

הגמול הראוי בתובענה ייצוגית

עדי מוסקוביץ, עו"ד (LLB; LLM; B.sc (ECONO))

עדי מוסקוביץ – משרד עורכי דין

אוקטובר 2011

המחבר מודה לעו"ד שלומי אבני על הסיוע במאמר זה

מוסד התובענות הייצוגיות (Class Actions) הינו אחד התחומים המרתקים של המשפט. תחום התובענה הייצוגית צמח כולו מתוך הגישה הכלכלית של המשפט, באשר הוא בא להפריט את האכיפה השלטונית לידיים פרטיות – ידיו של מי שמבקש להיות תובע מייצג ובאי-כוחו.

חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 (להלן- חוק התובענות)¹, נחקק בהתבסס על הניסיון שנצבר בעולם². מדובר בחוק שמשנה באופן ניכר חלקים נרחבים במשפט האזרחי, אולם מאמר זה אינו מוגבל למוסד התובענה הייצוגית בישראל. השאלה כפי שתוגדר להלן, חוצה יבשות וטעונה פתרון כלכלי שדומה כי טרם נמצא וספק אם ימצא בקרוב.

השאלה: מהו מודל הגמול הראוי בהליך הייצוגי

השאלה שנבקש לנסות ולהשיב עליה היא "שאלת מיליון הדולר", תרתי משמע. נבקש לנסות ולייצר מודל גמול ראוי לתבוע המייצג ובאי כוחו, בהסתמך על מודלים כלכליים. נבקש להשיב על השאלה, האם קיים מודל תגמול אובייקטיבי הנסמך על מדדים כלכליים מוכרים, אשר עשוי למקסם את התועלת החברתית ממוסד התובענה הייצוגית. הדיבור הכללי "למקסם את התועלת" מכוון בהכרח גם למזעור הנזקים הגלומים במוסד מורכב, חשוב ושנוי במחלוקת זה.

התובענה הייצוגית מעוררת קשיים נוספים מעבר למודל הגמול. כך, למשל, הליך הפשרה הגלום בה, שאלת מעשה בית דין וההשתק שהיא יוצרת. כך גם לגבי המידה שבה החברה מוכנה להעביר סמכויות אכיפה לידיים פרטיות, הומוגניות של חברי הקבוצה, מידת עניינם בתובענה והאלטרנטיבה שיש להם, שימושים לרעה בתובענה הייצוגית ועוד. דומה כי רבות מהשאלות שמנינו מתנקזות בסופו של דבר לשאלת הגמול. אין אפוא לתמוה מדוע שאלת הגמול היא שהפכה לאחד הנושאים הנחקרים ביותר בתחום מוסד התובענה הייצוגית.

הגמול לתובע הייצוגי ובא כוחו הם המנוע של התובענה הייצוגית. בלעדיו לא יוגשו תובענות ייצוגיות. בעולם הדימויים שבו התובענה הייצוגית היא רכב והגמול הוא המנוע, הרי שהנהג הוא עורך הדין, המכונית היא עילת התביעה והתובע הינו המצת שמניע את ההליך ואמור לשמור על הנהג שלא יסטה מנתיבו. על שאלת המאמר יש אפוא להשיב בראי מטרות ההליך הייצוגי שהם אינהרנטיים לתשובה שננסה להציג. במילים אחרות, לא ניתן להצביע על מודל גמול ראוי מבלי להציב תחילה את המטרות שמוסד התובענה הייצוגית מבקש להשיג. מ"מטרות-על" האלה, ניתן לגזור מטרות משנה ולנסות להציב מודל גמול ראוי. אנו צריכים להניח, לפחות לצורך מאמר זה, שמטרות אלה משקפות את הביטוי "מקסום התועלת החברתית".

כאמור, חוק התובענות בישראל מיישם ניסיון מצטבר במדינות אחרות. סעיף 1 לחוק מתמצת את המטרות שהתובענה הייצוגית מבקשת להגשים: מימוש זכות הגישה לבית המשפט; אכיפת הדין והתרעה מפני הפרתו; מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין; וניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות. זוהי הגדרה ממצה מאוד של מטרות התובענה הייצוגית, כפי שהיא "סוכמה" לתוך הדין הישראלי.

¹ ס"ח תשס"ו מ'ס' 2054 מיום 12.3.06 ע' 264 (ה"ח הכנסת תשס"ה מ'ס' 93 ע' 232)

² ראה למשל פרטוקולים של ועדה המשנה של ועדת חוק, חוקה ומשפט, לענין חוק תובענות ייצוגיות, באתר הכנסת: http://www.knesset.gov.il/protocols/heb/protocol_search.aspx.

בכדי להגשים מטרות אלה נדרש מודל גמול שבעולם הדימויים שיצרנו יהא משול להושבת הנהג המתאים ברכב. אנו נרצה שהמודל יהא כזה שהתובענות הראויות תוגשנה על-ידי מי שראוי להגישן. ברם הגדרה זו אינה מספקת, שכן מלבד איתור התביעה והגשתה על-ידי התובע ובאי כוחו "המתאימים ביותר", אנו נרצה שהתביעה תנוהל באופן המגשים את תכלית החוק באופן האופטימלי, ולעניין זה אין די בטיב העילה ובאיכות עורכי הדין. במשל שלנו יש צורך לגרום לנהג להגיע ליעדו ולהוביל את הקבוצה למטרה המשקפת תועלת חברתית מרבית. אמור מעתה, כי על המודל שלנו להתגבר על בעיה ידועה נוספת הקרויה "בעיית הנציג"³, זאת באמצעות יצירת מערכת תמריצים שתגמל או תפגע במייצג, בהתאם לפעולותיו, באותו האופן שבו יושפע הציבור אותו הוא מייצג. יושם לב כי כשאנו מדברים על תועלת חברתית אין מדובר דווקא בתועלת מרבית לקבוצה המיוצגת, אלא בתועלת החברתית הכוללת. כך, למשל, יש הסוברים כי השבת מס או תשלום חובה שנגבה ביתר מיטיבה אמנם עם הקבוצה המיוצגת, אולם אינה מרתיעה מפני הפרת הדין ואף עשויה לפגוע בסופו של דבר בכלל הציבור.⁴

ביני לביני תהיתי האם אכן ניתן לאתר מודל גמול אופטימלי מתוך ראייה כלכלית בלבד. האם אין מקום לפסיכולוגיה ולאיינטואיציה שיפוטית, וכיצד מודל "מושלם" ומקיף ככל שיהא יכול לתת מענה לקשת האתגרים שמולידה המציאות המורכבת. האם די בכך שנקרחה לפנינו בעיה כלכלית כמעט טהורה, באופן שהפתרון לה חייב להיות כלכלי בלבד? פתרון "הרמטי" לא נוכל למצוא, אולם כיוונים ברורים וכללים המגדירים לכל הפחות טעויות בקביעת הגמול, נוכל גם נוכל לקבוע.

נסכם כך את שאלת המאמר בשימת לב לכל הנקודות שהועלו לעיל: מהו מודל הגמול הראוי, על בסיס ניתוח כלכלי, לקביעת הגמול לתובע המייצג ועורכי הדין, שיביא להגשת התביעות הראויות ביותר, על-ידי מי שראוי להגישן, כאשר הן ינוהלו באופן הממוזער את בעיית הנציג וממקסם את התועלת החברתית הכוללת, בין היתר, כפי שזו סוכמה בסעיף המטרות של חוק התובענות הישראלי.

ניתן לנסח את השאלה גם באופן מליצי יותר: השופט ד"ר עמירם בנימיני קבע כי לזכות בתובענה ייצוגית אין משמעו לזכות בפיס⁵. שאלת המחקר, באופן תמציתי יותר, היא - האמנם כך רצוי שיהא?

³ בעיית הנציג (Principle-Agent Problem) מתייחסת למצב שבו סוכן או שליח הנדרש לייצג בפעולותיו ציבור כלשהו, עלול להשתמש בסמכויותיו כדי לקדם אינטרסים עצמיים על חשבון אלה של הציבור שמינה אותו. הבעיה מתעוררת במיוחד במקרים שבהם קיים מידע א-סימטרי, כלומר כאשר המידע הרלוונטי אינו ידוע באותה מידה לכל בעלי העניין בפירמה. במונחים כלכליים בעיית הסוכן מהווה כשל-שוק, כלומר גורמת לחוסר יעילות בהתנהלות הכלכלית במשק.

⁴ פרופ' אסף חמדני ופרופ' אלון קלמנט: "הגנה ייצוגית וגביה לא חוקית, משפטים לח(3), תשס"ט, בעמ' 456.

⁵ ת"א (ת"א) 1372/95 ירשי המנוח תופיק ראבי ז"ל נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ, נבו: "הבקשה היא לפסיקת שכ"ט עו"ד בשיעור של 20% מסכום הפיצוי הכולל. אם נציין שלדעת ב"כ הקבוצה התובעת סכום הפיצוי הכולל צריך להיות 2 מיליארד ש"ח, הרי ששכר הטרחה שביקשו לעצמם הוא 400 מיליון ש"ח. זו דרישה מופרכת. זכיה בתובענה ייצוגית איננה זכיה ב"פיס", וגם ב"פיס" אין זוכים בסכומים העושים אדם בן-לילה למולטי-מיליונר". גישה זו ראויה לביקורת משום שאינה מתיישבת עם מטרות ההליך הייצוגי שעמדנו עליהן, ואין בה מענה לצורך לתמרץ יוזמה או נטילת סיכון במקרים מסויימים. כך, למשל, אם התובע היה חושף שימוש בציאניד בחלב, נראה ברור שהיה מקום לתגמל אותו כמי שזכה ב"פיס".

הגמול לתובע המייצג

השאלה המטרדית הראשונה היא מיקומו של התובע המייצג במודל הגמול. בעוד שבארה"ב התובע המייצג אינו זכאי לגמול ואף אינו נושא בסיכון של פסיקת הוצאות כנגדו, בישראל משחק התובע הייצוגי תפקיד מרכזי⁶, הן במבחן העילה האישית והן בפסיקת הגמול. מבדיקת נתוני 2010 בפנקס התובענות הייצוגיות של מדינת ישראל נראה שכרבע מהגמול נפסק לטובת התובעים המייצגים ואילו היקף ההוצאות הממוצע שבו נשא תובע שהפסיד בהליך אינו עולה על 10,000 ש"ח⁷.

