

## חזקת אי־התקינות המנהלית בענף הביטוח? טיפולוגיה של מאסדר הנתון בשבי רגולטורי

מטר בן ישי\*

### תקציר

חזקת התקינות המנהלית מהווה את אחת מאבני־היסוד של המשפט המנהלי, ועומדת במידה רבה בבסיסו של רעיון המדינה הרגולטורית. אולם האם קיימים מצבים שבהם חזקת התקינות המנהלית נשללת באופן אפריורי, לפני בחינת התנהלותה של הרשות במקרה הקונקרטי? מצב אחד כזה יכול להתרחש כאשר הגורם המאסדר נתון בשבי רגולטורי. חזקת התקינות המנהלית מניחה בבסיסה גורם מאסדר שפועל לטובת האינטרס הציבורי, ומכאן נובעת השאלה מהי ההשלכה המשפטית של הימצאותו של גורם מאסדר במצב של שבי רגולטורי על חזקת התקינות המנהלית שהוא נהנה ממנה בשגרה. מאמר זה מבקש להתמודד עם שאלה זו על בסיס דנ"א זליגמן ופסיקת בית־המשפט העליון בנוגע לגורם המאסדר את ענף הביטוח. בשל העובדה שהמאסדר של ענף הביטוח נתפס בכמה פרשות משפטיות שונות כנתון בשבי רגולטורי (אף אם לא באופן מפורש), וחרף העיסוק המצומצם בנושא בפסיקה הישראלית, מאמר זה יוקדש לביסוס טיפולוגיה של מאסדר הנתון בשבי רגולטורי, כעולה מן הפסיקה הישראלית בנושא וכן מן הספרות הרלוונטית. בתוך כך יוצע לבחון את תופעת השבי הרגולטורי,

\* מתמחה בבית־המשפט העליון, בוגר תואר ראשון במדעי הרוח בהצטיינות יתרה מאוניברסיטת חיפה וכן תואר ראשון במשפטים בהצטיינות ותואר שני במדע המדינה בהצטיינות מאוניברסיטת תל־אביב. אני מבקש להודות לחברי המערכת של כתב־העת מאזני משפט ולעורך־המשנה בראא מוסטפא על עבודתם היסודית, אשר תרמה רבות לשיפור מאמר זה. תודה לד"ר דורין לוסטיג ולד"ר שרון ידין על ההכוונה בשלבים ההתחלתיים של כתיבת המאמר, וכן תודה לשי דרומי ולעמוס עצמון על הערותיהם היסודיות והחשובות. מאמר זה נכתב במקור כסמינר במסגרת לימודי התואר הראשון במשפטים, תחת הנחייתו של פרופ' רונן אברהם, אשר תודתי שלוחה לו גם־כן.

כפי שהיא באה לידי ביטוי בענף הביטוח, על בסיס תבחינים ברורים ומוגדרים, כך שבהתקיים אותם תבחינים תוקם חזקת אי־תקינות מנהלית, אשר תוביל לדחיית עמדתו של המאסדר.

מבוא

א. אסדרת ענף הביטוח – שלושה עשורים של אי־אמון

1. עניין מוריאנו

2. עניין איגוד שמאי הביטוח

3. עניין איי די איי

4. עניין זליגמן

ב. שבי רגולטורי – טיפולוגיה מוצעת

1. יחסי הכוחות בין הצדדים המתדיינים

2. המרוויחים והמפסידים מן הרגולציה

3. ציווי ושליטה מול רגולציה הסכמית

4. היסטוריה מוסדית

5. פונקציית-המטרה

ג. מקרי־בוחן

1. שקילות בכוחות הצדדים המתדיינים

2. רגולציה שאינה מיטיבה עם חברות הביטוח

ד. דיון

סיכום

## מבוא

"...או שיש לדבר תכונות שאין לשום דבר אחר ואז ניתן להבחין בינו לבין האחרים בנקל, על ידי תיאור, ולהורות עליו; או שיש דברים רבים השותפים בכל מכלול תכונותיהם, ואז אין כל אפשרות להורות על אחד מהם. שכן אם דבר איננו מובחן במאומה, אינני יכול להבחין אותו, אחרת הוא היה מובחן בכל זאת..."<sup>1</sup>

הנחת-היסוד של המשפט המנהלי היא שהאינטרס המרכזי העומד בבסיס קבלת ההחלטות של הרשות הוא האינטרס הציבורי. הנחה זו מוכרת לכל כחזקת התקינות המנהלית.<sup>2</sup> במילים פשוטות, חזקה היא כי הרשות פועלת כדין ובאופן תקין, ואין היא נדרשת להוכיח הנחה זו ביחס להחלטותיה השונות. לעומת זאת, פלוני הטוען כי הרשות פעלה לא כדין נדרש להוכיח זאת במסגרת ההליך המשפטי.<sup>3</sup> יש שתי הצדקות מרכזיות לחזקה: האחת היא הצדקה נורמטיבית-מהותית, המגלמת למעשה את הנרטיב המרכזי של המשפט המנהלי – הרשות המנהלית הינה גוף מקצועי הפועל למען האינטרס הציבורי; האחרת היא הצדקה פרגמטית, הנובעת משיקולי יעילות, ועיקרה הפחתת העומס הן על הרשות המנהלית והן על מערכת המשפט.<sup>4</sup>

אולם במרוצת השנים הועלו ביקורות כלפי חזקת התקינות המנהלית. ראשית, קיים החשש מפני הצבת רף גבוה מדי בפני פלוני שמבקש לתקוף את החלטות המנהל, ואשר מצוי ממילא בנחיתות ביחס למדינה הן מבחינה דיונית והן מבחינה מהותית.<sup>5</sup> ביקורת נוספת קשורה למקורה של חזקת התקינות המנהלית במשפט הישראלי, הלא הוא המשפט האנגלי, על המעמד העודף שהוא מעניק לכתר.<sup>6</sup> אכן, ככל שבבסיסה של חזקת התקינות המנהלית עומדת העדפת השלטון מטעמים היסטוריים-משטריים, קיים טעם של ממש בביקורת מהותית זו. לבסוף, קיימת ביקורת מבית-המדרש הריאליסטי, אשר סבורה כי הנחת-המוצא הגורסת כי

- 1 לודוויג ויטגנשטיין מאמר לוגי פילוסופי 10 (מהדורה שנייה, עדי צמח מתרגם 1994).
- 2 חזקה זו מוכרת גם בשמות "חזקת הכשרות" או "חזקת הרגולריות". להרחבה בנושא ראו, למשל, דפנה ברק-ארוז משפט מינהלי כרך ד: משפט מינהלי דיוני 24 (2017). ראו גם יצחק זמיר "ראיות בבית-המשפט הגבוה לצדק" משפט וממשל א 295, 297 (1993).
- 3 ברק-ארוז, לעיל ה"ש 2, בעמ' 25.
- 4 שם, בעמ' 26.
- 5 שם, בעמ' 28; זמיר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 301–302.
- 6 שם, בעמ' 300.

בבסיסה של קבלת ההחלטות בגוף המנהלי מצוי האינטרס הציבורי אינה חפה מקשיים. כך, המבקרים טוענים כי בין הגורמים השונים אשר מובילים לעיצוב מדיניות ולקבלת החלטות ברשות המנהלית יש גם כאלה שאינם עולים תמיד בקנה אחד עם האינטרס הציבורי. מלומדים שונים סבורים לפיכך כי יש מקום לצמצם את כוחה של חזקת התקינות המנהלית ולהתאימה לאינטרסים העומדים בבסיסה ההחלטת המנהלית.<sup>7</sup>

מכל מקום, חזקת התקינות המנהלית חלה רק על פעולותיה של הרשות המנהלית, ולא על קביעותיה הפרשניות. מלאכת הפרשנות המשפטית נמצאת בליבת תפקידם ומומחיותם של הרשות השופטת ושל מוסד היועץ המשפטי לממשלה, ומכאן שפרשנותה של הרשות לדבר חקיקה או לדבריה שלה אינה זוכה במעמד בכורה מוחלט.<sup>8</sup> אף-על-פי-כן, אין הדבר אומר שאופן פעולתה של הרשות אינו משפיע על מידת קבלת פרשנותה בעניין מסוים. אכן, באופן דומה לביקורת מבית-המדרש הריאליסטי שהוצגה לעיל, קיים קשר הדוק בין אופן התנהלותה של הרשות בעניין מסוים, ובפרט התהליך שהיא קיימה במסגרת גיבוש הפרשנות, לבין המעמד שיינתן לפרשנותה המוצעת.<sup>9</sup> כך, למשל, כאשר עמדת הרשות גובשה בנסיבות שקיים בהן חשש להשפעה של גורם שלישי על עמדתה או להטיה כלשהי שאינה עולה בקנה אחד עם האינטרס הציבורי, מעמד הפרשנות המוצעת על-ידי הרשות יפחת. הדברים עלו, בין היתר, בדנ"א זליגמן,<sup>10</sup> שם עסק בית-המשפט בפרשנותו של מאסדר ענף הביטוח להנחיותיו שלו בנוגע לרכיב תשלום מסוים בפוליסת הביטוח. כפי שיתואר בהמשך המאמר, במסגרת דנ"א זליגמן ניטש ויכוח מהותי בין שופטי בית-המשפט העליון אשר דנו בתיק בנוגע למעמד פרשנותה של רשות מנהלית ביחס להנחיותיה שלה, וכן בנוגע לתופעת "השבי הרגולטורי" – מצב שבו הגורם המאסדר אינו פועל לשמירת האינטרס הציבורי כתוצאה מהשפעת הגורם המפוקח, אשר מבקש לקדם את האינטרסים הפרטיקולריים שלו.<sup>11</sup>

7 ברק-ארז, לעיל ה"ש 2, בעמ' 28.

8 הדברים נדונו לאחרונה בהרחבה במסגרת דנ"א זליגמן, ויפורטו במסגרת תת-פרק א.4. דנ"א 4960/18 זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ (נבו 4.7.2021) (להלן: דנ"א זליגמן).

9 לדיון מורחב בנושא זה ראו יואב דותן "Chevron בישראל? סמכות פרשנית ודילמות אסטרטגיות בעקבות ע"א 7488/16 זליגמן נ' הפניקס החברה לביטוח בע"מ" פורום עיוני משפט מד 16–19 (2020).

10 ראו דנ"א זליגמן, לעיל ה"ש 8.

11 להרחבה בנושא ראו, למשל, שרון ידין "פרשנות החוזה הרגולטורי: בעקבות הלכת זליגמן" פורום עיוני משפט מד 6 (2020); גיא רולניק ורועי שפירא דינמיקה של שבי רגולטורי: חקר המקרה הישראלי 8–10 (מוסד שמואל נאמן למחקר מדיניות לאומית 2018).

רשות שוק ההון, ביטוח וחיסכון, אשר הוקמה בשלהי שנת 2016,<sup>12</sup> היא הרשות הממשלתית האחראית לאסדרת שוק הביטוח, החיסכון הפנסיוני (פנסיה) וכן שירותים פיננסיים מוסדרים נוספים (קופות גמל וקרנות השתלמות).<sup>13</sup> רשות זו, ככל רשויות המדינה, נהנית מחזקת התקינות המנהלית ומן ההנחה הבסיסית כי בראש מעייניה עומד האינטרס הציבורי. הנחה זו אף עולה בקנה אחד עם הסעיף בחוק הפיקוח המגדיר את תפקידי הרשות, אשר קובע כי תפקידה הראשון הוא הגנה ושמירה על ציבור הלקוחות של הגופים המפוקחים.<sup>14</sup> אולם, במסגרת פרשות שונות שעסקו באופן התנהלותו של מאסדר ענף הביטוח, וכן במעמד פרשנותו המוצעת לסוגיות שונות מתחום הביטוח, הביע בית-המשפט העליון ספק בנוגע לפעילותו התקינה של המאסדר. באופן ספציפי עלה במסגרת אותן פרשות החשש המפורש שמא מאסדר תחום הביטוח מצוי בשבי רגולטורי,<sup>15</sup> אשר בא לידי ביטוי, בין היתר, במידת ההשפעה הרבה שיש לגופים המפוקחים על החלטותיו. אף שכל רשויות המנהל חשופות לביקורת שיפוטית על פעולותיהן המנהליות, ופעמים רבות אף נדרשות להתמודד עם ביקורת זו, הדיון בתופעת השבי הרגולטורי בפסיקה הישראלית מצומצם למדי.<sup>16</sup> חיפוש המילים "שבי רגולטורי" במאגר "נבו" העלה שמונה-עשרה תוצאות בלבד, שמתוכן שבע תוצאות בלבד הן פסקי-דין, בעוד יתר התוצאות הן כתבי טענות.<sup>17</sup> נוסף על היקף הדיון המצומצם, החיפוש המתואר

12 עד להקמתה, בחודש נובמבר 2016, פעלה הרשות כאגף במשרד האוצר. הרשות הוקמה בהתאם לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (תיקוני חקיקה), התשע"ו-2016, ס"ח 1254 (להלן: חוק הפיקוח).

13 ראו אתר רשות שוק ההון, ביטוח וחיסכון, [https://www.gov.il/he/departments/capital\\_market\\_authority/govil-landing-page](https://www.gov.il/he/departments/capital_market_authority/govil-landing-page).

14 ס' 1ג(א) לחוק הפיקוח. דיון מורחב בנושא תפקידיה השונים של הרשות ייערך בתת-פרק 5, העוסק בפונקציית-המטרה.

15 ראו, למשל, דנ"א זליגמן, לעיל ה"ש 8, בפס' 52–57 לפסק-הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר. דיון מורחב בדנ"א זליגמן ייערך בתת-פרק 4.

16 זאת, בניגוד לעיסוק בנושא במסגרת הספרות התיאורטית. ראו, למשל, שרון ידן "קצר בתקשורת: בין אינטרס ציבורי לאינטרס פרטי ברגולציה של ערוץ עשר" דין ודברים ח 391, 438–440 (2015); רועי שפירא "מתי יש ליתן מעמד בכורה לעמדת הרגולטור? תוכנות מהספרות על 'שבי רגולטורי' פורום עיוני משפט מד (2020); מיכל (שיצר) גל והילה נבו "אסדרה של קבוצת ריכוז" דין ודברים י 237, 281–282 (2017); Ernesto Dal Bó, *Regulatory Capture: A Review*, 22 OXFORD REV. ECON. POL'Y 203 (2006); Jean-Jacques Laffont & Jean Tirole, *The Politics of Government Decision-Making: A Theory of Regulatory Capture*, 106 Q. J. ECON. 1089 (1991). דיון מורחב בתופעת השבי הרגולטורי ייערך בפרק ב, העוסק בטיפולוגיה המוצעת למאסדר המצוי בשבי רגולטורי.

17 החיפוש במאגר "נבו" נערך לגבי הצירוף "שבי רגולטורי", אולם על-מנת להרחיב את יריעת

העלה ממצא מעניין נוסף: מבין שבעת פסקי-הדין שאזכרו את המונח "שבי רגולטורי", רק שלושה אזכרו את המונח באופן עצמאי, כלומר, לא כחלק מהצגת טענות הצדדים.<sup>18</sup> שלושת פסקי-הדין הללו דנו במפורש ביחס שבין חזקת התקינות המנהלית לבין תופעת השבי הרגולטורי, ועסקו במאסדר של ענף הביטוח.<sup>19</sup> לנוכח הדיון המשפטי המצומצם בנושא, מחד גיסא, והמאבק שניטש לאחרונה בין שופטי בית-המשפט העליון במסגרת דנ"א זליגמן,<sup>20</sup> מאידך גיסא, מטרת המאמר הנוכחי היא לנסות להפיק תובנות בנוגע לתופעת השבי הרגולטורי, ובנוגע לדיון המשפטי בדבר מעמדה של פרשנות המאסדר ככלל, בהתבסס על מקרי-הבוחן העוסקים בפרשנותו של מאסדר ענף הביטוח. בפרט, המאמר ינסה להצביע על כמה מאפיינים בולטים של המאסדר השבוי, ולהציע טיפולוגיה לזיהוי התופעה המתבססת על תכונותיו של מאסדר ענף הביטוח, כעולה מפסיקת בית-המשפט העליון והספרות בנושא. כבר עתה יודגש כי מעיון בפסיקתו של בית-המשפט העליון בנוגע למאסדר של ענף הביטוח עולה חשש ביחס לתקינות פעילותו של המאסדר ובנוגע ליכולתו להפעיל שיקול-דעת עצמאי אשר נקי מלחצים חיצוניים ופנימיים. בשל כך, לצד מטרת המאמר הראשית, ייבחן אם במסגרת פסיקות שבהן אחד ממאפייני הטיפולוגיה אינו מתקיים נזהר בית-המשפט מהגדרת המאסדר כמצוי בשבי רגולטורי או מהתייחסות אליו ככזה.

החיפוש, נערכו חיפושים גם על צירופי המילים "רגולטור שבוי" או "מאסדר שבוי", אשר הניבו תוצאות דומות וספורות. החיפוש נעשה במהלך חודשים אוגוסט-ספטמבר בשנת 2021, ובמסגרתו לא נעשה שימוש במגבלת תקופת זמן, כך שהחיפוש נעשה ביחס לכל מאגר פסקי-הדין של "נבו" (בוצע אימות נתונים נוסף ביום 16.4.2022). יצוין כי במקביל לחיפוש במאגר "נבו" נערך חיפוש גם באתר בית-המשפט העליון לגבי אותם צירופי מילים. גם כאן, באופן לא-מפתיע, התקבלו תוצאות דומות.

18 הווה אומר, ברוב פסקי-הדין שבהם הופיע המונח "שבי רגולטורי" הוא הופיע כחלק מהצגת טיעוני הצדדים, ולא כחלק מעמדת השופט שכתב את פסקי-הדין. ייתכן שהיקף העיסוק המצומצם בתופעת השבי הרגולטורי בפסיקה נובע מכך שאכן מדובר בתחום חדש באופן יחסי, הקשור לעליית המדינה הרגולטורית ולמגמות הפרטה במהלך שנות השמונים של המאה העשרים. ניתן אף לשער, כפי שיוצג בהמשך, כי מכיוון שתופעת השבי הרגולטורי טומנת בחובה אתגרים הקשורים להפרדת רשויות ולהיקף ההתערבות השיפוטית בפעולות המנהל, נזהר בית-המשפט מעיסוק מפורש בעניין זה.

19 דנ"א זליגמן, לעיל ה"ש 8; ע"א 9294/16 שמעון נ' חברת איי די איי חברה לביטוח בע"מ (נבו) 4.2.2020 (להלן: עניין איי די איי); ת"צ (מחוזי ת"א) 44598-12-12 גרינברג נ' מיטב דש גמל ופנסיה בע"מ (נבו) 25.8.2021 (להלן: עניין גרינברג).

20 להרחבה בנושא המאבק האידיאולוגי סביב דנ"א זליגמן ראו, למשל, רונן אברהם "ליבראליים, שמרנים ושבי רגולטורי – הרהורים על דנ"א זליגמן" תוב(ע)נות ייצוגיות: בלוג הקליניקה לתובענות ייצוגיות – רשימות על חידושים בתחום (8.7.2021) <https://tinyurl.com/uwet3sbj>

מהלך הדיון יהיה כדלקמן: בפרק א אסקור את ארבע הפרשות המרכזיות שבהן עסק בית-המשפט העליון בפרשנות של עמדת המאסדר של ענף הביטוח ביחס לסוגיה הנדונה בפסק-הדין וכן בתקינות פעילותו של המאסדר. פרק זה יתמקד בסקירה עובדתית של הפסיקות השונות. בפרק ב, בהתבסס על סקירת הפסיקה בפרק הראשון וכן על סקירת ספרות בנושא, אציע טיפולוגיה עבור המאסדר השבוי. באופן קונקרטי, אציע תנאים אחדים שעל בית-המשפט לבחון בבואו לסווג מאסדר ככזה הנתון בשבי רגולטורי ולפיכך ככזה שאינו נהנה מחזקת התקינות המנהלית. בפרק ג אבחן כמה מקרי-בוחן מתחום הביטוח שבהם התנאים האמורים אינם מתקיימים, לצורך ניתוח הטיפולוגיה המוצעת ובחינת אופן התייחסותו של בית-המשפט לעמדת המאסדר. בפרק ד אקיים דיון בנוגע לממצאים העולים ממקרי-הבוחן. נוסף על כך, בהנחה שהטיפולוגיה המוצעת נכונה ויעילה לגבי מלאכת השיפוט, אציע מבחן דו-שלבי לבחינת פרשנותו של המאסדר. במסגרת הצעתי זו אבקש לבחון בשלב הראשון את שאלת השבי הרגולטורי כתנאי לקבילות פרשנותו של המאסדר, ואילו בשלב השני לשקול שיקולים הנוגעים במומחיות וביסודיות, כחלק משאלת משקלה של הפרשנות. לבסוף אדון בייחודיותו של ענף הביטוח ובשאלה אם ניתן ללמוד ממנו תובנות רוחביות או שמא מדובר בענף אשר אסדרתו שונה באופן מובהק מאסדרתם של ענפים אחרים, ואסכמ.

