

## בית המשפט המחוזי מרכז

5 אפריל 2012

ת"צ 4263-03-11

לפני כבוד השופט, פרופ' עופר גרוסקופף

המבקשת: אשל היאור בע"מ  
באמצעות מר יוסף הדרי

בא הכוח המייצג: עו"ד אסף שילה

נגד

המשיבה: חברת פרטנר תקשורת בע"מ  
באמצעות ב"כ עו"ד מוטי ארד ועו"ד נתי לב

### החלטה

מהי מערכת היחסים המשפטית השוררת בין מי שהגיש לבית המשפט בקשה לאישור תובענה ייצוגית (להלן: "המבקש/התובע המייצג") לבין עורך הדין המגיש את הבקשה (להלן: "בא הכוח המייצג")? האם עומד למבקש/התובע המייצג הכוח להחליף את בא הכוח המייצג בכל עת? האם לבא הכוח המייצג מעמד עצמאי, המונע את פיטוריו על ידי המבקש/התובע המייצג? מהו, אם בכלל, שיקול הדעת המסור לבית המשפט בדונו בבקשה של המבקש/התובע המייצג להחליף את בא הכוח המייצג? שאלות אלו, הנושאות חשיבות רבה להגדרת מערך הכוחות שבין המבקש/התובע המייצג לבין בא הכוח המייצג, טרם נידונו, למיטב בדיקתי, בפסיקה הישראלית. החלטה זו מהווה אפוא התמודדות ראשונית עם סוגיות אלו, בגדר שייט במים לא נודעים.

### רקע

1. הבקשה להכרה בתובענה כייצוגית בה עסקינן הוגשה ביום 2.3.2011 בשם אשל היאור בע"מ (להלן: "החברה המבקשת"), על ידי עורך הדין אסף שילה (להלן: "עו"ד שילה"). עניינה של הבקשה הוא הטענה כי המשיבה, חברת פרטנר תקשורת בע"מ (להלן: "פרטנר") העלתה את התשלום הקבוע עבור השירות שניתן ללקוחותיה

העסקיים, וביניהם החברה המבקשת, מעבר להעלאה המותרת על פי ההסכמים שנערכו ביניהם.

2. היוזמה להגשת הבקשה להכרה בתובענה כייצוגית הייתה של מנהל החברה המבקשת, מר יוסף הדרי (להלן: "מר הדרי"). מר הדרי גילה, כפי שהוא מצהיר בתצהיר שצורף כתמיכה לבקשה, כי למרות שבחוזי ההתקשרות שבין החברה המבקשת לפרטנר בקשר לשלושה קווים שבבעלותה נאמר כי פרטנר רשאית להעלות את התשלום החודשי בעד 5 ₪ לשנה, בפועל הועלה התשלום בין ה- 19.12.2009 ל- 19.11.2009 בסכומים העולים משמעותית על 5 שקלים, באופן שהחברה המבקשת חויבה בתשלומי יתר של 193 ₪.

בעקבות גילוי זה פנה מר הדרי לעו"ד שילה, שהינו עורך דין המתמחה בייצוג תובעים בתובענות ייצוגיות, והציע לו לייצגו במסגרת התובענה. עו"ד שילה הסכים, ובעקבות זאת נכרת בין השניים ביום 24.1.2011 "הסכם התקשרות לטיפול בתביעה ייצוגית כנגד פרטנר" (להלן: "הסכם ההתקשרות").

במסגרת הסכם ההתקשרות נקבע כי הטיפול של עו"ד שילה יכלול ייצוג של מר הדרי בכל הקשור לתביעה. שכר טרחתו יקבע על ידי בית המשפט, ולא ישולם בכל מקרה על ידי מר הדרי (למעט הוצאות בתיק). עוד הוסכם כי עבודתו של עו"ד שילה תעשה בשיתוף פעולה עם מר הדרי, אולם "ההחלטות בתיק (כמו לעניין אופן ניהול התיק, הבקשות שיוגשו בו או ההחלטות בנושא הסתלקות או פשרה) יתקבלו בסופו של דבר על ידי [קרי, על ידי עו"ד שילה], כאשר מובהר, כי השיקול המרכזי בייצוג הוא טובת הקבוצה, והאינטרסים האישיים שלך ושלי [קרי, של מר הדרי ושל עו"ד שילה] באים לאחר מכן".

3. ביום 28.8.2011 הגישה פרטנר הודעה לבית המשפט בה היא מודה כי אכן נפלה טעות במנגנון עדכון התעריפים של החברה המבקשת, ושל לקוחות נוספים. בהודעתה הסבירה פרטנר כי בעקבות החלפת המערכת הטכנולוגית המשמשת לצירוף לקוחות חדשים נוצר שוני בין

נוסח סעיף עדכון התעריף של התשלום החודשי הקבוע בחוזים שהונפקו על ידי המערכת החדשה לבין הנוסח של הסעיף המקביל בחוזים שהונפקו על ידי המערכת הישנה. בחוזים שהפיקה המערכת החדשה עד למועד גילוי התקלה (27.5.2011), עליהם הוחתמה החברה המבקשת, כמו גם 53,000 מנויים עסקיים אחרים, נאמר כי התשלום החודשי יעלה בעד 5 ₪ לשנה, ולא מעבר לכך. לעומת זאת, בחוזים שהונפקו על ידי המערכת הישנה, ואשר על פיהם בוצע העדכון הלכה למעשה, נקבע הסדר עדכון מחירים שונה. פרטנר מסרה כי היא פועלת לתיקון התקלה, הן ביחס לעבר (דהיינו, השבת הכספים שנגבו ביתר, שהוערכו על ידה בכ- 2 מליון ₪, בצירוף הפרשי הצמדה וריבית) והן ביחס לעתיד (קרי, שעדכון המחירים בעתיד יתבצע בהתאם למגבלות הקבועות בהסכם ההתקשרות של הלקוח).

