדו"ח אומצו על ידי משרד המשפטים בהצעת החוק לתיקון חוק תובענות ייצוגיות, שפורסמה להערות הציבור בחודש אפריל 2024.¹⁹

ברשימה זו נראה כי המנגנון המוצע בתזכיר לתיקון חוק תובענות ייצוגיות לא צפוי לשפר את איכות התיקים שיוגשו לבית המשפט או את התמריצים לייצג באופן הולם את חברי הקבוצה. במקום, המנגנון המוצע יעודד הגשת תביעות פשוטות, שערכן נמוך. בתיקים גדולים ומורכבים, המנגנון מעודד פשרה מהירה על חשבון חברי הקבוצה. בכל מקרה המנגנון לא מעודד את עורכי הדין להשקיע בייצוג באופן מיטבי. הדיון ייערך לפי חלוקת הפרקים הבאה. הפרק השני יעסוק בבעיית הנציג בייצוג משפטי בהליכי משפט, וכיצד מנגנון שכר טרחה נכון יכול לסייע להפחית את הבעיה. הפרק השלישי יבחן את ההצעה בתזכיר לתיקון חוק תובענות ייצוגיות, ויראה כי ההצעה לא צפויה להביא לשיפור בהליכים ייצוגיים. הפרק הרביעי יוקדש לחלופה להצעה הקיימת, אשר מתווה את שיקול הדעת של בית המשפט, כפי שהציע הצוות הבין-משרדי, אולם עושה זאת באמצעות מנגנון אשר יוצר תמריצים יעילים לעורך הדין המייצג. הפרק האחרון יוקדש למילות סיכום.

¹⁶ ראו וינשל-מרגל וקלמנט, לעיל ה"ש 15, בעמ' 747, 749. הכותבים מראים כי שכר הטרחה שנפסק בתיקים שהסתיימו בפשרה לפני אישור התובענה היו גבוהים מאלו שנפסקו בתום הליך הסתיים בפסק דין סופי.

¹⁷ הדו"ח לבחינת ההסדרים בחוק תובענות ייצוגיות, לעיל ה"ש 1.

¹⁸ כותבי הדו"ח לבחינת ההסדרים בחוק תובענות ייצוגיות לא משתמשים במונח הבניית שיקול הדעת, אולם הם מציינים כי לבית המשפט שיקול דעת רחב ובהמשך מבקשים לצמצם אותו באמצעות נוסחה לקביעת שכר טרחה בסיסי, ואפשרות לסטות מהשכר הבסיסי לטווח מוגבל בלבד. ראו שם, בעמ' 15, 39, 73–75.

¹⁹ תזכיר לתיקון חוק תובענות ייצוגיות, לעיל ה"ש 2.

א. שכר הטרחה ובעיית הנציג

1. בעיית הנציג בייצוג משפטי

אנשים שוכרים את שירותיהם של נציגים, כגון עורכי דין או מנהלים, מאחר שהידע והמומחיות שלהם מאפשרים להם לפעול למען מי שמינה אותם טוב ממה שהם יכולים לעשות בכוחות עצמם. מערכת היחסים בין עורך דין ולקוח, ככל מערכת יחסים בין לקוח ונציג, מתאפיינת בבעיית נציג.²⁰ בעיה זו נוצרת כל אימת שהנציג פועל בנכסיו של אדם אחר,²¹ אז עולה החשש שהנציג יקדם את האינטרס האישי שלו על פני זה של הלקוח.²² בעיית הנציג מחריפה כאשר קיימים פערי מידע בין הלקוח והנציג בנוגע לאופן הפעולה המיטבי של הנציג.²³ מנגנון שכר יכול לסייע בהתמודדות עם בעיית הנציג, אם הוא מעוצב נכון. הדוגמה הבאה ממחישה את הבעיה בהקשר של יחסי עורך דין לקוח.

דוגמה 1. *ניהול תביעה*. הרייט שכרה את שירותיו של ג'ון לייצג אותה בתביעה שהיא מעוניינת להגיש. הרייט איננה בעלת השכלה משפטית, ולכן היא מעוניינת לאפשר לג'ון לנהל עבורה את התיק. הגשת התביעה וניהולה כרוכה בעלות עבור ג'ון, בעיקר אובדן ההזדמנות לייצג לקוחות אחרים באותו הזמן. הרייט לא יכולה לדעת בדעיבה אם ג'ון השקיע יותר מדי או מעט מדי זמן בניהול התיק. כיצד על הרייט לעצב את מנגנון התגמול של ג'ון?²⁴

²⁰ ראו יפעת נפתלי בן ציון, *דיני האמנאות במבט השוואתי: על תאוריה משפטית, פסיקה ומה שביניהן* 278 (2022) (עורך הדין נתפס כבעל שליטה ביחס לאינטרסים של לקוחותיו, שעשויה ליצור מצבי ניגוד עניינים בין אינטרס הלקוח והאינטרס של עורך הדין).

²¹ לתיאור כללי של בעיית הנציג ועלויות הנציג ראו אוריאל פרוקצ'יה "תאגידים" *הגישת הכלכלית למשפט* 751, 760–764 (אוריאל פרוקצ'יה עורך 2012). פרוקצ'יה מייחד את הדיון בפרק לחברות, אך בפתח הפרק מסביר כי כל חברה היא פירמה אולם לא כל פירמה היא חברה. הפירמה, פרוקצ'יה מסביר, זה כל ארגון אשר מנהל חלק מהפעילות העסקית באופן פנימי, בלי להזדקק לעסקאות שוק, ולעלויות העסקה הכרוכות בהן. ראו שם, בעמ' 752–754. התובענה הייצוגית, במובן זה, מאוגדת כפירמה שכן היא מייצגת את הצורך של עורך הדין המייצג להתקשר בחוזה נפרד עם כל אחד מחברי הקבוצה.

²² כאשר הלקוח מפקח על הנציג, הבעיה עשויה להיפתר. אולם, כאשר הפיקוח כרוך בעלות, עלויות הפיקוח מחליפות את העלויות שנוצרות ללקוח כאשר הנציג לא מקדם את האינטרס שלו. עלויות הפיקוח עשויות להיות כבדות במיוחד כאשר הנציג נשכר בשל מומחיותו. היתרון בביצוע פעולות באמצעות נציג טמון בכך שמדובר בפעולות שהלקוח לא יכול לבצע בעצמו באופן מיטבי. יתרון זה מחייב מידה מסוימת של אוטונומיה לנציג ולא מאפשר שיתוף מלא במידע. לדיון על בעיית הנציג כבעיה של אסימטריה במידע, ראו Avner Grief, *Contract Enforcement and Economic Institutions in Early Trade: The Maghribi Traders' Coalition*, 83 (1993) *AM. ECON. REV.* 525, 529, 531 (בעיית הנציג מאופיינת במידע אסימטרי בין הצדדים).

²³ ראו זוהר גושן "בעיית הנציג" כתיאוריה מאחדת לדיני התאגידים" *ספר זיכרון לגואלטיארו פרוקצ'יה* 239, 243 (1996) (בעיית הנציג מבוססת על ניגוד אינטרסים בשילוב עם פערי מידע).

²⁴ הדיון בתמריצים של עורך הדין בייצוג הלקוח נבחן בעבר. ראו Mitchell A. Polinsky & Daniel Rubinfeld, *Aligning the Interest of Lawyers and Clients*, 5 *A.M. L. &*

מאחר שלהרייט הבנה מוגבלת של הסיכויים והעלויות של ההליך המשפטי, היא נדרשת להסתמך על העמדה של ג'ון ביחס לניהול ההליך המשפטי שלה. ניהול זה כולל את ההחלטה אם כלל נכון להגיש את התביעה; אם כן – כמה נכון יהיה להשקיע בניהול התביעה; ולבסוף – בעבור איזה סכום כדאי יהיה לה להתפשר, בכל שלב של ההליך.

הרייט וג'ון יכולים להסכים על מגוון מנגנוני שכר, אולם קיימים שני מנגנונים נפוצים – שכר בגין שעות עבודה של ג'ון, או שכר מבוסס הצלחה, אשר ניתן כאחוזים מהסכום שייפסק לטובת הרייט בסוף ההליך.

שכר מבוסס שעות עבודה מעוות את התמריצים של ג'ון, וגורר פעילות יתר. אם ג'ון יודע כי הוא מקבל שכר עבור כל שעת עבודה, ללא התחשבות בתועלת שהעבודה שלו יוצרת עבור הרייט, ג'ון ישמח ליטול תיקים בעלי סיכוי מוגבל, ולו בשביל שעות העבודה המובטחות לו. בנוסף, יהיה לג'ון תמריץ לא להגיע לפשרה, מאחר שסיום ההליך פוגע בשכרו. ביחס לניהול ההליך, ג'ון יעדיף להשקיע בעוד הליכי ביניים ודיוני הוכחות, אשר מגדילים את החשבון ללקוח, גם אם התועלת מהם מוגבלת.

שכר טרחה המבוסס על אחוזים מהסעד בהליך יוצר עיוות הפוך בתמריצים. אם ג'ון צופה כי הוא יידרש לשאת בכל העלות של ניהול התיק, מבחינת השקעת הזמן שלו, אולם יקבל רק חלק מהתמורה עבור ההשקעה, יהיה לו תמריץ חסר לייצג בתיקים ולנהל אותם. לדוגמה, אם ג'ון זכאי ל-20% מהפיצוי שייקבע בסוף ההליך, והוא סבור שתוחלת הזכייה בתיק היא 100, הוא יסכים לייצג בתיק רק אם עלות ניהול התיק עבורו נמוכה מ-20.²⁵ תוצאה זו לא רצויה חברתית, שכן היה רצוי, מבחינת התובע, לשלם כל סכום עד 100 תמורת הייצוג. בדומה, ג'ון צפוי להתפשר יותר מדי ולהשקיע מעט מידי בייצוג המשפטי.²⁶

ניתן לעצב מנגנוני שכר שמפחיתים את בעיית התמריצים שתוארה.²⁷ לצד אפשרות זאת, אשר נסמכת על עיצוב ההתקשרות החוזית, הרצון של עורך הדין לשמר את המוניטין שלו בקרב ציבור הלקוחות מפחית, במידת מה, את התמריצים לקדם את מטרותיו הפרטיות על חשבון הלקוח – עורך הדין יודע שאם הלקוח לא יהיה מרוצה, המידע עשוי להשפיע על התקשרויות עתידיות שלו.²⁸ לבסוף, הדין מטיל חובות אמן

Pelled ; ECON REV. 165 (2003), לעיל ה"ש 5, בעמ' 191–195 (התוצאה תלויה במאמץ שמשקיע עורך הדין בייצוג. עיצוב החוזה יכול להשפיע על התמריצים שלו להשקיע באופן מסוים וכך להתמודד עם בעיית הנציג).

²⁵ כאשר יש הוצאות שג'ון לא נושא בהן, כגון עלויות של חוות דעת מומחים, הוא ימליץ להרייט להשקיע סכומים גבוהים, שכן היא נושאת בכל העלות הנוספת והוא מקבל נתח מהתועלת.

²⁶ ראו Polinsky & Rubinfeld, לעיל ה"ש 24, בעמ' 166, 171–173, 179–180; Pelled, לעיל ה"ש 5, בעמ' 194 (תשלום שכר הטרחה על בסיס אחוזים עשוי להוביל לסירוב מצד עורכי הדין לנהל תיקים בעלי תוחלת חיובית, להשקיע בחסר בתיקים קיימים או להתפשר בחיפזון).

²⁷ ראו הלקן, ה"ש 47 וטקסט נלווה.

²⁸ ראו Grief, לעיל ה"ש 22, בעמ' 530–538; Lisa Bernstein, *Opting out of the Legal System: Extralegal Contractual Realations in the Diamond Industry*, 21 J. LEGAL STUD. 115, 138–143 (1992) (בקבוצות בהן המוניטין הוא הבסיס למעמד בקבוצה וליכולת העתידית להתנהל בה, המוניטין משמש כמנגנון מפקח ומעודד ציות לכללים ולהתחייבויות

על עורכי דין כלפי לקוחותיהם שנועדו להבטיח, בין השאר, שעורך הדין לא ינצל את הסמכויות שניתנו לו בייצוג כנגד הלקוח שמינה אותו.²⁹ כאשר קיימת מערכת יחסים קרובה בין הלקוח ועורך הדין, הלקוח יכול לפקח על פעילות עורך הדין וכך להפחית את החשש שבעיית הנציג תגרום לעורך הדין לפעול בניגוד לאינטרס של הלקוח.

2. בעיית הנציג בתובענות ייצוגיות

ההליך הייצוגי מוביל לפערי מידע חמורים יותר בין עורך הדין המייצג וקבוצת הלקוחות, ולצד זאת יכולת מוגבלת של הלקוחות לפקח על עורך הדין. תופעות אלה מחמירות את בעיית הנציג.

פערי המידע בתובענה הייצוגית חריפים יותר מאשר בהליכים אחרים שכן בנוסף לקושי להעריך את איכות הייצוג ומידת ההשקעה בהליך, מרבית חברי הקבוצה אינם מודעים לכך שמתנהל הליך בשמם, ובמקרים רבים אף אינם ערים לכך שהם סבלו מפגיעה אשר מקנה להם זכות תביעה.³⁰

בנוסף, הסתמכות על מוניטין לא צפויה לשפר את איכות הייצוג. מוניטין יוצר תמריצים לעורך הדין כאשר ההעסקה שלו נקבעת לפי כוחות השוק. במקרה של התובענה הייצוגית, עורך הדין כופה התקשרות על חברי הקבוצה, במקום שהלקוחות יפנו אליו. על כן, אין תחרות בין עורכי הדין על ייצוג איכותי וזול.³¹ כאשר קיימת תחרות בין עורכי דין, היא מתמקדת במהירות הגשת התובענה – תופעה אשר עשויה לפגוע באיכות הייצוג של חברי הקבוצה.³²

בין החברים באותן קבוצות, אף בהעדר הסדרה חוזית). אולם, פיקוח וההתבססות על מוניטין לא מבטיחים ייצוג הולם כאשר פערי המידע לא מאפשרים ללקוח לדעת אם עורך הדין מייצג אותו באופן הולם.

²⁹ לדיון בחובות האמון אשר מוטלות על עורך הדין, ולהבחנה ביחס לתכולה של חובות אלו במדינת שונות, ראו נפתלי בן ציון, לעיל ה"ש 20, בעמ' 277–324.

