

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 בהכוונת 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 לשכת עורכי הדין, התשכ"א–1961 ובכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה

* פרופסור למשפטים, הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל אביב. המאמר מבוסס על פרויקט מחקר של הקליניקה לתובענות ייצוגיות באוניברסיטת תל אביב בנושא אתיקה בתובענות ייצוגיות. אני מודה להדס הולצשטיין תמיר שהייתה שותפה מלאה למחקר זה, לרוני אבישר שדה שניהלה את פרויקט 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 פרויקט זה. אני מודה למרכז אדמונד י' ספרא לאתיקה על תמיכתו הכלכלית במחקר. תודה לעמיר ליכט, לגיל רון, ללימור זר גוטמן, לנטע זיו ולמשתתפי הסמינר המחלקתי באוניברסיטת תל אביב על הערותיהם המועילות. אין משתמע, כמובן, מסיועם שהם מסכימים לאמור במאמר. לבסוף, אחרונה חביבה, תודתי לנוגה בן-צבי על עזרתה המעולה במחקר.

מקצועית), התשמ"ו–1986 (להלן: כללי האתיקה).¹ בכך מתווספים החוק והכללים האתיים לשני מנגנונים אחרים אשר משפיעים על התנהגותם ועל החלטותיהם של עורכי הדין: הדין המהותי והדינוני אשר חל על ציבור הלוקחות ועל עורכי הדין המייצגים אותם, והשוק שבו 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, התשס"ו–2006 (להלן גם: החוק), אשר מתייחס למאפיינים הללו. בין היתר החוק קובע את נורמות הייצוג ההולם ובתום לב ואת חובת הנאמנות שלהן כפוף עורך הדין המייצג, אולם הוא מותיר סוגיות אתיות רבות פתוחות. סוגיות אלו אינן מקבלות מענה גם בחוק לשכת עורכי הדין ובכללי האתיקה.⁴

1 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 משתמשים ב"כללי אתיקה" ו"עקרונות אתיים" כאשר כוונתנו לכללי אתיקה מקצועית של עורכי דין ולעקרונות אתיים החלים על עורכי דין. יש להדגיש גם שעל עורכי הדין חלות חובות אמון כלפי לקוחותיהם. הנפקות המעשית של חובות אלה, מלבד תחולת דיני הנוזקין והחוזים מחד גיסא, והחובות האתיות מאידך גיסא, אינה פשוטה להגדרה ולאבחון. ראו יפעת נפתלי בן ציון דיני האמונות במבט השוואתי – על תאוריה משפטית, פסיקה ומה שביניהן 277–282 (2022). הספר מתייחס לאופן שבו דיני האמונות משליכים על חובות עורכי הדין המייצגים בתובענות ייצוגיות, לרבות החובות האתיות החלות עליהם.

2 עורכי הדין עשויים להיות מושפעים גם מקבוצות הייחוס שאליהן הם משתייכים (קבוצות חברתיות, עסקיות, משפחתיות ועוד) ומארגונים שבהם הם פועלים ואשר כלליהם חלים על עורכי הדין (חברה, שותפות). בניגוד לכללי האתיקה, הדין והשוק, הגורמים המאסדרים הללו אינם משותפים לכלל עורכי הדין ולכן איננו דנים בהם כאן.

3 Anthony Ogus, *Rethinking Self-Regulation*, 15 OXFORD J. LEG. STUD. 97, 97–98 (1995); F.H. Stephen & J.H. Love, *Regulation of the Legal Profession*, *ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS* 987, 990–991 (1999).

4 היעדר התייחסות מיוחדת להליך הייצוגי במסגרת הכללים האתיים אינה מיוחדת לדין הישראלי והיא קיימת גם בדין האמריקאי. §19.1 (5th ed. 2011); Nancy J. Moore, *Who Should Regulate Class Action Lawyers*, *U. ILL. L. REV.* 1477, 1478–1479 (2003) (להלן: Moore, *Who Should Regulate?*). טוענת כי במרבית המקרים אין מקום לייצר מערכת אתית נפרדת להליך הייצוגי (שם, בעמ' 1480–1481), וכי במקרים אלו מוטב שהפתרון לדילמות אתיות יגיע מתוך חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו–2006 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). ראו גם 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 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). כן ראו Nancy J. Moore, *Ethics Matters, Too: The Significance of Professional Regulation of Attorney Fees and Costs in Mass Tort*

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 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: בתביעה רגילה מקור הסמכות לייצוג הוא הסכם ההתקשרות בין עורך הדין ללקוח, ואילו 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 בידי 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 ללקוחה התובעת קובע את תנאי הייצוג, בתובענה הייצוגית תנאי הייצוג נובעים מהוראות החוק. כך באשר להחלטות עיקריות בהליך, ובראשן ההחלטה אם להתפשר ובאילו תנאים, וכך אף באשר לשכר הטרחה שמקבל עורך הדין בגין הייצוג.⁵

המאפיין השני הוא שבתביעה רגילה עורך הדין מייצג תובעת יחידה אשר בחרה בו לייצגה, ואילו בתובענה הייצוגית יש קבוצה של תובעים מיוצגים, שלא מינו את עורך הדין לייצגם. חובותיו של עורך הדין מופנות בראש ובראשונה לקבוצה זו. אם הקבוצה 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 שבין ייצוג הקבוצה לבין ייצוג התובעת המייצגת. נוסף על זה, יש מקרים שבהם הקבוצה המיוצגת אינה הומוגנית, ויש הבדלים בין חבריה בעילות התביעה שלהם, בנזקיהם או באינטרסים ובמאפיינים 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 שבתביעה רגילה היוזמה לתביעה היא של התובעת אשר בוחרת את עורך הדין מתוך אלה המציעים את שירותיהם, ואילו 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 תובעת מייצגת, והוא שמגיש את התביעה עבורה, בשם כל חברי הקבוצה שעומדים לא היה בקשר ושלא הסמיכו אותו לייצגם.

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

מאחר שלשום 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 כייצוגית, תנאים לאישור הסדרי פשרה והסתלקות וקריטריונים להענקת שכר טרחה.⁶ כפי שמוסבר במאמר, תנאים וקריטריונים אלה אינם מספיקים כדי לתת מענה שלם לבעיות המתעוררות בגין מאפייניה 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 ייחודיים 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 בהנחת אבני היסוד עבורה.

המאמר פותח בבחינה של כללי האתיקה בתביעות אינדיווידואליות. במסגרת זאת אנו עורכים בחינה של הטעמים שביסודם 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 פונקציונלי – אנו שואלים מה התועלת בקביעתה של מסגרת אתית נורמטיבית ואופרטיבית נוסף על הוראות הדין – המהותי והדיוני – ובמקביל לנורמות ההתנהגות

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

7 אף שכללי האתיקה חלים על כל 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 (ולעיתים אף בחייהם הפרטיים ובפעילותם המקצועית שלא כעורכי דין) (למשל עבירות מס). ראו לימור זר-גוטמן "הרפורמה בדין המשמעתי של עורכי הדין: האם תוקנו הליקויים?" המשפט טו 27, 36 (2010) (להלן: זר-גוטמן "הרפורמה בדין המשמעתי").

שקובע השוק. אנו מציגים תחילה את הצורך במערכת האתית בשל כשלים של השוק ושל הדין 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.

נעיר כי לאורך השנים הושמעה ביקורת על מערכת הדין המשמעת, ונטען כי היא סובלת מהיעדר שקיפות ומפוליטיזציה;⁸ כי הכללים האתיים אשר מעמדם הולך ונשחק מיושנים ונוקשים, מנוסחים בהרחבה ובעמימות;⁹ ומתיימרים להחיל רשת אחידה של כללי התנהגות על קבוצת עורכי הדין שאינה הומוגנית;¹⁰ כי 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 לביקורות 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 ככלל 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 ימקסם את רווחתם המשותפת של הצדדים לו.¹³ הצורך בנורמות אתיות שיסדירו את התנהגות עורכי הדין נוסף על הוראות

8 שם, 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 (9.1.2008); פרוטוקול ישיבה 340 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17 (14.11.2007); פרוטוקול ישיבה 401 של ועדת החוקה, חוק ומשפט הכנסת ה-17 (1.1.2008).

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

10 נטע זיו "עריכת-דין למען מטרה ציבורית – מיהו הציבור? מהי המטרה? דילמות אתיות בייצוג משפטי של קבוצות-מיעוט בישראל" **משפט וממשל** 1, 129, 169 (התשס"א) (להלן: זיו "עריכת דין למטרה ציבורית"); Fred C. Zacharias, *Reconceptualizing Ethical Roles*, 65 GEO. WASH. L. REV. 169, 190–194 (1997).

11 שחר אלדר "הזכות לסוס בלי מושכות: על הקשר בין הזכות לייצוג על ידי עורך דין לבין מעמדה המונופוליסטי של לשכת עורכי הדין בישראל" **קריית משפט** 1, 441, 448–450 (התשס"ו); זלצברגר, לעיל ה"ש 9, בעמ' 49–53.

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

13 ראו נפתלי בן ציון **דיני האמונות**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 282–289.

הסכם ההתקשרות, ולעיתים אף בניגוד לו, מתעורר כאשר יש כשלים בשוק עורכי הדין.¹⁴ בין עורך הדין ללקוח קיימים פערי מידע; בין עורך הדין ולקוחו לבין בית המשפט והצד שכנגד קיימות בעיות של השפעות חיצוניות, שהחויבות מתוכן (התקדים) עשויות להיות גם מוצר ציבורי.¹⁵ בשל כשלים אלה יש 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 לא 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 מהיעדר 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 גבוהות מדי. הדבר נכון בין היתר משום שבמקרים רבים המידע שבידי הלקוח שנפגע או בידי הצד שכנגד, חסר. נוסף על כך, גם בית המשפט, המפקח על ההליך האזרחי, חסר מידע או משאבים מספיקים כדי לאכוף את כלליו במלואם. 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 הראשיים האחראים לאכיפת הדין המשמעתי בלשכת עורכי הדין הם ועדות האתיקה המטפלות בתלונות בנוגע להתנהלות אתית של עורכי הדין ובתי הדין המשמעתיים אם התלונות הופכות לקובלנה. היוזמה לפנייה לוועדת האתיקה יכולה לבוא מבית המשפט, מלקוח, מצד שכנגד, מעורכי דין אחרים או כל אדם אחר,¹⁷ והיוזמה לפנייה לבתי הדין יכולה להיות של ועדות האתיקה, של היועץ המשפטי לממשלה או של פרקליט המדינה.¹⁸ נוסף על כך, כללי האתיקה והעקרונות שבבסיסם קובעים את סטנדרט ההתנהגות הנדרש

14 חלקם – היעדר תחרות – נגרם בשל המבנה הסגור של המקצוע – שנגזר מכללי האתיקה. ראו דיון אצל זלצברגר, לעיל ה"ש 9, בעמ' 65.

15 שם, 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 הלא ראויים שעלולים לגרום נזק ללקוח; המטרה השנייה היא הגנה על כבודו של מקצוע עריכת הדין. באמצעות הדין המשמעתי הפרופסיה מבקשת להראות כי היא מוציאה משורותיה מי שאינו ראוי לאמון.

17 שם, בעמ' 32–35. ס' 2 (3) לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א–1961 קובע כי הלשכה תקיים שיפוט משמעתי לחברי הלשכה, לעורכי דין זרים ולמתמחים. בנוסף, ס' 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.

מעורכי הדין, אשר סטייה ממנו מעמידה אותם בסיכון לפסיקת הוצאות אישיות,¹⁹ או אף בפני תביעה בגין רשלנות 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 כך 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 והדיוני. אנו מתמקדים בשני מישורים שבהם פועלים כללי האתיקה: מישור היחסים בין עורך הדין ללקוח, שבו מטרתם של דיני האתיקה היא לצמצם את בעיית

19 לימור זר-גוטמן "הנאמנויות של עורך הדין" *חובות אמן בדין הישראלי* 245, 257–259 (רותי פלאטרישנער ויהושע (שוקי) שגב עורכים (2016) (להלן: זר-גוטמן "נאמנויות"); ת"צ (מחוזי מר') 24102-05-18 אילה (ארגון ישראלי לרווחת הנכה) נ' אמות השקעות בע"מ, פס' 15–17 (נבו 10.4.2019).

20 ע"א 37/86 לוי נ' שרמן, פ"ד מד(4) 446, פס' 42–43 (1990); ע"א 7633/12 קבוצת גיאאות בע"מ נ' גולדפרב לוי, ערן, מאירי, צפריר ושות', עורכי דין בע"מ, פס' 42–44 (נבו 16.9.2014); ע"א 6277/19 הרמן נ' 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. את כללי ההתנהגות של האתיקה קובעת החברה, והפרתם עשויה לגרור הסתייגות, אזהרה או נידוי, אך הם אינם מחייבים משפטיים. כך, ייתכן מצב שבו החוק מתיר התנהגות מסוימת אך מבחינה אתית היא תהיה לא ראויה. לעורכי דין יש כללי אתיקה מעוגנים כחלק מהדין המשמעתי, ולפיכך אלו הם 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 יש כללי אתיקה היוצרים נורמה נמוכה מזו שיעילה בשוק או המבססים סטנדרט התנהגות נמוך שאלמלא הכללים היה נחשב רשלני. מנגד, תיתכן בעיה הפוכה כאשר כללי האתיקה דורשים סטנדרטים גבוהים מאלו שהיו נחשבים יעילים. בכל המקרים הללו כללי האתיקה אינם פועלים להשגת תוצאה אופטימלית אלא להפך, הם פוגעים בהשגתה. ראו למשל, Assaf M. Jacob, Alon Klement & Yuval Procaccia, *In-Kind Transfers and the Law of Torts*, 47 J. LEGAL STUD. 181 (2018); Christopher Decker & George Yarrow, *Understanding the Economic Rationale for Legal Services Regulation*, A Report for the Legal Services Board, Regulatory Policy Institute, 26–28 (Oct. 31, 2010), Uwe Dulleck & Rudolf, 990–989 בעמ' 3, Stephen & Love, לעיל ה"ש 3, <https://did.li/J02ZH> Kerschbamer, *On Doctors, Mechanics, and Computer Specialists: The Economics of Credence Goods*, 94 J. ECON. LIT. 5, 7 (2006). בשני סוגי המקרים הפער בין הנורמה שמתווים כללי האתיקה לבין הנורמות שמתווים הדין והשוק עלול להיות בעייתי. כמו כן 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 בקביעתם של כללי האתיקה יש להתחשב במטרות שמבקשים להשיג, במנגנוני השוק והחוק הפועלים במקביל ובעלויות שגורמים הכללים בהשפעותיהם על מנגנונים אלה.

הנציג ואת פערי 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

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

המידע המשפטי העדיף שיש לעורך הדין, המתלווה להיעדר שליטה ופיקוח של הלקוח עליו ולפער באינטרסים ביניהם, מעורר את בעיית הנציג, אשר מחבלת בהשגת התועלת המרבית עבור הלקוח.²⁴ עורך הדין אינו נושא במלוא תוצאותיו של ההליך המשפטי, אולם פעולותיו קובעות את התוצאות הללו.²⁵ ניגודי האינטרסים עלולים לגרום לעורך הדין להעדיף 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, ייתכן שעורך הדין יעדיף לסיים את התביעה בפשרה ולחסוך מעצמו השקעה נוספת בתביעה גם כאשר הפשרה טובה ללקוח פחות מן החלופה של המשך ההתדיינות המשפטית.²⁷ נוסף על זה, 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 אופורטוניסטיים על חשבון הלקוח.²⁸

מנגד, המידע הפרטי שקיים בידי הלקוח יוצר בעיה אסטרטגית ללקוח החושש למסור את אותו מידע לעורך הדין, שמא הלה ישתמש בו שלא לטובתו, או אף כזה שיפעל לרעתו. כך – בין שמדובר במידע "קשה" הנוגע לעובדות הנוגעות לסכסוך, לפעולות ולכוונות

24 לדיון בבעיית הנציג בתובענה הייצוגית ראו 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 לאינפורמציה אינה ייחודית רק ליחסי עורך דין–לקוח, והיא מתקיימת במערכות יחסים רבות, כגון בין בעלי מניות בחברה, לבין מנהליה, בין מעביד למעסיקו ובין חברת ביטוח למבוטח. ראו שם, בעמ' 326 ה"ש 95.

25 אירית חביב סגל דיני חברות כרך א פרק ז: בעיית הנציג-כללי 373, 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 "חובת אמון").

27 מוצרים ושירותים שהמידע בנוגע לאיכותם מצוי רק בידי המוכר או נותן השירות מכונים credence goods. לדיון בבעיות שמתעוררות בשווקים למוצרים ולשירותים כאלה ראו Dulleck & Kerschbamer, לעיל ה"ש 23.

28 ראו Decker & Yarrow, לעיל ה"ש 23.

בעבר ולמאפיינים שונים של הצדדים ושל המחלוקת, ובין שמדובר במידע "רך" הנוגע לאינטרסים של הלקוח, להעדפות, ליחס לסיכון, לכוונות עתידיות ועוד.²⁹ ללקוח ולעורך הדין יש אינטרס משותף לפתור את בעיות הנציג והמידע הפרטי. פתרון של בעיות אלה יביא לרווחה משותפת גדולה יותר, שאותה יוכלו לחלק ביניהם. אם הם אינם יכולים לפתור את הבעיות הללו במסגרת ההסכמת הרגילה, ללא הסדרה חיצונית, נדרשים כללי האתיקה להתמודד עימן. זאת הם עושים באמצעות קביעת חובות אמון ונאמנות³⁰ 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 רישה לחוק לשכת עורכי הדין קובע כי "במילוי תפקידו יפעל עורך דין לטובת שולחו בנאמנות ובמסירות". כלל 2 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986 קובע בין היתר חובה כללית שלפיה על עורך הדין לייצג את לקוחו בנאמנות, במסירות וללא מורא.³³ 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 עניינו של הלקוח, אולם הרווח מהייצוג (בניכוי שכרו של עורך הדין) עובר ללקוח. כמו כן כללים 19-21 לכללי האתיקה מטילים חובת סודיות על עורך הדין בנוגע למידע שהגיע אליו מאת הלקוח במסגרת מתן השירות המקצועי, ואוסרים עליו להשתמש במידע זה כל שימוש שהוא.³⁴ הוראות אלו

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

30 חובת האמון היא אחד המוסדות המשפטיים העיקריים שנועדו לפקח על השימוש לרעה בכוח של צד מסוים כלפי צדדים פגיעים הכפופים לו. ראו 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 מציג 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 PITT. L. REV 347, 365-366 (2002).

31 עמיר ליכט "יחסי אמונות בתאגיד - חובת האמון" **משפט ועסקים** יח 237, 269 (2014): "המבנה הכללי של חובת האמון ניצב 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". ראו גם ליכט "חובת אמון", לעיל ה"ש 26, בעמ' 37-38.

32 כך למשל ביחסי שליחות, סעיף 18(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 **ערד נ' אבן**, פ"ד נו(5) 365 (2002) נקבע כי "סעיף 18(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" (שם, פס' 11). ראו גם ע"א 5328/21 **אבו רקיה נ' חנדקלו**, פס' 74 לפסק דינו של השופט ככוב (נבו) 3.1.2023.

33 ס' 54 רישה לחוק לשכת עורכי הדין; כלל 2 לכללי האתיקה.