#### א. אסדרת ענף הביטוח – שלושה עשורים של אי-אמון

על-אף היקפו המצומצם, העיסוק בשאלת תקינותו המנהלית של מאסדר ענף הביטוח, ובפרט בתקינותם של יחסי מפקח-מפוקח בתחום זה, אינו חדש לפסיקה הישראלית. במסגרת ארבע פרשות שונות – אשר הראשונה מביניהן נדונה עוד בשנות התשעים של המאה העשרים<sup>21</sup> ואילו האחרונה הוכרעה בדיון נוסף בקיץ 2021<sup>22</sup> – עלתה טענת השבי הרגולטורי,<sup>23</sup> ואף נדונה לגופה במסגרת פסק-הדין. פרק זה יוקדש לתיאור תמציתי וממוקד של האופן שבו עלתה הסוגיה בכל אחת מן הפרשות, אשר יוצגו בהתאם לסדר הכרונולוגי שלהן. מן הסקירה יהיה אפשר להבין כיצד התפתח הדיון בתופעת השבי הרגולטורי במרוצת השנים, אף אם בעבר היא לא כונתה בשם המפורש "שבי רגולטורי".

21 רע"א 3577/93 הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ נ' מוריאנו, פ"ד מח(4) 70 (1994) (להלן: עניין מוריאנו).

22 דנ"א זליגמן, לעיל ה"ש 8.

23 אף אם לא בכל המקרים נעשה שימוש במונח "שבי רגולטורי". ראו, למשל, עניין מוריאנו, לעיל ה"ש 21, בפס' 6.

## 1. עניין מוריאנו

עניין מוריאנו עסק ברכבו של אדם אשר בוטח על-ידי חברת הביטוח "הפניקס" בביטוח מפני נזקי רכוש.<sup>24</sup> פוליסת הביטוח שהופקה לטובת מוריאנו הייתה למעשה העתק של פוליסה תקנית,<sup>25</sup> בהתאם לתוספת בתקנות הרלוונטיות.<sup>26</sup> איתרע מזלו של מוריאנו ורכבו היה מעורב בתאונת-דרכים. בעקבות זאת ביקש מוריאנו להפעיל את פוליסת הביטוח. במקרה הנדון לא התעוררה מחלוקת לגבי זכאותו של מוריאנו לפיצוי בעבור ההוצאות על תיקון כלי-הרכב, אולם דרישת הפיצוי הועלתה לגבי רכיב נוסף – ירידת ערך הרכב בעקבות התאונה. מוריאנו דרש לקבל פיצוי גם על רכיב זה, אולם חברת הביטוח סירבה לכך וטענה כי פוליסת הביטוח אינה מכסה נזקים מסוג זה. זאת, משום שלטענת חברת הביטוח מדובר בנזק "עקיף", אשר תלוי באופן שבו רוכש פוטנציאלי מעריך את הפגיעה בשווי הרכב. במסגרת הדיון בבית-משפט השלום קבעה השופטת כי ירידת ערך הרכב הינה נזק עקיף שאינו נכלל בפוליסה. נקבע כי ירידת ערך הרכב מהווה נזק פסיכולוגי, אשר אינו נכלל תחת הפוליסה, להבדיל מתיקונים הכרחיים לכלי-הרכב, המהווים נזק ממשי.<sup>27</sup> לעומת הערכאה הדיונית, ערכאת הערעור הראשונה קבעה כי הפוליסה אכן מכסה נזקים מסוג זה. קביעה זו התבססה על עמימות הפוליסה והפעלת כלל הפרשנות נגד המנסח.<sup>28</sup> עמימות הפוליסה באה במקרה זה לידי ביטוי בכך שנכתב כי הפוליסה לא תכסה "נזק תוצאתי" מבלי לספק הגדרה ברורה למונח. לאחר הפסיקה בעניין מוריאנו מחוזי שונתה התקנה, ונקבע במפורש כי הפוליסה התקנית אינה מכסה את ירידת מחיר הרכב שנגרמה עקב טעמים מסחריים שאינם קשורים לאי-תיקון הרכב.<sup>29</sup> על החלטה זו של בית-המשפט המחוזי הגישה

24 שם, בפס' 3.

25 פוליסה הכוללת כמה תנאי-סף אשר נקבעו בחוק. ראו "פוליסה תקנית – Policy by Regulation" איגוד חברות הביטוח בישראל (ע"ר) <http://www.igudbit.org.il/?CategoryID=108&ArticleID=158>.

26 תקנות הפיקוח על עסקי ביטוח (תנאי חוזה לביטוח רכב פרטי), התשמ"ו-1986.

27 ע"א (מחוזי ת"א) 423/91 מוריאנו נ' הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ (נבו 31.5.1993) (להלן: עניין מוריאנו מחוזי). המונח "נזק פסיכולוגי" נוגע באופן שבו השוק מעריך את שווי הרכב לאחר התאונה, הווה אומר, היקף הנזק שנגרם לרכב כתוצאה מן התאונה כפונקציה של ירידת ערכו בעיני השוק.

28 כלל זה קובע כי מקום שמתקיימת עמימות טקסטואלית בלשון החוזה, אשר מקימה כמה אפשרויות פרשניות סבירות, יש לפרש את הטקסט לחובת המנסח, אשר ברוב המקרים יהיה המבטח. להרחבה בנושא ראו, למשל, דודי שוורץ וריבי שלינגר דיני ביטוח: חובות גילוי, פרשנות ומגמות התפתחות 312–318, 342–346 (2005).

29 ראו תקנות הפיקוח על עסקי ביטוח (תנאי חוזה לביטוח רכב פרטי) (תיקון), התשנ"ג-1993,



חברת הביטוח בקשת רשות ערעור. כבר בפסקאות הפותחות את פסק-דינו של הנשיא שמגר ניתן לזהות ביקורת נוקבת כלפי התנהלותו של מאסדר ענף הביטוח:

"...כמנהגה של הרשות, חזקה שקיימה התייעצות, כמקובל, עם חברות הביטוח ועשתה שימוש בדוגמאות הנוהגות אצל החברות; מאידך גיסא, אין כל התייעצות עם המבוטחים. משמע, גם שלב הניסוח של הפוליסה התקנית נושא את הסממן המאפיין של השפעת האינטרס של המבטח והיעדר השיתוף של המבוטח. אין לך ראייה טובה יותר להשפעתן של חברות הביטוח על נוסח הפוליסה התקנית מאשר התיקון הנ"ל לסעיף 18(ב) לתוספת לתקנות... מי שמכיר את תנועת גלגלי החקיקה יודע שאין הם נעים בדרך כלל במהירות כה רבה, ובעניין זה נקטנו כאן לשון המעטה."<sup>30</sup>

במישור האופרטיבי קבע הנשיא שמגר כי נזק הנגרם לרכב כתוצאה מירידת ערכו לאחר תאונת-דרכים הוא נזק ישיר, ולא תוצאתי, ומכאן שחברת הביטוח חבה בגינו בתשלום למבוטח.<sup>31</sup> אף שתיקון התקנה לא היה רלוונטי להכרעה המשפטית, בחר הנשיא שמגר לדון בו. במישור ההכרעה המשפטית הקונקרטי ציין הנשיא שמגר כי תיקון התקנה, שבמסגרתו הוספה ההחרגה המפורשת ביחס לנזק תוצאתי, מעיד כי עובר לתיקון כיסתה הפוליסה התקנית גם נזק תוצאתי מסוג ירידת שווי הרכב בעקבות תאונת-דרכים. אולם התייחסותו של הנשיא לעניין זה חרגה מדי אמותיו של הסכסוך הקונקרטי, ונגעה בעצם ההליך של תיקון חקיקת-המשנה, כמרגם במעמדן של חברות הביטוח. ראשית, הנשיא הלין על העדר זכות טיעון לציבור המבוטחים, והבהיר כי הדבר נוגד את ההיגיון ואת החובה לפעול בהוגנות. אף שאין הרשות נדרשת להבטיח את זכות הטיעון ביחס להתקנת תקנות, היה ראוי לשמוע את טענותיהם של הנפגעים הפוטנציאליים מן השינוי.<sup>32</sup> שנית, הנשיא בחר להתייחס למעמד הבכורה שניתן לחברות הביטוח:

"חברות הביטוח נהנות מזכויות יתר מסוימות במשפטנו. כך, למשל, לגבי קביעת נטלי ההוכחה בכל הנוגע לחריגי פוליסת ביטוח רכוש... כך גם לעניין תקופת ההתיישנות המקוצרת שלה זכו חברות הביטוח

ק"ת 995, שם הוספה ההחרגה המפורשת לס' 18(ב) לתוספת לתקנות. התיקון האמור לא חל כמובן על המקרה הנוכחי, אלא נועד להתמודד עם מקרים עתידיים.

30 עניין מוריאנו, לעיל ה"ש 21, בפס' 6.

31 להרחבה בנושא זה ראו שם, בפס' 12-14.

32 שם, בפס' 18.

בכל הנוגע לביטוח אישי (שלוש שנים), בו בזמן שאדם מן השורה יכול להיתבע תוך תקופת התיישנות של שבע שנים... יש לשוב ולהזכיר כי השוויון בכל הנוגע לנורמות המשפטיות המיושמות כלפי בעלי הדין הוא יסוד מסד בתפיסותינו המשפטיות... [ו]חל גם... על המבוטח ולא רק על המבטח. דומה שנורמה זו נסוגה, לצערי, לעתים מפני אינטרס סקטוריאלי זה או אחר... התוספת הנוכחית לפוליסה התקנית, בדמות סעיף 18(ב) החדש, מחזקת תופעה זו, הראויה למחשבה שנייה.<sup>33</sup>

למעשה, בפסק-דינו הביע הנשיא שמגר מורת-רוח מזכויות-היתר של חברות הביטוח, אך קריאה מעמיקה יותר תגלה כי הביקורת המרכזית מופנית דווקא כלפי הרשות האחראית על ענף הביטוח. ראשית, מפסק-הדין עולה חשש ברור בנוגע לקידום האינטרסים של חברות הביטוח על-ידי המאסדר. חשש זה בא לידי ביטוי בתמיהתו של הנשיא שמגר על המהירות שבה נעשה תיקון התקנה, אשר מיטיב עם חברות הביטוח. שנית, הטענה בדבר ההיוועצות הרחבה עם חברות הביטוח, לצד אי-ההיוועצות המוחלטת עם ציבור המבוטחים, מגלמת בתוכה ביקורת מהותית על יחסי מפקח-מפוקח בענף הביטוח, כמו-גם על מידת שקיפותו של הליך האסדרה. אף-על-פי שהמונח "שבי רגולטורי" לא הופיע במפורש בפסק-הדין, ביקורתו של הנשיא שמגר – הן בנוגע לזכויות-היתר של חברות הביטוח ביחס לציבור המבוטחים והן בנוגע לאופן שבו הותקנה תקנה המיטיבה עם חברות הביטוח – מגלמת בתוכה את החשש העמוק מפני קיומה של התופעה. ביקורתו המרומזת יחסית של הנשיא שמגר חזרה אל קדמת הבמה שנים מספר לאחר עניין מוריאנו, במסגרת עניין איגוד שמאי הביטוח.<sup>34</sup>

## 2. עניין איגוד שמאי הביטוח

נראה כי פסיקתו של השופט זמיר בעניין איגוד שמאי הביטוח מהווה אבן-דרך בדיון העוסק ביחסי מפקח-מפוקח ככלל ובטיבם של יחסים אלו בענף הביטוח בפרט.<sup>35</sup> במקרה הנדון עתרו איגוד שמאי הביטוח והמועצה הישראלית לצרכנות נגד הסדר עריכת השמאות לרכב שניזוק בתאונה. ההסדר, אשר קבע כי שמאות מסוג זה תיעשה על-ידי שמאי-בית המועסקים בחברת הביטוח, הונהג על-ידי

33 שם.

34 בג"ץ 7721/96 איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח, פ"ד נה(3) 625 (2001) (להלן: עניין איגוד שמאי הביטוח).

35 שפירא, לעיל ה"ש 16, בעמ' 7-8.

חברות הביטוח עצמן, ונהפך לפרקטיקה בשנים שקדמו לעתירה.<sup>36</sup> פרקטיקה זו התגבשה לאחר שבמשך שנים היה ציבור המבוטחים יכול לבחור את השמאי באופן עצמאי ולהעביר את הערכתו לחברת הביטוח. מצב דברים זה, לטענת חברות הביטוח, הוביל להונאות בהיקף רחב מאוד, בדמות הצגת שומה מופרזת ביחס לנזק שנגרם לרכב. לכן החלו חברות הביטוח להעסיק שמאי-בית, אשר יאפשרו לחברות לפקח על אופן ביצועו של ההליך.<sup>37</sup> טענת העותרים המרכזית הייתה כי ההסדר פוגע בשמאים המנהלים עסק עצמאי, כמו-גם בציבור המבוטחים כולו. זאת, מפני שהשמאות הקבועה בהסדר מהווה תנאי לקבלת תשלום מחברת הביטוח. במצב דברים זה קיים חשש ששמאי-הבית יפעלו לטובת האינטרס של חברת הביטוח, וכך ימצא המבוטח את עצמו בפני שוקת שבורה. איגוד שמאי הביטוח ביסס את טענותיו על כמה טענות-משנה, אשר רובן ככולן מתמקדות בפגיעה באינטרס של ציבור המבוטחים ובחובה המוטלת על המפקחת על הביטוח לפעול למען שמירת אינטרס זה. במישור האופרטיבי דרשו העותרים כי המפקחת על הביטוח תאסור על חברות הביטוח לנקוט את הפרקטיקה האמורה. חברות הביטוח, לעומת זאת, טענו כי לא הוכח שהפרקטיקה המדוברת אכן פוגעת באינטרס של ציבור המבוטחים, כי אין למפקחת על הביטוח סמכות מפורשת המאפשרת לה להתערב בהסדר זה, וכי ממילא ההסדר חוסה תחת עקרון חופש החוזים ותואם את רוחה של חקיקת-היסוד הרלוונטית לנושא.<sup>38</sup>

עמדת המפקחת על הביטוח בנושא הייתה מורכבת. מחד גיסא, היא הסכימה עם טענת העותרים כי קיים חשש שהפרקטיקה הנוהגת תוביל לירידה במספר שמאי החוץ, אשר תוביל בסופו של דבר לפגיעה באינטרס של המבוטחים אל מול בלעדיות של חברות הביטוח על השמאות. נוסף על כך הסכימה המפקחת כי אכן קיים חשש ששמאות הנעשית על-ידי שמאי-בית תהיה מוטה לטובת חברות הביטוח. מאידך גיסא, העסקת שמאי-בית מוזילה לדעת המפקחת עלויות לציבור המבוטחים, ובכך פועלת לטובתם. לנוכח זאת טענה המפקחת כי יש לאזן בין האינטרסים הנוגדים, והודיעה כי בכוונתה להפיץ חוזר לחברות הביטוח אשר יגביל במידת-מה את השימוש בשמאי-הבית.<sup>39</sup> אולם לפני פעולה זו ביקשה

36 עניין איגוד שמאי הביטוח, לעיל ה"ש 34, בפס' 1.

37 להרחבה על הרקע העובדתי ראו שם, בפס' 5-7.

38 חוק-יסוד: חופש העיסוק.

39 עניין איגוד שמאי הביטוח, לעיל ה"ש 34, בפס' 11. במסגרת אותו חוזר התכוונה המפקחת, בין היתר:

א. לשנות את ההגדרה של "שמאי-בית" כך שכל שמאי אשר יותר מ-15% מכלל עסקיו מתנהלים עם חברת הביטוח יוגדר "שמאי-בית";

המפקחת לשמוע את עמדתן של חברות הביטוח בנושא.<sup>40</sup> לאחר שנים אחדות של נסיונות לגבש פשרה ולעצב מדיניות מוסכמת, הגיע הנושא להכרעת בית-המשפט העליון.

כבר בפתח פסק-דינו ציין השופט זמיר כי הסוגיה הנדונה חורגת מענף הביטוח, ועוסקת בשאלות מהותיות הנוגעות בפיקוחה של המדינה על מגזרים עסקיים שונים:

"הבעיה מורכבת וחשובה גם אם היא מוגבלת לתחום של ביטוח רכב. אולם בפועל הבעיה חורגת מתחום זה. היא מעוררת את הבעיה הכללית של פיקוח מטעם המדינה על חברות עסקיות, בעיקר חברות גדולות שיש להן עוצמה כלכלית וחברתית רבה, המספקות לציבור שירותים ומצרכים, לא פעם שירותים ומצרכים חיוניים, כמו ביטוח, בנקאות, חשמל, דלק, תחבורה ותקשורת. בעיית הפיקוח על חברות כאלה טרם נדונה באופן ישיר ומקיף על-ידי בית-משפט זה."<sup>41</sup>

במסגרת פסיקתו הסביר השופט זמיר כי עלייתה של המדינה המתירנית, אשר ביקשה לצמצם את התערבותה ולהעניק מעמד בכורה לחופש ההתקשרות החוזית בין פרטים, ובכך גרמה לניצול ולהרחבת פערים, הובילה למסקנה כי אי-אפשר להתבסס על כוחות השוק בלבד, אלא יש ליצור מנגנוני בקרה ופיקוח מצד המדינה. בהמשך תיאר השופט זמיר את אופן התפתחותם של מנגנוני הבקרה והגופים המאסדרים במדינת-ישראל, תוך התייחסות לשלושה תחומים ספציפיים: בנקאות, חשמל וביטוח.<sup>42</sup>

ביחס לטענתן של חברות הביטוח כי המפקחת על הביטוח נעדרת סמכות להסדיר את היחסים החוזיים שבין חברות הביטוח לבין המבוטחים, קבע השופט זמיר כי הפרשנות הצרה שחברות הביטוח ביקשו לאמץ ביחס להוראות החוק המעניקות סמכות למפקחת<sup>43</sup> אינה יכולה לעמוד.<sup>44</sup> לאחר מסקנה זו דן השופט

ב. להורות לחברות הביטוח להרכיב רשימה של שמאי חוץ, ולאפשר למבוטחים לבחור שמאי מרשימה זו ללא עלות;

ג. למנוע עיוותים בבחירת השמאי, כגון מתן הטבות כלכליות למבוטח אשר בחר בשמאי מסוים.

40 שם.

41 שם, בפס' 2.

42 שם, בפס' 3.

43 ס' 60–62 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א-1981.

44 עניין איגוד שמאי הביטוח, לעיל ה"ש 34, בפס' 13–16.

זמיר בשאלה אם ראוי שבית-המשפט יצווה על המפקחת להפעיל את סמכותה, ובתוך כך הבחין בין כמה סוגים של התערבות.<sup>45</sup> השופט זמיר הבחין בין סוגיות דו-קודקודיות, שניתן למקדן בהתמודדות בין שני גורמים ספציפיים ומרכזיים, לבין סוגיות רב-קודקודיות, המורכבות ממספר רב של גורמים, אינטרסים ושיקולים שונים. מכיוון שהסוגיה הנדונה טומנת בחובה אינטרסים שונים ורחבים, כמו-גם מגוון של פתרונות אפשריים שמצריכים השקעת משאבים מצד הגורם מקבל ההחלטה, קבע השופט זמיר כי הסוגיה משתייכת למשפחת הסוגיות הרב-קודקודיות, ולכן אין זה ראוי לבחור בעניינה בדרך ההתערבות הרחבה בפעולת הרשות.<sup>46</sup> החלטה זו אינה שקולה לאי-התערבות בסוגיה, אלא מכוונת להתערבות צרה בדמות מתן הוראה לרשות להפעיל את סמכותה בהתאם לשיקול-דעתה. אולם לאחר קביעתו זו, אשר רימזה על מידת התערבות מצומצמת מצד בית-המשפט, כתב השופט זמיר את הדברים הבאים:

"הצו של בית-המשפט נדרש לא רק כדי להבטיח שהמפקחת תקבע הסדר במהירות הראויה, אלא גם כדי להבטיח שהמפקחת תשקול מחדש את ההסדר שכבר הוצע על-ידיה... [לכן] בית-המשפט סבור כי גם הדרך הראשונה, היא הדרך של התערבות צרה, אינה מתאימה לנסיבות המקרה... לדעתו של בית-המשפט, ספק אם ההסדר שכבר הוצע על-ידי המפקחת הוא ההסדר הראוי בנסיבות המקרה. לפיכך החליט בית-המשפט ללכת בדרך השלישית, היא דרך הביניים: להורות למפקחת לקבוע הסדר, לאחר שתשקול מחדש את שאלת ההסדר הראוי..."<sup>47</sup>

במסגרת הנימוק המשפטי הסביר השופט זמיר את הסיבות שהובילו להחלטה להלך בדרך-הביניים, תוך התמקדות בשאלה אם תכלית ההסדר המוצע על-ידי המפקחת תואמת את תכליתו של חוק הפיקוח. בהתאם להוראות החוק קבע

45 התערבות צרה, התערבות רחבה ודרך-ביניים. שם, בפס' 17.