³⁰ חוסר המודעות של חברי הקבוצה מונע מהם את האפשרות לפקח על עורך הדין, ולכן חוק תובענות ייצוגיות מקצה תפקיד זה לתובע הייצוגי. ראו פלינט וויניצקי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 250–254 (חלק מתפקידו של התובע הייצוגי הוא פיקוח על בא הכוח הייצוגי. עם זאת, הכותבים מתארים כי לא ניתן לכך דגש ראוי בפסיקה). אולם גם התובע הייצוגי הוא נציג של הקבוצה, אשר סובל מבעיית הנציג בדומה לעורך הדין המייצג. בת"צ (מחוזי ת"א) 1934/09 גולדברג נ' אקסלנס נשואה גמל ופנסיה בע"מ (נבו 29.4.2012) בית המשפט התייחס לכך שהתובע הייצוגי עלול להעדיף את תגמולו האישי מהסדר הפשרה על פני ההטבה לחברי הקבוצה. בעניין **אשל היאור בע"מ**, לעיל ה"ש 11, בפס' 20, נקבע כי תובע ייצוגי לא יכול לדרוש את הפסקת הייצוג על-ידי עורך הדין המייצג מחשש שהדבר יוביל את עורך הדין לתמוך בהצעות פשרה שאינן ראויות ובכך לפגוע באינטרסים של חברי הקבוצה.

³¹ כאשר לקוחות בוחרים עם מי להתקשר, שוק פתוח מביא לירידה במחירים ושיפור איכות השירות. ראו שמואל בכר ואורן בר-גיל "הגנת הצרכן" **הגישה הכלכלית למשפט** 223, 225 (אוריאל פרוקציה עורך 2012).

³² התחרות על הגשה מהירה של תובענות ייצוגיות מובילה לפרקטיקות פסולות, כגון הגשת בקשת אישור דלה ולא מבוססת, מתוך כוונה לתקן אותה אחרי ההגשה. ראו, לדוגמה, עניין בר"ם 4303/12 **אינסלר נ' המועצה האיזורית עמק חפר**, פס' 12–19 (נבו 22.11.2012). (נקבע כי תיקון בקשת האישור לא נועד לשמש "מקצה שיפורים" לבקשת אישור שהוגשה ללא השקעה מספקת או

לבסוף, מאחר שעורך הדין לא מתקשר ישירות עם חברי הקבוצה, לא ניתן לקבוע באמצעות חוזה מנגנון תגמול אשר עשוי להפחית את התמריצים של עורך הדין לקדם את האינטרס האישי שלו על חשבון חברי הקבוצה.

מבנה התובענה הייצוגית, אם כן, מוביל ליצירה של מעין תאגיד – חברי הקבוצה מעבירים את נכסיהם – זכות התביעה – לניהולו של עורך הדין המייצג, אשר פועל להשיא את נכסי ההשקעה ובתמורה צופה לקבל שכר עבור השקעתו. בדומה לבעלי מניות מבוזרים בחברות ציבוריות, האינטרס הכלכלי לכל חבר קבוצה הוא זניח ולכן אין לחברי הקבוצה תמריץ להשקיע במעקב אחר התפתחות ההליך ופעילות עורך הדין המייצג.³³ חוק תובענות ייצוגיות יוצר מערכת כללי ממשל תאגידי אשר מתבססים על ביקורת בדיעבד של בית המשפט כחלופה לאישור מראש על ידי האורגנים של התאגיד.

3. פסיקת שכר הטרחה בתובענה הייצוגיות כמנגנון של ממשל תאגידי

חוק תובענות ייצוגיות כולל מספר מנגנוני בקרה של בית המשפט על התנהלות עורך הדין המייצג, במיוחד בנקודות בניהול ההליך בהן קיים חשש מיוחד לכשל בייצוג או לניגוד עניינים. מאחר שמנגנון איתור עורך הדין המייצג לא מביא לבחירה בגורם שיביא לייצוג מיטבי, בית המשפט רשאי להחליף את התובע הייצוגי ובא כוחו אם מצא שהם לא מייצגים את הקבוצה בדרך הולמת או בתום לב.³⁴ בדומה, כאשר ההליך מסתיים בהסכמה עם הנתבע עולה החשש שעורך הדין המייצג יפעל ביחד אחת עם הנתבע לקידום האינטרס שלו על חשבון הקבוצה. על כן, בית המשפט נדרש לאשר הסתלקות והסכם פשרה רק אם הם לטובת הקבוצה.³⁵

בנוסף לפיקוח על עורך הדין, חוק תובענות ייצוגיות מורה כי בית המשפט יקבע את שכר הטרחה הראוי לעורך הדין עם השלמת ההליך. במסגרת פסיקת שכר הטרחה על בית המשפט לבחון מספר שיקולים: התועלת לקבוצה;³⁶ עלות ניהול ההליך לעורך

להעלת טענות שניתן היה להעלות כבר במסגרת בקשת האישור. ליישום ראו רע"א 1850/19 לרנר נ' די בי אס שירותי לווין (1998) בע"מ, פס" 9 (נבו 7.1.2020).

³³ תופעה זו מוכרת כ"אדישות רציונאלית" של משקיעים. ראו דב סולומון "אדישות רציונלית של בעלי מניות: כיצד לעורר את ציבור המשקיעים מתרדמתו?" **עיוני משפט** לט 317 (2016); אסף חמדני "ריכוזיות השליטה בישראל – היבטים משפטיים" 35 (מחקר מדיניות 78, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2009).

³⁴ סעיף 8(ג) קובע כי בית המשפט רשאי לאשר בקשה לאישור תובענה ייצוגית אף אם לא מתקיימים התנאים של ייצוג הולם ובתום לב, אך במקרה כזה על בית המשפט לפעול לצירוף או החלפה של התובע הייצוגי או עורך הדין המייצג, כדי להבטיח ייצוג הולם.

³⁵ סעיף 16 לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי הסתלקות מתובענה ייצוגית טעונה את אישור בית המשפט, וכן כי המבקש ועורך הדין המייצג מנועים מקבלת כל טובת הנאה מהנתבע למעט באישור בית המשפט, ורק במקרים בהם התובענה גילתה עילה ויצרה ערך לחברי הקבוצה. סעיף 19(א) לחוק קובע כי בית המשפט יאשר הסדר פשרה רק אם ההסדר ראוי, הוגן וסביר מבחינת עניינים של חברי הקבוצה.

³⁶ סעיף 23(ב)(1) לחוק תובענות ייצוגיות.

הדין המייצג;³⁷ הסיכון שעורך הדין נטל על עצמו;³⁸ החשיבות הציבורית של התובענה;³⁹ האופן בו עורך הדין ניהל את התובענה;⁴⁰ והפעל בין הסעד המבוקש והסעד שניתן בפועל.⁴¹ בתי המשפט הציגו מספר שיטות לחישוב שכר הטרחה,⁴² אולם מעולם לא נקבעה הלכה מחייבת לדרך קביעת השכר הראוי. בכל מקרה בית המשפט נדרש להתחשב במכלול השיקולים, ולהגיע לסכום המתאים.⁴³

יישום נכון של השיקולים הקבועים בחוק עשוי להפחית את ניגוד העניינים בין חברי הקבוצה ובא כוחם. כפי שראינו קודם, מנגנון שכר שמבוסס רק על אחוז מהסעד מוביל למעט מידי הליכים, ריבוי פשרות, והשקעת חסר בניהול ההליך. לעומת זאת, מנגנון שכר שמחושב רק על בסיס מידת ההשקעה של עורך הדין בהליך עשוי להוביל למיעוט פשרות, הגשה של הליכים עם תועלת מועטה ביותר לקבוצה, וביצוע פעולות מיותרות במסגרת ניהול ההליך.⁴⁴ דרישת החוק להתחשב ברכיבים אשר מעידים על מידת ההשקעה שנדרשה מעורך הדין (העלות)⁴⁵ וגם מההישג שניתן לקבוצה ולחברה מקיום ההליך (התועלת)⁴⁶ יכולה ליצור תמריצים יעילים לניהול ההליך.

עיקר הקושי ביצירת תמריצים לעורך הדין המייצג נובע מחוסר הלימה בין העלות עבור עורך הדין המייצג, ובין התועלת מהעבודה שלו. למשל, אם עורך הדין לא מקבל

³⁷ סעיף 23(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות.

³⁸ סעיף 23(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות.

³⁹ סעיף 23(ב)(3) לחוק תובענות ייצוגיות.

⁴⁰ סעיף 23(ב)(4) לחוק תובענות ייצוגיות.

⁴¹ סעיף 23(ב)(5) לחוק תובענות ייצוגיות.

⁴² ע"א 2046/10 שמש נ' רייכרט, סה(2) 681, 685–687 (2012) (להלן: עניין רייכרט) (כאשר הסעד המבוקש הוא סעד כספי, קביעת שכר הטרחה תיעשה בהתאם לשיטת האחוזים, והוא ייגזר מן הסכום שמומש בפועל על-ידי חברי הקבוצה ולא מן הסכום שנפסק. גובה שכר הטרחה באחוזים ייקבע לפני נסיבות המקרה); תנ"ג (מחוזי מר') 10466-09-12 חברת השקעות דיסקונט בע"מ נ' דנקנר, פס' 74 (נבו 11.2.2018). (בתביעה נגזרת השופט קובע נוסחה שונה לשכר טרחה, תוך פנייה לשיקולים שנקבעו בעניין רייכרט); ת"צ 44598-12-12 גרינברג נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ, פס' 19, 16 (נבו 7.1.2022) (ככל שמדובר בסכומים גבוהים מאוד של פיצויים שנפסקים לחברי הקבוצה יש לקבוע תוספת שולית נמוכה. במקרה זה האחוזים גבוהים יותר, עקב הנסיבות).

⁴³ ע"א 689/16 נסאר נ' עיר השעשועים בע"מ, פס' 13 (נבו 7.5.2018) (השיקולים הקבועים בחוק מהווים קווים מנחים בלבד וקביעת שכר הטרחה נתונה לשיקול דעת הערכאה הדיונית בהתאם לנסיבות המקרה המסוים); ע"א 9134/05 לויט נ' קו אופ צפון, אגודה שיתופית לשירותים בע"מ, פס' 13-12 (נבו 7.2.2008) (אופן קביעת שכר הטרחה נגזר מנסיבות העניין בהתאם לשיקול דעת בית המשפט. גם כאשר שכר הטרחה נקבע כאחוז מהסכום שנפסק ניתן להביא בחשבון שיקולים שונים כמו מידת ההשקעה בהליך); ת"צ (מחוזי ת"א) 29851-04-16 תנועת אומ"ץ נ' רשות מקרקעי ישראל, פס' 51–52 (נבו 4.4.2021) (בחינת השיקולים הרלוונטים כפי שנקבעו בחוק ובפסיקה לעניין קביעת שכר הטרחה תוך מתן חשיבות להיקף ההשקעה והטרחה בניהול ההליך); ת"צ (מחוזי מר') 28449-12-14 יעבץ נ' סלקום ישראל בע"מ, בפס' 98–99 (נבו 13.6.2021) (תיאור השיקולים לקביעת שכר טרחה ועמידה על כך שיש להתחשב במאמץ הניכר שהושקע בהליך).

⁴⁴ ראו לעיל ה"ש 24, 26 וטקסט נלווה.

⁴⁵ סעיף 23(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות מורה לבית המשפט להתחשב במורכבות ההליך, הטרחה שטרחה בא הכוח המייצג, ההוצאות שהוציא ובסיכון שנטל על עצמו. סעיף 23(ב)(4) מורה לבית המשפט לבחון את האופן שבו ניהל בא הכוח המייצג את ההליך. רכיבים אלו בונים יחד את עלות הייצוג.

⁴⁶ סעיף 23(ב)(1) מורה לבית המשפט לבחון את התועלת שהביאה התובענה לחברי הקבוצה. סעיף 23(ב)(3) קובע כי בנוסף לכך בית המשפט יתחשב גם בתועלת הציבורית שצמחה מההליך.

תגמול עבור העבודה הוא מפנים את מלוא העלות של הייצוג. במקרה זה, כדי להביא ליצירת תמריצים יעילים הוא צריך ליהנות ממלוא התועלת מהעבודה.⁴⁷ שכר אשר מבוסס על אחוזים מהסעד לקבוצה בלבד גורם לעורך הדין הייצוגי להפנים את כל העלות ורק חלק מהתועלת, ולכן ללא פיקוח הוא ישקיע מעט מדי בניהול התיק. לעומת זאת, קביעת שכר לפי שעות עבודה בלבד מנתק את הקשר בין השכר של עורך הדין מהתועלת שהוא יוצר, ולכן ללא פיקוח עורך הדין ישקיע יותר מדי בניהול התיק. אפשרות אחרת, היא ליצור הפנמה חלקית, אך פרופורציונאלית, בין העלות והתועלת. כשם שהפנמה מלאה מובילה לתמריצים יעילים, גם הפנמה של חלקים זהים מתוך העלות והתועלת מובילה ליצירת תמריצים יעילים בניהול ההליך.⁴⁸ יישום נכון של השיקולים שקבועים בסעיף 23(ב) לחוק תובענות ייצוגיות בעניין פסיקת שכר

⁴⁷ זהו עיקרון ההפנמה המלאה – כל שחקן שמפנים את מלוא העלות והתועלת מהפעילות שלו, ישיא את התועלת החברתית. עיקרון זה מהווה אבן יסוד בניתוח הכלכלי של המשפט. ליישום של עיקרון ההפנמה המלאה בדינים שונים, ראו STEVEN SHAVELL, ECONOMIC ANALYSIS OF ACCIDENT LAW, 6-8 (1987) (יישום העיקרון בדיני עוונות); STEVEN SHAVELL, FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW, 304-307 (2004) (הפנמה יעילה מביאה להפרות יעילות של חוזים); Ariel Porat, *Private Production of Public Goods: Liability for Unrequested Benefits*, 108 MICH. L. REV. 189, 190-191 (2009) (בדיני עשיית עושר, הפנמה של החצנות חיוביות מעודדת יצירת טובין ציבוריים). תיאורטית, ניתן ליצור לעורך הדין תמריצים יעילים באמצעות הפנמה מלאה של התועלת והעלות מהייצוג. אם מעבירים לעורך הדין את זכות התביעה של הקבוצה, אז עורך הדין מפנים את כל העלות הכרוכה בייצוג, ואת התועלת מהייצוג – מלוא הסעד. לדיון באפשרות להעניק זכויות תביעה אזרחיות למי שמחזיק במידע ביחס לעולה, ולכן יכול לממש את זכות התביעה בעלות הנמוכה ביותר, ראו Ehud Guttel, Alon Harel & Shay Lavie, *Torts for Nonvictims: The Case for Third-Party Litigation*, 2018 U. ILL. L. REV. 1049 (2018). אפשרות קרובה היא מכירת זכות התביעה של חברי הקבוצה לעורך הדין – עורך הדין המייצג ירכוש מחברי הקבוצה את הפוטנציאל הכלכלי של התיק, ואז ינהל אותו כראות עיניו. אולם, אפשרות זאת נתקלת בקשיים דוקטרינריים ועקרוניים. סעיף 22 לפקודת הנזיקין קובע כי אסור ולא ניתן להמחות עלית תביעה בנוזיקין. העקרונות הקבועים בפקודת הנזיקין חלים גם על תביעות צרכניות, תביעות בניירות ערך ותביעות אזרחיות נוספות. בנוסף, לא ברור כיצד ניתן להבטיח תשלום הוגן לחברי הקבוצה בגין זכות התביעה שלהם, שכן לא קיים מנגנון אובייקטיבי בעזרתו ניתן לאמוד את ערך התיק מראש, ולא ניתן לקיים באופן מעשי משא ומתן בין עורך הדין וחברי הקבוצה בשל מספרם הרב. ניהול משא ומתן עם מספר רב של בעלי זכויות יוצר בעיית פעולה משותפת, אשר מקשה על השלמת המשא ומתן. ראו Guido Calabresi & Douglas A. Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089, 1106-1107 (1972). על הקושי להעריך את השווי ההוגן של זכות התביעה ניתן להתגבר באמצעות קיום מכרז בין עורכי הדין בגין רכישת זכות התביעה. למכרז יש שני יתרונות – תחרות עזה מספיק בין עורכי הדין תוביל לתשלום ששווה בקירוב לשווי של התיק עבור חברי הקבוצה, ולכן תניב פיצוי הוגן. בנוסף, השווי של התיק משתנה בהתאם ליכולת של עורך הדין לנהל אותו, והעלות למשרד עורכי הדין מהייצוג. לדיון במנגנון ראו Alon Klement, Zvika Neeman & Moran Ofir, *Auctioning Class Action Representation*, 38 J.L. ECON. & ORG. 613 (2022)

