

התובענה הייצוגית – שיקולים בקביעת שכר וגמול

מאת

השופט (בדימוס) משה טלגם ז"ל*

המחוקק הפקיד בידי בית המשפט העוסק בתובענה ייצוגית סמכויות נרחבות, וביניהן הזכות לקבוע את שכרו של עורך הדין המייצג, ואת הגמול שיקבל התובע-היזם על יוזמתו. לא נקבעו כללים כלשהם לפיהם תיעשה הקביעה – ולפיכך עולות טענות בדבר קביעות שרירותיות הנעשות מתוך שיקולים מוטעים, בין מחמירים ובין מקלים.

עד עתה הצטיין בית המשפט ביד קפוצה, הן בעניין האישור להגיש תובענה ייצוגית והן בנקיבת שכר לעורך הדין וגמול ליזם. המאמר משווה את רמות השכר והגמול בישראל ובארה"ב. רמתם של אלה בארה"ב גבוהה כידוע בהרבה מזו שבישראל – אך עיקר הבעיה מתבטא בגישה המסתייגת של בתי המשפט מהכבדה יתרה על הגופים הנתבעים, הן מחשש של סחיטה והן מתחושת סלידה מפני התעשרות מופרזת. המאמר מצביע על השכר והגמול כמנוע הכרחי וחיוני לעצם קיומה של האכיפה האזרחית.

א. הצגת הנושא

ב. שיטות קביעת שכר טרחה בארה"ב

ג. קביעת שכר טרחה וגמול ליזם – בישראל

א. הצגת הנושא¹

תובענה ההופכת לתובענה ייצוגית הכרח הוא שתתפח ותגדל, וכשיעור גודלה כך גדל השכר הנדרש עבור ניהולה, בייחוד אמורים הדברים במקרים שבהם הסיכוי להצלחתה קטן. אין האמור להלן עוסק בקביעת השכר והגמול (לתובע-היזם) בפסק דין לאחר ניהול משפט, אלא רק בכאלה שאושרו אגב אישור פשרה או הסדר. היצור המשפטי

* משה טלגם ז"ל שימש כשופט וסגן נשיא בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו. במהלך עבודת המערכת הלך לעולמו השופט משה טלגם ז"ל. הצלחנו לשוחח עמו רק פעמים בודדות לצורך עבודת המערכת (ואפילו בשיחות בודדות אלו התגלה כאדם אציל נפש), אך לפתע קיבלנו את הידיעה המרה. לאור זאת, עבודת העריכה לא הושלמה עד תום. 1 מקצת מן האמור כאן פורסם קודם לכן במאמר מקיף: מ' טלגם "תובענה ייצוגית-ישומים בפסיקה בישראל" המשפט ז (2002) 65 (להלן: טלגם).

"תובענה ייצוגית" לא בא לעולם אלא כדי להעביר משכם הרשויות לכתפיהם של האזרחים חלק מנטל אכיפת החוק (מאחר שהרשויות אינן יכולות להגיע ולחקור כל הפרה) – בהנחה שהאזרחים המעורים בצד העסקי של הדברים יבצעו בכך את מלאכתה של הרשות ביתר יסודיות. ראוי לעודד הליך זה, שלדעת תומכיו מביא לכדי יעילות, גורם לחיסכון בהליכים כפולים, ומונע פסיקות מנוגדות² אך בעיקר מעמיד את מפירי החוק בסיכון כבד – ובכך מונע ההליך פגיעה חמורה במשק בכלל(ותו) ובאזרחים בפרט. אין לצפות מכל אדם לפעול מטעמים אלטרואיסטיים, וכאשר מדובר בהצטברות של נזקים (=רווחים) עצומים מעוללות זעירות ברור שנדרש תמריץ כספי לכך שיעמוד ניוזק זעיר, בין שהוא בעל מניות ובין שהוא צרכן, ויאלץ ליטול על עצמו את ההשקעה ואת הטרחה;³ ככל שתגדל התביעה – כן יצדק המאמץ לטפל בה ושכר הטרחה של עורך הדין והגמול ליזם אמורים להיקבע בהתאם.

