

מינוי והחלפה של עורך דין על ידי בית המשפט במסגרת תובענה ייצוגית

מאת

אריאל פלביאן*

ההליך הייצוגי נושא עמו מאפיינים ייחודיים. אחד מהם הוא מתן הרשאה לעורכי דין לייצג קבוצה של לקוחות ללא ייפוי כוח. דרך זו אינה מקובלת במסגרת הליכים משפטיים אחרים, שבהם על המייצג לקבל הרשאה מפורשת וכתובה מאת הגוף המיוצג.

לפיכך מוטלת על בתי המשפט אחריות להבטיח את הייצוג הנאות של חברי הקבוצה.

כדי להבטיח את הייצוג הנאות של חברי הקבוצה ניתנה לבתי המשפט סמכות להחליף את עורך הדין שהגיש את התובענה ואף למנות עורך דין נוסף לייצוג הקבוצה או תת־הקבוצה.

החוק בישראל לא הקנה כלים של ממש לבתי המשפט על מנת להשתמש בסמכותם להחליף ולמנות עורכי דין לקבוצת הנפגעים. לכן לא נעשה עד כה שימוש בסמכות זו, ולכל היותר הורו בתי המשפט לבא כוח הקבוצה למנות לצדו עורך דין נוסף המנוסה בתחום. דרך התנהלות זו עדיין מותירה את הבחירה בידי אותו עורך דין אשר בית המשפט הטיל ספק בכישוריו להמשיך ולייצג את הקבוצה כראוי.

במסגרת רשימה זו נטען כי יש לעודד במקרים המתאימים את בתי המשפט לגלות יזמה של ממש על מנת לפעול להחלפת עורכי דין, לצורך שמירה על עניינם של חברי הקבוצה. המקרים הראויים להתערבות שיפוטית הם כאשר עורכי הדין המייצגים את הקבוצה מתרשלים במילוי תפקידם ובכך עלולים לסכל את חברי הקבוצה, או כאשר הם מבקשים להביא את התביעה לסיום מוקדם באמצעות הסתלקות או פשרה שאינה לטובת הקבוצה.

במסגרת מאמר זה אנסה להציע דרך חדשה, אשר טרם נבחנה בישראל, המבוססת על שיטה הדומה לעריכת מכרז לשם מינוי עורכי דין אשר ייצגו את קבוצת התובעים בהליך של תובענה ייצוגית, תוך שמירה על זכויותיו של עורך הדין אשר יזם את ההליך ועל רמה מקצועית ראויה כיאה לעורך דין הנדרש לייצוג קבוצה גדולה של נפגעים.

* מרצה מן החוג באוניברסיטת חיפה. תודתי מסורה לד"ר ערן טאוסניג, לד"ר שי לביא ולד"ר רביע עאסי על הערותיהם המועילות. האחריות על תוכנו של המאמר, על פגמיו (אם יימצאו), היא של המחבר בלבד.

מבוא. א. חלק ראשון – דרישת הייצוג הראוי – הטעם להחלפת עורך דין על ידי בית המשפט; 1. חשיבות הייצוג הראוי; 2. אימתי יפעל בית המשפט למינוי עורך דין חלופי לקבוצה? 3. בקשת המייצגים להביא לסיומו המוקדם של ההליך; 4. חוסר שביעות רצון מאופן הניהול של התובענה; 5. חוסר הרצון השיפוטי להתערב במינוי עורך הדין. ב. חלק שני – מינוי עורך דין על ידי בית המשפט בארצות הברית. ג. חלק שלישי – הדרך המוצעת לעריכת מכרז בישראל; 1. שלב האיכות – קביעת התנאים להבטחת איכות הייצוג; 2. שלב ההצעה הכספית; 3. מנגנונים אפשריים לקביעת שכר הטרחה; 4. תשלום עבור תוספת מאמץ; 5. תשלום שכר טרחה להבטחת הגבייה בפועל; 6. צמצום חיובי ההוצאות שיושטו על חברי הקבוצה; 7. תשלום לעורך הדין אשר יזם את ההליך. סיכום.

מבוא

התובענה הייצוגית היא הליך משפטי המאגד במסגרת הליך אחד תביעות של נפגעים רבים. איחוד זה מקל את הגישה לערכאות בעניינים אשר בדרך כלל אין לצפות כי תוגשנה בגינם תביעות אישיות, וזאת בשל נזק מזערי של כל אחד מחברי הקבוצה הנפגעת. ההליך המאוחד מוזיל את עלויות התביעה ויוצר היתכנות כלכלית. כמו כן משמשת התובענה הייצוגית אמצעי הרתעה מפני עברה על החוק של גופים שונים, מסייעת באכיפתו של החוק באמצעות מתן אפשרות לנפגעים המבקשים לקבל סעד הולם לפגיעתם להגיע לפתחו של בית המשפט ובניהול יעיל וממצה של ההליך המשפטי.¹ על מנת לקדם את המטרות שנקבעו בחוק תובענות ייצוגיות החוק הישראלי מגדיר תובענה ייצוגית כך: "תובענה המנוהלת בשם קבוצת בני אדם, שלא ייפו את כוחו של התובע המייצג לכך, ואשר מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה". דרישת החוק היא חלופית, ונדרש שיהיו שאלות אישיות פרטניות המשותפות לחברי הקבוצה או שאלה משפטיות משותפות.² הייצוג האמור, הנעשה על ידי מייצגים הפועלים ללא ייפוי כוח, הוא בבחינת חריג לכלל, הואיל ודרך זו אינה מקובלת במסגרת הליכים משפטיים אחרים שבהם על המייצג לקבל הרשאה מפורשת וכתובה מאת הגוף המיוצג. לאור זאת מוטלת על בתי המשפט אחריות להבטיח את הייצוג הנאות של חברי הקבוצה. בתי המשפט לא יאשרו תובענה

1 מטרות החקיקה פורטו בסעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו–2006, ס"ח 264 (להלן: החוק או חוק תובענות ייצוגיות).
2 ראו: הגדרת המונח "תובענה ייצוגית" בסעיף 2 לחוק, וכן בסעיף 8(א)(1) לחוק; ע"א 2718/09 "גדיש" קרנות גמולים בע"מ נ' אלסינט בע"מ (פורסם בנבו, 28.5.2012) (להלן: עניין גדיש).

ייצוגית אלא אם קיים יסוד סביר לכך שענייניה של הקבוצה ייוצגו וינהלו בדרך הולמת ובתום לב.³

כדי להבטיח את הייצוג הנאות של חברי הקבוצה, חוק תובענות ייצוגיות מקנה סמכויות רחבות לבתי המשפט, הכוללות הסמכה למנות עורך דין אשר ינהל את התובענה, הסמכה להחליף את עורך הדין שהגיש את התובענה ואף למנות עורך דין נוסף לייצוג הקבוצה או תת-הקבוצה.⁴ דרכי המינוי של בא כוח הקבוצה או החלפתו על ידי בתי המשפט מעוררות קשיים לא מעטים, שעמם ננסה להתמודד במסגרת מאמר זה. הבעיה העיקרית בסוגיה זו נובעת מכך שבמסגרת הוראות החוק לא ניתנו לבתי המשפט אמות מידה וקריטריונים אשר יהיו להם לעזר בהתעורר הצורך למנות עורך דין לקבוצה המיוצגת או להחליפו. ברוב המקרים שבהם התעורר חשש להיעדרו של ייצוג נאות בתובענה ייצוגית, אשר היה דומה כי יש מקום להמשיך בה, הורו בתי המשפט לבא כוח הקבוצה למנות לצדו עורך דין נוסף המנוסה בתחום. דרך התנהלות זו עדיין מותרת את הבחירה בידי אותו עורך דין אשר בית המשפט הטיל ספק בכישוריו להמשיך ולייצג את הקבוצה כראוי. אנו סבורים כי בנסיבות כגון אלה נראה שאין להותיר את הבחירה בידי התובע המייצג או בידי בא כוחו.⁵

בעיה נוספת המתעוררת בעת מינוי או החלפה של עורכי דין על ידי בית המשפט קמה בשל ריבוי תפקידיו של עורך הדין במסגרת הליכי התובענה הייצוגית. לא פעם עורך הדין משמש יזם אשר הגה את רעיון התביעה עצמו. תפקיד זה זכה לאחרונה להכרה בבית המשפט העליון.⁶ עם זאת המחוקק ובתי המשפט התייחסו עד כה אך ורק לתפקיד עורך הדין כמנהל ההליך המשפטי עבור התובע המייצג ויתר חברי הקבוצה,⁷ ולא התייחסו לסוגיית תפקידו של עורך הדין כזם.

3 סעיף 8 (ג)1 לחוק תובענות ייצוגיות.

4 כאשר מוגשת יותר מתובענה אחת באותו עניין (סעיף 7 (ב) לחוק), או כאשר בית המשפט סבור שעורכי הדין שהגישו את התובענה אינם ראויים להמשיך ולייצג (סעיף 8 (ג)1 לחוק), או שעורכי הדין מבקשים לסלק את התובענה (סעיף 16 (ד) לחוק) וכן מינוי עורך דין לתת קבוצה (סעיף 10 (ג) לחוק).

5 עם זאת בתי המשפט הורו, לא פעם, על מינוי עורך דין נוסף לייצוג הקבוצה, לדוגמה ראו: ת"א (מחוזי ת"א) 1134/95 שמש נ' רייכרט (פורסם בנבו, 15.10.1996) (להלן – עניין שמש); בש"א (מחוזי ת"א) 1065/05 שאול נ' תדיראן מוצרי צריכה בע"מ (פורסם בנבו, 14.2.2008); עניין גדיש, לעיל הערה 2; סעיף 8 (ג)1 לחוק; תק' 10 לתקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010.

6 ע"א 8037/06 ברזילי נ' פרינר (הדס 1987) בע"מ (פורסם בנבו, 4.9.2014); ראו גם לאחרונה: עמדת היועץ המשפטי לממשלה בעניין רע"א 3698/11 שלמה תחבורה נ' גלייזר ואח': חוות הדעת מיום 9.11.2015: <http://index.justice.gov.il/Pubilcations/News/Documents/PositionAttorneyGeneralLawClassActions.pdf>

7 לדוגמה, סעיף 17 לחוק, הקובע חובת נאמנות של עורך הדין לטובת הקבוצה כאילו זו הייתה שולחתו.

במסגרת מאמר זה אנסה להציע דרך חדשה, אשר טרם נבחנה בישראל, לצורך מינוי עורך דין אשר ייצג את קבוצת התובעים בהליך של תובענה ייצוגית. הפתרון נעוץ לדידי בשיטת המכרז, אשר זכתה להכרת שורשים בהחלטות שניתנו זה מכבר בארצות הברית,⁸ תוך התאמתה לשיטת המשפט בישראל. שיטת המכרז עצמה מוכרת ומפותחת דייה בדין הישראלי, ויש בה כדי ליצור תשתית הלכתית ראויה, שעליה ניתן להתבסס בסוגיה הנדונה.

המכרז הוא דרך ל"השגתן של הצעות, שהן הראויות ביותר מבחינתו של המזמין, תוך שמירה על עקרונות יסוד של שוויון, הגינות וטוהר מידות".⁹ אימוץ שיטת המכרז יאפשר השגה ומימוש של היעדים הדרושים להבטחת הייצוג הנאות של הקבוצה ולשימור האינטרס הציבורי שבבסיס החוק. בנוסף, שיטת המכרז תאפשר לבתי המשפט לקבוע אמות מידה הולמות, שתאפשרנה להם למנות עורך דין אשר ייצג את הקבוצה כראוי.¹⁰

במסגרת המכרז יהיה ניתן להבטיח שכר סביר לעורך הדין אשר יזם את הגשת התובענה, בד בבד עם שמירה על התמריצים הדרושים כדי לעודד את עורך הדין לפעול במרצות ובנחישות לשמירה על האינטרסים הענייניים של הקבוצה.

הדיון בבעיה ובשיטה המוצעת לפתרונה יהיה כדלקמן:

בחלק הראשון נדון בחשיבות הייצוג הראוי ובנסיבות שבהן מתעורר צורך להורות על החלפת בא כוח הקבוצה.

בחלק השני ייבחנו הפתרונות שניתנו בארצות הברית בסוגיית מינוי עורך דין לקבוצה המיוצגת.

בחלק השלישי תידון ההצעה לעריכת מכרז לשם מינוי עורך דין לקבוצה המיוצגת, לרבות האפשרויות העומדות בפני בתי המשפט לקביעת שכרו של עורך הדין, על מנת שיובטח הייצוג המיטבי לחברי הקבוצה בד בבד עם השמירה על מעמדו של עורך הדין שיזם את ההליך.

8 Laural Hooper & Marie Leary, *Auctioning the Role of Class Counsel in Class Action Cases: A Descriptive Study* (Federal Judicial Center 2001) (FJC Report); *In re Auction The Circuit Task Force*, *Houses Antitrust Litigation*, 197 F.R.D 71 (S.D.N.Y. 2000); Report on Selection of Class (2002) (להלן: Task Force Report), ניתן לצפייה באינטרנט (<http://www.ca3.uscourts.gov/sites/ca3/files/final%20report%20of%20third%20circuit%20task%20force.pdf>) (נצפה לאחרונה במרץ 2016) בכתובת:

9 בג"ץ 118/83 אינוסט אימפקט בע"מ נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות, פ"ד לח(1) 729, 734 (1984); גבריאלה שלו "מכרזים ציבוריים לאחר חוק חובת מכרזים, התשנ"ב-1992" משפט וממשל ב 455, 460-461 (התשנ"ה).

10 לעניין קביעת אמות מידה במכרז – ראה, לדוגמה, סעיף 4(א) (5) לחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992, המסמיך את עורך המכרז לקבוע אמות מידה ואת תקנה 22 לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993, המסמיכה את עורך המכרז לקבוע אמות מידה שיהא בהן כדי להביא לבחירת ההצעה המעניקה לו את מרב היתרונות.

א. חלק ראשון: דרישת הייצוג הראוי – הטעם להחלפת עורך דין על ידי בית המשפט

1. חשיבותו של הייצוג הראוי

המודל הנוהג כיום בארץ בעניין הגשתה של תובענה ייצוגית מבוסס על שיטת ה-Opt-out¹¹, שבמסגרתה רשאי התובע המייצג להגיש את הבקשה לייצוג קבוצה מבלי שקודם לכן היה עליו לקבל את רשות חברי הקבוצה.¹² עם זאת תוצאות ההליך מחייבות את כל חברי הקבוצה בהודעה מפורשת,¹³ למעט אלו שפרשו ממנה.¹⁴ הכיצד? כדי להצדיק את חיוב חברי הקבוצה בתוצאות ההליך אף שלא היו שותפים לו, יש לוודא כי עניינם יועלה בבית המשפט באופן ראוי והולם.¹⁵ שיטה שונה נהוגה במרבית מדינות אירופה,¹⁶ אשר דבקת דווקא בתביעה קולקטיבית, המבוססת על עקרון ההצטרפות (Opt-in), שעל פיו כל חבר בקבוצה נדרש להסמיך בכתב את התובע המייצג אותו בהליך.¹⁷ מחקרים הראו כי שיטת ה-Opt-out מאופיינת בקבוצות חברים גדולות, הנוצרות בשל אי-פרישתם המפורשת של חברי הקבוצה המיוצגת.¹⁸ הסיבה למספר הנמוך של אחוזי

11 בררת המחדל הקבוצה בדין הישראלי היא כי התובע רשאי לייצג את כל חברי הקבוצה, אף שאלו לא ייפו את כוחו, ולחברי הקבוצה יש האפשרות לפרוש מן הקבוצה. ראו: ס' 11 לחוק, שלפיו הזכות לפרישה היא תוך 45 ימים מיום פרסומה של החלטת בית המשפט, וכן תקנה 7 לתקנות בעניין אופן מסירת ההודעה ליציאה מן הקבוצה.

12 סעיף 2 לחוק, המגדיר את המונח "תובענה ייצוגית".
13 סעיף 24 לחוק קובע כי פסק דין בתובענה ייצוגית יהיה מעשה בית דין לכל חברי הקבוצה שבשם נוהלה התובענה.

