

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 7721/96

בפני: כבוד השופט י' זמיר
כבוד השופטת ד' ביניש
כבוד הנשיא א' ברק

העותרים: 1. איגוד שמאי ביטוח בישראל
2. המועצה הישראלית לצרכנות

נגד

המשיבים: 1. המפקח על הביטוח
2. איגוד חברות הביטוח בישראל
3. הפניקס הישראלי - חברה לביטוח בע"מ
4. כלל - חברה לביטוח בע"מ
5. מגדל - חברה לביטוח בע"מ
6. סהר - חברה ישראלית לביטוח בע"מ
7. הכשרת היישוב - חברה לביטוח בע"מ
8. לשכת סוכני ביטוח בישראל

עתירה למתן צו על-תנאי

תאריך הישיבה: ז' באלול התש"ס (7.9.00)

בשם העותרים: עו"ד אמנון יצחקניא

בשם המשיב 1: עו"ד מייק בלס

בשם המשיב 2: עו"ד יוסף הלוי

בשם המשיב 3: עו"ד פנחס רובין

בשם המשיב 4: עו"ד שמואל אהרונוסון

בשם המשיב 5: עו"ד מיכל שקד

בשם המשיב 6: עו"ד גלית פליישר

בשם המשיב 7: עו"ד עופר בן חיים

בשם המשיב 8: עו"ד ג'ון גבע

פסק-דין**השופט י' זמיר:****הבעיה**

1. איגוד שמאי ביטוח בישראל והמועצה הישראלית לצרכנות (העותרים) מבקשים לשנות הסדר שהונהג על ידי חברות ביטוח, לפני עשר שנים לערך, בתחום השמאות של רכב שניזוק בתאונה. לפי ההסדר, שמאות כזאת, שהיא תנאי מוקדם לתשלום תגמול למבוטח על ידי חברת הביטוח, נעשית במקרים רבים על ידי שמאי בית, כלומר, שמאים שהינם עובדים של חברת הביטוח.

העותרים טוענים כי הסדר זה פסול. ההסדר, לטענתם, מוביל לתוצאות שליליות. ראשית, הוא פוגע בשמאי חוץ, כלומר, שמאים המנהלים עסק עצמאי. שנית, ובעיקר, הוא פוגע במבוטחים, שכן שמאי בית, בהיותם עובדים של חברת הביטוח, עלולים להטות את השומה כלפי מטה, לטובתה של חברת הביטוח. נוסף לכך, לטענתם, ההסדר גם לוקה בפגמים משפטיים. לפיכך הם מבקשים שבית המשפט יצווה על המפקחת על הביטוח (המשיבה 1) לפעול לשינוי ההסדר. כיצד? הם מבקשים שהמפקחת תאסור על חברות הביטוח (המשיבות 3 עד 7) להסתייע בשמאי בית לצורך שומת נזק שנגרם לרכב או להתערב בבחירת השמאי על ידי המבוטח או סוכן הביטוח שלו.

2. העתירה מעוררת בעיה מורכבת מבחינה משפטית. היא כורכת סמכויות (של המפקחת על הביטוח) מתחום המשפט הציבורי וזכויות (של חברות ביטוח, מבוטחים ושמאי ביטוח) מתחום המשפט הפרטי. פתרון הבעיה מחייב איזון בין ערכים ואינטרסים, ציבוריים ופרטיים, המתנגשים זה בזה. הבעיה גם חשובה מבחינה מעשית. היא נוגעת למספר ניכר של שמאי ביטוח, הן שמאי בית שעבודתם מאויימת והן שמאי חוץ שפרנסתם בסכנה, למספר גדול של מבוטחים הנזקקים לעתים קרובות לשירותי שמאות, ולסכום עצום של כסף המשתלם על-ידי חברות הביטוח כתגמולים בגין נזקי רכב. ענף ביטוח רכב (רכוש) הוא ענף הביטוח הגדול ביותר בישראל. ראו דו"ח שנתי של מבקר המדינה, מספר 40 לשנת 1990, עמ' 33. לפי הערכת העותרים, מדי שנה מתבצעות למעלה מרבע מליון שומות. איגוד חברות הביטוח מעריך כי סכום הפיצויים שחברות הביטוח משלמות בגין נזק לרכב מגיע לשלושה מיליארד ש"ח בשנה.

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. הבעיה, שהיא חלק מבעיית הצרכנות, חשובה מאוד מבחינה כלכלית ומבחינה חברתית. היא קיבלה מימד מיוחד במדינה

המודרנית, ובכלל זה מדינת ישראל. במדינה המודרנית, ואולי נכון יותר לומר בעולם המודרני, שוררים תנאים נוחים להתפתחותן של חברות גדולות המספקות שירותים ומצרכים חיוניים. החברות רוצות רווחיות, והרווחיות נובעת מן הצרכן. האינטרס של החברה והאינטרס של הצרכן מתמודדים זה כנגד זה. בהתמודדות זו קיים פער כוחות בין החברה לבין הצרכן. אם ההתמודדות נערכת בזירה של חופש החוזים, ורק החברה והצרכן נמצאים בזירה, אין לצרכן סיכוי סביר בהתמודדות. חופש החוזים, במצב כזה, הוא לעתים קרובות חופש של החברה להכתיב תנאים לצרכן. התוצאה הצפויה היא, לא רק פגיעה בצרכן כפרט, אלא בסופו של חשבון גם פגיעה בציבור כולו: הציבור נאלץ לצרוך שירותים ומצרכים ברמה נמוכה יותר ובמחירים גבוהים יותר מן הראוי והאפשרי.

זהו לקח שנלמד מן המדינה המתירנית (*laissez faire*) של המאה התשע-עשרה. המדינה המתירנית הותירה את הזירה הכלכלית להתמודדות בין הספק לבין הצרכן, וכן גם להתמודדות בין המעביד לבין העובד, על בסיס של חופש חוזים רחב מאד, כמעט ללא מעורבות של המדינה. התיאוריה היתה שכוחות השוק, ובעיקר כוחות של היצע וביקוש, יספיקו כדי להסדיר כראוי את היחס בין כלל הספקים לבין כלל הצרכנים, ללא צורך במעורבות של המדינה. אך התוצאה היתה ניצול, עוני ופיגור עמוק ורחב. המסקנה המעשית היתה, כי המדינה המתירנית, והעיקרון של חופש חוזים כמעט בלתי מוגבל, נכשלו. במקום המדינה המתירנית התפתחה, בעיקר באירופה, מדינת הרווחה (*welfare state*). מדינת הרווחה שמה לעצמה מטרה לקדם את הרווחה של כל האוכלוסייה, ובמיוחד לקדם את הרווחה של שכבות חלשות באוכלוסייה. מטרה זאת כללה אספקה של שירותים ומצרכים חיוניים בתנאים סבירים לכל האוכלוסייה. מכאן נבע הצורך בפיקוח מטעם המדינה על אספקת שירותים ומצרכים. לצורך זה נחלצה המדינה, במהלך המאה העשרים, לחוקק כללים ולהקים מוסדות לפיקוח על אספקת שירותים ומצרכים לציבור.

3. מדינת ישראל נוסדה ופעלה כמדינת רווחה. היא חוקקה מערכת מפותחת של כללים והקימה מערכת מסועפת של מוסדות לפיקוח על אספקת שירותים ומצרכים. כדי לתת תמונה כללית, בלי למצות, די לציין את חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, שהקים (בסעיף 19) את מוסד הממונה על הגנת הצרכן; חוק הפיקוח על מחירי מצרכים ושירותים, התשנ"ו-1996, שהקים (בסעיפים 2-5) מוסדות שונים לצורך פיקוח על המחירים; חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982, שנועד להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים בחוזים אחידים של ספקים; חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, שמטרתו לפקח על הגבלים עסקיים באמצעות רשות שהוקמה (בסעיף 41(א)) לשם כך.

נוסף לכך הוקמו על ידי חוקים שונים מוסדות לפיקוח בענפים מיוחדים של המשק, בהם קיים צורך מיוחד בפיקוח ממלכתי. כאלה הם, לדוגמה, המפקח על הבנקים לפי סעיף 5 לפקודת הבנקאות, 1941, ולפי חוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981; מפקח עבודה ראשי לפי סעיף 2 לחוק ארגון הפיקוח על העבודה, התשי"ד-1954; הרשות לשירותים ציבוריים - חשמל, לפי סעיף 30 לחוק משק החשמל, התשנ"ז-1996. בדומה לכך הוקם גם המוסד של

המפקח על הביטוח, תחילה בחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, התשי"א-1951, ולאחר מכן בסעיף 2 לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, התשמ"א-1981 (להלן - חוק הפיקוח).

מוסדות פיקוח אלה ואחרים נועדו, על פי מהותם, להגביל את חופש החוזים. כידוע, חופש החוזים, כמו כל זכות, עשוי להתנגש בזכויות אחרות ובאינטרס הציבור. לכן ניתן וראוי להגביל אותו בדרך שתאזן כראוי בין הזכויות והאינטרסים המעורבים. איזון זה הוא תפקיד עיקרי, וגם בעיה עיקרית, של מוסדות הפיקוח למיניהם, ובכלל זה המפקח על הביטוח.

4. הבעיה בהקשר זה היא, עד כמה ניתן וראוי שהמפקח, יהיה זה המפקח על הביטוח או מפקח אחר, יתערב ביחסים החוזיים שבין הספק לבין הצרכן. הפתרון לבעיה אמור לבטא, בין היתר, את התפיסה המקובלת בחברה לגבי מידת המעורבות הראויה של המדינה, באמצעות מוסדות רשמיים, ביחסים שבין גופים ופרטים בחברה. תפיסה זאת עשויה להשתנות מעת לעת. לאחרונה, כך נראה, חל שינוי בתפיסה הרווחת בישראל ובמדינות נוספות, שבמשך שנים רבות נהגו כמדינת רווחה, המצדדת במעורבות נרחבת גם בתחום הכלכלי. כיום המדינה נוטה לצמצום המעורבות שלה, במגמה לעודד כלכלה חופשית, המתבססת על יזמות ותחרות. נטייה זאת באה לידי ביטוי, בין היתר, במדיניות ההפרטה, המכוונת להעברת מפעלים ושירותים מידי המדינה לידיים פרטיות. היא עשויה לבוא לידי ביטוי גם בהרפיית הפיקוח מצד המדינה על אספקת שירותים ומצרכים על ידי גופים פרטיים. הנה כך נאמר בשנתון הממשלה לשנים תשנ"ז-תשנ"ח, עמ' 139, על ענף ביטוח הרכב, במסגרת אגף שוק ההון, ביטוח וחסכון במשרד האוצר:

"[ענף ביטוח הרכב] נמצא במהלך בחינה של רמת התחרותיות בו לקביעת רמת הפיקוח המתאימה, כדי לאפשר פעילות בענף ביטוח זה - אגב צמצום מידת הפיקוח הישיר והסתמכות גוברת על בקרת השוק".

נטייה זאת מבקשת להתבסס, במישור המשפטי, גם על חוק-יסוד: חופש העיסוק משנת 1992. חוק-יסוד זה מעלה את חופש העיסוק, ובעקיפין גם את חופש החוזים בתחום העיסוק, לדרגה של זכות חוקתית. לפי סעיף 10 לחוק-היסוד, חובה היא לפרש גם חוקים קודמים ברוח ההוראות של חוק-יסוד זה. סעיף זה חל גם על חוק הפיקוח משנת 1981. חובה היא, אם כן, לפרש ברוח זאת את הסמכויות של המפקח על הביטוח. לפי פירוש כזה, פיקוח הדוק מצד המפקח עלול לפגוע בחופש העיסוק של חברות הביטוח. אפשר לראות בכך טעם לתבוע את הרפיית הפיקוח.

