

## היש להטיל על תובע נטל לפנות לנתבע לפני הגשת בקשה לאישור תובענה כייצוגית?

מאת

### חמי בן-נון וטל חבקיין\*

רשימה זו דנה בשאלה אם יש להטיל על תובע ייצוגי נטל לפנות לנתבע לפני הגשת בקשה לאישור תובענה כייצוגית. בית הדין הארצי לעבודה השיב לה לאחרונה בחיוב. הדעה המובעת ברשימה היא שהטלת נטל כזה אינה יעילה מאחר שהוא יפגע בתמריץ להגיש תובענות ייצוגיות יעילות; בכוחו של מכשיר התובענה הייצוגית למלא את תכליותיו; ניתן להשיג את מטרת הנטל – לוודא שבקשה לאישור תובענה ייצוגית תוגש לאחר בדיקה הולמת של התשתית הצריכה לעניין – בדרכים אחרות, עדיפות

פתח דבר. א. הליך התובענה הייצוגית – תכליות, הדרכים להגשתן והמכשולים שבדרך; 1. הליך התובענה הייצוגית בקליפת אגוז; 2. בעיית הנציג בהסדרי פשרה; 3. מערך התמריצים להגשת תובענות ייצוגיות. ב. האם יש להטיל על התובע נטל לפנות לנתבע לפני הגשת בקשה לאישור תובענה כייצוגית? 1. כלל של פנייה מוקדמת – עלות מול תועלת; 2. פנייה מוקדמת וחובת תום הלב הדיוני. סוף דבר.

### פתח דבר

האם יש להטיל על תובע השוקל להגיש בקשה לאישור תובענה כייצוגית נטל לפנות לנתבע וליידע אותו בדבר כוונתו לפני שיגיש את הבקשה? בית המשפט העליון טרם נדרש לדיון

\* פרופ' חמי בן נון, המרכז האקדמי שערי מדע ומשפט; טל חבקיין, שופט בית משפט השלום בתל אביב-יפו. אנו מודים לכרמל בן צור, לאמיר ויצנבליט, לערן טאוסטיג ולמירב פירט על הערות מועילות לטייטה קודמת של רשימה זו. תודה מיוחדת לליאור גלברד שסייע בגיבושם ובחידודם של הרעיונות המופיעים בה. יצוין כי לאחר שנסתיימה כתיבת הרשימה נתן בית המשפט העליון פסק דין שמכריע בשאלה אם יש להקדים פנייה לרשות ציבורית לפני הגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית בעניין מנהלי, והשיב לה בחיוב, שלא כעמדה המובעת ברשימה זו. ראו ע"ע 2978/13 מי הגליל – תאגיד המים והביוב האזורי בע"מ נ' יונס (פורסם בנבו, 23.7.2015).

מעמיק בשאלה זו.<sup>1</sup> בית הדין הארצי לעבודה השיב לה לאחרונה בחיוב.<sup>2</sup> חלק משופטי בתי המשפט המחוזיים קבעו כי יש להטיל נטל כזה בנסיבות מסוימות.<sup>3</sup> ברשימתנו נבקש לסרטט קווים ראשוניים לדיון בשאלה זו על רקע מטרותיו של חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006<sup>4</sup> והדין הפוזיטיבי. טענתנו תהיה שככלל אין מקום להטיל על התובע הייצוגי נטל לפנות לנתבע לפני הגשת בקשת אישור; כי הטלת נטל כזה תפגע בייעילותו של מכשיר התובענה הייצוגית; וכי המטרה שהנטל נועד להשיג – לתמרץ עורכי דין המייצגים תובעים להגיש בקשות אישור לאחר ביצוע בדיקה הולמת של התשתית העובדתית והמשפטית – ניתנת להשגה באמצעים אחרים, עדיפים. הרשימה נחלקת לשני חלקים: בחלק הראשון נציג מסגרת כללית לדיון. נסקור בקצרה את תכליותיו של מכשיר התובענה הייצוגית, את בעיית הנציג המובנית בו ואת מערך התמריצים להגשת תובענות ייצוגיות בישראל; בחלק השני נדון בשאלה שבכותרת הרשימה על רקע המסד העיוני שהנחנו בחלק הראשון.

1 אך ראו ע"א 10262/05 אביב שירותים משפטיים בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ, פס" 9 (פורסם בנבו, 11.12.2008) ("לא מצאנו כי העובדה שהמעוררים לא הקדימו פנייה רצינית עובר להגשת בקשתם מצדיקה את הקביעה שלא נהגו בתום-לב; לנוכח תכליותיה של התובענה הייצוגית קשה גם לקבל כי פנייה של התובע הייצוגי להשבת כספו-שלו תהווה תנאי בלעדיו אין לאישור התובענה").

2 ע"ע (ארצי) 12842-07/10 אייל נ' הוט מערכות תקשורת בע"מ, פס" 8-10 (פורסם בנבו, 9.6.2011) (להלן: עניין אייל). עתירה לבג"ץ המכוונת לפסק הדין נדחתה בלא שהובעה עמדה בשאלה זו. ראו בג"ץ 5183/11 אייל נ' בית הדין הארצי לעבודה, פס" 10-11 (פורסם בנבו, 20.12.2011).

3 ראו למשל ת"א (מחוזי ת"א) 1590/01 הראל נ' א.א. מוקד 101 בע"מ, פס" 6 (פורסם בנבו, 21.3.2002) (הגשת בקשה לאישור בלא לפנות קודם לכן לנתבע לוקה בחוסר תום לב); ת"א (מחוזי ת"א) 1065/05 שאול נ' תדיראן מוצרי צריכה בע"מ, פס" 69 (פורסם בנבו, 14.2.2008) (הגשת בקשת אישור בלא פנייה מוקדמת לוקה בחוסר תום לב אם הנתבע הראה שהפנייה הייתה חוסכת את ניהול ההליך לקבוצה כולה); ת"צ 28063-05-11 בסלר נ' טיב טעם רשתות בע"מ, פס" ד (פורסם בנבו, 29.1.2012) (הגשת בקשת אישור בלא לפנות קודם לכן לנתבע לוקה בחוסר תום לב); ת"צ (מחוזי מ"ר) 36086-07-11 חרסט נ' ידיעות אינטרנט, פס" 24-29 (פורסם בנבו, 19.9.2012) (היעדר פנייה מוקדמת לנתבע לפני הגשת בקשת אישור שנועדה למנוע עוולה נמשכת היא התנהלות הלוקה בחוסר תום לב, אולם כל מקרה ייבחן לפי נסיבותיו); ת"צ (מנהליים נצ") 24252-07-12 גנאדי נ' עיריית נצרת עילית (פורסם בנבו, 27.5.2013) (אי-פנייה לרשות ציבורית לפני הגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית היא התנהלות הלוקה בחוסר תום לב); ת"צ (מנהליים נצ") 45963-02-13 חסן נ' מועצה מקומית משהד (פורסם בנבו, 13.6.2013) (כנ"ל) (ערעור על פסק הדין התקבל על דרך הפשרה ונפסקו שכר טרחת עורך-דין וגמול לתובע המייצג: ע"א 4819/13 חסן נ' מועצה מקומית משהד (פורסם בנבו, 29.10.2013); ת"צ (מחוזי נצ") 53027-02-13 בלאו נ' אלוניאל בע"מ (פורסם בנבו, 3.11.2013) (הגשת בקשת אישור בלא להקדים פנייה לנתבע לוקה בחוסר תום לב).

## א. הליך התובענה הייצוגית – תכליות, הדרכים להגשמתן והמכשולים שבדרך

רבות נכתב על הליך התובענה הייצוגית.<sup>5</sup> קצרה היריעה מלעמוד על מאפייניו, יתרונותיו וחסרונותיו. בחלק זה נסקור בקצרה את עיקרי מטרותיו, את הדרכים המרכזיות להשגתן ואת הסכנות הטמונות בשימוש לא נכון בהליך הייצוגי, תוך התמקדות בבעיית הנציג ובמערך התמריצים להגשת תובענות ייצוגיות יעילות. מסגרת עיונית זו תשמש אותנו בחלק הבא, שבו נבחן את השאלה שהצבנו לעצמנו: האם יש להטיל על תובע נטל לפנות לנתבע קודם להגשת בקשה לאישור תביעה ייצוגית?

### 1. הליך התובענה הייצוגית בקליפת אגוז

חוק תובענות ייצוגיות נפתח בהגדרת ארבע מטרות: "לקבוע כללים אחידים לענין הגשת וניהול של תובענות ייצוגיות, לשם שיפור ההגנה על זכויות, ובכך לקדם בפרט את אלה: (1) מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים; (2) אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו; (3) מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין; (4) ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות".<sup>6</sup> המטרה הראשונה של החוק מוגשמת בכך שבהתקיים תנאים מסוימים, שנפרטם בהמשך, ניתן לתובע המייצג ולבא כוחו אישור לייצג קבוצת אנשים החולקים שאלות מהותיות של עובדה או משפט,<sup>7</sup> ושאינן לחבריה תמריץ מספיק להגיש תביעה אישית לאכיפת זכות שלהם שנפגעה, משום שעלות ניהול התביעה גבוהה מהתועלת הצפויה ממנה או שאינם מודעים לפגיעה.<sup>8</sup> התובענה הייצוגית מתנהלת בשם קבוצת תובעים שלא נתבקשה הסכמתם לכך. אם בית המשפט יאשר לנהל את התובענה במתכונת ייצוגית, קבלת התביעה או דחייתה ייצרו מעשה בית דין לגבי חברי הקבוצה שלא הודיעו על רצונם לפרוש ממנה לפני מתן פסק הדין.<sup>9</sup> תובענה ייצוגית שתאכוף את זכויותיהם של חברי הקבוצה תממש את זכות גישתם לערכאות, שלא יעיל

5 ראו בין היתר אלון קלמנט "התביעה הייצוגית כמכשיר לנטרול יתרונותיו של נתבע יחיד על פני תובעים רבים – בעקבות פסק הדין ברע"א 3126/00 מ"י נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ" מחקרי משפט כא 387 (2004); אלון קלמנט "גבולות התביעה הייצוגית בעוולות המוניות" משפטים לד 301 (2004); אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו–2006 הפרקליט מט 131 (2007) (להלן: קלמנט "קווים מנחים"); אלון קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית" משפטים מא 5 (2011) (להלן: קלמנט "פשרה והסתלקות"); ערן טאוביג "הערעור בתובענות ייצוגיות" חמי בן-גון וטל חבקין הערעור האזרחי 631, 631–643 (מהדורה שלישית, 2012).

6 ס' 1 לחוק תובענות ייצוגיות.

7 ס' 8(א)(1) רישה לחוק תובענות ייצוגיות.

8 ראו למשל רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ, פ"ד נד(3) 220, 237 (2003); רע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774, 784 (1996).

9 ראו אמיר ויצנבליט "ייצוג הולם בהסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות" משפטים מג 356, 357–357 (2013).

