

לפני כבוד השופט גד גדעון

המבקשים:

1. התאחדות הסוחרים והעצמאים (ע.ר. 580292274)
2. חברת ג.י.ד. חניונים ואחזקות (ח.פ 514713270)
3. עמותת תחרות (ע.ר. 580619419)
4. עמותת בצדק (580603009)
5. עומר מואב

ע"י ב"כ עו"ד ממשרד מירון, בן ציון ופריבס ושות', עורכי דין
מרחוב מונטיפיורי 33, תל אביב, 6520102
טל': 03-5606868 ; פקס: 03-5604466

נ ג ד

המשיבות:

1. נמל אשדוד בע"מ (ח.פ. 513569772)
ע"י ב"כ עו"ד ממשרד הרצוג, פוקס, נאמן ושות', עורכי דין
מרחוב ויצמן 4, בית אסיה, תל אביב, 6423904
טל': 03-6922020 ; פקס: 03-6966464

2. נמל חיפה בע"מ (ח.פ. 513569749)
ע"י ב"כ עו"ד ממשרד שרויאר ושות', עורכי דין
מדרך אלנבי 22, חיפה, 33256
טל': 04-8533033 ; פקס: 04-8533331
ו/או ב"כ עו"ד ממשרד י.סלומון ליפשיץ ושות', עורכי דין
מרחוב נתנזון 1, חיפה, 3303473
טל': 04-8140500 ; פקס: 04-8557038

ובעניין:

היועץ המשפטי לממשלה

ע"י ב"כ עו"ד מפרקליטות מחוז דרום-אזרחי
מרחוב קרן היסוד 4, בנין קרסו, ת.ד 10309 באר שבע, 84158
טל': 073-3801222 ; פקס: 02-6467058

עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 23.6.2019, להחלטה בבקשה להארכת מועד מיום 6.10.2019, ובהמשך להודעה בדבר התייצבותו להליך, מתכבד היועץ המשפטי לממשלה למסור את עמדתו בשאלות המפורטות בהודעת המבקשים ביחס לנחיצות קבלת עמדת היועץ המשפטי לממשלה בהליך, בהתאם להוראות סעיף 1 לפקודת סדרי הדין (התייצבות היועץ המשפטי לממשלה) [נוסח חדש].

א. כללי

1. עניינו של ההליך בבקשה לאישור ניהול תובענה כייצוגית (להלן: **"הבקשה"** או **"בקשת האישור"**) בהתאם לסעיף 5 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: **"החוק"** או **"חוק תובענות ייצוגיות"**). התובענה שאליה מתייחסת הבקשה מופנית נגד המשיבות, חברת נמל אשדוד בע"מ וחברת נמל חיפה בע"מ (להלן: **"הנמלים"** או **"נמל אשדוד"** או **"נמל חיפה"** לפי העניין).
2. במסגרת בקשת האישור מתבקש סעד כספי בגין נזקים שנגרמו, כך נטען, לגורמים שונים, ישירים ועקיפים, כתוצאה מצעדים ארגוניים שאותם נקטו עובדי הנמלים במהלך השנים האחרונות.
3. **בתמצית, המבקשים** טוענים כי קיימת אחריות של הנמלים לנזקים שנגרמו לגורמים שונים כתוצאה משביתות ועיצומים שאותם נקטו עובדי הנמלים. לטענת המבקשים, הנמלים – המעסיקים של העובדים אשר נקטו צעדים ארגוניים – לא עמדו בחובותיהם למנוע או למצער לצמצם את נזקי השביתות והעיצומים שנגרמו לצדדים שלישיים ועל כן חייבים באחריות לנזקים מכוח שורה של עילות משפטיות אשר פורטו בבקשה. כך בין היתר, טוענים המבקשים לאחריות הנמלים מכוח עילות נזיקיות של רשלנות והפרת חובה חקוקה, עילות חוזיות שונות וכן עילות מתחום ההגבלים העסקיים.

ב. תמצית עמדת היועץ המשפטי לממשלה

4. **בתמצית, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, כי דין בקשת האישור להידחות נוכח אי-ההתאמה של התובענה להתברר כתובענה ייצוגית בהתאם להוראות החוק. זאת, מבלי צורך להידרש לגופן של הסוגיות המשפטיות העולות בבקשת האישור.**
5. כפי שיפורט, היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי התובענה אינה עונה לדרישות סעיפים 8(א)(1) ו-8(א)(2) לחוק לפיהם **על התובענה לעורר שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה וכי התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין.**
6. בקשת האישור כוללת תובעים מסוגים רבים ומגוונים, אשר לטענתם ניזוקו כתוצאה מצעדים ארגוניים שנקטו עובדי הנמלים. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, מדובר בעילות משפטיות מורכבות שכן מערך הזכויות, העילות והטענות העובדתיות והמשפטיות שיש לברר על מנת לגבש הכרעה משפטית ביחס לכל אחת מהעילות וביחס לכל קבוצת מבקשים, שונים אלה מאלה. מבלי למצות את מכלול ההבדלים בין המבקשים, הרי שהללו נבדלים בטיב מערכת היחסים המשפטית והרגולטורית שלהם עם הנמלים ככל שישנה, בשאלת

קיומם של יחסים חוזיים שלא פורטו דיים, בסוגי הנזקים שנגרמו להם, באפשרות קיומן של טענות הגנה או טענות בעניין חלוקת אחריות ייחודיות ביחס לחלק מהמבקשים.

7. בנוסף, מתייחסת בקשת האישור באופן כוללני וגורף למספר גדול של צעדים ארגוניים אשר התקיימו בזמנים שונים, נשאו אופי שונה, נמשכו פרקי זמן שונים וטופלו על ידי הנמלים בדרכים שונות. בקשת האישור נעדרת התייחסות מספקת לנסיבותיה של כל שביתה, אופן הטיפול בה וסיווגה המשפטי, ועל כן חסרה תשתית עובדתית ומשפטית הולמת לבירור העילות השונות והיקף הנזקים השונים ביחס למבקשים השונים.

8. מטבע הדברים, הכרעה במחלוקת, לנוכח השונות האמורה, תחייב ירידה לפרטיהם של הצעדים הארגוניים השונים וניתוח של דרכי הטיפול בהם מצד הנמלים, וזאת הן לצורך קביעת אופיים של העיצומים והשביתות והן לצורך בחינת התגבשותן של עילות התביעה השונות ביחס למבקשים. בירור זה יחייב התייחסות פרטנית להיבטים אינדיבידואליים של המבקשים השונים, אשר משקלם בבירור המחלוקת וחלוקת האחריות לנוק, ככל שנגרם, צפוי להיות משמעותי ביותר. אשר על כן, סבור היועץ המשפטי לממשלה כי כה רב השונה על הדומה, כדי כך שלא ניתן לקבוע כי מתקיים התנאי לפיו הבקשה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לחברי הקבוצה, ומתוך שכך, ועל יסוד האמור לעיל ולהלן, אף לא ניתן לקבוע כי התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכריע בתובענה.

9. לצד האמור, ומבלי להיכנס לעובי הקורה בסוגיות השונות העולות בבקשה, סבור היועץ המשפטי לממשלה, כי בקשת האישור נעדרת תשתית עובדתית הולמת לביסוס העילות השונות הנטענות בה. היעדרה של תשתית עובדתית כאמור, מלבד משמעותה לעניין אי-התאמת ההליך להתקיים במסלול של תובענה ייצוגית כפי שיפורט, צפויה להציב קשיים בפני גיבושן של העילות השונות שלהן טוענים המבקשים ככל ותאושר הבקשה.

10. לבסוף, ככל שבית המשפט הנכבד יורה על ניהול ההליך בדרך של תובענה ייצוגית, יבקש היועץ המשפטי לממשלה להגיש עמדה משלימה ביחס להליך.