נראה לי כי תפקידו של התובע הייצוגי צריך להצטמצם להבאת העילה הייצוגית דרך משקפי המקרה הפרטי שלו. הדעה כי התובע הייצוגי מפקח על עורכי הדין ובכך מצמצם את בעיית הנציג מתעלמת מכך שהתובע ובאי כוחו (היזמים) מצויים בסופו של דבר באותו צד של המתרס ויש להם זהות אינטרסים כמעט מוחלטת, למעט במקרים שבהם סכום התביעה האישית של התובע הוא גדול מאוד, שאז הוא מעוניין בהצלחה של ממש בתביעה⁸.

פרופ' קלמנט סבור כי את עניין הגמול יש להשאיר לדיון בין התובע לעורכי דינו⁹. גישה זו אינה נקיייה מספקות. מדיניות נכונה צריכה ליצור תמריץ לבעל העילה ולעורכי הדין. על האחד להציג את עילתו העובדתית בדרך הטובה ביותר ואילו על השני מוטלת החובה לייצג את הקבוצה באמצעות העילה המשפטית. חלוקת הגמול בדרך של משא ומתן בין התובע לעורכי הדין לא תמיד תביא לחלוקה אופטימלית של הגמול ויצירת תמריץ ראוי לשניהם. מרכז הכוח במשא ומתן שכזה מצוי כל פעם בצד אחר – בצד המחזיק את המידע (ולעיתים גם את העילה) המאפשר את הגשת התובענה. מי שמחזיק במידע יכול בנקל לבחור לו שותף אחר, דבר שמעמיד את הצד האחר באופן נחות, שבו הוא עשוי להסכים למודל שעשוי להחריף את בעיית הנציג או לקבל גמול שאינו מתאים להיקף ההשקעה הנדרשת, מתוך הנחה שבהעדר פיקוח יוכל למעט בשעות העבודה ולהפחית מאיכותן ועדין להשיג את שכרו האלטרנטיבי¹⁰. הניסיון מלמד כי שכר הטרחה של עורכי דין במחיר שוק אינו מייצר את המודל האופטימלי עבור שניהם, וגם לא עבור החברה בכללותה, ומכאן שבהליך ייצוגי נדרשת לכאורה התערבות חיצונית¹¹. מנגד ישנם שיקולים אחרים: התערבות חיצונית אינה בהכרח עדיפה על מחיר שנוצר בתנאי שוק רגילים והתוצאות הנחותות שמבצע השוק אינן בהכרח חמורות יותר מאלה שמבצע בית המשפט הקובע את הגמול. מודל ההתערבות השיפוטי הנפוץ בחלוקת הגמול בין התובע לעורכי הדין מתעלם מהמישור היזמי, היינו מהשאלה מיהו היזם העיקרי של התביעה שצריך לזכות בגמול יתר על שטרחה ומצא את העילה וביסס אותה לכדי תובענה ייצוגית, ובכך מחליש כמובן את התובענה הבאה שספק אם תוגש¹².

⁶ תפקיד מרכזי במובנו של החוק. בפועל יש הטוענים כי התובע הוא כלי להצגת עילת התביעה האישית בלבד וכי אין לו יכולת או אינטרס מיוחד לפקח על עורכי הדין.

⁷ מתוך מצגת "הכנס השנתי הראשון לתובענות ייצוגיות" שנערך בחודש ינואר 2011.

⁸ לניתוח כלכלי מקיף של התאמת תובע מייצג שיש לו עילת תביעה אישית בסכום משמעותי, ראה פסק דינו של השופט פרופ' גרוסקופף: ת"צ (מרכז) 14144-05-09 איפקס חיתום וניהול הנפקות בע"מ נ' הראל נהול קרנות, נבו.

⁹ פרופ' אלון קלמנט: "קווים מנחים לפרשנות חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006", הפרקליט מט תשס"ז, עמ' 166.

¹⁰ תובע שאינו "תובע מקצועי" גם לא תמיד מודע להשלכות שיש לקביעת מודל בלתי יעיל של הגמול עליו עצמו.

¹¹ אינני יכול להוכיח כשל שוק זה באופן אמפירי או ספרותי, אך דומני שמדובר בדבר שהוא "מן המפורסמות".

¹² ראה כי אין בנמצא ולו פסק דין אחד במדינת ישראל הנכנס לשאלת חלקו של התובע באיתור העילה והאם יש לתת לו פיצוי או גמול מיוחד וחריג על-כך. במקום זאת הפרקטיקה הנוהגת היא חלוקת הגמול בשיעור של 75% לעורכי הדין והיתרה לתובע, כך מניתוח נתוני 2010 שהוצג בכנס הנזכר בה"ש 8 לעיל.

מאחר ובמדינת ישראל נקבע מודל של התערבות שיפוטית מלאה בקביעת הגמול וחלוקתו בין התובע ועורכי הדין, נשאלת השאלה אם לא נכון לקבוע בעניין זה כלל קשיח. נראה שעדיף כלל ברור וקבוע מראש וזאת בהינתן שבית המשפט עיוור לשאלת היזמות של התביעה ובהעדר הליך כלשהו שבו התובע יכול לעמוד כנגד עורכי הדין ולהביא את טענותיו. ברגיל יעמוד עורך הדין מול בית המשפט לכל אורך ההליך, והוא זה שייצג את התובע, למרות ניגודי האינטרסים בינו ובין התובע בכל הקשור לחלוקת "השלל". בהקשר זה טוב יעשה בית המשפט אם יזמן את התובע עצמו בשלב חלוקת הגמול ויתחקר אותו על מידת תרומתו להליך, לפני שיפסוק את גמולו. כאמור, לחלוקת הגמול בין התובע לעורכי הדין יש חשיבות, גם כאשר היא נעשית (באופן לא רצוי) בסוף ההליך.

זהותו של פוסק הגמול לתובע המייצג ובאי כוחו

השאלה מי קובע את הגמול לעורכי הדין והתובע הייצוגי, אינה טריוויאלית. נכון הוא שעל-פי דין ונוהג מלאכה זו מסורה לבית המשפט הדין בהליך. דין זה מעורר קשיים רבים, שכן הוא הופך את בית המשפט לאינקוויזיטורי. זה האחרון יאלץ להכריע בסכסוך לאחר שערך לעיתים מכרז בין עורכי הדין, קבע תביעתו של מי איכותית יותר, קצב מכסת שעות עבודה ופיקח על עבודתם של עורכי הדין. בסוף הדרך יאלץ בית המשפט לפסוק גמול בהתייחס לנתון המרכזי הנוגע למידת הסיכון שבו נשא התובע הייצוגי ועורכי הדין. לבית המשפט נראים הדברים באור שונה מזה שחזו אותם בעלי הדין בתחילת הדרך. בית המשפט פוסק על-פי קריטריון של חוכמת הבדיעבד, בעוד שהצדדים משוועים לפסיקה המודדת את הסיכון מראש. זאת ועוד, בית המשפט שהכריע בסכסוך נוטה להציג עמדה ברורה יותר ולמעט בספקות שעלו בראשו מתוך חשש טבעי להתערבות ערכאת הערעור. במצב דברים זה גם תיק גבולי עם סיכון גבוה עשוי להיראות בפסק הדין כתיק ברור מאליו, שהביא לתוצאה המתבקשת שנקבעה בפסק הדין שבו הכריע בית המשפט כביכול ללא כל היסוס.

בעיה נוספת בהשארת קביעת הגמול לבית המשפט מתעוררת מעוצמת היתר שניתנת לו בהליך שממילא אינו אדברסרי במלוא מובן המילה. עורך הדין רואה את בית המשפט כלקוחו, משום שהוא זה הקובע את שכרו. הצורך לעמוד בפני עמדות שגויות של בית המשפט ולעיתים גם לערער עליהם נפגע, שכן עורך הדין הופך בסיטואציה כזו לשבוי. הבעיה מחמירה יותר ככל שערכאת הערעור נוטה שלא להתערב בקביעת הגמול, כשעמדתה זו מיוחסת לקביעה מסורתית אחרת, שהיא זרה לחלוטין למטרות החשובות של מוסד התובענה הייצוגית, והיא שערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בקביעת הגמול או ההוצאות שפסקה ערכאה נמוכה יותר¹³.

בית המשפט אמור לעסוק במלאכת השפיטה ולהכריע במחלוקת שבין הצדדים. קביעת הגמול מסיטה אותו מדרכו זו ואף עשויה להטות את התוצאה הרצויה. נראה כי הדרך הנכונה היא שהגמול יקבע על-ידי גורם חיצוני שאינו דן בתיק. יכול שזה יהא מותב שיפוטי אחר, בדומה להסדר בו נחשף שופט אחר לחומר הראיות בשלב הארכת מעצר, ויכול שיהא זה גוף מקצועי אחר.

¹³ ראה למשל: עא 9134/05 אליעזר לויט, עו"ד נ' קו אופ צפון, אגודה שיתופית לשירותים בע"מ, נבו

שיקולים כללים בקביעת גובה הגמול

בקביעת הגמול נהוג להתחשב בשורה של שיקולים כלליים, לאו דווקא כלכליים. שיקולים אלה הם בדרך כלל סובייקטיביים מבחינת המבט השיפוטי. הם אמנם נקבעים על-ידי גורם אובייקטיבי-שיפוטי, אולם הם סובייקטיביים במובן הזה, שאין בצידם כל מדד אובייקטיבי. בצד השיקולים הסובייקטיביים מתקיימים שיקולים נוספים בדבר קביעות גמול שלילי (הוצאות משפט) וכן פסיקה בדבר החזר הוצאות שהוציא המבקש בעין. כמו כן מתקיימים שיקולים שיש בהם מדדים אובייקטיביים. ננתח שיקולים אלה להלן:

שיקולים נעדרי מדד אובייקטיבי

מידת הסיכון

מידת הסיכון בו נשאו יזמים ההליך הייצוגי נחשב לאחד המדדים המרכזיים. בכל המודלים של הגמול למדד זה ישנו מקום מרכזי. במודל השעתי [ראה להלן] הוא נקרא מכפיל הסיכון, היינו פקטור המכפיל את שכר העבודה לפי שעה למידת הסיכון, כדי להעמיד את היזמים במצב בו משולמת להם פרמיית סיכון על שעות העבודה בפועל.

