

סוגיות אתיות בתובענות ייצוגיות

מאת

אלון קלמנט*

מאמר זה בוחן את הסוגיות האתיות המתעוררות בתובענה הייצוגית. המאמר מציג תשתית תאורטית לבנייתה של מסגרת אתית להתנהלות עורכי דין בתובענה הייצוגית, הוא מזהה סוגיות המונחות לפתחם של עורכי דין המייצגים בתובענות ייצוגיות, ומבסס כלים שיסייעו להם להכריע כיצד לנהוג בסוגיות אלה. כלים אלו מבוססים על שני עקרונות מנחים בייצוג – התייחסות לקבוצה כלקוח, והטלת חובת גילוי רחבה כלפי בית המשפט. המאמר מסביר כיצד עקרונות אלה נובעים מהמסגרת האתית הנדרשת בתובענות ייצוגיות ומציג את האופן שבו צריכים העקרונות האתיים להסדיר את התנהגותם של עורכי הדין במישורי היחסים השונים - בינם לבין חברי הקבוצה, ובינם לבין בית המשפט, בהתחשב במאפייניה המיוחדים של התובענה הייצוגית.

מבוא. א. עקרונות אתיים בתביעות רגילות. 1. תפקידם של כללי האתיקה בתביעות רגילות. 2. עורך הדין והלקוח בתביעות רגילות: בעיית הנציג ופערי מידע. 3. עורך הדין ובית המשפט בתביעות רגילות: השפעות חיצוניות. **ב. עקרונות אתיים בתובענות ייצוגיות.** 1. ייחודן של הסוגיות האתיות בתובענות ייצוגיות. 2. הבסיס לעקרונות האתיים: המטרות הקבועות בסעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות. 3. הבעייתיות המובנית באכיפת כללים אתיים של עורכי דין בתובענות ייצוגיות. **ג. עורך הדין ולקוחותיו: הקבוצה המיוצגת והתובעת המייצגת.** 1. עורך הדין והקבוצה כלקוח. 2. עורך הדין וחברי הקבוצה כיחידים. 3. עורך הדין והתובעת המייצגת. 4. שכר הטרחה של עורך הדין. 5. עורכי הדין המבקשים לייצג את הקבוצה: הסדרת התחרות על הייצוג. **ד. עורך הדין ובית המשפט: חובות גילוי.** 1. חובות גילוי כפתרון אופטימלי בהכוננת עורך הדין. 2. חובות גילוי לבית המשפט: יישום. **ה. סיכום.**

מבוא

התנהלותם של עורכי דין בהליך האזרחי - ביניהם, מול לקוחותיהם ומול בית המשפט, מוסדרת בחוק עורכי-הדין ובכללי האתיקה.¹ בכך מתווספים החוק והכללים האתיים

* פרופסור למשפטים, הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל אביב. המאמר מבוסס על פרוייקט מחקר של הקליניקה לתובענות ייצוגיות באוניברסיטת תל אביב, בנושא אתיקה בתובענות ייצוגיות. אני מודה להדס הולצשטיין תמיר שהיתה שותפה מלאה למחקר זה, לרוני אבישר שדה שניהלה את פרוייקט המחקר בתחילתו ולדוד אזימוב, יארא חידר, מאיה הרן, עידן דובריצקי, טל גלק, מעיין וייסמן, שקד טורם ורועי עוז, סטודנטיות וסטודנטים לשעבר בקליניקה לתובענות ייצוגיות, שעבדו לאורך השנים על פרוייקט זה. אני מודה למרכז אדמונד " ספרא לאתיקה, על תמיכתו הכלכלית במחקר. תודה לעמיר ליכט, לגיל רון ולמשתתפי הסמינר המחלקתי באוניברסיטת תל אביב על הערותיהם המועילות. מסיועם לא משתמע, כמובן, שהם מסכימים לאמור במאמר. לבסוף, אחרונה חביבה, תודתי לנוגה בן-צבי על עזרתה המעולה במחקר.

המאמר דן בכללים ובעקרונות של אתיקה מקצועית החלים על עורכי דין. הוא אינו דן בכללי אתיקה שראוי שיחולו על גורמים אחרים הפועלים בתובענות ייצוגיות כגון התובע המייצג או הגוף המממן את התובענה הייצוגית. לשם הקיצור, אנו עושים בשימוש 'כללי אתיקה' ו'עקרונות אתיים' כאשר כוונתנו לכללי אתיקה

לשני מנגנונים אחרים אשר משפיעים על התנהגותם והחלטותיהם של עורכי הדין: הדין המהותי והדינוני אשר חל על ציבור הלקוחות ועורכי הדין המייצגים אותם, והשוק בו מתמודדים עורכי הדין על לקוחות - ומציעים להם את שירותיהם כמייצגים וכיועצים.² כללי האתיקה מצטרפים למנגנונים אלה, ונותנים מענה לבעיות שהדין והשוק אינם נותנים להם פתרון מספק.³

מאמר זה בוחן את הסוגיות האתיות המתעוררות בהליך יוצא דופן בהתדיינות האזרחית - התובענה הייצוגית. לתובענה הייצוגית מאפיינים רבים שמבחינים אותה מהליכים אזרחיים רגילים והסדרתה נעשית בחוק תובענות ייצוגיות אשר מתייחס למאפיינים הללו. בין היתר, החוק קובע את נורמות הייצוג ההולם ובתום לב ואת חובת הנאמנות, להן כפוף עורך הדין המייצג, אולם הוא מותיר סוגיות אתיות רבות פתוחות. סוגיות אלו אינן מקבלות מענה גם בחוק לשכת עורכי הדין ובכללי האתיקה.⁴

המאמר ממלא חלל זה ומציג תשתית תאורטית לבנייתה של מסגרת אתית להתנהלות עורכי דין בתובענה הייצוגית. המאמר מזהה סוגיות המונחות לפתחם של עורכי דין המייצגים

מקצועית של עורכי דין ועקרונות אתיים החלים על עורכי דין. יש להדגיש גם שעל עורכי הדין חלות חובות אמון כלפי לקוחותיהם. הנפקות המעשית של חובות אלה, מעבר לתחולת דיני הנויקין והחוזים, מחד גיסא, והחובות האתיות, מאידך גיסא, אינה פשוטה להגדרה ואבחון. ר' יפעת נפתלי בן ציון **דיני האמונאות במבט השוואתי – על תאוריה משפטית, פסיקה ומה שביניהן** 277-282 (2022) (להלן: נפתלי בן ציון, "דיני האמונאות"). המאמר מתייחס לאופן שבו דיני האמונאות משליכים על חובות עורכי הדין המייצגים בתובענות ייצוגיות, לרבות החובות האתיות החלות עליהם.

עורכי הדין מושפעים גם מקבוצות ייחוס שאליהן הם משתייכים (קבוצות חברתיות, עסקיות, משפחתיות ועוד) ומארגונים שבהם הם פועלים ואשר כלליהם חלים על עורכי הדין (חברה, שותפות). ר' אלון קלמנט "הכוונה חברתית בקהילת המגורים המגודרת" **קהילות מגודרות**, 115 (אמנון להבי עורך, 2010). בניגוד לכללי האתיקה, הדין והשוק, הגורמים המאסדרים הללו אינם משותפים לכלל עורכי הדין ולכן איננו דנים בהם כאן.

Anthony Ogus, *Rethinking Self-Regulation*, 15 OXFORD J. LEG. STUD. 97, 97-98 (1995).
FH Stephen and JH Love, *Regulation of the legal profession*, ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS 987, 990-991 (1999) (להלן: Stephen and Love).

הערך התייחסות מיוחדת להליך הייצוגי במסגרת הכללים האתיים אינה מיוחדת לדין הישראלי, והיא קיימת גם בדין האמריקאי. HERBERT B. NEWBERG ON CLASS ACTIONS § 19.1 (5th ed., 2011) (Newberg); (להלן: Nancy J. Moore, *Who Should Regulate Class Action Lawyers*, U. ILL. (2003) L. REV. 1477, 1478-1479 (להלן: Moore, *Who Should Regulate?*)). Moore טוענת כי

במרבית המקרים אין מקום לייצר מערכת אחת נפרדת להליך הייצוגי (שם, בעמ' 1480-1481) וכי במקרים אלו עדיף שהפתרון לדילמות אתיות יגיע מתוך חוק תובענות ייצוגיות ולא מכללי האתיקה (שם, בעמ' 1492). לטענת Moore זו העמדה הלא פורמלית של ועדת האתיקה (The ABA Commission on Evaluation

of the Rules of Professional Conduct, שם, בעמ' 1480 מול ה"ש 21); Nancy J. Moore, *Who Will Regulate Class Action Lawyers?*, 44 LOY. U. CHI. L.J. 577, 588 (2013) (להלן: Moore, *Who will Regulate?*)

נטען כי למנסחי כללי האתיקה אין את הניסיון או הסמכות להכריע כראוי בדילמות אתיות שמתעוררות בין עורך הדין המייצג לקבוצה, ומאחר שממילא על בתי המשפט מוטלת חובה לפקח על הייצוג ההולם של עורך הדין, הם הגורם המתאים ביותר לזהות דילמות אתיות וחשש לפגיעה בייצוג (שם, בעמ' 580).

Nancy J. Moore, *Ethics Matters, Too: The Significance of Professional Regulation of Attorney Fees and Costs in Mass Tort Litigation--A Response to Judith Resnick*, 148 U. PA. L. REV. 2209, 2219 (2000). על פי הטענה קיים קושי לזהות סטנדרט ראוי של התנהגות שניתן להסדירו במסגרת כללי האתיקה (שם, בעמ' 2221).

בתובענות ייצוגיות, ומבסס כלים שיסייעו להם להכריע כיצד לנהוג בסוגיות אלה. כלים אלו מבוססים על שני עקרונות מנחים בייצוג – התייחסות לקבוצה כלקוח, והטלת חובת גילוי רחבה כלפי בית המשפט. המאמר מסביר כיצד עקרונות אלה נובעים מהמסגרת האתית הנדרשת בתובענות ייצוגיות.

המסגרת האתית המוצעת במאמר מתבססת על הבחנה יסודית בין תביעה רגילה לבין התובענה הייצוגית, במקור הסמכות והכוח לייצוג על ידי עורך הדין. בעוד שבתביעה רגילה מקור הסמכות לייצוג הוא הסכם ההתקשרות בין עורך הדין והלקוח, בתובענה הייצוגית החוק הוא שמסמך את עורך הדין לייצג את קבוצת התובעים, ממועד הגשת בקשת האישור ועד לסיום ההליך בפסק דין או בפשרה. כוחו של עורך הדין בייצוג אינו נובע מהסמכותו על ידי חברי הקבוצה, אלא מהוראות החוק ומהחלטות בית המשפט על פיו.

מהבדל מרכזי זה נובעים שלושה מאפיינים עיקריים שיש להם חשיבות בהגדרת המסגרת האתית לעורכי הדין. המאפיין הראשון הוא שבניגוד לתביעה רגילה, שבה הסכם ההתקשרות בין עורך הדין והלקוחה התובעת מכתוב את תנאי הייצוג, בתובענה הייצוגית תנאי הייצוג נובעים מהוראות החוק. כך לגבי החלטות מרכזיות בהליך, ובראשן ההחלטה האם להתפשר ובאילו תנאים, וכך אף ביחס לשכר הטרחה שמקבל עורך הדין בגין הייצוג.⁵

המאפיין השני הוא שבעוד שבתביעה רגילה עורך הדין מייצג תובעת יחידה אשר בחרה בו לייצגה, בתובענה הייצוגית יש קבוצה של תובעים מיוצגים, שלא מינו את עורך הדין לייצגם. חובותיו של עורך הדין מופנות בראש וראשונה לקבוצה זו. ככל שהקבוצה היא הומוגנית, ויש זהות מלאה בנסיבות תביעתם ובסעדים המגיעים לחבריה, ניתן להתייחס אליה כלקוחו של עורך הדין. הסוגיות האתיות במקרים אלה נוגעות לאופן שבו צריך עורך הדין לייצג את הקבוצה בהליך הייצוגי, וליחס בין ייצוג הקבוצה לבין ייצוג התובעת המייצגת. בנוסף, יש מקרים שבהם הקבוצה המיוצגת אינה הומוגנית, ויש הבדלים בין חבריה, בעילות התביעה שלהם, בנזקייהם, או באינטרסים ומאפיינים אחרים שלהם. במקרים אלה עלולים להיווצר קונפליקטים בין חברי הקבוצה. קונפליקטים אלה מציבים בפני עורך הדין, המייצג את כל חברי הקבוצה, סוגיות אתיות ייחודיות, שאינן קיימות בהליך רגיל.

המאפיין השלישי הוא שבעוד שבתביעה רגילה היוזמה לתביעה היא של התובעת, אשר בוחרת את עורך הדין מבין אלה המציעים את שירותיהם, בתובענה הייצוגית עורך הדין שותף, במקרים רבים, ליוזמה להגשת התביעה. עורך הדין הוא שמאתר עילת תביעה המשותפת לקבוצה רחבה של תובעים (בין בעצמו ובין באמצעות מומחים או תובעים שהוא עומד עימם בקשר), הוא שבוחר חברת קבוצה שתשמש כתובעת מייצגת, והוא שמגיש את התביעה עבורה, בשם כל חברי הקבוצה שעמם לא היה בקשר ושלא הסמיכו אותו לייצגם. מאחר שלאף עורך דין או חבר קבוצה אין זכות בלעדית לייצוג חברי הקבוצה בתביעה, עשויה להיווצר תחרות על הייצוג בין עורכי הדין, המגישים הליכים מקבילים באותה עילה.

חוק תובענות ייצוגיות קובע מנגנונים שמיועדים לטפל בייצוג על ידי עורך הדין. במסגרת זו, החוק קובע תנאים לאישור התובענה כיייצוגית, תנאים לאישור הסדרי פשרה והסתלקות,

⁵ ס' 18(1)(2) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי הסדר פשרה לא יכלול הוראה בדבר תשלום למבקש או לתובע המייצג, או שכר טרחה לבא כוח המייצג, ואולם הצדדים רשאים להגיש המלצה מוסכמת לעניין גמול ושכר טרחה כאמור.

וקריטריונים להענקת שכר טרחה.⁶ כפי שמוסבר במאמר, תנאים וקריטריונים אלה אינם מספיקים כדי לתת מענה שלם לבעיות המתעוררות בגין מאפיניה הייחודיים של התובענה הייצוגית, ולכן יש צורך בהשלמתם באמצעות עקרונות אתיים שיחולו על עורכי הדין.⁷ עם זאת, מאחר שעורך הדין שואב את כוחו לייצג מהחוק הבסיס לעקרונות האתיים החלים עליו נמצא במטרות החוק ובחובה המוטלת עליו להגשימן. המאמר דן בעקרונות האתיים הנובעים ממטרות החוק, מנתח סוגיות שהמענה שניתן להן כיום, הן בחוק תובענות ייצוגיות והן בכללי האתיקה, הוא מוגבל, ומציע כלים להתמודד עם סוגיות אלה.

נציין כי התשתית התאורטית שנבנית במאמר זה יכולה לשמש בניסוח כללי אתיקה ייחודים לתחום תובענות ייצוגיות, בפרשנות הוראותיו הקיימות של החוק, או באופן שבו עקרונות כלליים של הדין המהותי ייושמו בסוגיות שנדונות במאמר. הבניה קונקרטית של העקרונות האתיים דורשת התחשבות באופן שבו ישפיעו לא רק על התנהלותם של עורכי הדין המייצגים את הקבוצה, אלא גם על הצד שכנגד ועל בית המשפט. היריעה במאמר זה צרה מלאפשר דיון באופן שבו הבניה כזו צריכה להיעשות, והוא מסתפק בהנחה אבני היסוד עבודה.

המאמר פותח בבחינה של כללי האתיקה בתביעות אינדיבידואליות. במסגרת זאת אנו עורכים בחינה של הטעמים העומדים ביסודם של כללי האתיקה, מהן הבעיות שהם מבקשים לפתור, וכיצד הם עושים זאת בשני מישורי יחסים – בין עורך הדין ללקוח ובין עורך הדין לבית המשפט. לאחר מכן אנו עומדים על ייחודן של הסוגיות האתיות בתובענה הייצוגית. הפרקים הבאים בוחנים את האופן שבו צריכים העקרונות האתיים להסדיר את התנהגותם של עורכי הדין במישורי היחסים השונים – בינם לבין חברי הקבוצה, ובינם לבין בית המשפט, בהתחשב במאפייניה המיוחדים של התובענה הייצוגית.

א. עקרונות אתיים בתביעות רגילות

פרק זה בוחן מה תפקידם של כללים ועקרונות אתיים לעורכי דין בתביעות רגילות. הניתוח הוא פונקציונאלי - אנו שואלים מה התועלת בקביעתה של מסגרת אתית נורמטיבית ואופרטיבית, בנוסף על הוראות הדין – המהותי והדיוני, ובמקביל לנומרות ההתנהגות שמכתיב השוק. אנו מציגים תחילה את הצורך במערכת האתית לאור כשלים של השוק והדין, שאין להם מענה בהסכם ההתקשרות בין עורך הדין ללקוח. לאחר מכן, אנו מנתחים את הכללים הנוהגים בשני מישורי יחסים שעורך הדין הוא צד להם – עורך הדין והלקוח, ועורך הדין ובית המשפט. אנו מסבירים מהן הבעיות העולות בכל אחד ממישורי היחסים הללו, וכיצד מבקשים כללי האתיקה לפתור את הבעיות הללו.

⁶ אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006" הפרקליט מט 131, 162-139 (התשס"ו) (להלן: "קלמנט קווים מנחים"); אלון קלמנט "פשרה והסתלקות בתובענה הייצוגית" משפטים מ 777, 809-830, 834-838 (התשע"א) (להלן: "קלמנט פשרה והסתלקות").

⁷ למרות שכללי האתיקה חלים ביחס לכל פעולה משפטית שעושה עורך הדין, המאמר מתמקד בעקרונות האתיים החלים בהליך המשפטי. למעשה, כללי האתיקה חלים על עורכי הדין גם בפעולות משפטיות מחוץ להליך המשפטי (ולעתים אף בחייהם הפרטיים ופעילותם המקצועית שלא כעורכי דין (למשל עבירות מס)). לימור זר-גוטמן "הרפורמה בדין המשמעתי של עורכי הדין: האם תוקנו הליקויים?" המשפט טו(1) 27, 36. (להלן: זר-גוטמן "הרפורמה בדין המשמעתי").

נעיר כי לאורך השנים הושמעה ביקורת על מערכת הדין המשמעתי, ונטען כי היא סובלת מהעדר שקיפות ומפוליטיזציה;⁸ כי הכללים האתיים אשר מעמדם הולך ונשחק, מיושנים ונוקשים, מנוסחים באופן רחב ועמום,⁹ ומתיימרים להחיל רשת אחידה של כללי התנהגות על קבוצת עורכי הדין שאינה הומוגנית;¹⁰ וכי הסדרת הכללים האתיים על ידי לשכת עורכי הדין מקנה לה אוטונומיה חסרת תקדים בשליטה על שוק השירותים המשפטיים ומאפשרת לה לשמור על כוחה יותר מאשר לשרת את לקוחותיהם של עורכי הדין או את טובת הציבור.¹¹ עוד הושמעה ביקורת על חסרונם של היבטים מוסריים בכללי האתיקה, והועלה ספק באשר ליכולתם לקבוע גבולות ברורים בין שיקולים מקצועיים לשיקולים אחרים.¹² איננו נדרשים לביקורת השונות על הכללים הקיימים או לשינויים הרצויים בהם. מטרתנו במאמר היא להציע מסגרת אופטימלית של עקרונות אתיים להליכים ייצוגיים. יתכן שהמסגרת הקיימת של הכללים אינה אופטימלית בתביעות שאינן ייצוגיות, ושראו לשנות או לבטל חלק מהכללים ואף להוסיף אחרים. המאמר אינו מנסה לפתור את הבעיות הללו באופן כללי, אלא רק במסגרת התובענה הייצוגית.

1. תפקידם של כללי האתיקה בתביעות רגילות

במוקד היחסים בין עורך הדין לבין לקוחו עומד הסכם ההתקשרות ביניהם. הסכם זה אמור להביא את עורכי הדין לפעול באופן אופטימלי, אשר ימכסם את רווחתם המשותפת של הצדדים לו.¹³ הצורך בנורמות אתיות שישדירו את התנהגות עורכי הדין בנוסף על הוראות הסכם ההתקשרות, ולעתים אף בניגוד לו, מתעורר כאשר ישנם כשלים בשוק עורכי הדין:¹⁴ בין עורך הדין ללקוח קיימים פערי מידע; ובין עורך הדין ולקוחו לבין בית המשפט והצד שכנגד קיימות בעיות של השפעות חיצוניות, שהחיוכיות מתוכן (התקדים) עשויות להיות גם

⁸ זר-גוטמן "הרפורמה בדין המשמעתי", לעיל ה"ש 7, בעמ' 29. פרוטוקול ישיבה 499 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17 (13 במרץ 2008); פרוטוקול ישיבה 416 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17 (9 בינואר 2008); פרוטוקול ישיבה 340 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17 (14 בנובמבר 2007); פרוטוקול ישיבה 401 של ועדת החוקה, חוק ומשפט הכנסת ה-17 (1 בינואר 2008).

⁹ עלי זלצברגר "קשר המשפטנים הישראלי: על לשכת עורכי הדין בישראל ובעלי בריתה" **משפטים** לב(1) 43, 51 (התשס"ב) (להלן: זלצברגר "קשר המשפטנים הישראלי").

¹⁰ נטע זיו "עריכת-דין למען מטרה ציבורית – מיהו הציבור? מהי המטרה? דילמות אתיות בייצוג משפטי של קבוצות-מיעוט בישראל" **משפט וממשל** ו 129, 169 (התשס"א) (להלן: זיו "עריכת דין למטרה ציבורית"); 65 GEO. WASH. L. REV. 169, 190- Fred C. Zacharias, *Reconceptualizing Ethical Roles* 194 (1997)

¹¹ שחר אלדר "הזכות לסוס בלי מושכות: על הקשר בין הזכות לייצוג על ידי עורך הדין לבין מעמדה המונופוליסטי של לשכת עורכי הדין בישראל" **קריית משפט** ו 441, 448-450 (התשס"ו); זלצברגר "קשר המשפטנים הישראלי", לעיל ה"ש 9, בעמ' 49-53.

¹² זיו "עריכת דין למטרה ציבורית", לעיל ה"ש 10, בעמ' 169-171.

¹³ ר' נפתלי בן ציון, "דיני האמונות", לעיל ה"ש 1, בע' 282-289.

¹⁴ חלקם – העדר תחרות – נגרם על ידי המבנה הסגור של המקצוע – שנגזר מכללי האתיקה. ר' דיון להלן זלצברגר "קשר המשפטנים הישראלי", לעיל ה"ש 9, בעמ' 65; נטע זיו **מי ישמור על שומרי המשפט? עורכי דין בישראל בין מדינה, שוק וחברה אורחית** פרק ראשון, עמ' 35-36 (פרסומי הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן, והוצאת הקיבוץ המאוחד, 2015).

מוצר ציבורי.¹⁵ כתוצאה מכשלים אלה ישנם שני סוגים של מקרים שבהם הסכם ההתקשרות בין הלקוח לעורך הדין אינו מביא לתוצאות אופטימליות: מקרים שבהם לא ניתן לסמוך על הסכמת הלקוח שתגן עליו מפני ייצוג בלתי ראוי, או מקרים שבהם הייצוג ישרת את האינטרס של הלקוח, אך ההסכמות בין עורך הדין ללקוח יטילו עלויות על הציבור.

המקרים הללו מצריכים מערכת חוקית שתכוון את התנהגותם של עורכי הדין.¹⁶ אולם, המערכת החוקית הרגילה החלה בבתי המשפט, אשר כוללת את הדין המהותי (לרבות דיני הנזיקין, החוזים והאמונות) ואת כללי הפרוצדורה והראיות, אינה מספיקה להכוונה מלאה ולתיקון התנהלות עורכי הדין הפוגעת בלקוחותיהם או בציבור, בעיקר כאשר חסרות הוראות חוק ביחס להתנהגות מסוימת, או כאשר יש הוראות כאלה אולם אכיפתן חסרה. אכיפה חסרה נובעת מהעדר גורמים שיש להם אינפורמציה ותמריצים לאכוף, ומעלויות האכיפה. גם אם הדין קובע סטנדרט אחריות, עלויות אכיפתו של סטנדרט כזה באמצעות פנייה למערכת המשפט עלולות להיות גדולות מדי. הדבר נכון, בין היתר, משום שבמקרים רבים המידע שבידי הלקוח שנפגע, או הצד שכנגד, חסר. נוסף על כך, גם בית המשפט, המפקח על ההליך האזרחי, חסר מידע או משאבים מספיקים כדי לאכוף את כלליו באופן מלא. ההליך האזרחי מיועד לפתור את הסכסוך בין הצדדים, ועיסוק בהתנהלותו של עורך הדין מעמיס עלויות נוספות ומיותרות על בית המשפט. לכן הוא נמנע בדרך כלל מעיסוק כזה.

בכל המקרים הללו יש צורך בנורמות אתיות שינחו את התנהגות עורכי הדין ותפקידן להתמודד עם הבעיות במערכות היחסים השונות שעורכי דין הם צד להן. שני האורגנים המרכזיים האחראיים על אכיפת הדין המשמעתי בלשכת עורכי הדין הם ועדות האתיקה המטפלות בתלונות ביחס להתנהלות אתית של עורכי הדין ובתי הדין המשמעתיים ככל שהתלונות הופכות לקובלנה. היוזמה לפניה לועדת האתיקה יכולה לבוא מבית המשפט, מלקוח, מצד שכנגד, מעורכי דין אחרים, או כל אדם אחר,¹⁷ והיוזמה לפניה לבתי הדין יכולה להיות של ועדות האתיקה, היועץ המשפטי לממשלה או פרקליט המדינה.¹⁸ נוסף על כך, כללי האתיקה והעקרונות העומדים בבסיסם קובעים סטנדרט ההתנהגות הנדרש מעורכי הדין, אשר שטייה ממנו מעמידה אותם בסיכון לפסיקת הוצאות אישיות,¹⁹ או אף תביעה בגין רשלנות

¹⁵ זלצברגר "קשר המשפטנים הישראלי", לעיל ה"ש 9, בעמ' 66.

¹⁶ זר-גוטמן "הרפורמה בדין המשמעתי", לעיל ה"ש 7, בעמ' 37-38. זר-גוטמן מתייחסת לשתי מטרות עיקריות של הדין המשמעתי. הראשונה הגנה על הציבור מפני עורכי הדין הבלתי ראויים שעלולים לגרום נזק ללקוח. המטרה השנייה היא הגנה על כבוד מקצוע עריכת הדין. באמצעות הדין המשמעתי הפרופסיה מבקש להראות כי היא מוציאה משורותיה מי שאינו ראוי לאמון.

¹⁷ שם, בעמ' 32-35. סעיף 2(3) לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961, קובע כי הלשכה תקיים שיפוט משמעתי לחברי הלשכה, עורכי דין זרים ולמתמחים. בנוסף, סעיף 63 לחוק לשכת עורכי הדין מאפשר גם ליועץ המשפטי לממשלה ולפרקליט המדינה להגיש קובלנה ובכלל זה לדון בתלונות נגד עורכי דין. שם, בעמ' 34.

¹⁸ ס' 63 לחוק לשכת עורכי הדין.

¹⁹ לימור זר-גוטמן "הנאמנויות של עורך הדין" **חובות אמון בדין הישראלי** 245, 257-259 (להלן: זר-גוטמן "נאמנויות"); ת"צ (מחוזי מרכז) 24102-05-18 **אילה (ארגון ישראלי לרווחת הנכה) נ' אמות השקעות בע"מ**, פס' 15-17 (נבו 10.4.2019).

מקצועית.²⁰ השילוב בין ערוצי האכיפה השונים יוצר מערכת נורמות שיכולה להשפיע על התנהגותם של עורכי הדין באופן אפקטיבי. נוסף על המסגרת האופרטיבית של כללי האתיקה, נורמות ההתנהגות האתיות אמורות להיות מופנמות על ידי עורכי הדין ולהשפיע על העדפותיהם.²¹ באופן זה, אמורות הנורמות האתיות להנחות את התנהגותם של עורכי הדין ללא קשר להשלכות שיהיו לציות או לאי-ציות על מנגנוני האכיפה החיצוניים.²² קביעה מיטבית של נורמות אתיות צריכה להיות כזו שמסייעת להשגת תוצאות אופטימליות בהליך המשפטי, הן מנקודת מבטו של הלקוח והן מנקודת מבטם של משתמשים אחרים במערכת המשפט.²³ עליהן לסייע לפתור את כשלי השוק ואת החללים באכיפה בדין המהותי והדינוני. אנו מתמקדים בשני מישורים שבהם פועלים כללי האתיקה: מישור היחסים בין עורך הדין ללקוח, שבו מטרתם של דיני האתיקה היא לצמצם את בעיית הנציג ופערי המידע, ומישור היחסים בין עורך הדין לבית המשפט, שבו מטרתם לצמצם את בעיית ההשפעות החיצוניות.

2. עורך הדין והלקוח בתביעות רגילות: בעיית הנציג ופערי מידע

²⁰ ע"א 86/37 משה לוי נ' יצחק יחזקאל שרמן, מד(4) 446, פס' 42-43 (1990); ע"א 7633/12 קבוצת גיאות בע"מ נ' גולדפרב לוי, ערן, מאירי, צפירי ושות', עורכי דין בע"מ, פס' 42-44 (נבו 16.9.2014); ע"א 6277/19 הרמן נ' עו"ד אריה וייס, פס' 27 (נבו 15.3.2022). זר-גוטמן "הרפורמה בדין המשמעתי", לעיל ה"ש 7, בעמ' 56.

²¹ הספרות מבחינה בין כללי התנהגות של המשפט לכללי התנהגות של האתיקה. כללי התנהגות של האתיקה נקבעים על ידי החברה והפרתם עשויה לגרום הסתייגות, אזהרה או נידוי, אך הם אינם מחייבים משפטית. כך, יתכן מצב שבו החוק מתיר התנהגות מסוימת אך מבחינה אתית היא תהיה לא ראויה. לעורכי-דין ישנם כללי אתיקה מעוגנים כחלק מהדין המשמעתי ולפיכך אלו מהווים כללים משפטיים מחייבים. להרחבה ראו לימור זר-גוטמן "החינוך לאתיקה אינו בשמים" משפט ועסקים יט 1319, 1324-1327 (2016).

²² Richard A. Posner, Eric Rasmussen, *Creating and Enforcing Norms, with Special Reference to Sanctions*, 19 INT'L REV. L. & ECON. 369-382 (1999)

²³ ישנם כללי האתיקה היוצרים נורמה נמוכה מזו שיעילה בשוק, או מבססים סטנדרט התנהגות נמוך שאלמלא הכללים היה נחשב רשלני. מנגד, תיתכן בעיה הפוכה כאשר כללי האתיקה דורשים סטנדרטים הגבוהים מאלו שהיו נחשבים יעילים. בכל המקרים הללו, כללי האתיקה אינם פועלים להשגת תוצאה אופטימלית אלא להיפך, הם פוגעים בהשגתה. ר' למשל Assaf M. Jacob, Alon Klement & Yuval Procaccia, *In-Kind*, 47 J. LEGAL STUD. 181 (2018) Christopher Decker and ; George Yarrow, *Understanding the Economic Rationale for Legal Services Regulation*, A Report for the Legal Services Board, Regulatory Policy Institute, page 26-28 https://www.legalservicesboard.org.uk/Projects/rationalising_scope_of_regulation/p/Decker_and_Rudolf_economic_rationale_for_Legal_Services_Regulation_Final.pdf (להלן: Decker and Rudolf); Stephen and Love, לעיל ה"ש 3, בעמ' 989-990; Uwe Dulleck and Rudolf Kerschbamer, *On Doctors, Mechanics, and Computer Specialists: The Economics of Credence Goods*, 94 J. ECON. LIT. 5, 7 (2006) (להלן: Dulleck and Kerschbamer). בשני סוגי המקרים, הפער בין הנורמה שמכתיבים כללי האתיקה לבין הנורמות שמכתיבים הדין והשוק, עלול להיות בעייתי. בנוסף, כללי האתיקה עלולים לפגוע בתחרות בשוק כאשר הם מטילים עליה מגבלות – הן מגבלות כניסה למקצוע, והן מגבלות על מחירים ועל התנהלות תחרותית על מי שכבר פועל כעורך דין. לכן, קביעתם של כללי האתיקה צריכה להתחשב במטרות שמבקשים להשיג, במנגנוני השוק והחוק הפועלים במקביל, ובעלויות שגורמים הכללים בהשפעותיהם על מנגנונים אלה.

מערכת היחסים בין עורך הדין והלקוח מושפעת מפערי המידע ביניהם. עורך הדין בקיא בכללים בדין המשפטי המהותי ובכללים הדיוניים, בעוד שללקוח יש, לכל היותר, מידע משפטי חלקי. מנגד, ללקוח יש מידע עדיף ביחס למרכיבים הייחודיים לעניינו, ברובם מרכיבים עובדתיים, שאותם עורך הדין אינו יודע.