4. בעקבות הודעת פרטנר התקיים ביום 13.9.2011 דיון במסגרתו סוכם כי הצדדים ינסו לגבש הסדר פשרה אשר "יהיה מבוסס על הכרת פרטנר בכך שהתרחשה תקלה במערכת הממוחשבת ולקוחות חויבו בסכומים העולים על אלה בהם הם חייבים על פי ההסכמים איתם. הלקוחות שיאותרו יקבלו השבה של כספם, כאשר מי שאינם לקוחות פרטנר יקבלו החזר רק מעבר לסף מסוים (סכומים שלא יהיה מעשי להחזיר ללקוחות יועברו על ידי פרטנר כתרומה)". עוד נקבע כי הצדדים "יגבשו בהסכמה מנגנון שיוודא כי התקלה אכן מתייחסת רק לקבוצה שאותרה על ידי פרטנר, וכן ידאגו לוודא כי התקלה אכן תוקנה במובן זה שחייבים על פי ההסדר החדש נעשים רק ביחס ללקוחות שנתנו הסכמה מודעת לשינוי ההסדר". קדם משפט נוסף נקבע ליום 1.11.2011.

5. ביום 18.10.2011 מסרו ב"כ הצדדים הודעת עדכון לבית המשפט בה נאמר כי ב"כ הצדדים קיימו ביניהם הידברות, והגיעו להסכמה בדבר מינוי מומחה מחשבים ומערכות מוסכם, אשר יבדוק את הסיבות לתקלה, מספר הלקוחות שנפגעו ממנה, את סכום ההחזר שיש לבצע ואת תיקון התקלה על ידי המשיבה. כן הודיעו הצדדים כי ימסרו הודעות על זהות הבודק ועל מסקנותיו. לאור הסכמות אלו ביקשו הצדדים לבטל את קדם המשפט, ולקבוע את התיק לתזכורת

במחצית השנייה של חודש דצמבר. בעקבות הודעה זו התקבלה החלטה על דחיית הדיון.

6. ביום 23.10.2011 התקבלה בבית המשפט הודעה החתומה על ידי מר הדרי בשמה של החברה המבקשת (להלן: "הודעת החברה המבקשת מיום 23.10.2012"). בהודעה זו מודיע מר הדרי לבית המשפט על הפסקת ייצוג החברה המבקשת על ידי עו"ד שילה (הודעה על הפסקת הייצוג נמסרה לעו"ד שילה יומיים לפני כן). עוד נמסר בהודעה כי מאחר שההסכמות הכלולות בהודעת ב"כ הצדדים מיום 18.10.211 נעשו ללא ידיעת החברה המבקשת וללא סמכות הן בטלות. בהודעה גם התבקש צו המורה לפרטנר למסור לחברה המבקשת נתונים שיאפשרו לה לבחון את הסכום שפרטנר גבתה ביתר מלקוחותיה, ולהורות על קיום הדיון שנקבע ליום 1.11.2011 במועדו.

ביום 24.10.2011 מסר עו"ד שילה הודעה בה הוא מבקש הוראות מבית המשפט, לפיהן הוא רשאי להמשיך בייצוג הקבוצה, על אף הודעתה של החברה המבקשת.

לאור הודעות אלו הוריתי על קיום הדיון ב- 1.11.2011.

7. בדיון שהתקיים ביום 1.11.2011 התברר כי מערכת היחסים בין מר הדרי לבין עו"ד שילה התדרדרה באופן שאינו מאפשר לאחות את הקרע שנוצר ביניהם. להתרשמותי מדובר בקרע שנוצר על רקע חילוקי דעות בדבר אופן ניהול התובענה הייצוגית, וגלש לחוסר אמון הדדי, המקשה על שיתוף הפעולה בין השניים.

8. משהתברר כי לא ניתן לגשר על הפערים בין עו"ד שילה לבין מר הדרי, ומאחר שהסוגיה האם רשאי המבקש להודיע על החלפת עורך הדין המייצג בבקשה להכרה בתובענה ייצוגית היא סוגיה עקרונית וחדשנית, שביסודה השאלה מיהו "בעל הבית" בבקשה להכרה בתובענה כייצוגית, הוריתי על קביעת מועד לשמיעת טיעוני הצדדים, ואפשרתי לצדדים להגיש טיעונים בכתב לקראת דיון זה.

9. להשלמת התמונה יצוין כי במסגרת ההחלטה המלצתי למר הדרי כי לקראת דיון זה יהיה מיוצג על ידי עורך דין. כן הוריתי להעביר עותק מההחלטה ליועץ המשפטי לממשלה "על מנת שיבחן האם ברצונו להתייצב לדיון ולהביע עמדתו בשאלות העקרוניות שמעוררת הבקשה להחלפת בא כוח מייצג".

מר הדרי בחר שלא להיענות להמלצתי, אלא טען בעצמו הן בכתב והן בעל פה.

ב"כ היועץ המשפטי לממשלה מסר ביום 1.12.2011 כי "לאחר שבחן את העניין ושקל את מכלול השיקולים החליט שלא להתייצב בהליך".