ג. העמדה בהרחבה

1.1 המסגרת הנורמטיבית

11. התובענה הייצוגית היא כלי דיוני חשוב אשר נועד לקדם מספר תכליות שעניינן הגנה על עקרונות וערכים ועל זכויות משפטיות מהותיות (345/03 **רייכרט נ' יורשי המנוח משה שמש** (פורסם באר"ש, 7.6.2007) (להלן: "**עניין רייכרט**"), ע"א 10085/08 **תנובה נ' עזבון המנוח תאופיק ראבי** (פורסם באר"ש, 4.12.2011) (להלן: "**עניין תנובה**")). מוסד התובענה

הייצוגית מוסדר כיום בחוק תובענות ייצוגיות, המהווה מסגרת מקיפה ומפורטת הקובעת כללים בעניין הגשה וניהול של תובענות ייצוגיות.

על תכלית מנגנון התובענה הייצוגית ניתן ללמוד מסעיף 1 לחוק המגדיר את מטרותיו:

1. מטרת החוק

מטרתו של חוק זה לקבוע כללים אחידים לענין הגשה וניהול של תובענות ייצוגיות, לשם שיפור ההגנה על זכויות, ובכך לקדם בפרט את אלה:

- (1) מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים;**
- (2) אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו;**
- (3) מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין;**
- (4) ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות".**

12. המטרה המוצהרת בסעיף 1 לחוק עולה בקנה אחד עם תכלית התובענה הייצוגית כפי שהוצגה בפסיקה, אשר התייחסה להסדרי החקיקה הפרטניים שאפשרו הגשת תובענה ייצוגית בימים שקדמו לחקיקת החוק.

ראשית, עמדה הפסיקה על תפקידה של התובענה הייצוגית **בהגנה על אינטרס הפרט באמצעות מתן תרופה ליחיד שנפגע**. בהקשר זה, מאפשרת התובענה הייצוגית התמודדות עם בעיית 'האדישות הרציונאלית', מקום בו שיעור הנזק אשר נגרם לניזוק הבודד כתוצאה מפעילות מזיקה אינו מצדיק כלכלית נקיטת הליכים משפטיים אשר עלותם בצידם. התובענה הייצוגית מאפשרת לאגד תחת תביעה אחת קבוצה של ניזוקים אשר יישאו בהוצאות ההליכים המשפטיים יחדיו, באופן ההופך את תביעתם לכדאית.

הפסיקה הדגישה, כי בהתאם למטרה זו, מיועד מנגנון התובענה הייצוגית בעיקר עבור פרטים אשר החשש האמור רלבנטי בעיניים, קרי מקום בו נזקו של התובע קטן יחסית בהשוואה לעלויות ניהול ההליך הצפוי:

"יש לזכור כי כלי התובענה הייצוגית נועד בראש וראשונה לאותם מקרים בהם הנזק שנגרם לפרט אינו מצדיק מבחינה כלכלית פנייה לבית המשפט בהליך אינדיבידואלי לשם קבלת סעד (י' גרוס, חוק החברות החדש (מהדורה שלישית, 2003) 256; להלן - גרוס). מדובר לרוב במצב שבו נזקו של כל תובע יחיד קטן יחסית, ולכן ככלל לא הייתה כדאיות בהגשת תביעה אינדיבידואלית, בשל הטרחה וההוצאות הכרוכות בכך" (ענין **ריכרט**, פסקה 9 לפסק דינה של המשנה לנשיאה (דאז) ד' בייניש).

13. שנית, בצד ההגנה על אינטרס הפרט, עמדה הפסיקה על תפקיד התובענה הייצוגית בהגנה על האינטרס הציבורי בדבר **אכיפה יעילה והתמודדות עם הפרות חוק**. זאת, בדרך של 'הפרטת' האכיפה על ידי מתן תמריץ לניזוק הפרטי לתבוע בגין הפרת החוק. בדרך זו תורמת התביעה הייצוגית להרתעה מפני הפרות דומות (ראו למשל בהקשר של ניירות ערך ע"א 8430/99 **אנליסט נ' ערד השקעות** (פורסם באר"ש, 12.12.2001) (להלן: "עניין אנליסט").

14. מטרה חשובה נוספת, שלישית, עליה עמדה הפסיקה נוגעת ליתרון התובענה הייצוגית בהכרעת הסכסוך בדרך **יעילה והוגנת**. הכרעת המחלוקת במסגרת הליך אחד מבטיחה חיסכון במשאבי זמן וממון עבור הצדדים ובית המשפט. בכך מוכרעת המחלוקת בדרך יעילה בהשוואה לניהול שורה של הליכים פרטניים. בנוסף, התאגדותם של מספר תובעים 'קטנים' תחת מטריית התובענה הייצוגית תורמת להשגת שוויון במאזן הכוחות בין המתדיינים באופן התורם להוגנות ההליך (ראו למשל ע"א 95/2967 **מגן וקשת בע"מ נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ**, פ"ד נא(2) 312, 323 (1997) (להלן: "עניין מגן וקשת").

על מנת להגשים את תכלית התובענה הייצוגית להכריע במחלוקת בדרך יעילה והוגנת, יש להבטיח כי היא אכן תנוהל בדרך שאינה נדרשת להליכי בירור פרטניים, עובדתיים ומשפטיים, של התובעים הנכללים בקבוצה. ראו גם רע"א 7028/00 אי.בי.אי ניהול קרנות נאמנות (1978) בע"מ נ' אלסינט בע"מ (פורסם בנבו, 14.12.2006) שם עמד בית המשפט העליון על כך שהתכלית העיקרית של התובענה הייצוגית היא **"איחודן של תביעות בעלות מאפיינים דומים והסדרת יחסי הייצוג בין תובע ייצוגי לבין קבוצת תובעים, שלכולם זכות (אישית) דומה"**.

ככל שקיימת שונות עובדתית או משפטית בין חברי קבוצת התובעים אשר תחייב את בית המשפט להידרש בפועל להיבטים אינדיבידואלים במסגרת ניהול התובענה הייצוגית, תיפגע תכלית היעילות אותה מבקש מנגנון זה להשיג.

15. בצד יתרונותיה של התובענה הייצוגית ככלי דיוני המאפשר את הגשמת התכליות האמורות, הזהירה הפסיקה מפני הסכנות הטמונות בה. בין היתר, הובע החשש כי שימוש לא זהיר בכלי זה עלול לפגוע ביחיד שנכלל בקבוצה ושכלל לא ידע על ניהול התובענה, כאשר הכרעה בסכסוך תחייב אף אותו במעשה בית דין. כמו כן, הזהירה הפסיקה מפני מציאות שבה עלולים נתבעים להידחק להתפשר עם התובעים תחת לחץ עוצמת התובענה הייצוגית, גם מקום שבו סיכויי התביעה לו הייתה מתנהלת, היו נמוכים (רע"א 4556/94 **טצת נ' זילברשץ** פ"ד מט(5) 774 (1996) (להלן: "עניין טצת"). בנוסף, מעוררת התובענה הייצוגית את החשש מפני קיפוח הנתבע שישללו ממנו טענות הגנה פרטניות ואינדיבידואליות, אשר היה מעלה אם המחלוקת הייתה מתנהלת במסלולים פרטניים. עוד הזהירה הפסיקה מפני פגיעה כלכלית קשה בנתבע אשר עשוי למצוא עצמו נדרש לפצות קבוצת תובעים גדולה בבת אחת. חשש זה מוביל לחשש נוסף, מפני גידול בפרמיות הביטוח של נתבעים פוטנציאלים

ושל נושאי משרה בהם, אשר עלותן תגולגל על ציבור הצרכנים (עניין **טצת**; עניין **מגן וקשת**).