14 סעיף 11 לחוק הוא אחד מעקרונות היסוד של שיטת התביעות הייצוגיות בישראל, ראו המחקר האמפירי שהוגש לבית המשפט העליון: אלון קלמנט, קרן וינשל-מרגל, יפעת טרבולוס ורוני אבישר "שדה תובענות ייצוגיות בישראל – פרספקטיבה אמפירית" מחלקת המחקר של הרשות השופטת 8 (2014) (להלן: הדו"ח האמפירי).

15 אמיר ויצנבליט "ייצוג הולם בהסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות" משפטים מג 351, 358 (התשע"ג).

16 כגון צרפת: Actions for collective interests of consumers under *la loi d'orientation du commerce et de l'artisanat du 27 décembre 1973* (the Royer Act 1973). *Action en legislative decree no. 78 of*; איטליה: *représentation conjointe des consommateurs* 2009, which entered into force on 5 August 2009, converted with amendments into the law of 3 August 2009 no. 102; בדנמרק לדוגמה התפתח מודל אחר שבו, בתנאים מסוימים, לצד תביעות ההצטרפות הוסמך גוף ציבורי להגיש תביעות המבוססות על שיטת ה-opt-out ראו: Act no. 181 of 28 February 2007 on Collective Redress came into force on 1 January 2008.

17 אמנם קיימת בישראל חלופה אחרת, לפי סעיף 12 לחוק תובענות ייצוגיות, המאפשרת את ניהול ההליך על דרך של הצטרפות (OPT-IN), אולם דרך פעולה זו טרם נוסתה בישראל בשל הבעייתיות הגלומה בה.

הפרישה מן ההליך היא אפתיות (rational apathy),¹⁹ שמקורה באינטרס אישי נמוך של יחידי הקבוצה. בפועל נראה שהמשמעות היא חוסר רצון של יחידי הקבוצה לבצע פעולות פוזיטיביות, שמשמען השתתפות בהליך המשפטי או פרישה מהקבוצה. יצירת קבוצות גדולות היא למעשה היתרון של שיטת ה-Opt-out, הואיל ויש בזה משום סיוע ניכר ותמריץ כספי להגשת התובענה הייצוגית בקרב עורכי הדין, אשר שכרם נגזר מן הפיצוי.²⁰

הבעיה הנובעת משיטת ה-Opt-out היא שעורך הדין המקבל על עצמו את ייצוג הקבוצה אינו מכיר את חברי הקבוצה, ומידת מחויבותו לכל אחד מהם היא מעטה. בנסיבות אלו, שבהן חברי הקבוצה נעדרים מן ההליכים המשפטיים, ראוי לקבוע כללים ברורים אשר יהא בהם כדי להבטיח את הייצוג המיטבי של חברי הקבוצה.

כללי הייצוג הראוי מתייחסים, בראש ובראשונה, לעורך הדין המייצג את קבוצת הנפגעים בפני בית המשפט. עורך דין זה משמש שחקן מרכזי בהליך, ולמעשה, במרבית המקרים הוא גם מי שיזם את ההליך הייצוגי. מערכת היחסים בין חברי הקבוצה, הנעדרים מן ההליך המשפטי, לבין עורך הדין המייצג אותם ללא הסמכה מפורשת ומבלי שניתן לו ייפוי כוח, מעוררת קשיים לא מעטים. עקרון היזמות הפרטית בתביעות הייצוגיות גורר עמו אף את בעיית הנציג הנובעת מניגודי האינטרסים בין נציגיה של הקבוצה בבית המשפט לבין חברי הקבוצה.²¹

עורך הדין של הקבוצה הוא בדרך כלל גם מי שבקיא בעובדות המקרה טוב מכל אחד מחברי הקבוצה. מצב זה מאפשר לעורך הדין להעריך טוב יותר את סיכויי ההליך ולנווט

18 Teodor Eisenberg & Geoffrey P. Miller, *The role of opt-out Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues*, 57 VAND. L. REV. 1530, 1532 (2004); Myriam Gilles & Gary B. Friedman, *Exploding the Class Action Agency Costs Myth: The Social Utility of Entrepreneurial Lawyers*, 155 U. PA. L. REV. 103, 106–108, 133 (2006); Bruce I. Bertelsen, Mary S. Calfee and Gerald W. Connor, *Note, The Rule 23(b)(3) Class Action: An Empirical Study*, 62 GEORGETOWN L. J. 1123, 1145 (1974); Rachael Mulheron, *Reform of Collective Redress in England and Wales: A Perspective of Need* (Feb 2008, for the CJC)

19 John C. Coffee, *Litigation Governance: Taking Accountability Seriously*, 110 COLUMBIA LAW REV. 288, 304 (2010); Roger Van den Bergh & Louis Visscher, *The Preventive Function of Collective Actions for Damages in Consumer Law*, 1(2) ERASMUS L. REV. 5 (2008)

20 למחקרים השוואתיים ואמפיריים ראו: Mulheron, לעיל הערה 18, בעמ' 147–154.

21 נציגיה של הקבוצה נדרשים להשקיע בניהולו של ההליך ובייזומו השקעה ניכרת לעומת חברי הקבוצה שאינם חולקים את ההשקעה ואת הסיכונים, ולכן הם יהיו נכונים להגיע לפשרות בסכומים נמוכים משל אלו שחברי הקבוצה יסכימו אליהם. ראו בעיית הנציג בעמ' 9 לדו"ח האמפירי, לעיל הערה 14.

אותו בדרך שיהא בה כדי להבטיח לו רווחים אישיים על חשבון חברי הקבוצה.²² משמע, עורך הדין המייצג עלול לנצל לרעה את פערי המידע.

בהליך משפטי רגיל יש ללקוח אפשרות להיות מעורב ולפקח, בסבירות, על הפעולות שמבצע עורך דינו. לעומת זאת לתובע המייצג אין עניין רב בהליך עצמו, ועל כן אי אפשר לצפות ממנו כי ייטיב לפקח על התנהלות עורך הדין, או כי יבטיח את פעילותו הנחרצת להגנת עניינם המשותף של חברי הקבוצה. בנוסף, התובע המייצג אינו בהכרח בעל משאבים או ידע לצורך ביצוע הפיקוח הנחוץ.

מן הטעמים האמורים ראה המחוקק לנכון להתייחס במפורש למערכת היחסים בין התובע המייצג לבין עורך הדין של הקבוצה וקבע כללים לפיקוח על עורך הדין, לרבות הסמכת בתי המשפט להתערב בהליך, מעבר למקובל בהליך רגיל.

החוק קובע כי על עורך הדין לפעול בעת מילוי תפקידיו בנאמנות ובמסירות לטובת הקבוצה שבשמה הוגשה הבקשה לאישור או הקבוצה שבשמה מנוהלת התובענה הייצוגית, כאילו הייתה זו שולחתו, בשינויים המחויבים מן העובדה שמדובר בהליך ייצוגי,²³ שבו שוררת מערכת יחסים מיוחדת בין הצדדים המעורבים. דרישה זו מתחזקת לאור פסק הדין שניתן בעניין אשלי יאור,²⁴ שבו נקבע כי התובע המייצג אינו רשאי להביא לסיום העסקתו של בא כוח הקבוצה גם אם נתגלעו ביניהם חילוקי דעות מהותיים, וזאת מפני שלמן מועד הגשת הבקשה עורך הדין כבר אינו מייצג את התובע המייצג לבדו אלא את חברי הקבוצה כולם.

מן הטעמים המצוינים לעיל וכן משום שייצוג לא הולם עלול להוביל לפסק דין אשר יהיה מעשה בית דין כלפי כל חברי הקבוצה,²⁵ מתבררת כבר במסגרת הבקשה לאישור התובענה כתובענה ייצוגית שאלת קיומו של יסוד סביר לכך שעניינה של הקבוצה ייוצג וינהל בדרך הולמת ובתום לב.²⁶

לעתים עלול להיגרם נזק של ממש לקבוצה עצמה מייצוג בלתי הולם, לרבות דחיית הבקשה לאישור תובענה ייצוגית, כשנמצא שעורכי הדין המייצגים פעלו באי־מקצועיות

22 גיל אוריון וזיו שוורץ "מנגנונים לפיקוח על מימושה של הפשרה בהליך הייצוגי" עלי משפט ט 147, 151 (התשע"א).

23 סעיף 17 לחוק.

24 ת"צ (מחוזי מרכז) 4263-03-11 אשלי יאור בע"מ נ' פרטנר תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 5.4.2012) (להלן: עניין אשלי יאור).

25 ראו: עע"מ 2395/07 אכדיה סופטוור סיסטמס בע"מ נ' מדינת ישראל – מנהל המכס ומס כולים (פורסם בנבו, 27.12.2010); רע"א 378/96 וינבלט נ' משה בורנשטיין בע"מ, פ"ד נד(3) 247, 267 (2000) (להלן: עניין וינבלט); המ' (מחוזי חי') 28680/97 דדון נ' מינהל מקרקעי ישראל (פורסם בנבו, 25.7.1999) וכן גיל לוטן ואיל רז תובענות ייצוגיות כרך א, 179–178 (1996).

26 סעיפים 8(א)(3) ו-4 לחוק.

כפי שקרה לדוגמה בעניין וינבלט.²⁷ במקרה זה ציין בא כוח הקבוצה בכתב תביעתו עילות רבות "מן הגורן ומן היקב", אופן הטיעון בכתב התביעה היה לקוי, התצהיר שמסר התובע היה חסר אף לאחר שבית המשפט התיר לתקנו, אחת מהעילות המרכזיות בתובענה התיישנה, כמחצית מהנתבעים המקוריים בתובענה נמחקו בד בבד עם הודאת התובע המייצג שאין קיימת עילת תביעה נגדם.

בעניין רוזין, העובדה שבא כוח הקבוצה לא צירף תצהיר לתמיכת עובדות הבקשה לאישור תובענה ייצוגית, הביאה לדחיית הבקשה. בית המשפט הבהיר בהחלטתו כי "שליח הציבור אמור להיות אמון על פרטי העובדות ועל פרטי הפרוצדורה. אין לנהל תובענה ייצוגית בצורה של טלאי על גבי טלאי כבר בתחילת הדרך".²⁸

בעניין חרסט קיבל בית המשפט בקשה למחיקה על הסף של שבע-עשרה בקשות לאישור תובענות ייצוגיות שהוגשו בנפרד בידי צדדים ובאי כוחם תוך שיתוף פעולה ביניהם. הבקשות הוגשו בביזור, אם כי על פני הדברים היה ברור שהן הוגשו בתיאום והביזור נעשה במכוון.²⁹ פגמים נוספים שהתגלו בהתנהלותם של באי כוח הקבוצה המיוצגת כללו אי-דיווח על הגשת בקשות דומות באותם עניינים לבתי משפט אחרים ואי-הגשת הבקשות לרישום בפנקס התובענות הייצוגיות מיד לאחר הגשתן (תשע מתוכן הוגשו לרישום בפנקס חודשים לאחר הגשתן, ושמונה אחרות לא הוגשו כלל לרישום). בית המשפט קבע כי ביזור הבקשות בין בתי המשפט ואי-מתן הודעה כנדרש על הגשתן פגמו בשקיפות הנדרשת בהליכי תובענה ייצוגית, ומשמעם התנהלות בחוסר תום לב. בית המשפט הבהיר עוד כי כאשר קמה לקבוצה עילה בשל הפרה עתידית צפויה, פנייה מוקדמת למעוול היא נחוצה ובעלת תועלת לכלל חברי הקבוצה. בית המשפט ציין כי במקרים מסוימים היעדר פנייה מוקדמת עלול להשתקף בגמול ובשכר טרחתם של הנציגים, ובמקרים אחרים הדבר עשוי להשפיע על הסעד ואף לגרום להחלפת המייצגים או באי כוחם. בנסיבות אלו מקרה, שהוגדרו בבית המשפט חריגות, התנהלות המייצגים בחוסר הגינות ובחוסר תום לב גרמה שההליך הייצוגי נמחק על הסף.

בכמה מקרים שבהם לא הובאה התובענה הייצוגית ל"אישור" בית המשפט במועד המוקדם ביותר האפשרי ולא נרשמה בפנקס,³⁰ ציין בית המשפט כי יש בכך משום עילה

27 ראו: עניין וינבלט, לעיל הערה 25, שבו פירט בית המשפט את הליקויים שבהתנהלות בא כוחה של הקבוצה אשר בעטיים לא אושרה הבקשה.

28 ת"א (מחוזי ת"א) 970/97 רוזין נ' משכן בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ (לא פורסם) (להלן: עניין רוזין). כמו כן ראו: בש"א (אזורי ת"א) 4960/01 זידאן הנדסה בע"מ נ' התאחדות הקבלנים והבונים בישראל (פורסם בנבו, 16.7.2002).

29 ת"צ (מחוזי מרכז) 36086-07-11 עו"ד חרסט נ' ידיעות אינטרנט (פורסם בנבו, 19.9.2012) (להלן: עניין חרסט).

30 בהתאם לדו"ח האמפירי מדובר בבעיה שכיחה יחסית. בפועל, מבין כ-2,056 בקשות לאישור שהוגשו לבית המשפט בתקופת הבדיקה האמפירית הוגשו לרישום בפנקס אך ורק כ-1,437 בקשות. היינו כ-30% מהבקשות כלל אינן מוגשות לרישום בפנקס. ראו: הדוח האמפירי, לעיל הערה 14, בעמ' 38.

לפגיעה בייצוג הראוי של הקבוצה.³¹ חיזוק למסקנה האמורה ותמיכה בה מצא בית המשפט במקרים שונים אשר הייתה התייחסות אליהם בפסיקה בארצות הברית.³²

2. אימתי יפעל בית המשפט למנות עורך דין חלופי לקבוצה?

בית המשפט ישקול את הפעלת סמכותו למינוי או להחלפה של עורכי הדין של הקבוצה בהתקיים נסיבות מיוחדות, המשליכות על תפקידו לדאוג לקיומו של ניהול יעיל של ההליך, לשמירה על עניינם של חברי הקבוצה מפני רצונם של מייצגים להביא לסיומה המוקדם של התובענה ולהגנה על הייצוג הראוי.

במקרה שמוגשות כמה תובענות באותו עניין,³³ על בית המשפט להכריע מי מבין התובעים המייצגים את הקבוצה ישמש בא כוחה. באחד המקרים, שנסיבותיו היו כאלה, כשל מגיש הבקשה הראשונה לרשום את הבקשה בפנקס. בנוסף, בית המשפט התרשם כי הבקשה השנייה הייתה מקיפה יותר, ולכן החליט למחוק את הבקשה הראשונה ולאפשר למגיש הבקשה השנייה לנהל את התובענה.³⁴ התוצאה המתבקשת הייתה שבא כוח הקבוצה הראשונה סיים את תפקידו. במקרה אחר, כאשר מגיש הבקשה הראשונה פעל כראוי ומסר העתק למנהל בתי המשפט לצורך פרסום הודעה על הגשת הבקשה בפנקס התובענות הייצוגיות, הורו בתי המשפט על העדפת הבקשה הראשונה והעברת הדיון בבקשות המאוחרות לבית המשפט אשר דן בבקשה הראשונה.³⁵ דהיינו, אי אפשר לקבוע הנחיה חד-משמעית וממוקדת להעדפת בא כוח אחד על משנהו, ובית המשפט יבחן את נסיבותיו של כל מקרה ומקרה, ובכלל זה את התנהלות הצדדים ובאי כוחם, את ההשקעה בהכנת הבקשה, את היקפה ואת טיבה. כמו כן בית המשפט רשאי למנות בא כוח מייצג לתת-קבוצה אם הוא סבור שהדבר נחוץ להבטחת הייצוג היעיל של חברי הקבוצה, כאשר מן החומר שהוגש לעיונו עולה למשל כי שאלות מסוימות של עובדה או משפט אינן משותפות לכלל חברי הקבוצה אלא רלוונטיות רק לחלק מהם. במקרים כגון אלה יחלק בית המשפט את הקבוצה לתת-קבוצות וימנה בא כוח לכל אחת מהן.³⁶

31 ראו: ע"א 5503/11 דבא נ' דינרי (פורסם בנבו, 18.1.2012) (להלן: עניין דבא).
 32 East Tex. Motor Freight Sys. v. Rodriguez, 431 U.S. 395 (1977); ALBA CONTE & HERBERT NEWBERG, INEWBERG ON CLASS ACTIONS 532 (4th ed. 2002).
 33 סעיף 7 לחוק.
 34 עניין דבא, לעיל הערה 31. ראו גם פסק דין שניתן לאחרונה בעניין ת"צ (מחוזי מרכז) 38266-09-13 ABB Ltd נ' חנא (פורסם בנבו, 28.5.2015).
 35 בש"א 1533/12 אלקיים נ' GlaxoSmithKline (Israel) Ltd (פורסם בנבו, 11.4.2012); ת"צ (מחוזי ת"א) 11-17683-10 וולוביק נ' פריגו ישראל סוכנויות בע"מ (פורסם בנבו, 18.4.2012); ת"צ (מחוזי מרכז) 3399-04-14 פטשנקו נ' יורוקום תקשורת סלולרית בע"מ (פורסם בנבו, 1.5.2014); ת"צ (מרכז); עניין חרסט, לעיל הערה 29.
 36 סעיף 10(ג) לחוק.