לממשה מימוש אינדיווידואלי, ושבהיעדר תובענה ייצוגית לא תמומש.<sup>10</sup> המטרה השנייה מוגשמת בכך שהתובענה הייצוגית גורמת לנתבע להפנים את העלויות של פעילות לא חוקית. בלעדיה לא היה לו תמריץ להימנע מגרימת נזקים קטנים המפוזרים על פני ציבור רחב ומצטברים יחדיו לנזק גדול.<sup>11</sup> התובענה הייצוגית היא אפוא מכשיר משפטי חשוב של אכיפה ורגולציה פרטית, ותרומתו לקידום שלטון החוק בתחומים הסובלים מתת־אכיפה היא רבה.<sup>12</sup> המטרה השלישית (הקשורה במטרה הראשונה) מוגשמת בכך שנפסק לחברי הקבוצה סעד שלא היה נפסק להם אלמלא ההליך הייצוגי. המטרה הרביעית נחלקת לכמה מטרות־משנה: ניהול אוסף של תביעות בודדות במאחד הוא יעיל משום שהוא חוסך את העלויות הכרוכות בבירור שאלות זהות של עובדה או משפט בבתי משפט שונים ומונע הכרעות סותרות. דיון ממצה מוגשם בבירור הולם היוצר מעשה בית דין לגבי כל חברי הקבוצה. דיון הוגן מוגשם באמצעות מנגנונים שמטרתם להגן על הזכויות הדיוניות של חברי הקבוצה מזה ושל הנתבע מזה, כדי להבטיח שהתובענה הייצוגית תשיג את תכליתה לאחר שניתן לצדדים יומם בבית המשפט בלא לקפח את זכויותיהם הדיוניות. מבחינת ההגנה על הנתבע יאשר בית המשפט לנהל הליך ייצוגי בהתקיים שני תנאים מצטברים: האחד, שיש אפשרות סבירה שהשאלות המשותפות המתעוררות בתביעה יוכרעו לטובת חברי הקבוצה; השני, שתובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת.<sup>13</sup> התנאי הראשון, הנוגע לסיכויי התביעה, נועד למנוע חשש מהגשת תביעות סרק שמטרתן להפעיל לחץ על נתבע בעל "כיס עמוק" להתפשר, ושזה יעשה כן גם בבקשות אישור שסיכוייהן להתקבל נמוכים, רק כדי להימנע מהעלויות הגבוהות של ניהול ההליך הייצוגי ובשל תוחלת הסיכון הגבוהה הטמונה בו.<sup>14</sup> על כן לפני שניתן לתובע אישור לגרור את הנתבע לעלויות הללו, התובע נדרש להראות – בשלב מקדמי – שיש לתביעתו לפחות סיכוי סביר להתקבל. התנאי השני, הדורש שהתובענה תהיה הדרך היעילה וההוגנת לברר את המחלוקת ולהכריע בה, נועד לוודא שתביעה שעלויות בירורה יהיו גבוהות מהתועלת שתופק ממנה לא תתברר בהליך ייצוגי. תביעות שמחייבות בירור אינדיווידואלי של אחריות הנתבע לנזק שגרם לכל אחד מחברי הקבוצה (ולעתים אף בירור אינדיווידואלי של הנזק הנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה) אינן מתאימות להתברר בדרך ייצוגית. מבחינת ההגנה על

10 ראו למשל רע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עמוסי, פס' 18 (פורסם בנבו, 5.7.2012).

11 ראו למשל ע"א 10085/08 תנובה – מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' עזבון ראבי, פס' 50 (פורסם בנבו, 4.12.2011).

12 ראו גיא הלפטק "תיאוריה כללית ברבר התועלת החברתית של מכשיר התביעה הייצוגית כאמצעי לאכיפת החוק" משפט ועסקים ג 247 (2005).

13 ס' 8(א)(1) סיפה ו־(2) לחוק תובענות ייצוגיות.

14 ראו למשל בר"ם 4303/12 אינסלר נ' המועצה האיזורית עמק חפר, פס' 10 (פורסם בנבו, 22.11.2012).

חברי הקבוצה יאשר בית המשפט לנהל את ההליך הייצוגי לאחר שמצא כי קיים יסוד סביר להניח שעניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל בדרך הולמת ובתום לב.<sup>15</sup> הואיל והתובענה הייצוגית היא מכשיר חשוב לקידום מטרות חברתיות, החוק מתמריץ את התובע הייצוגי ואת בא כוחו להגיש בקשות לאישור תובענות ייצוגיות יעילות. בקשת אישור יעילה היא בקשה שהתועלת המופקת ממנה גבוהה מעלויותיה. התמריץ מתבטא בפסיקת גמול לתובע הייצוגי ושכר טרחה לבא כוח המייצג,<sup>16</sup> שייפסקו ככלל כאחוז מהתועלת שתופק לקבוצה.<sup>17</sup> במקרים שבהם הופקה תועלת כזו.<sup>18</sup> מנגד, אם בקשת האישור תידחה, התובע הייצוגי עלול להיות מחויב בהוצאותיו של הנתבע ובשכר טרחה לבא כוחו, ואילו בא כוחו של התובע יישא בעלויות של הזמן שהשקיע בניהול ההליך. התובע המייצג ובא כוחו פועלים אפוא כיזמים המבצעים יעיל יגרום לתובעים ולעורכי דין להגיש תובענות ייצוגיות יעילות שהתועלת הצפויה להם מהן היא חיובית ועולה על תשואה חלופית שהיו יכולים להשיג בעד השקעת אותם משאבים במיזם חלופי.

## 2. בעיית הנציג בהסדרי פשרה

כידוע היטב לעוסקים בתחום, הרוב המכריע של הבקשות לאישור תובענה ייצוגיות מסתיים בהסדר פשרה או בהסתלקות. בשונה מהליך אדוורסרי רגיל, שהצדדים לו הם תובע ונתבע המוחזקים כמייצגים היטב את האינטרסים שלהם עצמם, בהליך הייצוגי התובע המייצג ובא כוחו נדרשים לייצג הן את האינטרס של חברי הקבוצה לקבל פיצוי מרבי הן את האינטרס האישי שלהם לקבל גמול ושכר טרחה מרביים במינימום עלויות מצדם.<sup>20</sup> ההליך הייצוגי טומן בחובו בעיית נציג מובנית: החשש שהיעדרם של חברי הקבוצה משולחן המשא ומתן יגרום שזכויותיהם יקופחו בהסכמתם של נציגיהם.<sup>21</sup> בעיית הנציג פוגעת במימוש התכליות

- 15 ס' 8(א)(3) ו-4 לחוק תובענות ייצוגיות.  
 16 יוצאות מן הכלל הן תובענות ייצוגיות שמגישים ארגונים חברתיים לשם הגנה על זכויות אדם וסביבה, ושיזמיהן אינם פועלים למטרת רווח. רשימתנו אינה מתייחסת לתובענות ייצוגיות מסוג זה.  
 17 ראו ע"א 2046/10 עזבון שמש נ' רייכרט (פורסם בנבו, 23.5.2012).  
 18 ראו בהתאמה ס' 22 ו-23 לחוק תובענות ייצוגיות.  
 19 ראו הלפטק, לעיל ה"ש 12, בעמ' 313–315.  
 20 ראו ויצנבליט, לעיל ה"ש 9, בעמ' 363–369.  
 21 ראו קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 5, בעמ' 10–11. קלמנט מביא דוגמה מספרית הממחישה את ניגוד האינטרסים: נניח שבתובענה ייצוגית הסעד שנתבע עבור כל אחד מ-10,000 התובעים הוא 1,000 ש"ח ושהסיכוי לזכות בתביעה הוא 50%. עוד נניח שאם התובעים יזכו, יפסוק בית המשפט לבא הכוח המייצג 15% מהסעד שייפסק, ולתובע הייצוגי הוא יפסוק 5%. ערכה הצפוי של התביעה לקבוצה הוא 4 מיליון ש"ח (50% כפול 10 מיליון ש"ח פחות שכר הטרחה והגמול). עורך הדין מצפה לקבל מהתביעה 750,000 ש"ח (15% כפול 50% כפול 10 מיליון ש"ח), אך מסכום זה יש לנכות את העלויות של ניהול ההליך (נניח שהוא צופה שישקיע 1,000 שעות בעלות של 500 ש"ח לשעה, ובסך הכול 500,000 ש"ח).

של מכשיר התובענה הייצוגית בהיותה גורמת להרתעת חסר ולפיצוי חסר.<sup>22</sup> כדי להתמודד עמה נדרש פיקוח הדוק על תוצאת הפשרה ועל כך שהתחייבויות הנתבע במסגרתה יבוצעו. לשם כך נקבע בחוק מנגנון שבמסגרתו מוטל על בית המשפט למלא תפקיד אקטיבי ואינקוויזיטורי.<sup>23</sup> ככלל, בית המשפט נדרש למנות בודק חיצוני, ניטרלי ואובייקטיבי, שיחווה דעתו על הפשרה;<sup>24</sup> לאפשר לחברי הקבוצה, ליועץ המשפטי לממשלה ולארגונים המייצגים את אינטרס הציבור להתנגד לפשרה;<sup>25</sup> לאשר את הפשרה, בהחלטה מנומקת, רק לאחר ששוכנע שהסדר ראוי, הוגן וסביר.<sup>26</sup> נדרש אף פיקוח על קיומן של התחייבויות הצדדים שבהסדר הפשרה כלפי הקבוצה.<sup>27</sup>

בעיית הנציג מצריכה להגן על האינטרס של חברי הקבוצה הנפקדים מניהול ההליך. כאמור, החוק מונה שני תנאים שזו מטרתם, שהם תנאי-בלעדיו-אין לניהול הליך ייצוגי בשם הקבוצה: על בית המשפט להשתכנע שיש יסוד סביר להניח שעניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינהל (1) בדרך הולמת; (2) בתום לב.<sup>28</sup> כדי להגשים את תכליותיו של מכשיר התובענה הייצוגית החוק מאפשר לבית המשפט לאשר לנהל תובענה ייצוגית אף אם שני תנאים אלה אינם מתקיימים במבקש לייצג את הקבוצה או בבא כוחו, וזאת אם אפשר לקיימם באמצעות החלפתם או באמצעות צירוף עורך דין מייצג נוסף (ובלבד שהתנאים האחרים זולתם התמלאו).<sup>29</sup> הדרישה לייצוג הולם מתמקדת בראש ובראשונה בכשירותו של עורך הדין המבקש לייצג את הקבוצה לעשות כן באופן הולם – האם יש לו הידע, הניסיון, המיומנות והמשאבים הנדרשים לכך.<sup>30</sup> אשר להסדרי פשרה, שככלל מעוררים את בעיית הנציג, ייצוג הולם מטיל על עורך הדין ועל התובע המייצג חובה לייצג נאמנה את אינטרס הקבוצה במשא ומתן מחד גיסא, ומתיר להם להיות במצב של ניגוד עניינים ולפעול לקידום

- מכאן שאם התביעה תנוהל, עורך הדין יקבל 250,000 ש"ח. במצב כזה הנתבע יכול להציע לעורך הדין כל פשרה ששווייה גבוה מ-2.5 מיליון ש"ח, והנתבע יסכים לה. פשרה כזו תותר בידי עורך הדין לפחות 250,000 ש"ח, אך היא גרועה מבחינתה של הקבוצה: כל תובע יקבל 225 ש"ח בלבד, שעה שערכה הצפוי של התביעה הוא 400 ש"ח. בעיה זו מתעצמת כשעורך הדין שונא סיכון ויסיים לקבל סכום נמוך מכך כדי לחסוך את עלויות ניהול התביעה. ראו גם הדוגמה אצל ויצנבליט, לעיל ה"ש 9, בעמ' 374.
- 22 ראו קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 5, בעמ' 12.
- 23 ראו למשל עניין אינסלר, לעיל ה"ש 14, בפס' 13.
- 24 ס' 19(ב)(1) לחוק תובענות ייצוגיות. בית המשפט רשאי שלא למנות בודק אם סבר שחוות דעתו אינה נדרשת, מטעמים מיוחדים שיירשמו.
- 25 ס' 18(ד) לחוק תובענות ייצוגיות.
- 26 ס' 19(א) רישה לחוק תובענות ייצוגיות. אולם ראו רע"א 8479/02 סבו נ' רשות שדות התעופה בישראל (פורסם בנבו, 15.12.2008); קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 5, בעמ' 72-84.
- 27 ראו גיל אוריון וזיו שוורץ "מנגנונים לפיקוח על מימושה של הפשרה בהליך ייצוגי" עלי משפט ט 147 (2011).
- 28 ס' 8(א)(3) ו- (4) לחוק תובענות ייצוגיות.
- 29 ס' 8(ג)(1) לחוק תובענות ייצוגיות.
- 30 קלמנט "קווים מנחים", לעיל ה"ש 5, בעמ' 147-148.

