

1. הפניקס חברה לביטוח בע"מ

2. הראל חברה לביטוח בע"מ

3. מנורה מבטחים ביטוח בע"מ

4. הכשרה חברה לביטוח בע"מ

ע"י ב"כ עו"ד ממושרד ד"ר א. קלגסבלד ושות', עורכי דין

מרחוב מנחם בגין 7 רמת גן, 52681

טל': 03-6110700 ; פקס': 03-6110707

המבקשות

-נגד-

רון הופמן ואח'

ע"י ב"כ עוה"ד גלעד ברנע ו/או יצחק יערי

מרחוב ויצמן 2, בית אמות השקעות, תל אביב, 6423902

טל': 03-6932077 ; פקס': 03-6932082

המשיבים

היועץ המשפטי לממשלה

ע"י ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה

מרחוב קריית המדע 5, בנין B3, קומה 5, הר חוצבים, ירושלים, 9777605

טל': 0733-929630 ; פקס': 02-6467038

מתייצב להליך

עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה

בהמשך להודעתו בדבר התייצבותו להליך ובהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד, מוגשת בזאת עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה, כפי שתפורט להלן.

א. פתח דבר, עניינו של ההליך, טענות הצדדים ותמצית העמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה

1. בקשת רשות הערעור שלפנינו נסבה כלפי החלטת בית המשפט המחוזי מרכז (כב' השופטת שטמר), לאשר ניהול תובענות (שאוחדו) כייצוגיות, נגד ארבע חברות ביטוח, המבקשות שלפנינו.
2. עניין של התובענות שאושרו לניהול כייצוגיות הוא בהוצאות ניהול השקעות (להלן: "**ההוצאות הישירות**") שנגבו על ידי המבקשות, תוך ניהול נכסי חוסכים במסגרת פוליסות חיסכון כאשר ההוצאות נגבו מתוך נכסי החוסכים, וכחלק מטיפולן של המבקשות בהשקעת כספי ונכסי החוסכים, לשם השאת רווחיהן.
3. המשיבים טענו, שחיוב החוסכים בהוצאות הישירות מנוגד להסכמה החוזית בין הצדדים, כפי שעוגנה בפוליסות החיסכון, ושיש להורות למבקשות להשיב לכל המבוטחים בפוליסות החיסכון את ההוצאות הישירות שנגבו מהם בשבע השנים שקדמו להגשת בקשות האישור.
4. מנגד, המבקשות טענו, כי גביית ההוצאות הישירות מעוגנת בלשון הפוליסות, **בחוק הנאמנות, התשל"ט-1979** (להלן: "**חוק הנאמנות**"), ובנוהג הענפי המקובל.
5. יצוין, כי לבית המשפט קמא הוגשה על ידי הצדדים עמדת רשות שוק ההון, ביטוח וחיסכון (להלן: "**הרשות**") שהוגשה על ידי המדינה במסגרת הליכים אחרים המתנהלים בבית הדין האזורי לעבודה בירושלים, ועוסקים בשאלות דומות.¹ בעמדת הרשות נאמר, שאין לראות בגביית ההוצאות הישירות על ידי קופות הגמל (שבהן עסקו אותן תובענות שבמסגרתן הוגשה עמדת הרשות) כגבייה שלא כדין. ראוי לציין, שהמדינה או היועץ המשפטי לממשלה לא נטלו חלק כלשהו בהליך קמא ולא קיבלו את ההזדמנות לפרט ולהבהיר את עמדתם בסוגיות העקרוניות שהתעוררו בהליך. לבית המשפט קמא הוגשה על ידי הצדדים עמדת הרשות שהוגשה בהליך אחר כאמור, שעסק בקופות גמל ולא בפוליסות חיסכון תלויות תשואה כפי שמדובר בעניינו, כאשר קיימים הבדלים נורמטיביים מסוימים בין המכשירים הפיננסיים השונים, כפי שיפורט עוד להלן.² מכל מקום, היועץ המשפטי לממשלה סבור, שהטיעון הפרשני שיציג להלן בנוגע לפרשנות הוראות הפוליסות בעניין של המבקשות דנן, יפה ככלל, גם בנוגע להוראות דומות הקיימות בתקנונים של קופות גמל.
6. בית המשפט קמא קיבל את עמדת המשיבים והורה על אישור ניהול התובענות הייצוגיות שבנדון, בעילה של "הפרת פוליסת הביטוח בשל גביה שלא כדין של הוצאות ניהול השקעות". כמו כן, אושרו הסעדים שהתבקשו בבקשת האישור בדבר: "השבת סכומי הוצאות ניהול השקעות שנגבו ביתר בצירוף הפרשי ריבית וצו שיורה למשיבות לחדול מן הגביה" (סעיף 69 להחלטה המאשרת).
- בהחלטתו ציין בית המשפט קמא, כי: "עקרונית המשיבות רשאיות לגבות הוצאות ישירות... בנוסף לדמי הניהול שהן גובות" (סעיף 26 להחלטה). כך, בהתאם לחקיקה הרלבנטית שחלה על העניין (ותפורט להלן). למרות זאת, נקבע שההוצאות הישירות בעניינו נגבו שלא כדין, היות שלא די בהסמכה הנורמטיבית בחקיקה, אלא יש צורך בעיגון חוזי לכך, בפוליסת הביטוח שבין המבוטח למבוטח שמעגן את זכויותיהם וחובותיהם של הצדדים (סעיפים 27-30, 37-38, 43 להחלטה).
- כמו כן נקבע, שהפוליסות אינן מעגנות את זכותן של המבקשות לגבות את ההוצאות, ונדחו טענות המבקשות בעניין

¹ עמדת הרשות מצ"ב ומסומנת א'.

² למען הדיוק יצוין, שבסעיף 19 לעמדת הרשות נאמר שהיא "רלוונטית, בשינויים המחויבים גם לחברות ביטוח", אולם, יש להניח שאם הרשות הייתה מקבלת הזדמנות לפרט את עמדתה בהליך קמא בעניין של חברות ביטוח, הדברים היו מובהרים ומוטעמים יותר.

(סעיפים 31-33, 41-42 להחלטה). נדחו גם הטענות, שחוק הנאמנות מתיר את הגביה אף ללא עיגון חוזי קונקרטי, וכן נדחתה הטענה מכוח נוהג ענפי, ונקבע, **שהפוליסה ממצה את זכויות הצדדים** ומשעה שלא נקבע בה שהמבקשות רשאיות לגבות את ההוצאות הישירות מכספי החוסכים, יש לראות בכך הסדר שלילי וממילא אין מקום למילוי חסר בפוליסה ממקורות חיצוניים לה, שהרי אין מדובר כלל בחסר (סעיפים 45-49 להחלטה).

בית המשפט קמא התייחס בהחלטתו גם לעמדת הרשות (שכאמור הוגשה לו על ידי הצדדים) ודחה אותה, וזאת, כאמור, **מבלי שניתנה למדינה הזדמנות כלשהי לשטוח ולהבהיר את עמדתה במסגרת ההליך שהתנהל לפני בית המשפט קמא**, ותוך שבית המשפט קמא דן בעמדה שהגישה המדינה בהליך אחר שעוסק בקופות גמל.

7. מכאן, בקשת רשות הערעור שלפנינו שהוגשה על ידי ארבע חברות הביטוח הנתבעות בתובענות הייצוגיות שבנדון. המבקשות טוענות, ששגה בית המשפט קמא כשהורה על אישור הגשת התובענות הייצוגיות. המבקשות טוענות, שהן אינן נדרשות לעיגון חוזי בכדי שיותר להן לשלם את ההוצאות הישירות מכספי החוסכים. לשיטתן, יש להן זכות קניינית בנכסי הקופה ועל כן "הן אינן זקוקות להיתר כדי לבצע פעולות בנכסי הקופה" (סעיף 20 לבקשה) ובכלל זה לגבות את ההוצאות הישירות מנכסי המבוטחים. כמו כן נטען, שלחברה המנהלת את קופת הגמל (וכן חברות ביטוח בנוגע לביטוחים תלויי תשואה) יש מעמד של נאמן שזיקתו לנכסי הקופה היא זיקה של בעלות (סעיף 32, 36-38, 44 לבקשה). כמו כן ראו בסעיפים 40 ו-47 לבקשה. ובסעיף 49 לבקשה נאמר: **"התזה לפיה דרושה הסכמה מפורשת בפוליסה" ... לשם תשלום הוצאות ישירות היא חסרת בסיס משפטי. חברה מנהלת רשאית לשלם הוצאות ישירות מנכסי הקופה לפי שיקול דעתה הבלעדי ... גם אם הפוליסות לא מתירות זאת"...**

טענה נוספת של המבקשות היא, שלא נדרש עיגון חוזי לזכותן לגבות את ההוצאות, גם מהטעם, שלטענתן היחסים ביין לבין החוסכים הם **"יחסים של נאמנות"** והיות שסעיף 8 לחוק הנאמנות קובע שנאמן זכאי לשיפוי על הוצאות סבירות שהוציא עקב מילוי תפקידיו (סעיף 83 לבקשה) ונטען: "על מנת שנאמן יקבל שיפוי על הוצאות- לא חייבת להופיע הוראה בהסכם" (סעיף 85 לבקשה). כמו כן נטען (בסעיפים 100-101 לבקשה), שניתן להשלים את ה-"חסר" בחוזה בנדון גם מכוח קיומו של נוהג אצל כל חברות הביטוח בדבר תשלום הוצאות ישירות מנכסי הקופה.

לצד טענתן המרכזית של המבקשות שכלל לא נדרש עיגון חוזי, המבקשות טוענות (בסעיף 70 לבקשה), שגם אם נדרש עיגון חוזי – הוא קיים, לאור הוראות הפוליסות על זכאות המבוטחים ל-"תשואה" של מסלולי ההשקעה, תוך שנטען שפרשנותו של המונח תשואה הוא רווח בניכוי ההוצאות שהניבו את אותו רווח.

8. מנגד, המשיבים טוענים בתשובתם לבקשה, שדין הבקשה להידחות. נטען, שאסור למבקשות לגבות את ההוצאות מנכסי החוסכים ללא עיגון חוזי מפורש, ובעלותן הנתענת של חברות המנהלות קופות גמל, או חברות הביטוח בענייננו על נכסי החוסכים אינה משנה זאת: **"גם אם הבעלות בנכסי הקופה מוקנית לחברה המנהלת לצורך ביצוע פעולות ניהול ההשקעות בנאמנות בעבור עמיתיה, עליה לפעול בנכסים אלה אך ורק בהתאם לתנאי הנאמנות הקבועים בתקנון. ובאין הוראה בתקנון המתירה לחברה המנהלת לנכות הוצאות ניהול השקעות מנכסי הקופה"...** **אסור לה לנכותם"...** (סעיף 9 לתשובה). המשיבים טוענים (בסעיף 26 לתשובה), שיש לדחות גם את הטענות המתבססות על הוראות חוק הנאמנות היות שהוראות הפוליסות בעניין יוצרות הסדר שלילי וממצות את זכויות הגבייה של חברות הביטוח, כך שאין מקום להשלמת חסר מכוח חוקים אחרים, כי לא מדובר כלל בחסר בפוליסות.³

³ ראו גם סעיף 39 לתשובה. המשיבות מסתמכות גם על סעיף 11 לחוק הנאמנות הקובע, שסעיף 8 לחוק הנאמנות יחול "בכפוף לתנאי הנאמנות".

- עוד טוענים המשיבים, שהמונח 'תשואה' הקיים בפוליסות אינו מבסס עיגון חוזי לגביית ההוצאות, כי ניתן לפרש את המונח כמכוון לעליית ערך מבלי להתייחס לשאלת ההוצאות (סעיף 18 לתשובה).
9. טענות נוספות של הצדדים יפורטו להלן לפי הצורך במסגרת הצגת עמדת היועץ המשפטי לממשלה.
10. היועץ המשפטי לממשלה יעמוד בפתח הדברים על תמצית עמדתו, והדברים יפורטו ויורחבו להלן.
- היועץ המשפטי לממשלה סבור, **שראוי לתת למבקשות רשות ערעור**. כך, לנוכח השלכות הרוחב של הסוגיות העקרוניות הנדונות ומספר לא קטן של תובענות ייצוגיות נוספות שתלויות ועומדות בעניין בכמה ערכאות דיוניות⁴ ומעוררות שאלות עקרוניות דומות; כך, לאור שיקולים של יעילות דיונית ובכדי לייתר את הצורך לנהל הליכים רבים בערכאות שונות שעוסקים באותן שאלות, ובכדי שתיקבע הלכה פסוקה בבית משפט זה שתיצור ודאות משפטית ותמנע הכרעות סותרות; כך, גם לנוכח טיבן של השאלות העקרוניות הנדונות לגופן.
11. לגוף הדברים, **היועץ המשפטי לממשלה סבור שיש לקבל את בקשת רשות הערעור והערעור גופו**, במובן זה, **שהחלטת בית המשפט קמא לאשר את התובענות הייצוגיות תבוטל, ובקשות האישור יידחו**. עם זאת, היועץ המשפטי לממשלה אינו מסכים עם כלל טענות המבקשות בבקשה, כפי שיובהר ויפורט.
12. היועץ המשפטי לממשלה סבור, **בניגוד לטענות המבקשות**, שבנסיבות העניין, זכותן של המבקשות (שאין חולק לגביה) לנהל את כספי ונכסי המבוקשים ולעשות פעולות לשם השאת רווחיהם בהתאם לשיקול דעתן הענייני והמקצועי, **אינה יכולה לבסס את זכות המבקשות לגבות את ההוצאות הישירות מנכסי החוסכים, ללא עיגון חוזי לפי**. כך, בין היתר, לאור החשיבות של מסמכי הפוליסה כמעגנים את זכויות וחובות הצדדים.
- בדומה, בנסיבות התובענות הייצוגיות שלפנינו, גם **טענות המבקשות בנוגע להוראות חוק הנאמנות אינן פוטרות אותן מהצורך בעיגון חוזי לגביית ההוצאות הישירות**, היות שכפי שיובהר, כאשר מדובר בביטוחים תלויי תשואה ובחברות ביטוח, כבענייננו, הרי שהוראת סעיף 3(א) **לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל), התשס"ה-2005**⁵ (עליה מנסות המבקשות להסתמך) הקובע, כי **"חברה מנהלת תשמש נאמן על נכסי קופות גמל שבניהולה לטובת העמיתים"**, **לא הוחלה במישרין**⁶ והדברים יפורטו להלן. על כן, היועץ המשפטי לממשלה אינו רואה מקום להידרש למחלוקת בין הצדדים בשאלה האם נכון לראות בפוליסה בענייננו כהסדר הממצה את זכויות הצדדים והאם ניתן להסיק ממנו קיומו של הסדר שלילי בנוגע לסוגיית ההוצאות הישירות, השולל את תחולת הוראת סעיף 8 לחוק הנאמנות בסוגיית תשלום ההוצאות לנאמן, אף במקום שבו חלה נאמנות מכוח חוק. אין צורך להכריע בכך בענייננו, שבו, כאמור, **אין תחולה ישירה להוראות חוק הנאמנות, מכוח חוק**. עם זאת, גם ללא תחולה ישירה של הנאמנות מכוח חוק (ומבלי להידרש כאן לשאלה האם חלה נאמנות מכוח הסכם), **עקרונית הנאמנות חלים על חברות הביטוח** וכן מוטלים עליהן מרבית החובות המוטלים בדין על נאמן, ועל כן, היועץ המשפטי לממשלה סבור, **שניתן וראוי וללמוד, מהוראות חוק הנאמנות, במסגרת הדיון בפרשנות הפוליסות שבנדון**, כדלהלן.
13. אם כן, לגישת היועץ המשפטי לממשלה, הפוליסות הן המסמך שצריך לעגן את חובות וזכויות הצדדים. עם זאת, היועץ המשפטי לממשלה סבור, שבחינה של לשון הפוליסות, תכלית הפוליסות, ושל כלל נסיבות העניין וטובת המבוטחים עצמם מביאה למסקנה הפרשנית, **שקיים עיגון בהוראות הפוליסות לגביית ההוצאות הישירות**, כך