על רקע זה יש כיום משמעות מיוחדת לשאלה עד כמה ניתן וראוי שהמפקח על הביטוח יתערב ביחסים החוזיים שבין מבוטח לבין חברת הביטוח, לרבות בתחום של שמאות רכב שנגרם לו נזק בתאונה.

העובדות

5. ואלה, בקיצור, העובדות שהניעו את העותרים לבקש מן המפקח על הביטוח כי יתערב בהסדר שנקבע על ידי חברות הביטוח בתחום שמאות הרכב.

בעבר היה זה הסדר רגיל שמבוטח בוחר לעצמו, בדרך כלל באמצעות סוכן הביטוח שלו, שמאי כרצונו להערכת נזק שנגרם לרכבו, וחברות הביטוח נהגו לשלם את תגמולי הביטוח על פי הערכת השמאי שנבחר על-ידי המבוטח. אולם לאחר זמן הועלתה טענה נגד הסדר זה. לפי הטענה, כפי שהוצגה בפני בית המשפט, במקרים רבים חברו יחד אינטרסים של המבוטח, סוכן הביטוח, השמאי וגם בעל המוסך, כדי להציג בפני חברת הביטוח שומה מוגזמת של הנזק, ובדרך זאת להונות את חברת הביטוח. ההונאה, לפי הטענה, הגיעה בסך הכל לסכום גבוה מאד.

בשל טעם זה, או בשל טעם אחר, חברות הביטוח החלו, משנות התשעים הראשונות, להעסיק שמאי בית לצורך שומת הנזק שנגרם לרכב. שמאי בית הוא שמאי על פי הכשרתו, המועסק על ידי חברת הביטוח, או על ידי חברה-בת של חברת הביטוח, כעובד שכיר. הוא בודק מטעם חברת הביטוח את הנזק שנגרם לרכב וקובע את שומת הנזק. שומה זאת משמשת את חברת הביטוח לצורך תשלום התגמול על הנזק למבוטח.

כאשר ההסדר של העסקת שמאי בית על ידי חברות הביטוח החל להתפשט ולהתבסס, והחברות החלו לדרוש מסוכני הביטוח שיפנו אל שמאי בית ולא אל שמאי חוץ, נזעק איגוד שמאי הביטוח לפעול נגד הסדר זה. הוא פנה, בשנת 1993, אל המפקח על הביטוח וביקש ממנו שיפעל נגד העסקת שמאי בית, כדי למנוע פגיעה במבוטחים. משלא נענה, הגיש האיגוד עתירה לבית משפט זה נגד המפקח על הביטוח (בג"ץ 451/94). המפקח השיב לבית המשפט כי הוא מודע לבעיה שהועלתה בעתירה, וכי הוא פועל לפתור אותה "מתוך ראיית טובתו של המבוטח ומתוך ראיית עלות הביטוח ויעילותו". אי לכך, בהמלצת בית המשפט, חזר בו האיגוד מן העתירה, בהנחה שהמפקח ימצא פתרון ראוי לבעיה.

במאמר מוסגר אומר כי לאחר זמן פרש המפקח על הביטוח מתפקידו; במקומו נתמנתה מפקחת על הביטוח; והיא המשיכה לטפל בעניין נשוא העתירה מאותו יום ועד היום. לפיכך אדבר מכאן ולהבא על המפקחת על הביטוח, גם לגבי עמדות והחלטות של המפקח שקדם לה.

6. חודשים אחדים לאחר שהעתירה הקודמת נמחקה, שלחה המפקחת על הביטוח (ביום 11.9.94) אל חברות הביטוח מכתב שנועד לקדם את פתרון הבעיה. במכתב זה הציגה המפקחת שתי דרישות. דרישה ראשונה היתה, שחברת הביטוח תמסור לכל מבוטח, לפי בקשתו, את השומה שהוכנה על ידי שמאי הבית. הדרישה השניה היתה,

שחברת הביטוח תציין, בכל פוליסה של ביטוח רכב, את זכותו של המבוטח לקבל, על חשבונו, שומה נגדית של שמאי חוץ, להציג אותה בפני חברת הביטוח, ולדרוש שמחלוקת בין השמאים תוכרע על ידי ועדת ערר במשרד התחבורה.

אך איגוד שמאי הביטוח סבר כי מכתב זה אינו פותר את הבעיה כלל ועיקר. להיפך, לדעת האיגוד הבעיה רק החמירה במשך הזמן. ראשית, המספר של שמאי הבית גדל מאד בזמן קצר. כבר בשנת 1996, טוען האיגוד, חברות הביטוח העסיקו כעובדים 126 שמאים מתוך 256 שמאי הרכב החברים באיגוד, ועוד שמאים שאינם חברים באיגוד. אם מספר השמאים ימשיך ויגדל בקצב זה, הוא טוען, השמאים העצמאיים יעלמו כליל. במצב כזה לא תיוותר למבוטח ברירה אלא לסמוך לחלוטין על שמאי הבית של חברות הביטוח. שנית, חברות הביטוח החלו להשתמש בשיטות שונות, כל חברה ושיטתה, כדי לשכנע את המבוטחים להסכים, מראש או בדיעבד, לקביעת השומה על ידי שמאי הבית. כך, לדוגמה, חברת הביטוח מציעה למבוטח, לצורך זה, הנחה בפרמיה שהוא משלם עבור הפוליסה, או הפחתה משמעותית בדמי ההשתתפות העצמית במקרה של נזק לרכב, או תשלום עבור גרירת הרכב שנפגע לבדיקה על ידי שמאי הבית, או תיקון מהיר של הרכב שניזוק, וטובות הנאה אחרות. כתוצאה, העסקת שמאי בית, במקום שמאים עצמאיים, מתרחבת והולכת.

כיוון שהמפקחת על הביטוח לא נענתה לפניית נוספות של איגוד שמאי הביטוח, ולא הציעה פתרון שיניח את דעת האיגוד, שב האיגוד והגיש לבית המשפט עתירה זאת.

עתירה זאת דומה, בעיקרי הדברים, לעתירה הקודמת שהאיגוד הגיש כשנתיים וחצי קודם לכן. בעתירה מבקש האיגוד שבית המשפט יצווה כי המפקחת על הביטוח תאסור על חברות הביטוח להעסיק שמאי בית ולהתערב בבחירת השמאי על ידי המבוטח.

7. לאחר שנה לערך ביקשה המועצה הישראלית לצרכנות להצטרף כעותרת נוספת בעתירה זאת. בית המשפט נענה לבקשה.

הטענות

8. העניין הישיר של איגוד שמאי הביטוח בעתירה זאת ברור מאליו: העסקת שמאי בית על ידי חברות הביטוח פוגעת בהכנסה, ואף מסכנת את עצם העיסוק של השמאים העצמאיים. העניין הישיר של המועצה הישראלית לצרכנות אף הוא ברור: המועצה חוששת כי שומות שיערכו על ידי שמאי בית יהיו מוטות כלפי מטה לרעת המבוטחים. לכן האיגוד והמועצה הגישו עתירה זאת. אך מה העילה המשפטית לעתירה? העותרים מעלים טענות משפטיות אחדות נגד ההסדר הקיים בתחום שמאות הרכב. ואלה הטענות העיקריות בתמצית:

(א) תכלית החוק. ההסדר הקיים בתחום שמאות הרכב נוגד, לדעת העותרים, את התכלית של חוק הפיקוח. חוק זה נועד, בראש ובראשונה, להגן על המבוטחים. אך ההסדר הקיים, המאלץ את המבוטחים לסמוך על שמאי הבית, משרת את חברת הביטוח ולא את המבוטח, בניגוד לתכלית החוק. לכן יש לפעול כדי לשנות את ההסדר הקיים.

(ב) חובת המפקחת על הביטוח. תפקידה של המפקחת על הביטוח על פי חוק הפיקוח מטיל עליה חובה לפקח על חברת הביטוח כדי למנוע פגיעה במבוטחים בניגוד לתכלית החוק. במקרה הנדון המפקחת על הביטוח נמנעת מלקיים את חובתה כנדרש. זהו מחדל שלא כדין.

(ג) הסדר כובל. העותרים מעלים חשש כי בתחום שמאות הרכב קיים בין חברות הביטוח הסדר כובל בניגוד לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח 1988-. הם מבססים את החשש על הטענה שההסדר בתחום זה הונהג על ידי חברות ביטוח שונות באופן דומה ובסמיכות זמנים "קרובה עד להפתיע".

(ד) ניגוד עניינים. על שמאי ביטוח מוטלת חובה על פי דין לנהוג בנאמנות וביושר הן כלפי חברת הביטוח והן כלפי המבוטח. לצורך זה, טוענים העותרים, השמאי צריך להיות עצמאי כלפי שני הצדדים: המבוטח מצד אחד וחברת הביטוח מצד שני. אולם, אם השמאי מועסק כעובד של חברת הביטוח, הוא נעשה תלוי באופן אישי באחד הצדדים. זהו מצב של ניגוד עניינים: ניגוד בין המעמד של השמאי כעובד של חברת הביטוח, ובכלל זה חובת הנאמנות שלו כלפי מעבידו, לבין חובת הנאמנות של השמאי כלפי המבוטח. מצב זה מחייב למנוע העסקת שמאי כעובד של חברת הביטוח.

9. לשכת סוכני הביטוח בישראל, אף שהיא נמנית (כמשיבה 8) עם המשיבים, לגוף העניין היא תומכת בעותרים. כדבריה, "סוכני הביטוח לא היו שותפים לקביעת מדיניות שמאי הבית. מדיניות זו הוכתבה להם על ידי חברות הביטוח, אשר לא נועצו בסוכני הביטוח טרם גובשה עמדתן בעניינים נשוא עתירה זו. הסוכן מוצא עצמו בסיטואציה שבין הפטיש לסדן, כאשר הוא חותר להעניק למבוטח את השירות הטוב ביותר במסגרת המדיניות המגבילה שנכפתה על ידי חברות הביטוח. מבחינה זו, הסוכן, כלקוח, הוא קורבן המדיניות". לגוף ההסדר הקיים, הלשכה מציינת את התנגדותה "לכל מסגרת השוללת מן המבוטח את זכות הבחירה החופשית והרצונית שלו, ובכלל זה גם החובה המוטלת עליו להידרש לשירותיהם של שמאי בית בלבד".

10. חברות הביטוח (המשיבות 3 עד 7) מיוצגות בעתירה זאת כל אחת על ידי עורך-דין משלה, ואף שכולן מתנגדות לעתירה, כל אחת מעלה את טענותיה בנפרד. אך, בעיקרי הדברים, הטענות דומות. איגוד חברות הביטוח בישראל (המשיב 2) מעלה אף הוא טענות דומות נגד העתירה. לפיכך אפשר לכלול את הטענות של כל חברות הביטוח ושל איגוד חברות הביטוח (להלן - חברות הביטוח) בחבילה אחת. הטענות העיקריות הן אלה:

(א) תכלית החוק. אם חברת הביטוח תחוייב לממן בכל מקרה גם את העלות של שמאי חוץ, התוצאה תהיה שבמקרים רבים תקויים שמאות כפולה, ההוצאות יגדלו, ובסופו של חשבון ציבור המבוטחים יחוייב לשלם יותר עבור פרמיית הביטוח. אין בכך צורך, שהרי בדרך כלל ניתן לסמוך על שמאי הבית, ולא רק בשל המחוייבות המקצועית שלו, אלא גם משום ששומה נמוכה מדי לא תתקבל על ידי המוסך המתקן את הרכב. גם אין לכך הצדקה, שהרי באותם מקרים בהם המבוטח אינו נוטה לקבל את חוות הדעת של שמאי הבית, הוא רשאי, גם במצב הקיים, להציג נגדה חוות דעת של שמאי חוץ, שתוכן מטעמו ועל חשבון של המבוטח, ובמקרה של מחלוקת בין השמאים, להביא את המחלוקת להכרעה על ידי ועדת ערר שהתמנתה על ידי משרד התחבורה לפי צו הפיקוח על מצרכים ושירותים (שמאי רכב), התש"ם 1980-. לפיכך המצב הקיים אינו נוגד את התכלית של חוק הפיקוח. להיפך, הוא גורם להתייעלות וחסכון, ובכך הוא משרת, לא רק את חברת הביטוח, אלא גם את המבוטח.