3. בקשת המייצגים להביא לסיומו המוקדם של ההליך

נסיבות נוספות, שבהן על בית המשפט לשקול את השימוש בסמכותו למנות עורך דין חלופי לייצוג הקבוצה, הן כאשר עורכי הדין אשר הובילו את התובענה מבקשים להסתלק ממנה.³⁷ ייתכן כי יהיה ראוי להורות על החלפת בא כוח הקבוצה כאשר עורך דינה הגיש הצעת פשרה נמוכה מדי בעניין שבו סיכויי ההצלחה דווקא טובים.³⁸

המחוקק הישראלי הבחין בין בקשת הסתלקות המוגשת טרם אישורה של התובענה הייצוגית לבין בקשת הסתלקות המוגשת לאחר אישור התובענה כייצוגית.³⁹ נתוני הדוח האמפירי מעידים ש-60% מהבקשות לאישור שהוגשו נסתיימו בהסתלקות מוקדמת לפני הכרעה בבקשה לאישור. ממוצע סכומי התביעות הסתכם בסך של כ-435 מיליון ש"ח, ואילו ממוצע הפיצוי היה 3.8 מיליון ש"ח בלבד. לפיכך נראה כי בפועל קיימות תביעות רבות אשר לא הביאו עמן כל תועלת לציבור הרחב. עורכי הדוח האמפירי סבורים כי הדרך העיקרית לצמצם את הפערים בין התובענות המסתיימות בהסתלקות או בחוסר מעש ללא תועלת לציבור היא פסיקת הוצאות נגד תובעים או עורכי דין.⁴⁰

אשר לבקשת הסתלקות המוגשת טרם אישור התובענה הייצוגית נקבע בסעיף 16(ד)(1) לחוק כי "רשאי בית המשפט לקבוע כי ניתן להגיש בקשה למינוי תובע מייצג או בא-כוח מייצג במקומם, לפי העניין, בתוך תקופה שיקבע, וכן רשאי בית המשפט להורות על פרסום הודעה על כך, והכל אם מצא שהדבר מוצדק בנסיבות העניין ובהתחשב בשלב שבו מצוי הדיון בבקשה לאישור".⁴¹

הדעה הרווחת בבתי המשפט המחוזיים בסוגיה זו הייתה כי בשלב שלפני אישור התובענה הייצוגית יש לדרוש פרסום הודעה לשם החלפת המייצגים אך ורק כשיש לתובענה סיכויי הצלחה של ממש.⁴² דעה אחרת הושמעה בבית המשפט המחוזי בחיפה, ועל פיה במקרה של הגשת בקשה להסתלקות בשלב המוקדם טרם הגשת תשובה מצד הנתבעות אין מקום לבחון את סיכויי ההצלחה של התובענה אלא את הסיכוי שהייתה

37 16(ד)(1) לחוק.

38 אלון קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית" משפטים מא 5, 84 (התשע"א).

39 על פי הדוח האמפירי (לעיל, הערה 14), כ-60% מהבקשות אשר נבדקו נסתיימו בהסתלקות (60% מאותם מקרים שבהם הסתיימה התביעה בהסתלקות לפני אישורה של התביעה הייצוגית נובעים מכך שהתובע הבין לאחר הגשת התביעה שאין לו עילת תביעה מוצדקת, ו-20% לאחר שנתקבלה הצהרה מאת התובע כי הנתבע ביצע פעולת תיקון לאחר התביעה). לעומת זאת בקשת הסתלקות לאחר התובענה הייצוגית נדירה ואירעה ב-0.1% מהמקרים שנבדקו.

40 ראו: הדוח האמפירי, לעיל הערה 14, בעמ' 40-41.

41 ס' 16(ד) לחוק.

42 ת"צ (מחוזי ת"א) 2172-09 מימון נ' אלטשולר שהם קופות גמל בע"מ (פורסם בנבו, 17.2.2013); ת"צ (מחוזי ת"א) 15282-02-10 יזרסקי נ' ישראלכרט בע"מ (פורסם בנבו, 30.1.2012).

נמחקת על הסף.⁴³ הטעם שצוין לכך היה שבטרם נשמעה עמדת הנתבעת, יתקשה בית המשפט לקבוע אם יש ממש בתובענה, ועל כן המבחן שיש לאמצו צריך להתייחס לכתב התביעה עצמו. אם כתב התביעה מגלה עילה, המשמעות היא שאין למחקו על הסף, ועל כן יהיה על בתי המשפט להפעיל את סמכותם להחלפת המייצגים אשר ביקשו להסתלק מן התובענה עוד בטרם הוכרעה הבקשה לאישור התובענה. גישה זו מלמדת כי בתי המשפט יהיו מחויבים יותר ויותר לשקול מינוי עורכי דין חלופיים במקרים שבהם יבקשו עורכי הדין להביא לסיום ההליך בשלביו המוקדמים.

עמדה שונה הובעה בבית המשפט המחוזי בתל-אביב (השופט ענבר) בעניין לוי נ' פסטה נונה, ועל פיה יש להפעיל את הסמכות הנתונה לבתי המשפט, בסעיף 16(ד)(1) לחוק, לאיתור מייצגים חלופיים "רק במקרים חריגים ויוצאי דופן, שבהם הנזק העלול להיגרם על ידי ההסתלקות לאינטרס הציבורי או לחברי הקבוצה הוא מידי, מוחשי וניכר".⁴⁴

המסקנה מן הדברים האמורים היא שקיים צורך של ממש בהתערבות בתי המשפט במינוי עורך דין חדש במקרים נפוצים כגון הסתלקות, וכי טרם גובשו אמות מידה מדויקות באשר לשאלה אימתי יהיה על בית המשפט לפעול לשם החלפת המייצגים המבקשים להסתלק מן התובענה מוקדם, לא כל שכן טרם נקבע ההליך המתאים למינוי בית המשפט את עורכי הדין.

היעדר הקריטריונים למינוי מעורר בעיה חריפה יותר באותם מקרים שבהם מבקשים המייצגים להסתלק מן התובענה לאחר אישורה. בשלב זה, דהיינו לאחר ההכרעה לטובת הקבוצה, אין עוד מקום להפעלת בתי המשפט שיקול דעת, וחובה עליהם לפרסם מודעה לצורך איתור מייצגים חלופיים, לפי הוראת סעיף 16(ד)(2).⁴⁵

4. חוסר שביעות רצון מאופן הניהול של התובענה

במקרים שבהם לא היה בית המשפט שבע רצון מאופן ניהול התובענה, ולא עמדו לפניו כמה עורכי דין או כמה בקשות תלויות ועומדות, הוא נאלץ להתערב בסוגיית ייצוגה של הקבוצה. עד כה התערבות כזו נעשתה רק במקרים קיצוניים מפאת הקשיים הקיימים כיום בהליכי המינוי. ככלל, ניתן לומר כי כאשר בית המשפט מתרשם שניהול התובענה

43 ת"צ (מחוזי חי') 14-01-63511-01 נסאר נ' שטראוס גרופ בע"מ (פורסם בנבו, 26.5.2014).

44 ת"צ (מחוזי ת"א) 13-02-1469 לוי נ' פסטה נונה בע"מ (פורסם בנבו, 26.11.2014) (להלן: עניין פסטה נונה), אומץ גם בעניין ת"צ (מחוזי ת"א) 13-11-23515-11 כוכבי נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בע"מ (פורסם בנבו, 26.11.2014).

45 ראו לעניין זה: ע"א 1362/12 היועץ המשפטי לממשלה נ' סלקום ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 13.5.2013), שם נקבע כי כאשר מוגשת בקשת הסתלקות, לאחר אישורה של התובענה, חובה על בית המשפט לפעול לאיתורו של תובע או אחרי באי כוח חלופיים.

אינו מצוי בדיינים מיומנות ומקצועיות, יהיה עליו לשקול מינוי של עורך דין אחר להובלת ההליך.

כאשר התברר, באחד המקרים, כי בא כוח הקבוצה לא צירף נתבעת שהייתה דרושה להליך, וכי לא היה בעל ניסיון בניהול הליכים ייצוגיים, ראה בכך בית המשפט טעם למינוי עורך דין נוסף, בעל ניסיון בניהול תובענות ייצוגיות.⁴⁶ בעניין אחר הורה בית המשפט לצרף מייצג בעל ניסיון בניהול הליכים ייצוגיים לצד כוח הקבוצה, מכיוון שהקבוצה טעתה בניהול ההליך.⁴⁷ בית המשפט העליון ציין כי "גודש הנושאים" שהובאו בפניו "ועירוב העילות הכביד על האפשרות למיין את העיקריות והרלוונטיות שבהן".⁴⁸ במקרה נוסף שבו עלה הנושא התרשם בית המשפט שלתובעים אצה הדרך, ושעבודת ההכנה לקביעת התשתית העובדתית לקתה בחסר, ולכן השתמש בסמכותו להורות על צירוף עורך דין נוסף לצוות התביעה.⁴⁹

נימוקים נוספים שעלו בפסיקה כטעם למינוי עורך דין נוסף לייצוגה של הקבוצה היו הגשת תובענה ייצוגית בעילות שעל פי הדין היה אי אפשר לאשרן באותה עת, הימנעות מתיקון הבקשה לאחר כניסתו לתוקף של חוק תובענות ייצוגיות, התעקשות על סעד ביטול והשבה שלא היה מעשי בנסיבות העניין, ניסוח לא ראוי וכן ניסיון להגיש לבית המשפט ראיות לאחר הגשת הסיכומים.⁵⁰

באותן פעמים ספורות שבהן בחר בית המשפט לדרוש מינוי של עורך דין נוסף לייצוג הקבוצה, הוא הותיר את בחירתו בידי עורך הדין ששימש בא כוח הקבוצה והגיש את התובענה מלכתחילה.

אני סבור כי בנסיבות כגון אלה הותרת הבחירה בידי מי שבית המשפט לא היה שבע רצון מפעילותו כעורך דין (להבדיל מיזמתו להגיש תביעה בעלת עילה ראויה לבית המשפט), היא בעייתית ועלולה לפגוע בקבוצה, ולכן יש להימנע מלפעול בדרך זו.

על אף אי-הנעילות הכרוכה בכך, התערבות בית המשפט בשעת מתן הצו למינוי עורך דין נוסף אינה צריכה להיעשות "בדחילו ורחימו", ועל בית המשפט להתערב בנושאי הליבה של הייצוג המשפטי המשותף כשמתעוררות שאלות מהותיות כגון מי מעורכי הדין יוביל את הייצוג המשפטי בעת הדיון בפניו, כיצד תוכרענה מחלוקות שעשויות להתעורר בעת ניהול התיק, וכיצד יחולק שכר הטרחה בין עורכי הדין המייצגים במשותף.

בפועל, כאמור, בתי המשפט לא פעלו עד כה להחלפת עורכי דין ומינוי אחרים תחתם. הנימוקים האפשריים לכך הם, למיטב הבנתי, כמפורט להלן.

46 עניין שמש, לעיל הערה 5.

47 הצירוף נעשה על פי הוראות סעיף 8(ג)(1) לחוק.

48 עניין גדיש, לעיל הערה 2.

49 עניין שמש, לעיל הערה 5.

50 ת"א (מחוזי ת"א) 1065/05 שאול נ' תדיראן מוצרי צריכה בע"מ (פורסם בנבו, 31.5.2005).

5. חוסר הרצון השיפוטי להתערב במינוי עורך הדין

נראה כי חוסר הנכונות הקיים כיום להתערב בסוגיית מינויו של עורך דין חדש לקבוצה נובע מכמה טעמים: הקושי בהערכת סיכויי התביעה, שיקולים מערכתיים כגון הטלת אחריות על בתי המשפט בנוגע להליך המינוי ותוצאותיו, בזבוז זמן שיפוטי, הצורך בשמירה על מעמדו של עורך הדין היזם וכן היעדר הנחיות בדבר אופן המינוי.

אשר לקושי בהערכת סיכויי התביעה יצא בית המשפט, בעניין פסטה נונה,⁵¹ נגד הדעה שעליו להעריך את סיכויי התביעה על מנת לשקול אם למנות מייצגים חלופיים. בית המשפט סבר כי לעתים, בשלב המקדמי, קיים קושי ממשי להעריך את סיכויי ההצלחה של התביעה. תביעות רבות מסולקות מכיוון שנערכו "כלאחר יד", ופרסומן לצורך המשך ניהול התובענה על ידי מייצגים אחרים אינו סביר, שכן לא היה ברור אם יש כלל טעם להמשיך בתביעות אלו.

החלוקה הקבועה בסעיף 16(ד)(1) לחוק, בין הסתלקות בשלב שלפני אישורה של הבקשה לבין השלב שלאחר אישורה של הבקשה, מתבקשת מאליה, שכן בית המשפט אינו נדרש לשקול מחדש את סיכויי התביעה לאחר שזו עברה את שלב האישור. אשר לשלב המקדמי, יש מקום לפעול למינוי מייצגים חלופיים בכל עת שהתובעים יבקשו לסלק את התובענה מיזמתם. אולם, כאשר המחיקה נובעת מבקשה של הנתבעים עצמם, על בית המשפט לבחון את חיוניותו של ההליך. אם אכן הבקשה נערכה "כלאחר יד", אזי יש להניח כי לאחר שמיעת עמדות הצדדים בית המשפט יורה על סילוק התביעה.

בהתייחסו לשיקול המערכתי ציין בית המשפט בעניין פסטה נונה⁵² כי מערכת בתי המשפט אינה ערוכה לביצוע פעולות יזומות לאיתור תובע ייצוגי. החיפוש אחר עורך דין שיוביל את ההליך יגרום לעומס על המערכת ולבזבוז זמן שיפוטי יקר. השופט ענבר סבר בפסק דינו כי ראוי ששחקנים חוזרים, כגון רשויות ציבוריות, ארגונים ואף עורכי דין, יקיימו מעקב יזום אחר ההסתלקויות הנרשמות בפנקס ויהיו רשאים להביא לחידוש ההתדיינות של תביעות אשר סילוקן התבקש.

אמנם ההליך הדרוש למינוי עורך דין חורג מתפקידו הרגיל של בית המשפט, אך יש לזכור בהקשר זה כי התובענה הייצוגית כולה ממילא אינה הליך רגיל, ולבית המשפט תפקיד מכריע בניהולו. זאת ועוד, מינוי עורך דין על ידי בתי המשפט אינו חריג, ואנו רואים פעמים רבות מינויים כאלה לנאשמים בהליכים פליליים,⁵³ או מינוי של בעלי תפקידים כגון כונסים ומפרקים,⁵⁴ במקרים שבהם מינוי כזה נחוץ.

51 עניין פסטה נונה, לעיל הערה 44.

52 ש.ם.

53 סעיף 15 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.

54 תקנות החברות (כללים בדבר מינוי כונסי נכסים ומפרקים ושכרם), התשמ"א-1981, ת"ק 4214.

הבעיה העלולה להתעורר היא שמינוי עורך דין על ידי בית המשפט עלול להטיל על בית המשפט אחריות כבדה. ההליך לאיתור עורך דין עלול להתפרש כפגיעה בניטרליות של בית המשפט. אין ספק כי נדרשים כללים והנחיות בעניין, כדי שלא לפגוע במראית פני הצדק. לאחר שבית המשפט ישוכנע כי התקיימו הנסיבות המצדיקות מינוי עורך דין חלופי לקבוצה, יהיה ניתן להעביר את המינוי לרשם בית המשפט או לגוף חיצוני שייקבע לצורך כך.