תועלתם האישית לשם קבלת גמול ושכר טרחה בשיעור סביר מאידך גיסא.<sup>31</sup> תנאי מובחן ונפרד מהחובה לייצג ייצוג הולם עניינו בחובה לייצג את כלל חברי הקבוצה בתום לב. פרופ' אלון קלמנט מראה כי נוסח הסעיף שאומץ<sup>32</sup> מעיד על כוונת המחוקק למקד את הדרישה הזו ביחסים שבין התובע לבין כלל חברי הקבוצה, ושבשל תכליותיו של מכשיר התובענה הייצוגית אין מקום להרחיב את תחולתה כלפי הנתבע.<sup>33</sup> אנו שותפים לעמדה זו ונעמוד על השלכתה על השאלה מושא דיונונו בהמשך הדברים.<sup>34</sup> תשתית זו תשמש אותנו לצורך דיון בשאלה מושא רשימתנו.

### 3. מערך התמריצים להגשת תובענות ייצוגיות

התמריץ להגיש תובענות ייצוגיות יעילות טמון בגמול שייפסק לתובע המייצג ובשכר הטרחה שייפסק לעורך הדין המייצג. בחלק זה נבקש להצביע על שני גורמים המשפיעים על התמריץ להגיש תובענות ייצוגיות יעילות: הגורם הראשון נוגע לאיסור שחל על עורך דין לשאת בהוצאות ניהול ההליך ולחובה שהתובע יישא בהן בגפו; הגורם השני נוגע לפוטנציאל הרווח מתובענות ייצוגיות במדינה קטנה כישראל והשפעתו על התמריץ להגיש את בקשת האישור במהירות. כפי שנפרט בהמשך, תמריצים אלו משליכים על השאלה שבמוקד הדיון.

#### (א) האיסור על עורך דין לשאת בהוצאות ההליך הייצוגי

תובענות ייצוגיות יעילות הן כלי אכיפתי חשוב, ולכן ראוי לתמרץ את הגשתן. תמריץ זה מתבטא במתן תשואה הולמת לעורך הדין ולתובע המייצג על השקעתם בהגשת בקשת אישור יעילה. הואיל ועורכי דין מחזיקים בידע ובמומחיות, הם שבדרך כלל יוזמים הליכים ייצוגיים ומנווטים אותם. בארצות הברית – מכורת התובענות הייצוגיות – הפרקטיקה הרווחת היא שעורך הדין יזום את ההליך הייצוגי ונושא בעלויותיו,<sup>35</sup> ותרומתו של התובע

31 ראו ס' 17 לחוק תובענות ייצוגיות; ויצנבליט, לעיל ה"ש 9, בעמ' 372–373.

32 ס' 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות.

33 קלמנט "קווים מנחים", לעיל ה"ש 5, בעמ' 150–151. חובת הייצוג ההולם מצויה במדרג חובות גבוהה ביחס לחובת תום הלב (ראו ויצנבליט, לעיל ה"ש 9, בעמ' 369–373). חובת תום הלב המתמקדת ביחסים שבין התובע ובא כוחו לבין חברי הקבוצה מעוררת את השאלה מה היא מוסיפה על חובת הייצוג ההולם ובמה היא נבדלת ממנה. שאלה זו חורגת מעניינה של רשימתנו. לדיון בחובת תום הלב בתובענה הייצוגית בארצות הברית ובישראל ראו Eran B. Taussig, *Broadening the Scope of Judicial Gatekeeping: Adopting the Good Faith Doctrine in Class Action Proceedings*, 83 ST. JOHN'S L. REV. 1275 (2009).

34 להלן חלק ב.2.

35 ראו למשל Judith Resnik, Dennis E. Curtis & Deborah R. Hensler, *Individuals within the Aggregate: Relationships, Representation, and Fees*, 71 N.Y.U. L. REV. 296, 314–316 (1996). יצוין כי בארצות הברית התובע המייצג או בא כוחו אינם מחויבים בפנייה מוקדמת, והיעדר פנייה כזו אינו פועל לחובתם.

המייצג להליך – מבחינת היקף המשאבים המושקעים בו – פחותה משל עורך הדין.<sup>36</sup> הואיל ובארצות הברית חל "הכלל האמריקני" לעניין הוצאות משפט ושכר טרחת עורך דין – שלפיו, ככלל, כל צד נושא בעלויות ההתדיינות שלו אם התביעה (או בקשת האישור) נדחתה<sup>37</sup> – הסיכון של עורך הדין המייצג בניהול התובענה הוא נשיאה בהוצאות ובזמן שישקיע בהליך, ואילו התובע המייצג חשוף לסיכון קטן יותר. חלוקת סיכונים זו יוצרת מערך תמריצים יעיל: עורך הדין נושא בעיקר הסיכון ובעיקר הסיכוי. בישראל המצב שונה. חל איסור על עורך דין לשאת בהוצאות ובשכר טרחת הצד שכנגד, והתובע המייצג מחויב לשאת בהן.<sup>38</sup> איסור זה יוצר מערך תמריצים לא יעיל במקרים מסוימים: בניגוד לארצות הברית, שם התובע המייצג חשוף אך לסיכון של אבדן זמנו, בשיטתנו התובע המייצג חשוף לסיכון הכרוך בהוצאות הנדרשות לניהול ההליך מצדו וכן בשכר טרחת בא כוח הנתבע והוצאות המשפט שייפסקו לטובתו אם בקשת האישור תידחה. בתובענות ייצוגיות יעילות שבהן אין פער גדול בין הגמול שייפסק לתובע המייצג אם התובענה תתקבל לבין שכר הטרחה שייפסק לחובת התובע אם בקשת האישור תידחה,<sup>39</sup> עלול להיווצר מצב שבו לא יהיה לתובע מייצג שונא סיכון תמריץ מספיק להגישן.<sup>40</sup> על כן

36 אולם ראו ע"א 1834/07 קרן נ' פקיד שומה גוש דן, פס" 19 (פורסם בנבו, 12.8.2012).  
 37 לדיון ב"כלל האמריקני" לעניין הוצאות משפט ראו, למשל Issachar Rosen-Zvi, *Just Fee Shifting*, 37 FLA. ST. U. L. REV. 71 (2010).

38 ס' 85 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961; כללים 43-44 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986 (להלן: כללי האתיקה); עניין קרן, לעיל ה"ש 36, בפס' 20. מקורו של האיסור בחשש שעורך הדין יממן את עלויות ההתדיינות – מימון שכמוהו כמתן הלוואה ללקוח לשם קבלת עבודה. ראו גבריאל קלינג אתיקה בעריכת דין 98-101 (2001). אולם כשמדובר בתובענה ייצוגית, עורך הדין משמש יזם: הוא ולא התובע המייצג מחזיק באינטרס העיקרי לנהל את התובענה הייצוגית לתכליות המשרתות הן את חברי הקבוצה הן את החברה בכללותה. כדי שמערך התמריצים המניע את עורך הדין יהיה יעיל, יש לוודא שישא בסיכון ולא רק בסיכוי. מטעם זה בין היתר שונה בתחילת שנות השמונים בארצות הברית הכלל האוסר על עורך דין לשאת בהוצאות הלקוח בתובענה ייצוגית. ראו MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 18(e)(1) (2010); MODEL RULES OF PROF'L RESPONSIBILITY DR 5-103(B) (1980); Marc Lynch, *Ethical Rules in Flux: Advancing Costs of Litigation*, 7 LITIGATION 19 (1981); Janet E. Findlater, *The Proposed Revision of DR 5-103(B): Champerty and Class Actions*, 36 BUS. LAW 1667 (1981).

39 ככלל בתי המשפט אינם פוסקים הוצאות ראליות כשנדחית בקשה לאישור. כך רצוי, כדי שלא ליצור אפקט מצנן (ראו קלמנט "קווים מנחים", לעיל ה"ש 5, בעמ' 164-165), אולם הסיכון לתובע המייצג עודנו גבוה ביחס לסיכוי.

40 ניטול דוגמה המבוססת על זו שהובאה לעיל בה"ש 21, בשינוי מספרי כדלקמן: נניח שהסעד הנתבע עבור כל אחד מהתובעים הוא 400 ש"ח. ערכה הצפוי של התביעה לקבוצה הוא אפוא 1.6 מיליון ש"ח (50% כפול 4 מיליון ש"ח פחות שכר הטרחה והגמול). עורך הדין מצפה לקבל מהתביעה 300,000 ש"ח (15% כפול 50% כפול 4 מיליון ש"ח), אך מסכום זה יש לנכות את עלויות ניהול ההליך (נניח שהוא צופה שישקיע 100 שעות בעלות של 500 ש"ח לשעה, ובסך הכול 50,000 ש"ח). אם התביעה תנוהל ותתקבל, יקבל עורך הדין 250,000 ש"ח, והתובע המייצג – 100,000 ש"ח. אם התביעה תידחה, יפסיד עורך הדין 50,000 ש"ח, ואילו התובע המייצג יישא בעלות של זמנו, בהוצאות בעין שבא כוחו הוציא (חוות דעת מומחה,



אין זה בלתי סביר להניח שבפועל עורכי דין נושאים בהוצאות ההליך ונמנעים מגבייתן חזרה מהלקוח כשבקשת אישור נדחית, חרף החובה האתית לעשות כן.<sup>41</sup>

### (ב) פוטנציאל הרווח מתובענות ייצוגיות והתמריץ להיות הראשון שמגיש בקשת אישור

שיטתנו מתמרצת להזדרז ולהגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית בניסיון להיות הראשון שמגיש אותה.<sup>42</sup> היקף האוכלוסייה הקטן יחסית בישראל משליך ישירות על התועלת הצפויה מבקשות לאישור תובענות ייצוגיות. שכר הטרחה לבא כוח המייצג והגמול לתובע מחושבים כנגזרת מהתועלת לקבוצה, ולכן כשיתר התנאים שווים, ככל שהקבוצה קטנה יותר, כך התועלת הצפויה מבקשת האישור לתובע המייצג ולבא כוחו קטנה יותר. משהוגשה בקשת אישור, התמריץ להגיש בקשת אישור נוספת המעוררת שאלות דומות של עובדה ומשפט קטן במידה ניכרת, ועלול לגרום שלא תוגש בקשת אישור שנייה.<sup>43</sup> יצוין כי בישראל קל יחסית לדעת שהוגשה תובענה ייצוגית, משום שמתנהל פנקס תובענות ייצוגיות פומבי ונגיש, וחלה חובת דיווח ורישום בפנקס של כל בקשת אישור בסמוך להגשתה.<sup>44</sup>

נסיעות, שליחויות וכיוצא באלה) וכן בשכר טרחת עורך דין והוצאות המשפט של הצד שכנגד. סכום אחרון זה עלול כשלעצמו להגיע כדי עשרות אלפי שקלים (נניח שסכום ההוצאות ושכר הטרחה של הצד שכנגד הם 50,000 ש"ח). לעומת התועלת הצפויה לעורך הדין – 200,000 ש"ח – התועלת הצפויה מתובענה כזו לתובע הייצוגי היא 25,000 ש"ח בלבד. לאחרונה פסק בית המשפט העליון שגמול לתובע המייצג מחויב במס (עניין קרן, לעיל ה"ש 36). לכך יש להוסיף את פרמיית הסיכון. מכאן שאף שזו תובענה יעילה, התמריץ שניתן לתובע ייצוגי שונא סיכון להגיש אותה הוא נמוך במיוחד.

