



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

רע"א 6388/19

לפני :

כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט ד' מינץ
כבוד השופט ע' גרוסקופף

המבקשות :

1. הפניקס חברה לביטוח בע"מ
2. הראל חברה לביטוח בע"מ
3. מנורה מבטחים ביטוח בע"מ
4. הכשרה חברה לביטוח בע"מ

נ ג ד

המשיבים :

1. רון הופמן
2. אשר הלפרין
3. גדעון בלום
4. טליה יערי

צד קשור :

היועץ המשפטי לממשלה

המצטרפים להליך :

1. לירון קליין
2. עידן שני
3. גל אבידן
4. טל עידו
5. דניאל לוי
6. מיכל ראבד
7. אורי רוזן
8. עומר חכים
9. ניר סלע

בקשת רשות ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי
מרכז בלוד מיום 31.05.2019 בת"צ 20212-09-16 ; ת"צ
20303-09-16 ; ת"צ 20383-09-16 ; ות"צ 20461-09-16
שניתנה על ידי כב' השופטת אסתר שטמר

תאריך הישיבה :

כ"ט בשבט התשפ"א (11.2.2021)

בשם המבקשות :

עו"ד ד"ר אביגדור קלגסבלד ; עו"ד אמיר שרגא ;
עו"ד זמיר בן בשט ; עו"ד אוריה זיו און

בשם המשיבים :

עו"ד יצחק יערי ; עו"ד גלעד ברנע ; עו"ד ענבל
דיאמנט שפיר
עו"ד יואב שחם

בשם היועץ המשפטי

לממשלה :

בשם המצטרפים להליך : עו"ד יעקב שפיגלמן ; עו"ד עמית עידו

פסק-דין

השופט ע' גרוסקופף:

לפנינו בקשה למתן רשות ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי מרכז בלוד (כב' השופטת אסתר שטמדר) בת"צ 20212-09-16, ת"צ 20303-09-16, ת"צ 20383-09-16 ות"צ 20461-09-16 מיום 31.5.2019, במסגרתה אושר ניהולן של ארבע תובענות ייצוגיות נגד המבקשות, ארבע מחברות הביטוח המרכזיות בארץ, וזאת בגין הטענה לגביית "הוצאות ניהול השקעות" שלא כדין ממבוטחים-חוסכים בפוליסות ביטוח פרט, אשר יכוננו להלן "פוליסות החיסכון".

רקע והשתלשלות העניינים

1. המבקשות – הפניקס חברה לביטוח בע"מ, הראל חברה לביטוח בע"מ, מנורה חברה לביטוח בע"מ והכשרה חברה לביטוח בע"מ (להלן: הפניקס, הראל, מנורה ו- הכשרה, בהתאמה; ויחדיו: חברות הביטוח או המבקשות) – הן ארבע חברות ביטוח, מהגדולות בישראל. חברות הביטוח משווקות, בין שאר מוצריהן ושירותיהן, פוליסות חיסכון. המדובר בפוליסות מסוג "ביטוח תלוי תשואה", כהגדרת המושג בסעיף 1 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א-1981 (להלן: חוק הפיקוח על הביטוח), דהיינו – עסקינן בפוליסות נטולות רכיב ריסק (קרי, אין הן באות להבטיח למבוטח כיסוי כספי בעת התממשות סיכון ביטוחי מסוים), המהוות באופן מלא מכשיר להשקעת כספים לצרכי חיסכון (ויובהר, פוליסות החיסכון בהן עסקינן אינן מאושרות כקופת גמל לתגמולים, לפיצויים או לקצבה, ועל כן אין הן בגדר "קופת ביטוח", כהגדרתה בסעיף 1 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל), התשס"ה-2005 (להלן: חוק הפיקוח על קופות גמל)).

הערה: מתעוררת שאלה אם פוליסות החיסכון בהן עסקינן, שהן כאמור נעדרות כל מרכיב ריסק, הן בגדר חוזה ביטוח, כהגדרת מונח זה בסעיף 1 לחוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981: "חוזה ביטוח הוא חוזה בין מבטח לבין מבוטח המחייב את המבטח, תמורת דמי ביטוח, לשלם, בקרות מקרה הביטוח, תגמולי ביטוח למוטב". כך, בהינתן שהתשלום לבעל הפוליסה נעשה על פי דרישתו, וללא שנדרש כי יתקיים "מקרה ביטוח". עם זאת,

הצדדים כלל לא התייחסו לסוגיה זו, ואף אנו מצאנו שלא להרחיב בה. מכל מקום, אין חולק כי השירות בו עסקינן ניתן על ידי חברות ביטוח, ולפיכך חל לגביו חוק הפיקוח על הביטוח.

2. וזו מהות פוליסות החיסכון בהן עסקינן: הצדדים מתקשרים בהסכם על פיו המבוטח-החוסך (להלן: החוסך או החוסכים) מפקיד בידי חברת הביטוח, בין אם בהפקדה חד פעמית ובין אם בהפקדות שוטפות, סכום כסף אותו משקיעה חברת הביטוח, בהתאם למסלול השקעות שבחר החוסך. באמצעות הכספים המופקדים על ידי החוסכים, חברת הביטוח מבצעת השקעות ועסקאות שונות, כאשר הכספים שהופקדו והנכסים שנרכשו באמצעותם הם נכסי הקופה (להלן: נכסי הקופה). מטבע הדברים, ההשקעות והעסקאות שחברת הביטוח מבצעת בנכסי הקופה כרוכות בהוצאות ובתשלומים שונים לצדדים שלישיים, כדוגמת עמלות בגין פעולות בניירות ערך ותשלומים למנהלי תיקי השקעות בחו"ל (להלן: הוצאות ניהול ההשקעות).

3. הפוליסות נושא ההליך קובעות כי החוסכים יחויבו על ידי חברות הביטוח בשני סוגים של תשלומים: דמי ניהול בשיעור שנתי מוסכם שלא יעלה על 2% מהחיסכון המצטבר (סעיף 8.2 לפוליסת הפניקס; סעיף 8.1 לפוליסת הראל; סעיף 4(א) לפוליסת מנורה; וסעיף 6.1 לפוליסת הכשרה. וראו גם סעיף 4 לתקנות הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל) (דמי ניהול), התשע"ב-2012. להלן: דמי הניהול), ותשלומי מיסים ממשלתיים ואחרים (סעיף 16 לפוליסת הפניקס; סעיף 20 לפוליסת הראל; סעיף 16 לפוליסת מנורה; וסעיף 18 לפוליסת הכשרה. להלן: תשלומי החובה). ויודגש, אין בפוליסות בהן עסקינן כל הוראה מפורשת המתייחסת לנושא גביית הוצאות ניהול ההשקעות – לא במישרין מהחוסכים, ולא בעקיפין מנכסי הקופה.

4. על פי הנטען בבקשות האישור, נוסף על שני התשלומים האמורים חברות הביטוח גובות רכיב המכונה "הוצאות ניהול השקעות", וזאת בניגוד למוסכם בין הצדדים. על רקע זאת, הגישו המשיבים – רון הופמן, אשר הלפרין, גדעון בלום וטליה יערי (להלן: התובעים המייצגים או המשיבים) – באמצעות אותם באי כוח מייצגים (עו"ד יצחק יערי ועו"ד גלעד ברנע), ארבע תביעות ובקשות לאישורן כתובענות ייצוגיות נגד חברות הביטוח, מהן רכשו פוליסות חיסכון (תחת השמות "Excellence Invest", "הראל מגוון השקעות אישי", "Top Finance חיסכון והשקעה" ו-"בסט אינווסט אישי", בהתאמה), וזאת לפי פרט 2 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: החוק או חוק תובענות ייצוגיות): "תביעה נגד מבטח, סוכן ביטוח או חברה

מנהלת, בקשר לענין, לרבות חוזה ביטוח או תקנון קופת גמל, שבינם לבין לקוח, לרבות מבוסס או עמית, בין אם התקשרו בעסקה ובין אם לאו" (לעיל ולהלן: בקשות האישור). עניינן של בקשות האישור בטענה כי רכיב "הוצאות ניהול השקעות" שגבו חברות הביטוח אינו מצוין בפוליסות החיסכון בהן עסקינן, ואף לא מעוגן במקור חוזי אחר בין הצדדים, ועל כן חברות הביטוח לא היו רשאיות לגבות רכיב זה. ויובהר, המשיבים אינם כופרים בכך שברמה העקרונית, מבחינת הרגולציה החלה עליהן, חברות הביטוח היו רשאיות לחייב את החוסכים ברכיב זה, אך הם סבורים כי אין בפוליסות החיסכון הנדונות כל הוראה המאפשרת חיוב זה, ולפיכך חברות הביטוח לא היו רשאיות לגבותו במישור היחסים החוזי שמול כל חוסך וחוסכת.

הקבוצות שבשמן התבקש בית משפט קמא לאשר את ניהול התובענות כייצוגיות הן כל בעלי פוליסת החיסכון של חברות הביטוח בשבע השנים שקדמו להגשת בקשות האישור. הסעדים שנתבקשו הם סעד של השבת סכומי "הוצאות ניהול ההשקעות" שנגבו ביתר, בצירוף הפרשי ריבית, וכן צו שיורה לחברות הביטוח לחדול מן הגבייה.

5. חברות הביטוח, אשר מיוצגות בהליך שלפנינו על ידי אותם באי כוח, טענו מנגד כי "הוצאות ניהול ההשקעות" הנגבות מנכסי הקופה, ולא במישרין מהחוסכים, הן חלק אינטגרלי מההוצאות הישירות שמשלמות חברות הביטוח לצדדים שלישיים לצורך ביצוע ההשקעות והעסקאות עבור החוסכים, וכי החוסכים קיבלו דיווחים על אודות ניכוי "הוצאות ניהול ההשקעות" ושיעורן. על כן, גבייתן נעשתה כדין.

ההסדר החקיקתי הרלוונטי לעניין – גביית ההוצאות הישירות בשל ביצוע עסקאות

6. בשלב זה נקרב את מבטנו אל עבר ההסדר החקיקתי הרלוונטי לענייננו.

7. במטרה להבטיח את ההגנה והשמירה על האינטרסים של החוסכים, הסדיר המחוקק הישראלי את סוגי התשלומים שחברות מנהלות וחברות ביטוח רשאיות לגבות מן החוסכים, הרלוונטיים לכל סוגי מכשירי החיסכון, ובכלל זה קופות גמל, פוליסות חיסכון וקופת ביטוח (הידועה כביטוח מנהלים). ההוראה המרכזית בענייננו מצויה בסעיף 32(א) לחוק הפיקוח על קופות גמל, שזו לשונו:

(א) חברה מנהלת לא תגבה מנכסי קופת גמל שבניהולה, מחשבונות עמיתים בקופה, מתשלומים המועברים

- לקופה, או מתשלומי הקופה לעמיתים או לעובדים של עמית-מעביד או למוטביהם, אלא את אלה (בסעיף זה – הוצאות ודמי ניהול):
- (1) דמי ניהול;
 - (2) הוצאות ישירות בשל ביצוע עסקאות בנכסי קופת הגמל, כפי שקבע השר;
 - (3) דמי ביטוח הנגבים לפי הוראות סעיף 16(ד)(6).

הוראה זו, אשר נקבעה ביחס לקופות גמל, חלה גם על ביטוחים תלויי תשואה ולגבי נכסים המנוהלים על ידי חברת ביטוח לכיסוי התחייבויות תלויות תשואה – בהם עוסקות בקשות האישור דנן (ראו סעיף 36א לחוק הפיקוח על הביטוח).

8. הנה כי כן, סעיף 32(א) לחוק הפיקוח על קופות גמל קובע את שלושת סוגי ההוצאות שחברה מנהלת (או חברת ביטוח, לפי העניין) רשאית לגבות מן החוסכים: דמי ניהול, הוצאות ישירות בשל ביצוע עסקאות בנכסי הקופה (להלן: הוצאות ישירות) ודמי ביטוח. עניינן של בקשות האישור הוא בגבייה של סוג ההוצאות השני: ההוצאות הישירות. גבייתן של אלה הוסדרה מבחינה רגולטורית על ידי שר האוצר בתקנות הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל) (הוצאות ישירות בשל ביצוע עסקאות), התשס"ח-2008 (להלן: תקנות ההוצאות הישירות), וזאת בהתאם לסמכות שהוקנתה לשר האוצר בסעיף 32(א)(2) לחוק הפיקוח על קופות גמל, אשר חל כאמור גם על ביטוחים תלויי תשואה מכוח סעיף 36א לחוק הפיקוח על הביטוח (יצוין כי עד לאחרונה הוחלו תקנות אלו במפורש על ביטוחים תלויי תשואה מכוח תקנה 4 לתקנות ההוצאות הישירות. תקנה זו בוטלה בתיקון שנכנס לתוקף ב- 1.1.2023. לתיקון ראו פסקה 52 לעיל).

9. תקנה 2 לתקנות ההוצאות הישירות מגדירה מה ייחשב "הוצאה ישירה" בזו הלשון:

2. הוצאות ישירות בשל ביצוע עסקאות בנכסי קופת גמל יהיו אלה בלבד:
- (1) עמלות קניה ומכירה של ניירות ערך סחירים;
 - (2) דמי שמירה בשל ניירות ערך סחירים וכל עמלה שגובה מי שמבצע את משמורת ניירות הערך (הקסטודיאן);
 - (3) הוצאה הנובעת מהשקעה של קופת גמל בניירות ערך לא סחירים שאינם של צד קשור או ממתן הלוואה למי שאינו עמית או מבוטח, או למי

שאינו צד קשור, אם אין ההוצאה משולמת לצד קשור;
 (4) הוצאה הנובעת מהשקעה של קופת גמל בזכויות במקרקעין שאינן של צד קשור, אם אין ההוצאה משולמת לצד קשור;
 (5) (נמחקה);
 (6) מסים החלים על קופת הגמל, על נכסיה, על הכנסותיה ועל עסקאות שנעשו בנכסיה;
 (7) דמי ביטוח בעד ביטוח משנה לקופת גמל משלמת לקצבה שאינה קופת ביטוח, המשולמים בתנאים שעליהם הורה הממונה;
 (8) הוצאה בעד ניהול תביעה או תובענה שהגישה חברה מנהלת בשל השקעה של כספי קופת הגמל שבניהולה, כנגד מי שהושקעו בו כספי הקופה או כנגד נושא משרה בו, בשיעור שלא יעלה על 80 אחוזים מסכום ההוצאה ובמגבלות שיורה עליהם הממונה, ובלבד שאין ההוצאה משולמת לצד קשור; לעניין זה, "נושא משרה" – כהגדרתו בחוק החברות.

יועזר, כי הנוסח שלעיל הוא הנוסח של התקנה שעמד לפנינו, לאחר שזו תוקנה פעמיים, הן בשנת 2014 (במסגרת תקנות הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל) (הוצאת ישירות בשל ביצוע עסקאות) (תיקון מס' 2), התשע"ד-2014 אשר הורו על מחיקת פסקה (5) והוספת פסקה (8)), והן בשנת 2018 (במסגרת תקנות הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל) (הוצאות ישירות בשל ביצוע עסקאות) (תיקון והוראת שעה), התשע"ח-2018, אשר הורו על תיקון פסקה (3)). נוסח זה תוקן בשלישית באחרונה, ואולם המצב לאחר תיקון זה, אשר נכנס לתוקף ב- 1.1.2023, אינו מענייננו בתובענה זו (לתיקון זה ראו פסקה 52 להלן). עוד יצוין כי בתיקון משנת 2014 הוחלפה תקנה 3 לתקנות ההוצאות הישירות, אשר נחקקה כהוראת שעה, והתקנה החדשה הוסיפה, תחת הוראת השעה, שני סוגי הוצאות ישירות נוספים: עמלות ניהול חיצוני והוצאה הנובעת ממתן משכנתה לפי מגבלות שעליהם יורה הממונה על שוק ההון, ביטוח וחיסכון (להלן: הממונה) (ויועזר, עמלת ניהול חיצוני הוגדרה בפסקה (5) שנמחקה באותו תיקון). בתיקון משנת 2018 נוספה תקנה 3א לתקנות ההוצאות הישירות, אשר המשיכה את הוראת השעה שבתקנה 3, והוראה זו הוארכה מעת לעת, עד שפקעה ביום 31.12.2022, משהותקן הסדר חדש בעניין זה (ראו פסקאות 49-52 להלן).

10. בנוסף להגבלה בדבר סוגי ההוצאות הישירות שניתן לגבות מן החוסכים, סעיף 32(ב) לחוק הפיקוח על קופות גמל מוסיף וקובע כי "השר, באישור ועדת הכספים, יקבע

את הסכומים או השיעורים, המרביים, של ההוצאות ודמי הניהול שחברה מנהלת רשאית לגבות מנכסים, מחשבוניות או מתשלומים, כאמור בסעיף קטן (א). בהתאם, בשנת 2014 קבע שר האוצר בתקנות ההוצאות הישירות כי ביחס להוצאות ישירות מסוימות שאותן רשאית החברה המנהלת לגבות מן החוסכים (הוצאות לפי פסקה (3) ושני סוגי ההוצאות שנוספו כהוראת שעה בתקנה 3, ובהמשך בתקנה 3א), לא ייגבה סכום העולה על 0.25% מסך כל השווי המשווער של נכסי הקופה בתום שנת הכספים שחלפה.

11. משמעות הדברים היא כי במישור הרגולטורי, חברות הביטוח רשאיות, אך אינן חייבות, לגבות את סוגי ההוצאות הנמנות בתקנות ההוצאות הישירות, ואותן בלבד. כמו כן, ביחס למקצת ההוצאות, חברות הביטוח אינן רשאיות לגבות שיעור העולה על התקרה שנקבעה בתקנות ההוצאות הישירות, אך הן בוודאי יכולות לגבות סכום נמוך מכך.

12. בנוסף יצוין כי על חברות הביטוח חלות חובות גילוי שונות בדבר גביית ההוצאות הישירות. תחילה נקבעו חובות גילוי אלה בחוזרים שפרסם הממונה (ראו, למשל, חוזר גמל 2004/6; חוזר פנסייה 2004/15; חוזר ביטוח 2005-1-24; חוזר גופים מוסדיים 2014-9-12; חוזר גופים מוסדיים 2015-9-8; חוזר גופים מוסדיים 2016-9-9; חוזר גופים מוסדיים 2016-9-18; חוזר גופים מוסדיים 2017-9-14; חוזר גופים מוסדיים 2018-9-26), ולאחרונה, בשנת 2020, עוגנו החובות הללו בתקנות ההוצאות הישירות (ראו תקנה 3ב לתקנות, ובהמשך לכך את חוזר גופים מוסדיים 2020-9-22).

הליכים מקבילים ועמדת רשות שוק ההון, ביטוח וחיסכון

13. מלבד ארבע בקשות האישור נושא ההליך שלפנינו, סוגיית ההוצאות הישירות הניצבת במוקד דיוננו התעוררה בהליכים ייצוגיים נוספים המתנהלים נגד חברות ביטוח וגופים מוסדיים המשווקים מכשירי חיסכון כגון קופות גמל, קרנות פנסייה, קרנות השתלמות, וביטוחי מנהלים – אשר כפי שנסקר לעיל ההסדרה החקיקתית החלה עליהם דומה (להלן: ההליכים המקבילים). למעט הליך אחד, כלל ההליכים הללו עוכבו עד להכרעה בבקשת רשות הערעור שלפנינו, ופירוטם התמציתי יובא להלן:

א. בבית הדין האזורי לעבודה בתל אביב מתנהלות 10 בקשות לאישור תובענה כייצוגית: לפני סגנית הנשיא, כב' השופטת אריאלה גילצור-כץ, מתבררת בקשת אישור בעניין ביטוח מנהלים (ת"צ 3616-06-19); לפני כב' השופטת אופירה

דגן-טוכמכר מתבררת בקשת אישור בעניין קרן פנסיה (ת"צ 49493-02-17) ובקשת אישור בעניין ביטוח מנהלים (ת"צ 6854-06-19); ולפני כב' השופטת יפית מזרחי-לוי מתבררות שבע בקשות אישור, שלוש בעניין קרנות פנסיה אשר הדיון בהן אוחד (ת"צ 2955-08-16; ת"צ 2997-08-16; ת"צ 3054-08-16), שלוש בעניין ביטוח מנהלים אשר הדיון בהן אוחד (ת"צ 26218-12-16; ת"צ 26293-12-16; ת"צ 12070-01-17) ואחת בעניין קופות גמל (ת"צ 35969-11-16). (16).

ב. בבית הדין האזורי לעבודה בירושלים מתנהלות 14 בקשות לאישור תובענה כייצוגית, כולן לפני הנשיא, כב' השופט אייל אברהמי: עשר בקשות אישור בעניין קרנות השתלמות וקופות גמל אשר הדיון בהן אוחד (ת"צ 7468-10-16; ת"צ 7510-10-16; ת"צ 7538-10-16; ת"צ 7664-10-16; ת"צ 7673-10-16; ת"צ 12929-10-16; ת"צ 18436-11-16; ת"צ 51189-11-16; ת"צ 51273-11-16; ת"צ 59420-03-17), שתי בקשות אישור בעניין קרנות השתלמות אשר נדונות כל אחת בנפרד (ת"צ 16822-06-19; ת"צ 12067-07-19), בקשת אישור בעניין קרן פנסיה (ת"צ 55133-06-19) ובקשת אישור נוספת בעניין קרן השתלמות וקופת גמל (ת"צ 7881-07-19).

14. במסגרת עשר הבקשות לאישור תובענה כייצוגית בעניין קרנות השתלמות וקופות גמל המתבררות בבית הדין האזורי לעבודה בירושלים (לפני הנשיא, כב' השופט אייל אברהמי), הוגשה ביום 13.5.2018 עמדתה של רשות שוק ההון, ביטוח וחיסכון (להלן: הרשות), בעקבות זאת, ולאור הסכמה דיונית בין הצדדים, צורפה עמדה זו להליך קמא. על פי עמדת הרשות, בהינתן האסדרה הרגולטורית שהייתה קיימת בשעתו, בהתחשב בעובדה שלא ניתן לאמוד מראש את שיעור סך ההוצאות הישירות שתוציא החברה המנהלת בשנה מסוימת, ובשים לב לחובות הגילוי הקיימות במסגרת הדו"חות השנתיים המועברים לעמית, "גופים מוסדיים רשאים לגבות הוצאות ישירות מאת העמיתים או המבוטחים, גם אם הדבר אינו מצוין באופן מפורש בתקנון הגוף המוסדי, ובלבד שהדבר נעשה בהתאם להוראות התקנות" (פסקה 18 לעמדת הרשות).

החלטת בית המשפט המחוזי

15. ביום 31.5.2019 אישר בית המשפט קמא את ניהול התובענות כייצוגיות. תחילה עמד בית משפט קמא על כך שברמה הרגולטורית, הדין מתיר לחברות הביטוח לגבות מנכסי הקופה את הוצאות ניהול ההשקעות, ואולם הקושי בענייננו נוגע לכך שאין ציון מפורש באיזו מן הפוליסות נושא בקשות האישור לפיו חברות הביטוח רשאיות לגבות הוצאות אלה מהחוסכים. לאחר שסקר את הוראות הדין והפסיקה לעניין פרשנות פוליסות ביטוח, קבע בית משפט קמא כי בהיעדר הרשאה מפורשת בלשון הפוליסות לגביית הוצאות ניהול ההשקעות, חברות הביטוח לא היו רשאיות לחייב את החוסכים ברכיב זה. בית משפט קמא עמד על כך שלמעט דמי הניהול ותשלומי החובה, אין בפוליסות התייחסות לתשלומים נוספים בהם עשויים לחוב החוסכים. על כן, ובהינתן מסקנתו כי הפוליסות מהוות הסדר ממצה בכל הנוגע לסכומים שחברות הביטוח רשאיות לגבות מהחוסכים, שתיקת הפוליסות בעניין זה מהווה הסדר שלילי, ולא לאקונה, כך שאין לקרוא לתוכן הרשאה לגביית הוצאות ניהול ההשקעות. לפיכך, משלא הסדירו חברות הביטוח את גביית הוצאות ניהול ההשקעות במסגרת הפוליסות אותן הן משווקות, אין להן להלין אלא על עצמן. בית המשפט קמא הוסיף וקבע כי אף אם ניתן היה לפרש את הפוליסה גם על פי פרשנות חברות הביטוח, לא היה מקום להעדיף פרשנות זו, נוכח הכלל בדבר "פרשנות נגד המנסח". בנוסף, ציין בית המשפט כי עסקינן בחוזה צרכני אחיד ועל כן "יש להחמיר בו יותר" (פסקה 31 להחלטת בית משפט קמא).