10. ביום 8.12.2011 שמעתי את טיעוני הצדדים בעל פה. מעבר להאשמות שהטיחו עו"ד שילה ומר הדרי זה בזה, אשר יובאו בהמשך רק ככל שיהיו רלוואנטיים לצורך ההכרעה, הציגו השניים שתי עמדות מנוגדות לעניין הסוגיה המשפטית שלפני.

לגישת מר הדרי "כלל יסוד הוא שלקוח ששוכר עורך דין יכול גם לפטרו מייצוג". כלל יסוד זה חל גם במסגרת תובענה ייצוגית, ולפיכך אין לעורך דינו כל זכות להתנגד לפיטוריו מהייצוג. זאת ועוד, מר הדרי טען כי במקרה בו עסקינן הפיטורים לא היו בשל גחמה סתם, אלא נבעו ממחלוקת עניינית בינו לבין עו"ד שילה, ומהעובדה שעו"ד שילה הסתיר ממנו מידע ופעל בניגוד להוראותיו. במצב דברים זה בוודאי ובוודאי שעומדת לו כשולח הזכות לפטר את השלוח. מר הדרי גם הדגיש כי במקרה זה היוזמה להגשת התובענה הייצוגית הייתה שלו: הוא זה שגילה את העוולה, איתר את עו"ד שילה באמצעות האינטרנט ושכר את שירותיו.

לגישת עו"ד שילה דיני התובענות הייצוגיות הם דיני מיוחדים ( *sui generis* ), במסגרתם אין זה ראוי להפעיל את הכלל הרגיל החל ביחסי עורך דין – לקוח, לפיו הלקוח יכול לפטר את עורך הדין בכל עת. עורך הדין המגיש בקשה להכרה בתובענה כייצוגית מייצג, בראש

ובראשונה, את האינטרסים של הקבוצה, ולה הוא חייב חובות אמונים. לפיכך חייב עורך הדין להפעיל שיקול דעת מקצועי, ולהימנע מציות עיוור להוראות המבקש. ממילא אף אין לאפשר למבקש להחליפו לפי רצונו. לשיטתו של עו"ד שילה, מתקיימת בין המבקש לבין עורך דינו מערכת יחסים הקרובה במהותה לזו שבין שותפות מאשר לייצוג רגיל, וזאת בשים לב לכך ששניהם מביאים לתביעה את חלקם: המבקש/התובע המייצג את עילתו ועורך הדין את מומחיותו, ושניהם מקבלים את גמולם מפירות התובענה (וזאת בשונה ממצב הדברים הרגיל, בו הלקוח זוכה בפירות התובענה, ועורך הדין זכאי לקבל מהלקוח את השכר שהוסכם ביניהם). לאור זאת סבור עו"ד שילה כי בית המשפט הוא שצריך להחליט אם עורך הדין יורשה להמשיך בתפקידו, וזאת תוך בחינת סבירות פעולותיו.

להשלמת התמונה יצוין כי גם פרטנר הציגה בפני בית המשפט את עמדתה ביחס לבקשה. בנייר העמדה מטעמה תמכה פרטנר בעמדת עו"ד שילה לפיה "על בית המשפט לבחון את טענות מבקש הייצוג אל מול טענות ב"כ המייצג, ולהחליט בכל מקרה ומקרה מהי טובת הקבוצה, מבלי לתת עדיפות א-פריורי לאחד משני אלו".

11. בתום הדיון שהתקיים ב- 8.12.2011 הוריתי כי "בשלב הביניים ועד שתינתן החלטת בית המשפט יוסיף עו"ד אסף שילה לשמש כב"כ המייצג, ויהיה רשאי לתת הסכמה למינויו של מומחה אשר יבדוק את הצהרות הנתבעת בכפוף לכך שלא יהיה בהסכמות אלה כדי לכבול את ידי התובעת ביחס לעמדה העתידית שתבקש להביע ביחס לכל הסדר פשרה שיוצע בתיק".

12. להשלמת התמונה אציין כי ביום 26.12.2011 הודיעו ב"כ פרטנר ועו"ד שילה לבית המשפט כי הסכימו על מינויו של ד"ר דניאל קרת כמומחה מוסכם מטעם הצדדים. לפי הודעת עדכון מיום 19.3.2012 המומחה החל בעבודתו, והם צפויים למסור הודעת עדכון נוספת לבית המשפט ביום 20.5.2012.

13. לאחר שבחנתי את טענות הצדדים, ועיינתי בסוגיה, להלן הכרעתי בבקשה להעביר את עו"ד שילה מתפקידו כבא הכוח המייצג בהליכים שלפני.

## דיון והכרעה

### השאלה העקרונית – מערכת היחסים המשפטית שבין המבקש לבא הכוח המייצג בשלב הדיון בבקשה לאישור התובענה כייצוגית

14. מעמדו של בא כוח בתובענה אזרחית הוא כשל שלוח של הלקוח, וככזה הוא יונק את סמכותו לנהל את ההליכים מכוח ההרשאה שקיבל מהלקוח. לאור זאת, ובשים לב לזכויות היסוד של הלקוח, נוהג בהליכים אזרחיים הכלל לפיו הלקוח רשאי להפסיק את ייצוגו על ידי עורך הדין בכל עת, ומכל סיבה. כלל זה זוכה לעיגון מפורש בתקנה 473(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד – 1984, שזו לשונה:

**"בעל דין שמייצגו עורך דין רשאי להחליף את עורך דינו בכל תובענה או ענין, או לסלקו, ובלבד שנמסרה הודעה על כך לבית המשפט הדן בהם והומצא העתק ממנה לכל שאר בעלי הדין; כל עוד לא נעשה כן, ייחשב עורך הדין הקודם כעורך דינו של בעל הדין עד לסיומה הסופי של התובענה בערכאה שבה היא נדונה ובכל הערכאות שפורשו ביפוי הכוח שניתן לו".**