46 הבחירה לא לנקוט התערבות רחבה במקרים של סוגיות רב-קודקודיות מתבססת על ההנחה שהליך קבלת ההחלטות הינו מורכב וסבוך, וכי במצבים מסוג זה אין יתרון לבית-המשפט בקבלת ההחלטה אל מול הרשות המנהלית. לכן, לדברי השופט זמיר (שם, בפס' 20):

"המפקחת, כמו כל רשות מינהלית, יכולה ורגילה ללכת בדרך כזאת. אך דרך כזאת אינה מקובלת ואינה ראויה לבית-משפט. מכל מקום, פתרון הבעיה דורש תכנית מורכבת. בית-המשפט אינו אמור ואינו מסוגל לערוך תכנית כזאת. זהו תפקידה, וזאת גם סמכותה, של המפקחת על הביטוח."

47 שם, בפס' 23.

השופט כי תכליתו המרכזית של חוק הפיקוח, לצד תכליות-משנה נוספות, היא הגנה על האינטרס הצרכני ככלל, ובפרט הגנה על ציבור המבוטחים מפני חברות הביטוח. במסגרת דיון זה נדרש השופט זמיר להתמודד עם השפעתם של חוק-יסוד: חופש העיסוק, של עקרון חופש החוזים ושל מגמות ההפרטה ואי-ההתערבות מצד המדינה על אופן עיצובו הראוי של ההסדר הקונקרטי ועל תפקיד המאסדר ככלל. בעניין זה קבע השופט זמיר נחרצות כי המגמות המתוארות, אשר מציבות גבולות מסוימים למלאכת הפיקוח, אינן מובילות למסקנה כי יש להחליש את פעולת המאסדר. נוסף על כך, ביחס לשוק הביטוח קבע השופט זמיר כי הטענה המבקשת להחליש את הפיקוח כחלק מתפיסת השוק החופשי היא שגויה, ואינה ראויה לאימוץ במקרה זה. אל מול מגמות ההפרטה והשוק החופשי ביקש השופט זמיר להציב תמרוך אזהרה מפני כוחו המשחית של החופש הכלכלי, ולהשיב לקדמת הבמה את חשיבות הפיקוח והאסדרה. בהמשך פסק-הדין דן השופט זמיר בכפילות התפקידים של מאסדר ענף הביטוח. לנוכח הרצון לשמור על היציבות של שוק ההון ככלל ושל ענף הביטוח בפרט, עולה החשש ששיקול היציבות יגבר על האינטרס הציבורי ויפגע בציבור המבוטחים. במסגרת זאת הדגיש השופט זמיר כי שמירת יציבותו של ענף הביטוח מהווה למעשה מנגנון להבטחת האינטרס הציבורי וטובת המבוטחים.<sup>48</sup> הוזה אומר, התכלית של שימור יציבותה של מערכת הביטוח אינה עצמאית, ולמעשה נגזרת מן התכלית המרכזית, שהיא הבטחת האינטרס הציבורי וטובת המבוטחים. לבסוף, השופט זמיר התייחס לפערי הכוחות העצומים בין חברות הביטוח לציבור המבוטחים, תוך הדגשת יחסי הקרבה שבין מאסדר הענף לבין החברות. ביחס לסוגיה זו ציין השופט כי העובדה שציבור המבוטחים אינו מאורגן ונעדר יכולת השפעה ותקשורת עם הגוף המפקח מצריכה בקרה מוגברת:

”אכן, תופעה ידועה היא במדינות רבות שמוסדות פיקוח ממלכתיים בתחומים שונים מפתחים יחסי קירבה עם הגופים המפוקחים עד כדי פגיעה בתכלית הפיקוח... עם כל הכבוד, איני סבור שנכון לומר כי לתחרות חופשית יש יתרון על פני פיקוח ממלכתי. תחרות חופשית אינה תרופת פלא נגד ניצול כוח עודף של חברת ביטוח כלפי מבוטח. הפיקוח הממלכתי נדרש גם בשוק תחרותי כדי לקדם את תכלית החוק, לפחות במקרים בלתי נמנעים של כשל שוק.”<sup>49</sup>

48 להרחבה בנושא יציבותו של ענף הביטוח כמנגנון להבטחת האינטרס הציבורי ראו גם ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מח(3) 45 (1994).

49 עניין איגוד שמאי הביטוח, לעיל ה"ש 34, בפס' 29–30.

בפסק-דינו עמד השופט זמיר על הבעיות האינהרנטיות הטמונות בשוק הביטוח, תוך קביעה כי מדובר בכשל שוק הראוי לפיקוח יעיל, וכן הבעת ספק במניעה של המפקחת על הביטוח בכואה להציע פתרון לסוגיה.<sup>50</sup> באופן ספציפי עמד השופט זמיר על שלוש נורות אזהרה בולטות המאפיינות את שוק הביטוח:

- א. פערי הכוחות העצומים בין ציבור המבוטחים לבין חברות הביטוח;
- ב. מערכת היחסים שבין המפקח, קרי מאסדר ענף הביטוח, לבין המפוקח, קרי חברות הביטוח;
- ג. כפל התכליות של מאסדר ענף הביטוח, אשר עלול להוביל לפגיעה בציבור המבוטחים.

כבר בשלב זה ראוי לשים לב להתפתחות הרטורית בין פסק-הדין בעניין מוריאנו לבין פסק-הדין בעניין איגוד שמאי הביטוח: בעוד שבעניין מוריאנו נזהר בית-המשפט משימוש במונח "כשל שוק" ומהצבת זרקור על התופעה, כפי שהיא באה לידי ביטוי בענף הביטוח, בעניין איגוד שמאי הביטוח יש שימוש ברור במונח ואף הצבת "נורות אזהרה" לזיהוי התופעה. זאת ועוד, השופט זמיר בוחר לפנות ישירות למאסדר של ענף הביטוח ולהדגיש לפניו את תכליתו המרכזית של ענף הביטוח ואת האתגרים המרכזיים שהוא ניצב בפניהם:

"לסיכום, המפקחת על הביטוח אמורה להיות מודעת וערה במילוי תפקידה לתכלית העיקרית של חוק הפיקוח, כלומר הגנה על המבוטחים. עכשיו היא חייבת, מכוח פסק-דין זה, לגבש הסדר בתחום שמאות הרכב, בהתאם לתכלית זאת. בגיבוש ההסדר עליה להזהיר עצמה מפני הסכנות הטמונות במבנה המוסדי ובמבנה החברתי של הפיקוח ולאזן כראוי את האינטרסים והשיקולים הכרוכים בקביעת הסדר כזה."<sup>51</sup>

פסק-הדין בעניין איגוד שמאי הביטוח ניתן בשנת 2001. חלפו שנים רבות עד שהנושא נדון שוב בין כותלי בית-המשפט העליון – הפעם בעניין איי די איי.

### 3. עניין איי די איי

בעניין איי די איי נדון מקרה שבו בחרה חברת הביטוח לחדש באופן אוטומטי, ללא אישור המבוטחים, פוליסות ביטוח רכב אשר הוגדרו במקור כתקפות לתקופה של

50 ש.ם.

51 ש.ם, בפס' 31.

שנה בלבד.<sup>52</sup> בגין פרקטיקה זו הוגשה בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד חברת הביטוח, אשר אושרה בחלקה על-ידי בית-המשפט המחוזי.<sup>53</sup> טענות ההגנה של חברת הביטוח התבססו, בין היתר, על התכתבות בין נציגיה לבין בעלי תפקידים הכפופים לממונה על שוק ההון, הביטוח והחיסכון. התכתבות זו עסקה באופן מפורש בחידוש פוליסת ביטוח באופן אוטומטי, וכן בפרשנות של מסמך הנחיות בנושא.<sup>54</sup> מאחר שמסמך ההנחיות אסר על חברת הביטוח לנקוט את הפרקטיקה האמורה, התקיים דיאלוג בין איגוד חברות הביטוח לבין הממונה, שבמסגרתו הוסכם על אישורה של הפרקטיקה האמורה. באופן קונקרטי הוסכם כי ניתן לראות את שתיקת המבוטח כקיבול חוזה הביטוח, ומכאן שניתן לקבל את החידוש האוטומטי. במסגרת הדיון בעניין איי די איי מחוזי הגישה הממונה על הביטוח דאז, דורית סלינג'ר, את עמדתה כי על חברות הביטוח לנהוג בהגינות ובתום-לב כלפי ציבור המבוטחים. נוסף על כך היא הוציאה חוזר חדש לעניין חידוש ביטוח, הקובע כי על חברת הביטוח לקבל את הסכמת המבוטח לעניין החידוש. במסגרת החוזר החדש נקבע כי הוא מחליף את החוזר הישן בנושא וכן את הקביעות שנוצרו בהתכתבות-העבר בין הממונה לבין איגוד חברות הביטוח.<sup>55</sup> כאמור, בית-המשפט המחוזי קיבל את בקשת התובענה הייצוגית באופן חלקי, לנוכח החוזר הישן וכן ההתכתבות בנושא. לעניין זה נקבע כי למסמכים האמורים אכן היה תוקף מחייב בזמנו, וכי ניתן ללמוד שאכן היה נוהג מסוג זה, אשר זכה בתמיכת המאסדר. על קביעתו זו של בית-המשפט המחוזי הוגש ערעור לבית-המשפט העליון. טענות המערערים התבססו, בין היתר, על כך שהתכתבות-העבר בין איגוד חברות הביטוח לבין הממונה לא פורסמה לציבור מעולם, ולכן חלופת הדברים האמורה מהווה התכתבות פרטית ותו לא. חברת הביטוח, לעומתם, ביקשה להתבסס על ההתכתבות ועל החוזר הישן, ולאור ההכרעה ברע"א זליגמן<sup>56</sup> (אשר נהפכה לאחר-מכן בדנ"א זליגמן) טענה כי היא פעלה בהתאם להנחיות המאסדר ומכאן שפעלה כדין.

52 עניין איי די איי, לעיל ה"ש 19, בפס' 1 לפסק-הדין של השופטת ברק-ארוז.

53 ת"צ (מחוזי מר') 12963-12-11 שמעון נ' איי די איי חברה לביטוח בע"מ (נבו 27.10.2016) (להלן: עניין איי די איי מחוזי).

54 עניין איי די איי, לעיל ה"ש 19, בפס' 6-10 לפסק-הדין של השופטת ברק-ארוז.

55 שם, בפס' 12-14 לפסק-הדין של השופטת ברק-ארוז.

56 רע"א 9778/16 זליגמן נ' הפניקס החברה לביטוח בע"מ (נבו 31.5.2018) (להלן: רע"א זליגמן). במנותק מן העובדה שההכרעה ברע"א זליגמן נהפכה במסגרת דנ"א זליגמן, כבר בעניין איי די איי קבעה השופטת ברק-ארוז כי ההכרעה ברע"א זליגמן נוגעת בפרשנותו של המאסדר למסמכים והנחיות שהוא עצמו הוציא, בעוד במקרה הנוכחי מדובר בפרשנות של חקיקה ראשית. לכן הכרעה זו לא הייתה רלוונטית לעניין איי די איי.



חלקו הראשון של פסק-הדין של השופטת ברק-ארז עסק בשאלת פרשנותו של חוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981, וכן בהתמודדות עם טענתה של חברת הביטוח כי ההארכה האוטומטית פועלת לטובת ציבור המבוטחים.<sup>57</sup> חלקו השני עסק בהתכתבות בין הממונה לבין איגוד חברות הביטוח וכן בחוזר הישן. בנוגע לחוזר הישן קבעה השופטת ברק-ארז כי בשל העובדה שהוא עולה בקנה אחד עם חוק חוזה הביטוח, לא עולה כל קושי, ואף אי-אפשר ללמוד ממנו אשרור של פרקטיקת החידוש האוטומטי.<sup>58</sup> לעומת זאת, תוכן ההתכתבות בין איגוד חברות הביטוח לבין הממונה מלמד על תמיכה ברעיון ששתיקת המבוטח מהווה הסכמה לחידוש החוזה, ומכאן שניתן לנקוט את פרקטיקת החידוש האוטומטי. בשלב זה עברה השופטת ברק-ארז לבחון את מעמדה של ההתכתבות, תוך שהיא קובעת כי עצם ההסתמכות על מסמך מסוג התכתבות פנימית בין נציג המפקח לבין המפוקחים היא בעייתית עד-מאוד. לצד השאלה בדבר תפוצתה של ההתכתבות ומידת שקיפותה, מתעוררת תחושת אי-נוחות מן העובדה שאיגוד חברות הביטוח ניסח, הלכה למעשה, את העמדה המשפטית של הגוף המופקד על הפיקוח.<sup>59</sup> ביקורתה של השופטת ברק-ארז התייחסה גם לכך שעמדת המאסדר הייתה מצומצמת ונגעה בעניינים עובדתיים בלבד, מבלי להביע עמדה נורמטיבית על עצם ההתכתבות הנסתרת. לבסוף קראה השופטת ברק-ארז באופן נחרץ לשינוי מערכת היחסים הבעייתית השוררת בין המפקח לבין המפוקחים בענף הביטוח:

"בשולי הדברים אעיר, כי דומה שנכון יהיה להפיק לקחים מן ההתרחשות המתוארת. טוב לו לרגולטור כדוגמת המפקח שאת עמדותיו המקצועיות ינסח בעצמו – ולא על דרך 'אישור' שהיקפו לא ברור לניסוחים מטעם הגורמים המפוקחים. כמו כן, ראוי שמעין משא ומתן ל'שיפור עמדות' מצד חברות הביטוח לא ייעשה במחשכים, ללא שיתוף מתאים של הציבור (במסגרת מה שמכונה לעתים בספרות המשפטית 'שבי רגולטורי'...)."<sup>60</sup>

כאמור, במסגרת הדיון בעניין איי די איי ביקשה חברת הביטוח להסתמך על ההכרעה

57 להרחבה בעניין זה ראו עניין איי די איי, לעיל ה"ש 19, בפס' 36–41 לפסק-הדין של השופטת ברק-ארז.

58 טענת חברת הביטוח, אשר נדחתה בפסק-דינה של השופטת ברק-ארז, הייתה כי החוזר הישן אוסר חידוש אוטומטי הפועל לרעת המבוטח בלבד, ואינו מטיל איסור כללי על חידוש הפוליסה באופן אוטומטי. שם, בפס' 52 לפסק-הדין של השופטת ברק-ארז.

59 שם, בפס' 53 לפסק-הדין של השופטת ברק-ארז.

60 שם, בפס' 54 לפסק-הדין של השופטת ברק-ארז.

ברע"א זליגמן, אשר עסקה במעמד פרשנותו של המאסדר להנחיותיו, ובאופן קונקרטי במעמד פרשנותו של מאסדר ענף הביטוח. לתיאור פרשה זו – שהסתיימה בפסק-הדין בדנ"א זליגמן, שהוא פסק-הדין האחרון לפי שעה שניתן בבית-המשפט העליון בנושא דיונו – נפנה כעת.

#### 4. עניין זליגמן

אין חולק כי פרשת זליגמן מהווה אבן-דרך של ממש במשפט המנהלי ככלל ובשאלת מעמדה של פרשנות המאסדר בפרט. ראיה לכך ניתן למצוא הן בגלגולים הרבים שעברה הפרשה והן בעיסוק האקדמי הנרחב והנמרץ בשאלות שנדונו במסגרתה.<sup>61</sup> נוסף על כך, פרשה זו מהווה ראשית דרך בכל הנוגע בדיון בתופעת השבי הרגולטורי – המונח "שבי רגולטורי" מופיע יותר מעשר פעמים בדנ"א זליגמן,<sup>62</sup> וחלקים ניכרים בפסיקת המותב מוקדשים לדיון בתופעה. לנוכח זאת אתאר בתמצית את השתלשלות העניינים בפרשה, ואקדיש את מרבית הדיון לסקירת עמדותיהם של השופטים ביחס לתופעת השבי הרגולטורי במסגרת דנ"א זליגמן. פרשת זליגמן החלה עם הגשת בקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד חברות הביטוח בגין גביית רכיב תשלום בשם "תת-שנתיות". למעשה, מדובר בתוספת לתשלום הנובעת מפריסת התשלומים לתשלומים חודשיים.<sup>63</sup> לטענת המבקשים, המפקח על הביטוח קבע, במסגרת שני חוזרים שהוציא, כי ניתן לגבות את תשלום התת-שנתיות אך ורק ביחס לביטוח חיים, ולא ביחס לרכיב החיסכון. נוסף על כך נטען כי המאסדר קבע תקרת תשלום בגין רכיב התת-שנתיות. במילים פשוטות, הטענה הייתה כי חברות הביטוח גובות תשלום לא כדין ובניגוד לחוזרים הרלוונטיים שהוציא המאסדר. חברות הביטוח, לעומת זאת, טענו כי מלשון החוזרים שהוציא המאסדר אי-אפשר ללמוד על איסור האופן שבו הן גבו את תשלום התת-שנתיות, וכי הגבייה נעשתה בהתאם לשיעורים הקבועים בחוזרים.<sup>64</sup>

61 אברהם, לעיל ה"ש 20; דותן, לעיל ה"ש 9; שפירא, לעיל ה"ש 16; אלאא חאג' יחיא ודורין לוסטיג "בעקבות ע"א 7488/16 זליגמן נ' הפניקס החברה לביטוח בע"מ: לקראת הכרעה בדיון הנוסף בבית המשפט העליון" פורום עיוני משפט מד (2020); ידין, לעיל ה"ש 11; רונן אברהם "זליגמן בארבעה ממדים – מתי יש ליתן מתחם של כבוד לרשות המינהלית?" פורום עיוני משפט מד (2020) (להלן: אברהם "זליגמן בארבעה ממדים"); מתן גוטמן "התקדים המסוכן של פרשת זליגמן – מתחם הפרשנות הסבירה ואימוצה של הלכת Chevron במשפט הישראלי" *ICON-S-IL Blog* (12.6.2018).

62 זאת, מבלי לכלול את הפעמים שבהן הופיע המונח במסגרת הפניות.

63 רע"א זליגמן, לעיל ה"ש 56, בפס' 2.

64 להרחבה על הרקע העובדתי ראו שם, בפס' 3-6. ראו גם ת"א (מחוזי ת"א) 1018-08 זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ (נבו) (19.7.2016) (להלן: עניין זליגמן מחוזי).

במסגרת אותו הליך התבקש המאסדר להגיש את עמדתו ביחס לסוגיות השונות שעלו מן הבקשה, אלא שזו הייתה דו-ערכית למדי: מחד גיסא, העמדה לא שללה את טענות המבקשים; ומאידך גיסא, היא הותירה מקום לקבלת פרשנותן של חברות הביטוח.<sup>65</sup> בית-המשפט המחוזי קיבל את הבקשה ואישר את התובענה ביחס לרוב העילות, תוך שהוא קובע כי ניתן ללמוד כמה מסקנות שונות מעמדת המאסדר, וכי בית-המשפט הוא הגורם העליון המופקד על מלאכת הפרשנות.<sup>66</sup> על החלטתו זו הגישו חברות הביטוח בקשת רשות ערעור.

במסגרת בקשת רשות הערעור חזרו חברות הביטוח על טענותיהן מן הדיון בעניין זליגמן מחוזי, תוך שהן מדגישות כי הסתמכו על עמדת המאסדר בתום-לב, ומכאן שאף אם מדובר בגביית-יתר, עומדת להם הגנה.<sup>67</sup> השופטת וילנר, בהסכמת השופטים מינץ ושהם, קיבלה את טענותיהן של חברות הביטוח והורתה על ביטול אישור התובענה הייצוגית בגין גביית תשלום התת-שנתיות. באופן עקרוני קבעה השופטת וילנר כי מקום שעמדת המאסדר סבירה ומתיישבת עם לשון הנחיותיו, יש להעניק לה מעמד בכורה ולאמצה.<sup>68</sup> על החלטה זו הוגשה בקשה לדיון נוסף, אשר אושרה לדיון על-ידי המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר.<sup>69</sup> במסגרת הדיון הנוסף נהפכה ההכרעה מרע"א זליגמן, כלומר, בקשת האישור לתובענה ייצוגית נגד חברות הביטוח התקבלה.<sup>70</sup>

65 ביחס לשלוש הסוגיות שהיו במחלוקת קבע המאסדר כך:

"(1) בפוליסות המעורבות הקלאסיות, בהן אין הבחנה בין המרכיב המיועד לחיסכון לבין המרכיב המיועד לביטוח והפרמיה לגביהן מחושבת כפרמיה שנתית, אין מניעה לגבות תת שנתיות על סך הפרמיה המשולמת (2) ההיגיון העומד בבסיס גביית תת שנתיות בביטוחי חיים, בהם מחושבת הפרמיה לפי ההנחה שהתשלום יועבר בתחילת השנה, עומד גם בבסיס גביית רכיב זה בפוליסות סיעוד, אובדן כושר עבודה ונכות תאונתית (3) ניתן לפרש את ההנחיות ככאלו שאינן שוללות גבייה של תת שנתיות בהתייחס לכל חלקי 'התעריף', לרבות בהתייחס לגורם הפוליסה."

רע"א זליגמן, לעיל ה"ש 56, בפס' 6 (ההדגשות הוספו).

66 עניין זליגמן מחוזי, לעיל ה"ש 64, בעמ' 12.