החשש מפני פגיעה בעורך הדין אשר יזם את ההליך אף הוא נימוק להימנעות בתי המשפט מלפעול למינוי עורכי דין חלופיים, שכן יש לזכור כי עורך הדין שיזם את ההליך ערך מחקר משפטי והצליח להביא לפתחו של בית המשפט סוגיה ראויה לדיון.⁵⁵ עם זאת אין חולק שזיזים אינם פועלים מטעמים אלטרואיסטיים, ושיש ליצור להם תמריצים.⁵⁶ אכן, עקרון הייזום הוא אחד מבסיסיה של התובענה הייצוגית בישראל. למעשה, זאת הפרטה של האכיפה הציבורית והפקדתה בידי עורכי דין ותובעים ייצוגיים מן הסקטור הפרטי. בתי המשפט בישראל הכירו לא פעם בכך שעורכי הדין הם אשר עומדים בפועל מאחורי מרבית התובענות הייצוגיות.⁵⁷ בית המשפט ציין בעניין פרינר,⁵⁸ כי יש לערוך הבחנה בין ייזום ההליך על ידי עורך הדין לבין כשירותו לנהל את התיק בבית המשפט. על החשיבות של עקרון הייזום עמד גם בית המשפט המחוזי שעה שדחה בקשה להורות על החלפתה של עמותה אשר יזמה והגישה תובענה ייצוגית לאחר שנמצאו תובעים פרטיים אשר יכלו לשמש תובעים ייצוגיים במקום העמותה.⁵⁹ בית המשפט קבע כי אין מקום להורות על מחיקתה של העמותה אשר יזמה את ההליך, ערכה מחקר משפטי מקדים והגישה את התביעה, גם כאשר נמצאו תובעים פרטיים לאחר הגשת התביעה. אמנם לכאורה התנאי הנדרש לייצוג על ידי ארגון כבר לא עמד לטובת העמותה, שכן כבר לא היה קושי להגיש את התובענה בידי אדם, אך בית המשפט המחוזי ציין כי "תכלית החוק אינה יכולה לדבר בשני קולות – מצד אחד לאפשר לארגונים לייצג, ומצד שני ברגע שהצלחתם נותנת אותותיה לסלקם מהזירה". עוד נאמר כי אם תוחלף או תימחק העמותה שיזמה את ההליך, הרי הדבר יגרום לאבדן ההכרה שהרוויחה העמותה ביושר.

55 עניין שמש, לעיל הערה 5, דברי השופט שטרנברג-אליעזר.
 56 ראו: משה טלגם "התובענה הייצוגית – שיקולים בקביעת שכר וגמול" שערי משפט ד 235, 227 (התשס"ה), וההפניה למאמרו של סטיבן גולדשטיין "תביעת ייצוג קבוצתית – מה ועל שום מה?" משפטים ט 416 (התשל"ט).
 57 שם, בעמ' 236; מאמרו של עו"ד אסף פינק "תובענות ייצוגיות ככלי לשינוי חברתי" מעשי משפט ו 161, 157 (2014).
 58 עניין ברזילי, לעיל הערה 6; ע"א 1834/07 קרן נ' פקיד שומה מחוז דן (פורסם בנבו, 12.8.2012).
 59 ת"צ (מחוזי ת"א) 2484-09-12 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת נ' כהן (פורסם בנבו, 8.5.2013).

תפקידם של עורכי הדין כיזמי התובענה הייצוגית הוכר גם בארצות הברית, ויש אשר סברו שם כי על מנת למלא תפקיד זה יש להקל ביישומם של כללי האתיקה הרגילים ולאפשר לעורכי דין לעסוק לדוגמה בשידול ובפרסום.⁶⁰ נראה כי ניתן למצוא תימוכין לעמדה זו בדברים שנאמרו, אגב אורחא, מפי שופטי הרוב בעניין פריניר הנזכר לעיל. בית המשפט סבר, במקרה זה, כי היה טעם בביטול סעיפים 44 ו-56 לכללי האתיקה של לשכת עורכי הדין האוסרים על שידול ועל נשיאה בהוצאותיו של הלקוח. עוד ציין בית המשפט כי נראה שתיקונים אלה זכו לתמיכה של ועדת הכנסת, אשר דנה בהוראותיו של חוק תובענות ייצוגיות. בסופו של דבר, עניינים אלה הושמטו מנוסח החוק שאושר בכנסת ללא דיון, כפי הנראה בשל התנגדות לשכת עורכי הדין לתיקונים.

בארצות הברית הורחב עקרון הייזום בידי מלומדים אשר טענו כי הואיל וברוב המקרים עורכי הדין הם אשר יוזמים את ההליך הייצוגי ונאלצים לתור אחר תובע ייצוגי שישימש כסות, הרי שניתן לוותר על התובע הייצוגי ולאפשר לעורך הדין לשמש כזה.⁶¹ עמדה זו לא התקבלה בחקיקה ובפסיקה הישראלית המחייבות קיומו של תובע בעל עילה אישית, אשר יהיה מיוצג על ידי עורך הדין של הקבוצה. בית המשפט המחוזי אף ציין כי בא כוח הקבוצה אינו יכול לשמש גם תובע ייצוגי באותו הליך.⁶² עם זאת ברי כי עורך הדין פועל כיוזם על מנת להפיק רווח אישי, ויש למצוא את התמריצים המתאימים על מנת לתגמלו על מאמציו.⁶³

הסקירה עד עתה התמקדה בחשיבותו של הייצוג הראוי, שנראה שבלעדיו יהיה אי אפשר לכפות את תוצאת ההליך הייצוגי על חברי הקבוצה. אולם על מנת להבטיח ייצוג ראוי, על בתי המשפט להורות לעתים על החלפת עורך הדין, אשר טרח, יזם והגיש את התובענה הייצוגית בשם חברי הקבוצה, שכן התנהלותו בהליך עלולה לפגוע בקבוצה. השאלה המונחת לפתחנו היא כיצד על בית המשפט לערוך את האיזון הראוי בעת מתן ההוראה על החלפת עורך הדין – מצד אחד, שמירה על מעמד היזם, ומן הצד האחר – דאגה לייצוג הנאות והמקצועי של הקבוצה.

החלפתו של עורך הדין מגיש הבקשה אינה אמורה לגרוע מזכויותיו. עורך הדין אשר טרח על הגשת הבקשה וערך מחקר מקדמי ממלא תפקיד שונה מתפקידו של עורך הדין המייצג את הקבוצה בבית המשפט. יכולתו של עורך הדין לפעול כיוזם וכמאתר תובענות ייצוגיות אינה מעידה בהכרח שהוא גם בעל היכולת לנהל את התובענה בצורה הטובה

Susan Koniak, *Feasting While the Widow Weeps: Georgia v. Amchem Products Inc.*, 80 CORNELL L. REV. 1045 (1995).

Jean Wegman Burns, *Decorative Figureheads: Eliminating Class Representatives in Class Actions*, 42 HASTINGS L.J. 165 (1990).

ת"צ (מחוזי ת"א) 2728/07 עו"ד שילה נ' ספרינט מוטורס בע"מ (פורסם בנבו, 18.2.2013).

63 אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006" הפרקליט מט 157, 131 (התשס"ז).

ביותר מבחינת חברי הקבוצה. נראה כי אם הייתה סלולה בפני בתי המשפט דרך נוחה להתהלך בה, היינו מוצאים מקרים רבים שבהם היו נוקטים הליכים להחלפת עורך הדין שהגיש את התובענה. במסגרת התובענה הייצוגית יש להעדיף את המהות על המיהות. היינו יש להעדיף את אינטרס הקבוצה והציבור על האינטרס של יוזם ההליך.⁶⁴

לדידי, יש מקום לקבוע הליך ראוי ומאוזן למינוי עורך דין חלופי על ידי בית המשפט תוך שמירה על זכויותיו של עורך הדין היזם. בהליך כזה יהיה על בית המשפט לדאוג לפיצויו של עורך הדין היזם, עבור תרומתו המועילה בפיתוח הרעיון, ומנגד למנות עורך דין אחר, שיהיה ראוי מבחינה מקצועית לנהל את ההליך המשפטי לטובת חברי הקבוצה. במסגרת הפרק הבא נבקש ללמוד על הסדרי המינוי הקיימים בארצות הברית כדי למצוא, בסופו של דבר, הליך אשר יהיה בו לקדם את מינוים של עורכי הדין שייצגו את הקבוצה ייצוג נאות.

ב. חלק שני – מינוי עורך דין על ידי בית המשפט בארצות הברית

בתחום התובענות הייצוגיות הפדרליות קיימת גם בארצות הברית דרישה כמות זו הקיימת בישראל, הכלולה בתקנה פדרלית, שעל פיה על התובע לנהל את ההליך ניהול הולם (תנאי ה־"Adequacy of Representation").⁶⁵ דרישה זו חלה לרוב על עורך הדין המייצג (ולא על התובע המייצג עצמו).⁶⁶ על פי אחד התנאים המוקדמים לאישור תובענה ייצוגית, קובעת התקנה שעל בית המשפט להשתכנע כי המייצגים ייצגו בהגינות וכראוי את האינטרסים של הקבוצה. לצורך בדיקת קיומו של תנאי זה בתי המשפט בארצות הברית אינם רואים עצמם ככולים לעורך הדין שעליו המליץ התובע המייצג.⁶⁷ לא פעם הביעו מלומדים בארצות הברית את העמדה שעל פיה כדי לייצג קבוצה ייצוגית אין להסתפק בייצוג הולם, ויש להקפיד גם שהייצוג ראוי מבחינה מקצועית, בשל האחריות המוגברת החלה על עורך הדין המייצג קבוצת לקוחות התלויה בתפקודו המקצועי.⁶⁸ בתי המשפט בארצות הברית העירו, לא אחת, כי על עורך הדין להיות בעל ניסיון וידע בסוג זה של תביעות, ולצורך כך עליו להוכיח את ניסיונו הקודם, את יכולתו המקצועית, את היותו בעל צוות עובדים מיומן וכיוצא בזה.⁶⁹

64 ראו בר"מ 4303/12 אינסלר נ' המועצה האיזורית עמק חפר, בפסקה 13 של פסק הדין (פורסם בנבו, 22.11.2012).

65 Fed. R. Civ. P. 23(a)(4).

66 עניין דבח, לעיל הערה 31, פסק דינו של השופט מלצר.

67 Bronsteen & Owen Fiss, *The Class Action Rule*, 78 NOTRE DAME L. REV. 1419, 1426 (2003).

68 Debra Lyn Bassett, *When Reform is not Enough: Assuring More than Merely "Adequate" Representation in Class Action*, 38 GA. L. REV. 927(2004).

69 *Esler v. Northrop Corporation*, 86 F.R.D 20 (D.C Mo. 1979).

התקנות הפדרליות קובעות קריטריונים שעל בית המשפט לשקול בטרם מינויו של עורך הדין.⁷⁰ לפי קריטריונים אלה, מוטלת על בית המשפט החובה להביא במסגרת שיקוליו את היקף העבודה שנעשתה בעבר בידי עורך הדין באיתור ובלימוד התובענה, את ניסיונו בטיפול בעניינים דומים ואת המשאבים העומדים לרשותו כדי לטפל בעניינם של חברי הקבוצה. ההנחה היא כי על עורך הדין המייצג את הקבוצה לגלות ידע ומקצועיות בטיפול בתובענות ייצוגיות וכן להיות בעל אמצעים כספיים, שיאפשרו לו לנהל את ההליך מבלי לפעול מתוך לחץ כלכלי.

לבתי המשפט בארצות הברית הוקנתה סמכות לדרוש מעורך הדין מידע ופרטים נוספים טרם קבלת ההחלטה על המינוי. כמו כן רשאי בית המשפט לקבוע את שכרו של עורך הדין מראש. אם הוצעו לתפקיד כמה עורכי דין, על בית המשפט למנות את עורך הדין שייצוגו את ענייניה של הקבוצה יהיה הייצוג המיטבי.⁷¹ המינוי יאושר בכפוף לעמידת עורך הדין בקריטריונים הקבועים בתקנה הפדרלית 23(g), וכן שאין מבחינתו, בנסיבות העניין, ניגוד עניינים.⁷²

כאשר כמה עורכי דין מעוניינים לייצג את הקבוצה, אין זה מן הנמנע שבית המשפט יידרש למנות אחד מהם, או לחלופין לאשר הסדר ייצוג שאליו הגיעו עורכי הדין בינם לבין עצמם. הסדרים אלו מכונים Private Ordering, ובמסגרתם מחלקים עורכי הדין המעוניינים את העבודה ואת המימון וכן קובעים ביניהם את חלוקת שכר הטרחה. הסדר הייצוג האמור עומד לבחינתו של בית המשפט. לא פעם נשמעה ביקורת בקשר לדרך התנהלות זו של חלוקת העבודה בין כמה עורכי דין, הן משום שיש בכך משום יצירת קרטלים בין קבוצות עורכי דין המכירות זו את זו והן משום שחלוקת העבודה יוצרת סרבול והוצאות מיותרות לחברי הקבוצה המיוצגת.⁷³

בתובענות שעניינן ניירות ערך נקבע בחוק הרלוונטי⁷⁴ שבית המשפט ימנה את בעל העניין הגדול ביותר כתובע הייצוגי.⁷⁵ בדרך כלל מדובר בקרן השקעות או במשקיע מוסדי אשר יציע למנות את עורך הדין שייצג את הקבוצה. הצעה זו תאושר בבית המשפט, אלא אם ימצאו טעמים מיוחדים המצביעים על היעדר כשירות של עורך הדין המוצע.

.Fed. R. Civ. P. 23(g) 70

.Fed. R. Civ. P. 23(g)(2) 71

BARBARA J. ROTHSTEIN & THOMAS E. WILLGING, MANAGING CLASS ACTION LITIGATION: A POCKET GUIDE FOR JUDGES 9 (Federal Judicial Center, 3d ed. 2010); Fisch Jill E, *Lawyers on the Auction Block: Evaluating the Selection of Class Counsel by Auction*, 102 COLOMBIA L. REV. 650, 656 (2002).