41 עורך הדין רשאי לממן את עלויות ההתדיינות, ובלבד שיגבו אותן מהלקוח זמן סביר לאחר התשלום. ראו כלל 44 לכללי האתיקה; קלינג, לעיל ה"ש 38, בעמ' 100–101.

42 ראו רע"א 4778/12 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' נאור, פס' 7 (פורסם בנבו, 19.7.2012).

43 המצב בארצות הברית שונה. כשיתר התנאים שווים, התועלת הצפויה מתובענה ייצוגית המתייחסת לכלל תושבי ארצות הברית גבוהה מספיק כדי להותיר רווח נאה בידיהם של כמה עורכי דין. על כן אף לאחר שהוגשה בקשת אישור יש תמריץ מספיק להגיש בקשות אישור נוספות, וכאלה אכן מוגשות. ראו למשל: Jill E. Fisch, *Lawyers on the Auction Block: Evaluating the Selection of Class Counsel by Auction*, 102 COLUM. L. REV. 650, 654–657 (2002); Timothy Kerr, *Cleaning Up One Mess to Create Another: Duplicative Class Actions, Federal Courts' Injunctive Power, and the Class Action Fairness Act of 2005*, 29 HAMLINE L. REV. 218 (2006).

44 הגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית נרשמת בפנקס התובענות הייצוגיות שמנוהל מכוח סעיף 28 לחוק תובענות ייצוגיות ובררך כלל זוכה לפרסום גם באמצעי התקשורת. כמו כן קודם שמוגשת בקשת אישור, מוטל על בא כוח המבקש לבדוק בפנקס התובענות הייצוגיות אם הוגשה בקשה דומה ולהודיע לבית המשפט את ממצאי בדיקתו. ראו ס' 5(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות; תק' 2(א)(13) לתקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010 (להלן: תקנות תובענות ייצוגיות). יש עורכי דין שנוהגים למסור הודעה לתקשורת עוד לפני שהגישו את בקשת האישור כדי לוודא שאחרים לא יקדימו אותם. מוכרת התופעה של "מירוץ לבית המשפט" בעקבות פרסום של תחקיר עיתונאי או של ידיעה באמצעי התקשורת המצביעים על עילה לכאורית להגשת תובענה ייצוגית.

סעיף 7 לחוק תובענות ייצוגיות מסדיר מצב שבו מוגשות כמה בקשות אישור דומות המעוררות שאלות משותפות של עובדה או משפט. ככלל, בית המשפט שאליו הוגשה הבקשה המאוחרת רשאי להעביר את הדיון בה לבית המשפט שאליו הוגשה הבקשה המוקדמת בזמן.<sup>45</sup> אם בקשה לאישור הועברה כאמור, המותב הנעבר רשאי, אם טרם החל הדיון בבקשת האישור הראשונה, למחוק את התובענה הראשונה ולדון בשנייה, להורות על צירוף התביעות יחדיו או על צירוף או על החלפה של תובע מייצג או בא כוח מייצג.<sup>46</sup> אם הדיון בבקשה הראשונה כבר החל, החוק מקנה עדיפות לבקשה הראשונה,<sup>47</sup> אך מותר לבית המשפט שיקול דעת לחרוג מהכלל כשאנטרס הקבוצה מצדיק זאת.<sup>48</sup> על כן משהוגשה בקשה לאישור, פרק הזמן העומד לרשותו של עורך דין אחר השוקל להגיש בקשת אישור והחל בבדיקה מוקדמת של העובדות, אך דרוש לו פרק זמן נוסף כדי להשלים את הבדיקה – מתקצר: רצוי שיגיש את בקשת האישור שלו לפני שיחל הדיון בבקשת האישור הראשונה, ואם לא יעשה כן – יזכה המגיש הראשון לעדיפות, והתועלת הצפויה מבקשת האישור השנייה תקטן במידה ניכרת.

עורך דין השוקל להגיש בקשת אישור שנייה נדרש אפוא לשקלל בחישוב שווייה הצפוי את הסיכון שבית המשפט ימחק את בקשת האישור שיגיש, או שיהא עליו לחלוק את הייצוג ואת שכר הטרחה עם עורך דין אחר. בית המשפט העליון טרם התווה אמת-מידה ברורה לגבי אופן הפעלת שיקול-הדעת המוקנה לבית המשפט בסעיף 7(ב) לחוק ושוורר סביבה חוסר ודאות.<sup>49</sup> הסיכון שבית המשפט יורה על מחיקת בקשת האישור השנייה בזמן או

45 ס' 7(א) לחוק תובענות ייצוגיות.

46 ס' 7(ב)(1) לחוק תובענות ייצוגיות.

47 בהנחה שבקשת האישור נרשמה בפנקס התובענות הייצוגיות. ראו ע"א 5503/11 דבח נ' דינרי (פורסם בנבו, 18.1.2012) (להלן: עניין דבח) (למגיש הראשון תוקנה עדיפות אם בקשת האישור שהגיש נרשמה בפנקס התובענות הייצוגיות).

48 ס' 7(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות. ראו גם עניין דבח, לעיל ה"ש 47, פס' 3 לחוות דעתו של השופט ח' מלצר ("הדין מורה אותנו כי כנקודת מוצא – אין להורות על החלפתו של מבקש הבקשה המוקדמת, או של בא-כוחו, אלא אם הדבר דרוש, בין היתר, מטעמים של יעילות – ושומה עלינו להתחשב באמת-מידה סטטוטורית זו בבואנו להכריע בהליך שלפנינו").

49 לדין בתכליותיו של סעיף 7 לחוק תובענות ייצוגיות ראו שם, בפס' י"ט-כ"א. לאופן שבו הפעילו בתי המשפט המחוזיים את שיקול הדעת לפי סעיף 7(ב)(1) לחוק תובענות ייצוגיות ראו למשל בש"א (מחוזי ת"א) 3180/07 פרטנר תקשורת בע"מ נ' רוטשילד (פורסם בנבו, 9.3.2008) (נמחקה בקשת האישור המאוחרת שהוגשה חודש וחצי לפני שתי בקשות אחרות, בעיקר מהטעם שהעדפתה תגרום לסרבול ההליך); ת"צ (מחוזי ת"א) 12038-08/09 פלאפון תקשורת בע"מ נ' ממן (פורסם בנבו, 19.12.2010) (נמחקה בקשת האישור המאוחרת בנימוק שהיא מתייחסת לקבוצה צרה יותר, ושבהיעדר טעמים לסתור יש להעדיף את הבקשה המוקדמת); ת"צ (כלכלית) 8244-03/12 רוזנפלד נ' כלפון (פורסם בנבו, 15.4.2012) (אוחד הדיון בשתי בקשות אישור שהוגשו בהפרש של כתשעה שבועות זו מזו בנימוק כי הגם שהבקשות נסבות על עילה וקבוצה זהות, יש בבקשה המאוחרת כדי להוסיף על המוקדמת); ת"צ (מחוזי ת"א) 20119-08-11 "דלק" חברת הדלק הישראלית בע"מ נ' סולמי (פורסם בנבו, 13.6.2012) (אוחד הדיון בשתי בקשות אישור שהוגשו בהפרש של כשלושה שבועות זו מזו בנימוק כי הגם שהבקשה המוקדמת מתייחסת לעילה ולקבוצה רחבות יותר, יש בבקשה

שירותה על ייצוג משותף, לצד אי-הנעימות הכרוכה בצורך להתחרות עם עורך דין אחר על הייצוג, מפחיתים בשיעור ניכר את שווייה הצפוי של בקשת אישור שנייה. במקרים שבהם התועלת הצפויה מבקשת האישור מלכתחילה אינה גבוהה, כגון בקשות אישור ששוויין הצפוי מיליוני שקלים בודדים או פחות מכך, הגשת בקשת אישור שנייה עלולה להיות לא כדאית. מכאן שכשיתר התנאים שווים, עורך דין שיקדים ויגיש בקשה לאישור יגביר במידה ניכרת את סיכוייו לנהל את ההליך כמייצג יחיד. שונים הם פני הדברים כשמדובר בבקשות אישור ששוויין הצפוי גבוה במיוחד, והעוגה גדולה מספיק ליותר מבא כוח מייצג אחד.<sup>50</sup> מערך תמריצי זה גורם לתופעה המוכרת של הגשת בקשות לאישור תובענות ייצוגיות בחיפזון, בלא שנערכה בדיקה הולמת של סיכויי הבקשה להתקבל ובלא להניח תשתית עובדתית ומשפטית מספקת.<sup>51</sup> הגשת בקשה לאישור ללא בדיקה הולמת עלולה להיחשב הפרה של חובותיו של מי שמבקש לייצג את הקבוצה ושל בא כוחו כלפי הקבוצה.<sup>52</sup> התנהלות עורך הדין לפני הגשת בקשת האישור עלולה להעיד שהוא מקנה משקל רב מדי לאינטרס האישי שלו להגיש את בקשת האישור ראשון כדי לזכות בייצוג ומשקל מועט מדי לאינטרס של הקבוצה בבדיקה מעמיקה שתגביר את סיכויי הבקשה להתקבל ושייפסק סעד הולם. על כן עורך דין שמגיש בקשה לאישור ללא בדיקה הולמת מסתכן באחת משתיים: שבקשת האישור תימחק לאחר שיתברר מתשובת הנתבע שאין לה סיכוי סביר להתקבל, והתובע יחויב אפוא בהוצאות ובשכר טרחת בא כוח הנתבע, או שאם ימצא שחרף היעדר הבדיקה בכל זאת יש לבקשת האישור סיכוי סביר להתקבל, בית המשפט עלול להחליף את התובע המייצג או את בא כוחו במייצגים הולמים יותר או להוסיף בא כוח מייצג<sup>53</sup> – והדבר יפחית את התועלת הצפויה מהתביעה ועלול להפוך את ניהולה ללא כדאי.

המאוחרת כדי להוסיף עליה); ת"צ (מחוזי מר') 20046-02-12 סטורזי נ' הוט – מערכות תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 13.9.2012) (נמחקה בקשת האישור המאוחרת בנימוק שיש לתת עדיפות לבקשה הראשונה שהיא גם אחידה וברורה יותר); ת"צ (כלכלית) 48435-11-12 קול החזקה בע"מ נ' פריילוק (פורסם בנבו, 10.2.2013) (נדחתה בקשה למחיקת בקשת אישור מאוחרת שהוגשה שישה ימים לאחר המוקדמת, ונקבע כי הדיון בשתי הבקשות יאוחד); ת"צ (מחוזי נצ') 30269-02-13 פלאפון תקשורת בע"מ נ' ליפשיץ (פורסם בנבו, 6.6.2013) (נמחקה בקשת אישור קודמת בנימוק יחיד שהבקשה המאוחרת התייחסה לקבוצה רחבה יותר). לדיון בשיקולים הרלוונטיים למינוי בא כוח מייצג בארצות הברית ראו FED. R. CIV. P. 23(g); MANUEL FOR COMPLEX LITIGATION (FOURTH) § 21.27 (2004), Fisch; לעיל ה"ש 33.