67 רע"א זליגמן, לעיל ה"ש 56, בפס' 9.

68 במסגרת רשימה זו איני דן במעמד הראוי של פרשנות המאסדר להנחיותיו. להרחבה בנושא זה ראו, למשל, אברהם "זליגמן בארבעה ממדים", לעיל ה"ש 61. ראו גם ידן, לעיל ה"ש 11; דנ"א זליגמן, לעיל ה"ש 8, בפס' 47-51 לפסק-הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר.

69 דנ"א 4960/18 זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ (נבו) 2.7.2019.

70 דנ"א זליגמן, לעיל ה"ש 8, בפס' 43 ו-175 לפסק-הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר.

הדיון הנוסף התמקד בשאלת המשקל שיש ליתן לפרשנות המאסדר ביחס להנחיותיו שלו, כמו-גם בשאלת תחולתה של הגנת זוטי הדברים במסגרת תובענה ייצוגית.<sup>71</sup> במסגרת הדיון הנוסף קבע המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר כי יש להכריע בדבר מעמדה של פרשנות המאסדר על-פי כמה תבחינים: מידת התאמתה של הפרשנות המוצעת לכללי הפרשנות המקובלים; אם מדובר בעמדה טכנית המגלמת מומחיות או בעמדה נורמטיבית שאינה נשענת בהכרח על בסיס טכני-מקצועי; אם עמדת המאסדר מתייחסת להנחיות שהוא עצמו גיבש או להנחיות-עבר; אם לצורך גיבוש העמדה הפרשנית נדרשה מומחיותו המסוימת של המאסדר; ולבסוף, אם לנוכח הצדדים המתדיינים ומבנה השוק קיים חשש שהמאסדר מצוי בשבי רגולטורי.<sup>72</sup>

הדיון בשאלת השבי הרגולטורי הופיע בפסיקתם של רוב השופטים במותב.<sup>73</sup> אציג את הדיון בהתאם לסדר הופעתם של פסקי-הדין. המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר הציג כמה תבחינים לבחינת הימצאותו של המאסדר בשבי רגולטורי: ראשית, אם הענף הרלוונטי כבר הוכר בפסיקה כבעל פוטנציאל לקיומה של תופעת השבי הרגולטורי; שנית, פער הכוחות שבין הצדדים לדיון; שלישית, אם קיים חשש שהמאסדר שקל שיקולי מוניטין ושמירה על יציבות השוק, ובפרט אם עולה חשש לתופעת "הדלתות המסתובבות";<sup>74</sup> רביעית, אם לפני קביעת עמדתו קיים המאסדר היועצות והעניק זכות שימוע לצדדים; חמישית, עד כמה עמדתו של המאסדר מנומקת, מקיפה ומבוססת; שישית, אם קיים יותר ממאסדר אחד לענף הרלוונטי, ואם הוצגו עמדות מאסדרים מנוגדות; שביעית, אם מתקיימים שיקולים לא-ענייניים או ניגוד עניינים שהובילו לעיצובה של עמדת המאסדר. נוסף על כך ציין המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר כי על-אף קיומה של חזקת התקינות המנהלית, אי-אפשר להתעלם מן הקושי המובנה בענפי הפעילות של מאסדרים שונים, בפרט כאלה הנוגעים בכלכלה, בפנינסים ובמסחר ותעשייה. בהמשך דבריו הגדיר המשנה לנשיאה (בדימ') את תופעת השבי הרגולטורי כך:

"מדובר במקרים בהם קיים חשש שמא המאסדר 'שבו' בידי הגורם עליו הוא מפקח, ומזדהה עמו ועם מטרותיו. מכאן עולה החשש כי המאסדר יבקש לסייע לגורם זה, למעלה מן הדרוש, מתוך רצון לרצות

71 שם, בפס' 1 לפסק-הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר.

72 שם, בפס' 68 לפסק-הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר.

73 המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר, השופטת וילנר, השופטת ברק-ארז, השופט מינץ והשופט סולברג.

74 דיון מורחב בתופעת "הדלתות המסתובבות" ייערך להלן בתת-פרק 4.

אותו. התופעה נובעת, בין היתר, מקירבה של המאסדר לשוק המפוקח, ומקשר ארוך טווח שהוא מקיים עם 'השחקנים החוזרים' בשוק זה.<sup>75</sup>

במסגרת התייחסותו לשאלת קיומה של תופעת השבי הרגולטורי בענף הביטוח, התבסס המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר על דבריו של השופט זמיר בעניין איגוד שמאי הביטוח, וביקש להפגין משנה זהירות כאשר בוחנים את פרשנותו של מאסדר ענף זה. בהמשך דבריו הוא הרחיב על-אודות המאפיינים השונים של מאסדר המצוי בשבי רגולטורי לתפיסתו,<sup>76</sup> וקבע כי אכן קיים חשש ממשי שהמאסדר של ענף הביטוח עלול ללקות בכשל מסוג זה.<sup>77</sup>

כאמור, פסיקתו של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר במסגרת דנ"א זליגמן הפכה את פסיקתה של השופטת וילנר ברע"א זליגמן, ואילו האחרונה, באופן לא-מפתיע, נותרה בעמדתה גם במסגרת הדיון הנוסף.<sup>78</sup> במסגרת פסק-דינה כתבה השופטת וילנר כי אכן יש להעניק מעמד בכורה לפרשנותו של המאסדר להנחיותיו כבררת-מחדל, למעט בהתקיים חריגים מסוימים, דוגמת שבי רגולטורי.<sup>79</sup> השופטת וילנר פירטה אף היא את טענת השבי הרגולטורי, תוך התייחסות לפערי הכוחות בין הצדדים המתדיינים, לתופעת "הדלתות המסתובבות" וכן לרצונו של המאסדר לשמור על שמו הטוב בקרב הגופים המפוקחים. אולם לאחר סקירה זו נראה כי עמדתה בכל הנוגע בשאלת השבי הרגולטורי שונה באופן מהותי מזו של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר; השופטת וילנר בחרה להדגיש את חזקת התקינות המנהלית, תוך ניתוק הקשר שבין החשש מתופעת השבי הרגולטורי לבין ייחוסה למאסדר ספציפי, ואף הביעה ביקורת על מהלך נורמטיבי כזה:

"...על רקע האמור, חזקת תקינות המינהל היא אחת החזקות המושרשות בשיטתנו המשפטית, והיא זו המנחה אותנו כנקודת המוצא בכל הליך מינהלי... נראה כי הנחה... שלפיה המאסדר יפעל באופן לא תקין (גם אם לא במודע) יש בה כדי להטיל דופי אפריורי בהתנהלותו של המאסדר על-ידי בית המשפט. לא רק שהנחה זו אינה

75 דנ"א זליגמן, לעיל ה"ש 8, בפס' 52 לפסק-הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר.  
 76 דיון מורחב בנושא זה ייערך בפרק ב העוסק בטיפולוגיה של המאסדר הנתון בשבי רגולטורי.  
 77 דנ"א זליגמן, לעיל ה"ש 8, בפס' 114 לפסק-הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר.  
 78 מובן שאין בדברים אלו כדי לטעון כי קיים כלל של היקבעות עמדותיו של השופט בעניין מסוים, אך נראה כי שינוי עמדות באותו עניין ובמסגרת פרק-זמן מצומצם אינו דבר שבשגרה. ראו דנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, פס' 22 לפסק-הדין של הנשיא ברק (2000).  
 79 דנ"א זליגמן, לעיל ה"ש 8, בפס' 38 ו-50 לפסק-הדין של השופטת וילנר.

מתיישבת עם חזקת התקינות (ואף יוצרת, הלכה למעשה, מעין חזקה הפוכה), אלא שהיא אף מעבירה על ידי בית המשפט מסר קשה ובעייתית... יתר על כן, אף רשויות מינהליות שונות, מלבד המאסדר, עלולות לקבל החלטות מוטות בשל אינטרסים שאינם מקצועיים או כאלה המשקפים את האינטרס הציבורי באופן מלא.<sup>80</sup>

שלושת שופטי המותב הנוספים שהתייחסו לסוגית השבי הרגולטורי נחלקו גם הם בדעותיהם. השופטת ברק-ארז הצטרפה לעמדתו של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר, ואילו השופטים מינץ וסולברג הצטרפו לעמדתה של השופטת וילנר. במובן מסוים, פסיקותיהם של השופטת ברק-ארז ושל השופטים מינץ וסולברג בנושא מדגישות את המשקל המנוגד שכל צד מעניק לתופעה. בעוד השופטת ברק-ארז ציינה במפורש כי החשש מן השבי הרגולטורי הוא השיקול המשמעותי ביותר בשאלת מעמדה של פרשנות המאסדר,<sup>81</sup> השופט מינץ ביטל במידה רבה חשש זה, תוך העברת ביקורת חריפה למדי על פסיקתו של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר בנושא:

"מבלי להקל ראש בתופעה של 'שבי רגולטורי', קריאה בחוות דעתו של חברי, מגלה כי הוא נותן משקל יתר ואולי אף משקל מכריע לסכנה הגלומה בתופעה זו... גישה זו לא רחוקה מאימוץ עמדה של חזקת 'אי תקינות' מנהלית בכל הנוגע לפעולותיו של המאסדר. אופן תיאור זה בעייתי בעיני במספר מובנים."<sup>82</sup>

השופט סולברג כתב דברים דומים לאלה של השופט מינץ, תוך שהוא מדגיש את חשיבותה של חזקת התקינות המנהלית ואת ההצדקות לה.<sup>83</sup> בפרק הבא תוצג הטיפולוגיה של מאסדר הנתון בשבי רגולטורי על בסיס ניתוח הפסיקה שנעשה בפרק הנוכחי.

80 שם, בפס' 45–47 לפסק-הדין של השופטת וילנר (ההדגשה במקור).

81 זאת, תוך שהיא מדגישה את התרחבות תחומי האסדרה בימינו ואת מדיניות ההפרטה בהקשר זה. להרחבה בנושא ראו שם, בפס' 6–7 לפסק-הדין של השופטת ברק-ארז.

82 שם, בפס' 7 לפסק-הדין של השופט מינץ.

83 שם, בפס' 3 לפסק-הדין של השופט סולברג.

## ב. שבי רגולטורי – טיפולוגיה מוצעת

הטיפולוגיה שתוצע בפרק זה עבור מאסדר הנתון בשבי רגולטורי מתבססת על ניתוח הפסיקה בענף הביטוח, כפי שנעשה בפרק שלעיל, וכן על הספרות הרלוונטית בשדה המחקר. שלושת המאפיינים הראשונים במסגרת טיפולוגיה זו נוגעים בפרטי המקרה המשפטי הקונקרטי, ואילו שני המאפיינים האחרונים הינם כלליים, במובן זה שהם חוצים את גבולות המקרה הנדון ונוגעים באפיון של המאסדר וכן של יחסי מפקח-מפוקח באופן כללי. לפני הצגת הטיפולוגיה מן הראוי לציין כי חלק זה מתבסס, בין היתר, על המאפיינים לזיהויה של תופעת השבי הרגולטורי כפי שמופיעים בפסיקתו של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר בדנ"א זליגמן,<sup>84</sup> וכן על מאמרו של שפירא בנושא, אשר היה בין הראשונים שהציעו קווים לזיהוי התופעה, עוד לפני דנ"א זליגמן.<sup>85</sup> תרומתה של הטיפולוגיה המוצעת אינה מסתכמת אפוא בחיזוק המהלך הלוגי המוצע במאמר,<sup>86</sup> אלא נעוצה גם בשאיפתה להציג תמונה קוהרנטית וסדורה של המאפיינים שהוצעו בפסיקה ובספרות. נוסף על כך חשוב להדגיש כי המהלך המוצע בשלב זה של המאמר הינו דסקריפטיבי גרידא, במובן זה שהוא אינו מתיימר להביע עמדה נורמטיבית על המאפיינים השונים, אלא רק לתארם, קרי, לשקף את המצב הקיים.

### 1. יחסי הכוחות בין הצדדים המתדיינים

"אכן, חברת הביטוח והמבוטח-בכוח אין הם שווי כוחות: זו מן הנפילים והוא מקטני ארץ. וקטני ארץ, חכמים מחוכמים ככל שיהיו, אין בכוחם לעמוד כנגד הנפילים."<sup>87</sup>

הדיון בפערי הכוחות שבין חברות הביטוח לבין ציבור המבוטחים עובר כחוט-השני בין הפסיקות השונות שנסקרו לעיל. אינדיקציה נוספת למידת חשיבותו של מאפיין זה בדיון הנוגע בשבי הרגולטורי ניתן לדלות מן המיקום שבו מופיע החלק העוסק בפערי הכוחות: בכל ארבע הפסיקות הופיע העיסוק בנושא זה בתחילת הדיון הכולל במעמדו של המאסדר וביחסיו עם הגופים המפוקחים.<sup>88</sup> אומנם, בעניין

84 שם, בפס' 52-59 לפסק-הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר.

85 שפירא, לעיל ה"ש 16.

86 המהלך הלוגי יתבהר בהמשך המאמר, במסגרת הדיון בפרקים ג-ד.

87 רע"א 3128/94 אגודה שיתופית בית הכנסת רמת-חן נ' סהר חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נ(3) 281, פס' 2 לפסק-הדין של השופט חשין (1996) (להלן: עניין רמת-חן).

88 עניין מוריאנו, לעיל ה"ש 21, בפס' 6 ו-18; עניין איגוד שמאי הביטוח, לעיל ה"ש 34, בפס' 2;

מוריאנו ובעניין איי די איי היקף הדיון היה מצומצם באופן יחסי, אך ההתייחסות המרכזית הייתה לעוצמתן של חברות הביטוח ולמידת השפעתן על המאסדר, לנוכח העדר השפעה דומה מצד ציבור המבוטחים. מאפיין זה בא לידי ביטוי גם בספרות התיאורטית העוסקת בנושא,<sup>89</sup> ובפרט במאמרו של שפירא, המבקש להבחין בין שני סוגים של קבוצות – קבוצה מרוכזת וחזקה, ולעומתה קבוצה מבוזרת וחלשה.<sup>90</sup> אכן, כאשר קיימים פערי כוחות ניכרים בין הצדדים המתדיינים, קיים חשש שהצד החזק יהיה בעל מוטת השפעה משמעותית יותר על המאסדר, באופן שיסייע לו בהטיית החלטותיו ופרשנותו של המאסדר לטובתו.<sup>91</sup>

במקביל לספרות העוסקת באסדרה ככלל ובתופעת השבי הרגולטורי בפרט ניתן למצוא עדויות רבות לחשיבות המאפיין של פערי הכוחות במסגרת הספרות התיאורטית הנוגעת בתחום הביטוח באופן קונקרטי,<sup>92</sup> וכן במסגרת הפסיקה הישראלית בנושא.<sup>93</sup> הוזה אומר, פער הכוחות בין הצדדים הינו יסוד מהותי בענף דיני הביטוח, ובענייננו הוא מהווה מאפיין חשוב בבחינת הימצאותו של מאסדר בשבי רגולטורי.<sup>94</sup> במסגרת הפרק הבא, העוסק במקרי-בוזן, אבחן את ההשפעה שיש לאי-התקיימותו של מאפיין זה על הדיון המתקיים בפסיקה בנוגע למאסדר של ענף הביטוח.

- עניין איי די איי, לעיל ה"ש 19, בפס' 54 לפסק-הדין של השופטת ברק-ארז; דנ"א זליגמן, לעיל ה"ש 8, בפס' 54 לפסק-הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר.
- 89 שרון ידין "חוזים רגולטוריים בשווקים פיננסיים בישראל" עיוני משפט לה 447, 485–486 (2012); אברהם "זליגמן בארבעה ממדים", לעיל ה"ש 61, בעמ' 12.
- 90 שפירא, לעיל ה"ש 16, בעמ' 4–5.
- 91 כפי שהיטיבה לנסח זאת השופטת ברק-ארז בעניין איי די איי, לעיל ה"ש 19, בפס' 47 לפסק-דינה: "הדברים נאמרים במשנה תוקף כאשר מדובר בשחקנים 'מתוחכמים' בעלי היכרות עם השדה המשפטי הרלוונטי, כגון חברות ביטוח, בשונה למשל מאדם פרטי שאינו 'שחקן חוזר' בתחום."
- 92 ראו, למשל, שוורץ ושלינגר, לעיל ה"ש 28, בעמ' 301; רונן אברהם "פרק יח: ביטוח" הגישה הכלכלית למשפט 925 (אוריאל פרוקצ'יה עורך 2012); שחר ולר "על התערבות בתוכנם של חוזי ביטוח באמצעות 'פרשנות' עלי משפט ג 247 (2003); ירון אליאס דיני ביטוח 120–121 (מהדורה שנייה 2009).
- 93 ראו, למשל, ע"א 4819/92 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' ישר, פ"ד מט(2) 749 (1995); רע"א 104/08 פלוני נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ, פס' 17 לפסק-הדין של השופט דנציגר (נבו 2.2.2011); עניין רמת-חן, לעיל ה"ש 87.
- 94 להרחבה בנושא ראו, למשל, שוורץ ושלינגר, לעיל ה"ש 28.



## 2. המרוויחים והמפסידים מן הרגולציה

מובן לכל כי לשאלת המרוויחים והמפסידים מן הרגולציה הנדונה יש השפעה משמעותית על הערכת המאסדר כמצוי בשבי רגולטורי. באופן אינטואיטיבי, כאשר המרוויח הינו הצד החזק והמאורגן, קרי חברות הביטוח, החשש לשבי רגולטורי מתחזק, ולהפך. נראה כי מאפיין זה קשור באופן הדוק למאפיין הקודם, הנוגע בפערי הכוחות, ואכן שני המאפיינים הללו מופיעים תחת אותה קטגוריה במאמרו של שפירא.<sup>95</sup> אולם לעניות דעתי נכון להפריד בין שני המאפיינים, שכן מדובר במבחנים מצטברים, והיכולת לזהות את המרוויחים והמפסידים מן האסדרה אינה פשוטה בכל מקרה ומקרה. הוזה אומר, קיימת משמעות לרכיב של פערי הכוחות במנותק משאלת הרווח וההפסד, ומכאן שיש חשיבות להפרדה בין המאפיינים. אכן, בכל ארבע הפסיקות שנסקרו, האסדרה הספציפית או פרשנותו של המאסדר לאסדרה פעלו לטובת חברות הביטוח. מאפיין זה בא לידי ביטוי בצורה הבולטת ביותר בעניין איגוד שמאי הביטוח<sup>96</sup> וכן בדנ"א זליגמן, כאשר הן השופט זמיר והן המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר חזרו והדגישו כי תפקידו המרכזי של מאסדר ענף הביטוח הוא לפעול לטובת האינטרסים של ציבור המבוטחים:

"...חברות הביטוח – שחקניות מתוחכמות, בעלות ידע... הן שנהנות מהפרשנות המוצעת על ידי המפקח, ואילו הצרכנים – חלק לא מאורגן מהציבור הרחב... הם המפסידים ממנה... ניתן ללמוד מכך כי במקרים שבהם קיים חשש... לקיומו של 'שבי רגולטורי', ראוי להתחשב בנתון זה ובמעריך התמריצים הפועל על המפקח..."<sup>97</sup>

למעשה, מאפיין זה מהווה מעין מבחן-סף, שכן אם האסדרה הספציפית אינה פועלת לטובת חברות הביטוח, החשש להתקיימות שבי רגולטורי אשר השפיע על האסדרה פוחת במידה משמעותית.

## 3. ציווי ושליטה מול רגולציה הסכמית

עלייתה של המדינה הרגולטורית, אשר שיקפה את הפרטת השירותים המסופקים על-ידי המדינה תוך הפעלת בקרה על הספק הפרטי, הצריכה מן המדינה פיתוח

95 שפירא, לעיל ה"ש 16, בעמ' 4-8 ("חשש ראשון: זהות המרוויחים והמפסידים כמנבאת סיכון לכשל רגולטורי").

96 עניין איגוד שמאי הביטוח, לעיל ה"ש 34, בפס' 29.

97 דנ"א זליגמן, לעיל ה"ש 8, בפס' 54 לפסק-הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר (ההדגשה הוספה).