אך אם יניחו לכוחות השוק לקבוע את שכר הטרחה של עורך הדין, ואת שיעור התגמול שיגבה לעצמו היזם, זה שהכין את המרקחת – יוכלו אלו לטעון שאילמלא ערנותם ועמלם לא היו האחרים זוכים במאומה, ולכן מגיע להם חלק הארי "בשלל"; או אז עשויים הנפגעים הישירים, או הצרכנים, לזכות רק בחלק זעיר ממנו, אם בכלל, בעוד שכל החקיקה מרחיקת הלכת הזאת, שלא מעט הכבדה יש בה על הנתבעים, לא נוצרה אלא לטובת הנפגעים. טענה זו, שאין התובענה הייצוגית עושה פרי אלא ליזם ולעורך דינו (שלעתים קרובות חד הם), משמשת את המתנגדים לתובענה הייצוגית כדי לחלוק על עצם הלגיטימיות של ההליך לצורך טיפול בנזקים זעירים, אף אם רבים הם.⁴ מתברר שבישראל לא הגיעה עד עתה אף לא תובענה ייצוגית אחת לכלל פסק דין בסיומה של התדיינות. תובענות שהוגשו על דרך זו – או שנדחו בשלב בקשת האישיור להגשתן, או שהגיעו לכלל פשרה.

- 2 דברי הנשיא א' ברק ברע"א 4556/94 טצת נ'זילברשץ, פ"ד מט(5) 774, 785 – 786 (להלן: טצת). וכן ע"א 8430/99 אנליסט אי.א.מ.אס. ניהול קרנות בנאמנות (1986) בע"מ נ' ערד השקעות ופיתוח תעשייה בע"מ, פ"ד נו(2) 247 (להלן: אנליסט). ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו מיום 16.9.99 בת"א (ת"א) 1512/97, שניתן על-ידי השופטת לפלפ. ראו מאמרן של מ' אגמון וד' לחמן-מסר "תיאוריות האכיפה בהצעת חוק החברות החדש" משפטים 3 כו (1996) 543.
- 4 במאמר שהתפרסם ב-Financial Times קוראת משפטנית אמריקנית "להפסיק את המירוץ המשוגע של התובענות הייצוגיות" P. Waldmeir "Time to end this Class Action Craze", Financial Times (6.6.04), בטענה שהתופעה היא שעורכי דין נהנים, בעוד תובעים-מיוצגים מקבלים פירוורים או שניתנים להם "הסדרים רכים, לא ממוניים" – ואילו עורך הדין והיזם מקבלים שכרם מידי הנתבע במזומן. המאמר נכתב לרגל דיון בקונגרס האמריקני על Class Action Fairness Act, שאמור לקבוע ששכרם של עורכי הדין בתובענות ייצוגיות לא ייגזר מן הסכום שהוסכם עליו בפשרה או בהסדר, אלא מן הסכומים שיחולקו בפועל לתובעים, או משקלול השקעתו של עורכי הדין בניהול ההליך.

ההסדר החוקי בישראל הלך בעקבות הניסיון בארה"ב, והכניס בו שינויים שעליהם נעמוד להלן. אם נשווה את המצב בארץ עם הנעשה בארה"ב הרי גם שם הסתיימו בפשרה או בהסדר 96% מן התובענות שהוגשו.⁵ הדיון בקביעתם של השכר והתגמול לעת סיום בפשרה – חיוני איפוא.

אפילו בארה"ב שכלכלתה קפיטליסטית במובהק, עמדו על כך והתקינו שלא תהיה קביעה חופשית של שכר טרחה ושל תגמול; גם שם, כבישראל, לא יוכל פרקליט לדרוש, ולא לקבל, אלא את השכר שאישר לו בית המשפט. כאמור, מערכת התובענות הייצוגיות שפותחה בישראל שאבה את השראתה מהמערכת בארה"ב ועוד הוסיפה על סמכויות הבקרה של בית המשפט בכל צמתיה של התובענה: גם בישראל נדרש אישור של בית המשפט לעצם הגשת תביעה כתובענה ייצוגית, נדרש אישור לסיומה בפשרה, ונדרש אישור לגובה שכר הטרחה ולגובה התגמול ליוזם. ניתן איפוא ללמוד מגישת בתי המשפט בארה"ב לסוגיה זו של סיום התובענה הייצוגית.

העילה להקפדה בעניין זה היא ניגוד האינטרסים שמתעורר בשלב הסיום בין הנפגעים, שרובם אנונימיים, לבין עורך הדין המייצגם, ובינם לבין היזם, כשעורך הדין קשור ביזם. הן השכר והן הגמול נגזרים בפשרה מן הסכום הכולל של הפשרה, ושני אלו, הפרקליט והיזם, חותרים לקבל נתח גדול ככל האפשר, שהוא תמיד על חשבון הנפגעים; בין שהסכומים מופרשים מקופת הפיצויים הכוללת, ובין שהם משולמים על ידי הנתבע ישירות לעורך הדין וליוזם, כביכול מעבר לסכום הפשרה, ברור שבעשיית הפשרה מובאים בחשבון כל הסכומים שישא בהם הנתבע.