כלל מקביל חל גם בדין האמריקאי. וזו לשונו הברורה של ה-Restatement rd of the Law Governing Lawyers, § 32, : comment 2

**"A client may always discharge a lawyer, regardless of cause and regardless of any agreement between them. A client is not forced to entrust matters to an unwanted lawyer."**

15. ודוק, הגם שבמקרה הרגיל עומדת ללקוח הזכות לפטר את עורך דינו מכוח תניה מכללא הנקראת לתוך חוזה ההתקשרות ביניהם (ראו ע"א 136/92 **בייניש-עדיאל, עורכי דין נ' דניה סיבוס חברה לבנין בע"מ**, פ"ד מז(5) 114 (1993)), יתכנו מצבים בהם פיטורי עורך הדין במהלך הטיפול תהווה הפרה של חוזה ההתקשרות, או שתהווה פעולה בחוסר תום לב (ראו ע"א 8854/06 **קורפו נ' סורוצקין** (ניתן ב-20.3.08). במצבים אלו יתכן ותעמוד לעורך הדין עילה לקבלת פיצויי קיום בגין הפרת חוזה ההתקשרות. ואולם, גם במצבים חריגים אלו, אין לעורך דין זכות לאכיפת חוזה ההתקשרות בינו לבין הלקוח, ואין הוא יכול לכפות על הלקוח, הר כגיגית, את המשך הייצוג על ידו.

16. לאור כללים אלו ברור וגלוי כי החלטתה של החברה המבקשת לפטר את עורך דינה מסיימת את כוחו של עורך הדין לייצגה מכוח חוזה ההתקשרות ביניהם. בתובענה אזרחית רגילה משמעות הדברים היא כי לעורך הדין אין עוד מעמד במסגרת ההליך, וממילא אין הוא יכול להמשיך ולפעול עוד במסגרת ההליך.

17. ואולם, ההליך בו עסקינן אינו תובענה רגילה, ועורך הדין שהפסקת ייצוגו מתבקשת אינו בא כוח רגיל. עסקינן בבקשה להכרה בתובענה כייצוגית המתנהלת בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות, ועורך הדין לו נמסרה ההודעה על הפסקת ייצוג הוא בא הכוח המייצג במסגרת הליך זה. נבהיר עניין זה.

18. חוק תובענות ייצוגיות יוצר מנגנון דיוני במסגרתו רשאים מעטים לממש זכויות של רבים. מעטים ציינתי, ולא יחיד, שכן החוק מחייב חבירה של שני גורמים לפחות על מנת שתוגש תובענה ייצוגית: הגורם הראשון הוא אדם שיש לו עילת תביעה אישית, והגורם השני הוא עורך דין המייצג את בעל העילה האישית. הגורם הראשון מכונה על ידי החוק "המבקש", כל עוד לא אושרה התובענה כייצוגית, ו"תובע מייצג", מרגע שאושרה התובענה כייצוגית. הגורם השני מכונה על ידי החוק "בא כוח מייצג", וזאת הן בשלב הבקשה לאישור והן בשלב התובענה הייצוגית (ראו הגדרות סעיף 2 לחוק תובענות ייצוגיות).



19. מרגע שהוגשה הבקשה להכרה בתובענה כייצוגית זוכה, אם כן, עורך הדין המייצג את המבקש, למעמד של "בא כוח מייצג". מכוח מעמד זה מוטלת על עורך דין זה, מאותה נקודת זמן ואילך, החובה לפעול בנאמנות עבור כלל הקבוצה, ולשרת את טובתה. ראו לעניין זה הוראתו המפורשת של סעיף 17 לחוק תובענות ייצוגיות הקבוע כדלהלן:

**"במילוי תפקידיו, יפעל בא כוח מייצג בנאמנות ובמסירות לטובת הקבוצה שבשמה הוגשה הבקשה לאישור או הקבוצה שבשמה מנוהלת התובענה הייצוגית, לפי הענין, כאילו היתה שולחנתו, בשינויים המחויבים מכך שההליך הוא הליך ייצוגי."**

20. השאלה בה עסקינן היא האם הודעת המבקש/התובע המייצג על הפסקת ייצוגו על ידי עורך הדין שמשמש כבא הכוח המייצג מביאה לביטול מינויו מכוח חוק תובענות ייצוגיות. לתוצאה זו ניתן להגיע אם נאמר כי הגדרת עורך הדין כ"בא כוח מייצג" דורשת שהתנאי לפיו הוא מייצג את המבקש יתקיים לאורך כל ההליך. ואולם דרישה זו, גם אם ניתן למצוא לה עיגון לשוני בהגדרת המונח "בא כוח מייצג" בסעיף 2 לחוק תובענות ייצוגיות, נראית בלתי ראויה הן מסיבה דוקטרינרית והן משתי סיבות מהותיות:

הסיבה הדוקטרינרית היא זו: במסגרת אישור התובענה כייצוגית נדרש בית המשפט לבחון את התאמת בא הכוח המייצג לתפקידו (ראו סעיפים 8(א)(3) ו-8(ג)(1) לחוק תובענות ייצוגיות) ולאשר את זהותו (ראו סעיף 14(א)(2) לחוק). פשיטא, כי לאחר אישור זה אין לאפשר לתובע המייצג להביא לביטול מינויו של בא הכוח המייצג באמצעות החלטה חד צדדית על פיטוריו. ואולם, לעניין הגדרת "בא כוח מייצג" לא קיימת הבחנה בין השלב הקודם לאישור הבקשה לשלב שלאחריה. מכאן שמבחינה לשונית פרשנות המתנה את המשך תפקודו של בא הכוח המייצג בקיום יחסי עו"ד לקוח בינו לבין המבקש/התובע המייצג מובילה לפרשנות אבסורדית.