המידע המשפטי העדיף שיש לעורך הדין, המתלווה להעדר שליטה ופיקוח של הלקוח עליו ולפער באינטרסים ביניהם, מעורר את בעיית הנציג, אשר מחבלת בהשגת התועלת המירבית עבור הלקוח.²⁴ עורך הדין אינו נושא במלוא תוצאותיו של ההליך המשפטי, אולם פעולותיו קובעות את התוצאות הללו.²⁵ ניגודי האינטרסים עלולים להביא לכך שעורך הדין יעדיף את האינטרס שלו על פני האינטרס של לקוחו,²⁶ והוא יכול לעשות זאת משום שיש בידיו מידע שאינו קיים בידי הלקוח. כך, למשל, כאשר עורך הדין מתוגמל על בסיס שעות העבודה שלו הוא עלול להשקיע יותר מן הנדרש. מנגד, כאשר שכר הטרחה נקבע באחוזים מתוך הפיצוי ללקוח, יתכן שעורך הדין יעדיף לסיים את התביעה בפשרה, ולחסוך מעצמו השקעה נוספת בתביעה, גם כאשר הפשרה פחות טובה ללקוח בהשוואה לחלופה של המשך ההתדיינות המשפטית.²⁷ בנוסף, מאחר שמרגע שעורך הדין נבחר לייצג את הלקוח החלפתו בעורך דין אחר היא בעייתית, הוא מקבל מעין 'מונופול' על ניהול התביעה והוא עלול להשתמש בכוח זה כדי לגזור רווחים אפורטוניסטיים על חשבון הלקוח.²⁸

מן הצד האחר, המידע הפרטי שקיים בידי הלקוח יוצר בעיה אסטרטגית ללקוח החושש למסור את אותו מידע לעורך הדין, שמא הלה יעשה בו שימוש שאינו לטובתו, או אף כזה שיפעל לרעתו. כך – בין אם מדובר במידע 'קשה' הנוגע לעובדות הנוגעות לסכסוך, לפעולות וכוונות בעבר, ולמאפיינים שונים של הצדדים והמחלוקת, ובין אם מדובר במידע 'רך', הנוגע לאינטרסים של הלקוח, העדפות, יחס לסיכון, כוונות עתידיות ועוד.²⁹

ללקוח ולעורך הדין יש אינטרס משותף לפתור את בעיות הנציג והמידע הפרטי. פתרון של בעיות אלה יביא לרווחה משותפת גדולה יותר, אותה יוכלו לחלק ביניהם. ככל שהם אינם יכולים לפתור את הבעיות הללו במסגרת ההסכמית הרגילה, ללא הסדרה חיצונית, נדרשים

²⁴ לדין בבעיית הנציג בתובענה הייצוגית ר' קלמנט 'פשרה והסתלקות', לעיל ה"ש 6, בעמ' 781-784; אלון קלמנט 'גבולות התביעה הייצוגית בעולות המוניות' משפטים לד 301, 324-329 (2004) (להלן: קלמנט 'גבולות התביעה הייצוגית'). בעיית הנציג הנגרמת מהפערים בין אינטרסים ואינפורמציה, אינה ייחודית רק ליחסי עורך דין לקוח והיא מתקיימת במערכות יחסים רבות כגון בין בעלי מניות בחברה לבין מנהליה, בין מעביד למעסיק ובין חברת ביטוח למבוטח. ראו בקלמנט 'גבולות התביעה הייצוגית', בעמ' 326, ה"ש 95 וההפניות שם.

²⁵ אירית חביב סגל **דיני חברות** כרך א' פרק ז: בעיית הנציג-כללי 373 ו-380 (2007); זוהר גושן 'בעיית-הנציג כתיאוריה מאחדת לדיני התאגידים' **ספר זיכרון לגואלטיארו פרוקציה** 239, 242-243 (התשנ"ז).

²⁶ עמיר ליכט 'חובת אמון – אימתי?' **חובות אמון בדין הישראלי** 35, 36, 43 (וגם ה"ש 38) (2016) (להלן: ליכט 'חובות אמון').

²⁷ מוצרים ושירותים שהמידע לגבי איכותם מצוי רק בידי המוכר או נותן השירות מכונים credence goods. לדין בבעיות שמתעוררות בשוקים למוצרים ושירותים כאלה ר' Dulleck and Kerschbamer, לעיל ה"ש 23.

²⁸ ר' Decker and Yarrow, לעיל ה"ש 23.

²⁹ לימור זר-גוטמן 'חובת הסודיות של עורך הדין וחסיון עורך דין-לקוח: הגיעה השעה להיפרד' **הפרקליט** מו חוברת א 168, 174-175 (התשס"ב).

כללי האתיקה להתמודד עימן. זאת, הם עושים באמצעות קביעת חובות אמון ונאמנות,³⁰ המדריכות את עורך הדין בפעולותיו באופן שיימנע מניצול תפקידו לטובת האינטרסים שלו על חשבון אלה של הלקוח, וחובות גילוי כלפי הלקוח.³¹ חובות אלה מוסיפות על חובות הגילוי החלות מכוח יחסי השליחות בין עורך הדין ללקוח.³²

כך, סעיף 54 רישא לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961 (להלן: **חוק הלשכה**) קובע כי "במילוי תפקידיו יפעל עורך דין לטובת שולחו בנאמנות ובמסירות...". כלל 2 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986 (להלן: **כללי האתיקה**) קובע, בין היתר, חובה כללית לפיה על עורך הדין לייצג את לקוחו בנאמנות, במסירות וללא מורא. כלל 14 קובע את האיסור החל על עורך הדין להימצא במצב של ניגוד עניינים, ובכך מבטיח שפער האינטרסים בין עורך הדין ללקוח יצומצם לפער הנובע מכך שעורך הדין משקיע את המאמץ בייצוג ענייניו של הלקוח, אולם הרווח מהייצוג (בניכוי שכרו של עורך הדין) עובר ללקוח. כמו כן, כללים 19-21 לכללי האתיקה מטילים חובות סודיות על עורך הדין ביחס למידע שהגיעה אליו מאת הלקוח במסגרת מתן השירות המקצועי, ואוסרים עליו לעשות במידע זה

³⁰ חובת האמון היא אחת המוסדות המשפטיים העיקריים שנועדו לפקח על השימוש לרעה בכוח של צד מסויים כלפי צדדים פגיעים הכפופים לו. ליכט "חובת אמון", לעיל ה"ש 26. להרחבה ראו: עמיר ליכט **דיני אמונות – חובת האמון בתאגיד ובדין הכללי** 52-53 (2013) (להלן: ליכט **דיני אמונות**). ליכט מציע את המונח "אמונאי" למי שחב חובות אמון, כתרגום עברי למונח "fiduciary", שם, בעמ' 1, ה"ש 1; Sean J. Griffith, *Ethical Rules and Collective Action: An Economic Analysis of Legal Ethics*, 63 U. PITT. (2002) L. REV. 347, 365-366.

³¹ ליכט "חובות אמון", לעיל ה"ש 26, בעמ' 67: "המבנה הכללי של חובת האמון ניצד, אם כן, על שתי רגליים: איסור ניגוד עניינים וחובת גילוי מלא. שני הכללים יוצרים יחדיו משטר משפטי מניעתי (prophylactic) – כדי להרחיק מן הפיתוי ומן העבירה, או כדי למנוע את הרע בטרם יארע". שם, בעמ' 37-38.

³² כך למשל: ביחסי שליחות, סעיף 8(1) לחוק השליחות, התשכ"ה-1965, קובע כי השלוח "יגלה לשולח כל ידיעה וימסור לו כל מסמך הנוגעים לנושא השליחות ויתן לו דין וחשבון על פעולותיו". בע"א 6645/00 **עורך-דין נ' אבן**, פ"ד נו(5) 365 (2002) נקבע כי "סעיף 8(1) לחוק השליחות מטיל על השלוח במסגרת חובת הנאמנות את החובה לגלות לשולח כל מידע הנוגע לעניין השליחות, ומטבע הדברים הדגש הוא על אותו מידע הנסתר מהשולח, הואיל ורק בדרך זו יוכל האחרון לקבל החלטות התואמות את האינטרס שלו, אינטרס העומד, כאמור, במרכזה של השליחות" (פסקה 11). ראו גם ע"א 5328/21 **אבו רקיה נ' חנדקלו**, פס' 74 לפסק דינו של השופט כבוב (נבו 3.1.2023).

כל שימוש.³³ הוראות אלו ואחרות,³⁴ מאפשרות ללקוח לבטוח בעורך הדין ולגלות לו את המידע הפרטי המצוי בידו, באופן שמשרת את עניינו של הלקוח.

3. עורך דין ובית המשפט בתביעות רגילות: השפעות חיצוניות

קיים פער בין האינטרסים של הלקוח המיוצג בהליך המשפטי על ידי עורך הדין לבין האינטרס הציבורי או החברתי שיש להליך. פער זה נובע מהשפעות חיצוניות שליליות וחיוביות של ההליך המשפטי. השפעות שליליות כוללות את העלויות שנגרמות לצד שכנגד, למערכת המשפט ולמשתמשים בה. השפעות שליליות נוספות נוגעות לעיוות הדין הנובע מהצגה לא מדויקת של העובדות והדין, וכן מניצול כשלים בהליך לטובת הלקוח. בצד החיובי יש תקדימים משפטיים ומידע ציבורי אשר יכולים לשרת צדדים שלישיים, אך אינם מועילים

³³ ברור פחות הוא הרציונל לכללים 43 ו-44 לכללי האתיקה, האוסרים על עורך הדין להלוות או לתת טובת הנאה אחרת כדי לקבל את הזכות לייצג את הלקוח, ולהלוות כספים ללקוח כדי לשלם הוצאות הכרוכות במתן הייצוג. כלל נוסף המבוסס על רציונליים דומים הוא כלל 10 האוסר על עורכי דין לערוך ערבות אישית בעניין הנמצא בטיפולם, גם אם אין במתן הערבות טובת הנאה חומרית. יש לציין גם שהבטחה לתת הלוואה או לממן הוצאות ללקוח עשויה גם להיחשב לשידול אסור לפי ס' 56 לחוק לשכת עורכי הדין. השידול אסור בחוק לאור פגיעתו בכבוד המקצועי ובלקוחות במצב חולשה. לכאורה, הסכמה בין עורך הדין ללקוח הכוללת מתן טובת הנאה או הלוואה כאמור, מיטיבה (כמו כל הסכמה אחרת) עם שניהם ולכן היה צריך לאפשר הסכמה כזו. אמנם ההלוואה או טובת הנאה שנותן עורך הדין מעמידה אותו כנושה אל מול הלקוח, באופן שמגדיל את פער האינטרסים ביניהם, אולם עורך הדין מצוי במצב זה ממילא במצב בו שכר הטרחה שהלקוח חייב לשלם לו אינו מותנה בהצלחת הטיפול. יתכן שהחשש הוא מכך שעורך הדין ינצל את המידע העדיף שיש לו ביחס להליך המשפטי שבו הוא מטפל, ויגרום ללקוח לקבל החלטות כאשר הלה אינו מבין את השלכותיהן במלואן. לכאורה, עורך הדין המלווה ללקוח יודע מהם הסיכויים שהתביעה תצליח, וכנגור מכך, מהם הסיכויים בהלוואה, בעוד שהלקוח עלול להעריך את הסיכויים הללו בחסר. אולם, גם כאן, השלכותיו של ההליך המשפטי עלולות להיות משמעותיות עשרות מונים יותר מאלו הנובעות מהוצאות ההליך. מאחר שההתקשרות בין עורך הדין ללקוח מבוססת על הערכות הסיכויים והסיכונים בהליך, פערי המידע בין עורך הדין ללקוח עלולים להיות מנוצלים לרעה, גם אם ההסכמה ביניהם מוגבלת לשכר הטרחה שישולם לעורך הדין ולאופן ניהול ההליך. לפיכך, על אף שניתן לחשוב על הצדקות לכללים אלה כהגנה על הלקוח מפני בעיית פערי המידע אל מול עורך הדין, הצדקות אלה אינן משכנעות.

ייתכן שהצדקה לכללים 43 ו-44 אינה במישור היחסים בין הלקוח לעורך הדין אלא במישור היחסים בין עורכי הדין לבין עצמם, על מנת להגביל את התחרות ביניהם כך שלא ישתמשו במתן טובת הנאה או הלוואה לצורך רכישת עדיפות בעיני הלקוח. ככל שזו המטרה, הרי שבדומה לכל הפחתה של תחרות בשוק, היא מביאה לפגיעה ברווחתם של הלקוחות. ההצדקה היחידה להגבלה כזו על התחרות היא שהגשת הליכים משפטיים מייצרת השפעות חיצוניות שליליות על צדדים אחרים ועל מערכת המשפט, שאינן נלקחות בחשבון על ידי עורך הדין או הלקוח. דוגמה לכך היא הגשתם של הליכים משפטיים בסכסוכים שהיו יכולים להיפתר בין הצדדים בדרכי שלום וללא התערבות משפטית על העלויות הנובעות ממנה. אם הגבלת התחרות מפחיתה הליכים כאלה ואחרים, שעלויותיהם גדולה מתועלתם החברתית, אזי זו הצדקה אפשרית לכללים אלה.

³⁴ למשל כלל 11 לכללי האתיקה קובע איסור על רכישת כל טובת הנאה זולת שכר הטרחה בעניין בו עורך הדין משמש כנאמן, מפרק, מנהל עובד או כונס נכסים; כלל 13 קובע הגבלות ביחס לאפשרות הפסקת טיפול של עורך הדין בעניין לקוחו; כלל 15 אוסר על עורך הדין לטעון כנגד מסמך או עסקה שהשתתף בעריכתם; וכלל 16 אוסר על עורך הדין לטפל כנגד לקוח בעניין שטיפל בו למען אותו לקוח או שיש לו זיקה של ממש למידע שקיבל עורך הדין מאותו לקוח.

ללקוח.³⁵ מאחר שההשפעות החיצוניות, השליליות והחיוביות, אינן משפיעות על תועלתו של הלקוח, עורך הדין עלול לא לקחת אותן בחשבון, וגם ההתקשרות החוזית ביניהם אינה נותנת להן מענה.

חשוב להדגיש את ההבדל בין הבעייתיות הקיימת במישור היחסים בין עורך הדין ללקוח, לבין זו הנובעת מהשפעות חיצוניות של ההליך המשפטי. בעיות מהסוג הראשון נכללות במסגרת הכללית של בעיית הנציג ופערי המידע. הן נובעות מהפער בין האינטרסים והמידע של הנציג – עורך הדין, לבין המיוצג – הלקוח, שעלול להוביל לכך שהלקוח אינו זוכה לייצוג אופטימלי. לכן, כללי האתיקה במישור זה מיועדים לשרת את האינטרסים של הלקוח באופן שישיא את התועלת המשותפת שלו ושל עורך הדין. לעומת זאת, בעיות מהסוג השני הן חלק ממסגרת כללית של בעיית ההשפעות החיצוניות והמוצר הציבורי. הן נובעות מפער בין האינטרסים של הלקוח לבין אינטרסים חברתיים רחבים יותר, אשר עלול להביא לפגיעה ברווחה החברתית הכוללת. לכן, במישור היחסים בין עורך הדין לבית המשפט כללי האתיקה מיועדים לשרת את האינטרסים החברתיים, המתנגשים עם האינטרס של הלקוח.³⁶

כללי האתיקה מסדירים את מישור היחסים בין עורך הדין לבית המשפט. הסיפא לסעיף 54 לחוק הלשכה מטילה חובה על עורך הדין לסייע לבית המשפט לעשות משפט. כללים 38-32 לכללי האתיקה דורשים מעורך הדין לשמור על יחס כבוד לבית המשפט ולטעון את טענותיו בדרך ארץ ותוך שמירה על כבוד הצד שכנגד ועל כבוד כל אדם אחר הקשור בהליך השיפוטי. לעורך הדין אסור להעלות טענות עובדתיות או משפטיות שהוא יודע שאינן נכונות; לתת לעד תשלום שמותנה בתוצאות המשפט תמורת עדותו; לבוא בדברים עם אדם העומד להעיד במשפט מטעם הצד שכנגד ללא הסכמתו של אותו צד; להעיד מטעם הלקוח במשפט שבו הוא מייצג אותו; ולפגוע באופיו של עד בשאלות הנוגעות למהימנותו, אשר אין להן נגיעה לענין הנדון. כל ההוראות הללו מבקשות למנוע מעורך הדין לפעול באופן שמטיל עלויות מיותרות על בית המשפט, על עדים ועל צדדים אחרים. חשוב מכך, הכללים הללו מונעים התנהלות של עורך הדין אשר עלולה להטעות את בית המשפט. מאחר שבית המשפט נסמך על עורכי הדין, יש חשיבות לכך שעל אף חובתם ללקוח והאינטרס שלהם בהצלחתו, הדבר לא יביא להטעיית בית המשפט ולפגיעה במטרות ההליך המשפטי. גם החובות

³⁵ Daphna Kapeliuk & Alon Klement, *Changing the Litigation Game: An Ex-Ante Perspective on Contractualized Procedures*, 91 TEX. L. REV. 1475, 1485-1493 (2013); אלון קלמנט ורועי שפירא "יעילות וצדק בסדר הדין האזרחי – גישה פרשנית חדשה" משפט ועסקים ז' 75, 136-133 (התשס"ז) (להלן: קלמנט ושפירא "יעילות וצדק בסדר הדין האזרחי").

³⁶ לאחר פרוץ הסכסוך, האינטרסים של הלקוח עשויים לעמוד בניגוד לאינטרסים של הצד שכנגד, של עדים, של צדדים שלישיים או של החברה ומערכת המשפט שלה, ועורך הדין חייב להכריע בין האינטרסים הנוגדים. אולם, אם בוחנים את הדברים בהתאם לקריטריון הרווחה החברתית שהוצג לעיל, במקרים רבים הפער הלכאורי בין האינטרסים טרם פרוץ הסכסוך, הוא מצומצם בהרבה. טרם פרוץ הסכסוך, צדדים מעוניינים שתוצאתו של ההליך המשפטי תהיה מדויקת, שזכויותיהם יישמרו ושלא ייגרמו להם עלויות מיותרות. לשם כך, הם מעוניינים בהטלת מגבלות על התנהלות אדוורסרית 'פרועה' לאחר פרוץ הסכסוך. לפיכך, התנהלות שעשויה להיות רצויה מנקודת מבטו של הלקוח לאחר פרוץ הסכסוך, היא כזו שהוא היה מעוניין להגבילה, במועד המוקדם לסכסוך. מגבלות כאלה קשות ליישום באמצעות השוק או כללי הפרוצדורה, אשר פועלים רק לאחר פרוץ הסכסוך, ומכאן היתרון בהסדרתן בכללי האתיקה.

שמטילים הכללים על עורך הדין ביחס לצד שכנגד,³⁷ מיועדות לרסן התנהגות שמטילה על אותו צד עלויות מיותרות, ועלולה לפגוע במיצועי זכויותיו בהליך המשפטי.

ב. עקרונות אתיים בתובענות ייצוגיות

1. ייחודן של הסוגיות האתיות בתובענות ייצוגיות

התובענה הייצוגית מעלה סוגיות אתיות ייחודיות.³⁸ מאפייני התובענה הייצוגית – ריבוי חברי הקבוצה המיוצגים וייצוג קבוצה שלא על בסיס התקשרות אישית, בצירוף עם האפשרות לייזום וניהול ההליך המשפטי על ידי עורך הדין, והעדר הסכמה מראש ביחס לתנאי הייצוג ולשכר הטרחה – מביאים להחמרה של הפוטנציאל לניגוד אינטרסים בין עורך הדין והתובעים. נוסף על כך, ייצוגם של תובעים רבים מוביל לניגודי אינטרסים בינם לבין עצמם, ובינם לבין התובעת המייצגת אותם.

בנוסף, ההשפעות החיצוניות של התובענה הייצוגית הן משמעותיות יותר מאשר בתובענות רגילות. ההשפעות החיוביות, של הרתעה ואכיפת החוק, וההשפעות השליליות, של הרתעת יתר ועלויות מערכת המשפט, מועצמות בתובענה הייצוגית משום שהיא מרכזת תביעותיהם של חברי קבוצה רבים בידי של עורך דין אחד.

בתביעות רגילות, התחרות בין עורכי הדין בשוק פועלת לריסון ניגודי האינטרסים ולצמצום התנהלות אופורטוניסטית של עורכי דין כלפי לקוחותיהם. עורכי הדין מעוניינים לשמר מוניטין טוב בשוק ולכן נמנעים מניצול הלקוחות ומשתדלים לפעול למען האינטרסים שלהם בהליך המשפטי. עורך הדין והלקוח מתקשרים בהסכם שבו הם קובעים את התנאים האופטימליים לייצוג. כפי שהסברנו, כללי האתיקה צריכים לטפל רק בכשלים המונעים מהסכם כזה להיות אופטימלי.³⁹

בתובענה הייצוגית, לעומת זאת, התחרות השוקית בין עורכי הדין היא מוגבלת.⁴⁰ במקרים רבים, עורך הדין זוכה בייצוג לא בהסתמך על החלטתו של הלקוח המיוצג – הקבוצה – אלא בהתבסס על יוזמתו בהגשת התביעה והחלטת בית המשפט לאשרו כמייצג. מאחר שאין הסכם ייצוג בין עורך הדין לבין חברי הקבוצה, אין ערובה לכך שהייצוג אכן יממש את רצונותיהם ואת האינטרסים שלהם. המנגנון העיקרי שעליו מתבסס החוק כדי להשיג את מטרותיו הוא פיקוח בית המשפט.

³⁷ כללים 23-25 לכללי האתיקה.

³⁸ David L. Shapiro, *Class Actions: The Class as Party and Client*, 73 N.D. L. REV. 913, 939 (1998) (להלן: Shapiro); דבר ההסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 ה"ח הממשלה 256, 269.

³⁹ לאור פערי הכוחות והמידע בין הצדדים עורך דין יכול לנקוט בצעדים לא הכרחיים שיוצגו כהכרחיים עבור הלקוח על מנת להשיא את רווחיו מבלי שהלקוח ידע ומבלי שלעורך הדין יפגע המוניטין. התחרות השוקית אינה מספיקה לבדה על מנת לגרום להסכמים להיות אופטימליים גם בתביעות אישיות. ראו נטע זיו "ניגוד עניינים ואתיקה של עורכי דין: היבטים מוסדיים" **ניגוד עניינים במרחב הציבורי** 461, 461-464 (דפנה ברק-ארו, דורון נבות ומרדכי קרמניצר עורכים 2009).

⁴⁰ בין עורכי הדין יש תחרות על הייצוג, שהמכריע בה הוא בית המשפט. לדיון בתחרות זו ר' להלן קלמנט "קווים מנחים", לעיל ה"ש 6, בעמ' 177; John C. Coffee, Jr., *Class Action Accountability: Reconciling Exit, Voice and Loyalty in Representative Litigation*, 100 COLUM. L. REV. 370, 423 (2000) (להלן: Coffee, *Class Action Accountability*).

גם הדרישה לתובעת מייצגת אשר תיקח על עצמה את ייצוג יתר חברי הקבוצה אינה מביאה ליצירת תמריצי שוק הפועלים לטובת חברי הקבוצה. זאת, משום שהתובעת המייצגת בדרך כלל אינה יוזמת את התביעה ובוחרת בעורך דין שייצג אותה אלא להיפך, היא נבחרת על ידי עורך הדין שיזם את התביעה. ברוב המקרים ניתן להחליפה בתובעת אחרת החברה בקבוצה, ולכן התמריץ של עורך הדין להציע לה תנאים שישכנעו אותה לשכור את שירותיו לייצוג, הם מינימליים. יתרה מכך, אף כאשר התובעת המייצגת יוזמת את התביעה וקשה להחליפה, התחרות בין עורכי הדין, ככל שיש כזו, היא להציע לאותה תובעת מייצגת תנאים אופטימליים *עבודה*. התובעת המייצגת, כמו עורך הדין, מעוניינת במיקסום הגמול שהיא מקבלת בתובענה הייצוגית, וזה אינו קשור בהכרח בגובה הפיצוי שיקבלו חברי הקבוצה. לפיכך, גם במקרה זה, התחרות בין עורכי הדין, ככל שיש כזו, אינה נותנת מענה לניגודי האינטרסים בינם לבין הקבוצה המיוצגת ולהעדרו של הסכם ייצוג בין כל אחד מחברי הקבוצה לבין עורך הדין המייצג.

העקרונות האתיים צריכים לתת מענה לא רק לסוגיות הנובעות מניגוד האינטרסים החיצוני בין עורך הדין לקבוצה המיוצגת, אלא גם לניגודי האינטרסים הפנימיים, בין חברי הקבוצה לבין עצמם, ובינם לבין התובעת המייצגת. ניהול התביעה, ובעיקר עיצוב הסדר פשרה בה, מחייב את עורך הדין להגדיר מי יהיו חברי הקבוצה שיזכו לסעד, להכריע מהם הסעדים שיקבלו ועל מה יוותרו, לקבוע כיצד יחולק הסעד הכולל בין חברי הקבוצה, ולהמליץ על גמול לתובעת המייצגת ועל שכר טרחה עבורו. ההשפעות החלוקתיות של החלטות אלה על חברי הקבוצה אינן זוכות להתייחסות בחוק, ויש להגדיר ביחס אליהן עקרונות אתיים שלפיהם צריך עורך הדין לפעול.⁴¹

העקרונות האתיים בתובענה הייצוגית מיועדים, אם כן, לפתור את הבעיות הנוצרות מהעדרו של הסכם התקשרות בין הקבוצה המיוצגת לעורך הדין, מהעדרה של תחרות בין עורכי הדין על הייצוג, מריבוי התובעים המיוצגים ומהעדר זהות בין האינטרסים שלהם. עליהם להנחות את עורך הדין כיצד לממש את מטרות החוק, וכיצד לסייע לבית המשפט למלא את תפקידו במימוש מטרות אלה ובפיקוח על ניהול התובענה.

2. הבסיס לעקרונות האתיים: המטרות הקבועות בסעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות

כפי שהסברנו לעיל,⁴² התובענה הייצוגית מובחנת מההליך הרגיל בנקודת המוצא ליחסים בין עורך הדין לבין המיוצגים על ידו. בתביעה רגילה, הלקוח הוא שיוזם את הקשר עם עורך הדין, ובוחר להתקשר עימו על מנת שהלה ייצגו. הסכם ההתקשרות הוא הבסיס להסדרת היחסים ביניהם. בתובענה הייצוגית שואב עורך הדין את כוחו וסמכותו לייצג מהוראות החוק. החוק הוא שמאפשר לעורך הדין, יחד עם התובעת המייצגת, להגיש בקשה לאישור

⁴¹ וראו גם את הגישה הכללית יותר לפיה "יש לפרש את כללי האתיקה של עורכי הדין, לרבות הכלל בדבר ניגוד עניינים, על פי ההקשר שבו הם מתעוררים ובהתאם לאינטרסים השונים הקיימים במקרה הנדון. לעיתים נכון יותר להרחיבם ולעיתים נכון יותר לתת להם פרשנות מצמצמת, על מנת לממש אינטרסים ציבוריים הנראים לנו חשובים וראויים." – נטע זיו "כללי ניגוד העניינים של עורי דין ונגישות למשפט: 'עורך הדין האחרון בעיר – לי או לך?' המשפט כרך" 311, 312 (התשס"ה).

⁴² ר' לעיל פרק 2.א.

תובענה ייצוגית בשמה של קבוצת תובעים; הוא שקובע את התנאים לכך שעורך הדין אכן ימונה לייצג אותם במסגרת תובענה ייצוגית שתאושר; והוא זה שמגדיר את האופן שבו ייקבע שכרו של עורך הדין בסוף ההליך.

לפיכך, עורך הדין חייב לקיים את המטרות שלשמן ניתן בידו הכוח לייצג.⁴³ מטרות אלה מוגדרות בס' 1 לחוק תובענות ייצוגיות. הן כוללות את מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים; את אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו; מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין; וניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות. מימוש מטרות אלה מייצר את התועלת החברתית מהתובענה הייצוגית, בהתחשבות בעלויותיה.⁴⁴

לעתים לא ניתן לממש את כל המטרות. יש מקרים שבהם מטרה אחת של החוק צריכה להיות ממומשת על חשבון השגתה המלאה של מטרה אחרת. כך, למשל, ס' 20(ג) לחוק קובע כי כאשר פיצוי לחברי הקבוצה, כולם או חלקם, אינו מעשי בנסיבות הענין, בין משום שלא ניתן לזהותם ולבצע את התשלום בעלות סבירה ובין מסיבה אחרת, רשאי בית המשפט להורות על מתן סעד אחר לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, או לטובת הציבור. דהיינו, כאשר המטרה של מתן סעד לנפגעים חברי הקבוצה אינה ניתנת להשגה בעלות סבירה, ניתנת עדיפות למטרה של הרתעה יעילה, לפיה הנתבע יישא בסעד שמוטל עליו, אולם ישלמו לקבוצה או לטובת הציבור. כאשר העלות של הפיצוי בדיעבד גבוהה מדי ביחס לתועלת של חברי הקבוצה מהפיצוי, העברת סכום החבות מכיסו של הנתבע למטרות אחרות משרתת עדיין את המטרה ההרתעתית של הכוונת התנהגותו מראש, טרם פרוץ הסכסוך.

יתרה מכך, ישנם מקרים שבהם עלויותיה של התובענה הייצוגיות עולות על תועלתה. דוגמה לכך היא בסעיפים 8(ב) ו-20(ד) אשר מורים לבית המשפט להתחשב בנוזקים שייגרמו מניהול התובענה הייצוגית או מהסעד שיפסק בה לנתבע, לציבור הנזקק לשירותיו או לציבור בכללותו, ולשקול אותם אל מול התועלת הצפויה מההליך או ממתן הסעד לחברי הקבוצה או לציבור. דהיינו, הסעיפים מורים לבית המשפט לשקול את התועלת החברתית מהתובענה הייצוגית אל מול עלויותיה ונזקיה, הן בתחילת ההליך, בשלב האישור (ס' 8(ב)), הן בסופה בשלב פסיקת הסעד (ס' 20(ד)).

לפיכך, עורך הדין שממונה מכוח החוק לייצג את הקבוצה, הן בשלב בקשת האישור והן לאחר שהתובענה מאושרת כייצוגית, צריך לשים לנגד עיניו את מטרות החוק ולממשן, בכפוף לאותם איזונים שיש לעשות במקרים שבהם מימוש מלא של כל המטרות אינו אפשרי. מטרות החוק הן שקובעות את המסגרת שמגדירה את חובותיו האתיות של עורך הדין, ועל פיהן עליו לפעול בהכרעה בין נאמנויותיו השונות. כאשר לא ניתן להשיג את כל המטרות,

⁴³ גישתנו עולה בקנה אחד עם גישת בית המשפט העליון לפיה יש לפרש את חובת תום הלב של התובע המייצג ובא כוחו כלפי הנתבע ובית המשפט, בהתאם לתכליות התובענה הייצוגית. ר' רע"א 3698/11 **שלמה תחבורה (2007) בע"מ נ' ש.א.מ.ג.ר. שירותי אכיפה בע"מ** פס' לא לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין. לגישה שלפיה כאשר אישור התובענה הייצוגית אינו תואם את מטרות החוק, בית המשפט רשאי שלא לקבל את בקשת האישור, אף אם כל התנאים הקבועים בחוק לאישור מתקיימים, ר' ת"צ 49512-01-16 **הצלחה נ' אלאוף**, פס' 24 ו-26 (נבו) 22.9.2019.

⁴⁴ קרן וינשל-מרשל ואלון קלמנט "יישום חוק תובענות ייצוגיות בישראל – פרספקטיבה אמפירית" **משפטים** מה Alon Klement & Keren Weinsahl-Margel, *Cost-Benefit Analysis*; (2016) 720-715, 709 *of Class Actions: An Israeli Perspective*, 172 J. INST. AND THEO. ECON. 75, 77-79 (2016).

העקרונות האתיים צריכים להגדיר מהו כלל ההתנהגות הראוי וכיצד על עורך הדין לבחור בין המטרות השונות באופן שישא את תועלתה של התובענה הייצוגית בניכוי עלויותיה.

3. הבעייתיות המובנית באכיפת כללים אתיים על עורכי דין בתובענות ייצוגיות

חוק תובענות ייצוגיות מכיר בחלק מהסוגיות האתיות בייצוג וכולל הוראות המיועדות להתמודד איתן. החוק נותן בידי בית המשפט כוח להרתיע התנהלות בלתי ראויה של עורך הדין המייצג, באמצעות הטלת סנקציות עליו במסגרת ניהול התובענה הייצוגית. אולם, באופן שעלול להיראות פרדוקסלי, אכיפת החוק על עורכי הדין עלולה להביא לפגיעה בחברי הקבוצה המיוצגת.

כך, למשל, כאשר בית המשפט מוצא שעורך הדין נהג בחוסר תום לב, הוא עשוי להפחית משכר הטרחה שלו, להחליפו, ואפילו לדחות את הבקשה שהגיש לאישור תובענה ייצוגית.⁴⁵ עורך דין אשר יודע שסנקציות כאלה עלולות להיות מוטלות עליו, יירתע מהתנהלות שאינה ראויה. אולם, כאשר עורך הדין כבר פעל באופן בלתי ראוי, החשש מהסנקציות שיוטלו עליו עלול להביאו להתנהל באופן שפוגע בטובתה של הקבוצה המיוצגת. הפחתת שכר הטרחה פוגעת בתמריציו של עורך הדין להשיג תוצאה מיטבית לקבוצה. בהנחה ששכר הטרחה האופטימלי גבוה מזה שייפסק לעורך הדין, הפגיעה בקבוצה נובעת באופן מיידי. החשש מהחלפתו עלול לגרום לעורך הדין להתפשר בתנאים גרועים עבור הקבוצה, שכן פשרה כזו תבטיח לו את שכרו (גם אם מופחת) ואילו המשך ניהול בקשת האישור יעמידו בסיכון שיוחלף. גם החשש מדחיית הבקשה לאישור תובענה ייצוגית עלול לתמרץ את עורך הדין להסכים לפשרה בלתי ראויה, ואף אם זו לא תהיה התוצאה, דחיית הבקשה לאישור תפגע ישירות בקבוצה שלא תזכה לייצוג.

אכיפתם של כללי האתיקה באמצעות מנגנון משמעותי חיצוני לתובענה הייצוגית עלולה להחמיר בעיה זו. אילו ניתן היה לקיים הפרדה בין תוצאות התנהגותו הבעייתית של עורך הדין, לבין תוצאות התובענה הייצוגית, ולהטיל על עורך הדין סנקציה משמעותית בגין התנהלות בלתי הולמת, ובה בעת לאפשר לו להמשיך ולייצג בתובענה הייצוגית ולקבל שכר על פי התוצאה ששיג לקבוצה, הדין המשמעותי יכול היה להרחיב את מנעד האפשרויות לפתרון הבעיות השונות בתובענה הייצוגית.⁴⁶ אולם, כדי שהפרדה כזו תתקיים, ההליך

⁴⁵ וראו ההתבלטות בעניין הסנקציה המתאימה ברע"א 3698/11 שלמה תחבורה (2007) בע"מ נ' ש.א.מ.ג.ר. שירותי אכיפה בע"מ פס' מא-מב לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין, פס' 6-21 לפסק דינו של השופט פוגלמן. (נבו 6.9.2017).