34 ברור פחות הוא הרציונל לכללים 43-44 לכללי האתיקה, האוסרים על עורך הדין להלוות כסף או לתת טובת הנאה אחרת ללקוח כדי לקבל את הזכות לייצג אותו וכן אוסרים להלוות כספים ללקוח כדי לשלם הוצאות הכרוכות במתן הייצוג. כלל נוסף המבוסס על רציונלים דומים הוא כלל 10, האוסר על עורכי דין

ואחרות מאפשרות ללקוח לבטוח בעורך הדין ולגלות לו את המידע הפרטי המצוי בידו באופן שמשרת את עניינו של הלקוח.³⁵

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 וחיוניות 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 ושל הדין, וכן מניצול כשלים בהליך לטובת הלקוח. בצד החיובי יש תקדימים משפטיים ומידע ציבורי אשר יכולים לשרת צדדים שלישיים אך אינם מועילים ללקוח.³⁶ מאחר שההשפעות החיצוניות, השליליות והחיוביות, אינן משפיעות על

לערוך ערכות אישית בעניין הנמצא בטיפולם גם אם אין במתן הערכות טובת הנאה חומרית. יש לציין גם שהבטחה לתת הלוואה או לממן הוצאות ללקוח עשויה להיחשב גם לשידול אסור לפי ס' 56 לחוק לשכת עורכי הדין. השידול אסור בחוק בשל פגיעתו בכבוד המקצוע 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. אומנם ההלוואה או טובת הנאה שנותן עורך הדין מעמידה אותו בנושה אל מול הלקוח באופן שמגדיל את פער האינטרסים ביניהם, אולם עורך הדין מצוי במצב זה ממילא במצב שבו שכר הטרחה שהלקוח חייב לשלם לו אינו מותנה בהצלחת הטיפול. ייתכן שהחשש הוא מכך שעורך הדין ינצל את המידע העדיף שיש לו בנוגע להליך המשפטי שבו הוא מטפל ויגרם ללקוח לקבל החלטות כאשר הלה אינו מבין את השלכותיהן במלואן. לכאורה, עורך הדין המלווה ללקוח יודע מהם הסיכויים שהתביעה תצליח, וכנגזר מכך, מהם הסיכונים בהלוואה, ואילו הלקוח עלול להעריך את הסיכונים הללו בחסר. אולם גם כאן השלכותיו של ההליך המשפטי עלולות להיות משמעותיות עשרות מונים 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 אף שניתן לחשוב על הצדקות לכללים אלה כהגנה על הלקוח מפני בעיית פערי המידע אל מול עורך הדין, הצדקות אלה אינן משכנעות.

ייתכן שההצדקה לכללים 43–44 אינה במישור היחסים בין הלקוח לעורך הדין אלא במישור היחסים בין עורכי הדין לבין עצמם, כדי להגביל את התחרות ביניהם וכך לא 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 שעורך הדין או הלקוח אינם מביאים אותן בחשבון. 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 גבוהה מתועלתם החברתית, אזי זו הצדקה אפשרית לכללים אלה.

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

36 להרחבה ראו Daphna Kapeliuk & Alon Klement, *Changing the Litigation Game: An Ex-Ante Perspective on Contractualized Procedures*, 91 TEX. L. REV. 1475, 1485–1493 (2013); אלון

תועלתו של הלקוח, עורך הדין עלול לא להביא 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 – שאפשר שבגינו לא יזכה הלקוח לייצוג אופטימלי. לכן כללי האתיקה במישור זה מיועדים לשרת את האינטרסים של הלקוח באופן שישא 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 לפגוע ברווחה החברתית הכוללת. לכן במישור היחסים בין עורך הדין לבית המשפט כללי האתיקה מיועדים לשרת את האינטרסים החברתיים, המתנגשים עם האינטרס של הלקוח.³⁷

כללי האתיקה מסדירים את מישור היחסים בין עורך הדין לבית המשפט. הסיפה לסעיף 54 לחוק לשכת עורכי הדין מטילה חובה על עורך הדין לסייע לבית המשפט לעשות משפט. כללים 32–38 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 להליך השיפוט. לעורך הדין אסור להעלות טענות עובדתיות או משפטיות שהוא יודע שאינן נכונות; לתת לעד תשלום שמונתה 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; לפגוע באופיו של עד בשאלות הנוגעות למימנותו, אשר אין להן נגיעה לעניין 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, חשוב שעל אף חובתם ללקוח ועל אף האינטרס שלהם בהצלחתו לא יביא הדבר להטעיית בית המשפט ולפגיעה במטרות ההליך המשפטי. גם החובות שמטילים הכללים על עורך הדין בנוגע לצד שכנגד מיועדות לרסן התנהגות שמטילה על אותו צד עלויות מיותרות ועלולה לפגוע במיצוי זכויותיו בהליך המשפטי.³⁸

קלמנט ורועי שפירא "יעילות וצדק בסדר הדין האזרחי – גישה פרשנית חדשה" **משפט ועסקים** ז' 75, 133–136 (התשס"ז).

37 לאחר פרוץ הסכסוך האינטרסים של הלקוח עשויים להיות מנוגדים לאינטרסים של הצד שכנגד, של עדים, של צדדים שלישיים או של החברה ומערכת המשפט שלה, ועל עורך הדין להכריע בין האינטרסים הנוגדים. אולם אם בוחנים את הדברים מנקודת המבט טרם פרוץ הסכסוך, במקרים רבים הפער הלכאורי בין האינטרסים 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.

38 כללים 23–25 לכללי האתיקה.

ב. עקרונות אתיים בתובענות ייצוגיות

1. ייחודן של הסוגיות האתיות בתובענות ייצוגיות

התובענה הייצוגית מעלה סוגיות אתיות ייחודיות.³⁹ מאפייני התובענה הייצוגית – ריבוי חברי הקבוצה המיוצגים וייצוג קבוצה שלא על בסיס התקשרות אישית בצירוף האפשרות לייזום ההליך המשפטי ולניהולו בידי עורך הדין והיעדר הסכמה מראש בנוגע לתנאי הייצוג ולשכר הטרחה – מחמירים את הפוטנציאל לניגוד אינטרסים בין עורך הדין לתובעים. נוסף על כך, ייצוגם של תובעים רבים מוביל לניגודי אינטרסים בינם לבין עצמם ובינם לבין התובעת המייצגת אותם.

נוסף על זה, ההשפעות החיצוניות של התובענה הייצוגית חזקות מבתובענות 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 הם נמנעים מניצול הלקוחות ומשתדלים לפעול למען האינטרסים שלהם בהליך המשפטי. עורך הדין והלקוח מתקשרים בהסכם שבו הם קובעים את התנאים האופטימליים לייצוג. כפי שהסברנו, על כללי האתיקה לטפל רק בכשלים המונעים מהסכם כזה להיות אופטימלי.⁴⁰

לעומת זאת בתובענה הייצוגית התחרות השוקית בין עורכי הדין היא מוגבלת.⁴¹ במקרים רבים עורך הדין זוכה בייצוג לא על סמך החלטתו של הלקוח המיוצג – הקבוצה – אלא על סמך יוזמתו בהגשת התביעה ולפי החלטתו של 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.

גם הדרישה לתובעת מייצגת אשר תקבל עליה 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 להפך, היא נבחרת בידי

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

40 בשל פערי הכוחות והמידע בין הצדדים עורך דין יכול לנקוט צעדים לא הכרחיים שיוצגו כהכרחיים ללקוח כדי להשיא את רווחיו מבלי שהלקוח ידע ומבלי שייפגע המוניטין של עורך הדין. התחרות השוקית אינה מספיקה לבדה כדי לגרום להסכמים להיות אופטימליים גם בתביעות אישיות. ראו נטע זיו "ניגוד עניינים ואתיקה של עורכי דין: היבטים מוסדיים" **ניגוד עניינים במרחב הציבורי** 461, 464–461 (דפנה ברק-ארז, דורון נבות ומרדכי קרמניצר עורכים) (2009).

41 בין עורכי הדין יש תחרות על הייצוג, שהמכריע בה הוא בית המשפט. לדיון בתחרות זו ראו להלן קלמנט "קווים מנחים", לעיל ה"ש 6, בעמ' 717; John C. Coffee, Jr., *Class Action Accountability*: 100 COLUM. L. REV. 370, *Reconciling Exit, Voice and Loyalty in Representative Litigation*, 100 COLUM. L. REV. 370, 423 (2000) (להלן: Coffee, *Class Action Accountability*).

עורך הדין שיוזם 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 מזאת, אף כאשר התובעת המייצגת יוזמת את התביעה וקשה להחליפה, התחרות בין עורכי הדין, אם יש כזו, היא להציע לאותה תובעת מייצגת תנאים אופטימליים **מבחינתה**. התובעת המייצגת, כמו עורך הדין, מעוניינת במקסום הגמול שהיא מקבלת בתובענה הייצוגית, ואין הדבר קשור בהכרח בסכום הפיצוי שיקבלו חברי הקבוצה. לפיכך גם במקרה זה התחרות בין עורכי הדין, אם יש כזו, אינה נותנת מענה לניגודי האינטרסים בינם לבין הקבוצה המיוצגת ולהיעדרו 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 בעניינן עקרונות אתיים שלפיהם צריך עורך הדין לפעול.⁴²

העקרונות האתיים בתובענה הייצוגית מיועדים אפוא לפתור את הבעיות הנוצרות מהיעדרו של הסכם התקשרות בין הקבוצה המיוצגת לעורך הדין, מהיעדרה של תחרות בין עורכי הדין על הייצוג, מריבוי התובעים המיוצגים ומהיעדר 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,⁴³ התובענה הייצוגית מובחנת מההליך הרגיל בנקודת המוצא ליחסים בין עורך הדין לבין המיוצגים על ידי. בתביעה רגילה הלקוח הוא שיוזם את הקשר עם עורך הדין ובוחר להתקשר עימו כדי שהלה ייצגו. הסכם ההתקשרות הוא הבסיס להסדרת היחסים ביניהם. בתובענה הייצוגית שואב עורך הדין את כוחו ואת סמכותו לייצג מהוראות החוק. החוק הוא שמאפשר לעורך הדין, ועימו לתובעת המייצגת, להגיש בקשה לאישור תובענה ייצוגית בשמה של קבוצת תובעים; הוא שקובע את התנאים לכך שעורך הדין אכן ימונה

42 ראו גם את הגישה הכללית יותר שלפיה "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 עורכי דין ונגישות למשפט: 'עורך הדין האחרון בעיר – לי או לך?' " **המשפט** י 311, 312 (התשס"ה).

43 ראו לעיל בפרק המבוא.

לייצג אותם במסגרת תובענה ייצוגית שתאושר, והוא זה שמגדיר את האופן שבו ייקבע שכרו של עורך הדין בסוף ההליך.

לפיכך על עורך הדין לקיים את המטרות שלשמן ניתן בידו הכוח לייצג.⁴⁴ מטרות אלה מוגדרות בסעיף 1 לחוק תובענות ייצוגיות. הן כוללות את מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסייה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים; את אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו; מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין; ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות. מימוש מטרות אלה מייצר את התועלת החברתית מהתובענה הייצוגית, בהתחשבות בעלויותיה.⁴⁵

לעיתים לא ניתן לממש את כל המטרות. יש מקרים שבהם יש לממש מטרה אחת של החוק על חשבון השגתה המלאה של מטרה אחרת. למשל, סעיף 20(ג) (1) לחוק קובע כי כאשר פיצויי לחברי הקבוצה, כולם או חלקם, אינו מעשי בנסיבות העניין, בין משום שלא ניתן להותם 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, שלפיה הנתבע יישא בסעד שמוטל עליו, אולם ישלמו לקבוצה או לטובת הציבור. כאשר עלות הפיצוי בדיעבד גבוהה מדי ביחס לתועלת של חברי הקבוצה מהפיצוי, העברת סכום החבות מכיסו של הנתבע למטרות אחרות עדיין משרתת את המטרה ההרתעתית של הכוונה התנהגותו מראש טרם פרוץ הסכסוך.

יתרה מזאת, יש מקרים שבהם עלויותיה של התובענה הייצוגית עולות על תועלתה. דוגמה לכך היא בסעיפים 8(ב) ו-20(ד) לחוק, אשר מורים לבית המשפט להתחשב בנזקים שייגרמו מניהול התובענה הייצוגית או מהסעד שייפסק 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 (סעיף 8(ב)), הן בסופה בשלב פסיקת הסעד (סעיף 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, כפוף לאותם איוונים שיש לעשות במקרים שבהם מימוש מלא של כל המטרות אינו אפשרי.

44 גישתנו עולה בקנה אחד עם גישת בית המשפט העליון שלפיה יש לפרש את חובת תום הלב של התובע המייצג ושל בא כוחו כלפי הנתבע וכלפי בית המשפט לפי תכליות התובענה הייצוגית. ראו 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 (נבו 6.9.2017). 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, ראו ת"צ (מחוזי מרכז) 49512-01-16 **הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת נ' אלאלון ושות' ספנות בע"מ**, פס' 24, 26 (נבו 22.9.2019).

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

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, על העקרונות האתיים להגדיר מהו כלל ההתנהגות הראוי וכיצד על עורך הדין לבחור בין המטרות השונות באופן שישיא 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 לבית המשפט כוח להרתיע התנהלות לא ראויה של עורך הדין המייצג באמצעות הטלת סנקציות עליו במסגרת ניהול התובענה הייצוגית. אולם קמה שאלה 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.⁴⁶ עורך דין אשר יודע שאפשר שסנקציות כאלה תוטלנה עליו, יירתע מהתנהלות שאינה ראויה. אולם כאשר עורך הדין כבר פעל באופן לא ראוי, החשש מהסנקציות שיטלו 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 חלה מייד. החשש מהחלפתו עלול לגרום לעורך הדין להתפשר בתנאים גרועים מבחינת הקבוצה, שכן פשרה כזו תבטיח לו את שכרו (גם אם מופחת), ואילו המשך הניהול של בקשת האישור יעמידו בסיכון שיוחלף. גם החשש מדחיית הבקשה לאישור תובענה ייצוגית עלול לתמרץ את עורך הדין להסכים לפשרה לא 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 אפשר היה לקיים הפרדה בין תוצאות התנהגותו הבעייתית של עורך הדין לבין תוצאות התובענה הייצוגית ולהטיל על עורך הדין סנקציית משמעתית בגין התנהלות לא 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.⁴⁷ אולם כדי שהפרדה כזו תתקיים, על ההליך

46 ראו ההתבלטות בעניין הסנקציית 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).

47 לדוגמאות שבהן נעשה שימוש כזה, גם אם לא בהכרח באופן העולה בקנה אחד עם האמור במאמר זה, ראו בד"א (משמעת עו"ד ארצי) 30/06 הועד המרכזי של לשכת עורכי הדין בתל-אביב נ' פלוני (נבו 6.6.2010), אשר עסק בשאלה אם עורך הדין המייצג ראוי להמשיך בניהול ערעור בתובענה ייצוגית בניגוד לעמדת התובעים המייצגים. הדיון שם התבסס על הוראות חוק הגנת הצרכן בנוגע לתובענות ייצוגיות אשר היו בתוקף באותה עת. לדיון בשאלה זו ראו להלן פרק ג.3; בבד"א (משמעת עו"ד ארצי) 3/17 שטרסברג נ' ועדת האתיקה של לשכת עורכי הדין במחוז ירושלים (נבו 23.8.2017) נדונה השאלה אם שליחת מכתב התראה בידי עורך דין בשם לקוחותיו נגד עורך דין אחר המייצג בתובענה ייצוגית

המשמעתי לא להיות תלוי בתוצאות ההליך, כדי שלא ישפיע עליהן.⁴⁸ יש מקרים שבהם הפרדה כזו אינה אפשרית.⁴⁹ חמור מכך, האיום בהפעלת סנקציה משמעטית עלול להוות

שבה אותם לקוחות הם חברי קבוצה בטענה שדרך ניהול התובענה גורמת נזק לכלל חברי הקבוצה היא עבירה אחת. נקבע שבמקרה של ניגוד אינטרסים בין חברי הקבוצה על עורך הדין לערוך איזון אינטרסים בין כלל האינטרסים המתנגשים, ובפלטרומה הייחודית של תובענה ייצוגית שבה עורך הדין מייצג מספר רב של לקוחות יש לאפשר לעורך דין אחר לפעול לשמור על הזכויות של לקוחותיו (שם, פס' 52-58). לדין בבעיית ניגודי האינטרסים בין חברי קבוצה ראו להלן פרק 2.2. יצוין כי בשני המקרים בית הדין המשמעתי התייחס למאפייני ההליך הייצוגי אולם לא עמד על מורכבויותיו במלואן.

48 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 ולחלופין 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 בנוגע 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 לבירור הדברים הוא באמצעות מנגנון הדין המשמעתי בלשכת עורי הדין (במקרה דנן אכן הוגשה תלונה ללשכת עורכי הדין, אשר ככל הנראה טרם התבררה). אני נכון להניח כי במקרים קיצוניים, בהם פגם שנפל בהתנהלותו של התובע המייצג או בא כוחו הוא כה משמעותי עד שיוורד הוא לשורש התביעה, עשוי הדבר להביא לסילוק הבקשה, וזאת כאשר אין בנמצא אמצעי מתון יותר לריפוי הפגם. ואולם, מדובר בסעד השמור למקרים קיצוניים" (שם, פס' 9). ראו גם את ההחלטה שעליה 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 בפי כבוד השופט פרופ' גרוסקופף: "וזאת יש לזכור, האמצעי המרכזי לטיפול בהפרות של כללי האתיקה מצד עורכי דין הוא מנגנון הדין המשמעתי. 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 שצמח בעקבות אותה עסקה את אחד הצדדים. במצבים אלו יש ועולה טענה על ידי הלקוח שנונח כי עורך הדין פועל בניגוד לכלל אתיקה זה או אחר. מקומה של טענה זו להתברר, ככל שיש ללקוח שנונח עניין בכך, בבית הדין המשמעתי, 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 משמעתיים המתקיימים בערכאות הפועלות מכוח חוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961, ולא לפני בית המשפט אשר דן בתובענה הייצוגית" (שם, פס' 14).

49 ככלל, בתי משפט בארצות הברית מעדיפים להפנות בעיות אתיות של עורכי דין להליכים משמעתיים ולא להתמודד איתן במסגרת התנאים לאישור התובענה הייצוגית. ראו NEWBERG, לעיל ה"ש 4, § 78: 3. מנגד, מאחר שלשכת עורכי הדין האמריקאית מהססת לקבוע כללים ייחודיים לעורכי דין העוסקים בתובענות ייצוגיות, ובפועל דילמות אתיות נפתרות פעמים רבות בתובענה הייצוגית עצמה, ההפרדה בין ההליך המשמעתי לתובענה הייצוגית אינה אפשרית (שם, § 19:1). 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).

בידי הנתבע מנוף לחץ על עורך הדין המייצג ולהביאו לידי פשרות גרועות מאלה שהיה מסכים להן בהיעדרה 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. עם זאת יש להתוות לעורך הדין המייצג עקרונות אתיים שעל פיהם עליו לנהוג. במקרים המתאימים, שבהם עורך הדין חרג חריגה קיצונית מעקרונות אלה, ניתן להטיל עליו סנקציות משמעתיות. אולם גם בהיעדרן של סנקציות כאלה על עורך הדין להכיר את העקרונות האתיים, והפנמתם חשובה לצמצום הבעיות השונות הנובעות מהמאפיינים המיוחדים לתובענה הייצוגית.

הפרקים הקודמים ביססו את המסד התאורטי לחובות האתיות בתובענות ייצוגיות: תכליתן בהשגת מטרות התובענה הייצוגית, במה צריכה התווייתן להיות שונה מזו שבתביעות רגילות, והבעייתיות באכיפתן במסגרת הליך האישור וניהול התובענה הייצוגית לגופה. הפרקים הבאים מיישמים את התובנות הללו בשני מישורי יחסים שבהם החובות האתיות מיושמות: 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 שבינם לבין עורך הדין משום שהאינטרס של כל אחד מהם בתובענה הייצוגית הוא בדרך כלל קטן ואינו מצדיק השקעה רבה 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 ייהנו מפירות הפיקוח. אפילו אם יש בין התובעים המיוצגים מי שהאינטרס שלהם בתביעה גדול 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.⁵⁰ 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 שלפיהם עורך הדין צריך לפעול בסוגיות אלה.

הליך התובענה הייצוגית מיועד לתת סעד לחברי הקבוצה המיוצגת, לאכוף את הוראות החוק ולהרתיע מפני הפרתו. בעקבות זאת 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 כספים וחלוקתם, ואינו מזכה ישירות את חברי הקבוצה,⁵¹ מרכז הכובד עובר לאופן שבו פעולותיו

Morris A Ratner, *Class Conflicts*, 92 WASH. L. REV. 785, 790–795 (2017); Deborah L. Rhode, 50
Class Conflicts in Class Actions, 34 STAN. L. REV. 1183, 1191–1193 (1982).