השימוש במדד זה אינו חף מבעיות. כך למשל, האם תיק מורכב ומסוכן מאוד שבו פסק בית המשפט לטובת הקבוצה במאזן ההסתברויות האזרחי מצדיק מתן פרס גדול? האם אין בכך לעודד הגשה של תיקים גבוליים, שהאינטרס החברתי דווקא אינו מצדיק להכניסם בשערי בית המשפט בהליך ייצוגי?

בעיה נוספת קשורה כאמור בעיתוי שבו תיקבע מידת הסיכון. יש הבדל למשל בין הסיכון הנחזה מראש לסיכון הנאמד בדיעבד. הסיכון הנו דבר דינאמי ואין דומה הסיכון הנחזה לפני שהיזמים מחליטים לבדוק היתכנות ההליך, לסיכון הנחזה להם לאחר גילוי הממצאים, לאחר קבלת עמדת היריב (אם או בלי פניה מוקדמת), לאחר הכרעת הערכאה הראשונה, או לאחר החלטה בבקשה האם לאשר את ההליך כייצוגי. כפי שהוסבר קודם לכן, גם לזהות מעריך הסיכון יש השפעה, היות והמחליט במחלוקת אינו רואה את מידת הסיכון כפי שראו אותה הצדדים, ואף אם הוא סבור שהתיק גבולי קיימת בעיה מובנת מצידו של בית המשפט להודות בכך במסגרת הכרעתו.

לשאלת הסיכון היבט נוסף הקשור בעניינים שאינם נוגעים דווקא לגופה של המחלוקת, שהרי בחינת מידת הסיכון אינה נוהגת להתייחס לסיכונים הגלומים בפריפריה של ההליך. דוגמא לכך היא ההשפעה שיכולה להיות לזהות הנתבע ועורכי דינו. נתבע עתיר עוצמה ומשאבים, הנוהג להתדיין באופן סדרתי ומתיש, מציב רף סיכון גבוה יותר לנגד עיניהם של יזמי ההליך. גם שופט בעל הסתייגות מוקדמת מנשוא המחלוקת, או גישה בלתי אוהדת למוסד התובענה הייצוגית, או שאינו בעל ניסיון בהכרעות מתחום המחלוקת או בתיקים ייצוגיים, מהווה חלק ממידת הסיכון. בעיה מיוחדת ניצבת שעה שהיזמים כבולים מלהציב בפני בית המשפט טיעונים בהקשר לסיכונים הכרוכים בפריפריה של ההליך, היינו הסיכוי "ליפול" בבית המשפט הנוכחי אצל "שופט טוב" או לשופט שאין לו ניסיון בתחום המחלוקת המתבררת בפניו. נראה שטרם קם עורך הדין שהעז לתבוע פרמיית סיכון הקשורה בדעה קדומה או חוסר הבנה של בית המשפט העתיד להכריע את גורל שכר טרחתו. עומס בבית המשפט והצורך של בית המשפט לתת "ציונים" לעורכי הדין במסגרת קביעת הגמול מהווים אף הם גורמים המציבים סכנות בפני יזמי ההליך. אלו סכנות שלבית המשפט קשה להעריך, ועוד יותר מכך קשה יהיה לו לקבל.

הפתרון לבעיות אלה מצוי בראש ובראשונה בהגדרות שהצבנו מראש לבחירת המודל, היינו למטרות שאנו מבקשים להשיג בקביעת הגמול. במערכת שיקולים זו יש חשיבות רבה למידת הסיכון שבה נושאים יזמי ההליך, מאחר והתשואה הכלכלית של כל מיזם – והתובענה הייצוגית היא מיזם – אינהרנטית למידת סיכון. כך יוצא שאת מידת הסיכון עלינו לבחון מראש, בשלב הרעיון ולא בשלב ההגשה, שאז אולי מצאו היזמים את ה"אקדח המעשן". אם אנו רוצים ליצור תמריץ להגשת תביעה ראויה, עלינו לתמרץ את היזם לאכוף את הדין באופן אקטיבי ולגרום לו להשקיע ולסכן את כספו בחיפוש אחר המיזם. באופן מוחשי יותר, עלינו לגרום לו לממן בדיקות של פליטת מזהמים ולתגמל אותו על הסיכון שבבדיקה, ולא לבחון את תביעתו לאחר שמצא את ההוכחות לזיהום. אין לנהוג בתובענה הייצוגית כאילו מדובר בפרויקט של תגלית גז במדינה מזרח תיכונית שבה קובעים את הסיכון לאחר מעשה.

כאמור, זהות הקובע את מידת הסיכון צריכה להיות נתונה לגורם שאינו מכריע בסכסוך ועל בסיס עקרון התמריץ הכלכלי שממנו צומח מודל הגמול. בנוסף חובה עלינו להתייחס גם לסיכונים פריפריאליים הנוגעים לזהות המתדיין ולסיכוי "לזכות" בשופט שיבין את המחלוקת. משעה שהסכמנו שכדי לעודד הגשת תובענות מתאימות, התשואה של היזמים צריכה להיות קוהרנטית במידה מסוימת עם רמת הסיכון¹⁴, שומה עלינו להתחשב בכל השיקולים אותם שוקלים היזמים, גם אם אינם נראים לבית המשפט וגם אם אינם נוגעים במישרין למהות המחלוקת וטיבה של עילת התובענה. זהו אפוא הפתרון שעל המודל להציע.

אופן ניהול ההליך

אין ספק כי מודל הגמול צריך לעודד את "הנהגה" לנהל את ההליך בייעילות, לטובת הקבוצה, גם בשימת לב לאינטרסים ציבוריים שאינם זהים דווקא לאינטרסים של הקבוצה. המדד בדבר "אופן ניהול ההליך" אמור לתת מענה מסוים לבעיית הנציג בתובענה הייצוגית, מאחר והוא אמור להעניש יזמים שלא ישימו את האינטרס הקבוצתי או הציבורי במקום הראוי לו. אין ספק כי לבית המשפט יכולת לקבוע ולו באופן חלקי את הציון במדד זה, אולם כמי שעשוי למצוא עצמו דן בהליך במצוות ערכאת הערעור, קשה למצוא מידה רבה של אובייקטיביות במתן ציונים לתובע ועורכי הדין. כפי שהוסבר קודם לכן, האפשרות לתת ציונים לעורכי הדין מגדילה את הסיכון שלהם לפגיעה במוניטין המקצועי ומצדיקה כשלעצמה את הגדלת הגמול, זאת במיוחד כשעורך הדין מגיע מתחום נישתי.

מידת החשיבות הציבורית

עניינו של מדד זה בהגשת תובענות המקדמות באופן כללי את מטרות החוק. לעיתים מצוי מדד זה בקונפליקט אל מול האינטרס של הקבוצה. לעיתים מתן סעד הולם לחברי הקבוצה עשוי לפגוע באינטרס חברתי אחר, במיוחד בתובענות נגד רשויות ציבוריות או שקבלתן עלולה למוטט גופים גדולים. במקרה כזה על יזמי ההליך לשקול שיקולים לבר-קבוצתיים וזאת בניגוד לעיקרון שעורכי הדין אמונים על האינטרס של מי שהם מייצגים. ההנחה היא שכל צד יציג את טיעונו ובית המשפט יאזן ביניהם ויביא בחשבון את האינטרס הציבורי. ברם, מאחר ומטרות ההליך הייצוגי ממוקדות באכיפה פרטית, שומה על היזמים להיות ערים ולהביא לידי בית המשפט את כל המידע והשיקולים הכרוכים במחלוקת, גם כשאלה נוגדים את האינטרס של הקבוצה. מדד זה נועד לתמרץ אותם לעשות כך. מצבם של היזמים הוא לעתים כשל המדינה והתובע הכללי, ובמקרים כאלה מערכת השיקולים שלהם צריכה להיות זהה לאלה של האחרונים. בית המשפט אינו יכול להיות הבלם היחיד וכשם שתובע כללי הסבור שיש לבטל כתב אישום מצופה לעשות זאת, כך צריך לעשות התובע הפרטי

¹⁴ גם קביעה זו אינה נקייה מספקות מאחר והאינטרס החברתי אינו שולל או מעודד הגשת תביעות מורכבות ומסוכנות

כאשר הוא סבור שאין בידיו עילה. העברת הסמכות השלטונית לידיים פרטיות, בצד הצבת איזונים ובלמים, אינה אמורה לשחרר את היזמים מאחריותם לסייע לבית המשפט לעשות משפט. במקרים שכן הם נוהגים, עשויים הם לזכות בגמול חרף שתובענתם נכשלה, כדי להפחית את התמריץ השלילי בניהול תובענה שלא לצורך.

נסכם ונאמר כי מידת החשיבות הציבורית בהליך הייצוגי היא מדד כבד משקל הקשור בטבורו לתכלית ההליך. יחד עם זאת מדובר במדד אמורפי, שקביעתו יכולה להיות מסורה לבית המשפט ולצד שלישי המסייע בידיו, כגון היועץ המשפטי לממשלה או בודק מומחה. השימוש במדד זה צריך להצדיק הגדלה משמעותית של שיעור הגמול מקום שבו הנזק הנוכחי נמוך, אך פוטנציאל הנזק העתידי הינו גבוה. כך גם ביחס לאכיפה של נורמות חקוקות ופרקטיקה ראויה על רשויות שלטון.

מניעת תובענות סרק

בצד הצורך לעודד הגשת תובענות ראויות קיים הצורך למנוע הגשת תובענות בלתי ראויות. התובענה הייצוגית מכונה נשק בלתי קונבנציונאלי שיש בצידו סכנות רבות. נשאלת השאלה, האם פסיקת מופרזת של גמול ליזמים מעודדת הגשת תובענות סרק¹⁵? ואם התשובה לכך חיובית, האם הפתרון הוא הקטנת הגמול, או שמא יש פתרונות אפקטיביים יותר.