מנגנונים שונים לצורך פיקוח.<sup>98</sup> כך, לצד אסדרה מסורתית מסוג ציווי ושליטה, שבמסגרתה המאסדר מעורב באופן ישיר בפעילותו של הגורם הפרטי ואף מתבסס על היכולת להשית סנקציה במקרים המתאימים, התפתחו סוגים שונים של אסדרות רכות, המבוססים על דיאלוג והסכמה בין המאסדר לבין הגורם המפוקח.<sup>99</sup> הדיון בסוגי האסדרה השונים לא נותר בגדרי הספרות התיאורטית, והוכר גם בפסיקה הישראלית.<sup>100</sup> נראה כי בשנים האחרונות חלו תמורות בהיקף השימוש בסוגי האסדרה, כך שלצד מנגנון הציווי והשליטה, אשר ממשיך להוות את דרך האסדרה המרכזית, הולך וגובר השימוש במנגנונים הסכמיים, כגון החוזים הרגולטוריים ודיאלוג בין המאסדר לבין המפוקח.<sup>101</sup> אולם, לצד יתרונות מסוימים, אותה פרקטיקה אסדרתית רכה טומנת בחובה אתגרים שונים, ובראשם החשש מנפילתו של המאסדר בשבי הגורם המפוקח.<sup>102</sup> דוגמה לכך ניתן למצוא באיכות האסדרה שהפעילה הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו כלפי ערוץ עשר.<sup>103</sup> בדומה לתובנות העולות מן הספרות בנושא, הפסיקה שנסקרה לעיל משרטטת תמונה דומה של רצון להישמר מעודף רגולציה הסכמית וממעורבות מופרזת של הגורם המפוקח בעיצוב האסדרה. בכל אחד מארבעת פסקי-הדין חזרה האזהרה מפני אותה קרבה בעייתית בין חברות הביטוח לבין המאסדר, והודגש כי נכון לשרטט גבולות ברורים להיקף ההיוועצות עם חברות הביטוח ולמידת מעורבותן בעיצוב האסדרה. הווה אומר, ככל שהיקף הרגולציה ההסכמית מתרחב כן גובר החשש לשבי רגולטורי. אסדרה שעוצבה תחת מודלים מסורתיים של ציווי ושליטה,

98 להרחבה על עלייתה של המדינה הרגולטורית ראו Giandomenico Majone, *The Rise of the Regulatory State in Europe*, 17(3) WEST EUR. POL. 77 (1994). ראו גם יובל רויטמן "המשפט המנהלי בעידן המדינה הרגולטורית" משפט וממשל יח 219 (2017).

99 להרחבה בנושא ראו ידין, לעיל ה"ש 89, בעמ' 465–466. ראו גם שרון ידין "הרגולציה השקטה: הסדרי אכיפה בלתי פורמליים של רשות ניירות ערך ומקרה אייפקס-פסגות" מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות 169, 171 (ישי בלנק, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים) (2016).

100 בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר) נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 4 לפסק-הדין של השופט סולברג (נבו) 27.3.2016 (להלן: עניין מתווה הגז).

101 ידין, לעיל ה"ש 99, בעמ' 172.

102 עניין מתווה הגז, לעיל ה"ש 100, בפס' 5 לפסק-הדין של השופט סולברג; שרון ידין רגולציה: המשפט המנהלי בעידן החוזים הרגולטוריים 120–125, 156 (2016). מן הראוי להדגיש כי אין אינדיקציה ברורה המעידה כי רגולציה הסכמית מגבירה את קיומה של תופעת השבי הרגולטורי.

103 במאמרה העוסק בנושא עומדת ידין על הפגמים השונים שנבעו מסוג האסדרה שנקטה, ומציגה את המתח שבין אותה רגולציה הסכמית לבין הרצון להגשים ולשמר את האינטרס הציבורי. להרחבה בנושא ראו ידין, לעיל ה"ש 16, בעמ' 424.

ואשר טומנת בחובה היתכנות של השתת סנקציות על הגורם המפוקח, מחלישה חשש זה.<sup>104</sup>

תחת מאפיין זה של האסדרה הספציפית נכלל שיקול נוסף הנוגע במידת השפעתה האפשרית של האסדרה הספציפית על המוניטין של המאסדר.<sup>105</sup> הווה אומר, החשש מהאשמה בכשל בפיקוח עלול להוביל את המאסדר לאימוץ אסדרה מסוימת המציבה סטנדרט "נמוך" ex-ante. חשש זה מתעורר בעיקר במקרים שבהם בית-המשפט נדרש לפרשנותו של המאסדר במבט ex-post, כפי שהיטיב לתאר זאת המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר:

"מקום בו נטען כי הגורמים המפוקחים פעלו בניגוד להנחיה, אותה מתבקש המאסדר לפרש, יש ליתן את הדעת לכך שלמאסדר עלול להיות אינטרס לפרש את ההנחיה באופן שלא ישתמע מהפירוש שהגורמים המפוקחים פעלו בניגוד להנחיה, שכן משמעות הדבר היא כי המאסדר כשל בפיקוח, וניתן יהיה להפנות אליו 'אצבע מאשימה'."<sup>106</sup>

כאמור, שלושת המאפיינים שהוצגו לעיל עוסקים במקרה המשפטי הקונקרטי, ובמובן זה הם קלים לזיהוי באופן יחסי. עתה יוצגו המאפיינים הרוחביים, קרי, אלה אשר חורגים מד' אמותיה של ההתדיינות הספציפית ונוגעים במאסדר ובענף באופן כללי. כבר כעת יצוין כי מאפיינים אלו קשים יותר לזיהוי, ומצריכים היכרות עם הענף הרלוונטי וכן מסד נתונים מסוים על-אודותיו.

#### 4. היסטוריה מוסדית

תחת המאפיין של ההיסטוריה המוסדית בית-המשפט נדרש לבחון מגוון של שיקולים הנוגעים בענף הרלוונטי ככלל ובהתנהלות המאסדר בפרט. במסגרת בחינה זו ניתן לחשוב על כמה שיקולים. ראשית, יש לבחון אם פערי הכוחות בין הגורמים המפוקחים לבין ציבור הלקוחות מהווים מאפיין אינהרנטי בענף הספציפי

104 מובן שאין בכך כדי לטעון כי רגולציה מסוג ציווי ושליטה שוללת לחלוטין היתכנות של שבי רגולטורי ומעידה על תקינות מוחלטת. נוסף על כך, שום רגולציה הסכמית אינה מובילה בהכרח, כשלעצמה, ליצירת שבי רגולטורי.

105 מן העבר האחר, שימוש בכלי אכיפה רגולטוריים הקשורים לפגיעה במוניטין של הגורם המפוקח הולך וגובר בשנים האחרונות. להרחבה בנושא זה ראו, למשל, רות פלאטו-שנער "ביוש רגולטורי: האם הביוש מתאים לשמש כלי אכיפה בתחום הבנקאי?" משפט ועסקים כג 677 (2020).

106 דנ"א זליגמן, לעיל ה"ש 8, בפס' 57 לפסק-הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר (ההדגשה במקור).

או שמא מדובר בפער שרלוונטי למקרה הנדון בלבד. כפי שהוצג לעיל, פערי הכוחות בענף הביטוח חורגים ממקרה כזה או אחר, ובמובן זה מהווים מאפיין מהותי של הענף. כך, לדוגמה, ציין בהקשר זה המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר:

"מסיבה זו, יש לבחון, לגישתי, בזהירות ראויה כל פרשנות שאותה מציע המאסדר להוראותיו, הניתנת אגב סכסוך פרטני, כאשר הצדדים למחלוקת הם 'שחקנים חוזרים' הנתונים לפיקוחו."<sup>107</sup>

שנית, יש לאמוד את מידת הקרבה בין המאסדר לבין הגורם המפוקח בפרספקטיבה ארוכת-טווח, הווה אומר, לבחון אם קיימת פרקטיקה מוכרת של יחסי קרבה, הבאה לידי ביטוי בתקשורת רציפה, בהיוועצות חוזרת ונשנית המעידה על אסדרה שמתבססת בעיקרה על שיח הדדי יותר מאשר על ציווי ושליטה, וכן באיוש תפקידים הדדי בין הגורם המפוקח לגורם המפוקח, קרי, בתופעת "הדלתות המסתובבות"<sup>108</sup> שלישית, יש לבדוק אם ניתן להצביע על פרקטיקה של העדפת האינטרס של הגורם המפוקח במסגרת האסדרה שהמאסדר מפעיל. תחת שיקול זה יהיה אפשר לבחון פסיקות-עבר בנושא וכן דוגמאות של אסדרות משמעותיות בענף. רביעית, יש לנסות לאתר "נורות אזהרה" בחקיקה הרלוונטית לענף. כך, למשל, בחינת חוק חוזה הביטוח מעלה תמונה כי אכן קיים צורך בהגנה על ציבור המבוטחים, הבאה לידי ביטוי בהדגשות שונות של סייגים לחבות הביטוח וכן במגבלות המוטלות על חברות הביטוח.<sup>109</sup> חמישית, יש לבדוק אם קיימות אינדיקציות נוספות המעידות על היתכנות קיומו של שבי רגולטורי. לדוגמה, ניתן לבחון את דוחות מבקר המדינה בנושא, כפי שנעשה בעניין איגוד שמאי הביטוח.<sup>110</sup> נוסף על כך ניתן ורצוי לבחון את עמדת הספרות התיאורטית ביחס

107 שם, בפס' 52 לפסק-הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר.

108 לעניין זה יפים דבריו של השופט זמיר בעניין איגוד שמאי הביטוח, לעיל ה"ש 34, בפס' 29 לפסק-דינו:

"סכנה נוספת לתכלית של הגנה על המבוטחים נובעת מן המבנה החברתי של הפיקוח. הפיקוח מחייב קשר שוטף בין המפקחת על הביטוח, מצד אחד, לבין יתר הגורמים בתחום הביטוח, ובעיקר חברות הביטוח... חברות הביטוח, לפחות החברות הגדולות השולטות על חלק גדול מנפח הביטוח, הן גופים חזקים מבחינה כלכלית, מאורגנים היטב, לחוד וביחד, ומנוהלים על-ידי מקצוענים. הן מקיימות קשר שוטף עם המפקחים על הביטוח."

בנוגע לתופעת "הדלתות המסתובבות" ראו דיון מורחב להלן.

109 ס' 3-4 לחוק חוזה הביטוח.

110 כך, לדוגמה, בעניין איגוד שמאי הביטוח, לעיל ה"ש 34, ציטט השופט זמיר, בפס' 27-28 לפסק-דינו, את החלקים הבאים מתוך דוח מבקר המדינה הרלוונטי:

לענף ומאסדר מסוימים, וכך להתבסס על מחקר סדור ובמידת האפשר אמפירי. למשל, ניתן לבחון מחקרים אמפיריים הנוגעים בחשיבות המוניטין של המאסדר בבואו לקבל החלטות בעניין הענף המפוקח.<sup>111</sup> מובן שהשאיפה להתבסס על נתונים אמפיריים בהקשר זה אינה פשוטה למימוש,<sup>112</sup> אולם ניתן לחשוב על תופעות שמהוות אינדיקציות לשבי רגולטורי ואשר ניתנות לביסוס אמפירי בהשקעה סבירה. דוגמה לכך היא תופעת "הדלתות המסתובבות".

תופעת "הדלתות המסתובבות" (revolving doors) מתייחסת למעבר מתפקיד המפקח לתפקיד המפוקח, הווה אומר, למצב שבו פלוני, לאחר סיום תפקידו כמאסדר, עובר לעבוד בחברה אשר עד לאחרונה הוא פיקח על פעילותה.<sup>113</sup> בהקשר של תופעת השבי הרגולטורי, תופעת "הדלתות המסתובבות" מעלה את השאלה אם קיים קשר בין מינויו של המאסדר לאחר פרישתו לתפקיד בכיר בחברה כלשהי לבין האופן שבו הוא תפקד כמאסדר עובר למינוי.<sup>114</sup> דוגמת "הדלתות המסתובבות" אף צוינה במפורש בדנ"א זליגמן כשיקול רלוונטי בהערכת המאסדר כנתון בשבי רגולטורי:

"אף כי הפיקוח על הביטוח נקבע גם משום שהענף מהווה מרכיב חשוב בשוק ההון, תפקידו העיקרי להגן על המבוטח, שהוא הצרכן של המבטחים. להגנה זו שני היבטים: ההגנה העקיפה, דרך הפיקוח על היציבות הפיננסית של המבטחים; ההגנה הישירה, באמצעות הפיקוח על תכניות הביטוח, ובכלל זה הפיקוח על דמי הביטוח..."

המפקח על הביטוח מדגיש בפעולתו את הבטחת היציבות הכספית, ולו גם בדרך של הגבלות על התחרות, הגבלות העלולות להביא לקביעת דמי ביטוח גבוהים מדי... העדיפות, הנמוכה יחסית, הניתנת להגנת המבוטחים בדרך של התערבות בתנאי הביטוח, באה לידי ביטוי גם בכך, שהמפקח כמעט שאינו פועל להפצת מידע בין המבוטחים על זכויותיהם ועל ההגנות המוענקות להם בחוק."

111 שפירא, לעיל ה"ש 16, בעמ' 8-10.

112 המתודולוגיה שנבחרה לרשימה זו הינה בעיקרה ניתוח איכותני של פסקי-הדין (מקרי-הבוחן). לכן אין כאן ניתוח מעמיק של מחקרים אמפיריים או התבססות משמעותית על מאגרי נתונים.

113 דין, לעיל ה"ש 89, בעמ' 488. ייתכן כמובן גם מצב הפוך שבו בכיר בגורם המפוקח נכנס לנעלי הגורם המפקח, אולם חשוב לציין כי החשש העיקרי הוא מפני המצב הראשון. זאת, מפני שבמצב זה קיים מערך תמריצים שעלול לעוות את העדפותיו של הגורם המפקח, ובראשן האינטרס הציבורי, בעוד במצב ההפוך מערך התמריצים האמור פוחת במידה משמעותית.

114 הדיון ביתרונותיה ובחסרונותיה של תופעת הדלתות המסתובבות הוא מורכב, ולצורך רשימה זו אסתפק בהצגת הנושא כבסיס לרעיון האינדיקציה האמפירית שעשויה לשרת את בית-המשפט בבואו לבחון את קיומו של שבי רגולטורי. להרחבה תיאורטית על תופעת "הדלתות המסתובבות" ראו, למשל, Dal Bó, לעיל ה"ש 16, בעמ' 214-215; Toni Makkai & John Braithwaite, *In and Out of the Revolving Door: Making Sense of Regulatory Capture*, 12 J. PUB. POL'Y 61 (1992).

”ביטוי נוסף ל־שבי רגולטורי” מצוי ב־תופעת הדלת המסתובבת, שמכוחה נושאי משרה בכירים לשעבר במגזר הציבורי וברשויות הרגולטוריות מתמנים למשרות בגופים פרטיים, אשר עליהם הם פיקחו בעבר (‘תרחיש יציאה’), וקורה גם ההפך – כאשר בכירים בשוק הפרטי המפוקח מתמנים להיות מאסדרים של אותו השוק (‘תרחיש כניסה’).<sup>115</sup>

את תופעת “הדלתות המסתובבות” ניתן לבחון בצורה פשוטה יחסית הן על־ידי סקירה של דיווחי התקשורת בנוגע למינויים בכירים בענף מסוים<sup>116</sup> והן על־ידי עיון במחקרים אמפיריים בנושא, כגון מחקרו החדש של שפירא, הבוחר החלטות של ועדת ההיתרים בנוגע לבקשות לקיצוץ תקופת צינון.<sup>117</sup> שפירא מצא כי ב־96% מן המקרים הבקשה מאושרת, כך שתקופת הצינון אכן מקוצצת.<sup>118</sup> כאשר מנגנון הצינון נחלש באופן המתואר, מובן שתופעת “הדלתות המסתובבות” גוברת. במילים פשוטות, אם המנגנון שנועד לאיין את תופעת “הדלתות המסתובבות” אינו פעיל הלכה למעשה או פעיל באופן חלקי בלבד, מובן שיש לכך השלכה על בחינת השבי הרגולטורי. התבססות על מסדי נתונים מסוג זה, לצורך בחינה של היקף התופעה בענף הספציפי הנדון וכן של הכלים הקיימים להתמודדות עימה, תוכל לסייע בהערכת קיומו של שבי רגולטורי.<sup>119</sup>

## 5. פונקציית־המטרה

פונקציית־המטרה היא תכלית האסדרה של המאסדר. כאשר מלאכת המאסדר מתאפיינת בריבוי פונקציות־מטרה, קיים חשש שהדבר יוביל להזנחת מטרה אחת לצורך קידום מטרה אחרת. ביחס לענף הביטוח נראה שלצד הבטחת האינטרס של

115 דנ"א זליגמן, לעיל ה"ש 8, בפס' 56 לפסק־הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר.  
 116 איילת נחמיאס־ורבין “דלתות מסתובבות” גלובס (17.4.2016) <https://www.globes.co.il/>  
 news/article.aspx?did=1001118063; ליאורה אמיתי וקרן התחקירים “המשרד לסידור עבודה” – העין השביעית (7.1.2018) <https://www.the7eye.org.il/275390>; “הדלת מסתובבת – רשימת פקידי ממשל שעברו לעבוד עבור עופר ותשובה” האתר של מיקי רוזנטל (12.4.2017) <https://tinyurl.com/bdcprjpu>.  
 117 רועי שפירא “דלתות מסתובבות ומידת האפקטיביות של תקופות צינון” מחקרי משפט לד (צפוי להתפרסם ב־2022).  
 118 הדבר נובע ממגוון סיבות, הקשורות, בין היתר, למדיניות הרתעה כללית ולחשש מפני אפקט מצנן, כמו־גם לאופי העבודה של המאסדר ולדרישה להפעיל אכיפה חלף הצהרות בלבד. שם, בעמ' 33–35.  
 119 ראו את הדוגמה הספציפית במאמרו של שפירא בנוגע לענף הביטוח. שם, בעמ' 32.

ציבור המבוטחים וההגנה עליהם קיימת גם המטרה של הבטחת יציבותו של ענף הביטוח. אכן, בעניין איגוד שמאי הביטוח קבע השופט זמיר בהקשר זה כך:

"אולם יש לזכור, הפיקוח על היציבות הפיננסית של חברות הביטוח אינו אלא אמצעי להשגת התכלית העיקרית של חוק הפיקוח, כלומר, ההגנה על המבוטחים... אכן, המפקחת חייבת לשמור על איזון ראוי בין שיקולים של שוק ההון לבין שיקולים של הגנה על המבוטחים. אך השיקול העיקרי, אפשר לומר השיקול האולטימטיבי, הוא הגנה על המבוטחים."<sup>120</sup>

באופן קונקרטי, במצב זה קיים חשש שהמאסדר יעדיף שיקולים של יציבות פיננסית על האינטרס הציבורי. חשש זה אף הובע מפורשות על-ידי המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר בדנ"א זליגמן, בהתבסס על הספרות בנושא.<sup>121</sup> מידע לגבי פונקציות המטרה של המאסדר ניתן לדלות מן החקיקה הרלוונטית וכן מעמדתו של המאסדר עצמו.<sup>122</sup>

\* \* \*

במסגרת הפרק הנוכחי הוצגו חמישה מאפיינים אשר מעצבים יחדיו את הטיפולוגיה של מאסדר הנתון בשבי רגולטורי: יחסי הכוחות בין הצדדים המתדיינים; המרוויחים והמפסידים מן האסדרה; ציווי ושליטה מול רגולציה הסכמית; היסטוריה מוסדית; ופונקציית-המטרה. על-מנת לבחון את נכונות הטיפולוגיה המוצעת, ולנוכח העובדה שבבסיסה עומדים כמה פסקי-דין שבהם התקיימו המאפיינים השונים, יש לבחון את התייחסותו של בית-המשפט למקרים שבהם אחד או יותר מן המאפיינים לא התקיימו. הפרק הבא יוקדש לבחינת הטיפולוגיה המוצעת על בסיס שתי קבוצות של מקרי-בוחר שבכל אחת מהן לא התקיים מאפיין מסוים אחר מבין המאפיינים שתוארו לעיל.

120 עניין איגוד שמאי הביטוח, לעיל ה"ש 34, בפס' 28.

121 דנ"א זליגמן, לעיל ה"ש 8, בפס' 58 לפסק-הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר.

122 כך, לדוגמה, המאסדר של ענף הביטוח טען כי עמדתו ביחס לסוגיה המשפטית שעמדה להכרעה מתבססת, בין היתר, על ההשלכות האפשריות על חברות הביטוח ועל העובדה שמדובר בסכומי-עתק. ת"צ (מחוזי מר') 20212-09-16 הופמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ (נבו 31.5.2019).

### ג. מקרי-בוחן

לצורך בחינת הטיפולוגיה המוצעת ייעשה שימוש בשיטה לניתוח מקרי-בוחן שבצורתה ייבחן המהלך הרעיוני המוצע ויוערכו תרומותיו לקידום הדיון בתופעת השבי הרגולטורי. באופן קונקרטי אבקש לבחון מקרים שבהם אחד התבחינים שפורטו לעיל אינו מתקיים, ומתוך כך להצביע דווקא על קיומה של הטיפולוגיה. הוזה אומר, בהינתן ההנחה שהמאסדר של ענף הביטוח מצוי בשבי רגולטורי, ובהינתן שקיימת טיפולוגיה המאפיינת תופעה זו, אי-התקיימות של אחד ממאפייניה צפוי להוביל לשלילת הנחת השבי הרגולטורי ולמתן יחס שונה לעמדת המאסדר בהתאם לחזקת התקינות המנהלית. בכך יבקש המאמר לתקף את הטיפולוגיה המוצעת הן באופן פוזיטיבי, קרי מתוך הפסיקה שנסקרה בפרק א, והן באופן נגטיבי, קרי מתוך פסיקה שבה אחד מן המאפיינים המוצעים לא התקיים. כפי שיוצג בהמשך פרק זה, חשיבותם של מקרי-הבוחן היא בהוכחת התיקוף הנגטיבי ובחיזוק הטיפולוגיה המוצעת ככזו המתארת נאמנה את תופעת השבי הרגולטורי.