(ב) סמכות המפקחת על הביטוח. חוק הפיקוח אמנם מקנה למפקחת סמכות לתת הוראה לחברת ביטוח לתקן ליקוי שנתגלה בעקבות תלונה, אך הוא אינו מקנה למפקחת סמכות לשנות הסדר כללי שנקבע על ידי חברות הביטוח בתחום שמאות הרכב.

(ג) חופש החוזים. לחברת הביטוח נתונה זכות לברר את חבותה כלפי מבוטח, ואין יסוד למנוע בעדה להסתייע, לצורך זה, בשמאי לפי בחירתה. זכות זאת מעוגנת גם בסעיף 23 לחוק חוזה הביטוח, התשמ"א 1981-, גם בחוק-יסוד: חופש העיסוק וגם בעיקרון הכללי של חופש החוזים. היענות לעתירה, לא זו בלבד שתמנע בעד חברת הביטוח להתקשר בחוזה עם שמאי בית, אלא בפועל גם תחייב את החברה לפטר את שמאי הבית המועסקים על ידה.

(ד) ניגוד עניינים. אין יסוד לטענה כי שמאי בית נתון במצב של ניגוד עניינים, שכן אין לו תפקיד "סטטוטורי", אלא הוא מומחה הנותן לחברת הביטוח חוות דעת מקצועית תמורת תשלום, בדומה למומחה רפואי או אחר, ולכן לא מתעוררת כלל שאלה של ניגוד עניינים.

11. המפקחת על הביטוח, מקדימה הערות אחדות בנוגע למצב העובדתי בתחום שמאות הרכב. ראשית, לפי דיווחים של חברות הביטוח (לפני יותר משלוש שנים) יש חברות ביטוח בהן כל השומות או כמעט כל השומות נעשות על ידי שמאי חוץ, יש חברות בהן כמחצית השומות נעשות על ידי שמאי חוץ, וכל החברות מעסיקות גם שמאי חוץ. שנית, מוסיפה המפקחת ואומרת, אין בנמצא נתונים המלמדים כי השומות של שמאי בית נמוכות יותר מן השומות של שמאי חוץ.

במאמר מוסגר יש לומר כי הערות אלה, אף שהן מבהירות את המצב העובדתי, אין בהן כדי לקדם את פתרון הבעיה המשפטית. זאת ועוד. מבחינת המצב העובדתי אפשר אכן לשער, על יסוד הערות אלה ועל יסוד המספר של שמאי בית ביחס למספר של שמאי חוץ, כי בערך מחצית משומות הרכב נעשות על ידי שמאי בית וכי בדרך כלל השומות של שמאי הבית עומדות במבחן מקצועי. אך, בין כך ובין אחרת, השאלה הקובעת היא, גם מבחינת המצב העובדתי, מה כיוון ההתפתחות ומה עשוי להיות המצב בעתיד, לאחר שעתירה זאת תרד מסדר היום.

המפקחת סבורה, כפי שנאמר בהודעה שהוגשה לבית המשפט ביום 25.12.97, שלכאורה קיים חשש שהעסקת שמאי בית תוסיף ותפחית את המספר של שמאי חוץ, ואם כך יקרה, עלול הדבר לפגוע באינטרס של המבוטחים, שבעתיד אולי לא יהיה בידם להסתמך על שומה נגדית לשומה של שמאי בית. כמו כן, המפקחת מסכימה "שקיים חשש, לפחות למראית עין, ששמאי בית ייתן חוות דעת מוטות לטובת המבטח, שהינו מעבידו". עם זאת, מבחינת המבוטחים יש שתי פנים למצב הקיים. כנגד החשש שחוות דעת של שמאי בית תהיינה נוטות לטובת חברות הביטוח, עומד השיקול שהוזלת השירות, כתוצאה מהעסקת שמאי בית, פועלת לטובת המבוטחים.

לדעת המפקחת יש מקום לאזן בין האינטרסים המעורבים בבעיה זאת. לכן החליטה המפקחת, כדבריה, "לנקוט בצעדים להגבלת היזקקותן של חברות הביטוח לשומות של שמאי בית בלבד". לצורך זה התכוונה המפקחת להוציא "בתקופה הקרובה" חוזר לחברות הביטוח. בין היתר, היא שקלה, במסגרת חוזר זה, להגדיר כשמאי בית, לא רק שמאי שהוא עובד של חברת הביטוח, אלא גם שמאי שלמעלה מ-15% מכלל עסקיו מתנהלים עם חברת הביטוח; לחייב את חברת הביטוח להכין רשימה שתכיל מספר סביר של שמאי חוץ, ממנה יוכל המבוטח לבחור שמאי בעת הצורך, על חשבון חברת הביטוח; למנוע מתן הנחות למבוטח עקב בחירה בשמאי מסויים; ועוד. עם זאת, הוסיפה המפקחת ואמרה, לפני שתחליט בדבר פרטי החוזר, היא מבקשת לשמוע את ההתייחסות של חברות הביטוח לפרטים אלה.

הדין

12. ההתדיינות בעתירה זאת נמשכת כבר שנים אחדות. בית המשפט היה סבור מלכתחילה כי עדיף שהבעיה המתעוררת בעתירה תיפתר, לא על ידי פסק דין שיקבע הסדר חדש, אלא על ידי המפקחת על הביטוח שתקבע הסדר תוך הידברות, ובסופו של דבר בהסכמה של הצדדים המעורבים בבעיה. לכן בית המשפט המריץ את הצדדים לפעול במשותף לגיבוש הסדר מוסכם. כאמור, המפקחת על הביטוח הציעה, ביוזמתה, הסדר מסויים. ראו לעיל פסקה 11. אך לכל הצדדים היו הסתייגויות מפרטים שונים בהסדר. המפקחת ביררה את הסתייגויות הצדדים, ולאחר מכן הציעה הסדר מתוקן, שונה בפרטים מהותיים מן ההסדר שהציעה תחילה. ביום 1.6.98 הציגה המפקחת בפני בית המשפט טיוטת חוזר שהיה אמור להישלח אל חברות הביטוח. בטיוטה זאת נאמר, בין היתר, כי חברת ביטוח תחוייב להכין ולהציג בפני המבוטח רשימת שמאים, שלפחות מחציתם יהיו שמאי חוץ; המבוטח יוכל לבחור כל שמאי מרשימה זאת; וחברת

הביטוח תישא במלוא עלות השומה של כל שמאי שהמבוטח יבחר מן הרשימה. אולם, גם הפעם, הצעת המפקחת לא היתה מקובלת על הצדדים.

בית המשפט קיים דיון נוסף והחליט כי המפקחת תבחן את תגובת העותרים ותמשיך לקיים מגעים עם הצדדים. המפקחת קיימה מגעים ובירורים כפי שנתבקשה, ובעקבות הבירורים הגישה לבית המשפט, ביום 31.12.98, הודעה נוספת שהציגה הצעה מתוקנת להסדר. בהודעה נאמר כי ההצעה גובשה על ידי המפקחת בחוזר שמטרתו "להגן על אינטרס המבוטחים ולהבטיח כי סילוק התביעות על-ידי המבטח יעשה בצורה הוגנת וגלויה". לדבריה, נראה כי המנגנון הקיים כיום בצו הפיקוח על מצרכים ושירותים (שמאי ביטוח), התש"ם1980-, כשהוא לעצמו, אינו מספיק. לכן היתה המפקחת סבורה "שיש לשכלל את כללי הגילוי הנאות בנושא שמאות הרכב ואת מנגנוני הביקורת והערעור על השומות שנערכות לצורך בירור התביעה". היא הצביעה על הסדרים קיימים לצורך זה במדינות אחרות, והציעה לאמצם "תוך הרחבתם והתאמתם לענף ביטוחי הרכב בארץ". ביתר פירוט, היא הציעה, תוך קבלת חלק מהערות העותרים, להרחיב את ההגדרה של שמאי בית; לשפר את ההסדר בדבר מסירת מידע למבוטח בנוגע לדרכי השומה הפתוחות בפניו; לקבוע רשימה של שמאי חוץ, במספר סביר, לצורך ערעור על השומה של חברת הביטוח, ולוח זמנים מחייב לעריכת השומה; ועוד. באופן כללי, המפקחת ביקשה לקבוע שכל מבוטח יוכל לבחור באחד משני מסלולים לשומת הרכב. במסלול הראשון, המבוטח יוכל לבחור, לצורך ערעור על השומה של חברת הביטוח, שמאי חוץ מתוך רשימה שתוכן על ידי חברת הביטוח; עלות השומה תתחלק בשווה בין חברת הביטוח לבין המבוטח; השומה של שמאי החוץ, שייבחר על-ידי המבוטח, תחייב את שני הצדדים. במסלול השני, המבוטח יהיה רשאי לבחור לעצמו כל שמאי שירצה, מחוץ לרשימה של חברת הביטוח, בתנאי שישלם את מלוא עלות השומה; אם שומה זאת לא תהיה מקובלת על חברת הביטוח, יוכל המבוטח להפנות את המחלוקת להכרעה על-ידי ועדת הערר במשרד התחבורה; אם ועדה זאת תחליט לקבל את השומה של השמאי שנבחר על-ידי המבוטח, חברת הביטוח תחזיר למבוטח את מלוא עלות השומה. הסדר זה, לדעת המפקחת, יפתור את הבעיה כראוי.

אך גם הסדר זה לא היה מקובל על הצדדים. העותרים הביעו בפני בית המשפט את אכזבתם מכך שהמפקחת חזרה בה מן ההסדר שהציעה קודם לכן, ובמיוחד על כך שהיא חזרה בה מן ההצעה שהמבוטח יוכל לבחור מלכתחילה בשמאי חוץ על חשבון חברת הביטוח, והציעה הסדר שונה לגמרי.

אך בית המשפט לא אמר נואש. לבקשת בית המשפט קיימה המפקחת מגעים נוספים עם הצדדים, לאור הערות שבית המשפט השמיע במהלך הדיון, ואף ערכה בירור נוסף לגבי המצב במדינות אחרות, וביום 4.6.00 הגישה לבית המשפט הודעה משלימה. בהודעה זאת דוחה המפקחת הצעות מסויימות שהועלו בפניה על ידי הצדדים משום שיש בהן, לדעתה, פגיעה בחופש העיסוק באופן המחייב חקיקה ראשית. לפיכך היא חוזרת ומציעה לקבוע הסדר

מפורט, תחילה בחוזר לחברות הביטוח, ולאחר מכן, אם יידרש, גם בתקנות. היא מציגה את ההסדר המוצע כלשונו וככתבו. הסדר זה חוזר, בשינויים קלים, על ההסדר שהמפקחת הציעה קודם לכן.

בדיון שנערך בבית המשפט, ביום 7.9.00, נתברר כי עדיין הצדדים חלוקים ביניהם. אמנם רוב חברות הביטוח הודיעו שהן מוכנות להשלים עם עיקרי ההסדר שהמפקחת הציעה לאחרונה, אך היו להן הסתייגויות מפרטים שונים בהסדר זה. ואילו העותרים הודיעו כי הם מוכנים לוותר על מקצת הטענות והבקשות שהעלו קודם לכן ולהשלים, על דרך הפשרה, עם ההסדר שהמפקחת הציעה תחילה. ראו לעיל פסקה 11. לפי הסדר זה חברת הביטוח לא תתערב בבחירת השמאי על ידי המבוטח, אף לא בדרך של טובות הנאה למבוטח, ואם המבוטח יבחר שמאי חוץ, חברת הביטוח תשלם את מלוא העלות של שמאי זה.