הסיבה המהותית הראשונה, והמרכזית, היא זו: בא הכוח המייצג משמש מרגע פתיחת ההליך כנאמן ושלוח של הקבוצה, ולא רק כשלוח של המבקש/התובע המייצג. מכוח חובתו זו הוא עלול למצוא עצמו במצב של ניגוד אינטרסים בין טובת המבקש/התובע המייצג לטובת הקבוצה. כך, למשל, אם עולה לדיון הצעת פשרה או הסתלקות רצויה למבקש/לתובע הייצוגי, אך גרועה מבחינת הקבוצה. במצב דברים זה, הקניית כוח למבקש/לתובע המייצג להחליף את בא הכוח המייצג בכל עת, באמצעות ביטול ההרשאה לייצגו, עלולה לפגוע באינטרסים של הקבוצה, ולהביא לכך שבא הכוח המייצג יתמוך, בעל כורחו, בהצעת פשרה או הסתלקות שאינן ראויות. ולהלן דוגמא נוספת: נניח כי לפי שיקול דעתו של בא הכוח המייצג רצוי להוסיף מבקשים נוספים על מנת לחזק את התובענה. המבקש, לעומת זאת, חושש כי צירוף שכזה עלול לפגוע בגמול שישולם לו בסוף ההליך, ולפיכך מתנגד לצירוף. במצב דברים זה עלול מתן סמכות הפיטורין למבקש הקיים לאפשר לו להפעיל לחץ על בא הכוח המייצג, באופן העלול למנוע את צירוף המבקשים הנוספים (צירוף הרצוי, לפי ההנחה, לטובת הקבוצה).

הסיבה המהותית השנייה, היא זו: אם תאמר כי למבקש/התובע המייצג הכוח לסיים באופן חד צדדי את תפקידו של בא הכוח המייצג ייווצר קושי ניכר הנוגע לשכרו של בא הכוח המייצג. בהתדיינות רגילה, מתדיין המחליף את עורך דינו נושא בעלויות שני עורכי הדין (הן זה שהוחלף והן עורך הדין המחליף), ולפיכך הוא מפנים באופן מלא את העלויות והתועלות של ההחלפה. לעומת זאת, בתובענה ייצוגית נקבע שכר טרחת בא הכוח המייצג על ידי בית המשפט (ראו סעיף 23 לחוק תובענות ייצוגיות), ואין הוא משולם מכיסו של המבקש/התובע המייצג. מכאן שגם אם נניח שלבית המשפט סמכות לפסוק שכר טרחה לטובת בא כוח מייצג שהוחלף (ואני נוטה לסבור כך), הרי אם יש למבקש/לתובע המייצג כוח להחליף את בא הכוח המייצג לפי רצונו, נוצר מצב של פער בין בעל הסמכות לגורם הנושא בעלויות ההחלפה. פער זה, אינו רצוי, והוא עלול להביא לתוצאות המזיקות לאינטרס של הקבוצה.

21. אימוץ הפרשנות לפיה עורך הדין המייצג את המבקש בעת הגשת הבקשה הופך להיות ל"בא הכוח המייצג", ואין בהפסקת חוזה ההתקשרות בינו לבין המבקש/התובע המייצג כדי לפגוע במעמד זה, יוצרת מבנה בו מוגנת אי התלות של בא הכוח המייצג במבקש/התובע המייצג. אי תלות זו הינה רצויה, כמובהר, מאחר והיא מאפשרת לבא הכוח המייצג לפעול לפי טובת הקבוצה. אי תלות זו גם עולה מהוראות אחרות של חוק תובענות ייצוגיות, המלמדות כי המחוקק ביקש לראות במבקש/בתובע המייצג ובבא הכוח המייצג, שני נושאי תפקידים עצמאיים, שסמכותו של האחד אינה תלויה בהמשך קיומו של האחר. כך, למשל, סעיף 16 לחוק, הדין בהסתלקות מבקשה לאישור או מתובענה ייצוגית, מתייחס לאפשרות ההסתלקות של "מבקש, תובע או בא כוח מייצג", ללמדך שהמבקש/התובע המייצג יכול להסתלק מהתובענה מבלי שהדבר יביא בהכרח לסיום תפקידו של בא הכוח המייצג.

22. ואכן גם בדין האמריקאי ההלכה היא שאין התובע המייצג רשאי לפטר את בא הכוח המייצג:

**"Appointment as class counsel means that the primary obligation of counsel is to the class rather than to any individual members of it. The class representatives do not have an unfettered right to "fire" class counsel. In the same vein, the class representatives cannot command class counsel to accept or reject a settlement proposal. To the contrary, class counsel must determine whether seeking the court's approval of a settlement would be in the best interests of the class as a whole".**

Notes of Advisory Committee on 2003 amendments,  
Note to Subdivision (g), USCS Federal Rules Civil Procedure Rule 23

ויובהר, בשונה מחוק תובענות ייצוגיות, בדין האמריקאי מינוי class counsel נקבע על ידי בית המשפט על פי מגוון שיקולים, ואין הכרח כי הוא יהיה הוא עורך הדין של מי שהגישו את הבקשה לשמש כ-class representatives (ראו Federal Rules Civil Procedure, Rule 23(g)).