⁴⁶ לדוגמאות שבהן נעשה שימוש כזה, גם אם לא בהכרח באופן העולה בקנה אחד עם האמור במאמר זה ר' בד"א 30/06 הוועד המרכזי של לשכת עורכי הדין בתל אביב נ' פלוני (נבו 6.6.2010) אשר עסק בשאלה האם רשאי עורך דין המייצג להמשיך בניהול ערעור בתובענה ייצוגית בניגוד לעמדת התובעים המייצגים. הדיון שם התבסס על הוראות חוק הגנת הצרכן ביחס לתובענות ייצוגיות, אשר היו בתוקף באותה עת. לדיון בשאלה זו ר' להלן פרק 3.4; בבד"א 3/17 עו"ד צבי שטרסברג נ' ועדת האתיקה של לשכת עורכי הדין במחוז ירושלים (23.8.2017) נדונה השאלה האם שליחת מכתב התראה ע"י עורך דין בשם לקוחותיו כנגד עורך דין אחר המייצג בתובענה ייצוגית שבה אותם לקוחות הם חברי קבוצה, בטענה שדרך ניהול התובענה גורמת נזק לכלל חברי הקבוצה היא עבירה אתית. נקבע שבמקרה של ניגוד אינטרסים בין חברי הקבוצה על עורך הדין לערוך איוון אינטרסים בין כלל האינטרסים המתנגשים, ובפלטפורמה הייחודית של תובענה ייצוגית בה עורך הדין מייצג מספר רב של לקוחות יש לאפשר לעורך דין אחר לפעול לשמור על הזכויות של לקוחותיו (פס' 58-52). לדיון בבעיית ניגודי

המשמעותי חייב להיות בלתי תלוי בתוצאות ההליך, כדי שלא ישפיע עליהן.⁴⁷ יש מקרים שבהם הפרדה כזו אינה אפשרית.⁴⁸ חמור מכך, האיום בהפעלת סנקציה משמעתית עלול להיות בידי הנתבע מנוף לחץ על עורך הדין המייצג, ולהביאו לפשרות גרועות יותר מאשר היה מסכים להן בהעדרה של הסנקציה.

מכאן, שלאכיפת הנורמות האתיות באמצעות סנקציות על עורך הדין המייצג, בין במסגרת דיני התובענות הייצוגיות, ובין במסגרת כללי משמעת אתיים, עלולות להיות תוצאות הפוגעות בחברי הקבוצה המיוצגת ובמטרות ההרתעה והאכיפה של החוק. יחד עם זאת, יש להתוות לעורך הדין המייצג עקרונות אתיים שעל פיהם עליו לנהוג. במקרים המתאימים,

האינטרסים בין חברי קבוצה ר' להלן פרק 4.ב.. יצוין כי בשני המקרים בית הדין המשמעותי התייחס למאפייני ההליך הייצוגי אולם לא עמד באופן מלא על מורכבויותיו.

47 להתייחסות בית המשפט להפרדה בין טענות במישור האתי לבין הההליך הייצוגי ראו למשל רע"א 2094/16 אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (נבו 30.3.2016), שם הוגשה בקשה למחיקת בקשת האישור ולחילופין לפסילת המבקשת ובאי כוחה היות שאחד מהם (שהתפטר מייצוג) היה מעורב בייצוג המשיבה באותו עניין. כל אחד מהצדדים להליך הגיש חוות דעת מומחה מתחום האתיקה ביחס לניגודי עניינים נטענים והשלכותיהם על בקשת האישור. בית המשפט העליון קבע כי: "אין בעצם העלאת טענה להפרה של כללי האתיקה, כמו גם בהגשת תלונה ללשכת עורכי הדין, כדי לפסול את עורך הדין מלייצג או כדי להביא לסילוק הבקשה על הסף. כפי שציין בית משפט קמא, ברגיל המסלול לבידור הדברים הוא באמצעות מנגנון הדין המשמעותי בלשכת עורי הדין (במקרה דנן אכן הוגשה תלונה ללשכת עורכי הדין, אשר ככל הנראה טרם התבררה). אני נכון להניח כי במקרים קיצוניים, בהם פגם בהתנהלותו של התובע המייצג או בא כוחו הוא כה משמעותי עד שיורד הוא לשורש התביעה, עשוי הדבר להביא לסילוק הבקשה, וזאת כאשר אין בנמצא אמצעי מתן יותר לריפוי הפגם. ואולם, מדובר בסעד השמור למקרים קיצוניים..." (פס' 9). וראו גם את ההחלטה עליה נסב הערעור בת"צ (מחוזי מר') 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת נ' אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ, פס' 13 (נבו 3.2.2016). שם הוצעה הבחנה בין פגם הנוגע להתנהלות מול בתי המשפט (העולה כדי שימוש לרעה בהליכי משפט) שייתכן שתצדיק סילוק על הסף לבין התנהלות פסולה כלפי המשיבה. וראו את הדברים שנאמרו שם על ידי כבוד השופט פרוץ גרוסקופף: "וזאת יש לזכור, האמצעי המרכזי לטיפול בהפרות של כללי האתיקה מצד עורכי דין הוא מנגנון הדין המשמעותי. על כן טענה כי האופן בו פעל עורך דין במסגרת התדיינות משפטית מהווה הפרה של כללי האתיקה אינה מהווה, במקרה הרגיל, נושא שבית המשפט יעסוק בו במסגרת אותה התדיינות משפטית. כך, למשל, לעיתים נוצר מצב בו עורך דין שייצג בעבר את שני הצדדים בקשר לעסקה מסוימת, מייצג בהליך המשפטי שבמח בעקבות אותה עסקה את אחד הצדדים. במצבים אלו יש ועולה טענה על ידי הלקוח שנזנח כי עורך הדין פועל בניגוד לכלל אתיקה זה או אחר. מקומה של טענה זו להתברר, ככל שיש ללקוח שנזנח עניין בכך, בבית הדין המשמעותי, ולא במסגרת הדיון בבית המשפט בסכסוך העסקי. דברים אלה יפים גם לגבי הליך של תובענה ייצוגית. טענות להתנהלות הנוגדת את כללי האתיקה המקצועית מצד באי כוח המייצגים יש לברר, במקרה הרגיל, בהליכים משמעותיים המתקיימים בערכאות הפועלות מכוח חוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א – 1961, ולא לפני בית המשפט אשר דן בתובענה הייצוגית." (פס' 14).

48 ככלל, בתי משפט בארצות הברית מעדיפים להפנות בעיות אתיות של עורכי דין להליכים משמעותיים ולא להתמודד איתן במסגרת התנאים לאישור התובענה ייצוגית *Newberg, at § 3: 78*, לעיל ה"ש 4. מצד שני, מאחר שלשכת עורכי הדין האמריקאית מהססת לקבוע כללים יחודיים לעורכי דין העוסקים בתובענות ייצוגיות, ובפועל דילמות אתיות נפתרות פעמים רבות בתובענה הייצוגית עצמה, ההפרדה בין ההליך המשמעותי לתובענה הייצוגית אינה אפשרית *Newberg, at § 19: 1*, לעיל ה"ש 4. בית המשפט העליון קבע כי "מקום שבו עולה טענה בדבר הפרה של כללי האתיקה מצד בא-כוח מייצג, שיכול שגלומה בה פגיעה באינטרס לגיטימי של הנתבע או בהוגנות הדיון, גוברת הנטייה לבחון את הטענות האתיות לגופן כבר בגדרו של ההליך הייצוגי – ולהכריע אם יש בהן כדי להשליך על המשך הייצוג של הקבוצה" - רע"א 3036/19 רותם אמפרט בע"מ נ' טל, פס' 11 (נבו 25.2.2020).

שבהם עורך הדין חרג באופן קיצוני מעקרונות אלה, ניתן להטיל עליו סנקציות משמעותיות. אולם גם בהעדרן של סנקציות כאלה, העקרונות האתיים צריכים להיות ידועים לעורך הדין, והפנמתם על ידו היא חשובה לצמצום הבעיות השונות הנובעות מהמאפיינים המיוחדים לתובענה הייצוגית.

הפרקים הקודמים ביססו את המסד התאורטי לחובות האתיות בתובענות ייצוגיות: תכליתן בהשגת מטרות התובענה הייצוגית, האופן שבו התוויתן צריכה להיות שונה מזו שבתביעות רגילות, והבעייתיות באכיפתן במסגרת הליך האישור וניהול התובענה הייצוגית לגופה. הפרקים הבאים מיישמים את התובנות הללו בשני מישורי יחסים שבהם מיושמות החובות האתיות: בין עורך הדין ללקוח, ובין עורך הדין לבית המשפט.

ג. עורך הדין ולקוחותיו: הקבוצה המיוצגת והתובעת המייצגת

ייצוג חברי הקבוצה הנעדרים מההליך המשפטי מחמיר את ניגודי האינטרסים בינם לבין עורך הדין משום שהאינטרס של כל אחד מהם בתובענה הייצוגית הוא בדרך כלל קטן ואינו מצדיק השקעה משמעותית בפיקוח על עורך הדין. אף כאשר האינטרס מצדיק השקעה כזו, ריבויים של התובעים המיוצגים מביא לבעיית הפעולה המשותפת (collective action), שבה כל אחד מהם מעדיף שהאחר ישקיע ויפקח על עורך הדין, וכולם יהנו מפירות הפיקוח. אפילו אם יש בין התובעים המיוצגים כאלה שהאינטרס שלהם בתביעה משמעותי מספיק כדי להצדיק השקעה בפיקוח על עורך הדין, החשש הוא שהאינטרס של אותם תובעים אינו עולה בקנה אחד עם האינטרס של יתר חברי הקבוצה שתביעתם משמעותית פחות.⁴⁹ לפיכך, יש לחשוש ממצב שבו התובענה הייצוגית משרתת את האינטרס הפרטי של עורך הדין, אולם תרומתה למימוש זכויותיהם של חברי הקבוצה ולהגשמת המטרות הציבוריות של התובענה הייצוגית תהיה מועטה. פרק זה בוחן את הסוגיות האתיות העולות במישור היחסים שבין עורך הדין לבין חברי הקבוצה, ומציע עקרונות לפיהם עורך הדין צריך לפעול בסוגיות אלה. הליך התובענה הייצוגית מיועד לתת סעד לחברי הקבוצה המיוצגת, לאכוף את הוראות החוק ולהרתיע מפני הפרתו. כתוצאה מכך, במרכז הכובד של העקרונות האתיים עומדת הקבוצה המיוצגת. היא הלקוח של עורך הדין. אולם, כאשר פיצוי לכל אחד מחברי הקבוצה אינו מעשי, והסעד ניתן לציבור או בדרך של העברת פיצוי לקרן לניהול וחלוקת כספים, ואינו מזכה ישירות את חברי הקבוצה,⁵⁰ מרכז הכובד עובר לאופן בו משרתות פעולותיו והחלטותיו של עורך הדין את מטרות ההרתעה והאכיפה בחוק תובענות ייצוגיות.⁵¹

בנוסף על חובותיו של עורך הדין כלפי הקבוצה כלקוח, שהאינטרס שלה מתמצה בדרך כלל בהגדלת הסעד הכולל שינתן לה, יש לו חובות גם כלפי חברי הקבוצה האינדיבידואליים, שהאינטרסים של כל אחד מהם בהגדלת חלקו מתוך הסעד הכולל לקבוצה, עלולים לעמוד

⁴⁹ Morris A Ratner, *Class Conflicts*, 92 WASH. L. REV. 785, 790-795; Deborah L. Rhode, *Class Conflicts in Class Actions*, 34 STAN. L. REV. 1183, 1191-1193 (1982).

⁵⁰ סעיף 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות.

⁵¹ זו נקודת מבט שגם הקבוצה היתה בוחרת בה, קודם למעשה או המחדל הנטענים כלפי הנתבעת. בנקודת הזמן הזו הנתבעת מחליטה כיצד לנהוג, מה אמצעי הזהירות שעליה לנקוט בהם, האם עליה לקיים את התחייבויותיה החוזיות, ועוד. בהינתן הנזק הנמוך שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה, האינטרס של כל אחד מהם בנקודת הזמן הזו היא שהוראות הדין יקיימו כלפיו. אינטרס זה חופף לאינטרס הציבורי המגולם בהרתעה בשלב זה.

בקונפליקט זה מול זה. העקרונות האתיים שצריכים להנחות את עורך הדין בייצוג הקבוצה כלקוח, אינם מספיקים כאשר עליו לקבל הכרעות בין חברי קבוצה שונים. הגדלת הסעד הכולל לקבוצה, אינה מורה כיצד יחולק סעד זה בין חבריה. גם כאן, יש לקבוע את חובותיו האתיות של עורך הדין כלפי חברי הקבוצה באופן שיקיים את מטרות החוק, ובפרט את המטרה של מתן סעד הולם.

כל אחד מחברי הקבוצה המיוצגת מעוניין שחלקו בפיצוי יהיה הגדול ביותר שניתן. אילו יכלו לעשות זאת, חברי הקבוצה היו מתקשרים בהסכם אשר היה מביא את עורך הדין לפעול כדי להשיג סעד צפוי מכסימלי, ולחלקו באופן שמיטיב עם כל אחד מהם. לכן, במקרים אלה העקרונות האתיים צריכים לדמות מהי ההסכמה שהיו מגיעים אליה ביניהם, עם עורך הדין, טרם פרוץ הסכסוך, בהתייחס לאופן שבו היו רוצים שהוא ייצגם במצבי קונפליקט כאלה. הסכמה כזו תייצג את הפתרון שמשא את רווחתם של כל חברי הקבוצה ומקיימת את המטרה של מתן סעד הולם לכל אחד מהם.

לבסוף, לעורך הדין יש לקוחה נוספת - היא התובעת המייצגת - עמה יש לו הסכם בפועל. היא שמייפה את כוחו לפעול בשמה והיא חותמת על הסכם ייצוג. היא שנושאת בסיכון בהוצאות ההליך אם יידחה, ובסיכוי לקבלת גמול אם יצליח. לכן, עורך הדין צריך לשמור על האינטרסים של התובעת המייצגת, לקוחתו. אולם, כמו עורך הדין, גם התובעת המייצגת שואבת את כוחה לייצג את קבוצת התובעים, מהחוק. לכן, שניהם חייבים לקיים את מטרות החוק - למכסם את הסעד הניתן לקבוצה המיוצגת, להבטיח את זכות הגישה של חבריה לבית המשפט, ולממש את מטרות אכיפת החוק וההרתעה מפני הפרתו. כללי האתיקה צריכים להנחות את עורך הדין ביחסיו עם התובעת המייצגת, באופן שאכן יבטיח את קיום מטרות החוק.

1. עורך הדין והקבוצה כלקוח

עם הגשת הבקשה לאישור, ועוד טרם אישורה של התובענה הייצוגית הופך עורך הדין למייצגם של חברי הקבוצה. כקולקטיב - הקבוצה היא הלקוח. בניגוד ללקוח בתביעה רגילה, שעורך הדין הוא שלוחו, מודל הייצוג בתובענה הייצוגית אינו מודל של שליחות.⁵² הקבוצה לא יפתה את כוחו של עורך הדין לפעול בשמה. היא אינה מודעת על הגשת הבקשה לאישור התובענה ייצוגית, ואינה לוקחת חלק בניהול ההליך או בקבלת ההחלטות.⁵³ הייצוג נקבע, כאמור, מכוח הוראות החוק.

⁵² לדעת Moore ניתן לפתור רבות מן הבעיות האתיות המתעוררות בהליכים ייצוגיים, על ידי התייחסות לקבוצה כיישות (להבדיל מחברי הקבוצה האינדיבידואלים) כלקוחה של עורך הדין, Moore, *Who Should Regulate?*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1485. זאת גם בשלב שלפני אישור התובענה כייצוגית; Moore, *Who Will Regulate?*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 584; Shapiro, לעיל ה"ש 38, בעמ' 923-934.

⁵³ ר' Shapiro, לעיל ה"ש 38. Moore, *Who Should Regulate?*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1485; Moore, *Who Will Regulate?*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 584.

לעמודה אחרת לפיה אין צורך בהגדרת זהות הלקוח (האם הקבוצה או חברי הקבוצה הם הלקוח, או שמתקיימים "מעין" יחסי עורך דין לקוח או שלא מתקיימים כלל יחסי עורך דין לקוח) וניתן לבחון כל מקרה לגופו - ראו את עמדת ועדת האתיקה של ניו יורק: New York City Bar Committee on Professional and Judicial Ethics Formal Op. 2004-01 (2004), available at <http://>

במערכת היחסים בין עורך הדין לבין הקבוצה, הן בעיית הנציג והן בעיית פערי המידע, הופכות קשות יותר. הקבוצה אינה יכולה לפקח על התנהלותו של עורך הדין, ואינה יכולה להבטיח שהוא פועל לקדם את האינטרסים שלה. חברי הקבוצה אינם בקיאים בפרטי ההליך, ופעמים רבות כלל אינם מודעים לקיומו.⁵⁴ בסיומו של ההליך, חברי הקבוצה בדרך כלל לא יבואו בטרוניה לעורך הדין על כך שהם אינם מרוצים מתוצאותיו.

חוק תובענות ייצוגיות קובע הוראות שמסדירות את חובותיו של עורך הדין כלפי הקבוצה ואת הפיקוח של בית המשפט על התנהלותו. חובת הנאמנות של עורך הדין לקבוצה חלה מרגע הגשת בקשת האישור, עוד לפני קבלתה, וזאת מכוח הוראת סעיף 17 לחוק תובענות ייצוגיות, לפיה על בא כוח מייצג לפעול בנאמנות ובמסירות לטובת הקבוצה, כאילו הייתה שולחתו.⁵⁵ עורך הדין חב חובות אמון וזהירות כלפי הקבוצה, ועליו לסייע לבית המשפט בהגנה על זכויות חבריה. על עורך הדין לפעול לטובת הקבוצה, ולקדם את האינטרסים שלה. החובות לפעול במסירות ובמקצועיות ולהיות מיומן ובקיא בתחום בו הוא מייצג הן חובות

www.nycbar.org/ethics/ethics-opinions-local/2004-opinions/814-lawyers-in-classactions (להלן: החלטת ועדת האתיקה של ניו-יורק).

⁵⁴ על אף שיש לראות את הקבוצה כלקוחתו של עורך הדין המייצג, ואין יחסי עורך דין לקוח בינו לבין כל אחד מחברי הקבוצה, קמה לו בכל זאת חובת גילוי ויידוע ביחס לכל אחד מהם, בהתחשב במגבלות הקיימות על מימושה של חובה זו. חוק תובענות ייצוגיות קובע מנגנוני יידוע מינימליים לחברי הקבוצה. סעיף 25 לחוק מורה על פרסום הודעה לחברי הקבוצה על מצבים שונים. למשל, פרסום החלטה המאשרת את התובענה כייצוגית, פרסום הודעה על הגשת בקשה לאישור הסדר פשרה ועל החלטה המאשרת הסדר פשרה, ופרסום פסק דין בתובענה ייצוגית. לפי סעיף 25(ה) לחוק אופן הפרסום תלוי בשיקול דעתו של בית המשפט. נראה כי מרבית חתי המשפט מורים על פרסום הודעות בשני עיתונים יומיים. יחד עם זאת, חלק מבתי משפט מורים, כדבר שבשגרה, על פרסום הודעות באתרי האינטרנט הנתבעות. ראו למשל: ת"צ (מחוזי ת"א) 1196/07 גבאי נ' רכבת ישראל בע"מ, פס' 77 (נבו 18.10.2020). יחד עם זאת, על עורך הדין מוטלת החובה לממש את חובות היידוע הקיימות באופן מיטבי, כך שהמידע יגיע, עד כמה שניתן, לחברי הקבוצה. כך למשל, על עורך הדין לשאוף לפרסם את ההודעות בעיתונות שעשויה להיות רלוונטית לחברי הקבוצה (למשל תושבי איזור מסוים), או לפרסם אותן באתר האינטרנט של הנתבעת שחברי הקבוצה צפויים להיתקל בו. ככל שיש בידי עורך הדין המייצג או הנתבעת פרטים אישיים של חברי הקבוצה המאפשרים לזהותם וליידועם, יש לשאוף ליידע אותם באופן אישי בכפוף לחובות לשמור על פרטיותם. כמו כן, על המידע להיות ברור ופשוט לקריאה, ולכלול רק את המידע הרלוונטי ביותר עבור חברי הקבוצה.

⁵⁵ וזה לשונו של ס' 17 לחוק תובענות ייצוגיות: "במילוי תפקידיו, יפעל בא כוח מייצג בנאמנות ובמסירות לטובת הקבוצה שבשמה הוגשה הבקשה לאישור או הקבוצה שבשמה מנוהלת התובענה הייצוגית, לפי הענין, כאילו הייתה שולחתו, בשינויים המחויבים מכך שההליך הוא הליך ייצוגי." הוראה דומה אינה קיימת בדין האמריקאי. בארצות הברית נקבע כי לאחר שאושרה התובענה הייצוגית, מתקיימים יחסי עורך דין לקוח בין עורך הדין לחברי הקבוצה. עם זאת, גם לפני האישור יש הכרה בחובותיו של עורך הדין לפעול לטובת האינטרסים של הקבוצה המיוצגת. Newberg § 19.2, לעיל ה"ש 4. מצד שני, נקבע כי ישנם מקרים – גם לאחר אישור התובענה כייצוגית – שייקבע כי לא מתקיימים יחסי עורך דין לקוח בין עורך הדין לחברי הקבוצה ביחס לעניינים מסוימים, כך שעורך הדין רשאי לייצג נגד חבר בקבוצה בנושאים שלא קשורים לתובענה הייצוגית. Newberg § 19.2.

שהוא חב כלפי הקבוצה,⁵⁶ ומשמען גם שעליו לערוך את כלל הבדיקות - העובדתיות והמשפטיות - בטרם תוגש על ידיו בקשה לאישור.⁵⁷

סעיף 8(א)(4) לחוק קובע כי תנאי לאישור התובענה הייצוגית הוא כי קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של חברי הקבוצה ייוצג וינהל בתום לב.⁵⁸ במסגרת זו, בית המשפט צריך לבחון האם האינטרס האישי של עורך הדין בניהול התובענה עולה בקנה אחד עם עניינם של חברי הקבוצה ואם אין חשש לניצול ההליך הייצוגי לצורך הפקת רווח אישי, על חשבונם של חברי הקבוצה.⁵⁹ סעיף 8(א)(3) לחוק קובע כי בית המשפט יאשר את התובענה כייצוגית רק

⁵⁶ לדרישת המקצועיות כחלק מחובת הנאמנות ראו - זר-גוטמן "נאמנויות", לעיל ה"ש 19, בעמ' 251-256. כמו כן, מקצועיות עורך הדין נבחנת כחלק מיכולתו לייצג באופן הולם ובתום לב את הקבוצה לפי סעיפים 8(א)(3)-(4) לחוק - ראו למשל ע"א 1582/20 **חלפון נ' שמן משאבי נפט וגז בע"מ**, פס' 58-61 (נבו 29.12.2021) (להלן: עניין **חלפון**). עוד ראו אלון קלמנט ונעמה הדסי "על יישומן הראוי של תקנות סדר הדין האזרחי החדשות בתובענות ייצוגיות" **פורום עיוני משפט** מה 23-24 (התשפ"ב) (להלן: קלמנט והדסי "התקנות החדשות").

⁵⁷ עניין **חלפון**, לעיל ה"ש 56, פס' 59-63; בר"מ 4303/12 **אינסלר נ' המועצה האזורית עמק חפר**, פס' 19 לפסק דינו של השופט פוגלמן (נבו 22.11.2012): "בהתאם לכך, הגשת בקשה לאישור מבלי לערוך בדיקה מעמיקה של התשתית העובדתית והמשפטית הרלוונטית עלולה כשלעצמה להוליך למסקנה כי יש יסוד סביר להניח שהתובע הייצוגי ובא כוחו לא ייצגו את הקבוצה בתום לב."

לעמדת בתי המשפט ביחס לבקשות שהוגשו ללא תשתית ראייתית ראו למשל: ת"צ (מחוזי ת"א) 49517-09-16 **מטושקין נ' ארליך מעברות (1999) בע"מ**, פס' 21-23 לפסק דינה של השופטת נחליאלי חיאט (נבו 30.7.2019); ת"צ (מחוזי ת"א) 1729/06 **שר נ' עליית ממתקים**, פס' 11 לפסק דינה של השופטת ברוך (נבו 24.5.2009): "... ביסודן של התובענה ושל בקשת האישור לא עומדת עלית תביעה אמיתית, לא אישית ובוודאי שלא ייצוגית. מדובר בבקשה שנראה כי הוגשה כלאחר יד, בלא שהונחה לה תשתית עובדתית וראייתית מתאימה...".

⁵⁸ דרישת תום הלב נבחנה בראש ובראשונה במישור היחסים של המייצגים אל מול חברי הקבוצה המיוצגת, אך בהמשך פורשה חובת תום הלב גם ביחס לבתי המשפט והצד שכנגד, הן מכוח החובה הקבוצה בסעיף 8(א)(4) לחוק והן כנגזרת של חובת תום הלב הכללית. קלמנט והדסי "התקנות החדשות", לעיל ה"ש 56, בעמ' 21-22; כן ראו עניין **שלמה תחבורה**, לעיל ה"ש 45, פס' ל לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימוס) רובינשטיין; עניין **חלפון**, לעיל ה"ש 56, פס' 55; ת"צ (מחוזי מ"ר) 36086-07-11 **חריט נ' ידיעות אינטרנט (שותפות רשומה)**, פס' 22 (נבו 19.9.2002) (להלן: עניין **חריט**).

⁵⁹ ע"א 8037/06 **ברזילי נ' פרינר (הדס 1987) בע"מ**, פסקה 92 לפסק דינו של השופט מלצר (נבו 4.9.2014). בפסיקה נקבע, בין היתר, כי הגשת תובענות ייצוגיות כאמצעי להשגת מטרות אחרות הזרות לתובענה הייצוגית - כגון רצון לפגוע במתחרה עסקי או ל"סחוט" פשרה עלולה להחשב כחוסר תום לב - ראו למשל עניין **פרינר**, פסקה 95 לפסק דינו של השופט מלצר, וכן ת"צ (מחוזי ת"א) 7109-12-19 **ערמון נ' כל בו חצי חיים בע"מ**, פס' 31 (נבו 3.1.2022) (להלן: עניין **ערמון**): "... בענייננו מדובר בבקשה שכל כולה נועד להפעיל לחץ בלתי ראוי על חצי חיים להגיע לפשרה עם המבקש ובאי כוחו, באופן המיטיב עימם". כך גם הגשת תובענות סרק חסרות בסיס - עניין **שלמה תחבורה**, לעיל ה"ש 45, פסק כ"ד לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימוס) רובינשטיין. בעניין **ערמון**, בית המשפט המחוזי בתל אביב, כבוד השופטת נחליאלי חיאט העירה כי "אם עיון בפנקס יעלה כי מבקש בקשת האישור או בא כוחו הגישו תוך פרק זמן קצר, הליכים ייצוגיים רבים (עשרות), אזי תיטה הכף לראות בבקשת האישור בקשת סרק. זאת מאחר שהגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית מצריכה השקעת זמן ומשאבים בעריכת כתב בקשת האישור וכן באיסוף תשתית ראייתית ראשונית המבססת את הנטען בבקשת האישור והרי הגשת מספר גדול של הליכים תוך זמן קצר על ידי אותו אדם מלמדת כי בעריכת כל אחת מהבקשות שהוגשו הושקעה מידה קטנה של משאבים. ברי כי מצב זה אינו ראוי ולא רצוי, וחוטא למטרה החשובה של ההליך הייצוגי. לכך אוסיף כי לטעמי ניהול עשרות הליכים במקביל הם כמעט "משימה בלתי אפשרית" עבור מספר קטן של מבקשים או עורכי דין, ובהיעדר יכולת ממשית לנהל הליכים ייצוגיים באופן רציני כמתחייב,

אם מצא כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייצוג וינוהל בדרך הולמת.⁶⁰ תנאי זה מתמקד בכשירותו של עורך הדין, ביכולתו לייצג את עניינם של חברי הקבוצה בהתחשב במומחיותו, בידע והניסיון שצבר, המשאבים העומדים לרשותו ויכולתו לבצע את תפקידו באופן שלא יקופחו זכויותיהם של חברי הקבוצה עקב ייצוג כושל.⁶¹

אף על פי שחוק תובענות ייצוגיות מבקש להסדיר את יחסי עורך הדין והקבוצה המיוצגת, ההסדרים שהוא קובע אינם מכסים את כל ההיבטים במישור היחסים הזה, ואינם נוגעים לכל שלבי ההליך בהם עלולה להתעורר התנגשות בין האינטרסים השונים. לכן, יש תועלת בהגדרתם של עקרונות אתיים מנחים להתנהלות עורך הדין, בין כמקור פרשני ליישום ההסדרים השונים הקבועים בחוק, ובין כמורי דרך לעורכי הדין. העקרונות האתיים צריכים להנחות את עורך הדין לפעול באופן שתואם להוראות החוק, בנושאים המוסדרים בו, ולקבוע עקרונות מנחים לפתרון מצבים שאינם מוסדרים בחוק שבהם החלטותיו משליכות על קיום מטרותיו של החוק. שתי קטגוריות של מקרים שבהם עולות שאלות כאלה – חובות עורך הדין טרם הגשת הבקשה לאישור, וחובות עורך הדין בפשרה ובהסתלקות, מוצגות להלן.

מתחזקת המסקנה כי ההליכים שהוגשו לא נועדו להתנהל אלא כדי להפעיל לחץ על המשיב או הנתבע להגיע לפשרה. (שם, בפס' 21).

הגשה במקביל של מספר בקשות לאישור ללא רישום, או ללא יידוע של בית המשפט, עלולה להחשב כחוסר תום לב. בעניין **שלמה תחבורה**, לעיל ה"ש 45, פס' מ' לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין, נקבע כי "היעדר רישומה של תובענה ייצוגית וכן אי-יידועו של בית המשפט בדבר קיומה של תובענה דומה המתנהלת במקביל, עלולים לעלות כדי חוסר תום לב וכן להעלות ספק לגבי יכולתו של בא כוח הקבוצה לייצגה באופן הולם; כך במיוחד, כאמור, במקרים בהם מדובר באותו בא כוח המייצג בהליכים השונים או באותם תובעים מייצגים". ובפס' מב: "Forum Shopping, חיזור על פתחיהם של מספר בתי משפט בתקוה שבאחד מהם ייקלט הזרע בלא ליידע אחרים, הוא אינדיקציה ממשית לנושא תום הלב". וראו גם בבש"א 1715/06 **סופר פארם (ישראל) בע"מ נ' ליאורה מלכה**, פס' 4 (נבו 12.4.2016). גם בעניין **חרסט**, לעיל ה"ש 58, בפס' 22 נקבע כי יש לדחות 17 בקשות לאישור תובענות ייצוגיות שהוגשו באותו נושא על ידי אותם תובעים מייצגים, מבלי ליידע את בתי המשפט על ההגשה המבוזרת. ערעור על פסק הדין נדחה בהסכמת הצדדים – ע"א 8290/12 **דואניאס נ' פורמלי ידיעות אינטרנט** (נבו, 22.2.2017). בע"א 7413/21 **יעל חפץ נ' Facebook Ireland Limited**, פס' 4, 9 (נבו 17.5.2022) נדחתה בקשת ערעור על החלטת ביהמ"ש המחוזי למחוק הליך ייצוגי מכוח סעיף 7(ב) לחוק תובענות ייצוגיות, על רקע קיומם של הליכים דומים. ביהמ"ש המחוזי סירב לאחד את התביעות בשל התנהלות חסרת תום לב של חפץ שלא ציינה את התיקים הנוספים בהגשת הבקשה. בעניין **אילה**, לעיל ה"ש 19, נפסקו הוצאות אישיות לבאי כוח המבקשים בשל הגשת סדרת תביעות ייצוגיות בנושא דומה. הגם שלא נקבעה בחוק חובת פניה לנתבע טרם הגשת בקשת האישור, בתי המשפט הכירו בכך שבנסיבות מסוימות העדר פניה כאמור תהווה חוסר תום לב: דנ"ם 5519/15 **יונס נ' מי הגליל תאגיד המים והביוב האזורי בע"מ**, פס' 38 לפסק דינה של הנשיאה חיות (נבו 17.2.2019) (להלן: הדין הנוסף **במי הגליל**). וראו: קלמנט והדסי "התקנות החדשות", לעיל ה"ש 56, בעמ' 22-23 מול ה"ש 88.

⁶⁰ ס' 8(ג)(1) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי ביהמ"ש רשאי לאשר תובענה ייצוגית אף אם לא התקיימו תנאים אלו, אם מצא כי ניתן להבטיח את קיומם באמצעות צירוף תובע מייצג או בא כוח מייצג או החלפתם. אם ביהמ"ש אישר את התובענה הייצוגית תוך הפעלת הוראות סעיף זה, עליו לתת הוראות לשם הבטחת ייצוג וניהול עניינם של חברי הקבוצה בדרך הולמת ובתום לב.

⁶¹ עניין **פרינר**, לעיל ה"ש 59, בפס' 91; עניין **חלפון**, לעיל ה"ש 56, פס' 54; קלמנט "קווים מנחים", לעיל ה"ש 6, בעמ' 131.

(א) חובות עורך הדין טרם הגשת הבקשה לאישור תובענה ייצוגית

החוק אינו מטפל בשאלה מהי החובה שחב עורך הדין קודם להגשת הבקשה לאישור. בתביעה רגילה אין שלב ייצוגי הקודם להתקשרות של עורך הדין עם לקוחות ולכן גם כללי האתיקה אינם עוסקים בחובותיו כלפיה בשלב זה.⁶² לעומת זאת, בתובענה ייצוגית יתכן שעורך הדין יעשה פעולות שמשפיעות על זכויות חברי הקבוצה, עוד בטרם הוגשה הבקשה לאישור. מאחר שפעולות אלה עלולות להשפיע על האופן שבו ניתן יהיה לממש את מטרות החוק מרגע הגשת הבקשה לאישור, ניתן לגזור חובות אתיות החלות על עורך הדין גם בשלב זה.