התשובה לשתי השאלות היא כלכלית גרידא, מהסוג שהגישה הכלכלית למשפט יודעת להשיב עליו תשובה נחרצת: מכיוון שבקביעת גמול מופרז יש כדי לעודד הגשת תובענות בלתי ראויות הנקראות תובענות סרק, הרי שהתשובה היא חיובית. פסיקה גבוהה של הוצאות מעלה את תוחלת הרווח של היזם. תוחלת זו היא לעולם הסיכוי לזכות בתביעה כפול הגמול, פחות הוצאות בפועל ופחות תוחלת הוצאות המשפט (סכום ההוצאות לצד המפסיד כפול הסיכוי לקבל הוצאות משפט).

משזו נוסחת התמריץ שרואה היזם, ברור כי פסיקת הוצאות גבוהה מעלה את תוחלת הרווח ומעודדת הגשת תובענות שהן גם בלתי ראויות. תביעה שתוחלת השכר בה היא מיליון ש"ח והסיכון הגלום בה הוא 100,000 ש"ח תוגש גם תוגש, וזאת ללא קשר במידת שנאת הסיכון של היזמים. הקטנת הגמול משפיעה בהכרח על שיקולי היזמים. אלא שמהנוסחה נגזרת תשובה גם לשאלה השנייה – הגדלת הוצאות המשפט מהווה תמריץ שלילי להגשת תביעות בלתי ראויות. הפתרון לבעיה אינו מצוי אפוא בהקטנת הגמול לתובענה מצליחה, בכל אופן לא רק בהקטנה שכזו, אלא בעיקר בהגדלת הוצאות המשפט והעלאת תוחלת ההפסד.

מהנוסחה ניתן לראות כי אין מדובר במהלך סימטרי. הקטנת הגמול לתובענה שהצליחה אינה פועלת באותה מידה על הגדלת ההוצאות לתובענה שנכשלה. הסיבה נעוצה בכך שבהליך סרק שיעור הגמול לתובענה מוצלחת מוכפל במקדם סיכוי נמוך, בעוד ששיעור ההוצאות במקרה של כישלון מוכפל במקדם סיכון גבוה. בתובענה שבה סיכוי הזכייה הוא 10%, העלאת 1 ש"ח בסכום ההוצאות שקולה להפחתת 10 ש"ח מהגמול. בנסיבות אלה ברור שהפתרון הראוי למניעת הגשת תובענות סרק אינו מניעת הגמול ממי שזכאי לו, אלא השתת הוצאות על מי שאינו זכאי לגמול. מצד אחד אין בפתרון זה כדי לפגוע בתמריץ החיובי, שהוא כה חשוב לקיומן של תובענות ייצוגיות ראויות, ומצד שני יש בו מענה לצורך להרתיע מהגשת תביעות חסרות בסיס.

¹⁵ למרבה הצער זו הייתה גישת בית המשפט המחוזי לאחרונה בעניין ע"מ 2395/07 אכדיה סופטוור סיסטמס בע"מ נ' מדינת ישראל – מנהל המכס ומס בולים, נבו. בסיס מסוים לאחידה זו הביע בית המשפט בפרשת לויט, ה"ש 13 לעיל.

שיקולים בעלי מדד אובייקטיבי

התועלת שהושגה לחברי הקבוצה

התועלת שהושגה לחברי הקבוצה תהיה בדרך כלל מדידה, במיוחד כאשר מדובר בתועלת כספית הניתנת לכימות חד משמעי. בעיות מיוחדות מתעוררת עם פשרות המכונות "פשרות קופון". בפשרות אלה הקבוצה מקבלת הנחה עבור רכישה חוזרת, לעיתים ההנחה מתוזמנת עוד לפני הפשרה, כמהלך שיווקי של הנתבע. במקרים כאלה לא רק שקיים קושי לדעת אם הושגה תועלת לקבוצה, אלא קשה מאוד להעריך את מידת התועלת. קושי נוסף בהערכת התועלת לקבוצה מצוי בסעדים הצהרתיים בלתי ניתנים לכימות, בסעדים מניעתיים בעיקר לפי חוקים שנועדו להגנת הסביבה, ובמקרים שבהם קיים קושי לאתר את חברי הקבוצה שנפגעה.

עורכי הדין נוטים לראות במדד זה כשיקול המכריע לפסיקת גמול. אכן, כאשר התועלת הכספית לקבוצה היא ישירה ועצומה, קשה מאוד להתעלם מכך. אולם לכל הפחות בישראל ניתן משקל מכריע דווקא לאינטרס הציבורי של אכיפת החוק והפסקת הפעילות המפרה בעתיד ולא דווקא לתועלת הישירה לקבוצה. בכך יש כדי לעודד במידה מסוימת הפרה של הדין, כאשר המפר פועל "עד שייתפס" ואז יזכה למחילה.

מידת הטרחה

מדד זה מהווה במודלים רבים גורם מרכזי, לעיתים כמעט יחיד, בקביעת הגמול. על השימוש הבעייתי הנובע ממדד זה ארחיב בהמשך, בעת הדיון על המודל השעתי. אולם כבר כעת ניתן לומר כי הוא יוצר תמריץ לניהול בלתי יעיל של ההליך ופתח למניפולציות ולפעולות בניגוד לאינטרס הקבוצתי והציבורי. מדד זה צריך להיות מגולם במדד מידת הסיכון, כך שהוא יתומחר מראש בהסכם "אופציה". הסכם שכזה מנטרל את הבעיות הכרוכות במודלים המתייחסים למידת ההשקעה.

בעיה נוספת בהתייחסות למידת הטרחה הינה שזו אינה לוקחת בחשבון טרחה עקיפה. הגשת תובענות ייצוגיות כרוכה לעיתים במומחיות הנרכשת בשעות עבודה עקיפות: באיתור וסינון של מידע רב ושל תובענות לא ראיות, באיתור של תובעים או עילות, בלימוד המאטריה, נישות ותתי נישות, במומחיות מיוחדת בתחום התובענות הייצוגיות עצמו ועוד. לעיתים יש צורך בהעסקת בסיס קבוע של מידענים, חוקרים ועובדים פרה-משפטיים. יש צורך בהשתלמויות וקריאה עקבית של פסיקה. יאמר מי שיאמר, כי דברים אלה נחוצים בכל ענפי המשפט ואינם ייחודיים למוסד התובענות הייצוגיות. התשובה לכך היא שבתובענות הייצוגיות הצורך בשעות עקיפות בולט הרבה יותר ומידת חוסר הוודאות של עורך הדין משתרעת משלב העילה ועד שלב מודל התגמול של שכרו, דבר היוצר חוסר ודאות שאינו קיים בסוגי הליכים אחרים.

החזר הוצאות

מכל הסוגיות הקשורות בקביעת הגמול זוהי הפשוטה ביותר, שכן היא כרוכה בהוכחה פשוטה של הוצאות באמצעות ראיות אובייקטיביות. חרף זאת נציין כי בנקודה זו יש פתח להסטת תשלומים המגיעים לנותני שירותים המטפלים בעניינים אחרים של התובע ועורכי דינו, על חשבון הקבוצה או הנתבע. מטבע הדברים, הנזק שנגרם כתוצאה מכך הוא קטן, היות ומדובר בסכומים נמוכים יחסית לשווי הגמול או המחלוקת.

Percentage

"שיטת האחוזים" היא הנפוצה מבין שיטות הגמול בהליכים ייצוגיים והיא הוכרה כיעילה בתביעות נזיקין המוניות (Mass Torts). לשיטה זו מספר יתרונות מובהקים, משום שהיא יוצרת באופן חלקי זהות אינטרסים בין היזמים של ההליך הייצוגי ובין הקבוצה. יש בה גם כדי לנטרל באופן חלקי את בעיית הנציג. מעניין לציין כי בתחומים רבים של המשפט, כגון ענפי הנזיקין והמסים, שיטה זו שולטת ללא מיצרים. אין תימה שכך קרה בשני ענפי משפט אלה, שכן מדובר בתחומים העוסקים בעניינים שבהן התוצאה או מידת ההצלחה מדידים לחלוטין באופן אובייקטיבי. כמו כן מדובר בתחומי נישא שבהם לתובע קיים קושי מיוחד לפקח על עבודת עורך הדין והדרך העיקרית להתגבר על בעיה זו מצויה ביצירה של זהות אינטרסים.

יחד עם זאת לשיטה זו מגבלות ברורות כאשר מדובר במקרים שבהם הסעד או התועלת לקבוצה המיוצגת קשים לכימות. כך לעיתים אם הסעד הוא הצהרתי או מניעתי; כך כאשר הפשרה היא "פשרת קופונים" שלא ברור מי יממש אותה ומה ערכה האמיתי לקבוצה; כך במיוחד במקרה של תובענה נגד רשות לפי חוק התובענות הישראלי, שבה התועלת מתמצית לעיתים קרובות בהפסקת הגבייה הבלתי חוקית, תוך הפטר הרשות הנתבעת מלהשיב את אשר גבתה מחברי הקבוצה.

מגבלה נוספת לשיטת האחוזים מצויה באופיו של מודל התגמול האחוזי. אם המודל הוא לינארי, במובן זה שמדובר באחוז קבוע משווי התמורה שקיבלה הקבוצה, הרי שהיזמים יקבלו שכר זהה על כל דולר או שקל, למרות שברור כי הדולר הראשון הוא קל מאוד להשגה ואילו הדולר האחרון קשה להשגה הרבה יותר מקודמיו. העלות השולית להשגת כל שקל נוסף עבור הקבוצה הולכת וגדלה והאינטרס של היזמים לטרוח בשל הקבוצה יעצר בסופו של דבר בנקודה שבה העלות האלטרנטיבית השולית שווה לתוחלת הרווח השולי של היזמים, וזאת בהנחה שהם אדישים לסיכון. יותר או פחות מכך תלוי במידת שנאת הסיכון שלהם.