16. על רקע המתח בין יתרונה של התובענה הייצוגית לבין הסיכון הכרוך בשימוש לא זהיר בה, נקבעו בחוק הוראות שונות שתכליתן להבטיח, כי השימוש במכשיר התובענה הייצוגית יוגבל לסוג התביעות בהן תוכלנה להתגשם תכליות ומטרות החוק תוך צמצום החשש לנזקים האמורים.

17. בין היתר, כולל החוק הוראות הקובעות תנאי סף לאישור ניהולה של תובענה במסגרת של תובענה ייצוגית, ובהן זו הקבועה בסעיף 8(א) לחוק. סעיף זה מורה לבתי המשפט מה הם התנאים אשר בהתקיימם יהיו רשאים לאשר ניהול תובענה כייצוגית:

"(א) בית המשפט רשאי לאשר תובענה ייצוגית, אם מצא שהתקיימו כל אלה:

- (1) התובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ויש אפשרות סבירה שהן יוכרעו בתובענה לטובת הקבוצה;**
- (2) תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות העניין;**
- (3) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת; הנתבע לא רשאי לערער או לבקש לערער על החלטה בענין זה;**
- (4) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב".**

סעיף 8(א)(1) לחוק מורה אם כן, כי תנאי לאישור ניהול תובענה כייצוגית הוא שהתובענה מעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה. מטרת התנאי היא לבחון האם לפנינו קבוצה מסוימת ומוגדרת, אשר ניתן להגיש בשמה תובענה ייצוגית ולבררה בדרך משפטית יעילה.

תנאי זה, אשר קיבל לעיתים את השם תנאי ההומוגניות, מעורר את השאלה מה הן היקף השאלות המשותפות הנדרשות לצורך אישור ניהול התובענה כייצוגית. בהקשר זה הורתה הפסיקה, כי תנאי ההומוגניות אין פירושו כי מן הנמנע שיהיו בין חברי הקבוצה גם שאלות עובדתיות ומשפטיות שונות, כל עוד ישנן גם שאלות 'מהותיות' משותפות:

"הנושאים לגביהם עשויה להתקיים שונות בין חברי הקבוצה הינם רבים ומגוונים. לעתים, עילת התביעה על כל יסודותיה משותפת לחברי הקבוצה, והשאלה אם זכאים הם לפיצוי אם לאו תוכרע באחת לגבי כולם. אולם, גודל הנזק שנגרם לכל אחד מהם, וכנגזרת מכך גובה הפיצוי

לו יהיה זכאי אם תתקבל התביעה, אינו אחיד. במקרה כזה, השאלה המבחינה בין חברי הקבוצה היא שאלת הנזק בלבד. סוג מקרים אחר מתקיים כאשר השאלות שאינן משותפות נוגעות ליסודות העילה עצמם. כלומר, השוני בין חברי הקבוצה עשוי להשליך על עצם זכותו של כל חבר לקבל סעד ולא רק על גובה הפיצוי לו יהיה זכאי. **נקודת המוצא היא, כי לא נדרש שכל השאלות המתעוררות בגדר התובענה הייצוגית תהיינה משותפות לחברי הקבוצה. די בכך שיש שאלות משותפות של עובדה או משפט שהן "מהותיות"**

...

אף שאין זה מן ההכרח כי כל השאלות המתעוררות בגדר התובענה הייצוגית תהיינה משותפות לכל חברי הקבוצה, אין פירוש הדבר כי אם קיימות שאלות משותפות ניתן לאשר את התובענה כייצוגית, יהיו אשר יהיו השאלות האינדיווידואליות המתעוררות בגדרה. הקביעה אם השאלות המשותפות הינן "מהותיות", כדרישת סעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, נגזרת גם מבחינתן ביחס לשאלות שאינן משותפות" (ע"א 6887/03 רזניק נ' ניר שיתופי אגודה ארצית שיתופית להתיישבות עובדים (פורסם באר"ש, 20.7.2010) (להלן: "עניין רזניק").

18. תנאי ההומוגניות מאפשר אפוא קיומן של שאלות שונות בצד שאלות משותפות לכלל חברי הקבוצה, וזאת לצורך הגדרת הקבוצה שלפנינו. הבחינה הנדרשת לצורך אישור התובענה הייצוגית נוגעת, אם כן, למשקלן של השאלות המשותפות בתוך מכלול השאלות המתעוררות בעניינם של חברי הקבוצה.

בנקודה זו עמדה הפסיקה על הזיקה שבין תנאי ההומוגניות לבין התנאי השני, הקבוע בסעיף 8(א)(2), לפיו תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת. כך, ככל שחברי הקבוצה נבדלים זה מזה בשאלות העובדתיות והמשפטיות המתעוררות בעניינם, באופן שידרשו פירוק לאינספור הליכי בירור פרטניים בשאלות של עובדה ומשפט, שהכרעות בהן יכריעו הן לעצם הכניסה בשערי חוק תובענות ייצוגיות והן לאפשרות התגבשות העילה והיקפיה, הרי שמלבד הקושי להגדיר את הקבוצה כמצוות סעיף 8(א)(1) לחוק הרי שגם קשה לראות בתובענה הייצוגית הדרך היעילה להכרעת המחלוקת בהתאם להוראת סעיף 8(א)(2) לחוק:

"אף שאין זה מן ההכרח כי כל השאלות המתעוררות בגדר התובענה הייצוגית תהיינה משותפות לכל חברי הקבוצה, אין פירוש הדבר כי אם קיימות שאלות משותפות ניתן לאשר את התובענה כייצוגית, יהיו אשר יהיו השאלות האינדיווידואליות המתעוררות בגדרה. **הקביעה אם השאלות המשותפות הינן "מהותיות", כדרישת סעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, נגזרת גם מבחינתן ביחס לשאלות שאינן משותפות. כמו כן, שונות רבה מידי בין חברי הקבוצה עלולה להביא לאי**

התקיימותו של התנאי הקבוע בסעיף 8(א)(2) לחוק, הדורש כי התובענה הייצוגית תהא "הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת". ישנם מקרים בהם ניתן לאשר תובענה ייצוגית על אף שחלק מהשאלות המתעוררות בגדרה אינן משותפות לחברי הקבוצה. אולם, ישנם מקרים בהם קיומו של מרכיב אינדיווידואלי יחרוץ את גורל הבקשה לאישור תובענה ייצוגית לדחייה" (עניין רזניק, פסקה 27).

19. יצוין, כי בצד תנאי הסף שעניינם להבטיח כי התובענה הייצוגית מוגשת בשם קבוצה אחידה, הומוגנית ומוגדרת, וכי היא מהווה הדרך היעילה וההוגנת לנהל את התובענה, קבועים בחוק מנגנונים אשר מאפשרים לבתי המשפט 'לרפא' פגמים הנוגעים לשונות בין חברי הקבוצה.

סעיף 10(ג) לחוק למשל, מאפשר לבית המשפט לפצל את קבוצת התובעים לתתי-קבוצות מקום בו הדבר יתרום להומוגניות הקבוצות החדשות שייווצרו :

"(ג) בית המשפט רשאי להגדיר תת-קבוצה, אם מצא שלגבי חלק מחברי הקבוצה מתעוררות שאלות של עובדה או משפט, אשר אינן משותפות לכלל חברי הקבוצה; הגדיר בית המשפט תת-קבוצה כאמור, רשאי הוא להורות על מינוי תובע מייצג או בא כוח מייצג לתת-הקבוצה, אם מצא שהדבר דרוש כדי להבטיח שענינם של חברי תת-הקבוצה ייוצג וינהל בדרך הולמת".