ב. שיטות קביעת שכר טרחה בארה"ב

שתי שיטות עיקריות נהוגות בארה"ב לחישוב שכרו של עורך הדין: שיטת "חישוב ההשקעה" (Lodestar), ושיטת האחוזים (Percentage). על פי שיטת "החישוב" קובעים תחילה את "השכר ההוגן" בעד שעת עבודה, ובודקים את מספר השעות שהוקדשו לתובענה. נוסחה פשטנית זו עוברת שורת התאמות ושינויים: לא הרי שכרו של פרקליט בכיר כשכרו של מתמחה ולא הרי שכרו של פרקליט בכיר המתמחה בסוגיה – כשכרו של סתם פרקליט בכיר. ועוד, האם הפרקליט ניהל את התובענה כ- Leading Counsel? וכיצד בודקים את שעות ההכנה והתכנון? והאם ייתכן להשוות עניין שמלכתחילה נראה אבוד – לתובענה שהתבססה על גילוי פירצה, שהכל מודים בה לבסוף? לכך נוסף הצורך להעריך את כלל הקושי המשפטי בתובענה. שופטים שנהגו לפי שיטת החישוב נאלצו לקבוע "מקדמים", היינו לשום ולשער "מכפילים"

5 מתוך 330 תובענות ייצוגיות שהוגשו בשנים 1988-1991. NERA – National Economic Research Association. בישראל מוגשות מידי שנה כ-100 תובענות ייצוגיות – פרופ' ס' דויטש מהמכללה בנתניה (בהרצאה בלשכת עורכי הדין, מאי 2004).

(multiplication factors) לגבי כל אחת מהתמיהות שהועלו, ולהגדיל או להקטין את השכר במכפלתם – ומחקרים הראו שמקדמים אלו נעו בין 1.8 ל-4.5. עוד רעה חולה שהתבררה בשיטה זו היא שגדל הפיתוי להארכת הדיונים ("משיכה") ולעסקאות לא כשרות בין הנתבע ליזם ולפרקליט: עבודת סרק שנרשמה אמנם כהלכה אבל לא הייתה הצדקה לעשייתה, אלא כדי להגדיל שכר ולהאדירו, וקנוניות בין היזם ועורך דינו לנתבעים – על חשבון התובעים שאינם נוכחים. למעשה, גרם השימוש בשיטת החישוב למשפט נוסף, מעבר לדיון בתובענה לגופה, בין היזם ועורך הדין מחד גיסא, לבין ציבור "המיוצגים" מאידך גיסא. במשפט נוסף זה עומדים לבדיקה נתונים שחלקם סובייקטיביים, כמו "מעמדו של עורך הדין", "מהו השכר הנהוג", או עד כמה היו עורכי דין אחרים "מסרבים לקבל תיק זה". בדיון זה עומדים התובעים ללא הגנה משפטית ראויה, כיוון שמי שנחזה כנציגם הוא בעצם היריב. בתי המשפט בארה"ב ראו לנכון למנות עורך דין אחר כ"אפוטרופוס" לאותם תובעים, או להעביר את הדיון למשפט נפרד או לגישור.

בניסיון להימנע מן הטרחה, נערכה בראשית הדיון בתיק **In Re Oracle Securities Litigation**⁶ בארה"ב התמחרות בין עורכי הדין שביקשו לייצג את התובענה הייצוגית בתפקיד ה-*Leading counsel*. במכרז זכה זה שהציע ששכרו ייקבע במדרג יורד – הפוך לגובה הפיצוי, כלומר, שהשכר יפחת ככל שהפיצוי יגדל; שההוצאות שייפסקו לו יוגבלו עד לתקרה מסוימת, ואף נתן התחייבות לדיווחים עיתיים.

שיטת האחוזים יעילה בתובענות, כגון תביעות נזיקין המוניות (Mass Torts), כפי שהוגשו בעניין נזקי האסבסט⁷ או עישון הטבק.⁸ אך גם שיטת האחוזים לא נמצאה נקייה מתהיות. הקושי העיקרי התגלה כשההישג במשפט לא היה כספי דווקא. בארה"ב נעשה שימוש רחב בתובענות ייצוגיות להשגת זכויות למיעוטים, או תנאים הוגנים למקופחים. העבודה עשויה להיות רבה – ואין אפשרות להשתמש בשיטת האחוזים להערכתה. כמו כן, גם במקרים שבהם היתה העבודה מועטה ביותר, או לחלופין כבדה ביותר, לא ניתן היה להיעזר בשיטה זו כלל.