John C Coffee Jr, *The Regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action*, 54 U. CHI. L. REV. 877, 908 (1987) 73

.Private Securities Litigation Reform Act of 1995, 15 U.S.C. § 78u-4 ("PSLRA") 74

סעיף 4(a)(3)(B) ל-PSLRA. 75

לעניין משימת המינוי עצמה בתנאי תחרות, פיתחו בתי המשפט בארצות הברית כמה שיטות. בכמה מקרים של תובענות ייצוגיות, שהוגשו בתחומים שונים, נקטו בתי המשפט הליכי מכרז⁷⁶ לצורך מינוי עורך דין לקבוצה.⁷⁷ בשיטה זו החלו לפעול בעקבות החלטת בית המשפט בעניין *Re Oracle*.⁷⁸ באותו עניין הוגשו נגד חברה אחת שמונה עשרה תובענות שונות, בטענות הקשורות לכשלים בדוחותיה הכספיים. בית המשפט סבר כי יש מקום לאחד את התובענות ולמנות עורך דין אחד שיוביל אותן. לאחר הליך של הזמנה להציע הצעות נבחרה הצעה שהתבססה על שיטת האחוזים, ובה הציעו עורכי הדין כי שיעור שכר הטרחה יפחת ככל שיגדל סכום הפיצוי, ויעלה ככל שיתארך ההליך המשפטי. כמו כן נקבעה תקרת הוצאות, המגבילה את סכומי ההחזר שלהם יהיו עורכי הדין זכאים.⁷⁹

מאז אותו מקרה נכתב רבות על חשיבותו של המכרז לצורך מינוי עורך דין אשר ייצג את קבוצת התובעים בתובענה הייצוגית.⁸⁰ ההנחה הבסיסית שעמדה לנגד עיניהם של השופטים בארצות הברית הייתה כי קבוצת הנפגעים היא "לקוח" הנדרש לשירותים משפטיים מורכבים לצורך ייצוג בתובענה ייצוגית.⁸¹ חברי הקבוצה המיוצגת אינם יכולים לנהל משא ומתן עם עורך הדין של הקבוצה, ועל כן שיטת המכרז אמורה ליצור תחליף ראוי לשכירת שירותים משפטיים במחירי השוק.⁸² יצוין כי בתי המשפט נוהגים

-
- 76 לדוגמה: *Auction Houses Antitrust Litigation, In re*, 197 F.R.D 71 (S.D.N.Y. 2000).
- 77 מחקר שנעשה בארצות הברית סקר 14 תביעות שבהן מונו עורכי דין בדרך של מכרז. 12 תביעות עסקו בעילות שונות מתחום ניירות הערך, ושתי תביעות נגעו לעילות שונות בתחום ההגבלים העסקיים. ראו: FJC Report, לעיל הערה 8, בעמ' 6.
- 78 *Oracle I* (להלן: *Oracle I*). In Re Oracle Sec. Litig., 131 F.R.D. 688, 689–690 (N.D. Cal. 1990).
- 79 ראו: ניתוח פסק הדין בעברית בספרם של לוטן ורוז, לעיל הערה 25; ראו גם טלגס, לעיל הערה 56, בעמ' 230.
- 80 דוגמאות: THOMAS & HANSEN, לעיל הערה 72; Jonathan R. Macey & Geoffrey P. Miller, *Auctioning Class Action and Derivative Litigation: A Rejoinder*, 87(2) Nw. U.L. Rev 458 (1993); Jill E. Fisch, *Aggregation, Auctions and other Developments in the Selection of Lead Counsel under the PSLRA*, 64 Law & Contemporary Problem 53, 96 (2001); Andrew K. Niebler, *In Search of Bargained-For Fees for Class Action Plaintiffs' Lawyers: The Promise and Pitfalls of Auctioning the Position of Lead Counsel*, 54 BUS. LAW. 763 (1999); *In re Cendant Corp Litig*, Nos. , בנוסף לכך, 00-2520, 00-2683, 00-2708, 00-2709, 00-2733, 00-2734, 00-2769, 00-3653, slip op. 78–81 (3d Cir, 2001).
- 81 לדוגמה: *In re Amino Acid Lysine Antitrust Litigation*, MDL No. 1083, 918 F. Supp. (1996); Julie Rubin, *Auctioning Class Action: Training the Tables on Plaintiff's Lawyer's Abuse or Shipping the Plaintiff Wizards of Their Curtain*, 52 Bus Law 1441 (1997).
- 82 ראו: Niebler, לעיל הערה 80, בעמ' 775.

לדרוש מן המשתתפים במכרז למלא טבלה המפרטת את שיעור שכר הטרחה לפי השלבים שבהם הסתיימה התביעה ושל הסכום שנפסק או הוסכם בפשרה.⁸³ יתרונה של שיטת המכרז הוא בהבטחתה כי עורכי הדין אשר ישתתפו במכרז יהיו ראויים לייצג את הקבוצה, יהיו בעלי ניסיון הולם ושכרם יהיה נמוך, בשל הצורך להתחרות עם עורכי דין אחרים בעלי כישורים דומים.

מחקר שנעשה בארצות הברית, שבמסגרתו נבדקו שתי מעשרה תובענות בתחום ניירות הערך ושתי תובענות בתחום ההגבלים העסקיים, העלה שהליכי המכרז הביאו להפחתה בשיעורי שכר הטרחה אשר שולמו לבאי כוח הקבוצה.⁸⁴ יתרון נוסף של שיטת המכרז הוא בצמצום תופעת המרוץ להגשת תובענות ייצוגיות לא מבוססות. עורכי דין של תובעים מייצגים כבר אינם ממהרים להגיש תובענות בחיפזון, הואיל ואין כלל ודאות שבסופו של ההליך זכייתם במכרז מובטחת, ואין ודאות כי עורך הדין אשר הזדרז להגיש את הבקשה ראשון הוא גם זה שינהל את ההליך עבור הקבוצה.⁸⁵

מנגד, יש כאלה המתנגדים לשיטת המכרז ומעלים טענות שיש להתייחס אליהן:

1. המכרז אמנם מוביל להפחתה בשיעורי שכר הטרחה, אך אגב כך הוא פוגע בתמריצים חיוניים ביותר, שיש בהם כדי להבטיח את מעורבותם של עורכי דין בעלי יכולת ומשאבים, הנדרשים לעתים מבאי כוח הקבוצה לצורך זכייה בתובענה. עורכי דין המספקים שירותים מקצועיים באיכות גבוהה או מחזיקים צוות מקצועי עם הוצאות שכר ותקורה ניכרות, לא יוכלו להוריד את המחיר כדי לזכות במכרז. מכאן ההנחה שעורכי דין כאלה לא יוכלו להתחרות על בסיס שוויוני עם משרד קטן של עורכי דין, שיכולותיו אולי מוגבלות אך התקורה שלו נמוכה, ועל כן באפשרותו להציע מחירים נמוכים יותר לייצוגה של הקבוצה. התוצאה המתבקשת מכך היא שהזוכה במכרז יהיה מקצועי פחות וייצוגו את הקבוצה בלא יהיה מיטבי.

נראה כי ניתן להביא לסילוקה של התנגדות זו בקביעת תנאי סף להבטחת רמתו המקצועית של עורך הדין, לרבות ניסיונו המוקדם בניהול תובענות כגון אלה. העמידה בדרישות הרמה המקצועית תבטיח כי עורך הדין שייבחר יפעל במקצועיות רבה לשם הצלחתה של התובענה. שיטת המכרז אינה יכולה לדמות איתור של עורך דין בתנאי שוק חופשי, שכן היא מתמקדת אך ורק במחיר ההצעה ולא באיכות השירות המקצועי. כמו כן הבחירה בעורך הדין של הקבוצה צריכה להיות מושפעת משיקולים נוספים, שאינם קשורים במחיר ההצעה במכרז, כגון שמו הטוב וניסיונו של המציע, אמצעים כספיים של

83 ראו דוגמה לטבלה במאמר: Fisch, לעיל הערה 72, בעמ' 666.

84 FJC Report, לעיל הערה 8.

85 Task Force Report, לעיל הערה 8, דברי השופט בדימוס ארלין אדאמס (Adams) בפני הוועדה שמונתה לבחון את אופן המינוי של עורכי דין בתובענות ייצוגיות בארצות הברית, דבריו מופיעים בה"ש 106 בדו"ח.

המציע ויחסי העבודה בין המציע לתובע המייצג. שיקולים אלו אינם מובאים בחשבון במסגרת התחרות הכספית במכרז.⁸⁶ כמו כן כאשר הלקוח בוחר עורך דין בתנאי שוק רגיל, הוא בוחר את המוניטין שלו, את התנהלותו ואת זמינותו, ואילו בתנאי מכרז קשה לכמת נתונים אלו במסגרת ביצוע ההערכה הכספית.⁸⁷

2. כאשר נערכו מכרזים על ידי בתי המשפט בארצות הברית התקבלו הצעות שונות, אשר נוצר קושי של ממש לערוך ביניהן השוואה. התשובה להסתייגות זו נעוצה כמובן בניסוח המכרז עצמו.⁸⁸ ככל שהמכרז יגדיר את הנתונים הנדרשים בדיוק ובפירוט רבים יותר, יהיה קל ופשוט יותר לבית המשפט שעורך אותו להשוות בין ההצעות ולקבוע מי המציע הראוי ביותר לייצג את הקבוצה. זאת, בהתחשבות בתנאי הסף המקצועיים (לרבות ניסיון קודם הכרחי בתחום, ותק, קיומו של ביטוח מקצועי ומשאבים מספיקים לניהול התיק עד למתן פסק דין) וכן בשיעור שכר הטרחה המוצע.

3. שיטת המכרז פוגעת בייזום ובמחקר המקדים שעורכים עורכי הדין על חשבונם טרם הגשתה של התובענה על מנת לברר את עילת התביעה ולבססה מפני שאין בידם כל ודאות כי לאחר עריכתו של מחקר מקיף הם יוכלו לזכות בפרותיו של ההליך, הואיל וייתכן שעורך דין אחר ייבחר בהליכי המכרז.⁸⁹ בארצות הברית הוכרו זכויותיהם של עורכי הדין היזמים גם בתיקים שבהם לא זכו עורכי הדין אשר תרמו להגשת התובענה במכרז עצמו. בעניין אחד ציין בית המשפט כי אם לא יתוגמלו עורכי הדין היזמים על פעילותם, יוביל הדבר לתמריץ שלילי באיתור פעילות לא חוקית שיכולה להיות עילה להגשת תובענה.⁹⁰ לפיכך במקרים מסוימים נקבע תשלום שכר טרחה לעורכי הדין אשר לא זכו במכרז אך תרמו במחקר המקדים ובעריכתה של התובענה.⁹¹ נושא דמי הייזום גרם ללא מעט מחלוקות בקרב הוועדה אשר הוקמה בארצות הברית כדי לדון בהליכי המכרז למינוי עורכי דין,⁹² אולם כמצוין, ניתן בהחלט למצוא פתרון הולם לקושי זה, באופן שיבטיח שמירה על זכויות היזם לקבלת חלק מפרות הזכייה.

4. הליך המכרז מעורר התנגדות אף מן הטעם שהחלפתו של עורך הדין שהגיש את התביעה בעורך דין חדש שינהל את ההליך עלולה לגרום לפגיעה בשיתוף הפעולה בין

Lucian Arye Bebchuk, *The Questionable Case for Using Auctions to Select Lead Counsel*, 80 Wash. U. L.Q. 889, 889–899 (2002).

87 ראו: דברי עורכת הדין Savett בפני הוועדה שמונתה לבחון את אופן מינוי עורכי הדין בתובענות ייצוגיות בארצות הברית, Task Force Report, לעיל הערה 8, דבריה מופיעים בה"ש 71 בדו"ח.

88 שם, ה"ש 141.

89 שם, בעמ' 52–53.

90 *Fisch ; In re Cendant Corp. Litig.*, 264 F 3d 201, 259 (3d Cir. 2001), לעיל הערה 80, בעמ' 93–94.

91 *In Re Bank One Shareholders Class Action*, 96F 780, 789–790 (Supp 2d, N.D III 2000).

92 Task Force Report, לעיל הערה 8.

התובע המייצג לעורך הדין המייצג. התובע המייצג בחר מלכתחילה את עורך הדין שעמו הוא יוכל לעבוד ולשתף פעולה במידה מיטבית, וכעת בעקבות החלפת עורך הדין עלולה להיווצר אי-נוחות ואפשר שלא יהיו הבנה והסכמה הדדיות בין התובע המייצג לבין עורך הדין החדש, אשר "הונחת עליו" על ידי בית המשפט מבלי להיוועץ בו ומבלי שהוא עצמו חפץ בכך.⁹³

טענה נוספת היא שממילא הליכי המכרז אינם פותרים את בעיית הנציג ואינם משפרים את יכולתו של התובע המייצג או של חברי הקבוצה לפקח על עורך הדין, מכיוון שבעיית ניגוד האינטרסים הקיימת תמיד בתובענה הייצוגית בין עורך הדין לבין חברי הקבוצה נותרת בעינה.⁹⁴ ניתן להשיב לטענות אלו תוך ציון העובדה שעורך הדין אינו מייצג את התובע המייצג בלבד אלא את כלל חברי הקבוצה, ובית המשפט מפקח על פעילותו, ולכן היעדר ההבנה וההסכמה ההדדיות בינו לבין התובע המייצג אינה כה חשובה בהליך זה. עורך דין חיצוני, שימונה על ידי בית המשפט, יוכל לבחון בחינה ביקורתית, מקצועית ונטולת פניות את המידע והראיות שימציא לו התובע המייצג.

5. נגד מעורבותו של השופט הדין בתיק בהליך המינוי הושמעו טענות מפי מלומדים רבים בארצות הברית, ובכל אלה הטענה כי השופט הוא צד מעוניין בתיק, ולכן ייתכן שבהמשך הטיפול בתיק הוא יהיה מושפע מהעובדה שהוא שמינה את בא כוח הקבוצה. כלומר, התערבות זו עלולה לפגוע בתדמית הניטרלית ונטולת הפניות של בתי המשפט.⁹⁵ הכיצד? המעורבות המצוינת יוצרת את הרושם כי הוא "אחראי" לפעילותו של עורך הדין הממונה, ועלול להתעורר החשש כי יעשה עמו חסד מיוחד. התשובה להתנגדות זו היא כי ראוי שלא המותב אשר יערוך את המכרז הוא גם שידון בתיק עצמו. לפיכך רצוי כי התפקיד יוטל על רשם בית המשפט, אשר אינו דן בתיק.⁹⁶

6. ביקורת נוספת שהועלתה כלפי הליך המכרז מתייחסת לשינוי השיטה המקובלת בתובענות ייצוגיות, שעל פיה נקבע שכר הטרחה על ידי בית המשפט בסיום ההליך. המכרז מחייב את קביעת שכר הטרחה מראש, כבר בשלב הצעות המחיר, וזאת עלולה להתברר, במהלך ההליך, כבלתי צודקת וכבלתי משקפת את המאמצים הרבים שיש להשקיע בתיק או להפך, דהיינו יתברר בדיעבד כי למרות הערכה מסוימת של השקעה צפויה ההערכה התבדתה וההשקעה הייתה שונה לעומת התחזית.⁹⁷ יהיה ניתן להדוף

93 ראו: Bebchuk, לעיל הערה 86, בקשר לחשיבות הבחירה של עורך הדין על ידי התובע הייצוגי בהליכים הקשורים בני"ע.

94 Fisch, לעיל הערה 72, בעמ' 673, המחברת מציינת כי קיימים מנגנונים המאפשרים את שינוי השיטה, כמו אלה שהוצעו לרכישת התביעה במלואה בידי עורך הדין במאמרם של Macey & Miller, לעיל הערה 80.

95 Fisch, לעיל הערה 80, בעמ' 53, 85, 95, 96, 101; כמו כן ראו: Fisch, לעיל הערה 72, בעמ' 692.

96 ראה תימוכין להצעה זו, שם, בעמ' 693.

97 ראו: הדיון בפני הוועדה שמונתה לבחון את אופן מינוי של עורכי דין בתובענות ייצוגיות בארצות הברית: Task Force Report, לעיל הערה 8, בעמ' 57.

התנגדות זו אם תישמר בידי בתי המשפט הסמכות להעניק לעורך הדין שהציע הצעה נמוכה תוספת בגין המאמצים שהשקיע בפועל, בדומה לקביעת שכרם של כונסים ומפרקים על ידי בתי המשפט בישראל.⁹⁸ כידוע, בתי המשפט בישראל רשאים להגדיל את שכרו של בעל תפקיד על מנת לתגמל אותו על מאמץ וטרחה מיוחדים שחורגים מהרגיל, או להפחיתו במקרים שבהם המאמץ והטרחה התבררו כנמוכים מהרגיל. מנגנון זה נועד להתאים את שכרו של בעל התפקיד בישראל, הזכאי לחישוב קבוע של שכרו על פי המסלולים הקבועים בתקנות, לנסיבותיו של המקרה הספציפי.⁹⁹ סמכות זאת מעניקה לבתי המשפט שיקול דעת לפסיקת שכר טרחה הוגן וראוי בנסיבות העניין ומניעת תוצאה בלתי צודקת.¹⁰⁰ ניתן וראוי, בהחלט, לאמץ דרך זאת בענייננו.¹⁰¹

7. התנגדות נוספת להליכי המכרז ולהחלפת עורכי דין נוגעת לחשש מפני קנוניה אפשרית בין הנתבע לבין עורכי דין אשר יגישו הצעות במכרז, על מנת להבטיח לצוות ההגנה כי ימונה עורך דין אשר ישתף עמם פעולה לסיום התיק בצורה הנוחה ביותר לנתבע.¹⁰² באחד המקרים שהתבררו בארצות הברית התברר כי אחד המציעים קיים קשר עם עורכי הדין של הנתבעים וקיבל מהם מידע בקשר לאפשרויות הפשרה בתיק על מנת להקנות לעורך דין זה יתרון בשעת הגשת הצעתו במכרז. באותו עניין הורה בית המשפט על פרסום מידי של המידע שנמסר לעורך הדין כדי שיובא לידיעת כל המשתתפים במכרז.¹⁰³ לדעתי, כאשר בית המשפט מעורב בהליכי המכרז, סביר להניח שעורכי הדין המשתתפים בו יימנעו מהסדרים שיש בהם קנוניה עם הנתבעים. בחוק תובענות ייצוגיות בישראל ננקטו הסדרי פיקוח יוצאי דופן כלפי עורכי הדין של הצדדים, אשר כוללים הגשת תצהירים אישיים מטעמם במקרה של פשרה. אין מניעה שהסדרים מעין אלו יחולו על הליכי המכרז, ושכל משתתף במכרז יחויב בסודיות ובהצהרה על הימנעות ממסירת מידע או מיצירת מגע עם הנתבעים או באי כוחם.