16. בהמשך דן בית המשפט קמא בטענת חברות הביטוח לפיה הפוליסות מטמיעות לתוכן, מבלי צורך בפעולה נוספת, את ההסדר התחיקתי המעגן את האפשרות להשית הוצאות ישירות (בגדרן נכנסות הוצאות ניהול ההשקעות) על החוסכים – ודחה אותה. נפסק, כי אין די בקיומו של הסדר תחיקתי המאפשר באופן עקרוני לחברות הביטוח לחייב את החוסכים בתשלום ההוצאות הישירות, אלא יש לעגנו בפוליסות הרלוונטיות בצורה מפורשת. בעניין זה הפנה בית המשפט קמא לשיעורן של הוצאות ניהול ההשקעות בשנים 2014-2015, אשר היו נמוכות משיעור דמי הניהול באותן שנים, אך חשוב מכך – שצירופם של דמי הניהול והוצאות ניהול ההשקעות היה נמוך מתקרת דמי הניהול שנקבעה בפוליסות – בשיעור של 2%; וכל זאת, בשיעורים משתנים בין חברת ביטוח אחת לרעותה, ובין שנה לשנה. מכאן הסיק בית משפט קמא כי מבחינה חשבונאית דמי הניהול הקבועים בפוליסה מכסים בכל המקרים את מלוא העלויות

ויותר, ועל כן טענת המשיבים לפיה דמי הניהול אמורים לכסות את מלוא ההוצאות של חברות הביטוח בביצוע ההשקעות, ובכלל זה הוצאות ניהול ההשקעות, אינה מופרכת. עוד הבהיר בית המשפט קמא כי אף אם הגיוני וסביר כי הוצאות ניהול ההשקעות יוטלו על החוסכים, היה על חברות הביטוח לציין זאת בפוליסה באופן מפורש על מנת שהחוסכים יוכלו לכלכל את צעדיהם בהתאם. כן נתן בית המשפט קמא דעתו לכך שגם אם לא ניתן לדעת מראש מה יהיה גובה ההוצאות, ועל כן קיים קושי להתריע על גבייתן, ניתן היה לציין בפוליסה כי ינוכו הוצאות ניהול השקעות, תוך הבהרת מאפייניו הייחודיים של רכיב זה. בהקשר זה, ביקר בית המשפט קמא את חברות הביטוח על כך שלא הודיעו לחוסכים על גביית הוצאות ניהול ההשקעות וקבע כי מידע זה אף הוסתר מהם.

17. בנוסף, דחה בית המשפט קמא את טענת הכשרה כי תנאי הפוליסה כפשוטם מתירים את ניכוי הוצאות ניהול ההשקעות בשל השימוש במונח "רווח משוערך", וקבע כי מונח זה אינו מתייחס אלא לכך שהרווח אינו ודאי בהשקעות. בדומה, נדחתה טענת הכשרה בדבר עיגון חוזי לגבייה המצוי בסעיף 18 לפוליסה אותה היא משווקת, שעניינו חבות במיסים והיטלים, תוך שנקבע כי לא ניתן לראות בהוראה חוזית זו בסיס לגבייה של הוצאות ניהול ההשקעות.

18. לאחר דברים אלה, פנה בית משפט קמא לבחינת הטענות בראי הוראותיו של חוק הנאמנות, התשל"ט-1979 (להלן: חוק הנאמנות). נפסק, כי הוראת סעיף 8(ב) לחוק הנאמנות, המקנה לנאמן את הזכאות לשיפוי בגין הוצאות סבירות שהוציא עקב מילוי תפקידיו, היא הוראה דיספוזיטיבית עליה יכולים הצדדים להתנות, ועל כן, ובהתחשב בחובת הנאמנות המוטלת על הנאמן, ההוצאות שפורטו בפוליסות הן ההוצאות שחברות הביטוח היו זכאיות לגבות, ולא מעבר לכך. אם תאמר אחרת, הטעים בית משפט קמא, נימצא במצב בו תוכשר גביית תשלומים שלא נכללו מפורשות בפוליסה.

19. עוד דן בית משפט קמא בטענת חברות הביטוח כי תשלום הוצאות ניהול ההשקעות מנכסי הקופה הוא הנוהג הענפי המשלים את הפוליסה, ועל כן יש לראות גבייה זו כמוסכמת. בית משפט קמא דחה טענה זו, בנמקו כי הפוליסות נוסחו על ידי חברות הביטוח, מבלי שהוכנסה בהן כל התייחסות לניכוי הוצאות ניהול ההשקעות, למרות שניתן היה לצפות לכך, ועל כן אין מדובר בחסר שיש להשלימו בהתאם לסעיף 26 חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים), ובכלל זה מכוח הנוהג הכללי החל בעניין (ככל שקיים נוהג כאמור), אלא בהסדר שלילי.

20. בהמשך לכך, דחה בית המשפט קמא את יתר טענות חברות הביטוח. כך, נדחתה טענת חברות הביטוח בדבר השתק ומניעות, מן הטעם שמחומר הראיות עולה כי לא רק שחברות הביטוח לא הודיעו לחוסכים על גביית הוצאות ניהול ההשקעות, אלא שמידע זה הוסתר מהם. זאת ועוד, אפילו אם היה מתברר כי הוצאות ניהול ההשקעות היו ידועות לחוסכים, לא היה בכך כדי לאפשר את גבייתן מבלי שאלו נקבעו מפורשות בפוליסות בהן התקשרו. כן נדחתה טענת חברות הביטוח להיעדר נזק, כמו גם טענת הפניקס ומנורה להתיישנות. אחרון נקבע כי אין בעמדת הרשות שצורפה להליך כדי לשמש הגנה מכוח סעיף 6 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], ואף לא כדי לחייב את בית המשפט, בהינתן שעסקינן בפרשנות פוליסה (להבדיל מפרשנות הוראות הרשות).

21. נוכח האמור, מצא בית משפט קמא כי מתקיימים התנאים לאישור התובענות כייצוגיות, ובפרט כי קיימת אפשרות סבירה שייקבע כי גביית הוצאות ניהול ההשקעות על ידי חברות הביטוח נעשתה שלא כדין. כן השית על חברות הביטוח שכר טרחה עבור באי הכוח המייצגים בסכום כולל של 100,000 ש"ח וגמול עבור המשיבים בסכום כולל של 20,000 ש"ח.

על החלטה זו הוגשה בקשת רשות הערעור שלפנינו.

טענות חברות הביטוח

22. בפתח טיעוניהן, עומדות חברות הביטוח על כך שיש להעניק להן רשות ערעור בשל ההשלכות מרחיקות הלכת של החלטת בית המשפט קמא. זאת, בהינתן מספר ההליכים המקבילים הרב שלהכרעת בית המשפט קמא השפעה עליהם, בשים לב לסכום ההשבה הנתבע (העומד, על פי הנטען, בכלל ההליכים המתנהלים בפני בית המשפט המחוזי ובתי הדין האזוריים לעבודה על כ-4 מיליארד ש"ח), ובהתחשב בכך שהחלטת בית משפט קמא סותרת לטענתן הלכות שנקבעו בבית משפט זה ומנוגדת לעמדת הרשות שהוצגה בהליך קמא.

23. לגופו של עניין, טוענות חברות הביטוח כי החלטת בית משפט קמא שגויה ממספר טעמים: ראשית, נטען כי לא נדרשת הסכמה מפורשת של החוסכים על מנת שחברות הביטוח יוכלו לגבות את רכיב הוצאות ניהול ההשקעות מנכסי הקופה. לטענת חברות הביטוח, יש להבחין בין "נכסי הקופה" לבין "חשבונות החוסכים בקופה",

כאשר על פי הדין והפסיקה, ביחס לנכסי הקופה אין לחוסכים זכות ישירה אלא זכות הבעלות נתונה לחברות הביטוח. כפועל יוצא, בידי האחרונות הסמכות לפעול לפי שיקול דעתן בניהול נכסי הקופה, ועל כן אינן זקוקות להסכמה מפורשת של החוסכים לשם ביצוע פעולות בנכסי הקופה, לרבות תשלום הוצאות לצדדים שלישיים הנדרשות כחלק בלתי נפרד מביצוע ההשקעות – והכול, בכפוף לכך שחברות הביטוח פועלות לטובת החוסכים. לחלופין, אפילו אם לחברות הביטוח לא הייתה זכות בעלות בנכסי הקופה, הרי שמכוח דיני הנאמנות הן היו רשאיות לבצע פעולות בנכסי הקופה כחלק ממילוי חובותיהן לשם הגשמת מטרת הנאמנות, וזאת ללא צורך באישור החוסכים. בתוך כך, מדגישות חברות הביטוח כי הוצאות ניהול ההשקעות משולמות באופן אחיד מכלל נכסי הקופה, להבדיל מדמי הניהול הנגבים ישירות מחשבוננו האישי של החוסך, ועל כן השוני בדרישת ההסכמה בין שני התשלומים הללו. עוד נטען בהקשר זה כי לא ניתן ללמוד מהחלטה בעניין ת"צ (מרכז) 30028-04-11 יצחקי נ' מגדל חברה לביטוח (21.11.2016) (להלן: עניין יצחקי) (בקשות רשות ערעור שהגישו חברות הביטוח באותו עניין – רע"א 4011/17, רע"א 4016/17 ורע"א 4020/17 – נמחקו ביום 6.2.2019 לאחר שהמערערות חזרו מהן בהמלצת בית משפט זה), בהינתן שהחלטה זו מתייחסת לגביית תשלומים ישירות מחשבונות החוסכים, ועבור כיסה של חברת הביטוח, שלא כמו בענייננו. כן נטען כי עמדת הרשות זהה לעמדת חברות הביטוח, ובהינתן ההלכות שנקבעו בדבר המשקל שיש ליתן לעמדת המאסדר, שגה בית משפט קמא עת פסק בניגוד לעמדה זו.

24. שנית, אף בהתאם לפוליסות נושא בקשות האישור, חברות הביטוח היו רשאיות לגבות את רכיב הוצאות ניהול ההשקעות מנכסי הקופה. זאת, משום שהפוליסות הללו קובעות כי החוסכים זכאים ל"תשואה" או ל"רווחי ההשקעה" שמניבים נכסי הקופה, וברי כי משמעותן הטבעית של המילים "תשואה" ו-"רווח" היא הכנסות לאחר ניכוי הוצאות. חברות הביטוח טוענות כי בית משפט קמא אומנם הכיר בכך שהחוסכים זכאים לקבל את התשואה לאחר ניכוי עלויות העסקה, אך הסביר כי עובדה זו, כשלעצמה, אינה מספקת מענה לשאלה מי יישא בעלויות העסקה. ברם, לטענתן, קביעה לפיה החוסכים אינם נושאים בעלויות העסקה משמעותה כי החוסכים מקבלים יותר מה"תשואה" או מה"רווח" שהובטחו להם בפוליסות. עוד טוענות חברות הביטוח בהקשר זה כי בית משפט קמא שגה ביישום כלל "הפרשנות נגד המנסח", שכן פרשנות לטובת החוסכים היא פרשנות המכירה בהרשאת חברות הביטוח לשלם את הוצאות ניהול ההשקעות ישירות מנכסי הקופה, ולא לשאת בעלות זו בעצמן. זאת, מן הטעם שרק בדרך הזו נוצרת

זהות אינטרסים בין החוסכים לבין חברות הביטוח באופן שמיא את התשואה עבור החוסכים.

25. שלישית, נטען כי גם אם הפוליסות 'שותקות' בנוגע לתשלום הוצאות ניהול ההשקעות, אין להסיק מ'שתקה' זו על קיומו של הסדר שלילי, אלא יש לראות בכך חסר בחוזה אשר יש להשלימו בהתאם לנוהג (לפיו, חברות הביטוח נהגו לשלם הוצאות אלה ישירות מנכסי הקופה, ולכך היה מודע גם המאסדר) ולדין הדיספוזיטיבי (הוראות חוק הנאמנות המכירות בזכאות הנאמן לשיפוי בגין הוצאות סבירות). בתוך כך, נטען כי אין ללמוד מההוראות בפוליסות בדבר גביית דמי ניהול על קיומו של הסדר שלילי בכל הנוגע לגביית הוצאות ניהול ההשקעות, בהינתן השוני בין גביית דמי ניהול, הנקבעים באופן פרטני מול כל חוסך והמועברים במישרין לכיסה של חברת הביטוח (כך שמתקיים ניגוד עניינים מובהק בין החוסך לחברת הביטוח), ובין הוצאות ניהול ההשקעות, אשר מועברות לצדדים שלישיים, ולפיכך אין לחברות הביטוח כל תמריץ להגדילן. תמיכה לכך, לשיטת חברות הביטוח, מצויה בהוראות סעיף 8 לחוק הנאמנות, המבחינות בין זכאותו של הנאמן לשכר ובין זכאותו לשיפוי בגין הוצאות סבירות שהוציא. עוד טוענות חברות הביטוח כי המסקנה בדבר קיומו של הסדר שלילי מתבססת על ההנחה של הסכמה שבשתקה, בעוד שאין זה סביר להניח כי החוסכים הסכימו להסדר הפוגע במקסום התשואה עבורם, ובוודאי שחברות הביטוח לא הסכימו להסדר לפיו הן נושאות בעלויות ההשקעה בעוד החוסכים נהנים מפירותיה. חברות הביטוח מוסיפות וטוענות כי קביעת בית המשפט קמא בדבר קיומו של הסדר שלילי מנוגדת לפסיקתו של בית משפט זה באשר להתניה על הוראות דיספוזיטיביות, כדוגמת סעיף 8 לחוק הנאמנות. לטענתן, כאשר סוגיה מסוימת מוסדרת בדין הדיספוזיטיבי, קמה חזקה כי דין זה מהווה חלק מהסכמת הצדדים, בהיעדר הוראה אחרת בהסכם ביניהם. מכאן, ולאור הכללים שנקבעו בפסיקה בדבר האפשרות לסתור חזקה זו, שתיקה בלבד איננה יכולה להתפרש כהתניה על דין דיספוזיטיבי. ביישום לענייננו נטען כי סעיף 8 לחוק הנאמנות מתיר לחברות הביטוח לשלם את הוצאות ניהול ההשקעות ישירות מנכסי הקופה, בעוד אין כל ראיה המעידה כי הצדדים הסכימו להתנות על הוראה זו.

26. בצד האמור, חברות הביטוח טוענות כי לאור עמדת הרשות בדבר הנזק שעלול להיגרם לציבור מקבלת בקשות האישור, ובהתאם לאמור בסעיף 8(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, היה על בית המשפט קמא לדחות את בקשות האישור, ולמצער את סעד ההשבה המבוקש במסגרתן. עוד מדגישות חברות הביטוח כי הוצאות ניהול ההשקעות שולמו לצדדים שלישיים על מנת לבצע את ההשקעות עבור החוסכים וכדי להשיא את

התשואה המיטבית עבורם, כך שאין מדובר בכספים שהועברו לכיסן של חברות הביטוח, ועל כן לא מדובר במקרה בו נעשה לחוסכים עוול. אדרבא, לשיטתן כאמור, אין לאפשר לחוסכים ליהנות מפירות ההשקעות מבלי לשאת בעלות ההשקעות.

טענות המשיבים

27. המשיבים, מצדם, דוחים את טענות חברות הביטוח וסבורים כי החלטת בית משפט קמא בדין יסודה. תחילה טוענים המשיבים כי טענת חברות הביטוח לפיה אין צורך כלל בהסכמת החוסכים לצורך גביית הוצאות ניהול ההשקעות, לא נטענה בפני בית משפט קמא אלא מועלית לראשונה במסגרת בקשת רשות הערעור, ומכל מקום, אין בה ממש. לטענת המשיבים, הגם שלחוסכים אין זכות להתערב באופן ניהול נכסי הקופה, אין חברות הביטוח רשאיות לעשות בנכסי הקופה כברצונן, אפילו אם הדבר נעשה לטובת החוסכים, אלא מתחם פעילותן ושיקול הדעת שלהן מוגדר בפוליסה (המסדירה את היחסים בין הצדדים) ועליהן לפעול על פיה. לפיכך, בהיעדר הוראה בפוליסה המתירה לחברות הביטוח לנכות את הוצאות ניהול ההשקעות מנכסי הקופה, לא היו רשאיות חברות הביטוח לנכותן. המשיבים מוסיפים ומדגישים כי יש להבחין בין זכותן של חברות הביטוח לבצע מגוון פעולות בנכסי הקופה לצורך ניהול ההשקעות, ואשר ביחס אליהן לא נדרשת הסכמה ספציפית מצד החוסכים, לבין הקביעה מי יישא בעלויות של אותן פעולות, לגביה נדרש עיגון בפוליסה, שאחרת חברת הביטוח היא זו שתישא בהן. כן דוחים המשיבים את ההבחנה המוצעת על ידי חברות הביטוח בין "נכסי הקופה" ובין "חשבונות החוסכים בקופה", וגורסים כי בין אם גריעת הכספים נעשית מ"נכסי הקופה" ובין אם מ"חשבונות החוסכים בקופה", עליה להיעשות בהתאם להוראות הפוליסה. בהקשר זה, מציינים המשיבים כי הסיבה שבגינה דמי הניהול מנוכים מחשבונות החוסכים באופן ישיר ואילו הוצאות ניהול ההשקעות מנוכות מכלל נכסי הקופה היא טכנית בלבד, ואין בה כדי לשנות את הצורך בהוראה מתאימה בפוליסה המתירה את גבייתן.

28. עוד דוחים המשיבים את טענת חברות הביטוח כי גביית הוצאות ניהול ההשקעות מנכסי הקופה מטיבה עם החוסכים. ראשית, נטען כי לו טענה זו הייתה נכונה, הרי שהמחוקק לא היה טורח להגביל בחוק את היקף ההוצאות שניתן לנכות מנכסי החוסכים. שנית, טענה זו בוודאי אינה נכונה באופן גורף וייתכנו מצבים בהם יפעל הדבר לרעת החוסכים. שלישית, דמי הניהול המשולמים לחברות הביטוח נגזרים ממסת

הנכסים בקופה, ועל כן לחברת הביטוח יש אינטרס להתקשר בהשקעה כדאית אשר יש בה כדי להגדיל את מסת הנכסים בקופה, גם אם היא זו שנושאת בעלויות העסקה.

29. כמו כן, טוענים המשיבים כי בניגוד לנטען על ידי חברות הביטוח, הוראות הפוליסות נושא בקשות האישור כלל אינן מתייחסות לגביית הוצאות ניהול השקעות, והתשלומים היחידים שנקבעו בהן הם דמי הניהול ותשלומי חובה. בתוך כך, טוענים המשיבים כי לא ניתן ללמוד מהמונחים "רווח" או "תשואה" כי ינוכו מכספי החיסכון הוצאות כלשהן, ואפילו אם ניתן היה להניח כי ינוכו הוצאות מסוימות, מונחים אלה אינם מספקים מענה לשאלה מהן ההוצאות שמותר לחברות הביטוח לנכות, ובפרט מדוע על החוסכים להניח כי בהיעדר כל אזכור בפוליסה עליהם לשאת בהוצאות ניהול השקעות בנוסף לדמי הניהול שנועדו לכסות את הוצאות חברות הביטוח. עוד טוענים המשיבים בעניין זה כי החלטתו של בית המשפט קמא אינה נשענת על כלל "הפרשנות נגד המנסח", ואף אם היה נדרש להפעיל כלל זה, לא היה בכך כדי להגיע למסקנה שונה מזו שאליה הגיע.

30. מלבד האמור, מוסיפים המשיבים כי אין בחוק הנאמנות כדי לסייע לחברות הביטוח. לשיטת המשיבים, הפוליסות מהוות הסדר ממצה שנועד להסדיר את מכלול ההסכמות בין הצדדים, ועל כן היעדר התייחסות להוצאות ניהול ההשקעות מלמד על קיומו של הסדר שלילי ולא על חסר שיש להשלימו. מכאן, שאין תחולה לנוהג או לדין הדיספוזיטיבי, ובכלל זה להוראות חוק הנאמנות (ואף סעיף 11 לחוק הנאמנות קובע כי תחולת סעיף 8 לחוק כפופה ל"תנאי הנאמנות", היא הפוליסה בענייננו). הדברים אמורים ביתר שאת כאשר עסקינן בחוזה ביטוח, המהווה הסדר שלם ומקיף של היחסים בין חברת הביטוח לחוסך, ובמיוחד בהינתן שמדובר בעסקה מסחרית בין הצדדים שהוכתבה ברובה על ידי חברת הביטוח באופן חד צדדי, כך שבוודאי שאין לפנות להוראות חוק הנאמנות ולהוסיף זכויות שלא נקבעו בפוליסה לטובת חברות הביטוח. עוד מבהירים המשיבים בהקשר זה כי הפוליסה לא מתנה על הדין הדיספוזיטיבי, שכן מדובר בהסדר שלילי כאמור, ומכל מקום אפילו אם כך היה, אין בהלכות שהובאו על ידי חברות הביטוח כדי לתמוך בטענתן לתחולת סעיף 8 לחוק הנאמנות על ענייננו.

31. לבסוף, טוענים המשיבים כי הטענה לקיומו של נזק משמעותי לציבור לא נטענה על ידי מי מחברות הביטוח; כי הישענות חברות הביטוח על סעיף 8(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות מהווה הרחבת חזית אסורה; כי אין לקבל את עמדת הרשות לפיה היעדר קיומה של הרשאה בפוליסה אינה משמיעה את המסקנה כי הגבייה נעשתה שלא

כדין, הן משום שאינה נשענת על כל נימוק או הסבר בבסיסה והן משום שאימוץ עמדת המאסדר נעשה עת מדובר בפרשנות הנחיותיו שלו, בעוד בענייננו עסקינן בפרשנות הפוליסות; וכי בענייננו לא מתקיימים התנאים שנקבעו בפסיקה למתן רשות ערעור.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה

32. בהתאם להחלטתי מיום 3.11.2019, ביום 12.8.2020 הודיע היועץ המשפטי לממשלה (להלן: היועמ"ש) על התייצבותו במסגרת ההליך, והגיש את עמדתו בעניין. לעמדת היועמ"ש, המדובר במקרה המצדיק מתן רשות ערעור, וזאת בהינתן השאלות העקרוניות המתעוררות במסגרת בקשת רשות הערעור דנן; לנוכח השלכות הרוחב של הסוגיות הנדונות על הליכים ייצוגיים נוספים התלויים ועומדים לפני מספר ערכאות דיוניות; ובשל שיקולים של יעילות דיונית והצורך במתן הכרעה חדה כדי ליצור ודאות משפטית ולמנוע הכרעות סותרות.

33. לגופם של דברים, סבור היועמ"ש כי דין בקשת רשות הערעור להתקבל, במובן הזה שתבוטל החלטת בית המשפט קמא ובקשות האישור יידחו, אך נימוקיו אינם חופפים במלואם לאלו של חברות הביטוח. לטענת היועמ"ש, נקודת המוצא היא כי זכויות וחובות הצדדים נדרשות להיות מעוגנות בחוזה הביטוח ובפוליסות החיסכון. לפיכך, אין בהסדר התחיקתי המתיר את גבייתן של הוצאות ניהול ההשקעות, כשלעצמו, כדי לשמש תחליף להסכמת הצדדים במישור החוזי הנדרשת כתנאי לגביית הוצאות אלה. כך גם, בהיעדר עיגון חוזי, זכותן של חברות הביטוח לנהל את נכסי הקופה ולבצע פעולות לשם השאת רווחי החוסכים, בהתאם לשיקול דעתן הענייני והמקצועי, איננה יכולה לבסס את זכותן לגבות את רכיב הוצאות ניהול ההשקעות מנכסי הקופה. באופן דומה, בהינתן שלשיטת היועמ"ש אין להוראות חוק הנאמנות תחולה ישירה בענייננו, אין בהוראות אלה כדי לפטור את חברות הביטוח מהצורך בעיגון חוזי של גביית רכיב הוצאות ניהול ההשקעות. בצד זאת, ומבלי להכריע בשאלה האם קמה במקרה דנן נאמנות מכוח הסכם, גורס היועמ"ש כי ניתן ללמוד מהוראות חוק הנאמנות בעת בחינת הפרשנות הראויה של הפוליסות. בנוסף, היועמ"ש איננו סבור כי נדרשת הכרעה בשאלה האם הפוליסות בהן עסקינן מהוות הסדר ממצה המלמד על קיומו של הסדר שלילי, אם לאו.

