

בענין:

1. **סקטור אפיקים בע"מ**
חברה פרטית מספר 514071464
מרחוב ביל"ו 32, מבשרת ציון 9076822
 2. **בי.אס. אנד בי.אל. קבוצת מסחר בע"מ**
חברה פרטית מספר 514749571
מרחוב הרב גורן 15, ראשון לציון 7575317
- על-ידי באי-כוחן גיל רון, קינן ושות', עורכי-דין
מרחוב ויצמן 32 (בית ליסין), תל-אביב 6209105
מס' טל': 03-6967676; מס' פקס' 03-6967673

המבקשות

- נ ג ד -

1. **Yang Ming Marine Transport Corp.**, חברה הרשומה בטאיוואן
באמצעות הסוכן המקומי - קונמרט (סוכני אניות) בע"מ
משדרות המגינים 54, חיפה 3326411
2. **Sealand Europe A/S**, חברה הרשומה בדנמרק
באמצעות הסוכן המקומי - מארסק ישראל בע"מ
מרחוב יגאל אלון 65, תל-אביב 6744316
3. **Mediterranean Shipping Company S.A.**, חברה הרשומה בשווייץ
באמצעות הסוכן המקומי - MSC ישראל בע"מ
מדרך יפו 157, חיפה 3525126

המשיבות

בקשה לאישור תובענה כייצוגית

בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006

בית המשפט הנכבד מתבקש כדלקמן :

- (א) לאשר למבקשות להגיש תובענה ייצוגית נגד המשיבות, בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 (להלן : חוק תובענות ייצוגיות) ;
- נוסח התובענה הייצוגית מצורף לבקשה זו כנספח 1 ;
- (ב) לקבוע, בהתאם לסעיפים 10 ו-14(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, כי חברי הקבוצה יהיו כל יבואן, יצואן או משלח בינלאומי (ביחד : סוחר) אשר החל מיום 1 בינואר 2018 ועד הגשת התביעה לאחר אישורה, ייבא או ייצא מטען שהובל על ידי המשיבות או מי מהן, ובקשר להובלה המשיבות הטילו חיוב בגין צפיפות בנמל אשדוד או נמל חיפה, כולל חיובים שכונו "דמי צפיפות", "היטל צפיפות", "היטל חירום", "congestion fee", "congestion charge", "congestion surcharge", "port congestion fee", "port congestion surcharge", "emergency surcharge" וכדומה (להלן : דמי צפיפות), והסוחר שילם בגין ההובלה דמי צפיפות, בין אם החיוב הוטל על הסוחר על ידי המשיבות (לקוח ישיר), ובין אם מדובר ביבואן או יצואן אשר משלח בינלאומי חייב אותו בגין דמי צפיפות על בסיס חיוב של המשיבות (לקוח עקיף) ;
- (ג) לקבוע, בהתאם לסעיף 14(א)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, כי המבקשות תהיינה התובעות הייצוגיות, וכי באי-כוחן החתומים על בקשה זו יהיו באי-הכוח המייצגים ;
- (ד) לקבוע, בהתאם לסעיף 14(א)(3) לחוק תובענות ייצוגיות, כי לחברי הקבוצה עילת תביעה מכוח חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979 (להלן : חוק עשיית עושר ולא במשפט) ; עילת תביעה בגין הפרת החובה לנהוג בתום לב ובדרך מקובלת, מכוח סעיפים 39 ו-61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן : חוק החוזים) ; עילת תביעה בגין הפרת החובה לשמור על נכסי הנאמנות, לנהלם ולפעול להשגת מטרות הנאמנות והחובה לנהוג באמונה ובשקיפה, החלות על נאמן מכוח סעיף 10 לחוק הנאמנות, תשל"ט-1979 (להלן : חוק הנאמנות) ; עילת תביעה בגין הפרת החובה לנהל חשבונות ולתת דין וחשבון לנהנים אחת לשנה, בהתאם לסעיף 7 לחוק הנאמנות ; ועילת תביעה בגין הפרת חוזה ; ולחלופין - עילות תביעה לפי הדין האנגלי, בגין הפרת חוזה, התעשרות בלתי-צודקת ; הפרת החובה לנהוג בשקילות דעת (duty of rationality) ; ועילות תביעה מן היושר ;
- (ה) לקבוע, בהתאם לסעיף 14(א)(4) לחוק תובענות ייצוגיות, כי אלה יהיו הסעדים בתובענה הייצוגית :
- (1) חיוב המשיבות למסור חשבונות מלאים, מאומתים בתצהיר, אודות העלויות העודפות שנגרמו להן בשל צפיפות בנמלים בתקופה הרלוונטית, ותחשיב מפורט ומלא של חלוקת העלויות העודפות בין כל בעלי המטענים, על בסיס חלוקת העלויות למכולה, לרבות אסמכתאות מלאות לעלויות ולתחשיבים ;
- (2) חיוב המשיבות להשיב לחברי הקבוצה את דמי הצפיפות שהם שילמו ביתר, כלומר את ההפרש בין דמי הצפיפות ששולמו ובין הוצאות המשיבות בשל צפיפות חריגה בנמלים ; ואם יתברר כי בעלי המטענים חוייבו בדמי הצפיפות שלא באופן שוויוני – השבת סכומים ששולמו שלא באופן שוויוני ;
- (3) פיצוי כספי בגין נזק נוסף שנגרם על ידי המשיבות בשל חיוב בדמי צפיפות ביתר ;
- (4) חיוב המשיבות להגביל את דמי הצפיפות להוצאות שנגרמו להן כתוצאה מצפיפות חריגה בנמלים ;
- (5) מינוי בעל תפקיד אשר יפקח על ביצוע פסק הדין ; וכן
- (6) כל סעד אחר לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, או לטובת הציבור ;
- (ו) להורות, בהתאם לסעיף 25 לחוק תובענות ייצוגיות, כי ההחלטה בבקשה זו תפורסם באופן שייקבע על ידי בית המשפט הנכבד, לרבות משלוח הודעה אישית לחברי הקבוצה בהתאם לכתובתם כפי שמופיעה ברישומי המשיבות וסוכניהן ומשלוח הודעות באמצעות משלחים בינלאומיים, וכן פרסומים בעיתונות, לרבות עיתונות מקצועית ; ולהורות כי המשיבות ישאו בעלות הפרסום ומשלוח ההודעות ;
- (ז) לאשר, בהתאם לסעיף 13 לחוק תובענות ייצוגיות, את התובענה כתובענה ייצוגית, בנוסח המוצע או בכל שינוי עליו בית המשפט הנכבד יחליט, הכל כפי שייראה בעיני בית המשפט הנכבד ראוי לשם הבטחת ניהול הוגן ויעיל של התובענה הייצוגית ; וכן
- (ח) לחייב את המשיבות בהוצאות ובשכר טרחת עורכי הדין.

חלק ראשון - מבוא

1. חלק גדול מהיבוא למדינת ישראל והיצוא ממנה מבוצע באניות מכולות. עבור ההובלה משולמים דמי הובלה (המכונים freight). בעולם הספנות שורר נוהג, לפיו במקרה של צפיפות חריגה של אניות בנמל המוצא או בנמל היעד, שגורמת לעיכוב בטיפול בטובין, חברות ההובלה רשאיות לגבות סכום נוסף, לכיסוי ההוצאות העודפות שנגרמו כתוצאה מהצפיפות. החיוב מכונה "דמי צפיפות" או "היטל צפיפות", ובאנגלית - "congestion fee". לעתים ניתן לחיוב שם אחר, לרוב דומה.
2. דמי הצפיפות לא נועדו להשגת רווח עבור חברות ההובלה. הרווח מופק מהעסקה הבסיסית, מדמי ההובלה. דמי הצפיפות נועדו רק לכסות עלות עודפת שנגרמה כתוצאה מצפיפות חריגה בנמל.
3. מזה שנים דמי הצפיפות בגין הנמלים בישראל מחושבים ומוטלים על ידי חברות ההובלה באופן חד-צדדי. תשלום דמי ההובלה וכל החיובים הנלווים, לרבות דמי הצפיפות, נדרש כתנאי לקבלת המטען (במקרה של יבוא) או מסירתו להובלה (במקרה של יצוא). לסוחר אין ברירה, אלא לשלם את דמי הצפיפות.
4. בישראל, מעת לעת, מוטלים דמי צפיפות, בשל עומס בנמלי אשדוד וחיפה. בשנים האחרונות נשמעים קולות, לפיהם מוטלים דמי צפיפות ביתר. בשנת 2018 הותר כל רסן. בחודשים פברואר ומאי 2018 וסמוך להם, הפעילות בנמלים סבלה מהאטה, כתוצאה ממהלכים של העובדים. חברות ההובלה הטילו דמי צפיפות, בסכומים גבוהים – 50 עד 200 דולר ארה"ב למכולה. בחלוף זמן קצר הנמלים שבו להתנהל כסדרם. חלק מהחברות הפסיקו את הגבייה, חלק המשיכו, וחלק הטילו דמי צפיפות דווקא כשהצפיפות פחתה. גביית דמי הצפיפות נמשכה עוד זמן רב. חלק מהחברות ממשיכות בגבייה עד עתה, ללא סיבה.
5. חברות ההובלה, ובכללן המשיבות, גבו דמי צפיפות ביתר, והפיקו לעצמן רווחים. גביית דמי הצפיפות חודשים רבים לאחר תום תקופת הצפיפות בפועל, מוכיחה זאת היטב. גם השונות הרבה בין סכומי דמי הצפיפות ותקופת הגבייה, בין חברות ההובלה, מלמדת על חיוב שרירותי.
6. לחברי הקבוצה עילות תביעה מצויינות. בגביית דמי צפיפות ביתר והפקת רווח, המשיבות מתעשרות שלא כדין על חשבון הסוחרים. כמו כן, המשיבות מפרות את החובה לנהוג בתום לב ובדרך מקובלת. נוכח הכוח הנתון בידי חברות ההובלה לקבוע את דמי הצפיפות, הן נושאות בחובת אמון, המגבירה את חובת תום הלב. המשיבות אף מפרות חובות נאמנות המוטלות עליהן. דמי הצפיפות משולמים להן על מנת לכסות הוצאות עודפות, לא על מנת שיפיקו לעצמן רווחים.
7. עילות התביעה עומדות לזכות חברי הקבוצה, הלקוחות הישירים והעקיפים. במקרה שהיבואן או היצואן משלם את דמי הצפיפות למשיבות, חבר הקבוצה הוא לקוח ישיר. גם משלח בינלאומי ששילם למשיבות, ולא חייב את הלקוח בדמי צפיפות (או חייב באופן חלקי), הוא לקוח ישיר. לקוחות עקיפים הם יבואנים ויצואנים ששילמו למשלח בינלאומי דמי צפיפות, שהוטל בשל חיוב המשלח על ידי המשיבות.
8. ללקוחות הישירים עומדת עילת תביעה גם בגין הפרת חוזה.
9. לסוחרים זכות לקבל חשבונות מלאים, הכוללים הצגה של כל ההוצאות העודפות שנובעות מהצפיפות, תחשיב דמי הצפיפות המבוסס על ההוצאות, חלוקה של דמי הצפיפות באופן שווה והוגן בין כל בעלי הזכויות במטענים לפי מפתח של סכום למכולה, ואסמכתאות מלאות לכל אלה. הזכות לחשבונות ברורה. לחברות ההובלה כוח עודף על הסוחרים. כל המידע בידיהן, הן מכתיבות את דמי הצפיפות, והסוחרים נאלצים לשלם. במצב דברים זה מוטלת על חברות ההובלה חובת אמון, המקימה זכות לחשבונות.
10. על המשיבות להשיב את הרווח שהן הפיקו מדמי הצפיפות, ולפצות את הסוחרים בגין נזקים נוספים שנגרמו להם, כמו תשלומי מכס עודפים.