השימוש במקרי-בוחן כמתודולוגיה התגבר מאוד בשנים האחרונות במגוון דיסציפלינות, לרבות מדעי החברה ומשפטים, ונראה כי הביקורת המחקרית- הפוזיטיביסטית, אשר גרסה כי למתודולוגיה מסוג זה אין תוקף מדעי, דעכה מאוד.<sup>123</sup> למרות הגדרות שונות ושמות מגוונים שניתנו לשיטה, קיימת הסכמה שמתוך חקר מקרה-הבוחן ניתן ללמוד דברים מסוימים על-אודות תופעות, התנהגויות ותהליכים בשדה המחקר.<sup>124</sup> זאת ועוד, ניתוח המקרה מהווה את ה"תיאוריה בפעולה" (descriptive theory), ומבנה את הצורה שבה אנו לומדים ומבינים את התופעות החברתיות השונות.<sup>125</sup> למעשה, מקרי-הבוחן מאפשרים לחוקר לבחון התנהגויות שונות ולאתר דפוסים חוזרים, ועל בסיס אלה להסיק מסקנות רחבות יותר על-אודות דפוסי התנהגות כלליים במסגרת חברתית מסוימת.

123 מרגלית יוסיפון "חקר מקרה" מסורות וזרמים במחקר האיכותני: תפיסות, אסטרטגיות וכלים מתקדמים 179 (נעמה צבר-בן יהושע עורכת 2016); Lisa L. Miller, *The Use of Case Studies in Law and Social Science Research*, 14 ANN. REV. L. & SOC. SCI. 381 (2018).

124 יוסיפון, לעיל ה"ש 123, בעמ' 179-180; Margarete Sandelowski, "Casing" the ;34 RES. IN NURSING & HEALTH 153 (2011).

Jacques Hamel, *Introduction: New Theoretical and Methodological Issues*, 40 125 CURRENT SOCIOLOGY 1 (1992).



כעת אציג את שתי הקבוצות של מקרי-הבוזח ואתח את ביחס לתופעת השבי הרגולטורי.

### 1. שקילות בכוחות הצדדים המתדיינים

במסגרת הקבוצה הראשונה של מקרי-הבוזח אבקש לבחון את ההשלכות של אי-התקיימות המאפיין של פערי כוחות בין הצדדים על האופן שבו בית-המשפט מתייחס אל המאסדר. ככלל, ניתן להניח שכאשר פערי הכוחות בין הצדדים מצטמצמים, החשש מתופעת השבי הרגולטורי או לפחות מהשלכותיה הבעייתיות פוחת.<sup>126</sup> כך, מבוטח "חזק" יהיה בעל יכולת מיקוח טובה יותר וגישה נוחה יותר למידע, ומכאן שהוא ייהנה מהיקף הגנה רחב מול חברות הביטוח, חרף יחסיהן עם המאסדר.<sup>127</sup> הנחה זו אף מגובה במחקר המעיד כי תאגידים מבוססים פיננסית אכן מסתייעים ביועצים חיצוניים בכואם לכרות חוזה ביטוח, ובמקרים רבים אף נוטלים חלק פעיל בניסוח החוזה.<sup>128</sup>

מקרה-הבוזח הראשון עוסק בעניינה של חברת ביטוח זרה בשם VIG,<sup>129</sup> אשר ביטחה קונצרן אוסטרי בשם "מונדי".<sup>130</sup> בין תאגידיו הרבים והמגוונים כלל הקונצרן תאגיד ישראלי שהיה בעליו של מפעל בחדרה.<sup>131</sup> איתרע מזלו של המפעל, ובמהלך חודשי החורף של שנת 2013 נגרם לו נזק רב כתוצאה מהצפה. חברת הביטוח VIG שילמה תגמולי ביטוח למפעל בהתאם לפוליסה, ובהמשך עתרה נגד כמה רשויות במדינת-ישראל,<sup>132</sup> וכן נגד חברת הביטוח הרלוונטית לעניין,<sup>133</sup> בדרישה להשבתם של תשלומים אלו.<sup>134</sup> השאלה המרכזית בפסק-הדין הייתה אם חברת ביטוח זרה, אשר אינה כפופה למאסדר של ענף הביטוח ולהוראותיו, יכולה

126 שוורץ ושלניגר, לעיל ה"ש 28, בעמ' 100–101.

127 נושא זה קשור בטבורו לדיון הכולל בפרשנות חוזים. להרחבה על פרשנות חוזים כפונקציה של זהות הצדדים לחוזה ראו, למשל, עופר גרוסקופף ויפעת נפתלי בן ציון "תכליות דיני פרשנות החוזים: באיזו דרך עלינו ללכת כשחשוב לנו לאן נגיע?" ספר גבריאלה שלו: עיונים בתורת החוזה 523 (יהודה אדר, אהרן ברק ואפי צמח עורכים 2021).

128 שחר ולר חובת גילוי של מבוטחים בחוזה ביטוח 233–234 (2002).

129 Vienna Insurance Group.

130 ת"א (מחוזי מר') 53025-11-14 VIG—VIENNA INSURANCE GROUP נ' רשות ניקוז והנחלים שרון (נבו 13.10.2015) (להלן: עניין VIG).

131 שם, בפס' 1.

132 רשות ניקוז ונחלים שרון, משרד החקלאות ופיתוח הכפר, עיריית חדרה, הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה חדרה, והוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה חיפה.

133 הראל חברה לביטוח בע"מ.

134 עניין VIG, לעיל ה"ש 130, בפס' 2.

לתבוע את השבת התשלומים. כהערה מקדמית יצוין כי אף-על-פי שפסק-הדין ניתן בבית-משפט מחוזי, בערעור שהוגש עליו אימץ בית-המשפט העליון, במסגרת פסק-דין קצר, את קביעותיו השונות של בית-המשפט קמא.<sup>135</sup> אכן, ניתן להבחין בצמצום פערי הכוחות בין הצדדים: אל מול חברת הביטוח הזרה, אשר רגילה בוודאי לעמדת עליונות, ניצבו כמה רשויות מדינה וכן חברת ביטוח מקומית וחזקה. בהקשר זה עצם העובדה שמדובר בחברת ביטוח זרה מצמצמת עוד יותר את פערי הכוחות בין הצדדים, שכן היא אינה נהנית מיחסים קרובים עם מאסדר הענף ומהשפעה מתמדת עליו. מקרה זה מעניין אף יותר לנוכח העובדה שאל מול חברת VIG ניצבה, בין היתר, חברת הביטוח הראל. על פני הדברים אין סיבה לחשוב שהשפעתה של חברת הביטוח המקומית על המאסדר בעניין זה, לפי הגיון השבי הרגולטורי, תהיה שונה מאשר במקרים אחרים. עמדת המאסדר, אשר אומצה על-ידי בית-המשפט, גרסה כי לאור מגוון שיקולים, ובראשם אי-כפיפותה של חברת הביטוח הזרה לפיקוח המאסדר, אין לאפשר לה את השבת הכספים. לנוכח חשיבותה לדיון, תובא עמדת המאסדר כפי שהופיעה בפסק-הדין:

”אגף שוק ההון, ביטוח וחיסכון במשרד האוצר פועל רבות... על מנת להגן על זכויות המבוטחים. עמדת המפקחת על הביטוח היא שהזכויות והחובות של מבטחים מכוח חוק חוזה ביטוח מוטלות רק על כאלה שקבלו רישיון מאת המפקח על הביטוח. הענקת אפשרות למבטחים ללא רישיון 'ליהנות' מזכויות מכוח חוק חוזה הביטוח... יוצרת] א-סימטריה ואף הפליה מול חברות הביטוח בישראל. לאור זאת עמדת המפקחת על הביטוח היא שהמצב הקיים שלפיו מבטח ללא רישיון אינו יכול להגיש תביעה מכוח סעיף 62 לחוק חוזה הביטוח, הוא המצב הנכון והמאוזן.”<sup>136</sup>

במסגרת הדיון ציין בית-המשפט את תכליתו הצרכנית של חוק חוזה הביטוח, קרי הסדרת היחסים בין צדדים לחוזה שאינם בעלי משקל שווה,<sup>137</sup> וקבע כי –

”מנקודת מבט זו, של תכלית חקיקה, יש מקום לייחס משקל רב לעמדתה של המפקחת על הביטוח.”<sup>138</sup>

135 ע"א 8044/15 VIG—VIENNA INSURANCE GROUP נ' רשות ניקוז והנהלים שרון (נבו 23.1.2017).

136 עניין VIG, לעיל ה"ש 130, בפס' 15 (ההדגשות הוספו).

137 שם, בפס' 27.

138 שם, בפס' 29.

ראוי להתעכב לרגע על הנמקה זו של בית-המשפט. כאמור, עמדתו של מאסדר ענף הביטוח במקרה הנדון התבססה על העדר הפיקוח, אך לא כפונקציה של דאגה לאינטרס של ציבור המבוטחים, אלא כפגיעה אפשרית בחברות הביטוח הישראליות. קריאה מעמיקה של הנמקת בית-המשפט לאימוץ עמדת המאסדר חושפת סתירה מעניינת למדי – לא רק שאין מדובר בהבטחת אינטרס של ציבור המבוטחים, אלא שתחת פרשנותו של המאסדר, המגבילה עד-מאוד את יכולתן של חברות הביטוח הזרות לפעול בישראל, יש פגיעה בתחרותיות בשוק הביטוח, ומכאן פגיעה אפשרית בציבור המבוטחים. נוסף על כך עולה השאלה מדוע, להבדיל מפסיקות קודמות, בחר בית-המשפט לא לדון בעמדת המאסדר, אשר מיטיבה בוודאי עם חברות הביטוח בישראל, במסגרת דיון בדבר שבי רגולטורי אפשרי. בפרט, לאורך כל פסק-הדין לא הועלה החשש מפני חסימת תחרות או מפני יכולתן של חברות הביטוח להשפיע על עמדה זו שהביע המאסדר. על-אף שיקולים אפשריים אלו קבע בית-המשפט כי לחברת הביטוח הזרה עמד ערוץ אחר לפעולה,<sup>139</sup> שבמסגרתו היא יכלה להיות מוכרת כמבטחת חוץ.<sup>140</sup> יצוין כי עמדה פרשנית זו אינה מחויבת-המציאות, וכי במסגרת פסקי-דין אחרים הושמעה עמדה המבטלת את ההבחנה בין מבטח ישראלי למבטח זר.<sup>141</sup> מעניין VIG ניתן ללמוד כי כאשר פערי הכוחות בין הצדדים מצטמצמים, כך שמאפיין זה בטיפולוגיה אינו מתקיים, בית-המשפט סוטה מהנחת השבי הרגולטורי ומחזקת אי-התקינות, ומייחס משקל רב לעמדת המאסדר.

מקרה-הבוחר השני, עניין חברת נמל חיפה,<sup>142</sup> עסק במקרה דומה לזה של עניין VIG, אך התמקד בשאלת ההגדרה של "ביטוח ימי". בתמצית, באזור הכניסה לנמל חיפה אירעה התנגשות בין כמה כלי-שיט, אשר חלקם בוטחו בפוליסה נגד תאונות על-ידי חברת ביטוח זרה. לאחר תשלום התגמולים לבעלי כלי-השיט, פנתה חברת הביטוח הזרה לחברת נמל חיפה בבקשה לשפותה בגין התגמולים ששולמו על-ידיה. חברת נמל חיפה טענה כי אין מדובר בביטוח ימי, ומכאן שאין חברת הביטוח הזרה זכאית לתחלוף ביחס לכספים ששילמה.<sup>143</sup> עמדת המאסדר

139 ס' 60-62 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח).

140 עניין VIG, לעיל ה"ש 130, בפס' 30-33.

141 ראו, למשל, ת"א (מחוזי חי') 31521-01-20 נובל אנרג'י מדיטרניאן לימיטד נ' צים שירותי ספנות משולבים בע"מ (נבו 12.11.2020).

142 רע"א 8588/19 חברת נמל חיפה בע"מ נ' Certasig Insurance and Reinsurance Company S.A Rom (נבו 22.12.2020).

143 לנוכח רוחב היריעה המוגבל של רשימה זו, בחרתי לתאר את המקרה בצורה תמציתית. להרחבה בנושא ראו שם, בפס' 2-5.

הייתה כי אף שעמדתו הינה עקרונית, ואינה נוגעת בפרטי המקרה הקונקרטי, קשה לקבל את עמדתה הפרשנית של חברת נמל חיפה ביחס להגדרת "ביטוח ימי".<sup>144</sup> גם במקרה זה ניתן להבחין בהעדר המאפיין של פערי כוחות בין הצדדים. אדרבה, בדומה לעניין VIG, חברת הביטוח הינה חברה זרה, ולפיכך קשה להניח לגביה קרבה אל המאסדר והשפעה עליו. נוסף על כך, העובדה שמול חברת הביטוח הזרה ניצבה חברת נמל חיפה, המהווה שחקן מתוחכם ובעל משאבים, מצמצמת עוד יותר את פערי הכוחות בין הצדדים. אכן, גם במקרה זה המניעים העומדים בבסיס עמדתו הפרשנית של המאסדר לא נבחנו כלל, ובוודאי לא תחת הנחה בדבר שבי רגולטורי. חשוב לציין כי עמדת המאסדר בעניין חברת נמל חיפה, אשר אומצה במלואה על-ידי בית-המשפט, עוגנה היטב בחוק הפוזיטיבי, ובמידה רבה נראה כי מרחב הפרשנות המצומצם השפיע גם-כן. עוד מעניינת העובדה שהשופטת וילנר, אחת מדמויות-המפתח בדנ"א זליגמן, היא שדנה בעניין חברת נמל חיפה. למרות זאת, ואולי דווקא מסיבה זו, נעדר מפסיקתה בעניין חברת נמל חיפה דיון על-אודות מעמדו של המאסדר.<sup>145</sup> חרף זאת, קשה להתעלם מהיחס השונה שקיבל המאסדר במקרה זה לעומת היחס שקיבל בפרשות שנסקרו לעיל בפרק א. ניתוח מעמיק יותר של שני מקרי-הבוחן הללו יכול ללמד כי על-אף קיומה הסמוי למחצה של חזקת אי-תקינות ביחס למאסדר של ענף הביטוח, כאשר אחד ממאפייני הטיפולוגיה אינו מתקיים (במקרה זה המאפיין של פערי כוחות בין הצדדים), הדבר זוכה במשקל ומוביל לסטייה מחזקת אי-התקינות ומעננת השבי הרגולטורי.

סוג נוסף של העדר פערי כוחות בין הצדדים נובע מצמצום פערי המידע. כאשר חברת הביטוח אינה נהנית מעודף מידע ביחס למבוטח, או כאשר המבוטח אף מחזיק במידע שאינו מצוי בידי חברת הביטוח, המאפיין של פערי כוחות מצטמצם במידה משמעותית. האם ניתן לזהות השפעה של צמצום פערי המידע בין הצדדים על האופן שבו בית-המשפט דן בעמדתו או בהנחיותיו של המאסדר?

לשם בחינתה של שאלה זו נבחרו שני פסקי-דין שנדונו בבית-המשפט המחוזי (כמו עניין VIG). במקרה הראשון אושרר פסק-הדין בערעור לבית-המשפט העליון, ואילו במקרה השני ניתן פסק-הדין על-ידי מי שלימים יתמנה לכהונת שופט בבית-המשפט העליון – השופט עופר גרוסקופף.<sup>146</sup> המקרה הראשון, עניין

144 שם, בפס' 13.

145 בדנ"א זליגמן הובילה השופטת וילנר את המחנה ה"שמרני", ומכאן שאי-התייחסותה לסוגיית מעמדו של המאסדר מתיישבת היטב עם תפיסתה המשפטית. להרחבה בנושא זה ראו, למשל, אברהם, לעיל ה"ש 20.

146 הערה זו מבקשת להתמודד עם ביקורת אפשרית על כך שבפרק א נערך הניתוח על פסקי-דין

אברהם,<sup>147</sup> עסק בבקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד כמה חברות ביטוח בטענה שהן גבו גביית-יתר בזמן שמכרו פוליסות ביטוח מקיף לרכב. במילים פשוטות, כאשר חברות הביטוח תמחרו את פוליסת הביטוח, נכתב בגוף הפוליסה כי בקרות מקרה ביטוח מסוג אובדן גמור (total loss) יופחת משווי הרכב (סכום הפיצוי למבוטח) סכום מסוים, מבלי להפחית סכום זה מפרמיית הביטוח המקורית.<sup>148</sup> לנוכח ריבוי טענות מסוג זה כלפי חברות הביטוח, פרסם המאסדר של ענף הביטוח חוזר שנועד להסדיר את הנושא,<sup>149</sup> ובמסגרתו נקבע כי חברת הביטוח אינה מחויבת בסימטרייה מלאה בין דמי הביטוח לבין תגמולי הביטוח. זאת, בתנאי שרכיב זה בפוליסה יצוין מפורשות לפני המבוטח עובר לכריתת חוזה הביטוח. בפסק-דינו אימץ בית-המשפט את הנחיות המאסדר, תוך שהוא מציין כי המאפיין המשמעותי שיש לבחון הוא מאפיין הגילוי: ככל שחברת הביטוח חשפה את עניין חוסר הסימטרייה בצורה מפורשת עובר לכריתת חוזה הביטוח, אין בפרקטיקה זו כל פסול.<sup>150</sup> הוכחה לחשיבותו של מאפיין הגילוי ניתן למצוא בסדרה של פסקי-דין שעסקו באותה טענה בדיוק: כאשר מאפיין הגילוי לא התקיים או התקיים בצורה חלקית בלבד, התקבלה הבקשה לאישור התובענה הייצוגית;<sup>151</sup> ואילו כאשר הוכח כי המבוטח היה מודע לרכיב זה בפוליסה, נדחתה הבקשה.<sup>152</sup> מעניין האופן שבו אימץ בית-המשפט את עמדת המאסדר תוך שהוא מודע לכך שאסדרה ספציפית זו מסייעת לחברות הביטוח:

“...אין פסול בחוסר הסימטריה שבין דמי הביטוח לבין תגמולי הביטוח, ובלבד שחוסר זה גולה כראוי למבוטחים... אני מקבלת את טענת המשיבות לפיה דמי הביטוח נקבעים על פי נזק תיאורטי ממוצע, וזאת בניגוד לתגמולים – הנקבעים על פי ערך הרכב הספציפי... עוד

שניתנו בבית-המשפט העליון ואילו בפרק זה הניתוח נערך על פסקי-דין שאינם בהכרח של בית-המשפט העליון.

147 ת"צ (מחוזי ת"א) 16089-01-14 אברהם נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ (נבו 27.12.2017) (להלן: עניין אברהם). לפסק-הדין בערעור בבית-המשפט העליון ראו ע"א 1134/18 אברהם נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ (נבו 17.6.2020).

148 עניין אברהם, שם, בפס' 1.

149 שם, בפס' 16.

150 שם, בפס' 22.

151 בש"א (מחוזי ת"א) 60298/99 שוורץ נ' המגן חברה לביטוח בע"מ (נבו 17.5.2001) (להלן: עניין שוורץ).

152 ת"א (מחוזי ת"א) 2785/99 שינמן נ' כלל חברה לביטוח בע"מ (נבו 2.9.2001); ת"א (מחוזי ת"א) 2747/99 ביטון נ' כלל חברה לביטוח בע"מ (נבו 21.8.2002); ת"צ (מחוזי מ"ר) 4112-01-08 פרג נ' כלל חברה לביטוח בע"מ (נבו 19.3.2010).

טענו נציגי המשיבות כי קבלת טענת המבקשים... תוכל להיעשות אך ורק בדרך של ביצוע שומה לכל רכב ורכב. ברור כי התנהלות מעין זו תגרום להוצאות כבדות לחברות הביטוח אשר יושתו... על כלל המבוטחים... משמעות הדברים הינה כי אישור הבקשה יגרום לנזקים לכלל המבוטחים...<sup>153</sup>

טענתה של חברת הביטוח כי אסדרה אשר תכביד עליה תוביל בסופו של דבר לעליית מחירים ולפגיעה בצרכנים – טענה אשר אומצה על-ידי בית-המשפט – אינה בגדר אקסיומה; ניתן לסבור כי אסדרה כזו תסייע בהגברת התחרות בשוק, וכפועל יוצא מכך אף תוביל לירידת מחירים.<sup>154</sup> נוסף על כך, אין זה ברור לחלוטין מדוע קיזוז הפרמיה ששולמה ביחס לפיצוי שניתן הינה פעולה מסובכת אשר תוביל להוצאות כבדות לחברות הביטוח. נראה כי הדגש באימוץ עמדת המאסדר כפי שהופיעה בחוזר הרלוונטי, חרף העובדה שעמדה זו מיטיבה עם חברות הביטוח, הוא תניית הגילוי הראוי למבוטח, קרי צמצום פערי המידע בין הצדדים לחוזה. לראיה, כאשר רכיב הגילוי לא התקיים, אושרה בקשת התובענה הייצוגית למרות שיקול העלויות והחשש מעליית המחירים.<sup>155</sup> פעם נוספת אנו עדים לכך שכאשר מאפיין מסוים מתוך טיפולוגיית השבי הרגולטורי אינו מתקיים, בית-המשפט סוטה מהנחת אי-התקינות ומייחס תקינות למאסדר של ענף הביטוח.