34. יחד עם זאת, היועמ"ש טוען כי בחינת פרשנות הפוליסות בהן עסקינן, על פי לשונן, תכליותיהן וכלל נסיבות העניין, מביאה למסקנה כי קיים עיגון בהוראות

הפוליסות לגביית רכיב הוצאות ניהול ההשקעות. היועמ"ש גורס כי את המונח "תשואה", המופיע בפוליסות נושא בקשות האישור, יש לפרש בהתאם לאופן שהציעו חברות הביטוח, קרי הרווחים שהופקו לאחר ניכוי הוצאות שהוצאו לשם הפקת אותם רווחים, ובכלל זה הוצאות ניהול ההשקעות. בתוך כך נטען כי פרשנות זו עולה בקנה אחד עם טובת החוסכים בראי התמונה הכוללת, ועם עמדתה המקצועית של הרשות, לפיה תשלום הוצאות ניהול ההשקעות מנכסי הקופה מביא להשאת רווחי החוסכים ולשמירה על האינטרסים שלהם. על פי הנטען, גביית הוצאות ניהול ההשקעות מנכסי הקופה מתמרצת את חברות הביטוח לבחור באפיקי השקעה בעלי פוטנציאל לתשואה גבוהה יותר וכן מעודדת ביזור של ההשקעות (לרבות באמצעות השקעות בחו"ל), וכפועל יוצא מביאה לחיסכון גדול יותר ולפיזור הסיכון. לעומת זאת, השתתף ההוצאות האמורות על חברות הביטוח יוצרת ניגוד עניינים מובנה בין הרצון העסקי להרוויח מדמי הניהול לבין הרצון להשיא תשואה מיטבית לחוסכים, באופן שעלול להוביל לפגיעה בתשואה ובסכום החיסכון לו יהיו זכאים החוסכים, וכן לצמצום היקף ביזור ההשקעות תוך חשיפת תיק ההשקעות לסיכון גבוה יותר. בנוסף טוען היועמ"ש כי יש לתת משקל לכך שדחיית הפרשנות המוצעת על ידו עלולה להוביל לכך שחברות הביטוח לא יוכלו לגבות מכאן והלאה את ההוצאות האמורות מנכסי הקופה ביחס לכל הפוליסות הקיימות, וזאת בהינתן שחברות הביטוח אינן יכולות לשנות את הפוליסות הקיימות באופן חד צדדי, ומצב זה יביא לפגיעה בחוסכים שיקבלו בסופו של דבר סכומים נמוכים יותר. עוד טוען היועמ"ש כי הוראות חוק הנאמנות המתירות לנאמן לגבות שיפוי בגין הוצאות סבירות שהוציא עקב מילוי תפקידו תומכות אף הן בפרשנות המוצעת לפוליסות. זאת ועוד, היועמ"ש מוסיף כי עקרונות של היגיון ושכל ישר, כמו גם העובדה שגביית הוצאות ניהול ההשקעות נעשתה בהתאם לנוהג של שנים ארוכות, מחזקים את הפרשנות האמורה. כן מדגיש היועמ"ש כי רכיב הוצאות ניהול ההשקעות איננו כדמי ניהול, אלא מדובר בעלויות עסקה המשולמות ישירות לצדדים שלישיים, ולא לחברות הביטוח, בעוד החוסכים הם אלה שנהנים מהתמורה שמתקבלת בעקבותיהן, ועל כן ראוי שהחוסכים הם אלה שיישאו בהוצאות אלה.

35. היועמ"ש מוסיף וטוען כי יש ליתן את הדעת לכך שככל שפרשנות בית המשפט קמא תיוותר על כנה והגופים המוסדיים יידרשו להשיב את הכספים שנגבו, עלול הדבר לגרום לפגיעה משמעותית בענף החיסכון בארץ (ובסופו של דבר לפגיעה בחוסכים עצמם), בהינתן היקף ההליכים המתנהלים לפני הערכאות הדיוניות השונות וסכום ההשבה המצטבר הנאמד בכמיליארדי שקלים חדשים. עוד גורס היועמ"ש כי יש לייחס משקל גם לעמדת הרשות, אשר אמונה על התחום ובעלת הידע והמומחיות בעניין,

ובמיוחד כאשר עסקינן בשאלות מקצועיות מובהקות אשר להכרעה בהן השפעה רחבה על טובת החוסכים, כבמקרה דנן. לבסוף, היועמ"ש מציין כי עמדתו מתיישבת עם פסק הדין בעניין יצחקי, באשר היא נשענת על ההנחה כי נדרש עיגון בהוראות הפוליסה לצורך גביית הוצאות ניהול ההשקעות.

התייחסות המשיבים לעמדת היועמ"ש

36. המשיבים, בהתייחסותם, חולקים על עמדת היועמ"ש. בראש ובראשונה מצביעים המשיבים על הסתירה בין עמדת הרשות שהובאה בהליך קמא, לפיה היעדר קיומה של הרשאה בתקנון הקופה (ובהיקש לענייננו – בפוליסות) אינה משמיעה את המסקנה כי הגבייה נעשתה שלא כדין, לבין עמדת היועמ"ש, לפיה גביית הוצאות ניהול ההשקעות מחייבת עיגון בהוראות הפוליסה. לגופם של דברים, המשיבים דוחים את עמדת היועמ"ש כי פרשנות המונח "תשואה" מלמדת על הרשאה בפוליסה לגביית הוצאות ניהול ההשקעות מנכסי הקופה, ומפנים לתגובתם ביחס לטענת חברות הביטוח בעניין זה. בתוך כך, מדגישים המשיבים כי הגדרת ה"תשואה" בפוליסות בהן עסקינן אינה מתייחסת לכך שהתשואה מחושבת לאחר ניכוי הוצאות כלשהן, ומכל מקום הביטוי "הוצאות" לא נזכר בפוליסות נושא בקשות האישור, ולו במרומז, ועל כן אין זה ברור לחוסך הסביר כי ייגבו ממנו הוצאות כלשהן בנוסף על דמי הניהול. עוד טוענים המשיבים כי עמדת היועמ"ש מערבת בין השאלה האם רצוי לאפשר לגופים מוסדיים לגבות את הוצאות ניהול ההשקעות לבין השאלה האם הצדדים הסכימו לגבייה זו במסגרת הפוליסות נושא בקשות האישור. לשיטת המשיבים, ובניגוד לנטען על ידי היועמ"ש, תכלית הפוליסות היא להסדיר את היחסים שבין החוסך לבין חברת הביטוח, ולהגדיר את זכויותיהם וחובותיהם, ומכאן שתכלית זו אינה מלמדת על המסקנה כי על החוסכים דווקא לשאת בהוצאות ניהול ההשקעות, במיוחד כאשר הדין מתיר את גביית הוצאות אלה מכספי החיסכון אך לא מחייב זאת. כן טוענים המשיבים כי טענת היועמ"ש, לפיה גביית הוצאות ניהול ההשקעות מנכסי הקופה מביאה להשאת רווחי החוסכים, נטענה ללא ביסוס. בנוסף, המשיבים מטילים ספק בטענת ניגוד העניינים שהעלה היועמ"ש אם לא תתקבל פרשנותו, בהינתן החובות המוטלות על חברות הביטוח. לבסוף, דוחים המשיבים את חששו של היועמ"ש ליציבות הגופים המוסדיים, ומכל מקום נטען כי אין להתחשב במסגרת ההליך דנן בשיקולים הנוגעים לנתבעים אחרים שאינם צד להליך.

המצטרפים להליך והתייחסותם לעמדת היועמ"ש

37. ביום 16.9.2020 הגישו תשעה מבקשים מייצגים בהליכים המקבילים המתנהלים בבית הדין האזורי לעבודה בתל אביב (לפני כב' השופטת יפית מזרחי-לוי), ואשר מיוצגים על ידי אותם באי כוח, בקשה להצטרף להליך על דרך של הגשת תגובה לעמדת היועמ"ש, וביום 6.10.2020 התרתי את הצטרפותם (להלן: המבקשים בהליכים המקבילים).

38. במסגרת עמדתם טענו המבקשים בהליכים המקבילים כי פרשנות היועמ"ש מבוססת על הנחות יסוד שגויות. לטענתם, הוצאות ניהול ההשקעות מורכבות בעיקרן מעמלות ניהול חיצוני, ועל כן לא מדובר בעלויות עסקה, אלא בדמי ניהול נוספים אשר מבחינת החוסך אינם שונים במהותם מדמי הניהול המשולמים לחברות הביטוח (למעט זהות מקבל התשלום). לפיכך, כשם שגביית דמי הניהול חייבת להיות מעוגנת בפוליסה, כך גם גביית הוצאות ניהול ההשקעות. כמו כן, נטען כי השאלה האם גביית הוצאות ניהול ההשקעות מנכסי הקופה מטיבה עם החוסכים איננה רלוונטית להכרעה בשאלה האם הגבייה מותרת ומוסכמת בהתאם לפוליסה. ממילא, לא הוכח כי הכספים שנוהלו בניהול חיצוני (ובגיננו שולמו עיקר הוצאות ניהול ההשקעות כנטען) הניבו תשואה עודפת ביחס לכספים שנוהלו על ידי חברות הביטוח במישרין, למצער לא בשנים הרלוונטיות לבקשות האישור. כן דוחים המבקשים בהליכים המקבילים את הטענה כי פרשנות היועמ"ש תטיב עם החוסכים, גם לגופה. לטענתם, בכל הנוגע לעבר, הרי שקביעה לפיה חברות הביטוח יידרשו להשיב כספים שנגבו שלא כדין בוודאי תטיב עם החוסכים. בכל הנוגע לעתיד, נטען כי ככל שגביית הוצאות ניהול ההשקעות מכספי החוסכים אכן מטיבה עמם (ולא כך לשיטתם), ברי כי החוסכים יתנו את הסכמתם לכך, או שהמאסדר יעשה שימוש בסמכותו ויתקן את ההסדר החוזי. מנגד, לשיטת המבקשים בהליכים המקבילים, אם תתקבל פרשנות היועמ"ש יהווה הדבר תקדים מסוכן שיאפשר לחברות הביטוח להשית על לקוחותיהן הוצאות שאין להן כל אזכור בפוליסות. עוד שוללים המבקשים בהליכים המקבילים את הטענה כי אם לא יותר לחברות הביטוח לגבות את הוצאות ניהול ההשקעות מנכסי הקופה ייווצר ניגוד אינטרסים מובנה. לטענתם, לחברות הביטוח יש אינטרס כלכלי מובהק במקסום התשואה, הן משום שדמי הניהול נגבים כאחוז מסך הנכסים והן בשל התחרות בשוק הגמל והחיסכון בין חברות הביטוח ובתי ההשקעות בהשגת התשואה הגבוהה ביותר.

39. בנוסף, המבקשים בהליכים המקבילים טוענים כי פרשנות המונח "תשואה" באופן המתיר את גביית הוצאות ניהול ההשקעות מנכסי הקופה – שגויה ובלתי סבירה, הן בהיבט הלשוני והן בהיבט העקרוני. בדומה למשיבים, גם המבקשים בהליכים המקבילים סבורים כי אין לקרוא לתוך המונח "תשואה" הסכמה מכללא לשלם את הוצאות ניהול ההשקעות, בוודאי כאשר בעיקרן מדובר בדמי ניהול של מנהלי השקעות נוספים שמבצעים את השירות שחברות הביטוח נדרשו לספק ובתמורה לדמי הניהול שמשולמים להן. זאת ועוד, זכות החוסכים לתשואה היא חובה שבדין, בין אם נכתבה בפוליסה ובין אם לאו. לפיכך, לא ניתן ללמוד מעיגון החובה האמורה בפוליסה על קיומו של עיגון חוזי לגביית הוצאות ניהול ההשקעות. יתרה מכך, אפילו נניח כי פרשנות המונח "תשואה" משמעותו "תשואה נטו", הרי שלכאורה מונח זה מהווה עיגון חוזי מספק גם לגביית דמי ניהול, במיוחד בהינתן שהוראות הדין והרגולציה מתייחסות בהגדרת המונח "תשואה נטו" לניכוי דמי הניהול. ואולם, לטענת היועמ"ש דמי הניהול נדרשים עיגון מפורש בחוזה, ומכך נלמדת חוסר הקוהרנטיות שבעמדתו. לטענת המבקשים בהליכים המקבילים, העיגון החוזי הנדרש לצורך התרת גבייתן של הוצאות ניהול ההשקעות מנכסי הקופה הוא "אך ורק בדמותה של הוראה מזכה ברורה [...] כפי שנעשה ביחס לכל רכיב אחר בפוליסה וכפי שעשו חברות אחרות" (סעיף 59 לטיעוני המבקשים בהליכים המקבילים). זאת, בין היתר, משום שתשלום הוצאות ניהול ההשקעות מנכסי הקופה מהווה טובת הנאה לחברות הביטוח, ועל כן יש צורך לעגן זאת באופן ברור ומפורש במערכת ההסכמית בין הצדדים כתנאי לתשלומן.

40. כמו כן, נטען כי עמדת היועמ"ש עומדת בסתירה הן לעמדת הרשות שהוגשה בהליך קמא, לפיה היעדרה של הרשאה בתקנון אינה מעידה כי הגבייה נעשתה שלא כדין, והן לחוזרי הרשות העדכניים, לפיהם נדרשת הוראה חוזית מפורשת המסדירה את גביית הוצאות ניהול ההשקעות. עוד נטען כי בניגוד לעמדת היועמ"ש, ההשוואה להחלטה בעניין יצחקי דווקא מלמדת כי מסקנתו של בית המשפט קמא נכונה, והדברים אמורים מקל וחומר בהינתן שהוצאות ניהול ההשקעות כלל לא אוזכרו בפוליסות נושא בקשות האישור, ואילו בעניין יצחקי אוזכר "גורם הפוליסה" בפוליסות שנדונו שם. לא זו אף זו, גם כללי הפרשנות – ובכללם, פרשנות הפוליסה על פי המשמעות המילולית הפשוטה והטבעית, המעמד הדומיננטי שיש ליתן ללשון החוזה, כלל הפרשנות נגד המנסה וכלל הפרשנות לטובת המבוטח – אינם תומכים בפרשנות היועמ"ש.

תגובת חברות הביטוח

41. חברות הביטוח, בתגובתן, חוזרות על נימוקיהן בבקשת רשות הערעור ותומכות את מקצתם בעמדתו של היועמ"ש, תוך שהן דוחות את טענות המשיבים והמבקשים בהליכים המקבילים. בצד זאת, מדגישות חברות הביטוח כי פוליסות החיסכון יוצרות יחסי נאמנות בין חברות הביטוח ובין החוסכים. בהתאם, נטען כי על פי הדין, בהיעדר הגבלה מפורשת, ובכפוף לחובותיו לפי דין, נאמן רשאי לבצע בנכס הנאמנות כל פעולה שלא נאסרה עליו, לרבות תשלום הוצאות שהוצאו לצורך השאת ערכו של נכס הנאמנות, וזאת ללא צורך בהסכמת הנהנה (הם החוסכים בענייננו). עוד מדגישות חברות הביטוח כי חובות הנאמנות בהן חב הנאמן אינן מחייבות אותו לשלם מכיסו הוצאות שהוצאו בעבור הפקת הכנסות לנהנה.

42. בכל הנוגע לטיעוני המבקשים בהליכים המקבילים, חברות הביטוח מוסיפות וטוענות כי מדובר בטענות שלא נטענו בבקשות האישור ואשר נסמכות בחלקן על חומרים שלא הוגשו לבית משפט קמא, ועל כן מדובר בהרחבת חזית אסורה שאין להתירה. לגופו של עניין, חברות הביטוח דוחות את הטענה כי עמלות הניהול החיצוני אינן הוצאות ישירות אלא דמי ניהול נוספים, משום שבתקנות ההוצאות הישירות קבע שר האוצר במפורש כי עמלת ניהול חיצוני מהווה הוצאה ישירה (ולא דמי ניהול), ומכל מקום, אין מדובר בתשלום עבור אותו שירות שבגינו משולמים דמי הניהול, ועל כן, לא עסקינן בכפל גבייה. כן דוחות חברות הביטוח את הטענות כי השתת הוצאות ניהול ההשקעות על חברות הביטוח לא תביא לניגוד עניינים ואף תטיב עם החוסכים.

דו"ח הוועדה המייעצת לממונה על שוק ההון, ביטוח וחיסכון בנושא בחינת ההוצאות הישירות

43. לאחר הדיון שהתקיים בפנינו, במהלכו חזרו הצדדים על טיעוניהם, פורסם ביום 24.11.2021 דו"ח הוועדה המייעצת לממונה על שוק ההון, ביטוח וחיסכון בנושא בחינת ההוצאות הישירות (להלן: דו"ח הוועדה המייעצת). דו"ח זה הוא תוצר של ועדה מקצועית שמינה הממונה במטרה לערוך בחינה מעמיקה של סוגיית ההוצאות הישירות שחברה מנהלת של קופת גמל (וכן חברות ביטוח) רשאית להשית על עמיתי קופת הגמל שבניהולה (וכן על מבוטחים בפוליסות חיסכון וביטוח מנהלים) בעבור ביצוע עסקאות בנכסי קופת הגמל. במסגרת דו"ח זה הגישה הוועדה המייעצת את המלצותיה בנושא

לצורך גיבוש אסדרה עתידית של הסוגיה, אשר לענייננו רלוונטית ההמלצה הנוגעת לשינוי מבנה גביית דמי הניהול וההוצאות הישירות, שאלו הם עיקריה:

המודל הרצוי בעיני הוועדה לתמחור דמי הניהול הוא מודל שבו כל ההוצאות תכללנה במחיר יחיד שיהיה ידוע מראש, שיקבע כשיעור הצבירה, ושיאפשר לחוסך השוואת עלויות קלה יחסית. מחיר כזה יחליף את שלושת המחירים הנהוגים היום. ריבוי המחירים הקיים עלול לפגוע, לא רק ביכולת של הצרכן להשוות מחירים בין יצרנים (גופים מוסדיים) שונים, אלא גם עשוי לאפשר, בתנאים מסוימים, ליצרן (הגוף המוסדי) להעביר לכיסו חלק גדול יותר מ"עודף הצרכן" בהשוואה למה שהוא יכול לעשות כשיש בידיו מחיר אחד. בנוסף, המעבר למודל של מחיר כולל יחיד ייצור קישור טוב יותר בין התיאוריה הכלכלית, שלפיה אין הבדל בין הוצאות מסוגים שונים הדרושות לייצור המוצר או השירות, לבין התמחור בפועל. תרומה אפשרית נוספת של המעבר למחיר יחיד ידוע מראש, הכולל גם את רכיב ההוצאות, היא בכך שבמקום לפעול על סמך מגבלה שרירותית ואקסוגנית של תקרת הוצאות שקבעה הרשות המפקחת, ובמקום ניצול הזדמנויות השקעה באופן "ספונטני" והשתת עלויות על החוסך בדיעבד, כל מנהל חיסכון פנסיוני יקבע לעצמו מראש את מדיניות ההשקעה שלו וממנה יגזרו מגבלת התקציב להשקעות השונות ודמי הניהול (ובכללם ההוצאות) שייגבו מהחוסך. לפיכך, המודל המוצע יוכל להשיג שתי מטרות: האחת היא המעבר מתמחור שחלקו בדיעבד (Ex Post) ולתמחור שכולו נקבע מראש (Ex Ante); והשנייה, מעבר מתמחור מורכב לתמחור חד-פרמטרי פשוט (עמ' 15 לדו"ח הוועדה המייעצת).

44. בעקבות זאת, נעתרנו לבקשות הצדדים להגיש את התייחסותם לדו"ח הוועדה המייעצת, כאשר כל אחד מהם אוחד בדעה כי דו"ח זה תומך בעמדתו (ולמצער, אינו גורע ממנה) וסותר את עמדת הצד שכנגד (ולמצער, אינו תומך בה).

45. היועמ"ש גורס כי אין בהמלצות דו"ח הוועדה המייעצת ובמצאים שהובאו במסגרתו כדי להשליך על ההכרעה בהליך דנן, בהינתן שהדו"ח עוסק באסדרה עתידית בעוד ענייננו במצב המשפטי שחל כיום והרלוונטי לתקופה בה עוסקות בקשות האישור, ועל כן היועמ"ש דבק בעמדתו כפי שהוגשה בהליך. ממילא, לסברת היועמ"ש, ממצאיו של דו"ח הוועדה המייעצת אינם סותרים את עמדתו ואף מחזקים אותה בהיבטים מסוימים. כך, דו"ח הוועדה המייעצת אינו סותר את פרשנות הפוליסות לה טוען היועמ"ש, ואף אינו סותר את הטענה כי השתת הוצאות ניהול ההשקעות על החוסכים

פועלת לטובת האינטרסים שלהם, הן בהיבט של הגדלת התשואה והן בהיבט של פיזור הסיכון. יתר על כן, נטען כי מדו"ח הוועדה המייעצת עולה כי היה ברור שהחוסכים הם אלו שצריכים לשאת בעלויות הוצאות ניהול ההשקעות, ולא הגופים המוסדיים, וזה הנוהג המקובל בשוק מזה שנים רבות. עוד נטען כי הדו"ח מחזק גם את טענת ניגוד העניינים שהעלה היועמ"ש.

46. המשיבים, בתגובה, גורסים כי מדו"ח הוועדה המייעצת עולות שתי מסקנות העומדות בסתירה לעמדת חברות הביטוח והיועמ"ש: המסקנה האחת היא שהוצאות ניהול ההשקעות, ככל שהן נוגעות להשקעות חיצוניות (אשר בוצעו על ידי מנהלי השקעה חיצוניים), לא שיפרו את התשואה לחוסכים בהשוואה להשקעות אחרות. המסקנה השנייה היא שהמודל הרצוי הוא כי גביית הוצאות ניהול ההשקעות תיעשה מחברות הביטוח ולא מכספי החוסכים, כך שדי בתשלום דמי הניהול מצד האחרונים על מנת לכסות את כלל ההוצאות הנדרשות. עוד טוענים המשיבים כי התייחסות היועמ"ש לדו"ח הוועדה המייעצת נעשתה על דרך של הצגת הממצאים והמסקנות באופן חלקי ולא מדויק אשר חוטא לאמור בדו"ח, ואשר עיון מעמיק ויסודי בו דווקא מלמד על חולשת עמדת היועמ"ש וחיזוק עמדתם של המשיבים. כן מדגישים המשיבים כי אומנם הוועדה המייעצת מציינת כי על פי המצב הקיים חברות הביטוח גובות את הוצאות ניהול ההשקעות מכספי החוסכים, אך אין בדו"ח כל התייחסות לשאלה האם הפוליסות בהן עסקין מתירות לחברות הביטוח גבייה זו.

47. המבקשים בהליכים המקבילים סבורים אף הם כי דו"ח הוועדה המייעצת מביא לקריסת עמדתם הפרשנית של היועמ"ש וחברות הביטוח, תוך שהם מדגישים את שתי המסקנות שהוצגו גם על ידי המשיבים. ממילא, כך נטען, חברות הביטוח לא היו רשאיות לגבות את הוצאות ניהול ההשקעות בהיעדר הסכמה מפורשת וברורה של החוסכים – הסכמה שאין בנמצא, ואשר אין בדו"ח כל רלוונטיות לעצם קיומה. כמו כן, המבקשים בהליכים המקבילים טוענים כי דו"ח הוועדה המייעצת שולל את התזה של חברות הביטוח לפיה גביית הוצאות ניהול ההשקעות מותרת מכוח דיני הנאמנות, היות שחוק הנאמנות אינו חל בענייננו; ואפילו היה חל, לא היה בו כדי לסייע, הן משום שלמצער עמלות הניהול החיצוני (המהוות כאמור את עיקר הוצאות ניהול ההשקעות לטענתם) אינן עולות לכדי "הוצאות סבירות" שנאמן רשאי לגבות כשיפוי, והן משום שההתקשרות עם מנהלי ההשקעה החיצוניים מהווה האצלת תפקיד אסורה. לבסוף, דוחים המבקשים בהליכים המקבילים את האמור בהתייחסות היועמ"ש לפיה פרשנותו לא נסתרת ואף מקבלת חיזוק. בהקשר זה, מציינים המבקשים בהליכים המקבילים כי

ההסדר התחקיתי שהתיר את גביית הוצאות ניהול ההשקעות הוא הסדר חדש יחסית, משנת 2008, אשר נועד להוות הסדר זמני שלאחריו יחזרו להסדר הקודם, על פיו ההוצאות משולמות מדמי הניהול, ועל כן, הלכה למעשה, המלצת הוועדה המייעצת איננה בגדר אסדרה חדשה אלא חזרה למצב הקודם.

48. חברות הביטוח, מנגד, טוענות כי דו"ח הוועדה המייעצת איננו רלוונטי לצורך ההכרעה דנן, משהוא עוסק בעניינים שונים מאלו שנדונים בהליך דנן, והגשתו נעשתה שלא לצורך ובניגוד לסדרי הדין והראיות המקובלים. לגופו של עניין, הוסיפו חברות הביטוח כי דו"ח הוועדה המייעצת עוסק בשני נושאים: בחינת שיעור התשואה העודפת שהשיגו השקעות שבוצעו באמצעות קרנות השקעה פרטיות והמלצה בנוגע לאסדרה עתידית של ההסדר התחקיתי. אשר לבחינת שיעור התשואה העודפת, חברות הביטוח טוענות כי אף בהתעלם מדרך הניתוח והממצאים שהובאו בדו"ח הוועדה המייעצת, התשובה לשאלה האם חברות הביטוח רשאיות לשלם הוצאות ישירות מנכסי הקופה בעת ביצוע ההשקעה אינה יכולה להיות מוכרעת על פי תוצאות ההשקעה בדיעבד, ועל כן בחינה זו איננה רלוונטית. בכל הנוגע לאסדרה העתידית, נטען כי מדובר בהמלצה בלבד שאין לה כל תוקף מחייב בכלל, ועל התיק דנן בפרט. מכל מקום, נטען כי ההנחות עליהן נשענות המלצות דו"ח הוועדה המייעצת מחזקות את טענות חברות הביטוח, ובכלל זאת הטענה כי דמי הניהול במתכונת הנוכחית אינם כוללים את ההוצאות הישירות, והטענה בדבר ניגוד העניינים הטמון בהטלת ההוצאות הישירות על חברות הביטוח. לבסוף, דוחות חברות הביטוח את טענות המבקשים בהליכים המקבילים לפיהן תשלום עמלות הניהול החיצוני אינן בגדר "הוצאות סבירות", וכי העברת כספים לניהול חיצוני היא האצלת תפקיד אסורה.