השאלה העיקרית בהקשר זה עולה ביחס לפניה של עורך הדין המייצג לנתבעת, בקשר לעילת תביעה עתידית ולהסכמות שלהם, בטרם הוגשה בקשת האישור ובטרם הוגדרה הקבוצה המיוצגת. מאחר שבשלב זה אין עדיין הליך ייצוגי המאפשר פיקוח על אותן הסכמות, ישנה חשיבות להחלת חובות אתיות על עורך הדין לשמירה על טובתה של הקבוצה. עם זאת, טרם פתיחת ההליך, החובות שניתן להטיל על עורך הדין הן מצומצמות יותר, ויכולות למנוע רק פעולות הפוגעות בחברי הקבוצה.

החובה האתית של עורך הדין כלפי הקבוצה עוד בטרם הגשת הבקשה לאישור קמה, בעיקר, ביחס להסכמות שהוא מגיע אליהן עם הנתבעת.⁶³ הסכמות אלה יכולות לכלול, למשל, התחייבות של עורך הדין שלא להגיש את התביעה, תמורת תשלום מהנתבעת. עורך הדין עושה שימוש בזכותם הפוטנציאלית של חברי הקבוצה למען טובתו האישית, והסכמתה של הנתבעת לשלם לו בתמורה מצביעה על כך שהימנעותו של עורך הדין מלתבוע היא בעלת ערך עבורה, מאחר שאין ודאות שתיתבע באותה עילה על ידי עורך דין אחר. זאת, למרות שלעורך הדין אין בלעדיות על הייצוג. אינטרס זה של הנתבעת מצביע על כך שהסכמה כזו עלולה לדלל את ההרתעה של הנתבע מלהימנע להפר חובות המוטלות עליו על פי דין, או למנוע פיצוי מחברי הקבוצה.

מאחר שעורך הדין אינו מייצג בשלב הזה את חברי הקבוצה וממילא אינו יכול לוותר על זכות התביעה בשמם, ומאחר שהימנעותו מהגשת התביעה אינה מגבילה עורכי דין אחרים מהגשתה של תביעה דומה, ניתן היה לכאורה לטעון כי אין מניעה להגיע להסכמה כזו. בשלב הקודם להגשת בקשת האישור, החוק לכאורה אינו חל. אולם, ההבנה שהאינטרס היחיד של הנתבעת להתקשר עם עורך הדין בשלב זה נובע מהאיום בתביעה, שאותה הוא מוסמך להגיש מכוח החוק, וראייה רחבה של האופן שבו הסכמות כאלה משפיעות על מטרות החוק, ובראשן הרתעה ופיצוי, מכתבות להטיל איסור על עורך הדין מלהגיע להסכמות כאלה.⁶⁴

⁶² יחד עם זאת, גם בתביעה אישית החובות האתיות יכולות לחול בשלבים מאד מקדמיים של התגבשות מערכת יחסים של עורך דין-לקוח. חוק לשכת עורכי הדין וכללי האתיקה אינם מגדירים מיהו לקוח. בתי המשפט בוחנים את הסוגיה לפי הנסיבות העובדתיות של המקרה, ובפרט האם עורך הדין קיבל על עצמו את ייצוג הלקוח – ע"א 58/86 לוי נ' שרמן, פד"י מד(4) 446, 479 (1990). לתחולת חובות אמונים על עורך הדין בשלב זה ר' עמיר ליכט, "תום לב זה לחלשים – האם יש חובות אמונאות במשא ומתן לקראת הסכם עורך דין-לקוח?" **נקודה בטוף משפט** (בלוג <https://amirlicht.wordpress.com/2019/09/23/155>).

⁶³ שאלות ביחס להסכמות אלה עולות בקשר עם השאלה האם מוטלת על עורך הדין *חובה*, לפנות לנתבע לפני הגשת הבקשה לאישור תובענה ייצוגית. ר' דיון בחמי-בן-נון וטל חבקין "היש להטיל על תובע נטל לפנות לנתבע לפני הגשת בקשה לאישור תובענה כייצוגית?" **עלי משפט** יב 7 (התשע"ו).

⁶⁴ הדבר נובע גם מתחולת חובות הנאמנות של עורך הדין בשלב זה. ר' לעיל ה"ש 62

הטלת איסור כזה תניע את עורך הדין לתבוע, במקרה שהוא סבור שסיכוייו להצליח בתביעה גבוהים מספיק. תביעה כזו תביא את התועלת הנגזרת לציבור ולקבוצה המיוצגת, תועלת שרק ממנה ראוי לגזור את שכרו. מנגד, כאשר עורך הדין אינו סבור שסיכויי ההצלחה של טענותיו מצדיקים הגשת תביעה, והנתבע מעוניין בכל זאת לשלם לעורך הדין שכר טרחה כדי למנוע מעצמו את הטירדה שבהמשך ההתנהלות מולו, הדבר אינו משרת אף אחת ממטרות החוק. יתרה מכך, תשלום שכר טרחה לעורך הדין במקרה כזה מעודד פניות כאלה היוצרות עלות חברתית ללא תועלת. בדיוק כפי שיש להגביל מתן שכר טרחה בפשרה ובהסתלקות כאשר סיכויי התביעה נמוכים,⁶⁵ כך צריך למנוע מעורך הדין לקבל שכר טרחה תמורת הימנעותו מתביעה טרם הגשתה.

חשש דומה חל גם כאשר עורך הדין והנתבעת מגיעים לפשרה שמוגשת לאישור בית משפט בד בבד עם הגשת הבקשה לאישור התובענה כייצוגית.⁶⁶ במקרים אלו, המשא ומתן בין הצדדים התנהל טרם הגשת הבקשה לאישור, אולם בקשת האישור מוגשת על בסיסו. החשש במקרה זה הוא כי בקשת האישור נוסחה באופן צר, ונתפרה למידותיה של הפשרה, כך שהיא תכלול רק עילות וסעדים לגביהם הושגה הסכמה בין הצדדים. האינטרס של הנתבעת בניסוח כזה הוא ברור, אולם הדבר עלול לבוא על חשבונם של חברי הקבוצה. במצב דברים זה, אין פער בין הטענות בבקשת האישור להסכמות שהושגו בפשרה, ולכן בית המשפט יתקשה לפקח על הפשרה באופן אפקטיבי. לכן, יש חשיבות לכך שעורך הדין ישמור על האינטרסים של חברי הקבוצה, ולא יסכים, טרם הגשת הבקשה לאישור, לפשרה שתועלתה עבורם נמוכה מזו שהיו משיגים בהתדיינות על בסיס בקשה לאישור תובענה ייצוגית שאינה צמודה להסדר פשרה.

חובה להימנע מהסכמים כאלו צריכה להיות מוטלת על עורך הדין, כלפי חברי הקבוצה, בטרם הגשת בקשת האישור, משום שבהסכמה לפשרה והגשת הבקשה לאישורה, עורך הדין מקבל בלעדיות על הייצוג ומשפיע על הערך שיקבלו חברי הקבוצה המיוצגת תמורת עילת התביעה שלהם.⁶⁷ אין בכך כדי לשלול את האפשרות להגיע לפשרה טרם הגשת בקשת האישור, אולם על עורך הדין לוודא שהסדר הפשרה הוא ראוי, בהשוואה לתביעה שכוללת את מלוא עילות התביעה שסיכויי הצלחתן גבוה מספיק, להבנתו. עליו להגיש בקשת אישור אשר כוללת את כל העילות הללו, ואליה לצרף את הסדר הפשרה שאליו הגיע. בית המשפט

⁶⁵ דברי ההסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות (תיקון מס' 10) (הסדרי פשרה והסתלקות), התשע"ו-2016, ה"ח 637, 116, 117; בע"א 1387/23 גינדי נ' הולמס פלייס אינטרנשיונל בע"מ (נבו) 18.12.2023. ביהמ"ש העליון דחה ערעור על גובה שכר טרחה בהסדר פשרה בטענה ששכר הטרחה תואם את התועלת הפחותה בפשרה שהושגה (פס" 4-6 של השופטת וילנר). וראו גם ע"ע (ארצי) 15001-03-14 טננבאום נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ, בפס" 28 (ב) (נבו) 1.9.2014. שם נדחה ערעור על גובה שכר טרחה בהסתלקות בין היתר בשל הסיכויים הנמוכים של התביעה.

⁶⁶ כך למשל ארע בעניין ת"צ (אזורי עבודה) 55792-09-14 ידן גל נ' איטיצ'ר בע"מ, פס" 13-20 (נבו) 18.11.2015. כך גם ארע בת"צ (אזורי עבודה) 36734-10-18 אברג'ל נ' הפניקס חברה לביטוח (נבו) 7.6.2019. שם הבקשה לאישור התובענה כייצוגיות הוגשה לבית הדין באותו יום בו הוגש הסדר הפשרה (נבו) 16.10.2018.

⁶⁷ וראו גם Moore, *Who Will Regulate?*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 581-582. Moore שימשה כעדה מומחית במספר מקרים בהם הועלו טענות לניגודי עניינים בשלב שלפני הגשת בקשת האישור. כך למשל בשל העדר יידוע של תובעים פוטנציאליים על קיומו של משא ומתן. לטענתה, גם לפני הגשת בקשת האישור יש לראות את הקבוצה כלקוח פוטנציאלי שיש לעורך הדין חובות כלפיו (שם, בעמ' 587).

הוא שצריך לבחון את הסדר הפשרה, וככל שימצא אותו בלתי ראוי, על עורך הדין להיות מוכן להמשיך ולנהל את בקשת האישור שהגיש. לפיכך, עליו להימנע מהסכמה מראש שלא לנהל את התביעה אם הסדר הפשרה לא יאושר.

(ב) חובות עורך הדין בפשרה ובהסתלקות

החוק קובע שורה של תנאים ופרוצדורות לאישור הסדר פשרה. החשש מפני העדפת טובתו האישית של עורך הדין על פני טובת חברי הקבוצה הוא גדול כאשר הצדדים מנהלים משא ומתן לפשרה. בשלב זה, האינטרסים של עורך הדין המייצג ושל הנתבע עלולים להתלכד, על חשבון חברי הקבוצה והאינטרס הציבורי.⁶⁸ חוק תובענות ייצוגיות מתמודד עם החשש להעדפת טובתו האישית של עורך הדין באמצעות הסדרים שונים המפקחים על שלב הפשרה (או ההסתלקות) ומבקשים להגן על טובתה של הקבוצה: סעיף 16(א) לחוק קובע כי הסתלקות מבקשת אישור תעשה רק באישור בית המשפט, וכי טובת הנאה בגין הסתלקות כאמור תינתן רק מקום בו בקשת האישור הביאה תועלת לחברי הקבוצה;⁶⁹ סעיף 19(א) לחוק קובע כי בית המשפט לא יאשר הסדר פשרה אלא אם מצא כי ההסדר ראוי, הוגן וסביר בהתחשב בעניינם של חברי הקבוצה; סעיף 18(ג) לחוק קובע כי בקשה לאישור הסדר פשרה תפורסם וגורמים מסוימים רשאים להתנגד לה לפי סעיף 18(ד) לחוק; סעיפים 22(ב) ו-23(ב) לחוק קובעים כי הגמול לתובעת המייצג ושכר הטרחה לעורך הדין המייצג יקבעו, בין היתר, בהתאם לתועלת שהביאה התובענה הייצוגית לחברי הקבוצה.⁷⁰

למרות שהחוק מסדיר באופן מקיף את נושא הפשרה וההסתלקות, ישנן מספר סוגיות שהוא אינו נותן להן מענה. סוגייה אחת נוגעת למקרה שבו במסגרת הסתלקות או פשרה עורך הדין מתחייב שלא לייצג חברי קבוצה בתביעות דומות בעתיד. בניגוד להתחייבות שלא לתבוע טרם הגשת הבקשה לאישור, אשר עלולה לפגוע בסיכוי להגשת התביעה, הרי בבקשת אישור או תביעה שהסתיימו בפשרה או בהסתלקות, אין לכאורה בהתחייבות כזו בעיה משום שהיא אינה מונעת הגשת תביעות בעתיד על ידי עורכי דין אחרים, בתביעות אחרות.⁷¹ ככל

⁶⁸ קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 6, בעמ' 781-784; אמיר ויצנבליט "ייצוג הולם בהסדר פשרה בתובענות ייצוגיות" משפטים מג 351, 366-373 (התשע"ג) (להלן: ויצנבליט "ייצוג הולם").

⁶⁹ ואם הבקשה לאישור ההסתלקות הוגשה לפני שאושרה התובענה הייצוגית – האם התובענה הראתה עילת תביעה לכאורה (סעיף 16(א) לחוק).

⁷⁰ על החשיבות לבדיקת התנאי לפיו הקבוצה יוצגה באופן הולם במסגרת בחינת הסדר הפשרה ראו: ויצנבליט "ייצוג הולם", לעיל ה"ש 68, בעמ' 376. וראו גם: Amchem Products, Inc. v. Windsor, 521 U.S. (1997). 2231, 2233 S. Ct. 117, 591 (להלן: עניין Amchem); Ortiz v. Fibreboard Corp., 527 U.S. (1999). 715, 144 L. Ed. 2d 715, 2295 S. Ct. 119, 815 (להלן: עניין Ortiz). In re GMC Pick-Up Truck Fuel Tank Prods. Liab. Litig., 55 F.3d 768, 798-800 (1995).

⁷¹ וראו התייחסות לסוגיה זו בעמ' 7809/12 ד"ר באסם חזאן נ' קלאב הוטל אינטרנשיונלס (א.ק.ה), פס"כ 10 (נבו 31.12.2013) – "לטענת היועץ המשפטי לממשלה, אין לאשר התחייבות אישית של עורך דין שלא ליטול חלק בהליך ייצוגי נוסף נגד הנתבע, שנושאו דומה לזה שלגביו הוגשה בקשת ההסתלקות. טענה זו הינה מוקשית. איני סבור כי ניתן, מבחינת המשפט המצוי, לאסור על עורך דין להימנע מלהתחייב שלא לייצג את חברי הקבוצה בהליך ייצוגי אחר שיוגש בעתיד. אף איני סבור כי זהו המשפט הרצוי... ניתן להקשות ולשאול, האם יאה זה לטובת הקבוצה אם עורך הדין יידרש לייצג בעתיד את הקבוצה, בניגוד לרצונו? ! דומה כי התשובה לכך ברורה מאליה". Lynn A. Baker, *Mass Torts and the Pursuit of Ethical Finality*, 85 FORDHAM L.

שתביעות כאלה נובעות או קשורות להסדר הפשרה שהושג, פרסומו מבטיח שעורכי הדין האחרים ינצלו את המידע ויתבעו. יחד עם זאת יש לאסור על עורך הדין לדרוש תוספת לשכר הטרחה בתמורה לויתור על האפשרות לתביעה בעתיד. התניה של גובה שכר הטרחה המוצע בהסתלקות או בפשרה בהתחייבות כזו, מעמידה את עורך הדין בניגוד עניינים עם הקבוצה, והיא אינה משרתת אף אחת ממטרות התובענה הייצוגית.⁷²

סוגיה נוספת מתעוררת כאשר יש תחרות בין עורכי דין על הייצוג, והנתבעת מעוניינת לבחור את ההליך שיאפשר לה להגיע להסכמות הטובות ביותר מנקודת מבטה. מאחר שלא ייפסקו גמול ושכר טרחה נגד אותה נתבעת במספר הליכים שונים שהוגשו באותה עילה, כל אחד מעורכי הדין המתחרים מעוניין להקדים את האחרים ולהגיע להסדר פשרה. לנתבעת אינטרס להגיע להסדר הפשרה הנוח ביותר מבחינתה והיא עלולה לנצל את התחרות בין עורכי הדין ואת החשש של כל אחד מהם כי אם לא יסכים לתנאיה, היא תתפשר עם האחר, ללחץ על כל אחד מהם להגיע עמה לפשרה מינימלית.

יתרה מכך, ככל שיש הבדל בין התביעות השונות, בסיכוייהן להצליח ובשוויין, הנתבעת תבחר להתפשר באותה תובענה שסיכוייה ושוויה הם הנמוכים ביותר. תופעה זו מכונה במשפט האמריקאי "Reverse Auction", ומתייחסת למצב בו הנתבעת מבקשת לאתר את התובע המייצג הגרוע ביותר שיעמוד מולה, על מנת להגיע עמו להסדר פשרה בו תאלץ לשלם את הסכום המינימלי, עבור מעשה בית דין שיקיף את מירב העילות בתובענות שהוגשו נגדה.⁷³

REV. 1943, 1957-1960 (2017); Howard M. Erichson, *The Trouble with All-or-Nothing* (2010) 979. Settlements, 58 U. KAN. L. REV

זאת, בניגוד לשכר הטרחה שניתן לעורך הדין בגין הייצוג בתובענה – בו אנו דנים בהמשך. ר' להלן פרק 4.4.⁷²
John C. Jr. Coffee, *Class Wars: The Dilemma of the Mass Tort Class Action*, 95 COLUM. L. REV. 1343, 1354 (1995).⁷³

“Collusion within the class action context essentially requires an agreement-actual or implicit-by which the defendants receive a “cheaper” than arm’s length settlement and the plaintiffs’ attorneys receive in some form an above-market attorneys’ fee”

ובעמ' 1370: “That is, the low cost plaintiffs’ attorney (whom defendants scorn as a “strike suiter”) may still be able to earn a positive economic return on such cases-but only if the attorney radically reduces the investment in the case and offers defendants a low cost settlement, which is cheaper to them than further litigation.”

Geoffrey P. Miller, *Competing Bids in Class Action Settlements*, Vol. 31 Iss. 3 HOFSTRA L. REV. 633, 649 (2003).

“Bids would have their greatest potential for improving class action litigation in the context of “reverse auctions”-cases in which the defendant effectively selects the class counsel willing to settle the case most cheaply [...].”

וראו: Reynolds v. Benefit Nat'l Bank, 288 F.3d 277, 282 (7th Cir.2002); רע"א 3973/10 שטרן נ' Verifone Holdings, Inc, פס' 20 (נבו 2.4.2015); וראו גם את החלטת בית המשפט המחוזי בעניין ת"צ (מחוזי מר') 6267-09-17 יוגב נ' גויי מועדון כושר וספורט (נבו 25.2.2018). באותו עניין הוגשו מספר בקשות אישור באותה עילה והוגש הסדר פשרה רק באחת מהן. בית המשפט המחוזי התייחס לשיקול בדבר Reverse Auction והכיר בצורך בקבלת החלטה ביחס לבקשה המובילה לפי סעיף 7(ב) לחוק בטרם הדין בהסדר הפשרה.

מצב זה הוא בעייתי במיוחד מבחינתם של חברי הקבוצה. לפיכך, ישנה חשיבות להטלת חובה אתית על עורך הדין המייצג, להמנע מהסכמה לפשרה עם הנתבעת בשלב שמוקדם להגשת הבקשה, ואף לאחר הגשת הבקשה על ידו, כאשר הפניה אליו נעשתה כדי לחסום בקשות ייצוג אחרות. כל עוד בית המשפט לא הכריע מי מבקשות האישור תוביל לפי סעיף 7 לחוק ומי מעורכי הדין ינהל את ההליך, עושים כולם שימוש בכוח שהחוק מאפשר להם, אולם יתממש רק לגבי חלקם שימונו לייצוג בשלב אישור התובענה הייצוגית.

לכן, ראוי כי תוטל חובת יידוע ושיתוף בשלב הפשרה של כלל עורכי הדין שהגישו את הבקשות המתחרות ואיסור על כל אחד מהם לנהל עם הנתבע משא ומתן בנפרד. ניהול משא ומתן עם כל עורכי הדין והגעה להסכמה עם כולם, עדיף, למרות הסרבול שהוא יוצר, על פני מצב שבו הנתבעת מגיעה להסכמה רק עם אחד מהם. ככל שלא ניתן להגיע להסכמה בין כלל עורכי הדין, יש לאפשר לבית המשפט לקבוע מי מהם ייצג את הקבוצה בבקשת האישור, ורק לאחר מכן לאפשר לו לשאת ולתת עם הנתבע בנסיון להגיע לפשרה.

על עורך הדין המייצג חלות חובות כלפי הקבוצה גם לאחר סיום ההליך בהסתלקות, בפשרה או בפסק דין. חובות אלה באות לידי ביטוי, למשל, בשלב מימוש הסדר פשרה שאושר והעניק סעד פרטני לחברי הקבוצה. עורך הדין צריך לשמור על האינטרסים של חברי הקבוצה במימוש אופטימאלי של ההסדר.⁷⁴ בין אם שכר הטרחה של עורך הדין מותנה במימוש כזה ובין אם לאו,⁷⁵ מוטלת עליו חובה למכסם את הערך שמקבלים חברי הקבוצה מפסק הדין, ולוודא שהנתבע נושא במלוא הסעד שהסכים לו במסגרת הפשרה. רק כך ימוצו מטרות התובענה הייצוגית באופן הולם.

לסיכום חלק זה, בהתנהלותו בפשרה ובהסתלקות, טרם הגשת התביעה, לאחר הגשתה, ואף לאחר אישורם של פשרה והסתלקות על ידי בית המשפט, עורך הדין צריך להשיא את תועלתה של הקבוצה ואת חבותו של הנתבע, וזאת כדי לקיים את מטרות החוק בהרתעה, אכיפה ומתן סעד לקבוצה. עליו לשים לנגד עיניו את התועלת החברתית מהתובענה הייצוגית, תועלת שלשמה ניתן לו הכוח לייצג את הקבוצה, ולפעול בהתאם. הכללים האתיים שתוארו לעיל פורטים את העקרון הזה לחובות ואיסורים ספציפיים אשר מבטיחים את מימוש האופטימלי.

⁷⁴ ברע"א 2008/22 מיה גד-מסטיי עו"ד נ' קימברלי-קלארק ישראל שיווק בע"מ, פס' 9 (נבו 2022.5.29), התובעת המייצגת גבתה מכל חבר קבוצה 50 שקלים, עבור חתימה על תצהיר לצורך קבלת פיצוי בהתאם לפסק הדין בתובענה. בית המשפט העליון קבע, כי גביית סכום נוסף מחברי הקבוצה עוקף את הסכומים שנקבעו בפסק הדין ביחס לגמול ושכר טרחה. עוד נקבע כי "ניהול תהליך מימוש הפיצוי הוא בגדר אחריותו של בא הכוח המייצג, ולא של התובעת המייצגת. פסיקת שכר הטרחה שפסק בית המשפט מתחשבת בטרחתו ובכלל זאת בטרחה שבניהול מימוש הפיצוי...". עוד בית המשפט העליון אישר את קביעת בית המשפט המחוזי, על מינוי גורם חלופי שיפעל למימוש פסק הדין: "זאת לנוכח הפגמים שנפלו בגביית התצהירים והתנהלות התובעת המייצגת ובא הכוח המייצג, ומתוך רצון לשמור על טובת הקבוצה".

⁷⁵ ס' 23(ד), 19(ו) לחוק תובענות ייצוגיות.

2. עורך הדין וחברי הקבוצה כיחידים

אף על פי שעורך הדין מייצג את הקבוצה, במשך ניהול ההליך לרוב אין קשר ישיר בינו לבין חבריה (למעט התובעת המייצגת), והוא אינו כפוף לרצונו של אף אחד מהם. חובתו היא לייצג את האינטרסים שלהם ולשמור על זכויותיהם כחברי קבוצה.⁷⁶ יחד עם זאת, יש מקרים שבהם הקבוצה אינה בנויה כמיקשה אחת ועלולים להתעורר ניגודי אינטרסים מובנים בין חבריה.⁷⁷ בתביעה אינדיבידואלית, חל איסור על עורך הדין לייצג צדדים בעלי אינטרסים שונים באותו עניין.⁷⁸ בתובענה ייצוגית, כמעט תמיד עלולה להיות מידה מסוימת של ניגודי עניינים בין חברי הקבוצה. בחלק מהמקרים הקונפליקט ינבע מפער בסיכויי ההצלחה של חברי קבוצה שונים. זהו המצב, למשל, כאשר לנתבעת יש טענת הגנה טובה כנגד חלק מחברי הקבוצה, למשל להתיישנות, אשר מפחיתה באופן משמעותי את סיכוייהם לזכות בתביעה. במקרים אחרים ייתכן פער באינטרסים של חברי קבוצה שונים ביחס לסעד שיינתן בתובענה הייצוגית. חלק מחברי הקבוצה עשויים להיות מעוניינים בהסדרה עתידית של התנהלות הנתבע, בעוד חברי קבוצה אחרים מעוניינים בסעד בגין התנהלות הנתבע בעבר. לדוגמה, בתביעה כנגד בנק בטענה שהעמלות שהוא גובה אינן חוקיות, הקבוצה המיוצגת עשויה להיות מורכבת ממי שכבר שילמו את העמלה ומכאלה שטרם שילמו אותה. יתכן שבדיונים לפשרה הבנק מוכן לשנות את התנהלותו בעתיד, ואינו מוכן לפצות בגין העבר.⁷⁹

⁷⁶ כך, למשל, בניגוד להליך רגיל שבו ההחלטה האם להמשיך בתביעה, להתפשר בה או לוותר עליה, היא של הלקוח התובע ועורך הדין מייצגו בכל אחת מההחלטות הללו, בתובענה הייצוגית חבר קבוצה שבחר לפרוש מהקבוצה (סעיפים 11, 18(ד) ו-191(ד) לחוק תובענות ייצוגיות), אינו מיוצג עוד על ידי עורך הדין. הכוח לייצג את חברי הקבוצה נובע מהוראות החוק, ולכן משחבר הקבוצה פרש מהתובענה הייצוגית, הוא אינו נכלל עוד במסגרת הייצוג האמורה. יתרה מכך, נכונותו של עורך הדין לייצג את הקבוצה מתבססת על היתרונות לגדול בייצוג כזה, והיא אינה יכולה לחייבו לייצג מי שפרש מהקבוצה, שכן ייצוג כזה אינו כלכלי עבור עורך הדין. בנוסף, חברי הקבוצה הבודדים אינם צד להליך, והם אינם מיוצגים על ידו באופן אישי. ר' רע"א 6024/23 יקירובין נ' דגן, פס' 11 (נבו 29.10.2023); עניין חלפון, לעיל ה"ש 56, בפס' 46-48. מכך נובע שאין מניעה, למשל, שעורך הדין ייצג בעניין אחר אינטרס המנוגד לעניינו של חבר קבוצה, או שייצג לקוח קבוע בתביעה אחרת, כנגד חבר קבוצה (בניגוד להוראת סעיפים 14(ב) ו-14(ג) לכללי האתיקה.

⁷⁷ ראו למשל: החלטה הדוחה על הסף בקשה לאישור הסדר פשרה בת"א (מחוזי ת"א) 2319/03 פופיק נ' פזגו 1993 בע"מ, פס' 5(ג) ו-5(ה) (נבו 16.1.2011), וזאת מאחר שחלק מחברי הקבוצה לא יזכו כלל לפיצוי. יצויין כי בקשת רשות ערעור שהוגשה על החלטה התקבלה, מבלי שביט המשפט העליון הביע עמדה ביחס לתוכנו של ההסדר (רע"א 2458/10, 9321/11 פופיק נ' פזגו בע"מ (נבו 5.2.2012)); עניין Amchem, לעיל ה"ש 70, בעמ' 2251; ת"צ 20607-04-11 ליברמן נ' מוזס כפר סבא בע"מ ואח', פס' 20-22 (נבו 30.10.2014) (להלן: עניין ליברמן); בש"א (מחוזי ירושלים) 5538/01 אבנר זמרוני נ' החברה למפעלי כלכלה ותרבות לעובדי המדינה בע"מ, פס' 56-58 (נבו, 24.1.2002).

⁷⁸ לפי כלל 14(א) לכללי האתיקה "לא ייצג עורך דין לקוח, לא יקבל על עצמו לייצגו ולא ימשיך בייצוגו, אם קיים חשש שלא יוכל למלא את חובתו המקצועית כלפיו... בשל התחייבות או חובת נאמנות שיש לו כלפי אחר...". לפי כלל 14(ב) "לא ייצג עורך דין צדדים בעלי אינטרסים מנוגדים באותו עניין". עם זאת, לפי כלל 14(ד) עורך דין רשאי לייצג צדדים בעלי אינטרסים מנוגדים ככל שהצדדים הסכימו לכך.

⁷⁹ יש להבחין בין מצב שבו ההסדרה העתידית נקבעת מכוח הסדר הפשרה, גם אם יש בה כדי לקבל, לכאורה, את עמדת התובעים ביחס לחוקיות הגבייה, לבין הסדרה עתידית שנקבעת על ידי הרגולטור, לאחר הגשת התביעה.

הלקוחות שלא נגבתה מהם העמלה מרוויחים מפשרה כזו, על חשבונם של מי שהעמלה נגבתה מהם. עבור מי מהם שאינם לקוחות הבנק עוד, אין להתחייבות העתידית כל ערך. על כן, חברי כל אחת מתתי הקבוצות עשויים להיות מעוניינים בסעד שונה (פיצוי אל מול תיקון העמלות בעתיד). השונות בסיכויי ההצלחה של חברי הקבוצה השונים, הסעדים השונים המגיעים להם, והעדפותיהם השונות ביחס לסעדים אלה, עשויים לחייב התייחסות שונה בייצוג בהליך, כמו גם הסדר פשרה שאופיו שונה.⁸⁰

חובת הנאמנות החלה על עורך דין מתקיימת כלפי הקבוצה כולה ולא כלפי תת-קבוצה מסוימת.⁸¹ החוק מסמיך אותו לייצג את הקבוצה, על כל חבריה. לכן, במקרה הרגיל, על עורך

ברע"א 2957/17 סופרגו נ' שורצמן (להלן ענין סופרגו) (נבו 17.3.2024) פס' 44, קבע בית המשפט העליון כי פעולתן של הנחבעות על פי צו פיקוח מעודכן אינה עולה כדי הסדרה עתידית. כך למשל בע"א 7141/13 קונקטיב גרופ בע"מ נ' דבוש, פס' 10 לפסק דינו של השופט מזוז (נבו 5.11.2015), השופט מזוז הביע ביקורת על הגדרת קבוצה שאינה הומוגנית ואינה בעלת אינטרס משותף: "למעשה, קיים ניגוד עניינים מובהק בין חלקי הקבוצה, שכן אין חולק כי חלק מהמשתתפים ב"מכרזים" זכו בזכויות מעבר לסכום ששילמו כדמי השתתפות במכרז, חלקם אף בזכויות יקרות ערך. ברור בעליל כי לאותם משתתפים שזכו בזכויות בערך הגבוה מדמי השתתפות ששילמו אין אינטרס כי ייקבע שמדובר ב'משחק אסור' ובחזוה פסול שינו פסלות, כפי שנתבקש בתובענה, שכן קביעה כזו עשויה להוביל לחובת השבה מצדם של הזכויות... מכאן, שכלל ציבור משתתפי המכרזים האמורים, שהוגדרו כאמור כקבוצה לצורך ההליך הנדון, אינם בעלי אינטרס משותף וממילא אינם יכולים לשמש קבוצה אחת לצורך תובענה ייצוגית. אמנם יתכן שהיה ניתן ליצור הפרדה בין שתי קבוצה המשנה של משתתפי המכרזים, אך דבר כזה לא נעשה...". וראו את עמדתה החולקת של השופטת ברק-ארז, לפיה שוני זה בין חברי הקבוצה אינו מוביל למסקנה כי העניין אינו מתאים להתברר כייצוגי, אלא כי ההבחנה בין חברי הקבוצה צריכה לקבל ביטוי במנגנון ההשבה של כספי ההשתתפות תוך התייחסות נפרדת לתת קבוצות בתוך הקבוצה (פס' 6 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז).

דוגמה נוספת התעוררה בת"צ (מחוזי מרכז) 10538-02-13 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת (ע"ר) נ' אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ, פס' 7 (1) (נבו 12.11.2013). המשיבות ביקשו לדהות את הבקשה לאישור על הסף, בין היתר, לאור ניגוד אינטרסים בין שתי תתי קבוצות, הנפגעים הישירים שלפי הטענה נפגעו מקרטל, ולקוחותיהם של הנפגעים הישירים. בית המשפט המחוזי, השופט גרוסקופף, דחה את הטענה וקבע כי "קיומם של ניגודי אינטרסים אפשריים בין חברי הקבוצה אינה מהווה עילה לסילוק על הסף של בקשת האישור לפי הדין הישראלי. למען האמת, אף איננו סבור כי ניגוד עניינים כזה יכול להצדיק על פי הדין הישראלי דחייה של בקשה לאישור תובענה ייצוגית. מתקבל יותר על הדעת כי ניגוד עניינים בין חברי הקבוצה, במידה ויתגלע, יצדיק מתן הנחיות מתאימות במסגרת הליכי האישור". בית המשפט חזר על קביעות אלה גם בהחלטת האישור, פס' 106-108 (החלטה מיום 19.1.2020) (בקשת רשות ערעור שהוגשה על החלטה נמחקה בעקבות המלצת בית המשפט – רע"א 3183/20 Deutsche Lufthansa AG נ' הצלחה לקידום חברה הוגנת (נבו 2.6.2022).