הוראה רלבנטית נוספת בהקשר זה קבועה בסעיף 20 לחוק שעניינו הוכחת הזכאות לסעד ותשלום פיצוי כספי. הוראות סעיף זה מאפשרות לבית המשפט, לאחר שכבר הכריע בתובענה הייצוגית לטובת הקבוצה, לתת הוראות שונות בעניין הוכחת גובה הזכאות לפיצוי כספי או לסעד, מקום שבו ישנו שוני בין התובעים בהיבט זה. בנוסף, ובמקרים שבהם פיצוי כספי לחברי הקבוצה אינו מעשי בנסיבות העניין, מסמיך הסעיף את בית המשפט להורות על מתן סעד אחר לטובת הקבוצה או לטובת הציבור.

עם זאת, המנגנונים הקבועים בחוק תובענות ייצוגיות לא יכולים לרפא כל פגם. כך למשל מקום שבו מדובר בפגמים מובהקים של חוסר הומוגניות או אי-יעילות. היועץ המשפטי לממשלה יסקור בקצרה קווים מנחים שהותוו בפסיקה לאישור או לדחיית בקשה לאישור ניהול תובענות כייצוגיות בשל התקיימותם או העדרם של תנאי הסף האמורים.

20. כאמור לעיל, בפסיקה קיימת זיקה הדוקה בין קיומם של היבטים אינדיבידואלים בין המבקשים לבין שאלת יעילות והוגנות ההליך. בהקשר זה, הוצעה כאמת מידה שאלת הצורך להידרש להיבטים אינדיבידואלים של המבקשים השונים גם לאחר הכרעה בהיבטים המשותפים להם :

אחד השיקולים המרכזיים בבחינת יעילות והגינות השימוש בתובענה ייצוגית הוא המידה שבה ההכרעה בשאלות המשותפות לכלל חברי קבוצת התובעים תסייע לפתרון הסכסוך האינדיבידואלי שבין כל אחד מהם לבין הנתבע. ככל שימצא כי ההכרעה המשותפת תקדם רק במעט את פתרון הסכסוך ונותרו שאלות אינדיבידואליות רבות, היעילות וההגינות הנלוות לדיון בדרך של תובענה ייצוגית, תפחתנה (רע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח נ' עמוסי (פורסם באר"ש, 5.7.2012)).

21. אמת מידה נוספת שהוזכרה בפסיקה לבחינת מידת 'מהותיות' השאלות המשותפות, לצורך בחינת הצדקת ניהול ההליך בתובענה ייצוגית, מבחינה בין קיומה של שונות ביחס לעילת התביעה לבין קיומה של שונות ביחס לשאלת גובה הנזק והפיצוי.

הבחנה זו רלבנטית בעיקר על רקע הוראת סעיף 20 לחוק, שכוחה יפה כאמור כאשר ההיבט האינדיבידואלי לגביו מתקיימת שונות בין התובעים, נוגע לשיעור הנזק והפיצוי המגיע לחברי הקבוצה. במקרה כגון זה, נראה כי ממילא לא ידרשו הכרעות משפטיות נפרדות בעניינם של התובעים השונים ביחס להתגבשות עילת התביעה, אלא יידרש רק יישום של הכלל האחד המשפטי שהתגבש במסגרת ההליך באופן פרטני ואינדיבידואלי ביחס לנתונים השונים של כל אחד מחברי הקבוצה, והכל בשים לב לשונות עובדתית המתקיימת לגבי חברי הקבוצה השונים.

זאת, להבדיל משונות הנוצרת כבר בשלב גיבוש עילת התביעה ולעצם זכאותו של כל חבר לסעד. בעוד המנגנונים הקבועים בסעיף 20 לחוק מספקים מענה לקושי החישובי של שיעור הנזק, אין בהם ליתן מענה המצדיק אישור לניהול תובענה מקום בו גם העילה המשפטית עצמה אינה מעוררת שאלה מהותית אחת משותפת לכלל חברי הקבוצה, ההופכת את התובענה הייצוגית לדרך היעילה והצודקת לבירורה (עניין תנובה ; ע"א 8037/06 שי ברזילי נ' פריניר (הדס 1987) בע"מ (פורסם באר"ש, 4.9.2014) (להלן: "עניין פריניר").

22. אינדיקציה נוספת לקביעת טיב וסוג השונות שתכריע את גבולותיה היעילים והצודקים של השימוש בתובענה הייצוגית, נוגעת לצורך לבחון את היקף הנושאים הפרטניים ואת מידת המורכבות שלהם :

"ישנם מקרים בהם אין מנוס מאי מתן אישור לניהול תובענה ייצוגית, וזאת בשל קיומם של נושאים אינדיווידואליים המבחינים בין חברי הקבוצה. נסתפק בכך שנגדיר את המצב בו אין ספק, כי לא ניתן לאשר תובענה ייצוגית. כאשר בגדר התובענה הייצוגית או לאחריה יהיה צורך לקיים חקירה פרטנית בעניינו של כל אחד מחברי הקבוצה, הכוללת בירורים עובדתיים מורכבים, שמיעת עדים, הכרעות מהימנות וכדומה,

כך שמבחינה מעשית מדובר בפיצול ההליך הייצוגי לסדרה של משפטים נפרדים, אין לאשר את התובענה הייצוגית" (עניין **רזניק**, פסקה 27).

במקרים אחרים ביססה הפסיקה את מבחן הכניסה בשערי חוק תובענות ייצוגיות, לעניין שאלת היעילות וההוגנות במונחים של **עיקר וטפל**, כאשר ככל שהשאלות המשותפות מהוות את עיקר המחלוקת, הרי שהשאלות הנוספות הטפלות לא יסכלו את אישור הבקשה לניהול התובענה כייצוגית. בהקשר זה התייחסה הפסיקה אף לגבולות השימוש בסעיף 10 לחוק:

"אכן, וכפי שציינתי לעיל, לא כל השאלות העובדתיות והמשפטיות חייבות להיות משותפות. יתכנו שאלות שונות ביחס לחלקים כאלה או אחרים מהקבוצה (כאשר החוק אף מתייחס לאפשרות של חלוקת הקבוצה לתת-קבוצות, ראה ס' 10(ג) לחוק). אולם, השאלות המשותפות צריכות להיות "העיקר" בעוד שהשאלות הנפרדות צריכות להיות ה"טפל".

...

בחינה זו צריכה לטעמי להביא בחשבון בין היתר את השאלה האם הדמיון בין חברי הקבוצה עולה על ההבדלים ביניהם" (פסק דינה של השופט ר' רונן בהליך ת"א 17506-08-14 **בן כנען נ' עירית רמת השרון** (פורסם באר"ש, 19.4.2015, פסקה 47; לפסיקה שדחתה בקשה בשל אי-עמידה במבחני ההומוגניות, היעילות וההוגנות תוך התייחסות לפסיקה, ראו גם ת"צ 25282-06-10 **רוזובסקי ואח' נ' איזי פורקס בע"מ ואח'** (פורסם באר"ש, 27.11.2015)).

23. מנגנון סינון חשוב הקבוע בחוק, המהווה למעשה את שער הכניסה אליו, נוגע לרשימת העניינים שבהם ניתן להגיש תובענה ייצוגית. סעיף 3 לחוק קובע, כי "לא תוגש תובענה ייצוגית אלא בתביעה כמפורט בתוספת השניה או בענין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית". גם כאן, בבסיס המגבלה עומדת הגישה העקרונית לפיה התובענה הייצוגית היא כלי הטומן בחובו סיכויים לצד סיכונים, ומכאן שיש לאפשר אותו תוך זהירות מתבקשת. עמד על כך בית המשפט העליון בקובעו:

"מאז קבלת החוק הורחבה במעט רשימת העניינים בהם ניתן להגיש תובענה ייצוגית, אך ההכרעה הבסיסית שהיא משקפת הריהי, שלא בכל עניין ניתן להגיש תובענה ייצוגית, ומה שלא הותר במפורש אסור. העובדה שתובענה ייצוגית עשויה להיות מנגנון יעיל ורצוי בנסיבות מסוימות כשלעצמה אינה מספקת כדי לאשר תובענה כייצוגית. הכרעה זו משקפת זהירות מפני התרה כללית של רסן התביעות הייצוגיות" (רע"א 2598/08 **בנק יהב נ' ליאור שפירא** (פורסם באר"ש, 24.11.2010)).