מה שנהוג כיום בארה"ב הוא צירוף של שתי השיטות, וליתר דיוק – תערובת: בית המשפט פותח בהערכת השכר כאחוז מן ההישג הכספי, כשהוא נעזר בתקדימים של מקרים דומים, ואם התוצאה נראית לו חריגה הוא חוזר ומחשב למה היה מגיע השכר לפי השיטה החישובית ומאזן בין התוצאות – אלא שמחקרים הוכיחו שבכל אחת מהשיטות הנזכרות שנוקט בית המשפט התוצאה לרוב דומה. משום כך חוסכים לעצמם בתי המשפט את הטרחה (הרבה) הכרוכה בבדיקת החישובים, המבוססים לרוב על הערכות סובייקטיביות. התוצאה היא שיטת האחוזים רווחת ביותר.

6 852 F. Supp. 1437.

7 *In re Simon II Litig.* 212 F. Supp. (2002).

8 *Ortiz v. Fibreboard Co.*, 119 S. Ct.2295 (1999).

אולם שיעורו של האחוז האמור, הוא מיוחד לארה"ב ואינו יכול לשמש קנה מידה לקביעה בישראל. מן המפורסמות היא שבארה"ב השיעור המקובל לשכר הנגזר מן התוצאה (contingency) הוא שליש מן הזכייה, ויש שעולים על כך. מה שנחשב בארה"ב כגבול תחתון ל-Reasonable Contingent Fee הוא 20%,⁹ ובקביעות בתי המשפט בארה"ב נמצאו אישורים של שכר טרחת עורך דין בשיעור שעד 50% בפשרות שלא הצריכו ניהול משפט,¹⁰ ובשיעור שלמעלה מ-50% כשקדם לפשרה ניהול משפט. מנגד, מחקרים הוכיחו שהאחוז יורד עם גידולו של ההישג הכספי ובמקרה שבו הגיע סכום הפשרה למיליארד דולר אישר בית המשפט שכר טרחת עורך דין בשיעור 12.2%. יש הבדל רב בין הסכומים המאושרים בבתי המשפט השונים לדרגותיהם ולסמכותם (מדינתית או פדרלית), והממוצע של שכר שאושר (בשנים 1993-2002) למעשה אינו עולה על 21,9%.

ג. קביעת שכר טרחה וגמול לזים – בישראל

לעורכי הדין בישראל שיעורים אלה הם בחזקת חלום, אף שאפשר להניח שלא היו מתנגדים להם. בפסק דין עקרוני שניתן בשנת 2001¹¹ קבע בית המשפט שאין חובה לקבוע את שכר הטרחה כאחוז מן הסכום שבפשרה, ובלבד שייקבע סכום גלובלי שאינו מבוטל. הדיון בשיטת ה-Lodestar נדחה על ידי בתי המשפט¹² ובתי המשפט הפנו לשיטת האחוזים בצירוף הערכת המאמץ שהושקע. עניין זה מכביד לא מעט על התובעים, ואינו מאפשר להם הערכה ראשונית באשר לכדאיות הטיפול.¹³

- 9 **In re Warner Communications Sec Litigation**, 618 F. Supp. 735
וראו ספרם של מ' בן-ארי וד' אוזב סוגיות בתובענות ייצוגיות (תל אביב, הוצאת בורסי, התשס"ד) (להלן: סוגיות).
- 10 Brickman in: M. A. Volarich "Easing the Regulation of a Pan-European Securities Market: Applying the Recommendations of the Rudman Report to Easdaq"
Fordham L.R. (1996) 65, 267;
- T. Eisenberg & G. Miller מחקר עדכני, רחב היקף ומרובה אסמכתאות במחקר של
מאוניברסיטת NYU, המרכז למשפט (2002-1993). המחקר עומד להתפרסם ב-**Journal of Empirical Statistics** ורק טיוטה ממנו פורסמה באינטרנט, ראו ב:
[URL: <http://www.stern.nyu.edu/clb/wp.pdf>] (17/3/03).
- 11 עניין אנליסט, לעיל הערה 2.
- 12 ת"א (ת"א) 1208, 1569/93 ראובן ג' כבלים – החברה לכבלים ולחוטשי חשמל בישראל בע"מ (לא פורסם) (להלן: כבלים). תצהירים על השקעות לא נבדקו כלל.
- 13 קריאה לקביעת שיעורים מקובלים – ראו: ג' לוטן ו-א' רוז תובענות ייצוגיות (חיפה, תמר, התשנ"ו) 395 (להלן: לוטן).