כיוון שהמחלוקת בין הצדדים נותרה בעינה, נותר גם המצב כפי שהיה, ללא הסדר מקיף מטעם המפקחת. וכך, לאחר התדיינות ממושכת, חוזרת הבעיה אל שולחנו של בית המשפט.

המפתח לפתרון הבעיה נעוץ בסמכות של המפקחת על הביטוח. אם אין לה סמכות להתערב בהסדר הקיים בתחום שמאות הרכב, כפי שנטען נגדה, די בכך כדי לחרוץ את גורל העתירה. האמנם אין לה סמכות כזאת?

סמכות המפקחת

13. חוק הפיקוח מקנה למפקחת סמכויות רחבות בסעיפים אחדים. האם סעיפים אלה מקנים למפקחת גם סמכות להתערב ביחסים החוזיים שבין חברת ביטוח לבין מבוטח, בכלל זה בתחום השמאות של רכב שנגרם לו נזק בתאונה, וכן גם סמכות להסדיר יחסים אלה באופן כללי?

העותרים משיבים בחיוב. הם מצביעים על סעיפים אחדים בחוק הפיקוח. חוק זה אוסר על כל אדם לעסוק בביטוח, אלא אם יש בידו רשיון מאת המפקחת, ובהתאם לתנאי הרשיון. לפי סעיף 17 לחוק, המפקחת חייבת להביא בחשבון, שעה שהיא דנה בבקשה לקבלת רשיון, שיקולים מסויימים ובהם גם "טעמים שבטובת הציבור". היא רשאית, לפי סעיף 18, לקבוע ברשיון תנאים והגבלות, ולשנות אותם, כשהיא מתחשבת, בין היתר, בטעמים אלה. היא אף רשאית, לפי סעיף 22, לבטל רשיון, בין היתר, כאשר "טעמים שבטובת ציבור המבוטחים מצדיקים ביטולו של הרשיון".

חברות הביטוח טוענות מנגד כי סעיפים אלה אינם מקנים למפקחת סמכות לקבוע, כבקשת העותרים, הסדר כללי שיחייב את חברות הביטוח כלפי המבוטחים בתחום שמאות הרכב.

אין צורך להכריע במחלוקת זאת שבין העותרים לבין חברות הביטוח, שכן התשובה לשאלה, אם המפקחת מוסמכת לקבוע הסדר כללי בתחום היחסים שבין חברות הביטוח לבין המבוטחים, נעוצה בסעיפים אחרים של החוק, הלא הם סעיפים 60 עד 62.

14. סעיף 60(א) לחוק הפיקוח קובע לאמור:

"המפקח יברר תלונות הציבור שראה בהן ממש בדבר פעולה של מבטח או של סוכן ביטוח בענייני ביטוח".

סעיף 61 קובע את דרכי הברור של תלונה שהוגשה למפקחת, וסעיף 62 קובע את תוצאות הברור. וכך קובע

סעיף 62(א):

"מצא המפקח שהתלונה היתה מוצדקת, יודיע על כך למתלונן ולמי שהתלונה עליו; המפקח רשאי לפרש בתשובתו את תמצית ממצאיו ורשאי הוא להורות למי שהתלונה עליו לתקן ליקוי שהעלה הברור, בין למקרה שעליו התלונה ובין בדרך כלל, בדרך ובמועד שהורה".

חברות הביטוח מבקשות לתת לסעיפים אלה פירוש צר. הן טוענות כי סעיפים אלה מקנים למפקחת סמכות לברר תלונה "מסויימת" ולהורות על תיקון ליקוי שנתגלה בעקבות התלונה, אך אינם מקנים לה סמכות "להנהיג נורמות משפטיות חדשות ביחסים שבין מבטח לבין מבוטח". לשון אחרת, לטענתן סמכות המפקחת לפי סעיפים אלה מוגבלת למקרה מסויים, נשוא התלונה, ולא מעבר לכך.

15. פירוש צר כזה אינו מתיישב עם לשון החוק ואף לא עם תכלית החוק. לא זו בלבד שהלשון של סעיף 60(א) אינה מגבילה את המפקחת לברור התלונה אך ורק במסגרת המקרה המסויים, נשוא התלונה, אלא שסעיף 62 אף קובע במפורש כי המפקחת רשאית להורות על תיקון הליקוי שנתגלה "בין למקרה שעליו התלונה ובין בדרך כלל".

זאת ועוד. הלשון של סעיף 60(א) אף אינה מגבילה את המפקחת לברור תלונה שהוגשה על ידי מבטח, להבדיל מאדם או גוף אחר. שהרי הסעיף מסמיך את המפקחת לברר "תלונות הציבור". מכאן שהמפקחת מוסמכת לברר גם תלונה שהוגשה על ידי ארגון בשם הציבור, אם הציבור כולו ואם חלק מן הציבור. במקרה הנדון, אם כן, די בתלונה שהוגשה למפקחת על ידי העותרת כדי להקנות למפקחת סמכות לברר את התלונה.

במאמר מוסגר אוסיף שאם המפקחת רשאית להורות על תיקון ליקוי בעקבות תלונה, ההגיון מחייב לומר כי היא רשאית להורות על תיקון ליקוי גם ביוזמתה, כאשר הליקוי נתגלה לה בדרך אחרת. זוהי, כך נראה, סמכות משתמעת או סמכות נלווית של המפקחת. השוו בג"ץ 44/85 יובל גד בע"מ נ' מפקח עבודה ראשי, משרד העבודה והרווחה, פ"ד לט(3) 52, 48; בג"ץ 3008/92 הולצמן נ' מפקח עבודה ראשי במשרד העבודה והרווחה, פ"ד מז(1) 642. אך ראו גם בג"ץ 7824/98 ציון חברה לביטוח בע"מ נ' המפקחת על הביטוח, פ"ד נד(3) 577. אולם במקרה הנדון אין צורך להכריע בשאלה זאת.

פירוש רחב של סמכות המפקחת מתבקש גם מתכלית החוק. התכלית של חוק הפיקוח היא, בראש ובראשונה, להגן על המבוטחים. ראו להלן פסקה 25. לאור תכלית זאת, לא יהיה זה ראוי לתת לסמכות המפקחת פירוש צר, דהיינו, להגביל את סמכות המפקחת לבירור תלונה שהוגשה על ידי מבוטח, להבדיל מתלונה שהוגשה על ידי אדם או גוף אחר, או למנוע בעד המפקחת להורות על תיקון ליקוי באופן כללי, ולחייב אותה לטפל באותו ליקוי באופן פרטני, פעם אחר פעם, כל פעם על יסוד תלונה חדשה, במאות אלפי תלונות של מבוטחים. פירוש צר כזה ימנע הגנה נאותה מציבור המבוטחים בניגוד לתכלית החוק. לכן, גם מטעם זה הפירוש הצר אינו פירוש ראוי. ראו דברי הכנסת, כרך 91, התשמ"א, עמ' 2269. השוו בג"ץ 44/85 יובל גד בע"מ ואח' נ' מפקח עבודה ראשי, משרד העבודה והרווחה, פ"ד לט(3) 53-52, 48.

מכאן, שאם המפקחת מגיעה למסקנה, אגב בירור תלונה, כי עצם ההסדר הקיים בתחום שמאות הרכב הינו בגדר ליקוי, אם משום שאינו חוקי ואם משום שאינו ראוי מטעם אחר, יש בידה סמכות להורות לכל חברות הביטוח לתקן את הליקוי, כלשונו של סעיף 62(א) לחוק הפיקוח, "בדרך כלל, בדרך ובמועד שהורה".

ראוי לציין, אגב אורחא, כי חברת ביטוח שרואה עצמה מקופחת בהוראה של המפקחת לפי סעיף 62(א) לחוק הפיקוח, רשאית, לפי סעיף 102(א) לחוק זה, לערער לבית המשפט המחוזי על ההוראה.

אי לכך, יש לדחות את הטענה של חברות הביטוח כי למפקחת אין סמכות להתערב ביחסים החוזיים שבין חברות הביטוח לבין המבוטחים באמצעות הסדר כללי.

16. לענין הסמכות להתערב ביחסים החוזיים שבין חברות הביטוח לבין המבוטחים, ראוי להזכיר, לשם שלמות התמונה, גם את הסמכות שחוק הפיקוח מקנה לשר האוצר בסעיף 38. לפי סעיף זה, שר האוצר "רשאי לקבוע בתקנות, לכל ענפי הביטוח או לענפי ביטוח מסויימים, הוראות בדבר תנאים שבחובה ביטוח וניסוחם", ותנאים כאלה גוברים על כל הסדר סותר בפוליסת ביטוח. נראה, איפוא, כי גם שר האוצר מוסמך להתערב, באמצעות תקנות, ביחסים חוזיים שבין

חברת ביטוח לבין מבוטחים, ובכלל זה נראה כי הוא רשאי לשנות את ההסדר הקיים בתחום שמאות הרכב. אולם עד כה שר האוצר לא ראה לנכון להתערב בתחום זה, ולפיכך אין צורך להכריע בשאלת סמכותו לעשות כן.

הסדר על-ידי המפקחת

17. כיוון שחוק הפיקוח מקנה למפקחת על הביטוח סמכות להתערב בתחום שמאות הרכב, וכיוון שהמפקחת נמנעה עד כה מלקבוע הסדר בתחום זה, האם ראוי שבית המשפט יצווה עליה להפעיל את סמכותה כבקשת העותרים?

במקרה בו הימנעות של רשות מינהלית מהפעלת סמכותה מגיעה כדי מחדל שלא כדין, כפי שהעותרים טוענים כלפי המפקחת במקרה הנדון, בית המשפט יכול לצוות על הרשות להפעיל את סמכותה באחת משלוש דרכים עיקריות: הראשונה - דרך של התערבות צרה בסמכות הרשות; השנייה - דרך של התערבות רחבה; השלישית - דרך ביניים. בדרך הראשונה בית המשפט מצווה על הרשות להפעיל את סמכותה כפי שייראה לה נכון בנסיבות המקרה, בלי שבית המשפט מתייב לרשות כיצד תפעיל את הסמכות ומה תחליט לגוף העניין. בדרך זאת ההתערבות של בית המשפט צרה, כיוון שהוא רק מצווה על הרשות לנוע, אך הוא אינו מתווה לה את המסלול, אלא משאיר את בחירת המסלול לשיקול הדעת של הרשות. בדרך השנייה בית המשפט מרחיק לכת ומצווה על הרשות, לא רק להפעיל את הסמכות, אלא גם כיצד להפעיל אותה ומה להחליט לגוף העניין. בדרך זאת ההתערבות של בית המשפט רחבה, כיוון שהוא גם מתייב לרשות, באופן מלא או חלקי, את המסלול בו תפעיל את הסמכות. בדרך השלישית, היא דרך הביניים, בית המשפט מצווה על הרשות להפעיל את סמכותה, ואף כי הוא נמנע מלהכתיב לרשות כיצד תפעיל את הסמכות ומה תחליט לגוף העניין, הוא מנחה את הרשות בהפעלת סמכותה. אפשר לומר כי בדרך זאת בית המשפט אינו מתייב לרשות את המסלול, אך הוא מצביע בפניה על הכיוון. לצורך זה, בית המשפט יכול להבהיר לרשות מהי תכלית החוק שצריכה להדריך את הרשות בהפעלת הסמכות, לציין כי הרשות חייבת להתחשב בשיקול ענייני מסויים או להתעלם משיקול זר מסויים, וכיוצא בכך.

במקרה הנדון, העותרים מבקשים שבית המשפט ילך בדרך השנייה, היא הדרך של התערבות רחבה. הכיצד? הם אינם מסתפקים בצו שיורה למפקחת להפעיל את סמכותה ולקבוע הסדר לפי שיקול דעתה, אלא הם מבקשים שבית המשפט יתייב למפקחת את ההחלטה שתקבל, כלומר, שבית המשפט יצווה על המפקחת שתאסור על חברות הביטוח להעסיק שמאי בית. האם ראוי שבית המשפט ילך בדרך זאת?