51 ס' 20(ג) לחוק תובענות ייצוגיות.

והחלטותיו של עורך הדין משרתות את מטרות ההרתעה והאכיפה בחוק תובענות ייצוגיות.⁵²

נוסף על חובותיו של עורך הדין כלפי הקבוצה כלקוח, שהאינטרס שלה מתמצה בדרך כלל בהגדלת הסעד הכולל שיינתן לה, יש לו חובות גם כלפי חברי הקבוצה האינדיווידואליים, שהאינטרסים של כל אחד מהם בהגדלת חלקו מתוך הסעד הכולל לקבוצה עלולים להיות בקונפליקט זה עם 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, ובייחוד את המטרה של מתן סעד הולם.

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

לבסוף, לעורך הדין יש לקוחה נוספת – היא התובעת המייצגת – שעזימה יש לו הסכם בפועל. היא שמיפה את כוחו לפעול בשמה והיא שחותמת 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 על שניהם לקיים את מטרות החוק – למקסם את הסעד הניתן לקבוצה המיוצגת, להבטיח את זכות הגישה של חבריה לבית המשפט ולממש את מטרות אכיפת החוק וההרתעה מפני הפרתו. על כללי האתיקה 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 בטרם 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.⁵³

52 זו נקודת מבט שגם הקבוצה הייתה בוחרת בה קודם למעשה או למחדל הנטענים כלפי הנתבעת. בנקודת הזמן הזו הנתבעת מחליטה כיצד לנהוג, מהם אמצעי ההירות שעליה לנקוט, אם עליה לקיים את התחייבויותיה החוזיות ועוד. בהתחשב בנזק הקטן שנגרם לכל אחד מחברי הקבוצה, האינטרס של כל אחד מהם בנקודת הזמן הזו היא שהוראות הדין יקוימו כלפיו. אינטרס זה חופף את האינטרס הציבורי המגולם בהרתעה בשלב זה.

53 לדעת Moore ניתן לפתור רבות מן הבעיות האתיות המתעוררות בהליכים ייצוגיים אם מתייחסים לקבוצה (להבדיל מחברי הקבוצה האינדיווידואליים) כלקוחה של עורך הדין. ראו Moore, Who

הקבוצה לא יפתה את כוחו של עורך הדין לפעול בשמה. היא אינה מיועדת על הגשת הבקשה לאישור התובענה הייצוגית, ואין לה חלק בניהול ההליך או בקבלת ההחלטות.⁵⁴ הייצוג נקבע כאמור מכוח הוראות החוק.

במערכת היחסים בין עורך הדין לבין הקבוצה הן בעיית הנציג והן בעיית פערי המידע הופכות להיות 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 אינם מודעים כלל לקיומו.⁵⁵ בסיומו של ההליך חברי הקבוצה בדרך כלל לא יבואו בטרוניה לעורך הדין על 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, מכוח הוראת סעיף 17 לחוק תובענות ייצוגיות, שלפיה על בא כוח מייצג לפעול בנאמנות ובמסירות לטובת הקבוצה כאילו הייתה שולחתו.⁵⁶ עורך הדין חב חובות אמון וזהירות כלפי הקבוצה, ועליו לסייע

Moore, Should Regulate?, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1485 גם בשלב שלפני אישור התובענה כייצוגית; Moore,

Who will Regulate?, לעיל ה"ש 4, בעמ' 584; Shapiro, לעיל ה"ש 39, בעמ' 923-934.

54 ראו שם: Moore, Who Should Regulate?, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1485; Moore, Who will Regulate?, לעיל ה"ש 4, בעמ' 584.

לעיל ה"ש 4, בעמ' 584. לעמדה אחרת שלפיה אין צורך בהגדרת זהות הלקוח (אם הקבוצה היא הלקוח או חברי הקבוצה הם הלקוח, או שמתקיימים "מעין" יחסי עורך דין-לקוח או שאין מתקיימים כלל יחסי עורך דין-לקוח), וניתן לבחון כל מקרה לגופו – ראו את עמדתה של ועדת האתיקה של ניו יורק: N.Y. City Bar Comm. on Prof'l & Judicial Ethics, Formal Op. 2004-01 (2004), <https://did.li/1KF6q> (להלן: החלטת ועדת האתיקה של ניו יורק).

55 אף שיש לראות בקבוצה את לקוחתו של עורך הדין המייצג, ואין יחסי עורך דין-לקוח בינו לבין כל אחד מחברי הקבוצה, קמה לו בכל זאת חובת גילוי ויידוע בנוגע לכל אחד מהם, בהתחשב במגבלות הקיימות על מימושה של חובה זו. חוק תובענות ייצוגיות קובע מנגנוני יידוע מינימליים לחברי הקבוצה. ס' 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 ס' 25(ה) לחוק, אופן הפרסום תלוי בשיקול דעתו של בית המשפט. נראה כי מרבית בתי המשפט מורים על פרסום הודעות בשני עיתונים יומיים. עם זאת חלק מבתי משפט מורים, כדבר שבשגרה, על פרסום הודעות באתרי האינטרנט של הנתבעות. ראו למשל ת"צ (מחוזי מר') 12001-10-13 פריזנט נ' גרופר קניות חברתיות בע"מ, פס' 31-32 (נבו 7.8.2017); ת"צ (מחוזי ת"א) 1196/07 גבאי נ' רכבת ישראל בע"מ, פס' 77 (נבו 18.10.2020). עם זאת על עורך הדין מוטלת החובה לממש את חובות היידוע הקיימות באופן המיטבי, כדי 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 אותו באתר האינטרנט של הנתבעת שחברי הקבוצה צפויים להיתקל בו. אם יש בידי עורך הדין המייצג או בידי הנתבעת פרטים אישיים של חברי הקבוצה המאפשרים לזהותם וליידעם, יש לשאוף ליידע אותם באופן אישי כפוף לחובות לשמור על פרטיותם. כמו כן על המידע להיות ברור ופשוט לקריאה ולכלול רק את המידע הרלוונטי ביותר לחברי הקבוצה.

56 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 היתה 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

לבית המשפט בהגנה על זכויות חבריה. על עורך הדין לפעול לטובת הקבוצה ולקדם את האינטרסים שלה. החובות לפעול במסירות ובמקצועיות ולהיות מיומן ובקיא בתחום שבו הוא מייצג הן חובות שהוא חב כלפי הקבוצה,⁵⁷ ומשמען גם שעליו לערוך את כלל הבדיקות – העובדתיות והמשפטיות – בטרם יגיש בקשה לאישור.⁵⁸

סעיף 8(א)(4) לחוק קובע כי תנאי לאישור התובענה הייצוגית הוא כי קיים יסוד סביר להניח כי עניינם של חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב.⁵⁹ במסגרת זו על בית המשפט לבחון אם 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.⁶⁰ סעיף 8(א)(3) לחוק קובע כי בית המשפט יאשר את התובענה כייצוגית

- הדין לפעול לטובת האינטרסים של הקבוצה המיוצגת. ראו NEWBERG, לעיל ה"ש 4, § 19:2. מנגד נקבע כי יש מקרים – גם לאחר אישור התובענה כייצוגית – שייקבע כי אין מתקיימים יחסי עורך דין-לקוח בין עורך הדין לחברי הקבוצה בעניינים מסוימים, ולכן עורך הדין רשאי לייצג נגד חבר בקבוצה בנושאים שאינם קשורים לתובענה הייצוגית (שם).
- 57 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 ס' 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). 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).
- 58 עניין **חלפון**, לעיל ה"ש 57, בפס' 58–59; בר"ם 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 באשר לבקשות שהוגשו ללא תשתית ראייתית ראו למשל ת"צ (מחוזי ת"א) 49517-09-16 **מטושקין נ' ארליך מעבדות (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' עלית ממתקים בע"מ**, פס' 11 לפסק דינה של השופטת ברון (נבו 24.5.2009): "ביסודן של התובענה ושל בקשת האישור לא עומדת עילת תביעה אמיתית, לא אישית ובוודאי שלא ייצוגית. מדובר בבקשה שנראה כי הוגשה כלאחר יד, בלא שהונחה לה תשתית עובדתית וראייתית מתאימה".
- 59 דרישת תום הלב נבחנה בראש ובראשונה במישור היחסים של המייצגים אל מול חברי הקבוצה המיוצגת, אך בהמשך פורשה חובת תום הלב גם כשמדובר בבתי המשפט ובצד שכנגד, הן מכוח החובה כלפי הקבוצה בס' 8(א)(4) לחוק והן כנגזרת של חובת תום הלב הכללית. ראו קלמנט והדסי, לעיל ה"ש 57, בעמ' 21–22; עניין **שלמה תחבורה**, לעיל ה"ש 46, פס' ל לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימוס) רובינשטיין; עניין **חלפון**, לעיל ה"ש 57, פס' 55; ת"צ (מחוזי מ"ר) 36086-07-11 **חריט נ' ידיעות אינטרנט (שותפות רשומה)**, פס' 22 (נבו 19.9.2002).
- 60 ע"א 8037/06 **ברזילי נ' פרינר (הדס 1987) בע"מ**, פס' 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 "לסחוט" פשרה עלולה להיחשב לחוסר תום לב. ראו למשל עניין **פרינר**, פס' 95 לפסק דינו של השופט מלצר; ת"צ (מחוזי ת"א) 7109-12-19 **ערמון נ' כל בו חצי חנים בע"מ**, פס' 31 (נבו 3.1.2022): "בעניינינו מדובר בבקשה שכל כולה נועד להפעיל לחץ בלתי ראוי על חצי חנים להגיע לפשרה עם המבקש ובאי כוחו, באופן המיטיב עימם". כך גם הגשת תובענות סרק חסרות בסיס – עניין **שלמה תחבורה**, לעיל ה"ש 46, פס' כד לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימוס) רובינשטיין. בעניין **ערמון**, בית המשפט המחוזי בתל אביב, העירה כבוד השופטת נחליאלי חיאט כי "אם עיון בפנקס יעלה כי מבקש בקשת האישור או בא כוחו הגישו תוך פרק זמן קצר, הליכים

רק אם מצא כי עניינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת.⁶¹ תנאי זה מתמקד בכשירותו של עורך הדין, ביכולתו לייצג את עניינם של חברי הקבוצה בהתחשב במומחיותו, בידע ובניסיון שצבר, במשאבים העומדים לרשותו וביכולתו לבצע את תפקידו באופן שלא יקופחו זכויותיהם של חברי הקבוצה בגלל ייצוג כושל.⁶² 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 שבהם עלולה להיווצר 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. על העקרונות

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, מתחזקת המסקנה כי ההליכים שהוגשו לא נועדו להתנהל אלא כדי להפעיל לחץ על המשיב או הנתבע להגיע לפשרה" (שם, בפס' 21). הגשה בד בבד של כמה בקשות לאישור ללא רישום או ללא יידוע של בית המשפט עלולה להיחשב לחוסר תום לב. בעניין **שלמה תחבורה**, לעיל ה"ש 46, פס' מ לפסק הדין של המשנה לנשיאה (בדימוס) 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. כאמור, כך במיוחד במקרים שבהם מדובר באותו בא כוח המייצג בהליכים השונים או באותם תובעים מייצגים". ראו גם שם, בפס' מב: "Forum Shopping", חזזור על פתחיהם של מספר בתי משפט בתקוה שבאחד מהם ייקלט הזרע בלא ליידע אחרים, הוא אינדיקציה ממשית לנושא תום הלב". כן ראו בבש"א 1715/16 **סופר פארם (ישראל) בע"מ נ' ליאורה מלכה**, פס' 4 (נבו 12.4.2016). גם בעניין **חרסט**, לעיל ה"ש 59, בפס' 22, נקבע כי יש לדחות 17 בקשות לאישור תובענות ייצוגיות שהוגשו באותו נושא בידי אותם תובעים מייצגים מבלי ליידע את בתי המשפט על ההגשה המבוזרת. ערעור על פסק הדין נדחה בהסכמת הצדדים: ע"א 8290/12 **דואניאס נ' יריעות אינטרנט** (נבו 22.2.2017). בע"א 7413/21 **חפץ נ' Facebook Ireland Limited**, פס' 4-9 (נבו 17.5.2022) נדחתה בקשת ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי למחוק הליך ייצוגי מכוח ס' 7(ב) לחוק תובענות ייצוגיות, על רקע קיומם של הליכים דומים. בית המשפט 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 פנייה לנתבע טרם הגשת בקשת האישור, הכירו בתי המשפט בכך שבנסיבות מסוימות היעדר פנייה כאמור יהיה חוסר תום לב. ראו דנ"מ 5519/15 **יונס נ' מי הגליל תאגיד המים והביוב האזורי בע"מ**, פס' 38 לפסק דינה של הנשיאה חיות (נבו 17.12.2019). ראו גם קלמנט והדסי, לעיל ה"ש 57, בעמ' 22-23 מול ה"ש 88.

61 ס' 8(ג) (1) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי בית המשפט 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 בית המשפט אישר את התובענה הייצוגית בתוך כדי הפעלת הוראות סעיף זה, עליו לתת הוראות לשם הבטחת ייצוג עניינם של חברי הקבוצה וניהולם בדרך הולמת ובתום לב.

62 עניין **פריניר**, לעיל ה"ש 60, בפס' 91; עניין **חלפון**, לעיל ה"ש 57, בפס' 54; קלמנט "קווים מנחים", לעיל ה"ש 6, בעמ' 131.

האתיים להנחות את עורך הדין לפעול לפי הוראות 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.

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

החוק אינו מטפל בשאלה מהי החובה שחב עורך הדין קדם להגשת הבקשה לאישור. בתביעה רגילה אין שלב ייצוג הקודם להתקשרות של עורך הדין עם לקוחתו, ולכן גם כללי האתיקה אינם עוסקים בחובותיו כלפיה בשלב זה.⁶³ לעומת זאת בתובענה ייצוגית ייתכן שעורך הדין יעשה פעולות שישפיעו על זכויות חברי הקבוצה עוד בטרם הוגשה הבקשה לאישור. מאחר שפעולות אלה עלולות להשפיע על האופן שבו יהיה אפשר לממש את מטרות החוק מרגע הגשת הבקשה לאישור, ניתן לגזור חובות אתיות החלות על עורך הדין גם בשלב זה.

השאלה העיקרית בהקשר זה עולה בנוגע לפנייתו של עורך הדין המייצג לנתבעת בקשר לעילת תביעה עתידית ולהסכמות שלהם בטרם הוגשה בקשת האישור ובטרם הוגדרה הקבוצה המיוצגת. מאחר שבשלב זה עדיין אין הליך ייצוגי המאפשר פיקוח על אותן הסכמות, יש 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, בנוגע להסכמות שהוא מגיע אליהן עם הנתבעת.⁶⁴ הסכמות אלה יכולות לכלול, למשל, התחייבות של עורך הדין שלא להגיש את התביעה תמורת תשלום מהנתבעת. עורך הדין משתמש בזכותם הפוטנציאלית של חברי הקבוצה למען טובתו האישית, והסכמתה של הנתבעת לשלם לו בתמורה מעידה שהימנעותו של עורך הדין מלתבוע היא בעלת ערך עבורה, מאחר שאין ודאות שתיתבע באותה עילה בידי עורך דין אחר אף שלעורך הדין אין בלעדיות על הייצוג. אינטרס זה של הנתבעת מראה שהסכמה כזו עלולה לדלל את ההרתעה של הנתבע מלהימנע להפר חובות המוטלות עליו על פי דין, או למנוע פיצוי מחברי הקבוצה.

63 עם זאת גם בתביעה אישית החובות האתיות יכולות לחול בשלבים מקדמיים מאוד 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, ובעיקר אם עורך הדין קיבל עליו את ייצוג הלקוח. ראו עניין **שרמן**, לעיל ה"ש 20, בעמ' 479. לתחולת חובות אמון על עורך הדין בשלב זה ראו עמיר ליכט "תום לב זה לחלשים – האם יש חובות אמונות במשא ומתן לקראת הסכם עורך דין-לקוח?" **נקודה בסוף משפט** (בלוג 2019/09/23/155) (<https://amirlicht.wordpress.com/2019/09/23/155>) (להלן: ליכט "תום לב זה לחלשים").

64 שאלות הנוגעות להסכמות אלה עולות בקשר לשאלה אם מוטלת על עורך הדין **חובה** לפנות לנתבע לפני הגשת הבקשה לאישור תובענה ייצוגית. ראו דיון אצל חמי בן-נח וטל חבקין "היש להטיל על תובע נטל לפנות לנתבע לפני הגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית?" **עלי משפט** יב 7 (התשע"ו).

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, היה אפשר 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 השפעתן של הסכמות כאלה על מטרות החוק, ובראשן הרתעה ופיצוי, מחייבות להטיל איסור על עורך הדין להגיע להסכמות כאלה.⁶⁵

הטלת איסור כזה תניע את עורך הדין לתבוע אם הוא סבור שסיכויי ההצלחה 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 הטרדה שבהמשך ההתנהלות מולו, הדבר אינו משרת אף אחת ממטרות החוק. יתרה מזאת, 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,⁶⁶ 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.⁶⁷ במקרים אלו המשא ומתן בין הצדדים התנהל עובר להגשת הבקשה לאישור, אולם בקשת האישור מוגשת על בסיסו. החשש במקרה זה הוא כי בקשת האישור נוסחה באופן צר, ונתפרה למידותיה של הפשרה, כדי שהיא תכלול רק עילות וסעדים שבעניינם 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 ביעילות. לכן חשוב שעורך הדין ישמור על האינטרסים של חברי הקבוצה ולא יסכים, טרם הגשת הבקשה לאישור, לפשרה שתועלתה להם קטנה מזו שהיו משיגים בהתדיינות על בסיס בקשה לאישור תובענה ייצוגית שאינה צמודה להסדר פשרה.

65 הדבר נובע גם מתחולת חובות הנאמנות של עורך הדין בשלב זה. ראו לעיל ה"ש 63.

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

67 כך למשל אירע בעניין ת"צ (אזורי ת"א) 55792-09-14 גל נ' איטיצ'ר בע"מ, פס' 13-20 (נבו 18.11.2015). כך אירע גם בת"צ (אזורי ת"א) 36734-10-18 אברגיל נ' הפניקס חברה לביטוח (נבו 7.6.2019), שם הוגשה הבקשה לאישור התובענה כייצוגית לבית הדין באותו יום שבו הוגש הסדר הפשרה.

חובה להימנע מהסכמים כאלו צריכה להיות מוטלת על עורך הדין כלפי חברי הקבוצה בטרם הגשת בקשת האישור, משום שבהסכמה לפשרה ובהגשת הבקשה לאישורה עורך הדין מקבל בלעדיות על הייצוג ומשפיע על הערך שיקבלו חברי הקבוצה המיוצגת תמורת עילת התביעה שלהם.⁶⁸ אין בכך כדי לשלול את האפשרות להגיע לפשרה טרם הגשת בקשת האישור, אולם על עורך הדין לוודא שהסדר הפשרה ראוי מתביעה שכוללת את מלוא עילות התביעה שסיכויי הצלחתן גבוה מספיק, להבנתו. עליו להגיש בקשת אישור אשר כוללת את כל העילות הללו, ואלה לצרף את הסדר הפשרה שאליו הגיע. בית המשפט הוא שצריך לבחון את הסדר הפשרה, ואם ימצא אותו לא 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 כמה וכמה 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.⁶⁹ 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 תיעשה רק באישור בית המשפט, וכי טובת הנאה בגין הסתלקות כאמור תינתן רק אם בקשת האישור הביאה תועלת לחברי הקבוצה;⁷⁰ 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)(1) לחוק קובעים כי הגמול לתובעת המייצג ושכר הטרחה לעורך הדין המייצג ייקבעו בין היתר לפי התועלת שהביאה התובענה הייצוגית לחברי הקבוצה.⁷¹ אף שהחוק מסדיר באופן מקיף את נושא הפשרה וההסתלקות, יש כמה סוגיות שהוא אינו נותן להן מענה. סוגיה אחת נוגעת למקרה שבו במסגרת הסתלקות או פשרה עורך הדין

68 ראו גם Moore, *Who will Regulate?*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 581–582. Moore שימשה עדה מומחית בכמה מקרים שבהם הועלו טענות לניגודי עניינים בשלב שלפני הגשת בקשת האישור. כך למשל בשל היעדר יידוע של תובעים פוטנציאליים על קיומו של משא ומתן. לטענתה, גם לפני הגשת בקשת האישור יש לראות בקבוצה לקוח פוטנציאלי שיש לעורך הדין חובות כלפיו (שם, בעמ' 587).