בישראל, בהעדר חוק תובענות ייצוגיות כולל, נעשה ניסיון לשימוש בתקנה 29 לתקנות סדר הדין האזרחי ונפסקו הלכות, שלפיהן תובעים שיש להם "אינטרס משותף" יכולים לתבוע יחדיו פסק דין הצהרתי (כשם שניתן פסק דין כולל בדבר החבות ב-Mass Torts) – והרי לכם סוגיה שאי אפשר להעריך את השכר על העבודה בגינה באחוז מסכום כלשהו. (ראוי לציין שבימים אלו עוסקת מחלקת החקיקה שבלשכת היועץ המשפטי לממשלה בניסוחו של חוק כולל כזה שיאפשר תובענות ייצוגיות כמעט בכל עילה חוקית, לאחר שבית המשפט העליון דחה כמעט כליל, ברוב דעות, את האפשרות להשתמש בתקנה 29 אם לא נחקק חוק מיוחד המאפשר הגשת תובענה ייצוגית).¹⁴

בישראל התעורר הצורך בדיון מיוחד לעניין קביעת השכר והגמול, ומלכתחילה הובעה התנגדות להזמנת כל התובעים-המיוצגים לדיון, מחשש שמא יפעילו סחטנות וכישליו את הפשרה.¹⁵ בית המשפט דחה את ההתנגדות; עד לאחרונה היתה הסוגיה נתונה לשיקולו הבלעדי של השופט, אם סבר שההודעה ברבים על פשרה מתקמת עלולה לעורר סחטנות והכשלת הפשרה – היה השופט רשאי להימנע מהזמנת מתנגדים פוטנציאליים לדיון; אולם לאחרונה נחקק חוק החברות החדש¹⁶ ונקבע בו במפורש שיש לפתוח דיון כזה לכלל התובעים המיוצגים. תקנה זו חלה אמנם רק על תובענות על פי חוק החברות בלבד, היינו תובענות הנוגעות לניירות ערך, אך המגמה המשתקפת מתוכה ברורה ומאשרת נוהג שהשתרש.

מרבית פסקי הדין לאישור פשרות הם פסקים של בית המשפט המחוזי, מהם שאושרו בעליון ומהם שבוטלו עם ביטול הרשות שניתנה לייצג. מלכתחילה נהגו בתי המשפט לפי התעריף המינימלי של לשכת עורכי הדין והתברר שהאחוזים והסכומים היו מזעריים. בעניין ת"א (ת"א) 1651/91 אקרמן נ' מיטלמן¹⁷ אישר השופט לויט בתל אביב, לפי שיטת התעריף המינימלי, שכר טרחה בפשרה בגובה 70% משכר טרחה שהוערך ב-15%. לעומת זאת, בעניין ת"א (ת"א) 489/93 מגן וקשת בע"מ נ' עלית תעשיות בע"מ,¹⁸ פסק בית המשפט בפשרה שיעור של 1.4%, מחצית משיעור של כ-3% המתחייב על פי אותו תעריף. בדומה לכך נפסק שיעור של 3% מפשרה בסך 10 מיליון ₪ בעניין כבלים,¹⁹ ואילו בעניין לקוחות נ' בנק לאומי²⁰ פסקה השופטת פלפל שכר טרחה בשיעור 5%.

- 14 רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרוייקטים וכוה אדם בע"מ, פ"ד נז(3) 220.
- 15 ת"א (ת"א) 417/94 דיצר נ' טיבון ויל (לא פורסם).
- 16 חוק החברות התשנ"ט-1999, ס"ח 1711 סעיפים 210, 213-216.
- 17 פ"מ תשנ"ג (3) 410.
- 18 (לא פורסם). וראו להלן: הערה 23.
- 19 לעיל, הערה 12.
- 20 טרם פורסם.