18. הבחירה בין הדרכים להתערבות בית המשפט בסמכות המינהלית תלויה בנסיבות המקרה: מהות הסמכות, היקף שיקול הדעת של הרשות, חומרת הפגם שנפל בהחלטה המינהלית, ועוד. במקרה הנדון הדרך של התערבות רחבה אינה ראויה. מדוע? חוק הפיקוח הקנה למפקחת את הסמכות להורות על תיקון ליקוי בתחום הביטוח, ועל פי

החוק עליה להפעיל את הסמכות לפי שיקול הדעת שלה. בנסיבות המקרה קיימות דרכים שונות לתיקון הליקוי, ולא דווקא הדרך של איסור על העסקת שמאי בית. הבחירה בין דרכים אלה היא עניין לשיקול דעת. ראוי שהבחירה תיעשה, בהתאם לחוק, על פי שיקול הדעת של המפקחת, על יסוד המומחיות, הנסיון והמדיניות שלה. אין זה ראוי שבית המשפט ישים את שיקול הדעת שלו במקום שיקול הדעת של המפקחת.

19. כך הדבר במיוחד לאור אופי הבעיה העומדת להכרעה במקרה הנדון.

אפשר לחלק את הבעיות, הבאות להכרעה במסגרת הביקורת השיפוטית על המינהל הציבורי, לשני סוגים עיקריים. בסוג הראשון נכללות בעיות אותן ניתן למקד להתמודדות בין שני גורמים מרכזיים: שתי נורמות או שני אינטרסים או שתי דרכים: בבעיה מסוג זה בית המשפט מתבקש להעדיף נורמה אחת על פני השניה, או לפסוק אם זכות מסויימת קיימת או אינה קיימת, או להחליט אם הפרשנות של נורמה היא זאת או אחרת, וכיוצא בכך. לדוגמא: האם פלוני חייב לשלם מס? האם יש לו זכות לקבל רשיון? האם מותר לו להתבטא בדרך מסויימת? האם החלטה מסויימת פסולה בשל חריגה מן הסמכות או בשל פגם משפטי אחר? בדרך כלל, בעיה מסוג זה צריכה תשובה של כן או לא, מותר או אסור, זה או זה, כך או כך. לכן אפשר לכנותה בעיה דו-קודקודית, משל יש לה שני ראשים שצריך לבחור ביניהם. זוהי בעיה טיפוסית לביקורת שיפוטית. ניתן להכריע בה באמצעות כלל משפטי, כגון, נוסחת איזון הקובעת את היחס בין שתי הנורמות או שני האינטרסים המתמודדים. ההכרעה בבעיה כזאת היא, על פי רוב, תפקיד הולם לבית משפט.

בסוג השני נכללות בעיות המורכבות ממספר ניכר של גורמים: נורמות, אינטרסים ודרכים. כל אחד מאלה ראוי להתחשבות בדרך לפתרון המתגבש, וצריך לקבל ביטוי בפתרון שיינתן. בעיה כזאת היא רב-קודקודית. כזאת היא, לדוגמה, הכנה של תכנית מתאר לעיר. תכנית כזאת צריכה לתת ביטוי מאוזן לאינטרסים רבים: פני השטח, אופי המקום, צרכי תעסוקה, קווי תחבורה, מוסדות ציבור, שימור מבנים, ועוד. בדומה לכך גם קביעת תוואי לסלילת דרך או קו שירות לאוטובוס, נקיבת מחיר מירבי למצרך או שירות, או כתיבת תקנות לביצוע חוק. בעיה מסוג זה לא ניתן לפתור בתשובה של כן או לא, מותר או אסור, זה או זה. לכן גם קשה מאוד, ואולי אף אי-אפשר, לפתור אותה באמצעות כלל משפטי או נוסחת איזון. כדי לפתור אותה צריך להכין תכנית שתהיה מורכבת מן האינטרסים המעורבים בבעיה, כל אחד לפי מהותו ומשקלו, מעשה פסיפס. זהו תפקיד מובהק לרשות מינהלית, שיש לה התמחות וכלים הנדרשים לפתרון הבעיה, והיא יכולה לפעול באופן גמיש, תוך התייעצות ותיאום בין הגורמים המעורבים בעניין. זה אינו תפקיד הולם לבית משפט.

אין פירושו של דבר שבית המשפט ימשוך ידו מכל טיפול בבעיה רב-קודקודית. הוא מוסמך לטפל בבעיות כאלה, כגון בתכנית מתאר או בתוואי לדרך, ובפועל הוא מטפל בהן מעשה שגרה. אך הוא מגביל עצמו בדרך הטיפול. מצד אחד, הוא אינו מוכן לשים עצמו במקום הרשות המינהלית ולמלא את התפקיד שהוטל עליה, כגון, להכין תכנית מתאר או לקבוע תוואי לדרך, או להורות לה מה תהיה התכנית או מה יהיה התוואי. מצד שני, הוא מוכן, במקרה של

מחדל שלא כדין, לצוות על הרשות המינהלית להפעיל את סמכותה, כגון להכין תכנית מתאר לפי שיקול דעתה. כמו כן, לאחר שהרשות המינהלית הפעילה את סמכותה, הוא מוכן לבקר את חוקיות הפעולה, כגון, את חוקיות התכנית כולה או חלקה.

אכן, ראוי לציין לשם הדיוק, החלוקה של הבעיות לשני סוגים אלה אינה חדה. בכל סוג יש גוונים שונים. בין הסוגים אין גבול ברור. עם זאת, באופן כללי, יש מקום להבחין, להלכה ולמעשה, בין שני סוגים אלה.

20. במקרה הנדון הבעיה היא, על פי מהותה, בעיה רב-קודקודית. הבעיה מערבת נורמות שונות ומורכבת מאינטרסים שונים, שצריך להתחשב בהם ולשקלל אותם זה כנגד זה, ויש דרכים שונות לפתור אותה. הדרך לפתרון עשויה לחייב בירורים, משא-ומתן ופשרות. המפקחת, כמו כל רשות מינהלית, יכולה ורגילה ללכת בדרך כזאת. אך דרך כזאת אינה מקובלת ואינה ראויה לבית משפט. מכל מקום, פתרון הבעיה דורש תוכנית מורכבת. בית המשפט אינו אמור ואינו מסוגל לערוך תכנית כזאת. זהו תפקידה, וזאת גם סמכותה, של המפקחת על הביטוח.

המסקנה היא, אם כן, כי אין זה ראוי שבית המשפט ילך במקרה הנדון בדרך של התערבות רחבה, כבקשת העותרים, ויקבע את תוכן ההסדר בתחום שמאות הרכב, כלומר, יצווה על המפקחת לאסור על חברות הביטוח להעסיק שמאי בית. אולם, אם כך, האם יהיה זה ראוי שבית המשפט ילך במקרה הנדון בדרך של התערבות צרה, ויצווה על המפקחת לקבוע הסדר בתחום זה לפי שיקול דעתה?

21. המפקחת כבר הביעה דעתה, במהלך ההתדיינות, כי במצב הקיים בתחום שמאות הרכב טמונה בעיה, וכי ראוי שהיא תקבע הסדר לצורך פתרון הבעיה. היא אף הציעה תכניות אחדות לצורך זה. אולם, כיוון שהתכניות לא היו מקובלות על הצדדים, נותר המצב ללא הסדר על ידי המפקחת. ראו לעיל פסקאות 11-12.

אכן, המצב הקיים אינו ראוי. בית המשפט סבור, כמו המפקחת, כי במצב הקיים בנוגע להעסקת שמאי בית טמון ליקוי, מבחינת ההגנה על המבוטחים, וכי הליקוי דורש תיקון בידי המפקחת. עדיף שהמפקחת תקבע הסדר, לתיקון הליקוי, מתוך הסכמה של הגורמים המעורבים. אולם, אם אי-אפשר לקבוע הסדר מתוך הסכמה כזאת, שומה על המפקחת לקבוע את ההסדר הראוי, בתוקף סמכותה, לפי שיקול דעתה.

לפיכך החלטנו לצוות על המפקחת שתפעיל את הסמכות המוקנית לה בחוק הפיקוח כדי לקבוע הסדר ראוי בתחום שמאות הרכב. על המפקחת להפעיל את הסמכות במהירות הראויה. אי לכך אנו קוצבים למפקחת, לצורך קביעת ההסדר, תקופה של ששה חודשים מהיום.

22. לכאורה, אין צורך ממשי בצו כזה, שהרי המפקחת הודיעה לבית המשפט על כוונתה לקבוע הסדר בתחום שמאות הרכב באמצעות חוזר שיופץ לחברות הביטוח. היא אף הציגה בפני בית המשפט את פרטי ההסדר המוצע. יתירה מזאת, בהודעה שהוגשה לבית המשפט מטעם המפקחת, ביום 31.12.98, נאמר כך:

"לאחר סיום ההליכים בעתירה דנן, ובאם תידחה העתירה, בכוונת משרד האוצר לפעול לעיגון הוראות החוזר האמור במסגרת תקנות הפיקוח על עסקי הביטוח (תנאי חוזה לביטוח רכב פרטי), התשמ"ו1986-, וזאת בהתאם לסמכות הנתונה לשר האוצר לפי סעיף 38 לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, התשמ"א1981-".

על סמכותו של שר האוצר לפי סעיף 38 לחוק הפיקוח, ראו לעיל פסקה 16.

מה הצורך, אם כן, בצו של בית המשפט?

23. 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 ידה, כפי שיובהר להלן.

כבר נאמר כי במקרה בו הימנעות של רשות מינהלית מהפעלת סמכותה מגיעה כדי מחדל שלא כדין, בית המשפט יכול ללכת באחת משלוש דרכים: הראשונה - דרך של התערבות צרה; השנייה - דרך של התערבות רחבה; השלישית - דרך ביניים. ראו לעיל פסקה 17. במקרה הנדון, בית המשפט, שנתבקש ללכת בדרך השנייה, היא הדרך של התערבות רחבה, החליט כי דרך זאת אינה מתאימה לנסיבות המקרה. ראו לעיל פסקאות 18-20. בית המשפט סבור כי גם הדרך הראשונה, היא הדרך של התערבות צרה, אינה מתאימה לנסיבות המקרה. בדרך זאת בית המשפט מסתפק בצו המחייב את הרשות להפעיל את סמכותה כפי שתראה לנכון. בנסיבות המקרה צו כזה עשוי להוביל את המפקחת לבצע את ההסדר שכבר הוצע על ידה. אולם, 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, לאור דברים שנאמרו וייאמרו על ידי בית המשפט בפסק דין זה.

24. אולם מדוע התעורר ספק בדעתו של בית המשפט לגבי ההסדר שהוצע על ידי המפקחת? הספק התעורר, קודם כל, בעקבות השינויים המהותיים שנקבעו על ידי המפקחת, במהלך ההתדיינות, בהסדר שהוצע על ידה תחילה. אכן, יש מקום לשבח את המפקחת על עצם הנכונות לשנות את פרטי ההסדר. הרי לשם כך ביקש בית המשפט מן המפקחת להמשיך בבירורים ולהעלות הצעות חדשות. עם זאת, לגוף השינויים, לא תמיד ברור מה הטעם שגרם לשינוי

זה או אחר, ואם השינוי עולה בקנה אחד עם תכלית החוק, ולכן מתעורר ספק לגבי ההסדר המוצע באופן כללי. ספק זה כשלעצמו מצדיק בחינה מחדש של ההסדר.

זאת ועוד. מן ההודעות שהוגשו לבית המשפט מטעם המפקחת, מתברר כי היא הושפעה במידה רבה מן החומר שקיבלה לגבי המצב במדינות אחרות. אכן יש תועלת בחומר משווה. עם זאת, ברור שיש לנהוג זהירות בחומר זה. התנאים שונים ממדינה למדינה. לא כל מה שמקובל במדינה אחת יעלה יפה גם במדינה אחרת. כך גם בתחום שמאות הרכב. לכן צריך לבדוק את החומר על המצב במדינות אחרות תוך התחשבות בתנאים המיוחדים השוררים בישראל. דומה שגם מבחינה זאת ראוי שהמפקחת תשקול מחדש את ההסדר שהוצע על ידה.