חלק שני – דמי צפיפות – הנוהג וגביית היתר

11. יבוא למדינת ישראל ויצוא ממנה מבוצעים לרוב באמצעות אניות מכולות. ברחבי העולם פועלות חברות הובלה ימית רבות. לרוב הן מיוצגות, בכל מדינה, על ידי סוכני אניות מקומיים. חלק מסוכני האניות קשורים לחברות ההובלה בקשרי בעלות.

12. המשיבות הן חברות הובלה מובילות ומוכרות בעולם. אניותיהן פוקדות את נמלי ישראל כל העת. הן מיוצגות בישראל על ידי סוכנים מקומיים. משיבה מס' 1, Yang Ming Marine Transport Corp. (להלן: יאנג מינג), רשומה בטאיוואן, ולפי מיטב ידיעת המבקשות עוסקת בעיקר בהובלה מהמזרח הרחוק ואליו. משיבה מס' 2, Sealand Europe A/S (להלן: סילנד), רשומה בדנמרק, ושייכת לקבוצת החברות Maersk שפועלת ברחבי העולם. משיבה מס' 3, Mediterrenean Shipping Company S.A. (להלן: MSC), רשומה בשווייץ, ופועלת גם היא ברחבי העולם.

13. בהתאם לתנאי מסחר מקובלים, עבור הובלה ימית משולמים דמי הובלה, המכונים – freight. עם זאת, מזה שנים רבות רווח נוהג, לפיו חברות ההובלה זכאיות לתשלום נוסף, בגין הוצאות שנגרמות להן כתוצאה מצפיפות חריגה בנמל. לפי הנוהג, במקרה שהצפיפות בנמל גורמת לעיכוב בפריקת הטובין או הטענתם, וכתוצאה מכך לזמן שהייה נוסף של האניה בנמל המקומי, חברת ההובלה רשאית לגבות תשלום נוסף, לכיסוי ההוצאות העודפות שנגרמו לה כתוצאה מהצפיפות והעיכוב. לרוב מדובר בצורך להשאיר את האניה בנמל מעבר למתוכנן. אלה הם דמי הצפיפות.

14. החיוב הנוסף זכה לשמות מגוונים, שלרוב כוללים את המילה "צפיפות" או "חירום" - "דמי צפיפות", "היטל צפיפות", "היטל חירום", "congestion charge", "congestion fee", "emergency surcharge", "port congestion fee", "port congestion surcharge", "congestion surcharge", "port congestion surcharge", וכדומה.

15. הספרות המקצועית מתייחסת לתופעת הצפיפות בנמלים, ולנוהג לגבות דמי צפיפות כדי לכסות הוצאות עודפות של חברות ההובלה בזמן העיכוב. Peter Brodie, בספרו Commercial Shipping Handbook (3d. ed., 2015), מתאר את הנוהג כך (בעמוד 95) –

"Congestion is the accumulation of ships in a port to the extent that ships arriving to load or discharge are obliged to wait some days, or in extreme cases weeks, for a vacant berth so as to load or discharge their cargo. A port is also said to be congested when loading or discharging operations are unusually protracted, resulting in considerable delays...

... When the delays are prolonged, very often shippers are charged a surcharge, known as a congestion surcharge, port congestion surcharge, congestion fee or port congestion fee. There is no one method of calculating this surcharge but it is intended to cover the daily running costs of the ships involved, including any diesel oil needed to run the ship's generators for the period during which they are delayed waiting for a berth. Shipping lines may also need to increase speed at sea to compensate for delays in port in order to maintain their schedule. A surcharge helps to compensate for this..."

דברים דומים מופיעים במילון המונחים - Peter Brodie, Dictionary of Shipping Terms (6th ed., 2013).

העתקים של עמודים רלוונטיים מספריו של Peter Brodie מצורפים לבקשה זו כנספח 2.

16. כך נעשה גם בישראל. מעת לעת הנמלים סובלים מצפיפות, בשל עיצומים, שביתות, או סיבות אחרות. חברות ההובלה מטילות דמי צפיפות, המיועדים לפצות על ההוצאות העודפות שנגרמו כתוצאה מהעיכוב.
17. באתר האינטרנט של לשכת המסחר והתעשייה חיפה והצפון, מוצגים הדברים כך – "היטל הצפיפות הנו סוג של פיצוי הנדרש ע"י חברות הספנות בגין עלויות נוספות שנוצרות בשל עיכובים והמתנות בנמל, כמו למשל במצבים של שביתה".
- העתק של עמוד מאתר האינטרנט של לשכת המסחר והתעשייה חיפה והצפון מצורף לבקשה זו כנספח 3.
18. באתר האינטרנט של חברת נמל אשדוד, וכן במדריך **עבודת נמלים – היכרות עם תהליכי העבודה, תנועת מטענים וסחר ימי בנמל אשדוד**, תשע"ז-2017, שהוצא על ידי הנמל, מתוארים דמי הצפיפות כך -
- "היטל צפיפות - CONGESTION/DETENTION SURCHARGE - זהו מימון ההפסדים בגין מצב בו האוניות מנועות מלהיכנס לנמל בעקבות צפיפות או שביתה. שכיח במקומות גיאוגרפיים בהם קיים מספר נמוך של נמלים. אופן חישוב ההיטל: במועד בו 'מסתיימת תקופת הצפיפות' חברות הספנות מסכמות את הנזקים שנגרמו להן ובהתאם לכך מסוכס אל מול איגוד המשתמשים גובה ההיטל המהווה אחוז מסוים מערך ההובלה".
- העתק של דף רלוונטי מאתר האינטרנט של נמל אשדוד מצורף לבקשה זו כנספח 4.
- העתק של החלק הרלוונטי של המדריך **עבודת נמלים – היכרות עם תהליכי העבודה, תנועת מטענים וסחר ימי בנמל אשדוד**, תשע"ז-2017, מצורף לבקשה זו כנספח 5.
19. התיאור בנוגע למהות דמי הצפיפות – מדויק. הוא נועד לממן הפסד שנגרם לחברות ההובלה בשל צפיפות בנמל. עם זאת, כיום התנהלות חברות ההובלה שונה מעט מכפי שמתואר באתר ובמדריך. לעיתים חברות ההובלה אינן ממתנינות לתום תקופת הצפיפות ולסיכום הנזק כדי להטיל את דמי הצפיפות. כמו כן, מזה שנים דמי הצפיפות אינם מסוכמים עם נציגי בעלי המטענים. בעבר הרחוק כך היה נהוג.
20. בהתאם לנוהג זה, חברות הובלה, ביניהן המשיבות, מטילות מעת לעת דמי צפיפות. הדבר נעשה ביחס לנמלים מסויימים. בעת הטלת דמי הצפיפות, החברות מציינות כי הדבר נובע מהמצב באותם נמלים. דוגמאות של הודעות של חברות הובלה על הטלת חיובים בשל צפיפות בנמלים ברחבי העולם, כולל בישראל, מצורפות לבקשה זו כנספח 6.
21. לאורך השנים הושמעו בקהילת העסקים הישראלית קולות, לפיהם חברות ההובלה מטילות דמי צפיפות מופרזים. לפי מיטב ידיעת המבקשות, עד כה הדבר לא נבחן לעומק.
22. בשנים 2018 ו-2019 חלה הקצנה בגביית דמי הצפיפות. בחודש פברואר 2018 או סמוך לו הפעילות בנמל אשדוד סבלה מהאטה. בחודש מאי 2018 שוב חלו שיבושים, משך תקופה קצרה. סביב אירועים אלה חברות הובלה הטילו דמי צפיפות, בסכומים שונים. חלק מהן הטילו דמי צפיפות מאוחר יותר, אולי לאחר שנוכחו לראות כי חברות אחרות עשו זאת באופן חופשי.
23. בהטלת דמי הצפיפות ניכרת מידה רבה של שרירותיות. ניתן היה לצפות לאחידות, או לכל הפחות לדמיון, בתקופות החיוב ובסכומי החיוב. הרי בכל המקרים מדובר בעיכוב של אניות משא, באותם נמלים, באותן תקופות. אך אין הדבר כך.

24. אלה דמי הצפיפות שהוטלו על ידי המשיבות –

24.1 ביום 7 במאי 2018 יאנג מינג הודיעה כי נוכח הצפיפות הכבדה בנמלי אשדוד וחيفا, היא מטילה דמי צפיפות בסכום של 50 דולר למכולה. לפי מיטב ידיעת המבקשות, בפועל הוחל בגביית דמי הצפיפות מאוחר יותר, במהלך אותה שנה. בחודש אוקטובר 2019 או סמוך לו יאנג מינג העלתה את דמי הצפיפות למחיר של 60 דולר לכל מכולה. בחודש מרץ 2020 או סמוך לו היא העלתה את דמי הצפיפות לסכום של 70 דולר למכולה. לפי מיטב ידיעת המבקשות, יאנג מינג ממשיכה לחייב בגין צפיפות, עד למועד הגשת בקשה זו.