69 קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 6, בעמ' 781–784; אמיר ויצנבליט "ייצוג הולם בהסדרי פשרה בתובענות ייצוגיות" משפטים מג 351, 366–373 (התשע"ג).

70 ואם הבקשה לאישור ההסתלקות הוגשה לפני שאושרה התובענה הייצוגית – האם התובענה הראתה עילת תביעה לכאורה (ס' 16(א)(1) לחוק)?

71 על החשיבות בבדיקת התנאי שלפיו הקבוצה יוצגה באופן הולם במסגרת בחינת הסדר הפשרה ראו ויצנבליט, לעיל ה"ש 69, בעמ' 376. ראו גם Amchem Products, Inc. v. Windsor, 521 U.S. 591, 117 S. Ct. 2231, 2233 (1997); Ortiz v. Fibreboard Corp., 527 U.S. 815, 119 S. Ct. 2295, 2319 144 L. Ed. 2d 715 (1999); *In re GMC Pick-Up Truck Fuel Tank Prods. Liab. Litig.*, 55 F.3d 768, 798–800 (1995).

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 בידי עורכי דין אחרים, בתביעות אחרות.⁷² כשתביעות כאלה נובעות מהסדר הפשרה שהושג או קשורות אליו, פרסומו מבטיח שעורכי הדין האחרים ינצלו את המידע ויתבעו. עם זאת יש לאסור על עורך הדין לדרוש תוספת לשכר הטרחה בתמורה לויתור על האפשרות לתביעה בעתיד. התניה של סכום שכר הטרחה המוצע בהסתלקות או בפשרה בהתחייבות כזו מעמידה את עורך הדין בניגוד עניינים עם הקבוצה, והיא אינה משרתת אף אחת ממטרות התובענה הייצוגית.⁷³

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 בכמה 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, כדי ללחוץ על כל אחד מהם להגיע עימה לפשרה מינימלית.

יתרה מזאת, אם יש הבדל בין התביעות השונות, בסיכוייהן להצליח ובשוויין, תבחר הנתבעת להתפשר באותה תובענה שסיכוייה ושווייה הם הנמוכים ביותר. תופעה זו מכונה במשפט האמריקאי Reverse Auction ומתייחסת למצב שבו הנתבעת מבקשת לאתר את התובע המייצג הגרוע ביותר שיעמוד מולה כדי להגיע עימו להסדר פשרה שבו תיאלץ לשלם את הסכום המינימלי עבור מעשה בית דין שיקיף את מרב העילות בתובענות שהוגשו נגדה.⁷⁴

72 וראו התייחסות לסוגיה זו בע"א 7809/12 חזאן נ' קלאב הוטל אינטרנשיונלס (א.ק.ה.), פס' 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 יהא זה לטובת הקבוצה אם עורך הדין יידרש לייצג בעתיד את הקבוצה, בניגוד לרצונו? דומה כי התשובה לכך ברורה מאליה". ראו גם Lynn A. Baker, *Mass Torts and the Pursuit of Ethical Finality*, 85 FORDHAM L. REV. 1943, 1957-1960 (2017); Howard M. Erichson, *The Trouble with All-or-Nothing Settlements*, 58 U. KAN. L. REV. 979 (2010).

73 בניגוד לשכר הטרחה שניתן לעורך הדין בגין הייצוג בתובענה – שבו אנו דנים בהמשך. ראו להלן פרק 4.ג.

74 John C. Coffee Jr., *Class Wars: The Dilemma of the Mass Tort Class Action*, 95 COLUM. L. REV. 1343, 1367 (1995): "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" שם, בעמ' 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*.

מצב זה הוא בעייתי במיוחד מבחינתם של חברי הקבוצה. לפיכך יש חשיבות להטלת חובה אתית על עורך הדין המייצג להימנע מהסכמה לפשרה עם הנתבעת בשלב שקודם להגשת הבקשה ואף לאחר שהגיש את הבקשה כאשר הפנייה 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, כולם משתמשים בכוח שהחוק מאפשר להם, אלא שהוא 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. אם לא 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 בניסיון 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 של מימוש הסדר פשרה שאושר והעניק סעד פרטני לחברי הקבוצה. עורך הדין צריך לשמור על האינטרסים של חברי הקבוצה במימוש אופטימלי של ההסדר.⁷⁵ בין ששכר הטרחה של עורך הדין מותנה במימוש כזה ובין שלא,⁷⁶ מוטלת עליו חובה למקסם 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 בבית המשפט, על עורך הדין להשיא את תועלתה של הקבוצה ואת חבותו של הנתבע כדי לקיים את מטרות החוק בהרעתה, באכיפה ובמתן

Bids in Class Action Settlements, 31 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). ראו גם את החלטת בית המשפט המחוזי בעניין ת"צ (מחוזי מר') 6267-09-17 **יוגב נ' גויי מועדון כושר וספורט בע"מ** (נבו 25.2.2018). באותו עניין הוגשו כמה בקשות אישור באותה עילה והוגש הסדר פשרה רק באחת מהן. בית המשפט המחוזי התייחס לשיקול בדבר reverse auction והכיר בצורך בקבלת החלטה באשר לבקשה המובילה לפי ס' 7(ב) לחוק בטרם הדיון בהסדר הפשרה.

75 ברע"א 2008/22 **גד-מסטיי נ' קימברלי-קלארק ישראל שיווק בע"מ**, פס' 9 (נבו 29.5.2022), התובעת המייצגת גבתה מכל חבר קבוצה 50 שקלים עבור חתימה על תצהיר לצורך קבלת פיצוי לפי פסק הדין בתובענה. בית המשפט העליון קבע כי גביית סכום נוסף מחברי הקבוצה עוקף את הסכומים שנקבעו בפסק הדין לגמול ולשכר 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 אישר בית המשפט העליון את קביעת בית המשפט המחוזי למנות גורם חלופי שיפעל למימוש פסק הדין, "זאת לנוכח הפגמים שנפלו בגביית התצהירים והתנהלות התובעת המייצגת ובא הכוח המייצג, ומתוך רצון לשמור על טובת הקבוצה".

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

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 העיקרון הזה לחובות ולאיסורים ספציפיים אשר מבטיחים את מימושו האופטימלי.

2. עורך הדין וחברי הקבוצה כיחידים

אף על פי שעורך הדין מייצג את הקבוצה, במשך ניהול ההליך לרוב אין קשר ישיר בינו לבין חברה (למעט התובעת המייצגת), והוא אינו כפוף לרצונו של אף אחד מהם. חובתו היא לייצג את האינטרסים שלהם ולשמור על זכויותיהם כחברי קבוצה.⁷⁷ עם זאת יש מקרים שבהם הקבוצה אינה עשויה מקשה אחת, ועלולים להתעורר ניגודי אינטרסים מובנים בין חברה.⁷⁸ בתביעה אינדיווידואלית חל איסור על עורך הדין לייצג צדדים בעלי אינטרסים שונים באותו עניין.⁷⁹ בתובענה ייצוגית כמעט תמיד עלולה להיות מידה מסוימת של ניגוד עניינים בין חברי הקבוצה. בחלק מהמקרים הקונפליקט ינבע מפער בסיכויי ההצלחה של חברי קבוצה שונים. זהו המצב למשל כאשר לנתבעת יש טענת הגנה טובה נגד חלק מחברי הקבוצה, למשל להתיישנות, אשר מפחיתה במידה ניכרת את סיכוייהם לזכות בתביעה. במקרים אחרים ייתכן פער באינטרסים של חברי קבוצה שונים בנוגע לסעד שיינתן בתובענה הייצוגית. חלק מחברי הקבוצה עשויים להיות מעוניינים בהסדרה עתידית של התנהלות הנתבע, ואילו חברי קבוצה אחרים מעוניינים בסעד בגין התנהלות הנתבע בעבר.

77 כך למשל בניגוד להליך רגיל שבו ההחלטה אם 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 (ס' 11, 18(ו), 19(ד) לחוק תובענות ייצוגיות) אינו מיוצג עוד על ידי עורך הדין. הכוח לייצג את חברי הקבוצה נובע מהוראות החוק, ולכן משרש חבר הקבוצה מהתובענה הייצוגית, הוא אינו נכלל עוד במסגרת הייצוג האמורה. יתרה מזאת, נכונותו של עורך הדין לייצג את הקבוצה מתבססת על היתרונות שיש לגודל בייצוג כזה, והיא אינה יכולה לחייבו לייצג מי שפרש מהקבוצה, שכן ייצוג כזה אינו כלכלי עבור עורך הדין. נוסף על זה, חברי הקבוצה הבודדים אינם צד להליך והם אינם מיוצגים על ידיו באופן אישי. ראו רע"א 6024/23 יקירביץ נ' דגן, פס' 11 (נבו 29.10.2023); עניין חלפון, לעיל ה"ש 57, 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 נגד חבר קבוצה (בניגוד להוראת כללים 14(ב)-(ג)) לכללי האתיקה.

78 ראו למשל החלטה הדוחה על הסף בקשה לאישור הסדר פשרה בת"א (מחוזי ת"א) 2319/03 פופיק נ' פוזג 1993 בע"מ, פס' 5(ג), 5(ה) (נבו 16.1.2011), מאחר שחלק מחברי הקבוצה לא יזכו כלל לפיצוי. יצוין כי בקשת רשות ערעור שהוגשה על ההחלטה התקבלה מבלי שבית המשפט העליון הביע עמדה בדבר תוכנו של ההסדר (רע"א 2458/10 פופיק נ' פוזג בע"מ (נבו 5.2.2012)); עניין Amchem Products, לעיל ה"ש 71, בעמ' 2251; ת"צ 20607-04-11 ליברמן נ' מוזס כפר סבא בע"מ, פס' 22-20 (נבו 30.10.2014); בש"א (מחוזי י-ם) 5538/01 זמרני נ' החברה למפעלי כלכלה ותרבות לעובדי המדינה בע"מ, פס' 56-58 (נבו, 24.1.2002).

79 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 אם הצדדים הסכימו לכך.

לדוגמה, כתביעה נגד בנק בטענה שהעמלות שהוא גובה אינן חוקיות הקבוצה המיוצגת עשויה להיות מורכבת ממי שכבר שילמו את העמלה ומכאלה שטרם שילמו אותה. ייתכן שבדיונים לפשרה הבנק מוכן לשנות את התנהלותו בעתיד ואינו מוכן לפצות בגין העבר.⁸⁰ הלקוחות שלא נגבתה מהם העמלה מרוויחים מפשרה כזו על חשבונם של מי שהעמלה נגבתה מהם. מבחינת 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 באשר לסעדים אלה – אלה עשויים לחייב התייחסות שונה בייצוג בהליך כמו גם הסדר פשרה שאופיו שונה.⁸¹ חובת הנאמנות החלה על עורך דין מתקיימת כלפי הקבוצה כולה ולא כלפי תת-קבוצה מסוימת.⁸² החוק מסמיך אותו לייצג את הקבוצה, על כל חבריה. לכן במקרה הרגיל על עורך

80 יש להבחין בין מצב שבו ההסדרה העתידית נקבעת מכוח הסדר הפשרה גם אם יש בה כדי לקבל לכאורה את עמדת התובעים בנוגע לחוקיות הגבייה, לבין הסדרה עתידית שקובע המאסדר, לאחר הגשת התביעה. ברע"א 2957/17 סופרגו נ' שורצמן, פס' 44 (נבו 17.3.2024) קבע בית המשפט העליון כי פעולתן של הנתבעות על פי צו פיקוח מעורכן אינה עולה כדי הסדרה עתידית.

81 כך למשל ברע"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 ההשתתפות ששילמו אין אינטרס כי ייקבע שמדובר ב'משחק אסור' ובחזרה 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, ולפיה 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 כדי התייחסות נפרדת לתתי-קבוצות בתוך הקבוצה (פס' 6 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז).

דוגמה נוספת התעוררה בת"צ (מחוזי מר') 10538-02-13 עמותת הצלחה – לקידום חברה הוגנת (ע"ר) נ' אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ, פס' 7 (ז) (נבו 12.11.2013). המשיבות ביקשו לדחות 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 אינני 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 (שם) (החלטה מיום 19.1.2020), פס' 106–108 (בקשת רשות ערעור שהוגשה על ההחלטה נמחקה בעקבות המלצת בית המשפט – רע"א 3183/20 Deutsche Lufthansa AG נ' הצלחה לקידום חברה הוגנת (נבו 2.6.2022)).

82 כחלק מחובת האמון והאיסור על ניגוד עניינים על האמונאי להימנע ממצב של ניגוד בין חובה לחובה – כלומר בין חובות אמון לא תואמות – היעדר זהות בין שני הנהנים; ראו ליכט דיני אמונות, לעיל ה"ש 30, בעמ' 59–60. "החובה התובענית להתמסר באופן מוחלט לעניינו של נהנה אחד עלולה להתנגש אז עם חובה תובענית לא פחות כלפי הנהנה השני. ניתן לראות בכך מצב שבו עניינו של כל נהנה שקול

הדין להיות מודע לקיומן של תתי-קבוצות ולאינטרסים המנוגדים שלהן, לייצג אינטרסים אלה באופן הוגן ולהימנע מפעולות שייטיבו עם תת-קבוצה מסוימת על חשבון יתר חברי הקבוצה.⁸³ כדי לתת ייצוג ראוי לכל חברי הקבוצה על עורך הדין לדמות את ההסכם שתתי-הקבוצות היו מגיעות אליו, בין לבין עצמן ובין יחד לבין הנתבע, ולוודא שפעולותיו אינן מנוגדות להסכמות היפותטיות אלה.⁸⁴ ההסכמה ההיפותטית מלמדת על ההכרעה שעורך הדין צריך לקבל אשר משרתת את האינטרסים של כל חברי הקבוצה באופן אופטימלי, בהתחשב בשונות שבאינטרסים אלה. כך למשל, כשמדובר בהסכם פשרה הכולל התייחסות שונה לחברי קבוצה שונים, על עורך הדין לדמות מצב שבו כל אחת מתתי-הקבוצות הייתה מיוצגת בנפרד, ולבחון אם הסכם הפשרה הוא כזה שמייצג תתי-הקבוצות השונות היו מסכימים לו. בעיקר ההסכם צריך להיות כזה שמציב כל אחת מתתי-הקבוצות במצב טוב מזה שהייתה בו אילו הייתה ממשיכה בניהול ההליך בבית המשפט.

לעיתים ניגודי האינטרסים בין תתי-הקבוצות הם כה גדולים, עד שלא ניתן לייצגם יחד.⁸⁵ אלו מקרים שבהם ייצוג של תתי-הקבוצות עלול להעצים את בעיית הנציג של עורך

לעניינו האישי של האמנאי. המענה המשפטי ההכרחי, למעשה, הוא איסור מוחלט על אמנאי 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 כדי דרישה מינימלית שייתן דעתו לעניינו של כל אחד מהנהנים מבלי לשאת פנים למי מהם ומבלי לשעות לעניינים זרים. המסגרת המוצעת בטקסט היא "עבה" יותר ומתווה את האופן שבו עורך הדין צריך לשקול את עניינה של כל תת-קבוצה אל מול זה של האחרות. ראו שם, בעמ' 210-203; Amir N. Licht, *Stakeholder Impartiality: A New Classic Approach for the Objectives of the Corporation*, in FIDUCIARY OBLIGATIONS IN BUSINESS (Arthur B. Laby & Jacob Hale Russell eds., 2021) 301.

NEWBERG, לעיל ה"ש 4, § 19:19.

לפי כלל 14(ד) לכללי האתיקה, גם בהליך רגיל צדדים בעלי אינטרסים מנוגדים יכולים להסכים, בכתב, על ייצוג משותף על ידי אותו עורך דין. ראו את האמור בעניין **שרמן**, לעיל ה"ש 20, בעמ' 469: "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 השיבנו 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'".

85 Langbecker v. Electronic Data Systems Corp., 467 F.3d 299, 316 (5th Cir. 2007), שם הוגשה התביעה בשם עובדי חברת EDS שהשקיעו במניית החברה במסגרת קרן הפנסיה שלהם. התביעה הוגשה בגין ליקויים בהתנהלות EDS לקראת ירידה ניכרת במחיר המניה שלה. הירידה במחיר המניה השפיעה בצורה הפוכה על תתי-קבוצות של תובעים: חלק ניכר מחברי הקבוצה הרוויחו כסף מהירידה במחיר, ואילו חלק אחר מהקבוצה הפסיד כסף, דבר שגרר ניגוד אינטרסים מובהק בין חברי הקבוצה. בית המשפט קבע שאם התביעה תאושר, יהיה צורך לחלק את הקבוצה לתתי-קבוצות עם ייצוג נפרד בשל ניגוד האינטרסים ביניהן. ראו גם *In re Literary Works in Electronic Databases Copyright Litig.*, 654 F.3d 242, 252 (2d. Cir. 2011).

הדין אם יצטרך להכריע בין האינטרסים הנוגדים שלהן, ולכן הכרעותיו לא יוכלו למקסם את הסעד שיקבלו.⁸⁶ 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 אינה פוטרת את עורך הדין מחובתו להימנע מפגיעה באינטרס של חלקם לטובת אחרים בעיצוב הסדר הפשרה.⁸⁷ מאחר שהחוק אינו מסמיך את עורך הדין לייצג חברי קבוצה בניגוד לאינטרס שלהם, אם נוצר מצב כזה, יש להגדיר תת־קבוצות ולהורות על מינוי תובעת מייצגת ובא כוח מייצג נוספים שייצגו את האינטרסים המנוגדים.⁸⁸ חובתו של עורך הדין לחברי הקבוצה מטיילה עליו במקרים אלה לפעול לייצוג נפרד גם אם הדבר מנוגד לאינטרס האישי שלו במקסום שכר הטרחה בתביעה או לזה של התובעת המייצגת שבשמה הוגשה הבקשה לאישור.⁸⁹

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 בעניינה בדומה לאלה המתקיימים בתביעה רגילה, ובסיסם בהסכם ההתקשרות ביניהם.⁹⁰ אולם מורכבותה של התובענה הייצוגית ומאפייניה הייחודיים משליכים גם על מישור היחסים שבין עורך הדין לתובעת המייצגת. בתביעה רגילה האינטרסים של עורך הדין ושל הלקוח המיוצג הם היחידים הרלוונטיים, וההתקשרות ביניהם נותנת מענה לאינטרסים אלה, לעומת זאת בתובענה הייצוגית התובעת המייצגת ועורך הדין מקבלים את כוחם ואת סמכותם לייצג את הקבוצה מכוח החוק, ולכן עליהם לממש את מטרותיו.⁹¹

86 בהשלכה לדוקטרינת איסור משוא הפנים בדיני האמונאות, במצבים הללו עורך הדין אינו יכול לפעול ללא משוא פנים כלפי אחת מתת־הקבוצות לפחות. ראו לעיל ה"ש 82.

87 ס' 18(ו) לחוק תובענות ייצוגיות.

88 ס' 10(ג) לחוק תובענות ייצוגיות; NEWBERG, לעיל ה"ש 4, § 7:31. כך למשל בעניין *Amchem Products*, לעיל ה"ש 71, 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 לתת־קבוצות עם ייצוג עצמאי לכל אחת מהן. לתוצאה דומה הגיע בית המשפט העליון בעניין *Ortiz*, לעיל ה"ש 71, עת דחה את הסדר הפשרה בשל הצורך בייצוג נפרד של תת־הקבוצות.

89 עם זאת עורך הדין והתובעת שייצגו את הקבוצה כולה עד לנקודה שבה חולקה לתת־קבוצות צריכים לקבל שכר טרחה וגמול מתאימים על הייצוג המשותף.