הדיון המקיף בסוגיה זו התקיים בתיק אנליסט שנזכר לעיל.²¹ השופטת פלפל אישרה בפשרה 9% משווי הפשרה כשכר טרחת עורכי הדין ואילו ליזם, התובע הייצוגי, אישרה 8%, אך לא משווי הפשרה אלא מחלקו היחסי בסכום הכולל. בית המשפט הדגיש שבתיק לא קוים אף דיון לגופו. תובעים דרשו לכל היותר שיעור של 20%, כמקובל בתיקי נזיקין שבהם השכר משולם מן הזכייה, אבל דרישותיהם נדחו גם בערעור בעליון וההכרעה נשלחה – פעם לגישור,²² ופעם הוחזר הדין לבית המשפט המחוזי.²³ לקבלת ראיות, וטרם הוכרע. כאמור, טרם נפסק הדין בתובענה ייצוגית שהתקבלה – והסכומים והשיעורים המצוטטים להלן הם של שכר טרחה, הוצאות וגמול שנפסקו באישורים לפשרות שהושגו או לאישור הבקשה להגשת התובענה כייצוגית (או דחייתה). בעניין אישור תובענה כייצוגית לא זכו תובעים לשכר טרחה ולהוצאות בבית המשפט העליון, פשוט משום שכל הערעורים על אישור הגשת תובענה כייצוגית נתקבלו בעליון (פרט לאחת שהסתיימה בפשרה,²⁴ ולאחת שבה נתקבל ערעור על החלטת ביניים²⁵ וקביעת השכר נדחתה לסיום המשפט) ואילו ערעורים על דחיית הבקשה וסירוב להרשות תובענה ייצוגית מלכתחילה – נתקבלו (פרט לאחד).²⁶ הוצאות הוטלו על הנתבע פעם אחת בלבד,²⁷ ואילו על תובעים הוטלו שכר טרחה והוצאות בשיעורים שבין 10,000 ל-80,000 ₪.²⁸

- 21 לעיל, הערה 2.
- 22 בעניין ע"א 1338/97 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת הקלאית בע"מ נ' ראבי תופיק, פ"ד נז(4) 673.
- 23 ע"א 8905/02 ארגוב ואח' נ' קו אופ צפון אגודה שיתופית לשירותים בע"מ ואח', פ"ד נז(4) 673 (להלן: עניין קואופ). בעניין שכרו של עו"ד הרצל לויט נטען כי בתי המשפט אישרו בפשרות סכומים שבין 9 – 15 אחוזים, וכי בית המשפט העליון אישר שיעור של 4% כשמדובר בסכומים גבוהים.
- 24 רע"א 1697/98 מדינת ישראל נ' גייר (לא פורסם).
- 25 ע"א 4556/94 טצת נ' זילברשץ, פ"ד מט(5) 774, 784 – בבירור הזכות לגילוי ההיסטוריה ההשקעית של התובע. שכר הטרחה שנפסק היה 25,000 ₪ לפי תוצאות הדיון (להלן: טצת).
- 26 ע"א 2967/95 מגן וקשת נ' טמפו, פ"ד נא(2) 312, (להלן: עניין מגן וקשת) שהוחזרה למחוזי להשלמה.
- 27 בעניין טצת, לעיל, הערה 25.
- 28 בע"א 1977/97 ברזני נ' בזק החברה הישראלית, פ"ד נה(4) 584 – 20,000 ₪. ובת"א (י-ם) 3489/01; השופט נ' ישעיה בת"א (ת"א) 1981/02 גרינפלד נ' לסר, דינים מחוזי, לג(10) 503. בעניין זה נדחתה בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד 13 מנהלים (בחברת יסקל) והתובע חויב בשכ"ט והוצאות בסך 80,000 ₪. לעומת זאת, רק במקרה אחד אושר שכ"ט בסך 75,000 ₪ לתובעים, בפשרה שייתרה את הצורך לדון בתובענה הייצוגית. ראו השופט ג' קלינג בבש"א (ת"א) 27789/00 אלדר נ' עירית תל אביב (טרם פורסם).