⁴ ראו בסעיף 111 לבקשה ובנספח 38 לבקשה.

⁵ להלן: **"חוק הפיקוח על קופות גמל"**.

⁶ ומבלי לקבוע מסמרות האם חלה בנסיבות העניין נאמנות מכוח הסכמת הצדדים (ראו בסעיף 2 לחוק הנאמנות), שהרי שאלה זו לא נתלבנה ולא נתבררה בהליכים שנדונו לפני בית המשפט קמא.

שהמונח תשואה צריך להתפרש כמכוון לכך שהחוסכים יקבלו את הרווחים, שהופקו מהכספים שהפקידו, לאחר שינוכו מהם ההוצאות הישירות, אשר בהסתמך עליהן השקיעו הגופים המוסדיים באופן שהניב את אותם רווחים

שהושגו. היועץ המשפטי לממשלה יטעים כבר כעת, שפרשנות זו מתיישבת היטב עם **טובת החוסכים עצמם**, היות שהניסיון מלמד כפי שיפורט בנתונים להלן, **וזו גם עמדתה המקצועית של הרשות בעלת המומחיות בנדון**, שתשלום ההוצאות מנכסי החוסכים מביא לכך **שהחוסכים זוכים לרווחים גבוהים יותר, ויקבלו לחשבונם בסופו של יום סכומים גבוהים יותר**, בעוד השתת ההוצאות הישירות על חברות הביטוח הייתה מביאה למצב דברים שהחוסכים היו מקבלים בסופו של דבר לחשבונם, סכומים נמוכים יותר. תשלום ההוצאות הישירות מנכסי החוסכים מביא גם לביזור של ההשקעות באופן שמיטיב גם הוא עם האינטרסים של החוסכים.

14. גם העובדה שהרווחים הופקו בהתבסס על אפשרות גביית ההוצאות מנכסי החוסכים, **ולא היו מופקים באותו אופן, לולי תשלום ההוצאות מנכסי החוסכים** (כפי שהגופים המוסדיים סברו שהם רשאים לעשות), תומכת בפרשנות, שהחוסכים שזוכים לרווחים ישאו גם בהוצאות שבזכותן הושגו הרווחים, ובכדי להביא לתוצאה הגונה כלפי הצדדים כולם.

15. עוד יטעים היועץ המשפטי לממשלה, כי ההוצאות הישירות **משולמות על ידי הגופים המוסדיים ישירות לצדדים שלישיים**, בעוד שהחוסכים נהנים מהתמורה שמתקבלת בגין גבייתן, בדמות התשואה שמתקבלת מהשקעתן. סכומי ההוצאות הישירות לא הגיעו לכיסן של חברות הביטוח והן היו זכאיות לדמי הניהול בשיעורים זהים בין אם היו משקיעות את כספי החוסכים באפיקים אלה או אחרים. בעניין זה גם יבהיר היועץ המשפטי לממשלה, שבניגוד לגישת המשיבים ובית המשפט קמא הנכבד, אין לראות בהוצאות הישירות כמעין דמי ניהול נוספים. מדובר בעלויות עסקה לכל דבר, הנגבות כתלות באפיק ההשקעה בו מושקעים כספי החוסכים.

16. היועץ המשפטי לממשלה גם סבור, שראוי לייחס משקל לכך, שהמבקשות אינן יכולות לשנות את הפוליסות גם מכאן ולהבא ללא קבלת הסכמת המבוטחים, ועל כן **משמעות דחיית הפרשנות המוצעת להוראות הפוליסות עלולה להיות, שהמבקשות לא תוכלנה לגבות את ההוצאות מנכסי החוסכים ביחס לכל הפוליסות הקיימות גם בעתיד**, וכאמור תוצאה זו **תפגע בסופו של יום בחוסכים עצמם**, שיקבלו לכיסם סכומים נמוכים יותר.

17. היועץ המשפטי לממשלה יעמוד להלן על כך, **שיש לייחס משקל לעמדתה המקצועית של הרשות המנהלית** האמונה על התחום, מטפלת בו מידי יום ביומו, ונתונות לה סמכויות אכיפה רבות בנדון. בוודאי בעניין דוגמת זה שלפנינו שמעורבות בו שאלות מקצועיות מובהקות (שבנוגע אליהן הרשות היא הגוף המומחה והאחראי להסדרתן) ושאלות של השפעת ההכרעה המשפטית בנדון על טובת המבוטחים ועל השאת השקעותיהם, בהתאם לניסיון המצטבר. על כן, גם עמדתה המקצועית של הרשות בעניינים אלה, מחזקת את הפרשנות שבה תומך היועץ המשפטי לממשלה.

18. כעת, יפרט היועץ המשפטי לממשלה את טענותיו, בהרחבה.

ב. התשתית הנורמטיבית הדרושה לעניין

19. תחילה, יבהיר היועץ המשפטי לממשלה את טיבם של מכשירי החיסכון המרכזיים הקיימים בישראל, שבהן עוסקת החקיקה שתפורט בסמוך.

קופות גמל הן ממכשירי החיסכון הנפוצים והחשובים ביותר והן מנוהלות על-ידי חברות מנהלות. קופות גמל כוללות מוצרים מסוגים שונים ובכלל זה קרנות פנסיה, קופות גמל להשקעה קופת גמל לתגמולים וקרנות השתלמות. מי

שרשומים על שמם כספים בקופת הגמל או מי שזכאים לקבל כספים מקופת הגמל (למעט מוטבים) מכונים "עמיתים" וקופת הגמל מנהלת את הכספים לטובת עמיתה.⁷ המסגרת הנורמטיבית לפעולתן של קופות גמל מוסדרת בחוק הפיקוח על קופות גמל, **בחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א-1981, ובתקנות מס הכנסה (כללים לאישור ולניהול קופות גמל), התשכ"ד-1964.**⁸ תקנון הקופה קובע את הזכויות, החובות ושאר העניינים על פיהם פועלת קופת הגמל, בכפוף להוראות ההסדר התחיקתי.⁹

בחברות הביטוח קיימים מכשירים דומים לחיסכון, בדמות פוליסת חיסכון וקופת ביטוח (ביטוח מנהלים).¹⁰ פוליסת הביטוח, שבין חברת הביטוח והמבוטח (החוסך) קובעת את זכויות וחובות הצדדים שבנדון והיא חוזה הביטוח שביניהם. על פוליסת הביטוח חלים גם הוראות **חוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981** (להלן: "**חוק חוזה הביטוח**").

20. התובענות הייצוגיות שלפנינו עוסקות במכשירי חיסכון מסוג פוליסות חיסכון המנוהלות על ידי חברות ביטוח. לעניין גביית ההוצאות הישירות, חל אותו הסדר תחיקתי ביחס לכל סוגי המכשירים. מכל מקום, עמדה זו תתמקד בפוליסות החיסכון שבהן מדובר בענייננו, כאמור, ובמידת הצורך, היועץ המשפטי לממשלה יעמוד בהמשך העמדה, גם על הבדלים מסוימים בתשתית הנורמטיבית בין המכשירים השונים.

21. טרם יעמוד היועץ המשפטי לממשלה על הוראות החוק בעניין, יבקש היועץ המשפטי לממשלה להטעים ולחדד את הצורך בהסדרה חקיקתית של הנושא.

22. אחד האתגרים העומדים לפני מנהלי קופות הגמל וחברות הביטוח הוא השאת התשואה הגבוהה ביותר בגין השקעת הנכסים. במוצרי החיסכון הרלבנטיים לענייננו אין הבטחת תשואה מצד הגוף המוסדי לחוסך (להבדיל מפיקדון בבנק) ולכן בנוסף להפקדות לקופה, היקף החיסכון של החוסך מבוסס במידה רבה על התשואה שתושג על ידי הגוף המוסדי. בהתאם לכך, התשואה אותה הגוף המוסדי משיג על השקעותיו היא בעלת השלכה דרמטית על גובה החיסכון שיעמוד לזכות החוסך או הקצבה החודשית שיקבל בעת פרישתו. כך למשל, שני אנשים שהפקידו את אותן הפקדות לאורך אותו מספר שנים בשני גופים מוסדיים שונים ושילמו את אותם דמי הניהול, עשויים לקבל חיסכון הוני או קצבה חודשית בפער של למעלה מעשרות אחוזים, כתוצאה מהבדלים בתשואות שהושגו על ידי השקעות הגופים המוסדיים לאורך שנות החיסכון.

על מנת להבטיח את ההגנה והשמירה על האינטרסים של החוסכים כאמור, המחוקק הסדיר את התשלומים שחברות מנהלות וחברות ביטוח רשאיות לגבות מהחוסכים.¹¹

וכך נקבע בסעיף 32 לחוק הפיקוח על קופות גמל:

32. (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....

⁷ ראו בסעיף 1 לחוק הפיקוח על קופות גמל, בהגדרת "חברה מנהלת" ו-"עמית".

⁸ להלן: "**חוק הפיקוח על הביטוח**", "**תקנות מס הכנסה**".

⁹ ראו: בג"ץ 6460/02 משה אליאב נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד ס(4) 411 (2006); ע"ע 600026/97 מבטחים מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים בע"מ נ' מרק פיורסט, פ"ד לט 831 (2004); ע"ע 64278-01-15 התעשייה האווירית לישראל בע"מ נ' מבטחים מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים בע"מ (פורסם בנבו, 21.8.2017).

¹⁰ בהתאם להגדרות המפורטות בסעיף 1 לחוק הפיקוח על קופות גמל, ל-"קופת גמל" ול-"קופת ביטוח", תכנית ביטוח שאושרה על ידי הממונה כקופת גמל לתגמולים, פיצויים או קצבה לפי סעיף 13 לחוק האמור, תיקרא "קופת ביטוח" ותיראה כקופת גמל לעניין חוק זה. להרחבה ראו: בג"ץ 6925/14 פורום החוסכים לפנסיה בישראל נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 24.12.2017).

¹¹ יצוין, שבעבר, בעניינן של קופות גמל, התשלומים שהותר להן לגבות מהחוסכים הוסדרו בסעיף 41 לתקנות מס הכנסה.

(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).

(ב) השר, באישור ועדת הכספים, יקבע את הסכומים או השיעורים, המרביים, של ההוצאות ודמי הניהול שחברה מנהלת רשאית לגבות מנכסים, מחשבונות או מתשלומים, כאמור בסעיף קטן (א).

הוצאות אלו שנקבעו בנוגע לקופות גמל, הוחלו גם על ביטוחים תלויי תשואה ולגבי נכסים המנוהלים בידי מבטח לכיסוי התחייבויות תלויות תשואה (שבהם מדובר בתובענות שלפנינו).¹²

אם כן, חברה מנהלת וחברת ביטוח רשאיות לגבות מהחוסכים רק את שלושת סוגי התשלומים המפורטים בחוק הפיקוח על קופות גמל: דמי ניהול, הוצאות ישירות בשל ביצוע עסקאות בנכסי הקופות ודמי ביטוח.

23. ענייננו בהליך זה מתמקד בסוגיית ההוצאות הישירות, אשר מהוות תשלום נפרד ומובחן מדמי ניהול, כפי שמפורט בחוק. עם זאת, בהליך עולות גם שאלות הנוגעות לטיב היחס בין דמי הניהול להוצאות הישירות ועל כן היועץ המשפטי לממשלה יראה להבהיר כבר כעת, את טיבם ועניינם של שני סוגי התשלומים.

24. **דמי ניהול** נגבים באופן שוטף מהחיסכון הצבור בחשבוננו של החוסך ומההפקדות בו, ומהווים את מקור ההכנסה של הגוף המוסדי¹³ מפעילותו כמנהל קופת הגמל או קופת הביטוח. התקנות¹⁴ קובעות את שיעור דמי הניהול המרביים שרשאי גוף מוסדי לגבות. גובה התשלום בפועל נקבע בהתאם להסכמה שבין הגוף המוסדי לחוסך, בכפוף למגבלה התחיקתית האמורה. בין ההוצאות שהגוף המוסדי נושא בהן מתוך דמי הניהול ניתן למנות הוצאות שכר, שיווק, תפעול וכדומה. זוהי למעשה התמורה המשולמת לגוף המוסדי עבור פעילותו.