על אף הקשיים שנמנו לעיל כאשר לשיטת המכרז לצורך מינוי עורך דין לקבוצה, ברי כי יש להעדיף שיטה זאת על פני כל מינוי שייעשה באמצעות בחירה שיפוטית. המכרז פתוח לעינו של הציבור, נערך בדרך שוויונית ומבטיח את מרב היתרונות לחברי

98 תק' 13 לתקנות החברות (כללים בדבר מינוי כונסי נכסים ומפרקים ושכרם), התשמ"א-1981.

99 לדוגמה, שכר ניהול (תקנה 7(א)) שכר מימוש (תקנה 8) שכר חלוקה (תקנה 8א).

100 ראו: ע"א 5479/11 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' עו"ד יעקב אמסטר בתפקידו ככונס נכסים (פורסם בנבו, 12.2.2013).

101 Steinlauf v. Continental Illinois Corp., 962 F.2d 566, 572 (7th Cir. 1992); *In re Oracle Securities Litig.*, 132 F.R.D. 538, 546 (N.D. Cal. 1990) (להלן – *Oracle II*).

102 ראו: הדיון בפני הוועדה שמונתה לבחון את אופן מינוי עורכי הדין בתביעות ייצוגיות בארצות הברית: Task Force Report, לעיל הערה 8, בעמ' 165–166.

103 *Antitrust Litigation*, לעיל הערה 8.

הקבוצה.¹⁰⁴ משום כך נבחרה בארצות הברית, לא פעם, שיטת המכרז לצורך מינוי עורכי דין בהליכים של תובענה ייצוגית.¹⁰⁵

הלקחים שניתן ללמוד מההליכים בארצות הברית מובילים למסקנה שהליכי המכרז יכולים להוביל להורדת עלויות הייצוג, כשברור כי יש להשתמש בהליכים אלה בזירות כדי לא לפגוע באיכות הייצוג של הקבוצה. טרם ההליך על בית המשפט להקפיד לקבוע וגם לפרסם את תנאי הסף הדרושים על מנת להבטיח את הייצוג הראוי של הקבוצה, לרבות שיעור שכר הטרחה והקריטריונים לקביעתו. כך יהיה ניתן להשוות, בדרך קלה ופשוטה למדי, ללא צורך במעורבות מומחים, את התוצאות שתתקבלנה וכן להעריך את השלבים הצפויים ואת סיכויי ההצלחה של התביעה. בנוסף, חשוב לשמור על עקרון הייזום ועל מעמדו של עורך הדין יוזם ההליך. לכן במקרה של החלפת עורך הדין היוזם יהיה ראוי שיובטח לו חלק משכר הטרחה כתשלום עבור היזמה על כל הכרוך בה, ובכלל זה עריכת המחקר המקדים ככל שנדרש.

ג. חלק שלישי – הדרך המוצעת לעריכתו של המכרז בישראל

עד כה דנו בחשיבות הייצוג ההולם ובצורך המתעורר לעתים להורות על החלפת עורך הדין של הקבוצה לשם הבטחת ייצוג הולם וניהול עניינם של חברי הקבוצה בדרך מיטבית ובתום לב.¹⁰⁶

למכרז כמה יתרונות ברורים, הן לעניין איכות המציעים והן לעניין שכר הטרחה שיתקבל. בשלב פרסום המכרז על בית המשפט לקבוע את תנאי המינימום להשתתפות בו ולהבטיח כי עורכי הדין שישתתפו בו יהיו בעלי ניסיון ראוי והולם לסוג ההליך. גם בהתייחס לעלות ההצעה, תנאי תחרות יביאו להוזלה ולמעורבות של קבוצה גדולה יותר של עורכי דין בהליך התחרותי.¹⁰⁷

104 הוועדה המיוחדת שמונתה לבחון את סוגיית המכרז הביעה התנגדות כללית להליך המכרז, אולם היא מצאה לנכון לקבוע כי שיטת המכרז עדיפה במקרים שבהם הסעד המבוקש הוא פיצויים, אין מתעוררות בעיות מסובכות של חבות, ואין מתעוררים עניינים אישיים של חברי הקבוצה, וכן כאשר קיימת סבירות כי כמה עורכי דין ישתתפו בהליך ומספר חברי הקבוצה הוא גדול, ראוי לקיים את ההליך המכרזי. ראו: הדיון בפני הוועדה שמונתה לבחון את אופן מינוי עורכי דין בתובענות ייצוגיות בארצות הברית: Task Force Report, לעיל הערה 8.

105 ראו: עניין *Continental III*, לעיל הערה 101.

106 סעיף 8(ג) לחוק.

107 ראו המחקר ב-FJC Report, לעיל הערה 8, המצביע על הפחתת שכר הטרחה בהליכי המכרז.

החלפת מייצגים על ידי בית המשפט יכולה להביא להפחתת תמריצייהם של הנתבעים לתקיפה אישית את המייצגים. הנתבעים ידעו כי במקרה שהתקפותיהם האישיות על עורכי הדין יצליחו, אזי בית המשפט יפעל ממילא למנות אחרים תחתם.¹⁰⁸ על פני הדברים ניתן לציין שראוי כי המכרז ייערך בשלב מוקדם ככל הניתן. עם זאת סביר להניח כי עד לשלב ההכרעה בבקשת האישור לא יעלה בידי בית המשפט הדין בעניין לבחון את סוגית הייצוג הראוי. על כן ראוי שההתנהלות הרגילה תהיה כזאת שבית המשפט יורה, במקרים המתאימים, על אישור הבקשה בכפוף להחלפת עורך הדין היזם במייצג אחר, אשר זהותו תיקבע במכרז. יודגש כי ייתכן בהחלט שבית המשפט יזדקק להליך המינוי בשלב מאוחר יותר, אם יתברר כי עורך הדין המטפל אינו מייצג כראוי את ענייני הקבוצה, או שהוגשה בקשת הסתלקות אשר בית המשפט לא מצא אותה ראויה בנסיבות העניין. עם זאת ככל שהשלב שבו יוחלף עורך הדין יהיה מוקדם יותר, כך תהיה הפגיעה בהליך המשפטי קטנה יותר. החלפת עורך הדין עלולה לגרום לשינוי בטענות התובעים, לבזבוז זמן שיפוטי עד להכרעה בדבר זהות עורך הדין המייצג, לעינוי דין לנתבע הממתין לפסק הדין ולסרבול ההליך בכללותו.

לעניין הגוף שינהל את המכרז, מוטב כי בית המשפט הדין בתיק לגופו ירחיק עצמו מהליכים אלו על מנת שלא תיפגע הניטרליות השיפוטית הנדרשת. די בכך שהשופט הדין בתיק יורה על החלפה מינוי של עורך הדין ויעביר את המשך הטיפול לרשם או למושב אחר שיקיים את הליכי המכרז. יש להבחין בין מינוי כונס או מפרק, המשמשים כידו הארוכה של בית המשפט, לבין מינוי בא כוח של קבוצה שהיא צד לתיק משפטי המתנהל בפני אותו שופט. ייתכן כי בסיום ההליך לא יקבל בית המשפט את עמדתו של עורך הדין הממונה, או אפילו יאלץ להעביר עליו ביקורת, ועל כן ראוי כי בית המשפט הדין בתיק לא יהיה מעורב בהליך המינוי.

במסגרת הליכי המכרז יהיה מקום לקבל הכרעות הנוגעות לקביעת שכר טרחתו של עורך הדין. הכרעות אלו עלולות ליצור רושם, בפני הצדדים בתיק, כי בית המשפט כבר גיבש דעה מוקדמת באשר לסיכויי ההליכים. לדוגמה, בית המשפט יכול לתמרץ את עורך הדין בתשלום בונוס במקרה של פשרה, ומכאן עולה, לכאורה, שלדעת בית המשפט ראוי כי הצדדים יגיעו לפשרה במסגרת ההתדיינות המשפטית ביניהם. לפיכך לאחר שבית המשפט יקבע כי יש מקום למנות עורך דין לקבוצה, מומלץ להעביר את המשך ניהולו של הליך המכרז לרשם בית המשפט. המשך הטיפול בתיק יחזור לשולחנו של בית המשפט לאחר מינוי של עורך הדין החלופי לקבוצה. פרסום המכרז לציבור ייעשה באמצעות שימוש בסמכויות הנתונות לבית המשפט בחוק.¹⁰⁹

108 קלמנט, לעיל הערה 63, בעמ' 178.

109 סעיף 25 לחוק תובענות ייצוגיות.

אימוץ שיטת המכרז למינוי בא כוח לקבוצה גם בישראל יביא לשינוי במושכלות היסוד של אופן קביעת שכר טרחתו של עורך הדין במסגרת התובענה הייצוגית. השוני העיקרי יהיה בקביעת שכר הטרחה מראש ולא בסיום ההליך. הדין הקיים בישראל אינו מאפשר לקבוע את שכר טרחתם של עורכי הדין בתחילת ההליך הייצוגי, והוא נקבע בסיום ההליך.¹¹⁰ על פי סעיף 23 לחוק, בית המשפט מוסמך לקבוע בסיומו של ההליך את שכר הטרחה תוך התחשבות בתועלת שהביאה התובענה הייצוגית לחברי הקבוצה, במורכבות ההליך, בטרחה שטרחה בא כוח התובע המייצג והסיכון שקיבלו עליהם עורכי הדין בהגשת התובענה הייצוגית ובניהולה, בהוצאות שהוצאו לשם כך, במידת החשיבות הציבורית של התובענה הייצוגית, באופן שבו נוהל ההליך וכן בפער שבין הסעדים שנתבעו בבקשה לאישור התובענה הייצוגית לבין הסעדים שפסק בית המשפט בסופו של דבר.¹¹¹ בית המשפט העליון הרחיק עצמו מן השיטה האמריקאית והעדיף את הקביעה בסיום ההליך לפי תוצאותיו. כך נקבע בעניין רייכרט, שבו ציין בית המשפט העליון כי "אין לקבוע מראש ובאופן עקרוני, מהו שיעור שכר הטרחה באחוזים שיש לפסוק לעורך הדין המייצג. קביעת שכר הטרחה נגזרת מנתוני הפרטניים של כל מקרה ומקרה, ולא ניתן להצביע מראש על שיעור קבוע לשכר טרחה".¹¹²

עם זאת הדרך הקבועה בישראל לקביעת שכר טרחתו של בא כוח הקבוצה רק בסוף ההליך מעוררת קשיים בשל חוסר הוודאות של עורך הדין המייצג באשר לשיעור שכר הטרחה אשר ישולם לו מן הפיצוי במהלך ההליך כולו ועד להכרעת בית המשפט בעניין זה. עורך הדין אינו יודע אילו מהשיקולים שנקבעו בחוק יכריעו את שיעור שכר טרחתו בעת בדיקת בית המשפט בסופו של ההליך, ואיזה משקל יינתן לכל אחד מהם. זאת ועוד, בית המשפט העליון כבר מצא לנכון לציין כי רשימת השיקולים לקביעת שכר טרחתו של עורך הדין במסגרת תובענה ייצוגית, הכלולה בסעיף 23 לחוק, אינה רשימה ממצה.¹¹³ חוסר הוודאות יוצר סיכון לעורך הדין המממן את ההליך בעצמו ועלול לגרום לו למזער אותו באמצעות סילוק ההליך בדרך של הסכמה עם הנתבע, כדי שזה יתמוך בדרישת שכר טרחתו.

קביעת שכר הטרחה בסיום ההליך מייקרת את השירות המשפטי המוענק לחברי הקבוצה. התוצאה היא שעורך הדין, אשר קיבל עליו את הסיכון לנהל את התובענה והשקיע בה מכספו ומזמנו, יהיה זכאי לתשלום נוסף שיהיה פיצוי לכיסוי אותו סיכון. לפיכך שכר הטרחה שישולם לבא כוח הקבוצה גבוה מזה שהיה משולם לו אילו נקבע

110 סעיפים 8(ג)1) ו-23 לחוק תובענות ייצוגיות ותק' 10 לתקנות.

111 סעיף 23 לחוק תובענות ייצוגיות.

112 ע"א 2046/10 עזבון שמש נ' רייכרט (פורסם בנבו, 23.5.2012) (להלן – עניין עזבון שמש), לעניין שכר הטרחה בהליך.

113 ע"א 9134/05 עו"ד לויט נ' קו"אופ צפון, אגודה שיתופית לשירותים בע"מ (פורסם בנבו, 7.2.2008).

בתחילת ההליך.¹¹⁴ כמו כן קביעת שכר הטרחה בסיום ההליך בעייתית אף משום שביית המשפט נותר לבדו מול עורך הדין של הקבוצה, שכן לעורך הדין של הנתבעים אין עוד עניין להתנגד לדרישת שכר הטרחה בשל רצונו להביא את התובענה לכדי סיום.¹¹⁵ כאשר מדובר בהסדר פשרה, להבדיל מפסק דין, הצדדים נוהגים להגיש לבית המשפט המלצה מוסכמת לעניין שיעור שכר הטרחה, ובית המשפט רשאי לאשרה לפי שיקול דעתו.¹¹⁶

קביעתו מראש של שכר הטרחה במסגרת המכרז תחסוך מבית המשפט את אי-הנעימות הכרוכה לא פעם בהתמודדות עם היכרות מוקדמת עם עורך הדין המנהל את התובענה הייצוגית. זאת ועוד, בשלב סיום התובענה בית המשפט אינו נכון, בדרך כלל, להשקיע מאמצים רבים או התדיינות ארוכה לעניין קביעת שכר טרחתו של עורך הדין. דומה כי אף שבתי המשפט בישראל אמונים על קביעת שכר טרחה בסיומו של הליך, אין מניעה להכליל בגדר ההוראות בדבר הבטחת ייצוג הולם לשם ניהול עניינם של חברי הקבוצה בדרך ראויה¹¹⁷ את קביעת אחוז שכר הטרחה שישולם לבאי כוח הקבוצה לפי הטבלה שתיקבע במסגרת המכרז בשלב המינורי, ללא צורך בדחיית הקביעה לסיום ההליך.

1. שלב האיכות – קביעת התנאים להבטחת איכות הייצוג

הדרישה להבטחת איכות הייצוג הוכרה בארצות הברית כתנאי ראשון, לפני בחינתה של הצעת המחיר. על מנת לאמור את רמתו המקצועית של בא כוח הקבוצה נתבקשו עורכי הדין להעריך את סיכויי הצלחתה של התובענה וכן את סיכויי הגבייה. עורכי הדין המשתתפים במכרז נדרשו להבטיח את ייצוג הקבוצה עד לשלב הגבייה ואף להעמיד בטוחות להבטחת הטיפול המשפטי. הם גם נדרשו להוכיח קיום משאבים ומקורות למימון ההוצאות הקשורות בניהול התיק עד למתן פסק הדין, ביטוח אחריות מקצועית והוכחות בדבר מוניטין המשרד.¹¹⁸ עניין נוסף שהומלץ על הכללתו במסגרת הסינון הראשוני הנוגע לאיכות המציע,¹¹⁹ הוא הערכה כללית של המשרד, דהיינו: דרישה לפרט את ניסיון המשרד בכלל ושל צוות המשרד בפרט, את זהות הצוות אשר יטפל בתיק מושא הליכי המכרז ואת המומחיות שלו בטיפול בנושאים שבהם עוסק התיק.¹²⁰

114 ראו: Niebler, לעיל הערה 80, בעמ' 766, וההפניה לעניין *Oracle I*, לעיל הערה 78.

115 ראו: *In Re Activision Sec Litig*, 723 F. Supp. 1373, 1374, 1374 (N.D Cal. 1989).