⁴⁸ ההסבר המתמטי פשוט. אם נגדיר b כתועלת ו- c כעלות, אז פעולה היא יעילה כל עוד $b > c$, והפעול יבצע רק פעולות יעילות אם הוא מפנים את מלוא העלות והתועלת. כעת, אם מכפילים את שני צידי אי-השוויון בקבוע החיובי α , אי-השוויון לא ישתנה ($\alpha b > \alpha c$). על כן, אם פועל מפנים חלק מהעלות בגודל α , וחלק זהה מהתועלת, הוא ימשיך לפעול באופן יעיל כשם שהיה עושה לו היה מפנים את מלוא העלות והתועלת. ראו Pelled, לעיל ה"ש 5, בעמ' 161.

הטרחה יכול ליצור תמריצים טובים יותר לעורך הדין המייצג מאשר חישוב שכר אשר מבוסס רק על התועלת לקבוצה או העלות הכרוכה בניהול התיק. כדי להגיע לתמריצים אופטימליים, צריך להתחשב בשלושה פרמטרים לקביעת עלות ההליך ובשני פרמטרים לבחינת התועלת ממנו. מרכיב ראשון של העלות לעורך הדין המייצג הוא כמות שעות העבודה שהושקעו בהליך.⁴⁹ מרכיב שני הוא השווי של שעת עבודה לעורך הדין המייצג. ודוק, התרגום של שווי הזמן לכסף לא זהה בין עורכי הדין. את עלות השקעת הזמן יש לבחון כנגד השכר שעורך הדין יכול היה לגבות לו היה מייצג לקוחות פרטיים בעסקת שוק. מנעד השכר של עורכי הדין בשוק עשוי להיות רחב מאוד.⁵⁰ אם עורך הדין זכאי לקבל את השכר השעתי רק אם הלקוח זוכה בתיק, כפי שמתחייב בתובענה ייצוגית בה הלקוחות לא בוחרים להגיש את התיק וליטול את הסיכון בהפסד, רכיב שלישי שיש לקחת בחשבון הוא מידת הסיכון שלא ישולם בסוף שכר בכלל, אם התיק לא יזכה. לדוגמה, אם עורך הדין השקיע בתיק שעות עבודה בשווי של 1,000 ש"ח, והסיכוי שהתיק יזכה הוא רק 25% (רבע), יש להכפיל את השכר השעתי המותנה בהצלחה פי ארבעה כדי לשקף את הסיכון לעורך הדין שלא יזכה לשכר בכלל.⁵¹

החוק כולל מספר שיקולים שנועדו לאמוד את רכיבי העלות בקירוב – כמות העבודה שהושקעה, השווי של שעת עבודה והסיכון שהתיק יפסיד. המחוקק מורה לבית המשפט לבחון את מורכבות ההליך, הטרחה של עורך הדין המייצג, הסיכון שנטל על עצמו, האופן שבו ניהל את התובענה והפער בין הסעד שנתבע והסעד שנפסק. שלושת האלמנטים הראשונים מלמדים, בקירוב, על כמות שעות העבודה שנדרשו לניהול ההליך.⁵² מורכבות ההליך, אופן ניהול התובענה והפער בין הסעד שנתבע

⁴⁹ בישראל, לעורך הדין המייצג אסור לשלם בעצמו על הוצאות בהליך מעבר לשכר עבור שעות העבודה שלו, כגון תשלום עבור אגרות או שכר למומחים. בתובענה ייצוגית, התובע הייצוגי נדרש לשאת בהוצאות אלו. ניתן לבחון באופן דומה את התמריצים לתובענה הייצוגית להגיש תובענה, כאשר הוא נושא בכלל העלות מעבר לשכר הטרחה, ומקבל גמול, שעשוי להיות נמוך, בתוחלת, מעלות ההליך.

⁵⁰ למעשה, באופן כללי פסיקת בית משפט אופטימלית לעניין שכר טרחה צריכה להתחקות אחרי העסקה ההיפותטית אליה היו מגיעים לקוח ועורך דין מיועדים בעסקת שוק בשלב קבלת הייצוג. ראו לעיל ה"ש 12.

⁵¹ קל להבין את התוצאה אם חושבים על ריבוי תיקים – עורך הדין שמייצג ב-4 תיקים ומשקיע בכל אחד שעות עבודה בשווי של 1,000 ש"ח, יכול לגבות את התשלום מכל לקוח ללא קשר לתוצאה, או יקבל בסך הכל 4,000 ש"ח, או לקבל סכום זהה מהלקוח שזכה. אם עורך הדין מייצג במספיק תיקים אין מבחינתו הבדל מהותי בין החלופות.

⁵² ניתן לחשוב על דרך ישירה לאמוד את שעות העבודה של עורך הדין – לבקש דין וחשבון מעורך הדין המייצג ביחס לשעות העבודה שהושקעו. אם משרד עורכי הדין גם מייצג בתיקים שאינם ייצוגיים ומקבלים שכר לפי שעות עבודה, ניתן לקבל פרטים גם לגבי השכר שמתקבל בעסקאות שוק, וכך להעריך את עלות העבודה של עורך הדין על התיק באופן מדויק יחסית. בארצות הברית עורכי דין מקבלים לעיתים את שכר הטרחה לפי שיטה זו, המכונה "Lodestar method". אולם, הסתמכות מלאה על דיווח של עורך הדין המייצג ביחס לשעות שהשקיע בניהול התיק עשויה להוביל לשתי בעיות – ראשית, עורך הדין עשוי לדווח על יותר שעות ממה שהשקיע בפועל, ובנוסף, עורך הדין עשוי להשקיע בתיקים יותר מדי, מתוך רצון להגדיל את כמות שעות העבודה. לכן גם בארצות הברית, הדיווח של עורך הדין כפוף לביקורת שיפוטית, ובפועל עורכי הדין מקבלים שכר

והסעד שהתקבל מלמדים על איכות הייצוג, כאמצעי מקורב לאמוד את שווי הזמן של עורך הדין המייצג. בנוסף, כאשר קיים פער משמעותי בין הסעד שנתבע והסעד שניתן לקבוצה עולה חשש כי עורך הדין התפשר על חשבונם של חברי הקבוצה או כשל בייצוג. התחשבות בשיקול בעת קביעת שכר הטרחה יכולה להרתיע את עורך הדין מהפרת החובות שלו לחברי הקבוצה.⁵³

קיימים גם שני פרמטרים לקביעת התועלת מההליך – המרכיב המרכזי הוא התועלת שהושגה לחברי הקבוצה. הכוונה לסכום הפיצוי ששולם להם, בנוסף לשווי הכלכלי שנוצר לחברי הקבוצה משינוי התנהלות הנתבע בעתיד.⁵⁴ בנוסף, ההליך יכול להניב תועלת חברתית שחורגת מעניינם של חברי הקבוצה.⁵⁵ חוק תובענות ייצוגיות מורה לבית המשפט להתחשב גם בשיקולים אלה.⁵⁶

כאמור, שילוב שיקולי העלות בניהול ההליך והתועלת שצמחה מההליך יכולים להביא יחד ליצירת תמריצים יעילים לעורך הדין בניהול ההליך, באופן שמפחית את החשש שעורך הדין יפעל לקידום האינטרסים שלו על חשבון אלו של חברי הקבוצה. מבחינת תמריצים, אין חשיבות אם ההליך הסתיים בפסק דין או בפשרה. אם בית

לפי שעות העבודה הסבירות, כאשר שעות העבודה שהושקעו בפועל יכולות להוות ראייה לכך. ראו Newby v. Enron Corp. (In re Enron Corp. Sec.), 586 F. Supp. 2d 732, 818 (S.D. Tex. 2008) (Joyce v. Federated Nat'l Ins. Co., 228 So. 3d 1122, 1126; 732, 818 (S.D. Tex. 2008) (Fla. 2017) (כאשר השכר נקבע על בסיס שעות העבודה, בתי המשפט מכפילים את הסכום אותו הם פוסקים בהתאם לאחוז הסיכון, בכדי לפצות את עורך הדין המייצג על הסיכון שנטל על עצמו בייצוג).

⁵³ בנוסף קיימים מקרים בהם עורכי דין מייצגים מציינים בבקשת האישור סכום תביעה מנופח כדי לאיים על הנתבע או לעודד פרסום בתקשורת של התיק. בתי המשפט ביקרו פרקטיקות כאלה, במיוחד במקרים שהסתיימו מאוחר יותר בהסתלקות או בפשרה על סכום נמוך. ראו ת"צ (מחוזי ת"א) 46331-03-19 דניאל נ' סלקום ישראל בע"מ, פס' 20 (נבו 18.3.2020) (בדיון בבקשה להסתלקות מתוגמלת השופטת הבהירה כי מאחר שסכום התביעה הועמד על 10,000,000 ולא ניתן פיצוי לחברי הקבוצה יש להפחית משכר הטרחה שהצדדים ביקשו); ת"צ (מחוזי ת"א) 5211-03-17 ש"ג נ' פי. אמ. איי. סחר ויזום בע"מ, פס' 153-155 (נבו 6.9.2022) (עקב הפער בין הסעד שהתבקש ובין הסעד שהוסכם בהסדר הפשרה, נקבע כי יש לפסוק שכר טרחה נמוך); ע"א 7615/11 גלבוע נ' החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ, פס' 8 (16.12.2012) (ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי שלא לאמץ את המלצת בעלי הדין ביחס לשכר הטרחה, בו אישר בית המשפט העליון את קביעת המחוזי ותיאר כי בעקבות הפער המשמעותי בין הסעד שהתבקש בבקשת האישור ובין הסעד שהוסכם בהסדר הפשרה היה מקום להפחית בשכר הטרחה).

⁵⁴ בתי המשפט בוחנים גם היום את הערך שניתן לקבוצה כאשר ניתן סעד בפסק דין או פשרה שחורגים מתשלום פיצוי במסגרת הערכת שכר הטרחה. לדוגמה ביחס לתביעות נגד רשות בגין גביית אגרה שלא כדיון שמביאות לשינוי בהתנהגות נקבע כי יש להתחשב בתועלת הכלכלית שצמחה לחברי הקבוצה בחישוב שכר הטרחה והגמול. ראו ע"מ 2395/07 אכדיה סופטוור סימטס בע"מ נ' מנהל המכס ומס בולים, פס' 26 (נבו 27.12.2010); ת"צ (מינהליים מר') 54150-02-11 חוד נ' עיריית נס ציונה (נבו 25.11.2014). הסדרה לעתיד נלקחת בחשבון גם בתביעות נגד גורמים פרטיים. ראו ת"צ (מחוזי מר') 39865-07-19 דרודוב נ' אי.די.אי חברה לביטוח בע"מ (נבו 18.11.2020).

⁵⁵ מעניין שחוק תובענות ייצוגיות מפנה בקביעת שכר הטרחה להשפעות החיוביות של ההליך על צדדים שלישיים. בהליכים רגילים הצדדים להסכם שכר הטרחה מתעלמים בקביעת מנגנון השכר מההצננות החיוביות או השליליות שיש לניהול ההליך. אולם, מבחינה חברתית, התמריצים היעילים מתקבלים כאשר מתחשבים בכלל העלויות והתועלות של ההליך, לרבות על צדדים שלישיים.

⁵⁶ ס' 23(ב) (1) ו-23(ב) (3) לחוק תובענות ייצוגיות.

המשפט משלב שיקולי עלות ותועלת, עורך הדין יגיע לפשרה שטובה עבור הקבוצה, ואם יש לו אפשרות להגיע לתוצאה טובה יותר מהמשך קיום ההליך, יעדיף לא להתפשר.

4. פסיקת הפיצויים בפועל פוגעת בתמריצים של עורכי הדין

בפועל, בתי המשפט בישראל פוסקים שכר טרחה כאחוזים מתוך הסעד שניתן לקבוצה בפועל, ולכן שכר הטרחה מבוסס בעיקר על התועלת שההליך הניב לקבוצה.⁵⁷ מאחר ששכר שמבוסס רק על אחוז מהסעד לקבוצה לא יוצר תמריצים יעילים, בתי המשפט נדרשים לפקח על איכות הייצוג. בארצות הברית שכר הטרחה בתובענות ייצוגיות לעיתים מבוסס על שעות העבודה בלבד. במקרה זה בתי המשפט מביאים בחשבון את הסיכון בהליך, ומגדילים את השכר לשעה בהתאם.⁵⁸ אולם, מאחר שתגמול לפי שעות מעודד השקעת יתר בניהול התביעה, גם מנגנון זה מחייב פיקוח, ולכן בתי המשפט מגבילים את התגמול לשעות עבודה סבירות.⁵⁹ כפי שראינו, שילוב של כלל השיקולים בחוק לא מתיישב עם פסיקת השכר לפי אחוזים או לפי שעות, אלא קורא למנגנון שכר שמשלב את העלויות לעורך הדין והתועלת לקבוצה (ולחברה). אלו יכולים להביא ליצירת תמריצים יעילים לייצוג. חישובו על הדוגמה הבאה.

דוגמה 2. *ניהול תביעה ייצוגית*. ג'רמי שוקל לנהל תביעה ייצוגית. הוא מעריך כי סיכויי ההצלחה של התובענה הם 50%, והפיצוי שהנתבע ישלם בסוף ההליך אם התביעה תצליח הוא 200. עלות שעת עבודה של ג'רמי היא 5, שכן זה השכר שהוא מקבל מלקוחות פרטיים בתיקים אחרים.