טיוטת תקנות ההוצאות הישירות החדשות שפרסמה רשות שוק ההון, ביטוח וחיסכון

49. בהמשך לדו"ח הוועדה המייעצת ולהמלצותיה, ביום 10.4.2022 פורסמה טיוטת תקנות הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל) (הוצאות ישירות בשל ביצוע עסקאות) (תיקון מס' _), התשפ"ב-2022 (לעיל ולהלן: טיוטת תקנות ההוצאות הישירות החדשות או טיוטת התקנות). ביום 24.4.2022 הותר לחברות הביטוח להגיש את טיוטת התקנות, ובעקבות זאת החל סבב התייחסויות נוסף של הצדדים.

50. חברות הביטוח עמדו על כך שטיוטת התקנות דוחה את המלצת דו"ח הוועדה המייעצת לעבור למודל של תמחור אחיד, ומותירה על כנו את ההסדר הקיים לפיו

ההוצאות הישירות משולמות מנכסי הקופה, בכפוף לשינויים מסוימים בדבר סוגי ההוצאות שניתן לשלם מנכסי הקופה במסלולי ההשקעה השונים. יתר על כן, טיטת התקנות מציעה לבטל לחלוטין את ההגבלה הקיימת על שיעור תשלום עמלות הניהול החיצוני שחברה מנהלת רשאית לגבות, ומותירה זאת לשיקול דעתם של הגופים המוסדיים. נוכח זאת, נטען כי טיטת התקנות מלמדת שהסדר הקיים הוא ההסדר העדיף עבור החוסכים, ועל כן שגה בית המשפט קמא בהחלטתו נושא בקשת רשות הערעור.

51. המשיבים והמבקשים בהליכים המקבילים בהתייחסויותיהם הנפרדות הביעו עמדה דומה וטענו כי טיטת התקנות איננה רלוונטית לענייננו. ראשית, נטען כי חברות הביטוח הפנו לטיטת התקנות מבלי לצרף את "הצעדים המשלימים" לטיטה זו אשר יחד מהווים את הרפורמה המוצעת בתחום. שנית, מדובר בטיטה ראשונית בלבד, ועוד עשויים להיערך בה שינויים. לבסוף, די בעמדתה של הוועדה המייעצת, המורכבת ממומחים בתחום שערכו בחינה מקצועית ומקיפה של הנושא, כדי להפריך את טענות חברות הביטוח והיועמ"ש בדבר קיומה של תשואה עודפת מהשקעות בניהול חיצוני ובדבר המודל הרצוי מבחינת החוסכים, ואין בשאלת אימוץ המלצותיה של הוועדה המייעצת על ידי הרשות כל רלוונטיות לעניין זה.

52. למען שלמות התמונה יצוין כי ביום 16.8.2022 אישרה ועדת הכספים של הכנסת את טיטת התקנות, ונקבע כי התיקון לתקנות יכנס לתוקף בינואר 2023 (להלן: תקנות ההוצאות הישירות 2023). במסגרת התיקון עודכנה ההגדרה של "עמלת ניהול חיצוני" (המשולמת בעבור השקעות בניהול חיצוני) ונקבע כי תוסר המגבלה שחלה על גביית עמלה זו (שעמדה על שיעור של 0.25% מסך כל השווי המשוערך של נכסי הקופה בתום שנת הכספים שחלפה), ותחת זאת כל גוף מוסדי יקבע מראש את השיעור המירבי שניתן לגבות בעבור רכיב זה בכל מסלול השקעה ופרסמו לציבור (תקנה 2א לתקנות ההוצאות הישירות). בצד זאת, הגופים המוסדיים חויבו להציע לחוסכים מסלולי השקעה שאינם כוללים גביית הוצאות ישירות (ובכלל זה עמלת ניהול חיצוני) ומסלולים שהגבייה בהם הוגבלה לסוגי הוצאות מסוימים (ראו תקנה 2ב) לתקנות וחוזר גופים מוסדיים 2022-9-28 "מסלולי השקעה בקופות גמל – תיקון" (28.9.2022)). עוד נקבע כי במסגרת חובות הגילוי והדיווח בדבר גביית דמי הניהול וההוצאות הישירות ושיעורם, על הגופים המוסדיים להציג לחוסך גם את העלות השנתית הכוללת בגין דמי הניהול וההוצאות הישירות במסגרת סכום אחד (תקנה 3ב לתקנות הוצאות ישירות אשר נוספה בתקנות ההוצאות הישירות 2023).

53. לאחר שעיינתי במכלול טענות הצדדים, בכתב ובעל-פה, ובהתאם לסמכותנו על פי תקנה 410 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 החלה על ההליך דנן (וראו גם תקנה 149(2)(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018), אציע לחבריי לדון בבקשת רשות הערעור כאילו ניתנה הרשות לערער והוגש ערעור לפי הרשות שניתנה. זאת, משום שבקשת רשות הערעור בה עסקינן מעוררת שאלה משפטית בעלת חשיבות שטרם נדונה בבית משפט זה, ובהתחשב בהשלכות כבדות המשקל שיש להכרעתנו לא רק על הצדדים להליך, אלא גם על ההליכים המקבילים התלויים ועומדים לפני בתי הדין האזוריים לעבודה בירושלים ובתל אביב.

אקדים מסקנה לדיון ואומר כי לדידי דין הערעור להתקבל, וכך אמליץ לחבריי לעשות – כפי שיפורט להלן.

54. וזו השאלה המשפטית הניצבת בפנינו: חברת ביטוח משווקת פוליסות אשר נועדו להוות מכשיר לחיסכון של כספי החוסכים. לצורך כך, חברת הביטוח משקיעה את כספי החוסכים במגוון אפיקי השקעה. בקשר לפעילות זו גובה חברת הביטוח במישרין מכל אחד מהחוסכים דמי ניהול בשיעור שהוסכם עמו, ובלבד שלא יעלה על הרף המקסימאלי שהוגדר (2% מהחיסכון). בנוסף, מתירה החקיקה לחברת הביטוח לגבות מנכסי הקופה, ובכך בעקיפין מהחוסכים, את ההוצאות הישירות בשל ביצוע ההשקעות, וזאת בכפוף להגבלות שנקבעו בתקנות ההוצאות הישירות, כפי שהשתנו מעת לעת. ואולם, הפוליסות נושא ההליך שלפנינו שותקות בנוגע לגביית הוצאות ניהול ההשקעות – הן ביחס לעצם גבייתן, הן ביחס לשיעורן (ויועור, כי למרות השוני הקיים בין נוסחי הפוליסות הללו, שתיקתן ביחס להוצאות ניהול ההשקעות היא זהה במהותה). במצב דברים זה, נשאלת השאלה האם חברות הביטוח היו רשאיות, במישור היחסים החוזי מול החוסכים (להבדיל מהמישור הרגולטורי), לגבות את הוצאות ניהול ההשקעות מנכסי הקופה, כפי שנהגו, או שמא יש לראותן כמי שנטלו על עצמן לשאת מכיסן ברכיב הוצאה זה, דהיינו לממנו מתוך דמי הניהול, כפי שהן מממנות הוצאות אחרות הכרוכות בפעילותן של חברות הביטוח בכלל, ותפעול פוליסות החיסכון הרלוונטיות בפרט (כגון שכר עובדים, דמי שכירות, הוצאות פרסום וכיו"ב). ככל שחברות הביטוח רשאיות היו לנהוג כפי שנהגו, דין בקשות האישור להידחות, שכן לא מתקיים בהן התנאי הקבוע בסעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות – דהיינו, אין

אפשרות סבירה שהתובענה תוכרע לטובת הקבוצה. לעומת זאת, ככל שפוליסות החיסכון אינן מאפשרות להם, במישור החוזי, לגבות את הוצאות ניהול ההשקעות מנכסי הקופה, הרי שפעלו תוך הפרת החוזה מול החוסכים, והדבר עשוי להביא לאישור ניהול תובענה ייצוגית נגדן.

ודוק, להכרעה בשאלה זו חשיבות כלכלית ניכרת הן לחברות הביטוח והן לחוסכים. ככל שחברת הביטוח זכאית לגבות מהחוסכים את הוצאות ניהול ההשקעות, הרי שהן ינוכו מנכסי הקופה ויביאו להפחתת התשואה אשר ממנה נגזר סכום החיסכון הנצבר לטובת החוסך; ואילו ככל שחברת הביטוח לא הייתה זכאית לפעול כך, הרי שהוצאות אלו היו מושתתות עליה, וכל אחד מהחוסכים זכאי לקבל סכום חיסכון גבוה יותר, בשיעור היחסי של הוצאות ניהול ההשקעות שנוכו במהלך השנים הרלוונטיות לבקשות האישור בהן החזיק בפוליסת החיסכון.

על טיבן של ההוצאות ניהול ההשקעות

55. נעמוד תחילה ביתר הרחבה על מהותן של הוצאות ניהול ההשקעות. המדובר, כאמור, במגוון תשלומים המשולמים על ידי חברות הביטוח לצדדים שלישיים על מנת לאפשר את השקעת נכסי הקופה בהשקעות שונות, לטובת החוסכים. הוצאות ניהול ההשקעות כוללות, בין היתר, עמלות קניה ומכירה של ניירות ערך סחירים, דמי משמורת של ניירות ערך סחירים, הוצאה הנובעת מהשקעה בזכויות במקרקעין ועמלות ניהול חיצוני. אין חולק כי בכפוף לדרישות רגולטוריות משתנות, שאין לפנינו כל טענה שחברות הביטוח לא עמדו בהן, התיר מחוקק המשנה, במסגרת תקנות ההוצאות הישירות, את גלגול הוצאות ניהול ההשקעות על כתפי החוסכים. משכך, ברמה העקרונית, אין מניעה חוקית כי חברות הביטוח ישיתו הוצאות אלה על מבוטחיהן. כמו כן, בהתאם להתנהלותן של ארבע חברות הביטוח בהן עוסק ההליך, הוצאות אלו אינן נגבות במישרין מחשבונות החוסכים, אלא מנוכות מנכסי הקופה, ומקטינות את התשואה הניתנת לחוסכים. כתוצאה מכך, החוסכים נושאים בהוצאות אלה בעקיפין, על בסיס אחיד ושוויוני. מאפיין נוסף של הוצאות ניהול ההשקעות הוא שהן מועברות במלואן לצדדים שלישיים, ואין לפנינו טענה כי חברות הביטוח גוזרות מהן כל עמלה או רווח ישיר לכיסן.

56. העובדה כי הוצאות ניהול ההשקעות משולמות במלואן לצדדים שלישיים, כנגד שירותים הניתנים על ידי האחרונים בקשר להשקעת נכסי הקופה, מבדילה אותן מדמי

הניהול המשולמים בעבור פעילותה של חברת הביטוח (או החברה המנהלת) ומשמשים כמקור הכנסתה. ויובהר, גם דמי הניהול מהווים, לפחות בחלקם, מקור לכיסוי הוצאות בהם נושאות חברות הביטוח, כדוגמת הוצאות התקורה, הכוללות תשלומי שכר עובדי חברות הביטוח, עלויות תפעול, אבטחה, שיווק וכיו"ב. ואולם, הזכות של חברת הביטוח לגבות את דמי הניהול, והיקפם, אינה תלויה בגובה ההוצאות הללו בפועל. כנגזר מכך, דמי הניהול (בשונה מהוצאות ניהול ההשקעות) כוללים גם רכיב משמעותי של רווח עבור חברות הביטוח, אשר גובהו תלוי בהיקף הוצאותיהן, במובן זה שכל חיסכון בהוצאות חברת הביטוח משמעו הגדלה של רכיב הרווח שנותר בכיסה.

זאת ועוד, בשונה מהוצאות ניהול ההשקעות, הנגבות כאמור ישירות מכלל נכסי הקופה המשותפת, ועל כן הן אחדות לכלל החוסכים, דמי הניהול נקבעים ונגבים באופן פרטני מול כל חוסך וחוסכת, ועל כן הם אינם אחדים. גובה דמי הניהול נקבע בהתאם להסכמה שבין חברת הביטוח לבין כל חוסך וחוסכת (ובכפוף להגבלה שבתקנות הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל) (דמי ניהול), התשע"ב-2012, החלות גם על פוליסות ביטוח מהסוג בו עסקינן), וגבייתם מתבצעת באופן שוטף מהחיסכון המצטבר שבחשבון החוסך (וראו סעיפים 1 ו-8.1 לפוליסת הפניקס; סעיפים 1.3 ו-8.2 לפוליסת הראל; סעיפים 1 ו-4(ג) לפוליסת מנורה; סעיפים 1.6 ו-6.1 לפוליסת הכשרה). בנוסף, בעוד גובה דמי הניהול הוא ידוע מראש, הוצאות ניהול ההשקעות, נגזרות מאופי ההשקעות ומשתנות משנה לשנה בהתאם להחלטות ההשקעה שמקבלת חברת הביטוח (או החברה המנהלת), ולפיכך שיעורן אינו ידוע מראש אלא מדובר בנתון שמוצג בדיעבד, על סמך הוצאות בפועל.

57. הוצאות ניהול ההשקעות אותן רשאיות חברות הביטוח לגבות בהתאם לתקנות ההוצאות הישירות אינן עשויות ממקשה אחת. יש ומדובר בהוצאות המשולמות בגין פעולות שהגוף המוסדי אינו מבצע בעצמו, אם בשל רישיון שאין ברשותו ואם בשל שאין מדובר בתחום עיסוקו (כגון קנייה ומכירה של ניירות ערך באמצעות חבר בורסה, דמי שמירה של ניירות ערך סחירים או הוצאות ניהול תביעה בשל השקעה של נכסי הקופה); יש ומדובר בהוצאות חובה הכרוכות בביצוע עסקאות ההשקעה (כגון מיסים החלים על עסקאות שנעשו בנכסי הקופה); ויש ומדובר בהוצאות בעבור פעילות שעל פניו נמצאת בתחום עיסוקו של הגוף המוסדי, אך הן משולמות בגין מומחיות מיוחדת שפיתח צד שלישי והתרת גבייתן נועדה לתמרץ את הגופים המוסדיים להשקיע בנכסים מגוונים יותר (כגון עמלת ניהול חיצוני) (וראו גם סעיף 25 לעמדת היועמ"ש).

58. על הרציונליים שבבסיס ההסדר החקיקתי המתיר את גביית ההוצאות הישירות מנכסי הקופה עמדה הרשות במסגרת עמדתה שצורפה להליך קמא, בצינה כך: "הרציונל העומד בבסיס הוראת הדין המתירה גביית הוצאות אלו הוא הרצון לאפשר לחברה המנהלת לנהל את השקעותיה באופן שישיג את התשואה המיטבית ביותר עבור העמיתים, תוך שאיפה לנטרול השיקולים הנוגעים לשיעור העלויות הנדרשות בגין ניהול השקעות באופן זה מצידה. אפשר להניח, בסבירות גבוהה, כי במידה והוצאות אלו היו מושטות על הגוף המוסדי עצמו (מתוך ההון העצמי שלו ולא מתוך כספי העמיתים), הוא היה בוחר שלא להשקיע בהשקעות מסוימות שיכולות להניב תשואה עודפת לעמיתים. [...] רציונל נוסף בבסיס הוראת הדין הוא לתמרץ את החברה המנהלת לפזר את השקעותיה על פני מגוון רחב של תחומים ושווקים, ובכך למזער את הסיכון שברכוזיות ההשקעות" (סעיף 9 לעמדת הרשות. ראו גם סעיפים 27-32 לעמדת היועמ"ש).

59. בצד זאת, נקבעו כאמור הגבלות, הן בקביעת סוגי ההוצאות שניתן לגבות מהחוסכים והן בקביעת תקרה לשיעור ההוצאות הישירות שניתן לגבות ביחס לסוגי הוצאות מסוימים, אשר נועדו להגן על החוסכים וכספם מפני "בזבוז יתר" מצד חברות הביטוח (או החברה המנהלת) הנובע בעיקרו מבעיית הסיכון המוסרי (Moral Hazard).

60. על פי ממצאי דו"ח הוועדה המייעצת, בשנים 2014-2019 שיעור ההוצאות הישירות הכולל (הן אלה שתחת מגבלת תקרה והן אלה שלא) בשוק החיסכון בכללותו (קרי, בכל מוצרי החיסכון) עומד על כ-0.15% מסך כל השווי המשווער של נכסי הקופה בתום שנה מסוימת, כאשר כמחצית מסך ההוצאות הללו הן עמלות ניהול חיצוני, כחמישית הן הוצאות הקשורות בביצוע עסקאות בנכסים סחירים ולא סחירים והיתרה הן הוצאות הקשורות בהשקעות באמצעות מתווכים אחרים כדוגמת קרנות נאמנות (ראו עמ' 5 לדו"ח הוועדה המייעצת). מעיון בבקשות האישור שלפנינו, עולה כי הסכומים שנגבו מהמשיבים בגין הוצאות ניהול ההשקעות משתנים מחברת ביטוח אחת לשנייה ומחוסך לחוסך (בהתאם למשך והיקף השקעות), והם נעו בשנים 2009 ועד המחצית הראשונה של שנת 2016 בין עשרות שקלים חדשים לבין אלפים בודדים של שקלים חדשים בשנה (סעיף 11 לבקשת האישור בת"צ 20212-09-16; סעיף 13 לבקשת האישור בת"צ 20303-09-16; סעיף 11 לבקשת האישור בת"צ 20383-09-16; סעיף 8 לבקשת האישור בת"צ 20461-09-16). נקל להבין כי הצטברות סכומים אלה, הן על פני שנים והן ביחס לכלל החוסכים אצל חברות הביטוח, עולה לכדי סכום משמעותי, המגיע לכדי מאות מיליוני שקלים חדשים לחברת ביטוח, וביחס לכלל התביעות וכלל הגופים המוסדיים, אף למיליארדי שקלים חדשים (וראו סעיף 68 לעמדת היועמ"ש בה נאמר כי

"היקף ההוצאות הישירות שגבו כלל הגופים המוסדיים הנתבעים בהליכים השונים, נאמד בסכומים של מיליארדי שקלים". הערכה מדויקת יותר לא נמסרה לנו).

61. משעמדנו על טיבן של הוצאות ניהול ההשקעות, נפנה מבטנו לסוגיה שבמוקד המחלוקת: האם גביית הוצאות ניהול ההשקעות במקרים שלפנינו מנכסי הקופה, ובעקיפין מכספי החוסכים, נעשתה כדין? בחינת שאלה זו תיעשה בארבעה שלבים: ראשית אתייחס לטענת חברות הביטוח כי אין כל צורך בהסדרה חוזית של גביית הוצאות ניהול ההשקעות מכספי החוסכים, וזאת בהינתן ההסדרה הרגולטורית של הנושא בתקנות ההוצאות הישירות, והעובדה כי אין מדובר בגבייה ישירה מכל חוסך וחוסך, אלא בתשלום מנכסי הקופה; לאחר מכן אמקד את השאלה שבמחלוקת, תוך חידוד ההבחנות הרלוונטיות לעניין, וניקוי השולחן מסוגיות שאינן דרושות להכרעתנו בהליכים דנן; בשלב הבא אדרש לפרשנותן של פוליסות החיסכון בהן עסקינן, על מנת לבחון האם ניתן ללמוד מהן הרשאה לגביית הוצאות ניהול ההשקעות באופן שבו נגבו; לבסוף, אפנה לבחון האם בהיעדר הסדר חוזי, ניתן ללמוד על אפשרות הגבייה מהוראות הדין הדיספוזיטיבי, ובמיוחד מתחולת דיני הנאמנות על ענייננו; סעיף עוללות, המתייחס לטענת הגנה נוספת שהעלו חברות הביטוח, יחתום את חוות הדעת.

הצורך בהסדרה חוזית של נושא גביית הוצאות ניהול ההשקעות מנכסי הקופה

62. טיעון מקדמי שהעלו חברות הביטוח הוא שהוצאות ניהול ההשקעות לא נוכו מהכספים המגיעים לחוסך הבודד (המצויים בחשבון המשוך לו באופן אישי), כי אם מנכסי הקופה (סך כל הכספים המופקדים על ידי כלל החוסכים והנכסיו שנרכשו באמצעותם אשר מנוהלים על ידי חברת הביטוח), וזאת באופן העולה בקנה אחד עם תקנות ההוצאות הישירות. לפיכך, לשיטתן, כלל לא נדרש עיגון חוזי במערכת היחסים שבין חברת הביטוח לבין החוסך. טיעון זה ניתן לפצל לשניים: ראשית, הטענה כי בשל כך שקיים הסדר חקיקתי המאפשר לחברות הביטוח לגבות את הוצאות ניהול ההשקעות מנכסי הקופה, הרי שאין כל צורך בעיגון זכותה של חברת הביטוח לפעול כך במסגרת מערכת היחסים ההסכמית שבינה לבין החוסכים (להלן: טענת ההסמכה מכוח תקנות ההוצאות הישירות); שנית, הטענה כי בשל כך שהגבייה מבוצעת מתוך נכסי הקופה, המצויים בבעלות חברת הביטוח, ולא מהחשבונות האישיים המשוכים לחוסך הבודד, הרי שאין כלל צורך להסדירה במישור היחסים החוזי, שכן מדובר בניכוי מתוך כספים השייכים מבחינה פורמאלית לחברת הביטוח, ולא בניכוי מכספי החוסך (להלן: טענת ההסמכה מכוח הקניין). דין שתי הטענות הללו להידחות.

63. ככל שמדובר בטענת ההסמכה מכוח תקנות ההוצאות הישירות, הרי שהיא מבוססת על הבנה שגויה של תכלית התקנות. התקנות אינן מורות כעניין אובליגטורי כי ההוצאות הישירות ייגבו על ידי חברת הביטוח מתוך נכסי הקופה, אלא הן אך מתירות לחברת הביטוח כעניין רגולטורי ניכוי של ההוצאות הישירות מנכסי הקופה, במגבלות הקבועות בהן. בלשון משפטית, תקנות ההוצאות הישירות אינן מקנות לחברת הביטוח זכות במובן הצר (זכות כלפי החוסכים) לגביית הוצאות ניהול ההשקעות מנכסי הקופה; הן רק מגדירות את סוגי ההוצאות הישירות של חברות הביטוח יש היתר מבחינת הרגולטור לגבות מנכסי הקופה, וכן "את הסכומים או השיעורים, המרביים, של ההוצאות [הללו]..." (ראו סעיפים 32(א) ו-32(ב) לחוק הפיקוח על קופות גמל). על מנת לייצר לעצמן זכות מול החוסכים לגביית ההוצאות הללו מנכסי הקופה, נדרש איפוא כי יימצא לגבייה זו בסיס נורמטיבי בהתקשרות החוזית שבין חברת הביטוח לבין החוסך. מכאן שקיומן של תקנות ההוצאות הישירות אינו מיתר את הדרישה לקיומו של הסדר חוזי, אלא רק יוצר ותוחם את הבסיס הרגולטורי המאפשר לצדדים להגיע להסכמה חוזית שכזו (עניין יצחקי, בפסקאות 116-118. וראו והשוו: ע"מ 7752/12 אטל נ' מינהל מקרקעי ישראל, פסקאות י"ט-כ' (2.11.2014); רע"א 4838/21 בנק הפועלים בע"מ נ' לפינר, פסקאות 9-10 (22.11.2022)).

64. ככל שמדובר בטענת ההסמכה מכוח הקניין, הרי שהיא מתעלמת מכך שחברות הביטוח מחזיקות בנכסי הקופה בנאמנות עבור החוסכים (בלשון החוק מדובר ב"נכסים המנוהלים בידי מבטח לכיסוי התחייבויות תלויות תשואה"). ראו סעיף 36 לחוק הפיקוח על הביטוח). בכל הנוגע לפוליסות בהן עסקינן, עניין זה לא היה שנוי במחלוקת בין הצדדים (וראו פרוטוקול דיון מיום 11.2.2021, בעמ' 13 ו-18). ואכן, על חברות הביטוח הוטלו בתקנות חובות שונות ביחס לניהול נכסי הקופה, שכותרתן "חובת נאמנות", והכוללות חובות האופייניות לניהול השקעות על ידי נאמן (ראו תקנה 7 לתקנות הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל) (כללי השקעה החלים על גופים מוסדיים), התשע"ב-2012 והגדרת "משקיע מוסדי" בתקנה 1 לתקנות הנזכרות). זאת ועוד, בהתאם לפוליסות בהן עסקינן, הכספים המועברים על ידי החוסכים מופקדים על ידי חברות הביטוח בחשבון נפרד מיתר השקעות החברה (סעיפים 4.2 ו-6.1 לפוליסת הפניקס; סעיף 6.1 לפוליסת הראל; סעיף 5(ב) לפוליסת מנורה; סעיף 11.1 לפוליסת הכשרה. והשוו לסעיף 3(ג) לחוק הנאמנות), ועל חברות הביטוח חלה חובת דיווח כלפי החוסכים בדבר הנעשה בכספים (ראו, למשל, סעיפים 6.9-6.11, 7.3 ו-7.5 לפוליסת הפניקס; סעיף 22 לפוליסת הראל; סעיף 16(ה) לפוליסת מנורה השנייה; סעיף 21

לפוליסת הכשרה. והשוו לסעיף 7(ב) לחוק הנאמנות). במצב דברים זה, וגם בהיעדר הוראת חוק מפורשת המורה כן (השוו, למשל, לסעיף 3(א) לחוק הפיקוח על קופות הגמל), לא ניתן להטיל ספק בכך שמדובר בהסדר נאמנות מכוח הסכם (ראו סעיף 2 לחוק הנאמנות).