זו סטטיסטיקה מתמיהה. ההתבטאות המילולית בפסקי הדין כביכול מכחישה מגמה זו מכל וכל. בעניין טצת פסק בית המשפט העליון שהתמריצים הכספיים הם סיבה מרכזית להגשת תובענות ייצוגיות, והא ראייה שהמחוקק הסמיך את הרשות לניירות ערך להשתתף בהוצאות הגשת התובענה הייצוגית. בתיק זה נ' טבע²⁹ הגיש הדיקן דאז של הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים, פרופ' א' פרוקצ'ה, חוות דעת לבית המשפט ובה גרס, שהתגמול לתובע והשכר לעורך דינו צריכים לשמש מכשיר לתיקון חברתי ועל כן הם צריכים להיות בסכום משמעותי ולעולם לא פחות מ-10% (ואילו הוא המליץ על שכר בגובה 20% באותו תיק) ואחוז זה אינו צריך לדעתו לרדת עם גידול סכום הפסק. לדבריו, התמריץ צריך להיות מבוסס על שיקול כלכלי גרידא ולא על שיקולים "ציבוריים". הוא הצביע על כך שמקום שבחרו בתי המשפט להתעלם מן השיקול הכלכלי, בסוגיית השכר על ניהול תביעה נגזרת, הוכשל מסיבה זו רעיון התביעה הנגזרת, שאותו אמרו לשרת. בסופו של דיון נפסקו באותו תיק לתובע המייצג גמול בשיעור 10% מהסכום שבפשרה (בניכוי שכר הטרחה וההוצאות) ולעורך הדין נפסק שכר טרחה בשיעור 10% נוספים.

בהרצאה שנשא לא מכבר ד"ר א' קלמנט³⁰ הוא הדגיש את חשיבות הנושא של שכר טרחה וגמול והציע, לעניין מנגנון לקביעתם – התחשבות בשיקולי תפוקה – היינו קביעת ההטבה שזכו לה התובעים בהשוואה לסכום התביעה;

התחשבות בשיקולי תשומה – היינו עד כמה הושקע בתובענה, מה היתה איכות הייצוג ומה היה הסיכון לפתוח בה; ושקילת השיקולים החברתיים – היינו מניעת תובענות סרק ועידוד תובענות המיטיבות עם הציבור.

אנן סהדי, שאלה הם בדיוק אותם השיקולים שמובאים בפני בתי המשפט הקובעים את השכר והגמול בארה"ב, אלא ששם קטנה יותר הרתיעה בפני הפגיעה בנתבעים (שהדעת נותנת שלא לחינם הם מתפשרים, ושחייבת לחול הנחה שמה שנתבע מידיהם הוא פרי גזילתם מן הציבור), והשוק בארה"ב מורגל יותר מבישראל לתגמול ולעודד יוזמה אזרחית, לא מוסדית.

29 ת"א 19/92 זה חברה לייעוץ כלכלי בע"מ נ' חברת טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ, פ"מ תשנ"ו (2) 183. הסכומים נפסקו בביהמ"ש המחוזי ת"א (ת"א) 117/92 זה חברה לייעוץ כלכלי בע"מ ואח נ' טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ, פ"מ תשנ"ד (1) 188.

30 בכנס לשכת עורכי הדין במאי 2004.

מדיניות בתי המשפט בישראל, שאישרו סכומים צנועים, נמשכת והולכת;³¹ מידוי פעם חורגים ממנה כלפי מטה, ולעיתים נדירות – משהו למעלה מזה.³²

הגמול לזים-התובע הייצוגי

ידו של בית המשפט בסוגיית הגמול לזים קפוצה אף יותר מבעניין השיעור של שכר עורכי הדין. אמירות נדיבות על חשיבות תפקידו של הזים בהנעת גלגליה של "האכיפה האזרחית" ניתנו בשפע,³³ אולם, אם לזכור את עמדתו של פרופ' ס' גולדשטיין³⁴ שהצביע על כך שיזמים אינם פועלים ממניעים אלטרואיסטיים וכי חייבים ליצור להם תמריץ שיפעילם, בייחוד כשהזנק לכל פרט הוא פעוט והפגיעה הכלכלית היא עצומה – נראה שהדברים נשארו בגדר מילים בעלמא.

מהו שהכריע את הכף? אפשר לקבל שלא צרות עין בשכרו של הזים היתה הגורם העיקרי, שכן בתי המשפט מורגלים בפסיקה נדיבה. נראה שגם לא החשש מה ייוותר בעבור התובעים האחרים – לאלה דאג המחוקק בצורת מתן רשות לבית המשפט לזיום קרנות כלליות³⁵ שתבאנה להם תועלת במקרים שבהם אין זה מעשי לחלק לכל אחד את הפיצוי הפעוט. מה שנראה לי כשיקול שהכריע לטובת מגמה זו הוא האחריות הממלכתית הגבוהה של בתי המשפט, ומכאן החשש היסודי לפגיעה מוגזמת ודטרמנטלית בנתבעים; יש מי שמכנה חששות אלה חששות מדומים ולא מציאותיים,³⁶ אך פעולתם ניכרת במציאות. הנה כי כן, אף על פי שבשלב אישור השכר והגמול,