הוצאות ישירות הן הוצאות אשר הגוף המוסדי משלם לצדדים שלישיים (שאינם צדדים קשורים לגוף המוסדי), עבור ביצוע עסקאות בנכסי הקופה במטרה להביא להשאת רווחי החוסכים (ומשכך ניתן לראותן כהוצאות ישירות הכרוכות בהשקעות אלו). להבדיל מדמי הניהול – אשר נגבים מהחיסכון הצבור וההפקדות בחשבון החוסך, בשיעור שנקבע בהתאם להסכם בין החוסך לבין קופת הגמל – ההוצאות הישירות נגבות ישירות מנכסי הקופה המשותפת והן אחידות לכל החוסכים, ללא כל תלות בשיעור דמי הניהול שנקבע בהסכמה פרטנית מול כל חוסך. שיעור ההוצאות הישירות מחושב כאחוז מסך השווי המשוער של תיק הנכסים המצרפי של החוסכים, באופן אחיד לכל החוסכים, אשר כספם מנוהל באותה קופה. שיעור ההוצאות הישירות **אינו ידוע מראש ולא ניתן להציגו לפני החוסך**, ותלוי בהחלטות השקעה, שיראה הגוף המוסדי לערוך במהלך השנה בהתאם לשיקוליו ולהתפתחויות הרלבנטיות בשווקים.

25. בהתאם לסמכות שהוקנתה לשר האוצר בסעיף 32(א)(2) לחוק הפיקוח על קופות גמל, הותקנו בשנת 2008 תקנות הוצאות ישירות¹⁵ הקובעות אילו הוצאות ישירות ניתן לגבות בשל ביצוע עסקאות בנכסי קופת גמל או קופת ביטוח. וכך נקבע בתקנה 2 לתקנות הוצאות ישירות (בנוסחן העדכני):

הוצאות ישירות בשל ביצוע עסקאות בנכסי קופת גמל יהיו אלה בלבד:
(1) עמלות קניה ומכירה של ניירות ערך סחירים;

¹² ראו: סעיף 36א לחוק הפיקוח על הביטוח.

¹³ דמי הביטוח הם הכנסה נוספת של חברת הביטוח, אך הם אינם משולמים בגין ניהול כספי החיסכון ועל כן אינם רלוונטיים לענייננו.

¹⁴ תקנות הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל) (דמי ניהול), התשע"ב-2012 (להלן: "התקנות").

¹⁵ תקנות הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל) (הוצאות ישירות בשל ביצוע עסקאות), התשס"ח-2008 (להלן: "תקנות הוצאות ישירות").

(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...

(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..."
 תקנה 4 לתקנות קובעת, שהן יחולו גם על "ביטוחים תלויי תשואה",¹⁶ ויראו לעניין זה את המבטח כחברה מנהלת ואת הנכסים שהוא מחזיק לכיסוי התחייבויות תלויות התשואה כנכסי קופת הגמל".

לגבי סוגי ההוצאות הישירות שהותר בתקנות לגבותן מנכסי הקופות, יובהר, שמדובר בהוצאות שמשולמות לצדדים שלישיים, כאשר ניתן לסווג את ההוצאות הישירות שהותרו לשני סוגים – האחד, הוצאות המשולמות בגין פעולות שהגוף המוסדי אינו יכול לבצע בעצמו, למשל קנייה ומכירה של ניירות ערך באמצעות חבר בורסה; והשני, הוצאות שהתרת גבייתן נועדה לתמרץ את הגופים המוסדיים להשקיע בנכסים מגוונים, אשר משולמות לרוב בגין מומחיות מיוחדת של הצד השלישי שאינה קיימת בקרב הגוף המוסדי.¹⁷ לעומת זאת, נאסר על החברות המנהלות ועל חברות הביטוח להשית על נכסי החוסכים הוצאות אחרות, גם אם הן קשורות להשקעת נכסי החוסכים ולהשאת רווחיהם, וזאת במידה שסוגי הוצאות אלה אינן קבועות בתקנות. כך, למשל, בנוגע למערכי השקעה שקיימים בגופים המוסדיים, האמונים על ניהול פעילות ההשקעות של הגופים,¹⁸ לא ניתן לממן את עלויות התפעול של מערכים אלה מנכסי החוסכים.

26. בנוסף להגבלה התחיקתית על סוגי ההוצאות הישירות שניתן לשלם מנכסי החוסכים, בשנת 2014 נקבעה בתקנות גם תקרה לשיעור של הוצאות ישירות מסוימות שאותן רשאי הגוף המוסדי לגבות מנכסי החוסכים.¹⁹ ביחס לסוגי הוצאות ישירות המפורטים שם (בתקנה 2(ב) שהוספה לתקנות), סך ההוצאות הישירות שייגבו מנכסי החוסכים "לא יעלה על 0.25 אחוז מסך כל השווי המשווער של נכסי קופת הגמל בתום שנת הכספים שחלפה..."

¹⁶ וכאמור, בכך מדובר בענייננו.

¹⁷ למשל, מנהל תיקים מחוץ לישראל בעל מומחיות לאזור גאוגרפי או ענף מסוים, קרן השקעה בעלת מומחיות בסוגים מסוימים של חברות (למשל חברות הזנק) והיעזרות במומחים במסגרת השקעה בנדל"ן ותשתיות כגון מהנדסים, שמאים ועורכי דין.

¹⁸ מערכי ההשקעות מכינים הצעות מדיניות השקעה לאישור ועדת ההשקעה של הגוף המוסדי ואחראים על השקעת הכספים בהתאם למדיניות ההשקעה שאושרה; מייצרים אנליזות וניתוחים ביחס להשקעות קיימות והשקעות פוטנציאליות המשמשות לקבלת החלטות השקעה בנכסים והמשך האחזקה בהם; יוזמים מתן אשראי, מנהלים משאים ומתנים בעניין ועוקבים אחר פירעון החובות; פועלים לתפעול שכירות הנכס בהשקעות בנכסי נדל"ן; ואחראים לבחירת מנהלי תיקים וקרנות ההשקעה ומעקב שוטף אחר ביצועיהם.

¹⁹ ראו: תקנות הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל) (הוצאות ישירות בשל ביצוע עסקאות) (תיקון מס' 2), התשע"ד-2014, ק"ת תשע"ד מס' 7363 מיום 1.4.2014, עמוד 1028. התקנה נקבעה כהוראת שעה עד ליום 31.12.2017. בהמשך, תוקף הוראת השעה הוארך ליום 31.12.2019 (ראו: תקנות הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל) (הוצאות ישירות בשל ביצוע עסקאות) (תיקון והוראת שעה), התשע"ח-2018, ק"ת תשע"ח מס' 8060 מיום 16.8.2018, עמוד 2660). בפועל, לנוכח מערכות הבחירות התכופות, הוראת שעה זו עמדה בתוקפה עד ליום 16.6.2020 (כשלושה חודשים מיום תחילת כהונתה של הכנסת ה-23), וזאת בהתאם להוראות לסעיף 38 לחוק יסוד הכנסת. ביום 1.7.2020 אישרה ועדת הכספים של הכנסת את הארכת הוראת השעה לתקופה נוספת, עד ליום 28.2.2021 (נוסח תקנות זה נחתם על ידי שר האוצר ואמור להתפרסם ברשומות בעת הקרובה). יצוין, כי בהוראת שעה זו נקבעו תיקונים מסוימים וצומצמו סוגי ההוצאות הישירות שתחול עליהן מגבלת התקרה.

ג. תכלית החקיקה

27. תכלית החקיקה שפורטה לעיל הייתה כפולה. מצד אחד, כמובן, המטרה הייתה להגן על החוסכים וכספם, בהגבלת סוגי התשלומים שהגופים המוסדיים יהיו רשאים לגבות מנכסי החוסכים ומחשבוניותיהם; בהגבלת סוגי ההוצאות הישירות שניתן יהיה לגבות מנכסי החוסכים, ובקביעת תקרה לשיעור ההוצאות הישירות שיוכלו הגופים המוסדיים לגבות (ביחס לסוגי הוצאות ישירות מסוימים). והכל בכדי לשרת את התכלית של הגנה על כספי החוסכים והשאת הרווחים שייכנסו לכיסם בסופו של יום.

28. מהצד השני, בבסיס החקיקה עמד הרצון לתמרץ את הגופים המוסדיים להשיא את רווחי החוסכים ככל הניתן, תוך ביצוע השקעות באופן הולם ושקול, ששיאו את תשואות החוסכים ותוך פיזור ההשקעות על פני מגוון רחב של תחומים ושווקים, באופן שיקטין את סיכוני החוסכים ותוך הגדלת הפוטנציאל להגדלת התשואות. הגורמים המקצועיים ברשות סבורים (ועיקרון זה גם עמד ביסוד החקיקה שפורטה), שככל שהגופים המוסדיים לא יגבו את ההוצאות הישירות מנכסי החוסכים, אלא על חשבונם (כלומר מתוך דמי הניהול), הדבר יציב את הגופים המוסדיים במצב של ניגוד עניינים מובנה, באופן אשר צפוי להביא לפגיעה בתשואה לחוסכים והקטנת הסכומים להם יהיו זכאים, וכן להביא לצמצום במידת פיזור ההשקעות, כך שתיק ההשקעות של החוסכים יהיה חשוף לסיכון גבוה יותר. היועץ המשפטי לממשלה מסכים לאמור ויבהיר את הדברים.

29. לו הגופים המוסדיים היו נדרשים לממן את ההוצאות הישירות מתוך דמי הניהול, הרי שכל הוצאה שהגוף המוסדי היה מוציא לצורך ייצור תשואה לחוסכים, היתה מתקזזת מהרווח שלו מדמי הניהול. מצב זה עלול להציב את הגוף המוסדי בניגוד אינטרסים מובנה בין רצונו הלגיטימי כגוף עסקי להרוויח מדמי הניהול לבין רצונו וחובתו על פי דין להשיא תשואה לחוסכים. לעומת זאת, ההפרדה בין הוצאות המשולמות על ידי הגוף המוסדי לבין ההוצאות המשולמות מנכסי החוסכים מאפשרת השאת תשואה עבורם, תוך הפחתה של התמריצים המנוגדים אצל הגוף המוסדי.²⁰

עוד חשוב להבהיר, כי אין לגוף המוסדי תמריץ להגדיל את רכיב ההוצאות הישירות מקום שבו הדבר אינו משרת את השאת התשואה: התשואה לחוסכים (בניכוי ההוצאות הישירות) היא אחד משני המדדים העיקריים עליהם מתחרים הגופים המוסדיים, לצד דמי הניהול, ונתוני התשואות כאמור של הקופות מתפרסמים באתר המרשות של הרשות וזוכים למאות אלפי צפיות בשנה.²¹ יתירה מכך: תשואה זו היא העניין לגביו ראוי שהגופים המוסדיים יתחרו, שהרי התחייבות מראש לשיעור הוצאות נמוך יותר עלולה לגרום לפגיעה בתשואה ובסופו של יום לפגיעה בחוסכים.

30. בנוסף, מנקודת המבט של טובת החוסכים ושמירה על האינטרסים שלהם, קיימת חשיבות רבה לביזור ההשקעות. כך במיוחד, במדינה דוגמת מדינת ישראל, שהיא מדינה קטנה, שכל משבר מקומי (דוגמת מלחמה, רעידת אדמה, או מגיפה עולמית) עלול להביא לירידת ערך משמעותית של כספי החיסכון, לחוסר יציבות בשווקים, לזעזוע משמעותי בשוק ההון ולגל משיכות המוני של כספי החיסכון שעלול להעצים את המשבר. גם לאור זאת, קיים יתרון משמעותי בגביית ההוצאות הישירות מנכסי החוסכים (ולא מתוך דמי הניהול), באופן שמתמרץ את הגופים

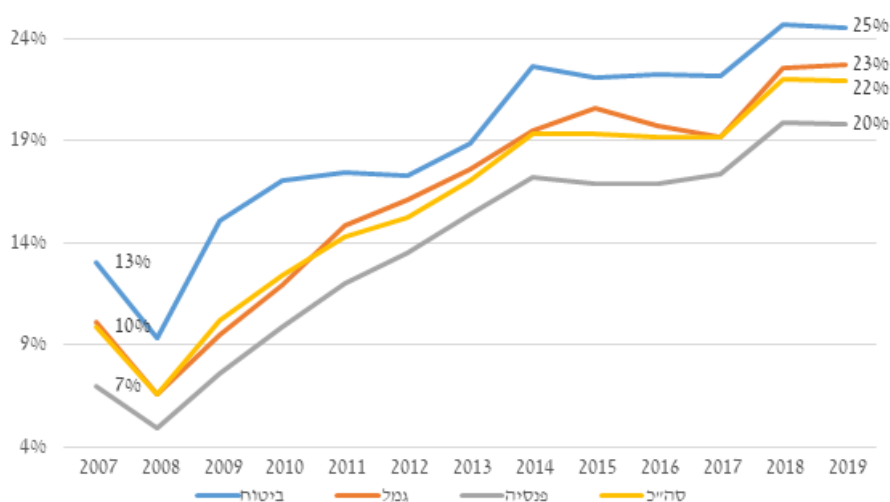
²⁰ להשלמת התמונה יצוין, כי בסעיף 2 לתקנות הוצאות ישירות נאסר על תשלום הוצאות ישירות לצד קשור לגוף המוסדי, על מנת למנוע מצב בו הגוף המוסדי יפעל בניגוד עניינים או יהנה בעקיפין מתשלום ההוצאות.