עוד יצוין כי החוק בעניין תובענות ייצוגיות בניירות ערך ( Private Securities Litigation Reform Act of 1995) קובע הסדר שונה, המאפשר לתובע הייצוגי המוביל לבחור את בא הכוח המייצג (ראו 15 U.S.C 2B, Sec. 78U-4 (a)(3)(B)(v) **"The most adequate plaintiff shall, subject to the approval of the court, select and retain counsel to represent the class"** ואולם, הסדר זה הוא בעל מאפיינים ייחודיים, המקנים למועמד בעל האינטרס הכלכלי הגבוה ביותר בתוצאות התביעה את הזכות לשמש כתובע הייצוגי המוביל, וכנגזר מכך את הזכות לקבוע מי יהיה בא הכוח המייצג. מאפיינים אלו יוצרים שוני רלוואנטי מהסוגיה בה עסקינן.

23. התפיסה לפיה המבקש/התובע המייצג אינו יכול להחליף כרצונו את בא הכוח המייצג משקפת מודל יחסים ייחודי לתובענות ייצוגיות, השונה ממודל היחסים המתקיים במקרה הרגיל בין מתדיין לעורך הדין המייצג אותו. מודל היחסים הרגיל בין מתדיין לעורך דינו הוא מודל יחסים אנכי, במסגרתו המתדיין הוא אדון ההליך, ועורך הדין הוא עושה דברו. לעומת זאת מודל היחסים המתקיים בתובענה הייצוגית בין המבקש/התובע המייצג לבין בא הכוח המייצג הוא מודל יחסים אופקי, במסגרתו יש להליך שני אדונים, שכל אחד מהם חיוני להצלחת התובענה: המבקש/התובע המייצג, מאחר שעילת התביעה האישית שלו היא בגדר נקודת משען ארכימדית לפי סעיף 4 לחוק תובענות ייצוגיות; בא הכוח המייצג, מאחר שהוא בעל המקצוע

האמון לפי סעיף 17 לחוק על ייצוג האינטרסים של כלל חברי הקבוצה (וזאת כבר מרגע הגשת הבקשה להכרה בתובענה כייצוגית).

מודל היחסים האופקי נלמד מהוראותיו של חוק תובענות ייצוגיות. ראשית, כפי שראינו, החוק מגדיר בנפרד את שני נושאי התפקידים (מבקש/תובע מייצג ובא כוח מייצג), ומחייב אישור פרטני של כל אחד מהם על ידי בית המשפט (לרבות הכרה באפשרות של אישור בא כוח מייצג למרות פסילת המבקש); שנית, וגם על כך עמדתי לעיל, סעיף 17 לחוק מטיל על בא הכוח המייצג חובת נאמנות כלפי הקבוצה כבר ממועד הגשת הבקשה להכרה בתובענה כייצוגית; שלישית, בשונה מהכלל הרגיל, לפיו בית המשפט פוסק שכר טרחה והוצאות רק לטובת המתדיין, ולא לטובת עורך הדין (ראו, בתובענה ייצוגית יש לבית המשפט סמכות לפסוק תשלום נפרד לכל אחד מנושאי התפקידים: שכר טרחה לטובת בא הכוח המייצג (ראו סעיף 23 לחוק תובענות ייצוגיות), וגמול לטובת המבקש/התובע המייצג (ראו סעיף 22 לחוק).

מודל היחסים האופקי המאפיין תובענות ייצוגיות מוצדק מבחינה עיונית בשל הצורך להפחית את ניגוד העניינים המובנה שבין האינטרסים של המבקש/התובע המייצג לבין האינטרסים של כלל הקבוצה. ההנחה היא שמודל יחסים אופקי מאפשר פיקוח טוב יותר (גם אם לא אופטימאלי) של בא הכוח המייצג על המבקש/התובע המייצג, מאשר מודל יחסים אנכי. בדרך זו מצטמצמת במידת מה בעיית הנציג הטבועה בהליך התובענה הייצוגית, הגם שברור כי אין היא באה על פתרונה (החשש המרכזי הוא לשיתוף פעולה בין בא הכוח המייצג לבין המבקש/התובע המייצג, אשר יביא אותם לפעול לטובת האינטרסים הפרטיים שלהם, ובניגוד לאינטרסים של כלל הקבוצה. לדיון בבעיית הנציג ראו אלון קלמנט, "פשרה והסתלקות בתובענות ייצוגיות" **משפטים** מא (תשע"א) 777, 781 – 784).

הצדקה נוספת להעדפת מודל היחסים האופקי במסגרת הליך התובענה הייצוגית היא ההכרה בכך, שבשונה מתובענה רגילה, היזם העומד מאחורי ההליך אינו בהכרח המבקש/התובע המייצג, אלא,

לעיתים מזומנות, בא הכוח המייצג. זאת ועוד, בשונה מתובענה רגילה, בה התובע הוא שמממן הן את הוצאות ההליך והן את עלות הייצוג, בתובענה ייצוגית ישנה חלוקה של העלויות בין המבקש/התובע המייצג לבין בא הכוח המבקש. המבקש/התובע המייצג נושא לרוב בחלק מעלויות התביעה ובסיכון שיגזרו הוצאות משפט, ואולם עורך הדין נושא בעלויות הכרוכות בזמן ובמשאבים שהוא משקיע בהליך. שיקולים אלו תומכים בהחלת מודל היחסים האופקי הן מטעמי צדק (היות שבא הכוח המייצג אחראי לייזום ההליך ונושא בסיכונים מוצדק שלא להכפיפו לאדנותו של המבקש/התובע המייצג) והן משיקולים תועלתניים (הכפפת בא הכוח המייצג למבקש/לתובע המייצג פוגעת בתמריצים של עורכי דין ראויים לייזום ולנהל תובענות ייצוגיות המשרתות את טובת הציבור).