נוסף לכך, וחשוב מכך, על המפקחת היה להנחות עצמה, בקביעת ההסדר, לפי התכלית של חוק הפיקוח. תכלית החוק קובעת גם את תכלית ההסדר. האם המפקחת הנחתה עצמה לפי תכלית זאת? התשובה אינה נקייה מספק. מתוך החומר שבפני בית המשפט אין זה ברור, ראשית, מהי תכלית החוק, ושנית, אם המפקחת הנחתה עצמה לפי תכלית זאת. אי לכך, יש טעם שבית המשפט יברר ויציג את תכלית החוק, כדי שהמפקחת תוכל לשקול מחדש את ההסדר לאור תכלית זאת.

תכלית ההסדר

25. התכלית העיקרית של חוק הפיקוח, כמו התכלית של חוק חוזה הביטוח, התשמ"א 1981-, היא הגנה על המבוטחים מפני חברות הביטוח. וכך אמרה השופטת נתניהו בע"א 391/89 א' וייסנר ואח' נ' אריה חברה לביטוח בע"מ ואח', פ"ד מז(1) 837, 855:

"חוק חוזה הביטוח ואותן הוראות של חוק הפיקוח על עסקי ביטוח, תשמ"א 1981-, העוסקות במישור המשפט הפרטי שביחסי מבטח-מבוטח, המבטאים את מדיניותו של המחוקק, הם חוקי צרכנות מובהקים שנקודת המוצא שלהם היא של אי-שוויון בין הצדדים ומגמתם הברורה היא לשמור על המבוטח מפני כוחו של המבטח ולאזן את חוסר השוויון ביניהם".

ראו גם א' ידן, חוק חוזה הביטוח, התשמ"א 1981- (תשמ"ד) (בסדרת פירוש לחוקי החוזים, בעריכת ג' טדסקי), עמ' 18; ד' מ' ששון, דיני ביטוח (תשמ"ט), עמ' 64-65; ע' הרמן, דיני ביטוח (1995, מהדורה שניה), עמ' 108.

26. האם לא חל פירות בתכלית של חוק הפיקוח נוכח הנסיגה, בשנים האחרונות, מן התפיסה של מדינת הרווחה אל עבר התפיסה של מדינת התחרות? אפשר לטעון כי התפיסה של פיקוח ממלכתי הדוק על חברות פרטיות המספקות

שירותים ומצרכים, שאפיינה את מדינת הרווחה, אינה עולה בקנה אחד עם התפיסה העכשווית של המשק המודרני. המשק המודרני מתקדם באמצעות הפרטה, יזמות ותחרות בדרך לשוק חופשי. בדרך לשוק חופשי, כך אפשר לטעון, ראוי גם לרופף את הפיקוח על הביטוח ולסמוך על כוחות השוק, ובמיוחד על התחרות, שיבטיחו הגנה מספקת למבוטחים. ראו לעיל פסקה 4.

טענה זאת, לדעתי, מוטעית בשל שני טעמים. ראשית, אין לה תימוכין בחוק. אכן, המחוקק רשאי לבטל או לצמצם את הפיקוח מטעם המדינה על הביטוח, אם משום שהוא מאמץ לעצמו תפיסה חדשה של היחסים הראויים בין חברות הביטוח לבין המבוטחים, ואם משום סיבה אחרת. אך הוא לא עשה זאת כלל ועיקר. גם תיקוני החקיקה שנעשו בחוק הפיקוח בשנים האחרונות אינם תומכים בטענה שהמחוקק התכוון לכרסם בסמכות הפיקוח או להחליש את ההגנה על המבוטחים. לכן יש להניח כי מבחינת החוק לא חל לאחורונה שינוי במהות הפיקוח, בתכלית הפיקוח ובסמכות הפיקוח כפי שנקבעה בחוק הפיקוח.

אמנם אין להתעלם, בהקשר זה, מחוק-יסוד: חופש העיסוק, שנחקק בשנת 1992. חוק-יסוד זה אמור להשפיע על הפרשנות של חוק הפיקוח בכיוון של הגנה על חופש העיסוק, יהיה זה חופש העיסוק של חברת ביטוח או חופש העיסוק של גוף או אדם אחר, כגון, שמאי רכב. ראו סעיף 10 לחוק-היסוד. אולם האם יש בכך כדי לתמוך בטענה שראוי לרופף את הפיקוח על הביטוח? חוק-היסוד מגן על חופש העיסוק. לכן שאלה מקדמית היא, אם הפיקוח על הביטוח פוגע בחופש העיסוק, שהרי לא כל פגיעה באינטרס עסקי היא גם פגיעה בחופש העיסוק. אולם במקרה הנדון אין צורך להכריע בשאלה זאת. אפשר להניח כי התשובה חיובית. אם כך, השאלה היא, אם פגיעה כזאת עונה על המבחן שנקבע בסעיף 4 (כלומר, בפיסקת ההגבלה) של חוק-יסוד: חופש העיסוק. התשובה היא, כי הפיקוח על הביטוח מתבסס על הסמכה מפורשת בחוק הפיקוח וכי הוא נועד לתכלית ראויה. לפיכך השאלה שנותרה היא, אם הפיקוח פוגע בחופש העיסוק במידה העולה על הנדרש. ברור כי המפקחת חייבת להימנע מפגיעה בלתי-מידתית. זהו גבול לסמכות המפקחת. אין הוא גבול חדש. גבול זה היה קיים, מכוח ההלכה, גם לפני חוק-היסוד. אולם העובדה שקיים גבול לסמכות הפיקוח, אינה אומרת כי יש לרופף את הפיקוח בתוך גבול הסמכות.

בסיכום, חוק-יסוד חופש העיסוק אינו תומך בטענה שיש לרופף את הפיקוח על הביטוח, כל זמן שלא הוכח כי הפיקוח פוגע בחופש העיסוק, ואם הוא פוגע, כל זמן שלא הוכח כי הוא פוגע בחופש זה במידה העולה על הנדרש. הוכחה כזאת לא הובאה.

שנית, הטענה שראוי לרופף את הפיקוח על הביטוח, כתוצאה טבעית ורצויה של הנטייה לעודד שוק חופשי, אינה נכונה מבחינה עניינית. להיפך. יש מקום לטענה שדווקא השינוי שהתרחש לאחורונה באופי המדינה, ברוח השוק החופשי, מגדיל את חשיבות הפיקוח. חופש אינו הפקרות. לכן, התפרקות המדינה מן התפקיד של ספק שירותים

ומצרכים צריכה להיות מלווה בפיקוח על אספקת שירותים ומצרכים על ידי המשק הפרטי. השוק החופשי נותן הזדמנות למשק הפרטי לצבור כוח כלכלי רב. גם כוח כלכלי עלול להשחית. אסור לשכוח את הלקח המר של המדינה המתירנית, שאפשרה לכוח כלכלי לגרום, תחת הסיסמה של חופש, הרבה עושק ועוול. דווקא בתנאים של שוק חופשי נדרשת המדינה להגן על חלשים. במסגרת היחסים בין חברות הביטוח לבין המבוטחים, החלשים הם המבוטחים. ההגנה על המבוטחים מחייבת פיקוח על חברות הביטוח, כיום לא פחות מאשר לפני חמישים שנה. שום שינוי לא התרחש לאחרונה ביחסים שבין חברות הביטוח לבין המבוטחים שיש בו כדי להצדיק פיקוח רופף יותר. ההגנה על המבוטחים היא עדיין התפקיד העיקרי של המפקחת על הביטוח, וזו גם התכלית העיקרית של הסדרים מטעם המפקחת.

וכאן גם בית המשפט נכנס לתמונה: תפקידו של בית המשפט הוא לפקח על המפקחת, שתמלא את התפקיד שהוטל עליה בחוק בהתאם לתכלית החוק.

27. ההגנה על המבוטחים באמצעות המפקחת על הביטוח באה לידי ביטוי בשני היבטים עיקריים: ראשית, פיקוח על תכניות ביטוח, ובכלל זה הביצוע של תכניות כאלה; שנית, פיקוח על היציבות של חברות הביטוח. היטיבה להסביר זאת מבקרת המדינה. וכך אמרה בדו"ח השנתי של מבקר המדינה, מספר 40 לשנת 1990, עמ' 27-28:

"אף כי הפיקוח על הביטוח נקבע גם משום שהענף מהווה מרכיב חשוב בשוק ההון, תפקידו העיקרי להגן על המבוטח, שהוא הצרכן של המבוטחים. להגנה זו שני היבטים: ההגנה העקיפה, דרך הפיקוח על היציבות הפיננסית של המבוטחים; ההגנה הישירה, באמצעות הפיקוח על תכניות הביטוח, ובכלל זה הפיקוח על דמי הביטוח... הפיקוח המופעל על פי חוק הפיקוח על הביטוח אינו פיקוח רגיל (במובן של 'קונטרול') האוסר או מגביל פעולות מסוימות, אלא הוא פיקוח מסדיר (רגולטיבי), שמטרתו גם למנוע מראש אירועים שליליים מסוימים".

28. כמה סכנות אורבות לתכלית הפיקוח, כלומר, להגנה על המבוטחים. סכנה אחת נובעת מעצם המבנה המוסדי של הפיקוח. הפיקוח על הביטוח הופקד בידי משרד האוצר. המפקחת על הביטוח היא גם הממונה על שוק ההון והחיסכון. הפיקוח על הביטוח הוא חלק מאגף שוק ההון, ביטוח וחיסכון. מבנה זה נובע, כנראה, מן הצורך לפקח על ההון של חברות הביטוח, בין היתר כדי להבטיח את היציבות הפיננסית של חברות הביטוח. אולם, יש לזכור, הפיקוח על היציבות הפיננסית של חברות הביטוח אינו אלא אמצעי להשגת התכלית העיקרית של חוק הפיקוח, כלומר, ההגנה על המבוטחים. ראו ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' י' לוי, פ"ד מח(3) 45, 81. 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. חשוב להדגיש זאת משום שעצם המבנה של הפיקוח, כחלק מאגף שוק ההון, ביטוח וחיסכון, מעורר חשש כי במתח שבין ההגנה העקיפה על המבוטחים, באמצעות השמירה על היציבות הפיננסית של חברות

הביטוח, לבין ההגנה הישירה על המבוטחים, באמצעות הפיקוח על תכניות הביטוח, יופר האיזון הראוי ותיחלש ההגנה הנדרשת על המבוטחים, בגלל שיקולים של שוק ההון, עד כדי פגיעה בתכלית העיקרית של חוק הפיקוח.

בהקשר זה יש מקום לצטט מתוך הדו"ח השנתי של מבקר המדינה, מספר 40 לשנת 1990, בו נאמר (בעמ' 36) כך:

"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 להגנה על 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".

עוד אפשר לצטט בהקשר זה דברים שאמר ד' מ' ששון, בספר על דיני ביטוח (תשמ"ט), וכך אמר (בעמ' 65):

"זה מספר שנים שהמפקח על הביטוח הוא גם המונה על שוק ההון, וייתכן שערבוב תחומים זה תורם להזנחה מסויימת בשטח הביטוח. מן הראוי היה להפריד את התפקידים ולהעמיד לרשות הפיקוח על הביטוח את התקציב, ובעקבותיו גם את כוח האדם הנחוץ, כדי לשמור כראוי על האינטרסים של ציבור המבוטחים".