²¹ ראו: אתר המרשות גמל-נט – <https://gemelnet.cma.gov.il/views/dafmakdim.aspx> אתר המרשות פנסייה-נט – <https://pensyanet.cma.gov.il/>

המוסדיים להשקעות מפורזות, לרבות בשווקים מחוץ לישראל. זאת, משום, שהשקעות מסוימות, ובפרט השקעות מסוימות מחוץ לישראל, מצריכות התמחות ומומחיות ייחודיות, אשר אינן קיימות בחלק ניכר ממערכי ההשקעות של הגופים המוסדיים ולפיכך נדרשים הגופים לשלם לצדדים שלישיים, במסגרת ניהול ההשקעות. על כן **ניתן להניח, שללא גביית ההוצאות הישירות מנכסי החוסכים, תמהיל ההשקעות היה משתנה**, השקעות החוסכים היו פחות מבוזרות ובסופו של יום הדבר היה מביא לכך **שהחוסכים היו מקבלים לכיסם סכומים נמוכים יותר**, ו/או נחשפים לסיכון גבוה יותר.

31. גם **הניסיון המצטבר והנתונים העובדתיים מאששים תפיסה זו**. מאז שנכנסו תקנות הוצאות ישירות לתוקף בשנת 2008 ניתן לראות עלייה בהיקף ההשקעות מחוץ לישראל מתוך היקף הנכסים, כפי שעולה מהתרשים שלהלן:

שיעור ההשקעה של הגופים המוסדיים מחוץ לישראל מתוך סך הנכסים:



מקור: עיבוד רשות שוק ההון, ביטוח וחיסכון לנתוני הדוחות החודשיים של הגופים המוסדיים.

32. אם כן, ההסדר התחיקתי שהתיר את גביית ההוצאות הישירות מנכסי החוסכים (על ההגבלות הקבועות בהסדר), יצר **איזון הולם**, בין ההוצאות שעל הגוף המוסדי לשאת בהן בעצמו (כמפורט לעיל), לבין הוצאות שהוא רשאי לגבות מנכסי החוסכים, וזאת דווקא **מנקודת המבט של טובת החוסכים** והרצון להשיא את רווחיהם ולהקטין את סיכוניהם.

33. בהמשך העמדה, יידרש היועץ המשפטי לממשלה **לשאלת פרשנות הפוליסות של המבקשות בענייננו**, ולשאלה האם הפירוש הנכון שלהן מעגן את זכותן של המבקשות לגבות את ההוצאות הישירות מנכסי החוסכים. זאת, בין היתר, לאור תכלית החקיקה שבנדון, שהובהרה בסעיפים האחרונים לעיל. קודם לכן, יידרש היועץ המשפטי לממשלה **לשאלה מקדמית יותר**, שהצדדים להליך הרחיבו בטיעוניהם לגביה. הכוונה היא לשאלה האם בכלל נדרש עיגון חוזי לגביית ההוצאות הישירות.

ד. האם נדרש עיגון חוזי לגביית ההוצאות הישירות מנכסי החוסכים?

34. תחילה, למען שלמות התמונה הנורמטיבית בעניין, יראה היועץ המשפטי לממשלה להבהיר את מצב הדברים בנוגע לשאלה האם חלה חובה לפרט את גביית ההוצאות הישירות בשלב הטרם חוזי (שלב המשא ומתן), והאם חלה חובה לפרט את גביית ההוצאות הישירות, בדיווחים השנתיים הנשלחים לחוסכים. סוגיות אלו אינן נוגעות במישרין

לסוגיות המשפטיות הטעונות הכרעה בהליך זה, אולם בכדי שלא תימצא התמונה חסרה, יעמוד על כך היועץ המשפטי לממשלה בקצרה.

35. בנוגע לשלב הטרור חוזי, הרי שבתקופה שלגביה נסבות התובענות שלפנינו לא חלה חובה כזו, ובחוזרים שהוציאה הרשות לא נקבעה חובה כאמור.²² זאת, באופן העולה בקנה אחד עם עמדת הרשות לפיה שיעור ההוצאות הישירות הנגבה מן הקופה אינו שיקול רלוונטי בבחירת גוף מוסדי או מכשיר חיסכון, וזאת בשונה מסוגיית התשואה ודמי הניהול. עם זאת, לאחרונה, בעקבות דיון בוועדת הכספים של הכנסת, בתיקון תקנות הוצאות ישירות בהוראת שעה שאושר על ידה ביום 1.7.2020,²³ נקבע בסעיף 3ב שהוסף לתקנות, שבמסגרת הגילוי הנאות בשלב הטרור חוזי, על הגוף המוסדי ליידע את המעוניין להצטרף לקופת הגמל, שייגבו מנכסי הקופה הוצאות ישירות נוסף על דמי הניהול, וכן ליידע על שיעור ההוצאות הישירות שנגבו בשנה החולפת מנכסי הקופה.

36. בנוגע לשאלת פירוט ההוצאות הישירות שנגבו מנכסי החוסכים, במסגרת הדיווח השנתי, הרי שהחוזרים הרלבנטיים משנים 2004-2005²⁴ קבעו, כי על גוף מוסדי לציין בדוח השנתי לחוסך את "שיעור ממוצע עמלות ניהול חיצוני שגבתה הקופה בפועל בשנת הדו"ח (באחוזים)". עמלת ניהול חיצוני היא רכיב מרכזי מתוך ההוצאות הישירות שאותן היו הגופים המוסדיים רשאים לגבות.

בשנת 2014 פורסם חוזר נוסף²⁵ החל אף בענייננו, שהחליף את הוראות החוזרים שהוזכרו לעיל, ובו נקבע, שהדיווחים השנתיים יכללו את סך ההוצאות בגין כל ההוצאות הישירות.²⁶ כמו כן, במסגרת חוזר נוסף²⁷ נקבע, שהחל משנת 2015 יש להציג דיווחים מפורטים בנושא, באתר המרשתת של הגוף המוסדי. ולבסוף, לאחרונה, נקבע בעקבות דיון בוועדת הכספים של הכנסת בתיקון תקנות הוצאות ישירות בהוראת שעה, שאושר על ידה,²⁸ בתקנה 3ב(ב) שהוספה, שהגוף המוסדי יידרש לדווח לחוסך במסגרת הדיווחים הנשלחים אליו את שיעור ההוצאות הישירות שנגבו מנכסי הקופה, את סוגי ההשקעות שבגינם גבה הגוף המוסדי הוצאות ישירות מנכסי קופת הגמל ואת התשואה בניכוי הוצאות ישירות, בתנאים שיורה הממונה.

37. וכעת, **יתייחס היועץ המשפטי לממשלה לשאלה – האם נדרש עיגון חוזי לגביית ההוצאות הישירות מנכסי**

החוסכים?

38. "חווה ביטוח הוא חווה בין מבטח למבוטח" (סעיף 1 לחוק חווה הביטוח).

²² ראו: חוזר ביטוח 2004/4 "גילוי נאות בביטוח חיים" (5.2.2004), הנסב בין היתר על הנפקת פוליסה של תכניות ביטוח חיים הכוללות מרכיב חיסכון ועל פוליסות חיסכון כבענייננו; "חוזר הצטרפות לקרן פנסיה או לקופת גמל" (24.3.2015), שחל על חברות מנהלות (הממונה פרסם תיקונים לחוזר זה בשנים 2016-2017). בחוזרים אלה לא נקבעה הוראה המחייבת התייחסות בגילוי הנאות בשלב הטרור חוזי, לעניין ההוצאות הישירות או גובהן, ואף אין התייחסות לרכיב זה במסגרת טפסי הגילוי, שהם טפסים אחידים שנקבעו על ידי הממונה. ראו גם: חוזר סוכנים ויועצים -10-2018 11 "מסמך הנמקה – תיקון" (18.7.2018). כל החוזרים מפורסמים באתר המרשתת של הרשות.

²³ כאמור לעיל, התקנות כבר נחתמו על ידי שר האוצר וצפויות להתפרסם ברשומות, בעת הקרובה.

²⁴ ראו: חוזר ביטוח 2005-1-24 "דיווח שנתי למבוטחים בביטוח חיים" (5.5.2005) החל בענייננו; חוזר גמל 2004/6 "דוח שנתי לעמית בקופת גמל" (27.9.2004) וחוזר פנסיה 2004/15 "דיווח שנתי למבוטח בקרן חדשה מקיפה ובקרן כללית" (19.10.2004). החוזרים מפורסמים באתר המרשתת של הרשות.

²⁵ חוזר גופים מוסדיים 2014-9-12 "דוח שנתי ודוח רבעוני לעמיתים ולמבוטחים בגוף מוסדי" (23.4.2014). החוזר מפורסם באתר המרשתת של הרשות.

²⁶ יצוין, כי בהמשך חוזר זה בוטל, אך ההוראה לעניין דיווח סך כל ההוצאות הישירות פורסמה במסגרת מספר חוזרים אחרים. ראו חוזר גופים מוסדיים 2016-9-2 "דוח שנתי ודוח רבעוני לעמיתים ולמבוטחים בגוף מוסדי" (6.1.2016); חוזר גופים מוסדיים 2016-9-18 "דוח שנתי ודוח רבעוני לעמיתים ולמבוטחים בגוף מוסדי – תיקון" (29.9.2016); חוזר גופים מוסדיים 2018-9-26 "דוח שנתי ודוח רבעוני לעמיתים ולמבוטחים בגוף מוסדי – תיקון" (9.7.2018). כל החוזרים מפורסמים באתר המרשתת של הרשות.

²⁷ חוזר גופים מוסדיים 2015-9-8 "דיווח לציבור על הוצאות ישירות המנוכות מחשבונית החוסכים" (19.2.2015). מפורסם באתר המרשתת של הרשות.

²⁸ הוראת השעה אושרה ביום 1.7.2020 וכבר נחתמה על ידי שר האוצר וצפויה להתפרסם ברשומות בעת הקרובה.

"נכרת חוזה ביטוח, על המבטח למסור למבוטח מסמך חתום בידי המבטח המפרט את זכויות הצדדים וחובותיהם (להלן- פוליסה)" (סעיף 2 לחוק זה).²⁹ והדברים חלים, כמובן, גם על פוליסות החיסכון שבהן מדובר בענייננו. ראו גם בדברי המלומד אליאס:³⁰ **"החוב החוזי עומד איפוא בבסיס הביטוח..."**.

39. על כן, ככלל, **זכויות וחובות הצדדים צריכות להיות מעוגנות בחוזה הביטוח ובפוליסת הביטוח**, בהתאם להוראות החוק, בהתאם למושכלות יסוד בדיני חוזים, וכמובן בכפוף לכל דין. ראו והשוו בעניין זה גם להחלטתו של כב' השופט גרוסקופף (בשבתו בבית המשפט המחוזי) ביחס לסוגיית "גורם הפוליסה", בעניין **יצחקי**.³¹

40. לפיכך, היועץ המשפטי לממשלה סבור, שהוראות סעיף 32 לחוק הפיקוח על קופות גמל, תקנה 2 לתקנות הוצאות ישירות, ותקנה 41 לתקנות מס הכנסה שקדמה להן, המתירות את גביית ההוצאות הישירות **אינן פוטרות כשלעצמן**, מהצורך בעיגון חוזי לגביית ההוצאות הישירות. חקיקה זו, מתירה את הגביה מההיבט העקרוני, תוך הגבלת סוגי ההוצאות ושיעורן, כמפורט לעיל, אך **הכל בכפוף להסכמת הצדדים במישור החוזי**, וברי שהחקיקה אינה מתיימרת להיות תחליף להסכמת הצדדים הנדרשת כתנאי לגבייה.³² פוליסות הביטוח של המבקשות אכן כוללות התייחסות מפורשת ומפורטת בנוגע להשקעות בנכסי החוסכים, ולפעולות שרשאיות המבקשות לעשות בעניין זה,³³ ואך מתבקש הוא, **שגם שאלת מקור המימון לפעולות אלה יוסדר בפוליסה שהוסכמה בין הצדדים וקובעת את זכויותיהם וחובותיהם**.

41. למעשה, גם המבקשות אינן מבססות את טענתן בדבר היעדר הצורך בעיגון חוזי על החקיקה שבנדון, אלא על יסודות נטענים אחרים. לכך יידרש היועץ המשפטי לממשלה כעת. כפי שיוסבר, לגישת היועץ המשפטי לממשלה, **אין בטענות המבקשות בכדי לבסס את זכאותן לגביית ההוצאות הישירות ללא עיגון חוזי**.

42. טענה אחת של המבקשות בעניין זה היא הטענה (בסעיף 30 לבקשה), שיש להן זכות קניינית בנכסי הקופה (בעוד לפי הטענה, לחוסכים אין זכות בנכסים אלא רק זכות אובליגטורית לקבלת הכספים הרשומים על שמם). ועל כן "הן אינן זקוקות להיתר כדי לבצע פעולות בנכסי הקופה" (סעיף 20 לבקשה) ובכלל זה לגבות את ההוצאות הישירות מנכסי המבוטחים. ראו גם בסעיפים 32, 38, 40, 44, 47, 49 לבקשה.

היועץ המשפטי לממשלה סבור, **שטענה זו אינה מבססת זכות לגבות הוצאות ישירות מנכסי החוסכים**, ללא הרשאה חוזית. אכן, אין חולק על זכותן (וחובתן) של המבקשות לנהל את נכסי החוסכים ולהשקיעם לטובת החוסכים בהתאם לשיקול דעתן המקצועי והענייני. גם המשיבים מסכימים לכך (בסעיף 13 לתשובתם). כך גם בהתאם להוראות המפורטות בפוליסות עצמן (ראו בסעיף 45 לבקשה), ומבלי שנדרש לקבוע מסמרות כאן בהגדרה המדויקת לטיב המעמד של המבקשות כלפי הנכסים שבניהולן (אך יצוין, שלהוראות חוק הנאמנות שעליהן מסתמכות המבקשות בטענתן לבעלותן על הנכסים (בסעיפים 32-41 לבקשה) מכוח סעיף 3(א) לחוק הפיקוח על קופות גמל, **אין תחולה ישירה בענייננו** מכוח סעיף זה, כפי שיפורט להלן).