במקרה שמתואר בדוגמה 2, תוחלת התביעה היא 100 (סיכוי של 50% לקבל פיצוי של 200). לכן רצוי לנהל את התביעה כל עוד עלות הייצוג בהליך נמוכה מ-100. במקרה זה, מאחר ששעת עבודה של ג'רמי שווה 5, כדאי להגיש את התובענה אם ניהולה המלא צפוי לדרוש עד 20 שעות עבודה. מנגנון תגמול שמשלב הוצאות והכנסות יכול ליצור תמריצים יעילים לייצוג. לדוגמה, ניתן לקבוע כי הגמול יחושב כ-20% מערך הפיצוי שמשולם לקבוצה, בתוספת 80% מהשווי של שעות העבודה

⁵⁷ ראו אורי גורן *סוגיות בסדר דין אזרחי* כרך ב 1316–1317 (מהדורה שלוש עשרה 2020) (שכר הטרחה נגזר ממשנתנים שונים שמעדיים על התועלת שהניב ההליך לקבוצה כגון האופן בו הסתיים ההליך וסכום הזכיה); עניין *רייכרט*, לעיל ה"ש 42, פס' 7 (הבחירה בשיטת האחוזים על פני שיטת השעות, נובעת בעיקרה מהקשר הישיר שמבטאת שיטת האחוזים בין הסעד שניתן לחברי הקבוצה ובין שכר הטרחה והיתרונות שמספק קשר זה); עניין *מריקט*, לעיל ה"ש 15, בפס' 36 (מאחר שהתועלת שהופקה עבור הקבוצה הייתה ממשית, נקבע כי יש להיעתר לבקשה לסכום שכר הטרחה); ת"צ (מחוזי ת"א) 34082-11-16 *הסעות וטיולים אלמליח (1993) בע"מ נ' איווקס מערכות למניעת תאונות 4* (נבו 30.8.2018) (מאחר שההליך הפיק תועלת מועטה לקבוצה נקבע כי שכר הטרחה יעמוד על מחצית מהסכום עליו המליצו בעלי הדין).

⁵⁸ ראו לעיל ה"ש 51 וטקסט נלווה.

⁵⁹ ראו לעיל ה"ש 52.

שהושקעו בהליך (4 לשעה). במקרה זה, ג'רמי יפעל להגיש את התביעה רק אם היא משתלמת, שכן אם ניהול התובענה מחייב יותר מ-20 שעות עבודה, עורך הדין יעדיף לא לנהל את התיק מאחר שיפסיד יותר מ-20 באובדן שכר (הוא מקבל שכר של 4, שלא מפצה אותו באופן מלא, שכן אם היה מייצג בתיק אחר היה מקבל 5), וצופה שיוזכה ל-20 בתוחלת מהתיק. אם, לעומת זאת, ניהול התובענה דורש פחות מ-20 שעות עבודה, עורך הדין תמיד יגיש את התובענה שכן העלות עבורו (1 לכל שעת עבודה) נמוכה מתוחלת התועלת של התיק עבורו – 20% מתוך 100. באותה מידה, עורך הדין גם יתפשר רק אם העלות של המשך ניהול התיק גבוהה מהתועלת שכרוכה בכך.⁶⁰

בתי המשפט בישראל לא מיישמים את השיקולים בצורה נכונה ועקבית. ראשית, פסיקת שכר הטרחה רק על בסיס אחוזים מהסעד מציבה משקל מרכזי על התועלת מההליך, עם התחשבות מוגבלת ברכיב העלות. בתי המשפט מתייחסים לרכיב העלות בעקיפין, באמצעות הגדלת האחוזים מהסעד כתלות בהתקדמות ההליך ומורכבות התיק.⁶¹

בנוסף, במקרים רבים הסכמי פשרה כוללים סעד בדמות של הטבה לחברי הקבוצה כחלופה לפיצוי. אם בית המשפט פוסק את שכר הטרחה לפי השווי תיאורטי של הפשרה, אשר מחושב על פי השווי הצרכני של ההטבה בהנחה של מימוש מלא על ידי חברי הקבוצה, נפגעים התמריצים של עורך הדין. השווי התיאורטי הזה פגום משתי בחינות. ראשית, חברי קבוצה לא מממשים את ההטבות שניתנות להם, ולכן בפועל הערך לחברי הקבוצה קטן בהרבה.⁶² בנוסף, עלות ההטבה לנתבע נמוכה משמעותית מהעלות הצרכנית של ההטבה לחברי הקבוצה, מאחר שהטבות מעודדות רכישה של מוצרי הנתבע.⁶³ לכן, אפילו אם היה מימוש מלא מצד חברי הקבוצה, הסעד לא מביא

⁶⁰ ראו Pelled, לעיל ה"ש 5, בעמ' 194; ראו Polinsky & Rubinfeld, לעיל ה"ש 24, בעמ' 179. ההחלטה האם להתפשר או להמשיך בניהול התיק תלויה בעלות הכרוכה בכל אחת מהאפשרויות ביחס לתועלת שתופק מהן. ניתן לפתח מנגנון תגמול מורכב יותר, שלא דורש הערכה בדיעבד של בית המשפט, באמצעות מכרז בין עורכי דין מייצגים במועד הגשת התובענה. במאמר של אלון קלמנט, צביקה נאמן ומורן אופיר הכותבים מציעים מנגנון התמחרות בין עורכי דין מייצגים, אשר משלב לתוכו את מנגנון התגמול המוצג כאן. ראו Klement, Neeman & Ofir, לעיל ה"ש 47, בעמ' 617-623. המודל שהם מציעים מאפשר לקבוע מראש את מרכיבי התגמול לעורכי הדין ויוצר ביניהם תחרות על הייצוג. תחרות מביאה להפחתה בעלויות ושיפור באיכות הייצוג. ראו לעיל ה"ש 31. יחד עם זאת, מנגנון שקובע את תחשיב השכר על בסיס מכרז מחייב להוציא למכרז כל תובענה ייצוגית, ולכן פוגע בתמריצים של עורכי דין לאתר עילות תביעה מורכבות וייחודיות. ראו לעיל ה"ש 47.

⁶¹ ראו עניין **ריכרט**, לעיל ה"ש 42, בפס' 12, 16 (נקבע כי הימשכות ההליך והמורכבות שלו משפיעות על גובה שכר הטרחה).

⁶² ראו אלון קלמנט "הפער בין שוויו הנחזה לשוויו הממומש של הסדר פשרה בתובענה ייצוגית" **משפט ועסקים** כ 1, 3-5, 14-15 (2016) (על אף שערך ההטבות שמוענקות לחברי הקבוצה הוא גבוה, שיעור מימושן הלכה למעשה הוא נמוך ולעיתים אף עומד על פחות מ-1%).

⁶³ ראו וינשל-מרגל וקלמנט, לעיל ה"ש 15, בעמ' 744 (לא פעם מממשי ההטבות לא היו רוכשים את המוצר אלמלא ההטבה שניתנה ועל כן הדבר יוצר רווח אצל הנתבעת); Fred Gramlich, *Script*; Severin; *Damages in Antitrust Cases*, 31 ANTITRUST BULL. 261, 265-268 (1986) Borenstein, *Settling for Coupons: Discount Contracts as Compensation and Punishment in Antitrust*, 39 J. L. & ECON. 379, 382-399 (1996) (ישנן דרכים שונות בהן

להרתעה מפני הפרת הדין.⁶⁴ יצירת מראית עין של ערך לקבוצה מהווה אם כן דרך לעורך הדין המייצג לקדם את האינטרס האישי שלו על חשבון חברי הקבוצה. לבסוף, על אף שבית המשפט קובע את שכר הטרחה לעורך הדין גם במקרה של פשרה, כאשר הצדדים מתפשרים הם יכולים לכלול המלצה לשכר טרחה וגמול. לרוב בתי המשפט מאמצים את שכר הטרחה המומלץ על ידי הצדדים.⁶⁵ כך שוב ניתנת הזדמנות לעורך הדין המייצג לפעול להשאת האינטרס האישי על חשבון חברי הקבוצה. מנגנון נכון צריך להיות מיושם תמיד – גם בפסק דין סופי וגם בפשרה. מחברי הדו"ח לבחינת ההסדרים בחוק תובענות ייצוגיות עמדו על כשלים אלו בפסיקת שכר הטרחה,⁶⁶ והציעו לשנות את ההסדר בחוק כדי לתקן כשלים אלו. ההצעה היא נושא הדיון בפרק הבא.

ב. המודל המוצע בתזכיר לתיקון חוק תובענות ייצוגיות

כפי שראינו בפרק הקודם, פסיקת שכר הטרחה בפועל לא מסייעת ביצירת תמריצים ראויים לעורכי הדין המייצגים. הבעיה לא נובעת מנוסח החוק, שכן יישום נכון של השיקולים המופיעים בחוק מקדם ניהול יעיל של תובענות ייצוגיות לטובת חברי הקבוצה. הבעיה, אם כן, נובעת מיישום החוק על ידי בתי המשפט. הצוות הבין-משרדי שבחן את ההסדרים בחוק תובענות ייצוגיות הציע להוסיף לסטנדרט הגמיש שקבוע בחוק כללים המבוססים על מדדים אובייקטיביים וברורים, מתוך מטרה ליצור אחידות בפסיקת שכר הטרחה בין בתי המשפט ולפתור את בעיית הנציג. ניתן לסכם את עקרונות ההצעה במספר נקודות: (1) שיעור שכר הטרחה מהסעד לקבוצה ירד ככל שהסכום עולה. השיעור המוצע מתחיל מכ-20% ויורד עד אחוז אחד

הנתבעים מפחיתים משווי של ההסדר וביניהן הנחה זניחה, העלאת המחירים לאחר ההגעה לפשרה, הורדת איכות המוצרים, קביעת תנאים מוקדמים למימוש באופן שמגביל את היכולת לעשות כן ושילוב של ההטבות במסגרת הנחה קיימת).

⁶⁴ סעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות מתייחס לשתי מטרות שונות – סעד הולם לחברי הקבוצה והרתעה מפני הפרת הדין. כאשר הסעד הוא פיצוי במזומן, מקובל לחשוב שסעד הולם והרתעה מלאה מתקיימים תמיד יחד – פיצוי מלא משיב את מצב התובעים למקום בו היו אלמלא העוולה, וגורם למעוול להפנים את מלוא הנזק החברתי. בעוד שתלושים והנחות, לעומת זאת, יכולים להוות פיצוי מלא אם הם מנוצלים עד תום, הם עדיין לא יוצרים הרתעה יעילה. לדוגמה, אם מנופול שנתבע בגין הפרת דיני תחרות משלם פיצוי לקבוצה באמצעות הפחתת מחירים, הדבר מביא לגידול במכירות ופגיעה במתחרים, ולכן אפילו אם יש עלות משמעותית לסעד, הנתבע זוכה גם לטובת הנאה.

⁶⁵ ראו, הדו"ח לבחינת ההסדרים בחוק תובענות ייצוגיות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 43 (הן מבדיקת הסדרי הפשרה על-ידי היועץ המשפטי לממשלה בשנת 2017, והן מהמחקר שערך פרופ' קלמנט עבור הצוות הבין-משרדי לעניין שכר הטרחה, נמצא כי בית המשפט נוטה לאשר את המלצת בעלי הדין לעניין שכר הטרחה); פלינט ווינצקי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 674 (גם בישראל כמו בארה"ב קשה להצביע על מקרים בהם בית המשפט התערב בגובה הגמול ושכר הטרחה כפי שהסכימו בעלי הדין).

⁶⁶ שם, בעמ' 41–43 (חברי הצוות הבין-משרדי עמדו על כך שההסדר הקיים בחוק מביא לנסיגות מצד בעלי הדין להגדיל את שכר הטרחה על חשבון חברי הקבוצה, מאפשר עורך הדין המייצג לעשות יד אחת עם הנתבע להשגת שכר טרחה מנופח בהסכמי פשרה וגורם לחוסר אחידות).

מהסעד עבור סכומים העולים על 100 מיליון ש"ח;⁶⁷ (2) שיעור שכר הטרחה יעלה ככל שההליך מתקדם, כאשר הסכום הנמוך ביותר ניתן עבור פשרות שהושגו בשלב הדיון בבקשת האישור, והסכום הגבוה ביותר יינתן בפסק דין בתובענה;⁶⁸ (3) הסכומים המוצעים כוללים שכר טרחה וגמול יחד, כאשר בית המשפט קובע את החלוקה בין הסכומים בסוף בהתאם למעורבות התובע הייצוגי;⁶⁹ (4) לבית המשפט תהיה סמכות להפעיל שיקול דעת ביחס לשיעור שכר הטרחה רק בטווח של 2% מעל או מתחת לאחוז שנקבע בהצעה, וזאת בהתאם לשיקולים שקבועים היום בחוק.⁷⁰

מתווה ההצעה מבקש לצמצם את מרחב שיקול הדעת של השופט, ובכך הוא דומה למעבר בין סטנדרטים וכללים. סטנדרטים הם עקרונות גמישים אשר מקנים שיקול דעת רחב לבית המשפט.⁷¹ לעומת זאת, כלל נקבע מראש על ידי המחוקק או המאסדר. כללים יוצרים אחידות וודאות, אולם אינם רגישים לשינוי נסיבות שנוצר לאחר שהכלל נקבע. סטנדרטים מאפשרים גמישות רבה יותר, אולם, כפי שנוכחנו לראות בהקשר של שכר הטרחה בייצוגיות, הם עשויים להביא ליישום לא אחיד ומוטה על ידי שופטים.⁷² על כן ההצעה ליצור להתוות את שיקול הדעת בפסיקת שכר הטרחה בהחלט ראויה, כל עוד היישום שלה משרת את המטרה המרכזית של ההסדר חוק – שיפור התמריצים של עורך הדין להגיש תביעות ראויות, להימנע מהגשת תביעות סרק, ולייצג באופן מיטבי בתיקים שיבחר לנהל.

⁶⁷ הדו"ח לבחינת ההסדרים בחוק תובענות ייצוגיות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 73–74. בתזכיר החוק לתיקון חוק תובענות ייצוגיות אשר פורסם לאחרונה בהתבסס על הדו"ח לבחינת ההסדרים בחוק תובענות ייצוגיות, הוצע לאמץ את העקרונות בהצעת הצוות הבין-משרדי.

⁶⁸ הדו"ח לבחינת ההסדרים בחוק תובענות ייצוגיות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 74; ס' 17 (א) ופרט 2 לתוספת החמישית לתזכיר לתיקון חוק תובענות ייצוגיות, לעיל ה"ש 67. ההצעה לא כוללת הציע מדרגות נוספות עבור תיקים שנידונים בערעור.