90 לדעת Moore, בהתחשב בעובדה שהקבוצה כישות היא הלקוח, יש לראות בתובעת המייצגת נציגה של הלקוח יותר מאשר לקוחה כאינדיווידואל. ניתן לראות בקבוצה תאגיד, בחברי הקבוצה בעלי מניות ובתובעת המייצגת נציגה של התאגיד; Moore, *Who Should Regulate?*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1487.

91 עניין *חלפון*, לעיל ה"ש 57, בפס' 49. בת"צ (מחוזי מר') 4263-03-11 **אשל היאור בע"מ נ' חברת פרטנר תקשורת בע"מ**, פס' 23 לפסק הדין של השופט גרוסקופף (נבו 16.4.2012), 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 – שבו הלקוח הוא אדון ההליך, ועורך דינו הוא עושה דברו, במודל האופקי להליך יש שני אדונים שכל אחד מהם חיוני להצלחת התביעה. מודל זה אינו מאפשר לתובעת המייצגת לקבל החלטות עצמאיות בנוגע להליך (כך למשל באשר לסיום העסקתו

החובות שחבים התובעת המייצגת ועורך הדין כלפי הקבוצה המיוצגת מחייבות שההסכמות ביניהם בטרם הגשת התביעה יתייחסו לאופן ניהול ההליך במשותף. על ההסכם ביניהם לכלול את האופן שבו עורך הדין יידע את התובעת המייצגת בנוגע להתפתחויות חשובות ואת האופן שבו יתקבלו החלטות בצמתים מרכזיים בהליך, בעיקר בשלב הפשרה. כשהתובעת המייצגת מיועדת בנוגע לכל אלה, אזי ככל שערך התביעה שלה גבוה יותר, כך תהיה לה השפעה גדולה יותר הן במועד ההתקשרות עם עורך הדין והן בשלבים מאוחרים יותר.⁹²

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. לעומת עורך הדין, הכפוף להוראת סעיף 17 לחוק תובענות ייצוגיות ולדיני האתיקה, על התובעת המייצגת אין חלות נורמות מפורשות דומות.⁹³ לפיכך על דיני האתיקה להנחות את עורך הדין בפתרון ניגודי האינטרסים בין התובעת המייצגת לקבוצה.⁹⁴

כאמור לעיל, על העקרונות האתיים להבטיח ייצוג הולם ואופטימלי על ידי עורך הדין והתובעת המייצגת, שיהיה בו כדי להשיג סעד מרבי לחברי הקבוצה. נוסף על זה, עליהם לממש את מטרות ההרתעה ואכיפת החוק. אולם על עקרונות אלה להבטיח גם אינטרס מספיק לתובעת המייצגת, אשר יניע אותה לחפש אחר עילות תביעה ראויות, להגיש תביעות ולנהלן ביעילות. לכן אף שהקבוצה משמשת לקוחתו של עורך הדין המייצג, הוא אינו רשאי להתעלם מזכויותיה של התובעת המייצגת או מהאינטרסים שלה. התובעת המייצגת היא תנאי הכרחי בחוק לאישורה של התובענה הייצוגית, ולעיתים עשויה להיות לה תרומה

של עורך הדין או החלפתו באחר) ובכך מפחית את ניגוד העניינים המובנה שבין התובעת המייצגת לבין הקבוצה. 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 הייוויז (1997) בע"מ**, פס' 59–65 (נבו 8.4.2020).

92 כפי שאנו מסבירים בהמשך, על עורך הדין והתובעת המייצגת לגלות לבית המשפט את ההסכמות ביניהם כדי שיוכל לוודא שהן אינן מנוגדות לטובת הקבוצה המיוצגת. ראו הדיון בפרק ד.2(ב).

93 על התובע המייצג חלה החובה לייצג את הקבוצה שבשמה הוא פועל בדרך הולמת ובתום לב (ס' 8(א)–(3) 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 תובע מייצג. ראו רע"א 4363/17 **נקניק נהריה כשר זוגלובק בע"מ נ' ירון**, פס' 7 (נבו 24.8.2017); עניין **פרינר**, לעיל ה"ש 60, בפס' 91–92; רע"א 3431/15 **יוטרייט פרמיום בע"מ נ' יושרה – 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 ועל התובע המייצגים גם חובות נאמנות כלפי חברי הקבוצה. ראו ליכט "תום לב זה לחלשים", לעיל ה"ש 63.

94 ניגוד עניינים נוסף עלול להתעורר במקום שבו עורך הדין מייצג לקוחות אחרים שהם בעלי אינטרסים המנוגדים לאלה של הקבוצה. ראו *Moore, Who Should Regulate?*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 1493–1498. בדין האמריקאי אחד הפתרונות להתמודד עם ניגוד העניינים הוא גילוי מלא וקבלת הסכמת הלקוח לייצוג – Model Rule 1.7. מובן שאי אפשר ליישם פתרון זה במסגרת תובענה ייצוגית כאשר הלקוח היא הקבוצה המיוצגת, ובמקרים שבהם ניגוד העניינים הוא מינימלי, ויש יתרונות מבחינת הקבוצה להמשיך בייצוג. ראו *Moore, Who will Regulate?*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 579.

נכבדה בזיהוי עילת התביעה, בייזום התביעה ובניהולה. מנקודת מבטה של הקבוצה, ראוי שהחלטותיו של עורך הדין לא יפגעו באינטרסים של תובעים מייצגים ובתמריציהם לייצג, משום שהדבר יפגע בקבוצה המיוצגת ובציבור.

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 היה אפשר להגיש אותן גם כתביעה אינדיוידואלית.

בשני המקרים, במסגרת ההתקשרות טרם הגשת בקשת האישור על עורך הדין ליידע את התובעת הפוטנציאלית בנוגע לכל המידע באשר לאפשרות של הגשת תביעה אישית במקום תובענה ייצוגית,⁹⁵ באשר לתפקידה כמייצגת את חברי הקבוצה ובאשר למטרתו של ההליך הייצוגי בקידום טובתה של הקבוצה. עליו לפרוס בפני התובעת המייצגת את מלוא המידע בנוגע לסיכויים בהליך אל מול הסיכונים שבו, לרבות נשיאה בהוצאות.⁹⁶ יידוע זה הוא חשוב, הן מכוח חובותיו של עורך הדין כלפי התובעת המייצגת והן כדי למנוע בהמשך תוצאות שאינן מיטיבות עם הקבוצה ושנובעות מאינטרסים נוגדים של התובעת המייצגת.⁹⁷ במקרים שבהם התובעת המייצגת היא שפנתה לעורך הדין, ובוודאי במקרים שבהם תביעתה היא בעלת ערך נטו חיובי, דהיינו היא הייתה יכולה להגיש אותה גם כתביעה אינדיוידואלית, יש להתייחס אליה כאל כל לקוחה שפונה להיוועצות עם עורך דין לפי כללי האתיקה.⁹⁸ על עורך הדין להבהיר לה מהם ההליכים שניתן לנקוט כדי לממש את זכויותיה, מה היתרונות ומה החסרונות בכל אחד מהם. התובענה הייצוגית היא דרך אפשרית אחת, ובשלב זה עורך הדין צריך לבחון אם היא משרתת את האינטרסים של התובעת שפנתה אליו (לרבות האינטרס שלה לקבל גמול עבור הייצוג) באופן מיטבי לעומת החלופות. על עורך הדין לשמור על חובת הסודיות בנוגע לכל מידע שמובא מטעמה, והוא אינו רשאי להשתמש במידע כדי להגיש תובענה ייצוגית בשם תובע אחר "שמתאים יותר" לשמש תובע מייצג.⁹⁹ 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

95 לדוגמאות שעלולות להתעורר ראו שם, בעמ' 581–583.

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

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

98 לגישה דומה ראו Moore, *Who will Regulate?*, לעיל ה"ש 4, בעמ' 586–587.

99 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".

פוטנציאליים לפנות לעורך הדין כדי שיבחן את האפשרות של הגשת תובענה ייצוגית. לשם כך יש להבטיח לתובעים כאלה שהמידע שישפיקו לעורך הדין לא ינוצל בידי ההגשת תובענה ייצוגית בשם תובעת אחרת מבלי שהם יזכו בתמורה הולמת. נוסף על זה יש להבטיח להם השתתפות בהחלטות בניהול אופטימלי של ההליך, 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 שאותה הוא איתר, בייחוד במקרים שבהם ערך הנטו של תביעת התובעת האינדיווידואלית הוא שלילי, וכשאין לה אינטרס שהיה זוכה לייצוג ללא התובענה הייצוגית. זה המצב בדרך כלל במקרים שבהם מדובר בתביעה ששוויה לתובעת המייצגת הוא נמוך מאוד. אלו מקרים שבהם התובעת המייצגת לא הייתה בוחרת להתקשר עם עורך הדין לצורך ייצוגה אילו היה מדובר בתביעה אינדיווידואלית.

במקרים אלה שיתוף התובעת המיוצגת בהליך נובע רק מהוראות החוק, שמיועדות להגשים את מטרותיו, הן בפיוצי כולל לקבוצה בדיעבד והן בהרתעה מראש.¹⁰⁰ לכן במקרים כאלה פוחת משקלן של חובות עורך הדין כלפי התובעת המייצגת בשלב שקודם להגשת התביעה, והמוקד עובר לאינטרס הקבוצה – האינטרס באיתורן ובהגשתן של תביעות, בניהולן הראוי ובקבלת סעד הולם בעקבותיהן. יתרה מזאת, 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 שלהם היא חשופה בהליך, ובראשם הסיכון שייפסקו נגדה 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.¹⁰¹ רק כך יוכלו לעצב את מבנה התמריצים ביניהם באופן שיביא להשגת מטרות התובענה הייצוגית, לרבות השאה של הרווח לקבוצה. חוק תובענות ייצוגיות מפריד בין פסיקת הגמול לבין פסיקת שכר הטרחה בבית המשפט,¹⁰² והוא מניח שהשיקולים בפסיקתם הם שונים, בהתבסס על תפקידם השונה של עורך הדין והתובעת המייצגת, על מומחיותם השונה, על יכולתם השונה לנהל את ההליך ועל התשומות השונות

100 יש אף הטוענים שבמקרים אלה התובעת המייצגת אינה נחוצה כלל לצורך השגת מטרות התובענה הייצוגית, והיא אינה אלא "תובע קש" (figurehead). ראו Jonathan R. Macey & 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 (1991); Jean Wegman Burns, *Decorative Figureheads: Eliminating Class Representatives in Class Actions*, 42 *Coffee, Class Action Accountability*; HASTINGS L.J. 165, 186–192 (1990); לעיל ה"ש 41; ע"א 1834/07 קרן נ' פקיד שומה גוש דן, פ"ד סה(3) 636, 662–661 (2012).

101 ראו עניין סופרגו, לעיל ה"ש 80, בפס' 50, שבו נקבע כי בית המשפט רשאי להתחשב בהמלצת הצדדים אף אם אינו מחויב לפעול על פיה.

102 ס' 22–23 לחוק תובענות ייצוגיות.

שהם משקיעים.¹⁰³ אולם אין מניעה חוקית שבית המשפט יפסוק את שכר הטרחה והגמול יחד או שיפריד ביניהם ויאפשר לעורך הדין ולתובעת המייצגת לחלק את הסכום הכולל ביניהם באופן שונה.¹⁰⁴

גם נושא הוצאות המשפט צריך להיות מוסדר באופן דומה. כללי האתיקה הקיימים אינם מתירים לעורך הדין לשאת בעלויות בגין הוצאות משפט. הן באשר להוצאות בשלב הגשת בקשת האישור, כגון תשלום אגרה או חוות דעת מומחה, והן באשר להוצאות משפט, שייתכן שייפסקו בסיום ההליך – כללי האתיקה קובעים כי התובעת המייצגת תישא לבדה במלוא ההוצאות.¹⁰⁵ 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,¹⁰⁶ וככזה ראוי לאפשר לו לשאת בהוצאות אם הוא מגיע להסכמה על כך עם התובעת המייצגת.¹⁰⁷ כאמור, האפשרות להסכמות מסוג זה צריכה להיות מלווה בגילוי לבית המשפט.

האפשרות הזו חשובה בעיקר במקרים שבהם תביעתה האינדיווידואלית של התובעת המייצגת היא בעלת ערך נטו שלילי ואין לה אינטרס כספי להשקיע בתביעה או ידע להבין

103 קלמנט "קווים מנחים", לעיל ה"ש 6, בעמ' 166–175.

104 בעניין **סופרגו**, לעיל ה"ש 80, בפס' 50, קבע בית המשפט כי כאשר בית המשפט דוחה את המלצת הצדדים לשכר טרחה וגמול בפשרה, וכאשר הצדדים 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' כהן**, פס' 17–23 (נבו 30.6.2019). לא קיבל בית המשפט 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' כהן** (נבו 21.1.2020)) קיבל בית המשפט את חלוקת הסכום הכולל של הגמול ושכר הטרחה לפי הסכמות הצדדים בשל הנסיבות הייחודיות של התיק. בעניין **זוגלובק**, לעיל ה"ש 93, בפס' 8, ציינה הנשיאה חיות כי הסכם חלוקת שכר טרחה בין התובע המייצג לעורך הדין "מעורר קשיים לא מבוטלים". יש לציין שבהצעת חוק לתיקון חוק תובענות ייצוגיות (תיקון 16), התשפ"ד–2024, ה"ח 1785 (להלן: הצעה לתיקון חוק תובענות ייצוגיות) 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 להצעה לתיקון חוק תובענות ייצוגיות). עם זאת ההצעה מותירה את הסמכות לקבוע את החלוקה בין עורך הדין לבין התובעת המייצגת בבית המשפט (שם, ס' 23(ח)). ראו דיון להלן בפרק 2.ד(ב).

105 כלל 44 לכללי האתיקה; אביאל פלינט וחגי ויניצקי **תובענות ייצוגיות** פרק ה, 261 (2017).

106 עניין **אשל היאור**, לעיל ה"ש 91, פס' 23–24 לפסק דינו של השופט פרופ' גרוסקופף.

107 השופט עמית ציין בעמ' 2152/19 **טפיו נ' רשות המיסים** (נבו 30.1.2022) (להלן: **עניין טפיו** 2022), כי הוא אינו רואה לנכון לקבוע מסמרות בטענה כי באת כוח המייצגת פעלה בניגוד לכללי האתיקה בהתחייבותה כלפי התובע המייצג לשאת באגרת בית משפט ולשלם את ההוצאות שייפסקו לחובתו. בית המשפט ציין כי התובע רשאי לפנות לוועדת האתיקה בעניין זה (שם, בפס' 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 (שם, ס' 23א להצעת החוק).

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 לזה, התובעת עלולה לוותר על הזכות לערער על החלטה שנפסקה נגד הקבוצה רק כדי להימנע מנשיאה בהוצאות שהטיל עליה בית המשפט.

לבסוף ייתכנו מצבים שבהם יתעוררו מחלוקות בין עורך הדין לתובעת המייצגת כאשר לאופן ניהול ההליך הייצוגי, לרבות הסכמה לפשרה או הסתלקות,¹⁰⁸ או החלטה על הגשת ערעור,¹⁰⁹ שלא יפתרו בהסכמה. את ההחלטה על אופן ההכרעה במחלוקת ביניהם יש לגזור, בראש ובראשונה, מהשאת טובתה של הקבוצה המיוצגת ומימוש מטרות ההרתעה ואכיפת החוק. במקרים שבהם התובעת המייצגת ועורך הדין אינם יכולים להגיע להסכמה, עליו לגלות את המחלוקת לבית המשפט ולהעבירה להכרעתו.¹¹⁰

108 ראו למשל ת"צ (מחוזי חי') 1318/99 פסגות קופות גמל ופנסיה בע"מ נ' אלסינט בע"מ (נבו 16.8.2017), שם חלק מעורבות הדין שהגישו את התובענה הייצוגית פרשו מייצוג התובעות המייצגות והגישו התנגדות להסדר הפשרה; ת"צ (מחוזי מר') 6157-08-11 שויכין נ' שופרסל בע"מ (נבו 7.10.2014), שם הודיע המבקש על הסתלקות מבקשת האישור בניגוד לעמדתו של בא כוח המייצג ובניגוד להסכם ההתקשרות ביניהם.

109 בעע"מ 2152/19 טפיו נ' רשות המיסים (נבו 4.10.2020) (להלן: עניין טפיו 2020) אפשרה רשמת בית המשפט העליון לבא כוח הקבוצה להגיש ערעור על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים 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-כוח המייצג בשאלת הגשת הערעור, תועבר מחלוקת זו להכרעה בפני ההרכב שידון בערעור אשר יכריע בה בהתאם ליתר נסיבות העניין" (שם, 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" (שם, פס' 19). אולם נראה שבית המשפט העליון טרם הכריע בסוגיה, ראו עניין טפיו 2022, לעיל ה"ש 107.

אמירה ברוח שונה ראו ע"א 4617/15 פלג נ' פריגו ישראל פרמצבטיקה בע"מ, פס' 6 (נבו 31.3.2016): "קיים פער מהותי בין חלוקי דעות כאמור לבין עמדתו של עורך הדין גרפי לפיה עורך-דין ראשי לכפות על המבקשים בבקשת האישור (אשר באותו שלב הם אינם תובעים מייצגים, כי אם 'מבקשים' גרידא (ראו ההגדרה בסעיף 2 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006)) להגיש ערעור על החלטה הדוחה את בקשת האישור – תוך חשיפתם להטלת הוצאות אם הערעור יידחה. עמדה זו, לפיה עורך דין ראשי 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".

110 כך אירע 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 בשל 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

בעניין **אשל היאור** קבע בית המשפט שבמקרה כזה עורך הדין המייצג יהיה אמון על ייצוגה של הקבוצה, ולתובעת המייצגת שמורה האפשרות להביע את דעתה בבית המשפט ולהחליט כיצד להשתמש בעילת תביעתה האישית, וכן היא רשאית להגיש בקשה למינויו של בא כוח מייצג נוסף.¹¹¹ בית המשפט ביסס את קביעתו על תפיסתו את מודל היחסים שבין עורך הדין המייצג לבין התובעת המייצגת כמודל יחסים "אופקי", שבו שניהם מייצגים את הקבוצה, ולכל אחד מהם מעמד עצמאי. נוסף על זה, בית המשפט עמד על כך שבמקרה של מחלוקת יכול התובע המייצג לפנות לבית המשפט בבקשה להחליף את עורך הדין המייצג מכוח סעיף 8(ג)(1) לחוק תובענות ייצוגיות בכל שלב בהליך האישור ואף לאחר החלטת האישור.¹¹²

עמדתו של בית המשפט עולה בקנה אחד עם הגישה המוצעת כאן. אכן, הן עורך הדין המייצג והן התובעת המייצגת מקבלים את סמכותם ואת כוחם לייצג, ממועד הגשת בקשת האישור, מהחוק. ההתקשרות ביניהם מיועדת להשיג מטרה זו, נוסף על הסדרת הייצוג האישית של התובעת המייצגת. אם מתגלעת בעיה במישור הייצוג האישית של עורך הדין את התובעת המייצגת, 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 בידי מי מהם היא זו הקבוצה בחוק, דהיינו בהחלטת בית המשפט,¹¹³ או ביוזמת אחד מהם בהסתלקות.¹¹⁴

לפיכך כאשר מתגלעת מחלוקת בין התובעת המייצגת לבין עורך הדין בנוגע לייצוג בהליך, והם אינם יכולים לפתור אותה בהסכמה ביניהם, עליהם להפנות את המחלוקת להכרעת בית המשפט. הכרעת בית המשפט במחלוקת אינה מחייבת הפסקת הייצוג מצד התובעת המייצגת או עורך הדין. אולם אם בית המשפט סבור שייצוג משותף על ידיהם אינו אפשרי עוד, עליו לפעול להחלפת אחד מהם או להוספת תובעת או עורך דין מייצג להליך. 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 בידי התובעת המייצגת נחוץ למימוש מטרות התובענה הייצוגית. אומנם מודל היחסים ה"אנכי" בין עורך הדין לתובעת המייצגת, המבוסס על הסכם ההתקשרות ביניהם, אינו זה שבבסיס הייצוג על ידיהם מכוח החוק לאחר הגשת התביעה, אולם הוא חיוני לצורך הגשת התובענה הייצוגית, ולפיכך יש לכבדו כל עוד אינו פוגע בקבוצה ובמטרות החוק.