המקרה השני, עניין רהפלד,<sup>156</sup> עסק בהבחנה שנקטו חברות הביטוח בין רכבי פנאי-שטח על בסיס שנת ייצורם, שהובילה להבדל משמעותי במחיר הפרמיות: רכבים שיוצרו עד שנת 2007 סווגו כרכבים מסחריים, וכתוצאה מכך חויבו בפרמיית ביטוח גבוהה באופן משמעותי מזו שבה חויבו רכבים חדשים יותר, שיוצרו לאחר 2007 וסווגו כרכבים פרטיים.<sup>157</sup> בדומה לעניין אברהם, גם במקרה זה נדרש בית-המשפט לחזור של מאסדר הענף, אשר קבע כי חברות הביטוח רשאיות להתבסס על

153 עניין אברהם, לעיל ה"ש 147, בפס' 22 ו-24–25 (ההדגשה הוספה).

154 ראו, למשל, רע"א 9849/17 פיקאלי נ' הכשרה חברה לביטוח בע"מ, פס' 77–83 לפסק-הדין של השופט עמית, פס' 46–58 לפסק-הדין של השופט גרוסקופף (נבו 4.6.2019) (להלן: עניין פיקאלי). ראו גם רונן אברהם ודניאל כהן "פיקאלי, פרץ ופוליקוב בבית המשפט העליון: השלכות ההפרה של חובות המבוטח על זכאותו (וזכאותם של ניזוקיו) לתגמולי ביטוח" פורום עיוני משפט מד 26–27 (2021).

155 עניין שוורץ, לעיל ה"ש 151.

156 ת"צ (מחוזי מ"ר) 13275-12-12 רהפלד נ' הראל חברה לביטוח בע"מ (נבו 23.4.2017) (להלן: עניין רהפלד).

157 שם, בפס' 1–7.

משתנים שונים, בכפוף לרשימה סגורה שנקבעה על-ידי המאסדר,<sup>158</sup> ביניהם גיל הנהג ומינו, ותק הנהיגה, נפח המנוע ועוד.<sup>159</sup> בחוזר נוסף נקבע כי התעריפים שחברות הביטוח קובעות מתבססים, בין היתר, על המאפיינים של הרכב והנהג. אף שאין התייחסות ברורה לסיווג הרכב כפרטי או כמסחרי, קבע פסק-הדין כי חברות הביטוח אכן רשאיות להתבסס על פרמטר זה בבואן לקבוע את גובה התעריפים.<sup>160</sup> יצוין כי עמדתו של מאסדר ענף הביטוח הייתה כי חברות הביטוח אינן כפופות להגדרות של משרד התחבורה לעניין סוג הרכב,<sup>161</sup> וכי הפרקטיקה שהם נקטו במקרה הנדון תקינה. בית-המשפט אימץ עמדה זו, בקובעו כך:

”כאמור, המפקח על הביטוח ומתקין התקנות לא ראו לנכון לחייב את חברות הביטוח לקבוע את סיווג הרכב לצרכי ביטוח בהתאם לסיווג משרד הרישוי. ככל ש[המבקש] סבור כי קביעה זו היא בלתי סבירה, וכי קיים כאן כשל רגולטורי כלשונו, דרך המלך היא לתקוף את שיקול דעתו של המפקח באופן ישיר. אין זה תפקידו של בית משפט זה לייצר יש מאין חובה שאינה קיימת, במסגרת הליך של תובענה ייצוגית אשר המפקח אינו צד לו, כדי לפתור כשל רגולטורי נטען זה.”<sup>162</sup>

מעניין שבניגוד לקביעתו של השופט גרוסקופף בדבר דרך-המלך לתקיפת שיקול-דעתו של המאסדר בפרשה זו, גם בדנ"א זליגמן, בעניין איי די איי ובעניין מוריאו דובר בהליך אזרחי שלא פוון ישירות נגד המאסדר, ולמרות זאת הדיון בשיקול-דעתו של המאסדר בשלוש הפרשות הללו נעשה בצורה מעמיקה וביקורתית, בוודאי בהשוואה לעניין רהפלד. חרף קביעתו של השופט גרוסקופף בעניין רהפלד, שלפיה התוצאה שנוצרה הינה בלתי-צודקת בעליל, דחה השופט את בקשת המבוטחים ופסק לטובת חברות הביטוח, תוך אימוץ עמדת המאסדר לעניין זה. את הנימוק להחלטה זו ניתן למצוא כבר בפתח פסק-הדין:

158 הרשימה הסגורה נקבעה במאגר מידע אשר הוקם על-ידי מאסדר הענף במטרה להבטיח כי התעריף שנגבה יהיה מבוסס על הסיכון שחברות הביטוח חשופות אליו. מדובר במאגר סטטיסטי אשר “...אמון על הערכת עלות הסיכון הטהור בענף, בהתאם לתוכנית סיווג הסיכונים שמאשר המפקח על הביטוח, ובהתאם למידע הסטטיסטי שהתקבל מהמבטחים”. שם, בפס' 16.

159 שם, בפס' 17.

160 שם, בפס' 18.

161 דיון זה נבע מטענת המבוטחים כי ביחס לסוגי רכב אחרים, שאינם רכבי פנאי-שטח, בחרו חברות הביטוח לא להיצמד להגדרות של משרד התחבורה, ולהשאיר את הגדרת הרכב כפי שהייתה לפני שינוי ההגדרה.

162 עניין רהפלד, לעיל ה"ש 156, בפס' 42.

"...העובדה שהתוצאה שנוצרה היא בלתי מוצדקת בעליל, אינה מלמדת בהכרח כי המשיבות עוולו כלפי המבקשים או פגעו בזכויותיהם. כפי שיובהר בהמשך, חוסר האחידות שנוצר במקרה זה, גם אם אין לו הצדקה עניינית, אינו תוצאה של הפרת חוק או התנהלות פסולה מצד חברות הביטוח. למעשה, בזמן אמת, גם לא ניתן היה לדעת אם חברות הביטוח מרוויחות או מפסידות מחוסר האחידות האמור – דהיינו לא היה ברור האם נכון היה מבחינה אקטוארית שגם הרכבים החדשים יסווגו כמסחריים או שגם הרכבים הישנים יסווגו כפרטיים."<sup>163</sup>

מתוך דברים אלו ניתן לדלות שני נימוקים אפשריים להחלטת השופט. הראשון נוגע באי-התקיימות של הפרת חוק או התנהלות פסולה מצד חברות הביטוח. בהתחשב בהגיונות העומדים בבסיס פרשנותו של חוזה הביטוח, ובפרט בפערי הכוחות בין הצדדים, נראה כי נימוק זה אינו משכנע במיוחד. לעומתו, נראה כי קריאה נוספת של הנימוק השני, אשר חושפת את ההיגיון העומד בבסיסו, מספקת הסבר ברור יותר לאימוצה של עמדת המאסדר ולדחיית הבקשה: העובדה שכאשר חברות הביטוח קיבלו את ההחלטה על סיווג הרכבים התאזנו פערי המידע בין הצדדים, שכן לא היה אפשר לחזות אם הפעולה תניב רווח או הפסד, משליכה על תפיסתו של בית-המשפט בנוגע למעמדה של עמדת המאסדר ומפחיתה את החשש שהחלטותיו של המאסדר התקבלו מתוך רצון להיטיב עם חברות הביטוח. כאשר אי-אפשר לחזות את תוצאותיה של פעולה שגובתה בחוזריו של המאסדר, מובן שקשה עד-מאוד לקבוע כי החוזרים הוצאו מתחת ידו של מאסדר הנתון בשבי רגולטורי.

עניין רהפלד מחזק את המהלך המוצע במובן נוסף: כפי שצוין לעיל, פסק-הדין בעניין זה ניתן על-ידי השופט גרוסקופף, אשר תמך בעמדתה של השופטת ברק-ארז בעניין איי די איי,<sup>164</sup> ולאחרונה אף הביע עמדה המנוגדת לזו של מאסדר ענף הביטוח במסגרת עניין פיקאלי.<sup>165</sup> הסתירה המתקיימת בין עמדותיו של השופט גרוסקופף בעניין איי די איי ובעניין פיקאלי לבין עמדתו בעניין רהפלד יכולה ללמד על הנחה סמויה, הנמצאת בראשו של השופט, בדבר אי-תקינות התנהלותו של מאסדר ענף הביטוח – הנחה אשר נשללת כאשר אחד ממאפייני הטיפולוגיה אינו מתקיים. אכן, הן בעניין איי די איי והן בעניין פיקאלי היטיבה עמדת המאסדר עם חברות הביטוח, לצד התקיימותם של פערי כוחות משמעותיים בין הצדדים.

163 שם, בפסקת המבוא.

164 עניין איי די איי, לעיל ה"ש 19, פסק-הדין של השופט גרוסקופף.

165 עניין פיקאלי, לעיל ה"ש 154, פסק-הדין של השופט גרוסקופף.



## 2. רגולציה שאינה מיטיבה עם חברות הביטוח

באופן אינטואיטיבי ניתן לשער שכאשר האסדרה הספציפית או עמדת המאסדר אינן מיטיבות עם הגורם המפוקח, החשש מהימצאות המאסדר בשבי רגולטורי פוחת במידה משמעותית.<sup>166</sup> האם אינטואיציה זו ניתנת לזיהוי בפסיקה? במסגרת תת-פרק זה אציג כמה מקרים שבהם המאפיין של אסדרה הפועלת לטובת חברות הביטוח אינו מתקיים, ואבחן את ההשפעה של אי-התקיימות המאפיין על הדיון בנוגע למאסדר הענף. עוד לפני בחינה זו יצוין כי תמיכה לאינטואיציה המתוארת ניתן למצוא בעניין איי די איי, במסגרת הערה לגבי ההסדר החדש (זה שהחליף את ההסדר שנדון בעניין איי די איי) שאימץ מאסדר הענף:

"בהקשר זה יוער כי על פני הדברים, דומה כי ההסדר העדכני שאומץ על-ידי המפקח בחוזר 2014 עולה בקנה אחד עם הוראות החוק... באופן שמבטיח כי הדבר לא יפעל לרעת המבוטח..."<sup>167</sup>

המקרה הראשון, עניין פרידמן,<sup>168</sup> עסק בערעור של חברות הביטוח על אישור להגשת תובענה ייצוגית שניתן למבוטח בבית-המשפט המחוזי. המבוטח, אשר רכש בעברו פוליסה לביטוח סיעודי, טען כי חויב בתשלום פרמיה גם לאחר קרות מקרה הביטוח ובמהלך התקופה שבו שולמו לו התגמולים, ומכאן שמדובר בגביית-יתר מצד חברות הביטוח.<sup>169</sup> בית-המשפט המחוזי אישר כאמור את הבקשה, בקובעו כי הפוליסה המקורית לא כללה התייחסות לתשלום המדובר, וכי מדובר בהפרת חובת הגילוי המוגברת המוטלת על המבטחות. במסגרת הערעור טענו חברות הביטוח כי פעלו לאור משא-ומתן בינן לבין הסתדרות הגמלאים (אשר מכוחה החזיק המבוטח בפוליסת הביטוח הסיעודי) ותחת פיקוחו של מאסדר הענף.<sup>170</sup> מעורבותו של המאסדר, וכן עצם ניהול המשא-ומתן בין הצדדים, נבעו מן העובדה שבתקופה שבה הסתיימה הפוליסה בחרו חברות הביטוח לא לחדשה עקב שיקולים כלכליים. כתוצאה מכך היו מבוטחים רבים עלולים למצוא את עצמם ללא כיסוי לביטוח סיעודי. במסגרת המשא-ומתן, שבסופו הוחלט על חידוש הפוליסה, הוסכם על כמה שינויים, שהעיקרי מביניהם

166 שפירא, לעיל ה"ש 16, בעמ' 4-5. ראו גם את הדיון לעיל בתת-פרק 2 על-אודות המרוויחים והמפסידים מן האסדרה.

167 עניין איי די איי, לעיל ה"ש 19, בפס' 43 לפסק-הדין של השופטת ברק-ארו.

168 רע"א 8014/09 דקלה חברה לביטוח בע"מ נ' פרידמן (נבו) 21.4.2011.

169 שם, בפס' 2.

170 שם, בפס' 4.

הוא שהפוליסה תחול למשך כל תקופת חייו של המבוטח, במקום האפשרות של עדכון הפוליסה אחת לשלוש שנים. במסגרת ההסכם לא נכללה התייחסות לתשלום פרמיות ביטוח לאחר קרות מקרה הביטוח ובעת קבלת תגמולים, אולם חודשים מספר לאחר-מכן הוציא מאסדר הענף חוזר שקבע כי החל ברגע הפצת החוזר לא יידרשו מבוטחים בביטוח סיעודי בתשלום פרמיה במהלך התקופה של תשלום התגמולים מחברת הביטוח. עמדת המאסדר במסגרת הדיון בערעור הייתה כי אכן לא הייתה כוונה שחוזר זה יחול על פוליסות קודמות ככלל, ובפרט על המקרה הנדון. הוזהר אומר, עמדת המאסדר הייתה כי עובר להפצת החוזר יכלו חברות הביטוח לגבות פרמיות בזמן תשלום התגמולים. לנוכח זאת פסק השופט גרוניס (לימים נשיא בית-המשפט העליון) כי דין הערעור להתקבל, ומכאן שהבקשה להגשת תובענה ייצוגית אינה מאושרת. במסגרת הנימוק להחלטתו הבהיר השופט גרוניס את הסיבה לקבלת הערעור חרף העובדה שמדובר בציבור מבוטחים חלש במיוחד:

”המפקח הוא אשר אישר ביצוע שינויים מסוימים בפוליסה על מנת למנוע את התוצאה הקשה של אי-חידושה... ברור מאליו, שהמבוטחים היו נפגעים בצורה קשה אלמלא חידוש הפוליסה... כלומר, המבקשות עיצבו את תנאי הפוליסה תחת פיקוחו ההדוק של הגורם הרגולטורי הרלוונטי וזאת לטובת המבוטחים, כפי שראה אותה המפקח.”<sup>171</sup>

אכן, קיים קושי מסוים בנימוק זה, שכן נראה שהלחץ שהפעילו חברות הביטוח, בדמות האיום באי-חידושה של פוליסת הביטוח הסיעודי, סייע להן בעיצוב ההסכם הקונקרטי לטובתן. אולם על-אף קושי זה מובן שהסיבה לאימוץ עמדת המאסדר נבעה מן העובדה שהדבר נעשה לשם הבטחת הכיסוי הביטוחי הסיעודי, תוך תיקון העוול ביחס לפוליסות העתידיות.<sup>172</sup> דהיינו, על-אף ההבנה שההסכם מיטיב עם חברות הביטוח, עמדתו של המאסדר לטווח הארוך פועלת לטובת ציבור המבוטחים, ומכאן שאחד ממאפייני הטיפולוגיה אינו מתקיים. דבר זה, בתורו, מוביל להענקת חזקת תקינות למאסדר הענף, ומפחית את חששו של השופט מפני שבי רגולטורי.

171 שם, בפס' 5 (ההדגשה הוספה).

172 כאמור, החוזר שהוצא בעניין קבע כי מרגע הוצאת החוזר ואילך המבוטחים בביטוח סיעודי פטורים מתשלום פרמיות בזמן תשלום תגמולים על-ידי חברת הביטוח.

המקרה השני, עניין עמוסי,<sup>173</sup> עסק גם הוא בערעור שהגישו חברות ביטוח על החלטת בית-המשפט המחוזי לאשר בקשה לתובענה ייצוגית נגדן. במקרה הנוכחי רכשו המבוטחים פוליסת ביטוח חיים שכללה שלוש קטגוריות כיסוי שונות.<sup>174</sup> המחלוקת נגעה בקטגוריה השלישית, אשר היוותה קטגוריה שיווית ועסקה בנכויות שונות שאינן נכללות בשתי הקטגוריות הראשונות לפוליסה. כל המבוטחים מבין המשיבים נפצעו פציעות שונות שנכללו כולן תחת הקטגוריה השיווית, אולם בעת הפעלת הפוליסה התגלע ויכוח בינם לבין חברות הביטוח לגבי אופן החישוב של גובה הפיצוי. למען פשטות ההסבר יצוין רק כי שיטת החישוב שביקשו חברות הביטוח לאמץ הובילה, באופן לא-מפתיע, להיקף תגמולים נמוך מזה שציפו המבוטחים לקבל על-פי שיטת החישוב שלהם. בית-המשפט המחוזי אימץ את שיטת החישוב של המבוטחים, בקובעו כי עצם מורכבותו של החישוב שחברות הביטוח מבקשות לאמץ מעיד על אי-נכונותו. עוד קבע בית-המשפט כי לנוכח חובות הגילוי המוגברות החלות על חברות הביטוח וכן פערי הכוחות בין הצדדים, מסקנתו ביחס לאופן החישוב הנכון מתחזקת.<sup>175</sup> במסגרת הערעור טענו חברות הביטוח כי אף אם שיטת החישוב המוצעת על-ידיהן מורכבת להבנה, היא מונעת מצב אבסורדי שבו יינתן פיצוי נמוך יותר על אובדן איבר שלם מאשר על אובדן חלק מן האיבר.<sup>176</sup> עמדתו של מאסדר הענף, שהוצגה במסגרת התייצבותו של היועץ המשפטי לממשלה בהליך, תמכה בפרשנות שהציעו המבוטחים. המשנה לנשיא (בדימ') ריבלין אימץ את החלטת בית-המשפט המחוזי, כמורגם את עמדת המאסדר, תוך שהוא מדגיש את תפקידו הציבורי של המאסדר ואת היותו גורם ניטרלי.<sup>177</sup>

אכן, הפער בין פסקי-הדין שנסקרו בפרק זה לבין אלה שנסקרו בפרק א בתיאור אותו מאסדר הוא מעניין: בעוד שפסקי-הדין שנסקרו בפרק א הדגישו כמה פעמים כי יש לבחון היטב את הוראותיו ועמדותיו של המאסדר לנוכח החשש משבי רגולטורי (אף כאשר הם לא ציינו במפורש את שם התופעה), פסקי-הדין הנסקרים כאן מקבלים את עמדת המאסדר ללא סייג ותוך מתן אמון מלא

173 רע"א 2128/09 הפניקס חברה לביטוח בע"מ נ' עמוסי (נבו) (5.7.2012).

174 שם, בפס' 1 לפסק-הדין של המשנה לנשיא (בדימ') ריבלין.

175 שם, בפס' 3 לפסק-הדין של המשנה לנשיא (בדימ') ריבלין.

176 לנוכח רוחב היריעה של מאמר זה בחרתי לתאר את עובדות המקרה וטענות הצדדים בתמצית. להרחבה בנושא זה ראו שם, בפס' 4-7 לפסק-הדין של המשנה לנשיא (בדימ') ריבלין.

177 "עוד יש לציין כי גם עמדות היועץ המשפטי לממשלה והמפקח על הביטוח, גורמים נייטרליים שאמונים על האינטרס הציבורי, מחזקות את המסקנה...". שם, בפס' 16 לפסק-הדין של המשנה לנשיא (בדימ') ריבלין (ההדגשה הוספה).

בתפקודו. בכל הזהירות הנדרשת, נראה לי כי הטיפולוגיה המוצעת לזיהוי מאסדר המצוי בשבי רגולטורי מצליחה לספק הסבר אפשרי לפער זה. למעשה, כפי שנכתב בפתחו של פרק זה, סקירת הפסיקה וניתוחה, הן בפרק א והן בפרק זה, מחזקים את הטיפולוגיה המוצעת בשני אופנים: בפן הפוזיטיבי, הפסיקה שנותחה בפרק א משרטטת היטב את חזקת אי-התקינות, קרי השבי הרגולטורי, ביחס למאסדר של ענף הביטוח, וכן מסייעת בעמידה על מאפייני הטיפולוגיה; ובפן הנגטיבי, הפסיקה שנותחה בפרק זה יכולה ללמד כי בית-המשפט אכן מפנים שהמאסדר של ענף הביטוח מצוי בשבי רגולטורי, ומכאן מייחס לו חזקת אי-תקינות, אשר נשללת בהינתן אי-התקיימותו של אחד ממאפייני הטיפולוגיה. כך, לדוגמה, ניתן משקל להיותה של האסדרה מיטיבה עם ציבור המבוטחים, או למצב שבו פערי הכוחות בין הצדדים מצטמצמים, באופן שמונע ייחוס חזקת אי-תקינות למאסדר.