116 סעיף 18(ז) לחוק.

117 סעיף 8(ג) לחוק.

118 *In Re Oracle Securities Litig*, 136 F.R.D. 639, 645 (N.D.Cal.1990) (להלן – *Oracle III*).

119 ראו: הדיון בפני הוועדה שמונתה לבחון את אופן מינוי עורכי הדין בתובענות ייצוגיות

בארצות הברית: Task Force Report, לעיל הערה 8, בעמ' 70.

120 עו"ד אסף פינק מציע כי גם הרשויות הזכאיות להגיש תובענות ייצוגיות, על פי התוספת הראשונה לחוק, יערכו מכרזים להעסקת עורכי דין פרטיים כשם שכבר נעשה במשרד

פרופ' אלון קלמנט מציין במאמר שפרסם בעניין קווים מנחים לפרשנות חוק תובענות ייצוגיות, כי ההצעות במכרז יכולות לכלול פרטים הנוגעים לאיכות הייצוג שייתן עורך הדין המציע – ניסיונו בתחום, יכולתו לעמוד בהשקעה הכרוכה בניהול התביעה, היעדר ניגוד עניינים וכיוצא בזה.¹²¹

אחת הבעיות המרכזיות בעריכת מכרז לבחירת עורך דין לקבוצת הנפגעים היא רמת השירות. אם התחרות בין עורכי דין תעסוק אך ורק במחיר שיש לשלם עבור השירות המשפטי, אזי עלולים טיב השירות ואיכותו שלא להלום את צורכי הקבוצה.¹²² מכרז להעסקתו של נותן שירותים אינו דומה, מבחינה זו, למכרז לרכישת ציוד. לא תמיד המציע הזול ביותר הוא בעל ההצעה הטובה ביותר. בהתקשרות ארוכה למתן שירות יש להבטיח כי רמת השירות תישאר גבוהה לאורך כל תקופת ההתקשרות.¹²³ לפיכך לצד בחינת שכר הטרחה המוצע יש לבחון את רמת המציע ולתמריץ את עורך הדין להשיג את התוצאה המיטבית עבור חברי הקבוצה המיוצגת.

לאור זאת יש לכלול את נושא איכות הייצוג בכל מכרז ומכרז במסגרת תנאי סף, כשהמטרה היא להבטיח שהאינטרסים של הקבוצה ייוצגו בייצוג המיטבי ולאורך זמן. בנוסף, יש לדרוש גם קיומו של ניסיון קודם בניהול תובענות ייצוגיות בכלל או תובענות ייצוגיות בנושא הרלוונטי לתיק הנבחן. עם זאת יש להציב דרישה מינימלית אשר תבטיח שלא רק עורכי דין בעלי ותק מפליג יוכלו להשתתף במכרז, שכן במקרה כזה יקטן מספר הפונים, ושיעור שכר הטרחה שיידרש מן הקבוצה יגדל. בדרך כלל הנתבעים מיוצגים על ידי עורכי דין בעלי ותק, וכך אם לא תיפתחנה השורות בפני עורכי דין צעירים יותר, עלול מספר הפונים להיות נמוך.¹²⁴

את טוהר המידות של עורך הדין המייצג יש להבטיח באמצעות מתן תצהיר שיאשר כי אין לעורך הדין הרשעות בהליכים משמעתיים. באשר למשאבים הכספיים, ניתן לדרוש מעורכי הדין המצאת בטוחה להבטחת הייצוג עד לסיום ההליך, כפי שכונסי נכסים מתבקשים לחתום על כתבי התחייבות. כמו כן יש לדרוש מעורך הדין להמציא אישורים על קיום ביטוח אחריות מקצועית ראוי בשיעור שיהלום את הסכנות בתיק.

המשפטים בתיקים אחרים. המודל שמציע עו"ד פינק מתבסס על איתור ומיון משרדים בעלי יכולות משפטיות ובעלי נכונות להשקיע בתיקים כאשר עורכי דין יקבלו את שכר הטרחה בסיומו של ההליך. ראו: פינק, לעיל הערה 57.

121 קלמנט, לעיל הערה 63, בעמ' 178.

122 ראו: Niebler, לעיל הערה 80.

123 Daniel F. Spulber, *Auctions and Contract Enforcement*, 6(2) *ECONOMICS & ORGANIZATION* 325, 326 (1990).

124 קלמנט, לעיל הערה 63, בעמ' 147–148.

ראוי לקבוע תנאי סף ולא להותיר בידי בית המשפט את ההכרעה באשר לטיב המציעים ואיכותם המשפטית, שכן שיקולים אלו מקשים את ההשוואה בין המציעים השונים.

2. שלב ההצעה הכספית

בתי המשפט בארצות הברית התירו למשרדים השונים להציע את הצעותיהם הכספיות לפי שיקול דעתם. עניין זה יצר קושי בהשוואה בין ההצעות הכספיות הואיל ובסיסן היה שונה. חלק מעורכי הדין ביקש לתמרץ את תביעתו ככל שפרק הזמן שבו מתנהל התיק יתארך. מלומדים הצביעו ציינו שהבחירה בין ההצעות הייתה כה קשה, עד שלבסוף בית המשפט בחר מתוך שגגה את ההצעות שהתבררו בדיעבד כיקרות ביותר עבור חברי הקבוצה.¹²⁵ יש המציעים כי אם יתגלה קושי להשוות בין ההצעות, יהיה בית המשפט רשאי למנות מומחה מטעמו לצורך ההשוואה ביניהן.¹²⁶ דרך זו אינה רצויה, שכן מינוי מומחה יאריך את ההליך המשפטי לשווא ויגרום הוצאות מיותרות לחברי הקבוצה.

ראוי שבית המשפט יורה על הכנת טבלה פשוטה וברורה להשוואה בין המציעים השונים, לפי מדדים ברורים וקבועים מראש אשר על פיהם ייבחר עורך הדין. מומלץ כי הטבלה תתייחס לשלבים השונים של ההליך המשפטי, כפי שהעדיפו בתי המשפט בישראל.¹²⁷ דהיינו, ככל שההליך המשפטי יתקדם, ראוי שההצעה הכספית תביא זאת בחשבון. כמו כן, כפי שצוין בפרק א, יש מקום לקבוע אחוז משכר הטרחה כפיצוי לעורך הדין אשר יזם את ההליך. הטבלה מושא ההצעה הכספית תכלול אפוא שלושה רכיבים שונים: שכר טרחה עבור פשרה,¹²⁸ שכר טרחה עבור פסק דין ושכר טרחה שישולם לעורך הדין היזם. הליך השוואת ההצעות ייעשה באמצעות קביעת מקדם לכל אחת מהעמודות ובמתן ציון כללי להצעה הכספית. לאחר השוואת ההצעות יהיה ניתן להצביע על עורך הדין אשר ייצג את הקבוצה.

בקביעת שכר הטרחה של עורך הדין יש להתחשב בכך שעורך הדין נדרש, לא פעם, לנהל את ההליך כמעט לבדו, ללא סיוע מצד הלקוח. לפיכך ועל מנת שימלא את תפקידו יש לתמרץ את עורך הדין בגין הצלחה בייצוג הקבוצה, ומנגד לקבוע תמריץ שלילי שיחול במקרה של ייצוג לא נאות.

125 Niebler, לעיל הערה 80, בעמ' 817.

126 קלמנט, לעיל הערה 63, בעמ' 178.

127 ראו: עניין עזבון שמש, לעיל הערה 112.

128 יהיה ניתן לחלק את העמודה המתייחסת לשכר טרחה בפשרה לעמודה נוספת אשר תשקף את השלב שבו הושגה פשרה, לדוגמה פשרה עד שלב האישור, פשרה לאחר האישור או פשרה לאחר ניהול ההוכחות.

בעניין רייכרט¹²⁹ ציין בית המשפט כי בקביעת שכר הטרחה של עורך הדין קיימים שלושה שיקולים מרכזיים: השיקול הראשון עוסק בתמריצים להגשת התובענה הייצוגית על מנת לעודד הגשת תובענות ראויות ולמנוע הגשת תובענות סרק. לעניין זה על בית המשפט לבחון את היקף ההשקעה של עורך הדין המייצג, את מידת הסיכון בתובענה ואת היחס שבין הסעד שנתבע לבין הסעד שאושר. השיקול השני מתייחס לאופן התנהלותו של בא כוח הקבוצה, והשיקול השלישי נוגע ליחס שבין שכר הטרחה לבין התובענה הייצוגית בכללותה, על מנת למנוע קביעת שכר טרחה אשר יפחית את התועלת לקבוצה.¹³⁰ על שכר הטרחה לבטא שיקולי תשומה (עלויות שהושקעו בתביעה), שיקולי תפוקה (אשר נועדו לשם תמרוץ עורכי הדין) ושיקולי הכוונה ציבורית (המתייחסים לתועלת הציבורית שבתביעה).¹³¹ על פי עקרונות אלו נראה שראוי לקבוע כי שכר הטרחה שייפסק לעורכי הדין יהיה גבוה במקרים שבהם התנהל התיק במלואו עד לשלב פסק הדין, אולם באותם מקרים שבהם הסתיים התיק בהסתלקות או בפשרה מתברר כי בפועל אין הדבר כך.¹³² שיטת המכרז יכולה להביא לתיקון תוצאה זו מאחר ששכר הטרחה ייקבע מראש לפי שלבי ההליך.

קביעת שכר הטרחה מראש, בהליך של מכרז, עלולה למנוע מבית המשפט את היכולת לתגמל את עורך הדין על התנהלותו במהלך ההתדיינות המשפטית. על כן על אף עריכתו של מכרז לבחירת עורך דין מייצג לקבוצה יש להותיר בידי בית המשפט את שיקול הדעת במקרה שיבקש להעניק לעורך הדין "בנוס" בסיום ההליך, אם ימצא כי ראוי לעשות כן בנסיבות העניין ולאור התועלת שצמחה לקבוצה או לציבור בכללותו ממעורבותו של עורך הדין. במקרים ראויים יהיה בית המשפט רשאי להפעיל את מנגנון ההתאמה אף לשם הפחתת שכר הטרחה.

3. מנגנונים אפשריים לקביעת שכר הטרחה

כבוא בית המשפט לקבוע את שכר הטרחה של עורך הדין רשאי הוא לקבוע אותו לפי השעות שהשקיע בתיק. במקרה כזה רצוי כי הצעות המשתתפים תתייחסנה ל"מחיר השעה". לחלופין רשאי בית המשפט לקבוע את שכרו של עורך הדין כאחוז קבוע או משתנה מן הפרות שיתקבלו בקבוצה המיוצגת. בעניין רייכרט הנזכר לעיל דן בית המשפט בסוגיית אופן קביעת שכרו של עורך הדין¹³³ והעדיף את שיטת האחוזים על פני "שיטת השעות".

129 ראו: עניין עזבון שמש, לעיל הערה 112.

130 שם, פס' 3 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

131 קלמנט, לעיל הערה 63, בעמ' 158–162; הדו"ח האמפירי, לעיל הערה 14, בעמ' 27.

132 ראו עמ' 27–32 לדו"ח האמפירי (סכומי שכר הטרחה בתיקים שנסתיימו בפסקי דין נמצא נמוך מסכומי שכר הטרחה בפשרות).

133 ראו: עניין עזבון שמש, לעיל הערה 112, בפס' 5–8 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

מבחינת הקבוצה, שיטת השעות יוצרת סיכון רב, שכן ייתכן כי שכרו של עורך הדין יאפיל על הסכום שייפסק בסופו של דבר לטובתה. שיטת השעות אינה מהווה תמריץ לעורך הדין להצליח בתביעה ואינה קושרת בין המאמץ שהוא משקיע לבין התועלת שצומחת לקבוצה. שיטת השעות עלולה לגרום לעבודת יתר שאינה נחוצה ושנעשתה אך ורק כדי להגדיל את שיעור שכר הטרחה.¹³⁴

כמו כן עורך הדין יכול לתמרן את ניהול התיק ולדחות הסדרי פשרה כדי לגבות שכר טרחה בגין חיובי שעות עבודה.¹³⁵ בעיה אחרת הקשורה בשיטת השעות היא הצורך לבדוק את רשימת השעות שהגיש עורך הדין. הפיקוח על הרשימה בסיומו של ההליך יוצר קשיים רבים לבית המשפט, בין היתר מאחר שהוא חסר את הכלים שיסייעו לו לאמת את מספר השעות שאכן נדרשו לטיפול בתיק לעומת השעות שחויבו שלא לצורך, אם היו כאלה.¹³⁶

שיטת האחוזים היא השיטה המובילה לפסיקת שכר טרחה בתובענות ייצוגיות בארצות הברית.¹³⁷ שיטת זו משמשת אף מקור למימון תובענות ייצוגיות, הואיל והלקוח אינו נדרש לשלם לעורך הדין שכר טרחה או מימון ביניים. שיטה זו מקילה על הגישה לערכאות, במיוחד באותם מקרים שבהם אין סיכוי ממשי כי הלקוח יישא בשכר טרחתו של עורך הדין.¹³⁸ בנוסף, השיטה האמורה מיטיבה עם חברי הקבוצה, שכן הם יישאו בשכר טרחה אך ורק אם התובענה תישא פרי. קיים קשר ישיר בין תוצאות התובענה לבין שכר הטרחה,¹³⁹ ועל כן יהיה סביר להניח כי עורך הדין יעשה את מרב המאמצים על מנת להביא לזכייתה של הקבוצה בהליך המשפטי.¹⁴⁰

בתי המשפט בארצות הברית העדיפו שכר טרחה הנקבע באחוזים על פי מנגנון הפחתה, שלפיו יקטן שיעור שכר הטרחה ככל שסכום הפיצוי לקבוצה יגדל.¹⁴¹ ההנחה היא כי עורך הדין יבחן את הסכום שייוותר בידו ולא את אחוזי שכר הטרחה. דהיינו, ההפחתה בשיעור אחוזי שכר הטרחה לא תסכל את מאמציו של עורך הדין להשיג את

- 134 שם, בפס' 6 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.
 135 ראו: Niebler, לעיל הערה 80, בעמ' 771.
 136 ראו: עניין עזבון שמש, לעיל הערה 112, בפס' 6 לפסק דינו של הנשיא גרוניס; ראו: Niebler, לעיל הערה 80, בעמ' 766, וכן עניין *Oracle I*, לעיל הערה 78, בעמ' 689–691.
 137 Brian T. Fitzpatrick, *An Empirical Study of Class Action Settlements and Their Fee Awards*, 7 J. EMPIRICAL L. STUD. 811 (2010).
 138 Jonathan R. Macey & Geoffrey P. Miller, *The Plaintiffs' Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform*, 58 U. CHI. L. REV. 1, 24 (1991).
 139 Robert E. Litan & Steven C. Salop, *Reforming the Lawyer-Client Relationship Through Alternative Billing Methods*, 77 JUDICATURE 191, 194 (1994).
 140 ראו: עניין עזבון שמש, לעיל הערה 112, בעמ' 5.
 141 William J. Link, *The Courts and the Market: An Economic Analysis of Contingent Fees in Class Actions Litigation*, 19 J. LEGAL STUD. 247, 255 (1990); Eisenberg & Miller, לעיל הערה 18.

סכום הפיצוי המרבי עבור חברי התביעה.¹⁴² גם בית המשפט העליון בישראל תמך בקביעה מדורגת של שכר טרחה.¹⁴³ בית המשפט ציין כי קיימים בישראל די תמריצים לשם הגשת תובענות בסכומים גדולים, כגון פטור מאגרה, ולפיכך ראוי לאזן את התמריץ להגשת תובענות בסכומים גבוהים בקביעה כי בסכומים גבוהים יופחת אחוז שכר הטרחה שעורך הדין יהיה זכאי לו.¹⁴⁴

עם זאת ייתכנו מקרים שבהם יקבע בית המשפט כי יהיה ראוי אם יתמרץ עורך הדין אשר יביא לסיומה המהיר של התובענה. סיום מהיר כזה אין משמעו ויתור על זכויות חברי הקבוצה כנגד תשלום סכומים פעוטים, כי אם גיבוש הסדר אשר בית המשפט ימצא אותו סביר וראוי לטובת חברי הקבוצה. התמריץ בגין סיום מהיר של ההליך המשפטי יכול להיקבע לפי פרק הזמן שחלף מאז תחילתו של הייצוג המשפטי או לפי שלבי הטיפול בתיק.