65. נאמן איננו רשאי לעשות בנכסי הנאמנות ככל העולה על רוחו, אלא עליו לפעול ביחס אליהם לטובת הנהנה, ובהתאם לתנאי הנאמנות. כך, גם, וביתר שאת, ביחס לשיפוי עצמו על שכרו והוצאותיו מתוך נכסי הנאמנות (ראו סעיפים 8 ו-11 לחוק הנאמנות, אליהם אתייחס בהרחבה בהמשך). אם תאמר אחרת, הרי שבגבולות שקבע הרגולטור, לא היה דבר שהיה מונע מחברות הביטוח לגבות שכר והוצאות כרצונן בגין ניהול כספי החוסכים, ובלבד שגבייה זו הייתה מבוצעת באופן סיטונאי מתוך נכסי הקופה, ולא באופן פרטני מתוך חלקו של כל חוסך וחוסכת. לתוצאה מרחיקת לכת זו לא ניתן כמובן להסכים.

66. המסקנה המתבקשת היא שיש לדחות מכל וכל את טענת חברות הביטוח כי הן רשאיות לנכות את הוצאות ניהול ההשקעות גם אם אין לכך כל בסיס נורמטיבי במערכת היחסים שבין לבין החוסכים. אמור מעתה: גביית תשלום על ידי נאמן מכספי הנאמנות יכולה להתבצע רק אם יש לכך בסיס נורמטיבי במישור היחסים שבינו לבין הנהנה, והעובדה שהשר קבע בתקנות ההוצאות הישירות את סוגי הוצאות ניהול ההשקעות שמותר לחברת הביטוח לגבות, ואת שיעוריהן המירביים, אינה מייתרת את ההכרח להצביע על מקור נורמטיבי שכזה במסגרת היחסים החוזיים כתנאי לביצוע הגבייה.

מיקוד השאלה שבמחלוקת – הזכות לתבוע החזר הוצאות על ידי נאמן בגין פעולה שבוצעה כדין במסגרת תפקידו

67. הסוגיה בה עסקינן, זכותן של חברות הביטוח לגבות את החזר הוצאות ניהול ההשקעות בהן נשאו מתוך נכסי הקופה, מחייבת לתת את הדעת לשלוש הבחנות מרכזיות:

א. חוקיות ביצוע הפעולה והזכות לגבות תשלום בעבור ביצועה: כאשר אדם מבצע פעולה למען זולתו (בענייננו השקעת כספי החוסכים על ידי חברות הביטוח), נדרש מבחינה משפטית להבחין בין שתי שאלות שונות: האחת, האם ביצוע הפעולה הוא כדין; השנייה היא האם ביצוע הפעולה מזכה את הפועל בתשלום.

עניינה של השאלה הראשונה בסמכותו של הפועל לבצע את הפעולה בעבור זולתו, ובחובות המוטלות עליו בנוגע לאופן ביצועה. כך, למשל, בהקשר בו עסקינן, ניתן לשאול האם חברות הביטוח מוסמכות היו להשקיע את כספי החוסכים באופן שבו הושקעו (למשל, האם הכספים הושמו באפיקי השקעה שהיא רשאית להשקיע בהם), והאם השקעה זו בוצעה בהתאם לחובות המוטלות על חברות הביטוח כלפי החוסכים (למשל, האם ההשקעה נבחרה במיומנות ראויה). עניינה של השאלה השנייה בזכותו של הפועל לתבוע מזולתו תשלום בגין ביצוע הפעולה. בענייננו, האם זכאית חברת הביטוח לנכות את הוצאות ביצוע הפעולה מתוך נכסי הקופה, השייכים מבחינה מהותית לחוסכים. חשוב לשים לב כי בין השאלות האמורות לא מתקיים קשר חד-חד ערכי. ייתכנו מצבים בהם הפעולה בוצעה כדין, אך לא עומדת לפועל זכות לתשלום (כך, למשל, בהיעדר הסדר חוזי, תובע היוצר תקדים משפטי חדש אינו זכאי לתשלום כלשהו מתובעים עתידיים שיהנו מפעולתו); וייתכנו מצבים בה פעולה בוצעה שלא כדין, ועדיין תעמוד לפועל זכות לתשלום (לרוב חלקי) בעבור פעולתו (כך, למשל, אדם המציל את חיי חברו עשוי להיות זכאי להחזר הוצאות גם אם הניצול התנגד מלכתחילה לפעולה. ראו סעיף 5(ג) לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979 (להלן: חוק עשיית עושר ולא במשפט); דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך א 175-178 (מהדורה שלישית, 2015) (להלן: פרידמן ושפירא בר-אור)). יחד עם זאת, בין השאלות קיימת זיקה חשובה, שהרי קל לו לאדם לזכות בתשלום כאשר פעולתו נעשת כדין, ומורכב וקשה הרבה יותר לזכותו בתשלום כאשר פעולתו נעשתה שלא כדין. לפיכך, אין דינה של דרישת תשלום המתייחסת לפעולה שבוצעה כחוק, כדינה של דרישת תשלום בגין פעולה שאדם ביצע תוך הפרה של חובותיו על פי דין.

ב. החזר הוצאות ותשלום שכר: כאשר עומדת לאדם זכות לתשלום בעבור פעולה שביצע למען זולתו, הרי שתשלום זה יכול לשקף החזר הוצאות שהוציא הפועל בביצוע הפעולה, וזאת באופן מלא או חלקי. בלשון "החזר הוצאות", הכוונה לתשלומים ששילם הפועל לצדדים שלישיים, ובכלל זה הפסדים שנשא בהם לצורך ביצוע הפעולה. בצד זאת, יכול התשלום לשקף שכר (מוסכם או ראוי) לו זכאי הפועל, דהיינו תמורה הניתנת לו בעבור פעולתו, ואשר איננה נגזרת בצורה ישירה מההוצאות בהן נשא הפועל. ודוק, שכרו של הפועל עשוי לפצות את הפועל גם בעבור הוצאותיו (כולן או חלקן), ואולם בנוסף הוא כולל גם רכיבים אחרים, המשקפים תוספת תשואה לה ראוי הפועל, והמערפלים את הקשר שבין

גובה התשלום לבין רכיב ההוצאות. כך, למשל, בענייננו, הסכומים שגבייתם שנויה במחלוקת משקפים עמלות ששולמו בפועל על ידי חברות הביטוח, כחלק מהליך ההשקעה, לטובת צדדים שלישיים. לפיכך, המדובר במובהק בשאלת זכותן של חברות הביטוח להחזר הוצאות. לעומת זאת, בעניין יצחקי, הרכיב שגבייתו הייתה שנויה במחלוקת כונה אומנם "דמים", וההסבר לגבייתו היה שלחברות הביטוח יש הוצאות שונות בתפעול ההסכם בין הצדדים, ואולם הסכום שנקבע היה אחיד, ולא נקבע על בסיס תחשיב הוצאות בפועל. לפיכך, באותו עניין דובר ברכיב נוסף של שכר. ויובהר, הכללים החלים בעניין הזכות להחזר הוצאות שונים מהכללים החלים ביחס לתביעת שכר, כאשר, ככלל, קיימת יתר נכונות להכיר בזכות להחזר הוצאות, מאשר בזכות לתשלום שכר (ראו, למשל, סעיף 5(א) לחוק עשיית עושר ולא במשפט, המכיר בזכותו של הפועל לשמירת עניין הזולת להחזר הוצאות סבירות, ובכלל זה פיצוי בגין נזקי רכוש שנגרמו לפועל. לשאלה אם בצד תביעה זו, בה הכיר המחוקק, יכול השומר על עניין הזולת, במקרים מתאימים, לתבוע גם שכר ראוי ראו פרידמן ושמירא בר-אור, בעמ' 169-171, 193-194. כן השוו להסדר שהוצע בסעיף 414 לתזכיר חוק דיני ממונות, התשס"ו-2006).

ג. טיב מערכת היחסים במסגרתה ניתן השירות (עבודה, קבלנות, שותפות, נאמנות ועוד): אדם הפועל למען הזולת נותן לו שירות. בענייננו, חברות הביטוח נותנות שירותי ניהול השקעות לחוסכים. הכללים המשפטיים החלים על מתן השירות, ובכלל זה זכותו של נותן השירות לתשלום, תלויים לא רק בטיב השירות עצמו, אלא גם במסגרת המשפטית המסדירה את יחסי הצדדים. אותו שירות עצמו (בענייננו, ניהול השקעות) יכול להינתן במסגרת מגוון רחב של מערכות יחסים משפטיות: עובד-מעביד; קבלן עצמאי-לקוח; שותפות; נאמן-נהנה וכיו"ב. מערכת היחסים במסגרתה ניתן השירות משליכה על הכללים המשפטיים החלים לגבי מתן השירות, ובכלל זה על זכותו של נותן השירות לתשלום בעבור שירותיו. כך, למשל, כאשר אדם מזמין שירות מקבלן עצמאי, יש להניח, בהיעדר הסכם אחר, כי על הקבלן העצמאי מוטל לשאת בהוצאות הנדרשות לצורך מתן השירות; לעומת זאת, כשמדובר בעובד, ההנחה היא שהוצאות מתן השירות יושטו על המעביד (ע"א 454/71 ולנסי נ' פיוניר קונקריט (ישראל) בע"מ, פ"ד כו(2) 322, 326 (1972); בג"ץ 123/81 אלקטרה (ישראל) בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לו(1) 423, 430-431 (1982); איל זמיר "עובד או קבלן" משפטים כב 114, 152 (1992)). לפיכך, בבואנו לעסוק בשאלת זכותה של חברת הביטוח

לתשלום, עלינו לתת את הדעת לא רק לחוקיות מתן השירות, ולהיקף דרישת התשלום, אלא גם לטיב מערכת היחסים במסגרתה ניתן השירות והכללים המשפטיים החלים עליה.

68. על רקע ההבחנות האמורות, חשוב לחדד כי השאלה המתעוררת במקרה שלפנינו עניינה בזכותו של נאמן לתבוע החזר הוצאות בעבור פעולות השקעה שבוצעו על ידו כדין. נבהיר: כפי שצוין לעיל, אין חולק כי מעמדן של חברות הביטוח ביחס לכספי החוסכים הוא כשל נאמן, וממילא שירותי ניהול ההשקעות שהן מספקות ניתנים במסגרת מערכת יחסים זו, ולא במסגרת יחסי מזמין-קבלן עצמאי, יחסי שותפות, יחסי עובד-מעביד או כל מערכת יחסים משפטית אחרת; בנוסף, אין טענה במסגרת בקשות האישור שלפנינו כי ההשקעות שביצעו חברות הביטוח, ואשר בגינן נגבו הוצאות ניהול ההשקעות, חרגו מגדר התנאים שנקבעו להשקעת הכספים, או שבביצוען הופרה אחת מחובות הנאמן (כגון שמדובר בהשקעות שנעשו ללא שקידה ראויה, בניגוד לחובת הזהירות המוטלת על הנאמן (וראו סעיף 10(ב) לחוק הנאמנות) או בניגוד לחובת הנאמנות של הנאמן (ראו סעיף 10(א) לחוק הנאמנות)), ומכאן שעלינו להניח, לצורך הדיון בבקשת רשות ערעור זו, כי מדובר בפעולות השקעה שחברות הביטוח ביצעו כדין; ולבסוף, התשלום אותו מבקשות חברות הביטוח לקבל הוא בגין הוצאות שאין חולק כי שולמו על ידן לצדדים שלישיים, ותביעתן מוגבלת להחזר הסכומים ששולמו, ואינה מגיעה לכדי דרישת שכר נוסף בעבורן.

69. ויודגש, במסגרת בקשות האישור בהן עסקינן לא הטילו המשיבים ספק בכך שלחברות הביטוח עומדת הסמכות לפעול כפי שפעלו. השאלה היחידה שהעמידו למבחן היא האם יש לחברות הביטוח זכות לגבות תשלום בגין החזר ההוצאות שהוצאו בעבור הפעולות שביצעו. מכאן שאין צורך לעסוק בשאלה האם חברות הביטוח היו מוסמכות לבצע את ההשקעות שבוצעו על ידן, אלא ניתן להניח לצורך הדיון כי ההשקעות שבגינן שולמו ההוצאות מושא המחלוקת בוצעו על ידן כדין.

70. אכן, במהלך הדיון בעל-פה, בעיקר נוכח טענות שהועלו מפי המבקשים בהליכים המקבילים, הושמעו גם טענות לפיהן במגזר מסוים של פעילות, השקעות בניירות ערך בחו"ל, פעלו חברות הביטוח שלא בסמכות, עת ביצעו "מיקור חוץ" והסתייעו בשירותיהם של מנהלי תיקים חיצוניים לצורך ביצוע ההשקעות. טענות אלה התחדדו לאחר הדיון, לאור המחלוקת שהתעוררה במסגרת דיוני הוועדה המייעצת בשאלה האם יש לאפשר לחברות הביטוח להשקיע באמצעות מנהלי תיקים חיצוניים,

ובאילו תנאים. אפס, במסגרת בקשות האישור בהן עסקינן לא הועלו, וממילא לא נדונו, כל טענות מסוג זה – לא לעניין הסמכות להשקיע באמצעות מנהלי תיקים חיצוניים, ולא לעניין החובה לגלות פרקטיקה זו לציבור הלקוחות. משכך, כאמור, אין לנו אלא להניח, לצורך הדיון בבקשת רשות הערעור שלפנינו, כי מכלול השקעות חברות הביטוח בוצעו כדין, והשאלה היחידה המתעוררת נוגעת לזכותן של חברות הביטוח לגבות תשלום נפרד בגין שירותים אלה.

71. בהינתן הבהרות אלה נפנה לבחון את השאלה הממוקדת שלפנינו. נפתח בבחינת ההסדר החוזי הכתוב, פוליסות החיסכון, על מנת לראות האם הוא נותן תשובה לשאלה שבמחלוקת. ככל שהתשובה חיובית, הרי שניתן לעצור בכך, שכן הסדר חוזי בעניין זה, ככל שאינו עומד בסתירה להנחיות הרגולטור (בענייננו, תקנות ההוצאות הישירות אשר הגביה תואמת אותן) ולהוראות חוק כופות כגון חוק החוזים האחידים (ולא הועלתה כל טענה בעניין זה) – מחייב את הצדדים וגובר על ההסדרים הדיספוזיטיביים שבחוק (והשוו סעיף 11 לחוק הנאמנות, המבהיר כי לעניין שכר והוצאות הנאמן הוראות החוק כפופות ל"תנאי הנאמנות"). ככל שהתשובה שלילית, ויתברר כי בהסכמים בהם עסקינן קיים חסר בעניין זה, יש לבחון מהי ברירת המחדל לפיה יש להשלים את החסר. ברירת מחדל זו, בענייננו, היא ההסדרים הדיספוזיטיביים שבחוק הנאמנות לעניין זכות נאמן להחזר הוצאות.

קיומה של הסדרה חוזית – פרשנות לשון פוליסות החיסכון

72. נקודת המוצא היא כי דרך המלך להסדרת מערכת היחסים בין חברת הביטוח ובין החוסך היא באמצעות הוראות ההסכם, בענייננו פוליסת החיסכון, המגדירות ותוחמות את זכויות וחובות הצדדים לחוזה. אין צורך לומר: כך ראוי היה שיעשה גם ביחס לסוגיה בה עסקינן, והעניין אף עשוי להתחייב מתקנות ההוצאות הישירות 2023 ביחס לפוליסות חיסכון שיוצאו לאחר כניסתן לתוקף. יש לקוות כי חברות הביטוח דאגו להסדרת העניין במהלך ההתדיינות, ואולם פשיטא כי הדבר אפשרי רק ביחס לפוליסות חיסכון שנכרתו לאחר שהוגשו בקשות האישור בהן עסקינן, ולא ביחס לפוליסות חיסכון שהיו קיימות באותה עת, והמהוות את נושא ההליך שלפנינו. ביחס לפוליסות החיסכון הללו, הרי שעיון בהן מלמד כי בעוד שגביית דמי הניהול ותשלומי החובה הוגדרו בהן באופן מפורש (וראו ההפניות בפסקה 3 לעיל), הפוליסות שותקות בכל הנוגע לגביית הוצאות ניהול ההשקעות. המשיבים טוענים, וכך קבע גם בית משפט קמא, כי שתירת הפוליסות בעניין הוצאות ניהול ההשקעות מהווה הסדר שלילי. לעומת זאת, חברות

הביטוח טוענות כי ניתן ללמוד מהוראות הפוליסות על קיומה של הרשאה לגבות את ההוצאות האמורות, ולחלופין כי מדובר בחסר שיש להשלימו (בין אם באמצעות הוראות הדין ובין אם באמצעות הנוהג הענפי).

73. מהי המשמעות שיש לייחס לשתיקת הפוליסות? לשתיקתו של הטקסט המשפטי פנים רבות. שתיקת החוזה בעניין מסוים יכולה להתפרש באופנים שונים: האופן האחד הוא כי עסקינן בהסדר משתמע עליו ניתן ללמוד ממכלול הוראות החוזה, קרי כי אותו עניין לא הוסדר בלשון מפורשת, אלא בלשון משתמעת. האופן השני הוא כי מדובר בעניין שנותר מחוץ לחוזה משום שהחוזה כלל לא נועד להסדירו, אך בה בעת הצדדים לא הביעו ביחס אליו כל עמדה. לפיכך, על הסדרתו ניתן ללמוד מהסכמת הצדדים מחוץ לחוזה (כגון באמצעות מערכת הסכמים אחרת ביניהם) או מהסדרים אחרים של הדין הרלוונטיים לעניין. האופן השלישי מפרש את שתיקת החוזה כהסדר שלילי, אליו התכוונו הצדדים מדעת, במובן הזה שעניין מסוים שהוסדר בחוזה ביחס למספר מצבים לא יחול לגבי מצבים שלא הוסדרו בחוזה (שתיקה מעין זו מכונה גם "שתיקה מודעת"). האופן הרביעי רואה בשתיקת החוזה כחסר בעניין שנדרש היה להסדירו בחוזה אך הוא לא הוסדר, ועל כן נדרשת השלמתו (להרחבה ראו אהרן ברק פרשנות במשפט – החוזה 141-138 (2001) (להלן: ברק). כן ראו ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265, 324-323 (1995); רע"א 5768/94 א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289, 454-453 (1998)). ההכרעה בין ארבע האפשרויות הללו היא הכרעה פרשנית של החוזה בין הצדדים (שם).

74. המחלוקת בין הצדדים מתמקדת, איפוא, בפרשנותן של הוראות הפוליסות בהן עסקינן. על כללי הפרשנות החלים בבואנו לפרש חוזה ביטוח עמדתי אך לאחרונה במסגרת ע"א 3634/20 מנורה מבטחים ביטוח בע"מ נ' קידישמן, פסקה 38 (26.7.2022) (להלן: עניין קידישמן):

כפי שנפסק לא אחת, פרשנות חוזה ביטוח כפופה לכללי הפרשנות הרגילים החלים בפרשנות חוזים, אך זאת תוך מתן משקל מתאים לאופייה הצרכני ההתקשרות (ראו דנ"א 8100/19 ביבי עפר וכבישים בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ, פסקה 14 (19.4.2020). לגישתי ביחס לפרשנות חוזים ראו חוות דעתי בע"א 7649/18 ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ (20.11.2019), וכן ראו: עופר גרוסקופף ויפעת נפתלי בן ציון "תכליות דיני פרשנות החוזים: באיזו דרך עלינו ללכת כאשר חשוב לנו

לאן נגיע?" ספר שלו – עיונים בתורת החוזה 523 (2020)). בהתאם, ככל חוזה, נקודת המוצא לפרשנות חוזה הביטוח היא לשונו, כאשר מבין המשמעויות הלשוניות השונות שיתקבלו מלשון חוזה הביטוח יש לבחור בפרשנות אשר תגשים בצורה מיטבית את התכלית המונחת בבסיסו של חוזה הביטוח. על דרך הכלל, הבכורה תינתן לפירוש על פי תכליתו הסובייקטיבית של החוזה, דהיינו לפי אומד דעתם של הצדדים כפי שהוא משתמע מהחוזה ומנסיבות העניין (סעיף 25(א) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים)). עם זאת, בהינתן אופיים הצרכני והאחיד של חוזה ביטוח – ובכלל זה היעדרו של משא ומתן פרטני ופערי הכוחות הכלכליים והמקצועיים בין הצדדים – לא תימצא לרוב התשובה הפרשנית באומד הדעת הסובייקטיבי של הצדדים, ועל כן יהיה הכרח להידרש לתכלית האובייקטיבית של חוזה הביטוח, דהיינו "המטרות, האינטרסים והתכליות שחוזה מהסוג או מהטיפוס שהחוזה שנכרת נועד להגשים", וזאת בראי צדדים "סבירים והוגנים" (ראו מיני רבים: רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עיזבון המנוחה מילגרם ז"ל נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145, 158-159 (1998) (להלן: עניין מילגרם); ע"א 300/97 חסון נ' שמשון חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נב(5) 746, 755-756 (1999); ע"א 11081/02 דולב חברה לביטוח בע"מ נ' קדוש, פ"ד סב(2) 573, 606-607, 617 (2007); ע"א 7436/12 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' ב.י.מ. חברה לבניה בע"מ, פסקאות 42-43 (6.7.2017); ירון אליאס דיני ביטוח 81-84 (מהדורה שלישית, 2016) (להלן: אליאס). לסקירה מקיפה של כללי הפרשנות של פוליסות ביטוח, ראו גם: ע"א 453/11 מ.ש. מוצרי אלומניום בע"מ נ' "אריה" חברה לביטוח בע"מ, פסקאות 26-30 (21.8.2013) (להלן: עניין אריה חברה לביטוח); דודי שוורץ וריבי שלינגר דיני ביטוח 301-355 (2005); שחר ולר חוק חוזה הביטוח, תשמ"א-1981 כרך ראשון 130-155 (בסדרה פירוש לחוקי החוזים, גד טדסקי עורך, 2005) (להלן: ולר)).

הערה: כמובהר בפסקה 1 לעיל, ספק אם פוליסות החיסכון בהן עסקינן הן בגדר חוזה ביטוח, ואם אין הן כאלה, הרי שאין תחולה ישירה לכללי הפרשנות המתייחסים לחוזה ביטוח. אפס, גם אם נאמר שהמדובר בחוזה השקעה, הרי שעסקינן בחוזה השקעה בעלי אופי צרכני (להבדיל מחוזה השקעה בעלי אופי עסקי), להם מאפיינים דומים לאלו של חוזה ביטוח. המדובר בחוזים העוסקים במכירת מוצר שאינו מוחשי, בנסיבות בהן פערי הכוחות בין הצדדים מובילים לכך שלצרכן יש יכולת מוגבלת להבין את מכלול המשמעויות של העסקה ולהשפיע על עיצוב ההסכם (ראו והשוו ע"א 5775/02 נווה גן (א.כ.) בניה פיתוח והשקעות בע"מ נ' הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נח(2) 307, 315-316 (2004); עניין קידישמן, שם והאסמכתאות המופיעות שם). על כן, גם אם

לא מדובר בחוזי ביטוח, לגישתי מוצדק להחיל לגביהם כללי פרשנות דומים במהותם (ראו חוות דעתי בע"א 7649/18 ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ, (20.11.2019); עופר גרוסקופף ויפעת נפתלי בן ציון "תכליות דיני פרשנות החוזים: באיזו דרך עלינו ללכת כאשר חשוב לנו לאן נגיע?" ספר שלו – עיונים בתורת החוזה 523, 544-551 (2020). כן ראו ע"א 8506/13 זאבי תקשורת אחזקות בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ, פסקאות 45-46 (23.8.2015); נילי כהן "נאמנות הפרשן" ספר אליהו מצא 681, 691-696 (2015)).