כחלק מחובת האמון והאיסור על ניגוד עניינים על האמונאי להימנע במצב של ניגוד בין חובה לחובה – כלומר בין חובות אמון לא תואמות – העדר זהות בין שני הנהנים (ליכט דיני אמונאות, לעיל ה"ש 30, בעמ' 59-60): "... החובה התובענית להתמסר באופן מוחלט לענייניו של נהנה אחד עלולה להתנגש אז עם חובה תובענית לא פחות כלפי הנהנה השני. ניתן לראות בכך מצב שבו ענייניו של כל נהנה שקול לענייניו האישי של האמונאי. המענה המשפטי ההכרחי, למעשה, הוא איסור מוחלט על אמונאי לפעול במצבים של חשש לניגוד בין חובת אמון לחובת אמון (שם, בעמ' 59). אולם, דיני הנאמנות פיתחו דוקטרינה ייחודית למצבים מסוג זה, של 'איסור משוא פנים' (duty of impartiality). דוקטרינה זו מאפשרת את הייצוג במצבים מסוג זה, תוך דרישה מינימלית לכך שיתן דעתו לענייניו של כל אחד מהנהנים מבלי לשאת פנים למי מהם ומבלי לשנות לעניינים זרים. המסגרת המוצעת בטקסט היא 'עבה' יותר ומתווה את האופן שבו עורך הדין צריך לשקול את ענייניה של כל תת קבוצה אל מול זה של האחרות. ר' ליכט, דיני אמונאות, לעיל ה"ש 29, בעמ' 210-203; Amir N. ; 203-210 Licht, "Stakeholder Impartiality: A New Classic Approach for the Objectives of the

הדין להיות מודע לקיומן של תתי קבוצות ולאינטרסים המנוגדים ביניהן, לייצג אינטרסים אלה באופן הוגן ולהימנע מפעולות שייטיבו עם תת קבוצה מסוימת על חשבון יתר חברי הקבוצה.⁸² כדי לתת ייצוג ראוי לכל חברי הקבוצה על עורך הדין לדמות את ההסכם שתתי הקבוצות היו מגיעות אליו, בינן לבין עצמן, ובינן יחד לבין הנתבע, ולוודא שפעולותיו אינן עומדות בניגוד להסכמות היפותטיות אלה.⁸³ ההסכמה ההיפותטית מלמדת על ההכרעה שעורך הדין צריך לקבל, אשר משרתת את האינטרסים של כל חברי הקבוצה באופן אופטימלי, בהינתן השונות באינטרסים אלה. כך למשל, ביחס להסכם פשרה הכולל התייחסות שונה לחברי קבוצה שונים, על עורך הדין לדמות מצב שבו כל אחת מתתי הקבוצות היתה מיוצגת בנפרד, ולבחון האם הסכם הפשרה הוא כזה שמייצגי תתי הקבוצות השונות היו מסכימים לו. בפרט, ההסכם צריך להיות כזה שמציב כל אחת מתתי הקבוצות במצב טוב יותר מזה שהיתה נמצאת בו אילו היתה ממשיכה בניהול ההליך בבית המשפט. לעתים ניגודי האינטרסים בין תתי-הקבוצות הם כה משמעותיים, עד שלא ניתן לייצגם יחד.⁸⁴ אלו מקרים שבהם ייצוג של תתי הקבוצות עלול להעצים את בעיית הנציג של עורך הדין, אם יצטרך להכריע בין האינטרסים הנוגדים שלהן, ולכן הכרעותיו לא יוכלו למקסם את הסעד שיקבלו.⁸⁵ הבעיה עלולה להיות חריפה במשא ומתן לפשרה שבו הסעד שניתן עלול להיטיב עם הנתבע ועם תת קבוצה אחת, על חשבון תת קבוצה אחרת. העובדה שחברי קבוצה יכולים לבקש לצאת מהקבוצה,⁸⁶ אינה פותרת את עורך הדין מחובתו להימנע מפגיעה

Corporation”, in FIDUCIARY OBLIGATIONS IN BUSINESS 301 (Arthur B. Laby & Jacob Hale Russell eds., 2021).

Newberg, at § 19:19, לעיל ה"ש 4.

לפי כלל 14(ד) לכללי האתיקה, גם בהליך רגיל צדדים בעלי אינטרסים מנוגדים יכולים להסכים, בכתב, על ייצוג משותף על ידי אותו עורך דין. וראו את האמור בעניין **שרמן**: "מה דינו של עורך-דין המייצג שני לקוחות בעלי אינטרסים מנוגדים? במקרים רבים נקבעו איסורים על ניגודי עניינים בעבודתו של עורך-דין... אף-על-פי-כן יש חריגים, ויש דרכים בהן יכול עורך-דין בכל זאת לייצג שני צדדים שכאלה... האם שונות החובות, המוטלות על עורך-דין, המייצג שני לקוחות בעלי אינטרסים מנוגדים, במקום שהדבר אפשרי, מאלה שעמדתי עליהם זה עתה? על כך השיבונו לאמור:

"החובה המוטלת על עורך הדין לפי החוק לפעול לטובת שולחו בנאמנות ובמסירות, מטילה על עורך-הדין מעמסה קשה למדי שעה שהוא מתימר לשרת שני לקוחות בעלי אינטרסים מנוגדים. אבל אין בהסכמתו לשרתם בעת ובעונה אחת כדי לפטור אותו מחובה אלמנטרית זו, ועליו לשאת בתוצאות המשמעותיות והאזרחיות הנובעות מהפרת החובה כלפי אחד מהם" (עניין **שרמן**, בעמ' 469).

Langbecker v. Electronic Data Systems Corp., 467 F.2d 299, 316, 39 Employee Benefit Cas 2352 (5th Cir. 2007), שם התביעה הוגשה בשם עובדים חברת EDS שהשקיעו במניית החברה במסגרת קרן הפנסיה שלהם. התביעה הוגשה בגין ליקויים בהתנהלות EDS לקראת ירידה משמעותית במחיר המניה שלה. הירידה במחיר המניה השפיעה בצורה הפוכה על תתי-קבוצות של תובעים: חלק ניכר מחברי קבוצה הרוויחו כסף מהירידה במחיר ואילו חלק אחר מהקבוצה הפסיד כסף, באופן שגורר ניגוד אינטרסים מובהק בין חברי הקבוצה. ביהמ"ש קבע שאם התביעה תאושר יהיה צורך לחלק את הקבוצה לתתי קבוצות עם ייצוג נפרד בשל ניגוד האינטרסים ביניהם; ראו גם - In re Literary Works in Electronic Databases - Copyright Litigation, 654 F.3d 242, 252, 99 U.S.P.Q.2d 1881' 80 Fed. R. Serv. 3d 701 (2d Cir. 2011).

בהשלכה לדוקטרינת איסור משוא הפנים בדיני האמנואות, במצבים הללו עורך הדין אינו יכול לפעול ללא משוא פנים ביחס לאחת מתתי הקבוצות לפחות. ר' לעיל ה"ש 81.

סעיף 18(1) לחוק תובענות ייצוגיות.

באינטרס של חלקם לטובת אחרים בעיצוב הסדר הפשרה. מאחר שהחוק לא מסמיך את עורך הדין לייצג חברי קבוצה בניגוד לאינטרס שלהם, במקרים אלה יש להגדיר תתי קבוצות ולהורות על מינוי תובעת מייצגת ובא כוח מייצג נוספים שייצגו את האינטרסים המנוגדים.⁸⁷ חובתו של עורך הדין לחברי הקבוצה מטילה עליו במקרים אלה לפעול לייצוג נפרד גם אם הדבר עומד בניגוד לאינטרס האישי שלו במיקסום שכר הטרחה בתביעה, או של התובעת המייצגת שבשמה הוגשה הבקשה לאישור.⁸⁸

3. עורך הדין והתובעת המייצגת

עורך הדין מייצג לא רק את הקבוצה אלא גם את התובעת המבקשת לייצג את הקבוצה. לכאורה, יחסי עורך הדין לקוח מתקיימים ביחס אליה באופן שדומה לאלה המתקיימים בתביעה רגילה, ובסיסם בהסכם ההתקשרות ביניהם.⁸⁹ אולם, מורכבותה של התובענה הייצוגית ומאפייניה הייחודיים משליכים גם על מישור היחסים שבין עורך הדין לתובעת המייצגת. בעוד שבתביעה רגילה האינטרסים של עורך הדין והלקוח המיוצג הם היחידים הרלוונטיים, וההתקשרות ביניהם נותנת מענה לאינטרסים אלה, בתובענה הייצוגית התובעת המייצגת ועורך הדין מקבלים את כוחם וסמכותם לייצג את הקבוצה מכוח החוק, ולכן עליהם לממש את מטרותיו.⁹⁰

החובות שחבים התובעת המייצגת ועורך הדין כלפי הקבוצה המיוצגת מחייבות שההסכמות ביניהן, בטרם הגשת התביעה, יתייחסו לאופן ניהול ההליך במשותף. על ההסכם ביניהם לכלול את האופן שבו עורך הדין יידע את התובעת המייצגת ביחס להתפתחויות משמעותיות, ואת האופן שבו יתקבלו החלטות בצמתים מרכזיים בהליך, בעיקר בשלב הפשרה. ככל שהתובעת המייצגת מודעת בכל אלה, וככל שערך התביעה שלה גבוה יותר,

⁸⁷ ס' 10(a) לחוק תובענות ייצוגיות; Newberg § 7:31, לעיל ה"ש 4. כך למשל בעניין Amchem, לעיל ה"ש 70, בית המשפט העליון של ארצות הברית דחה הסדר פשרה שביקש לייצג אינטרסים של חברי קבוצה שכבר נפגעו ממפגע אסבסט וביקשו לקבל סעד כספי וכאלו שנחשפו לאסבסט אולם טרם נפגעו והאינטרס שלהם היה בהקמת קרן שתאפשר פיצוי עתידי. בית המשפט קבע, בדעת רוב, שהיה צריך לחלק את הקבוצה לתתי קבוצות עם ייצוג עצמאי לכל אחת מהן. לתוצאה דומה הגיע בית המשפט העליון בעניין Ortiz, לעיל ה"ש 70, עת דחה את הסדר פשרה בשל הצורך בייצוג נפרד של תתי הקבוצות.

⁸⁸ יחד עם זאת, עורך הדין והתובעת שייצגו את הקבוצה כולה עד לנקודה שבה חולקה לתתי קבוצות, צריכים לקבל שכר טרחה וגמול מתאימים על הייצוג המשותף.

⁸⁹ לדעת Moore בהינתן שהקבוצה כיישות היא הלקוח, יש להתייחס את התובעת המייצגת כנציגה של הלקוח יותר מאשר לקוחה כאינדיבידואל. ניתן לראות את הקבוצה כתאגיד, את חברי הקבוצה כבעלי מניות ואת התובעת המייצגת כנציגה של התאגיד (Moore, *Who Should Regulate?*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1487).

⁹⁰ עניין **חלפון**, לעיל ה"ש 56, פס' 49; בעניין ת"צ (מחוזי מר') 4263-03-11 **אשל היאור בע"מ נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ** (נבו 16.4.2012) (להלן: עניין **אשל היאור**), השופט גרוסקופף תיאר את מערכת היחסים הייחודית בין בא כוח המייצג לתובעת המייצגת באמצעות מודל אופקי. בניגוד למערכת היחסים הרגילה בין עורך דין ללקוח - שם המודל הוא אנכי - הלקוח הוא אדון ההליך ועורך דינו עושה דברו, במודל האופקי ההליך יש שני אדונים שכל אחד מהם חיוני להצלחת התביעה. מודל זה אינו מאפשר לתובעת המייצגת לקבל החלטות עצמאיות בנוגע להליך (כך למשל ביחס לסיום העסקתו של עורך הדין או החלפתו באחר) ובכך מפחית את ניגודי העניינים המובנה שבין התובעת המייצגת לבין הקבוצה (פס' 23). ליישום עניין **אשל היאור**, ראו למשל: ת"צ (מחוזי ת"א) 47863-07-15 **הכט נ' קסטרו מודל בע"מ**, פס' 14 (נבו 19.12.2018); ת"צ (מחוזי ת"א) 12602-08-17 **כהן נ' דרך ארץ הייווי (1997) בע"מ**, פס' 59-65 (נבו 8.4.2020).

כך תהיה לה השפעה גדולה יותר הן במועד ההתקשרות עם עורך הדין, והן בשלבים מאוחרים יותר.⁹¹

התובעת המייצגת אמורה לייצג את האינטרסים של חברי הקבוצה המיוצגת ולהגן עליהם. אולם, כשם שעלולה להיות בעיית נציג ביחסים שבין עורך הדין לקבוצה המיוצגת, כך עלולה להיות בעיית נציג דומה ביחסים שבין התובעת המייצגת לקבוצה. בעוד עורך הדין כפוף להוראת סעיף 17 לחוק תובענות ייצוגיות ולדיני האתיקה, על התובעת המייצגת לא חלות נורמות מפורשות דומות.⁹² לפיכך, על דיני האתיקה להנחות את עורך הדין בפתרון ניגודי האינטרסים בין התובעת המייצגת לקבוצה.⁹³

כאמור לעיל, העקרונות האתיים צריכים להבטיח ייצוג הולם ואופטימלי על ידי עורך הדין והתובעת המייצגת, באופן ששיגי סעד מירבי לחברי הקבוצה. בנוסף, עליהם לממש את מטרות ההרתעה ואכיפת החוק. אולם, עקרונות אלה צריכים גם להבטיח אינטרס מספיק לתובעת המייצגת, אשר יניע אותה לחפש אחר עילות תביעה ראויות, להגיש תביעות, ולנהלן באופן יעיל. לכן, על אף שהקבוצה משמשת לקוחתו של עורך הדין המייצג, הוא אינו רשאי להתעלם מזכויותיה של התובעת המייצגת או מהאינטרסים שלה. התובעת המייצגת מהווה תנאי הכרחי בחוק לאישורה של התובענה הייצוגית, ולעתים עשויה להיות לה תרומה משמעותית בזיהוי עילת התביעה, בייזום התביעה, ובניהולה. מנקודת המבט של הקבוצה, ראוי שהחלטותיו של עורך הדין לא יפגעו באינטרסים של תובעים מייצגים ובתמריצייהם לייצג, משום שכתוצאה מכך יפגעו הקבוצה המיוצגת והציבור.

כדי לתרגם את העקרונות האמורים לכללים פרקטיים יש להבחין בין תביעות שבהן ערך הנטו של תביעתה של התובעת המייצגת הוא שלילי – דהיינו, היא לא היתה מגישה את התביעה ללא התובענה הייצוגית, לבין תביעות שבהן ערך זה הוא חיובי ולכן, ניתן היה להגיש אותן גם כתביעה אינדיבידואלית.

בשני המקרים, במסגרת ההתקשרות טרם הגשת בקשת האישור, על עורך הדין ליידע את התובעת הפוטנציאלית בכל המידע הנוגע לאפשרות הגשת תביעה אישית על פני תובענה

⁹¹ כפי שאנו מסבירים בהמשך, על עורך הדין והתובעת המייצגת לגלות לבית המשפט את ההסכמות ביניהם, כדי שיוכל לוודא שהן אינן עומדות בניגוד לטובת הקבוצה המיוצגת. ראו הדיון בפרק 5.ה.

⁹² על התובע המייצג חלה החובה לייצג את הקבוצה שבשמה הוא פועל בדרך הולמת ובתום לב (ס' 8(א) ו-8(א)4) לחוק תובענות ייצוגיות). דרישה זו נועדה להבטיח שהאינטרסים של חברי הקבוצה יישמרו על אף היעדרותם מההליך, וכן שתובעים מייצגים לא יעדיפו את טובתם האישית על פני טובת הקבוצה. החובה לנהוג בתום לב חלה גם על ההתנהלות הדיונית של המבקש לשמש כתובע מייצג. ראו רע"א 4363/17 **נקניק נהריה כשר זוגלובק בע"מ נ' ירון**, פס' 7 (נבו 24.8.2017) (להלן: **עניין זוגלובק**); **עניין פרינר**, לעיל ה"ש 59, בפס' 91-92; רע"א 3431/15 **יורייד פרמיום בע"מ נ' ישרה - עמותה לקידום היושרה בשוק ההון**, פס' 5 (נבו 16.7.2015); רע"א 2444/08 **שופרסל בע"מ נ' כהן**, פס' 9(א) (נבו 21.12.2008). ככל הנראה, חלות על המבקש והתובע המייצגים גם חובות נאמנות כלפי חברי הקבוצה. ר' לעיל ליכט ה"ש 62.

⁹³ ניגוד עניינים נוסף עלול להתעורר במקום שבו עורך הדין מייצג לקוחות אחרים עם אינטרסים שמנוגדים לקבוצה. Moore, *Who Should Regulate?* לעיל ה"ש 4, בעמ' 1498-1493. בדין האמריקאי אחד הפתרונות להתמודד עם ניגוד העניינים הוא גילוי מלא וקבלת הסכמת הלקוח לייצוג – Model Rule 1.7. כמובן שלא ניתן ליישם פתרון זה במסגרת תובענה ייצוגית כאשר הלקוח היא הקבוצה המיוצגת, ובמקרים בהם ניגוד העניינים הוא מינמלי ויש יתרונות מבחינת הקבוצה להמשיך בייצוג Moore, *Who Will Regulate?* לעיל ה"ש 4, בעמ' 579.

ייצוגית,⁹⁴ תפקידה כמייצגת את חברי הקבוצה ומטרתו של ההליך הייצוגי בקידום טובתה של הקבוצה. עליו לפרוש בפני התובעת המייצגת את מלוא המידע ביחס לסיכויים בהליך אל מול הסיכונים שבו, לרבות נשיאה בהוצאות.⁹⁵ יידוע זה הוא חשוב, הן מכוח חובותיו של עורך הדין כלפיי התובעת המייצגת, והן כדי למנוע בהמשך תוצאות שאינן מיטיבות עם הקבוצה ונובעות מאינטרסים נוגדים של התובעת המייצגת.⁹⁶

במקרים שבהם התובעת המייצגת היא שפנתה לעורך הדין, ובוודאי במקרים בהם תביעתה היא בעלת ערך נטו חיובי, דהיינו, היא היתה יכולה להגיש אותה גם כתביעה אינדיבידואלית, יש להתייחס אליה כאל כל לקוחה שפונה להיוועצות עם עורך דין בהתאם לכללי האתיקה.⁹⁷ על עורך הדין להבהיר לה מה ההליכים שבהם ניתן לנקוט כדי לממש את זכויותיה, מה היתרונות ומה החסרונות בכל אחד מהם. התובענה הייצוגית הינה דרך אפשרית אחת, ובשלב זה עורך הדין צריך לבחון האם היא משרתת את האינטרסים של התובעת שפנתה אליו (לרבות האינטרס שלה לקבל גמול עבור הייצוג) באופן מיטבי בהשוואה לחלופות. על עורך הדין לשמור על חובת הסודיות ביחס לכל מידע שמובא מטעמה והוא אינו רשאי לעשות שימוש במידע כדי להגיש תובענה ייצוגית בשם תובע אחר 'שמתאים יותר' לשמש כתובע מייצג.⁹⁸ באשר לקבלת ההחלטות בהליך, עורך הדין צריך לאפשר לתובעת המייצגת להשתתף בהחלטות באופן שיממש בדרך מיטבית הן את האינטרסים שלה והן את האינטרסים של הקבוצה המיוצגת.

התנהלות זו מחויבת מכוח חובות הנאמנות של עורך הדין לתובעת שפנתה אליו. אולם, היא נדרשת גם מנקודת מבטה של הקבוצה המיוצגת, שכן היא מעודדת תובעים מייצגים פוטנציאליים לפנות לעורך הדין כדי שיבחן את האפשרות של הגשת תובענה ייצוגית. לשם כך יש להבטיח לתובעים כאלה שהמידע שייסקו לעורך הדין לא ינוצל על ידו להגשת תובענה ייצוגית בשם תובעת אחרת, מבלי שהם יזכו בתמורה הולמת. נוסף על כך, יש להבטיח להם השתתפות בהחלטות בניהול ההליך באופן שיהיה אופטימלי, מנקודת מבטם, כל עוד הוא לטובת חברי הקבוצה.

מצב העניינים שונה כאשר עורך הדין הוא שפונה לתובעת פוטנציאלית ומבקש לברר עימה את האפשרות שתשמש תובעת מייצגת בעילת תביעה שאותרה על ידו. בפרט, במקרים שבהם ערך הנטו של תביעת התובעת האינדיבידואלית הוא שלילי, אין לה אינטרס שהיה זוכה לייצוג ללא התובענה הייצוגית. זה המצב בדרך כלל במקרים שבהם מדובר בתביעה ששוויה לתובעת המייצגת הוא נמוך מאד. אלו מקרים שבהם התובעת המייצגת לא היתה בוחרת להתקשר עם עורך הדין לצורך ייצוגה, אילו היה מדובר בתביעה אינדיבידואלית.

⁹⁴ לדוגמאות שעלולות להתעורר ראו: Moore, *Who will Regulate*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 581-583.

⁹⁵ ראו עניין **קבוצת גיאות**, לעיל ה"ש 20, בפס' 47. בתביעה רגילה נפסק כי במקרים שבהם רצון הלקוח מנוגד לייעוץ עורך דינו, עורך הדין נדרש להזהיר אותו ולהסביר לו את מכלול הסיכונים בבחירתו כדי לעמוד בסטנדרט הזהירות הנדרש ולהימנע מתביעת רשלנות מקצועית.

⁹⁶ חשיבותו של הסכם התקשרות בין עורך הדין לתובעת המייצגת, בו התובעת מכירה בקבוצה כלקוחה נוספת של עורך הדין, נובעת גם מהוראות כלל 14(ה) לכללי האתיקה, לפיהן "עורך הדין ולקוחו רשאים להסכים, בכתב, לתחום את השירות המקצועי אשר יתן עורך הדין ללקוח, כדי למנוע התנגשות עם ייצוג לקוח אחר..."

⁹⁷ לגישה דומה ראו שם, בעמ' 586-587.

⁹⁸ כלל 21 לכללי האתיקה קובע כי "לא ישתמש עורך דין בידיעה שהגיעה אליו מאת לקוחו במילוי תפקידו, ואשר עורך הדין לא יכול היה לקבלה בדרך אחרת, במאמץ סביר".

במקרים אלה השיתוף של התובעת המיוצגת בהליך נובע רק מהוראות החוק, שמיועדות להגשים את מטרותיו, הן בפיצוי כולל לקבוצה בדיעבד, והן בהרתעה מראש.⁹⁹ לכן, במקרים כאלה, פוחת משקלן של חובות עורך הדין כלפי התובעת המייצגת בשלב שקודם להגשת התביעה, והמוקד עובר לאינטרס הקבוצה – האינטרס באיתורן והגשתן של תביעות, בנייהולן הראוי, ובקבלת סעד הולם כתוצאה מהן. יתרה מכך, על עורך הדין מוטלת חובה שלא להציע לתובעת לייצג את הקבוצה אם הוא סבור כי היא לא תהיה מייצגת ראויה, למשל כזו שמגיעה עם שיקולים זרים. במקרה כזה, על עורך הדין לאזן בין האינטרס של הקבוצה בעצם הגשת התביעה לבין האינטרס של הקבוצה בייצוג מיטבי. כאמור, אין בכך כדי לגרוע מחובתו של עורך הדין להעמיד את התובעת המייצגת, טרם ההתקשרות עימה, על הסיכונים להם היא חשופה בהליך, ובראשם הסיכון שייפסקו כנגדה הוצאות משפט.

מאחר שהן עורך הדין המייצג והן התובעת המייצגת נושאים תפקיד ייצוגי בניהול בקשת האישור, יש לאפשר להם לקבוע ביניהם לא רק את אופן הייצוג, אלא גם את חלוקת שכר הטרחה והגמול ביניהם.¹⁰⁰ רק כך יוכלו לעצב את מבנה התמריצים ביניהם באופן שביא להשגת מטרות התובענה הייצוגית, לרבות השאת הרווח לקבוצה, באופן אופטימלי. חוק תובענות ייצוגיות מפריד בין פסיקת הגמול לבין פסיקת שכר הטרחה על ידי בית המשפט,¹⁰¹ והוא מניח שהשיקולים בפסיקתם הם שונים, בהתבסס על תפקידים השונה של עורך הדין והתובעת המייצגת, מומחיותם השונה, יכולתם השונה לנהל את ההליך, והתשומות השונות שהם משקיעים.¹⁰² אולם, אין מניעה חוקית לכך שבית המשפט יפסוק את שכר הטרחה והגמול יחד או שיפריד ביניהם ויאפשר לעורך הדין ולתובעת המייצגת לחלק את הסכום הכולל ביניהם באופן שונה.¹⁰³

⁹⁹ יש אף הטוענים שבמקרים אלה התובעת המייצגת כלל אינה נחוצה לצורך השגת מטרות התובענה הייצוגית, והיא משמשת כ'תובע קש' (figurehead) בלבד. ר' Jonathan R. Macey and Geoffrey P. Miller, *The Plaintiffs' Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform*, 58 U. CHI. L. REV. 1, 83-84, 93-94; Jean Wegman Burns, *Decorative Figureheads: Eliminating Class Coffee, Class*; (1990) *Representatives in Class Actions*, 42 HASTINGS L. J. 165, 186-192; Action Accountability, לעיל ה"ש 40; ע"א 1834/07 **חיים קרן נ' פקיד שומה** גוש דן, סה(3) 636-662 (2012) 661.

¹⁰⁰ ר' ענין **סופרגו** לעיל ה"ש 79, פס' 50 בו נקבע כי בית המשפט רשאי להתחשב בהמלצת הצדדים אף אם אינו מחויב לפעול על פיה.

¹⁰¹ סעיפים 22-23 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006.

¹⁰² קלמנט "קרוים מנחים", לעיל ה"ש 6, בעמ' 166-175.

¹⁰³ ברע"א 2957/17 **סופרגו נ' שורצמן** (נבו) 17.3.2024 (פס' 50, קבע בית המשפט כי כאשר בית המשפט דוחה את המלצת הצדדים לשכר טרחה וגמול בפשרה, וככל שהצדדים קבעו מפתח לחלוקה בין הגמול המומלץ לשכר הטרחה המומלץ על בסיס יחסי, יש, ככלל, לכבד מפתח זה, באופן שהפחתה בסכום הנפסק כגמול ושכר טרחה לעומת הסכום המומלץ תבוא בחלקה על חשבון הגמול ובחלקה על חשבון שכר הטרחה. בת"צ (ת"א) 2484-09-12 **הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת נ' דוד כהן**, פס' 17-23 (נבו) 30.6.2019. בית המשפט לא קיבל את המלצת הצדדים בהסדר הפשרה לפסוק סכום כולל לשכר הטרחה ולגמול לתובע המייצג בטענה שפסיקת סכום כולל נוגדת את הרציונלים שנקבעו בדין ובפסיקה לחלוקה הנפרדת. בערעור לבית המשפט העליון – ע"א 6290/19 **הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת נ' דוד כהן** (נבו) 21.1.2020, בית המשפט קיבל את חלוקת הסכום הכולל של הגמול ושכר הטרחה בהתאם להסכמות הצדדים,

גם נושא הוצאות המשפט צריך להיות מוסדר באופן דומה. כללי האתיקה הקיימים אינם מתירים לעורך הדין לשאת בעלויות בגין הוצאות משפט. הן ביחס להוצאות בשלב הגשת בקשת האישור, כגון תשלום אגרה או חוות דעת מומחה, והן ביחס להוצאות משפט שייכתן שייפסקו בסיום ההליך – כללי האתיקה קובעים כי התובעת המייצגת תישא לבדה במלוא ההוצאות.¹⁰⁴ כללים אלה אינם מותאמים למאפיינים הייחודיים של התובענה הייצוגית – ייצוג הקבוצה ופעולתו של עורך הדין בייזום התביעה, כמו גם למערכת היחסים המיוחדת בין התובעת המייצגת לעורך הדין המייצג. עורך הדין המייצג הוא הנושא העיקרי בעלויות הכרוכות בהליך הייצוגי ובסיכון הנלווה להגשת התובענה והוא מקבל ההחלטות העיקרי,¹⁰⁵ וככזה ראוי לאפשר לו לשאת בהוצאות אם הוא מגיע להסכמה על כך עם התובעת המייצגת.¹⁰⁶ כאמור, האפשרות להסכמות מסוג זה צריכה להיות מלווה בגילוי לבית המשפט. האפשרות הזו חשובה בעיקר במקרים שבהם תביעתה האינדיבידואלית של התובעת המייצגת היא בעלת ערך נטו שלילי ואין לה אינטרס כספי להשקיע בתביעה או ידע להבין את הסיכונים שהיא נושאת בהם. במקרים אלה, יעיל יותר הן מנקודת מבטם של עורך הדין והתובעת המייצגת, והן מנקודת מבטה של הקבוצה המעוניינת בייצוג הולם, שעורך הדין הוא שיישא בהוצאות. הטלת הסיכון בנשיאה בהוצאות על התובעת המייצגת כאשר זו שונאת סיכון וכאשר משאביה הכלכליים מצומצמים, עלולה להביא להחלטות שאינן עולות בקנה אחד עם טובת הקבוצה. כך למשל, התובעת עלולה להסכים לפשרה לא ראויה רק כדי למנוע מעצמה את הסיכון בהטלת הוצאות. בדומה, התובעת עלולה לוותר על הזכות לערער על החלטה שנפסקה נגד הקבוצה, רק כדי להימנע מנשיאה בהוצאות שהטיל עליה בית המשפט. לבסוף, ייתכנו מצבים בהם יתעוררו מחלוקות בין עורך הדין והתובעת המייצגת כאשר לאופן ניהול ההליך הייצוגי לרבות הסכמה לפשרה או הסתלקות,¹⁰⁷ או החלטה על הגשת

בשל הנסיבות הייחודיות של התיק. בעניין **זוגלובק**, לעיל ה"ש 92, פס' 8, הנשיאה חיות ציינה כי הסכם חלוקת שכר טרחה בין התובע המייצג לעורך הדין "מעורר קשיים לא מבוטלים".

יש לציין שבהצעה לתיקון חוק תובענות ייצוגיות (תיקון 16) מוצע לבטל את ההפרדה בין השיקולים לקביעת שכר טרחה וגמול, ולקבוע שיעורי מקסימום קבועים בחוק לסכום הכולל של שכר הטרחה והגמול יחד. ס' 23(א)-(ג) והתוספת השישית להצעת חוק תובענות ייצוגיות (תיקון מס' 16), התשפ"ד-2024, ה"ח 1785 (להלן: הצעה לתיקון חוק תובענות ייצוגיות). עם זאת, ההצעה מותירה את הסמכות לקבוע את החלוקה בין עורך הדין לבין התובעת המייצגת בידי בית המשפט. ס' 23(ח) להצעה לתיקון חוק תובענות ייצוגיות. ר' דיון להלן בפרק 5.ii.

¹⁰⁴ סעיף 44 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), תשמ"ו-1986; אביאל פלינט וחגי ויניצקי **תובענות ייצוגיות** פרק ה', בעמ' 261 (2017).

¹⁰⁵ עניין **אשל היאור**, לעיל ה"ש 90, פס' 23-24 לפסק דינו של השופט פרופ' גרוסקופף.

¹⁰⁶ בפסק הדין בעניין **טפיו**, לעיל ה"ש 108, כבוד השופט עמית ציין כי הוא אינו רואה לנכון לקבוע מסמרות בטענה כי באת כוח המייצגת פעלה בניגוד לכללי האתיקה, בכך שהתחייבה כלפי התובע המייצג, לשאת באגרת בית משפט ולשלם את ההוצאות שייפסקו לחובתו. בית המשפט ציין כי התובע רשאי לפנות לוועדת האתיקה בעניין זה (שם, פס' 6). יצוין כי בהצעה לתיקון חוק תובענות ייצוגיות מוצע לאפשר לבית המשפט להטיל הוצאות משפט על התובע המייצג או על בא כוחו, בשל המודל הייחודי של התובענה הייצוגית. ס' 23א להצעה לתיקון חוק תובענות ייצוגיות.

¹⁰⁷ במקרים בהם התעוררו קונפליקטים בין עורך הדין לתובעת המייצגת ראו למשל: עניין **אשל היאור**, לעיל ה"ש 90, שם המבקשת הייצוגית הגישה הודעה על הפסקת ייצוג ועלתה השאלה מה המשמעות של הודעה זו מבחינת ניהול התובענה הייצוגית והמשך ייצוג הקבוצה. בית המשפט קבע כי הודעה על הפסקת ייצוג אינה מבטלת את

ערעור,¹⁰⁸ שלא יפתרו בהסכמה. ההחלטה על האופן בו יש להכריע במחלוקת ביניהם צריכה להיגזר, בראש ובראשונה, מהשאת טובתה של הקבוצה המיוצגת ומימוש מטרת ההרתעה ואכיפת החוק. במקרים שבהם התובעת המייצגת ועורך הדין אינם יכולים להגיע להסכמה, עליו לגלות את המחלוקת לבית המשפט ולהעבירה להכרעתו.¹⁰⁹

בענין **אשל היאור** קבע בית המשפט שבמקרה כזה עורך הדין המייצג יהיה אמון על ייצוגה של הקבוצה בעוד שלתובעת המייצגת שמורה האפשרות להביע את דעתה בביהמ"ש ולהחליט כיצד לעשות שימוש בעילת תביעתה האישית וכן היא רשאית להגיש בקשה למינוי בא כוח מייצג נוסף.¹¹⁰ בית המשפט ביסס את קביעתו על תפיסתו את מודל היחסים בין עורך הדין המייצג לבין התובעת המייצגת כמודל יחסים 'אופקי', שבו שניהם מייצגים את הקבוצה ולכל אחד מהם מעמד עצמאי. בנוסף, בית המשפט עמד על כך שבמקרה של מחלוקת יכול

מעמדו של בא כוח המייצג לפעול כשלוח של הקבוצה מכוח סעיף 17 לחוק תובענות ייצוגיות (פס' 25). עוד קבע בית המשפט כי מקום שבו קיים נתק בין בא כוח המייצג לבין המבקש המייצג, הגורם שינהל את התובענה הוא בא כוח המייצג והמבקש רשאי להיות נוכח בהליכים המשפטיים, להביע בהם עמדה באישור בית המשפט לרבות הגשת התנגדות להסדר פשרה מכוח סעיף 18(ד) לחוק (פס' 30-33); ת"צ (מחוזי חי') 1318/99 **פסגות קופות גמל ופנסיה בע"מ נ' אלסינט בע"מ** (נבו 18.6.2017), שם חלק מעורכות הדין שהגישו את התובענה הייצוגית פרשו מייצוג התובעות המייצגות והגישו התנגדות להסדר הפשרה; ת"צ (מחוזי מר') 6157-08-11 **שיובין נ' שופרסל בע"מ** (נבו 7.10.2014) שם הודיע המבקש על הסתלקות מבקשת האישור בניגוד לעמדתו של בא כוח המייצג ובניגוד להסכם ההתקשרות בניהם.