מכל מקום, זכותן של המבקשות לנהל את הנכסים ולהשקיעם בהתאם לחובותיהן שבדין ובפוליסות, **אינה משמיעה**

²⁹ ראו גם רע"א 9849/17 פיקאלי נ' הכשרה חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 4.6.2019), בסעיף 13 לפסק דינו של כב' השופט עמית העומד על האבחנה המסוימת בין חוזה הביטוח לפוליסת הביטוח שמונפקת על פי רוב לאחר כריתת החוזה ומצטרפת לחוזה ומשלימה אותו.

³⁰ ירון אליאס **דיני ביטוח**, 14 (מהדורה שלישית, 2016).

³¹ ת"צ 30028-04-11 **יצחקי נ' מגדל חברה לביטוח** (פורסם בנבו, 21.11.2016) (להלן: "עניין יצחקי").

³² אין חולק, למשל, שדמי הניהול חייבים להיות מעוגנים בהוראות הפוליסה למרות שגבייתם מוסדרת גם היא בסעיף 32 לחוק הפיקוח על קופות גמל.

³³ ראו: סעיף 6.6 לפוליסה של הפניקס (נספח 34 לבקשה); סעיף 6.5 לפוליסת הראל (נספח 33 לבקשה); סעיף 6(ג) לפוליסת מנורה (נספח 36 לבקשה) וסעיף 11.10 לפוליסת השכרה (נספח 35 לבקשה).

מיניה וביה גם זכות לממן את פעולות ההשקעה מנכסי החוסכים, ללא עיגון חוזי מתאים. אדרבה, כשם, שניהול ההשקעות גופו על ידי המבקשות מעוגן בהוראות הפוליסות (ראו בסעיף 45 לבקשה), כך גם הסדרת המימון של פעולות אלה מתוך נכסי החוסכים צריכה להיות מעוגנת בהוראות אלה.

43. טענה נוספת של המבקשות היא, שלא נדרש עיגון חוזי לזכותן לגבות את ההוצאות, היות שלטענתן היחסים בין לבין החוסכים הם "יחסים של נאמנות" והיות שסעיף 8 לחוק הנאמנות קובע שנאמן זכאי לשיפוי על הוצאות סבירות שהוציא עקב מילוי תפקידיו (סעיף 83 לבקשה). "על מנת שנאמן יקבל שיפוי על הוצאות- לא חייבת להופיע הוראה בהסכם" (סעיף 85 לבקשה).

המשיבים אינם חולקים על הטענה וההנחה של המבקשות שיש להן מעמד משפטי של נאמן, אלא שהם טוענים, שהוראות הפוליסות בעניין יוצרות הסדר שלילי וממצות את זכויות הגבייה של חברות הביטוח, כך שאין מקום להשלמת חסר מכוח חוקים אחרים, כי לא מדובר כלל בחסר בפוליסות (ראו בסעיף 39 לתשובה).³⁴

44. היועץ המשפטי לממשלה סבור, שאין צורך לקבוע כאן מסמרות במחלוקת הצדדים האם יש לראות את הוראות הפוליסות (לו הן היו מתפרשות כנעדרות עיגון חוזי לגביית ההוצאות הישירות), כיוצרות הסדר שלילי המונע את תחולת סעיף 8 לחוק הנאמנות, או לא. כך, היות שבענייננו, שעה שמדובר בפוליסות חיסכון המנוהלות על ידי חברות ביטוח,³⁵ אין תחולה ישירה מכוח חוק, להוראות חוק הנאמנות ועל כן לא מדובר בנאמנות מכוח חוק. אכן, סעיף 3(א) לחוק הפיקוח על קופות גמל קובע: **"חברה מנהלת תשמש נאמן על נכסי קופות גמל שבניהולה לטובת העמיתים"**, אלא שהוראה זו חלה על חברה מנהלת קופת גמל ואינה חלה על חברות ביטוח. אמנם, סעיף 56(א) לחוק הפיקוח על קופות גמל מחיל כמה מסעיפי החוק גם על "קופת ביטוח... ועל מבטח המנהל קופה כאמור", אולם הדברים אינם חלים בעניין שלפנינו שבו מדובר בפוליסת חיסכון ולא בקופת ביטוח. למעלה מהנדרש יוטעם, שאף בנוגע לקופת ביטוח, סעיף 3(א) לחוק הפיקוח על קופות גמל (המגדיר כאמור חברה מנהלת כנאמן) אינו חל, שהרי סעיף זה אינו נמנה עם סעיפי חוק הפיקוח על קופות גמל שהוחלו בסעיף 56(א) לחוק על קופות ביטוח.³⁶

מכל מקום, היועץ המשפטי לממשלה יראה לנכון להעיר, שגם ללא תחולה ישירה של חוק הנאמנות, בהתאם להוראות סעיף 2 לחוק הנאמנות נאמנות יכולה להיווצר גם מכוח הסכם בין הצדדים כאשר תוכן ההתחייבות הכלולה בחוזה תואם את הגדרתה של נאמנות בסעיף 1 לחוק הנאמנות, וזאת אף אם לא נעשה במפורש שימוש במונח "נאמנות"³⁷. עם זאת, היועץ המשפטי לממשלה לא סבור שיש הכרח להכריע בענייננו בשאלה, האם קמה במקרה זה נאמנות מכוח ההסכם, שהרי שאלה זו לא נתלבנה ולא נתבררה בהליכים שנדונו לפני בית המשפט קמא, והיות שעל היחסים שבין חברת ביטוח למבוטח בפוליסת חיסכון חלים בוודאי עקרונות של נאמנות וכמו כן מרבית

³⁴ המשיבים מסתמכים גם על סעיף 11 לחוק הנאמנות הקובע שסעיף 8 לחוק הנאמנות יחול "בכפוף לתנאי הנאמנות".

³⁵ ונזכיר שוב בעניין זה, שעמדת הרשות שהוגשה לבית הדין לעבודה בירושלים ואלהיה התייחס בית המשפט קמא בהחלטתו שלפנינו, התייחסה במישור לקופות גמל ולא לחברות ביטוח (וביחס לסעיף 19 לעמדת הרשות שם, ראו לעיל, בה"ש 2).

³⁶ ראו שם בסעיף 56(א) לחוק זה: "על קופת ביטוח... ועל מבטח המנהל קופה כאמור, לא יחולו ההוראות לפי חוק זה, למעט ההוראות לפי סעיפים 2(ב), 3(ב), 13 עד 15, 19 עד 25, 30 עד 35, 36(א) ו-58, וכן פרקים ה' ו-ו' לענין הפרת ההוראות האמורות, ולמעט ההוראות לפי סעיף 86(ב) ו-1(ט) עד (יג), הכל בשינויים המחויבים, ויראו את המבטח, לענין אותם סעיפים ולענין כל דין אחר החל על חברה מנהלת ביחס לקופות הגמל שבניהולה, כחברה מנהלת...".

³⁷ ראו: ע"א 7281/15 קופאס פיננס (ישראל) בע"מ נ' אגרקסקו חברה לייצוא חקלאי בע"מ (פורסם בנבו, 22.5.2018); ע"א 2976/12 ציון בר אל נ' חיים יהודה אלכסנדר קאופמן (פורסם בנבו, 23.11.2014); ע"א 9225/01 רונית זיימן נ' גד קומרן, פ"ד סב(1) 260 (2006); שלמה כרם חוק הנאמנות התשל"ט-1979, 233-234 (מהדורה 4, 2004).

החובות המוטלות בדין על נאמן מוטלות גם על חברות הביטוח; ואם חובות הנאמנות חלות על חברות הביטוח, ברי כי גם הכללים הנוגעים להוצאות ביחס למילוי החובות ראוי שיחולו. על כן כפי שיוסבר בהמשך הדברים, היועץ המשפטי לממשלה סבור, שניתן וראוי ללמוד מהוראות חוק הנאמנות במסגרת הדיון בפרשנות הראויה לפוליסות שבנדון.

45. לאור המסקנה שלא נמצא בסיס בטענות המבקשות לגביית ההוצאות הישירות מנכסי החוסכים, ללא עיגון חוזי מתאים לכך, יידרש עתה היועץ המשפטי לממשלה לשאלת פרשנות הפוליסות.

ה. פרשנות הפוליסות

ה1. פרשנות חוזי ביטוח – כללי

46. חוזה ביטוח (ובכלל זה גם פוליסת ביטוח) הוא חוזה לכל דבר ועניין, שכפוף כמובן לכללים המקובלים בנוגע לפרשנות חוזים. עם זאת, מדובר בחוזה מסוג מיוחד, שנקבעו בעניינו גם שיקולים ייחודיים. ראו, מבין רבים, בעניין רע"א 8502/15 א.א. קאר נ' הכשרה חברה לביטוח (פורסם בנבו, 20.3.2016) (להלן: "עניין קאר"):

"חוזה ביטוח, ככל חוזה אחר, יש לפרש באמצעות הכללים הרגילים החלים בפרשנות חוזים – קרי, התחקות אחר אומד דעתם של הצדדים כפי שהוא משתמע מלשון החוזה ומן הנסיבות החיצוניות... אם לא ניתן לפרש את תכליתו הסובייקטיבית של החוזה, יש לקבוע את מטרתו העסקית על פי תכליתו האובייקטיבית... נוכח מאפיינים ייחודיים הטבועים בחוזה הביטוח... נוצרו במהלך השנים כללי פרשנות ספציפיים בנוגע לפוליסות ביטוח..."

47. היועץ המשפטי לממשלה יעמוד בקצרה על העקרונות המקובלים בנוגע לפרשנות חוזים באופן כללי, ועל השיקולים הייחודיים בפרשנות חוזה ביטוח.

48. סעיף 25(א) לחוק החוזים (חלק כללי) התשל"ג-1973 (להלן: "חוק החוזים") קובע כך:

"חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהוא משתמע מתוך החוזה ומנסיבות העניין, ואולם אם אומד דעתם של הצדדים משתמע במפורש מלשון החוזה, יפורש החוזה בהתאם ללשונו".
כב' הנשיאה חיות עמדה לאחרונה, בעניין ביבי כבישים³⁸, על ההלכה הפסוקה בעניין:

הלכת אפרופים³⁹ קבעה כי חוזה מתפרש על פי אומד דעתם של הצדדים, הנלמד מבחינה של לשון החוזה ושל הנסיבות החיצוניות לו... זוהי התכלית הסובייקטיבית של החוזה. עוד קובעת הלכת אפרופים כי רק במקרים שבהם אין כל אפשרות לאתר את התכלית הסובייקטיבית, על בית המשפט המפרש את החוזה לפנות לתכלית האובייקטיבית שלו, המושפעת בין היתר מעקרון תום הלב ומשיקולי היגיון, יעילות עסקית ושכל ישר... עקרונות פרשניים אלה אומצו לאורך השנים בפסיקת בתי המשפט ואף אושררו בהרכב מורחב של תשעה שופטים בדנ"א 2045/05 מגדלי הירקות-אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל... לאחר שנכנס לתוקפו תיקון מס' 2 לחוק החוזים הבהיר בית המשפט כי התיקון אימץ למעשה את השיטה הפרשנית שנקבעה בהלכת אפרופים, תוך הדגשת מקומה המשמעותי של לשון החוזה בתהליך הפרשנות (רע"א 3961/10 המוסד לביטוח לאומי נ' סהר חברה לתביעות בע"מ, פסקה 16 לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין)..."

49. עיקרון נוסף בפרשנות חוזים שראוי לציין הוא, כי: "ביטויים ותניות בחוזה שנוהגים להשתמש בהם בחוזים מאותו

³⁸ דנ"א 8100/19 ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ, בסעיף 13 להחלטה (פורסם בנבו, 19.4.2020) (להלן: "ביבי כבישים").

³⁹ ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265 (1995) (להלן: "עניין אפרופים").

סוג יפורשו לפי המשמעות הנודעת להם באותם חוזים" (סעיף 25ג) (לחוק החוזים).⁴⁰

50. כאמור, חוזי ביטוח הם חוזים מסוג ספציפי שנודעו להם גם שיקולים ייחודיים. בית משפט זה פירט את הדברים

בעניין אריה חברה לביטוח:⁴¹

"לנוכח המאפיינים הייחודיים של פוליסת הביטוח – בשים לב לכך שמדובר בדרך כלל בהתקשרות חוזית בין צדדים שאינם שווים בכוחם, בחוזה אחיד במהותו, במוצר מופשט שצופה פני-עתידי... השתרשו במהלך השנים שני כללי פרשנות ספציפיים בנוגע לפוליסות ביטוח... ראשית, נקבע כי ככלל יש לפרש את הפוליסה על פי המשמעות המילולית הרגילה, הפשוטה וההגיונית של מילותיה. פירוש זה צריך להיות מתקבל על הלב ועל הדעת, שווה לכל נפש ומתיישב עם צרכי חיי היום-יום, והכול מתוך הנחה שהצדדים להתקשרות ביקשו ליתן ביטוי לכוונותיהם האמיתיות במילים שבחרו בתהליך הניסוח... שנית, נקבע כי במקרה של אי-בהירות או ספק בנוגע למשמעות הנכונה של הכתוב, יש לפרש את פוליסת הביטוח כנגד המנסח-המבטח... יחד עם זאת, שני הכללים הללו... אינם כללים החלטיים... ולצידם התפתחו חריגים: ראשית, נקבע... כי במקרה המתאים מותר וראוי לתת לכתב פירוש ליברלי וסביר, אפילו אם פירוש כזה עומד לכאורה בניגוד למילים המפורשות שנכתבו בכתב הפוליסה, וזאת על מנת להגיע למשמעות ההגיונית והאמיתית שאליה התכוונו הצדדים להתקשרות, כאשר קריאה כוללת של הכתוב מביאה למסקנה שהמילים כפשוטן אינן מייצגות את כוונת הכתוב... שנית, נקבע כי אין לאמץ "באופן עיוור" את כלל הפרשנות כנגד המנסח, במנותק ממכלול התניות בפוליסה, מהנסיבות ומהתכלית שביסוד כתב הפוליסה. לפיכך נקבע, כי בית המשפט יפעיל את כלל הפרשנות כנגד המנסח במקרים שבהם ניצבות לפניו שתי משמעויות סבירות באותה מידה מבחינה לשונית... כלל הפרשנות כנגד המנסח הינו כלל פרשנות משני – כלל של "סוף הדרך" או "מפלט אחרון" – אשר בא לסייע בפרשנות חוזה מקום שכללי הפרשנות המקובלים אינם מסייעים להגיע לתוצאה ברורה בדבר אומד דעת הצדדים, ואשר יש לעשות בו שימוש רק כשלשון הפוליסה ניתנת לפירוש בשתי משמעויות סבירות במידה שווה..."