העתק של הודעת יאנג מינג מיום 7 במאי 2018, כפי שפורסמה באתר של חברת הלוגיסטיקה אוריין, מצורף לבקשה זו כנספח 7.

24.2 סילנד החלה להטיל דמי צפיפות כבר מחודש אפריל 2018. תחילה הלקוחות חוייבו בדמי צפיפות בסכום של 65 דולר למכולה. בחודש מאי 2018 הסכום כבר עלה ל-185 דולר למכולה, בשל צפיפות נמשכת. בחודש אוגוסט 2018 כבר נגבה סכום של 235 דולר למכולה, ובתחילת שנת 2019 הסכום הוקטן ל-150 דולר למכולה.

העתק של הודעת סילנד אודות הטלת דמי צפיפות, כפי שמופיעה באתר של סילנד, מצורף לבקשה זו כנספח 8.

24.3 ביום 29 במרץ 2018 MSC הודיעה על הטלת דמי צפיפות, בלי לציין את הסכום. לפי מיטב ידיעת המבקשות, החל מתחילת חודש מאי 2018 MSC חייבה דמי צפיפות בסכום של 200 דולר למכולה. זהו סכום חריג. MSC המשיכה לגבות דמי צפיפות בסכום זה עד סוף שנת 2018. בתחילת שנת 2019 היא הפחיתה את דמי הצפיפות לסכום של 160 דולר למכולה. חיוב זה נמשך במחצית הראשונה של שנת 2019, וייתכן שאף מעבר לכך.

העתק של הודעת MSC אודות הטלת דמי צפיפות מיום 29 במרץ 2018 מצורף לבקשה זו כנספח 9.

25. חיובים אלה הוטלו על מכולות בגודל בסיסי, שאורכן 20 רגל (המכונות בהתאם - מכולות 20). לרוב מכולות שאורכן כפול (מכולות 40) חוייבו בדמי צפיפות בסכום כפול. עם זאת, לפי מיטב ידיעת המבקשות, סילנד חייבה באותם סכומים מכולות משני הגדלים.

26. חברות ההובלה, ובכלל זה המשיבות, לא מספקות הסברים או תחשיבים בקשר לקביעת דמי הצפיפות. הכל מוכתב באופן חד-צדדי – מועד תחילת הגביה, סכום הגביה, ומועד הסיום.

27. זמן רב חלף, בנמלים כבר לא ניכרה צפיפות, אך גביית דמי הצפיפות המשיכה. ביום 3 בדצמבר 2018 סגן נשיא איגוד לשכות המסחר, מר אמיר שני, פנה במכתב אל ד"ר יורם זבה, נשיא לשכת הספנות. מר שני קָבַל, בין היתר, על כך שדמי הצפיפות, שהוטלו בעקבות העיצומים של עובדי הנמלים בחודש מאי 2018, ממשיכים להיגבות. מר שני ציין כי "לאחרונה נשמעות פניות ותלונות מיבואנים בטענה צודקת, לפיה על אף שהמצב חזר לתקנו ואניות פוקדות את הנמלים בהתאם ללוח העבודה שנקבע להן, עדיין נגבות עלויות אלה ללא הצדקה" (המכתב עסק גם בחיוב עלות דלק, בו בקשת האישור אינה עוסקת). לא ידוע למבקשות אם מכתב זה נענה.

העתק של מכתב מר שני אל ד"ר זבה מיום 3 בדצמבר 2018 מצורף לבקשה זו כנספח 10.

28. ביום 10 בדצמבר 2018 מר שני פנה באותו עניין במכתב אל שר האוצר, מר משה כחלון. מר שני תאר את הנוהג – "היטל צפיפות הינו חיוב הנדרש ע"י חברות ספנות בגין עלויות הנובעות מעיכוב אניות בעת המתנה בנמל, למשל בעת שביתה". הוא חזר על דבריו שהופיעו במכתב לנשיא לשכת הספנות, והוסיף כי דמי הצפיפות מוטלים ללא שקיפות – "וחברות הספנות אינן מפרסמות כל מידע בדבר אופן חישוב ההיטל". לדבריו, העלות השנתית עומדת על כמיליארד שקלים חדשים (כולל היטל הדלק, אך כמעט כל הסכום נובע מדמי הצפיפות). לא ידוע למבקשות אם מכתב זה נענה.

העתק של מכתב מר שני אל השר כחלון מיום 10 בדצמבר 2018 מצורף לבקשה זו כנספח 11.

29. נסיבות המקרה מוכיחות גבייה ביתר. כך עולה מהתקופה בה מוטלים דמי הצפיפות והסכומים שהוטלו. דמי הצפיפות הוטלו תחילה בשל האטה בנמלים בחודש פברואר 2018, ולאחר מכן בשל האטה בחודש מאי 2018. יאנג מינג גבתה דמי צפיפות בסכום של 50 דולר, אך לאחר מכן העלתה ל-60 דולר, ולאחר מכן ל-70 דולר, ללא קשר לצפיפות בנמלים. סילנד הטילה דמי צפיפות בחודש אפריל 2018, בסכום של 65 דולר למכולה. סכום זה הועלה ל-185 דולר בחודש יוני 2018, ואף הגיע ל-235 דולר בחודש אוגוסט 2018. לאחר מכן הגבייה נמשכה זמן רב מאד. לעומתן, MSC חייבה בסכום של 200 דולר מתחילת חודש מאי 2018, והפחיתה לסכום של 160 דולר רק בתחילת שנת 2019.

30. לא ניתן למצוא מן המשותף בסכומי החיוב ומועדיהם. אין זה סביר כי אותה צפיפות, באותם נמלים, באותה תקופה, גורמת לחברה אחת נזק בסכום של 50 דולר למכולה, בעוד שלחברה אחרת נגרם נזק בסכום של 235 דולר, כמעט פי חמישה. גם אין זה סביר כי חברה אחת תגדיל את דמי הצפיפות, בעוד שאחרת מפחיתה אותם. יתרה מכך, ככל הידוע למבקשות, יאנג מינג ממשיכה לגבות דמי צפיפות נכון למועד הגשת בקשה זו, בעוד שהחברות האחרות, רובן ככולן, כבר לא. פערים אלה מלמדים על התנהלות שרירותית לחלוטין של של המשיבות.

31. ניתן ללמוד על הגבייה ביתר, גם מנתוני זמן שהייה ממוצעת לאניות מכולה בנמל אשדוד ובנמל חיפה, שמפרסמת רשות הנמלים והספנות שבמשרד התחבורה. מהנתונים עולה כי אכן חלה עלייה משמעותית של זמן השהייה הממוצע בנמל אשדוד בחודשים פברואר עד מאי 2018, ובנמל חיפה – בחודשים אפריל ומאי 2018. בחודש ינואר 2018, לפני שהחלה הצפיפות, זמן השהייה הממוצע בנמל אשדוד עמד על 42.3 שעות. לאחר מכן חלה עלייה משמעותית בזמן השהייה. על כן, ככל הנראה היה מקום להטיל דמי צפיפות, בסכום התואם את ההוצאות שגרמה הצפיפות. החל מחודש יולי 2018, משך למעלה משנה, זמן השהייה היה קצר יותר מזה שבחודש ינואר 2018. בשנת 2019 ניכרת ירידה משמעותית בזמן השהייה. דמי הצפיפות לא הופחתו בהתאם. תמונה דומה מתקבלת ביחס לנמל חיפה.

תדפיסים עם נתוני זמן שהייה ממוצעת בנמלי אשדוד וחיפה, שפורסמו על ידי רשות הנמלים והספנות, מצורפים לבקשה זו כנספח 12.

32. הנה, ברור כי המשיבות שלחו ידיהן בגביית דמי צפיפות ביתר. הגבייה חורגת מן המותר.

33. לסיכום חלק זה, דמי הצפיפות נועדו לפצות את חברות ההובלה על הוצאות עודפות, שנגרמו להן כתוצאה מצפיפות בנמל. המשיבות מנצלות את הכוח הנתון להן כלפי הסוחרים, ומטילות דמי צפיפות גבוהים, באופן שרירותי.