אותה בכל ענייני התובענה, למסור לה כל מסמך, ולפי הודעתם, לזמן אותה לכל דיון בתובענה המתנהל במשרדם. ערעור על פסק הדין נדחה על הסף – בר"מ 1847/19 **איגרא נ' שריג** (נבו 5.5.2019).

111 עניין **אשל היאור**, לעיל ה"ש 91, בפס' 30–33.

112 שם, בפס' 28–29. ס' 8(ג)(1) לחוק עוסק בהחלטת בית המשפט בבקשת האישור. עם זאת עמדת בית המשפט הייתה שסמכות זו נתונה לו במסגרת סמכותו הטבועה, הנדרשת לצורך ייעול הדיון, גם לפני ההחלטה וגם לאחריה.

113 ראו לעיל ה"ש 112.

114 ראו ס' 16(א) לחוק תובענות ייצוגיות.

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 שבינו לבין הלקוח. בהסכם זה, אשר מגובש טרם ההתקשרות ביניהם, מעצבים עורך הדין והלקוח את מבנה שכר הטרחה שיהיה בו כדי למקסם את התועלת המשותפת שלהם בתביעה (בין שהלקוח תובע ובין שהוא 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 על עורך הדין להציג את שכר הטרחה שהוא מציע ואת אופן חישובו לצורך קביעתו בבית המשפט.¹¹⁵ שנית, כאשר ניתן פסק הדין בתובענה הייצוגית, תינתן לעורך הדין הזדמנות לטעון לשכר הטרחה המגיע לו, לפי הוראות סעיף 23 לחוק. אם שכר הטרחה ייפסק מתוך הסעד לקבוצה,¹¹⁶

115 תק' 2(א)(11) לתקנות תובענות ייצוגיות, התש"ע-2010. יש לציין שמלבד החובה שמוטלת בתקנה, אין לשכר הטרחה המוצע שום השפעה על הליך האישור, ובתי המשפט נוטים להתעלם ממנו.

116 השאלה אם את שכר הטרחה משלם הנתבע שהפסיד בתביעה נוסף על הסעד שניתן לקבוצה, או מתוך הזכייה לקבוצה, טרם הוכרעה בבירור בבית המשפט העליון. בע"א 2046-10 עזבון שמש נ' רייכרט, פ"ד סה(2) 681, פס' 3, 18 (נבו 2012.5.23), פסק בית המשפט העליון, מפי הנשיא (בדימוס) גרוניס, 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". עם זאת באותו עניין היה מדובר באישור הסדר פשרה ולא בפסק דין המקבל תובענה ייצוגית. בע"א 7593/21 פיינטוך נ' אלוגיאל בע"מ, פסקאות 7-8 (נבו 2022.9.6), קבע בית המשפט העליון, מפי השופטת ברון, באשר לגמול ולשכר טרחה שנפסקו בפשרה, כי "לא פעם סכומים אלה משולמים בפועל מתוך או על חשבון ההטבה המוצעת לקבוצה".

בת"א (מחוזי ת"א) 1792-09 פירט נ' אקסלנס נשואה ניהול השקעות בע"מ, פס' 8-15 (נבו 2013.12.29) קבע בית המשפט הכלכלי, מפי השופטת רונן, גמול ושכר טרחה מתוך הסכום שנפסק לקבוצה. בית המשפט הסתמך על פסק הדין של בית המשפט העליון בעניין רייכרט, לעיל ה"ש 116, וקבע כי "מאחר שהגמול ושכר הטרחה נועדים להמריץ את התובע המייצג ובא כוחו לפעול ב'שירות' 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, ולפי המלצת בית המשפט – ע"א 939-14 אקסלנס נשואה השקעות בע"מ נ' פירט (נבו 2015.7.9). בת"צ (מחוזי ת"א) 44598-12-12 גרינברג נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ, פס' 33-36 (נבו 2021.12.20) קבע בית המשפט המחוזי, מפי השופטת אגמון-גונן, כי יש להפחית את הגמול ואת שכר 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 7771/21 מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ נ' גרינברג (נבו 2023.3.7). בית המשפט העליון החזיר את ההליך למחוזי כדי שידון בפשרה לפי הפרוצדורות הקבועות בס' 18-19 לחוק תובענות ייצוגיות. ראו גם קלמנט "קווים מנחים", לעיל ה"ש 6, בעמ' 164-165.

מנגד, בת"צ (מחוזי מר') 21458-03-14 ברון נ' רכבת ישראל בע"מ, פס' 81 (נבו 2022.12.31), קיבל בית המשפט המחוזי, מפי השופטת שטמר, תובענה ייצוגית ופסק גמול ושכר טרחה נוסף על הסכום שנפסק לטובת הקבוצה. ערעור על פסק הדין טרם הוכרע – ע"א 1668/23 רכבת ישראל בע"מ נ' ברון. כך נקבע

הגדלת שכר הטרחה לעורך הדין תבוא על חשבון הסעד שיקבל כל חבר קבוצה מיוצג. שלישית, וחשוב מכול, כאשר מוגש הסדר פשרה לאישור בית המשפט, הצדדים רשאים להגיש לבית המשפט המלצה מוסכמת לעניין שכר הטרחה ותנאיו.¹¹⁷ לפיכך נושא שכר הטרחה יהיה חלק מהמשא ומתן לפשרה, והגדלתו עלולה לבוא על חשבונם של חברי הקבוצה.¹¹⁸

רוב מוחלט של הבקשות הראויות לאישור תובענה ייצוגית מסתיימות בהסדר פשרה, בדרך כלל קודם להכרעה בבקשה לאשר את התובענה כייצוגית.¹¹⁹ בניגוד לפסק דין שניתן בבית משפט, הסדר פשרה מעוצב בידי הצדדים והוא דורש מעורבות וקבלת החלטות רבות של עורך הדין. במהלך המשא ומתן עולות שאלות בדבר הסעד שניתן לחברי הקבוצה – סכום הפיצוי לכל חבר קבוצה, אם הסעד יהיה כספי או בעין ומה האופן שבו חברי הקבוצה יוכלו לממש אותו. לכן יש חשיבות רבה בהסדרת האופן שבו משפיע עורך הדין על הסעד שיינתן בפשרה ועל שכר הטרחה שיקבל.¹²⁰

חובת הנאמנות של עורך הדין כלפי הקבוצה מחייבת אותו תמיד לשים את זכויות חברי הקבוצה לפני טובת ההנאה האישית שלו.¹²¹ בעיקר עליו לנסות ולהגיע לפשרה ששוויה

גם בפסקי דין שאישורו הסדרי פשרה: רע"א 2362/08 **תדיראן מוצרי צריכה בע"מ נ' שאול**, פס' 8 (נבו 14.12.2011); תנ"ג (מחוזי מ"ר) 10466-09-12 **השקעות דיסקונט בע"מ נ' דנקנר**, פס' 4 (נבו 11.2.2018); ת"צ (מחוזי מ"ר) 5270-07-08 **סוסתאל נ' הסתדרות העובדים הכללית החדשה**, פס' 27 (נבו 19.1.2011); ת"א (מחוזי ת"א) 2383/06 **גבע נ' החברה האמריקאית ישראלית לגז בע"מ**, עמ' 11 (נבו 27.1.2010). אולם יש פסקי דין אחרים שפסקו שכר טרחה וגמול מתוך הסכום שנפסק לקבוצה, גם בפשרות. ראו למשל ת"צ (מחוזי ת"א) 2786-07 **ישראלי נ' מכבי שירותי בריאות**, עמ' 4 (נבו 13.5.2011). בערעור על פסק הדין לא השתנה רכיב זה – ע"א 2727/13 **מכבי שירותי בריאות נ' ישראלי** (נבו 9.1.2014).

117 ס' 18(ז) לחוק תובענות ייצוגיות.

118 לעמדה שלפיה הגמול ושכר הטרחה הם לעולם על חשבון חברי הקבוצה, הואיל ונתון החשוב לנתבע הוא עלותו הכוללת של ההסדר והוא אדיש לחלוקה בין המייצגים לחברי הקבוצה, ראו ויצנבליט, לעיל ה"ש 69, בעמ' 390–391. ראו גם עניין **ישראלי**, לעיל ה"ש 116, בעמ' 4. בת"צ (מחוזי ת"א) 15-06-7789 **כרמי נ' אלדן תחבורה בע"מ**, פס' 57 (נבו 24.5.2021), בהחלטה לאישור הסדר פשרה, בית המשפט הפחית את שכר הטרחה של עורך הדין ב-200,000 שקלים והגדיל בסכום זה את התרומה שהועברה לקרן לניהול ולחלוקת כספים שהוקמה לפי ס' 27א לחוק תובענות ייצוגיות. ערעור שהוגש על פסק הדין נדחה – ע"א 6121/21 **כרמי נ' אלדן תחבורה בע"מ**, פס' 8 (נבו 27.12.2021). בית המשפט העליון ציין כי "[ש]הפחתת שכר הטרחה המומלץ ובמקביל הגדלת הפיצוי לקבוצה באותו שיעור, אינן פוגעות בזכויות מי מהצדדים ואף משפרות את התועלת שצמחה לקבוצה ולציבור מן ההסדר".

119 וינשל-מרגל וקלמנט, לעיל ה"ש 45, בעמ' 758.

120 ויצנבליט מציג כי כל עוד עורך הדין והתובע המייצג פעלו לשם קבלת גמול ושכר טרחה "באורח סביר" ולא בצורה מוגזמת הרי שהייצוג הוא הולם; ויצנבליט, לעיל ה"ש 69, בעמ' 373, 392. בכך כמובן אין כדי לענות על השאלה מהו "אורח סביר".

121 כחלק מחובת הנאמנות קיים איסור על ניגוד בין עניינו של הנהנה לעניינו האיש של האמונאי (מי שחב בחובת אמון). עניין אישי כולל בראש ובראשונה עניין ממוני, כך למשל בהקשר של חוק 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 אמונאות**, לעיל ה"ש 30, בעמ' 53–58).

לכל אחד מחברי הקבוצה יהיה הגבוה ביותר האפשרי. לכך יש משמעות לא רק בקביעת סכום הפשרה אלא גם בבחירת האופן שבו יינתן הסעד בפשרה, למשל בבחירה בין סעדים כספיים לסעדים בעין, בין סעדים שניתנים אוטומטית לסעדים שדורשים פעולה מצד חברי הקבוצה הזכאים, או בין סעדים שניתנים לחברי הקבוצה שנפגעו לבין סעד לציבור.¹²² לכאורה, המשמעות היא שעורך הדין צריך לפעול כדי להגדיל את התמורה לחברי הקבוצה ולהקטין את שכר הטרחה שלו אם הוא 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 הטרחה הראוי יש לבחון מנקודת המבט של חברי הקבוצה במועד פתיחת ההליך. אילו היה עורך הדין מייצג לקוח יחיד, זה המועד שבו הם היו 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 מרבית. מובן שבמועד זה חברי הקבוצה לא היו מעוניינים להקטין את שכר הטרחה במידה שלא תותיר לעורך הדין תמריץ מספיק לנהל את התביעה ולהגיע לתוצאות טובות בפסק דין או בפשרה.¹²³ יתרה מזאת, 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 שעליו ימליצו הצדדים בפשרה, גם אם הדבר בא על חשבון הקבוצה המיוצגת. אולם עליו להימנע מהגדלה אשר תביא לכך שהקבוצה תקבל פחות מתוחלת הסכום, המביאה בחשבון את סיכויי התביעה ואת הסיכויים שייפסק כל סעד אשר הייתה יכולה לקבל אילו הייתה התביעה מנוהלת עד סופה. יתרה מזאת, עליו לוודא שכל הגדלה שהוא משיג בסכום הפשרה תחולק בינו לבין הקבוצה ולא תיצבר כולה לזכות שכר הטרחה. נוסף על זה, אף שעורך הדין יכול לפעול להגדלת שיעור שכר הטרחה שלו, עליו לדאוג ששכר הטרחה בפועל ייגזר משיעור המימוש של הסעד בידי חברי הקבוצה כדי שתהיה התאמה בין התועלת לחברי הקבוצה לבין התועלת לו.¹²⁴ עקרונות אלה חלים באופן דומה גם על דרישת שכר הטרחה בשלב הגשת הבקשה לאישור תובענה ייצוגית ובמועד מתן פסק הדין בתובענה.¹²⁵

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

123 Griffith, לעיל ה"ש 30, בעמ' 369–370.

124 ראו ס' 19(ו) 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 122, בעמ' 25–31; עניין **רייכרט**, לעיל ה"ש 116, פס' 7–8 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; ע"א 2398/22 **שולץ נ' הוט מובייל בע"מ**, פס' 39–37 לפסק דינה של השופטת רונן (נבו 30.11.2022) שנותרה בדעת מיעוט לעניין זה.

125 ההצעה לתיקון חוק תובענות ייצוגיות מציעה מודל של קביעת שכר טרחה וגמול לפי שיעורים הקבועים בחוק, כשיעורים מרביים. השיקולים שלפיהם ייקבע סכום שכר הטרחה והגמול הם השלב שבו נגמר ההליך (פסק דין, פשרה לפני אישור התובענה הייצוגית או פשרה אחרי אישור התובענה הייצוגית) וסכום הפיצוי המוענק לחברי הקבוצה. קריטריונים אלו מתבססים על הצורך להתנות את שכר הטרחה בפיצוי לחברי הקבוצה ולעודד את התובע המייצג ואת בא כוחו לפעול לטובת הקבוצה ולהביא תובענות ייצוגיות ראויות לבירור ולהכרעת דין. נוסף על זה, בהצעת החוק מוצע להטיל על בית המשפט חובה

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

כפי שהסברנו, בתובענה הייצוגית, בניגוד לתביעה רגילה, ייתכנו כמה 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.¹²⁶

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 לעיתים את הגבלת התחרות. גם האינטרס של נתבעים ושל מערכת המשפט, שלא יוגשו תביעות חסרות בסיס, מצריך את הגבלת התחרות בין עורכי הדין כשזו מביאה להגשתן של תביעות טרם בדיקתן לעומק.

הגשתן של כמה בקשות לאישור תובענה ייצוגית באותו נושא בידי עורכי דין שונים נובעת מטיבה של התובענה הייצוגית, המערבת בהכרח שאלות מהותיות המשותפות לקבוצה רחבה של אנשים, מאופייה היזמי של התובענה הייצוגית ומהיעדר זכות בלעדית לייצוג. המקרה המובהק שבו מוגשות כמה 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.¹²⁷ תכליתו של הסעיף היא לשמור על היעילות הדיונית, למנוע בזבוז זמן שיפוטי בניהול תביעות דומות בעת ובעונה אחת ולמנוע

לקבוע ששכר הטרחה והגמול יהיו מותנים במימוש פסק הדין ובהשלמת ביצועו. ראו ס' 23(א)–(ג) והתוספת השישית להצעה לתיקון חוק תובענות ייצוגיות.

126 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. ראו החלטת ועדת האתיקה של ניו יורק, לעיל ה"ש 54, בס' 4.

127 ס' 7(א) לחוק קובע כי בית המשפט רשאי להורות כי הדיון בבקשה המאוחרת יועבר לבית המשפט ולמוטב הדן בבקשת המוקדמת. ס' 7(ב) לחוק קובע מדרג לפי לשלב שבו נמצאת בקשת האישור הקודמת שהוגשה. ככל שהדיון בבקשה המוקדמת מתקדם יותר, כך הסעיף מצר את שיקול דעתו של בית המשפט ומקנה עדיפות לבקשה המוקדמת. ס' 7(ב)(1) לחוק עוסק במצב שבו **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, על החלפת מבקש או בא כוח מייצג וכן על מחיקת אחת הבקשות – כולה או חלקה. ס' 7(ב)(2) לחוק עוסק בשלב שבו **כבר החל הדיון** בבקשה המוקדמת, שאז בית המשפט רשאי להורות כאמור בס' 7(ב)(1), תוך כדי מתן עדיפות לבקשה המוקדמת: בית המשפט לא יורה על החלפת המבקש או בא כוחו אלא אם "שוכנע שהדבר דרוש כדי שעניינה של הקבוצה ייוצג וינהל בדרך הטובה והיעילה ביותר". ס' 7(ב)(3) לחוק עוסק במצב **שלאחר אישור** הבקשה. במקרים שבהם 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 על חברי קבוצה נוספים, אלא אם מצא כי התקיימו בעניינם כל התנאים וההליכים הנדרשים לאישור התובענה כייצוגית.

הכרעות סותרות, לצד שמירה על טובת חברי הקבוצה המיוצגת.¹²⁸ תכלית נוספת היא ליצור תמריצים להגשת תביעות ראיות בהקדם האפשרי, ומנגד למנוע מצבים שבהם 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:¹²⁹ בעיה אחת נובעת מהתמריץ להגיש בקשת אישור במהירות האפשרית כדי לקנות מקום בתור, אשר עלול לגרום לעורכי הדין המייצגים להגיש בקשת אישור חפוזה מבלי לערוך את הבדיקות הנדרשות.¹³⁰ בעיה זו חריפה במקרים שבהם בקשת האישור מבוססת על מידע פומבי שפורסם לציבור, כגון כתבה עיתונאית או חקירה של אחת הרשויות, והבקשה מוגשת בתוך זמן קצר לאחר פרסום המידע. בעיה שנייה נוגעת לרצונו של כל עורך דין שהגיש בקשת אישור לזכות בייצוג אשר עלול להביאו לידי "השחרה" של עורכי הדין המתמודדים מולו באופן שיפגע בקבוצה המיוצגת.¹³¹

128 עניין **שלמה תחבורה**, לעיל ה"ש 46, פס' כג לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין; עניין **דבת**, לעיל ה"ש 136, פס' יח; ע"מ 852/23 **ניראל סודמי נ' המועצה הדתית אשקלון**, פס' 21 (נבו 8.3.2023).

129 מאחר שקבוצת עורכי הדין המתמחים בתובענות ייצוגיות היא קטנה יחסית, התנהלותו של כל אחד מהם בהליכים השונים במסגרת התובענה הייצוגית עלולה להשפיע במידה רבה 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.

130 הגשת בקשת אישור באופן חפוז ללא בדיקת התשתית הראייתית או ביסוסה, ורק כדי להגיש את הבקשה הראשונה בתור, היא פסולה. בע"ע 3293/17 **רבקה טכנולוגיות בע"מ נ' טלמור**, פס' 3 (נבו 12.9.2018) נקבע בנוגע לתחרות בין תביעות נגזרות כי העדיפות תינתן לראשון בזמן, אשר בקשתו מניחה תשתית ראייתית ראשונית לעמידה בתנאים לאישור. 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"א 7626/18 **חורב נ' ורדינקוב**, פס' 12 (נבו 25.8.2020) נקבע כי יש להחיל את ההלכה שנקבעה בעניין **רבקה טכנולוגיות**, בהתאמות הנדרשות, גם על תובענות ייצוגיות. ראו גם ת"צ (כלכלי ת"א) 40065-03-16 **אסם השקעות בע"מ נ' אוגסיי מ.ז. בע"מ**, פס' 33 (נבו 2.7.2016): "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 מירון 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 ובהסכמת 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' הייט**, פס' 10–12 (נבו 13.3.2023), שבו הוגשו כמה בקשות לגילוי מסמכים לפי תקנה 198 לחוק החברות, בהפרש של ימים ספורים, נקבע שבשל ההפרשים הקרובים של הבקשות המשקל הניתן לעיתוי הבקשה קטן, וניתן לייחס משקל גדול יותר לאיכות הבקשה. עם זאת הואיל ונקבע שאין פערי איכות גדולים, יש לדבוק בכלל "הראשון בזמן" המקנה ודאות דיונית. ראו גם ע"א 8935/21 **דהן נ' שופרסל בע"מ**, פס' 8 (נבו 15.11.2022).

131 ראו למשל הטענות ההדדיות שהשימוע עורכי הדין שהתחרו על הייצוג בעניין **אוגסיי מ.ז. בע"מ**, לעיל ה"ש 130, בפס' 37–38.