51. בעניין הכלל בדבר פרשנות כנגד המנסח, ראו גם בעניין קאר, לעיל, סעיף 46, בסעיף ט"ו להחלטה:

"כאשר יש אי בהירות או ספק בנוגע למשמעות הנכונה של הכתוב, יש לפרש את הפוליסה כנגד המנסח, קרי המבטח. כלל זה ראוי והוגן, ואולם לשם הפעלתו לא די כי לחוזה ביטוח יהא יותר מפירוש לשוני אחד, אלא נדרש כי יהא לו יותר מפירוש תכליתי אחד".

וכן בפסק דינו של כב' הנשיא ברק בעניין שלו:⁴²

"לא די בכך שללשון הפוליסה יש יותר ממשמעות לשונית אחת, כדי להפעיל את הכלל הפרשני המשני. כלל זה אינו פועל במישור הלשוני. פעולתו היא במישור המשפטי. אפילו יש לה לפוליסה מספר משמעויות לשוניות - דבר שהוא תדיר למדי לאור חוסר הדיוק שבלשון - ניתן לרוב לבחור במשמעות (משפטית) אחת ויחידה באמצעות הכלל הפרשני בדבר תכלית הפוליסה, ואין תחולה לכלל הפרשני המשני בדבר פירוש לטובת המבוטח".

⁴⁰ בעניין זה ראו גם בעניין אפרופים, בעמוד 304 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק.

⁴¹ ע"א 453/11 מ.ש. מוצרי אלומיניום בע"מ נ' אריה חברה לביטוח, (פורסם בנבו, 21.8.2013), בסעיפים 27-28 לפסק הדין של כב' השופט דנציגר.

⁴² ע"א 779/89 שלו נ' סלע חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מח(1) 221, 230 (1993).

ה2. מהכלל אל הפרט – פרשנות לשונית של הפוליסות בענייננו

52. לאור העקרונות שפורטו, יעמוד כעת היועץ המשפטי לממשלה על הפרשנות הראויה של הפוליסות בענייננו. ותחילה לפרשנות הלשונית.

53. הפוליסות של המבקשות בענייננו, כולן, קובעות שהחוסכים יהיו זכאים לקבל את "תשואת מסלולי ההשקעה" (או מונחים דומים). למען הסדר הטוב, יפרט היועץ המשפטי לממשלה את נוסחי הפוליסות בנדון:

בפוליסת הראל (נספח 33 לבקשה) נאמר כי "בעל הפוליסה יהיה רשאי למשוך את ערך הפדיון..." (סעיף 10.2 לפוליסה). ערך הפדיון הוגדר כ-"חיסכון המצטבר" (סעיף 1.27 לפוליסה). החיסכון המצטבר הוגדר: "ההפקדות לחסכון בתוספת תשואות מסלולי ההשקעה" (סעיף 1.13 לפוליסה). תשואות מסלולי ההשקעה הוגדרה: "שיעור השינוי... בערך הכספים המושקעים במסלול השקעה בתקופה נתונה והנובע מרווחי ההשקעה" (סעיף 1.32 לפוליסה).

בפוליסת הפניקס (נספח 34 לבקשה) נקבע, שבעל הפוליסה זכאי לפדות את החיסכון המצטבר (סעיפים 10.1 ו-10.5 לפוליסה). החיסכון המצטבר מוגדר: "ההפקדות שהופקדו לפוליסה... כשהן משוערכות בהתאם לסעיף 9 להלן..." (סעיף 1 לפוליסה). בסעיף 9 לפוליסה נקבע: "חישוב התשואה של הכספים שהופקדו בפוליסה... הסיכום יכול להיות רווח או הפסד".

בפוליסת הכשרה (נספח 35 לבקשה) מוגדר החיסכון המצטבר שזכאים החוסכים למשוך כ-"תשלומים לחיסכון... כשהם משוערכים על פי תוצאות ההשקעות כמפורט בסעיף 12 להלן..." (סעיף 1.13 לפוליסה). סעיף 12 לפוליסה קובע כי "חישוב התשואה במסלולי ההשקעה ויתרות הכספים שהופקדו יעשה בכפוף לאמור בהוראות ההסדר התחיקתי...".

בפוליסת מנורה (נספח 36 לבקשה) נקבע בסעיף 11(ג), כי "החסכון המצטבר יחושב וישוערך על פי התשואה...". תשואות מסלולי ההשקעה הוגדרה בסעיף 1 לפוליסה: "שיעור הגידול בערך הכספים המושקעים במסלול ההשקעה, בתקופה נתונה".

54. המבקשות טוענות בעניין זה, שהפרשנות למונחים "תשואה" או "רווח" היא לאחר ניכוי ההוצאות הישירות שהוציאו המבקשות, וזו המשמעות המילולית-הטבעית של מונחים אלה (סעיף 70 לבקשה).

55. כאמור לעיל, בית המשפט קמא לא קיבל טענה דומה שנטענה לפניו וקבע, כי הביטוי "רווח משוערך" מכונן לכך שהרווח אינו ודאי ואינו מכונן להתיר ניכוי הוצאות (סעיף 41 להחלטה).

56. גם המשיבים בטענותיהם לפנינו סבורים, שיש לדחות את הפרשנות לה טוענות המבקשות, היות שתשואה היא "עליית ערך (חיובית או שלילית). היא יכולה להיות נטו או ברוטו", ואינה מסדירה את סוגיית ההוצאות (סעיף 18 לתשובה).

57. היועץ המשפטי לממשלה סבור בעניין זה, כי בחינה של לשון הפוליסות, תכליתן הסובייקטיבית והאובייקטיבית, טובת החוסכים, ועקרונות ושיקולים רלבנטיים נוספים שיפורטו, מובילה לקבלת הפרשנות לפיה המונח "תשואה" אכן מכונן ל-"תשואה נטו", כך שההוצאות הישירות ייגבו מנכסי החוסכים. על כן, קיים עיגון חוזי מספק בנסיבות העניין לגביית ההוצאות הישירות. ממילא מסקנה זו צריכה להביא לדחיית בקשות האישור שלפנינו.

58. ותחילה, כאמור, לפרשנות הלשונית. הפרשנות המקובלת למונחים תשואה או רווח, היא לרווח הנקי שנותר לאחר

ניכוי ההוצאות שהוצאו לשם הפקתו. כך בהתאם לתקני החשבונאות המקובלים,⁴³ כך בגדר אנלוגיה ניתן ללמוד גם מדיני המס: מהכנסתו החייבת של אדם החייבת במס הכנסה ינוכו "הוצאות ויציאות שיצאו כולן בייצור הכנסתו בשנת המס ולשם כך בלבד" (סעיף 17 לפקודת מס הכנסה); כך גם בנוגע למס על רווחי הון, נקבע בסעיף 88 לפקודה בהגדרת תמורה: "בניכוי הוצאות המכירה שהוציא הנישום באותה מכירה".

וכך גם בענייננו: **הפרשנות הלשונית הראויה למונח תשואה היא, שהחוסכים זכאים לקבלת הרווחים שהופקו מהכספים שהפקידו אצל חברות הביטוח, בניכוי ההוצאות שהוצאו בהשקעות שהניבו את אותם רווחים.**

59. היועץ המשפטי לממשלה יוסיף בעניין זה, שהעמדה המקצועית של הרשות היא, **שלכל העוסקים בתחום ההשקעות ברור שהמונח 'תשואה' מכוון לרווח בניכוי הוצאות, וזה המינוח המקצועי המקובל והנהוג בתחום.** כפי שצוין לעיל (בסעיף 49), נקבע בסעיף 25(ג) לחוק החוזים, כי: "ביטויים ותניות בחוזה שנוהגים להשתמש בהם בחוזים מאותו סוג יפורשו לפי המשמעות הנודעת להם באותם חוזים", וכאמור, בענייננו, **זו המשמעות הנודעת.** גם מטעם זה יש לקבל את הפרשנות המוצעת.

פרשנות כאמור מתיישבת עם המשמעות שניתנה על ידי המאסדר לאורך השנים ביישום תקנות מס הכנסה לעניין כללי חישוב תשואה ועם היישום של הפיקוח על הביטוח והמבטחים למונח "תשואה", כך שהוא נקבע לפי התשואה בניכוי הוצאות ישירות. ראו למשל בתוספת השישית לתקנות מס הכנסה ובחוזר הממונה הרלוונטי.⁴⁴ בדומה, חישוב התשואה בניכוי הוצאות ישירות הוא האופן בו מחושבת התשואה, הן לעניין דיווחים של חברות הביטוח וקופות הגמל לרשות, והן לעניין דיווחי התשואות לציבור (ראו לעיל, בסעיף 36 לעמדה זו).

60. מכל מקום, אף אם בית המשפט הנכבד יגיע למסקנה, שמהבחינה הלשונית, קיימות שתי פרשנויות אפשריות, דומה שבחינת תכלית הפוליסות וכלל נסיבות העניין, **צריכה להביא לאימוץ הפרשנות המוצעת על ידי היועץ המשפטי לממשלה.**

3. בחינת התכלית הסובייקטיבית של הפוליסות

61. ברי, שתכלית פוליסות החיסכון היא **להשיא את רווחי החוסכים ולשמור על האינטרסים שלהם.** הדברים גם עולים מהוראות הפוליסות: "ההשקעות תעשנה על ידי החברה... על פי שיקול דעתה... תוך התחשבות בתשואות ובסיכונים ומבלי להעדיף כל עניין וכל שיקול על פני עניינם של כלל המבוטחים בתכנית..." (סעיף 6.4 לפוליסת הראל); "החברה רשאית בכל עת לבצע פעולות קנייה, מכירה... ואו כל פעולה עסקית אחרת בנכסים המופקדים בכל מסלול השקעה... ככל שיראה לחברה מתאים לטובת המבוטחים" (סעיף 6.5, שם).⁴⁵

62. כפי שפורט לעיל בהרחבה (בסעיפים 28-32), גביית ההוצאות הישירות מנכסי החוסכים צפויה להשיא את התשואה של החוסכים, משום שהיא מתמרצת אפיקי השקעה בעלי פוטנציאל לתשואה גבוהה יותר, כך שבסופו של יום הם יקבלו לכיסם סכומים גבוהים יותר, גם לאחר תשלום ההוצאות מנכסיהם. בנוסף, וכפי שפורט לעיל (שם), גביית ההוצאות הישירות מנכסי החוסכים מביאה לביזור ההשקעות (לרבות באמצעות השקעות מחוץ לישראל) ולפיזור סיכוני החוסכים וזאת בהתאם לעמדת הגורמים המקצועיים ברשות **ובהתאם לנתונים העובדתיים שהוצגו לעיל**

⁴³ ראו גם בסעיף 62 לסיכומי הראל ומנורה בבית המשפט קמא ולאסמכתאות שם (נספח 15 לבקשה).

⁴⁴ חוזר ביטוח חיים 25-1-2005 "הוראות חישוב תשואה בתיק המשתתף ברווחים" (5.5.2005).

⁴⁵ ראו הוראות דומות בסעיפים 11.8 ו-11.10 לפוליסת הכשרה ובסעיף 6 לפוליסת מנורה.

(ראו בתרשים שהובא לעיל בסעיף 31). כאמור, לעניין זה חשיבות רבה במדינת ישראל, כמדינה קטנה, שכל אירוע מקומי עלול לזעזע את השווקים. גם בהיבט זה, **האינטרסים הכלכליים של החוסכים תומכים בתשלום ההוצאות מנכסיהם.**

טובת החוסכים תומכת בתשלום ההוצאות הישירות מנכסיהם, גם לאור ניגוד העניינים המובנה שייווצר במידה והגופים המוסדיים יאלצו לשאת בהוצאות הישירות, כמפורט לעיל בסעיף 29, וגם מן ההיבט הזה תשלום ההוצאות מתוך נכסי החוסכים ישמור בצורה טובה יותר על האינטרסים שלהם ויביא לתוצאה כספית טובה יותר עבורם.

63. על כן, לאור התכלית המרכזית של ההתקשרות בין החוסכים לחברות הביטוח והיא להשיא את רווחיהם, ראוי לפרש את הוראות הפוליסות כמסמיכות את החברות לגבות את ההוצאות הישירות מנכסי החוסכים, הנדרשות לשם מימוש תכלית זו ולשם הגדלת האפשרות של הגופים המוסדיים להשיג מטרה זו לטובת החוסכים. פרשנות אחרת תפגע באינטרסים של החוסכים וצפויה להביא לתוצאה כספית פחות טובה עבורם. לא נכון לצמצם את נקודת המבט כלפי חיוב ההוצאות הישירות כשלעצמו בלבד. מובן, שבמידה שלא ייגבו מהחוסכים תשלומי ההוצאות הישירות, אך בסופו של יום הם יקבלו לכיסם סכומים נמוכים יותר, הרי שהם יצאו נפסדים. זאת ועוד: כמפורט לעיל, התוצאה של הפרשנות המוצעת, מתיישבת היטב גם עם תכליתה של החקיקה בעניין ההוצאות הישירות.