24. התובנה העקרונית העולה מהדיון היא שמערכת היחסים בין המבקש/התובע המייצג לבין בא הכוח המייצג היא ייחודית, ומבטאת מודל יחסים אופקי (ולא אנכי), במסגרתו לכל אחד משני נושאי התפקידים ניתן מעמד עצמאי.

25. המסקנה האופרטיבית לעניין הבקשה שלפני היא כדלהלן: הודעת המבקש/התובע המייצג על הפסקת ייצוגו על ידי בא הכוח המייצג מפסיקה אומנם את יחסי ההרשאה הקיימים ביניהם מכוח הסכם ההתקשרות, אולם אין בכך כדי להביא לביטול של מעמדו של בא הכוח המייצג במסגרת התובענה הייצוגית, וממילא רשאי הוא להמשיך לפעול כשלוח של הקבוצה מכוח ההרשאה שניתנה לו מכוח סעיף 17 לחוק תובענות ייצוגיות.

26. מסקנה זו מעוררת שתי שאלות המשך: ראשית, מהן הפעולות שיכול מבקש/תובע מייצג לנקוט כלפי בא כוח מייצג אשר לשיטתו פועל שלא לטובת האינטרסים של הקבוצה; שנית, כיצד ימשך ניהולה של תובענה כאשר קיים נתק בין בא הכוח המייצג לבין המבקש/התובע המייצג. להלן אבקש להתייחס לכל אחת משאלות המשך חשובות אלו.

## **הפעולות שיכול מבקש/תובע מייצג לנקוט כלפי בא כוח מייצג המועל בתפקידו**

27. סעיף 8(ג)(1) לחוק תובענות ייצוגיות מקנה לבית המשפט במסגרת אישור תובענה ייצוגית את הסמכות להורות על "צירוף תובע מייצג או בא כוח מייצג או החלפתם", אם מצא כי זו הדרך הראויה להבטיח את התקיימות התנאים המנויים בסעיפים 8(א)(3) ו – (4) לאישור תובענה כייצוגית, דהיינו אם הוא סבור שצירוף או החלפה כאמור דרושים כדי שיתקיים "יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת" או "יסוד סביר להניח כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב".

28. ודוק, לכאורה סמכות זו קיימת רק בעת מתן החלטת אישור, ואולם ראוי לפרש את החוק על דרך ההרחבה, ולקבוע כי אם סבור בית המשפט, כבר בשלב הדיון בבקשה, כי אין מנוס מצירוף או החלפה של מבקש או של בא כוח מייצג, רשאי הוא להורות כן עוד בטרם יקבל החלטה בבקשת האישור. הטעם לכך הוא שמדובר בסכמות טבועה, הנדרשת לצורך יעול הדיון, שהרי אין כל טעם לדחות החלפה או צירוף כאמור לשלב מאוחר יותר, אם ברור וגלוי כי היא תידרש על מנת לאפשר את אישור התובענה כייצוגית. דברים דומים אמורים גם ביחס לצירוף או החלפה של בא כוח מייצג או של תובע מייצג לאחר אישור התובענה כייצוגית. בית המשפט הוא שאישר את מינוי התובע המייצג ואת בא הכוח המייצג, וסמכותו הטבועה היא להורות, בנסיבות מתאימות, על החלפה או על צירוף כאמור.

29. מבקש/תובע מייצג הסבור כי בא הכוח המייצג מועל בתפקידו, ואינו פועל לטובת הקבוצה, רשאי, כמובן, לפנות לבית המשפט בבקשה כי יעשה שימוש בסמכותו האמורה, ויורה על החלפת בא הכוח המייצג או על צירוף בא כוח מייצג נוסף. בית המשפט נדרש במקרה מעין זה לשמוע את שני הצדדים (המבקש/התובע המייצג ובא הכוח המייצג) ולקבל החלטה המביאה בחשבון בראש ובראשונה את טובת הקבוצה, ובכפוף לכך את האינטרסים של יתר הגורמים המעורבים. היה ויחליט על החלפת בא הכוח המייצג או על צירוף בא כוח מייצג נוסף, ממילא יבוא המבקש/התובע המייצג על סיפוקו. היה ובית המשפט

יסבור כי אין הצדקה להחלפת בא הכוח המייצג או לצירוף בא כוח מייצג נוסף, ימשיך בא הכוח המייצג את פעולתו מכוח מעמדו כמייצג הקבוצה לפי סעיף 17 לחוק תובענות ייצוגיות.

### **המשך ניהול התובענה כאשר קיים נתק בין בא הכוח המייצג לבין המבקש/התובע המייצג**

30. הגורם המנהל הלכה למעשה את התובענה, הן בשלב הבקשה לאישור והן בשלב התובענה הייצוגית הוא בא הכוח המייצג. לבא הכוח המייצג יש את המומחיות המקצועית בניהול הליכים משפטיים, והוא זה שחב מכוח סעיף 17 לחוק תובענות ייצוגיות חובת אמון כלפי כלל חברי הקבוצה.