⁶⁹ הדו"ח לבחינת ההסדרים בחוק תובענות ייצוגיות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 75; ס' 17 (י) לתזכיר לתיקון חוק תובענות ייצוגיות, לעיל ה"ש 67.

⁷⁰ הדו"ח לבחינת ההסדרים בחוק תובענות ייצוגיות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 74; ס' 17 (ו) ופרט 3 לתוספת החמישית לתזכיר לתיקון חוק תובענות ייצוגיות, לעיל ה"ש 67.

⁷¹ לדוגמה, כאשר בית המשפט בוחר אם נפל אשם בנהג רכב בשל מהירות הנסיעה, בחינת המהירות לאור מגבלות המהירות בכביש היא דוגמה לשימוש בכלל, בעוד שבחינת סבירות המהירות בדיעבד, לפי העקרונות של דיני הרשלנות היא דוגמה לשימוש בסטנדרט.

⁷² המאמר הקנוני של לואיס קפלו מציג ניתוח סדור של שיקולים לבחירה בין כללים וסטנדרטים באמצעות ניתוח כלכלי. ראו Louis Kaplow, *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*, 42 DUKE L. J. 557 (1992). למאמר של קפלו קדמו מאמרים שעמדו על ההבחנה. ראו Pierre Schlag, *Rules and Standards*, 33 UCLA L. REV. 379 (1985) (הבחנה בין כללים וסטנדרטים, ומימוש מטרות הדין השונות באמצעותם); Issac Ehrlich & Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Legal Rulemaking*, 3 J. LEGAL STUD. 257, 258–260 (1974) (תיאור ההבחנה בין כללים וסטנדרטים); מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת-המשפט של החקיקה" **משפטים** יז 322, 325–326 (1987) (תיאור ההבדל בין כללים וסטנדרטים ועמידה על כך שההבדל העיקרי ביניהם הוא מידת הדיוק של תוכנם). כן ראו אוריאל פרוקצ'יה "כללים וסטנדרטים בספר הבריית – תמרור אזהרה לחקיקה בעידן המודרני" **מחקרי משפט** כו 661, 666–668 (2010) (תיאור ההבחנה בין כללים וסטנדרטים שביצע Kaplow והרחבה שלהם).

בפועל, המתווה בהצעה לא משפר כלל את התמריצים בהגשה וניהול הליכים.⁷³ בהצעה יש שתי בעיות – ראשית, בסיס שכר הטרחה המוצע לא מתחשב בעלות האלטרנטיבית של עורכי הדין, ובעיקר בכך שעלות זאת משתנה בין עורכי הדין המייצגים בהתאם לאיכות הייצוג שלהם. טעות זאת כנראה נובעת מכך שבסיס התחשיב נעדר כל ניתוח כלכלי, או לפחות לא מציע כל בסיס כלכלי לאחוזים המוצעים. בנוסף, ההצעה לא כוללת שיקולים חשובים שנוגעים לעלות ההליך ולתועלת שעולה ממנו, ולכן אימוץ ההצעה צפוי לעוות את התמריצים של עורכי הדין בהגשה ובניהול תובענות. החלקים הבאים בוחנים בהרחבה כל אחד מהכשלים.

1. בסיס שכר הטרחה

התמריצים שיוצר בסיס שכר הטרחה רלוונטיים לכל השלבים של ההליך. אולם, ההחלטה של עורך הדין להתפשר בשלב מוקדם תלויה בציפיית השכר שלו בסוף ההליך.⁷⁴ לכן כדי לבחון את התמריצים של עורך הדין להתפשר, יש להתחיל את הדיון בבחינת אחוזי שכר הראויים במקרים בהם ניתן פסק דין סופי. להליכים שמסתיימים בפסק דין יש שני מאפיינים ייחודיים וחשובים – ראשית, הם מציגים מקרים שבהם עורך הדין ניהל את כל התיק, ולא חסך בעלויות אישיות כדי להביא לתועלת לקבוצה. בנוסף, במקרים אלו סוג הסעד שניתן לקבוצה וגובה הסעד נקבעים על ידי בית המשפט, ולא על ידי הצדדים לצד המלצה על שכר טרחה. המשמעות היא שבפסק דין לעורך הדין אין אפשרות "למכור" את הזכויות של חברי הקבוצה (אם באמצעות הסכמה על סעד בעין כחלופה לפיצוי ואם באמצעות הפחתת סכום הפשרה) לטובת הסכמה על שכר טרחה גבוה יותר. כלומר, מדובר במקרה בו אין חשש ממשי להשפעה של בעיית הנציג.

ביחס לפסק דין סופי, הסכומים שנקבעו בתזכיר לתיקון חוק תובענות ייצוגיות ביחס לשלב של פסק דין סופי הם – 23% עבור סכום של עד 5 מיליון ש"ח, 18%

⁷³ בהצעה יש קושי לוגי נוסף, שאולי חושף מוטיבציה בכתיבת הדו"ח, אולם היא לא צריכה להוות שיקול אמיתי בקביעת שכר הטרחה. בעמ' 41–42, 73–74 לדו"ח, הכותבים מציינים כי במקרים רבים של תובענה ייצוגית ניתן שכר טרחה מוגזם, וכי זה חשש שיש לתת לו מענה. השאלה מהו שכר טרחה מוגזם נגזר מהשאלה מהו שכר טרחה ראוי. מדובר בתוצאה של הניתוח ולא בנימוק שלו. שכר הטרחה יכול להיות גבוה, בערכים מוחלטים, ביחס לשכר טרחה שעורך דין יכול לקבל בתיק אחר, אולם לא ניתן לגזור מכך ששכר הטרחה מוגזם. בשוק חופשי מחיר גבוה הוא מוגזם רק אם הוא תוצאה של כשל שוק. אחרת מחיר גבוה משקף ערך גבוה. הכותבים לא מתיימרים להציג תחשיב כלכלי, או טיעון כלשהו, לתמיכה בטענה הזאת.

⁷⁴ במונחים כלכליים, ואם מתמקדים בשכר הטרחה בלבד, עורך הדין מוכר לנתבע את ציפיית השכר שלו בסוף ההליך (כולל רכיב הסיכון שלא יזכה בשכר בכלל), וקונה בתמורה שכר נמוך יותר אך ודאי, וכן חיסכון בעלויות הכרוכות בהמשך ניהול ההליך. על כן, לא ניתן לבחון כיצד שכר הטרחה שנקבע בפשרה משפיע על ההחלטה של עורך הדין להתפשר מבלי לבחון תחילה את השכר שהוא צופה לקבל אם לא יתפשר. בספרות על משא ומתן מכנים את השווי הצפוי של ההכנסה שצד מקבל אם לא ייכנס לעסקה "אופציה חיצונית" (outside option), והיא מגדירה את תחום המיקום במשא ומתן. לניתוח כלכלי של ההשפעה של אופציה חיצונית על משא ומתן לקביעת שכר, ראו Sydnee Caldwell & Oren Danieli, *Outside Options in the Labour Market*, REV. OF ECON. STUD. (forthcoming 2024).

בסכום נוסף של עד 10 מיליון ש"ח, 13% בסכום נוסף של עד 30 מיליון ש"ח, 10% בסכום נוסף של עד 60 מיליון ש"ח, 8% עבור סכום נוסף של עד 100 מיליון ש"ח, ו- 2% עבור כל סכום שעולה על 100 מיליון ש"ח.⁷⁵

חברי הצוות הבין משרדי טענו בהסבר לשיעורי שכר הטרחה כי סכומים אלו נקבעו לכאורה בהסתמכות מסוימת על פסק הדין בעניין **רייכרט**.⁷⁶ אולם, בפועל הסכומים המוצעים נמוכים בהרבה. ראשית, הסכומים בעניין **רייכרט** גבוהים יותר, במיוחד במדרגות העליונות. בנוסף, הסכום המוצע כולל שכר טרחה וגמול יחד. כלומר, עורך הדין שלוקח על עצמו את הייצוג בתיק צריך להפחית שיעור מסוים, שיעבר לתובע המייצג.⁷⁷ לבסוף, הצוות הבין-משרדי מתעלם מכך שהוא מצייע במקום אחר להגדיל את עלויות הייצוג. לפי המלצת הצוות הבין-משרדי, אם התובענה הייצוגית נדחית, יש לפסוק תשלום הוצאות משפט ריאליות, ולחייב את עורך הדין המייצג בהוצאות ולא את התובע הייצוגי.⁷⁸ אומנם, יש בדרישה זאת היגיון רב,⁷⁹ אולם המשמעות היא שלייצוג בתובענה הייצוגית מתווסף רכיב עלות שלא קיים בהליכים אחרים. קביעת שיעור שכר הטרחה מתעלם מכך לגמרי.

במקרים בהם ניתן פסק דין סופי, מאחר שעלויות הנציג זניחות, המודל הרלוונטי הוא הסכם שכר הטרחה שהיה מתקבל מראש בעסקה היפותטית בין הקבוצה ועורך הדין המייצג.⁸⁰ אידיאלית, בית המשפט צריך להתאים את השיעור שנפסק לכל עורך דין לפי מה שהיה גובה בהליך בסדר גודל דומה, לו היה מתקשר בהסכם שכר טרחה פרטני עם לקוח. ודוק, קיימים תיקים רגילים בהם הסעד עומד על עשרות ואף מאות מיליוני ש"ח, כמו תיקים של עוולות המוניות.⁸¹ בחינה של תיקים כאלה הייתה מעלה

⁷⁵ ראו התזכיר לתיקון חוק תובענות ייצוגיות, לעיל ה"ש 2, בפרט 2 לתוספת החמישית. סכומים אלה שונים במקצת ממה שהוצע תחילה בדו"ח של הצוות הבין-משרדי, אז מחברי הדוח הציעו כי ייפסק 23% עבור סכום של עד ל-5 מיליון ש"ח, 18% בסכום נוסף עד 10 מיליון ש"ח, 13% בסכום נוסף עד 30 מיליון ש"ח, 12% בסכום נוסף עד 60 מיליון ש"ח, 10% עבור סכום נוסף עד ל-100 מיליון ש"ח, ורק 1% עבור כל סכום שעולה על 100 מיליון ש"ח. ראו הדו"ח לבחינת ההסדרים בחוק תובענות ייצוגיות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 69 (בניגוד לברירת המחל, נקבע כי החיוב בהוצאות יוטל על בא הכוח הייצוגי וזאת על בסיס מערכת היחסים הייחודית שבינו ובין התובע הייצוגי).

⁷⁶ עניין **רייכרט**, לעיל ה"ש 42, פס' 8-10, 16.
⁷⁷ הדו"ח לבחינת ההסדרים בחוק תובענות ייצוגיות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 74-75; התזכיר לתיקון חוק תובענות ייצוגיות, לעיל ה"ש 2, בס' 17 (ז) (השיעור המוצע כולל את הגמול ושכר הטרחה יחד. ביהמ"ש הוא שיבצע את החלוקה בהתאם למידת המעורבות של התובע הייצוגי בהליך).

⁷⁸ הדו"ח לבחינת ההסדרים בחוק תובענות ייצוגיות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 69 (בניגוד לברירת המחל, נקבע כי החיוב בהוצאות יוטל על בא הכוח הייצוגי וזאת על בסיס מערכת היחסים הייחודית שבינו ובין התובע הייצוגי).

⁷⁹ תפישה הרואה בעורך הדין יזם של ההליך הייצוגי עשויה להצדיק הטלת עלויות ניהול ההליך, כולל העלויות הכרוכות בסיכון בהפסד על עורך הדין עצמו. אם עורך הדין הוא היזם והמנהל, הטלת הוצאות אישיות עליו מבטיחה שפינים את הסיכון שכרוך בהפסד בתביעה, לצד התועלת הניצחון. ראו לעיל, ה"ש 12 וטקסט נלווה.

⁸¹ אחרי האסון שהתרחש באולמות ורסאי, קבוצה של מעל ל-200 תובעים הגישה תביעת נזיקין מאוחדת בגין נזקי הגוף שנגרמו להם. סכום התביעה הכולל עמד על עשרות רבות של מיליוני ש"ח. ראו ת"א (מחוזי י-ם) 6012/04 **אברגיל נ' מדינת ישראל** (נבו 1.3.2015). (הצעתו המחייבת של בית המשפט לעניין הפיצוי עבור 50 נזוקים באסון ורסאי); ת"א (מחוזי חי') 1011/98 **זינס נ' מדינת ישראל** (נבו 29.3.2000) (ריכוז תביעות משפחות נפגעי אסון המכבייה לפיצויים בבית המשפט

שעורכי הדין המייצגים לא היו מסכימים על שכר הטרחה שנקבעו בתזכיר החוק, וזאת אפילו אם לא היה נדרש מעורכי הדין ליטול על עצמם את הסיכון בפסיקת הוצאות.⁸² למעשה, גם לקוחות לא היו מעוניינים בתחשיב שכר הטרחה שמציעה הוועדה, שכן המנגנון המוצע פוגע בתמריצים להשקיע בהגדלת הסעד לקבוצה. חישובו לדוגמה על תיק נזיקין גדול, בו הערכת הקשר הסיבתי ואומדן הנזק נמצאים במחלוקת.⁸³ אם ניהול התיק נמצא לחלוטין בידי של עורך הדין המייצג, הוא קובע כמה להשקיע במאמצים להגדלת שיעור הפיצוי. כפי שראינו קודם, כל מנגנון תגמול אשר מתבסס רק על שיעור מהסעד מוביל למוטיבציית חסר להשקיע בייצוג. אולם הבעיה חמורה במיוחד כאשר שיעור שכר הטרחה מתוך הסעד נמוך מאוד עד זניח. נניח, לדוגמה, שעורך הדין יכול להשקיע מזמנו כדי להגדיל את סכום הפיצוי מ-100 מיליוני ש"ח ל-120 מיליוני ש"ח, בתיק מורכב שסיכויי ההצלחה שלו הם 20% בלבד. עקרונית, היה כדאי להשקיע עד 4 מיליון ש"ח כדי להגדיל את הסעד. אולם, אם עורך הדין זכאי לקבל רק אחוז אחד מהתוספת לסעד, הוא יהיה מוכן להשקיע רק עד 40,000 ש"ח, אחרת יפסיד ממאמציו. במשרד עורכי דין שגובה 1,000 ש"ח לשעת עבודה, מדובר ב-40 שעות עבודה בלבד, שעשויות להניב תועלת רבה ללקוח. לכן, לקוח שמודע לתמריצים של עורך הדין שלו היה מוכן לשלם הרבה יותר כדי לעודד את עורך הדין להגדיל את סכום הפיצוי.