חלק שלישי – עילות התביעה הייצוגית

34. לחברי הקבוצה, הסוחרים, עומדות שלל עילות תביעה מצויינות נגד המשיבות.
35. בראש ובראשונה עומדת לחברי הקבוצה עילת תביעה בגין עשיית עושר ולא במשפט. המשיבות גובות מחברי הקבוצה, בין במישרין ובין באמצעות משלחים בינלאומיים, תשלום שנועד לכיסוי הוצאות מסויימות. בגביית דמי צפיפות בסכומים העולים על ההוצאות, הן מקבלות שלא על פי זכות שבדין טובת הנאה, שבאה להן מאדם אחר. הן חייבות להשיב את הזכיה, לפי סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט.
36. בית המשפט העליון התייחס ליסודות עילת תביעה זו, ברע"א 5768/94 א.ש.י.ר. **יבוא יצור והפצה ואח' נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ**, פ"ד נב(4) 289, 440 (1998) (להלן: עניין **אשיר**). נפסק כי "... המבחן לזכות ההשבה מושפע מנסיבותיו העובדתיות של סוג המקרה. במיוחד הבחינו בין שלוש קבוצות עיקריות של מקרים, שבהם נקודת המוצא שונה לחלוטין. קבוצה ראשונה, המכונה במינוח הגרמני הנשען על המסורת הרומניסטית, *Leistungskondiktion*, דהיינו בתרגום בקירוב: השבה בשל קיום חיוב. קבוצה זו עוסקת במקרים שבהם הועברה זכיה על-ידי המזכה אל הזוכה מתוך רצון לקיים חיוב. אם נתברר, מסיבה כלשהי, כי החיוב לא היה קיים, או שנתבטל, או שבא לקצו, חייב הזוכה בהשבה משום שהסיבה המשפטית שעמדה ביסוד הזכיה לא הייתה קיימת מעולם או אינה קיימת עוד".
37. דברים אלה יפים לעילת התביעה של חברי הקבוצה. הם שילמו דמי צפיפות מתוך רצון לקיים חיוב – כיסוי ההוצאות שנגרמו למשיבות כתוצאה מהצפיפות בנמלים. בגין סכומים שהועברו, החורגים מאותן הוצאות, חלה חובת השבה. אין הדבר משנה אם מראש בוצעה גביה ביתר, או שכך התברר בדיעבד – "החיוב לא היה קיים, או שנתבטל, או שבא לקצו" (כלשון פסק הדין בעניין **אשיר**).
38. מקרה בעל יסודות מהותיים משותפים נדון בת"צ (מחוזי מרכז) 15-01-15049-01 **כהן נ' אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 10.09.2019) (להלן: עניין **כהן**). דובר בתביעה נגד חברת אל-על, להשבת סכומים עבור מסים ששולמו לה על ידי נוסעים, אשר לאחר מכן ביטלו את הטיסה. חברת אל-על לא העבירה את הכספים למדינה, וגם לא השיבה אותם לנוסעים. התביעה עסקה הן במסים שחלים על חברת אל-על, והן במסים שחלים על הנוסעים, ששילמו אותם לחברת אל-על על מנת שזו תעבירם לרשות. בית המשפט הכיר בעילת תביעה בגין עשיית עושר ולא במשפט, ואישר את התביעה הייצוגית.
39. עילת תביעה זו מתגבשת הן ביחס ללקוחות ישירים והן ביחס ללקוחות עקיפים. ביחס ללקוחות ישירים, חברת ההובלה דורשת את התשלום מחבר הקבוצה, הסוחר, והוא משולם על ידיו (בעצמו או באמצעות אחרים). ביחס ללקוחות עקיפים, דמי הצפיפות נגבים ממשלחים בינלאומיים, ואלה מחייבים את לקוחותיהם בדמי צפיפות. בשני המקרים חברות ההובלה מתעשרות שלא כדין. בשני המקרים נגרם נזק לסוחרים - יבואן, יצואן או משלח. חלק מהמשלחים מקטינים את הנזק או מבטלים אותו על ידי חיוב הלקוח שלהם בדמי צפיפות. בהתאם לכך זכאותם פוחתת, ומנגד קמה זכות ללקוח כלפי חברת ההובלה. ואכן, בענין **כהן**, אושרה התביעה הייצוגית, הן ביחס ללקוחות ישירים והן ביחס ללקוחות עקיפים.
40. עילת התביעה של לקוחות עקיפים חוסה תחת הנוסח הרחב של סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט – "... השימוש בביטוי זכיה ה'באה' מן התובע אינו מלמד על כוונה להציב דרישה כי טובת ההנאה תבוא במישרין מן התובע או כי תבוא אך ורק מן התובע. דרישת הישירות נוהגת בדין הגרמני. זוהי דרישה מורכבת ומסובכת שהצמיחה ספרות ענפה ופסיקה לא מבוטלת. בעיני זוהי דרישה מכבידה ובלתי רצויה, ואין כל רמז לכך שהמחוקק הישראלי העלה בדעתו לאמץ רעיון זה. להיפך, האמור בס' 1(ב) לחוק עשיית עושר, שלפיו 'אחת היא אם באה הזכיה מפעולת הזוכה, מפעולת המזכה או בדרך אחרת', מצביע על כך שהמחוקק נקט גישה מרחיבה ולא ביקש לכבול את העיקרון הכללי באזיקים מסוג זה" – דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור **דיני עשיית עושר ולא במשפט** כרך א 103 (מהדורה שלישית, 2015).

41. גישה רחבה זו התקבלה על ידי בתי המשפט. ראו ת"צ (מחוזי מרכז) 51324-03-14 יהודה נ' Hewlett-Packard Company, פסקה 32 (פורסם בנבו, 3.5.2017); וכן ת"א (מחוזי תל-אביב) 1792-09 פירט נ' אקסלנס נשואה ניהול השקעות בע"מ, פסקה 67 (פורסם בנבו, 9.12.2013).
42. לחברי הקבוצה עילת תביעה מצויינת, גם בגין הפרת החובה לנהוג בתום לב ובדרך מקובלת, הקבועה בסעיף 39 לחוק החוזים - "בקיום של חיוב הנובע מחוזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב; והוא הדין לגבי השימוש בזכות הנובעת מחוזה". מכוח חובה זו, המשיבות מחוייבות לפעול באופן ראוי, סביר והוגן, ולגבות דמי צפיפות רק בהתאם להוצאות העודפות שנגרמו להן כתוצאה מהצפיפות, על בסיס שוויוני.
43. החובה לנהוג בתום לב ובדרך מקובלת חלה ביתר שאת על אדם שניצב בעמדת כוח כלפי אחר. מצב זה יוצר יחסי אמון ואמונאות (לדיון בעיצוב המונח אמונאות, ראו עמיר ליכט אמונאות – חובת האמון בתאגיד ובדין הפרטי (2013) 1; להלן: ליכט אמונאות). בה"פ (מחוזי תל-אביב) 39815-06-16 מרק נ' חג'ג', פסקה 21 (פורסם בנבו, 1.1.2018) (להלן: עניין מרק), בית המשפט אימץ את גישת המלומד ליכט, לפיה "מדובר בקטגוריה מיוחדת של מערכות יחסים, שבהן אדם מקנה לזולתו כוח על ענייניו מבלי שלאותו אדם יש אפשרות ממשית לשמור על ענייניו בעצמו", והוסיף – "במצב דברים זה קיימת חשיבות רבה להכפיף את הפועל בשמו של הזולת לחובות כלפיו, ואחת המרכזיות שבהן היא חובת גילוי המידע".
44. הרעיון לפיו כוח וכפיפות יוצרים יחסי אמון מיוחדים, אינו חדש במשפט הישראלי. עוד בע"א 817/79 קוסוי נ' בנק י.ל. פויכטונגר בע"מ, פ"ד לח(3) 253, 277 (1984) (להלן: עניין קוסוי), בית המשפט העליון התייחס לכך בהקשר של דיני החברות, והוסיף – "יחסי כוח-כפיפות דומים קיימים במצבים נוספים, בין מתחום המשפט הפרטי (כגון, שלוח-שולח, אפוטרופוס-פסול-דין; נאמן-נהנה; יום-חברה) ובין מתחום המשפט הציבורי (עובד הציבור - הרשות הציבורית). עקרון האמון הוא בעל תחולה רחבה. הוא חל בכל מקום שבו נתונים לאחד כוח ושליטה על זולתו... רשימת המצבים, בהם קיימים יחסי אמון, אינה סגורה, והריהם מתקיימים 'במגוון רב של יחסים משפטיים' (ע"א 793/76...). חובת האמון היא חובה כללית, המוטלת על בעל הכוח. משמעותה של חובה זו היא, כי בעל הכוח חייב לפעול בתום-לב, בהגינות ולמען טובת הגשמת תפקידו. זהו עיקרון כללי הטמון בשיטתנו, והפעלתו הלכה למעשה מחייבת קונקרטיזאציה...". על תחולת חובת תום הלב בהקשר אחר של פגיעות (סיום חוזה קבלנות), נאמר כי "שימוש אופורטוניסטי בזכות זו, תוך התעלמות מהאינטרסים של הצד האחר או כדי לנסות ולנצל את פגיעותו לשם שיפור תנאי החוזה, ייחשב כחוסר תום-לב בקיום החוזה ויזכה את הצד השני בתרופות מגוונות" – איל זמיר חוק חוזה הקבלנות, תשל"ד-1974 פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טדסקי, 405 (1994). עוד בנושא יסוד הפגיעות בהקשר של יצירת יחסי אמון ואמונאות, ראו ליכט אמונאות 38-44.
45. דברים אלה חשובים לענייננו. בידי המשיבות כל המידע הרלוונטי לצורך חישוב דמי הצפיפות. הן לא משתפות את הסוחרים במידע. דמי הצפיפות מחושבים (אם בכלל) ומוטלים באופן חד-צדדי, ולעיתים בהתראה מאד קצרה. כל הכוח נתון בידי המשיבות. הסוחרים נתונים תחת מצב מובהק של פגיעות. אין להם ברירה אלא לשלם את הנדרש, אחרת הטובין לא ישוחררו (במקרה של יבוא) או לא יוטענו (במקרה של יצוא). במצב זה יחסי האמון והאמונאות מקימים חובה מוגברת לנהוג בתום לב ובדרך מקובלת.
46. ביחס ללקוחות הישירים, החובה לנהוג בתום לב ובדרך מקובלת חלה מכוח סעיף 39 לחוק החוזים. ביחס ללקוחות העקיפים, המשלמים את דמי הצפיפות למשלחים, החובה חלה מכוח סעיף 61(ב) לחוק החוזים, אשר מורה כי "הוראות חוק זה יחולו, ככל שהדבר מתאים לענין בשינויים המחוייבים, גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה". ברע"א 6339/97 רוקר ואח' נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 249-250 (1999), נקבע כי "כהוראת סעיף 61(ב) לחוק החוזים, שתלה עצמה הוראת סעיף 39 בצופן הגנטי של כל הפעולות המשפטיות שאינן בבחינת חוזה ושל כל החיובים שאינם נובעים מחוזה

'ככל שהדבר מתאים לענין ובשינויים המחוייבים'. צירופה של הוראת סעיף 61(ב) להוראת סעיף 39 לחוק הופכת את הוראת סעיף 39 לדוקטרינה החותכת את משפט ישראל כולו לאורכו ולרוחבו, מלוא כל הארץ כבודה". כן ראו ישראל וינבויים **בדרך מקובלת ובתום לב** 72 (2000); גבריאלה שלו **דיני חוזים – החלק הכללי לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי** 91 (2005).

47. יתרה מכך, ביחס לדמי הצפיפות, חברות ההובלה פועלות בנאמנות עבור הסוחרים. לפי סעיף 1 לחוק הנאמנות, "נאמנות היא זיקה לנכס שעל פיה חייב נאמן להחזיק או לפעול בו לטובת נהנה או למטרה אחרת". לסוחרים זיקה לדמי הצפיפות שהם משלמים. על פי זיקה זו, חברות ההובלה חייבות לפעול בדמי הצפיפות למטרה מוסכמת – כיסוי הוצאות עודפות שנגרמו להן כתוצאה מצפיפות חריגה בנמל. על כן מתקיימים יחסי נאמנות, ולחלופין יחסים הקרובים לכך, כגון נאמנות קונסטרוקטיבית.