#### ד. דיון

במסגרת דנ"א זליגמן ניטש ויכוח מהותי בקרב הטריבונל השיפוטי, בין המחנה ה"שמרני"<sup>178</sup> לבין המחנה ה"ליברלי",<sup>179</sup> בנוגע להשלכותיה של הפסיקה על חזקת התקינות המנהלית. בעוד ששופטי המחנה ה"ליברלי" סברו כי לצד חזקת התקינות המנהלית אי-אפשר להתעלם מרגישויות מבניות בפעולתם של מאסדרים מסוימים,<sup>180</sup> שופטי המחנה ה"שמרני" סברו כי דעת הרוב בדנ"א זליגמן הופכת הלכה למעשה את היוצרות, הווה אומר, מכוננת חזקת אי-תקינות מנהלית.<sup>181</sup> במנותק מן השאלה הנורמטיבית אם ראוי שבית-המשפט יחיל על מאסדר מסוים חזקת אי-תקינות מנהלית, ותוך הנחה דסקריפטיבית כי אכן קיימת חזקה כזו (אף אם לא בצורה מוצהרת), הניתנת להגדרה על-ידי טיפולוגיה ברורה וקונסיסטנטית, עולה השאלה מהן השלכותיה האופרטיביות של חזקה זו. דהיינו, האם יש בה כדי להשפיע על אופן הדיון ועל סדר הדיון בבוא בית-המשפט לבחון את מעמדן של החלטות המאסדר ופרשנותו? נראה לי שחזקת אי-התקינות המנהלית וכן הטיפולוגיה המוצעת אכן טומנות בחובן השלכות משמעותיות לעניין זה.

178 השופטים וילנר, סולברג ומיניץ.

179 המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר והשופטים הנדל, פוגלמן וברק-ארז.

180 ראו, למשל, דנ"א זליגמן, לעיל ה"ש 8, בפס' 52 לפסק-הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר.

181 ראו, למשל, שם, בפס' 7 לפסק-הדין של השופט מיניץ.

כפי שצוין לעיל בתת-פרק 4, במסגרת דנ"א זליגמן הציע המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר כי בכוא בית-המשפט לקבוע את משקל פרשנותו של המאסדר להנחיותיו שלו, יש לבחון מגוון שיקולים, ביניהם מבנה השוק והחשש משבי רגולטורי.<sup>182</sup> אולם בהצעתו זו הוא לא הבהיר כיצד יש לבחון כל שיקול, ואם יש שיקולים מהותיים יותר ביחס לאחרים. לעניות דעתי, המהלך שהוצע בפסק-דינו לקביעת מעמד המאסדר, הן ביחס להחלטותיו והן ביחס לפרשנותו, אינו רגיש דיו להבחנה שבין קבילות למשקל. מעניין שעל-אף ההשוואה שהמשנה לנשיאה (בדימ') מלצר עורך בין הערכת מעמדה של עדות מומחה לבין הערכת מעמדה של עמדת המאסדר, הוא אינו מתייחס לשאלת הקבילות.<sup>183</sup> ייתכן שהדבר נובע מן המגמה בפסיקה הישראלית של העדפת בחינת המשקל על בחינת הקבילות, קרי, מן המעבר מקבילות למשקל.<sup>184</sup> חרף הסבר אפשרי זה, ולהבדיל מן הפסיקה בדנ"א זליגמן, אבקש להציע מהלך שונה המבוסס על הטיפולוגיה לזיהוי תופעת השבי הרגולטורי וכן על חזקת אי-התקינות המנהלית, כפי שתוארו במאמר.

המהלך המוצע הינו דו-שלבי. בשלב הראשון, שלב הקבילות, בית-המשפט נדרש לבחון את מידת התקיימותה של חזקת אי-התקינות המנהלית על בסיס הטיפולוגיה המוצעת לשבי רגולטורי. בשלב זה נטל ההוכחה מוטל על כתפי הטוען להתקיימותה של חזקת אי-תקינות, אשר נדרש להוכיח את התקיימות המאפיינים השונים בטיפולוגיית השבי הרגולטורי. כלומר, פלוני אשר מבקש לטעון כי המאסדר נתון בשבי רגולטורי, ומשכך מתקיימת בעניינו חזקת אי-תקינות מנהלית, נדרש להציג ראיות ותמוכין בהתאם למאפייני הטיפולוגיה המוצעת, כגון נתונים לגבי סוג האסדרה במקרה הקונקרטי או עדות למערכת היחסים שבין המאסדר למושא האסדרה. בשלב זה בית-המשפט נדרש לבחון את התקיימות המאפיינים על בסיס הנתונים שהוצגו לפניו, וככל שכל המאפיינים השונים אכן מתקיימים, קרי מבחן מצטבר, הוא יכריז על חזקת אי-תקינות מנהלית לגבי המאסדר וידחה את עמדתו ביחס לסוגיה הנדונה. לעומת זאת, אם הטוען לחזקת אי-התקינות לא יעמוד

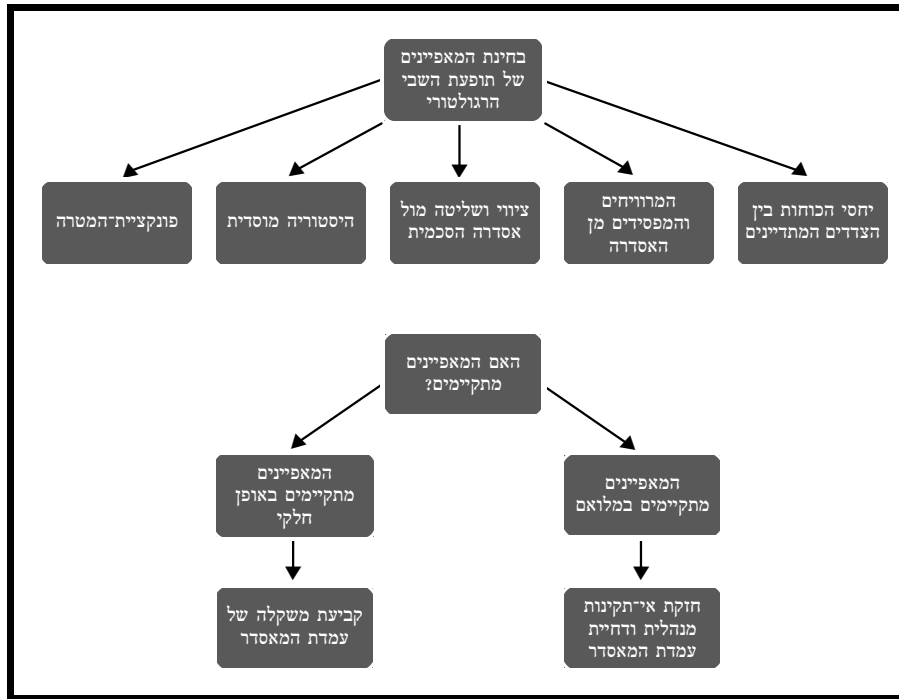
182 שם, בפס' 68 לפסק-הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר.

183 במסגרת פסק-דינו השווה המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר בין המעמד הניתן לעמדה מקצועית של הרשות המנהלית לבין המעמד המוענק לעמדתו המקצועית של מומחה בתחום מסוים, וקבע כי בשני המקרים ההחלטה בשאלת המעמד נתונה לבית-המשפט, אשר נדרש לשמור על עצמאותו לנוכח מקצועיותו של הגורם המומחה. כאמור, השוואה זו אינה מתייחסת כלל לשאלת עצם קבילותה של עמדת המומחה, ובמובן זה "מדלגת" על השלב הראשון בבחינת מעמדה של העמדה. שם, בפס' 74 לפסק-הדין של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר.

184 להרחבה בנושא זה ראו, למשל, טליה פישר "דיני הראיות בראי התיאוריה" עיוני משפט לט (2016).

בנטל השכנוע, ימשיך בית-המשפט לשלב השני, קרי, שלב המשקל. במסגרת שלב זה יבחן בית-המשפט תבחינים מגוונים, כגון מומחיות המאסדר, התאמה לכללי הפרשנות המקובלים, יסודיותה של עמדת המאסדר ועוד. בסופו של שלב זה, ובהתאם לקביעותיו השונות של בית-המשפט על-סמך התבחינים השונים שנבחנו, ייקבע מעמדה של עמדת המאסדר לצורך הדיון הקונקרטי.

#### תרשים 1: המבחן הדו-שלבי המוצע



מן הראוי לציין כי המבחן המוצע אינו מבקש להחליף את מבחני הביקורת השיפוטית המסורתיים על פעולה מנהלית,<sup>185</sup> אלא נותן מענה למצב שבו מדובר בעמדת הרשות ביחס לסוגיה מסוימת שאינה מהווה כאמור החלטה מנהלית. אכן, בפרשות שנסקרו לעיל אין מדובר בהחלטה מנהלית של מאסדר ענף הביטוח שמופעלת לגביה ביקורת שיפוטית. יודגש כי מבחני הביקורת השיפוטית על החלטה

185 להרחבה בנושא הביקורת השיפוטית במשפט המנהלי ראו, למשל, דפנה ברק-ארו משפט מינהלי כרך א 97 (2010).

מנהלית אינם רלוונטיים ברובם למצב שבו המאסדר מביע את עמדתו לגבי סכסוך או נושא מסוים. כך, לדוגמה, עקרון חוקיות המנהל ובחינת סמכותה של הרשות המנהלית<sup>186</sup> אינם רלוונטיים כלל במצבים המתוארים לעיל. לכן המבחן הדו-שלבי המוצע רלוונטי לבחינת עמדתו של המאסדר בנוגע לסוגיה הנדונה במנותק ממבחני הביקורת השיפוטית על פעולה מנהלית.

אכן, המבחן הדו-שלבי המוצע עלול לעורר תחושת אי-נוחות ביחס לשאלות מהותיות הנוגעות בהפרדת הרשויות, ובפרט בהיקף הביקורת השיפוטית הראוי.<sup>187</sup> תחושת אי-נוחות כזו מאפיינת במידה רבה את פסק-דינו של השופט סולברג בדנ"א זליגמן:

"הנחת המוצא הנוהגת עמנו בהקשר זה היא, כי בהעדר ראיות שיש בכוחן לסתור את חזקת התקינות, על בית המשפט לקבוע כי הרשות המינהלית פעלה כיאות, ואין להרהר אחריה. לשון אחר, חזקת התקינות היא למעשה הצבת ברירת המחזל במגרשה של הרשות המינהלית. חזקה זו, נובעת מצורך מעשי – מתן מרחב פעולה לרשות המינהלית; רשויות המינהל, אינן יכולות ואינן צריכות, כעניין שבשגרה, להתמודד עם טענות שיחייבו אותן להוכיח, בכל עת ובכל שעה מחדש, כי ההחלטות היוצאות תחת ידן, בהן כאלה המשמשות בסיס תדיר לפעולותיהן, נתקבלו כדין."<sup>188</sup>

ייתכן גם שהבחירה בכינוי "חזקת אי-התקינות המנהלית" אינה מוסיפה למידת האהדה הצפויה של מהלך מסוג זה בקרב אלה המזדהים עם פסיקת "המחנה השמרני" בדנ"א זליגמן. ביחס לחשש זה אבקש להעיר שלוש הערות. ראשית, המהלך המוצע מתייחס כאמור אך ורק להערכת מעמדה של עמדת המאסדר ביחס לדיון הקונקרטי, ואינו מבקש להחליף את כללי המשפט המנהלי. יודגש, הכרזה על חזקת אי-תקינות מנהלית ביחס למאסדר מסוים רלוונטית למעמד של פרשנות או הנחיותיו בגדר הדיון הקונקרטי, ולא באופן מופשט לגבי כל הנחיותיו ופעולותיו. שנית, על הטוען לקיומו של שבי רגולטורי ביחס למאסדר של ענף מסוים מוטל נטל הוכחה משמעותי, בדמות הצגת נתונים ותימוכין לגיבוש כל אחד מן המאפיינים שנסקרו לעיל, כך שסביר להניח שניסיון לטעון טענה מסוג זה בעלמא יידחה. שלישית, אף שנדרש להעמיק ולפתח את המבחן המוצע, נראה לי שיהיה נכון

186 שם.

187 להרחבה על שאלות הנוגעות בהפרדת הרשויות ראו, למשל, ידן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 5.

188 דנ"א זליגמן, לעיל ה"ש 8, בפס' 3 לפסק-הדין של השופט סולברג.

לראות את מאפייני הטיפולוגיה כתנאים מצטברים, אשר אי-התקיימות אחד מהם תוביל לדחייתה של טענת אי-התקינות המנהלית. כך ניתן להבטיח שרף צליחת המבחן על-ידי המתדיין הטוען לכך יהיה גבוה דיו, ושחזקת אי-התקינות המנהלית תופעל במצבים חריגים בלבד.

### סיכום

מאמר זה ביקש לאפיין טיפולוגיה של מאסדר הנתון בשבי רגולטורי, כפי שהיא מצטיירת מן הפסיקה בנושא ביחס לענף הביטוח. בהמשך נבחנה הטיפולוגיה המוצעת על כמה מקרי-בוחר מתחום הביטוח, תוך שאיפה להראות את תקפותה של הטיפולוגיה המוצעת לא רק מהפן הפוזיטיבי, אלא גם מהפן הנגטיבי. מקרי-הבוחר שנסקרו העידו למעשה כי קיימת חזקת אי-תקינות סמויה ביחס למאסדר של ענף הביטוח, שניתן לסטות ממנה במצב של אי-התקיימות אחד ממאפייני הטיפולוגיה המוצעת, בעלת ההיגיון הפנימי המצטבר. לבסוף, הוצע כי בחינת מעמדה של עמדת המאסדר, הן ביחס להנחיותיו והן ביחס לפרשנותו, תיעשה במסגרת מבחן דו-שלבי: בהינתן התקיימותם של כל המאפיינים של טיפולוגיית השבי הרגולטורי תוכרוז חזקת אי-תקינות מנהלית, אשר תוביל לדחייה מוחלטת של עמדת המאסדר בעניין הנדון; ואילו במצב שבו המאפיינים מתקיימים באופן חלקי בלבד ייקבע המשקל שיש להעניק לעמדת המאסדר בהתאם לתבחינים שונים שייבדקו. לפני סיום מתבקשת הערה נוספת בנוגע לייחודיותו של ענף הביטוח בהקשר של תופעת השבי הרגולטורי.

בדומה לתיאורו של המשנה לנשיאה (בדימ') מלצר בדנ"א זליגמן, ענף הביטוח אכן מתאפיין ברגישות מובנית אשר מחזקת את החשש מפני שבי רגולטורי ומעיבה על חזקת התקינות המנהלית של המאסדר. רגישות מובנית זו באה לידי ביטוי בכמה מאפיינים מהותיים של ענף זה: פערי הכוחות העצומים בין חברות הביטוח לבין ציבור המבוטחים; החשש מפני קריסת שוק הביטוח ושאירת המאסדר להבטיח את יציבותו, וכפועל יוצא מכך את יציבותן של חברות הביטוח; הפרקטיקה ארוכת-השנים שבמסגרתה מאסדר הענף נועץ עם הגופים המפוקחים ביחס לאסדרה כזו או אחרת; היות ענף הביטוח שוק מוגבל מבחינת תחרות, אשר נשלט על-ידי מספר מצומצם של חברות דומיננטיות; והעובדה שאותן חברות הן שחקניות עתירות משאבים, אשר מלבד שוק הביטוח חולשות על תחומים נוספים בשוק ההון. נוסף על כל אלה, המוצר עצמו – חוזה הביטוח – הינו מוצר ייחודי במובנים רבים, המשליכים על שוק זה. כך, לדוגמה, יש תפיסות שונות לעצם הגדרת המוצר "חוזה ביטוח". נוסף על כך, פערי המידע בין הצדדים עלולים להוביל להיווצרות תופעות



כגון "סיכון מוסרי" או "בררה שלילית", אשר עלולות להשפיע בתורן באופן דרמטי על שוק הביטוח.<sup>189</sup>

אף-על-פי-כן, במהלך כתיבת מאמר זה התעוררה השאלה אם רוב המאפיינים הללו אכן ייחודיים אך ורק לענף הביטוח. כך, לדוגמה, ניכר שגם ענף הבנקאות במדינת-ישראל מתאפיין בפערי כוחות גדולים בין הצדדים ובשוק הנשלט על-ידי כמה שחקנים מרכזיים ועתירי עוצמה. נוסף על כך, בדומה למערכת היחסים שבין המאסדר של ענף הביטוח לבין חברות הביטוח, גם המאסדר של ענף הבנקאות, קרי חטיבת הפיקוח על הבנקים בבנק ישראל, נועץ רבות עם הבנקים המרכזיים ונוטה לנקוט רגולציה הסכמית.<sup>190</sup> הדברים נכונים אף ביחס לתחומים אחרים בשוק ההון, כגון אסדרת פעילותם של בתי-ההשקעות על-ידי המאסדרים הרלוונטיים.<sup>191</sup> נוסף על כך, אף מחוץ לשוק ההון ניתן לזהות תחומים מסוימים בעלי מאפיינים דומים, כפי שהצביעה ידין במאמרה על האסדרה שקיימה הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו כלפי ערוץ עשר.<sup>192</sup> על רקע זה עולה השאלה המרתקת מדוע דווקא המאסדר של ענף הביטוח זוכה ביחס חשדני בפסיקה, לעומת מאסדרים אחרים אשר עונים בצורה זו או אחרת על מאפייני הטיפולוגיה של שבי רגולטורי. במילים פשוטות, מה הופך את המאסדר של ענף הביטוח ל"ילד הרע" של עולם האסדרה בעיני בית-המשפט? אכן, במסגרת מחקר עתידי יהיה מעניין ליטול פסיקות הנוגעות בענפים אחרים ולבחון את האופן שבו בית-המשפט מתייחס להנחיותיו או לפרשנותו של המאסדר כאשר מאפייני הטיפולוגיה מתקיימים. למרות חסרונו של מחקר כזה, נראה לי כי ניתן לשער שתופעת השבי הרגולטורי, אף שזכתה בהתייחסות בפסיקה אך ורק ביחס לענף הביטוח, אינה נחלתו של מאסדר ענף זה בלבד.<sup>193</sup>

189 להרחבה בנושא ראו Kenneth S. Abraham, *Four Conceptions of Insurance*, 161 U. PA. L. REV. 653 (2013). ראו גם אברהם, לעיל ה"ש 92, בעמ' 928–934; אליאס, לעיל ה"ש 92, בעמ' 3–31.

190 אסף כהן ואח' הרחבת ארגו הכלים הרגולטורי: יחסי אמון ורגולציה משותפת 14 (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2014).

191 ידין, לעיל ה"ש 89, בעמ' 449. ראו גם ידין, לעיל ה"ש 99.

192 ידין, לעיל ה"ש 16.

193 ראו, למשל, רולניק ושפירא, לעיל ה"ש 11, בעמ' 49–72; ידין, לעיל ה"ש 16; גל ונבו, לעיל ה"ש 16. דיון מעניין בתופעה בענף הבנקאות ניתן למצוא גם בפסק-דינה של השופטת א' נחליאלי חיאט בעניין ה"פ (מחוזי ת"א) 32389-02-17 קלירשיפט (ישראל) בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פס' 31–32 (נבו 17.11.2021), שבמסגרתו היא דנה, בין היתר, באתגרים ובקשיים שאסדרת ענף הבנקאות ניצבת בפניהם.

נוסף על כך ראוי לציין כי הדיון בפסיקה בנושא זה נמצא בשלבי התפתחות, ולמעשה דנ"א זליגמן היווה סנונית ראשונה בכל הנוגע בדיון בתופעת השבי הרגולטורי ובחזקת אי-התקינות המנהלית. לכן, אף אם נכון לרגע זה הדיון מתייחס לענף הביטוח בלבד, ייתכן בהחלט שבעתיד יהיה אפשר להפיק ממנו תובנות רלוונטיות לגבי המשפט המנהלי כולו. במסגרת מחקר עתידי יהיה מקום לבחון את הטיפולוגיה המוצעת על ענפים נוספים ומאסדרים מגוונים. נוסף על כך, לצורך תיקוף הטיפולוגיה ניתן לחשוב על מחקרים אמפיריים שינתחו את פסקי-הדין בהתאם לקידוד מסוים ואחיד. כמו-כן יש לנתח את הטיפולוגיה המוצעת במבט משווה, ולבחון נסיונות להתמודדות עם תופעת השבי הרגולטורי במדינות אחרות. אכן, המאמר הנוכחי מצטרף לשדה מחקר מצומצם למדי, ומהווה אחד מבין כמה אפיקים ראשוניים בחקר תופעת השבי הרגולטורי בישראל. אולם, בשל העיסוק הנרחב בתופעה בדנ"א זליגמן, ולנוכח העובדה שתופעה זו אינה צפויה להיעלם מעולם האסדרה,<sup>194</sup> מדובר בדיון חשוב, אשר סביר להניח שימשיך להתפתח ולהתעצב במשפט הישראלי.

194 עדות לכך ניתן למצוא בפסק-דינה של השופטת מ' אגמון-גונן, אשר ניתן לאחר דנ"א זליגמן, ובימים אלו נדון בערעור שהוגש לבית-המשפט העליון. ראו עניין גרינברג, לעיל ה"ש 19, בפס' 18.4.