זהו המצב בארצות הברית, שם היקף האוכלוסייה בתובענה ייצוגית גדול פי כמה וכמה ביחס לישראל, והעוגה גדולה דייה באופן שיותר רווח נאה לכמה עורכי דין מייצגים.

ראו למשל בג"ץ 2148/94 גלברט נ' נשיא בית המשפט העליון, פ"ד מח(3) 573, 600 (1994); רע"א 8562/06 פופיק נ' פזגו 1993 בע"מ, פס"מ, 8 (15.4.2007); עניין נאור, לעיל ה"ש 42, בפס' 6.

ראו ס' 8(א)(3) ו-17 לחוק תובענות ייצוגיות. ראו גם, למשל, רע"א 2444/08 שופרסל בע"מ נ' כהן, פס" 9(א) (פורסם בנבו, 21.12.2008); עניין אינסלר, לעיל ה"ש 14, בפס' 19.

53 בארצות הברית אחד מארבעה שיקולים שבית המשפט מחויב לשקול במינוי בא כוח מייצג הוא היקף העבודה שעורך הדין השקיע בזיהוי או בחקירה. ראו "In" (1) 23(g) FED. R. CIV. P.

דא עקא, שהלכה למעשה הסיכון משתי חלופות אלו אינו גבוה כפי שהוא נחזה מלכתחילה. בחלק ניכר מהמקרים השקיע עורך הדין עבודה מועטה בבקשת האישור, ואם היא תימחק – ההפסד יחסית קטן. כמו כן כפי שהראינו לעיל, התובע (ולא עורך הדין) הוא שיידרש לשאת בהוצאות הנתבע ובשכר טרחת בא כוחו. עורך הדין נמצא אפוא במצב של סיכון מוסרי: הוא נושא בעיקר הסיכוי אך לא בעיקר הסיכון. אולם אף בהתעלם משני אלה, גורמים נוספים מפחיתים את הסיכון. בקשת אישור שבדיעבד התבררה כבקשת סרק מותרה לצדדים שתי אפשרויות עיקריות:<sup>54</sup> האחת, להמשיך בבירור הבקשה חרף סיכוייה הנמוכים; השנייה, שבא כוח התובע יגיש בקשה להסתלק ממנה.<sup>55</sup> אם תיבחר האפשרות הראשונה, יידרש הנתבע לממן את עלויות ההתדיינות עד שבקשת האישור תידחה. עליו לשקלל את הסיכון שבית המשפט לא יפסוק לזכותו הוצאות ראליות כשידחה את בקשת האישור ואת הסיכון שלא יוכל להיפרע מהתובע המייצג את ההוצאות שייפסקו לזכותו. הואיל ועלות הייצוג של נתבעים בתובענות ייצוגיות בדרך כלל גבוהה משכר הטרחה שבתי המשפט פוסקים לזכותם כשבקשת אישור נדחית, המשך ניהול ההליך אינו כדאי לנתבע בשל הסיכון.<sup>56</sup> אף עורך הדין של התובע אינו מעוניין בהמשך ניהול ההליך בשל הסיכון שייפסקו הוצאות לחובת מרשו, ומהטעם שכל זמן נוסף שישקיע בהליך יושחת לריק. אף ייתכן שעורך הדין ייאלץ לממן את עלויות ההתדיינות בשלב זה.<sup>57</sup> חלופות אלו מתמרצות את הצדדים להסכים על הסתלקות ללא צו להוצאות. בתי המשפט – שאינם מודעים בהכרח לשיקולים שהניעו את הצדדים להסכים על הסתלקות (ובכלל זה, אולי בקשת האישור חושפת את הנתבע לסיכון שבית המשפט והתובע המייצג אינם ערים לו בשל פער המידע המובנה בין הצדדים) – נוטים שלא להיות פטרנליסטיים ומכבדים את הסכמת הצדדים כשזו אינה פוגעת בקבוצה.

סביר להניח שפרקטיקה זו – הסכמה של הצדדים על הסתלקות מבקשת אישור חסרת סיכוי ללא צו להוצאות – שכיחה במקרים שבהם נתבעים ובא כוח התובע הם שחקנים

appointing class counsel, the court: (A) must consider: (i) the work counsel has done in identifying or investigating potential claims in the action")

54 אפשרות של הגשת בקשה לסילוק על הסף מחמת היעדר עילה בדרך כלל לא תתאים במצב כזה. הטעם לכך שבקשת סרק מתבררת ככזו לאחר שמוגשת תשובת הנתבע אשר חושפת עובדות שהתובע לא היה ער להן כשהגיש את בקשת האישור. מחלוקת מסוג זה בדרך כלל אינה מקימה עילה לסילוק על הסף מחמת היעדר עילה, שכן כדי שזו תתקבל, על הנתבע להראות שהתובע אינו זכאי לסעד אם כל העובדות הנטענות בבקשת האישור נכונות. בפסיקה נקבע שכלל אין לדון בבקשה לסילוק על הסף בנפרד מדיוק בבקשת האישור לגופה. ראו רע"א 7096/11 קומם נ' רוזובסקי, פס' 8 (פורסם בנבו, 28.8.2012).

55 לפי ס' 16 לחוק תובענות ייצוגיות.

56 לפעמים המשך ההתדיינות לא כדאי לנתבע גם מסיבות נוספות: בשלב בקשת האישור יש פערי מידע מובנים בין התובע לבין הנתבע. ראו למשל עניין אינסלר, לעיל ה"ש 14, בפס' 15. לא אחת הנתבע מונע לסיים את ההליך מחשש שייחשף מידע שחשיפתו עלולה להזיק לו. כמו כן חלה על חברה ציבורית חובה לדווח על אודות התביעה בדוחותיה הכספיים, ועצם ניהול התביעה עלול לפגוע במוניטין של הנתבע.

57 ראו לעיל ה"ש 41.

חוזרים. שני טעמים לכך: ראשית, הואיל ורוב התובענות הייצוגיות מסתיימות בהסדר פשרה או בהסתלקות, הרי שמרגע שפרקליטי הצדדים הגיעו להסכמה, יש להם אינטרס משותף להגן על התוצאה המוסכמת מפני בית המשפט, אשר בשלב זה מוטל עליו תפקיד אינקוויזיטורי להגן על אינטרס הקבוצה. זהות אינטרסים זו בין פרקליטי הצדדים עלולה ליצור דינמיקה של "תן וקח" ולגרום שעורכי דין אסטרטגיים המייצגים נתבע חוזר לא ינהגו בלוחמנות כלפי עורך דין המייצג תובע ייצוגי המנהל כמה הליכים ייצוגיים נגד אותו נתבע. ברוח זו כדאי לבא כוח הנתבע להמליץ למרשו שלא לעמוד על הוצאות כשמוגשת הסתלקות מתביעה שבדיעבד התברר שאינה מגלה עילה. הוצאות אלו הן "כסף קטן" ביחס לויתורים שבא כוח הקבוצה יכול להסכים לבצע על חשבון הקבוצה בהסדר פשרה בתובענה הבאה שתנוהל נגד אותו נתבע.<sup>58</sup> שנית, כל נשכח שכל בקשת אישור שמוגשת מספקת פרנסה לעורכי דין המייצגים נתבעים, ויש להם אינטרס מובהק לעודד הגשת בקשות אישור באשר הן, לרבות בקשות סרק.<sup>59</sup> על כן עורך דין המגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית שעל פני הדברים – לפני שהוגשה תשובת הנתבע – מגלה סיכוי להתקבל, יכול להניח שבמקרה שיתברר מתשובת הנתבע אחרת – הוא יוכל להסתלק ממנה ללא צו להוצאות.

אם כן, מערך התמריצים הקיים מעודד הגשת תובענות ייצוגיות בסכומים של מיליוני שקלים בודדים או פחות במהירות רבה ככל האפשר ואף ללא בדיקה הולמת, כשהסיכון הטמון בכך לעורך הדין שמגיש את הבקשה אינו רב כפי שיעיל שיהיה. הגם שהדבר אינו עומד במוקד רשימתנו, נציע כיוון ראשוני ולא ממצה באשר לדרך היעילה להתמודד עם מערך התמריצים המתואר, כדי להגשים את תכליות החוק באופן מיטבי. ראשית, יש לאפשר לעורכי דין לשאת בהוצאות הדרושות למימון תובענות ייצוגיות בדומה לנהוג בארצות הברית באופן שיסיר את הסיכון המוסרי המניע אותם לפעול כיום. שינוי זה מצריך תיקון חקיקתי. שנית, במקרים שבהם תובענה ייצוגית הוגשה ללא בדיקה הולמת, והתברר שהיא תובענת סרק שהתובע מבקש להסתלק ממנה, על בית המשפט לפסוק הוצאות ושכר טרחה לטובת הנתבע גם כשהצדדים ממליצים אחרת.<sup>60</sup> כשמדובר בשחקנים חוזרים, או כשברור שבקשת האישור הוגשה בחיפזון העולה כדי רישול, יש לשקול לפסוק הוצאות לטובת אוצר המדינה (אם כי יש להשתמש בזהירות רבה בכלי זה כדי שלא ליצור אפקט מצנן מהגשת בקשות אישור יעילות). שלישית, במסגרת השיקולים בשאלה מי ייצג את הקבוצה כשמוגשת בקשת אישור שנייה באותו עניין, יש לאזן בין הצורך לתמרץ עורכי דין להגיש בקשות אישור יעילות לבין אינטרס הקבוצה בייצוג הולם. מצד אחד יש להקנות עדיפות

58 ייתכן שכדאי לבא כוח הנתבע להמליץ למרשו לוותר על גביית ההוצאות אף אם בית המשפט יראה לפסוק אותן חרף הסכמת הצדדים.

59 הנחתנו היא שייצוג של נתבעים בתובענות ייצוגיות לרוב אינו נעשה בהסדר שכר טרחה מסוג "ריטיינר" או על ידי עורך דין המועסק בחברה הנתבעת, אלא בייצוג חיצוני שהנתבע משלם בגינו לפי תביעה.

60 ראו קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 5, בעמ' 68.

למגיש הראשון, ומצד אחר יש לתת משקל לכך שתנאי להגשת בקשת אישור הוא ביצוע בדיקה הולמת. עורך דין שיגיש את בקשת האישור ללא בדיקה הולמת יסתכן בכך שאף אם יימצא שיש לבקשה סיכוי סביר להתקבל, בית המשפט יחליף אותו מטעם זה בלבד ולא יאפשר לו לתקן את בקשת האישור.<sup>61</sup> בתי המשפט נדרשים אפוא לגלות אקטיביות כדי ליצור מערך תמריצים יעיל שיגשים את תכליות החוק. על רקע זה נפנה לבחון את השאלה העומדת לדיון.

## **ב. האם יש להטיל על התובע נטל לפנות לנתבע לפני הגשת בקשה לאישור תובענה כייצוגית?**

### **1. כלל של פנייה מוקדמת – עלות מול תועלת**

האם יש להטיל על התובע הייצוגי ועל בא כוחו נטל להקדים פנייה לנתבע לפני הגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית? כלל של פנייה מוקדמת הוא יעיל אם התועלת שתצמח ממנו גבוהה מהעלויות שיגרום. פנייה מוקדמת תחסוך משאבים במקרים שבהם היא תמנע הגשת בקשות אישור שאינן יעילות.