ממודל לינארי זה נגזרות הבעיות העולות גם מהמודל הרגרסיבי שבו הגמול הולך ופוחת ככל שגדלה התועלת (בדרך כלל הכספית) לקבוצה. המודל הרגרסיבי פועל בניגוד גמור לאינטרס של הקבוצה ומחריף את בעיית הנציג, מאחר ובעוד היזמים נדרשים להשקיע יותר משאבים, הגמול שלהם כחלק משווי ההטבה הולך וקטן. למרות שמודל זה הינו בעייתי במיוחד, נעשה בו שימוש בלתי מבוטל. כך למשל בעוד שבארה"ב נהוג לקבוע גמול של 25% עד 50% מהסכום שנפסק לקבוצה, וכאשר דובר במיליארד דולר, הופחת הגמול ל-12.2%.¹⁶ אנו יודעים אמנם שככל שהסכום שנפסק לקבוצה גדול יותר כך קטן שכ"ט האחוזי, אולם מכאן לא ניתן להסיק שמדובר דווקא ביישום של מודל רגרסיבי, אלא יתכן והדבר נובע מהקטנת האחוז הקבוע בשל מידת סיכון נמוכה או תוחלת רווח גבוהה מלכתחילה. אילו היה מודל הגמול האחוזי נקבע מראש, היה בכוחנו לקבוע נחרצות האם מודל רגרסיבי זה מצוי בשימוש, אם לאו. מכל מקום, כשהמודל הרגרסיבי מצוי בשימוש, מקורו כנראה בגורמים פסיכולוגיים הקשורים לקנאה או לחוסר יכולת להשלים עם מצב שבו היזם יקבל גמול שנראה בלתי סביר לעומת היקף ההשקעה, בהתעלם ממידת הסיכון ושיקולים כלכליים. אפשרות אחרת שהועלתה היא שיכריע השיקול של "האחריות והממלכתיות הגבוהה של בתי המשפט", שלעיתים תופסים את תאגידי הענק כחלק מהממסד שאליו משתייך בית המשפט עצמו.¹⁷

¹⁶ ראה מאמרו של משה טלגם ז"ל, "התובענה הייצוגית – שיקולים בקביעת שכר וגמול", שערי משפט ד(1) תשס"ה, עמ' 231. ועדיין, מדובר בשיעורים שעורכי הדין בישראל רק יכולים לחלום עליהם.
¹⁷ טלגם, ה"ש 16 לעיל, עמ' 235.

המודל האחוזי השלישי הוא המודל הפרוגרסיבי, בו הגמול גדל ככל שגדל שווי ההטבה לקבוצה. מודל זה תואם את האינטרסים של היזמים והתובעים כאחד ונראה שהוא המודל האחוזי העדיף. חסרונו של המודל הפרוגרסיבי הוא בקושי לזהות מראש את מידת אהבת הסיכון של היזמים ואת העלות השולית שלהם בטרחה עבור כל שקל נוסף. פרופ' קלמנט סבור כי לשיטה האחוזית שני יתרונות: פשטות ויצירת זהות אינטרסים¹⁸. החיסרון של השיטה, לטעמו, בהעדר זיקה להשקעה בפועל. גישה זו ראויה לביקורת: הצורך בזיקה להשקעת תשומות בפועל איננו צורך כלכלי, אלא כשהצורך הכלכלי מדבר על כיוון עלויות במנגנון של COST PLUS. ההנחה הכלכלית הבסיסית היא שהשוק החופשי אמור לתגמל על מקוריות, חדשנות, כישרון ויוזמה. התשומות הן פלטפורמה עליה נישאים כל אלה וכשלעצמן אינן מצדיקות תשואה כלשהי.

השיטה האחוזית מעודדת יזמות היות והיא מתגמלת על התוצאה ומעודדת הגשת תביעות פשוטות המצריכות מקוריות, חדשנות ואינטואיציה. השיטה יודעת לתגמל על כישורים וניסיון ולאן דווקא על מאמץ ובכך מעודדת גם הגשת תביעות שיש אינטרס חברתי בהגשתן, ולא פחות חשוב מכך – על ידי מי שראוי להגישן. יתרונה הגדול של השיטה האחוזית הוא שאין לה את החסרונות שיש לשיטות המתחרות עליהן נעמוד בהמשך.

חסרון מיוחד בשיטת האחוזים הוא שבהיעדר זיקה למידת המאמץ שהושקע, היא עשויה לעודד הגשת תובענות סרק החושפות את הנתבע לסיכון בסכום משמעותי למרות סיכויי הזכייה הנמוכים שלהן. בתביעות אלה תוחלת הרווח של התובע היא גבוהה למרות שסיכוי התביעה נמוכים, וזאת בהעדר "עונש" או פיקוח נאות של בית המשפט על הליך פשרה שבו הנתבע מוכן "לקנות שקט", או ליתר דיוק, לקנות את תוחלת ההפסד שאליה מצטרפים גם עלויות ההתדיינות והנזק התדמיתי, עקב תביעת עתק שסיכוייה המשפטיים נמוכים מאוד. הפתרון הוא אפוא בהשתתפות הוצאות על תביעות לא ראויות, כמו גם דחיה של הסדרי פשרה בלתי ראויים בתביעות חסרות סיכוי.

פרופ' קלמנט סבור כי אין לקבוע טווח אחוזים מקובל לגמול, באשר העניין צריך להתברר לנסיבותיו של כל מקרה¹⁹. ויכוחים נוקבים בעניין זה היו גם בוועדת המשנה שדנה בהצעת חוק התובענות הישראליות. בפרשת טבע הוגשה חוות דעת של דיקן הפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית, לפיה הגמול אינו צריך להיות פחות מ-10% בשום מקרה (שם הומלץ על שיעור כפול), מבלי שהוא יירד ככל שהסכום הנפסק גדל. לטענתו השיקול היחיד הוא השיקול הכלכלי ולא שיקולים "ציבוריים" ומקום שבו לא נשקל השיקול האמור נפגע מוסד התביעה הנגזרת ולא הוגשו תובענות ראויות²⁰. בכל הכבוד בעניין זה דעתי כדעת פרופ' פרוקצ'יה, מהטעם שסטנדרטיזציה של הגמול מקטינה את חוסר הוודאות של היזמים והופכת את המיזם לכלכלי ויעיל יותר.

Lodestar

בשל חסרונותיה של השיטה אחוזית, ואולי גם בשל גורמים שאינם כלכליים, הוליד המציאות גישה אחרת לפסיקת גמול. הדבר קרה בעקבות פרשת Lindy. באותו עניין נפסק ליזמים 20% מהסכום שנקבע לקבוצה וזאת מבלי לפרט את השיקולים שהביאו לכך. כשמדובר בסכומי עתק הדבר עלול להביא להתערבות ערכאת הערעור שבמקרה זה החליטה לקבוע את השכר לפי שעות העבודה. ביסוד השכר השעתי, או ליתר דיוק "השכר התשומתי", עומדת ההנחה שלפני כל דבר צריך עורך הדין

¹⁸ ראה מאמרו "קווים מנחים", ה"ש 9 לעיל, עמ' 170.

¹⁹ קלמנט, ה"ש 9 לעיל, עמ' 171, בהערת שוליים 152.

²⁰ טלגם, ה"ש 16 לעיל, עמ' 234.

לקבל בחזרה את השקעתו במונחי תשומות, כאשר השכר לעניין זה הינו נגזרת של שכרו האלטרנטיבי של עורך הדין. לאחר מכן יש לשלם פרמיה הנקבעת על-פי מידת הסיכון, כישוריו המיוחדים של עורך הדין, איכות הייצוג והתועלת לקבוצה המיוצגת. ההתאמה לגמול המלא נעשית בהכפלת העלות המלאה של היזמים במקדם הנקרא לעיתים "מקדם הסיכון"²¹. גישה זו נקראת lodestar והיא עד היום שיטה נפוצה מאוד.

לשיטת גמול התשומתי חסרונות רבים. היא גורמת לעבודה מיותרת וניפוח שעות; היא עשויה להביא להכנה בלתי מספקת של התיק מחשש להערכת חסר בקביעת היקף השעות או בשל הגבלת מספר השעות מראש; היא עשויה לגרום להצגת תעריף מוגזם, דיווח שעות פרה-משפטיות כשעות משפטיות, דיווח על שעות עבודה בתיקים חופפים או שעות סרק שלא הועילו לניהול התובענה; או דיווח על אותן שעות פעמיים (Double Billing)²².

בעיני החיסרון הגדול ביותר של שיטה זו הוא שהיא אינה יכולה לתגמל עבור כישורים מיוחדים ויוזמה מקורית. בעוד שמחקרים הראו שהמקדם נע בין 1.8 ל-²³ 4, הרי שייטכנו מצבי שוליים, דווקא בתובענות החשובות יותר מבחינה חברתית, שבהם ראוי להעמיד מקדם בשיעור גבוה עשרות מונים מזה שהפרקטיקה נוהגת. כך, למשל, אין לצפות כי עורך דין יגיש תביעה הדורשת 1,000 שעות עבודה בעלות 1,000 ש"ח לשעה (1 מיליון ש"ח תשומות עבודה), שבה הגמול לקבוצה יעמוד על כמיליארד ש"ח. תביעה כזו לא תוגש וניתן להוכיח זאת חלקית באמצעות משחק האולטימטום²⁴. לפי משחק זה, תזכה הקבוצה בתמורה רק אם תגיע להסכמה עם היזם באשר לחלק שיוותר בידו. המשחק אמנם חד-פעמי ואין לקבוצה אפשרות לבחור ביזם אחר, זאת בניגוד למצב במציאות, אולם המשחק מוכיח כי אנשים עשויים לוותר לעיתים על גמול אפשרי ולהעניש את הצד שכנגד כשהם סבורים שהחלוקה בלתי הוגנת. עורכי הדין, היזמים העיקריים, לא יקבלו על עצמם לייצג בהליך שתוצאתו אינה הוגנת. אכן ימצאו עורכי דין "רעבים ללחם" שיסכימו לקבל 1 מיליון ש"ח המהווים כפרומיל מהגמול לקבוצה, ברם אלה אינם עורכי הדין שהשיטה רוצה שהם יהיו מעורבים בהליך.