סעיף 3 לחוק מהווה אפוא עוד נקודת איזון בין הרצון להגשים את תכליות החוק השונות לבין הצורך להישמר מפני מצב בו התרת הרצועה בשימוש בכלי התובענה הייצוגית יגביר את הסיכונים הגלומים בו.

התוספת השנייה לחוק, שאליה מפנה סעיף 3, מונה חמישה-עשר עניינים שבהם תתאפשר הגשת תובענה ייצוגית. היועץ המשפטי לממשלה יעיר, כי גישת המשפט הישראלי בשאלה זו מהווה מעין גישת ביניים בין שיטות משפט בהן קיימת מגבלה 'הדוקה' יותר, המתבטאת ברשימה קצרה יותר של עניינים בהם ניתן להגיש תובענה ייצוגית לבין שיטות בהן אין כלל מגבלה מסוג זה (להשוואה בין שיטות משפט בעניין זה ראו פלינט וויניצקי, **תובענות ייצוגיות (נבו, 2017)** 107-108; בין המדינות המגבילות מונים המחברים לדוגמא את אנגליה, יפן והודו. בין המדינות שאינן כוללות מגבלה מהסוג הנידון נמנות למשל ארה"ב, קנדה ואוסטרליה).

24. עוד מנגנון שנועד לסייע בכך שלא יוגשו תובענות שעלולות להסב נזק חמור לציבור מצוי בסעיף 8(ב) לחוק תובענות ייצוגיות:

"(ב) על אף הוראות סעיף קטן (א) –

(1) הוגשה בקשה לאישור נגד המדינה, רשות מרשויותיה, רשות מקומית או תאגיד שהוקם על פי דין ושוכנע בית המשפט כי עצם ניהול ההליך כתובענה ייצוגית צפוי לגרום נזק חמור לציבור הנזקק לשירותיו של הנתבע או לציבור בכללותו לעומת התועלת הצפויה מניהולו בדרך זו לחברי הקבוצה ולציבור, ולא ניתן למנוע את הנזק בדרך של אישור בשינויים כאמור בסעיף 13, רשאי בית המשפט להתחשב בכך בבואו להחליט אם לאשר תובענה ייצוגית;

(2) הוגשה בקשה לאישור נגד גוף המספק שירות חיוני לציבור, תאגיד בנקאי, בורסה, מסלקה או מבטח, ושוכנע בית המשפט כי עצם ניהול ההליך כתובענה ייצוגית צפוי לגרום נזק חמור לציבור הנזקק לשירותיו של הנתבע או לציבור בכללותו, כתוצאה מפגיעה ביציבותו הכלכלית של הנתבע, לעומת התועלת הצפויה מניהולו בדרך זו לחברי הקבוצה ולציבור, ולא ניתן למנוע את הנזק בדרך של אישור בשינויים כאמור בסעיף 13, רשאי בית המשפט להתחשב בכך בבואו להחליט אם לאשר תובענה ייצוגית."

סעיפים אלה נותנים, בין היתר, ביטוי לחשש בדבר פגיעה בציבור לאור הפגיעה ביציבות הכלכלית של הנתבע חשש זה רלוונטי בעיקר כאשר הגורם הנתבע הוא רשות ציבורית או כאשר הגורם הנתבע הוא גוף המספק שירות חיוני לציבור, שפגיעה בתפקודו כתוצאה מחיובו בפיצויים גבוהים, עשויה להשליך על רווחת הכלל בהיבט חיוני. כמו כן, הנזק הפוטנציאלי שאותו מבקשים סעיפים אלה למנוע אינו נוגע רק לנזקים כלכליים הצפויים

במידה ויימצא הנתבע חייב בסופו של ההליך, אלא גם נזקים אפשריים מעצם ניהול ההליך, כפי שעולה מלשון הסעיפים.

25. הפסיקה עמדה על מערך האיזונים הגלום בסעיפים אלה :

"הנה כי כן, בהוראות סעיפים 8(ב)(1) ו-8(ב)(2) לחוק הביע המחוקק דעתו כי בית המשפט רשאי להתחשב בשיקולים של "מאזן הנוחות" בין התועלת (המצרפית) הצפויה מניהולו של ההליך בדרך של תובענה ייצוגית לבין הנזק ("החמור") שייגרם לציבור הנזק לשירותיו של הנתבע, או לציבור בכללותו – כאשר מדובר בבקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד: המדינה, רשות מרשויותיה, רשות מקומית, או תאגיד שהוקם על פי דין, או כאשר הבקשה לאישור הוגשה כנגד גוף המספק שירות חיוני לציבור, תאגיד בנקאי, בורסה, מסלקה או מבטח. וגם זאת – רק לאחר שבית המשפט השתכנע כי "לא ניתן למנוע את הנזק [לציבור – להבדיל מהנזק לנתבע] בדרך של אישור בשינויים כאמור בסעיף 13". יודגש, כי בהתאם להוראת סעיף 8(ב)(2) לחוק – גם כאשר הנתבע נמנה על הגופים המפורטים באותו סעיף קטן – הפגיעה במוניטין והנזק הכלכלי העלולים להיגרם לו כתוצאה מאישור התובענה כייצוגית, כשלעצמם אינם מסוג הנזקים שהמחוקק סבר כי על בית המשפט להתחשב בהם בבואו להחליט בבקשה לאישור. השיקול שעל בית המשפט להניח על כפות המאזניים בבואו להעריך את "מאזן הנזקים", או "מאזן הנוחות" בנסיבות העניין, איננו "הפגיעה ביציבות הכלכלית של הנתבע" – אלא הנזק הצפוי לציבור הנזק לשירותיו של הנתבע, או לציבור בכללותו, בעקבות הפגיעה ביציבות הכלכלית של הנתבע. גם במקרה כזה לא די בקיומו של נזק כלשהו על מנת שבית המשפט יתחשב בשיקול זה בגדרי הדיון בבקשה לאישור התובענה כייצוגית, אלא נדרש כי בית המשפט ישתכנע שבעקבות הפגיעה ביציבות הכלכלית של הנתבע – ייגרם לציבור הנזק לשירותיו, או לציבור בכללותו נזק חמור". (עניין

פריינר)

על רקע חששות אלה, מעניק אם כן סעיף 8(ב) לחוק לבית המשפט שיקול דעת לבחון את יתרון אישור ניהול התובענה כייצוגית אל מול פוטנציאל הנזק הגלום בה, וככל שימצא בית המשפט שזקי התובענה גדולים מהתועלת לחברי הקבוצה ולציבור, יהיה רשאי לתת לכך משקל בהחלטתו.