התועלת הטמונה בכלל מתבטאת בכמה תוצאות אפשריות:<sup>62</sup> ראשית, הואיל ולפני הגשת בקשת האישור יש פערי מידע מובנים בין הנתבע לבין התובע ובא כוחו, פנייה מוקדמת יש בה כדי לגרום שהנתבע יגלה לתובע ולבא כוחו, בהשקעת עלות קטנה יחסית, מידע שיבהיר להם כי בקשת האישור שהם שוקלים להגיש נעדרת בסיס. בדרך זו ניתן, בעלות זניחה, לחסוך לנתבע את העלויות הגבוהות שיספוג מעצם הגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגדו, ובהן הוצאות הגנה, פגיעה במוניטין והחובה של חברה ציבורית לדווח על הגשת בקשת אישור נגדה לציבור המשקיעים, וכן יפחת החשש שעלויות אלו כשלעצמן יתמרצו את הנתבע להתפשר אף כשסיכויי בקשת האישור להתקבל הם נמוכים – תוצאה שמעוררת הגשת תובענות לא יעילות. שנית, פנייה מוקדמת תחסוך את ניהול ההליך ואת העלויות הכרוכות בו גם במקרה שבו הנתבע ישיב כי הוא מסכים להקנות לחברי הקבוצה את מלוא הסעד שהתובע ביקש. במצב כזה אין טעם להטריח את בית המשפט ואת הנתבע בהליך מיותר ויקר. שלישית, כאשר מדובר בעוולה או בגבייה לא חוקית נמשכת שהנתבע אינו ער לאי-חוקיותה, פנייה מוקדמת עשויה לגרום שהנתבע יפסיק לבצע את הפעולה הלא חוקית לאלתר באופן שייטיב עם חברי הקבוצה, ואילו עריכת בירור מקדים להגשת בקשת האישור שלא בדרך של פנייה מוקדמת עלול להימשך זמן רב יותר ולגרום שהעוולה תימשך, והדבר יפגע בחברי הקבוצה. רביעית, כלל של פנייה מוקדמת יקדם פתרון של הסכסוך בדרכי שלום ויפחית מהעומס המוטל על בתי המשפט. ברם כלל של פנייה מוקדמת כרוך בעלויות. נעמוד עליהן כעת.

61 השוו לעניין אינסלר, לעיל ה"ש 14, בפס' 19.

62 לדיון בתועלת הטמונה בכלל ראו עניין חרסט, לעיל ה"ש 3, שם.

**(א) כלל של פנייה מוקדמת יפגע בתמריץ ליזום תובענות ייצוגיות יעילות**

עמדנו על כך שתובענה ייצוגית היא פרויקט בעל תכליות חברתיות חשובות שהתמריץ המניע את יוזמיו לנקוט אותו הוא הרווח שיופק לתובע המייצג ולבא כוחו אם בקשת האישור והתובענה הייצוגית תתקבלנה. אלה מתמרצים להגיש את בקשת האישור מהר ככל האפשר, מהטעם שאם אחרים יקדימו אותם, תקטן התועלת הצפויה מבקשת האישור שתכננו להגיש במידה ניכרת. פנייה מוקדמת תחשוף את הרעיון היזמי לעובדי הנתבע באופן שייצור חשש לזליגתו לאדם אחר אשר עלול להקדים ולהגיש בקשת אישור. נטל לפנות בפנייה מוקדמת מחייב את התובע המייצג ואת בא כוחו לחשוף מידע בעל ערך שחשיפתו עלולה לפגוע בערכו הכלכלי ומנוגדת לאינטרס שלהם-עצמם. יתר על כן, נתבע אסטרטגי אף עלול להדליף את הרעיון בניסיון לגרום שעורך דין ותובע אחרים שיהיה נוח לשאת ולתת עמם על חשבון חברי הקבוצה יגישו בקשת אישור קודם לכן.<sup>63</sup> חיוב בפנייה מוקדמת פוגע אפוא בתועלת הצפויה מבקשת האישור של התובע המייצג ובא כוחו, ועלול לגרום שבקשות אישור יעילות לא יוגשו. הוא אף עלול לגרום שעורכי דין רציניים וראויים לא יתומצו להגיש תובענות ייצוגיות יעילות. אמנם מענה חלקי לחשש זה עשוי להינתן באמצעות קביעת כלל המקנה יתרון לפונה הראשון במסגרת השיקולים המנויים בסעיף 7(ב) לחוק. דהיינו, עורך הדין שפנה ראשון לנתבע והתריע על כוונה להגיש תובענה ייצוגית יקבל עדיפות לייצג את הקבוצה אף אם אחרים יקדימו אותו בהגשת בקשה לאישור. ברם מדובר בפתרון חלקי בלבד משום שאף אם יינתן יתרון לפונה הראשון, אין מדובר בשיקול מכריע, ולכן התועלת הצפויה מבקשת האישור למגיש השני תפחת בכל מקרה, והדבר יפגע בתמריץ ליזום ולהגיש בקשות אישור יעילות.

**(ב) פנייה מוקדמת לא תחסוך את הצורך לנהל הליך במקרה שהנתבע יסכים למלוא הסעד המבוקש**

אמרנו שפנייה מוקדמת יש בה כדי לגרום לנתבע להסכים לסעד המבוקש באופן שמייתר את ההליך המשפטי, על העלויות הכרוכות בו לנתבע.<sup>64</sup> אכן, השבה או פיצוי מלאים כמו גם הפסקת אי-חוקיות נמשכת בלא שהוגשה בקשת אישור יחסכו במשאבים ובעלויות לנתבע, אך ספק אם הם יובילו לתוצאה יעילה. ראשית, בשונה מהליך שיפוטי רגיל, שבו יש לתובע אינטרס לוודא שקיבל את מלוא הסעד ושואם לא כן הוא יבוא בטרוניה אל הנתבע, בתובענה ייצוגית צרכנית הנתבע מתחייב לתת לחברי הקבוצה את שהתובע ובא כוחו דרשו בלא שיש לאחרונים יכולת מעשית או אינטרס לוודא שהנתבע יעמוד בהתחייבותו בהיעדר פיקוח של בית המשפט. יש חשש אפוא שהנתבע לא יקיים את התחייבותו, בין במכוון בין בשוגג, ושהקבוצה תיפגע מכך. אינטרס הקבוצה מחייב שבית המשפט לא יסתפק בהתחייבות של הנתבע למתן סעד אלא יפקח על ביצועה באפקטיביות ויוודא כי חברי הקבוצה מקבלים את

63 ראו ויצנבליט, לעיל ה"ש 9, בעמ' 363-369.

64 ראו למשל עניין תדיראן, לעיל ה"ש 3, שם.

מלוא הסעד הלכה למעשה, בדומה לפיקוח המתבצע בהליך של הסדר פשרה.<sup>65</sup> שנית, במצב שבו הנתבע מסכים למתן הסעד המבוקש יש חשיבות רבה לפסוק לתובע המייצג ולבא כוחו גמול ושכר טרחת עורך דין כדי לתמרץ אותם לפעול כך בעתיד.<sup>66</sup> נזכיר כי התובע הייצוגי ובא כוחו ככלל פועלים למטרת רווח. העובדה שהביאו לקבוצה תועלת רבה בעלות נמוכה – קרי, שהתנהלו ביעילות וחסכו במשאבים – צריכה לפעול לזכותם ולא לחובתם. נמצא שהסכמת הנתבע לבצע השבה, לפצות את הקבוצה במלוא הסעד או להפסיק התנהגות לא חוקית אינה מייתרת את הצורך לפנות לבית המשפט, ולכן כלל של פנייה מוקדמת לא יחסוך את הצורך בהתדיינות שעיקרה פיקוח על קיום הסעד ופסיקת שכר טרחה וגמול. שלישית, כאשר מדובר בעוולה או באי-חוקיות נמשכת, ואין מדובר בתביעת השבה נגד רשות (שאליה נתייחס בהמשך), פנייה מוקדמת עשויה לגרום להפסקת הפעילות הלא חוקית לאלתר ובכך להיטיב עם אינטרס הקבוצה. ברם מדובר בתועלת מוגבלת, משום שכאשר בוצעה עוולה שהנתבע מודה בה, ממילא יינתן סעד הולם לחברי הקבוצה. יתרה מזו, במצב כזה יש תועלת בכך שהפסקת אי-החוקיות תבצע לאחר שהוגשה בקשת אישור ולאחר שהתנהגותו הלא חוקית של הנתבע זכתה לתהודה תקשורתית. הפסקת אי-החוקיות בלא שהוגשה בקשת אישור קודם לכן תזכה לפחות חשיפה ותפגע באפקט ההרתעה הנובע ממנה, שתועלתו בצדו.

**(ג) משא ומתן בין התובע ובא כוחו לבין הנתבע לפני הגשת בקשת האישור מעצים את בעיית הנציג ולא יעיל לעודד אותו**

פנייה מוקדמת לנתבע יכולה להוביל להידברות בין התובע ובא כוחו לבין הנתבע לפני הגשת בקשת האישור. לעומת הליך אדוורסרי רגיל, שבו הנחת המוצא המקובלת היא שרצוי לעודד הידברות שיש בה כדי להוליך לסיום הסכסוך בדרכי שלום ומחוץ לכותלי בית המשפט, כשמדובר בהליך ייצוגי, הידברות כזו עלולה לפגוע ביעילות ההליך. תוצאה אפשרית אחת היא שהנתבע ינסה לפצות את התובע המייצג בניסיון לשלול את עילת תביעתו אישית. ברם בהתחשב במטרותיו החברתיות של מכשיר התובענה הייצוגית, ספק אם מתן פיצוי לתובע מייצג המודיע על כוונתו להגיש בקשת אישור ישלול את עילת תביעתו האישית, אם סירב לקבל את הפיצוי (או קיבל אותו במחאה) ועמד על זכותו להגיש בקשה. על כן נראה לנו שמדובר בקושי מינורי.

תוצאה אפשרית אחרת היא שהנתבע ינסה להסכים עם התובע ובא כוחו על תשלום סכום כסף בתמורה לויתורם על הגשת בקשת האישור. בדרך זה יקנה הנתבע סיכון שלא תוגש נגדו בקשת אישור בעילה זהה בתמורה לסכום שישלם. פתרון זה מוגבל מנקודת מבטו של הנתבע, משום שהסכמה כזו אינה מקימה מחסום של מעשה בית דין כלפי חברי הקבוצה, ונותר חשש שתובע ובא כוח אחרים יגישו בקשה לאישור בעילה זהה.<sup>67</sup> אולם

65 השוו לקלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 5, בעמ' 51–52.

66 שם, בעמ' 68.

67 עורך הדין או התובע המייצג אף עלולים לסחור ברעיון עם תובע מייצג ובא כוח אחרים.



הסכמה כזו בכל זאת עשויה להועיל לנתבע על חשבון חברי הקבוצה כאשר הנתבע שינה את התנהגותו הלא חוקית, כעת הוא פועל כדין, וחלוף הזמן גורם להתיישנות של חלק מהתביעה. במצב כזה כדאי לנתבע לשלם לתובע ולבא כוחו סכום שיגרום לדחייה בזמן של הגשת בקשת אישור שאולי יגישו אחרים.<sup>68</sup> אף יש חשש שהנתבע ינהל עם התובע ובא כוחו משא ומתן שבמהלכו חלקים מהתביעה יתיישנו. פנייה מוקדמת שתדחה את הגשת בקשת האישור ותגרום להתיישנות של חלק מהתביעה עלולה לפגוע בקבוצה. ככל שתקופת ההתיישנות קצרה יותר, ופרק הזמן שחולף מעת הפנייה ועד להגשת בקשת האישור ממושך יותר, כך הסיכון לפגיעה באינטרס של הקבוצה גדול יותר. ככלל, פנייה לנתבע שגורמת להתיישנות חלק מהתביעה תפגע בתכליות התובענה הייצוגית ולכן אינה יעילה.