64. ראוי לציין, שכאשר מדובר בפוליסות חיסכון של חברות ביטוח (ובשוני מסוים מחברות מנהלות קופות גמל שם זכויות הצדדים נקבעות בתקנון ולא בפוליסה), ובכך מדובר בענייננו, המבקשות אינן רשאיות לשנות את הוראות הפוליסות הקיימות ללא הסכמת המבוטחים.⁴⁶ על כן, קבלת פרשנותו של בית המשפט קמא להוראות הפוליסות, עלולה להביא לתוצאה, בנוגע לכל החוסכים הקיימים, שלא ניתן יהיה לגבות מהם הוצאות ישירות גם מכאן ולהבא, וכאמור תוצאה כזו עלולה לפגוע באופן משמעותי באינטרסים של החוסכים עצמם ובגובה הכספים שייכנסו לכיסם בסופו של יום. בנוסף, ייתכן שקיימות השקעות ארוכות טווח על ידי הגופים המוסדיים, שנעשו על בסיס ההנחה והפרשנות המאפשרת לגופים לגבות את ההוצאות הישירות מנכסי החוסכים. קביעה, שלא ניתן לגבות הוצאות ישירות עשויה להביא את הגוף המוסדי לממש את אותן השקעות באופן מיידי ולהביא להפסדים מהותיים בתיקי ההשקעות שלא יהלמו את טובת החוסכים. גם טעמים אלה מחזקים את הפרשנות המאפשרת את גביית ההוצאות הישירות, פרשנות שכאמור מתיישבת עם לשון הפוליסה ועם תכליתה.

4. תחולת עקרונות של נאמנות ופרשנות הפוליסה

65. עוד יש לחזק את הפרשנות המוצעת להוראות הפוליסות, מהוראות חוק הנאמנות שיש מקום ללמוד מהן לענייננו. סעיף 8(ב) לחוק הנאמנות קובע:

"נאמן זכאי לשיפוי על הוצאות סבירות שהוציא ועל התחייבויות שהתחייב בהן באופן סביר עקב מילוי תפקידיו"⁴⁷ (והכל בכפוף לתנאי הנאמנות כאמור בסעיף 11 לחוק זה).

כפי שהוסבר לעיל בסעיף 44, בענייננו, לא מדובר בנאמנות מכוח חוק, וכאמור לעיל (שם), היועץ המשפטי לממשלה

⁴⁶ יצוין, כי בהתאם לסעיף 40(ה) לחוק הפיקוח על הביטוח, לממונה על שוק ההון ביטוח וחסכון סמכות להורות על תיקון הפוליסות, בכפוף לתנאים שנקבעו בסעיף. מכל מקום, הרשות אינה סבורה כי יש צורך בענייננו בשימוש בסמכות כאמור, לאור עמדת היועץ המשפטי לממשלה המוצגת בעמדה זו, בדבר הפרשנות הראויה לפוליסות.

⁴⁷ לעומת זאת, בסעיף 8(א) לחוק זה נקבע, שנאמן אינו זכאי לשכר בעד מילוי תפקידיו, זולת אם מילויים היה מעיסוקיו. יוער, שבענייננו דמי הניהול דומים לשכר הנאמן.

לא נדרש כאן לשאלה, האם בנסיבות העניין כמה נאמנות מכוח הסכם.

עם זאת, היועץ המשפטי לממשלה סבור, **שנכון ללמוד מהוראות חוק הנאמנות שצוינו**, באופן שמחזק את הפרשנות המוצעת להוראות הפוליסות **כמתירות למבקשות לגבות את ההוצאות הישירות, כפי שהדבר מותר לנאמן**. זאת, לאור כך, שבמסגרת מערכת היחסים שבין חברת ביטוח למבוטח בפוליסת חיסכון מוטלות על חברות הביטוח חובות שונים, המוטלים בדין גם על נאמן כלפי הנהנים. כך למשל, בסעיף 3(ב) לחוק הפיקוח על קופות גמל שהוחל גם על חברות ביטוח המנהלות ביטוחים תלויי תשואה בסעיף 56(א) לחוק זה נקבע, שבניהול נכסי הקופה ובמילוי שאר תפקידיה לפי הוראות חוק זה, **"תפעל החברה המנהלת באמונה ובשקידה לטובת כל אחד מהעמיתים, לא תפלה בין הזכויות המוקנות לאותם עמיתים ולא תעדיף כל עניין וכל שיקול על פני טובתם"**. חובות אלו הוחלו גם על פוליסות חיסכון (שבהן מדובר בענייננו). ראו: תקנה 7 (שכותרתה: "חובות נאמנות") לתקנות הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל) (כללי השקעה החלים על גופים מוסדיים), התשע"ב-2012. חובה זו מקבילה לחובות המוטלים על נאמן וקבועים בסעיף 10 לחוק הנאמנות.

כמו כן, בשל אופיין המיוחד של התחייבויות ביטוח חיים (ובכלל זה פוליסות חיסכון כבענייננו), נקבעו הגנות מיוחדות לבעלי פוליסות אלו בסעיף 54 לחוק הפיקוח על הביטוח הקובע, כי מבטח יבצע הפרדה בניהול חשבונות ונכסים לכיסוי התחייבויותיו בביטוח חיים וכי מבטח לא יוכל לעשות שימוש בנכסים אלה לכיסוי התחייבויותיו האחרות אלא לאחר מילוי כל התחייבויותיו בביטוח חיים. בנוסף, בהתאם לתקנה 2א לתקנות הפיקוח על עסקי ביטוח (דרכי הפרדת חשבונות ונכסים של מבטח ביטוח חיים), התשמ"ד-1984, מבטח נדרש להחזיק כספים, חשבונות בנק ונכסים הקשורים בעסקי ביטוח חיים משתתף ברווחים בנפרד מכספים, חשבונות בנק ונכסים הקשורים בעסקי ביטוח חיים אחרים. הפרדת נכסים כאמור, ובכלל זה הגנה מוגברת על השימוש בכספים אלה לכיסוי התחייבויות אחרות, מקימה חובה שהעיקרון שבסודו דומה לחובה הקבועה בסעיף 3(ג) לחוק הנאמנות הקובע כי הנאמן חייב להחזיק את כספי הנאמנות בנפרד מנכסים אחרים.

ה. בחינת התכלית האובייקטיבית של הפוליסות

66. כידוע, וכאמור לעיל, בפסיקה נקבע, שכאשר התכלית הסובייקטיבית של חוזה אינה ברורה, יש לפנות לתכלית האובייקטיבית שלו. וכך נאמר בעניין אפרופים, בעמוד 313 :

"החוזה יפורש במקרה זה, כמו גם במקרים אחרים שבהם אומד הדעת הסובייקטיבי המשותף אינו רלוואנטי לפתרון הבעיה הפרשנית הניצבת לפני השופט, על-פי תכליתו האובייקטיבית. התכלית האובייקטיבית של החוזה היא המטרות, האינטרסים והתכליות שחוזה מהסוג או מהטיפוס של החוזה שנכרת נועד להגשים... זהו "שכל ישר של אנשי עסקים סבירים והגונים"... זהו מבחן אובייקטיבי. הוא מושפע מעקרון תום הלב וממערכת הערכים שהוא מבטא. הוא נגזר משיקולים של היגיון... כאשר החוזה הוא בעל מטרה כלכלית, או מסחרית, נקבעת התכלית האובייקטיבית על-פי "ההיגיון הכלכלי" או "ההיגיון המסחרי"... בגיבוש התכלית האובייקטיבית יש להתחשב ביעילות עסקית, וכיצא בהם שיקולים "כפי שצדדים הוגנים, המגינים על האינטרסים הטיפוסיים, מעצבים אותה".

בנוסף לטענות שפורטו לעיל בהיבט של לשון הפוליסה ותכליתה הסובייקטיבית, וככל שבית המשפט הנכבד יסבור שבנסיבות העניין, ראוי להידרש גם לתכלית האובייקטיבית של הפוליסה, דומה שהתכלית האובייקטיבית מחזקת אף היא את הפרשנות המוצעת. ראשית, התכלית בדבר השאת רווחי החוסכים ושמירה על האינטרסים שלהם היא

בוודאי אף **חלק מהתכלית האובייקטיבית** של פוליסות מסוג זה הנדון בענייננו, וכאמור תכלית זו תומכת בפרשנות המוצעת.

שנית, גם עקרונות של "שכל ישר", "היגיון", ועוד המוזכרים בעניין אפרופים תומכים בפרשנות המוצעת. כפי שהוסבר לעיל, בהתאם לעמדת הגורמים המקצועיים ברשות, ובהתאם לנתונים שהוצגו לעיל בסעיף 31, ניתן להעריך בסבירות גבוהה, שבמידה וההוצאות הישירות לא היו נגבות מנכסי החוסכים, הרווחים והתשואות שהיו מושגים לטובתם היו נמוכים יותר, או לחילופין היו נערכים תוך חשיפה בשיעור גבוה יותר לסיכונים. על כן נראה, **שראוי הוא, שמשעה שהחוסכים חברי הקבוצה המיוצגת נהנים מהתשואות שהושגו, הם גם יישאו בהוצאות שבזכותן הושגו אותן תשואות**, וגם טיעון זה מחזק את הפרשנות המוצעת להוראות הפוליסה.

היועץ המשפטי לממשלה סבור בעניין זה, שקביעה לפיה המבקשות יידרשו להשיב את ההוצאות הישירות שלא הגיעו לכיסן (אלא שולמו כאמור לצדדים שלישיים), ובזכותן הושגו התשואות מהן נהנו החוסכים, **אינה מתיישבת עם שורת ההיגיון והצדק**.

67. גם לעובדה שמדובר בנוהג של **שנים ארוכות**, כאשר **כל חברות הביטוח בארץ גבו את ההוצאות הישירות מנכסי החוסכים**, יש משקל פרשני, המחזק את הפרשנות המוצעת.

68. עוד יש לקחת בחשבון את השלכות הפרשנות להוראות הפוליסות שאימץ בית המשפט קמא (בהחלטתו שלפנינו שאישרה את הגשת התובענה הייצוגית וקבעה, כי קיימת אפשרות סבירה שיוכרע בתובענה, שהפוליסות אינן מתירות למבקשות את גביית ההוצאות הישירות (ראו בסעיף 66 להחלטה)), על **יציבות הגופים המוסדיים וענף החיסכון כולו**. בחינה מקצועית של **הרשות העלית, שאכן קיים חשש כזה**. כפי שצוין לעיל, תלויים ועומדים בערכאות הדיוניות מספר לא קטן של הליכים העוסקים בשאלות דומות לאלה הנדונות בהליך שבכותרת, ויש להניח שההכרעה בהליך זה תשפיע ישירות גם על יתר ההליכים. **היקף ההוצאות הישירות שגבו כלל הגופים המוסדיים הנתבעים בהליכים השונים, נאמד בסכומים של מיליארדי שקלים**. ככל שהגופים המוסדיים יידרשו להשיב את הכספים, בהתאם לפרשנות שאימץ בית המשפט קמא בענייננו, **עלולה להיגרם פגיעה משמעותית בענף החיסכון בארץ**.

69. חברות ביטוח נדרשות להחזיק הון עצמי נגד הסיכונים אליהם הן נחשפות במסגרת פעילותן. דרישה זו נועדה לוודא, שלחברת ביטוח כרית ביטחון מספקת לספיגת הפסדים הנובעים מהתממשותם של סיכונים בלתי צפויים שלהם היא חשופה.⁴⁸ יובהר, כי ההון שנדרשות חברות הביטוח להחזיק נועד בעיקרו להגן על המבוטחים כנגד הסיכונים אשר נחשפת אליהם חברת הביטוח באופן ישיר (דוגמת סיכונים אקטואריים). דרישת ההון ביחס לסיכונים הנובעים מניהול כספים שהתשואות והסיכונים הגלומים בהם מיוחסים לחשבונות המבוטחים, נקבעה בעיקר נגד סיכונים תפעוליים והיא מצומצמת בהשוואה לדרישת ההון נגד סיכונים אקטואריים.

בשנים האחרונות חלה ירידה משמעותית בעקום הריבית חסרת הסיכון, דבר אשר גרם לירידה משמעותית ביחסי כושר הפירעון הכלכליים – דהיינו היחס שבין ההון העצמי של חברת ביטוח להון נדרש לכושר פירעון – בעיקר של חברות הביטוח המוטות למוצרי ביטוח ארוכי טווח בישראל, כמו פוליסות חיסכון. בהתאם, יחסי כושר הפירעון הכלכליים נמצאים ברמות נמוכות באופן יחסי לאלו המקובלות במרבית מדינות אירופה, ואף נתונים לרמת

⁴⁸ בישראל חלות הוראות חוזר ביטוח 2017-1-9 "יישום משטר כושר פירעון כלכלי מבוסס Solvency II" (30.6.2017), אשר נקבעו בהתבסס על הדיקטיבה האירופית 2009/EC/138 המכונה "סולבנסי II" וההוראות הנלוות לה, וזאת תוך ביצוע התאמות לשוק המקומי.

תנודתיות גבוהה יחסית למקובל במדינות אלה. ירידה ביחס כושר הפירעון של חברת ביטוח עלולה להוביל לתוצאות לא רצויות, בהן הפחתת הגמישות הפיננסית והעסקית ופגיעה עתידית בזמינותם ובעלותם של מוצרי ביטוח חדשים. ירידה משמעותית ביחס כושר הפירעון של חברת ביטוח אף עלולה להביא למצב בו נדרשת התערבות פיקוחית והפעלת סמכויות לשמירת יציבות של מבטח בהתאם לסעיף 68 לחוק הפיקוח על הביטוח, לרבות מינוי מורשה או מפקח מיוחד ואף ביטול רישיון בהתאם לסעיף 22 לחוק האמור.

70. בעניין זה, ראוי להפנות את תשומת הלב לכך, שכיוון שחלק מהתובענות התלויות ועומדות הוגשו נגד **חברות מנהלות קופות גמל**, הרי, שבמידה שחברות אלו יחויבו בהשבת סכומי ההוצאות הישירות שנגבו, ההשלכות הנובעות מכך עלולות אף להיות **חמורות יותר** מההשלכות על חברות הביטוח. חברות מנהלות נדרשות להעמיד הון מזערי עצמי בהתאם לדין, העומד, בעיקר, נגד סיכונים תפעוליים.⁴⁹ השבת כספי ההוצאות הישירות לחוסכים על ידי חברה מנהלת, עלולה להביא לתוצאה של ירידה אל מתחת לרף ההון הנדרש ואף לחדלות פירעון של מספר נרחב של חברות מנהלות בישראל, וזאת לאור דרישת ההון כאמור.