היעדר בדיקה ראויה טרם הגשתה של בקשת האישור הוא בבחינת הפרה של חובות עורך הדין כלפי הקבוצה, כלפי בית המשפט וגם כלפי הנתבעת, והדבר פוגע 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 פורסת לפני בית המשפט את מלוא העובדות הנדרשות לעניין עלולה לפגוע ביכולתו של בית המשפט להגיע להחלטה הנכונה. כלפי הנתבעת – הואיל וייתכן שבדיקת העובדות לאשורן הייתה מייטרת את הגשת בקשת האישור ומונעת את החשיפה שבקשת האישור העמידה בפני הנתבעת. הכללת חובת הבדיקה כחלק מהמסגרת האתית המוטלת על עורך הדין עשויה לשמש תמריץ נוסף לעריכת הבדיקות הנדרשות ולדילול התמריץ בהגשת הבקשה במהירות האפשרית.¹³²

באשר לתמריץ "להשחיר" את עורכי הדין המתמודדים, מאחר שהייצוג ההולם הוא אחד מהתנאים לאישור התובענה הייצוגית, לעורכי הדין של הנתבעת, כמו גם לעורכי דין מתחרים על התביעה, יש אינטרס להצביע על ייצוג לא ראוי על ידי עורכי הדין המבקשים לייצג את הקבוצה. האינטרס של הקבוצה בייצוג הולם משמיע צורך בהעלאת טענות אלה לפני בית המשפט מחד גיסא, ובריסונן אם הבסיס שלהן אינו אמיתי, מאידך גיסא. אם יש בתחרות בין עורכי הדין כדי להביא לכך שלפני בית המשפט יפרס כל המידע הרלוונטי לצורך בחירה במייצג האופטימלי, יש לעודד הצגתו של מידע כזה. אולם אם המידע 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 שעורך הדין עלול לגרום בייצוג בהליך המשפטי. השפעות אלה הן משמעותיות מאוד 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 נגד נתבעים אשר לא הפרו את חובותיהם עלולות להביא להרתעת יתר ולצינון פעילות מועילה, ואלה פוגעות בכלל הציבור, וחברי הקבוצה בתוכם.¹³³

מנגד, לתובענה הייצוגית השפעות חיצוניות חיוביות שעיקרן בהרתעת נתבעים מפני הפרת החוק ואכיפת הוראותיו. אלו חלק ממטרותיו של החוק, ובמקרים שבהם לא ניתן

¹³² לדיון בחובה זו כנגזרת מחובת תום הלב החלה על התובע המייצג ועל עורך הדין ראו בן-נון וחבקין, לעיל ה"ש 64, בעמ' 17. כמו כן יש לציין שגם בתביעות רגילות חובת הנאמנות של עורך הדין ללקוח מחייבת אותו לערוך את כל הבדיקות המשפטיות והעובדתיות הנדרשות לפני הגשת הבקשה לאישור ולהיות בקיא בתביעה המוגשת. ראו זריגוטמן "נאמנויות", לעיל ה"ש 19, בעמ' 251–256.

¹³³ אלון קלמנט ורות רונן "בחנית עילת התביעה וסיכוייה בשלב אישור התובענה הייצוגית" **עיוני משפט** מב 5, 23–25 (התש"ף).

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,¹³⁴ ובדיקת סיכוייה גם בהחלטה לאשר הסדר פשרה לפני שהתובענה הייצוגית אושרה.¹³⁵ 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.¹³⁶ לפיכך הן הוראות החוק והן התמריץ המובנה בתגמול עורך הדין לפי תוצאות ההליך מתמרצים אותו להגיש תביעות ראויות ומספקים הגנה חזקה 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 על גישה זהירה זו בהטלת חובות על עורך הדין המייצג להיות מלווה בפיקוח אפקטיבי של בית המשפט עליו. תפקידו של בית המשפט בהליך התובענה הייצוגית הוא כפול: עליו להכריע בתובענה, אולם בה בעת הוא עליו לפקח על עורך הדין ועל התובע המייצג כדי שהתנהלותו לא תסכל את מטרות החוק. בייחוד 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 האינדיווידואלי יש לעורך הדין חובת גילוי כלפי לקוחו וחובה שלא להטעות את בית המשפט ביודעין כאשר נפסק כי גם אי-גילוי במקום שבו נדרש גילוי ייחשב כהטעה.¹³⁷ בתובענה הייצוגית נדרשת חובת גילוי רחבה יותר כלפי בית המשפט. מטרתה של חובת הגילוי היא לאפשר לבית המשפט לפקח על התנהלותם של עורך הדין והתובעת המייצגת ולהגן על זכויות חברי הקבוצה שאינם משתתפים בהליך. רק אם יהיה לפני בית המשפט כל המידע הרלוונטי, הוא יוכל לשקול את האינטרסים השונים ולהגן על זכויות

134 ס' 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות.

135 ס' 19(א) סיפה לחוק תובענות ייצוגיות; דברי ההסבר להצעת חוק תובענות ייצוגיות (תיקון מס' 10).

136 עניין ליברמן, לעיל ה"ש 78, פס' 12-18; 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-ארז (נבו 11.4.2013); קלמנט והדסי, לעיל ה"ש 57, בעמ' 31; קלמנט "קווים מנחים", לעיל ה"ש 6, בעמ' 141-145. יש לציין גם שעורך דין שאינו בודק את פנקס התובענות הייצוגיות בטרם ההגשה מסתכן במחיקת בקשתו לפי סעיף 7 לחוק. ראו ע"א 5503/11 דבח נ' דגרי, פס' טו-כא (נבו 18.1.2012).

137 ס' 34 לכללי האתיקה; בר"ש 9951-16 גרין נ' לשכת עורכי הדין – מחוז תל אביב, פס' א, יז (נבו 26.2.2017), שם נפסק כי במקום שבו הייתה חובה לגלות מידע ועורך הדין לא גילה אותו לבית המשפט – יהיה אפשר להאשימו בהטעה במחדל. באותו מקרה עורך הדין לא גילה לבית המשפט המחוזי על פסק דין שניתן בבית משפט לעניינים מינהליים בעתירה שהגיש אותו עורך דין בעניין דומה, ונפסק כי אי-הגילוי עלה לכדי הטעה.

חברי הקבוצה. חובת הגילוי היא גם החובה הבסיסית ביותר המוטלת על עורך הדין כחב חובת אמון כלפי הקבוצה, וכנגזר מכך, כלפי בית המשפט.¹³⁸ עם זאת יש לעצב את חובת הגילוי באופן שלא יפגע בסיכויי התובעים למצות את זכויותיהם בתביעה. כך למשל נדרשות הגבלות על חובת הגילוי בנוגע לראיות שהצגתן עלולה לפגוע בסיכויי 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 מזאת, 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 שלפיה פעולות מסוימות, שבדין הנוהג כיום יש סימן שאלה בנוגע לחלקן אם הן ראויות, הן כאלה שמותר (ולעיתים 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 זה בזה.

חשוב לציין שהטלת חובות גילוי נרחבות כלפי בית המשפט עלולה להגדיל את עלויות ההליך של אישור התובענה הייצוגית. הסיבה לכך היא שנתבעים יוכלו להשתמש בגילוי כזה כדי לנגח את התובעים, והדבר עלול לתת בידם עילה לבקשות לסילוק בקשת האישור על הסף או לדחייתה.¹³⁹ עלויותיהן של בקשות כאלה יוטלו הן על בתי המשפט והן על התובעים, והן עלולות להרתיע אותם מפני תביעות ראיות. אולם כאמור לעיל, אם ההתנהלות מושא הגילוי תוכר בבתי המשפט כמותרת, החשש מפני הליכים מיותרים יצומצם. נוסף על זה, 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 אם הוא 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 של הסדר פשרה

138 ראו ליכט "חובת אמון", לעיל ה"ש 26, בעמ' 65–69.

139 כך למשל בת"צ (מחוזי מר') 37468-01-18 **אמון הציבור, חברה לתועלת הציבור נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ**, פס' 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. בית המשפט קיבל את טענות המשיבות ודחה את התובענה הייצוגית (שם, 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) טענו המשיבים כי אין מתקיימים התנאים לאישור התובענה כייצוגית, בין היתר בשל 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 לסוגיה זו.

שהוגש לאישור או בשלב אישור התובענה כייצוגית.¹⁴⁰ נוסף על זה, החוק מסדיר היבטים שונים של חובת הגילוי לבית המשפט. כך למשל חלה על עורך הדין חובה לגלות לבית המשפט על הגשת כמה תביעות מקבילות על ידיו.¹⁴¹ 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 ייתכן 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 אין 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 לגלות לבית המשפט עובדות ונתונים מהותיים הנוגעים להסדר הפשרה.¹⁴² הוראה דומה 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. בעיקר הוא אינו מסדיר את חובות הגילוי של עורך הדין בנוגע לפעולות שעשה טרם הגשת התביעה ובנוגע 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 מצד עורך הדין בנוגע לכל אלה.

2. חובות גילוי לבית המשפט: יישום

(א) פעולות ביזום התביעה

בתביעות אינדיוידואליות סעיף 55 לחוק לשכת עורכי הדין וכללי הפרסומת¹⁴³ מגבילים את האפשרות לפרסום מטעם עורכי דין,¹⁴⁴ 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 ראויות ומצמצמות את התועלת ממנגנון התובענה הייצוגית, שייזומה בידי עורך הדין הוא אחד ממאפייניה.

140 ראו למשל ס' 18(ג), 25 לחוק תובענות ייצוגיות.

141 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 לאלו שבבקשת האישור, ויידוע בית המשפט בתביעות הדומות. ראו עניין **שלמה תחבורה**, לעיל ה"ש 46, פס' כב לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין, פס' 3–4 לפסק דינו של כבוד השופט דנציגר; עניין **חרסט**, לעיל ה"ש 59, פס' 18.

142 קלמנט "פשרה והסתלקות", לעיל ה"ש 6, בעמ' 42–43.

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

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

בתביעות רגילות המגבלות הללו מיועדות לתחום את התמודדותו של עורך הדין בשוק עם עורכי דין אחרים, התמודדות המסתיימת בהתקשרות עם התובעת. ייתכן גם שהן עשויות להגן על הלקוח מפני השפעה לא הוגנת על החלטתו למי למסור את הייצוג.¹⁴⁵ מטרות אלה הן בעלות חשיבות מועטה, אם בכלל, בתובענות ייצוגיות. יתרה מזאת, הן סותרות את המבנה שקובע חוק תובענות ייצוגיות כאשר הוא מסמך 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 כדי 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. אם יש ליוזמה להליך השפעה על הערכתו של בית המשפט את סיכויי התביעה או את השאלה אם תנאי האישור מתקיימים, חובת הגילוי בעניינה מאפשרת לבית המשפט לפסוק בשאלות אלה. יש לזכור שהדרישה שהתובעת המייצגת תהיה חברה בקבוצה המיוצגת נובעת מכך שבית המשפט בוחן את תביעת הקבוצה כולה דרך תביעתה של התובעת המייצגת. יש מקרים שבהם הדבר הוא חסר משמעות (למשל כאשר מדובר בתביעה שנוגעת לנזק צרכני פעוט שנגרם מהפרת חובות כתוב על המוצר). אולם יש מקרים שבהם התובעת המייצגת היא אכן "פניה" של הקבוצה. בית המשפט צריך לדעת אם תביעתה של התובעת נבעה מפגיעה שנגעה, או שמא גויסה לתפקיד הייצוג בידי עורך הדין.

יש דוגמאות רבות למקרים שבהם נסיבות העילה והתביעה של התובעת חיוניות לצורך אישור התובענה הייצוגית. כך למשל במקרים שבהם הנזק לתובעת הוא 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 ידיה (למשל בתביעת הפליה כאשר לא נפגעה ממנה למעשה, וכאשר אין לה עניין כן בתיקונה); במקרים שבהם יש דרישת הסתמכות של התובעת על פרסום מטעה, אולם היא למעשה לא הסתמכה עליו ולכן לא הוטעתה.¹⁴⁶

כלל דומה צריך לחול גם כשמדובר בפעולות של עורך הדין שמטרתן איסוף ראיות שיבססו עילת תביעה.¹⁴⁷ פעמים רבות פעולות לאיתור תובעת מייצגת ופעולות לאיסוף

145 ראו לעיל ה"ש 40.

146 ראו ע"א 7503/22 שטרק נ' הבנק הבינלאומי הראשון בישראל בע"מ (נבו) (28.6.2023), שבו 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 מכוון, פעולות המייצרות את עילת התובענה (למעט באותן נסיבות בהן יש בידועה זו כדי לאיין את קיומה של עילת התביעה, כגון כשמדובר בעילה של הטעיה)".

147 כפי שלמשל אירע בת"צ (מחוזי חי') 3910-01-16 חיים נ' ברברוסה קריות בע"מ (נבו) (22.10.2017). בית המשפט קבע כי העובדה שהמבקש הגיע למועדון, בידועו שמעשנים שם, מצויד במכשיר הקלטה, כדי ליצור תשתית להגשת תביעה ייצוגית, מעלה ספק בדבר מניעי התביעה ואם היא עומדת בחובת תום הלב (שם, פס' 55).

ראיות הן הכרחיות לעצם הגשתה של התובענה הייצוגית.¹⁴⁸ לכן אין פסול בכך שעורך הדין הוא שיאתר את עילת התביעה, ייזום את התביעה ויבחר בתובעת שתייצג את הקבוצה. יתרה מזאת, יש מקרים שבהם ראוי לאפשר לעורך הדין לפנות לתובעת פוטנציאלית ולהציע שתתקשר עם הנתבע באופן שיקים לה עילת תביעה אישית כדי שתוכל לשמש תובעת מייצגת, ובכך ליזום לכאורה את עילת התביעה.¹⁴⁹

148 בע"א 8114/14 מרקיס מוצרי יעול בע"מ נ' סנוול ישראל בע"מ, פס' 21 לפסק דינה של השופטת ברון (נבו 5.8.2018), נקבע כי אין פסול בכך שעורך הדין הוא שמאתר את התובע המייצג כל עוד הדבר מקדם את טובת הקבוצה ואת חובת תום הלב החלה על עורך הדין. בעניין פריניר, לעיל ה"ש 60, פס' 94 לפסק דינו של מלצר, הביע בית המשפט העליון עמדתו כי ככלל, פעולה של עורך הדין לאיתור נפגעים לצורך הגשת תובענה ייצוגית אין בה בהכרח להכשיל את התובענה הייצוגית. השופט מלצר הפנה לפסיקה בארצות הברית, 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 תובע מייצג, או מטעה אותו בעת גיוסו. ראו 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 (7th Cir. 1972); Culver v. City of Milwaukee 277 F.3d 908 (7th Cir. 2002); Creative Montessori Learning Centers v. Ashford Gear LLC 662 F.3d 913 (7th Cir. 2011); Reliable Money Order, Inc. v. McKnight Sale Co., 704 F.3d 489 (7th Cir. 2013). בדנ"א 5406/15 פריניר נ' ברוזילי, פס' 13 (נבו 25.8.2015), נקבע כי הדיון בשאלה אם ראוי שעורך דין ייזום פנייה לתובעים פוטנציאליים היה בגדר אמרות אגב והוא איננו בגדר הלכה.

בדיונים לפני ועדת החוקה, חוק ומשפט בהצעת חוק תובענות ייצוגיות הוצע להחריג במפורש את איסור השידור מהתובענה הייצוגית, ואולם משהובאה הצעת החוק לקריאה השנייה והשלישית, הושמטה ההחרגה ללא דיון, והחוק עבר בנוסחו כיום ללא התייחסות לשאלת ייזום ההליך הייצוגי בידי עורך הדין ופנייה של עורכי הדין לתובעים פוטנציאליים. ראו פרוטוקול ישיבה מס' 7 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 51 (13.9.2005), עניין פריניר, לעיל ה"ש 60, פס' 89 לפסק דינו של השופט מלצר.

149 בעניין זוגלובק, לעיל ה"ש 93, 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 חי') 38983-08-16 צורף נ' בנק הפועלים בע"מ, פס' 14.8 (נבו 17.8.2019) אישר בית המשפט תובענה ייצוגית וקבע כי אין פסול בכך שהתובעת המייצגת נקטה יוזמה מכוונת להגשת תביעה ייצוגית.

הדיון בשאלת ייזום עילת תביעה התעורר לפני בית המשפט העליון בעניין שלמה תחבורה, לעיל ה"ש 46. מדובר בדיון מאוחד בערעור ובבקשת רשות ערעור על שתי החלטות של בתי המשפט המחוזיים. בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי מרכז, מפי כבוד השופט שטמר, לקבל את בקשת האישור (ת"צ (מחוזי מר') 13354-12-08 ש.א.מ.ג.ר שירותי אכיפה בע"מ נ' ניו קופל בע"מ (נבו 31.3.2011) וערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בת"א, מפי כבוד השופט פרגו (ת"ת (מחוזי ת"א) 2370/08 גליזר נ' דומיקאר בע"מ (נבו 7.11.2012), שהורה על דחיית בקשת האישור.

בקשות האישור בעניין שלמה תחבורה, לעיל ה"ש 46, הוגשו בטענה כי בהחזרת רכב שכור גבתה המשיבה מחיר גבוה בעבור מילוי קכל דלק. במסגרת ההליך התברר כי שכירות הרכב נעשתה במכוון לצורך בחינת האפשרות להגשת התביעות. שני בתי המשפט המחוזיים שדנו בבקשות האישור הגיעו כל אחד למסקנות שונות לחלוטין מזה של האחר. בית המשפט המחוזי בת"א, מפי כבוד השופט פרגו, קבע כי המבקשים יצרו ביוזמתם ובמכוון עובדות אשר יקנו להם את האפשרות להגיש תובענות שונות, וכי הוראות חוק הגנת הצרכן לא נועדו לתת הגנה או זכות תביעה "למי שביוזמתם ובמכוון, יוצר עובדות אשר יקנו לו אפשרות ליצור פס ייצור של תובענות ייצוגיות" (עמ' 7 לעניין דומיקאר). לעומתו, בית המשפט המחוזי מרכז, מפי כבוד השופט שטמר, קבע כי אין בהתנהלות עורכי הדין בזיהוי התנהלות

בתביעה אינדוידואלית פעולות אלו מעוררות קושי. ייזום עילת תביעה במישור האינדוידואלי, כאשר אין הישנות של העילה, ובעיקר כאשר מדובר בתביעה בנוגע לעבר, עלול ליצור נזק במקום שבו היה אפשר להימנע ממנו.¹⁵⁰ אולם בתובענה ייצוגית הנזק הספציפי שנגרם לתובעת המייצגת אינו העיקר. הנזק הכולל שנגרם לקבוצה או לציבור גדול בהרבה. לפיכך אם חלה הפרה ויש פגיעה בקבוצה, אין פסול בכך שתובעת פוטנציאלית תפעל כדי להקים לה עילת תביעה אישית. אין פסול גם בכך שעורך הדין יפנה אל תובעת פוטנציאלית בהצעה לפעולות כאמור.

עם זאת כדי 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 במחדל שאין להם 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 המקרים שבהם הלקוחות אכן לא נותקו. השאלה אם התובעת המייצגת עמדה בנטל הראשוני להוכחת המחדל הנטען קשורה לשאלה אם היא יזמה את הפניות לניתוק והביאה לפני בית המשפט רק את אלה שלא צלחו. יידועו של בית המשפט בנוגע להליך איסוף הראיות נחוץ לצורך הערכתן.¹⁵¹ דוגמה נוספת היא בתביעה שעילתה תלויה בפעולה שעשתה התובעת. כך למשל בתביעה להשבת סכומים שנגבו ביתר

פסולה ואיסוף ראיות לצורך ביסוס תשתית ראייתית 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: כבוד השופט רובינשטיין הציע לערוך הבחנה בין ייזומה 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 באמצעות ייזום עילות תביעה דומות (פס' 20 לפסק דינו של השופט רובינשטיין בעניין **שלמה תחבורה**), ואילו השופט פוגלמן ציין כי הוא "נוטה להשקפה כי בנסיבות שהוצגו לפנינו, אין בהיבטים אלה כדי להטות את הכף לחובת התובעים" (שם, פס' 20 לפסק דינו של השופט פוגלמן).