יתר על כן, פנייה מוקדמת והידברות כאמור יש בה כדי להוביל לניהול משא ומתן להסדר פשרה לפני שהוגשה בקשת האישור. על פני הדברים נראה שאין מניעה להגיש בקשה לאישור הסדר פשרה בתובענה ייצוגית אף לפני שהוגשה בקשת אישור,<sup>69</sup> כפי שניתן לעשות בארצות הברית. בקשה כזו תהיה כפופה לתנאים הקבועים בחוק לאישור הסדר פשרה. דא עקא, שבמצב כזה לא יתנהל הליך אדוורסרי בין הצדדים: לא תוגש בקשת אישור הנתמכת בתצהיר;<sup>70</sup> לא תוגש תשובה הנתמכת בתצהיר;<sup>71</sup> המחלוקת לא תוצג לבית המשפט בשיא היקפה; בשל פערי המידע בין הצדדים יש חשש מובנה שהתשתית העובדתית שהתובע ייחשף אליה ושעל בסיסה יסכים להתפשר תהיה חלקית וחסרה. כל אלה מעצימים את הקשיים הנובעים מבעיית הנציג המובנית – החשש שהתובע המייצג ובא כוחו יסכימו לפשרה שעולה בקנה אחד עם האינטרס האישי שלהם לקבל שכר טרחה וגמול על חשבון האינטרס של חברי הקבוצה. הקושי הוא שבמצב כזה פוטנציאל הפגיעה בחברי הקבוצה גדול ביחס למצב שבו מוגש לאישור בית המשפט הסדר פשרה לאחר שהוגשה בקשת אישור ותשובה. זאת, משום שבהיעדר כתבי טענות אדוורסריים התוחמים את גדר המחלוקת, בית המשפט ניצב בפני קושי ניכר לעמוד על היקפה, להעריך את הסיכונים והסיכויים הטמונים בהליך ואת מניעיהם של הצדדים ולקבוע אם הסדר הפשרה ראוי, הוגן וסביר בנסיבות העניין.<sup>72</sup>

68 טלו לדוגמה מקרה שבו חברת ביטוח גבתה ביתר סך של 10,000 ש"ח בחודש במשך תקופה של שלוש שנים (ובסך הכול 360,000 ש"ח) ושזו גם תקופת ההתיישנות של תביעה להשבה. לנתבע כדאי לשלם לתובע הייצוגי כל סכום שנמוך מ-10,000 ש"ח אם בעקבות זאת תידחה הגשת בקשת אישור בחודש אחד לפחות. דוגמה זו מתעלמת מהשאלה אם פרקטיקה כזו לוקה בהתנהגות לא אתית מצד עורכי הדין של הצדדים ומהעלות הכרוכה בפגיעה במוניטין של הצדדים ובאי כוחם אם ניסיון כזה יצא לפועל ויתגלה בדיעבד.

69 למצער כך אם הסדר הפשרה גובש בהליך של גישור. ראו ס' 79ג(ח) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984. נראה כי אין מניעה שהצדדים יגבשו הסדר פשרה ויפנו יחדיו למגשר שיאשר ויגיש אותו לבית המשפט.

70 תק' 2(ב) לתקנות תובענות ייצוגיות.

71 תק' 2(ג) לתקנות תובענות ייצוגיות.

72 לדיון בחשש מהסכמים מסוג זה – המכונה בארצות הברית "sweetheart settlements" ראו למשל Roger C. Cramton, *Individualized Justice, Mass Torts, and "Settlement Class*

הצדדים אף עלולים לתכנן יחדיו אסטרטגיה שתיטיב עמם על חשבון חברי הקבוצה בלא שבית המשפט יוכל לדעת על כך. למשל, הצדדים עלולים לגבש הסכמה שלפיה תוגש בקשת אישור שהנתבע אישר את נוסחה באופן שיצמצם את היקף חשיפת הקבוצה ואת הסיכון הנשקף ממנה; הנתבע לא יגיש תשובה לבקשה; בסמוך לאחר הגשת הבקשה תוגש לבית המשפט בקשה משותפת לאישור הסדר פשרה שתנאיו סוכמו מראש. לחלופין, הצדדים עלולים להסכים מראש על נוסח בקשת האישור, התשובה והתשובה לתשובה שיוגשו, כדי ליצור מצג של הליך אדוורסרי, שעה שבפועל מדובר בהליך מדומה: בסמוך לאחר הגשת התשובה לתשובה יוגש לאישורו של בית המשפט הסדר פשרה שתנאיו הוסכמו מראש. בדרך זו התובע המייצג ובא כוחו מפחיתים את הסיכון שתוגש בקשת אישור שנייה באותו עניין (כאמור, התועלת הצפויה מבקשת אישור שנייה היא פחותה), ואילו הנתבע משפר את הסיכוי שתתקבל פשרה שנוחה לו. כאמור, הסכמות מסוג זה מקשות על בית המשפט לבחון את סיכויי התובענה ומגדילות את הסיכון שהפשרה שתאושר תפגע בקבוצה. לסיכום, בעיית הנציג המובנית ממילא מועצמת כאשר התובע ובא כוחו והנתבע מגבשים הסדר פשרה או מסכימים על הסתלקות לפני הגשת בקשה לאישור. מטעם זה לא יעיל לעודד הידברות מוקדמת ביניהם.

#### (ד) פערי המידע בין הצדדים מצדיקים לאפשר לתובע לקבל תשובה הנתמכת בתצהיר

נימוק נוסף לתמיכה בכלל של פנייה מוקדמת הוא שהנתבע ישכנע את התובע שאין לו עילת תביעה טובה, ובדרך זו ייחסכו העלויות הכרוכות בניהול ההליך. אולם ספק אם התועלת מכך גבוהה מהעלות. תשובה לבקשת האישור מגובה בתצהיר לתמיכה בעובדות הנטענות בה, אך לא כך באשר לתשובה לפנייה המוקדמת. נזכיר כי בשלב בקשת האישור (לפני שהצדדים הסכימו על פשרה) עסקינן בהליך אדוורסרי החושף את המחלוקת בין הצדדים במלוא עוזה. יש להקנות משקל לזכותו הדיונית של המבקש לקבל את תשובת הנתבע כשהיא נתמכת בתצהיר באופן שישפר את ההסתברות שהיא ניתנה לאחר בדיקה מעמיקה ושהמצהיר נכון להיחקר על גרסתו. כך במיוחד בשל פער המידע המובנה בין הצדדים, הגורם שיכולתו של בא כוח התובע לבדוק את התשובה שקיבל מוגבלת בלא הליך בבית המשפט. הסתמכות על תשובה שתינתן במענה לפנייה מוקדמת עלולה לפגוע בקבוצה: אם האמור בה יגרום שבקשת אישור יעילה לא תוגש על סמך נתונים לא מדויקים, תמונה חסרה או מניפולציה שנקט הנתבע, העלות הכרוכה בפנייה המוקדמת תעלה על תועלתה.

*Actions*: An Introduction, 80 CORNELL L. REV. 811 (1995); Darren M. Franklin, *The Mass Tort Defendants Strike Back: Are Settlement Class Actions a Collusive Threat or 'Just a Phantom Menace?*, 53 STAN. L. REV. 163 (2000) בעמ' 33, לעיל ה"ש 33, Taussig; *Just a Phantom Menace?*, 53 STAN. L. REV. 163 (2000) בעמ' 369-363, לעיל ה"ש 9, בעמ' 369-363.

**(ה) "אמצעי שפגיעתו פחותה" – אפשר להשיג את מטרת הפנייה המוקדמת  
בדרך יעילה יותר**

הפנייה המוקדמת נועדה לגרום שלא יוגשו בקשות אישור בלא שבוצעה קודם לכן בדיקה הולמת. אלא שיש דרכים אחרות, יעילות יותר, להשיג מטרה זו. נזכיר כי ביצוע בדיקה הולמת לפני הגשת בקשת אישור היא חובה העומדת לעצמה הכלולה בדרישה לייצוג הולם,<sup>73</sup> ואף בדרישה לייצג את אינטרס הקבוצה בנאמנות ובמסירות.<sup>74</sup> עורך דין המחויב לבצע בדיקה הולמת יכול לבצע במגוון דרכים זולת פנייה לנתבע. אם חובה זו תקיים כדבעי בדרך אחרת, מה טעם יש לחייב להקדים פנייה לנתבע? כלל של פנייה מוקדמת ייטיב עם תובעים ייצוגיים שאינם מבצעים בדיקה הולמת וכד בבד יפגע בתמריץ של עורכי דין שמבצעים בדיקה כזו כנדרש להגיש בקשות אישור יעילות. בהקשר זה נדרשת בחינה אמפירית המשווה בין התועלת שתופק מכך שתובענות ייצוגיות לא יעילות לא יוגשו בזכות כלל הפנייה המוקדמת לבין העלות הכוללת שהכלל יוסיף. אם לפני הגשת רוב בקשות האישור מבוצעת בדיקה הולמת בדרך אחרת, הכלל לא יעיל. חשוב לציין כי בתי המשפט קבעו כי יש להטיל נטל של פנייה מוקדמת ונדרשו להשלכות של הפרתו רק בדיעבד, לאחר שהתברר שבקשת אישור הוגשה ללא בדיקה הולמת ושדינה להידחות. בתי המשפט לא דנו בצורך בפנייה מוקדמת במקרים שבהם בקשת האישור גילתה עילה ולו לכאורה. כלל המטיל נטל לפנות פנייה מוקדמת נדרש להיות מלווה בסנקציה בגין הפרתו גם במקרים שבהם הפנייה המוקדמת לא הייתה מונעת את הגשת הבקשה. קביעת כלל של פנייה מוקדמת על סמך שיקולים שבדיעבד (*ex post*) ולא על סמך שיקולים שמלכתחילה (*ex ante*) עלולה להוביל לתוצאה לא יעילה. יצוין כי חרף פערי המידע, במקרים רבים יש דרכים אחרות לערוך בדיקה שתוודא כי מדובר בבקשת אישור יעילה זולת פנייה לנתבע.<sup>75</sup> אולם אף בהנחה שאין דרך אחרת לבצע בדיקה כזו, אנו סבורים שיש להותיר את הבחירה אם לפנות לנתבע בידיהם של התובע המייצג ובא כוחו, אשר יישאו בסיכונים הנובעים מהגשת בקשת אישור ללא בדיקה.

**(ו) שיקולים מיוחדים בבקשה לאישור תביעת השבה נגד רשות ציבורית**

רשות ציבורית חבה בחובות הגינות ותום לב מוגברות באופן שמפחית את החשש לקנוניה בין התובע המייצג ובא כוחו לבין הנתבע.<sup>76</sup> אולם מאפיינים מיוחדים של תובענה ייצוגית נגד רשות להשבת סכומים שגבתה שלא כדין כמס, אגרה או תשלום חובה אחר<sup>77</sup> מחזקים את מסקנתנו. ראשית, החוק קובע כי בית המשפט לא יאשר תובענה ייצוגית בתביעת השבה

73 ס' 8(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות.

74 ס' 17 לחוק תובענות ייצוגיות.

75 כגון חקירה פרטית, בדיקה מדגמית עם חברי קבוצה פוטנציאליים, ניסיונות לברר את העובדות עם הנתבע בלא לחשוף את מטרת הברור ועוד.

76 אנו מניחים שעורך דין המייצג רשות ציבורית ימלא חובות אלו המוטלות על הרשות. הנחה זו לא בהכרח נכונה, בייחוד כשהרשות מיוצגת על ידי עורך דין מהמגזר הפרטי.

77 פרט 11 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות.