בע"מ 2152/19 **טפיו נ' רשות המיסים** (נבו 4.10.2020), רשמת בית המשפט העליון אפשרה לבא כוח הקבוצה להגיש ערעור על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים שדחה את בקשת האישור, חרף התנגדות התובע המייצג להגשת הערעור: "אני סבורה כי בניגוד להליך אזרחי רגיל, בהליך הייצוגי אין להקנות למבקש המייצג "זכות וטו" בשאלת הגשת ערעור על פסק דין הדוחה בקשה לאישור תובענה כייצוגית, ובמקרים שבהם מתגלעת מחלוקת בינו ובין בא-הכוח המייצג בשאלת הגשת הערעור, תועבר מחלוקת זו להכרעה בפני ההרכב שידון בערעור אשר יכריע בה בהתאם ליתר נסיבות העניין." (פס' 11). "במסגרת הלבטים הנוגעים לשאלת הגשת הליך ערעורי על פסק דין הדוחה בקשה לאישור תובענה כייצוגית, על בא-כוח המייצג להביא בין כלל שיקוליו, בראש ובראשונה, את טובת הקבוצה שכלפיה הוא חייב לפעול בנאמנות ולהציבה לפני טובתו האישית של המבקש המייצג." (פס' 19). אולם נראה שבית המשפט העליון טרם הכריע בסוגיה – ע"מ 2152/19 **טפיו נ' רשות המיסים** (נבו 30.1.2022) (להלן: פסק הדין בעניין **טפיו**).

לאמירה ברוח שונה ראו: ע"א 4617/15 **פלאג נ' פריגו ישראל פרמצבטיקה בע"מ**, פס' 6 (נבו 31.3.2016) (להלן: ההחלטה בעניין **פריגו**): "קיים פער מהותי בין חלוקי דעות כאמור לבין עמדתו של עורך הדין גרפי לפיה עורך-דין רשאי לכפות על המבקשים בבקשת האישור (אשר באותו שלב הם אינם תובעים מייצגים, כי אם "מבקשים" גרידא (ראו ההגדרה בסעיף 2 לחוק תובענות ייצוגיות)) להגיש ערעור על החלטה הדוחה את בקשת האישור - תוך חשיפתם להטלת הוצאות אם הערעור יידחה. עמדה זו, לפיה עורך דין רשאי להגיש ערעור בשם אדם פלוני עת זה לא ייפה כוחו לעשות כן, אינה מתיישבת בעיני עם מושכלות יסוד ביחסי הכוחות שבין עורך דין ללקוחו, מושכלות יסוד אשר גם העובדה שעניין לנו בהליך ייחודי של תובענה ייצוגית אינה יכולה לקעקע..."

כך ארע למשל בת"צ (מנהלי ת"א) 23538-10-14 **איגרא נ' עיריית תל-אביב יפו** (נבו 27.12.2018), שם דחה בית המשפט המחוזי את בקשת התובעת המייצגת להחליף את באי כוח המייצגים בתובענה נוכח טענתה להתרשלות בתפקידם. בית המשפט קבע כי התובעת המייצגת רשאית להיות נוכחת בכל הדיונים בהליך ולהביע דעתה בעל פה ובכתב (שם, בעמ' 5). כן נקבע כי על עורכי הדין להיות אחראים ליידע אותה בכל ענייני התובענה, למסור לה כל מסמך, ובהתאם להודעתם, לזמן אותה לכל דיון בתובענה המתנהל במשרדם. ערעור על פסק הדין נדחה על הסף – בר"מ 1847/19 **רינה איגרא נ' אריאל שריג** (נבו 5.5.2019).

עניין **אשל היאור**, לעיל ה"ש 90, בפס' 30-33.

התובע המייצג לפנות לבית המשפט בבקשה להחליף את עורך הדין המייצג מכוח סעיף 8(ג1), וזאת בכל שלב בהליך האישור, ואף לאחר החלטת האישור.¹¹¹ עמדתו של בית המשפט עולה בקנה אחד עם הגישה המוצעת כאן. אכן, הן עורך הדין המייצג והן התובעת המייצגת מקבלים את סמכותם וכוחם לייצג, ממועד הגשת בקשת האישור, מהחוק. ההתקשרות ביניהם מיועדת להשיג מטרה זו, בנוסף על הסדרת הייצוג האישי של התובעת המייצגת. ככל שבמישור הייצוג האישי של עורך הדין את התובעת המייצגת מתגלעת בעיה, הם יכולים לפתור אותה או להפסיק את ההתקשרות ביניהם. אולם, מרגע שהוגשה בקשת האישור, החוק הוא שמסמך את שניהם לייצג את הקבוצה, והדרך היחידה להפסקת הייצוג על ידי מי מהם היא זו הקבוצה בחוק, דהיינו בהחלטת בית המשפט,¹¹² או ביוזמת אחד מהם בהסתלקות.¹¹³

לפיכך, כאשר מתגלעת מחלוקת בין התובעת המייצגת לבין עורך הדין ביחס לייצוג בהליך, והם אינם יכולים לפתור אותה בהסכמה ביניהם, עליהם להפנות את המחלוקת להכרעת בית המשפט. הכרעת בית המשפט במחלוקת אינה מחייבת הפסקת הייצוג על ידי התובעת המייצגת או עורך הדין. אולם, אם בית המשפט סבור שייצוג משותף על ידם אינו אפשרי עוד, עליו לפעול להחלפת אחד מהם או להוספת תובעת או עורך דין מייצג להליך. יחד עם זאת, יש לזכור שהאינטרס של התובעת המייצגת בסעד הצפוי לה ובגמול שתקבל, נחוץ לצורך עידודה לנהל את ההליך ואף ליזום אותו. כאמור, יש מקרים שבהם ייזום ההליך וניהולו על ידי התובעת המייצגת נחוץ למימוש מטרות התובענה הייצוגית. מודל היחסים ה'אנכי' בין עורך הדין לתובעת המייצגת, המבוסס על הסכם ההתקשרות ביניהם, אמנם אינו זה העומד בבסיס הייצוג על ידם מכוח החוק לאחר הגשת התביעה, אולם הוא חיוני לצורך הגשת התובענה הייצוגית, ולפיכך יש לכבדו כל עוד אינו פוגע בקבוצה ובמטרות החוק.

4. שכר הטרחה של עורך הדין

חובתו של עורך הדין לעשות כל שביכולתו כדי להגדיל את הסעד לחברי הקבוצה, עלולה לעמוד בסתירה לרצונו להרוויח שכר טרחה מייצוגה. בתביעה רגילה, שכר הטרחה של עורך הדין נקבע בהסכם בינו לבין הלקוח. בהסכם זה, אשר מגובש טרם ההתקשרות ביניהם, מעצבים עורך הדין והלקוח את מבנה שכר הטרחה באופן שימקסם את התועלת המשותפת שלהם בתביעה (בין אם הלקוח תובע ובין אם הוא נתבע). לעומת זאת, בתובענה ייצוגית, החוק הוא שמסמך את עורך הדין לייצג את הקבוצה, הוא שמתיר לו להשתכר מייצוגם, והוא שמסמך את בית המשפט לקבוע את שכר הטרחה, בדיעבד, במועד מתן פסק הדין או אישור הסדר הפשרה.

לכאורה, עורך הדין אינו משפיע על שכר הטרחה, אולם למעשה עשויה להיות לו השפעה ניכרת. ראשית, במועד הגשת הבקשה לאישור תובענה ייצוגית עורך הדין צריך להציג את

¹¹¹ עניין **אשל היאור**, לעיל ה"ש 90, בפס' 28-29. סעיף 8(ג1) עוסק בהחלטת בית המשפט בבקשת האישור. יחד עם זאת, עמדת בית המשפט היתה שסמכות זו נתונה לו, במסגרת סמכותו הטבועה, הנדרשת לצורך ייעול הדין, גם לפני ההחלטה וגם לאחריה.

¹¹² ר' לעיל הערה 111.

¹¹³ ר' סעיף 16(א) לחוק תובענות ייצוגיות.

שכר הטרחה המוצע על ידו ואת אופן חישובו, לצורך קביעתו על ידי בית המשפט.¹¹⁴ שנית, כאשר ניתן פסק הדין בתובענה הייצוגית, תינתן לעורך הדין הזדמנות לטעון לשכר הטרחה המגיע לו, לאור הוראות סעיף 23 לחוק. ככל ששכר הטרחה ייפסק מתוך הסעד לקבוצה,¹¹⁵ הגדלת שכר הטרחה לעורך הדין תבוא על חשבון הסעד שיקבל כל חבר קבוצה מיוצג. שלישית, וחשוב מכל, כאשר מוגש הסדר פשרה לאישור בית המשפט, הצדדים רשאים להגיש לבית המשפט המלצה מוסכמת לענין שכר הטרחה ותנאיו.¹¹⁶ כתוצאה מכך, נושא שכר

¹¹⁴ תקנה 2(א) לתקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010. יש לציין שמעבר לחובה שמוטלת בתקנה, אין לשכר הטרחה המוצע שום השפעה על הליך האישור ובתי המשפט נוטים להתעלם ממנו.

¹¹⁵ השאלה האם שכר הטרחה משולם על ידי הנחבע שהפסיד כתביעה בנוסף על הסעד שניתן לקבוצה, או מתוך הזכייה לקבוצה, טרם הוכרעה באופן ברור על ידי בית המשפט העליון. בע"א 10-2046 עזבון המנוח משה שמש נ' דן רייכרט, פ"ד סה(2) 681, פסקאות 3 ו-18 (נבו 2012.5.23) (להלן: עניין רייכרט), בית המשפט העליון, מפי הנשיא (בדימוס) גרוניס, פסק שכר טרחה וגמול מתוך הסכום שנפסק לקבוצה בהסדר הפשרה, וקבע כי "לכאורה, חברי הקבוצה המיוצגת עשויים להיות בעלי אינטרס בפיקוח על שכר הטרחה. זאת, שכן שכר הטרחה משולם, למעשה, מתוך הסכום שנפסק לטובתם". יחד עם זאת, באותו עניין היה מדובר באישור הסדר פשרה ולא בפסק דין המקבל תובענה ייצוגית. בע"א 7593/21 פיינטוך נ' אלוניאל בע"מ, פסקאות 7-8 (נבו 2022.6.9), בית המשפט העליון, מפי השופטת ברוך, בהתייחס לגמול ושכר טרחה שנפסקו בפשרה, קבע כי "לא פעם סכומים אלה משולמים בפועל מתוך או על חשבון ההטבה המוצעת לקבוצה".

בת"א (תל אביב-יפו) 1792-09 פירט נ' אקסלנס נשואה ניהול השקעות בע"מ, פסקאות 8-15 (נבו 2013.12.29) בית המשפט הכלכלי, השופטת רונן, קבע גמול ושכר טרחה מתוך הסכום שנפסק לקבוצה. בית המשפט הסתמך על פסק הדין של בית המשפט העליון בעניין רייכרט, וקבע כי "מאחר שהגמול ושכר הטרחה נועדים להמריץ את התובע המייצג ובא כוחו לפעול בשירות הקבוצה, העובדה כי הקבוצה היא זו שנושאת בפועל בסכומים הללו, היא סבירה. מדובר בתשלום שהוא מעין 'שכר ראוי'..." (פס' 14). ערעור על פסק הדין נדחה בהסכמת הצדדים, ולאור המלצת בית המשפט – ע"א 14-939 אקסלנס נשואה השקעות בע"מ נ' פירט (נבו 2015.7.9). בת"צ (מחוזי ת"א) 12-44598 גרינברג נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ, פס' 33-36 (נבו 2021.12.20), בית המשפט המחוזי, השופטת אגמון-גונן, קבע כי יש להפחית את הגמול ושכר הטרחה מהסכום שנפסק לקבוצה: "אם הגמול ושכר הטרחה יתווספו על סכום הזכייה, יצא שהקבוצה זוכה בהטבה משמעותית, מבלי שנדרשה לשאת בהוצאות ההליך". ערעור שהוגש על פסק הדין נמחק, לאחר שהצדדים הגישו בקשה לאישור הסדר פשרה – ע"א 21/7771 מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ נ' גרינברג (נב 2023.7.3). בית המשפט העליון החזיר את ההליך למחוזי, על מנת שידון בפשרה בהתאם לפרוצדורות הקבועות בסעיפים 18-19 לחוק תובענות ייצוגיות. וראו גם: קלמנט "קווים מנחים", לעיל ה"ש 6, בעמודים 164-165.

מנגד, בת"צ (מחוזי מרכז) 14-21458-03 ברון נ' רכבת ישראל בע"מ, פס' 81 (נבו 2022.12.31), בית המשפט המחוזי, השופטת שטמר, קיבל תובענה ייצוגית ופסק גמול ושכר טרחה, מעבר לסכום שנפסק לטובת הקבוצה. ערעור על פסק הדין טרם הוכרע – ע"א 23/1668 רכבת ישראל בע"מ נ' ברון. כך גם נקבע בפסקי דין שאישור הסדרי פשרה: רע"א 08/2362 תדיראן מוצרי צריכה בע"מ נ' שאול, פס' 8 (נבו 2011.12.14); תנ"ג (מחוזי מרכז) 12-10466 אוסטרובסקי ואח' נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ ואח' פס' 4 (נבו 2018.2.11); ת"צ (מחוזי מר') 08-5270 סוסתאל נ' הסתדרות העובדים הכללית החדשה, פס' 27 (נבו 2011.1.19); ת"א (מחוזי ת"א) 06/2383 גבע נ' החברה האמריקאית ישראלית לגז בע"מ, עמ' 11 (נבו 2010.1.27). אולם יש פסקי דין אחרים שפסקו שכר טרחה וגמול מתוך הסכום שנפסק לקבוצה, גם בפשרות, ראו למשל: ת"צ (מחוזי ת"א) 07-2786 ישראלי נ' מכבי שירותי בריאות, עמ' 4 (נבו 2011.5.13) (להלן: עניין מכבי). בערעור על פסק הדין לא השתנה רכיב זה – ע"א 13/2727 מכבי שירותי בריאות נ' ישראלי (נבו 2014.1.9).

¹¹⁶ סעיף 18(2) לחוק תובענות ייצוגיות.

הטרחתה יהיה חלק מהמשא ומתן לפשרה, והגדלתו עלולה לבוא על חשבונם של חברי הקבוצה.¹¹⁷

רוב מוחלט של הבקשות הראויות לאישור תובענה ייצוגית מסתיימות בהסדר פשרה, בדרך כלל קודם להכרעה בבקשה לאשר את התובענה כייצוגית.¹¹⁸ בניגוד לפסק דין שניתן על ידי בית המשפט, הסדר פשרה מעוצב על ידי הצדדים והוא דורש מעורבות וקבלת החלטות רבות של עורך הדין. במהלך המשא ומתן עולות שאלות לגבי הסעד שניתן לחברי הקבוצה - גובה הפיצוי לכל חבר קבוצה, האם הסעד יהיה כספי או בעין ומה האופן שבו חברי הקבוצה יוכלו לממש אותו. לכן, יש חשיבות רבה להסדיר את האופן שבו משפיע עורך הדין על הסעד שינתן בפשרה ועל שכר הטרחתה שיקבל.¹¹⁹

חובת הנאמנות של עורך הדין כלפי הקבוצה מחייבת אותו לשים תמיד את זכויות חברי הקבוצה לפני טובת ההנאה האישית שלו.¹²⁰ בפרט, על עורך הדין לנסות ולהגיע לפשרה ששוויה עבור כל אחד מחברי הקבוצה יהיה הגבוה ביותר האפשרי. לכך יש משמעות לא רק בקביעת גובה הפשרה אלא גם בבחירה באופן שבו ינתן הסעד בפשרה - למשל - בבחירה בין סעדים כספיים לסעדים בעין, בין סעדים שניתנים באופן אוטומטי לסעדים שדורשים פעולה מצד חברי הקבוצה הזכאים, או בין סעדים שניתנים לחברי הקבוצה שנפגעו לבין סעד לציבור.¹²¹

לכאורה, המשמעות היא שעורך הדין צריך לפעול כדי להגדיל את התמורה לחברי הקבוצה, ולהקטין את שכר הטרחתה שלו ככל שהוא בא על חשבון חברי הקבוצה. אולם, תפיסה כזו היא מוטעית, משום שהיא בוחנת את הדילמה האתית בדיעבד, לאחר שהושג הסדר פשרה או ניתן פסק דין. את שכר הטרחתה הראוי יש לבחון מנקודת המבט של חברי הקבוצה במועד פתיחת ההליך. אילו עורך הדין היה מייצג לקוח יחיד, זה המועד שבו הם היו

¹¹⁷ לעמדה לפיה הגמול ושכר הטרחתה הם לעולם על חשבון חברי הקבוצה, הואיל ונתון החשוב לנתבע הוא עלותו הכוללת של ההסדר והוא אדיש לחלוקה בין המייצגים לחברי הקבוצה ראו ויצנבליט "ייצוג הולם", לעיל ה"ש 68, בעמ' 390-391. וראו גם עניין **מכבי**, לעיל ה"ש 115, עמ' 4. בת"צ (מחוזי ת"א) 7789-06-15 **כרמי נ' אלדן תחבורה בע"מ**, פס' 27 (נבו 1.6.2021), בהחלטה לאישור הסדר פשרה, בית המשפט הפחית את שכר הטרחתה של עורך הדין ב- 200,000 שקלים, והגדיל בסכום זה את התרומה שהועברה לקרן לניהול ולחלוקת כספים שהוקמה לפי סעיף 27 לחוק תובענות ייצוגיות. ערעור שהוגשה על פסק הדין נדחה - ע"א 6121/21 **כרמי נ' אלדן תחבורה בע"מ** (נבו 27.12.2021). בית המשפט העליון ציין כי "[ש]הפחתת שכר הטרחתה המומלץ ובמקביל הגדלת הפיצוי לקבוצה באותו שיעור, אינו פוגעות בזכויות מי מהצדדים ואף משפרות את התועלת שצמחה לקבוצה ולציבור מן ההסדר" (שם, בפס' 8).

¹¹⁸ וינשל-מרגל וקלמנט, לעיל ה"ש 44, בעמ' 758.

¹¹⁹ ויצנבליט מציע כי כל עוד עורך הדין והתובע המייצג פעלו לשם קבלת גמול ושכר טרחתה "באורח סביר" ולא בצורה מוגזמת הרי שהייצוג הוא הולם. ויצנבליט "ייצוג הולם", לעיל ה"ש 68, בעמ' 373 ו-392. בכך, כמוכן, אין כדי לענות על השאלה מהו 'אורח סביר'.

¹²⁰ כחלק מחובת הנאמנות קיים איסור על ניגוד בין עניינו של הנהנה לעניינו האישי של האמונאי (מי שחב בחובת אמון). עניין אישי כולל בראש ובראשונה עניין ממוני, כך למשל, בהקשר לחוק החברות, שלמוני שוחד או ניצול הזדמנות עסקית של החברה בידי נושא משרה; אך גם עניינים שאינם ממוניים כגון קרבה משפחתית או עניין אחר שיש בו כדי להעיב על שיקול הדעת. האינטרס המוגן הוא "ניקיון הדעת של האמונאי בעת שעליו להפעיל את שיקול דעתו לטובת הנהנה" (ליכט **דיני אמונות**, לעיל ה"ש 30, בעמ' 53-58).

¹²¹ להרחבה ראו: אלון קלמנט "הפער בין שווי נחזה לשווי ממומש בתובענה ייצוגית **משפט ועסקים כ 1** (התשע"ו) (להלן: קלמנט "הפער בין שווי נחזה לשווי ממומש").

קובעים את הסכם שכר הטרחה ביניהם. לפיכך, הקריטריון שאותו יש להפעיל הוא – מה הוא מבנה שכר הטרחה שחברי הקבוצה ועורך הדין היו מסכימים עליו במועד זה, כדי שהתמורה לחברי הקבוצה בהליך הייצוגי תהיה מקסימלית. מובן שבמועד זה חברי הקבוצה לא היו מעוניינים להקטין את שכר הטרחה באופן שלא יותיר לעורך הדין תמריץ מספיק לנהל את התביעה ולהגיע לתוצאות טובות בפסק דין או בפשרה.¹²² יתרה מכך, הסמכתו של עורך הדין לייצג את הקבוצה צריכה לשרת גם את המטרות של הרתעה ואכיפה. לשם כך, יש לתגמל את עורך הדין בגין השקעתו באיתור עילת התביעה וגיבושה, טרם הגשת התביעה.

לפיכך, במשא ומתן עם הנתבעת עורך הדין יכול לבקש להגדיל את שכר הטרחה שיומלץ על ידי הצדדים בפשרה, גם אם הדבר בא על חשבון הקבוצה המיוצגת. אולם, עליו להימנע מהגדלה אשר תביא לכך שהקבוצה תקבל פחות מתוחלת הסכום, הלוקחת בחשבון את סיכויי התביעה והסיכויים שייפסק כל סעד, אשר היתה יכולה לקבל אילו התביעה היתה מנוהלת עד סופה. יתרה מכך, עליו לוודא שכל הגדלה שהוא משיג בסכום הפשרה תחולק בינו לבין הקבוצה ולא תיצבר כולה לזכות שכר הטרחה. בנוסף, על אף שעורך הדין יכול לפעול להגדלת אחוז שכר הטרחה שלו, עליו לדאוג לכך ששכר הטרחה בפועל ייגזר משיעור המימוש של הסעד על ידי חברי הקבוצה, כך שתהיה התאמה בין התועלת לחברי הקבוצה לבין התועלת עבורו.¹²³ עקרונות אלה חלים באופן דומה גם על דרישת שכר הטרחה בשלב הגשת הבקשה לאישור תובענה ייצוגית, ובמועד מתן פסק הדין בתובענה.¹²⁴

5. עורכי הדין המבקשים לייצג את הקבוצה: הסדרת התחרות על הייצוג

כפי שהסברנו, בתובענה הייצוגית, בניגוד לתביעה רגילה, יתכנו מספר תביעות שיוגשו באותה עילה. עורכי דין המייצגים בבקשות האישור המתחרות, מבקשים כולם לייצג את הקבוצה באותה עילה, ולאף אחד מהם אין בלעדיות על הייצוג. עורכי דין מתחרים ביניהם על איתור עילות התביעה, על איתור של תובעים מייצגים, על הגשה מוקדמת של הבקשה לאישור תובענה ייצוגית ועל בחירת בית המשפט לייצוג.¹²⁵

Sean J. Griffith, *Ethical Rules and Collective Action: An Economic Analysis of Legal* 122
(2002) *Ethics*, 63 U. PITT. L. REV. 347, 369-370

ראו: סעיף 19(1) לחוק תובענות ייצוגיות הקובע כי בית המשפט רשאי לקבוע כי תשלום שכר הטרחה לבא כוח המייצג יהיה מותנה, כולו או חלקו, במימוש הסדר הפשרה ובהשלמת ביצועו; קלמנט "הפער בין שווי נחזה לשווי ממומש", לעיל ה"ש 121, בעמ' 25-31; עניין רייכרט, לעיל ה"ש 115, פס' 7-8 לפסק דינה של כבוד הנשיאה בייניש (2012); ע"א 2398/22 שולץ נ' הוט מובייל בע"מ, פס' 37-39 לפסק דינה של השופטת רונן (נבו) 30.11.2022. שנותרה בדעת מיעוט לעניין זה.

ההצעת לתיקון חוק תובענות ייצוגיות מציעה מודל של קביעת שכר טרחה וגמול לפי שיעורים הקבועים בחוק, כשיעורים מכסימליים. השיקולים לפיהם ייקבע גובה שכר הטרחה והגמול הם השלב בו נגמר ההליך (פסק דין, פשרה לפני אישור התובענה הייצוגית, פשרה אחרי אישור התובענה הייצוגית) וסכום הפיצוי המוענק לחברי הקבוצה. קריטריונים אלו מתבססים על הצורך להתנות את שכר הטרחה בפיצוי לחבר הקבוצה, ולעודד את התובע המייצג ובא כוחו לפעול לטובת הקבוצה ולהביא תובענות ייצוגיות ראויות לביורור והכרעת דין. בנוסף, בהצעת החוק מוצע להטיל על בית המשפט חובה לקבוע ששכר הטרחה והגמול יהיו מותנים במימוש פסק הדין ובהשלמת ביצועו. ר' ס' 23(א)-23(ג) והתוספת השישית להצעה לתיקון חוק תובענות ייצוגיות.

דילמה נוספת שעלולה לעלות בעקבות תחרות בין בקשות האישור, היא האפשרות שעורך הדין שהגיש את אחת הבקשות המתחרות יפנה לחברי הקבוצה המיוצגת על ידי עורך הדין האחר. ועדת האתיקה של ניו יורק בחרה שלא להביע עמדה בשאלה זו. החלטת ועדת האתיקה של ניו-יורק, לעיל ה"ש 53, בסעיף 4 להחלטה.

הצורך בהסדרה אופטימלית של התחרות בין עורכי הדין נובע בעיקר מהצורך לאזן בין האינטרס של חברי הקבוצה המיוצגת באיתור עילות תביעה – אינטרס אשר דורש עידוד תחרות בין עורכי הדין, לבין האינטרס של חברי הקבוצה בייצוג הולם – אינטרס אשר מחייב לעתים הגבלה של התחרות. גם האינטרס של נתבעים ושל מערכת המשפט, שלא יוגשו תביעות חסרות בסיס, מצריך הגבלה על התחרות בין עורכי הדין ככל שזו מביאה להגשתן של תביעות טרם בדיקתן לעומק.

הגשתן של מספר בקשות לאישור תובענה ייצוגית באותו נושא על ידי עורכי דין שונים נובעת מטיבה של התובענה הייצוגית, המערבת בהכרח שאלות מהותיות המשותפות לקבוצה רחבה של אנשים, מאופייה היזמי של התובענה הייצוגית, ומהעדר זכות בלעדיות לייצוג. המקרה המובהק שבו מוגשות מספר בקשות לאישור תובענה ייצוגית באותו נושא, הוא כאשר כולן מבקשות לייצג את אותה קבוצה, בעילות זהות או דומות. סעיף 7 לחוק תובענות ייצוגיות מבקש להתמודד עם מקרים אלה.¹²⁶ תכליתו של הסעיף היא לשמור על היעילות הדינית, למנוע בזבוז זמן שיפוטי בניהול תביעות דומות במקביל ולמנוע הכרעות סותרות, לצד שמירה על טובת חברי הקבוצה המיוצגת.¹²⁷ תכלית נוספת נוגעת ליצירת תמריצים להגשת תביעות ראויות בהקדם האפשרי, ומצד שני למניעת מצבים בהם תובעים יבקשו לנצל לטובת עצמם הצלחה של תביעה ייצוגית קודמת שהוגשה. הסעיף קובע כיצד על בית המשפט להכריע בין הבקשות המתחרות, אולם אינו קובע כללים להתנהלותם של עורכי הדין בתחרות.

התחרות בין עורכי הדין על הייצוג גורמת לשתי בעיות.¹²⁸ בעיה אחת נובעת מהתמריץ להגיש בקשת אישור במהירות האפשרית על מנת לקנות מקום בתור, אשר עלול לגרום

¹²⁶ סעיף 7(א) לחוק קובע כי בית המשפט רשאי להורות כי הדיון בבקשה המאוחרת יועבר לבית המשפט והמותב הדין בבקשת המוקדמת. סעיף 7(ב) לחוק קובע מדרג, בהתאם לשלב בו נמצאת בקשת האישור הקודמת שהוגשה. ככל שהדיון בבקשה המוקדמת מתקדם יותר, כך הסעיף מצר את שיקול דעתו של בית המשפט ומקנה עדיפות לבקשה המוקדמת. סעיף 7(ב)(1) לחוק מתייחס למצב בו **טרם החל הדיון** בבקשה לאישור, כי אז בית המשפט רשאי לפעול בכל אופן שימצא לנכון כדי ש"עניינה של הקבוצה ייוצג וינהל בדרך הטובה והיעילה ביותר". בית המשפט רשאי להורות על צירוף הבקשות, על דיון מאוחד, החלפת מבקש או בא כוח מייצג וכן מחיקת אחת הבקשות- כולה או חלקה. סעיף 7(ב)(2) לחוק עוסק בשלב שבו **כבר החל הדיון** בבקשה המוקדמת, שאז בית המשפט רשאי להורות כאמור בסעיף 7(ב)(1), תוך מתן עדיפות לבקשה המוקדמת: בית המשפט לא יורה על החלפת המבקש או בא כוחו, אלא אם "שוכנע שהדבר דרוש כדי שענינה של הקבוצה ייוצג וינהל בדרך הטובה והיעילה ביותר". סעיף 7(ב)(3) לחוק עוסק במצב **שלאחר אישור** הבקשה. במקרים בהם הבקשה הקודמת הוגשה בשם אותה קבוצה, כולה או חלקה, על בית המשפט להורות על מחיקת הבקשה המאוחרת, אלא מטעמים מיוחדים שיירשמו, ובלבד שלא יורה על צירוף עילות תביעה נוספות או חברי קבוצה נוספים, אלא אם כן מצא כי התקיימו לגביהם כל התנאים וההליכים הנדרשים לאישור התובענה כייצוגית.

¹²⁷ עניין **שלמה תחבורה**, לעיל ה"ש 45, פס' כג לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין; עניין **דבח**, לעיל ה"ש 135, פס' י"ח; ע"מ 852/23 **סוונה ניראל סודמי נ' המועצה הדתית אשקלון**, פס' 21 (נבו 8.3.2023).

¹²⁸ מאחר שקבוצת עורכי הדין המתמחים בתובענות ייצוגיות היא קטנה יחסית, התנהלותו של כל אחד מהם בהליכים השונים במסגרת התובענה הייצוגית עלולה להשפיע באופן משמעותי על המוניטין הקולקטיבי של כלל עורכי הדין בתחום. מאחר שיש חפיפה בין האינטרס של עורכי הדין המייצגים בתובענות ייצוגיות במוניטין חיובי אל מול בית המשפט, ובין האינטרס של חברי הקבוצה והציבור בכללותו בייצוג הולם, על כל חלקיו, הכללים המבטיחים את הייצוג ההולם יבטיחו גם את המוניטין האמור.

לעורכי הדין המייצגים להגיש בקשת אישור חפוזה, מבלי שערכו את הבדיקות הנדרשות.¹²⁹ בעיה זו חריפה במקרים בהם בקשת האישור מבוססת על מידע פומבי שפורסם לציבור, כגון כתבה עיתונאית או חקירה של אחת הרשויות, והבקשה מוגשת תוך זמן קצר לאחר פרסום המידע. בעיה שניה נוגעת לרצונו של כל עורך דין שהגיש בקשת אישור לזכות בייצוג, אשר עלול להביאו 'להשחיר' את עורכי הדין המתמודדים מולו, באופן שפוגע בקבוצה המיוצגת.¹³⁰

העדר בדיקה ראויה טרם הגשת בקשת האישור מהווה הפרה של חובות עורך הדין כלפי הקבוצה, כלפי בית המשפט וגם כלפי הנתבעת, באופן שפוגע במטרות התובענה הייצוגית. כלפי הקבוצה – הואיל והבקשה אינה משקפת כראוי את סיכוייהם של חברי הקבוצה בתובענה ועלולה להביא לתוצאה שאינה מיטבית מבחינתם. כלפי בית המשפט – הואיל והגשת בקשה שאינה מבוססת ואינה פורשת בפני בית המשפט את מלוא העובדות הנדרשות לעניין עלולה לפגוע ביכולת בית המשפט להגיע להחלטה הנכונה. כלפי הנתבעת – הואיל וייתכן שבדיקת העובדות לאשורן היו מייטרות את הגשת בקשת האישור ומונעת את החשיפה שבקשת האישור העמידה בפני הנתבעת. הכללת חובת הבדיקה כחלק מהמסגרת האתית המוטלת על עורך הדין, עשויה להוות תמריץ נוסף לעריכת הבדיקות הנדרשות ודילול התמריץ בהגשת הבקשה במהירות האפשרית.¹³¹

¹²⁹ הגשת בקשת אישור באופן חפוז ללא בדיקת התשתית הראייתית או ביסוסה, ורק כדי להגיש את הבקשה הראשונה בתור, היא פסולה. בע"צ 3293/17 **רבקה טכנולוגיות בע"מ נ' שלומי טלמור**, פס" 3 (נבו 12.9.2018) (להלן: **רבקה טכנולוגיות**) נקבע ביחס לתחרות בין תביעות נגזרות כי העדיפות תינתן לראשון בזמן, אשר בקשתו מניחה תשתית ראייתית ראשונית לעמידה בתנאים לאישור. יחד עם זאת נקבע, כי "אין פירוש הכלל שניתן להגיש בקשה חפוזה ובלתי מבוססת רק על מנת לקנות מקום בתור... במקרים כאלו מובן ונכון שעל בית המשפט להעדיף את הבקשה המאוחרת, אשר הינה הראשונה העומדת ברף הנדרש" (שם, בפס" 6). עוד נקבע כי הבקשה המאוחרת תגבר אם היא מוסיפה "נדבך משמעותי" נוסף "לאיכות התביעה (שם, בפס" 8). בע"צ 7626/18 **חורב נ' אילן ורדניקוב**, פס" 12 (נבו 25.8.2020) נקבע כי יש להחיל את ההלכה שנקבעה בעניין **רבקה טכנולוגיות**, בהתאמות הנדרשות, גם על תובענות ייצוגיות. וראו גם בת"צ (כלכלי ת"א) 40065-03-16 **אסם השקעות בע"מ נ' אוגייסי מ.ז. בע"מ**, פס" 33 (נבו 2.7.2016) (להלן: **עניין אסם**): "כפי שנקבע כבר בעבר, בית-המשפט צריך להניא מבקשים מניסיון להגיע לבית המשפט "מוקדם ככל האפשר" תוך הגשת בקשות שטחיות שאינן בשלות, רק כדי "לתפוס תור" ולהיות אלה שיגישו את הבקשה הראשונה מבחינה כרונולוגית. גם בית-המשפט העליון קבע כי בהקשר זה כי "אין לעודד מירוץ מלאכותי כדי להיות הגורם שינהל את התביעה הנגזרת" (ר' ע"א 5967/15 **לייטקום ישראל בע"מ נ' בנק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ** (נבו 12.01.2016))." ערעור על פסק הדין נמחק בהמלצת בית המשפט והסכמת המערער – ע"א 5583/16 **גולדשמיט נ' פורמלי אסם השקעות בע"מ** (נבו 23.1.2017). בעניין רע"א 983/23 **משאבים מאוחדים (1981) בע"מ נ' משה הייט**, פס" 12-10 (נבו 13.3.2023), בו הוגשו מספר בקשות לגילוי מסמכים לפי תקנה 198 א לחוק החברות, בהפרש של ימים בודדים, נקבע שלאור הפרשים הקרובים של הבקשות, המשקל הניתן לעיתוי הבקשה קטן וניתן לייחס משקל גדול יותר לאיכות הבקשה. יחד עם זאת, הואיל ונקבע שאין פערי איכות משמעותיים, יש לדבוק בכלל "הראשון בזמן" המקנה ודאות דיונית. וראו גם – ע"א 8935/21 **דהן נ' שופרסל בע"מ**, פס" 8 (נבו 15.11.2022).