מודל המכרז

בספרות המשפטית ידועים שני מסלולים לביצוע מכרז בהקשר של גמול ליזמים בתובענה הייצוגית, שניהם לאחר הגשת ההליך הייצוגי: המודל הראשון עניינו במכרז לבחירת עורך הדין המציע את ההצעה הטובה ביותר לניהול ההליך; המודל השני מתייחס לרכישת עילת התביעה מהקבוצה.

המודל הראשון הידוע הוא בפרשת *In Re Oracle Securities Litigation*. מדובר במקרה בו הוגשו 18 תובענות ייצוגיות באותה עילה, בעקבות דוחות כספיים. בית המשפט נתבקש לאחד את הדיונים ולבחור את עורך הדין שיוביל את התביעה. בדיון המוקדם התבקשו עורכי הדין להכין תקציבים, כאשר לבית המשפט הוגשה רק הצעה אחת, משותפת על-ידי שני משרדים, בשיעור של 30% משיעור הזכייה. בית המשפט חשד, ובצדק, כי מדובר בהסדר כובל בין המציעים. עורכי הדין

²¹ ג. לוטן וא.רז "תובענות ייצוגיות", חיפה, תמר, תשנ"ו, עמ' 369 וכן טלגם, ה"ש 16 לעיל, עמ' 230.

²² לוטן, ה"ש 21 לעיל, שם בעמ' 379-383.

²³ טלגם, ה"ש 16, שם בעמ' 230.

²⁴ "שני צדדים אנונימיים משחקים פעם אחת בלבד (כך שאין אפשרות לתגמול). השחקן הראשון מציע דרך לחלוקת סכום כסף מסוים עם השחקן השני. בפני השחקן השני עומדות שתי ברירות: הסכמה וסירוב. אם יסכים, תבוצע הצעת השחקן הראשון. אם יסרב, שני השחקנים לא יקבלו דבר. חוקי המשחק ידועים לשחקנים, הם אינם מכירים זה את זה (ולפעמים גם לא רואים זה את זה), והם משחקים במשחק פעם אחת בלבד (כך שתגמול במשחקים עתידיים או אינטראקציה בעבר או בעתיד לא אמור להוות שיקול לאדם רציונלי)".

נתבקשו אפוא להגיש הצעה נוספת לפי שיטת האחוזים, המתייחסת גם לתרחישים שונים. ההצעה הזוכה שנבחרה היתה בשיטת האחוזים, היורדים ככל שהתמורה לקבוצה עולה (רגרסיבית), אולם עולים ככל שההליך נמשך, ועד לתקרת שכר טירחה²⁵. אין ספק לכותב שורות אלה, כי הצעה זו אינה מיטיבה עם הקבוצה, שכן לא רק שמדובר במודל רגרסיבי, אלא שלעורך הדין אין כל תמריץ להשיא את התועלת לקבוצה במצב שבו הגמול השולי לכל שקל המושג עבורה הינו אפס והרווח השולי שלו הינו שלילי²⁶. בעיה נוספת היא שבהיות התקרה ידועה לצד שכנגד, עשוי הוא לעשות בכך שימוש לרעה ולכפות עליהם פשרה שאינה האופטימאלית מבחינת הקבוצה.

המודל השני הוצע לראשונה במאמרם של Jonathan Macey & Geoffrey Miller. הללו הציעו כי לאחר הגשת התובענה הייצוגית יוציא בית המשפט את עילת התביעה – זכויות הקבוצה – למכרז. מדובר למעשה על קניית דין, דבר שלעיתים אסור על-פי חוק במדינות שונות. בשיטה זו, ההצעה הזוכה היא התמורה הגבוה ביותר לקבוצה, שתועבר לבית המשפט אשר יחלק את הכספים בין חברי הקבוצה. לפי הצעה זו, התובענה תנוהל על-ידי הזוכה שיקבל את מלוא סכום התביעה שיפסק, בין בפשרה ובין בדרך אחרת. הדעה המקובלת היא שהצעה זו פותרת את בעיית הנציג, אשר נושא במלוא העלויות והסיכונים ומקבל את מלוא התמורה. ההצעה מתמודדת גם עם תביעות סרק, משום שאף אחד לא יסכים לשלם סכום גבוה עבור תביעה מסוג זה. לטעמי חסרונותיה של שיטה זו עולים עשרות מונים על יתרונותיה, ואמנה את כולם, חרף שלא כולם נמצא תימוכין בספרות²⁷.

ראשית, השיטה פותחת במירוץ של היזמים אל הנתבע כדי להגיע איתו מראש להסכמה בלתי פורמאלית על גובה הפשרה, במטרה להתגבר על משתנה אחד הקשור בחוסר הוודאות בקביעת תוחלת הרווח של ההליך; שנית, השיטה מהווה את בעיית הנציג להווה ואף מחריפה אותה, שכן התחרות כשלעצמה אינה ערובה לכך שהיזמים לא יציעו תמורה שאינה משקפת את שוויה האמיתי של התביעה. "תחרות" בין מעט עורכי דין שהם מטבע הדברים שחקנים חוזרים עשויה להביא מהר מאוד להסדר כובל. אם הסדר זה נעשה בתאום מראש עם הסדר פשרה שמושג עם הנתבע, הרי ששיטת המכרז מחריפה באופן משמעותי את בעיית הנציג, אף על פי שמבחינה פורמאלית בעיה זו נעלמה כביכול; שלישית, המכרז יוצר בעיה של חוסר תמריץ למצוא את עילת התביעה, אולם בעיה זו ניתנת לפתרון חלקי על-ידי הכללת תנאי המחייב את המציעים לשלם גם למי שמצא את עילת התביעה, ככל שהיה כזה; רביעית, רכישת התביעה יוצרת סיכון מיוחד לרוכש העשוי להיקלע לפשיטת רגל במקרה שהתביעה תיכשל ומשום כך יציע הצעה המפחיתה פרמיית סיכון מיוחדת בשל כך, שספק אם היא משולמת בשיטות האחרות. בעיה זו פתירה רק במקרה בו סכומי התביעה נמוכים או המתמודדים מפזרים היטב את הסיכון בתביעות רבות; שישית, בשיטה זו יש איתות מדויק לבית המשפט ולנתבע על סיכויי התביעה, באופן שעשוי לשנות את התנהגותם, להגדיל את הסיכון ולהפחית במחיר, וחוזר חלילה. פרדוקס זה ניתן לפתור רק בשמירת חשאיות ההצעה עד תום ההליך.

ככל ששיטת המכרז פועלת במסגרת בחירת מודל הגמול ולא קניית הדין, חשוב שבמסגרת שיקוליו ינסה בית המשפט לעשות מאמץ להשוות בין שיטות גמול שונות המוצעות, ולפסול הצעות שיש בהן תקרת גמול אפקטיבית. עליו להימנע מבחירת ההצעה הזולה דווקא, מפני שמהלך כזה עשוי להביא להשקעה נמוכה מדי או לבחירת משרד ששעות העבודה האלטרנטיביות שלו הזולות ביותר²⁸.

²⁵ לוטן, ה"ש 21 לעיל, עמ' 389-390.

²⁶ בהתקיים תקרת שכר, הרווח השולי לכל שעה מעבר לתקרה הוא שלילי ועורך דין רציונאלי לא ינהל את ההליך מנקודה זו ואילך, בין שמדובר בפשרה ובין לפי מצב התיק כפי שיעריכו סובייקטיבית באותה נקודת זמן.

²⁷ ראה גם: COURT AWARDED ATTORNEY FEES: REPORT OF THE THIRD CIRCUIT TASK FORCE 108 F.R.D

²⁸ קלמנט לעיל, עמ' 178. דרישה נוספת שמציג פרופ' קלמנט היא לנימוק הבחירה, פרסום ההצעות לפני ההחלטה ושימוש במומחה שסייע בבחירת ההצעה הטובה ביותר לקבוצה.

מודלים משולבים

המודלים המשולבים הם השיטה הנפוצה ביותר. בדרך כלל יטה בית המשפט לפעול במודל השעתי והאחוזי ולהשוות את התוצאות. מחקרים מראים כי התוצאות אליהן מגיע בית המשפט יוצאות דומות²⁹, יתכן משום שהגמול נקבע בכל מקרה באמצעות אינטואיציה שיפוטית שלאחריה בוחר בית המשפט להציג את המדדים בכל אחת מהשיטות, בבחינת יריית החץ וסימון המטרה לאחר מכן.

בכל המודלים המשולבים ניתן משקל רב למודל התשומות והשיטה האחוזית. מכיוון שהמודלים המשולבים הם גמישים ובלתי מדידים, יצקו לתוכם שיקולים נוספים הקשורים בתועלת הציבורית, האופן בו נוהל ההליך, סוג העילה, מידת הסיכון, כישוריו המיוחדים של עורך הדין והיזם, הקושי באיתור העילה וחשיפת העובדות התומכות בה, הסכמת הנתבעים לשכר המבוקש, ואופיו של הקשר בין עורך הדין לתובע המייצג. המודל המשולב הוא גם זה שנקבע בחוק התובענות הישראלי והוא זה שהוצע במחקר המקיף שנעשה בהזמנת ה-Federal Judicial Center על-ידי Miller³⁰.

חסרון רב במודלים המשולבים הינו בכך שהם מגבירים את חוסר הוודאות, שממילא מקשה מאוד על עורכי הדין והיזמים. לא זו בלבד שהם אינם יודעים את תוצאות ההליך והגמול שיפסק להם בהתאם לכל מדד, אלא גם לא ידוע להם אילו מדדים יובאו בחשבון ומה יהיה משקלו של כל אחד מהם.

חוסר הוודאות במודל המשולב הוא הרסני להליך הייצוגי, מקשה מאוד על ביקורת שיפוטית ומשאיר את הזירה לזהות השופט – רפובליקני או דמוקרטי, אביר הגנת הצרכן או פרו-תאגידי הרואה בעורכי הדין חבורת גזלנים.