אם הרשות הודיעה שתחדל מהגבייה שבשלה הוגשה בקשת האישור, והוכח לבית המשפט שחדלה מהגבייה בתוך פרק זמן של עד תשעים יום ממועד הגשת בקשת האישור.<sup>78</sup> מכאן שלפי הנוסח הנוכחי של החוק, מרגע שהוגשה בקשת אישור, הרשות רשאית להמשיך לגבות תשלום, אף אם הוא הוטל ונגבה שלא כדין, למשך שלושה חודשים נוספים, ובלבד שתודיע ותחדל מהגבייה בפרק זמן זה. פנייה מוקדמת לרשות תדחה את הגשת בקשת האישור, וככל שהרשות בסופו של דבר תמסור הודעת חדילה – הפנייה תדחה אף את הודעת החדילה ואת הפסקת הגבייה שבעקבותיה. עיכוב בהגשת בקשת האישור עלול לגרום שהרשות תמשיך לגבות מהקבוצה תשלום לא חוקי בתקופה שבין משלוח הפנייה המוקדמת לבין מועד הגשת בקשת האישור. תשלום זה לא יושב לחברי הקבוצה אם הרשות תודיע על חדילה, ומכאן שפנייה מוקדמת תפגע באינטרס של הקבוצה. שנית, בתביעה נגד רשות בדרך כלל אפשר לקבל את המידע הנדרש לביסוס עילת התביעה בלא לחשוף את הכוונה להגישה בדרכים שאינן פתוחות בפני אדם השוקל להגיש תביעה נגד ישות פרטית.<sup>79</sup> לכן קל יותר לבצע בדיקה הולמת גם ללא פנייה מוקדמת. שלישית, אשר לפסיקת שכר טרחה וגמול לתובע המייצג בתובענות נגד רשות קבע בית המשפט העליון: "יש לנהוג זהירות בכספי ציבור המשולמים כגמול ושכר טרחה על ידי הרשות הציבורית, ולאזן את עניינו הלגיטימי של התובע המייצג אל מול האינטרס הציבורי המצדיק זהירות והקפדה בקביעת הזכות לתשלומי הגמול ושכר הטרחה ובהערכת שיעורם הסביר של תשלומים אלה".<sup>80</sup> בתי המשפט נדרשו לפסיקה זו כנימוק לפסיקת שכר טרחה וגמול בסכומים נמוכים ביחס להליך נגד גוף פרטי,<sup>81</sup> ולכן מלכתחילה התמריץ להגיש בקשות אישור יעילות נגד רשות הוא נמוך יותר.

## 2. פנייה מוקדמת וחובת תום הלב הדיוני

בתי המשפט הטילו את הנטל להקדים פנייה לנתבע מכוח חובת תום הלב.<sup>82</sup> עמדנו על כך שחובת תום הלב הקבועה בחוק תובענות ייצוגיות חלה, לפי לשון סעיף 8(א)(4) לחוק, ביחסים שבין התובע המייצג ובא כוחו לבין הקבוצה. המקור הנורמטיבי לנטל לבצע פנייה

78 ס' 9(א) ו-9(ב) לחוק תובענות ייצוגיות. בית המשפט מוסמך להאריך מועד זה מטעמים מיוחדים שיירשמו.

79 למשל, באמצעות הגשת בקשה לפי חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998.

80 ע"מ 2395/07 אכדיה סופטוור סיסטמס בע"מ נ' מדינת ישראל – מנהל המכס ומס בולים, פס' 46 (פורסם בנבו, 27.12.2010).

81 ראו למשל ת"מ (מנהליים חי") 13-03-19739 ג'ואמיס נ' מועצה מקומית בית זרזיר, פס' ל"ה (פורסם בנבו, 11.8.2013); ת"מ (מנהליים ת"א) 142/06 ההסתדרות הכללית החדשה נ' רשות המיסים, פס' 13 (פורסם בנבו, 6.8.2012); ת"צ (מנהליים מר") 10-03-2764 גמליאל נ' מדינת ישראל, פס' 30 (פורסם בנבו, 19.3.2012). חיפוש במאגר נבו ביום 15.8.2013 העלה 29 החלטות של בתי המשפט לעניינים מנהליים שציטטו דברים אלה.

82 ראו עניין אייל, לעיל ה"ש 2, בפס' 9 וכן המובאות לעיל בה"ש 3. לדיון בחובת תום הלב בתובענות ייצוגיות לפני חקיקת חוק תובענות ייצוגיות ואחריו ראו Taussig, לעיל ה"ש 33, בעמ' 1316-1322.

מוקדמת הוא אפוא עקרון תום הלב הכללי החל על "פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה" לפי סעיף 61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, ותום הלב הדיוני הנגזר ממנו, המחייב כל בעל דין לנהוג "כפי שבעל דין הגון וסביר היה פועל במקומו".<sup>83</sup> הואיל ושיטתנו היא אדוורסרית ביסודה, תום הלב הדיוני עניינו ב"רמת הגינות של בעלי דין יריבים" בתנאי קרב'. זוהי רמת ההגינות הנמוכה ביותר מבחינת ציפיותיהם הסבירות והלגיטימיות של הצדדים בהשוואה לרמות ההתנהגות הנדרשות בתחומים אחרים של המשפט".<sup>84</sup> כדי להשיב לשאלה אם התנהגות מסוימת מפרה את חובת תום הלב הדיוני, מציע פרופ' דודי שורץ לבחון עד כמה ההתנהגות דנן פוגעת בתכלית הדיונית – העמדת הפלוגתות במחלוקת בין הצדדים, מיקודן, בירורן והכרעה בהן. כל עוד תכלית זו אינה נפגעת, בעל דין אינו מפר את חובת תום הלב הדיוני.

יישום מבחן זה בענייננו מוליך למסקנה שהיעדר פנייה מוקדמת לנתבע אינו יכול להיחשב כשלעצמו לחוסר תום לב דיוני. בהליך אזרחי רגיל, ככלל,<sup>85</sup> יש לתובע אינטרס לפנות לנתבע לפני פתיחה בהליך משפטי, משום שיש בפנייה כדי לחסוך את העלויות שיידרש להוציא לשם ניהול ההליך. כשמדובר בבקשה לאישור תובענה ייצוגית המצב שונה. ראשית, אף אם הנתבע יסכים למבוקש, ההסכמה לא תייתר את הצורך בניהול הליך בבית המשפט לשם פיקוח על ביצוע הסעד שהתבקש ושהנתבע הסכים לתת, ולשם פסיקת גמול ושכר טרחה. כמו כן אם הנתבע מסכים למבוקש, סביר להניח שהעלות של ניהול ההליך נמוכה יחסית למצב שבו הנתבע בוחר להתגונן. לבסוף, להרתעה הטמונה בהגשת בקשת אישור נגד נתבע שעיוול והודה בכך יש תועלת כשלעצמה, ולכן אין לאפשר לנתבע "לחמוק" מן התהודה התקשורתית שנלווית להגשת בקשת אישור. שנית, פנייה מוקדמת לנתבע מנוגדת לאינטרס של התובע ובא כוחו ולאינטרס של הציבור בקביעת מערך תמריצים שיעודד הגשת בקשות אישור יעילות. הפנייה אמנם עשויה לחסוך בעלויות לנתבע, אך בד בבד היא טומנת בחובה את העלויות החברתיות שפורטו לעיל. שלישית, החובה לערוך בירור הולם לפני הגשת בקשת אישור ממילא מוטלת על התובע ועל בא כוחו מכוח חוק תובענות ייצוגיות. הואיל והפנייה המוקדמת נועדה להשיג מטרה זו, ויש בנמצא דרכים יעילות יותר להשגתה, אין צורך להשיגה באמצעות חובת תום הלב הכללית. כאמור, אם חובת הבדיקה ההולמת קוימה כדבעי, פנייה מוקדמת לא תקדם את התכלית הדיונית בכלל ואת תכליותיו של חוק תובענות ייצוגיות בפרט, ואם החובה לא קוימה, התובע ובא

83 בר"ע 305/80 שילה נ' רצקובסקי, פ"ד לה (3) 449, 461-462 (1981); ראו גם ע"א עניין דבח, לעיל ה"ש 47, פס' כ"ה.

84 דודי שורץ "תחולתו של עקרון תום-הלב בסדר-הדין האזרחי" עיוני משפט כא 295, 314-315 (1998). המבחן אוזכר בבש"א 2236/06 תממי נ' אוהיון, פס' 11 (פורסם בנבו, 5.6.2006). ראו גם ארנה רבינוביץ-עיני ודורון דורפמן "שימוש לרעה בהליכי משפט וחוסר תום לב בהליך אזרחי: הפער שבין מודל דיוני פוסט-אדברסרי למודל ייצוג מסורתי" ספר שלמה לוי 255, 261-270 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים, 2013).

85 למעט כשפנייה מוקדמת עלולה לפגוע באינטרס לגיטימי של התובע. למשל, כשיש חשש שהפנייה תאפשר לנתבע לפעול לסיכול הסעד המבוקש.

כוחו חשופים לסיכון של דחיית בקשת האישור תוך חיוב בהוצאות או בהחלפת הייצוג. ממילא רשאים התובע ובא כוחו להחליט להקדים פנייה לנתבע אם ראו זאת לנכון. במצב כזה לא יעיל להטיל על התובע המייצג ועל בא כוחו נטל מכוח חובת תום הלב הדיוני לבצע דבר מה שמנוגד לאינטרס שלהם ומנגד תועלתו מינורית.<sup>86</sup> המסקנה העולה מן האמור היא שתום הלב הדיוני – החובה לנהוג בהגינות בין יריבים – אינו מצדיק להטיל על התובע נטל להקדים פנייה לנתבע קודם להגשת תובענה ייצוגית.

### סוף דבר

כלל המטיל נטל על תובע ועל בא כוחו לפנות לנתבע לפני הגשת בקשה לאישור תובענה כייצוגית אינו כלל יעיל. הוא יפגע בתמריץ של תובעים ושל עורכי דין ראויים להגיש בקשות אישור יעילות. הוא לא יחסוך את הצורך בניהול הליך משפטי בבקשות אישור שדין להתקבל. הוא יעודד הידברות בין התובע ובא כוחו לבין הנתבע לפני הגשת בקשת אישור ובכך יעצים את בעיית הנציג המובנית. הוא יגביר את ההסתברות לגיבוש הסכמי פשרה והסתלקות לפני בקשת אישור, והדבר יקשה על בית המשפט להגן על אינטרס הקבוצה באופן מיטבי. מטרת הכלל – לתמרץ את התובע המייצג ואת עורך הדין להגיש בקשות אישור לאחר בדיקה הולמת של עילת התובענה ושל התאמתה להתברר במתכונת ייצוגית – ניתנת להשגה בדרכים עדיפות. חוק תובענות ייצוגיות קובע כי בית המשפט לא יאשר לתובע ולבא כוחו לנהל תובענה ייצוגית אם הייצוג אינו הולם, וכן מחייב בא כוח מייצג לפעול במסירות ובנאמנות לטובת אינטרס הקבוצה. מכוח חובות אלו נדרשים התובע ובא כוחו לערוך בדיקה הולמת של התשתית הרלוונטית לפני הגשת בקשת אישור. די בסנקציות בגין הפרתן – מחיקת הבקשה תוך חיוב בהוצאות או החלפה במייצגים אחרים – כדי להשיג את מטרת הכלל. ממכלול שיקולים אלה אנו סבורים כי לא רצוי להטיל על תובע מייצג ועל בא כוחו נטל לפנות לנתבע לפני הגשת בקשה לאישור תובענה כייצוגית.

86 השוו ע"א 252/86 גולדפרב נ' כלל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מה(4) 45, 50–55 (1991).