75. בטרם נצלול לבחינה הפרשנית, אבקש להעיר הערה מקדמית ביחס להשלכות ההסדר החקיקתי בנוגע לגביית הוצאות ישירות ולדו"ח הוועדה המייעצת על הדיון הפרשני. כפי שפורט בפסקאות 7-12 לעיל, המחוקק ומחוקק המשנה הסדירו את נושא גביית הוצאות ניהול ההשקעות על ידי קופות גמל וחברות ביטוח הן בחוק הפיקוח על קופות גמל והן בתקנות ההוצאות הישירות (החלים ביחס לפוליסות מהסוג בו עסקינן מכוח הוראת ההפנייה שבחוק הפיקוח על הביטוח). ואולם, כפי שהובהר, ההיתר החקיקתי שניתן לחברות הביטוח לגבות הוצאות אלה במישור הרגולטורי, איננו מקנה, כשלעצמו, זכות חוזית לביצוע הגבייה מול החוסך במישור האובליגטורי (פסקה 63 לעיל). בדומה, התייחסות הוועדה המייעצת לכך ש"במצב הקיים כיום, ההוצאות לביצוע השקעות נגבות מכספי החוסכים, ולא מקופתו של מנהל ההשקעות" (עמ' 15 לדו"ח הוועדה המייעצת), אין בה כדי ללמד האם גבייה זו נעשתה כדין, ובפרט אינה מלמדת האם חברות הביטוח בענייננו פעלו בהתאם לפוליסות נושא בקשות האישור, אם לאו. לפיכך, אין בשני המקורות הללו כדי לייתר את הדיון הפרשני, ובוודאי שאין בהם משום בסיס נורמטיבי המכשיר את גביית הוצאות ניהול ההשקעות מהחוסכים על ידי חברות הביטוח במקרה דנן.

ועתה, נפנה לבחינת הפוליסות שלפנינו.

76. הן חברות הביטוח והן היועמ"ש סבורים כי על ההרשאה לגבות את הוצאות ניהול ההשקעות מכספי החוסכים ניתן ללמוד מהשימוש במונחים "תשואה" או "רווח" המצויים במגוון הוראות הפוליסות. למען הנוחות, נציג הוראות אלה כלשונן:

- בפוליסת הפניקס נקבע כי בעל הפוליסה זכאי לפדיון החיסכון המצטבר למשיכה (סעיפים 10.1 ו-10.5 לפוליסה), אשר הוגדר כ"חיסכון המצטבר" בניכוי חובות (סעיף 1 לפוליסה). "החיסכון המצטבר" הוא "ההפקדות שהופקדו לפוליסה...

כשהן משוערכות בהתאם לסעיף 9 להלן... " (סעיף 1 לפוליסה), כאשר סעיף 9 לפוליסה מורה כי "חשוב התשואה של הכספים שהופקדו בפוליסה יהיה בכפוף להוראות ההסדר התחיקתי. הסיכום יכול להיות רווח או הפסד".

- בפוליסה של הראל נכתב כי "בעל הפוליסה יהיה רשאי למשוך את ערך הפדיון, כולו או חלקו, בכל עת..." (סעיף 10.2 לפוליסה), כאשר ערך הפדיון הוגדר כ"חסכון המצטבר" בניכוי הלוואות וחובות (סעיף 1.27 לפוליסה). משמעות "החסכון המצטבר" על פי הפוליסה היא "ההפקדות לחסכון בתוספת תשואת מסלולי ההשקעה המיוחסת לפוליסה כאמור בסעיף 9 להלן..." (סעיף 1.13 לפוליסה), כאשר סעיף 9 מורה כי "חשוב התשואה במסלול ההשקעה ויתרות הכספים שהופקדו בפוליסה, יעשה בכפוף לאמור בהוראות ההסדר התחיקתי ובהתאם לשינויים שיחולו בו מעת לעת". בצד זאת, "תשואת מסלולי ההשקעה" הוגדרה כך: "שיעור השינוי (גידול/קטון) בערך הכספים המושקעים במסלול השקעה בתקופה נתונה והנובע מרווחי [ה]השקעה" (סעיף 1.32 לפוליסה).

- בפוליסה של מנורה נכתב כי בעל הפוליסה זכאי למשוך את "החסכון המצטבר למשיכה" (סעיף 12 לפוליסה), אשר הוגדר כ"חסכון מצטבר בניכוי דמי ניהול..." (סעיף 1 לפוליסה). עוד נקבע כי "החסכון המצטבר יחושב וישוערך על פי התשואה..." (סעיף 11(ג) לפוליסה), כאשר "תשואת מסלול השקעה" הוגדרה כ"שיעור הגידול בערך הכספים המושקעים במסלול ההשקעה, בתקופה נתונה" (סעיף 1 לפוליסה).

- בפוליסת הכשרה נקבע כי החוסכים זכאים למשוך את "ערך הפדיון" (סעיף 13.1 לפוליסה) אשר הוגדר כ"חסכון המצטבר" בניכוי הלוואות וחובות (סעיף 1.25 לפוליסה). "חסכון מצטבר" הוגדר כ"תשלומים לחסכון... כשהם משוערכים על פי תוצאות ההשקעות כמפורט בסעיף 12 להלן..." (סעיף 1.13 לפוליסה). בהתאם לסעיף 12 לפוליסה, "חשוב התשואה במסלולי ההשקעה ויתרות הכספים שהופקדו בפוליסה, יעשה בכפוף לאמור בהוראות ההסדר התחיקתי ובהתאם לשינויים שיחולו בו מעת לעת", כאשר "תשואת מסלול השקעה" הוגדרה כ"שיעור השינוי (גידול/קטון) בערך הכספים המושקעים במסלול השקעה בתקופה נדונה" (סעיף 1.29 לפוליסה).

אם כן, לטענת חברות הביטוח והיועמ"ש, הפרשנות הטבעית והמקובלת למונחים "תשואה" או "רווח" המאוזכרים בהוראות הנ"ל היא כי מדובר ב"תשואה נטו" או ב"רווח נטו", קרי לאחר ניכוי הוצאות עסקה שהוצאו לשם הפקתם. לפיכך, זכאות החוסכים ל"תשואה" או ל"רווח" שהופקו מכספי החוסכים, על פי הפרשנות האמורה, לוקחת בחשבון את ניכויין של הוצאות ניהול ההשקעות מכספים אלו.

77. אכן, כפי שקבע בית משפט קמא, אין מחלוקת בין הצדדים כי "רווח" או "תשואה" הם הערך המתקבל בעקבות ההשקעה לאחר ניכוי עלויות שהוצאו לשם הפקתו (וראו פסקה 34 להחלטת בית משפט קמא). ואולם, במה דברים אמורים: בהוצאות אשר הנטל לתשלומן מוטל על החוסך, להבדיל מהוצאות שהנטל לתשלומן מוטל על גורם אחר. כך, למשל, אין חולק כי התקורות בהן נושאת חברת הביטוח לצורך ביצוע ההשקעה, כגון שכר עובדיה המופקדים על ביצוע ההשקעות, אינן מובאות בחשבון לצורך חישוב ה"תשואה" על ההשקעה. כך, מהטעם שבתשלום עלויות אלה נושאת חברת הביטוח מכיסה, ואין לה זכות משפטית לגלגל עלויות אלה על החוסכים (דמי הניהול הם שמהווים את המקור לכיסוי הוצאות התקורה של חברות הביטוח. ראו פסקה 56 לעיל). והדרא קושיא לדוכתה – על מי הנטל לשאת בהוצאות ניהול ההשקעות, ולכך כאמור אין מענה מפורש בהוראות הפוליסה.

78. ויובהר, עיון בהוראות פוליסות החיסכון לבדן, אינו מהווה בסיס מספק לטעמי על מנת לתמוך בטענת חברות הביטוח והיועמ"ש לפיה גביית הוצאות ניהול ההשקעות הוסדרה באופן משתמע בהוראות הפוליסות הנזכרות. כך במיוחד, כאשר הפוליסות דגן, כמו גם המקורות החיצוניים אליהם הפנו חברות הביטוח והיועמ"ש (כגון חוזר ביטוח חיים 2005-1-25 "הוראות חישוב תשואה בתיק המשתתף ברווחים" (5.5.2005) או תקנות מס הכנסה (כללים לאישור ולניהול קופות גמל), התשכ"ד-1964), אינם כוללים הבהרה מפורשת או משתמעת לפיה התשואה תחושב תוך ניכוי הוצאות ניהול ההשקעות. לכל היותר נאמר בהוראות הפוליסות שצוטטו לעיל, כי חישוב התשואה "יעשה בכפוף לאמור בהוראות ההסדר התחיקתי", כאשר פשוטו של כתוב זה הוא שחברות הביטוח מתחייבות באופן חוזי לפעול בהתאם להסדר התחיקתי; לא שהן נוטלות לעצמן זכות לגבות מכספי הקופות כל סכום שמותר (קרי, לא נאסר) להן לגבות על פי ההסדר התחיקתי.

79. הניתוח הלשוני של פוליסות החיסכון אינו מספק, אם כך, להבנתי, עוגן לתלות בו את זכותן החוזית של חברות הביטוח לגבות מנכסי הקופות את הוצאות ניהול

ההשקעות. למצער, אין הוא מכריע בעניין זה, בוודאי שלא בהקשר בו עסקינן, בהינתן כללי הפרשנות הרלוונטיים (וראו פסקה 74 לעיל). נפנה, אם כך, לתכליתן של הפוליסות.

80. הפוליסות בהן עסקינן הן אחד מהמכשירים הפיננסיים הקיימים בשוק (לצד קופות גמל, קרנות פנסיה וביטוח מנהלים) העומדים לרשות הפרטים לצרכי חיסכון, לפיו החוסך מעביר לידי חברת הביטוח סכום כסף מסוים אותו הוא מעוניין שחברת הביטוח תשקיע עבורו, כאשר בעתיד ניתן יהיה למשוך סכום זה בתוספת התשואה שהופקה ממנו, במקרים רבים על מנת שישמש כמשענת לחוסך בערוב ימיו (ובפרט לאחר פרישתו משוק העבודה). תכליתו של סוג הפוליסה בו עסקינן היא להשיא את התשואה המיטבית מכספי ההשקעה של החוסכים, בהינתן טיב ההשקעות ורמת הסיכון המאפיינים את הפוליסות הללו, כך שסכום הכסף אותו יקבל החוסך בסופו של דבר יהיה גבוה ככל הניתן. בעבור שירותיה של חברת הביטוח בניהול והשקעת כספי החוסך, משלם לה האחרון שכר בדמות דמי ניהול, בשיעור שנקבע בפוליסה ושאינו עולה על התקרה שקבע מחוקק המשנה, כאשר שיעור זה נקבע כאחוז הנגזר מהחיסכון המצטבר לטובת החוסך. במצב דברים זה, לחוסך יש אינטרס בקבלת תשואה גבוהה ככל הניתן, מחד גיסא, ולחברת הביטוח יש עניין בביצוע ההשקעה עבור החוסך מתוך אינטרס עסקי לגיטימי לגזור רווח מניהול ההשקעה, מאידך גיסא. עד כאן, אין חולק, ואין מחלוקת.

81. מהי הפרשנות, אם כן, אשר מגשימה את תכליתן של פוליסות החיסכון בהן עסקינן? בבואנו לתת מענה לשאלה זו, עלינו לבחון כיצד צדדים סבירים והוגנים הפועלים בתום לב לשם הגנה על האינטרסים שלהם היו פועלים בנסיבות העניין (ע"א 779/89 שלו נ' סלע חברה לבטוח בע"מ, פ"ד מח(1) 221, 228-229 (1993) (להלן: עניין שלו); רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עיזבון המנוחה מילגרומ ז"ל נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145, 158-159 (1998) (להלן: עניין מילגרומ)). עוד יש לזכור כי "פירוש של חוזה הביטוח ייעשה בזיקה למטרתו בעיני הצדדים, לסבירות ולהגיון העסקי שבו, מתוך התחשבות בנוהג המקובל, ומתוך חתירה להגשמה יעילה וצודקת של המטרות שההסדר נועד להשיג" (ע"א 11081/02 דולב חברה לביטוח בע"מ נ' קדוש, פ"ד סב(2) 573, 617 (2007)). כמו כן, במסגרת בחינתנו של תכלית הפוליסה, יש לפרש את הוראות הפוליסה על רקע מכלול תנאיה והוראותיה (ע"א 631/83 "המגן" חברה לבטוח בע"מ נ' "מדינת הילדים" בע"מ, פ"ד לט(4) 561, 579 (1985); ע"א 15/86 חיצוב סחר ופיתוח בע"מ נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מב(4) 666, 672 (1989); ע"א 453/11 מ.ש. מוצרי אלומיניום בע"מ נ' "אריה" חברה לביטוח בע"מ, פסקה 27 (21.8.2013)). בנוסף, בהקשר

הצרכני בו עסקינן, יש לתת משקל מיוחד לאינטרסים הלגיטימיים של הצרכן, בעניינו החוסך. מן הראוי לייחס להסדר את התכלית של קידום טובתו של החוסך, וזאת הן בשים לב לכך שהשליטה בניסוח החוזה מצויה בידה של חברת הביטוח (וראו סעיף 25(ג) לחוק החוזים המעגן את כלל הפרשנות נגד הנסח. למגבלות כלל זה ראו עניין מילגרומ, בעמ' 159-160; ע"א 4688/02 כהן נ' "מגדל" חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נט(5) 26, 45 (2005)), והן בהינתן כללי הפרשנות המתאימים לחוזים צרכניים, וחוזי ביטוח בפרט, המייחסים חשיבות מיוחדת להגנה על הציפיות הסבירות של הצרכן (בהקשר הכללי, ראו: ע"א 3352/07 בנק הפועלים בע"מ נ' הורש, פסקה 14 (7.12.2009); ע"א 8336/17 ראובן נ' סופר-דוש בע"מ, פסקאות 32-38 (15.5.2022); ברק, בעמ' 645-646. בהקשר של חוזי ביטוח, ראו: עניין שלו, בעמ' 230; ע"א 4819/92 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' ישר, פ"ד מט(2) 749, 761-762 (1995); דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ג 284-283 (2003) (להלן: פרידמן וכהן, חוזים ג')). לסיום, יש לתת את הדעת לטיב מערכת היחסים שבין הצדדים, המתאפיינת בקיומה של חובת אומן מצד חברת הביטוח כלפי החוסך (ראו סעיף 10(ב) לחוק הנאמנות, והשוו לסעיף 3(ב) לחוק הפיקוח על קופות גמל). כל אלה, אם כך, מכוונים אותנו לייחס משקל מיוחד לאינטרס של טובת החוסך.

82. האם טובת החוסכים היא שחברת הביטוח תהיה זכאית להשית את הוצאות ניהול ההשקעות על נכסי הקופה? באופן מפתיע, קשה לתת לשאלה זו תשובה פשוטה, כפי שניתן להיווכח מהדיון שהתעורר בעקבות דו"ח הוועדה המייעצת.

אכן, בדיעבד (ex-post), לאחר שההשקעות בוצעו, קל לטעון כי טובת החוסכים היא שחברת הביטוח תישא בהוצאות ניהול ההשקעות. כך, משום שמנקודת מבט זו לכלל שייבחר אין יכולת להשפיע על מדיניות ההשקעה שנבחרה על ידי חברת הביטוח, וממילא האינטרס של החוסכים מתמצה בהקטנת העלויות בהן הם נושאים, ואינו מביא בחשבון את השפעות הכלל שייבחר על התמריצים של חברת הביטוח לנהל באופן יעיל את נכסי הקופה. אפס, התבוננות צרה זו אינה ראויה. היא מתעלמת מכך שעלינו לבחור בכלל הוגן, אשר יביא בחשבון לא רק את מצב הדברים בדיעבד, אלא גם, ובעיקר, את האופן בו מתקשרים סבירים והוגנים היו מעצבים את החוזה מלכתחילה (ex-ante) (ברק, בעמ' 543-544; ע"א 6701/00 קאלש מדדכי חברה לבנין בע"מ נ' אבנר, פ"ד נו(5) 799, 811 (2002); והשוו לסעיף 46 לחוק החוזים). כך, במיוחד, כאשר מדובר בהתקשרות לטווח ארוך, במסגרתה אינטרס החוסך אינו מתמצה בקבלת תשואה בגין השקעות שכבר בוצעו, אלא גם בקביעת מנגנון אשר יתמרץ השקעה ראויה של כספו

בעתיד (ראו והשוו: ע"א 1966/07 אריאל נ' קרן הגמלאות של חברי אגד בע"מ, פסקאות 44 ו-58 (9.8.2010)).

83. ניתוח אינטרס הצרכן ביחס לכלל הראוי בנוגע להתקשרויות עתידיות מחייב איזון בין שני שיקולים מתנגשים:

מחד גיסא, עומד השיקול אותו הדגישו חברות הביטוח והיועמ"ש, לפיו השתת הוצאות ניהול ההשקעות על חברות הביטוח מחמיר את בעיית הנציג (Agent Cost), הקיימת ממילא בחוזי השקעות, מאחר שהיא יוצרת פער בלתי רצוי בין הגורם שנהנה מהצלחת ההשקעה (החוסכים) לגורם הנושא בעלויותיה (חברת הביטוח). כתוצאה מכך, חברת הביטוח עלולה להימנע מהשקעה כדאית עבור החוסכים (בהינתן שיעור התשואה הצפוי ברמת הסיכון הנתונה), אם הוצאת ניהול ההשקעה הכרוכה בה גבוהה מהשקעה חלופית, ומבטיחה פחות. אכן, כפי שציינו המשיבים, תוצאה זו אינה הכרחית במקרה נתון, שכן לחברת הביטוח עשויים להיות תמריצים אחרים להעדיף השקעות מבטיחות (למשל, רצונה להציג שיעורי תשואה גבוהים על מנת למשוך חוסכים ואף לגזור דמי ניהול גבוהים יותר), ואולם, ככלל, השתת עלויות ניהול ההשקעות על חברת הביטוח אכן מחריפה בעיית נציג, באופן שעלול לפעול לרעת החוסך.

מאידך גיסא, ושיקול זה הודגש בדו"ח הוועדה המייעצת, השתת הוצאות ניהול ההשקעות על החוסכים, יוצרת חוסר שקיפות, ועלולה לפגוע בתחרות שבין אפיקי החיסכון השונים. כך, הן מהטעם שהוצאות ניהול ההשקעות נקבעות בדיעבד, ואינן ידועות לחוסך בזמן אמת; והן מהשיקול שקיים קושי לוודא כי חברת הביטוח לא מפחיתה מהוצאותיה באמצעות הסטת עלויות לנותני שירותים חיצוניים (עניין הבולט במיוחד כאשר מדובר בעמלת ניהול חיצוני, העשויה להיתפס כ"מיקור חוץ" של עבודה שעל חברת הביטוח לבצע עבור המשקיעים כנגד דמי הניהול) (ראו עמ' 7-9 וכן עמ' 15-17 לדו"ח הוועדה המייעצת).

84. אכן, לשאלה מהי טובת החוסך פנים לכאן ולכאן במקרה בו עסקינן (ולראיה, ההסדר המורכב שנבחר בסופו של דבר בתקנות ההוצאות הישירות 2023 לעניין עמלת ניהול חיצוני, שהוא בגדר פתרון ביניים, המבקש להטיל את האחריות לבחירה על החוסך. ראו פסקה 52 לעיל). מכאן הקושי לייחס תכלית ברורה לפוליסות החיסכון בהקשר בו עסקינן, וזאת גם כאשר אנו מבקשים לפרשם לאור כללי הפרשנות הנוגעים להתקשרויות צרכניות מסוג זה, דהיינו תוך מתן משקל נכבד לטובת החוסך.

85. מהי, איפוא, המשמעות המשפטית של הדברים עד כה? כפי שהובהר בפסקה 73 לעיל, נוכח שתיקת פוליסות החיסכון בסוגיה בה עסקינן, עומדות בפנינו ארבע אפשרויות:

הראשונה, לאתר הסדר משתמע בחוזה. זו דרכם של היועמ"ש וחברות הביטוח, המבקשים לקרוא את ההסדר לפיו ניתן לחייב את נכסי הקופה בהוצאות ניהול ההשקעות דרך לשון "תשואה" או "רווח" בה נעשה שימוש בפוליסות החיסכון. מהטעמים שהובהרו, אינני סבור כי ניתן לעשות כן. המונחים "תשואה" או "רווח" מובילים ל'מעגל שוטה', שכן הם מאפשרים התחשבות בהוצאה רק לאחר שנקבע מי אמור לשאת בה (ראו פסקה 77 לעיל). גם מונחים אחרים בהם נעשה שימוש בפוליסות הביטוח אינם נותנים תשובה ברורה (ראו פסקה 78 לעיל). לבסוף, גם פרשנות תכליתית אינה מאפשרת מענה לקושיה, מאחר שגם אם נעמיד את טובת החוסכים לנגד עינינו, קשה לקבוע בנסיבות המקרה מהי הפרשנות שתשרת בצורה המיטבית את טובתם (ראו פסקאות 84-82 לעיל).

השנייה, לקבוע שהנושא אינו מוסדר בפוליסות החיסכון, אלא מחוצה להן. זו דרך חלופית שמציעות חברות הביטוח, כאשר הן מבקשות שנשלים את שחסר בפוליסות באמצעות האמור בתקנות ההוצאות הישירות. גם בדרך זו לא נוכל ללכת, וזאת מהטעם שהסדרי החוק קובעים, כעניין רגולטורי, את גבולות החיובים שמותר לחברות הביטוח להשית על החוסכים (לרבות בעקיפין, באמצעות חיוב נכסי הקופה), אך אינם קובעים, כעניין אובליגטורי, מהם החיובים שיושמו על החוסך בפועל (ראו פסקאות 63 ו-75 לעיל).

השלישית, למצוא שמדובר בהסדר שלילי. זהו הנתב שאימץ בית המשפט המחוזי, ושבנו תומכים גם המשיבים והמבקשים בהליכים המקבילים. אלא, שהסדר שלילי אין לייחס לכל שתיקה בחוזה, אלא רק למקרים בהם השתיקה בה מדובר היא "שתיקה מודעת", דהיינו כזו המשקפת את תכלית ההסדר החוזי – בין אם כשמדובר בתכלית הסובייקטיבית (שאז השתיקה תואמת את רצונם בפועל של הצדדים); בין אם כשמדובר בתכלית אובייקטיבית (שאז השתיקה תואמת את הרצון המיוחס לצדדים) (ע"א 9551/04 אספן בניה ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקאות 23-24 (12.10.2009)). במקרה בו עסקינן, אין אנו יכולים להניח ששתיקת פוליסות החיסכון היא בגדר "שתיקה מודעת" – אין לפנינו כל ראייה לכך שהצדדים התכוונו שההוצאות האמורות יושמו על

חברות הביטוח, וגם לא עלה בידינו לקבוע שמסקנה זו נדרשת להגשמת תכלית החוזה (ראו פסקאות 82-84 לעיל). המסקנה המתבקשת היא שגם הסדר שלילי אין במקרה דנן (בעניין זה עוד ארחיב בהמשך. ראו פסקאות 90, 94-97 להלן).

נותרנו, אם כך, עם החלופה הרביעית – הכרה בכך שלפנינו חסר חוזי, אותו עלינו להשלים. ישנן דרכים שונות להשלמת חסר בחוזה (להרחבה, ראו: ברק, בעמ' 201-153; דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 310-319 (מהדורה שנייה, 2018) (להלן: פרידמן וכהן, חוזים א'); גבריאלה שלו ואפי צמח דיני חוזים 183-186, 557-572 (מהדורה רביעית, 2019)). לעיתים ניתן להשלימו באמצעות נוהג (פרטי או כללי), כמצוות סעיף 26 לחוק החוזים, ואולם ספק בעיניי אם הדרך בה נהגו חברות הביטוח באורח חד צדדי לאורך שנים יכולה לבסס נוהג שכזה (ראו והשוו: ע"א 7948/96 בנק הפועלים בע"מ נ' מוסכי צומת גהה בע"מ, פ"ד נה(1) 865, 891-892 (1998) (סירוב לתת תוקף לנוהג בנקאי חד צדדי – חישוב ריבית על אשראי שניתן ללקוח לפי "שנת בנק" של 360 יום – שלא גולה כראוי לציבור הלקוחות); ע"א 2449/08 טואשי נ' בנק מרכנתיל דיסקונט בע"מ, פסקה 28 (16.11.2010); פרידמן וכהן, חוזים א', בעמ' 316 הערה 57; איל זמיר חוק המכר (דירות), תשל"ג – 1973 252-258 (2002)). מכל מקום, בהקשר בו עסקינן, דרך השלמה ראויה יותר היא באמצעות ההוראות המרשות (הדיספוזיטיביות) שבהסדר הדין הרלוונטי – הוא דין הנאמנות. לבחינת הסדר זה נפנה עתה.