¹³⁰ ראו למשל הטענות ההדדיות שהשמיעו עורכי הדין שהתחרו על הייצוג בעניין **אסם**, לעיל ה"ש 129, בפס" 38-37.

¹³¹ לדין בחובה זו כנגזרת מחובת תום הלב החלה על התובע המייצגו ועורך הדין ר' חמי בן-נון וטל חבקיין "היש להטיל על תובע נטל לפנות לנתבע לפני הגשת תובענה ייצוגית?" **עלי משפט יב 7**, 17 (התשע"ן). כמו כן יש לציין שגם בתביעות רגילות חובת הנאמנות של עורך הדין ללקוח מחייבת אותו לערוך את כל הבדיקות

באשר לתמריץ 'להשחיר' את עורכי הדין המתמודדים, מאחר שהייצוג ההולם הינו אחד מהתנאים לאישור התובענה הייצוגית, לעורכי הדין של הנתבעת, כמו גם לעורכי דין מתחרים על התביעה, יש אינטרס להצביע על ייצוג בלתי ראוי על ידי עורכי הדין המבקשים לייצג את הקבוצה. האינטרס של הקבוצה בייצוג הולם משמיע צורך בהעלאת טענות אלה בפני בית המשפט, מחד גיסא, אולם בריסונן ככל שהבסיס להן אינו אמיתי, מאידך גיסא. ככל שיש בתחרות בין עורכי הדין כדי להביא לכך שבפני בית המשפט ייפרש כל המידע הרלוונטי לצורך בחירה במייצג האופטימלי, יש לעודד הצגתו של מידע כזה. אולם, ככל שהמידע הזה פוגע בעורכי הדין האחרים אל מול הנתבעת, או שאינו רלוונטי לבחירה, הצגתו פסולה.

ד. עורך הדין ובית המשפט: חובות גילוי

1. חובות גילוי כפתרון אופטימלי בהכוונת עורך הדין

בתביעות רגילות חובות עורך הדין כלפי בית המשפט נועדו לצמצם את ההשפעות החיצוניות השליליות שעלול עורך הדין לגרום בייצוג בהליך המשפטי. השפעות אלה הן משמעותיות מאד בתובענה הייצוגית. האפשרות להגיש תובענה ייצוגית נותנת בידי עורך הדין כלי שבאמצעותו הוא יכול להטיל סיכון ועלויות על הנתבע בקלות יחסית, ולהטיל עלויות נכבדות על מערכת המשפט. למעשה, הפגיעה אינה רק בנתבע ובמערכת המשפט, אלא גם בקבוצה המיוצגת. תביעות סרק שמוגשות כנגד נתבעים אשר לא הפרו את חובותיהם עלולות להביא להרתעת יתר וצינון פעילות מועילה, הפוגעות בכלל הציבור וחברי הקבוצה בתוכם.¹³²

מנגד, לתובענה הייצוגית השפעות חיצוניות חיוביות שעיקרן בהרתעת נתבעים מפני הפרת החוק ואכיפת הוראותיו. אלו חלק ממטרותיו של החוק, ובמקרים שבהם לא ניתן לפצות את חברי הקבוצה, מטרות אלו הן המטרות העיקריות בתובענה הייצוגית. לפיכך, יש חשיבות גדולה לכך שדיני התובענות הייצוגיות והדין האתי לא יפגעו במימושן.

חוק תובענות ייצוגיות מבקש לעודד הגשת תובענות ייצוגיות ראויות ולהתמודד עם בעיית תביעות הסרק באמצעות דרישה להוכחת סיכויי התביעה בשלב האישור,¹³³ ובדיקת סיכוייה גם בהחלטה לאשר הסדר פשרה לפני שהתובענה הייצוגית אושרה.¹³⁴ גם אופן התגמול של עורך הדין אמור לתמרצו להגיש תביעות ראויות, ולממש בהן את מטרת ההרתעה. עורך הדין יימנע בדרך כלל מהגשת תביעות סרק, אם הסיכוי שיזכה בהן ויפוצה בגין הזמן שהשקיע, הוא נמוך. עורך דין שבוחר להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית ללא בדיקה משפטית ראויה, או ללא תשתית עובדתית, מסתכן בדחיית בקשתו.¹³⁵ לפיכך, הן

המשפטיות והעובדתיות הנדרשות לפני הגשת הבקשה לאישור ולהיות בקיא בתביעה המוגשת. ראו זר-גוטמן "נאמנויות", לעיל ה"ש 19, בעמ' 251-256.

¹³² אלון קלמנט ורות רונן "בחינת עילת התביעה וסיכוייה בשלב אישור התובענה הייצוגית" עיוני משפט מב 5, 23-25 (התש"ף).

¹³³ ס' 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות.

¹³⁴ ס' 19(א) סיפא לחוק תובענות ייצוגיות; דברי ההסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות (תיקון מס' 10) (הסדרי פשרה והסתלקות), התשע"ו-2016, ה"ח 637, 116, 117.

¹³⁵ עניין ליברמן, לעיל ה"ש 77, פס' 18-12; רע"א 3489/09 מגדל חברה לביטוח בע"מ נ' חברת צפוי מתכות עמק זבולון בע"מ, פס' 40-42 לפסק הדין של השופטת ברק-ארוז (נבו 11.4.2013); קלמנט והדסי "התקנות

הוראות החוק והן התמריץ המובנה בתגמול עורך הדין בהתאם לתוצאות ההליך, נותנים תמריץ להגשת תביעות ראויות, ומספקים הגנה משמעותית מפני תביעות סרק. מכך נובע שיש לנקוט גישה זהירה בהטלת חובות נוספות על עורך הדין בהקשרים הנוגעים לייזום התביעה ולביסוס עילת התביעה והוכחתה. הטלת חובות כאלה עלולה להפר את האיזון שהחוק מבקש להשיג.

אולם, גישה זהירה זו בהטלת חובות על עורך הדין המייצג, צריכה להיות מלווה בפיקוח אפקטיבי של בית המשפט עליו. תפקידו של בית המשפט בהליך התובענה הייצוגית הוא כפול: עליו להכריע בתובענה, אולם בה בעת הוא צריך לפקח על עורך הדין והתובע המייצג כדי שהתנהלותו לא תסכל את מטרות החוק. בפרט, עליו להגן על הקבוצה המיוצגת מפני התנהלות הפוגעת בזכויותיה, ועל האינטרס הציבורי מפני מצבים שבהם עורך הדין משתמש בכוח הייצוג שהחוק נתן לו באופן שפוגע במטרות האכיפה וההרתעה.

בהליך האינדיבידואלי יש לעורך הדין חובת גילוי כלפי לקוחו וחובה שלא להטעות את בית המשפט בידועין, כאשר נפסק כי גם אי גילוי במקום בו נדרש גילוי ייחשב כהטעה.¹³⁶ בתובענה הייצוגית נדרשת חובת גילוי רחבה יותר כלפי לבית המשפט. מטרתה של חובת הגילוי היא לאפשר לבית המשפט לפקח על התנהלות עורך הדין והתובעת המייצגת ולהגן על זכויות חברי הקבוצה שאינם משתתפים בהליך. רק אם בפני בית המשפט יהא כל המידע הרלוונטי, הוא יוכל לשקול את האינטרסים השונים ולהגן על זכויות חברי הקבוצה. חובת הגילוי הינה גם החובה הבסיסית ביותר המוטלת על עורך הדין כחב חובת אמון כלפי הקבוצה, וכנגזר מכך, כלפי בית המשפט.¹³⁷

יחד עם זאת, חובת הגילוי צריכה להיות מעוצבת באופן שלא יפגע בסיכווי התובעים למצות את זכויותיהם בתביעה. כך, למשל, נדרשות הגבלות על חובת הגילוי ביחס לראיות שהצגתן עלולה לפגוע בסיכווי התביעה ואשר לא היו בהכרח מוצגות בהליך רגיל. נוסף על כך, יש לוודא שחובות הגילוי כלפי בית המשפט לא ישרתו את הנתבע אשר עלול ללמוד מידע שיכול לסייע לו בהליך, לרעת הקבוצה.

יתרה מכך, הטלת חובת גילוי רחבה כלפי בית המשפט מניחה שאין איסור על הפעולות שעורך הדין נדרש לגלותן. לפיכך, המלצתנו להטיל חובת גילוי כזו הולכת יד ביד עם עמדתנו לפיה פעולות מסוימות, שבדין הנוהג כיום יש סימן שאלה ביחס לחלקן האם הן ראויות, הן כאלה שמותר (ולעתים אף רצוי) שעורך הדין יבצע אותן, אולם שביצוען צריך להיות גלוי לבית המשפט. הפרק הבא מפרט פעולות אלה, הכוללות את ייזום התביעה ואת ההתקשרות עם גורמים שלישיים, לרבות גורמים מממנים. חובת הגילוי וההיתר לפעולה כרוכים זו בזו. חשוב לציין שהטלת חובות גילוי נרחבות כלפי בית המשפט עלולה להגדיל את עלויות הליך אישור התובענה הייצוגית. הסיבה לכך היא שנתבעים יוכלו להשתמש בגילוי כזה כדי

החדשות", לעיל ה"ש 56, בעמ' 31; קלמנט "קווים מנחים", לעיל ה"ש 6, בעמ' 141-145. יש לציין גם שעורך דין שלא בודק את פנקס התובענות הייצוגיות בטרם ההגשה, מסתכן במחיקת בקשתו לפי סעיף 7 לחוק. ר' ע"א 5503/11 דבח נ' מירון דגרי, פס' ט"ו-כ"א (נבו 18.1.2012) (להלן: עניין דבח).

¹³⁶ ס' 34 לכללי האתיקה; בר"ש 9951-16 גרין נ' לשכת עורכי הדין – מחוז תל אביב (נבו 26.2.2017). שם נפסק כי במקום בו הייתה חובה לגלות מידע ועורך הדין לא גילה אותו לבית המשפט – ניתן יהיה להאשימו בהטעה במחדל. באותו מקרה עורך הדין לא גילה לבית המשפט המחוזי על פסק דין שניתן בבית משפט לעניינים מנהליים בעתירה שהוגשה על ידי אותו עורך דין בעניין דומה ונפסק כי אי הגילוי עלה לכדי הטעה (פס' א, יז). ר' ליכט "חובות אמון", לעיל ה"ש 26, בע' 65-69.

לנגח את התובעים, והדבר עלול לתת בידם עילה לבקשות לסילוק בקשת האישור על הסף או לדחייתה.¹³⁸ עלויותיהן של בקשות כאלה יוטלו הן על בתי המשפט והן על התובעים, והן עלולות להרתיע אותם מפני תביעות ראויות. אולם, כאמור לעיל, ככל שההנהלות נשוא הגילוי תוכר על ידי בתי המשפט כמותרת, כך החשש מפני הליכים מיותרים יצומצם. בנוסף, חלק מחובות הגילוי (למשל בכל הנוגע להסכמים בין עורך הדין לבין התובעת המייצגת או המממן) יקוימו רק כלפי בית המשפט, והמידע יהיה חסוי מהנתבע. לבסוף, גם כאשר הטלת חובות הגילוי מגדילה את עלויות ההליך המשפטי ואת עלויות התובעת ועורך הדין המייצגים, הדבר רצוי ככל שהוא מסייע לבית המשפט לקיים את תפקידיו בניהול הליך התובענה הייצוגית ובמימוש מטרותיו.

חוק תובענות ייצוגיות מבקש להתמודד עם בעיית היעדר מידע של הקבוצה, באמצעות חובת פרסום הודעות בצמתים מרכזיים בהליך, למשל בשלב פרסום הסדר פשרה שהוגשה לאישור או בשלב אישור התובענה כייצוגית.¹³⁹ נוסף על כך, החוק מסדיר היבטים שונים של חובת הגילוי לבית המשפט. כך למשל, חלה על עורך הדין חובה לגלות לבית המשפט על הגשת תביעות מקבילות על ידיו.¹⁴⁰ חובה זו חשובה בעיקר מקום בו מדובר על מספר נתבעים (שאו הם עלולים לא להיות מודעים לתביעות המקבילות). ניהולן של תביעות מקבילות על ידי אותו עורך דין עלול ליצור קונפליקט בין האינטרס של קבוצות בתביעות שונות. כך, למשל, יתכן שפשרה (נמוכה) בתביעה אחת, תביא לנכונות גדולה יותר של נתבעים נוספים בתביעות אחרות להתפשר. מכאן החשיבות בגילוי מידע זה לבית המשפט.

החוק מטיל על עורך הדין חובת גילוי מוגברת בשלב הפשרה. בשלב זה, לא מתקיים דיון אדוורסרי בין הצדדים, ולנתבעת ולעורך הדין המייצג את הקבוצה יש אינטרס משותף באישור הפשרה גם אם זו מיטיבה עם שניהם על חשבון הקבוצה. לפיכך, סעיף 18(ב) לחוק תובענות ייצוגיות ותקנה 12 לתקנות תובענות ייצוגיות, מטילים חובה על צדדים להסדר גלולות לבית המשפט עובדות ונתונים מהותיים הנוגעים להסדר הפשרה.¹⁴¹ הוראה דומה

¹³⁸ כך למשל, בת"צ (מחוזי מרכז) 37468-01-18 **אמון הציבור, חברה לתועלת הציבור נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ**, בפס' 17 (נבו 4.1.2022), המשיבות טענו שיש לדחות את התובענה הייצוגית מכיוון שארגון "אמון הציבור" לא עשה מאמץ למציאת תובעים בעלי עילת תביעה אישית בניגוד לס' 4(3) לחוק תובענות ייצוגיות, בשל הסכם בינם לבין משקיע חיצוני שמימן את התביעה. ההסכם נחשף במסגרת ההליך, והמשיבות טענו שיש בכך להטיל ספק בדבר התאמת הארגון לשמש ארגון מייצג וכן בתום ליבו. ביהמ"ש קיבל את טענות המשיבות, ודחה את התובענה הייצוגית (פס' 60). בת"צ (כלכלית) 12551-10-19 **בן לוי נ' רשת חנויות רמי לוי שיווק השיקמה 2006 בע"מ**, פס' 61 (נבו 4.4.2022) המשיבים טענו כי לא מתקיימים התנאים לאישור התובענה כייצוגית בין היתר לאור גילוי של מעורבות הקרן הפרטית למימון תובענות ייצוגיות Beactive בהליך מטעם המבקשים. המשיבים טענו שמעורבות זו מעלה חשש מפני ניצול לרעה של מכשיר התובענה הייצוגית ונוגדת את ס' 8(א)(3) לחוק. השופט כבוב דחה את התובענה בגין אי עמידה בס' 8(א)(1) לחוק ולכן לא נדרש לסוגייה זו.

¹³⁹ ראו למשל סעיפים 18(ג) ו-25 לחוק תובענות ייצוגיות.

¹⁴⁰ ס' 5(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות דורש בטרם הגשת בקשה לאישור, בדיקה בפנקס של בקשה או תובענה ייצוגית אשר השאלות המהותיות של עובדה או משפט שמתעוררות בה זהות או דומות אלו שבבקשת האישור, ויידוע בית המשפט בתביעות הדומות. עניין **שלמה תחבורה**, לעיל ה"ש 45, פס' כב לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימי) רובינשטיין, פס' 4-3 לפסק דינו של כבוד השופט דנציגר; עניין **חרטט**, לעיל ה"ש 58, פס' 18.

¹⁴¹ קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 6, בעמ' 781-784.

קיימת גם בהסתלקות, מכוח סעיף 16(ב) לחוק תובענות ייצוגיות הקובע כי בבקשה להסתלקות יש לגלות את כל הפרטים המהותיים הנוגעים לה. אולם, החוק אינו ממצה את חובות הגילוי החלות על עורך הדין. בפרט, הוא אינו מסדיר את חובות הגילוי של עורך הדין ביחס לפעולות שעשה טרם הגשת התביעה, וביחס להתקשרויות שלו עם גורמים שונים – עורכי דין אחרים, תובעים מייצגים, וגורמים מממנים. החלק הבא מסביר מדוע יש לאפשר מסגרת רחבה של פעולות והתקשרויות של עורך הדין טרם הגשת התביעה ולאחר הגשתה, אולם בה בעת נדרש גילוי על ידי עורך הדין ביחס לכל אלה.

2. חובות גילוי לבית המשפט: יישום

(א) פעולות בייזום התביעה

בתביעות אינדיבידואליות סעיף 55 לחוק לשכת עורכי הדין וכללי לשכת עורכי הדין (פרסומת),¹⁴² מגבילים את האפשרות לפרסום מטעם עורכי דין,¹⁴³ וסעיף 56 לחוק לשכת עורכי הדין אוסר על עורך דין לשדל לקוח למסור לו עבודה מקצועית. מגבלות אלה אינן רצויות בתובענה הייצוגית משום שהן מגבילות הגשה של תביעות ראיות, ומצמצמות את התועלת ממנגנון התובענה הייצוגית, שייזומה על ידי עורך הדין הוא אחד ממאפייניה. בתביעות רגילות, המגבלות הללו מיועדות לתחום את התמודדותו של עורך הדין בשוק עם עורכי דין אחרים, התמודדות המסתיימת בהתקשרות עם התובעת. יתכן גם שהן עשויות להגן על הלקוח מפני השפעה לא הוגנת על החלטתו למי למסור את הייצוג.¹⁴⁴ מטרות אלה הינן בעלות חשיבות מועטה, אם בכלל, בתובענות ייצוגיות. יתרה מכך, הן עומדות בסתירה למבנה שקובע חוק תובענות ייצוגיות כאשר הוא מסמיך את עורך הדין לייצג את הקבוצה. הסמכה זו מתבססת על ההנחה שיש לאפשר לעורך הדין לאתר עילות תביעה ותובעים, כדי לקדם את מטרות החוק. לפיכך, יש לתקן את הכללים הללו ולאפשר לעורך הדין לפרסם הודעה לצורך איתור תובעת מייצגת, או לפנות לתובעת פוטנציאלית על מנת שתייצג את הקבוצה.

אולם, על עורך הדין ליידע את בית המשפט שזו הדרך שבה נוצר הקשר עם התובעת המייצגת, כדי שבית המשפט לא יוטעה לחשוב שהתובעת המייצגת היא שיזמה את ההליך. ככל שיש ליוזמה להליך השפעה על הערכתו של בית המשפט את סיכויי התביעה או את השאלה האם תנאי האישור מתקיימים, חובת הגילוי לגביה מאפשרת לבית המשפט לפסוק בשאלות אלה. יש לזכור שהדרישה לכך שהתובעת המייצגת תהיה חברה בקבוצה המיוצגת נובעת מכך שבית המשפט בוחן את תביעת הקבוצה כולה דרך תביעתה של התובעת המייצגת. ישנם מקרים שבהם הדבר הוא חסר משמעות (למשל כאשר מדובר בתביעה שנוגעת לנזק צרכני פעוט שנגרם עקב הפרת חובות כיתוב על המוצר). אולם, ישנם מקרים שבהם התובעת המייצגת היא אכן 'פניה' של הקבוצה. בית המשפט צריך לדעת האם תביעתה של התובעת נבעה מפגיעה שנפגעה, או שמא גויסה לתפקיד הייצוג על ידי עורך הדין.

¹⁴² כללי לשכת עורכי הדין (פרסומת), התשס"א-2001 (להלן: כללי הפרסומת).

¹⁴³ פרסום מטעם עורך דין יכול רק את הפרטים המנויים בתקנות, ראו למשל בתקנה 3(ב) לכללי הפרסומת.

¹⁴⁴ ר' לעיל ה"ש 39.

יש דוגמאות רבות למקרים שבהם נסיבות העילה והתביעה של התובעת הן משמעותיות לצורך אישור התובענה הייצוגית. כך, למשל, במקרים שבהם הנזק לתובעת הוא נזק לא ממוני והוא חלק מעילת התביעה ולכן יש לוודא שהתובעת אכן נפגעה; במקרים שבהם גיוסה של התובעת לתפקיד הייצוג עלול להשליך על דרישת הייצוג ההולם על ידה (למשל בתביעת אפליה כאשר לא נפגעה ממנה למעשה וכאשר אין לה עניין כן בתיקונה); או במקרים שבהם יש דרישת הסתמכות של התובעת על פרסום מטעה, אולם היא למעשה לא הסתמכה עליו ולכן לא הוטעתה.¹⁴⁵

כלל דומה צריך לחול גם ביחס לפעולות של עורך הדין שמטרתן איסוף ראיות שיבססו עילת תביעה.¹⁴⁶ פעמים רבות, פעולות לאיתור תובעת מייצגת ופעולות לאיסוף ראיות הן הכרחיות לעצם הגשתה של התובענה הייצוגית.¹⁴⁷ לכן, אין פסול בכך שעורך הדין הוא שיאתר את עילת התביעה, יזום את התביעה, ויבחר בתובעת שתייצג את הקבוצה. יתרה מכך, ישנם מקרים שבהם ראוי לאפשר לעורך הדין לפנות לתובעת פוטנציאלית ולהציע שתתקשר עם הנתבע באופן שיקים לה עילת תביעה אישית. זאת, על מנת שתוכל לשמש תובעת מייצגת, ובאופן זה ליזום לכאורה את עילת התביעה.¹⁴⁸

¹⁴⁵ ר' ע"א 7503/22 שטרק נ' הבנק הבינלאומי הראשון בישראל (נבו) 28.6.2023. בו קבע בית המשפט כי "אין פסול בעצם העובדה שתובענה ייצוגית מוגשת בעקבות ייעוץ חיצוני של מומחה לדבר, כמו גם בכך שהמבקש לשמש כתובע מייצג מבצע בידועין, ובכוונת מכון, פעולות המייצרות את עילת התובענה (למעט באותן נסיבות בהן יש בידועין זו כדי לאיין את קיומה של עילת התביעה, כגון כשמדובר בעילה של הטעיה)."

¹⁴⁶ כפי שלמשל ארע בת"צ (מחוזי חי') 3910-01-16 שמעון חיים נ' ברברוסה קריות בע"מ (נבו) 22.10.2017 (להלן: עניין ברברוסה). בית המשפט המחוזי בחיפה קבע כי העובדה שהמבקש הגיע למועדון, בידועין שמעשנים שם, מצוייד במכשיר הקלטה, על מנת ליצור תשתית להגשת תביעה ייצוגית, מעלה ספק בדבר מניעי התביעה והאם היא עומדת בחובת תום הלב (פס' 55).

¹⁴⁷ בע"א 8114/14 מרקט מוצרי ייעול בע"מ נ' סונול ישראל בע"מ, פס' 21 לפסק דינה של השופטת ברון (נבו) 5.8.2018. נקבע כי אין פסול בכך שעורך הדין הוא שמאתר את תובע המייצג, כל עוד הדבר מקדם את טובת הקבוצה וחובת תום הלב החלה על עורך הדין. בעניין פריניר, לעיל ה"ש 59, בית המשפט העליון הביע עמדתו כי ככלל, פעולה של עורך הדין לאיתור נפגעים לצורך הגשת תובענה ייצוגית – אין בה, בהכרח, להכשיל את התובענה הייצוגית – פס' 94 לפסק דינו של מלצר. השופט מלצר הפנה לפסיקה בארה"ב שם נקבע כי פעולה של עורך דין לשכנע נפגע לשמש תובע ייצוגי, יכולה לשמש עניין אתי לדיון משמעותי נגד עורך הדין אם היא נעשית בצורה "בוטה ופוגענית". התנהגות בוטה ופוגענית יכולה להיות, למשל, כאשר עורך הדין מוצא תובע מייצג שבכירור אינו מתאים לשמש כתובע מייצג או מטעה אותו בעת גיוסו. Williams v. Balcor Pension Investors, 150 F.R. D. 109, 118 (N.D. Ill.1993); Halverson v. Convenient Food Mart, Inc. 458 F.2d 927 (1972); Culver v. City of Milwaukee 277 F.3d 908 (2002); Creative Montessori Learning Centers v. Ashford Gear LLC 662 F.3d 913 (2011); Reliable Money Order, Inc. v. McKnight Sale Co., 704 F.3d 489 (2013). בדיון הנוסף על עניין פריניר, דנ"א 5406/15 פריניר נ' שי ברזילי (נבו) 25.8.2015, נקבע כי הדיון בשאלה האם ראוי שעורך-דין יזום פנייה לתובעים פוטנציאליים היה בגדר אמרות אגב, ולא מהווה הלכה (פס' 13).

במסגרת הדיונים בפני ועדת החוקה בהצעת חוק תובענות ייצוגיות הוצע להחריג באופן מפורש את איסור השידול מהתובענה הייצוגית, ואולם משהובאה הצעת החוק לקריאה השנייה והשלישית הושמטה ההחרגה ללא דיון, והחוק עבר בנוסחו כיום ללא התייחסות לשאלת ייזום ההליך הייצוגי על ידי עורך הדין ופנייה של עורכי הדין לתובעים פוטנציאליים – פרוטוקול ישיבה מס' 7 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 51 (13.9.2005), עניין פריניר, לעיל ה"ש 59, פס' 89 לפסק דינו של השופט מלצר.

¹⁴⁸ בעניין זוגלובק, לעיל ה"ש 92, בפס' 7 נקבע כי "נקיטת יוזמה המכוונת להגשת הליך ייצוגי, גם כאשר המניע המונח ביסודה הוא מניע כלכלי, היא כשלעצמה אינה פסולה". בת"צ (מחוזי חיפה) 38983-08-16 צורף נ' בנק

בתביעה אינדיבידואלית, פעולות אלו מעוררות קושי. ייזום עילת תביעה במישור האינדיבידואלי, כאשר אין הישנות של העילה, ובעיקר כאשר מדובר בתביעה ביחס לעבר, עלול ליצור נזק במקום שבו ניתן היה להימנע ממנו.¹⁴⁹ אולם, בתובענה ייצוגית הנזק הספציפי שנגרם לתובעת המייצגת אינו העיקר. הנזק הכולל שנגרם לקבוצה או לציבור משמעותי בהרבה. לפיכך, אם מתקיימת הפרה וישנה פגיעה בקבוצה, אין פסול בכך שתובעת

הפועלים בע"מ, פס' 14.8 (נבו 17.8.2019), בית המשפט אישר תובענה ייצוגית, וקבע כי אין פסול בכך שהתובעת המייצגת נקטה יוזמה מכוונת להגשת תביעה ייצוגית.

הדין בשאלת ייזום עילת תביעה, התעורר בפני בית המשפט העליון בעניין **שלמה תחבורה**, לעיל ה"ש 45. מדובר בדיון מאוחד בערעור ובבקשת רשות ערעור על שתי החלטות של בתי המשפט המחוזיים. בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי מרכז, כב' השופטת שטמר, לקבל את בקשת האישור (ת"צ (מחוזי מר') 13354-12-08 **ש.א.מ.ג.ר שירותי אכיפה בע"מ נ' נוי קופל בע"מ** (נבו 31.3.2011) (להלן: "ההחלטה בעניין ש.א.מ.ג.ר"), וערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בת"א, כבוד השופט פרגו (ת"ת (מחוזי ת"א) 2370/08 **גליזר נ' דומיקאר בע"מ** (נבו 7.11.2012) (להלן: עניין **דומיקאר**)), שהורה על דחיית בקשת האישור. בקשת האישור בעניין **שלמה תחבורה**, לעיל ה"ש 45, הוגשו בטענה כי בהחזרת רכב שבור, גבו המשיבה מחיר גבוה בעבור מילוי מיכל דלק. במסגרת ההליך התברר כי שכירות הרכב נעשתה באופן מכוון לצורך בחינת האפשרות להגשת התביעות. שני בתי המשפט המחוזיים שדנו בבקשות האישור הגיעו למסקנות שונות לחלוטין. בית המשפט המחוזי בת"א, מפי כבוד השופט פרגו, קבע כי המבקשים יצרו בידועין ובמכוון עובדות אשר יקנו להם את האפשרות להגיש תובענות שונות וכי הוראות חוק הגנת הצרכן לא נועדו לתת הגנה או זכות תביעה "למי שבידועין ובמחוקן, יוצר עובדות אשר יקנו לו אפשרות ליצור 'פס ייצור של תובענות ייצוגיות'" (עמ' 7 לעניין **דומיקאר**). לעומתו, בית המשפט המחוזי מרכז, מפי כבוד השופטת שטמר, קבע כי אין בהתנהלות עורכי הדין בזהויה התנהלות פסולה ואיסוף ראיות לצורך ביסוס תשתית ראיתית מספקת, כדי למנוע מהם את ייצוג הקבוצה בתובענה ייצוגית, אף על פי שראוי היה כי תצהיר התובע המייצג ישקף אמת לאמתה ביחס לאופן איסוף הראיות (פס' 21 להחלטה **בעניין ש.א.מ.ג.ר**).

בפסק דינו של בית המשפט העליון, נחלקו השופטים בשאלה זו. בעוד שכבוד השופט רובינשטיין הציע לערוך אבחנה בין יוזמה של תובענה ייצוגית מעיקרא מבלי שיש עילה "אותנטית" לבין מקרה שבו התובענה מבוססת על עילה אמיתית ואולם לשם ביסוסה החליטו התובעים לעבות את הראיות שבידיהם על ידי ייזום עילות תביעה דומות (פס' מ"ו לפסק דינו של השופט רובינשטיין בעניין **שלמה תחבורה**), השופט פוגלמן ציין כי הוא "נוטה להשקפה כי בנסיבות שהוצגו לפנינו, אין בהיבטים אלה כדי להטות את הכף לחובת התובעים..." (פס' 20 לפסק דינו של השופט פוגלמן בעניין **שלמה תחבורה**).

לשם הדוגמה, נניח שיש בור פעור בכביש, שהאחריות על תיקונו מוטלת על הרשות המקומית. עידודו של אדם ללכת ליד הבור וליפול בו, כדי לאפשר לו לתבוע פיצויים מהרשות המקומית, אינו ראוי. הקושי הראשון הוא שפעולה כזו אינה יעילה. היא יוצרת נזק ממש לאדם שנפגע ובנוסף מחייבת הוצאת עלויות בהליך המשפטי. הנזקים והעלויות הללו לא היו נגרמים אלמלא האפשרות לתבוע ולכן ראוי שלא ייגרמו. הקושי השני שהמצג שמוצג בפני בית המשפט הוא מטעה, שכן התובע שנפגע היה יכול להימנע מהפגיעה. התוצאה עלולה להיות לא נכונה (חבות העירייה בגין רשלנות) בעוד שהצגת המצג הנכון היתה מביאה לתוצאה שונה.

שאלה דומה עלתה בעניין של מר **קיס**, שהגיש עשרות תביעות על הפליה בכניסה למועדונים, בשל היותו ערבי. נטען כי הוא אינו מגיע למועדון "כאחד האדם במטרה ליהנות" אלא כדי לייצר עילות תביעה. בית המשפט העליון העיר בהקשר זה, כי חוק איסור הפליה נותן "בידי מי שהופלו בניגוד להוראותיו את הזכות לתבוע פיצוי בגין הפלייתם. בהיותה של ההפליה כלפי הנמנים על הקבוצות המוגנות בחוק תופעה חברתית מורשת ורחבה, ייתכן שאדם ייחשף אליה באופן חוזר ונשנה, בהקשרים ובהזדמנויות שונות. בשים לב לכך, ולמטרתו המוצהרת של חוק איסור הפליה, יש לעודד הגשת תביעות באותם מקרים שאכן התרחשה הפליה אסורה. מכאן, כי יש להיזהר מסיווגו של מי שהגיש כמה תביעות מכוח החוק כ"תובע סדרתי" ולראות בכך כשיקול העומד לחובתו, וממילא יש להקפיד ולבחון כל תביעה לגופה... – רע"א 197/16 **קיס נ' ק.צ. יחסי ציבור ויזמות בע"מ**, פס' 5 (נבו 26.1.2016).

פוטנציאלית תפעל כדי להקים לה עילת תביעה אישית. אין פסול גם בכך שעורך הדין יפנה אל תובעת פוטנציאלית בהצעה לפעולות כאמור.

יחד עם זאת, על מנת שפעולותיו של עורך הדין לא יטעו את בית המשפט, יש לגלותן. על חשיבותו של הגילוי ניתן ללמוד, למשל, ממקרים שבהם יש טענה לעוולה במעשה או מחדל, שאין להן ראיות ישירות אלא ראיות סטטיסטיות בלבד. כך, בתביעה שבה נטען שהנתבעת אינה מנתקת את לקוחותיה משירותי האינטרנט שלה במועד, לאחר שקיבלה הודעת ביטול, הראיות לתביעה יסתמכו על מספר מקרים שבהם הלקוחות אכן לא נותקו. השאלה האם התובעת המייצגת עמדה בנטל הראשוני להוכחת המחדל הנטען קשורה לשאלה האם היא יזמה את הפניות לניתוק והביאה בפני בית המשפט רק את אלה שלא צלחו. יידועו של בית המשפט ביחס להליך איסוף הראיות נחוץ לצורך הערכתן.¹⁵⁰ דוגמה נוספת היא בתביעה שעילתה תלויה בפעולה שעשתה התובעת. כך, למשל, בתביעה להשבת סכומים שנגבו ביתר בגין מילוי טנק הדלק במכוניות שהוחזרו בתום תקופת שכירותן, עורך הדין רשאי לזום את השכירות ולהחזיר הרכב עם טנק דלק שאינו מלא, אולם בית המשפט צריך לדעת זאת כאשר הוא מנסה להעריך האם מדובר בנוהל קבוע או שמא עורך הדין עשה מספר נסיונות שרק בחלקם נגבו סכומים ביתר.¹⁵¹ בשתי הדוגמאות, יש לאפשר לעורך הדין לזום פעולות שיאפשרו את הגשת התובענה הייצוגית ויבססו עבודה תשתית ראייתית מספקת. עם זאת, יש להטיל עליו חובת גילוי רחבה ביחס לפעולות שנקט.