48. המלומד שלמה כרם בספרו **חוק הנאמנות, התשל"ט-1979** (מהדורה 4, 2004) 37 (להלן: כרם **חוק הנאמנות**), מתייחס לתחולה הרחבה של דיני הנאמנות - "הגדרה זו מקיפה כל תבנית משפטית שעל-פיה חייב אדם להחזיק או לפעול בנכס עבור זולתו. הגדרה זו חלה על כל מקרה שבו ניתנת שליטה בנכס בדרך של זיקה כלשהי, אם נלווית לשליטה החובה לפעול בנכס לטובת מטרה מוגדרת; כלומר: נאמן הוא מי שעל-אף שיש לו שליטה בנכס, עליו להפעילה לטובת מימוש מטרה שאינה טובתו הפרטית. גישת חוק הנאמנות היא, שעקרונותיו יוחלו על כל תבנית משפטית שעל-פי תוכנה משמשת נאמנות - תהיה צורתה אשר תהיה, שכן הסיכונים של שימוש לרעה בשליטה בנכסים, או של אדישות למה שיעלה בגורלם, קיימים בחלק גדול מהנאמנויות ... התחולה הרחבה של ההגדרה מאפשרת לתפוש ברשתה כל זיקת נאמנות, גם כשייעשה ניסיון להסוותה או להתחמק בדרך אחרת מהחלתה ... ההגדרה הרחבה של הנאמנות מיועדת להבטיח כי המערכת הנורמטיבית שהחוק התקין לשם אכיפת מימושו של מטרות הנאמנות, אכן תינתן ליישום לגבי כל תבנית משפטית שתוכנה תואם את הגדרת הנאמנות".

49. ואכן, בעניין **כהן**, בפסקה 12, נקבע כי "ככל שעוסק הציג בפני לקוחותיו מצג ממנו עולה כי רכיב מסוים של התשלום נגבה ממנו לצורך תשלומו כאגרה או מס לרשויות, ולא כחלק אינטגרלי ממחיר המוצר או השירות, הרי שדי בכך על מנת ליצור נאמנות (מהסוג של נאמנות משתמעת (Implied Trust)) ביחס לאותו רכיב". אותם דברים נכונים ביחס לתשלום שנועד לכיסוי הוצאות עודפות שאינן מס.

50. לפי סעיף 10 לחוק הנאמנות, "(א) נאמן חייב לשמור על נכסי הנאמנות, לנהלם ולפתחם ולפעול להשגת מטרות הנאמנות... (ב) במילוי תפקידיו חייב הנאמן לנהוג באמונה ובשקידה כפי שאדם סביר היה נוהג באותן נסיבות".

51. דמי הצפיפות משולמים למשיבות כדי לכסות הוצאות עודפות שנגרמות להן כתוצאה מצפיפות בנמלים. בגבייה שחורגת מכך, חברות ההובלה מפרות את החובות המוטלות עליהן מכוח סעיף 10 לחוק הנאמנות.

52. ביחס לחברי הקבוצה להם קשר חוזי ישיר עם המשיבות, קמה כמובן עילת תביעה גם בגין הפרת חוזה. חברות ההובלה רשאיות להטיל דמי צפיפות, לצורך כיסוי ההוצאות העודפות שנגרמו להן בגין הצפיפות. בגביית דמי צפיפות בסכומים העולים על כך, המשיבות מפרות את החוזה.

53. נסיבות העניין מקימות זכות למתן חשבונות. בתביעה למתן חשבונות יש להצביע על מערכת יחסים מיוחדת, המצדיקה מתן חשבונות, ועל כך שלכאורה בידי התובע זכות לתבוע את הכספים לגביהם הוא תובע את מתן החשבונות. ראו ע"א 5444/95 **עמותת בני מוטרונו הגליל נ' הארכיבישוף מקסימוס סלוס**, פ"ד (נא) 811, 819 (1997); ע"א 4724/90 **א.ש.ת. כספים בע"מ נ' בנק המזרחי המאוחד בע"מ**, פ"ד (מו) 3, 570, 584 (1992); ע"א 4087/04 **גורה נ' בנק לאומי לישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 8.9.2005); ורע"א 8266/11 **יו.בי.אמ נ' מעוז נסיעות בע"מ** (פורסם בנבו, 16.8.2012).

54. מצב של יחסי אמון או אמונאות ודאי מקיים את דרישת היחסים המיוחדים. בעניין **מרק**, בפסקה 21, נקבע ביחס למצב של אמונאות, כי "במצב דברים זה קיימת חשיבות רבה להכפיף את הפועל בשמו של הזולת לחובות כלפיו, ואחת המרכזיות שבהן היא חובת גילוי המידע". באופן דומה, מוכרת הזכות לחשבונות במצבים של שליחות, הרשאה, שותפות או נאמנות. רשימה זו אינה סגורה. ראו ע"א 127/95 **מועצת הפירות יצור ושיווק נ' מהדרין בע"מ**, פד"י נא(4) 337 (1997).
55. בענייננו ודאי מתקיימים יחסי אמון מיוחדים, המצדיקים מתן חשבונות. חברות ההובלה מטילות את דמי הצפיפות באופן חד-צדדי. הסוחרים נאלצים לשלם את הנדרש, אחרת המטען לא יימסר (במקרה של יבוא), או לא יישלח (במקרה של יצוא). כל המידע והכוח נתון תחת שליטת חברות ההובלה, בעוד שהסוחרים נושאים באופן בלעדי בעלות. אלה ודאי יחסים שמקימים זכות לחשבונות.
56. נוסף על יחסים מיוחדים, יש להראות זכות לכאורה לתבוע את הכספים שביחס אליהם נדרשים החשבונות. דרישה זו מתקיימת. דמי הצפיפות נועדו לכסות את ההוצאות העודפות הנובעות מצפיפות חריגה בנמלים. אם נקבעים סכומים ביתר, כמובן שהסוחרים רשאים לתבוע השבה. יתרה מכך, וככל שהדבר נדרש, נסיבות המקרה מוכיחות זכות לכאורה. עמדנו על ההבדלים העצומים בין חברות ההובלה, הן בסכומי דמי הצפיפות והן בתקופות החיוב. הבדלים אלה מוכיחים זכות לכאורה להשבה, ויותר מכך.
57. המבקשות יטענו כי הנטל להוכיח שדמי הצפיפות שהוטלו ראויים, מוטל על המשיבות, גם מן הטעם כי כל המידע הקשור לכך מצוי בידיהן. ראו רע"א 8268/96 **רייברט נ' שמש**, פ"ד נה(5) 276, 291 (2001).
58. עילות התביעה בגין עשיית עושר ולא במשפט, הפרת חובת תום הלב והפרת חובות נאמנות והפרת חוזה עומדות בפני עצמן, ואינן מותנות בבירור שיעלה מן החשבונות ואף לא בזכאות לקבלת החשבונות. כמו כן, הזכאות לקבלת חשבונות עומדת בפני עצמה, ואיננה מותנית בהוכחת גביית יתר.
59. ועוד, לפי סעיף 7(ב) לחוק הנאמנות, "הנאמן חייב לתת לנהנים דין וחשבון על ענייני הנאמנות אחת לשנה ובגמר כהונתו, ולמסור להם ידיעות נוספות לפי דרישתם הסבירה". על כך נאמר כי "הגשת דין-וחשבון על-ידו תחשוף את פעולותיו, ואולי גם תצביע על מחדליו. הדין-וחשבון עשוי לשמש בסיס להערכת ביצועיו, וממילא גם כאמצעי בקרה עליו. בעצם הגשת דין וחשבון יש משום מילוי חובת הגילוי כלפי מי שאמורים ליהנות מפעולותיו או כלפי מי שמעוניין בביצוע מטלותיו כראוי. יש בדין-וחשבון גם כדי לבסס את האמון שניתן בנאמן, אם הוא מראה שאכן הנאמן ביצע כראוי את המוטל עליו וכן את הישגיו. לעומת זאת, דין-וחשבון עשוי לשמש בסיס לשלילת האמון בו... " – כרס **חוק הנאמנות**, 346. בהתאם לכך, "על הדין וחשבון לשקף כל מה שעשוי לעניין את הנהנים באורח סביר באשר לענייני הנאמנות: פירוט נכסי הנאמנות; חובות הנאמן והתחייבויותיו, לרבות התחייבויותיו לנהנים; תקבולים ותשלומים לסוגיהם שבוצעו בתקופה שהדין וחשבון עוסק בה; ורווחים או הפסדים מהשקעות" – **שם**, 347.
60. לסיכום חלק זה, לסוחרים, הן הלקוחות הישירים והן הלקוחות העקיפים, עילות תביעה מצויינות.

חלק רביעי - הסעדים בתביעה הייצוגית

61. אלה הסעדים להם זכאים לחברי הקבוצה –

(א) חיוב המשיבות למסור חשבונות מלאים, מאומתים בתצהיר, אודות העלויות העודפות שנגרמו להן בשל צפיפות בנמלים בתקופה הרלוונטית, ותחשיב מפורט ומלא של חלוקת העלויות העודפות בין כל בעלי המטענים, על בסיס חלוקת העלויות למכולה, לרבות אסמכתאות מלאות לעלויות ולתחשיבים;

(ב) חיוב המשיבות להשיב לחברי הקבוצה את דמי הצפיפות שהם שילמו ביתר, כלומר את ההפרש בין דמי הצפיפות ששולמו ובין הוצאות המשיבות בשל צפיפות חריגה בנמלים; ואם יתברר כי בעלי המטענים חוייבו בדמי הצפיפות שלא באופן שוויוני – השבת סכומים ששולמו שלא באופן שוויוני;

(ג) פיצוי כספי בגין נזק נוסף שנגרם על ידי המשיבות בשל חיוב בדמי צפיפות ביתר;

(ד) חיוב המשיבות להגביל את דמי הצפיפות להוצאות שנגרמו להן כתוצאה מצפיפות חריגה בנמלים;

(ה) מינוי בעל תפקיד אשר יפקח על ביצוע פסק הדין; וכן

(ו) כל סעד אחר לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, או לטובת הציבור.

62. בכל הנוגע לסעדים הכספיים, נדרשים הן השבה של הגבייה ביתר והן פיצוי בשל נזק.

63. הגבייה ביתר יכולה לנבוע משתי סיבות – חיוב העולה על ההוצאות העודפות שנגרמו כתוצאה מהצפיפות, וחיוב שלא על בסיס שוויוני ביחס לכל בעלי המטענים.