26. כאמור, עניינה של בקשת האישור בסעד פיצויים בגין נזקים שנגרמו לגורמים שונים, שבהם ספנים, חברות השילוח הימי, יבואנים, יצואנים והציבור בכללותו, כתוצאה מצעדים ארגוניים שבהם נקטו עובדי הנמלים בשנים האחרונות. טענת המבקשים היא, כי יש להכיר עקרונית בתביעה נזיקית מצד גורמים שלישיים נגד מעביד בגין נזקים שנגרמו אגב שביתה של עובדיו, שהתקיימה במסגרת סכסוך עבודה בין המעביד לעובדיו.
27. המבקשים טוענים, כי הנמלים נמנעו, במתכוון ולמצער בהתרשלות, מנקיטת צעדים נגד העובדים ונציגיהם אשר נקטו בעיצומים שונים שלא כדין. הימנעות זו, כך נטען, עודדה ואפשרה את התנהגות הגורמים המשביתים. המבקשים אף טוענים, כי בנוגע לחלק מהמקרים, הנמלים ועובדיהם פעלו למעשה ביד אחת על מנת לנסות לסכל יוזמות ממשלתיות להגברת התחרות בענף הנמלים באופן שעשוי היה לפגוע בנמלים הקיימים. הימנעות זו של הנמלים, ואף שיתוף פעולה מצדם, בכל הנוגע לעמידה מול הגורמים השובתים אפשרה את הפגיעה בצדדים השלישיים או לכל הפחות מנעה את צמצומה.
28. המבקשים טוענים לאחריות הנמלים בשורה של עילות, אשר יפורטו בקצרה. במישור הנזיקי, טוענים המבקשים להפרה של עוולת הרשלנות. כך נטען, כי לנמלים קמה חובת זהירות כלפי המבקשים מכוח הפיקוח והשליטה שלהם בנעשה בתחומם ומכוח סמכויות שהוענקו להם במסגרת החוק. המבקשים טוענים, כי הנמלים צריכים היו לצפות את השביתות והעיצומים השונים, וכן את ההשלכות על הצדדים השלישיים, לנוכח יחסי העבודה הרציפים בינם לבין העובדים ונציגיהם. עוד נטען, כי הנמלים הפרו את חובתם והתרשלו כאשר לא נקטו באמצעים הנדרשים למניעת השביתות ונזקיהן.
29. המבקשים מציינים שורה של צעדים שהיה בכוחם, כך נטען, למנוע או לצמצם את נזקי הצדדים השלישיים ואשר הנמלים נמנעו מלנקוט בהם. כך, נטען כי הנמלים לא מיצו את הדין עם העובדים ועם נציגיהם אשר קיימו שביתה בלתי מוגנת. בין הדרכים למיצוי הדין מונים המבקשים את האפשרות לפטר עובדים, לנקוט בצעדי ענישה משמעתית, לפעול באפיקים של תביעות נזיקין בגין רשלנות וגרם הפרת חוזה וכן הגשת תלונות פליליות. לטענת המבקשים, הנמלים נמנעו מפעולות אלו, בחרו שלא למצות את הדין עם הגורמים המשביתים ובכך הפרו את חובתם למנוע אירועים מן הסוג של שביתות בלתי מוגנות על תוצאותיהן. כמו כן טוענים המבקשים, כי הנמלים נמנעו מלנסות ולשכור עובדים חלופיים, וכן לא בחנו את האפשרות לבקש הכרזה על מצב חירום אשר היה מגדיר את השביתה כ'הפרעה ביחסי עבודה' בהתאם לסעיף 160 לחוק העונשין, או להביא להכרזה על הפעלת תקנות שעת חירום (שירותי עבודה חיוניים בשירות הציבורי), התשס"ג-2003.

30. ככלל, התמונה אותה מציירים המבקשים היא של התנהלות רופסת מצד הנמלים אל מול עובדיהם, אשר אפשרה ואף עודדה נקיטת צעדי שביתה מופקרים, כך נטען.
31. בנוסף, טוענים המבקשים לקיומה של עוולת הפרת חובה חקוקה. בעניין זה המבקשים מפנים לשורה של סעיפים בחוק רשות הספנים והנמלים, התשס"ד-2004 (להלן: "**חוק הרספ"ן**"), ובכתבי ההסמכה של הנמלים (אשר נחתמו מכוח סעיף 10 לחוק הרספ"ן) אשר הופרו לטענתם על ידי הנמלים. סעיפים אלה נוגעים לחובות הנמלים להבטיח תפעול שוטף, יעיל ורציף של הנמלים בתנאים סבירים והוגנים תוך הבטחת קיומו של כוח אדם כשיר ומיומן, וכן לנקוט בכל האמצעים הסבירים למניעת נזק או אבדן כתוצאה מפעילותה וממילוי חובותיה. לטענת המבקשים, הנזקים אשר נגרמו כתוצאה מהשבחת הנמלים הם מסוג הנזקים אותם החיקוקים השונים ביקשו למנוע ועל כן הפרתם מקימה עילה של הפרת חובה חקוקה.
32. המבקשים מוסיפים ומתייחסים לעילות חוזיות, במסגרתן נטען להפרת חוזים מצד הנמלים בינם לבין חברות הספנות, היבואנים, היצואנים וחברות השילוח הימי. בין הצדדים מתקיימים חוזים מכוח הסכמים ומכוח התנהגות הבאה לידי ביטוי במערכת היחסים השוטפת הכוללת מתן רציף של שירותים מצד הנמלים. הנמלים, כך נטען, הפרו את החוזים בינם לבין הגורמים המוזכרים כאשר הופסקו שירותי הנמל במהלך השביתות השונות, בפרט כאשר מדובר בשביתות שאינן כדין.
33. המבקשים פונים גם לעילות מתחום ההגבלים העסקיים. לאחר הצגת עמדת הממונה על ההגבלים העסקיים. כי שוק הנמלים הוא שוק דאופולי ביחס לשירותי פריקה וטעינה וכי נמל אשדוד הוא שוק מונופולי ביחס לתחום ייבוא הרכב, המשיבים טוענים, כי הנמלים ניצלו את מעמדם לרעה, וכי יש לראות ביחסים בין הנמלים לבין עצמם ובינם לבין עובדיהם 'הסדר כובל' פסול.
34. לבסוף, מונים המבקשים עוד שורה של עוולות המוזכרות בתמצית, ביניהן מטרד לציבור, עיכוב נכס שלא כדין ועוד.
35. באשר לסוגי הנזקים, מונים המבקשים מספר סוגי נזקים ישירים ועקיפים אשר צמחו מהעוולות השונות. ביניהם, נזקים שנגרמו לסחורה אשר עוכבה בנמלים, עלויות השמדה, אי-עמידה בלוחות זמנים, אבדן עסקאות, עלויות העברה לנמלים סמוכים ועוד.
36. המבקשים לא נוקבים בשיעור מדויק של הנזק ומציינים את קשיי האומדן לנוכח קשת הנפגעים הרחבה והמגוונת, ואולם מפנים לחוות דעת שעורכת ניתוח מאקרו כלכלי שחברה על ידי המחלקה למחקר כלכלי של אגף הכלכלה בהתאחדות התעשיינים האומדת את נזקי השביתות למשק בכללותו בסכומים המגיעים למיליארדי שקלים חדשים.

37. באשר להתאמת התובענה למסלול של תובענה ייצוגית. המבקשים טוענים, כי התובענה על פי סוגה עומדת בדרישת סעיף 3 לחוק. לעניין זה טוענים המבקשים, כי תביעתם באה בגדרי פרט 1 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות לפיו ניתן להגיש תביעה ייצוגית בתביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו. לחילופין, טוענים המבקשים כי התובענה באה בגדרו של פרט 4 לתוספת השנייה לחוק, לפיו ניתן להגיש תביעה ייצוגית בעילה לפי חוק התחרות הכלכלית.

38. עוד טוענים המבקשים, כי התובענה עונה לדרישות סעיף 8 לחוק, הפורט את התנאים אשר רק בהתקיימם יאשר בית המשפט את ניהול התובענה כייצוגית.

ג.3 דין בקשת האישור להידחות – כללי

39. תובענה זו, אשר מתבקש לאשרה כתובענה ייצוגית בין המבקשים למשיבים, אינה המסגרת המתאימה לליבון שאלות אלה.

היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי בהתאם להוראות החוק, דין בקשת האישור להידחות. זאת, לנוכח אי-עמידת בקשת האישור בתנאי סעיפים 8(א)(1) ו-8(א)(2) לחוק, הדורשים כי התביעה תעורר שאלות מהותיות של עובדה או של משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה, ושמסגרת התובענה הייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להגיע בהן להכרעה בנסיבות העניין. על רקע עמדה זו, לא יידרש היועץ המשפטי לממשלה בהרחבה לשאלות נוספות שבקשת האישור מעוררת בדבר התאמת המחלוקת להתברר במסגרת של תובענה ייצוגית.

ג.4 הבקשה אינה עומדת בתנאי סעיף 8(א)(1-2) לחוק

40. כאמור לעיל, סעיף 8(א)(1) לחוק דורש כתנאי לאישור הבקשה, כי התובענה תעורר שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל חברי הקבוצה. על פני הדברים, הקבוצה שאותה מעוניינים המבקשים לייצג מגוונת ביותר. בכללה באים בהתאם לבקשה ספנים, חברות השילוח הימי, יבואנים, יצואנים והציבור בכללותו. אכן, כפי שפורט לעיל, עצם קיומן של שאלות נפרדות בין חברי הקבוצה אינה צריכה לסכל את בקשת האישור ככל שישנן גם שאלות משותפות לחברי הקבוצה ואלה מהווים העיקר ולא הטפל. השאלה שאותה יש לבחון היא האם משקלן של השאלות המשותפות, בתוך מכלול השאלות המתעוררות, מצדיק את אישור ניהול התובענה במסגרת של תובענה ייצוגית, ככלי דיוני יעיל והוגן להכרעת המחלוקת.

41. על רקע אמות המידה שנקבעו בפסיקה, נראה כי בקשה זו היא מקרה מובהק שבו ישנם היבטים אינדיבידואליים רבים ומהותיים, המצויים בליבת הסכסוך בין המבקשים השונים לנמלים, אשר יחייבו בירור עובדתי ומשפטי פרטני ושונה בנוגע למבקשים השונים. הכרעה בהיבטים המשותפים לחברי הקבוצה לא תייתר את המשך בירורם של היבטים פרטניים-אינדיבידואליים הנובעים מרמת שונות גבוהה בין הגורמים השונים החוסים תחת מטריית המבקשים. ויודגש, כי שונות זו אינה נוגעת רק לגובה הנזק – שאף לגביו, מטבע הדברים צפויה להיות שונות משמעותית – אלא נשענת על השאלות המשפטיות והעובדתיות השונות שמצריכות ליבון לצורך גיבוש עילות התביעה השונות המבוקשות בתובענה. **אשר על כן, סבור היועץ המשפטי לממשלה, כי תובענה ייצוגית אינה הדרך היעילה להכרעת המחלוקת בנסיבות העניין.**

42. כאמור, ההטרוגניות הבולטת של חברי הקבוצה משמעותה שונות בהיבטים העובדתיים והמשפטיים הנוגעים לתתי-הקבוצות החוסות תחת הקבוצה המיוצגת. השאלות העובדתיות השונות הצפויות להתעורר נוגעות בין היתר לטיב מערכות היחסים של תתי-הקבוצות עם כל נמל, סוג הנזק שנגרם להן ככל שנגרם, הקשר הסיבתי בין הצעדים הארגוניים לנזקים לכאורה, שיעורי הנזק, היכולת לברר במשטר נזיקי קיומה של התרשלות תורמת, סיווג המשפטי ומעמדו של כל אקט של עיצומים או שביתה ותוצאותיה ולבסוף גם שאלת פעולת מי מהצדדים למיצוי ההליכים ביחס לטענותיהם המורכבות בנוגע לניהול תהליך קונפליקטואלי מהסוג של שביתה.

43. בנוסף, השונות האמורה צפויה לעורר שאלות משפטיות שאינן עשויות מעור אחד. גם בהקשר זה נודעת חשיבות להבדלים האמורים ביחסים בין כל נמל לתתי-הקבוצות השונות לצורך ביסוס התשתית המשפטית הנדרשת לקיומן של עילות התביעה השונות. זאת, בין היתר, בהקשר של ביסוס חובות זהירות וצפויות, קיומו של קשר סיבתי, קיומם של יחסים חוזיים, הייתכנות המשפטית לפתרונות חלופיים שחלקם אינם בסמכות הנמל אלא בסמכות הריבון, ואמצעים נטענים למזעור נזקים.

כך למשל, בזהירות המתבקשת ומבלי לקבוע מסמרות, נראה כי לצורך בחינת שאלת קיומו או אי-קיומו של חוזה, ישנם הבדלים של ממש בין קבוצת היצואנים והיבואנים לבין חברות השילוח הימי, ובוודאי בין שני האחרונים לבין כלל הציבור, בבחינת מערכת היחסים של הקבוצות השונות עם הנמלים. וכמובן, שתנאי לבחינה כאמור היא הנחתה של תשתית ראויה להוכחת יחסים חוזיים בדמות צירופם של חוזים רלבנטיים, דבר שלא נעשה במסגרת הבקשה.

בנוסף, נראה כי גם שאלת קיומה של חובת זהירות בהקשר של דיני הנזיקין, על מבחני הצפויות הנלווים לה, ושאלת תחולתה על הנמלים ביחס לקבוצות השונות, תחייב באופן בלתי נמנע התייחסות אינדיבידואלית לקבוצות השונות. ההתייחסות הפרטנית האמורה

נוגעת הן לטענות התביעה של המבקשים והן לטענות הגנה אפשריות מצד הנתבעים ביחס לתובעים השונים. ויודגש, כי ההידרשות להיבטים האינדיבידואליים של חברי הקבוצה הכרחית הן לצורך קביעות במישור האחריות המושגית והן לצורך בחינת קיומה של אחריות קונקרטיית.

44. בה במידה, שאלת טיבה של כל שביתה ואופן הטיפול בה מחייבים ירידה לפרטי כל אירוע של עיצום וניתוחו גם בהתאם להוראות חוק הסכמים קיבוציים, בהתאם להליך הדיאלקטי של ניהול הסכסוך בכל מקרה לגופו, להתנהלות הצדדים לסכסוך בהליכים משפטיים שהתנהלו בעניין בבתי הדין לעבודה, ככל שהתנהלו, והחלטות בית הדין בכל אחת מהן. מטבע הדברים, לדיונים שהתקיימו ביחס לשביתות השונות בבתי הדין לעבודה, לטענות שהעלו הצדדים לסכסוך במהלכם ולסיווגן בידי בית הדין בזמן אמת, ככל שנעשה, יש משקל לסיווגן.

ואולם על אף הצורך המתחייב לרדת לפרטי אירועי העיצומים השונים ולנסיבות המשפטיות והעובדתיות שאפיינו כל אחד מהם, בקשת האישור מתייחסת באופן כוללני וגורף למספר גדול של צעדים ארגוניים אשר התקיימו בזמנים שונים, היו בעלי סיווג שונה, נשאו אופי שונה ונמשכו פרקי זמן שונים. הצעדים השונים שבהם נקטו הנמלים בתגובה לעיצומים השתנו מאירוע לאירוע, הן במישור התגובה המשפטית מול העובדים והן במישור המאמצים להוסיף ולספק שירותי נמל שוטפים חרף העיצומים. כמו כן, המבקשים אף לא טוענים, כי נגרם להם נזק בכל אחד מהעיצומים. נראה כי לצורך הכרעה במחלוקת בין הצדדים, הן בשאלת האחריות בהתאם לעילות השונות והן בשאלת שיעורי הנזק, התייחסות פרטנית לצעדים הארגוניים השונים על מאפייניהם הייחודיים תהיה בלתי נמנעת.