71. עוד יובהר כי דרישת הון עצמי גבוה יותר הקיימת כאמור ביחס לחברות הביטוח, יחסית לחברה מנהלת, אמנם מקטינה את הסיכון לחדלות פירעון של אותה חברה, אך ירידה ברמות ההון פוגעת ביכולתה של חברת הביטוח לעמוד בהתחייבויותיה למבוטחים אחרים (כיוון שדרישות ההון נועדו לעמוד נגד סיכונים אחרים אליהם חשופה חברת הביטוח).

מצב דברים כאמור עשוי מטבע הדברים להביא **לפגיעה בחוסכים** בין אם על דרך צמצום השירותים שינתנו, בין אם על-ידי העלאת דמי הניהול עקב הפגיעה בחברות ובין אם על-ידי פגיעה קשה בתחרות בענף (לנוכח העובדה כי אין ודאות שקיימים בשוק מספיק שחקנים רלוונטיים שיכולים ומעוניינים לקנות קופות גמל), על כל השלכות הדבר. 72. זאת ועוד: בנוגע לגופים המוסדיים הנתבעים כולם, **כבר בשלב אישור התובענה** (ועוד טרם שהתובענה התקבלה), **הגופים עשויים להידרש להפריש סכומים משמעותיים נגד סיכונים בהליכים אלה**.⁵⁰

73. על כן, גם החששות **ליציבות הגופים המוסדיים ולפגיעה בענף הביטוח והחיסכון הפנסיוני בישראל**, כתוצאה מאימוץ הפרשנות לפוליסות שנקבעה בהחלטת בית המשפט קמא (ברמה הלכאורית בשלב ההחלטה המאשרת שלפנינו), דבר שיפגע בסופו של דבר בחוסכים עצמם, מהווים שיקול נוסף **המחזק את הפרשנות שבה תומך היועץ המשפטי לממשלה**.

74. ולבסוף נראה, **שיש לייחס משקל ראוי לכך, שהרשות שהיא הגוף המקצועי והבקיא בעניין תומכת בפרשנות המוצעת**. כפי שפורט לעיל בהרחבה, בשאלת פרשנות הפוליסות בענייננו מעורבות **שאלות מקצועיות מובהקות, והשלכות רחבות על טובתם של החוסכים בישראל**. לאור כך, נראה, כאמור, שראוי לתת משקל משמעותי לעמדת הרשות – היא הגורם המקצועי בעניין – המטפל בשאלות שכאלה דבר יום ביומו. רשות שוק ההון ביטוח וחיסכון היא המאסדר האחראי על הפיקוח וההסדרה של פעילותם של גופים מוסדיים, המנהלים נכסים בסכום כולל מוערך של כ-1.77 טריליון ש"ח מכספי הציבור. הרשות היא גוף עצמאי, **בעל ידע**

⁴⁹ ראו: **תקנות הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל) (הון עצמי מזערי הנדרש מחברה מנהלת של קופת גמל או קרן פנסיה), התשע"ב-2012**.

⁵⁰ כך, בהתאם לסעיפים 14-16 להוראות תקן חשבונאות בינלאומי 37 "הפרשות, התחייבויות תלויות ונכסים תלויים", והיות שגוף מוסדי נדרש לערוך את דוחותיו הכספיים לפי תקני דיווח כספי בינלאומיים לפי הוראות סעיף 1.1.1 לסימן א, פרק 1, חלק 2 שער 5 לחזור המאוחד "עקרונות לעריכת דוח כספי".

מקצועי מובהק ומומחיות ייחודית בתחום השירותים הפיננסיים. ככזו, הרשות אחראית על הסדרה ופיקוח יעיל ואפקטיבי על שוק ההון, הביטוח והחיסכון.

על רקע החשיבות של תחום זה, קבע המחוקק הסדרים להבטחת פיקוח נאות על הגופים המוסדיים, הגנה ושמירה על עניינם של המבוטחים והעמיתים ושמירה על יציבות הגופים המוסדיים ויכולתם לעמוד בהתחייבויותיהם. ראו בסעיף 1ג לחוק הפיקוח על הביטוח⁵¹ שבו נקבעו תפקידי הרשות אשר משקפים מטרות אלו.

דומה, שבהצגת התמונה השלמה לפני בית המשפט הנכבד במסגרת עמדה זו, המבטאת בין היתר את נקודת מבטה של הרשות, מקיימת הרשות את תפקידה לשמור על עניינם של המבוטחים ומתוך כך גם להבטיח את יציבות הגופים המפוקחים שהיא אינטרס ברור של החוסכים עצמם. דומה גם, **שעל בית המשפט הנכבד לתת משקל ראוי לשיקולים אלה ולעמדה המקצועית של הרשות, בהכרעתו הפרשנית שבנדון.**

בהקשר זה ראוי לציין את ההלכה שיצאה מלפני בית המשפט הנכבד בענין ע"א 7488/16 **זליגמן נ' הפניקס החברה לביטוח בע"מ** (פורסם בנבו, 31.5.2018) אשר תלויה ועומדת בדיון נוסף אשר ממתין לפסק דין (דנ"א 4960/18). בית משפט נכבד זה קבע בפסק דינו שם, כי יש ליתן מעמד מיוחד לפרשנות המאסדר את הנחיותיו, ואף בעמדת היועץ המשפטי לממשלה שהוגשה בדיון הנוסף שעודנו תלוי ועומד נטען, שיש לתת לעמדת המאסדר, בפרשנותו את ההנחיות שקבע החלות על הגופים המפוקחים על ידו, מעמד בכורה. הלכה זו מלמדת באופן כללי על החשיבות שבעמדת המאסדר, וגם בענייננו, אף אם לא מדובר בפרשנות הנחיות הרשות אלא בפרשנות הפוליסות, נראה כי **נכון ומתבקש לתת משקל ראוי לעמדת המאסדר, שהוא הגורם המקצועי ובעל המומחיות בעניין.**

75. לאור כל האמור, היועץ המשפטי לממשלה סבור, **ששגה בית המשפט קמא הנכבד**, כשקבע בסעיף 31 להחלטתו, שיש מקום בנסיבות העניין ליישם את הכלל בדבר פרשות חוזה לחובת מנסחו.

כפי שצוין לעיל בסעיפים 50-51, בהתאם לפסיקה, כלל זה תקף כאשר קיימות שתי פרשנויות סבירות באותה מידה. כן נקבע, שהדברים אמורים רק כאשר קיימות שתי פרשנויות סבירות באותה מידה **שעומדות בכללים של פרשנות תכליתית.** לעומת זאת, בענייננו, כפי שהובהר, בחינת לשון הפוליסות, התכלית הסובייקטיבית שלהן והתכלית האובייקטיבית שלהן, כמו גם נסיבות ושיקולים נוספים הרלבנטיים לעניין, **מובילה למסקנה שהפרשנות הראויה, היא הפרשנות המוצעת על ידי היועץ המשפטי לממשלה.** כמו כן, היועץ המשפטי לממשלה סבור, כמפורט לעיל בהרחבה, שהפרשנות המוצעת היא הפרשנות שמשרתת את טובתם האמיתית של החוסכים, כאשר בוחנים את התמונה השלמה וגם מטעם זה אין מקום בענייננו להחיל את הכלל של פרשנות נגד המנסח.

76. היועץ המשפטי לממשלה יראה להתייחס אף לטענת המשיבים לפיה, עמדת הרשות אינה מתיישבת "עם העובדה שאותו מאסדר ממש הורה לתקן את תקנוני קופות הגמל- שברבים מהם לא נכללה הוראה המתירה לחברות המנהלות לגבות הוצאות ניהול השקעות- על דרך של הוספת הוראה כזו" (סעיף 56 לתשובת המשיבים).

אין סתירה בין דברים אלה לעמדת היועץ המשפטי לממשלה (ועמדת הרשות) המוצגת בעמדה זו. **ראשית**, יש לציין, שטיוטת חוזר הגמל 87-2012 מיום 13.1.2013 אליה מפנים המשיבים (בהערת שוליים 52 לתשובתם), **לא אושרה ולא קיבלה תוקף מחייב.**

⁵¹ שנחקק במסגרת תיקון מס' 32 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א-1981, שנכנס לתוקפו ביום 1 בנובמבר 2016. ראו גם: בג"ץ 8448/19 אבני שמואל נ' מדינת ישראל - משרד החינוך והתרבות (פורסם בנבו, 25.5.2020).

שנית, כמפורט לעיל, קיימים הבדלים נורמטיביים מסוימים בין חברות מנהלות קופות גמל (כאשר זכויות וחובות העמיתים בקופה מוסדרים באמצעות תקנון הקופה) לבין חברות ביטוח המנהלות ביטוחים תלויי תשואה (כבענייננו) כאשר זכויות וחובות הצדדים מוסדרות בפוליסת החיסכון.

שלישית ועיקר, הגם שהיועץ המשפטי לממשלה (כמו גם הרשות) סבורים, שמוטב שגביית ההוצאות הישירות תצוין ותפורט בתקנוני קופות הגמל ובפוליסות של חברות ביטוח,⁵² אין בכך לגרוע מהעמדה, שהפרשנות הראויה למונח "תשואה" המצוי בנוסחי הפוליסות של המבקשות, מעגנת כראוי את זכותן של המבקשות לגבות את ההוצאות הישירות, וזאת בהתאם לכללי הפרשנות המקובלים שפורטו ויושמו לעיל בהרחבה.

77. ולבסוף, יעיר היועץ המשפטי לממשלה, שעמדתו מתיישבת היטב עם פסק דינו של כב' השופט גרוסקופף (בשבתו

בבית המשפט המחוזי) בעניין יצחקי,⁵³ שעליו בין היתר הסתמך בית המשפט קמא בהחלטתו.

כשם שנקבע בעניין יצחקי שנדרש עיגון חוזי לגביית "גורם פוליסה", היועץ המשפטי לממשלה אכן סבור, כמפורט לעיל, שגם בענייננו, נדרש עיגון חוזי לגביית ההוצאות.⁵⁴ עמדת היועץ המשפטי לממשלה בענייננו היא, שהגם שנדרש עיגון חוזי, העיגון קיים בהוראות הפוליסות, ובכך קיים שוני מהותי בין ענייננו לעניין יצחקי.

כמו כן ראוי להטעים, שבעניין יצחקי לא הייתה מחלוקת על כך, שגביית העמלה המדוברת (בנוגע לאותן פוליסות משולבות חיסכון בעניין אושרה התובענה הייצוגית) תביא לגריעה ולהפחתה מהסכומים שיועברו לחיסכון עבור החוסך (ראו בסעיף 43 לפסק הדין בעניין יצחקי: "חברות הביטוח מקבלות... כי כשמדובר בפוליסות המשלבות חיסכון... משמעות הדבר כי היא מקטינה את היקף הסכומים המועברים לחיסכון"). לעומת זאת, בענייננו, כמפורט לעיל, גביית ההוצאות הישירות מנכסי החוסכים אינה פוגעת ברווחיהם ובאינטרסים שלהם, כשבוחנים את התמונה השלמה של הדברים, היות ואדרבה, היא מביאה להגדלת רווחיהם – הסכומים שייכנסו לכיסם – בסופו של יום ומפזרת את הסיכונים שלהם באופן מיטבי. כמו כן, ההוצאות הישירות בענייננו שולמו לצדדים שלישיים ולא נכנסו לקופת המבקשות, כמפורט לעיל. לאור האמור, בענייננו, שורת ההיגיון והצדק תומכת בגביית ההוצאות הישירות ובפרשנות המוצעת על ידי היועץ המשפטי לממשלה להוראות הפוליסות בענייננו.

78. סיכום הדברים: היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי קיים עיגון חוזי בפוליסות הביטוח לזכותן של המבקשות לגבות את ההוצאות הישירות מנכסי החוסכים. על כן, לגישתו לא קיימת אפשרות סבירה שהתובענות הייצוגיות יתקבלו, ולפיכך, בהתאם להוראות סעיף 8(א)(1) לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006, דין בקשות האישור להידחות. לפיכך, היועץ המשפטי לממשלה סבור, שעל בית המשפט הנכבד לקבל את בקשת רשות הערעור והערעור גופו ולהורות על דחיית בקשות האישור שלפנינו.

אח"כ

יואב שחם, ע"ד
המחלקה האזרחית
פרקליטות המדינה

היום, כ"ג אב תש"ף, 13 אוגוסט 2020

⁵² למען שלמות התמונה יצוין, שבחזר פנסיה 3-4-2016, "הוראות לעניין זכויות וחובות עמיתים בתקנון קרן פנסיה חדשה מקיפה" (29.9.2016) נקבע, כי חברה מנהלת תקבע נוסח תקנון קרן פנסיה מקיפה שבניהולה בהתאם לנוסח התקנון הקבוע כנספח לחזר (להלן: "התקנון התקני") ותעדכן את תקנונה עד ליום 1.1.2018. כן יצוין כי, במסגרת התקנון התקני קיימת התייחסות לגביית ההוצאות הישירות (בסעיף 6 לתקנון התקני).
⁵³ לעיל, ה"ש 31.

⁵⁴ והגם שראוי לציין, שקיימים הבדלים בין ענייננו לעניין יצחקי, ושם הצורך בעיגון חוזי היה מובהק יותר, כי תשלומי גורם פוליסה הם תשלומים קבועים שנגבים מהחוסכים בסכומים ידועים שניתן היה לצייןם לפניהם, בעוד, בענייננו, כאמור לעיל, לא ידוע מראש שיעור סכומי ההוצאות הישירות שייגבו במהלך השנה בהתאם לעסקאות שיערכו, ובכל מקרה לא ניתן לציין לפני החוסכים מראש את שיעורם.