בארצות הברית בחרו בתי המשפט לאמץ מנגנון של העלאת שכר הטרחה במקרים שבהם התאריך הדיון בתובענה. מנגנון זה ידוע בכינויו Calendar Bbase Incentive.¹⁴⁵ ההיגיון הטמון בגישה זו נובע מההנחה שככל שמשך ההתדיינות עולה, כך עולה שיעור ההוצאות שבהן נושא עורך הדין. הבעייתיות במנגנון זה היא שעורך הדין עלול להאריך את משך הטיפול בתיק שלא לצורך וללא תועלת של ממש אך ורק כדי לזכות בתמריץ.

לדידי, עדיף לאמץ דרך אחרת שעל פיה יועלו שיעורי שכר הטרחה ככל ששלבי התיק יהיו מתקדמים יותר. דרך זו מתמרצת את עורך הדין להמשיך ולפעול בדרך ראויה בעניינה של הקבוצה מבלי להסכים להצעות פשרה מיד עם העלאתן.¹⁴⁶ קביעת שיעורי שכר טרחה הולכים וגדלים ככל שהליכי התביעה מתקדמים מקובלת גם בישראל במסגרת תביעות נזיקין. החלוקה המקובלת מבחינה בין פשרה לפני ההליך המשפטי לפשרה במהלך ההליך המשפטי ולשיעור שכר הטרחה הגבוה ביותר במקרה שהתביעה מסתיימת בפסק דין של בית המשפט.¹⁴⁷ אם כך, במסגרת פרסום המכרז יהיה בית המשפט רשאי לקבוע טבלת שכר, שתמולא בידי כל אחד מן המשתתפים, ובה הוא יציין את אחוז שכר הטרחה שהוא מבקש לפי שלבי התיק השונים. לדוגמה, שכר טרחה עבור פשרה בשלב הבקשה לאישור התובענה, שכר טרחה עבור פשרה בשעת ניהול התובענה

142 ראו: Niebler, לעיל הערה 80, בעמ' 784.

143 ראו: עניין עזבון שמש, לעיל הערה 112, פס' 9 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

144 ש.ס.

145 ראו לדוגמה: *Re Amino*, לעיל הערה 72; 157 F.R.D. ; *In re Wells Fargo Securities Litig.* 467, 468-469 (N.D. Cal. 1994).

146 ראו: *Oracle II*, לעיל הערה 101, בעמ' 546.

147 סעיף 16 לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975, וכן כללי לשכת עורכי הדין (תעריף מרבי לשכר טרחה בטיפול בתביעות לפי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים), התשל"ז-1977.

עצמה ושכר טרחה בעת מתן פסק דין. אם תאומץ שיטה זו יהיה בכך כדי למנוע את הבעיה הקיימת כיום, כאשר שכר הטרחה בהסדרי פשרה גבוה מזה הנפסק בפסקי דין.¹⁴⁸

4. תשלום עבור תוספת מאמץ

מנגנון נוסף שנשקל לצורך קביעת שכר הטרחה של עורך הדין המייצג את הקבוצה הוא הגדלה של שיעורי שכר הטרחה על פי המאמץ שאותו יאלץ עורך הדין להשקיע כדי לזכות בתובענה. מלומדים בארצות הברית סבורים כי יש לתמך את בא כוח הקבוצה בדרך של העלאת שיעור שכר הטרחה מקום שבו נדרש מאמץ מיוחד לשם זכייה בתיק.¹⁴⁹ "תוספת המאמץ" מוכרת אף בדין הישראלי במקרים מסוימים.¹⁵⁰ כפי שצוין לעיל, השיקולים הקבועים בחקיקה הישראלית לקביעת שיעור שכר הטרחה יכולים בהחלט לשמש כמנגנון ראוי לתשלום "תוספת מאמץ", לאחר ששכר הטרחה הבסיסי כבר נקבע במסגרת הליכי המכרז.¹⁵¹ בדרך זו יהיה ניתן לשמר את היתרונות הגלומים בפיקוח על התנהלותו של עורך הדין תוך כדי ההליך המשפטי.¹⁵² בית המשפט ישקול תוספת תשלום בגין מאמצים מיוחדים, אשר יוכח כי נדרשו לצורך קבלת הסעד. כמו כן יהיה מקום לשקול תשלום שכר טרחה בגין מאמצים שהשקיע עורך הדין במקרה שבו התובענה לא הסתיימה בתשלום כספי לטובת חברי הקבוצה, אך בכל זאת צמחה לה תועלת כלשהי. כאמור, בכל מקרה יש להתיר בידי בית המשפט שיקול דעת להורות על הפחתת שכר הטרחה שנקבע מראש, וזאת במקרים חריגים ובדרך שלא תפגע בעקרונות המכרז.

5. תשלום שכר טרחה להבטחת הגבייה בפועל

כדי להבטיח את הייצוג המשפטי עד לחלוקת הכספים ראוי לייחס חלק משכר הטרחה לגבייה בפועל, שכן ייתכן מצב שבו הקבוצה אמנם תזכה בתובענה, אך חבריה לא ייהנו

148 הדו"ח האמפירי (לעיל הערה 14). עורכי הדוח מציינים כי המצב בפועל, שבו שכר הטרחה הנפסק בגין פשרות גבוה מזה הנפסק על פי פסקי דין (אם כי נוכח מיעוט פסקי הדין ייתכן שקיימת טעות סטטיסטית בעניין זה), אינו על פי ההנחיות שניתנו בפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין עזבון שמש נ' רייכרט הנ"ל ולא על פי סעיף 23ב(2) לחוק תובענות ייצוגיות, הקובע כי בפסיקת שכר הטרחה יש להתחשב בטרחה שבה נשא בא כוח הקבוצה, וברור כי ככל ששלבי הטיפול בתיק מתקדמים יותר, כן שיעורי ההשקעה והטרחה גדלים.

149 ראו: Niebler, לעיל הערה 80, בעמ' 785.

150 לדוגמה, תק' 13 לתקנות החברות (כללים בדבר מינוי כונסי נכסים ומפרקים ושכרם), התשמ"א-1981.

151 סעיף 23 לחוק תובענות ייצוגיות.

152 לדוגמה, ע"א 7094/09 ברוזובסקי הובלות בע"מ נ' איתוראן איתור ושליטה בע"מ (פורסם בנבו, 14.12.2010).

מן הזכייה בהיעדר גבייה בפועל.¹⁵³ לכן קשירת שכר הטרחה של עורך הדין להליכי הגבייה תבטיח את המשך הטיפול עד לגביית הכספים שנפסקו ולא תותיר את חברי הקבוצה ללא ייצוג בשלב זה של ההליך.¹⁵⁴

6. צמצום חיובי ההוצאות שיושתו על חברי הקבוצה

עניין נוסף שיש להתייחס אליו בקביעת שכר הטרחה הוא שיעור ההוצאות שיכוסה בידי הקבוצה. במסגרת הטיפול בתיק יחייב עורך הדין את חברי הקבוצה בגין הוצאותיו, כגון אגרות, תשלומים למומחים, צילומים, כריכות וכיוצא בזה. מבחינת עורך הדין קיימת עדיפות לגביית סכומי הוצאות גבוהים ככל הניתן על חשבון שכר טרחתו. בפועל יעדיף עורך הדין להעסיק במיקור חוץ קבלני משנה לביצוע עבודות שונות ולחייב את חברי הקבוצה בעבודות אלו.¹⁵⁵ משום כך העדיפו בתי המשפט בארצות הברית הצעות של עורכי דין אשר הגבילו את שיעורי ההוצאות לסכום קצוב אחד, אשר יתווסף לשכר הטרחה.¹⁵⁶

לרעתי, הגבלת שיעור ההוצאות במסגרת הליכי המכרז אינה דרושה במסגרת מכרזים שיתפרסמו בישראל, שכן ממילא נושא ההוצאות נתון לבחינה בסיומו של ההליך בידי רשם בית המשפט. השיקולים אשר נמנו לעיל מאפשרים לבתי המשפט שיקול דעת נרחב בשעת קביעת הקריטריונים שיחולו על המכרז לבחירתו של עורך הדין המייצג. לאור הנאמר ניתן לומר כי קביעת שכר הטרחה במסגרתו של מכרז תקדם את התובענה הייצוגית הן במובן הצר, דהיינו ייצוג הקבוצה ברמה המקצועית הנדרשת, והן במובן הרחב, דהיינו קידום מוסד התובענות הייצוגיות כערך כללי אשר יש לשמרו.

7. תשלום לעורך הדין אשר יזם את ההליך

בשל חשיבותו של עקרון הייזום, יש להביא בחשבון, בשעת עריכת המכרז למינוי עורך דין במקומו של עורך הדין אשר גיבש את רעיון התובענה והביאו בפני בית המשפט, את

153 בכמה פסקי דין אכן קבעו בתי המשפט כי חלק משכר הטרחה ישולם עם מימוש פסק הדין ולא בשלב אישור הסכם הפשרה. ת"א (מחוזי ת"א) 2383/06 גבע נ' החברה האמריקאית ישראלית לגז בע"מ (פורסם בנבו, 27.1.2010); ת"צ (מחוזי מרכז) 1532-06-08 מצלית נ' סולגאר ישראל אמברוזיה בע"מ (פורסם בנבו, 6.1.2010).

154 ראו: עניין עזבון שמש (לעיל, הערה 112) בפס' 8 לפסק שם צויין כי יש לפסוק שכר טרחה מן הסכום שנגבה ולא מן הסכום שנפסק על מנת ליצור לעורך הדין "תמריץ להוסיף ולפעול להוצאתו של פסק הדין או הסכם הפשרה אל הפועל עד סופו, תוך הבטחת האינטרסים של חברי הקבוצה". ראו גם אוריון ושוורץ, לעיל ה"ש 22, בעמ' 167-169, בדבר הצורך בפיקוח על מימושם של הסדרי פשרה.

155 ראו: Niebler, לעיל הערה 80, בעמ' 798-799.

156 ראו: Wells Fargo, לעיל הערה 145.

עקרון חופש העיסוק והפגיעה האפשרית בהכנסותיו של עורך הדין יוזם ההליך, כמו גם את התועלת הרבה שגרים בעצם ייזומו של ההליך הייצוגי.

עם זאת יש לזכור כי לעתים עורך הדין היזם אינו המתאים ביותר לנהל את ההליך ניהול מקצועי. לכן על בית המשפט להביא בחשבון את צורכיהם של חברי הקבוצה הנעדרים מן הדיונים בבתי המשפט ואת צורכי המערכת המשפטית המחייבים קיום דיון משפטי מקצועי, יעיל והוגן. העברת הטיפול בתיק, כפי שכבר צוין לעיל, מעורך הדין היזם לעורך הדין שימנה בית המשפט, צריכה להתבצע באופן שלא ישלול מהיזם את דמי הייזום עבור המחקר המקדים והגשת התביעה.

לעתים יעדיף בית המשפט למנות את עורך הדין של הקבוצה לצדו של עורך הדין היזם. במקרים כגון אלה זכאי עורך הדין היזם לשכר נוסף, בגין הסיוע בניהול ההליך המשפטי וכתוספת לדמי הייזום.

מינוי עורך דין נוסף עלול ליצור קשיים אם יתעוררו חילוקי דעות בין עורך הדין היזם לעורך הדין הממונה, הן חילוקי דעות מקצועיים והן כאלה הנוגעים לאופן חלוקת שכר הטרחה שיפסוק בית המשפט בסיום ההליך. על מנת להימנע מקשיים אלו ראוי לקבוע, במסגרת ההחלטה לקיים הליך מכרז, את שיעור "דמי הייזום", אשר ישולמו לעורך הדין שהביא את התובענה לראשונה בפני בית המשפט, גם אם הוא לא ימשיך בייצוג הקבוצה במסגרת ההליך המשפטי, ואת דרך חלוקת שכר הטרחה בין עורכי הדין.

סיכום

חוק תובענות ייצוגיות הסמיך את בתי המשפט להורות על מינוי עורך דין לקבוצה או על החלפתו של עורך הדין אשר ביקש לייצג את הקבוצה. עם זאת החוק אינו מצייץ את הדרך הראויה להורות על מינוי של עורך הדין החדש לקבוצה.

במאמר זה הצעתי להגביר את מעורבות בית המשפט לשם הבטחת הייצוג הנאות של הקבוצה בהליך המשפטי. המלצתי כי בתי המשפט ישתמשו בסמכותם במקרים הראויים לשם החלפתו של בא כוח הקבוצה, וכי עורך הדין החלופי ייבחר בהליך שוויוני, המבוסס על שיטת המכרז המוכרת בדין הישראלי, תוך שינוי סדרי התשלום המקובלים כיום בתובענות ייצוגיות באופן שעיקר שיעורו של שכר הטרחה ייקבע מראש.

המכרז עצמו יפורסם לאחר שייקבעו תנאי סף מקדמיים, שיבטיחו את ייצוגה ההולם של הקבוצה. תנאים אלו יכללו את ניסיונו של עורך הדין בטיפול בהליכים ייצוגיים, היעדר ניגוד עניינים, ותק מקצועי, קיומו של ביטוח אחריות מקצועית וכן את בחינת הצוות המקצועי המלווה את עורך הדין. לעניין שיעורי שכר הטרחה תיקבענה מדרגות ברורות שתשקפנה את שכר הטרחה הרצוי במקרה של פשרה, במקרה של מתן פסק דין וכן בשלבים נוספים כפי שימצא בית המשפט לנכון. כמו כן ייקבעו סוגי ההוצאות שעורך הדין יהיה רשאי לדרוש כהחזר, בסיומו של ההליך, נוסף על שכר טרחתו.

קביעת שיעורי שכר הטרחה במכרז תכלול שורה של תמריצים אשר מטרתם להבטיח מתן שירות משפטי נאות ומיטבי. עם זאת יש לוודא כי שכר הטרחה לא יחרוג מן השכר הסביר, תוך צמצום מרבי של הוצאות השליחות (Agency Costs) הכרוכות בהעסקתו של עורך הדין.¹⁵⁷

קביעת שיעורי שכר הטרחה המקובלת כיום היא בשיטת האחוזים, וראוי שתכלול הוראה כי שיעור שכר הטרחה יועלה ככל ששלבי התיק יהיו מתקדמים יותר. יש להבחין בין שכר הטרחה אשר ישולם בעקבות פסק דין בדרך של פשרה לבין שכר הטרחה אשר ישולם בעקבות פסק דין של בית משפט. בדרך זו יתקיים יחס ישר בין מאמציו של עורך הדין להשגת הסכום המרבי לבין תוצאת ההליך. שכר הטרחה יכלול התייחסות אף להליכי הגבייה, כדי להבטיח את השמירה על עניינם של חברי הקבוצה עד לקבלת הכספים שנפסקו לטובתם.

אשר לגוף אשר ינהל את הליכי המכרז, ראוי הוא שלאחר שבית המשפט יקבע את הצורך במינוי עורך דין לקבוצה, הוא יעביר את המשך הטיפול לרשם בית המשפט. הרשם יורה על פרסום המכרז בציבור ועל אופן הגשת ההצעות. ההשוואה בין ההצעות תיעשה במסגרת טבלת השוואה, שעל עורכי הדין המציעים יהיה למלאה. שכר הטרחה יכלול מרכיב של השתתפות עבור עורך הדין היזם, אשר הגיש את התובענה וניהל אותה עבור הקבוצה, עד לשלב מינויו של עורך הדין המייצג. יובהר כי אין בהליך המכרז כדי לפגוע בסמכות בית המשפט לקבוע שכר טרחה לפי השיקולים הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות, אלא שבעקבותיו תובא בחשבון, לצורך גיבוש התשלום, תוספת בגין מאמצים מיוחדים שנדרשו בניהול ההליך או בעקבות תוצאתו.

נראה לי כי אם תיושם דרך זו, יקל על בית המשפט לפעול למינוי ולהחלפה של עורכי דין, לצורך הבטחתו של הייצוג הנאות במסגרת תובענות ייצוגיות.

157 ראו: Niebler, לעיל הערה 80, בעמ' 802.