ברור שהגמול הזניח שמוצע עבור הגדלת הסעד מעל 100 מיליון ש"ח משפיע גם על המוטיבציה של עורך הדין להגיע לפשרה. אם הנתבע מוכן להתפשר על סכום של 100 מיליון ש"ח, המוטיבציה של עורך הדין להביא את התיק לפסק דין סופי נפגעת משמעותית, אפילו אם הוא מעריך שבפסק דין סכום הפיצוי צפוי להיות משמעותית גבוה יותר. גם התמריץ של עורך הדין להגדיל את סכום הפשרה במשא ומתן נפגע.

המחוזי בחיפה); Sala v. Nat'l R.R. Passenger Corp., 120 F.R.D. 494 (1988) (תביעה לפיצויים בגין תאונת רכבת המונית שאושרה כתובענה ייצוגית); Sterling v. Velsicol Chem. Corp. 855 F.2d 1188 (1988) (תביעה לפיצוי של בעלי שטחים עקב זיהום המים המקומיים שאושרה כתובענה ייצוגית).

⁸² כללי לשכת עורכי הדין (התעריף המינימלי המומלץ), התש"ס-2000 מציעים כי שכר הטרחה בתביעה אזרחית ששכרן תלוי בתוצאות המשפט לא תרד מ-10% מסכום התביעה. מדובר בהמלצה לשכר טרחה מינימלי, ולא מקסימלי. בפועל שיעור שכר הטרחה בשוק גבוה יותר. חשוב מכך – שכר הטרחה לא שקוף לבית המשפט ולא נתון לביקורת, אולם אין בכך כל בעיה. אם הסכום גבוה זה נובע מכך שעורך הדין והלקוח הסכימו על שכר הטרחה הגבוה כי הדבר משרת את הלקוח. לכן, ככלל, אין בסיס להתערבות, למעט במקרים מיוחדים וחריגים.

⁸³ בית המשפט העליון עמד על הקושי בהוכחת הקשר הסיבתי בין ההתנהגות העוללתיות ובין הנזק, המאפיין תביעות בעוללות המונית. ראו ע"א 7547/99 **מכבי שירותי בריאות נ' דובק בע"מ**, פס' 69 לפסק הדין של השופטת (בדימ') פרוקצ'יה (נבו 13.7.2011); דוגמות לתיקים בהם ניתן לראות את הקושי המתואר בא לידי ביטוי הם In re "Agent Orange" Prod. Liab. Litig., 818 F. 2d (חיילים אמריקאיים שנחשפו במהלך מלחמת ויאטנם לחומר כימי להשמדת צמחייה וחלו במחלות שונות, התקשו בהוכחת הקשר הסיבתי בין המחלה ובין החשיפה לחומר המסוכן); Sindell v. Abbott Lab., 26 Cal. 3d 588 (1980) (קושי בהוכחת קשר סיבתי בין תרופה פגומה ובין פיתוח גידולים בקרב בנותיהן של הנשים שנטלו את התרופה במהלך הריונן); סג'ורו v. The Am. Tobacco Co., 1997 N.Y. Misc. Lexis 662 (1997) (תביעה כנגד יצרני סיגריות עלה קושי בהוכחת קשר סיבתי וזיהוי היצרן שהביא לנזק).

כלומר, המנגנון שנקבע בתזכיר החוק ביחס לסכום שמשתלם לעורך דין בפסק דין סופי (ולכן משקף ייצוג שלא סובל מבעיית נציג) – חסר היגיון כלכלי, ולא משקף את ההסכמות שהיו מגיעים אליהן עורך דין ולקוח במשא ומתן. אם המנגנון היה מגיע לסכום בסיס נכון, היה ניתן לגזור ממנו כמה ראוי לפסוק לעורך הדין בפשרה. ביחס לפשרה, קיימת הבחנה בתזכיר החוק בין תיקים שהגיעו לפשרה לפני אישור הבקשה ואחריה. לכאורה הבחנה זאת מוצדקת על בסיס המאמץ הגדול יותר שהושקע בתיק, אם הפשרה הושגה לאחר שהבקשה להגיש תובענה ייצוגית אושרה. אולם, בפועל אין קשר הכרחי בין מידת המאמץ וההשקעה בתיק ובין השלב בו הצדדים התפשרו. ישנן תובענות ייצוגיות שמצריכות בירור עובדתי ומשפטי מורכב, ולכן מחייבות תשומות גבוהות מצד עורך הדין במהלך ניהול הבקשה לאישור התובענה הייצוגית.⁸⁴ מנגד, קיימים תיקים בהם העובדות מוסכמות, וקיים ויכוח רק ביחס לסוגיה משפטית שטעונה הכרעה. עלות ניהול ההליכים האלה שונה מהותית. קיימים הבדלים נוספים בין תיקים שהגיעו לפשרה לאחר אישור הבקשה להגיש תובענה ייצוגית. בחלק מהמקרים הפשרה התקבלה רק לאחר שהצדדים ניהלו בקשת רשות ערעור על ההחלטה להגיש את התובענה (או ערעור על ההחלטה לדחות את הבקשה), מה שמוביל לעלייה משמעותית בתשומות של עורך הדין, ובפרק הזמן שעובר בין ההשקעה ועד קבלת שכר הטרחה. כלומר, מועד הפשרה לבד, שמבוסס רק על השאלה אם הבקשה אושרה או לא, הוא מדד מאוד לא מדויק לעלויות הייצוג.

על כן, יש לבחון את עלויות הייצוג בנפרד מהשלב שבו הסתיים התיק. ההבחנה בין פשרה ופסק דין עשויה להיות רלוונטית, אולם יש לייחד אותה לחשש שעורך הדין התפשר על חשבון חברי הקבוצה, תוך ויתור על זכויות מהותיות שלהם לטובת שכר טרחה. לכן, לעניין קביעת גובה שכר הטרחה, יש לבחון מה המרחק בין סכום הפשרה והסכום שהיה משתלם לקבוצה בפסק דין. כמובן שבהערכה זאת יש להתחשב גם בסיכון שנחסך מהקבוצה בפשרה. ככל שהפער בין שווי התיק לקבוצה, כולל מרכיב הסיכון, והשווי הריאלי של הסעד לקבוצה גדול יותר, עולה החשש שניגוד האינטרסים השפיע על ההסכמות בין הנתבע ועורך הדין המייצג במשא ומתן, ולכן מוצדק להפחית משכר הטרחה כדי לעודד עורכי דין להשלים את ההליך או לפחות להגיע לפשרה בתנאים עדיפים.

חישובו לדוגמה על פשרה לפיה הנתבע משלם את מלוא הסעד לחברי הקבוצה.⁸⁵ אומנם מדובר בפשרה, אולם בדומה לפסק דין סופי, גם במקרה זה אין חשש שעורך הדין המייצג פגע בזכותם של חברי הקבוצה, שכן ניהול התיק רק היה דוחה את קבלת הסעד, אך לא משנה את התוצאה. במצבים האלה הפשרה התקבלה רק בשביל לחסוך

⁸⁴ לדוגמה, בת"צ (כלכלית ת"א) 40404-03-16 **עצמון נ' אסם השקעות בע"מ**, פס' 272 (נבו 4.8.2020), מציינת השופטת רונן את עומק הדיון הראיתי לאחר שהצדדים קיימו הליכים מקיפים של גילוי מסמכים, מסירת תצהירים וחוות דעת מומחים כבר בשלב בקשת האישור.

⁸⁵ למקרים בהם אושרה פשרה בהיקף של מלוא הסעד הנתבע, ראו ת"צ (מחוזי חי') 46931-07-17 **דנינו נ' כרמלטון בע"מ** (נבו 22.5.2019); ת"צ (מחוזי ב"ש) 18264-02-16 **תורתי נ' בנק הפועלים בע"מ** (נבו 4.6.2017); סע"ש (אזורי ת"א) 56835-07-12 **מיכאל נ' יונייטד שיא בע"מ** (נבו 26.7.2016); תע"א (אזורי ת"א) 12387-09 **טרס סודלקין נ' גושן שירותי ביטוח פריימס ומסחרים בע"מ** (נבו 31.10.2017).

בהוצאות משפט, ולא קיים חשש, בהגדרה, לפגיעה אפשרית בקבוצה. התחשיב המוצע בדו"ח לא דן כלל בשאלת טיב הפשרה, כמופע של בעיית הנציג, ולכן לא בוחן את הסוגייה הרלוונטית לעניין שכר הטרחה.⁸⁶ שוב, המנגנון המוצע בדו"ח לבחינת ההסדרים בחוק תובענות ייצוגיות מעוות את התמריצים ויוצר עלויות ללא הצדקה. כאשר התיק ברור והנתבע מוכן להתפשר על תשלום מלוא הסעד, טוב לבית המשפט, לנתבע ולחברי הקבוצה שהצדדים יתפשרו. למרות זאת, מנגנון שכר הטרחה המוצע יוצר תמריצים מעוותים שמעודדים במקרים אלה את עורך הדין המייצג לעמוד על אישור הבקשה לפני שהוא מביא את הפשרה לאישור בית המשפט, או לחילופין, לא להתפשר כלל ולדרוש מתן פסק דין סופי בהליך על ידי בית המשפט.

2. שיקולים נוספים בקביעת שכר הטרחה

המעבר מסטנדרט לכלל דורש מהמחוקק לנסח מראש את מכלול השיקולים הרלוונטיים, וכיצד כל אחד מהם משפיע על התוצאה.⁸⁷ אין זה אומר שהכלל צריך להיות בהכרח פשוט. כללים יכולים להיות מורכבים מסט נרחב של שיקולים, וקביעת מנגנון מדויק להכרעה ביניהם. לדוגמה, כאשר הממשל הפדראלי בארצות הברית רצה לעודד אחידות בענישה הפלילית בערכאות הפדראליות, נקבעו קווים מנחים לענישה, בדומה לעקרונות הבניית שיקול הדעת בענישה בדין הישראלי.⁸⁸ עקרונות הענישה כללו מספר רב של משתנים, ונוסחה הקובעת כיצד המשתנים יחד מביאים לקביעת מתחם הענישה בכל מקרה.⁸⁹

מנגנון שכר הטרחה המוצע בדו"ח לבחינת ההסדרים בחוק תובענות ייצוגיות לוקה בפשטות יתר. ראינו כי תחשיב נכון של שכר הטרחה צריך להתחשב בשיקולים נוספים מעבר לסכום ששולם לחברי הקבוצה ולשלב בו הסתיים ההליך. שיקולים אלה כוללים את מידת ההשקעה בניהול התובענה, הסיכון שעורך הדין נטל על עצמו, ושווי הזמן של עורך הדין. המנגנון המוצע מתעלם מהם.

אם המנגנון המוצע יאומץ הדבר צפוי להשפיע על הרכב התיקים שיוגשו לבתי המשפט והרכב עורכי הדין שינהלו אותם. ביחס לסוג התיקים, חוסר ההתחשבות

⁸⁶ הדו"ח לבחינת ההסדרים בחוק תובענות ייצוגיות מתייחס לדיון בשכר הטרחה במסגרת בעיית הנציג. ראו הדו"ח לבחינת ההסדרים בחוק תובענות ייצוגיות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 23, 34-35, 39-44 (בעיית הנציג במסגרת מוסד התובענה הייצוגית באה לידי ביטוי במספר הקשרים וביניהם קביעת שכר הטרחה. החשש הוא כי הפער בין האינטרסים של חברי הקבוצה ובין האינטרסים של בא הכוח יובילו להעדפת טובתו האישית).

⁸⁷ ראו לעיל ה"ש 72 וטקסט נלווה.

⁸⁸ חוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב-2012, ס"ח 102. לדיון בתיקון שנעשה בארצות הברית, ראו Andrew J. Ashworth, *Sentencing Reform Structures*, 16 CRIME & JUST. (1992) 181, 184 (בין הגורמים העיקריים שהובילו לקביעת עקרונות מנחים בענישה היה הפער בין העונשים שנגזרו בגזרי הדין הפדרליים).

⁸⁹ המשתנים לקביעת מתחם הענישה כוללים את סוג העבירה; מאפייני העבירה (לרבות חומרת הנזק, נסיבות ביצוע העבירה, תכונות קורבן העבירה, פעולות להסתרת ביצוע העבירה); חרטה (הודאה בביצוע העבירה, תשלום מרצון של פיצויים לקורבן העבירה); עבר פלילי (מחולק לשם רמות לפי חומרה וכמות המקרים) ועוד. ראו, U.S. Code § 3553 (a)(1)-(a)(7), 18.

במידת ההשקעה שכרוכה בניהול התיק ובסיכון שכרוך בו מעוררים הגשה של תביעות פשוטות, בהן הבסיס העובדתי אינו במחלוקת, כמו תביעות נגישות או תביעות סימון מוצרים.⁹⁰ מה שמאפיין תיקים אלה הוא שקיים דין ברור שהנתבע הפר, ולכן אין חשש אמיתי שהתביעה תידחה או שניהולה ידרוש השקעת זמן משמעותית. יחד עם זאת, מדובר בתיקים שהתועלת מהם, לקבוצה המיוצגת ולחברה בכלל, מוגבלת. אלו בדיוק התיקים שכותבי הדו"ח ביקשו לדכא, ולא לעודד. קידום ההצעה עשוי לדכא תיקים מורכבים אשר עוסקים בסוגיה חדשנית שטרם הוכרעה בפסיקה, ויכולים להניב סעד משמעותי לחברי הקבוצה.⁹¹

ביחס לזהות של עורכי הדין המייצגים, ההצעה מפחיתה את שכר הטרחה ולא מתחשבת באפשרויות שעומדות בפני עורכי הדין ביחס לעיסוק בתחומים אחרים.⁹² שוק התובענות הייצוגיות לא גדול, אך הוא גם לא הומוגני.⁹³ מרבית התיקים שמוגשים מסתיימים בתרומה צנועה מאוד לקבוצה, ובשכר טרחה בסכומים שאינם גבוהים. התרומה החברתית של תיקים אלו מוגבלת ואולי אף זניחה. ההצעה בדו"ח ביחס לשכר הטרחה לא משפיעה מאוד על תיקים אלו. עורכי הדין שמנהלים אותם לא מבקשים להשיג שכר טרחה גבוה מהניהול של כל תיק. לעומת זאת, התיקים בהם שולם שכר טרחה בסכום גבוה מעטים יחסית לכמות התובענות הייצוגיות שהוגשו, והם מובילים לתועלת משמעותית לחברי הקבוצה. פעמים רבות מדובר בתיקים מורכבים, אשר דורשים מיומנות גבוהה והשקעה משמעותית בייצוג. עורכי הדין אשר מנהלים תיקים מסוג זה מוותרים על מתן שירות ללקוחות עבור שכר שעתי גבוה או על ייצוג לקוחות

⁹⁰ למקרים בהם בית המשפט אישר שכר טרחה בהסתלקות מאחר שהבקשה הציגה עילה ברורה והמשיבים תיקנו את ההפרות, ראו ת"צ (שלום ראש"צ) 61171-12-21 **עובדי נ' ג'ראיש פרינסס בע"מ** (נבו 3.5.2023); ת"צ (שלום ב"י) 59816-12-21 **בנישו שוקרון נ' י.ע.ו.ד. מסעדות בע"מ** (נבו 13.11.2022); ת"צ (שלום ח"י) 36316-12-21 **שוורץ נ' עוף והודו ברקת בע"מ** (נבו 27.6.2022); ת"צ (שלום ח"י) 21896-11-22 **שוורץ נ' דור אלון ניהול מתחמים קמעונאיים בע"מ** (נבו 16.3.2023). במקרים אלה העילות נגעו לאי-סימון מוצרים לפי דין, או אי-מסירת דיווח לגבי נגישות. בכלם אף נקבע כי התועלת מהגשת הבקשה לאישור תובענה ייצוגית היא ממשית אך מוגבלת מאוד.