150 לשם הדוגמה נניח שיש בור פער בכביש, שהאחריות לתיקונו 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 ממשי לאדם שנפגע ונוסף על זה מחייבת הוצאת עלויות בהליך המשפטי. הנזקים והעלויות הללו לא היו נגרמים אלמלא האפשרות לתבוע, ולכן ראוי שלא ייגרמו. הקושי השני שהמצג שמוצג לפני בית המשפט הוא מטעה, שכן התובע שנפגע היה יכול להימנע מהפגיעה. התוצאה עלולה להיות לא נכונה (חבות העירייה בגין רשלנות), ולעומת זאת הצגת המצג הנכון הייתה 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 "ידי מי שהופלו בניגוד להוראותיו את הזכות לתבוע פיצוי בגין הפלייתם. בהיותה של ההפליה כלפי הנמנים על הקבוצות המוגנות בחוק תופעה חברתית מושרשת 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).

151 ע"א 2112/17 גרסט נ' נטוריין בע"מ, פס' 44, 48–49 (נבו 2.9.2018).

בגין מילוי מכל הדלק במכוניות שהוחזרו בתום תקופת שכירות, עורך הדין רשאי ליזום את השכירות ולהחזיר הרכב עם כשמכל דלק שאינו מלא, אולם בית המשפט צריך לדעת זאת כאשר הוא מנסה להעריך אם מדובר בנוהל קבוע, או שמא עורך הדין עשה כמה ניסיונות שרק בחלקם נגבו סכומים ביתר.¹⁵² בשתי הדוגמאות יש לאפשר לעורך הדין ליזום פעולות שיאפשרו את הגשת התובענה הייצוגית ויבססו עבורה תשתית ראייתית מספיקה. עם זאת יש להטיל עליו חובת גילוי רחבה באשר 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 ישירות להתנהלותם (הסכמות בדבר קבלת ההחלטות בהליך), משפיעות על הייצוג. אם ההסכמות 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 מיועדת בהסכמות הללו.¹⁵³ כפי שהסברנו לעיל,¹⁵⁴ 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 היא שבית המשפט ידע על ההסכמה 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, ובכך יוכל לבחון אם ההסכמות בין עורך הדין לתובעת המייצגת אינן מסכלות את האופן שבו הוא מבקש לקבוע את תמריציהם בניהול התביעה, ובעיקר את תמריציו של עורך הדין.¹⁵⁵ קביעת שכר הטרחה בבית 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 נכבד מהסכום הכולל של שכר הטרחה והגמול), התכלית של פסיקת שכר הטרחה מסוכלת.

¹⁵² עניין ש.א.מ.ג.ר, לעיל ה"ש 149, בפס' 21.

¹⁵³ להיקף חובת הגילוי בנוגע להסכמי חלוקה של שכר טרחה וגמול בארצות הברית ראו NEWBERG, לעיל ה"ש 4, § 15:12.

¹⁵⁴ ראו לעיל פרק 3.3.

¹⁵⁵ ממילא מובן שבית המשפט אינו כבול בהסכמות אלה, והוא יכול להורות על פסיקת שכר טרחה וגמול ועל חלוקתם באופן שמנוגד להסכמות הצדדים. עם השיקולים ששוקל בית המשפט בפסיקת שכר טרחה לעורך הדין המייצג נשקלים שיקולי תפוקה – כיצד לקבוע שכר טרחה אשר ישיא את הפיצוי שיקבלו חברי הקבוצה. קלמנט "קווים מנחים", לעיל ה"ש 6, בעמ' 160–161.

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.¹⁵⁶ עם זאת ההצעה קובעת כי יש לאפשר לבית המשפט לקבוע את החלוקה בין הגמול לתובע המייצג לבין שכר הטרחה לבא כוחו לפי התרשמותו מניהול ההליך. לצורך קביעת החלוקה יהיה בית המשפט רשאי לבקש שיוגשו טיעונים בעניין.¹⁵⁷ בדרך הצוות הבין-משרדי הוצע לאפשר לבית המשפט לקבוע את החלוקה בין הגמול לשכר הטרחה לפי מידת מעורבות התובע הייצוגי בתיק וחלוקת הסיכונים, ההוצאות והרווחים ביניהם. לצורך כך הומלץ כי על התובע המייצג ובא כוחו יהיה להציג לפני בית המשפט את הסכם הייצוג.¹⁵⁸

לפיכך החובה היחידה שיש להטיל על עורך הדין בנוגע להסכמות עם התובעת המייצגת בדבר חלוקת הגמול, שכר הטרחה וההוצאות היא חובת גילוי לבית המשפט.¹⁵⁹ 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 לצורך שיקוליו אם לפסוק הוצאות ובאיזה סכום. מאחר שהתובעת ועורך הדין מייצגים יחד את הקבוצה, ההסכמות ביניהם עשויות להשפיע על אופן הייצוג ועל איכותו, ולפיכך על בית המשפט להיות מודע בעניין.

נוסף על זה, בהתקשרות של עורך הדין עם תובעת מייצגת ספציפית עולה השאלה אם 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.¹⁶⁰ אחת ההצדקות העיקריות לקיומה של תובעת מייצגת נוגעת להיותה גורם נוסף שמפקח על ההליך ומוודא שהתנהלותו של עורך הדין מקדמת את טובת הקבוצה.¹⁶¹ קיומה של תובעת

156 ס' 23(א)–23(ג) והתוספת השישית להצעה לתיקון חוק תובענות ייצוגיות.

157 שם, ס' 23(ח).

158 דוח הצוות הבין-משרדי לבחינת ההסדרים הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו–2006: 75 (2023).

159 בחודש מרץ 2023 פורסם דוח הצוות הבין-משרדי לבחינת ההסדרים הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות. במלצותיו הדוח ממליץ כי תיעשה פנייה ללשכת עורכי הדין לצורך בחינת האפשרות לערוך שינוי בכללי האתיקה כדי שעורכי דין יוכלו לשאת בהוצאות ההליך (שם, בעמ' 85).

160 עניין שלמה תחבורה, לעיל ה"ש 46, פס' לח לפסק דינו של השופט רובינשטיין. בעניין ת"צ (מחוזי מ"ר) 13624-03-14 עדן את ארז בע"מ נ' פלאפון תקשורת בע"מ (נבו 20.3.2018) הוגשה בקשה לדחיית התובענה או למחיקתה על הסף בשל טענות לחוסר תום לב של התובעת המייצגת ובא כוחה. נטען כי אחת מעורכות הדין היא קרובת משפחה של התובעת המייצגת, ועובדה זו, כמו גם העובדה כי אותה עורכת דין מייצגת בתיק, הושתרה מבית המשפט. בית המשפט המחוזי, מפי כבוד השופט שטמר, 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' 8–10). ת"צ (מחוזי ת"א) 34961-04-17 לב רן נ' אי.די.אי. חברה לביטוח בע"מ, פס' 165–173 (נבו 20.3.2019).

161 זוהי ההצדקה העיקרית בפסיקה לקיומם של שני בעלי תפקידים, התובעת המייצגת ועורך הדין המייצג. כך נקבע למשל בת"צ (מחוזי ת"א) 2728/07 שילה נ' ספרינט מוטורס בע"מ, פס' 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

מייצגת עשוי לתרום לצמצום בעיית הנציג בהליך הייצוגי. הבעיה המתעוררת בנוגע לעורך דין 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.¹⁶² מנגד, ייתכן שלתובעת החוזרת יש מומחיות בניהול 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 את קיומה של מערכת היחסים הזו לבית המשפט.¹⁶³

כי חברה 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 נקבע גם בת"צ (מחוזי ת"א) 37311-11-15 **מיכאל רוזן, משרד עורכי דין נ' בוק בינלאומי בע"מ**, פס' 10 (נבו) 13.03.2019: "לא בכדי מבחין החוק בין התובע, המבקש, לבין עורך הדין המייצג. עורך הדין המייצג מייצג את הקבוצה, ועליו לדאוג לאינטרסים של הקבוצה". ראו גם עניין **טפיו** 2020, לעיל ה"ש 109, פס' 20. הצדקה נוספת לקיומה של תובעת מייצגת נוגעת לצורך של בית המשפט להתרשם מעניינה האישי של התובעת כמייצגת את עניינם של כלל חברי הקבוצה. ראו רע"א 6897/14 **רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך – פורום נשים דחיות**, פס' 2 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (נבו) 9.12.2015: "בדרישה זו מבטא החוק את ההעדפה הנודעת לכך שבפני בית המשפט יעמוד נפגע ספציפי כדי שבית המשפט יוכל להתרשם באופן בלתי אמצעי מן הפגיעה בו". הצדקה נוספת נוגעת לאפשרות של פרטים בחברה שניזוקו ושאינם עורכי דין לזיום תובענות ייצוגיות בידועם כי קיים סיכוי לקבלת גמול כספי.

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

163 סוגיה דומה מתעוררת במקרים שבהם עורך הדין מבקש לייצג את עצמו כתובע מייצג של הקבוצה. ככלל, עורך דין רשאי לייצג את עצמו בהליכים אזרחיים שנוגעים אליו (תק' 516 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984). עם זאת בהתחשב בתפקידים השונים שיש לתובעת המייצגת ולעורך הדין המייצג ובצורך במנגנוני פיקוח לשמירה על זכויות חברי הקבוצה, אין לאפשר לעורך דין להגיש תובענה ייצוגית ללא תובעת מייצגת. סוגיה זו הוכרעה בבית המשפט העליון בע"א 4599/20 **ירון נ' המוסד לביטוח לאומי**, פס' 5 (נבו) 1.12.2021, כאשר נקבע כי עורך דין מייצג אינו יכול לשמש גם תובע מייצג. ראו גם עניין **חלפון**, לעיל ה"ש 57, בפס' 51, 63. עוד ראו רע"א 2937/18 **מכבי שירותי בריאות נ' דובין**, פס' 6 (נבו) 26.5.2019: "המשמעות היא אפוא, שבא הכוח המייצג בכל מקרה אינו רשאי להמשיך בניהול הדיון בלא בעל דין שימלא את תפקיד המבקש בבקשת האישור... ובמילים אחרות: בא כוח מייצג אינו רשאי לייצג קבוצה בעצמו, ללא מבקש או תובע מייצג לציודו. 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"; רע"א 6641/20 **י.ו.א.ל. ירושלים אויל אקספלוריישן בע"מ נ' הייט**, פס' 10 (נבו) 29.11.2022; ת"צ (מחוזי ת"א) 34911-09-12 **בן אדוה נ' חברת דואר ישראל בע"מ**, פס' 55-57 לפסק דינו של השופט אטדגי (נבו) 1.12.2015, שם נקבע: "סבורני, שככלל, 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

חובת גילוי נדרשת גם כשעורכי דין משתפים פעולה בהליך ייצוגי מסוים.¹⁶⁴ הקושי בהסכמות אלה הוא שהן יוצרות תמריץ להגשת תביעות נוספות ה"רוכבות" (free ride) על התביעה המוקדמת. נוסף על זה הן עלולות ליצור קושי בניהול בקשת האישור והפשרה, כאשר כל עורך דין דורש את חלקו במשא ומתן.¹⁶⁵ לפיכך אף שאין פסול אינהרנטי בהסכמות הללו, יש לגלותן לבית המשפט כדי למנוע התנהגות אופורטוניסטית של עורכי הדין. אם עורכי הדין התחרו ביניהם והסכימו על ייצוג משותף ועל חלוקת 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 זאת 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, על בית המשפט להיות מודע בעניינן.

חובת הגילוי רלוונטית גם להסכמות של עורך הדין עם הגורם המממן את הוצאות התביעה ועלויותיה, כאשר יש כזה, או להסכמות בין התובע המייצג לבין הגורם המממן שעורך הדין היה שותף בגיבושן.¹⁶⁶ מימון התדיינות משפטית בידי צדדים שלישיים הולך וצובר תאוצה במקומות רבים בעולם,¹⁶⁷ והוא החל להתפתח גם בשוק התובענות הייצוגיות.¹⁶⁸ מגמות דומות מתפתחות גם בישראל.¹⁶⁹ מגמות אלו אינן מלוות באסדרה

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 **גולדברג נ' אקסלנס נשואה גמל ופנסיה בע"מ**, פס' 47 לפסק דינו של השופט 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.

¹⁶⁴ ראו למשל ת"צ (מחוזי ת"א) 55750-07-14 **ריטבליט נ' א. דורי בניה בע"מ**, פס' 20–24 (נבו 9.11.2014), שם נקבע כי אם הוגשו כמה בקשות אישור דומות, על בית המשפט לשקול שיקולים של יעילות הדיון ושל טובת הקבוצה ושיקולי רוחב מערכתיים כדי להכריע בשאלת האופן שבו יתנהל ההליך, וכי באותו מקרה אין לשלול איחוד מבוקש בידי כמה 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 בכול הבקשות, וזאת – כנגד כל המשיבים שנתבעו, ובהתייחס לכל התקופות נושא הבקשות השונות. באופן זה יישמרו באופן המיטבי האינטרסים של חברי הקבוצה" (פס' 21). למחלוקת שנוצרה בין עורכי הדין בניהול כמה בקשות שאוחדו ראו למשל ההחלטה בעניין **פלג**, לעיל ה"ש 109.

¹⁶⁵ לאופן שבו בארצות הברית ריבוי עורכי דין מייצגים מביא להגדלת שכר הטרחה שנפסק לטובתם על חשבון הקבוצה המיוצגת Stephen J. Choi, Jessica Erickson & 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 שלפיה אין מניעה לאיחוד תביעות ראו למשל עניין **דבח**, לעיל ה"ש 136, פס' כג.

¹⁶⁶ הדברים חלים באותו אופן גם על גורם שיוזם את התובענה הייצוגית ואינו התובע המייצג. ראו ע"א 7503/22, לעיל ה"ש 146.

¹⁶⁷ רונן אברהם "מימון התדיינות על-ידי צד שלישי" **משפט ועסקים** כ 131, 142–144 (2017).

¹⁶⁸ Joseph J. Stroble & Laura Welikson, *Third-Party Litigation Funding: A Review of Recent Industry Developments*, DEF. COUNSEL J. 1, 3–5 (2020); Deborah R. Hensler, *From Sea to*

מתאימה – לא במסגרת כללי האתיקה ולא במסגרת חוק תובענות ייצוגיות. מצד אחד האפשרות למימון תובענות ייצוגיות בידי גורם חיצוני מקדמת את טובתה של הקבוצה, באפשרה את הגשתן של תובענות ייצוגיות ראויות שייתכן שלא היו מוגשות ללא מימון.¹⁷⁰

Shining Sea: How and Why Class Actions Are Spreading Globally, 65 U. KAN. L. REV. 965, 978 (2017).

169 למשל קרן Beactive עוסקת בין היתר במימון תובענות ייצוגיות. לפי פרסומיה, הקרן אינה מתערבת בניהול התיק וממליצה לגלות לבתי המשפט על מימונה את ההליך ושהיא פועלת באמצעות מימון המונים. ראו אתר הקרן – www.beactive.co.il; קרן ליברה המממנת תביעות בעלות סיכויי הצלחה גבוהים הנעדרות יכולת מימון, או תביעות שמגישות חברות המעוניינות לגדר את הסיכונים הכלכליים שלהן. הקרן מממנת את ההליך המשפטי תוך כדי בקרה צמודה לפי הסכם עם התובע ועם הייצוג המשפטי. הקרן משלמת את שכר טרחת עורכי הדין, תשלום אגרת בית משפט ושכר מומחים לפי החלטת 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 היא להיכנס לתחום של מימון תביעות משפטיות בישראל, ומציעה הלוואות למימון תביעות. ראו אתר הקרן – www.emy.co.il. ראו גם מתן ברניר "נפגעת? נפצעת? הכירו את המיזם החברתי שיעזור לכם לתבוע את הביטוח" גלובס (10.2.2019) <https://did.li/x5Qx5>; אלמוג עזר "מיטב דש משקיע בקרן למימון תביעות משפטיות ויילחם נגד חברות הביטוח" כלכליסט (17.2.2022) <https://did.li/Ofjba>; ענת רואה "שופטים בדימוס מצטרפים לקרנות השקעה בשוק התביעות האזרחיות" כלכליסט (24.3.2015) <https://did.li/1HWgT>; מתן ברניר "הכירו: פלטפורמה חדשה למימון הליכים משפטיים בגיוס המונים" גלובס (7.6.2019) <https://did.li/y5Qx5>.

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 בנוגע 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 לפי תק' 8(ב) לחקנות תובענות ייצוגיות (סיוע במימון בקשות לאישור ותובענות ייצוגיות), כשניתן סיוע מאת הקרן והמבקש זכה בהליך, לרבות בדרך של אישור הסדר פשרה, עליו להשיב לקרן את מלוא הסכום אשר נתנה לו הקרן בצירוף הפרשי ריבית והצמדה, ובלבד שסכום זה לא יעלה על הסכום שנפסק 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, פס' 61–62 (נבו 4.9.2022). על פסק הדין הוגש ערעור לעליון אך הוא טרם נדון – ע"א 7503/22 שטרק נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ (נבו 6.12.2022).

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 לעומת הנתבע, ולכן ייטה להתפשר עבור סכום נמוך מתוחלת הרווחה שצפויה לו. תוצאה זו אינה רצויה משום שהיא מביאה לכך שתוצאות אינן מוכרעות על פי ערכן – התובע אינו זוכה לפיצוי ראוי, והנתבע אינו 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 הייצוגית. לפיכך מימון מאת גורם חיצוני מאזן את שנאת הסיכון של עורך הדין.

לפיכך מימון של תביעות הוא רצוי. מן הצד האחר, קיים חשש שמימון חיצוני יחריף את בעיית הנציג בשל כניסתו של שחקן נוסף, הגורם המממן, שהאינטרס היחיד שלו הוא כלכלי, והוא אינו חופף את האינטרס 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 חשוב 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 – בנוגע לאיתור עילת התביעה, לייזומה, להוכחתה ולמימונה, כמו גם להתקשרותו עם התובעת המייצגת, עם עורכי דין אחרים או עם גופים מממנים. אולם על פעולות אלה של עורך הדין להיות גלויות לבית המשפט, משום שהן משפיעות על התוצאה לקבוצה המיוצגת ולציבור. ראוי 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 הבנתו ושיקול דעתו. מאפיינים אלה של התובענה הייצוגית מאפשרים לה להשיג את מטרותיה, אולם הם נותנים בידי עורך הדין כוח שהוא עלול לנצל לטובתו, על חשבון הקבוצה המיוצגת והציבור בכללותו.

הכפפת עורך הדין לכללים ולעקרונות אתיים במהלך הייצוג בתובענה הייצוגית יכולה לסייע בהשגה יעילה ואפקטיבית של מטרותיה. אולם על הכללים והעקרונות הללו להיות מותאמים למאפייניה של התובענה הייצוגית. בעיקר עליהם להתחשב בהבדל המהותי

¹⁷¹ שם, בעמ' 120–121.

¹⁷² חובת גילוי כאמור כבר קיימת בכמה 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, 392–391 (NZLC R147, 2022).

במקור הסמכות לייצוג בין תביעה אינדוידואלית – 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 הדגשים עיקריים – התייחסות לקבוצה כלקוח והטלת חובת גילוי רחבה כלפי בית המשפט. הדגשים 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 מהיותו של החוק מקור הסמכות לייצוג.

מסקנותיו העיקריות של הניתוח אינן מצומצמות להליך התובענה הייצוגית. הן חלות במידה רבה גם בהליכים ייצוגיים אחרים, דוגמת ההליך בבג"ץ או בהליכים אינדוידואליים שיש להם השלכות על קבוצה החורגת מהתובעים בעלי הדין, דוגמת הליכים לצווי מניעה, צווי עשה או סעדים הצהרתיים שיש להם משמעות רוחבית.¹⁷³ ההתייחסות לקבוצה המיוצגת כלקוח והטלת חובת גילוי רחבות לבית המשפט נדרשות, בשינויים המחויבים, גם בהליכים אלה. עם זאת הליכים אלה חסרים את 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 מטרותיהם, ואנו מותירים אותם למחקר עתידי.

173 ראו למשל את עמדתה של פרופ' נטע זיו, שלפיה "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 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).