64. נוסף על ההשבה, חברי הקבוצה זכאים לפיצוי בגין נזק נוסף שנגרם להם כתוצאה מגביית דמי הצפיפות ביתר. מר אמיר שני, סגן מנהל איגוד לשכות המסחר, עמד במכתבו אל נשיא לשכת הספנות, על כך כי "היטלים אלו נכנסים לערך לצורכי מכס ולכן היבואנים נפגעים פעמיים – הן מתשלום היטלים לסוכני האנייה והן מהצורך לשאת בתשלומי מכס גבוהים למדינה" (נספח 10 לבקשה זו).

65. בשלב הדיון בתביעה או ביצוע פסק הדין ניתן יהיה להוכיח את הזכאות האינדיבידואלית של חברי הקבוצה בדרכים שונות, לרבות באמצעות הרישומים של המשיבות.

66. בהתאם לתקנות 2(א)(11) ו-2(א)(12) לתקנות תובענות ייצוגיות, תש"ע-2010, יש לציין בבקשת אישור את הגמול ושכר הטרחה המבוקשים. המבקשים עותרים לקבוע גמול בשיעור של 7.5% משווי ההטבה לציבור בתוספת מס ערך מוסף, ושכר טרחה לפי השיעורים שנקבעו בהחלטת בית המשפט העליון בע"א 2046/10 שמש נ' רייכרט (פורסם בנבו, 23.05.2012). באותו ענין נקבע כי "על כל סכום שנגבה בפועל עד ל-5 מיליון ש"ח, ייפסק לטובת בא-הכוח המייצג שכר טרחה בשיעור של 25%; על כל סכום שנגבה בפועל בין 5 מיליון ש"ח עד ל-10 מיליון ש"ח ייפסק שכר טרחה בשיעור של 20%; ועל כל סכום שנגבה בפועל מעל 10 מיליון ש"ח, ייפסק שכר טרחה בשיעור של 15%" (פסקה 16). לענין שווי ההטבה יש להביא בחשבון את ההטבה עקב שינוי ההתנהלות בעתיד. הגמול ושכר הטרחה המבוקשים אינם כוללים את שכר הטרחה וההוצאות בגין הדיון בבקשת האישור.

חלק חמישי - מתקיימים כל התנאים לאישור התביעה כייצוגית

67. סעיף 3(א) לחוק תובענות ייצוגיות קובע כי "לא תוגש תובענה ייצוגית אלא בתביעה כמפורט בתוספת השניה או בענין שנקבע בהוראת חוק מפורשת כי ניתן להגיש בו תובענה ייצוגית...". בפרט 1 לתוספת השניה נקבעה הקטגוריה הבאה - "תביעה נגד עוסק, כהגדרתו בחוק הגנת הצרכן, בקשר לענין שבינו לבין לקוח, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו". כל אחת מהמשיבות היא עוסק, על פי הגדרה זו. מדובר בענין שבינו ובין לקוחות. על כן ניתן להגיש בגין מקרה זה תובענה ייצוגית.
68. לפי סעיף 4(א) לחוק תובענות ייצוגיות, "אלה רשאים להגיש לבית המשפט בקשה לאישור תובענה ייצוגית ... (1) אדם שיש לו עילה בתביעה או בענין כאמור בסעיף 3(א), המעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עם קבוצת בני אדם – בשם אותה קבוצה...".
69. מבקשת מס' 1, סקטור אפיקים בע"מ, עוסקת בייבוא ושיווק מוצרים למשק הבית. מבקשת מס' 2, בי.אם. אנד בי.אל. קבוצת מסחר בע"מ, עוסקת בייבוא ושיווק של עצים לצורך בנייה. המבקשות חוייבו בדמי צפיפות על ידי המשיבות, כאמור להלן -
- 69.1 יאנג מינג חייבה את מבקשת מס' 1 בדמי צפיפות בסכום כולל של 380 דולר, בחשבונות מימים 8 במאי 2019, 19 בנובמבר 2019, 27 בנובמבר 2019, 13 במרץ 2020, 15 במרץ 2020 (שני חשבונות) ו- 19 במאי 2020.
- העתקים של חשבונות שיאנג מינג הוציאה למבקשת מס' 1, הכוללים חיוב בגין דמי צפיפות, מצורפים לבקשה זו כנספח 13.
- 69.2 סילנד חייבה את מבקשת מס' 1 בדמי צפיפות בסכום של 150 דולר, בחשבון מיום 15 במאי 2019. העתק של חשבון שהוציאה סילנד למבקשת מס' 1, הכולל חיוב בגין דמי צפיפות, מצורף לבקשה זו כנספח 14.
- 69.3 MSC חייבה את מבקשת מס' 2 בדמי צפיפות, בסכום כולל של 520 דולר, בחשבונות שהוצאו בימים 17 בדצמבר 2018, 11 בפברואר 2019 ו-14 במאי 2019.
- העתקים של חשבונות אשר MSC הוציאה למבקשת מס' 2, הכוללים חיוב בגין דמי צפיפות, מצורפים לבקשה זו כנספח 15.
70. חברות ההובלה אינן נוהגות להציג תחשיבים, אשר על בסיסם הן גובות את דמי הצפיפות. מר אמיר שני, סגן נשיא איגוד לשכות המסחר, קבל במכתבו לשר האוצר, על כך כי "היטלי הצפיפות הספנותיים ... אינם שקופים וחברות הספנות אינן מפרסמות כל מידע בדבר אופן חישוב ההיטל" (נספח 11 לבקשה זו).
71. לפני הגשת בקשה זו המבקשות ביקשו לברר האם בכל זאת ניתן לקבל מהמשיבות תחשיב של דמי הצפיפות. ביום 19 באוגוסט 2020 מבקשת מס' 1 פנתה אל הסוכנים של יאנג מינג וסילנד, בבקשה לקבל תחשיב של ההוצאות שבשלן הן מחייבות בדמי צפיפות, וחלוקתן בין היבואנים. באותו יום סילנד השיבה כי נגבה סכום של 150 דולר למכולה, מכל הלקוחות. ביום 20 באוגוסט 2020 התקבלה תשובה מטעם יאנג מינג, לפיו ההיטל נגבה בנמל הפריקה, החישוב מבוצע לפי מכולה ונמל מוצא, וצויין סכום החיוב. ביום 25 באוגוסט 2020 מבקשת מס' 2 ביצעה פנייה דומה אל MSC. תשובה התקבלה בימים 26 ו-27 באוגוסט 2020. בתשובה צויינו הסכומים, נאמר כי החיוב מוטל על הכל, ונמסרה הודעה.
- העתקים של הודעות שהוחלפו בין המבקשות והמשיבות, שכוללות בקשות להצגת תחשיבים של דמי הצפיפות, מצורפים לבקשה זו כנספח 16.

72. כפי שניתן להיווכח, בתשובות אלה אין כלום. התבקשו תחשיבים של דמי הצפיפות. תחשיבים לא נמסרו. התשובות אינן מספקות את המידע שהתבקש.
73. אין לקבל מצב בו, כעניין שיטתי ועקבי, חברות ההובלה הימית מטילות על הסוחרים חיובים בסכומים מהותיים, באופן חד-צדדי, ולא מוכנות לספק שום הסבר או הצדקה לסכומים שהן מטילות.
74. לפי סעיף 8(א) לחוק תובענות ייצוגיות, "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 להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בדרך הולמת; ... (4) קיים יסוד סביר להניח כי ענינם של כלל חברי הקבוצה ייוצג וינוהל בתום לב".
75. הבקשה ממלאת אחר תנאים אלו.
76. היסודות של עילות התביעה משותפים לכל חברי הקבוצה. המשיבות פועלות באותו אופן כלפי סוחרים רבים. הן מחייבות בדמי צפיפות. הלקוחות הישירים מחוייבים במישרין, הלקוחות העקיפים מחוייבים בעקיפין. ביחס לכולם עומדות לדיון אותן השאלות – האם בוצע חיוב ביתר; והאם המשיבות חייבות לתת חשבונות, אשר באמצעותם יתברר החיוב ביתר. שאלות אלה משותפות לכל חברי הקבוצה.
77. מעבר לכך ולמען הזהירות, לא נדרשת זהות מוחלטת של כל השאלות הטעונות הכרעה, העובדתיות והמשפטיות, ביחס לכל חברי הקבוצה – ראו רע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עמוסי, פסקה 10 לחוות הדעת של כבוד השופט ריבלין (פורסם בנבו, 5.7.2012).
78. נוכח הנימוקים שהצגנו, קיימת אפשרות סבירה שהשאלות המשותפות יוכרעו לטובת הקבוצה, ואף למעלה מאפשרות סבירה.
79. תובענה ייצוגית ודאי מעמידה דרך יעילה והוגנת להכרעה במחלוקת. הנזק שנגרם לחברי קבוצה רבים אינו גדול. עם זאת, במצטבר מדובר בסכומים גבוהים מאד. מעבר לכך, כפי שניתן להיווכח מבקשה זו, מדובר בתביעה מורכבת. רבים מחברי הקבוצה כלל אינם מודעים לזכויותיהם. חברי קבוצה אף אינם ששים לצאת למערכה נגד חברות הובלה, בשל העובדה שהם ממשיכים להזדקק לשירותיהן. לאור כל אלה, תובענה ייצוגית ודאי מעמידה דרך יעילה והוגנת לברר את אחריות המשיבות.
80. ענינם של חברי הקבוצה מיוצג ומנוהל על ידי המבקשות בדרך הולמת ובתום לב. המבקשות פועלות למימוש הזכויות של חברי הקבוצה, ולהנהיג נורמה של שקיפות והגינות בענף. האינטרסים שלהן תואמים לחלוטין את אלה של כלל חברי הקבוצה.
81. לסיכום, כל התנאים הנדרשים לשם אישור התובענה כייצוגית מתקיימים בבירור.

חלק שישי – יש לנהל את ההליך בישראל לפי הדין הישראלי ולחלופין לפי הדין הזר

82. ביחס לחלק (קטן) מחברי הקבוצה, וביחס לחלק (קטן) מעילות התביעה, המשיבות אולי יטענו כי יש לברר את התביעה באנגליה, לפי הדין האנגלי. הטענה רלוונטית רק לחלק מהלקוחות הישירים, הואיל וללקוחות העקיפים אין קשר חוזי עם המשיבות. מכל מקום, אם תועלה הטענה, יש לדחותה.