פסיקת גמול ב"תובענה נגד רשות"

בישראל קיים מנגנון מיוחד העוסק "בתביעות נגד רשות", היינו גוף הממלא תפקיד ציבורי על-פי דין³¹. "רשות" נהנית מהגנות שאין לנתבע אחר ובכלל זה ניתן לתבוע אותה בתביעת השבה רק לתקופה שלא תעלה על שנתיים, והיא פטורה מהשבה אם חדלה מהגביה הבלתי חוקית תוך 90 ימים.

מנגנון החדילה מעורר שאלות רבות בעניין פסיקת הגמול בתובענה נגד רשות שחדלה מהגביה הבלתי חוקית. השאלה הראשונה קשורה בצורך להוכיח קשר סיבתי בין הפסקת הגביה לתובענה. הנטל בעניין זה על הרשות, אולם היא מצליחה להרימו מספר פעמים; השאלה השנייה נוגעת במישרין לגמול, שכן התועלת לקבוצה מתמצית בהפסקת הגביה הבלתי חוקית, דבר המאיין את המדד האובייקטיבי היחיד לקביעת גמול – הסכום שנפסק לטובת הקבוצה. אמנם הפסקת הגביה מגלה לעיתים תועלת מיוחדת לקבוצת המשלמים העתידית, ותועלת זו ניתנת לכימות, אולם נשאלת השאלה ביחס לאיזה תקופה נכון לכמת את התועלת. הפרופ' חמדני וקלמנט סבורים כי תכליתה של התובענה נגד הרשות להפסיק הגביה הבלתי חוקית, מאחר והשבה לציבור מעוררת קשיים רבים, בעיקר החפיפה הגדולה בין כלל הציבור ובין הציבור שזכאי להשבה, שיכול להיות אף הוא כלל הציבור³². עוד סבורים המחברים, כי ספק אם לרשות יש "זיכרון" ולכן השבה אינה מרתיעה אותה. מסיבה זו סבורים הם, במשמע, כי המטרה הרלבנטית ביותר של תובענה ייצוגית נגד רשות היא אכיפת הדין וכי תובענה שמסתיימת בחדילה משיגה את התכלית העיקרית של חוק התובענות בכל הנוגע לרשות. קמה אפוא השאלה, כיצד יתוגמלו יזמי תובענה כזו, שהצליחה. למרות שהיינו מצפים

²⁹ טלגם לעיל, עמ' 230.

³⁰ A. Miller "Attorneys' Fees in Class Actions" (Federal Judicial Center 1980). יצוין כי העדיף דווקא את המודל השעתי, אבל זאת בשילוב שורה ארוכה של גורמים בלתי מדידים.

³¹ סעיף 9 לחוק התובענות.

³² חמדני וקלמנט לעיל, עמ' 469-472.

לגמול ביד נדיבה, מצאנו כי פעמים רבות בתי המשפט נותנים משקל מיוחד לעובדה שהתשומות שהשקיע עורך דין בתובענה שהסתיימה בחדילה היו מעטות ואינו נותן מענה ראוי להיבט היוזמה ואיתור העילה כמצדיקים פרמיה מיוחדת. זאת ועוד, לאחרונה פסק בית המשפט העליון כי יש לנהוג בזהירות בקביעת הגמול המשולם על-ידי הרשות, קביעה שללא ספק ראויה לביקורת נוקבת.³³

בסבך השאלות המתעוררות בסוגיה זו יש מקום לתת משקל למדד כמותי-אובייקטיבי. בהעדר כל אפשרות לתגמל על השבה בעין יש צורך לתגמל על "חיסכון עתידי", היינו להוון את זרם התשלומים שבוטלו בעקבות ההליך הייצוגי. רוב התשלומים הנגבים על-ידי הרשות הם עיתיים ומשימת ההיוון היא בדרך כלל פשוטה: הסכום העיתי ידוע, שיעור הריבית לצורך ההיוון ניתן לייבוא ממקדמי היוון מקובלים באותה רשות. נשאר רק סוגיית אורך התקופה. לעניין זה אפשר להתייחס לזרם תקבולים אינסופי או לתקופות של עד 5 שנים, אולם לא פחות משנתיים - שבהם היתה עשויה להיפסק השבה לו היתה הרשות ממשיכה בגבייה הבלתי חוקית. נראה כי פתרון מסוג זה מספק עוגן אובייקטיבי לקביעת הגמול, כאשר יש בהחלט מקום לתת משקל נכבד גם להיקפה ו"איכותה" של הפרת הדין מצד הרשות, בהקשר של מידת הפגיעה בשלטון החוק. זאת לא רק מתוך כוונה להרתיע את הרשות, אלא מתוך כוונה לתמרץ נתבעים להגיש תביעות שחשיבותן הציבורית (ולא בהכרח הכספית) גבוהה במיוחד בהקשר של אכיפת נורמות משפטיות חקוקות.

הגמול לבאי הכוח – על חשבון הקבוצה או הנתבע?

עניין נוסף בתחום פסיקת הגמול נוגע לזהות הנושא בנטל הגמול – האם יהא זה הנתבע או הקבוצה. לפני שניכנס לניתוח נזכיר את האפשרות שהיזמים יערכו הצלבה בגמול ובפיצוי לקבוצה ויצו את הגמול כאילו הוא על חשבון הנתבע, בעוד שלמעשה הוא על חשבון הקבוצה המיוצגת. בעיית נציג זו נפרדת מהסוגיה בה אנו עוסקים ויש לה פתרונות שונים, שחלקם נזכרים במסגרת מאמר זה.

בידוע הוא שסוגיה זו מתעוררת גם בתובענה רגילה ולא רק בהליך ייצוגי. מבחינה מוסרית דומה שאין חולק כי מי שצריך לשאת בנטל הוא המעוול, אולם מבחינה כלכלית יש לכך פנים לכאן ולכאן: הוספת הנטל על הנתבע מגדילה את תוחלת ההפסד שלו ומתמרצת אותו להתפשר, דבר שברגיל עשוי להיות חיובי מבחינת התועלת החברתית, הקבוצה ושיקולי יעילות ההליך. אין ספק כי יש בכך גם כדי להגביר את ההרתעה ולקיים במידה רבה את תכלית המוסד הייצוגי, שכן אם המעוול ישלם רק את הנזק לקבוצה ללא "קנס", ובהינתן שסיכויו להיתפס (ולהיתבע) נמוכים מ-100% ולתובענה מוצלחת נגדו אין משמעות תדמיתית, הרי שווה לו להפר את החוק מאחר ותוחלת הרווח שלו היא חיובית. מנגד, תשלום הגמול על חשבון הקבוצה מעורר בעיה אחרת, והיא שעם סיום ההליך כנגד הנתבע מתקיים הליך נוסף בין היזמים לקבוצה. את האחרונים מייצג בית המשפט ובישראל גם היועץ המשפטי לממשלה, אולם מדובר בייצוג שלוקה בנחיתות אינפורמטיבית מובנית וממילא איננו אופטימאלי לקבוצה.

דומה כי הנימוק היחיד שיכול להצדיק התשלום על-ידי הקבוצה הוא יעילות ההליך הספציפי, שכן בהטלת הגמול על הקבוצה יש לעיתים כדי לעודד את הפשרה. כמו כן הקבוצה לא היתה זוכה לתועלת אלמלא התובענה ומבחינה זו נכון שגם היא תישא בעלויות הכרוכות בתועלת שנצמחה לה.

³³ עניין אכדיה ה"ש 15 לעיל. ראה פסק דינה של השופטת פרוקצ'יה. ונשאל – מדוע לנהוג באופן שונה כלפי הרשות לעומת אדם פרטי בעניין קביעת הגמול? דווקא הרשות היא מפזרת נזק טובה יותר ואולי שם צריכה להיות תוצאה אחרת לרעתה. יצוין כי נראה שמדובר היה באוביטר מאחר וקודם לנימוק זה הובאו נימוקים כבדי משקל אחרים להפחתת הגמול באותו ענין.

קביעת מודל הגמול - מראש או בדיעבד?

סוגיה זו היא מהחשובות לעניין הגמול ליזמים. קביעת מודל הגמול ושיעורו מראש מקטינה את מספרם ואיכותם של המשתנים המצויים בחוסר ודאות. המכשול העיקרי של היזמים נעוץ בחוסר הוודאות הכולל והשאר נושא הגמול, שממילא כפוף לנטיית ליבו של בית המשפט בהיעדר מדדים אובייקטיביים, לסוף ההליך. מצב זה יוצר חוסר ודאות רבה שמקטינה את תוחלת הרווח של היזמים (כפי שהיא נצפית מראש) וכתוצאה מכך את האינטרס והיכולת שלהם לייצוג נאות של הקבוצה.

אין אפוא ספק שקביעת מודל הגמול ושיעורו מראש עשויה להקטין את חוסר הוודאות ולאפשר ליזמים לפעול לטובת הקבוצה, כל עוד שהמודל שנקבע מראש הוא מודל התגמול המתאים. ככל שמודל התגמול אינו מתאים, תושג תוצאה הפוכה, שכן הוודאות תעודר את היזמים לפעול למקסם את הרווח לפי מידת שנאת הסיכון שלהם ולא בהתאמה לתועלת הקבוצתית ושאר מטרות ההליך הייצוגי. יצוין כי נקודת הזמן המוקדמת ביותר שבא ניתן לקבוע את מודל הגמול ושיעורו מראש אינה חייבת להיות מועד ההגשה³⁴. קיימת אפשרות שעל עילת התביעה ירשם פטנט, זכות יוצרים, בדומה לזה (או יותר מזה) המוענק לתביעה עם רישומה בפנקס התובענות לאחר הגשתה. במצב דברים זה יעמוד בא כוח הקבוצה במצב דומה לניהול הליך רגיל אחר, שבו הוא שוקל את כדאיות המיזם לפני שהוא משקיע משאבים החורגים מבדיקה ראשונית של עילת התביעה. כמו כן לא תהיה פגיעה בתמריץ של יזמים פוטנציאליים למצוא עילות תביעה. מוצע כי עם רישומו של "הפטנט" על עילת התביעה תהא הזכות לגביה מוגנת, כאשר ניתן יהיה להפקיעה לניהול בידי יזמים מתאימים יותר, תמורת פיצוי הולם למי שטרם למצוא ולבסס את עילת התביעה. אין ספק כי ההסדר של רישום "פטנט" על עילת התביעה מקים קשיים רבים ויעורר מחלוקות רבות סביב הגדרת ה"פטנט", אולם בעיות אלה ניתנות לפתרון ויתכן שאם הסדר כזה היה מגיע לכדי מעשה, היה מוסד התובענה הייצוגית פועל באופן מוצלח יותר להשיג את מטרותיו.