31. המבקש רשאי כמובן להיות נוכח בהליכים המשפטיים, ובאישור בית המשפט יכול הוא גם להביע עמדה בהם, ואולם הובלת וניתוב התובענה נעשים בידי עורך הדין המשמש כבא הכוח המייצג – כך כשיש שיתוף פעולה בין המבקש/התובע המייצג לבין בא הכוח המייצג, וכך גם כשקיים נתק ביניהם.

32. המשמעות המרכזית של העובדה שבא הכוח המייצג אינו מייצג עוד את המבקש/התובע המייצג מכוח חוזה ההתקשרות ביניהם, היא שבא הכוח המייצג אינו יכול עוד לקבל החלטות המחייבות את המבקש באופן אישי. כך, למשל, אין הוא יכול למסור הודעת הסתלקות בשמו של המבקש/התובע המייצג (אלא בשמו כבא כוח מייצג בלבד), ואין הוא יכול להסכים בשמו של המבקש/התובע המייצג לדחיית התביעה האישית במסגרת הסדר פשרה או הסתלקות. בנוסף רשאי המבקש/התובע המייצג להביע את דעתו, שיכולה להיות שונה מדעת בא הכוח המייצג, במסגרת דיוני בית המשפט, לרבות במסגרת דיונים בבקשות לאישור התובענה כייצוגית, לאישור הסדר פשרה או לאישור בקשת הסתלקות (ובכלל זה עומדת למבקש/לתובע מייצג שכזה הזכות להגיש התנגדויות להסדר פשרה מכוח סעיפים 18(ד) לחוק). ודוק, זכות ההשתתפות בדיונים עומדת, באישור בית משפט, לכל חבר בקבוצה מכוח סעיף 15 לחוק תובענות



ייצוגיות, ופשיטא שאין לשלול אותה ממבקש/תובע מייצג שנוצר נתק בינו לבין בא הכוח המייצג.

33. סיכומו של דבר, מרגע הגשת התובענה הייצוגית אין למבקש/לתובע המייצג הכוח להביא להחלפה של בא הכוח המייצג. יחד עם זאת, הוא רשאי להגיש בקשה לבית המשפט להחלפת בא הכוח המייצג או למינוי בא כוח מייצג נוסף. ככל שבקשה זו לא תתקבל (ובהנחה שהמבקש/התובע המייצג לא יודיע על הסתלקות וככל שלא תוגש ותתקבל בקשה להחלפת המבקש/התובע המייצג) ימשיכו השניים בתפקידם, כאשר בא הכוח המייצג הוא שמנהל את התובענה, ולמבקש/לתובע המייצג שמורה האפשרות להביע את דעתו, ולהחליט כיצד לעשות שימוש בעילת התביעה האישית העומדת לו (ככל חבר בקבוצה).

### יישום לעובדות המקרה שלפני

34. לאור האמור לעיל יש להבין את הודעתו של מר הדרי על הפסקת הייצוג כביטול ההרשאה שניתנה לעו"ד שילה מכוח הסכם ההתקשרות. לפיכך אין עו"ד שילה מוסמך עוד לקבל החלטות בעניין עילת התביעה האישית של החברה המבקשת.

35. יחד עם זאת אין בהודעה זו כדי לבטל את מעמדו של עו"ד שילה כבא הכוח המייצג בתובענה הייצוגית המתנהלת לפני.

36. אף אם אניח כי יש לקרוא את הודעת החברה המבקשת מיום 23.10.2012 כבקשה להחלפת בא הכוח המייצג לא מצאתי בנסיבות העניין, לאחר ששמעתי את טיעוני הצדדים, כי ראוי לקבלה. התרשמותי עד לשלב זה היא שעו"ד שילה ממלא את תפקידו בצורה ראויה, ובאופן מקצועי המשרת את טובת הקבוצה. לא התרשמתי כי עו"ד שילה מצוי בניגוד אינטרסים המונע ממנו להמשיך בתפקידו, ואינני סבור כי ההסכמות הדיוניות אליהן הגיע בעניין מינוי המומחה מטעם הצדדים אינן ראויות. במצב דברים זה, אינני רואה כל הצדקה

להחלפתו של בא הכוח המייצג בשלב זה. זאת ועוד, הפעולות שבוצעו עד כה, לרבות מינוי המומחה מטעם הצדדים, אין בהן כדי לחייב לא את המבקש ולא את בית המשפט. לפיכך, ככל שיתברר כי אין בפעולות אלו די כדי להבטיח הגנה נאותה על האינטרסים של הקבוצה לא תהיה כל מניעה ממתן החלטות שיבטיחו הגנה שכזו לקבוצה.

## סוף דבר

37. לאור האמור לעיל יישאר עו"ד אסף שילה בא הכוח המייצג בבקשה להכרה בתובענה כייצוגית בתיק שלפני, ויהיה מוסמך לנהל את התובענה לפי מיטב שיפוטו המקצועי, ובכפוף לחובת נאמנותו לקבוצה, ולהנחיות בית המשפט.

38. רשמתי לפני כי עו"ד אסף שילה אינו מייצג את החברה המבקשת, על כל המשתמע מכך לעניין מתן הסכמות בשמה.

39. עו"ד שילה יהיה אחראי ליידע את החברה המבקשת (באמצעות מר הדרי) בדבר התקדמות ההליכים בתיק, ובכלל זה ידאג להעביר לידי מר הדרי עותק של כל פרוטוקול, החלטה או מסמך שיוגש לתיק בית המשפט בתוך 24 שעות ממועד הגעתם לידי.

**ניתנה היום, כ"ד ניסן תשע"ב, 16 אפריל 2012, בהעדר הצדדים.**