83. חברות ההובלה נוהגות להוציא מסמכים המתייחסים לתנאי ההובלה. מדובר בשטרי מטען ימיים (Marine Bills of Lading), שטרי הובלה ימיים (Seaway Bills), או מסמכי תנאים כלליים (המכונים Terms and Conditions או שם אחר). תנאי שטרי המטען וההובלה מופיעים לעיתים בצד האחורי של החשבון ללקוח. בימינו, כשרווח שימוש במסמכים אלקטרוניים, במקרים רבים שטר מקורי לא מונפק ולא נמסר. לעיתים מדובר בהפניה לאתר אינטרנט כזה או אחר.

דוגמאות של מסמכים אחידים של יאנג מינג מצורפות לבקשה זו כנספח 17.

דוגמאות של מסמכים אחידים של סילנד מצורפות לבקשה זו כנספח 18.

דוגמאות של מסמכים אחידים של MSC מצורפות לבקשה זו כנספח 19.

84. לפי מסמכים אחידים של המשיבות, תביעה נגדן תוגש באנגליה, לפי הדין האנגלי. לעומת זאת, המשיבות רשאיות לתבוע במקומות אחרים (נספח 17 סעיף 26, נספח 18 סעיף 26 ונספח 19 סעיף 10.3). לא ידוע אם המשיבות מתכוונות להסתמך על מסמכים אלה. על כן המבקשות מתייחסות לכך למען הזהירות היתרה, בלי לגרוע מכל טענה, ובכלל זה הטענה כי מסמכי ההתקשרות המחייבים אינם כוללים את אותן הוראות או לא מפנים אליהן.

85. הסוחרים לא נותנים את הסכמתם לתניות הדין והשיפוט. במקרים רבים לא מונפק שטר מקורי, או שמבוצעת מסירה מהירה של המטען, ללא שטר מטען מלא שכולל את כל התנאים (פרקטיקה המכונה לעיתים express release). במקרים אלה הלקוח לא מקבל שטר מטען, וממילא לא כבול לתנאיו. כך אירע במקרים של המבקשות. גם כשנמסר שטר מטען, הדבר נעשה לאחר קשירת ההסכם. בשלב ההתקשרות הסוחר אינו מסכים לתניות הדין והשיפוט. מעבר לכך, התניות משורבבות לתנאי שטר המטען, באותיות קטנטנות, אשר לא ניתנות לקריאה. גם מטעם זה לא ניתן לייחס לחברי הקבוצה הסכמה.

86. תניות הדין והשיפוט לא חלות על ענייננו, גם מן הטעם כי לא מדובר בתביעה מכוח שטר המטען. כידוע, תניות שיפוט ייחודיות יש לפרש באופן מצומצם. ברע"א 928/18 **De Neef Construction Chemicals BVBA נ' גילאר בע"מ**, פסקה 11 (פורסם בנבו, 15.05.2018), נקבע כי "... לתניות שיפוט זר נקבעו כללי פרשנות שונים מהותית מכללי הפרשנות הכלליים של דיני החוזים. בפסיקה נקבע כי תניות שיפוט זר תפורש באופן לשוני-דווקני, וכי על לשונה להיות חד-משמעית, מפורשת וברורה בנוסח ההסכם, זאת בשל הדרישה כי מי שמבקש לשלול מן הצד השני זכות של התדיינות בפורום מוסמך, מן הנכון שיבטא זאת מפורשות וברורות בנוסחו של החוזה". כן ראו ע"א 724/85 **מנו קוי נוסעים בע"מ נ' דמרי**, פ"ד מב(3) 324, 327 (1988); רע"א 9368/11 **WEST NEVADA MANAGEMENT INC נ' הראל**, פסקה 16 (פורסם בנבו, 21.5.2012); רע"א 8135/12 **Nantucket Ltd נ' דורון**, פסקה 21 (פורסם בנבו, 28.10.2013).

87. בהתאם לכך, יש לפרש את תניות הדין והשיפוט שמופיעות בשטרי המטען ובתנאי ההובלה, כחלות על תביעות מכוח שטר המטען, ולא על תביעות אחרות. תוצאה זו מתחייבת גם מכלל הפרשנות נגד המנסח. אין זו תביעה מכוח שטר המטען או תנאי ההובלה. הזכות לגבות דמי צפיפות איננה מעוגנת במסמכים אלה. גם מטעם זה תניות הדין והשיפוט אינן חלות.

88. יתרה מכך, הוראות אלה מגנות על אינטרס של חברת ההובלה, לא למצוא את עצמה מנהלת הליכים רבים ברחבי העולם, בגין אותו אירוע (לרוב נזק למטען). ענייננו שונה. מדובר בחיוב שמוטל בישראל, על הסוחרים בישראל, בגין צפיפות בנמלים בישראל. הוראות הדין והשיפוט כלל לא נועדו למקרה כזה.
89. בנוגע ל-MSK, גם לפי שטר המטען אין לתניית הדין והשיפוט תחולה. התנייה מופיעה בסעיף 10.3 לשטר (נספח 19 לבקשה זו). זהו חלק אינטגרלי מסעיף 10, שעוסק בתביעות נזק למטענים (ראו סעיף 10.1 – “Notice of loss or damage to Goods...”). על כן, MSC לא יכולה לטעון כי ההוראה חלה. ואכן, במסמך התנאים של MSC, מצויין, תחת כותרת “Carrier’s Responsibility in Israeli Jurisdiction”, כי אם ערכאה שיפוטית תחליט להחיל את דיני ישראל, יחולו ההוראות הבאות, אך הוראות כאלה – אין (נספח 19 לבקשה זו, סעיף 4). הנה, MSC מכירה בכך שההליך יכול להתנהל לפי הדין הישראלי, בישראל.
90. אם בית המשפט הנכבד יקבע כי חל הדין האנגלי, עדיין יש לנהל את ההליך בישראל, לפי הדין הזר. תניות השיפוט מקפחות. המסמכים נערכו על ידי המשיבות, ומשמישים לחוזים רבים, עם לקוחות בלתי-מסויימים במספרם ובזהותם. זהו חוזה אחיד, לפי ההגדרה שבסעיף 1 לחוק החוזים האחידים, תשמ”ג-1982 (להלן: חוק החוזים האחידים). לפי סעיף 3 לחוק החוזים האחידים, “בית המשפט ובית הדין יבטלו או ישנו תנאי בחוזה אחיד שיש בו – בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות – משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח הלקוחות”.
91. לפי סעיף 94(9) לחוק החוזים האחידים, חלה חזקת קיפוח על “תנאי המתנה על הוראות דין בדבר מקום שיפוט או המקנה לספק זכות בלעדית לבחירת מקום השיפוט”. להחלת החזקה בהליך ייצוגי נגד תאגיד בינלאומי ראו רע”א 5860/16 Facebook Inc נ’ בן חמו (פורסם בנבו, 31.5.2018) (להלן: עניין בן חמו).
92. בעניין בן חמו נקבע כי תניית השיפוט מקפחת, למרות שבאותו מקרה ניתן היה להגיש את התביעה כייצוגית בפורום הזר. מסקנה זו נכונה בענייננו מקל וחומר. באנגליה לא ניתן לתבוע את דמי הצפיפות בתביעה ייצוגית. כך מאשר עורך-הדין האנגלי האוורד אפשטיין, בחוות דעת המצורפת לבקשה זו (עמודים 3-4 לחוות הדעת). עורך-הדין אפשטיין עוסק בעריכת-דין באנגליה מזה יותר מחמישים שנים. הוא נשאל האם אפשר להגיש תביעה ייצוגית באנגליה, והשיב בשלילה. אמנם מוכרת שם פרוצדורה של תביעה קבוצתית, אך זהו הליך אחר, בו כל מי שיש לו עילת תביעה אישית חייב להצטרף באופן פעיל להליך כבר מתחילתו. לא ניתן להגיש באנגליה את התביעה במתכונת של תביעה ייצוגית.
93. ניתן להקיש לענייננו מע”א 8205/16 CONTRASTOCK OY נ’ האוניה THOR HORIZON (פורסם בנבו, 25.01.2018). באותו מקרה נדונה השאלה, האם יש להכיר בתניית שיפוט שמופיעה בשטר מטען ימי. הטעמים לפסילת תניית השיפוט לא הועלו, אולי משום שדובר במקרה הרגיל שלשמו נועדו תניות אלה. נקבע כי יש לכבד את תניית השיפוט. ובכל זאת, הותר לתבוע בישראל, משום שהדין האנגלי קובע תקופת התיישנות קצרה, ולא ניתן ויתור על טענת התיישנות. מאחורי הקביעה עמד הרצון שלא ייפגעו זכויות של בעל דין, כתוצאה מהעברת הדיון לערכאה זרה. שיקול זה יפה לענייננו. באנגליה לא ניתן להגיש תביעה ייצוגית בגין האירועים בהם עוסקת בקשת האישור. יוצא כי חברי הקבוצה יסבלו מפגיעה קשה ביותר, אם תניית השיפוט תוכר. גם מטעם זה לא ניתן לקבלה.
94. תניות השיפוט מקפחות באופן מיוחד, לאור העובדה כי הן מתיימרות לחייב את הסוחר לתבוע באנגליה, בעוד שחברת ההובלה רשאית לתבוע גם במקומות אחרים.
95. המבקשות יוסיפו ויטענו כי אין לנהל את ההליך באנגליה, גם משום שאין לאנגליה קשר לסכסוך. הצדדים לא רשומים באנגליה. העובדות העומדות לביורר אין נוגעות לאנגליה. כולן עוסקות בישראל.

96. התדיינות בישראל לא תפגע באינטרס לגיטימי של המשיבות. המשיבות פועלות בישראל, באופן קבוע, לרבות באמצעות סוכנים מקומיים. הן גם מעורבות בהליכים משפטיים בישראל, ולעיתים אף יוזמות אותם. בשנת 2003 יאנג מינג הגישה תביעה בבית משפט השלום בתל-אביב (תא"מ 59556-03). בשנת 2009 או סמוך לה חברה בשם Maersk Sealand הגישה בשנת 2009 בבית משפט השלום באשדוד (כך עולה מהחלטה דיונית שפורסמה באתר נבו, בה לא צויין מספר הליך). ככל הנראה מדובר בסילנד, או גורם קשור. בשנת 2017 MSC הגישה תביעה בבית משפט השלום בחיפה נגד לקוח (ת"א 971-01-13). אלה דוגמאות בלבד. עולה מהן כי ניהול ההליך בישראל לא מעמיס נטל עודף על המשיבות. בנסיבות אלה, כל ניסיון של המשיבות לעמוד על תניית השיפוט הזר, אם ייעשה, יהיה נגוע בחוסר תום לב.