⁹¹ יש תועלת חברתית מניהול תיקים בסוגיות חדשניות, בין אם הם זוכים ובין אם לאו, בכך שההתדיינות המשפטית מסייעת בפיתוח והבהרת הדין. ראו Ronen Avraham & William Hubbard, *Civil Procedure as the Regulation of Externalities*, 89 U. CHIC. L. REV. 1, 14-15 (2022), והפניות במקור.

⁹² עורכי דין מגיבים לשינויים בדין אשר משליכים על פוטנציאל ההשתכרות שלהם. לדוגמה, כאשר בטקסס נקבעה תקרה לפיצויים בעד נזק לא ממוני, חלק מעורכי הדין שעבדו בייצוג ניזוקים בתמורה לשכר טרחה מבוסס אחוזים פנו לתחומי עיסוק אחרים, בעיקר קניין רוחני. ראו Ronen Avraham & John M. Golden, *From PI to IP: Litigation Response to Tort Reform*, 20 AM. L. & ECON. REV. 168 (2018) (בין השפעות הרפורמה שנערכה בדיני הניזוקין ניתן היה להבחין בכך שהגבלת שיעור הפיצויים הובילה למעבר של עורכי דין מתחום הניזוקין לתחום הקניין הרוחני מתוך מחשבה שיוכלו לשפר את רווחיהם).

⁹³ אלון קלמנט ואח' **תובענות ייצוגיות בישראל – פרספקטיבה אמפירית** 16 (2014) (עשרה משרדים מתוך כלל המשרדים המייצגים במסגרת תובענות ייצוגיות הם העומדים מאחורי 31% מכלל התיקים); כמו כן, נראה כי ישנם גם באי כוח סדרתיים שמייצגים תובעים ייצוגיים במספר רב של הליכים. ראו "לוח מחוונים – תובענות ייצוגיות" **התמנן מידע ציבורי לכל** (31.1.2021) [/https://octopus.org.il/2021/01/31/class-action-dashboard](https://octopus.org.il/2021/01/31/class-action-dashboard)

בתביעות גדולות שאינן ייצוגיות, בהן ניתן לגבות שכר מותנה הצלחה בהתאם לשיעורים המקובלים בשוק, שאינם נתונים לפיקוח. המגבלה המוצעת משפיעה על משרדי עורכי הדין הללו באופן משמעותי, ועשויה לגרום לכך שהם יפסיקו לייצג תובעים בהליכים ייצוגיים.

לסיכום, ההצעה בתזכיר החוק, אשר מתבססת על הדו"ח לבחינת ההסדרים בחוק תובענות ייצוגיות, לוקה בשני כשלים מהותיים – בסיס שכר הטרחה נמוך ממה שהיה נקבע בשוק בין צדדים שמתקשרים מרצון ובנוסף המנגנון המוצע לא כולל כל התייחסות לשיקולים חשובים שמופיעים היום בחוק, ובעיקר הסיכון שכרוך בניהול ההליך ומידת ההשקעה של עורך הדין בניהול התובענה. הכשלים עולים באופן ברור ביותר ביחס לשכר הטרחה בפסק דין או בפשרה שמקנה את מלוא הסעד לקבוצה, ובמיוחד כאשר שווי הסעד לקבוצה משמעותי. ללא התיקון של פגמים אלו מנגנון שכר הטרחה עשוי לעודד עוד תובענות חסרות ערך, ולדכא הגשה של תובענות מורכבות שיש בהן תרומה חברתית משמעותית.

ג. מודל רצוי לפסיקת שכר הטרחה

כפי שצוין קודם לכן, הדו"ח לבחינת ההסדרים בחוק תובענות ייצוגיות קובע בצדק כי קיימות בעיות ביחס לאופן פסיקת שכר הטרחה היום.⁹⁴ לפי הנתונים, שיעור שכר הטרחה בפשרות גבוה משכר הטרחה שמתקבל בפסק דין, למרות שקיים חשש שבעיית הנציג משפיעה על טיב הפשרה. בנוסף, בתי המשפט מאמצים לרוב את הצעת הצדדים לשכר טרחה בפשרה, ובכך מאפשרים לצדדים במשא ומתן להיטיב עם עורך הדין על חשבון חברי הקבוצה, במיוחד בפשרות בהן ניתן סעד בעין בדמות של הפחתת מחיר או הנחה.⁹⁵

על כן, חלק מהעקרונות שהוצעו בדו"ח לבחינת ההסדרים בחוק תובענות ייצוגיות נכונים וחשובים, ובעיקר הצמדת שכר הטרחה לשווי הריאלי של הסעד שנפסק לטובת הקבוצה וחולק בפועל.

ביחס למנגנון שכר הטרחה עצמו, ראינו כי ניתן לפרש את החוק היום כמנגנון שמבקש להתחשב בעלות של ההליך לעורך הדין, לצד התועלת שהתיק הניב לקבוצה ולחברה בכלל. במקום להזדקק להערכות מקורבות, ניתן לקבוע מנגנון ברור וקבוע מראש לעיצוב שכר הטרחה, באמצעות התחשבות ישירה בנתונים הרלוונטיים – ההשקעה של עורכי הדין המייצגים בניהול התובענה (בשעות), שווי שעת עבודה של עורכי הדין, הסיכון הכרוך בניהול התיק, והתועלת שהתיק יצר לקבוצה. המנגנון משיג תמריצים יעילים אם שיעור העלות לעורך הדין שמוחזר לו משלים את שיעור התועלת.

⁹⁴ ראו לעיל טקסט נלווה לה"ש 66.

⁹⁵ ראו לעיל טקסט נלווה לה"ש 16, 65.

לדוגמה, התשלום לעורך הדין יכול להיות 90% מהשכר הרגיל שלו לשעת עבודה, בתוספת 10% מהתועלת שהתיק הניב לקבוצה.⁹⁶

נסמן את הזמן המושקע – t , את שווי שעת עבודה של עורך הדין – c , את סיכויי ההצלחה של התיק – p , ואת גובה הסעד שנפסק לחברי הקבוצה – b (אל סכום זה ניתן להוסיף הערכה של התועלת שצמחה לציבור בכללותו מניהול ההליך), את שיעור העלות שמחזירים לעורך הדין המייצג q , ו-את רכיב התועלת שמשולם לעורך הדין כמשלים – $(1 - q)$. נוסחת שכר הטרחה היא – $b + (1 - q) \cdot q \left(\frac{t+c}{p} \right)$.⁹⁷ תחשיב זה צריך להיות קבוע, הן ביחס לפסקי דין והן לפשרות.⁹⁸ קודם ראינו כי מודל כזה יביא לניהול יעיל של הליכים מצד עורכי הדין.⁹⁹

כדי להמחיש את השימוש במנגנון השכר, נניח לדוגמה שמשרד תובענות ייצוגיות ניצח בתביעה נגד בנק, שהשיב ללקוחות 10 מיליון ש"ח. התביעה דרשה 500 שעות עבודה מצד עורכי דין במשרד, ששעת עבודה ממוצעת שלהם עולה ללקוחות 500 ש"ח. אם בית המשפט מעריך שסיכויי ההצלחה של התיק, כפי שניתן להעריך בשעת הגשת התובענה, עמד על 75%, והוא מחזיר לעורך הדין 90% מהעלות ועוד 10% מהתועלת, שכר הטרחה יעמוד על – $1,000,000 * 0.1 + 0.9 \left(\frac{500 * 500}{0.75} \right) = 1,300,000$.

החלק שמשולם כשכר לפי התועלת לקבוצה לא חייב לעמוד כמובן על 10%, ויכול להיות גבוה או נמוך יותר. ניתן לבחון מה השיעור המקובל בהסכמי שכר טרחה מותנה, במשרד המייצג או בכלל השוק בתביעות פרטניות בהיקפים דומים כדי לקבוע שיעור אחר.

כמובן שכל אחד מהפרמטרים במשוואה עשוי להיות נתון במחלוקת ולדרוש דיון והכרעה. מאחר שהשאיפה היא ליצור מנגנון פרקטי ליישום, נתייחס בהרחבה לרכיבים של מנגנון חישוב שכר הטרחה, ונראה כיצד יש ליישם בפועל

1. הערכת העלות של ההליך – שעות העבודה והשווי של שעת עבודה

החוק היום מציב מספר שיקולים שמצביעים על העלות של ההליך עבור עורך הדין המייצג, כגון מורכבות ההליך, איכות הייצוג וההשקעה בהליך.¹⁰⁰ לצד דרכים עקיפות

⁹⁶ להוכחה כי הסדר זה מוביל לתמריצים יעילים לעורך הדין ראו לעיל ה"ש 47, 48 וטקסט נלווה.
⁹⁷ החזר של 90% מהעלות לעורך הדין מותירה בידי עורך הדין 10% מהעלות. העלות לעורך הדין מורכבת בעיקר משעות העבודה שעורך הדין (או כלל עורכי הדין במשרד) השקיעו בניהול התיק, ללא תמורה. שווי העלות הזאת תלוי בשכר השעתי שעורכי הדין היו יכולים לגבות בייצוג בתיקים אחרים, שאינם ייצוגיים. כאשר עורך הדין מפנים 10% מהעלות ו-10% מהתועלת התמריצים שלו יעילים. ראו לעיל ה"ש 48. העלות לעורך הדין שווה לשעות העבודה שהשקיע בהליך, כפול השווי של שעת עבודה. זוהי העלות האלטרנטיבית שעורך הדין הפסיד מכך שלא השקיע את הזמן הזה בייצוג בתיקים אחרים. אולם, עורך הדין המייצג לא מקבל את התשלום בכל מקרה, אלא רק אם ניצח בהליך. לכן יש לחלק את הסכום בהסתברות שיזכה בהליך.

⁹⁸ אם התקבל ההצעה שעורכי הדין יישאו בעלויות ניהול ההליך, נראה שמנגנון התגמול צריך לפצות אותם גם על כך. תוספת זאת צריכה להיות שווה להוצאות המשפט של הצד השני, כפול ההסתברות שהתביעה תיכשל.

⁹⁹ ראו לעיל ה"ש 47, 48–50 וטקסט נלווה.

¹⁰⁰ ראו לעיל ה"ש 47–48.

אלה, ניתן לבחון את העלות לעורך הדין המייצג באמצעים ישירים – באמצעות דיווח על שעות העבודה שהושקעו והעלות של שעת עבודה במשרד עורכי הדין. מבחינת כמות שעות העבודה שהושקעו, עורכי הדין המייצגים יידרשו לדווח על זמן העבודה שלהם בפועל בתיק, בדומה לדיווח שעות עבודה שעורכי הדין מעבירים ללקוחותיהם. כברירת מחדל, בית המשפט ישתמש בנתון זה בלבד. עם זאת, קיים כמובן חשש שהדיווח לא יהיה מהימן. על כן, לבית המשפט תהיה סמכות להפחית את שעות העבודה שדווחו לשעות עבודה סבירות, בהתחשב באיכות הייצוג, כמות הדיונים וחומר הראיות שנדרש בהליך, בדומה לשכר מבוסס שעות שנפסק בתובענות ייצוגיות בארצות הברית.¹⁰¹

עורכי הדין יידרשו להעביר ראיות גם ביחס לשווי של שעת עבודה. עלות שעת העבודה לא יכולה, או צריכה, להתבסס על הצהרה של עורכי הדין המייצגים בלבד ביחס לשכר שהיו גובים בתיק הזה אם היה מתקיים משא ומתן. הצהרה כזאת חסרת ערך ללא שוק תחרותי או לקוח מן הצד השני שיכול להתמקח. במקום זאת, בית המשפט צריך לבחור מה השכר השעתי שעורכי הדין במשרד גובים בממוצע מלקוחות שהם מייצגים.¹⁰² ממילא, השכר השעתי מול לקוחות אחרים שמשלמים בפועל מגלם את אובדן ההזדמנות של משרד עורכי הדין בייצוג בתובענה הייצוגית במקום בייצוג לקוחות אחרים של המשרד. אם עורך דין לא יכול להמציא ראיות ביחס לייצוג של המשרד שלו, ניתן לאמץ מחיר מינימום מסוים. כמובן שהמחיר של שעת עבודה משתנה בהתאם לזהות עורך הדין או המתמחה במשרד שעבדו על התיק. אפשרות נוספת לקביעת העלות של עורך הדין המייצג היא להשוות אותה לשכר הטרחה שגובים עורכי הדין המייצגים את הנתבע. במקרה של הנתבע הלקוח הוא פעמים רבות שחקן חוזר, מתוחכם ומיוצג כמו חברות תקשורת, מבטחים ובנקים. על כן, הנתבע מחזיק בכוח מיקוח מול עורך דינו ויכול להפחית את שכר הטרחה שהוא משלם לרמה תחרותית או קרוב לכך. יתר על כן, במקרים רבים קיים מתאם בין איכות הייצוג מצד התובעים והעבודה הנדרשת מהנתבעים בייצוג, ולכן קיים מתאם מסוים בין עלות הייצוג לתובעים ולנתבעים. יתרון נוסף של השוואת עלות השכר לצורך קביעת שכר הטרחה לתובע בסוף ההליך היא ביצירת הלחץ על עורכי הדין המייצגים נתבעים להפחית משכרם (שכן ככל שהם גובים יותר, כך גם הנתבע יידרש לשלם יותר בסוף ההליך לעורכי הדין המייצגים את הקבוצה).

המנגנון להערכת העלות לעורך הדין לא משתנה בין אם ההליך הסתיים בפשרה או בפסק דין, אך כמובן שהמועד בו מסתיים ההליך משפיע על עלות הייצוג. ככל שההליך הסתיים מוקדם יותר, כמות שעות העבודה שהושקעו בו קטנה יותר. אולם, הסתמכות על מועד סיום ההליך בלבד היא שגויה. קיימת שונות רבה ביחס למידת ההשקעה גם בין תיקים שהסתיימו בפשרה לפני החלטה בבקשת האישור. לדוגמה, תיקים מורכבים עשויים לדרוש תשומות משמעותיות מעורך הדין עוד לפני הגשת הבקשה לאישור. יתר

¹⁰¹ ראו לעיל ה"ש 52, 59 וטקסט נלווה.