- 31 ב-12.2.2004 פסק השופט נ' ישעיה שכ"ט בסכום של 600,000 ₪ בפשרה שהוערכה בשווי של 50 מיליון ₪ – היינו 1.2%. בשנת 1995 בתיק חברת הכבלים נקבע שכ"ט בשיעור 3% מפשרה בסך של 10 מיליון ₪, ובחודש פברואר 2004 קבעה השופטת ה' גרסטל בעניין נצבא ה"פ (ת"א) 485/03 עטר מאיר ו-33 אחרים נ' נצבא – חברה להתנחלות בע"מ, דינים מחוזי, לג(10) 892, שכ"ט בסכום קבוע בשיעור של 0.25% (!) משיעור ההטבה המצטברת לתובעים (בנימוק שגובה ההטבה לא הוכח לבית המשפט; דיון מיוחד בשכה"ט וגמול – לא קיים) (הארץ מ-15.2.04).
- 32 בתביעה נגד טבע (בשנת 2000) נפסק שכ"ט בגובה 15% (!), וכמוהו בעניין לה נסיונל, ת"א (ת"א) 365/95 הושנג משיאן נ' זאוס השקעות בע"מ (לא פורסם); בעניין רייכרט: ת"א (ת"א) 1134/95 שמש ואח' נ' רייכרט ואח', פורסם באינטרנט: [\[URL: ftp://www.isa.gov.il/ahefa/a445_50314839.pdf\]](http://www.isa.gov.il/ahefa/a445_50314839.pdf) (27/11/02) (לא פורסם). נקבע שכ"ט בשיעור 13%.
- 33 ותמציתם בדברי השופט ט' שטרסברג-כהן בעניין טצת, לעיל, הערה 25, שאת החוק הנוגע לתובענות ייצוגיות יש לפרש באופן דווקני, לא מצמצם ולא ליברלי – מבלי לאפשר את ניצולו לרעה; ודבריה בעניין מגן וקשת, לעיל, הערה 26, שאין להחמיר בדרישות מתובעים-מייצגים עקב החשיבות הציבורית של תפקידם החברתי.
- 34 ס' גולדשטיין "חביעת ייצוג קבוצתית – מה ועל שום מה?" משפטים ט (התשל"ט) 416.
- 35 חוק החברות התשנ"ט-1999, סעיף 216(ב).
- 36 פרופ' דויטש – ראו לעיל הערה 5.

כשהסכומים הכוללים מוסכמים ונותרה רק בעיית חלוקתם בין היזם ועורך הדין מחד גיסא – וציבור התובעים – המיוצגים מאידך גיסא – אין מדובר בפגיעה ממשית בנתבעים דווקא, נמשכת המגמה הכוללת של בתי המשפט למנוע זעזועים כלכליים, בהנמקה שעצם הדיון בתובענה עשוי להזיק לנתבע למעלה מכל שיעור, בטרם הוכחה צידקת התביעה נגדו.

אנן סהדי, שהגמול שנפסק ליזם היה בשיעור 3%, 5%, 8%, ו-10% בתובענות שהובאו לעיל, אלא שהגדיל לעשות בית המשפט המחוזי בתל אביב (השופטת פלפל) שאת שמונת האחוזים אשר אישר – אישר באחוז מן הסכום המגיע לו, ולא מכלל הסכום שבפשרה.³⁷ להוותם של יזמים באשר הם – אישר בית המשפט העליון³⁸ את גזירת הגמול לפי חלקו של היזם ב"שלל"; בכך מתחזק החשש ששום יזם שמעייניו כלכליים לא ירצה ליטול על עצמו את הנטל לטפל בתובענה, שבה הנזק האישי קטן, אף אם התובענה המצטברת ענקית. במצב זה, המעוניין האמיתי בתובענה, בניהולה ובהוכחתה אינו אלא עורך הדין-המייצג ואכן התופעה שעורך הדין מארגן את היזם, ומנהל את התביעה על חשבוננו, מצויה ומתרחבת, ובית המשפט הכיר בלגיטימיות שלה. אין ספק, שגמול המחושב לפי המגמות שנסקרו, רחוק מלעודד יזם לקחת על עצמו סיכונים וטורח של התמודדות עם גופים עסקיים מבוססים.

37 עניין אנליסט, לעיל הערה 2.

38 עניין אנליסט, לעיל הערה 2.