החלטות בהליכים בישראל בהם מעורבות המשיבות מצורפות לבקשה זו כנספח 20.

97. בענייננו חלה גם החזקה הקבועה בסעיף 4(8) לחוק החוזים האחידים, לפיה יראו כמקפח "תנאי השולל או המגביל את זכות הלקוח להשמיע טענות מסויימות בערכאות משפטיות". כאמור, לא ניתן לנהל באנגליה תביעה ייצוגית בעניין זה. גם מטעם זה מן ההכרח לקבוע כי תניית השיפוט מקפחת. לפסילת תניית שיפוט מכוח תקנת הציבור בשל שיקולים דומים, ראו ע"א 194/68 **פיירמנס פנד חברה לביטוח בע"מ נ' האניה "אנוטריה"**, פ"ד כב(2) 420, 411 (1968). באותו מקרה לא כובדה תניית שיפוט זר, הואיל וההליך בערכאה הזרה נידון לדחייה מיד, בשל תקופת התיישנות מקוצרת.

98. יש לפסול את תניית השיפוט, גם מכוח סעיף 5(א) לחוק החוזים האחידים, המורה כי "תנאי בחוזה אחיד השולל או המגביל את זכות הלקוח לפנות לערכאות משפטיות – בטל". ראו עניין **בן חמו** (חוות הדעת של השופט מלצר; השופטים חיות וברון לא הכריעו בתחולה של חזקה זו). בת"א (כלכלית) 39265-04-16 **Forex Capital Markets Limited נ' דראל**, עמוד 9 (פורסם בנבו, 23.11.2016), נקבע כי "... כאשר תניית השיפוט הזר מצויה בחוזה אחיד, הפסיקה נוהגת לראות בה כנוגדת את סעיף 5 לחוק החוזים האחידים מאחר ומעצם מהותה היא מגבילה את זכות הלקוח לפנות לערכאות משפטיות". ועוד, בת"צ (מחוזי מרכז) 39292-04-13 **קלינגהופר נ' Paypal Pte. Ltd**, פסקה 20 (פורסם בנבו, 31.5.2015), נקבע כי "פייפאל פועלת בכוונת מכוון בשוק הישראלי ... בית המשפט העליון הבהיר כי חברה בינלאומית המשווקת את סחורתה ללקוח ישראלי צריכה לצפות כי תיתבע בישראל ... הלכה זו חלה, ואף ביתר שאת, כשמדובר בתאגיד ענק בינלאומי המשווק את מוצריו ושרותיו לעשרות ומאות אלפי לקוחות בישראל, שרובם המוחלט הם עסקים זעירים וצרכנים פרטיים. הפסיקה במקרה זה, ובמקרים דומים נוספים, קבעה כי תכליתה האמיתית של תניית השיפוט והדין הזר היא להרתיע את הלקוח הישראלי מפני מימוש זכויותיו המשפטיות ולכן, מדובר בתנייה מקפחת על פי חוק החוזים האחידים".

99. תוצאה זו מתחייבת ביתר שאת, כאשר מדובר בתביעה בגין חיוב שמוטל באופן ספציפי ביחס למצב הנמלים בישראל, ונוכח חוסר האפשרות להגיש תביעה כזו באנגליה. בנסיבות אלה ברור כי מדובר בשלילה של הזכות לפנות לערכאות.

100. גם אם תניות השיפוט לא תיפסלנה בשל היותן מקפחות, אין לכבדן. לבית המשפט נתון שיקול דעת בנוגע לכיבוד תניות שיפוט. בע"א 433/64 **נברום מריטים בע"מ נ' הסנה חברה ישראלית לביטוח בע"מ**, פ"ד יט (2) 159, 163 (1965), נקבע כי "אין בכוחו של הסכם בין הצדדים לשלול מבית המשפט בישראל את סמכות השיפוט". אף אין להחיל את ההלכה בדבר כיבוד תניות שיפוט. לפי פסיקת בית המשפט העליון, "... הלכה זו מתייחסת לתניות שיפוט זר בחוזים מסחריים בין צדדים שווי כוח ולפיכך אינה רלבנטית למקרה שבנדון" (עניין **בן חמו**, פסקה 38).

101. לאור כל אלה, יש לברר את הסכסוך בישראל, לפי הדין הישראלי. לחלופין, ולמען הזהירות, אם ייקבע כי חל הדין האנגלי, עדיין יש לברר את העניין בבתי המשפט בישראל, לפי דין זה. למען הזהירות היתרה, ולמקרה שייקבע כי ביחס ללקוחות הישירים חל הדין האנגלי, יש להכיר בעילות התביעה על פי דין זה. בחוות הדעת של עורך-הדין אפשטיין, המצורפת לבקשה זו, הוא מחווה דעתו בנוגע לעילות תביעה אלה. אלה עיקרי הדברים (אשר דומים לעילות התביעה על פי הדין הישראלי) -

א. יש לראות את חוזהי ההובלה ככוללים תנאי משתמע, לפיו דמי הציפיות יחושבו על ידי חברות ההובלה באופן ראוי, סביר, הוגן ובתום לב, יהיו מוגבלים להוצאות העודפות, ויוטלו על בסיס שוויוני. בקשר לכך מוכרת בדין האנגלי החובה של צד לחוזה לנהוג כלפי הצד האחר בשקילות דעת (duty of rationality). ראו סעיפים 13-26 לחוות הדעת.

ב. הטלת חיוב ביתר, כלומר הטלת דמי צפיפות העולים על העלויות העודפות שנגרמו לחברות ההובלה כתוצאה מהצפיפות בנמל, מהווה הפרה של הסכם ההובלה. בגין ההפרה הסותרים רשאים לתבוע השבה של גביית היתר ונזקים נוספים שנגרמו להם. ראו סעיפים 27-28 לחוות הדעת.

ג. במצב בו דמי צפיפות מוטלים ומחושבים על ידי חברות ההובלה באופן חד-צדדי, מוטלת עליהן חובת אמון (fiduciary duty), כלפי היבואנים והיצואנים. חובה זו יוצרת נאמנות קונסטרוקטיבית. על יסוד חובת האמון והנאמנות, ליבואנים ויצואנים עומדת עילת תביעה, והם זכאים לקבל חשבונות אודות תחשיב דמי הציפיות וההוצאות העודפות, וכן זכאים להשבה של החיוב ביתר. עילת התביעה היא בבחינת דין מהותי. הזכאות לחשבונות עומדת בפני עצמה, ואיננה מותנית בהוכחה בדבר הפרה של חובת האמון. ראו סעיפים 30-45 לחוות הדעת.

ד. לסוחרים עומדת עילת תביעה בשל התעשרות בלתי צודקת (unjust enrichment), כלפי חברות ההובלה. לפי עילה תביעה זו, עליהן להשיב את החיוב ביתר, כלומר את הסכום שנגבה כדמי צפיפות, העולה על ההוצאות שנגרמו כתוצאה מהצפיפות. ראו סעיפים 46-55 לחוות הדעת.

ה. ליבואנים והיצואנים עומד סעד נוסף, מן היושר, של חיוב בהגשת חשבונות (account of profits). מכוח סעד זה, יש לחייב את חברות ההובלה להמציא חשבונות, ולהשיב את הרווחים שהן הפיקו בדרך של חיוב ביתר. ראו סעיפים 56-58 לחוות הדעת.

ו. בתי המשפט מפעילים ביקורת שיפוטית על החלטות של צדדים להסכמים מסחריים. כך נעשה, למרות שהחובה לנהוג בתום לב לא אומצה עדיין במשפט האנגלי כעיקרון על. בהתאם לכך, כאשר צד לחוזה רשאי לקבוע תמורה על בסיס הוצאות, עליו להראות שהדבר נעשה לא באופן שרירותי, אלא בהתייחס לעלויות בהן הוא נשא. אם ימצא אחרת, אותו צד יחוייב להשיב את הסכומים שנגבו ביתר. ראו סעיפים 59-69 לחוות הדעת.

102. לסיכום חלק זה, יש לקיים את ההליך בישראל, בהתאם לדין הישראלי. עם זאת, גם אם היה חל הדין האנגלי, עדיין יש לנהל את ההליך בישראל, ולהכיר בעילות התביעה על פי דין זה. המבקשות אינן ממצות את טענותיהן בסוגיה זו, לרבות הטענה כי העסקאות שהן קשרו כלל אינן כפופות לאותם מסמכים אחידים. לא ידוע אם עניין זה יועלה על ידי המשיבות, ומה תהיינה טענותיהן. אם העניין יעלה, יינתן מענה מלא.

חלק שביעי - סוף דבר

103. לתובענה זו חשיבות רבה. דמי הצפיפות נקבעים באופן שרירותי, תוך ניצול לרעה של מעמד עדיף של חברות ההובלה, אל מול היבואן או היצואן. הדברים נעשים ללא כל בקרה ואיזון. רק באמצעות תובענה ייצוגית ניתן לברר את חיובי היתר, להביא להשבתם, ולהנהיג נורמות ראויות בנוגע לגביית דמי צפיפות.

104. בקשה זו נתמכת בתצהירים של מר טל חלבי, מנהל היבוא של מבקשת מס' 1, ומר ליאוניד בורדה, מנהל מבקשת מס' 2, המאמתים את העובדות המופיעות בה. כמו כן היא נתמכת בחוות הדעת של עו"ד האוורד אפשטיין. בכל הנוגע לעילות התביעה, חוות דעת זו רלוונטית רק אם ייקבע שחל הדין האנגלי, ורק בגין אותם חברי קבוצה ואותן עילות שביחס אליהם ייקבע כך.

105. בית המשפט הנכבד מתבקש לאשר את התביעה כתובענה ייצוגית, ולתת הוראות בקשר לתביעה, כמבוקש בפתח הבקשה.

106. מן הדין ומן הצדק לאשר את התביעה.

 <hr style="width: 100%;"/> אהרן רבינוביץ, עו"ד	 <hr style="width: 100%;"/> גיל רון, עו"ד גיל רון, קינן ושות', עורכי-דין באי-כוח המבקשים
--	--

תל-אביב, 18 בנובמבר 2020.