יחד עם זאת לקביעת מודל לשיעור הגמול חיסרון גדול הנעוץ בדיעת הנתבע את מודל התמריץ של יזמי ההליך. פתרון לבעיה זו ניתן למצוא בחשאיות ההסדר שאושר, בדיוק כשם שחשאיות זו נשמרת במסגרת יחסי עורך דין-לקוח.

מתוך התמורה בפועל או מתוך פוטנציאל התמורה?

שמעון, התובע הייצוגי ובאי כוחו, הגיעו לפשרה עם חברת ראובן שתשיב לקבוצה 2 מיליון ז"ז במשך חמש שנים. חלק מההשבה יבוצע במזומן וחלקו האחר בהנחה על מוצרים שיינתנו רק לחברי הקבוצה בנוסף לכל מבצע נוסף (הנחת קופונים). האם לצורך חישוב הגמול יתחשב בית המשפט ב-2 מיליון ז"ז הללו, או שמא יתנה את הגמול בקבלת תמורה בפועל?

אף כי התשובה לשאלה זו מתבקשת, בפרקטיקה ניתנות לה תשובות אחרות. בפועל, מקבלים היזמים לא אחת גמול הנגזר מתמורה שטרם שולמה וספק אם תשולם. במקום לבצע הפחתת הגמול בשל תמורה שלא תיפדה, כמעין הפרשה לחוב מסופק, ובמקום להוון את התמורה העתידית לערך נוכחי, מתייחסים בתי המשפט לגמול שטרם שולם כאילו הוחזר במלואו במועד קביעת הגמול. יש בכך לכדי להחריף את בעיית הנציג, שכן היזמים והנתבע - בניגוד לבתי המשפט - מודעים לכך שאינם ממקסמים את התועלת לקבוצה, תמורת גמול הנקבע בשיעור יחסי מתמורה שלא תשולם לה לעולם.

³⁴ קלמנט לעיל, בעמ' 176-177, מציע לקבוע את השכר בשלב האישור. אני כאמור מציע לקבוע אותו בשלב התגבשות הרעיון ורישומו או במועד הגשת התובענה, ולא דווקא בשלב אישורה שבמבחינה פרקטית הפך להיות השלב המכריע בהליך, שלאחריו אין כמעט בנמצא פסק דין סופי שאינו תולדה של פשרה.

הגמול בפשרה לעומת גמול בהכרעה

האם לעובדה שההליך הסתיים בפשרה צריכה להיות השפעה על הגמול? נראה כי לעצם הפשרה לא אמורה להיות משמעות וההתחשבות בשיקולי התשומה שהשקיע היזם יבואו לביטוי במסגרת המודל המשולב או בשיטת ה- Lodestar המהווה מודל עצמאי, או כחלק ממודל משולב כלשהו. באותו אופן יש להתחשב בהשפעת הפשרה על ניהול יעיל של ההליך. אלא שהבעיה בגמול בפשרה נעוצה דווקא בבעיית הנציג, שכן הפשרה היא הפלטפורמה העיקרית, אולי אף היחידה, שבה באה בעיית הנציג לידי ביטוי במלוא עוצמתה. הפתרון שניתן לבעיה זו בישראל ובמדינות אחרות מצוי בפיקוח של בית המשפט על תנאי הפשרה, בסיוע היועץ המשפטי, בודק מומחה והזכות להגשת התנגדויות מצד גופים הנוגעים בדבר או מצד הציבור.

עניין הגמול בפשרה אינו מתמצה בתדלוק של בעיית הנציג. הוא עשוי לעודד הגשת תובענות סרק מנופחות לבתי משפט לא מנוסים או לא מספיק מקצועיים, באופן היוצר לנתבע תוחלת סיכון³⁵ המהווה תמריץ לפשרה חרף פגמים מהותיים בעילת התביעה. מצב זה אינו רצוי ועל בית המשפט לסכל בדיעבד פשרות שבהן נכנע הנתבע לתביעה סחטנית כזו או אחרת, שכדאי לו לסלקה במחיר המכונה "ערך מטרד" ואינו אלא תוחלת הסיכון. בסיכול כאמור יש איתות כלכלי ליזמים שכאלה, כי שיקוליו רציונאליים של הנתבע אינם מספקים ובכדי להיפגש עם הגמול יש צורך בעילת תביעה אמיתית ומבוססת היטב.

בישראל קבע חוק התובענות מנגנון של המלצה בידי הצדדים לסכום הפשרה. מנגנון זה מסכל לעיתים פשרות ראויות רק משום חוסר הסכמה על הגמול, במיוחד בתובענות נגד רשויות שבהן ישנה רגישות רבה לעניין הגמול, עד שהיא נדמית לעיתים משמעותית יותר מהסכום שנפסק לקבוצה. מוצע כי מנגנון ההמלצה יבוטל וקביעת הגמול תישאר להכרעת בית המשפט או צד שלישי אחר.

סיכום ומסקנות: ההסדר המוצע

מודל הגמול בתובענה הייצוגית הוא הבריא התיכון שלה. הגמול לתובע המייצג ראוי שייקבע בנפרד על ידי הגורם המחליט ולא יושאר למשא ומתן בין עורכי הדין לתובע המייצג. קביעת הגמול רצוי שלא תיעשה על-ידי המותב היושב בדין, אלא על-ידי מותב אחר או גורם מקצועי שיש לו זיקה חזקה לאינטרסים ציבוריים, כמו הרשות להגנת הצרכן. את מודל הגמול אם לא גם שיעורו יש לקבוע מראש, מוקדם ככל האפשר, כדי להקטין את חוסר הוודאות. מוצע ליצור מנגנון של יצירת זכות קניינית (פטנט) על עילת התביעה. זכות זו תהיה ניתנת למכירה או להפקעה במידה ולא תמומש בפרק זמן סביר או על-ידי הגורם המתאים. הקביעה מראש צריכה להיות חשאית ולא גלויה לנתבע.

במסגרת השיקולים לקביעת הגמול יש לתת משקל מכריע לתועלת שהושגה לקבוצה. כשמדובר בתביעה נגד רשות בה הקבוצה המיוצגת רחבה כמעט כמו כלל הציבור, אכיפת הדין ומניעת הפרתו הוא השיקול הציבורי המכריע ורק לאחר מכן התועלת הישירה לקבוצה. שיקול אחר כמו אופן ניהול ההליך הוא לגיטימי, אולם משקלו צריך להיות מועט ולהיות מדד גורע ולא מדד מוסיף. מידת הסיכון אף היא מדד חשוב ביותר וכך גם הקושי לבסס את עילת התביעה או לגלותה. הסיכון לעולם הוא זה שהיה ידוע מראש ולא זה שנתברר בדיעבד. בהקשר זה יש לשערך גם סיכון בפריפריה של ההליך ולנסות לשים את בית המשפט בנעלי היזמים. באספקלריה זו, פסיקת בית המשפט בפרשת לויט לפיה רשימת השיקולים איננה רשימה סגורה נראית נכונה ומוצדקת.

³⁵ מדובר בתוחלת סיכון הנובעת כולה מחוסר מקצועיות של בית המשפט.

שיטת הגמול השעתי (המודל התשומתי) בעייתית מאוד ואינה רצויה. את ההשקעה רצוי להבליע בתוך שיטת האחוזים, בדרך של מתן אחוזים גבוהים יותר מהסכום שנפסק לקבוצה. השיטה האחוזית עדיפה יותר מקום שבו ניתן לכמת את שווי ההטבה לקבוצה, אפילו ברוחק. המודל האחוזי צריך להיות פרוגרסיבי, כך שהאחוז הנפסק עולה ככל שגדל סכום ההשבה. אין לקבוע תקרת גמול שכן מדובר במצב המחריף מאוד את בעיית הנציג. שיטת המכרז על כל סוגיה אינה רצויה מאחר והיא מגלה בעיות וקשיים רבים. יש לקבוע אחוזים גבוהים יותר כאשר מייצגי הקבוצה מוכשרים או פועלים בתוך נישה של התמחות. הוא הדין כאשר עילת התביעה מצריכה מקוריות, חדשנות, יצירתיות ויוזמה מיוחדת. קביעת רף אחוזי עליון ותחתון עשויה לשפר את הוודאות והיא רצויה.

כדי למנוע הגשת תביעות סרק יש להשית הוצאות מתאימות על התובע ולא להקטין את הגמול בתובענות ראויות ומצליחות. יש לפקח ולדחות פשרות שבהן הנתבע הוא בחינת נסחט המשלם כסף לקניית סיכון נמוך מאוד. מנגנון ההמלצה בהסכמה על הגמול ליזמי ההליך מפריע לקיומו של ההליך התקין והינו מיותר.

על הגמול להיפסק מתוך התמורה בפועל ולאחר העברתה לקבוצה. משיקולי הרתעה רצוי שהגמול ישולם על-חשבון הנתבע ולא מתוך כספי הקבוצה החוזרים אליה, אולם בפשרה קשה מאוד לדעת על-חשבון מי באמת משולם הגמול.

בתובענה נגד רשות שחדלה מהמעשה שבגיננו הוגשה התביעה (גביה בלתי חוקית) ובשל כך הופטרה מהשבה, יש להתייחס לתועלת העתידית. יש להוון זרם תקבולים עתידי משוער של הגביה מהקבוצה לפרק זמן של שנתיים לפחות מיום החדילה.

כאשר שווי ההטבה לקבוצה אינו ניתן לכימות, אין מנוס מלתת משקל מיוחד לתועלת האחרת שהשיגה התובענה הייצוגית עבור הקבוצה או כלל הציבור.