29. 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 והמבוטחים, מצד שני. אולם ציבור המבוטחים, ובכלל זה המבוטחים בביטוח רכב, אינו מאורגן. הוא אינו מקיים קשר, כציבור, עם המפקחת. הצרכים שלו וההשפעה שלו כציבור עשויים לבוא לידי ביטוי בדרך עקיפה, כגון, באמצעות תלונות אישיות של מבוטחים נגד חברות ביטוח. אך הדעת נותנת שאין זו דרך יעילה. לעומת זאת, 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 המפקחת על הביטוח. יש להן גם עניין משותף: השמירה על היציבות הפיננסית של החברות. במצב זה מתעורר חשש כי יופר האיזון הראוי שבין השמירה על היציבות הפיננסית של חברות הביטוח לבין הפיקוח על תכניות הביטוח, והתכלית של הגנה על המבוטחים תיפגע.

אכן, תופעה ידועה היא במדינות רבות שמוסדות פיקוח ממלכתיים בתחומים שונים מפתחים יחסי קרבה עם

הגופים המפוקחים עד כדי פגיעה בתכלית הפיקוח. ראו, לדוגמה, P.P. Craig, Administrative Law, 3rd ed. (1994), p. 237.

כמהחשה של תופעה זאת בתחום של ביטוח רכב אפשר להביא את פסק הדין של בית משפט זה ברע"א 3577/93 הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ נ' מוריאו, פ"ד מח(4) 70. במשפט זה נדונה שאלה אם מבוטח של רכב זכאי לקבל מחברת הביטוח, במקרה של תאונה, גם שיפוי בגין ירידת ערך הרכב. חברת הביטוח סירבה לשלם שיפוי זה. בית המשפט המחוזי פסק לטובת המבוטח על יסוד הפוליסה התקנית כפי שנקבעה בתקנות הפיקוח על עסקי ביטוח (תנאי חוזה לביטוח רכב פרטי), התשמ"ו 1986-. בעקבות פסק דין זה הזדרז שר האוצר לתקן את תנאי הפוליסה התקנית כפי שנקבעו בתקנות. התיקון (בסעיף 18(ב)) נועד לשלול מן המבוטח את הזכות לפיצוי בגין ירידת ערך הרכב. אף-על-פי כן פסק בית המשפט העליון, בערעור על ידי חברת הביטוח, לטובת המבוטח. הוא הוסיף ביקורת על הפוליסה התקנית, על תיקון הפוליסה התקנית, ובאופן כללי על המעמד של חברות הביטוח, בהשוואה למעמד של המבוטחים, כלפי רשויות הממשלה וכלפי מערכת המשפט. הנשיא שמגר אמר, בין היתר, כי "ספק אם עניינם [של המבוטחים] הוצג לפני האוצר עובר לעריכת התיקון בסעיף 18(ב) לפוליסה התקנית" (עמ' 87), וכי "חברות הביטוח נהנות מזכויות יתר מסויימות במשפטנו... עניין זה מעורר כמובן שאלות של קיום השוויון בחוק ולפני החוק" (שם). הוא הוסיף ואמר (בעמ' 77) כך:

"הפוליסה התקנית אמנם אינה מנוסחת במישרין על-ידי חברת הביטוח, אולם, 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".

ועוד אמר הנשיא שמגר (בעמ' 75) כך:

"משמעות הדברים היא כי מתקין התקנות, קרי הממשלה, קיבלה בתחום נוסף עמדה אשר מיטיבה עם חברות הביטוח ומרעה עם האזרח המבוטח".

פרופ' סיני דויטש מסתמך על פסק דין זה בספרו על דיני הגנת הצרכן, כרך א (תשס"א 2001-) (שעתיד לראות

אור בקרוב), וכך הוא אומר (בעמ' 583-584):

"תחום הביטוח יכול לשמש דוגמה לכך שגם פיקוח הדוק על ענפי מסחר עלול להיות מופנה נגד האינטרסים הלגיטימיים של הצרכן. מסיבה זו יש יתרון לתחרות חופשית על פני פיקוח, כיוון שהיא יכולה להביא לייעול השוק, להורדת מחירים ולשיפור השירות. הקירבה המתמדת של המפקחים על הביטוח לענף עלולה להוביל ליתר הזדהות עם חברות הביטוח מאשר עם המבוטחים עליהם הם אמורים להגן... מוסד הפיקוח עלול לעבור מפיקוח על הענף להגנה עליו, ובנסיבות אלו אין לקבל טענות לפיהן תקנות הפיקוח פוגעות במידה בלתי סבירה בחופש החוזים ובחופש העיסוק".

30. 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. לכן יש צורך גם בתחרות חופשית וגם בפיקוח יעיל. אכן, אסור שהפיקוח ימנע תחרות חופשית, אך צריך שהוא יתווה גבולות של הגינות, גם במצב של תחרות חופשית.

31. 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.

אין בדברים אלה כדי להביע דעה על ההסדר בתחום שמאות הרכב שהמפקחת על הביטוח הציעה מלכתחילה, או על התיקונים שהיא הציעה, במהלך ההתדיינות, בפרטי ההסדר. אולם שומה על המפקחת, מכוח פסק דין זה, לשקול מחדש את ההסדר שהוצע, תוך התחשבות בתכלית החוק, לאור דברי בית המשפט.

לצורך גיבוש ההסדר על ידי המפקחת על הביטוח ראוי לסלק מכשולים אחדים שהונחו על דרכה על ידי בעלי הדין. להלן אציג ואשיב, לצורך זה, על שלוש שאלות: ראשית, האם חברת ביטוח רשאית להעסיק שמאי בית; שנית, האם שמאי בית כפופים לכלל בדבר ניגוד עניינים; שלישית, מה דין הטענה שחברות ביטוח עברו על האיסור של הסדר כובל.

הזכות להעסיק שמאי בית

32. העותרים טוענים כי חברת ביטוח אינה זכאית להסתייע בשמאי בית לצורך שומת נזק של רכב שניזוק בתאונה. לפיכך הם מבקשים שהמפקחת על הביטוח תחייב את חברות הביטוח להסתמך לצורך זה על שומות של שמאי חוץ.

המפקחת על הביטוח לא קיבלה טענה זאת. הדין עם המפקחת. סעיף 23(א) לחוק חוזה הביטוח קובע

לאמור:

"משנמסרו למבטח הודעה על קרות מקרה הביטוח ותביעה בכתב לתשלום תגמולי הביטוח, על המבטח לעשות מיד את הדרוש לבירור חבותו".

בירור החבות יכול להיעשות על ידי חברת הביטוח באמצעות עובדים של החברה. מן הראוי שהוא יעשה על ידי מומחים לדבר. לכן אין הגיון, ואף אין דין, המונע בעד חברת ביטוח להעסיק שמאי רכב כעובדים של החברה כדי שישמשו אותה לבירור חבותה. כך מתחייב גם מן העיקרון של חופש החוזים.

טענה זאת של העותרים מצטמצמת, אם כן, לטענה שהעסקתם של שמאי בית על ידי חברת ביטוח, לצורך שומת נזק שנגרם לרכב, פסולה בשל ניגוד עניינים.

ניגוד עניינים

33. העותרים טוענים כי שמאי בית מצוי במצב של ניגוד עניינים. לפי הטענה, מצד אחד, שמאי בית, כמו כל שמאי רכב, חייב נאמנות כלפי המבוטח, ובהתאם לכך הוא חייב לקבוע את השומה באופן מקצועי ועצמאי; מצד שני, שמאי בית, בהיותו עובד של חברת הביטוח, חייב נאמנות גם לחברת הביטוח, ומכל מקום הוא תלוי בחברה, ולפיכך אין הוא עצמאי כלפיה; מכאן ששמאי בית מצוי במצב של ניגוד עניינים כאשר הוא קובע שומת נזק שנגרם לרכב של מבוטח ומחייב את חברת הביטוח לשלם תגמול למבוטח על-פי שומה זאת; ודי בכך כדי למנוע עריכת שומות על ידי שמאי בית. המסקנה היא, לטענת העותרים, כי שמאי בית יכול להיות מועסק על ידי חברת ביטוח רק לצורך בירור וביקורת שומה שנערכה על ידי שמאי חוץ.

חברות הביטוח דוחות את טענת העותרים. הן טוענות שהכלל האוסר ניגוד עניינים חל רק על תפקיד "סטטוטורי", כלומר, על מי שממלא תפקיד ציבורי על פי דין, ואינו חל על שמאי רכב המועסק כעובד על ידי חברת ביטוח. לשון אחר, הטענה היא שהכלל האוסר ניגוד עניינים חל בתחום המשפט הציבורי ואינו חל בתחום המשפט הפרטי. עם מי הדין?

34. באופן עקרוני, העובדה שכלל מסויים חל בתחום המשפט הציבורי, ואפילו אם הכלל נולד בתחום המשפט הציבורי, אינה שוללת את תחולת הכלל גם בתחום המשפט הפרטי. יש כללים שעל פי מהותם הם הולמים הן את המשפט הציבורי והן את המשפט הפרטי. כלל כזה עשוי להתפתח באופן מקביל בשני התחומים, אולי בשם שונה ובצורה שונה, אך אפשר גם שכלל כזה יתפתח בתחום המשפט הציבורי וממנו יעבור וייקלט בתחום המשפט הפרטי. מעבר כזה מתחום לתחום יכול להתבצע בדרכים שונות. כך, בין היתר, ניתן לקלוט בתחום המשפט הפרטי כלל מתחום המשפט הציבורי באמצעות אחד העקרונות, המושגים או המוסדות של המשפט הפרטי, כגון, העיקרון של תום לב או העיקרון של תקנת הציבור. ראו א' ברק, פרשנות במשפט, כרך שלישי - פרשנות חוקתית (1994), עמ' 647 ואילך. בהתאם לכך ניתן לטעון, כי אם חברת ביטוח מתנה תשלום תגמול למבוטח בשומה של שמאי המצוי במצב של ניגוד עניינים, היא מפרה את החובה החוזית שלה לנהוג בתום לב כלפי המבוטח.

אכן, הכלל האוסר ניגוד עניינים נקלט בתחום המשפט הפרטי, והוא חל בתחום זה בהקשרים שונים. הוא נקלט מכוח החוק. ראו, לדוגמה, סעיף 13 לחוק הנאמנות, התשל"ט-1979; סעיף 8 לחוק השליחות, התשכ"ה-1965; סעיף 48 לחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופוסות, התשכ"ב-1962. הוא נקלט גם מכוח הפסיקה. הנה כך אמר השופט ברק בבג"ץ 595/89 שמעון נ' הממונה על מחוז הדרום במשרד הפנים, פ"ד מד(1) 409, 413:

"עקרון יסוד הוא כי מי שפועל למען אינטרס של אחר, חייב להימנע מניגוד בין אותו אינטרס לבין אינטרס שלו עצמו או אינטרס אחר כלשהו. זהו העיקרון בדבר האיסור על ניגוד עניינים. תחולתו של עיקרון זה כעניין מוסרי שבין האדם לבין עצמו. לימים הוא הפך - מכוח הקונסנזוס החברתי העומד ביסודו - כעניין של משפט החל ביחסים שבין אדם לבין זולתו... בישראל הכירו בתי המשפט בשורה ארוכה של פסקי-דין, כי העיקרון בדבר איסור על ניגוד עניינים אינו אך עניין מוסרי שבין אדם לבין עצמו, אלא הוא הינו עיקרון משפטי המשתרע על כל תחומי המשפט. הוא חל בתחומי המשפט הפרטי והמשפט הציבורי גם יחד".

בדומה לכך, בבג"ץ 2874/93 קופטי כמאל נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מח(2) 673, 679, אמר השופט

מצא:

"כלל זה, שהוא מן החשובים בעקרונות הצדק הטבעי, מיועד, בעיקרו, להבטיח כי במילוי תפקידו יפעל עובד הציבור (או מי שנושא בחובת נאמנות בתחום המשפט הפרטי) על יסודם של שיקולים ענייניים, ביושר, בסבירות ובהגינות; שכן באפשרות שייקלע למצב של ניגוד עניינים טמון חשש שלא יעלה בידו למלא את חובתו כהלכה ויחטא - במודע או אף שלא במודע - במשוא פנים".

בבג"ץ 2074/95 אגודת טכנאי השיניים בישראל נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות, פ"ד נג(3) 451,

462-463, הערתי לגבי תחולת הכלל בדבר ניגוד עניינים בתחום המשפט הפרטי כדלקמן:

"יש הבדל, גם בעניין זה, בין המשפט הציבורי לבין המשפט הפרטי. במשפט הציבורי יש לכלל בדבר ניגוד עניינים תחולה גורפת, ואילו במשפט הפרטי יש מקום לבדוק בכל מקרה אם כלל זה חל, ובאיזו צורה הוא חל, בנסיבות המקרה. אולם, ברור כי כלל זה חל בתחום המשפט הפרטי בכל מקרה שבו החוק קובע זאת".

בהתאם לכך נקבע באותו פסק דין כי הכלל בדבר ניגוד עניינים חל, מכוח חוק ותקנות, לגבי טכנאי שיניים

המבקש לנהל מרפאת שיניים.

ראו גם, לעניין השאלה אם עובד של חברה, שהוסמך כבודק ציוד לפי פקודת הבטיחות בעבודה, יורשה לבצע בדיקת ציוד של אותה חברה, בג"ץ 44/85 יובל גד בע"מ נ' מפקח עבודה ראשי, משרד העבודה והרווחה, פ"ד לט(3) 48, 52; בג"ץ 3008/92 הולצמן נ' מפקח עבודה ראשי במשרד העבודה והרווחה, פ"ד מז(1) 642, 649-648.

35. כך גם לגבי שמאי רכב. המעמד והחובות של שמאי רכב נקבעו בצו הפיקוח על מצרכים ושירותים (שמאי רכב), התש"ם 1980 - (ק"ת תש"ם עמ' 2182) (להלן - צו שמאי רכב). סעיף 12 לצו זה קובע לאמור:

"במילוי תפקידיו יפעל השמאי כלפי לקוחו וכלפי המבטח במהימנות, בנאמנות וביושר...".

מכוח צו זה הוציאה הרשות המוסמכת (מנהל האגף לרכב ולשירותי תחזוקה במשרד התחבורה) כללי התנהגות לשמאי רכב. בכללים אלה (בנוסח מיום 7.10.97) נקבע (בסעיף 1) כי תהיה זו התנהגות שאינה הולמת את כבוד המקצוע אם שמאי רכב לא יקפיד "על מיומנות מקצועית ועל הגינות ללא משוא פנים". מתוך החובה לפעול בנאמנות והאיסור לנהוג במשוא פנים, כפי שנקבעו בהוראות אלה, עולה כי שמאי הרכב כפופים לכלל בדבר ניגוד עניינים.

36. חברות הביטוח טוענות כי חזקה על שמאי הבית שהם ממלאים כראוי את חובת הנאמנות ועורכים שומות באופן מקצועי וללא משוא פנים, וכי אין שום ראיה לסתור חזקה זאת, אף לא טענה כי השומות של שמאי בית נמוכות יותר מן השומות של שמאי חוץ. אולם טענה זאת אינה גוברת על הכלל בדבר ניגוד עניינים, שכן כלל זה אינו דורש הוכחה שניגוד עניינים השפיע בפועל על מילוי התפקיד. כפי שאמרתי במשפט אגודת טכנאי השיניים (לעיל פסקה 34), בעמ' 462:

"אין צורך להוכיח, או להמתין עד שיוכח, כי אמנם מצב של ניגוד עניינים הוביל לניצול המצב לרעה. הכלל בדבר ניגוד עניינים נועד למנוע מראש אפשרות של ניצול כזה. כפי שההלכה הבהירה, ניגוד עניינים הוא מצב אובייקטיבי היוצר אפשרות ממשית (או, לפי גרסה אחרת, חשש סביר) של ניגוד עניינים, ואין צורך להוכיח שבפועל היה ניצול לרעה כתוצאה מניגוד עניינים".

ראו גם רע"א 5258/90, 5262 קצין התגמולים נ' אינגבר, פ"ד מ(3) 593.

37. לפיכך השאלה היא, אם המצב בו מצויים שמאי הבית הוא מצב של ניגוד עניינים. התשובה מורכבת. שמאי בית אינו מצוי במצב של ניגוד עניינים כאשר כל תפקידו הוא לברר עבור חברת הביטוח את החבות של החברה כלפי

המבוטח. כך, לדוגמה, כאשר המבוטח תובע תגמול מחברת הביטוח על יסוד שומה שהוא ביקש וקיבל משמאי חוץ. במצב כזה, אפשר לומר על שמאי הבית, כאשר הוא בודק את השומה של שמאי החוץ, כי הוא פועל רק כעובד של חברת הביטוח וחיבב נאמנות רק לחברה. אולם המצב שונה אם שמאי הבית הוא השמאי היחיד הקובע את שומת הנזק, ושומה זאת אמורה לחייב גם את המבוטח. במצב כזה השמאי חיבב נאמנות גם לחברת הביטוח וגם למבוטח. זהו מצב של ניגוד עניינים, ולכן הוא מצב פסול.

באופן פורמלי, שמאי הבית אינו קובע את שומת הנזק כשומה יחידה המחייבת את המבוטח. המבוטח רשאי תמיד לבקש ולקבל שומה אחרת משמאי חוץ. הוא יכול להציג שומה זאת בפני חברת הביטוח, ואפשר שחברת הביטוח תהיה מוכנה לקבל שומה זאת או להגיע להסכמה בדבר השומה, על דרך פשרה, עם המבוטח. בהעדר הסכמה כזאת, המבוטח רשאי להביא את המחלוקת בין השמאים להכרעה בפני ועדת ערר שהוקמה על ידי משרד התחבורה לפי צו שמאי הרכב. אולם, ככל הנראה, באופן מעשי המצב שונה. השומה הנערכת על ידי שמאי הבית היא בדרך כלל השומה היחידה. יש מקרים בהם המבוטח התחייב מראש כלפי חברת הביטוח, בגלל הטבות שונות שהחברה הציעה, לקבל את השומה של שמאי הבית. ראו לעיל פסקה 6. במקרים אחרים המבוטח אינו מודע כלל לזכותו להגיש שומה עצמאית או לזכותו להגיש ערר לוועדת ערר. וכמובן, יש מקרים נוספים בהם המבוטח, גם אם הוא מודע לזכותו, אינו מוכן ליטול על עצמו את הטרחה הכרוכה במאבק עם חברת הביטוח נגד השומה של שמאי הבית. כך או כך, המציאות היא כי במקרים רבים, אם לא בדרך כלל, השומה של שמאי הבית היא השומה הקובעת. העררים המוגשים לוועדת הערר מעטים כל כך עד שהם בטלים בששים. על מצב כזה אפשר לומר כי הוא מצב של ניגוד עניינים דה-פקטו.

38. די בכך כדי להצדיק ולהצריך הסדר של המצב הקיים על ידי המפקחת על הביטוח. אכן, המפקחת הודיעה לבית המשפט (ביום 25.12.97) "שקיים חשש, לפחות למראית עין, ששמאי בית ייתן חוות דעת מוטות לטובת המבוטח, שהינו מעבידו". חשש זה היה טעם ראשי להחלטת המפקחת להתערב במצב הקיים ולהציע הסדר אשר, כדבריה באותה הודעה, יסיר את "החשש העיקרי לפגיעה בציבור המבוטחים ובאפשרותם לקבל את מלוא הפיצויים להם הם זכאים בקרות מקרה ביטוח". אפשר, אם כן, לומר כי המפקחת סבורה שבמצב הקיים יש משום "ליקוי", ומכאן שהיא מוסמכת, לפי סעיף 62 לחוק הפיקוח, להורות לחברות הביטוח לתקן את הליקוי. ראו לעיל פסקה 15.

39. מה ההסדר הנדרש כדי לתקן את הליקוי? הנפקות של ניגוד עניינים תלויה בניסיונות המקרה, ובהתאם לניסיונות היא עשויה להשתנות ממקרה למקרה. אכן, בכל מקרה כזה יש צורך למנוע, או לפחות לצמצם, את ניגוד העניינים. אך יש לעשות זאת באופן מידתי. במשפט אגודת טכנאי השיניים (לעיל פסקה 34) אמרתי לעניין זה (בעמ' 464) כך:

"אמנם יש לפעול כדי למנוע את ניגוד העניינים, אך יש לפעול לצורך זה באופן מידתי. המידתיות, המחייבת כל רשות מינהלית בכל עניין, מחייבת גם את מנכ"ל המשרד לפעול כדי למנוע ניגוד עניינים באופן שהפגיעה בטכנאי השיניים או במרפאות התאגיד לא תהיה במידה העולה על הנדרש. אכן, פתרון קיצוני עשוי להיות יעיל יותר, אך פתרון מידתי, אם הוא יעיל מספיק, יהיה צודק יותר. המידתיות היא איזון ראוי בין היעילות לבין הצדק".

בהתאם לכך, גם כאשר ממלא תפקיד מסויים, לרבות תפקיד ציבורי על פי דין, מצוי במצב של ניגוד עניינים, ייתכן שניתן וראוי להשאיר אותו בתפקידו, ולהסתפק בצעדים שימנעו את ניגוד העניינים או יצמצמו אותו לרמה נסבלת. ראו, לדוגמה, ע"א 2444/98 טרבליס נ' ראש המועצה המקומית נתיבות, פ"ד נב(3) 849, 859-860.

לסיכום, המסקנה היא, שהמצב הקיים בנוגע לשמאי הבית, שיש בו משום ניגוד עניינים דה-פקטו, מצדיק ומצריך קביעת הסדר על-ידי המפקחת על הביטוח. ההסדר יוכל לקבוע סייגים להעסקת שמאי בית, לאור התכלית של חוק הפיקוח, ובלבד שיהיה מידתי.

הסדר כובל

40. העותרים העלו גם, אף כי בחצי-פה, טענה כי יש חשש שחברות הביטוח עשו ביניהן הסדר כובל, בנוגע להעסקת שמאי בית, בניגוד לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח 1988. הם העלו טענה זאת בחצי-פה, כנראה משום שאין בידיהם הוכחה לטענה. מכל מקום, גם אילו הטענה היתה מלווה בהוכחה, אין להעלות אותה בפני בית המשפט, אלא בפני הממונה על ההגבלים העסקיים.

סיכום

41. התכלית העיקרית של חוק הפיקוח על עסקי ביטוח היא הגנה על המבוטחים. תכלית זאת עלולה להיפגע במצב הקיים, בו שומות רכב, המשמשות בסיס לתשלום תגמולי ביטוח, נערכות על ידי שמאי בית המועסקים כעובדים של חברות הביטוח. זהו ליקוי. למפקחת על הביטוח נתונה סמכות, מכוח חוק הפיקוח, לתקן את הליקוי. היא צריכה להפעיל סמכות זאת כדי לקבוע הסדר שיאזן כראוי, בהתאם לתכלית החוק, בין הצורך להגן על המבוטחים לבין הזכות של חברות הביטוח להעסיק שמאי בית.

אי לכך, אנו עושים צו מוחלט, המחייב את המפקחת על הביטוח לקבוע הסדר כאמור, בהתחשב בדברי בית המשפט בפסק דין זה, תוך תקופה של ששה חודשים מהיום.

בעלי הדין יישאו כל אחד בהוצאות המשפט שלו.

שופט

הנשיא א' ברק:

אני מסכים.

הנשיא

השופטת ד' ביניש:

אני מסכימה.

שופטת

לפיכך הוחלט כאמור בפסק הדין של השופט י' זמיר.

ניתן היום, כ"ב בניסן תשס"א (15 באפריל 2001).

שופטת

שופט

הנשיא

שמריהו כהן - מזכיר ראשי

בבית המשפט העליון פועל מרכז מידע, טל' 02-6750444