45. נוכח האמור, **הרי שהבקשה אינה עומדת בדרישת סעיף 8(א)(2)** לחוק לפיה לצורך אישור הבקשה על המבקשים להראות, כי תובענה ייצוגית היא הדרך היעילה וההוגנת להכרעה במחלוקת בנסיבות הענין. השוני האמור בין תתי-הקבוצות החוסים תחת הקבוצה המיוצגת, צפוי לדרוש כאמור בירור עובדתי ומשפטי מורכב המתייחס לאירועים שונים ולמערכות יחסים משפטיות מגוונות באופן הצפוי להפוך את ההליך לבלתי יעיל.

46. לצד האמור, ומבלי להיכנס לעובי הקורה בסוגיות השונות העולות בבקשה, לא למותר לציין, כי היעדרה של תשתית עובדתית כאמור, מלבד משמעותה לעניין אי-התאמת ההליך להתקיים במסלול של תובענה ייצוגית, צפויה אף להציב קשיים לפני גיבושן של העילות השונות להן טוענים המבקשים ככל ותאושר הבקשה.

47. העולה מן הדברים, כי בהתאם לאמות המידה שנקבעו בפסיקה, הרי שהשאלות השונות המתעוררות בעניין של תת-הקבוצות החוסות תחת קבוצת המבקשים הן "מהותיות" ביותר, ההבדל ביניהן עולה על הדמיון ביניהן, וללא ספק הנפרד בין הקבוצות הוא "העיקר" בעוד דווקא המשותף, ככל שישנו, הוא "הטפל", ולא ניתן יהיה להכריע בו אלא לאחר ליבון

ופירוק שאלות המשנה העובדתיות והמשפטיות, ביחס לכל שביתה וביחס לכל אחד מחברי הקבוצה בנפרד. ויודגש, כי השונות המהותית האמורה נוגעת אף לעצם קיומן של עילות התביעה ולעצם זכאותם של חברי הקבוצה לקבלת סעד, בצד השונות הנוגעת לגובה הנזקים השונים והפיצוי המגיע בגינם. אשר על כן, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה בחינת הבקשה בעניינינו בראי הקווים המנחים שהותוו בפסיקה צריכה להביא למסקנה כי דין הבקשה להידחות. ויובהר, כי בבקשת האישור דנן אכן מבוקש, על פני הדברים, לחדד שאלה משפטיות מהותיות שהיא אחת ומשותפת בדבר חלוקת האחריות הנזיקית בקרות נזקים לצדדים שלישיים כתוצאה משביתות. ואולם שאלה זו אינה יכולה להתגבר על הצורך בליבון שאלות-משנה משפטיות רבות, על מנת לקדם גיבוש הלכה משפטית סדורה בעניין. שאלות משנה אלה, אינן "טפלות" לשאלה העקרונית ולא ניתן להכריע בהתגבשות העילה המשפטית ללא הכרעה קודמת בהן.

4.ג שאלות נוספות המתעוררות במסגרת בקשת האישור

48. על רקע העמדה, כי דין בקשת האישור להידחות מהטעמים האמורים, סבור היועץ המשפטי לממשלה שבשלב מקדמי זה, כלל אין מקום להוסיף ולהידרש לשאלות המשפטיות הנוספות שבקשת האישור מעוררת. שאלות אלו נוגעות לשורה של סוגיות אשר לאור האמור לעיל – אין זה המקום לבררן. שאלות אלו ימתינו לשעתן להתברר בנסיבות המתאימות.

49. מבלי למצות את מכלול הסוגיות המתעוררות בבקשה, יסתפק היועץ המשפטי לממשלה בציון תמציתי של כמה מהן. ראשית, המבקשים טוענים כי בקשתם צולחת את 'מנגנון הסינון' של סעיף 3 לחוק, המגביל כאמור את האפשרות לנהל תובענה ייצוגית לרשימת העניינים המפורטת בתוספת השנייה לחוק. כך, טוענים המבקשים כי הם באים בגדרי פרט 1 לתוספת השנייה לחוק, שעניינו תביעה נגד עוסק, בקשר לענין שבינו לבין לקוח. בהידרשות לשאלת תחולתו של פרט 1 לתוספת השנייה על בקשת האישור לענות, על השאלה האם כל תתי-הקבוצות המרכיבות את קבוצת המבקשים אכן עונות להגדרת 'לקוח' של הנמלים, גם אם תאומץ פרשנות מרחיבה למונח זה.

גם שאלת התאמת התובענה לפרט 4 לתוספת השנייה לחוק, שעניינו תביעה בעילה לפי חוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988 (לעיל הלן: "חוק התחרות הכלכלית") אינה מובנת מאליה ועל פני הדברים תחייב מענה לשאלה האמנם שביתת עובדים עולה כדי הסדר כובל כמשמעותו בחוק התחרות הכלכלית.

50. שאלת-משנה נוספת שבקשת האישור מעוררת על פני הדברים, נוגעת לתחולת סעיף 8(ב)(2) לחוק בעניינינו. כאמור לעיל, סעיף זה מאפשר להביא בחשבון שיקולים של "מאזן נוחות" בין התועלת הצפויה מאישור ניהולו של ההליך בדרך של תובענה ייצוגית לבין נזק חמור שייגרם לציבור הנזקק לשירותיו של הנתבע, או לציבור בכללותו – כאשר מדובר בבקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד גוף המספק שירות חיוני. מבלי לקבוע מסמרות, לסעיף זה

עשויה להיות רלבנטיות בענייננו על רקע חיוניות שירותי הנמלים ובשים לב לסכומי הפיצויים המתבקשים בהליך ולצורך בהערכות כלכליות לבירורה של טענה מסוג זה.

כאמור, סקירה תמציתית זו נועדה להבהיר את עמדתו הראשונית של היועץ המשפטי לממשלה בסוגיות רגישות אלו, אך מטבע הדברים היא אינה מתיימרת למצות את מכלול השאלות השונות שלעמדת היועץ המשפטי לממשלה ספק אם יש צורך להכריע בהן בהליך דין.

סיכום

51. עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי התובענה אליה מתייחסת בקשת האישור נוגעת לשאלות רבות ומגוונות של עובדה ושל משפט אשר תובענה ייצוגית אינה הדרך היעילה וההוגנת להידרש אליהן כאמצעי להכריע במחלוקת שבין הצדדים. מסקנה זו נובעת מהשונות הרבה בין המבקשים השונים וביחסיהם עם הנמלים, הן במישור העובדתי והן במישור המשפטי. כמו כן, מסקנה זו מתחייבת על רקע מגוון הצעדים הארגוניים אשר התובענה מתייחסת אליהם, השונים זה מזה בזמנם, אופיים, היקפם וטיב תגובת הנמלים אליהם.

השונות האמורה עשויה בתורה להשליך על קביעת עילות התביעה הרלבנטיות וכן על קביעת היקף הנזקים השונים, ועל כן צפויה לחייב בירור פרטני, עובדתי ומשפטי, ביחס לתתי-הקבוצות השונות המרכיבות את קבוצת המבקשים על מאפייניהם האינדיבידואליים.

על רקע האמור, סבור היועץ המשפטי לממשלה, כי דין בקשת האישור להידחות נוכח אי-ההתאמה של התובענה להתברר כתובענה ייצוגית בהתאם להוראות החוק.

52. לבסוף, ככל שעל אף האמור לעיל בית המשפט הנכבד יורה על קבלת בקשת האישור, יבקש היועץ המשפטי לממשלה לשקול הגשת עמדה משלימה בנושא.

עודד יהוד, עו"ד

עוזר לפרקליט מחוז דרום-אזרחי

שלומי ירדן, עו"ד

סגן בכיר בפרקליטות מחוז דרום-אזרחי

היום, י' טבת תש"פ, 07 ינואר 2020