השלמת חסר בהסדרה החוזית – ההוראות הדיספוזיטיביות של דיני הנאמנות

86. כפי שכבר הובהר, חברות הביטוח פועלות ביחס לנכסי הקופה כנאמנים, ועל כן הסדר החוק אליו נפנה על מנת להשלים את החסר בפוליסות החיסכון הוא החלק הכללי שבפרק א' לחוק הנאמנות. הסדר זה כולל שני סוגים של הוראות: הוראות כופות (קוגנטיות), עליהן לא ניתן להתנות, והוראות מרשות (דיספוזיטיביות), עליהן ניתן להתנות במסגרת תנאי הנאמנות (ראו סעיף 11 לחוק הנאמנות). ההסדר לעניין שכר והוצאות קבוע בסעיף 8 לחוק האמור, והוא הסדר מרשה. נקרב מבטנו להסדר זה, ונלמד ממנו לעניינו.

87. כשבאים אנו לדון בזכותו של נאמן לתשלום בעבור פעולות שביצע כדין במסגרת הנאמנות, יש להפריד, ברוח המובהר בפסקה 67(ב) לעיל, בין שני סוגים של דרישות תשלום: דרישה לתשלום שכר מחד גיסא, ודרישה להחזר הוצאות מאידך גיסא. הבחנה זו קבועה בחוק הנאמנות עצמו, המייחד לכל אחת מהתביעות הללו הוראה

נפרדת – סעיף 8(א) דן בזכות לשכר ראוי; סעיף 8(ב) דן בזכות להחזר הוצאות. וזהו לשון ההסדר:

8. (א) נאמן אינו זכאי לשכר בעד מילוי תפקידיו, זולת אם מילויים היה מעיסוקיו; אולם רשאי בית המשפט להקציב לו שכר, אם ראה שהדבר מתחייב מהיקף תפקידיו כנאמן.
(ב) נאמן זכאי לשיפוי על הוצאות סבירות שהוציא ועל התחייבויות שהתחייב בהן באופן סביר עקב מילוי תפקידיו.
(ג) נאמן רשאי להחזיר לעצמו את שכרו והוצאותיו מנכסי הנאמנות, והוא רשאי לעכבם בידו כערובה לסילוק המגיע לו לפי סעיף זה.
[...]

88. ככל שמדובר בדרישה לתשלום שכר, הרי שהיא מעמידה את הנאמן והנהנה בניגוד עניינים חזיתי, שכן מדובר בטובת הנאה ישירה הנדרשת על ידי הנאמן מתוך נכסי הנאמנות. לפיכך, בחינת דרישה של נאמן לשכר מחייבת הקפדה יתרה עם הנאמן (ראו עמיר ליכט דיני אמונאות – חובת האמון בתאגיד ובדין הכללי 328-320 (2013)). ככלל, ראוי ששכר הנאמן יוגדר מלכתחילה במסגרת תנאי הנאמנות. ככל שכך נעשה, הרי שיש לתת להסדר זה עדיפות, ולקבוע את שכרו של הנאמן על פיו, מתוך הנחה שבכך מתמצות זכויות הנאמן לתשלום בעבור עבודתו (וראו סעיף 11 לחוק הנאמנות). בהיעדר הסדר בתנאי הנאמנות, מורה לנו סעיף 8(א) לחוק הנאמנות כי ברירת המחדל היא ש"נאמן אינו זכאי לשכר בעד מילוי תפקידיו", ואולם לכלל זה שלושה חריגים: ראשית, אם מדובר ב"נאמן מקצועי", הרי שהוא זכאי לשכר ראוי גם כאשר נושא השכר לא הוסדר בתנאי הנאמנות (לשון "זולת אם מילויים היה מעיסוקיו" שברישא סעיף 8(א) לחוק הנאמנות); שנית, אם החוק על פיו פועל הנאמן קובע הסדר לתשלום שכר (ראו סעיף 42 לחוק הנאמנות); שלישית, לבית המשפט סמכות להקציב לנאמן שכר, אף כשמדובר בנאמן שאינו מקצועי, "אם ראה שהדבר מתחייב מהיקף תפקידיו כנאמן" (הסיפא של סעיף 8(א) לחוק) (ראו: שלמה כרם נאמנות 359-369 (מהדורה רביעית, 2004) (להלן: כרם)).

89. לעומת זאת, ביחס להחזר ההוצאות, הרי שניגוד העניינים בין הנאמן לנהנה לא רק שאינו חזיתי, אלא שהוא אף עשוי להיות מדומה. בהנחה שהפעולה בה מדובר היא פעולה שהנאמן ביצע כדין, הרי שגלגול עלויות הפעולה על קופת הנאמנות לא רק שאינו יוצר ניגוד אינטרסים בין הנאמן לנהנה, אלא שמניעתו עלולה ליצור ניגוד אינטרסים שכזה (וראו גם פסקאות 82-83 לעיל). כך, משום שאם הנאמן הוא שחייב בהוצאות

הפעולה, אך נאסר עליו ליהנות מפירותיה (וראו סעיף 13 לחוק הנאמנות), הרי שהאינטרס האישי שלו להימנע מהוצאה מסוימת עלול לפגוע בתמריצו לפעול בצורה הרצויה מבחינת הנאמנות. במילים אחרות, הטלת הוצאות הפעולה על הנאמן, עלולה ליצור אפקט מצנן (Chilling Effect) שיגרום לנאמן להימנע מפעולות שנשיאה בעלותן מוצדקת מבחינה כלכלית. כך, למשל, אם חברת ביטוח נדרשת לשאת בעמלות הכרוכות בביצוע פעולות בתיק ניירות ערך, אך שכר טרחתה נקבע באחוזים בודדים משווי תיק ניירות הערך, הדבר עלול להביא לשמרנות בביצוע פעולות בתיק ניירות הערך, על מנת להפחית את גובה העמלות, וזאת גם אם הדבר אינו מביא למדיניות השקעה אופטימלית (כך, במיוחד בהינתן הקושי לקבוע בדיעבד כי רמת הפעילות של חברת הביטוח בתיק ההשקעות מלמדת על התרשלות בניהול התיק). ואכן, סעיף 8(ב) לחוק הנאמנות מורה כי ברירת המחדל היא שיש להכיר בזכותו של נאמן להחזר הוצאות סבירות.

90. זאת ועוד, ולהבדיל מהזכאות לשכר ראוי, זכות הנאמן לשיפוי בגין הוצאות והתחייבויות שנשא בהן עקב מילוי תפקידו איננה מותנית בתנאים, ובלבד שמדובר בהוצאות והתחייבויות סבירות (הוראה דומה קיימת גם בחוק הנאמנים האנגלי, המאפשרת לנאמן לגבות מנכסי הנאמנות "expenses properly incurred by him when acting on behalf of the trust". ראו Trustee Act 2000, §31. להוראות ברוח זו בקשר לנותני שירותים אחרים השולטים בנכס או אינטרס של הזולת, ראו: סעיף 11 לחוק השליחות, התשכ"ה-1965; סעיף 32 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962; סעיף 8 לחוק השומרים, התשכ"ז-1967). ודוק, בעוד קבלת שכר בעבור מילוי תפקידיו של הנאמן אינה ברירת המחדל מבחינה משפטית, שיפוי בגין התחייבויות והוצאות סבירות היא זכות המובנית מאליה, שאינה כרוכה בהסכמה מפורשת בין הצדדים או בהוראה מפורשת של הדין או בית המשפט. יתר על כן, ההבחנה בין זכאות הנאמן לשכר ובין זכאות הנאמן לשיפוי בגין הוצאות, באמצעות הוראות נפרדות וכללים שונים, מלמדת כי זכות הנאמן לשיפוי איננה תלויה בזכאות הנאמן לשכר, ועל כן, בהיעדר קביעה אחרת, אין לראות בשכרו של הנאמן כמגלם בתוכו גם את השיפוי בגין הוצאותיו. מכאן גם שבהיעדר אינדיקציות נוספות, לא ניתן ללמוד על הסכמת הצדדים בדבר שכרו של הנאמן כהסדר שלילי בנוגע לחובת ההשבה של הוצאות סבירות שהוציא הנאמן עקב מילוי תפקידו (כדס, בעמ' 478).

91. מה ייחשב, אם כן, בגדר "הוצאות סבירות"? בעניין זה ניתן למנות הן הוצאות שחובה על הנאמן להוציא לשם מילוי תפקידו (כגון תשלומי מיסים והיטלים) והן הוצאות שאדם סביר היה עשוי להוציא בנסיבות העניין לשם מילוי המשימות המוטלות

על הנאמן (כגון דמי שמירה על נכסי הנאמנות ותשלום בעבור ביצוע תיקונים ופעולות אחזקה בנכסי הנאמנות) (ראו כרם, בעמ' 375). בהקשר זה, ניתן ללמוד על גבולותיה ותחומיה של "הוצאה סבירה" מהוראת סעיף 10 לחוק הנאמנות שעניינה ב"חובות וסמכויות" הנאמן. כך, על הנאמן מוטלת חובה לשמור על נכסי הנאמנות, לנהלם ולפתחם, ומוסמך הוא לעשות כל הדרוש לצורך כך (ס"ק (א)). על כן, הוצאות חיוניות ומקובלות שהוצאו לשם עמידה במשימות אלה, בשיעור שהינו בגדר הסביר, יוכרו כמזכות בהשבה. בנוסף, הגם שנאמן אינו רשאי לאצול מתפקידו לזולתו, הוא רשאי להעסיק אדם כדרוש למטרות הנאמנות (ס"ק (ד)), ומובן שזכאי הוא לשיפוי בגין הוצאות ההעסקה האמורה (ואולם, נאמן עשוי להיות מנוע מלהעסיק אדם לצורך ביצוע עבודה המהווה חלק טבעי ואינטגרלי ממילוי תפקידו. ראו והשוו: ע"א 153/77 אלואשוילי נ' סמואל, פ"ד לב(1) 627, 638-639 (1978); ע"א 2886/00 הקרן לטיפול בחסויים נ' היועץ המשפטי לממשלה על-ידי האפוטרופוס הכללי, פ"ד נה(5) 62, 66-68 (2001); רע"א 399/19 עו"ד פוקס – הנאמן על נכסי וינשטיין ז"ל נ' כץ, פסקאות 5-6 (13.3.2019)).

92. המסקנה העולה מהניתוח עד כה, היא שבהתבסס על הסדרי הדין הכלליים, ברירת המחדל בסוגיה בה עסקינן מכירה בזכותן של חברות הביטוח להחזר הוצאות בגין התשלומים ששילמו לצדדים שלישיים בעבור השקעות של נכסי הקופה שבוצעו כדין. אכן, מדובר בברירת מחדל בלבד, באשר היא כפופה לתנאי הנאמנות, ובעניינו לפוליסות החיסכון. ואולם, משמצאנו כי בפוליסות הללו קיים חסר בעניין בו עסקינן (פסקה 85 לעיל), הרי שיש להשלימו באמצעות הסדר זה.

93. אחדד: נקודת המוצא היא כי כאשר עניין מסוים מוסדר בדין, קיימת הנחה כי הסדרה זו חלה על מערכת היחסים בין הצדדים, אלא אם נקבע בהסכם בין הצדדים אחרת (ככל שמדובר בהוראות דיספוזיטיביות, להבדיל מהוראות קוגנטיות, שאז תחולתן אינה כפופה להסכמת הצדדים). הרציונל הטמון בכך הוא שהדין מציע "הסדר שניתן להניח לגביו שצדדים סבירים והוגנים היו מאמצים אותו או הסדר דומה לו, לו היו הם עצמם מגיעים להסכמה לגבי הפרט החסר" (פרידמן וכהן, חוזים א', בעמ' 316-319). ראו גם פרידמן וכהן, חוזים ג', בעמ' 1, 3-10; ברק, בעמ' 163-165, 169-170). כך במקרה הכללי, וכך גם במקרה של חוזה ביטוח.

94. עם זאת, גם כאן שבים אנו לשאלה הפרשנית האם שתיקת החוזה בעניין מסוים מלמדת על קיומו של הסדר שלילי באותה סוגיה, לגביו הצדדים הביעו שתיקה מודעת,

לפיה לא התכוונו שיחול הדין הדיספוזיטיבי (ברק, בעמ' 165-166). כשלעצמי, סבורני כי כאשר עסקינן בתחולתן של הוראות חוק דיספוזיטיביות, על מנת ללמוד משתיקת החוזה על קיומו של הסדר שלילי השולל זכות שקיימת בדין, נדרשות אינדיקציות משמעותיות וכבדות משקל. כך גם עולה מפסיקתו של בית משפט זה לפיה רצון הצדדים לסטות מן ההסדר הקבוע בחוק הנאמנות צריך להיעשות בהסכם ביניהם באופן מפורש, ולמצער באופן משתמע הנלמד בצורה ברורה מאומד דעת הצדדים ומתכלית החוזה (וראו בהקשרים שונים: ע"א 555/73 חברה לנאמנות של בנק לאומי לישראל בע"מ נ' שפירא, פ"ד כח(2) 424, 426-427 (1974); בר"ע 249/75 לביא (ליון) לבית דינצ'ס נ' יפה, פ"ד ל(2) 188, 190 (1976); ע"א 842/79 נס נ' גולדה, פ"ד לו(1) 204, 210 (1981); ע"א 432/83 מזרחי נ' חביב, פ"ד מ(4) 673, 679 (1986); בג"ץ 8111/96 הסתדרות העובדים החדשה נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ, פ"ד נח(6) 481, 550 (2004); ע"א 2038/03 שפירא נ' CO. LTD & FEIN, פסקה 6 (6.7.2005)).

95. צא ולמד, ההסכם בין הצדדים יכול להרחיב את זכויותיו של הנאמן (כגון לזכות את הנאמן בשיפוי בעבור הוצאות שאלמלא ההתניה היו נחשבות בלתי סבירות) או לצמצמן (כגון להגביל את זכות השיפוי של הנאמן בקשר להוצאות סבירות מסוימות, ואף למנות את סוגי ההוצאות הסבירות שרק בגינן יהיה זכאי הנאמן לשיפוי). ואולם, באותם עניינים שלא הוסדרו במפורש בהסכם, הנחת המוצא היא כי יחולו הוראות חוק הנאמנות. לפיכך, ככל שלא אותרה הסכמה העולה באופן ברור מאומד דעת הצדדים ומתכלית ההסכם (הן הסובייקטיבית והן האובייקטיבית), שתיקת ההסכם בין הצדדים בכל הנוגע לזכאותו של הנאמן להחזר הוצאות סבירות איננה משמיעה הגבלה על תחולת סעיף 8(ב) לחוק הנאמנות (וראו גם כרם, בעמ' 477-479).

96. בעניינינו-אנו, אינני סבור כי שתיקת הפוליסות הנדונות בכל הנוגע לגביית הוצאות ניהול ההשקעות העולות לגדר "הוצאה סבירה" משמיעה את המסקנה כי הוראת סעיף 8(ב) לחוק הנאמנות אינה חלה בנסיבות העניין.

97. כזכור, המשיבים מנסים להיבנות מהוראות הפוליסות בעניין דמי הניהול על מנת ללמד על קיומו של הסדר שלילי בכל הנוגע לגביית הוצאות ניהול ההשקעות, ובכלל זה לתחולת סעיף 8 לחוק הנאמנות. ברם, לא השתכנעתי כי המשיבים הצליחו להעמיד תשתית מספקת שתמוך בטענה זו. ראשית ייאמר כי על אף השאיפה שהוראות הפוליסה יסדירו את מלוא היחסים בין הצדדים, אין זה סביר להניח כי ניתן לכסות בפוליסה את מכלול העניינים שבין הצדדים, ובכך מכירים גם המשיבים והמבקשים

בהליכים המקבילים. אכן, אין אי הסדרה בסוגיה מהותית כאי הסדרה של סוגיה משנית או שולית. ואולם, תחת הבנה זו, אין די בשתיקת הפוליסה כדי ללמד על הסכמת הצדדים שלא להחיל את הדין הדיספוזיטיבי. שנית, וזה העיקר, כפי שהבהרתי לעיל, בחינת תכליתן של פוליסות החיסכון, בראי ההבנה והציפייה הטבעית של הצדדים (והחוסכים בפרט), אינה מובילה למסקנה ברורה כי הצדדים ביקשו להטיל על חברות הביטוח את הוצאות ניהול ההשקעות (ראו פסקאות 82-84 לעיל).

98. למען שלמות התמונה יוער כי הגבלה נוספת הקיימת בחוק הנאמנות מצויה בסעיף 42 לחוק, לפיו "הוראות חוק זה יחולו כשאין בחוק אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון". בענייננו, ההסדר החקיקתי קובע הן את סוגי ההוצאות שחברות הביטוח יהיו רשאיות לגבות והן את שיעור התקרה ביחס למקצת ההוצאות, ומכאן שלא כל הוצאה סבירה תזכה את חברות הביטוח בשיפוי. ואולם, אין ההסדר החקיקתי כולל הגבלה על ההוצאות בהן עסקינן, וכפי שצינתי לעיל, אין ההסדר מתייחס לשאלה כיצד יש להסדיר את גביית ההוצאות במערכת היחסים בין הצדדים. לפיכך, אין בהסדר זה כדי לשלול את זכאות חברות הביטוח לשיפוי בגין הוצאות סבירות שהוצאו מכוח סעיף 8(ב) לחוק הנאמנות, ואשר תואמות את ההסדר החקיקתי שקבע המחוקק.

99. קיצורו של דבר, בחינת הוראות חוק הנאמנות, ובפרט הוראת סעיף 8(ב) לחוק, החלות על מערכת היחסים בין חברות הביטוח לבין החוסכים (בהינתן שלא ניתן ללמוד בנסיבות העניין על הסכמה אחרת בין הצדדים), מובילות למסקנה כי חברות הביטוח היו רשאיות להשית על החוסכים את עלות הוצאות ניהול ההשקעות בהן נשאו, למצער, כל עוד אין טענה כי הוצאות אלה הוצאו שלא כדין.

התייחסות לטיעונים נוספים

100. קרובים אנו לסיום מסענו, ואולם להשלמת הדברים ראוי להתייחס למספר טיעונים שהועלו על ידי המשיבים והמבקשים בהליכים המקבילים.

101. המשיבים הצביעו על כך שההסדר אותו אנו מפרשים הוא חוזה אחיד, המסדיר מערכת יחסים א-סימטרית, שבין עוסק לבין לקוחותיו הפרטיים, דהיינו שעסקינן בחוזה צרכני אחיד. אכן כך. עוד הוסיפו המשיבים כי חוזים מסוג זה יש לפרש נגד הנסח, ועל פי טובת הצרכנים. גם עמדה זו, בעיקרה, מקובלת עליי, כפי שהובהר לעיל (ראו פסקה 81). לאור זאת, סבורים המשיבים כי בהיעדר הסדר חוזי מפורש, יש לקרוא את פוליסות

החיסכון ככאלה השוללות את זכותן של חברות הביטוח להחזר הוצאות. לכך לא אוכל להסכים. כפי שהובהר, בבואנו לבחון מהי הפרשנות הפועלת לטובת ציבור החוסכים, עלינו לשאול עצמנו מהו ההסדר החוזי שמשרת אותם בצורה הטובה ביותר מלכתחילה, ולא מה ההסדר שיעשיר את קופתם בדיעבד. כפי שהובהר, שלילת זכות נאמן להחזר הוצאות אינה בהכרח רצויה לנהנה מנקודת מבט מקדימה (ex-ante), שכן היא עלולה להביא לניהול תת-אופטימלי של השקעותיו. תועלתה היא רק בחיסכון הוצאות לחוסכים בדיעבד (ex-post), ואף זאת רק במחיר של ניהול בלתי יעיל של כספיהם מעתה ואילך. מכאן, שגם פירוש של פוליסות החיסכון על פי טובת החוסכים, אינו תומך באופן חד וברור בעמדת המשיבים. על כך עמדנו לעיל (ראו פסקה 82 לעיל). זאת ועוד, הוראות ההשלמה בהן עסקינן, אלה הקבועות בחוק הנאמנות, מתייחסות מלכתחילה למצב דברים של פערי כוחות מהסוג בו עסקינן, שהרי א-סימטריה בין הנאמן לבין הנהנה היא מצב דברים טיפוסי ביחסי נאמנות (כרם, בעמ' 346). ככל שהמחוקק בחר לקבוע את זכות הנאמן להחזר הוצאות כברירת מחדל בסעיף 8(ב) לחוק הנאמנות, קשה לראות מדוע יש הצדקה פרשנית לשלול אותה במקרה בו עסקינן.

102. עוד הפנו המשיבים לפסק דיני (כשופט מחוזי) בעניין יצחקי, במסגרתו אושר ניהולה של תובענה כייצוגית בנסיבות שהם סבורים שיש להן דמיון רלוונטי למקרה דנן. ואולם, הדמיון בין המצבים הוא שטחי בלבד, ולמעשה רב השונה מהדומה. הבדל אחד, עליו כבר עמדתי לעיל, הוא שעניין יצחקי עוסק בזכותן של חברות הביטוח לגבות שכר, בעוד שבענייננו מדובר בתביעה להחזר הוצאות. כאמור, הכללים המשפטיים בשני העניינים הללו, ובכלל זה כללי ברירת המחדל, אינם זהים. הבדל שני, הקשור לראשון אך אינו נבלע בו, הוא שחוזי הביטוח שנדונו בעניין יצחקי הסדירו את עניין שכר חברות הביטוח, כך שהגבייה של הרכיב הנוסף ("גורם הפוליסה") הייתה גביית תוספת שכר מעל ומעבר למוסדר בפוליסה; לעומת זאת, פוליסות החיסכון שהוצאו על ידי חברות הביטוח אינן כוללות כל הסדר מפורש המתייחס להחזר ההוצאות, והטענה היחידה שניתן להעלות היא שהחזר ההוצאות כלול מכללא בגדר השכר (עניין שכאמור אינו ברירת המחדל בהקשר של נאמנים). במילים אחרות, בעוד שבעניין יצחקי הטענה כי ביחס לדרישת שכר נוסף תנאי החוזה יוצרים הסדר שלילי היא טענה חזקה, בענייננו טענה זו אינה משכנעת. הבדל שלישי נוגע לטיב היחסים שבין הצדדים. עניין יצחקי עוסק בהתקשרות מעורבת, במסגרתה חברות הביטוח פועלות כנאמן ביחס לחלק מהכספים (אלה שיועדו לחיסכון) וכמבטח ביחס לחלק אחר של הכספים (אלה שכוללים רכיב סיכון). השאלה שנדונה שם, גביית "גורם הפוליסה", נופלת לתחום התפר שבין התפקידים הללו, כאשר השאלה היא איזה חלק מהכספים נזקק על חשבון עלויות

הפוליסה, ואיזה חלק של הכספים מועבר לטובת החיסכון. ההכרעה בשאלה זו היא איפוא ייחודית להקשר הנדון, ואינה יכולה להיגזר אך מהתייחסות לזכותו של נאמן לשכר בעבור פעולתו כנאמן. לעומת זאת, השאלה בה עסקינן עניינה האם חברות הביטוח, בעת ניהול נכסי הקופה, זכאיות לקזז תשלומים ששילמו לצד שלישי. מכאן שזו שאלה של זכות נאמן להחזר הוצאותיו – שאלה שכאמור דיני הנאמנות כוללים לגביה התייחסות מפורשת. קיצורו של דבר – אין הנדון דומה לראיה.

103. המבקשים בהליכים המקבילים העלו על נס את נושא עמלות הניהול החיצוני, וטענו כי יש להבחין בינן לבין הוצאות ניהול השקעות אחרות. הבחנה זו לא עמדה ביסוד בקשות האישור בהן עסקינן, וכנגזר מכך בית המשפט קמא כלל לא התייחס אליה. עם זאת, יש להודות כי אכן לנושא זה היבטים ייחודיים, ממספר טעמים שחשוב לעמוד עליהם: ראשית, דו"ח הוועדה המייעצת הקדיש מקום מרכזי לסוג זה של הוצאות ישירות, ואף המליץ שלא לאפשר להטיל אותן על כתפי החוסכים באמצעות חיוב נכסי הקופה, אלא לחייב את מנהלי הקופות (ובכללן חברות הביטוח) לשאת בהן מכיסם (ולגבות בעבורן כחלק מדמי הניהול); שנית, מדו"ח הוועדה המייעצת עולה כי הוצאות אלה הפכו בשנים האחרונות לכמחצית מהוצאות ניהול ההשקעות; שלישית, מרבית סוגי ההוצאות הישירות מתייחסים לפעולות שחברות הביטוח אינן מורשות לבצע בעצמן, או לחיובים שאינם יכולות להימנע מהם. לעומת זאת, עמלות הניהול החיצוני מתייחסות לפעולות שחברות הביטוח יכולות לבצע בעצמן (להבחנה בין סוגי הפעולות, ראו פסקה 57 לעיל). במצב דברים זה, קיים חשש כי חברות הביטוח יפחיתו את ההוצאות שעליהן לממן מכיסן (הוצאות התקורה) באמצעות "מיקור חוץ" של ניהול ההשקעות לקרנות חיצוניות. רביעית, מבחינת ציפיות החוסך הסביר, ניתן לטעון כי קיים שוני בין תשלומים לצדדים שלישיים שהם חלק אינטגרלי בעבור ביצוע ההשקעות, בהם הוא מניח שחברת הביטוח תחייב אותו, לבין בחירה להעסיק מנהלי קרנות חיצוניות במקום מנהלי השקעות פנימיים, עניין לגביו עשוי הוא להניח ששילם לחברת הביטוח עבור שירותיה במסגרת דמי הניהול, ועל כן עליה לשלמו מכיסה.