(ב) התקשרויות של עורך הדין

חובת גילוי לבית המשפט יכולה לתת מענה גם במישורי היחסים בין עורך הדין לבין התובעת המייצגת, בינו לבין עורכי דין מתחרים, ובינו לבין גופים המממנים את התובענה הייצוגית. בכל המקרים הללו, הסכמות שתלויות בתוצאות ההליך ולכן משפיעות על האופן שבו המייצגים מתנהלים בו (חלוקת שכר טרחה וגמול, תשלום הוצאות, תשלום בגין מימון) או כאלה שמתייחסות באופן ישיר להתנהלותם (הסכמות לגבי קבלת ההחלטות בהליך), משפיעות על הייצוג. ככל שהסכמות משרתות את מטרות החוק, אין להטיל עליהן מגבלות. אולם, מאחר שהסכמות לייצוג נובעת מהוראות החוק ומיועדת לממש את מטרותיו, ומאחר שבית המשפט הוא שמפקח על הייצוג, עליו להיות מיוודע לגבי ההסכמות הללו.¹⁵²

כפי שהסברנו לעיל,¹⁵³ במישור היחסים בין עורך הדין לבין התובעת המייצגת, ראוי לאפשר להם לחלק ביניהם גם את הסכום הכולל של גמול ושכר טרחה שייפסק לזכותם, כמו גם את החלוקה בהוצאות, לרבות הנשיאה בהוצאות המשפט של הנתבע, כדי שהסדרת התמורה הכספית והעלויות בניהול התובענה הייצוגית יהיו אופטימליים.

הדרישה היחידה שצריכה להתקיים הינה שבית המשפט יהיה מיוודע ביחס להסכמה ביניהם, כבר בפתיחת הליך האישור, או מכל מועד מאוחר יותר שבו הגיעו להסכמה. גילוי זה נדרש כדי שבית המשפט ידע מהי חלוקת הגמול ושכר הטרחה כאשר הוא פוסק את סכומם הכולל, וכך יוכל לבחון האם ההסכמות בין עורך הדין והתובעת המייצגת אינן מסכלות את

¹⁵⁰ ע"א 2112/17 גרסט נ' נטוויז'ן בע"מ, פס' 44, 48-49 (נבו 2018.9.2).

¹⁵¹ ההחלטה בעניין ש.א.מ.ג.ר, לעיל ה"ש 148, בפס' 21.

¹⁵² להיקף חובת הגילוי ביחס להסכמי חלוקה של שכר טרחה וגמול בארה"ב ר' *Newberg, at § 15:12*, לעיל ה"ש 4.

¹⁵³ ר' לעיל פרק 4.ג.

האופן שבו הוא מבקש להכתיב את תמריצייהם בניהול התביעה, ובעיקר את תמריציו של עורך הדין.¹⁵⁴ קביעת שכר הטרחה על ידי בית המשפט מיועדת לכוון את עורך הדין למקסם את שווי התביעה לקבוצה. אם בית המשפט קובע שכר טרחה באופן מסוים כדי להשיג את המטרה הזו (למשל באחוזים גבוהים מספיק כדי למנוע פשרות מוקדמות ונמוכות) אולם שכר הטרחה בפעולה הוא שונה (למשל באחוזים נמוכים משום שהתובע המייצג מקבל חלק משמעותי מהסכום הכולל של שכר הטרחה והגמול), התכלית של פסיקת שכר הטרחה מסוכלת.

כאמור, בהצעה לתיקון חוק תובענות ייצוגיות מוצע לקבוע שיעורי מקסימום לגמול ושכר טרחה בחוק, כאשר המדרגות בחוק קובעות את הסכום הכולל של שכר הטרחה והגמול.¹⁵⁵ יחד עם זאת, ההצעה קובעת כי יש לאפשר לבית המשפט לקבוע את החלוקה בין הגמול לתובע המייצג לבין שכר הטרחה לבא כוחו בהתאם להתרשמותו מניהול ההליך. לצורך קביעת החלוקה בית המשפט יהיה רשאי לבקש שיוגשו טיעונים בעניין.¹⁵⁶ בדו"ח הצוות הבין-משרדי הוצע לאפשר לבית המשפט לקבוע את החלוקה בין הגמול לשכר הטרחה בהתאם למידת מעורבות התובע הייצוגי בתיק וחלוקת הסיכונים, ההוצאות והרווחים ביניהם. לצורך כך הומלץ כי על התובע המייצג ובא כוחו יהיה להציג בפני בית המשפט את הסכם הייצוג.¹⁵⁷

לפיכך, החובה היחידה שצריכה להיות מוטלת על עורך הדין ביחס להסכמות עם התובעת המייצגת ביחס לחלוקת הגמול, שכר הטרחה וההוצאות, היא חובת גילוי לבית המשפט.¹⁵⁸ על בית המשפט להיות מודע לכך שהסיכון להוצאות מוטל על עורך הדין, הן כדי שיוודא שסיכון זה אינו גורם לעורך הדין לפעול בניגוד לטובת הקבוצה, והן בשיקוליו האם לפסוק הוצאות ובאיזה סכום. מאחר שהתובעת ועורך הדין מייצגים יחד את הקבוצה, ההסכמות ביניהם עשויות להשפיע על אופן הייצוג ואיכותו, ולפיכך בית המשפט צריך להיות מיועד לגביהן.

נוסף על כך, בהתקשרות של עורך הדין עם תובעת מייצגת ספציפית, עולה השאלה האם ראוי שיהיו לה עימו יחסים ארוכי טווח, למשל כאשר היא קרובת משפחה של עורך הדין, שותפה עימו במשרד, או תובעת מייצגת חוזרת שכבר יוצגה על ידי עורך הדין.¹⁵⁹ אחת

¹⁵⁴ ממילא מובן שבית המשפט אינו כבול בהסכמות אלה, והוא יכול להורות על פסיקת שכר טרחה וגמול וחלוקתם באופן שמנוגד להסכמות הצדדים. בין השיקולים ששוקל בית המשפט בפסיקת שכר טרחה לעורך הדין המייצג, נשקלים שיקולי תפוקה – כיצד לקבוע שכר טרחה אשר ישא את הפיצוי שיקבלו חברי הקבוצה. קלמנט "קווים מנחים", לעיל ה"ש 6, בעמ' 160-161.

¹⁵⁵ ס' 23(א)-(ג) והתוספת השישית להצעה לתיקון חוק תובענות ייצוגיות.

¹⁵⁶ ס' 23(ח) להצעת חוק תובענות ייצוגיות (תיקון מס' 16), התשפ"ד-2024, ה"ח 1785

¹⁵⁷ דו"ח הצוות הבין-משרדי לבחינת ההסדרים הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, בעמ' 75 (2023).

¹⁵⁸ בחודש מרץ 2023 פורסם דו"ח הצוות הבין-משרדי לבחינת ההסדרים הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006. בין המלצותיו, הדו"ח ממליץ כי תיערך פניה ללשכת עורכי הדין לצורך בחינת האפשרות לערוך שינוי בכללי האתיקה כל שעורכי דין יוכלו לשאת בהוצאות ההליך (בעמוד 85 לדו"ח).

¹⁵⁹ עניין **שלמה תחבורה**, לעיל ה"ש 45, פס' ל"ח לפסק דינו של השופט רובינשטיין. בעניין ת"צ (מחוזי מ"ר) 13624-03-14 **עדן את ארו בע"מ נ' פלאפון תקשורת בע"מ** (נבו 20.3.2018), הוגשה בקשה לדחיית התובענה או מחיקתה על הסף, בשל טענות לחוסר תום לב של התובעת המייצגת ובא כוחה. נטען כי אחת מעורכות הדין הינה קרובת משפחה של התובעת המייצגת ועובדה זו, כמו גם העובדה כי אותה עורכת דין מייצגת בתיק,

ההצדקות העיקריות לקיומה של תובעת מייצגת נוגעת להיותה גורם נוסף שמפקח על ההליך ומוודא שהתנהלותו של עורך הדין מקדמת את טובת הקבוצה.¹⁶⁰ קיומה של תובעת מייצגת עשוי לתרום לצמצום בעיית הנציג בהליך הייצוגי. הבעיה המתעוררת ביחס לעורך הדין המייצג תובעת שיש לו עימה יחסים ארוכי טווח היא פגיעה ביכולת לפיקוח הדדי ביניהם. החשש במקרה הזה הוא שהמטרה הקיימת בהפרדה בין שני השחקנים – עורך הדין והתובעת המייצגת – עלולה להיפגע, משום שלשניהם אינטרס בשיתוף פעולה חוזר, בתיקים נוספים, שיתוף פעולה שאינו נוגע לאינטרסים של חברי הקבוצה המיוצגת בתביעה הנוכחית.¹⁶¹ מנגד, יתכן שלתובעת החוזרת יש מומחיות בניהולת תובענות ייצוגיות או בנושאים המהותיים העומדים על הפרק, ולכן היא עשויה לפקח טוב יותר על עורך הדין. לפיכך, החובה האתית בהקשר זה אינה צריכה למנוע מעורך הדין לבחור תובעת מייצגת שיש לו עימה יחסים ארוכי טווח, אולם עליו לגלות על אודות מערכת היחסים הזו לבית המשפט.¹⁶²

הוסתרה מבית המשפט. בית המשפט המחוזי, מפי כבוד השופט שטרם קבע כי הגם שהיה על עורך הדין לגלות פרטים אלו לבית המשפט, אין מדובר בחוסר תום לב קיצוני שצריך להביא לדחיית התביעה או להחלפת בא כוח הקבוצה, וכי ניתן להרתיע מפני התנהלות כזו באמצעים חמורים פחות כגון פסיקת הוצאות (פס"ד 10-8). ת"צ (מחוזי ת"א) 34961-04-17 פז לב רן נ' אי.די.איי. חברה לביטוח בע"מ, פס"ד 165-173 (נבו 20.3.2019). זוהי ההצדקה העיקרית בפסיקה לקיומם של שני בעלי תפקידים, התובעת מייצגת ועורך הדין המייצג. כך נקבע למשל בת"צ (מחוזי ת"א) 2728/07 עו"ד צבי שילה נ' ספרינט מוטורס בע"מ, פס"ד 14 לפסק דינה של השופטת ברון (נבו 18.2.2013): "הדרישה כי תובענה ייצוגית תנוהל הן על ידי תובע מייצג והן על ידי בא כוח מייצג אינה פורמאלית גרידא. היא נחוצה על מנת להגן על עניינה של הקבוצה, ובכדי להבטיח כי חבריה לא ייפגעו מניגוד עניינים שעלול להתעורר בין טובתו של התובע המייצג לבין טובת הקבוצה. כך, למשל, במקרה שבו עולה הצעת פשרה או הסתלקות הרצויה לתובע המייצג אך פוגעת בעניינה של הקבוצה. או כאשר לפי שיקול דעתו של בא הכוח המייצג רצוי להוסיף תובעים מייצגים על מנת לחזק את התובענה – דבר שאינו רצוי לתובע המייצג הקיים.... גם מטעם זה ראוי אפוא כי בא הכוח המייצג יהיה גורם עצמאי ובלתי תלוי בתובע המייצג, על מנת שיפעל כראוי לטובת הקבוצה..."; כך גם נקבע בת"צ (מחוזי ת"א) 37311-11-15 רוזן, משרד עורכי דין נ' בוק בינלאומי בע"מ, פס"ד 10 (נבו 13.03.2019): "לא בכדי מבחין החוק בין התובע, המבקש, לבין עורך הדין המייצג. עורך הדין המייצג את הקבוצה, ועליו לדאוג לאינטרסים של הקבוצה...."; וראו גם בעניין טפני, לעיל ה"ש 108, פס"ד 20. הצדקה נוספת לקיומה של תובעת מייצגת נוגעת לצורך של בית המשפט להתרשם מעניינה האישי של התובעת כמייצגת את עניינם של כלל חברי הקבוצה – רע"א 6897/14 קול ברמה בע"מ נ' קולך – פורום נשים דתיות, פס"ד 2 לפסק דינה של כבוד השופטת ברק-ארז (נבו 9.12.2015): "בדרישה זו מבטא החוק את ההעדפה הנודעת לכך שבפני בית המשפט יעמוד נפגע ספציפי כדי שביית המשפט יוכל להתרשם באופן בלתי אמצעי מן הפגיעה בו." הצדקה נוספת נוגעת לאפשרות של פרטים בחברה שניזוקו ואינם עורכי דין לזום תובענות ייצוגיות, ביודעם כי קיים סיכוי לקבלת גמול כספי.

כך למשל, עורך הדין ותובעת מייצגת שנוהגים לשתף פעולה ביניהם, עלולים להעדיף את המוניטין שלהם בהשגת פשרות מסוג מסוים, באופן שאינו מתיישב עם טובת הקבוצה המיוצגת בהליך ספציפי.¹⁶¹

סוגיה דומה מתעוררת במקרים שבהם עורך הדין מבקש לייצג את עצמו כתובע מייצג של הקבוצה. ככלל, עורך הדין רשאי לייצג את עצמו בהליכים אזרחיים שנוגעים אליו (תקנה 516 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984). יחד עם זאת, בהינתן התפקידים השונים שיש לתובעת המייצגת ולעורך הדין המייצג והצורך במנגנוני פיקוח לשמירה על זכויות חברי הקבוצה, אין לאפשר לעורך הדין להגיש תובענה ייצוגית ללא תובעת מייצגת. סוגיה זו הוכרעה בבית המשפט העליון בע"א 4599/20 ירון נ' המוסד לביטוח לאומי, פס"ד 5 (נבו 1.12.2021), כאשר נקבע כי עורך הדין המייצג אינו יכול לשמש גם כתובע מייצג. וראו גם עניין חלפון, לעיל ה"ש 56, בפס"ד 51 ו-63. עוד ראו: רע"א 2937/18 מכבי שירותי בריאות נ' המנוחה אנה דובין ז"ל, פס"ד 6 (נבו 26.5.2019): "המשמעות היא אפוא, שבא הכוח המייצג בכל מקרה אינו רשאי להמשיך בניהולת הדין בלא בעל דין שימלא את תפקיד המבקש בבקשת האישור... ובמילים אחרות: בא כוח מייצג אינו רשאי לייצג קבוצה בעצמו, ללא

חובת גילוי נדרשת גם מקום שבו עורכי דין משתפים פעולה בהליך ייצוגי מסוים.¹⁶³ הקושי בהסכמות אלה הוא שהן יוצרות תמריץ להגשת תביעות נוספות ה'רוכבות' (free ride) על התביעה המוקדמת. נוסף על כך הן עלולות ליצור קושי בניהול בקשת האישור והפשרה, כאשר כל עורך דין דורש את חלקו במשא ומתן.¹⁶⁴ לפיכך, על אף שאין פסול אינהרנטי בהסכמות הללו, יש לגלותן לבית המשפט כדי שתימנע התנהגות אופורטוניסטית על ידי עורכי הדין. ככל שעורכי הדין התחרו ביניהם, והסכימו על ייצוג משותף וחלוקת שכר הטרחה ביניהם, ממילא בית המשפט מכיר בשיתוף הפעולה. אולם, אם עורך דין מסוים הסכים לוותר על ניהול ההליך או שהוא מסייע 'מאחורי הקלעים' בתמורה לחלק מסוים בשכר הטרחה, יש לגלות על כך לבית המשפט. גם כאן, ההסכמות בין המייצגים משפיעות על התנהלותם בהליך, משום שהן תלויות בתוצאותיו. מאחר שהתנהלותם בהליך משפיעה על התוצאות הצפויות בהליך, לקבוצה המיוצגת ולציבור, בית המשפט צריך להיות מיוודע לגביהן.

חובת הגילוי רלוונטית גם ביחס להסכמות של עורך הדין עם גורם המממן את הוצאות התביעה ועלויותיה, כאשר יש כזה, או להסכמות בין התובע המייצג לבין הגורם המממן,

מבקש או תובע מייצג לצידו. הנה כי כן, ההליך הייצוגי מנוהל בידי שני שחקנים מרכזיים – המבקש בבקשת האישור (או התובע המייצג), ובא הכוח המייצג; בהעדרו של אחד מהם, לא ניתן כלל "לעלות על המגרש" ולהיכנס לזירה הייצוגית". וראו גם רע"א 6641/20 י.ו.א.ל. ירושלים אול אקספלוריישין בע"מ נ' משה הייט, פס' 10 (נבו 29.11.2022). בת"צ (מחוזי ת"א) 34911-09-12 בן אדוה נ' חברת דואר ישראל בע"מ, פס' 57-55 לפסק דינו של השופט אטדגי (נבו 1.12.2015) נקבע כי "סבורני, שכלל, רצוי וראוי ליצור הפרדה בין התובע המייצג ובין בא כוחו ובא כוח הקבוצה המיוצגת, גם משום הטעמים שהוזכרו לעיל, וגם משום שלאחר אישורה של התובענה הייצוגית, יידרש ב"כ הקבוצה לפרספקטיבה רחבה יותר מזו שהתובע נקלע אליה ולמערכת שיקולים מורכבת יותר מאלה המדריכים את התובע, בבואו לשקול את האופן הנכון של ניהול התביעה, את הצעות הפשרה המוצעות וכו'. משמע, שלאחר שב"כ התובע המייצג הופך להיות לבא כוחה של הקבוצה המיוצגת כולה, הוא נדרש ל"ריחוק" מסוים מהתובע המיוצג, ו"ריחוק" זה לא יכול, כמובן, להיעשות, כשהתובע המייצג וב"כ הקבוצה המיוצגת חד הם"; ת"צ (מחוזי ת"א) 1934-09 חנוך גולדברג עו"ד נ' אקסלנס נשואה גמל ופנסיה בע"מ, פס' 47 לפסק דינו של ד"ר בנימיני (נבו 29.4.2012). בית המשפט גם עמד על הקושי באישור מצב שבו תובע מייצג יהיה עד מטעם הקבוצה המיוצגת וגם עורך דינה, מצב המנוגד להוראות כלל 36 לכללי האתיקה.

ראו למשל: ת"צ (מחוזי ת"א) 55750-07-14 ריטבליט נ' דורי בניה בע"מ, פסקאות 20-24 (נבו 9.11.2014), שם נקבע כי במקרה שבו הוגשו מספר בקשות אישור דומות, על בית המשפט לשקול שיקולים של יעילות הדין, טובת הקבוצה ושיקולי רוחב מערכתיים כדי להכריע בשאלת האופן בו יתנהל ההליך, וכי באותו מקרה אין לשלול איחוד מבוקש על ידי מספר מבקשים ובאי כוח לקבוצה אחת: "מבחינת טובת הקבוצה, מובן כי האיחוד יועיל לה. כך, יאוחדו מספר בקשות שונות, באופן שהבקשה המאוחדת תכלול את כל עילות התביעה ואת הסעדים המפורטים בכלל הבקשות, וזאת - כנגד כל המשיבים שנתבעו, ובהתייחס לכל התקופות נושא הבקשות השונות. באופן זה יישמרו באופן מיטבי האינטרסים של חברי הקבוצה" (פס' 21). למחלוקת שנוצרו בין עורכי הדין בניהול מספר בקשות שאוחדו, ראו למשל: ההחלטה בעניין פריגו, לעיל ה"ש 108.

לאופן שבו ריבוי עורכי דין מייצגים מביא להגדלת שכר הטרחה שנפסק לטובתם, על חשבון הקבוצה המיוצגת, בארה"ב ר' Stephen J. Choi, Jessica Erickson, and A. C. Pritchard, *Working Hard or Making Work? Plaintiffs' Attorney Fees in Securities Class Actions*, 17 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 438, 450-452, 463 (2020). לגישה אחרת לפיה אין מניעה באיחוד תביעות, ראו למשל: עניין דבח, לעיל ה"ש 135, פס' כ"ג.

שעורך הדין היה שותף בגיבושן.¹⁶⁵ מימון התדיינות משפטית על ידי צדדים שלישיים הולך וצובר תאוצה במקומות רבים בעולם,¹⁶⁶ והוא החל להתפתח גם ביחס לשוק התובענות הייצוגיות.¹⁶⁷ מגמות דומות מתפתחות גם בישראל.¹⁶⁸ מגמות אלו אינן מלוות ברגולציה מתאימה – לא במסגרת כללי האתיקה ולא במסגרת חוק תובענות ייצוגיות.¹⁶⁹ מצד אחד, האפשרות למימון תובענות ייצוגיות על ידי גורם חיצוני מקדמת את טובתה של הקבוצה, בכך שהיא מאפשרת הגשתן של תובענות ייצוגיות ראויות שייתכן שלא היו מוגשות ללא

¹⁶⁵ הדברים חלים באותו אופן גם על גורם שיוזם את התובענה הייצוגית ואינו התובע המייצג. ר' ע"א 7503/22, לעיל ה"ש 145.

¹⁶⁶ רונן אברהם "מימון התדיינות על-ידי צד שלישי" **משפט ועסקים** כ 131, 142-144 (2017) (להלן: אברהם "מימון התדיינות על ידי צד שלישי").

¹⁶⁷ Joseph J. Stroble & Laura Welikson, *Third-Party Litigation Funding: A Review of* Deborah R. Hensler, ; *Recent Industry Developments*. DEF. COUNSEL J. 1, 3-5 (2020) *From Sea to Shining Sea: How and Why Class Actions Are Spreading Globally*, 65 U. KAN. L. REV. 965, 978 (2017).

¹⁶⁸ למשל: **קרן Beactive** עוסקת בין היתר במימון תובענות ייצוגיות. בהתאם לפרסומיה, הקרן לא מתערבת בניהול התיק וממליצה לגלות לבתי המשפט על מימון ההליך על ידה, ופועלת באמצעות מימון המונים. ר' אתר הקרן – www.beactive.co.il; **קרן ליברה** המממנת תביעות בעלות סיכויי הצלחה גבוהים הנעדרות יכולת מימון, או תביעות המוגשות על ידי חברות המעוניינות לגדר את הסיכונים הכלכליים שלהן. הקרן מממנת את ההליך המשפטי תוך בקרה צמודה בהתאם להסכם עם התובע והייצוג המשפטי. הקרן משלמת את שכר טרחת עורכי הדין, תשלום אגרת בית משפט ושכר מומחים בהתאם להחלטת השותף הכללי ובוחנת את סיכויי הצלחת התביעה על ידי צוות של מומחים הכולל שופטים בדימוס. ראו אתר הקרן – www.firstlibrafund.com; **קרן ג'סטס**, שלפי פרסומים מתמקדת במימון חוות דעת ובתביעות נזיקיות בעיקר מול חברות ביטוח. ראו אתר הקרן – www.justicegroup.co.il; **קרן ILF** הוקמה ב-2017 ופועלת בשיטה הדומה לקרן ליברה. ראו אתר הקרן – www.legalfund.co.il; **קרן EMY** שואפת גם כן להיכנס לתחום של מימון תביעות משפטיות בישראל, ומציעה הלוואות למימון תביעות. ראו אתר הקרן – www.emy.co.il. ראו גם – <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001272196> <https://www.calcalist.co.il/market/article/rkzfysj9> <https://www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3655253,00.html> <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001288734>

גורם מממן נוסף הוא הקרן למימון תובענות ייצוגיות שהוקמה מכוח סעיף 27(א) לחוק, ותפקידה לסייע במימון בקשות לאישור ותובענות ייצוגיות אשר יש חשיבות ציבורית וחברתית בהגשתן ובבירורן. מטבע הדברים, קרן זו אינה מעלה את אותם שיקולים ביחס לגורמי מימון חיצוניים, מעצם היותה קרן ציבורית שהוקמה בחוק, היא אינה מעורבת בשום צורה בקבלת החלטות בהליך ואינה מקבלת תשלום כנגד השקעתה בתובענה (אם כי בהתאם לתקנה 8(ב) לתקנות תובענות ייצוגיות (סיוע במימון בקשות לאישור ותובענות ייצוגיות), ככל שניתן סיוע על ידי הקרן והמבקש זכה בהליך לרבות בדרך של אישור הסדר פשרה, עליו להשיב לקרן את מלוא הסכום אשר ניתן לו על ידי הקרן בצירוף הפרשי ריבית והצמדה, ובלבד שסכום זה לא יעלה על הסכום אפשר נפסק לטובתו. יש מקרים שבהם היזם של תובענות ייצוגיות, אשר מוצא את עילת התביעה ויוזם את הגשת התובענה הייצוגית אינו התובע המייצג – אלא גורם שלישי שבוחר בתובע המייצג ובעורך הדין, והוא משפיע על ניהול התובענה הייצוגית 'מאחורי הקלעים' – ראו למשל: ת"צ (מחוזי מר') 23322-04-20 **שטרק נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ**, בפס' 61-62 (נבו 4.9.2022). על פסק הדין הוגש ערעור לעליון שטרם נדון – ע"א 7503/22 **שטרק נ' הבנק הבינלאומי הראשון בישראל בע"מ** (נבו 6.12.2022).

¹⁶⁹ הודעה מטעם היועצת המשפטית לממשלה בת"צ 28974-10-20 **פירט נ' אדמה אגן בע"מ** (21.6.2023).

מימון.¹⁷⁰ לפיכך, מימון של תביעות הוא רצוי. מן הצד האחר, קיים חשש שמימון חיצוני יחריף את בעיית הנציג נוכח כניסתו של שחקן נוסף, הגורם המממן, שהאינטרס היחיד שלו הוא כלכלי, והוא אינו חופף לאינטרס של הקבוצה.¹⁷¹

מימון חיצוני של תביעות מעלה מורכבויות רבות, שלא נכריע בהן כאן. נושא זה מצריך הסדרה על ידי המחוקק. כל זמן שנושא זה לא מוסדר ברגולציה מתאימה, חשוב שבתי המשפט יהיו מודעים להסדרים הללו. לפיכך, על עורכי הדין לגלות את הסכמי המימון בפני בית המשפט (גם אם לא בפני הנתבע).¹⁷² באופן זה בית המשפט יהיה מודע למישורים השונים של מעורבות הגורם המממן, ויוכל לבחון האם יש בהם משום פגיעה בטובתה של הקבוצה.

לסיכום חלק זה, לחובת הגילוי של עורך הדין כלפי בית המשפט יש תפקיד משמעותי בהסדרת התנהלותו, ובהבטחת שמירה של בית המשפט על עניינם של חברי הקבוצה ושל הציבור. תועלתו של ההליך הייצוגי במימוש מטרות החוק, מצדיקות גישה זהירה הנמנעת מהטלת איסורים שאינם קבועים בחוק על עורך הדין - ביחס לאיתור עילת התביעה, ייזומה, הוכחתה ומימונה, כמו גם להתקשרותו עם התובעת המייצגת, עם עורכי דין אחרים או עם גופים מממנים. אולם, פעולות אלה של עורך הדין חייבות להיות גלויות לבית המשפט, משום שהן משפיעות על התוצאה לקבוצה המיוצגת ולציבור. מן הראוי להסדיר את חובת הגילוי הזו באופן שאינו חושף מידע שעשוי לסייע לנתבע, ובה בעת מגן על חברי הקבוצה ועל האינטרס הציבורי.

ה. סיכום

התובענה הייצוגית היא מנגנון יוצא דופן, אשר משלב בתוכו מטרות מתחום הדין הדיוני והדין המהותי. חוק תובענות ייצוגיות נותן לעורך דין כוח ליזום את התביעה, לייצג בתביעה קבוצת תובעים מבלי לקבל לכך את אישורו של כל אחד מהם, ולנהל את התביעה לפי מיטב

¹⁷⁰ Brian T. Fitzpatrick, *Can and Should the New Third-Party Litigation Financing Come to Class Actions?*, THEORETICAL INQUIRIES L. 19, 109 (2018) הטענה במאמר היא כי טעם מרכזי המצדיק מימון בתביעות אישיות הוא איזון הפערים בין הצדדים ביחסם לסיכון. התובע יכול להיות שונא סיכון בהשוואה לנתבע ולכן יטה להתפשר עבור סכום נמוך יותר התוחלת הרווחה שצפויה לו. תוצאה זו אינה רצויה משום שהיא מביאה לכך שתוצאות אינן מוכרעות על פי ערכן – התובע לא זוכה לפיצוי ראוי והנתבע לא מורתע כראוי. לעומת זאת, בתובענות ייצוגיות חברי הקבוצה יהיו ניטרליים לסיכון, ואולם עורך הדין עשוי להיות שונא סיכון ועלול להתפשר מוקדם מדי על סכומים נמוכים ובכך נפגעות מטרות הפיצוי וההרתעה בתובענה הייצוגיות. לפיכך, מימון על ידי גורם חיצוני מאזנת את שנאת הסיכון של עורך הדין.

¹⁷¹ שם, בעמ' 120-121.

¹⁷² חובת גילוי כאמור כבר קיימת במספר מקומות בעולם. ראו למשל ההנחיה לבתי המשפט במחוז הצפוני של קליפורניה Standing Order for All Judges of the Northern District of California: Contents of Joint Case Management Statement (effective Jan. 17, 2017) “In any proposed class, collective, or representative action, the required disclosure includes any person or entity that is funding the prosecution of any claim or counterclaim.”; Parliamentary Joint Committee on Corporations and Financial Services: Litigation funding and the regulation of the class action industry, 150; Law Commission Ko ngā Hunga Take Whaipānga me ngā Pūtea Tautiringa: Class Actions and Litigation Funding (NZLC R147, 2022), 392-391.

הבנתו ושיקול דעתו. מאפיינים אלה של התובענה הייצוגית מאפשרות לה להשיג את מטרתה, אולם הם נותנים בידי עורך הדין כוח שהוא עלול לנצלו לטובתו, על חשבון הקבוצה המיוצגת והציבור בכללותו.

הכפפת עורך הדין לכללים ועקרונות אתיים במהלך הייצוג בתובענה הייצוגית, יכולה לסייע בהשגה יעילה ואפקטיבית של מטרתה. אולם, הכללים והעקרונות הללו צריכים להיות מותאמים למאפייניה של התובענה הייצוגית. בפרט, עליהם להתחשב בהבדל המהותי במקור הסמכות לייצוג בין תביעה אינדיבידואלית – שם המקור הוא הסכם ההתקשרות בין עורך הדין ללקוחה, לבין תובענה ייצוגית – שבה מקור הסמכות הוא החוק.

מאמר זה בחן כיצד יש לבצע את ההתאמות הללו, והציג שני דגשים עיקריים – התייחסות לקבוצה כלקוח, והטלת חובת גילוי רחבה כלפי בית המשפט. דגשים אלה נובעים מהבנת הבעיות שעליהן מיועדים כללי האתיקה לענות בשני מישורי היחסים העיקריים – בין עורך הדין ללקוח ובין עורך הדין לבית המשפט. המאמר ביסס את העקרונות האתיים שראוי שינחו את עורכי הדין בתובענה הייצוגית, על מטרות החוק, כנובע מכך שהחוק הוא מקור הסמכות לייצוג.

מסקנותיו העיקריות של הניתוח אינן מצומצמות להליך התובענה הייצוגית. הן חלות במידה רבה גם בהליכים ייצוגיים אחרים דוגמת ההליך בבג"צ, או בהליכים אינדיבידואליים שיש להם השלכות על קבוצה החורגת מהתובעים בעלי הדין דוגמת הליכים לצווי מניעה, עשה או סעדים הצהרתיים שיש להם משמעות רוחבית.¹⁷³ ההתייחסות לקבוצה המיוצגת כלקוח והטלת חובות גילוי רחבות מול בית המשפט נדרשות, בשינויים המחוייבים, גם בהליכים אלה. יחד עם זאת, הליכים אלה חסרים את מנה ההסמכה המפורשת בחוק, ומכך עשויים לנבוע הבדלים בכללים ובעקרונות האתיים החלים. פיתוחם של כללים ועקרונות אתיים להליכים ייחודיים אלה נדרש, כדי להביא לייצוג ראוי ולהשגת מטרתיהם, ואנו מותירים אותם למחקר עתידי.

¹⁷³ ראו למשל את עמדתה של פרופ' נטע זיו, לפיה "הנחות מקצועיות מקובלות – כגון הניטרליות והאובייקטיביות של הייצוג המשפטי, חירותם של עורכי-דין לייצג לקוח מסוים מבלי לקחת בחשבון את ההשלכות שיש להתקשרות זו על אנשים אחרים, המעמד המכריע הניתן לעקרון חובת הנאמנות ללקוח היחיד – הן פרדיגמות צרות מדי שאינן משקפות את המורכבות הכרוכה לעתים קרובות בפעולת הייצוג ה'ציבורי', ובמיוחד ייצוג קבוצתי" – זיו "עריכת דין למטרה ציבורית", לעיל ה"ש שגיא! הסימניה אינה מוגדרת. 10, בעמ' 133-134. ובהמשך נאמר כך: "אחד ההיבטים... הוא ההשלכה שישנה לתביעת אדם יחיד בגין אפליה קבוצתית על אנשים אחרים הנמנים עם אותה קבוצה, אשר עשויים להיות מושפעים מן המקרה ה'תקדימי' המובא להכרעה... על-פי ניתוח זה, הלקוח שבשמו מוגשת התביעה הופך להיות חלק מתהליך פוליטי, והוא שותף למהלך שנועד בסופו של דבר להשיג מטרה רחבה יותר. לפיכך עורכי-הדין אף הם אינם צריכים לראות את עצמם כמייצגים אך ורק את האינטרס של הלקוח היחיד". שם, בעמ' 159.