¹⁰² הכוונה לגבייה בפועל מלקוחות, כולל הנחות או ויתור על חוב. אם עורך הדין גובה מלקוח 1,000 ש"ח לשעה אבל בפועל מוותר על 20% מהחשבון הסופי, העלות האלטרנטיבית לעורך הדין בייצוג בהליך של תובענה ייצוגית במקום בתיק רגיל היא 800 ש"ח לשעה ולא 1,000 ש"ח.

על כן, מידת ההשקעה של עורך הדין לפני הגשת הבקשה משפיעים על הסיכוי שהנתבע ישאף להתפשר מוקדם יותר.

2. הערכת הסיכון בהליך

מאחר שעורך הדין זכאי לשכר הטרחה רק אם ההליך הסתיים בהצלחה, יש להתחשב בסיכון שעורך הדין נטל על עצמו שלא יקבל שכר בכלל בעת חישוב מרכיב העלות.¹⁰³ הערכת הסיכון צריכה להתבצע על ידי בית המשפט בסוף ההליך, אולם עם הפנים למידע שהיה זמין לתובע במועד ההגשה. לעיתים אין הבדל משמעותי בין המצב העובדתי והמשפטי אשר ידוע לצדדים לפני ואחרי ההליך. במקרים אחרים, עורך הדין המגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית ניצב בנחיתות אינפורמטיבית משמעותית מול הצד השני, ורק הליכי גילוי מסמכים וחקירות מסייעים להבין את מצב הדברים לאשורו.¹⁰⁴ בית המשפט צריך להתחשב בסיכון שכרוך בניהול תביעה כאשר מלוא המידע נמצא בידי הנתבע בשלב הערכת הסיכון.

שופטים מחזיקים באופן טבעי במומחיות הדרושה להעריך את סיכויי התיק שניצב בפניהם, ולכן הם יכולים להעריך את הסיכון לעורך הדין כאשר ניתן פסק דין סופי. כאשר הצדדים מגישים יחד בקשה לאישור הסדר פשרה קיים חשש שעורך הדין המייצג והנתבע יחד יפעלו להציג את התיק ככזה שסיכוייו נמוכים, או לפחות היו נמוכים במועד הגשת הבקשה לאישור התובענה כייצוגית. מבחינת עורך הדין המייצג, אם בית המשפט משתכנע שסיכויי התיק נמוכים שכר הטרחה יהיה גבוה יותר, כדי לכסות על אלמנט הסיכון. מבחינת הנתבע, הצגת התיק ככזה שסיכוייו נמוכים משדרת מסר מרגיע למשקיעים ולקוחות בדבר העמידה של הנתבע בהוראות הדין. חשוב מכך, שני הצדדים יחד מעוניינים להראות לבית המשפט שסיכויי התיק נמוכים שכן זה מצדיק את סכום הפשרה – ככל שהסיכוי של התיק נמוך יותר, כך מוצדק להתפשר על חלק קטן יותר מזכות התביעה של חברי הקבוצה. חשש אחרון זה, שהצדדים יציגו את סיכויי התיק כנמוכים כדי להצדיק את הסעד לקבוצה, קיים גם היום. על כן, חוק תובענות ייצוגיות מורה לבית המשפט למנות בודק בעל מומחיות בתחום התובענה הייצוגית לפני שיאשר אותה.¹⁰⁵ בתי המשפט צריכים להיעזר בחוות הדעת של בודקים גם כדי להעריך את סיכויי התביעה לצורך קביעת שכר הטרחה בפשרה.

¹⁰³ ראו לעיל ה"ש 38.

¹⁰⁴ ראו רע"א 6646/19 ר.ל.פ.י. **קלאות בע"מ נ' MAN Truck & Bus AG**, פס" 14 (נבו 12.10.2012); רע"א 7839/20 **Nippon Yusen Kabushiki Kaish** נ' **בויה**, פס" 14 (נבו 6.1.2022). (בין הצדדים להליכים בתובענה הייצוגית ישנם פערי מידע מובנים ובוררים. מטרת גילוי המסמכים בהליך זה, נוסף על מטרתיו הרגילות, היא להתגבר על פערי מידע אלו).

¹⁰⁵ ס' 19 (ב) לחוק תובענות ייצוגיות. החוק מתיר לבית המשפט לאשר את הסדר הפשרה ללא חוות דעת של בודק, אולם רק אם יש לכך טעמים מיוחדים. בפועל החריג הפך לכלל, ובתי המשפט נוטים לאשר הסכמי פשרה ללא מינוי של בודק. ראו וינשל-מרגל וקלמנט, לעיל ה"ש 15, בעמ' 753 (בית המשפט מינה בודק רק ב-15% מהבקשות לאישור הסדרי פשרה שלא סולקו על הסף. במקרים בהם לא ממונה בודק בית המשפט מחויב לרשום את הטעמים המיוחדים לאי המינוי, אך לא נראתה התייחסות מיוחדת לנושא בהחלטות מצד בית המשפט).

עשוי להיווצר הרושם שהתחשבות בסיכויי התיק עשויה לתמרץ את עורכי הדין להגיש תיקים שסיכוייהם נמוכים ולהימנע מתיקים שסיכויי ההצלחה שלהם גבוהים, כדי ליהנות ממכפיל שכר הטרחה. אולם, אם בית המשפט מעריך את הסיכון באופן נכון, חשש זה לא מוצדק. המטרה של המכפיל היא לפצות את עורך הדין על הסיכון שהתיק יפסיד, והוא לא יקבל שכר טרחה בכלל. סיכון זה מוביל עורכי דין להעדיף תיקים בעלי סיכויי הצלחה גבוהה, גם כאשר קיימים תיקים ראויים שסיכוייהם נמוכים. תיקון שכר הטרחה באופן שמתחשב בסיכון זה רק מתקן את הבעיה הקיימת בתמריצים.¹⁰⁶

3. הערכת התועלת מהתיק - הסעד לקבוצה והתועלת לחברה

לצד תשלום חלקי לעורך הדין עבור העלות הכרוכה בהליך, שכר הטרחה כולל גם אחוז מהתועלת שבניהול ההליך. בדין הקיים בית המשפט נדרש להעריך את רכיב התועלת, שכן השכר מורכב מאחוזים מתוך התועלת שההליך הניב לקבוצה. גם תחת ההצעה בתזכיר החוק בית המשפט יידרש להעריך את התועלת מהתובענה.

בדו"ח לבחינת ההסדרים בחוק תובענות ייצוגיות הכותבים ביקרו בצדק את האופן בו מחושב שווי הסעד לקבוצה בפסיקה.¹⁰⁷ אחת הדרכים בהן עורך הדין המייצג והנתבע עשויים לפעול יחד נגד הקבוצה בפשרה היא באמצעות קביעת מנגנון פיצוי מבוסס הנחות או שוברים למוצרים חלף תשלום פיצוי. על כן, חשוב שרכיב התועלת יחושב לפי הערך הממשי שניתן לקבוצה בפועל, ולא לפי הצגת השווי של הצדדים בהסדר, תחת הנחה של מימוש מלא ושווי מלא.¹⁰⁸

ככלל, בתי המשפט צריכים להתחשב רק בתועלת שצמחה לחברי הקבוצה בחישוב שכר הטרחה. בסיס הניתוח התחקה אחר מנגנון השכר ההיפותטי שעורך הדין וחברי הקבוצה היו יכולים להסכים עליו, אילו היו מקיימים משא ומתן. חברי הקבוצה, כמו לקוחות אחרים ששוכרים עורכי דין, לא היו מוכנים במרבית המקרים לשלם לעורך הדין תשלום גבוה יותר מאחר שלתיק יש חשיבות ציבורית. יחד עם זאת, תביעות מורכבת בנושא חדשני יוצרות תועלת לציבור, בכך שהן מסייעות לפתח את הדין.¹⁰⁹ במקרים אלה ניתן לקבוע בחוק סכום תוספת בשיעור מסוים לסעד שניתן לקבוצה, כדי לעודד הגשה של תביעות מורכבות וחדשניות.¹¹⁰

¹⁰⁶ גם נוסח החוק הקיים מחייב את בית המשפט להתחשב בסיכון הכרוך בניהול ההליך. התחשיב המוצע כאן לא מחדש דבר מבחינת השיקולים שבית המשפט נדרש לקחת בחשבון, אלא רק מציע נוסחה שמתכללת באופן נכון את השיקולים השונים שמובאים בחוק. ראו לעיל, ה"ש 97 וטקסט נלווה.

¹⁰⁷ ראו, הדו"ח לבחינת ההסדרים בחוק תובענות ייצוגיות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 36–39.

¹⁰⁸ לדוגמה, הנחה של חמישה ש"ח לרכישת קפה עבור כמות מסוימת של לקוחות לא אומרת שכולם ינצלו את ההנחה, וגם ביחס לאלה שינצלו אותה, היא לא שווה בהכרח חמישה ש"ח. ראו לעיל, ה"ש 63.

¹⁰⁹ ראו לעיל, ה"ש 91.

¹¹⁰ המחוקק יכול לעודד תביעות מהסוג הזה גם באמצעים אחרים. לדוגמה, ממשלת קנדה מממנת הגשה של הליכים משפטיים בסוגיות חוקתיות שנוגעות לזכויות ילדים, במטרה לפתח את הדין בסוגיות אלה. ראו PCJ CCP, <https://pcj-ccp.ca/> (last visited May 25, 2024).

4. משקולות העלות והתועלת

נוסחת שכר הטרחה שהוצגה קודם לא מחייבת הצמדות לשיעורים מסוימים דווקא של אחוז החזר העלות והשיעור המשלים של התועלת מההליך. לכאורה, כל שילוב יוצר תמריצים ראויים לניהול התביעה. אולם, כדי שעורך הדין יפעל לקדם את עניינם של חברי הקבוצה חשוב שהחלק מתוך התועלת לא יהיה בטל בשישים.

לא ניתן לאמץ את ההצעה של הצוות הבין-משרדי, אשר מתחשבת רק ברכיב התועלת, ולהוסיף לה את רכיב העלות. תחשיב שכר הטרחה המוצע, כמו גם הפסיקה של בתי המשפט, מבוססת על מדרגות שכר, שניתן באחוזים פוחתים ככל שהסכום הכולל של הסעד עולה. הבעיה ביישום של תחשיב כזה לעניין העלויות טמונה בכך שלא ניתן לדעת איזה חלק של העלות (שעות העבודה) קשור לאיזה רכיב מתוך השכר. כדי להמחיש את הקושי, נניח שבית המשפט נדרש לפסוק שכר טרחה בתיק שהושקעו בו 1,000 שעות עבודה, והוביל לפיצוי בסכום כולל של 150 מיליון ש"ח. לפי ההצעה של הצוות הבין-משרדי החלק מהרווח שווה ל-23% עבור סכום של עד ל-5 מיליון ש"ח, 18% בסכום נוסף עד 10 מיליון ש"ח, 13% בסכום נוסף עד 30 מיליון ש"ח, 12% בסכום נוסף עד 60 מיליון ש"ח, 10% עבור סכום נוסף עד ל-100 מיליון ש"ח, ו-1% עבור כל סכום שבין 100 ל-150 מיליון ש"ח. כדי להשלים את רכיב העלויות, צריך להשיב לעורך הדין 77% מעלות השעות שנדרשו להשגת חמשת מיליון הש"ח הראשונים, 82% מעלות השעות שנדרשו להשגת הסכום שבין 5 ל-10 מיליון ש"ח, וכך הלאה. הקושי ברור – ניתן לברר כמה שעות הושקעו בסך הכל בתיק, אבל אין דרך לייחס חלקים מהעבודה לרכיב מסוים מהתועלת.

לכן רצוי שמחוקק יקבע שיעור מסוים וקבוע מראש בחוק, שנע סביב 10% מתוך התועלת והחזר של 90% מתוך רכיב העלות. התחשיב המוצע צפוי להפחית, ייתכן שאפילו בצורה משמעותית, את שכר הטרחה בתיקים פשוטים שאינם טעונים ברור רב. ייתכן שהתחשיב יגדיל, ואולי אף באופן משמעותי, את שכר הטרחה בתיקים גדולים ומורכבים בעלי פרופיל סיכון גבוה. אולם, גובה שכר הטרחה הכולל הוא חסר משמעות כשלעצמו. השאלה היחידה שצריכה לעניין מעצבי מדיניות היא ההשלכות של המנגנון, ולא השכר שישתלם. אם המנגנון יעודד עורכי דין להגיש תביעות חשובות שיוצרות ערך לחברי הקבוצה, ולצד זאת ידכא את ההגשה של תביעות קנטרניות שאין ערך בצידן, המנגנון הצליח, בין אם שכר הטרחה הממוצע ירד או עלה.

סיכום

התובענה הייצוגית יוצרת תאגיד משונה, שחברות בו נכפית על בעלי העניין בתאגיד. מאחר שחברי הקבוצה לא יכולים לפקח באופן אפקטיבי על הפעולות של עורך הדין המנהל עבורם את נכסיהם, חוק תובענות ייצוגיות יוצר מערכת ממשל תאגידי, שמחליפה את הביקורת של חברי הקבוצה בפיקוח של בית המשפט. מטרת הפיקוח היא למנוע את בעיית הנציג, שקיימת תמיד בעת ייצוג משפטי, אך היא חריפה במיוחד בייצוג בתובענה ייצוגית.

קיימים מנגנוני פיקוח שונים בחוק, ובראשם הצורך לאשר את התובענה הייצוגית, וההתחשבות באיכות הייצוג ותום הלב של עורך הדין המייצג כשיקולים מרכזיים באישור הגשת התובענה. לצד מנגנונים אלה, הסטנדרט שקבע המחוקק לקביעת שכר הטרחה נועד ליצור תמריצים אשר יובילו להתאמת האינטרסים של עורך הדין עם האינטרס של חברי הקבוצה המיוצגים.

מודל שכר הטרחה המוצע בדו"ח לבחינת ההסדרים בחוק תובענות ייצוגיות צפוי להגביר את הוודאות וליצור אחידות בפסיקת שכר הטרחה, אך במחיר כבד. שיקולים חשובים לא נכנסו לתוך התחשיב, ולכן מנגנון השכר צפוי לעוות את התמריצים להגיש ולנהל תובענות.

מודל שכר הטרחה המוצע במאמר זה יכול לפתור את בעיית התמריצים. הוא צפוי לעודד הגשת תביעות שנושאות ערך חברתי משמעותי, ולדכא תביעות חסרות ערך. יישום שלו צפוי לשפר את הרכב התביעות הקיימות היום בישראל.