כל אלה אכן טעמים טובים, ואולם בסופה של התלבטות, אינני סבור כי יש בהם כדי לשנות את התוצאה, ככל שמדובר בהתקשרות כדין עם מנהלי קרנות חיצוניים (כפי שעלינו להניח לצורך הדיון בהליכים שלפנינו. ראו פסקאות 69-70 לעיל). אכן, דו"ח הוועדה המייעצת התמקד בעניין זה, ואף המליץ את אשר המליץ. ואולם, מעבר לכך שהמלצה זו לא אומצה בסופו של דבר בתקנות ההוצאות הישירות 2023, המדובר בהמלצה הנוגעת לשינוי הרגולציה מכאן ולהבא, ואין בה כדי ללמד על המצב המשפטי

ששרר עובר למתן הדו"ח (היינו, בתקופה הרלוונטית להליכים שלפנינו). בדומה, אף אם אניח כי התמריצים של חברות הביטוח והציפיות של החוסך שונים במידת מה כשמדובר בעמלות ניהול חיצוני, עדיין, בהיעדר התייחסות לשוני בין ההוצאות, לא בפוליסות הביטוח, לא ברגולציה ואף לא בדיני הנאמנות – קשה לראות כיצד ניתן לתת לעניין זה משמעות משפטית. כך, בהינתן שהמחלוקת בה עסקינן מצומצמת לאפשרות לחייב את נכסי הקופה בתשלום שכרו של היועץ החיצוני, ואינה משתרעת על חוקיות העסקתו של אותו יועץ. ויובהר, סעיף 8(ב) מקנה לנאמן זכות לשיפוי "על הוצאות סבירות שהוציא ועל התחייבויות שהתחייב בהן באופן סביר עקב מילוי תפקידו". ככל שההתקשרות עם מנהל הקרנות החיצוני נעשתה כדין (וכך כאמור עלינו להניח לצורך הדיון בתיקים דנן), נראה שתשלום שכר מנכסי הקופה היא זכות העומדת לנאמן מכוח סעיף 8(ג) לחוק הנאמנות, וזאת בדומה לכל הוצאת ניהול השקעות חוקית אחרת בה נשא.

סיכום הדיון בשאלת קיומה של עילת תביעה טובה לכאורה לפי סעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות

104. מן המקובץ עולה, כי פרשנות הנכונה של פוליסות החיסכון היא כי קיים חסר בעניין זכותן של חברות הביטוח להשית את הוצאות ניהול ההשקעות על נכסי הקופה, וכי חסר זה יש למלא על פי דיני הנאמנות החלים בנסיבות העניין על ההתקשרות בין הצדדים. מאחר שעל פי דינים אלה רשאיות חברות הביטוח להחזיר לעצמן את ההוצאות הסבירות שהוציאו עקב מילוי תפקידן כנאמנות על נכסי הקופה, ובהיעדר טענה במסגרת ההליכים שלפנינו כי מדובר בהוצאות בלתי חוקיות או בלתי סבירות, הרי שחברות הביטוח נהגו גם במערכת היחסים ההסכמית מול החוסכים, ולא רק במערכת הרגולטורית מול המאסדר, על פי זכותן כדין.

עוללות – הפעלת שיקול הדעת המוקנה לבית המשפט בסעיף 8(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות

105. לבסוף, אבקש לייחד מילים מספר לטענת חברות הביטוח לפיה לאור ההשלכות הטמונות בניהול התובענות כייצוגיות יש להורות על דחיית בקשות האישור בהתאם לסעיף 8(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות.

106. חוק תובענות ייצוגיות מקנה לבית המשפט שיקול דעת שלא לאשר תובענה כייצוגית אם סבר כי אין בה כדי להגשים את תכליות החוק (סעיף 8(א) רישא לחוק תובענות ייצוגיות הנוקט בלשון "רשאי". ראו גם: ע"א 8037/06 ברזילי נ' פרינר (הדס 1987) בע"מ, פסקה 76 (4.9.2014) (להלן: עניין פרינר); ע"א 6007/21 מסאלחה נ' עיריית עפולה, פסקה 8 (26.12.2021); בג"ץ 5148/18 שחם נ' בית הדין הארצי לעבודה, פסקה 24 (11.7.2022); ת"צ (מרכז) 49512-01-16 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת נ' אלאוף ושות' ספנות בע"מ, פסקאות 23-36 (22.9.2019). ערעור וערעור שכנגד על פסק הדין נדחו מכוח תקנה 460(ב) לתקסד"א הישנות ביום 18.10.2021 במסגרת ע"א 7560/90. בצד זאת, סעיף 8(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות מוסיף וקובע כי כאשר מוגשת בקשה לאישור תובענה כייצוגית נגד "גוף המספק שירות חיוני לציבור, תאגיד בנקאי, בורסה, מסלקה או מבטח", מסור לבית המשפט שיקול דעת שלא לנהל תובענה ייצוגית אם עלול להיגרם לציבור הנזקק לשירותי אותו גוף או לציבור בכללותו נזק חמור העולה על התועלת הצפויה מניהול ההליך, ולא ניתן למנוע את הנזק האמור בדרך של אישור התובענה בשינויים. וכך מורה הסעיף:

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

(וראו גם סעיף 20(ד)(2) לחוק תובענות ייצוגיות, הקובע הסדר משלים המתייחס לשיעור הפיצויים ואופן תשלומם עת הוכרעה התובענה הייצוגית, כולה או מקצתה, לטובת הקבוצה).

107. ויובהר, הנזק שבו רשאי בית המשפט להתחשב אינו הנזק שייגרם לנתבע גרידא, אלא הנזק שייגרם לציבור הנזקק לשירותיו או לציבור בכללותו, בעקבות הפגיעה ביציבותו הכלכלית של הנתבע. זאת ועוד, מלשון הסעיף עולה כי לא די בנזק כלשהו אלא על הנתבע לשכנע כי עניין לנו ב"נזק חמור" (ראו גם עניין פרינר, בפסקה 76. ראו גם אלון קלמנט "קווים מנחים לפרשנות חוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו-2006" הפרקליט מט' 131, 155 (2006)).

108. בפסיקתו של בית משפט הודגש כי השימוש בסמכות זו צריך להיעשות במשורה, בהתקיים מקרים חריגים וקיצוניים, ובהתבסס על מסד נתונים משכנע בדבר עמידה בתנאי הסעיף. זאת, שכן לא בנקל ידחה בית המשפט בקשה לאישור תובענה כייצוגית אשר עומדת לכאורה בדרישות החוק (עניין פרינר, בפסקה 79).

109. בענייננו, אם היינו מגיעים למסקנה כי בקשות האישור עומדות בתנאים הקבועים בחוק לאישור ניהולן של התובענות כייצוגיות (ובכלל זה כי עומדות הן בתנאי הקבוע בסעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות), לא ניתן היה לקבוע, בהתבסס על המצע העובדתי שהונח לפנינו, כי יש הצדקה להפעלת הוראת סעיף 8(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות. היועמ"ש אומנם הצביע בעמדתו על הנזק שעלול להיגרם לשוק החיסכון בכלל, ולחוסכים בפרט, לו תיוותר פרשנות בית המשפט קמא על כנה, וזאת לאור היקף הסכומים בהם מדובר בכלל ההליכים (דהיינו, לרבות ההליכים המקבילים). ואולם, בבוא בית המשפט לבחון את השימוש בהוראת החוק האמורה, עליו להתחשב בהליך המתנהל לפניו, ובנתבע הקונקרטי העומד לדין. ואכן, בא-כוח חברות הביטוח בהן עסקינן הודה בפתח הדיון שנערך לפנינו כי אין במקרה דנן חשש לפגיעה ביציבות הכלכלית של חברות הביטוח אותן הוא מייצג, בוודאי לא כזה הטומן בחובו נזק חמור לציבור הנזקק לשירותיהן או לציבור בכללותו (ראו פרוטוקול דיון מיום 11.2.2021, בעמ' 2). בכך נסתם הגולל על האפשרות לדחות את בקשות האישור בהן עסקינן על בסיס הוראת סעיף 8(ב)(2) לחוק תובענות ייצוגיות.

110. לאור כל האמור, לו תישמע דעתי, נורה על קבלת הערעור, ועל דחיית בקשות האישור בשל כך שלאור המפורט לעיל, אין אפשרות סבירה כי התובענות יוכרעו לטובת הקבוצות שבשמן הוגשו, דהיינו לא מתקיים התנאי הקבוע בסעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות לאישור ניהול תובענה כייצוגית.

111. עוד אמליץ לחבריי כי בהינתן התוצאה האמורה, ובהתחשב בסוגיה העקרונית שהתעוררה בבקשת רשות הערעור והשלכותיה על הליכים נוספים המתנהלים בערכאות הדיוניות, כל צד יישא בהוצאותיו. כן אציע כי ההוצאות שנפסקו בבית המשפט המחוזי לטובת המשיבים לא יוחזרו, בשל כך שניסוח פוליסות החיסכון אכן היה חסר, והביא לניהול התדיינות שחברות הביטוח יכולות היו לחסוך באמצעות ניסוח ראוי.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט ד' מין:

אני מסכים עם התוצאה אליה הגיע חברי השופט ע' גרוסקופף לפיה יש לדון בבקשת רשות הערעור כבערעור ולקבל את הערעור, אולם טעמי שונים.

1. עניינה של המחלוקת בין הצדדים בשאלת זכותן של המבקשות-המבטחות לגבות מנכסי החוסכים שהתקשרו עמן בפוליסות חיסכון, הוצאות בשל ביצוע עסקאות בנכסי הקופה (להלן: ההוצאות הישירות). כפי שתואר בהרחבה בחוות דעתי של חברי, בפיהן של המבקשות שלוש טענות עיקריות: האחת, כי תשלום הוצאות ישירות מנכסי הקופה אינו מחייב הסכמה מפורשת של המבוטחים; השנייה, כי זכותן לגבות הוצאות ישירות מעוגנת בלשונן של הפוליסות; והשלישית, כי אף אם הפוליסות שותקות בעניין

זה, לא מדובר בהסדר שלילי כי אם בחסר שיש להשלימו בהתאם לנוהג ולדיני הנאמנות.

2. בכל הנוגע לטענה הראשונה, מסכים אני עם חברי כי דינה להידחות. אין בעובדה שנכסי הקופה מנוהלים על ידי המבטחת, כדי להקנות לה זכות לגבות סכומים שלא הוסכם בפוליסה כי היא רשאית לגבותם. אף אין בעובדה שהוראות הדין השונות – ובכללן תקנות הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל) (הוצאות ישירות בשל ביצוע עסקאות), התשס"ח-2008 – מתירות למבטחת לגבות הוצאות ישירות, כדי להביא למסקנה כי היא רשאית לגבותן. גביית ההוצאות הישירות כפופה לקיומה של הסכמה מפורשת בחוזה בין הצדדים, ולא ניתן לבסס את זכאותן של המבקשות לגבות הוצאות אלה בהיעדרה.

3. ומכאן לטענתן השנייה של המבקשות. חברי סבור כי אין בלשונן של הפוליסות עיגון לזכותן החוזית של המבקשות לגבות הוצאות ישירות מנכסי הקופה. בעניין זה דעתי שונה.

4. חברי עמד על כללי הפרשנות החלים על פוליסות החיסכון שבענייננו ולא אאריך בדברים. אציין רק בתמצית, כי חוזה ביטוח הוא חוזה לכל דבר ופרשנותו נעשית בהתאם לכללי הפרשנות הרגילים החלים בפרשנות חוזים (ע"א 172/89 סלע חברה לביטוח בע"מ נ' סולל בונה בע"מ, פ"ד מז(1) 326, 311 (1993); ע"א 3634/20 מנורה מבטחים ביטוח בע"מ נ' קידישמן, פסקה 38 (26.7.2022)). לצד זאת, נוכח מאפייניה הייחודיים של ההתקשרות בחוזה ביטוח, הותוו בפסיקה כללים פרטניים הנוגעים לפרשנות חוזים מעין אלו (ע"א 1446/22 איילון חברה לביטוח בע"מ נ' כלל חברה לביטוח בע"מ, פסקה 24 (7.5.2023) (להלן: עניין איילון); רע"א 4179/20 בטס קאר חברה לשירותי רכב בע"מ נ' איי. די. איי חברה לביטוח בע"מ, פסקה 21 (18.11.2020); וראו בהקשר זה גם את הערתו של חברי בפסקה 74 לחוות דעתו, המקובלת עליי).

5. אם כן, נקודת המוצא להכרעה במחלוקת הפרשנית שבענייננו טמונה בלשונן של הפוליסות, שהרי היא זו התוחמת את גבולות הפרשנות (סעיף 25(א) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973; ע"א 1770/21 חצרוני נ' Facebook Ireland Limited, פסקה 24 (14.12.2022); רע"א 3961/10 המוסד לביטוח לאומי נ' סהר חברה לתביעות בע"מ מגדל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד סה(2) 583, 563 (2012); דנ"א 8100/19 ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ, פסקה 17 (19.4.2020)). ארבע

הפוליסות העומדות במוקד העניין קובעות, בהקשרים הרלוונטיים לענייננו, הוראות דומות במהותן ולפיהן עם סיום הפוליסה יועברו לחוסך ההפקדות שהפקיד בתוספת תשואה ובניכוי דמי ניהול, כדלקמן:

פוליסת מבקשת 1 (להלן: הפניקס) קובעת כי בעל הפוליסה יוכל לדרוש את פדיון הפוליסה, והפדיון יבוצע בדרך של פדיון החיסכון המצטבר למשיכה (סעיפים 10.1 ו-10.5 לפוליסה). "חיסכון מצטבר למשיכה" הוא החיסכון המצטבר בניכוי כל חוב הרובץ על הפוליסה, ו"חיסכון מצטבר" הוא ההפקדות שהופקדו לפוליסה "כשהן משוערכות בהתאם לסעיף 9 להלן [...] ובניכוי דמי ניהול מהחיסכון המצטבר" (סעיף 1). סעיף 9 הנזכר, שכותרתו "חישוב התשואה" מורה כי חישוב התשואה של הכספים שהופקדו בפוליסה יהיה "בכפוף להוראות ההסדר התחיקתי", כאשר "הסיכום יכול להיות רווח או הפסד".

פוליסת מבקשת 2 (להלן: הראל) קובעת כי בעל הפוליסה רשאי למשוך את ערך הפדיון בכל עת (סעיף 10.2 לפוליסה), כאשר "ערך הפדיון" הוא החסכון המצטבר בניכוי הלוואות וכל חוב הרובץ על הפוליסה (סעיף 1.27). "חסכון מצטבר" הוא "ההפקדות לחסכון בתוספת תשואת מסלולי ההשקעה המיוחסת לפוליסה בסעיף 9 להלן, בניכוי דמי הניהול מהחסכון המצטבר..." (סעיף 1.13). סעיף 9 האמור מורה כי חישוב התשואה במסלול ההשקעה ויתרות הכספים שהופקדו בפוליסה יעשה "בכפוף לאמור בהוראות ההסדר התחיקתי", כאשר "תשואת מסלולי השקעה" מוגדרת כ"שיעור השינוי (גידול/קיטון) בערך הכספים המושקעים במסלול השקעה בתקופה נתונה והנובע מרווחי השקעה" (סעיף 1.32).

פוליסת מבקשת 3 (להלן: מנורה) מורה כי בתום תקופת הפוליסה, או עם מסירת הודעה על ביטול הפוליסה, ישולם לבעל הפוליסה החיסכון המצטבר למשיכה (סעיפים 12(א) ו-12(ד) לפוליסה). החסכון המצטבר למשיכה יהא שווה לחסכון המצטבר, בניכוי דמי ניהול החסכון המצטבר (סעיף 10(א)), כאשר החסכון המצטבר "יחושב וישוערך על פי התשואה" שתחושב לכל מסלול השקעה (סעיפים 11(א-ג)), כאשר "תשואת מסלול השקעה" מוגדרת כשיעור הגידול בערך הכספים המושקעים במסלול ההשקעה בתקופה נתונה (סעיף 1).

ופוליסת מבקשת 4 (להלן: הכשרה) קובעת כי בעל הפוליסה יהיה רשאי למשוך את ערך הפדיון בכל עת (סעיף 1.13), כאשר "ערך הפדיון" הוא החסכון המצטבר בניכוי הלוואות וכל חוב הרובץ על הפוליסה (סעיף 1.25). "חסכון מצטבר" הוא "התשלומים

לחסכון [...] כשהם משוערכים על פי תוצאות ההשקעות כמפורט בסעיף 12 להלן, בניכוי דמי ניהול מהחסכון המצטבר..." (סעיף 1.13). סעיף 12 האמור מורה כי חישוב התשואה במסלולי ההשקעה ויתרות הכספים שהופקדו בפוליסה ייעשה "בכפוף לאמור בהסדר התחיקתי", ו"תשואת מסלול השקעה" מוגדרת כ"שיעור השינוי (גידול/קיטון) בערך הכספים המושקעים במסלול השקעה בתקופה נדונה" (סעיף 1.29).

6. לעמדת המבקשות, אליה הצטרף היועץ המשפטי לממשלה, העיגון הלשוני לגביית ההוצאות הישירות נעוץ במילים "תשואה" ו"רווח". לגישתם, מילים אלו מבטאות את הרווח "נטו" שנותר לאחר ניכוי ההוצאות שהוצאו לשם הפקתו, ומכאן שהחוסכים זכאים לקבל את הרווחים שהופקו מהכספים שהפקידו אצל חברות הביטוח לאחר ניכוי ההוצאות הישירות שהוצאו בהשקעות שהניבו את אותם רווחים. לדעתי יש ממש בעמדה זו.

7. אחד מכללי הפרשנות החלים על פרשנות פוליסות ביטוח, הוא כי יש לפרשן על פי המשמעות המילולית הרגילה, הפשוטה וההגיונית של מילותיהן (ע"א 453/11 מ.ש. מוצרי אלומניום בע"מ נ' "אריה" חברה לביטוח בע"מ, פסקה 27 (21.8.2013) (להלן: עניין אריה חברה לביטוח); עניין איילון, פסקה 24; ע"א 124/89 הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ נ' כהן, פ"ד מו(2) 372, 379 (1992)). בענייננו, קשה לטעמי לחלוק על כך שהמילים "תשואה" ו"רווח" במובן הרגיל והמקובל, מכוונות לרווח הנקי שנצמח מההשקעה, דהיינו לאחר ניכוי ההוצאות שהוצאו ביצירתו. מדובר בלשון פשוטה של בני אדם (ע"א 179/73 בחן חברה לביטוח בע"מ נ' ליבוביץ, פ"ד כח(1) 701, 713 (1974); רע"א 7762/20 פלוני נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ, פסקה 15 (11.4.2021)), ולא בכדי המשיבים אישרו בעדויותיהם כי כך הם מבינים מונחים אלו (פסקה 34 להחלטת בית המשפט המחוזי; ולמשל, עמ' 28-29 ו-40 לפרוטוקול הדיון מיום 17.1.2018 בת"צ 20303-09-16).

8. הפרשנות האמורה אינה רק הפרשנות המילולית-הפשוטה, אלא גם הפרשנות המקובלת בהקשרים שונים בהם נעשה שימוש במונח "רווח". כך למשל מפרשים מונח זה בהקשרים חשבונאיים (תקן חשבונאות IAS 1 34 העוסק בהצגת דוחות כספיים והקובע כי "רווח או הפסד (loss or Profit) הוא סך הכל ההכנסה פחות ההוצאות"); כך למשל הוא מפורש בהקשרים מיסויים אחרים (למשל, הגדרת "ריווח הון" בסעיף 88 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] כ"הסכום שבו עולה התמורה על יתרת המחיר המקורי", כאשר "תמורה" היא "המחיר שיש לצפות לו ממכירת נכס על ידי מוכר מרצון לקונה

מרצון [...] ; והכל בניכוי הוצאות המכירה...") ; וכך הוא אף מפורש בהקשרים דומים לענייננו (למשל: ע"א 7148/94 הכשרת היישוב חברה לביטוח בע"מ נ' חברת השמירה בע"מ, פ"ד נ(4) 567, 572 (1996) שם נקבע כי "רווח הוא אפוא הכנסות (פדיון) פחות הוצאות (עלות ייצור, שיווק וכולי)").

9. זאת ועוד, הפרשנות האמורה למונחים "תשואה" ו"רווח" עולה בקנה אחד עם העובדה שבשלוש מתוך ארבע הפוליסות מושא ענייננו נקבע כי "תשואת מסלול ההשקעה" (או מונח דומה) היא "שיעור השינוי (גידול/קיטון) בערך הכספים המושקעים במסלול השקעה בתקופה נתונה" (או ניסוח דומה) (סעיף 1.32 לפוליסת הראל, סעיף 1 לפוליסת מנורה וסעיף 1.29 לפוליסת הכשרה). אין כל מקום לספק לטעמי, כי השינוי שחל בערך הכספים בין מועד השקעתם לבין מועד פירעונם, מתייחס גם להוצאות שהוצאו במטרה להביא לעליית ערכם מאז הפקדתם. חישוב המתעלם מהוצאות אלו אינו מביא לידי ביטוי את הערך האמיתי שחל בכספים שהופקדו, וחותר תחת לשונה הברורה של הפוליסה. דברים אלה אמורים ביתר שאת ביחס לפוליסת הראל, בה הודגש כי מדובר בשינוי הערך הנובע מרווחי ההשקעה.

10. למעשה, אף חברי השופט גרוסקופף אינו חולק על כך ש"רווח" או "תשואה" הם הערך המתקבל בעקבות ההשקעה לאחר ניכוי עלויות שהוצאו לשם הפקתו. אלא שלעמדתו, ההוצאות שניתן לנכות הן רק הוצאות שנקבע לגביהן כי מי שאמור לשאת בהן הוא החוסך ולא גורם אחר. משכך, השאלה על מי הנטל לשאת בהוצאות הישירות עומדת בעינה, ולכך אין מענה מפורש בפוליסות (פסקאות 77 ו-85 לחוות דעתו). איני שותף לעמדה זו.

11. לדעתי, התשובה לשאלה אילו סוגי הוצאות יילקחו בחשבון בחישוב התשואה או הרווח נובעת מעצם מובנם הפשוט של מונחים אלו. כפי שמציין חברי, תשואה ורווח הם הערך המתקבל בעקבות ההשקעה לאחר ניכוי ההוצאות שהוצאו לשם הפקתו. דהיינו, המונחים תשואה או רווח כוללים בתוכם מעצם טבעם חישוב של סכום "נטו" הנובע מניכוי סוג מסוים של הוצאות – הוצאות בעלות קשר ישיר להפקת התשואה והן בלבד. הוצאות אלה שונות ונבדלות מהוצאות עקיפות כגון שכר עובדיהן של חברות הביטוח שלא יילקחו בחשבון לעניין זה (והשוו: ע"א 6557/01 תז גז חברה לשיווק בע"מ נ' פקיד שומה למפעלים גדולים, פ"ד סא(3) 413 (2006) שם נקבע כי לצורך הכרה בהוצאות בייצור הכנסה יש צורך בקיומו של קשר ישיר בין ההוצאה לבין ייצור ההכנסה, ואין די בקשר עקיף), ואשר עשויים לקבל מענה באמצעות דמי הניהול שמשלמים החוסכים

לחברות הביטוח. במילים אחרות, בהנחה שהשימוש במילים "תשואה" ו"רווח" טומן בחובו את המשמעות על פיה יש לנכות הוצאות שהוצאו בייצורן, הרי שפשוט שמדובר בהוצאות ישירות בלבד. לא בכדי, אלה ההוצאות היחידות שרשאיות המבקשות לגבות מהחוסכים (וראו לעניין זה סעיף 32(א) לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל), התשס"ה-2005 החל בענייננו מכוח סעיפים 1 ו-36א לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א-1981).

12. מכל האמור עולה אפוא לדעתי, כי לשונן של הפוליסות ברורה ומעגנת את זכותן של המבקשות לגבות הוצאות ישירות מנכסי הקופות. נוכח האמור, אין כל צורך להידרש לכלל הפרשנות נגד המנסח, המתעורר לחיים רק כאשר יש בנמצא יותר מפרשנות אפשרית אחת מבחינה לשונית (ע"א 1594/20 קלקודה נ' רשות מקרקעי ישראל, פסקה 46 (29.8.2021); עניין אריה חברה לביטוח, פסקה 28). כמו כן, בנסיבות אלו בהן אין לטעמי כל חסר בחוזה, אין צורך לבחון את האפשרות להשלימו מכוח נוהג או מכוח הוראות דיני הנאמנות החורגות ממילא מהדיון שלפנינו.

סיכומי של דבר, מסכים אני כאמור עם התוצאה אליה הגיע חברי לפיה דין הערעור להתקבל.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ע' גרוסקופף.

ניתן היום, ג' בתמוז התשפ"ג (22.6.2023).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט