



## בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 11039/07

בפני : כבוד השופטת (בדימ') א' פרוקצ'יה  
כבוד השופטת מ' נאור  
כבוד השופט י' דנציגר

המערערת : אליהו חברה לביטוח בע"מ

נגד

המשיבה : אבנר אגוד לביטוח נפגעי רכב בע"מ

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו  
מיום 18/11/2007 בתיק א' 2526/02 שניתן על ידי כב'  
השופט ש' ברוך ז"ל

בשם המערערת : עו"ד שאול איבצן

בשם המשיבה : עו"ד רות ארבל

### פסק-דין

השופטת (בדימ') א' פרוקצ'יה:

1. זהו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (כב' השופט ש' ברוך ז"ל), בו נתקבלה תביעתה של המשיבה, אבנר איגוד לביטוח נפגעי רכב בע"מ (להלן גם: אבנר), כנגד המערערת, אליהו חברה לביטוח בע"מ (להלן גם: אליהו), בו חויבה אליהו לשלם לאבנר סך של 2,759,951 ₪ בשל הפרת הסכם שיתוף בין השתיים בגין חיובי יתר בתשלומי השתתפות בגין שירותי חקירה.

2. המערערת, אליהו, עוסקת, בין היתר, בביטוח חובה לרכב על פי פקודת ביטוח רכב מנועי [נוסח חדש], התשל"ל-1970 (להלן: פקודת ביטוח רכב מנועי). המשיבה, אבנר, הינה תאגיד בו היו חברות כל חברות הביטוח המורשות לפעול בענף ביטוח חובה לרכב, ובכללן אליהו (להלן: חברות הביטוח). אבנר הוקמה על ידי חברות הביטוח באופן וולונטארי ובתמיכת שרי האוצר ככלי ליישום חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975 (להלן: חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים) וחבויותיהן מכוחו. עיסוקה המרכזי של אבנר נועד להעניק ביטוח משותף לכל חברות הביטוח החברות בה, ביחס לכל עסקת ביטוח חובה לרכב, וזאת על בסיס מערך הסכמים בינה לבינן, שתכליתו לפזר את הסיכון בין כל חברות הביטוח, ולצמצם בכך באופן ניכר את הצורך בביטוח משנה בחו"ל (להלן: הסדר אבנר; ראו: דברי ההסבר להצעת חוק ביטוח רכב מנועי (הוראת שעה), התשנ"ז-1996, ה"ח 2560, מיום 4.11.1996, בעמ' 59-60 (להלן: דברי ההסבר להצעת חוק הוראת השעה); פרוטוקול הדיון בוועדה הוועדה המשותפת של ועדת הכספים וועדת חוקה ומשפט להצעת חוק ביטוח רכב מנועי מיום 28.11.1999, בעמ' 12, 19).

3. הסכם השיתוף הראשון בין אבנר לאליהו נכרת בשנת 1976, סמוך לאחר חקיקת חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, והוא התחדש באופן אוטומטי כל חמש שנים בהעדר הודעת ביטול. במהלך השנים נערכו בהסכם השיתוף שינויים ותיקונים. נוסחו העדכני של ההסכם, הרלבנטי לענייננו, נכרת בין הצדדים ביום 10.6.1987 (להלן: ההסכם או הסכם השיתוף). הסכם בנוסח דומה נכרת בין אבנר לבין כל אחת מחברות הביטוח האחרות.

4. בסוף שנת 1993 ביקשה אליהו להשתחרר מההסכם עם אבנר, ועל רקע זה נתגלעה מחלוקת משפטית בין הצדדים. בפסק דין שניתן ביום 20.7.1995 קבע בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו כי אליהו הפרה את ההסכם בין הצדדים כשביטלה אותו שלא כדין, ונתן צו לאכיפת ההסכם החל מיום 1.9.1995 ועד למועד סיומו ביום 31.12.1996. יוער, כי בין יום 1.1.1994 ועד ליום בו נכנס לתוקף הצו לאכיפת ההסכם, פעלה אליהו כמבטחת יחידה, והוציאה פוליסות ביטוח חובה ללא שיתופה של אבנר, וזאת בהתאם להחלטה שיפוטית בבקשה לצו זמני שהוגשה במסגרת ההליך המשפטי.

5. במחצית שנת 1996, הביעו אליהו וחברות ביטוח נוספות את רצונן לפרוש מההסדר עם אבנר החל מיום 1.1.1997. הודעה זו הולידה חשש מפני ערעורו של ענף ביטוח החובה לרכב, והדבר הוביל לחקיקת חוק ביטוח רכב מנועי (הוראת שעה), התשנ"ז-1996, שהאריך למשך שבעה חודשים נוספים את ההסדרים הקיימים בענף ביטוח החובה לרכב (דברי ההסבר להצעת חוק הוראת השעה, בעמ' 59-60). בהמשך לכך, נחקק חוק ביטוח רכב מנועי (ביטוח בתנאי תחרות מבוקרת, הסדרים לתקופת המעבר והוראות לענין אבנר), התשנ"ז-1997 (להלן: חוק ביטוח רכב מנועי), אשר קבע, כי בתום תקופת מעבר שתסתיים ביום 31.12.2002 יפעל ענף ביטוח החובה לרכב בתנאי תחרות מבוקרת, וכל חברת ביטוח תישא במלוא האחריות לפוליסות ביטוח החובה שתוציא, בלא שיתופה של אבנר. בתקופת המעבר, כך נקבע, יימשך השיתוף בין חברות הביטוח לבין אבנר (סעיפים 3-4 לחוק ביטוח רכב מנועי).

6. במסגרת הסכם פשרה שנחתם בין אליהו לאבנר ביום 14.3.1999 וקיבל תוקף של פסק דין ביום 15.3.1999 (ע"א 3843/97), הצהירו הצדדים כי הסכם השיתוף תקף וחל עליהם עד ליום 31.12.2001, בכפוף לשינויים המתחייבים מחוק ביטוח רכב מנועי. בהמשך, כאמור, הוארך תוקף ההסכם עד ליום 31.12.2002 מכח חוק ביטוח רכב מנועי. יוצא, אפוא, כי הסכם השיתוף בין אליהו לאבנר, שנכרת ביום 10.6.1987, חל על הצדדים בתקופה הרלבנטית לאירועים נשוא הערעור (1996-2001), וזאת בין מכח הסכמתם הראשונית, בין מכח הסכם הפשרה, ובין מכח חוק.

#### העובדות הצריכות לענין

7. בין אליהו ואבנר נכרת, כאמור, הסכם שיתוף, אשר הנהיג ביטוח משותף ביניהן, כאשר אליהו משמשת 'מבטח מוביל' (leader) ואילו אבנר מתחייבת שלא לקבל עסקי ביטוח במישרין מהמבוטחים אלא באמצעות המבטח המוביל (סעיפים 4 ו-10 להסכם). אליהו התחייבה לשתף את אבנר בעסקי הביטוח שלה באופן שהפוליסות תוצאנה בשמה ובשם אבנר, וחלוקת האחריות ביניהן תהיה 50% לאבנר ו-50% לאליהו, כאשר כל צד נושא בחלקו באחריות, ואין צד אחד אחראי לחלקו באחריות של מישנהו (סעיף 5 להסכם). בהמשך, שינה חוק ביטוח רכב מנועי את שיעורי חלוקת האחריות, בהתאם לשנה שבה הונפקה הפוליסה ('שנת החיתום').

עוד הוסכם, כי אליהו תטפל בעבור שני הצדדים ביישובן ובסילוקן של תביעות נפגעים על פי הפוליסות המשותפות, להוציא חריגים שנקבעו (סעיף 12(ב) להסכם).

ההסכם הסדיר את החזר ההוצאות שאליהו זכאית לקבל מאבנר בגין טיפולה בתביעות נפגעים במסגרת תיקי ביטוח משותפים. נקבע, כי אליהו ואבנר ישאו שתייהן "בהוצאות הממשיות והסבירות שתהיינה כרוכות בטיפול יישובן של תביעות או בהגנה כנגדן" (סעיף 12(ז) להסכם). זאת, למעט בשכר לעובדיהן הקבועים. בנוסף, נקבע כי הצד המטפל בתביעה זכאי לקבל מן הצד השני "דמי טיפול... בשיעור של 4.2% מהתשלומים ששולמו בגין אותה תביעה" (סעיפים 12(ז) ו-12(ח) להסכם). יצויין כי גביית השתתפותה של אבנר בהוצאות שהוציאה אליהו בוצעה באמצעות מערכת ממוכנת: אחת לחודש הוזנו למערכת זו סכומי ההוצאות שהוציאה אליהו לשם טיפול בתביעות הנפגעים על פי הפוליסות המשותפות, על בסיס קודים קבועים שכל אחד מהם ייצג סוג הוצאות מסוים. בהמשך לכך, שילמה אבנר את חלקה בהוצאות באמצעות מערכת סליקה ממוכנת. שיטת גבייה זו כללה גם מערכת דיווח לאבנר על הוצאותיה של אליהו במסגרת הטיפול בתביעות.

8. במסגרת הטיפול בתביעות מבוטחים, נדרשות חברות הביטוח לברר את התביעות ולאסוף נתונים וראיות בנוגע אליהן, וזאת על מנת להביא ליישובן ולסילוקן. פעמים רבות מסתייעות חברות הביטוח לשם כך בשירותיהם של חוקרים פרטיים. עלות שירותי החקירה באה, ככלל, בגדר ההוצאות הממשיות הכרוכות בטיפול בתביעות, ועל כן גם אבנר משתתפת בה, כשיעור חלקה באחריות.

9. הפעלת חוקרים ומשרדי חקירות על ידי חברות הביטוח, במסגרת טיפולן בתביעות ביטוח רכב חובה שאבנר משתתפת בעלותן, התבצעה בהתאם לנוהל עבודה שפרסמה אבנר ביום 5.1.1997 (להלן: נוהל אבנר או הנוהל). מטרת הנוהל היתה לשפר את שירותי החקירה הניתנים על ידי משרדי החקירות, ולהביא לביצועם בעלויות סבירות. הנוהל התווה את השיקולים שעל חברת הביטוח לשקול בשאלה האם להפעיל חוקרים בתביעת ביטוח רכב חובה, והכתיב את אופן הזמנת החקירה ואת צורת הפיקוח על החוקרים במהלך החקירה. כמו כן, הנוהל קבע הוראות לענין התשלום שחברות הביטוח משלמות עבור שירותי החקירה; נדרש, כי "התשלום עבור שירותי חקירה יבוצע על פי תעריף אבנר", כאשר לכל סוג של שירות חקירה נקבע תעריף לתשלום (להלן: תעריף אבנר) (סעיף 7(א) לנוהל); התעריף והגדרת שירותי החקירה מופיעים כנספחים ג'-ד' לנוהל). כן נדרש, כי בחשבונות שמגישים משרדי החקירות תפורט הגדרת השירות, יחד עם הפרטים הנחוצים לשם בדיקת החשבון (סעיף 7(ב) לנוהל). אשר להתחשבנות בין אבנר לחברות הביטוח ביחס לתשלומים למשרדי החקירות ובאשר לדיווח בדבר תשלומים אלה, נקבע כי "התשלום למשרדי החקירות יקודד וידווח

למחשב בקוד 11" (סעיף 7(ו) לנוהל). עם זאת, נקבע כי אירועים חריגים הקשורים במשרדי החקירות, לרבות "חשבונות שאינם על פי הנוהל", טעונים דיווח מיוחד לאבנר (סעיף 9 לנוהל).

10. החל משנת 1996 ועד לשנת 2001, הפעילה אליהו את שירותי החקירה הנחוצים לבירור תביעות ביטוח החובה לרכב באמצעות חברה בשם אומדן שירותי שמאות (1967) בע"מ (להלן: אומדן). בין אומדן לבין אליהו ישנם קשרי בעלות הדוקים, שכן משפחת אליהו הינה הבעלים בשתי חברות אלה. דרך ההפעלה של שירותי החקירה על ידי אליהו פעלה כך שהיא עצמה לא ביצעה את ההתקשרות עם החוקרים, אלא זו בוצעה על ידי אומדן. אומדן היא זו שהזמינה את החקירות, הפעילה את החוקרים, הנחתה אותם, פיקחה עליהם לאורך עבודתם, ושילמה להם תמורת שירותיהם בסופו של הליך החקירה. בדרך כלל, הוסכם בין אומדן לחוקרים על תשלום שכרם בסכום נמוך באופן משמעותי מן התעריף של אבנר עבור שירותי חקירה. אומדן היתה אמורה לקבל תשלום מאליהו עבור הפעלת שירותי החקירה כאמור. אומדן הגישה לאליהו חשבונות שלה עצמה לצורך תשלום, מבלי שצירפה להם את חשבונות החוקרים המציגים את התשלומים ששולמו להם בעבור החקירות. חשבונות אומדן שהוגשו לאליהו לצורך תשלום היו תמיד בגובה תעריף אבנר, בהתאם לסוג החקירה שבוצעה, ואליהו פרעה את החשבונות. הסכום שציינה אומדן בחשבונות שהגישה לאליהו הוצג כמקשה אחת, מבלי שנעשתה ההבחנה בין הסכום ששילמה בפועל לחוקרים לבין יתרת הסכום שגבתה מאליהו (להלן גם: תוספת אומדן). בהמשך, גבתה אליהו שיפוי מאבנר, כשיעור חלקה של אבנר באחריות, וזאת ביחס למלוא הסכום ששילמה לאומדן. גביית ההשתתפות מאבנר בוצעה באמצעות המערכת הממוכנת, לאחר שאליהו הזינה בשורת החשבון תחת הפריט 'חוקרים' את הסכומים הרשומים בחשבונות אומדן. את החשבונות שהגישה אומדן לאליהו תייקה אליהו, כנהוג לגבי חשבונות חקירה, בתיקי התביעות המשותפים לה ולאבנר, הנבדקים מדי פעם על ידי אבנר לצורך בקרה ופיקוח (סעיף 12(ה) להסכם). אליהו לא דיווחה לאבנר על מעורבותה של אומדן בהפעלת שירותי החקירה ועל קשרי הבעלות שלה עם אומדן. היא גם לא דיווחה מיוזמתה לאבנר על כי הסכומים ששילמה אומדן לחוקרים היו נמוכים מן הסכומים שהיא עצמה שילמה לאומדן על פי חשבונות שהוגשו לה.

11. בתביעה שהגישה אבנר נגד אליהו, נחלקו הצדדים בשאלה האם רשאית היתה אליהו, על פי הוראות הסכם השיתוף, לגבות מאבנר השתתפות בעלויות שאינן משקפות את הוצאות החוקרים כפי ששולמו להם בפועל. אבנר טענה, כי בחיובה בהשתתפות בסכומים שאינם משקפים את העלויות האמיתיות ששולמו לחוקרים הפרה אליהו חובות אמון שהיא חבה כלפי אבנר, מכוח דיני השליחות והסכם השיתוף. אליהו טענה להגנתה, כי כל עוד הסכומים בהם חוייבה אבנר על פי חלקה היחסי אינם עולים על תעריף אבנר, אין לראות פסול בחיוב זה. כן טענה אליהו כי לא מתקיימים בין הצדדים יחסי שותפות או שליחות, המטילים עליה חובות אמון מיוחדות כלפי אבנר.

פסק הדין של בית משפט קמא

12. בית המשפט קמא קיבל את תביעת אבנר, על ראשיה השונים. הוא חייב את אליהו להשיב לאבנר את הסכומים שגבתה ממנה ביתר בגין ההפרש בין השכר ששולם בפועל לחוקרים לבין סכומי החיוב שנדרשו על ידי אומדן, בסך כולל של 2,759,951 ₪.

13. בית המשפט קמא קבע את הממצאים העובדתיים הבאים: בין השנים 1996 ל-2001 גבתה אליהו מאבנר הוצאות חקירה שהתבססו על סכומים הגבוהים בכ-20-30 אחוזים מן הסכומים ששולמו בפועל לחוקרים, אך סכומי החשבונות של אומדן היו תמיד בגובה תעריף אבנר; כן נקבע, כי לא הוכחה טענת אליהו בדבר קיומם של מקרים אחרים בהם השתלמו לחוקרים סכומים גבוהים מתעריף אבנר ואף-על-פי-כן נגבה מאבנר סכום זהה לתעריף; קיומו של הפרש בין השכר ששולם בפועל לחוקרים לבין חשבונות אומדן ששימשו בסיס לקביעת דמי ההשתתפות של אבנר לא דווח לאבנר, והסכומים שהוזנו למערכת הממוכנת נחזו להיות, לכאורה, התשלומים המלאים ששולמו לחוקרים; לא דווח לאבנר על מעורבותה של אומדן בהפעלת החוקרים והפיקוח עליהם מטעם אליהו, והוא הדין בעובדה כי שתי החברות – אליהו ואומדן – מצויות בבעלות משותפת. עוד נקבע כי אין בידי אומדן רשיון לניהול משרד חקירות, עם זאת לא הופרכה הטענה כי לכל החוקרים שהועסקו על ידה היו רישיונות חקירה כדין. לא הוכרע אם החוקרים בהם נעזרה אומדן היו עובדיה הקבועים או חוקרים חיצוניים. עוד מצא בית המשפט, כי נוכח זהות הבעלות בשתי החברות, מתקיים אינטרס כלכלי משותף לאליהו ולאומדן, המסביר את הטעם שבגללו העבירה אליהו

לאומדן את הטיפול בענייני החקירות. השאלה שעמדה לדיון היא האם חיובה של אבנר בחלק היחסי של תוספת התשלום לאומדן היה לגיטימי.

14. בית המשפט הבהיר, כי עצם מיקור החוץ של הטיפול בחקירות לגורמים חיצוניים לאליהו איננו אסור על פי הסכם השיתוף, כל עוד מוטלים על אבנר החיובים המשקפים את חלקה ב"הוצאות הממשיות והסבירות" הכרוכות בטיפול בתביעות. עם זאת, בית המשפט לא הכריע בשאלה האם תעריף אבנר מכתוב סכומים קשיחים לתשלום בעד שירותי חקירה, או שמא הוא מסמן תקרה לסכומים אלו שמעבר לה אין לחייב את אבנר, ומתוך הנחה כי במסגרת תקרה זו תחוייב אבנר על בסיס עלויות בפועל ששולמו לחוקרים.

15. בית משפט קמא מצא, כי בין הצדדים מתקיימים יחסי שליחות ונאמנות מכח הסכם השיתוף. על רקע זה, הוא קבע כי אבנר זכאית ליהנות מן התשלומים הנמוכים מן התעריף ששולמו לחוקרים, וזאת על פי סעיף 10(ב) לחוק השליחות, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק השליחות). על פי הוראה זו זכאי השולח לכל רווח או טובת הנאה שהתקבלו אצל השלוח בקשר לנושא השליחות. אליהו לא שיתפה את אבנר בהנחה בשכר החוקרים שהושגה באמצעות אומדן ולכן היא הפרה הוראה זו. כן היא הפרה את סעיף 12(ז) להסכם השיתוף, הקובע כי השתתפותה של אבנר בהוצאות מותנית, בין היתר, בממשיותן. הובהר, כי גביית השתתפות בגין תוספת התשלום לאומדן בנוסף לדמי הטיפול ששילמה אבנר לאליהו על פי סעיף 12(ז) להסכם היא בבחינת דרישת שיפוי עודפת מאבנר, שלא שיקפה הוצאות אמיתיות.

16. כן נקבע, כי בכך שאליהו לא דיווחה מיוזמתה לאבנר על שחויבה בסכומים החורגים מאלו ששולמו לחוקרים, ועל קשר הבעלות בינה לבין אומדן, הפרה אליהו את חובות הדיווח והגילוי הנרחבות המוטלות עליה מכח סעיף 7 לחוק הנאמנות, התשל"ט-1979 (להלן: חוק הנאמנות) ומכח סעיף 8 לחוק השליחות, כמו גם מכח הוראות הסכם השיתוף ונוהל הפעלת משרדי חקירות שפרסמה אבנר, ובפרט סעיף 9 לו, המחייב דיווח מיוחד לאבנר על "חשבונות שלא על פי הנוהל". נוכח מחדלי הדיווח, והזנת הסכום המלא ששולם לאומדן במערכת הממוכנת תחת הקוד 'חוקרים', נקבע כי חיוב אבנר על ידי אליהו בהשתתפות על בסיס הסכום המלא ששילמה לאומדן נעשה באופן מכוון ומתוכנן, והיה נגוע בחוסר תום לב.

על יסוד מסקנות אלה, חייב בית המשפט את אליהו להשיב לאבנר את הסכומים שגבתה ממנה ביתר לאורך השנים, ודחה את טענותיה כי יש לפטור אותה מחובת ההשבה במסגרת סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979. בית המשפט דחה גם את הטענה כי יש לנכות מסכום ההשבה את רכיב המע"מ, או כי יש לקזז ממנו חובות של אבנר לאליהו והוצאות שונות של אליהו ואומדן.

אשר לגובה הסכום הטעון השבה, הובהר כי אין מחלוקת בנוגע לגובה הסכום הנומינאלי של תוספות אומדן בשנים 1996-2001, וכי הוא מתבסס על נתונים שהוצגו במכתבים שאליהו עצמה שלחה לאבנר, על ידי עו"ד בתיה לונדון, מנהלת אגף התביעות של אליהו. כן הובהר, כי על אליהו לשאת בהפרשי ההצמדה והריבית על פי חוק, ולא נפלה שגגה בחישוב, הנומינאלי והריאלי, שהציגה אבנר לסכום הכולל שנגבה ממנה בגין תוספות אומדן, על פי חלקה היחסי. גם את רכיב המע"מ אין הצדקה לנכות מסכום ההשבה. עוד נקבע, כי לא הוכחה טענת אליהו כי יש לקזז מסכום ההשבה חובות של אבנר לאליהו והוצאות שונות של אליהו ואומדן. הוצאות מסוג אלה שנטענו על ידי אליהו משופות ממילא באמצעות דמי הטיפול שמשלמת אבנר לאליהו.

כנגד פסק דין זה הוגש הערעור שבפנינו.

טענות אליהו בערעור

17. ראשית, טוענת אליהו, כי דין הערעור להידחות על הסף, בהיות תביעתה של אבנר סותרת את הוראות סעיף 10(3) לחוק ביטוח רכב מנועי, האוסר על "תביעה כלפי מי שהוא בעל מניה באבנר... בקשר עם עצם היותו בעל מניה".

18. לגופו של ענין, תוקפת אליהו את קביעת בית משפט קמא כי הסכם השיתוף יצר בין הצדדים יחסי שליחות ונאמנות, וטוענת כי היה ביניהם שיתוף בעסקי ביטוח החובה לרכב בלבד, אשר מטרתו פיזור הסיכון בביטוחים.

19. לחלופין, טוענת אליהו, כי אפילו פעלה בשליחות אבנר, לא מתקיימים בנסיבות הענין תנאי סעיף 10(ב) לחוק השליחות, שכן אליהו לא הפיקה כל רווח מן ההפרש שבין שכר החוקרים ששולם בפועל על ידי אומדן לבין הסכומים שהיא עצמה שילמה לאומדן. על כן, כך נטען, התשלום על ידי אליהו לאומדן מהווה הוצאה ממשית, סבירה ולגיטימית של אליהו, הטעונה שיפוי מצד אבנר, כשולחת של אליהו.



20. אליהו מוסיפה, כי ככל שנצמח רווח, הרי שהוא הרווח של אומדן ולא שלה, בהיותן שתי ישויות משפטיות נפרדות. בהנחתו כי אליהו נהנתה מן ההנחה שהשיגה אומדן בשכר החוקרים, נקט בית המשפט קמא, מבלי משים, בפעולה של הרמת מסך, וזאת מבלי שנתקיימו התנאים הנדרשים לצורך כך. אפילו יש להתייחס לרווח שנבע מן ההנחה בתשלום לחוקרים כרווח שלה, גם אז אבנר אינה זכאית לקבלו, מאחר שעל פי הסכם השיתוף, אין צד אחד זכאי ליהנות מרווחי הצד השני.

21. כן מבקשת אליהו לדחות את קביעת בית משפט קמא כי היא הפרה את הסכם השיתוף בין הצדדים; לגרסתה, התוספת שהשתלמה לאומדן באה בתמורה לתשומות עבודה שביצעה אומדן, ועל כן מתקיימת הדרישה לממשיות ההוצאות בהן משתתפת אבנר. גם דרישת סבירות ההוצאות מתקיימת, מאחר שהתשלום הכולל ששולם לאומדן לא חרג מתעריף אבנר. נטען, כי בזהות החלקית בין בעלי המניות של אליהו לבעלי המניות של אומדן אין כדי לשנות ממסקנה זו. אליהו מבהירה, כי דמי הטיפול אינם מיועדים לשיפוייה של אליהו בגין תשלום תוספת אומדן, אלא לשיפוייה בגין הוצאות מחלקת התביעות שלה. שירותיה של אומדן הם שירותי מיקור חוץ, ולא מקובל שדמי הטיפול מכסים את התשלום בעדם. הודגש, כי מחלקת התביעות באליהו לא יכלה לבצע את העבודה ברמת מומחיות דומה לזו של אומדן, ומנגד, השירותים שסיפקה אומדן לא יתרו את פעילות מחלקת התביעות של אליהו.

22. אליהו מדגישה, כי אומדן נוסדה שנים רבות קודם להתקשרותה עימה, וכי היא הסתייעה בה לראשונה בשנים שבהן פעלה כמבטחת יחידה בעסקי ביטוח החובה לרכב. ניסיונה, מומחיותה היקף פעילותה ושירותי התמיכה שהעניקה אומדן לחוקרים הביאו להשגת הנחות בשכר החוקרים. את התשלום בעד שירותיה אלה גבתה אומדן בהתאם לתעריף אבנר ואין בכך פסול. לטענת אליהו, תעריף זה קובע סכומים קבועים לתשלום תמורת שירותי החקירה, שאינם מותנים בעלות שירותי החקירה בפועל, ואין מדובר בסכומי תקרה לשירותים אלה. כן נטען, כי היו גם מקרים בהם שכר החוקרים עלה על הסכום הקבוע בתעריף, אך חרף זאת, חשבונות אומדן מעולם לא חרגו מן התעריף.

23. לדברי אליהו, דיווחיה תאמו תמיד את הוראות הסכם השיתוף והנוהל, הקובעות חובות דיווח צרות, ומחייבות גילוי רק על פי דרישה מצד אבנר, בשונה מקביעת בית משפט קמא. לגישה, כל שנדרש ממנה היה להזין את סכומי הוצאות

החקירה במערכת הממוכנת על פי קוד קבוע וכך היא עשתה. מאחר שהוצאותיה של אליהו בגין חשבונות אומדן היו ממשיות וסבירות, שגה בית משפט קמא כאשר קבע כי חלה על אליהו חובת דיווח מיוחדת על פי סעיף 9 לנוהל. אבנר היתה מודעת לשימוש הרחב שעשתה אליהו בשירותי אומדן, והיא מעולם לא דרשה דיווח מיוחד בקשר אליהם.

24. לבסוף, לטענת אליהו, יש לפטור אותה מחובת ההשבה, הואיל ולאבנר לא נגרם כל חסרון כיס, משהסכומים שנגבו ממנה לא חרגו מעולם מהתעריף. כן חולקת אליהו על גובה סכום ההשבה שנפסק לחובתה, ומערערת על קביעת בית משפט קמא כי אין לנכות את הוצאותיה של אומדן מסכום ההשבה, או לנכות ממנו את רכיב המע"מ.

טענות אבנר

25. אבנר סומכת ידיה על פסק דינו של בית המשפט קמא ועל הנמקותיו.

26. היא מבקשת לדחות את טענת הסף שהעלתה אליהו, וטוענת כי אין בחוק ביטוח רכב מנועי כדי לפטור את אליהו מחובת קיום חוזים כדין.

27. לגופם של דברים, טוענת אבנר כי הפרש בין שכר החוקרים לסכומים שנגבו ממנה אינו בבחינת הוצאה ממשית או סבירה, ואין בכך שהפעלת החוקרים על ידי אליהו הועברה למיקור חוץ כדי להפוך הפרש זה להוצאה ממשית וסבירה שאבנר חייבת להשתתף בעלותה. התפקידים שהועברו לביצועה של אומדן הם תפקידים מובהקים של מחלקת התביעות בחברות הביטוח, ולכן שכר עבודתה של אומדן והוצאותיה, המתבטאים בהפרש שבין שכר החוקרים לבין הסכום שגבתה מאליהו, באים בגדר ההוצאות הכלליות שבגינן משתלמים דמי הטיפול, אשר אין חולק כי שולמו בידי אבנר לאליהו לאורך השנים. משכך, חיובה של אבנר על בסיס הפרש זה מהווה הפרה של הסכם השיתוף.

28. אשר לפרשנותו של תעריף אבנר על פי הנוהל, טוענת אבנר כי גם הנוהל קובע כי היא תחוייב בהוצאות חקירה ממשיות בלבד, כפי ששולמו בפועל, ונקבעה לכך תקרה בגובה הסכומים הנקובים בתעריף. הנוהל אינו מתיר לחייב את אבנר בסכומים

קבועים לצורך חישוב ההוצאות הממשיות, אלא בהוצאות חקירה ששולמו בפועל במסגרת תקרת הסכום הקבוע בתעריף.

29. לגישת אבנר, אליהו הפרה גם את חובת הדיווח שלה מכח סעיף 9 לנוהל, בכך שלא דיווחה לה דיווח מיוחד על טיבם של חשבונות אומדן, אלא הציגה אותם כחשבונות המתייחסים לתשלומים בפועל ששולמו לחוקרים וכך הוזנו החשבונות במערכת הממוכנת. נטען, כי צורת הדיווח הממוכנת על פי קודים קבועים, הנדרשת נוכח היקפם הרחב של הנתונים המחייבים עיבוד, אינה גורעת מחובת הדיווח המיוחד על פי ההוראה האמורה בנוהל. את טענת אליהו כי אבנר היתה מודעת לפעילותה של אומדן לאורך השנים דוחה אבנר מכל וכל; המתאם שנוצר בין הסכומים שדווחו לאבנר כהוצאות חקירה באמצעות המערכת הממוכנת לבין חשבונות אומדן שתויקו בתיקי התביעות, מנע את גילוי מנגנון הפעולה של אליהו בביקורות השגרתיות שנערכו מטעם אבנר.

30. עוד טוענת אבנר, כי יחסי השיתוף בין הצדדים מטילים עליהם חובת תום לב מוגברת זה כלפי זה, לאור יחסי האמון המיוחדים השוררים ביניהם. כמו כן, חלוקת התפקידים בין הצדדים במסגרת יחסי שיתוף אלה יוצרת יחסי שליחות ונאמנות ביניהם כפי שנקבע בפסק הדין קמא.

בהסתירה את ההתקשרות עם אומדן, ובסיווג השגוי שסיווגה את התשלומים בגין הוצאות חקירה, הפרה אליהו את חובות הגילוי והדיווח המוטלות עליה כלפי אבנר, כשלוחתה. חובת גילוי זו היא חובה רחבה שאינה מותנית בבקשה מיוחדת מצד השולח. עוד נטען, כי בהתנהלותה זו פעלה אליהו לטובתה שלה, ובניגוד לטובתה של אבנר, ובכך הפרה את חובת הנאמנות שחלה עליה. לטענת אבנר, הרווח שצברה אומדן בגביית סכומים שמעבר לשכר ששילמה בפועל לחוקרים מהווה טובת הנאה שהפיקה אליהו, שכן לאומדן ולאליהו, בהיותן חברות אחיות הקשורות בקשרי בעלות ושליטה, ישנו אינטרס כלכלי משותף. נטען, כי בכך שאליהו לא שיתפה את אבנר בטובת ההנאה שקיבלה מאומדן היא הפרה את סעיף 10(ב) לחוק השליחות.

31. לבסוף, אבנר מבקשת לדחות את טענות אליהו בדבר פטור מחובת השבה המגיע לה, בדבר גובה ההשבה, ובדבר ניכוי סכומים שונים ממנה, ולאמץ את קביעות פסק הדין קמא גם בענין זה.

32. טענת הסף של אליהו, לפיה הגשת התביעה נגדה מנוגדת להוראות חוק ביטוח רכב מנועי – דינה להידחות. הטענה מתייחסת לסעיף 10ה(ו)(3) הקובע כי "אבנר לא יגיש תביעה כלפי מי שהוא בעל מניה באבנר ביום ו' בטבת התשס"א (1 בינואר 2001) בקשר עם עצם היותו בעל מניה". אליהו היא בעלת מניות באבנר, אך תביעתה של אבנר אינה נובעת מכך שאליהו היא בעלת מניות כאמור, אלא היא נשענת על מערכת יחסים הסכמית בין הצדדים, ועל חובותיה של אליהו הנובעות ממנה. לפיכך לא היתה מניעה להגשת התביעה האמורה, הכל כמפורט בפסק הדין קמא.

#### התשתית העובדתית

33. אליהו מעלה בערעורה טענות שונות הנוגעות לקביעות העובדתיות עליהן הושתת פסק דינו של בית המשפט המחוזי. כלל הוא כי בית משפט שלערעור לא ימהר להתערב בממצאיה העובדתיים של הערכאה הדיונית, אלא מקום שאלה אינם עומדים במבחן ההיגיון והשכל הישר, או אם נפלו בהם טעות חמורה או פגם מהותי היורד לשורש העניין (ע"א 2576/03 וינברג נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פסקה 14 (לא פורסם, 21.2.2007); ע"א 5290/05 אנגל ג'נרל דיבלופרס בע"מ נ' ווקסלין, פסקה 6 (לא פורסם, 17.5.2007); ע"א 5293/90 בנק הפועלים בע"מ נ' שאול רחמים בע"מ, פ"ד מז(3) 240, 249 (1993); יואל זוסמן סדרי הדין האזרחי 856-857 (מהדורה שביעית, 1995)).

34. אין חולק כי במקרים רבים הסכומים ששילמה אומדן לחוקרים היו נמוכים מן הסכומים הקבועים בתעריף אבנר, וכי אומדן גבתה מאליהו סכומים התואמים לתעריף אבנר, ואילו אליהו גבתה מאבנר את חלקה היחסי בהוצאות החקירות על בסיס חשבונות אומדן ובלא זיקה ישירה לתשלומים ששולמו בפועל לחוקרים, שהיו נמוכים מזה.

השאלה העובדתית הנתונה עדיין במחלוקת בין הצדדים נוגעת לזיהוי תפקידה של אומדן בכל הקשור להפעלת שירותי חקירה לצורך בירור התביעות. נכונה אני להניח, כפי שהניח בית המשפט קמא, כי אומדן עסקה בהפעלת שירותי החקירה בתיקי התביעות המשותפים לאליהו ולאבנר, כאשר הפעלה זו כוללת את קבלת הדרישה לביצוע חקירה מאת אליהו; איתור החוקר המתאים למשימה, והפניית הדרישה אליו;

הנחיית החוקר לאורך שלבי החקירה, והענקת סיוע מינהלתי; פיקוח מתמשך על החוקר; טיפול בהתחשבות הכספית עימו; ולבסוף, הגשת תיק החקירה השלם למחלקת התביעות של אליהו. השאלה העובדתית האם, בנוסף לפונקציות אלה עסקה אומדן גם בחתן שירותי חקירה בעצמה, לא הוכרעה על ידי בית משפט קמא, ולא נראה צורך להכריע בה; זאת, משחיובה של אבנר בגין רכיב התשלום לאומדן אשר בא בתמורה לפעולות החקירה עצמן, אינו שנוי במחלוקת. לאור זאת, לא ראיתי צורך להידרש לשאלה האם אומדן היא בבחינת משרד חקירות שניהולו טעון רשיון של משרד חקירות לפי חוק חוקרים פרטיים ושירותי שמירה, התשל"ב-1972 (להלן: חוק חוקרים פרטיים), ודי לצורך הענין בקביעת הערכאה דלמטה כי כל החוקרים שהועסקו על ידי אומדן היו בעלי רישיונות חקירה כדין. השאלה המרכזית היא האם מותר היה לאליהו להגיש חשבונות חיוב לאבנר המתבססים לא רק על עבודות החקירה עצמן, אלא, כביכול, גם על תוספת בגין הפעלת שירותי חקירה שאומדן חייבה בה את אליהו.

35. בית המשפט קמא קבע כי אליהו חייבה את אבנר בהשתתפות, כפי חלקה באחריות, על בסיס מלוא הסכומים שאליהו שילמה לאומדן, וזאת בלא שדיווחה לה על הסכומים ששולמו בפועל לחוקרים, הנמוכים מהם. אליהו לא דיווחה לאבנר על מהות פעילותה של אומדן, ועל כך שאומדן אינה משרד חקירות בעל רשיון, וגם לא על כך שההתקשרות עם החוקרים מבוצעת, למעשה, בתיווכה של אומדן. כן נמנעה אליהו מלדווח לאבנר על קשרי הבעלות בינה לבין אומדן. בית המשפט קמא מצא, כי אליהו יצרה מצג בפני אבנר לפיו הסכומים בהם חויבה אבנר משקפים את מלוא התשלום ששולם בפועל לחוקרים. היא עשתה כן באמצעות הזנת הסכומים לשורת החשבון 'חוקרים' במערכת הממוכנת, ובאמצעות תיוק חשבונות אומדן בתיקי התביעות המשותפים, להבדיל מחשבונות החוקרים עצמם, שלא תויקו בהם. קביעות עובדתיות אלו של בית המשפט קמא עוגנו היטב בחומר הראיות שהוגש לו, והתבססו על התרשמותו של בית המשפט מדברי העדים שהעידו בפניו. אין הצדקה להתערב בהן. על רקע זה, יש לדחות את טענתה של אליהו לפיה אבנר ידעה את זהות הגורם שהפעיל את החוקרים, וכי היתה מודעת למטרת ההתקשרות של אליהו עם אומדן, ולמאפייניה של התקשרות זו.

36. את אופי פעולתה של אליהו ניתן לנתח בשני מישורים: במישור התחייבויותיה החוזיות על פי הסכם השיתוף עם אבנר, ובמישור הוראות הדין העשויות לחול על הצדדים בשים לב לאופי היחסים שנוצרו ביניהם מכח ההסכם והנסיבות שאפפו אותו.

נפתח בניתוח המישור החוזי כדי לבחון האם דרך פעולתה של אליהו מתיישבת עם התחייבויותיה כלפי אבנר על פי הסכם השיתוף.

פעולות אליהו בראי הסכם השיתוף ונוהל אבנר

מוקד טענתה של אליהו הוא כדלקמן: חובת ההשתתפות של אבנר על פי הסכם השיתוף מתייחסת להוצאות ממשיות וסבירות שהוציאה חברת הביטוח השותפה לצורך יישובן של תביעות או הגנה כנגדן. כאשר מדובר בפונקציה של חקירות לצורך טיפול בתביעות, ההוצאות הממשיות כאמור מקיפות לא רק את החקירות עצמן אלא גם את הפעולות המינהליות הנדרשות לצורך הפעלת מערכת החקירות. אליהו הציגה בחשבוניתה לאבנר הן את הוצאותיה לשכר חוקרים והן סכומים נוספים בגין הפעלת שירותי החקירות אשר את סכומיהם הכוללים נדרשה לשלם לאומדן. סך כל הסכומים – קרי: שכר החוקרים והפעלת שירותי החקירות לא עלו על תעריף אבנר על פי נוהל אבנר המחייב את הצדדים. בנסיבות אלה, טוענת אליהו כי כדין חוייבה אבנר בהשתתפות בסך כל הסכומים הללו, בבחינת הוצאות ממשיות וסבירות שהוצאו על ידה. האם קו טיעון זה מתיישב עם הסכם השיתוף בין הצדדים?

37. המחלוקת הפרשנית העיקרית המונחת לפתחנו נוגעת לפרשנות הוראות הסכם השיתוף. סעיף 12(ז) להסכם השיתוף, הנכלל בפרק 'טיפול בתביעות', מורה כדלקמן:

"אבנר' וכל חברת ביטוח תישאנה בהוצאות הממשיות והסבירות שתהיינה כרוכות בטיפול יישובן של תביעות או בהגנה כנגדן (לרבות הוצאות משפטיות ולמעט שכר לעובדים קבועים של כל אחת מהן או של חברת בת שלהן) ביחס של 50% ע"י אבנר ו-50% ע"י חברת הביטוח.

בנוסף להוצאות האמורות בסעיף 12(ז) לעיל, זכאי כל צד להסכם זה, המטפל בתביעה, לקבל מהצד השני דמי טיפול בגין חלק האחריות החל עליו על פי סעיף 5 לעיל וזאת בשיעור של 4.2% מהתשלומים ששולמו בגין אותה תביעה..." (ההדגשות אינן במקור).

הוראה חוזית זו מבחינה בין 'הוצאות ממשיות וסבירות' הכרוכות בטיפול ביישוב תביעה, ואשר בהן על אבנר ואליהו לשאת בחלקים שווים, לבין 'טיפול בתביעה' המזכה כל צד המטפל בתביעה לקבל מהצד השני דמי טיפול בגין חלקו באחריות בשיעור 4.2% מהתשלומים ששולמו בגין אותה תביעה. אין חולק כי העלויות בפועל של ביצוע חקירות הן בגדר הוצאות ממשיות וסבירות החלות על שני הצדדים

בחלקים שווים. השאלה היא האם מיקור חוץ של שירותי החקירה והפעלת שירותי החקירה בידי הגוף החיצוני – להבדיל מביצוע החקירות עצמן – הוא בגדר הוצאות ממשיות וסבירות שעל אבנר להשתתף במימונו, או שמא הוא מהווה חלק מדמי טיפול כלליים המשתלמים על בסיס 4.2% מהתשלומים ששולמו בגין התביעה. בהקשר לענייננו – אם ההפרש בין השכר ששילמה אומדן בפועל לחוקרים לבין חיובה בפועל של אליהו ניתן לסיווג כהוצאה ממשית וסבירה בגין הפעלת שירותי החקירה, כי אז על אבנר להשתתף בהוצאה זו כחלקה ב-'הוצאות הממשיות והסבירות', כאמור ברישא לסעיף 12(ז) להסכם השיתוף. אם, לעומת זאת, מדובר בהוצאות טיפול בתביעות החלות על הצד המטפל בתביעה, כי אז הפרש זה נכנס לגדר 'דמי הטיפול' כאמור בסיפא לסעיף 12(ז) האמור, ואין חיובה על אבנר להשתתף בו בבחינת 'הוצאה ממשית וסבירה'.

38. אין מחלוקת בין הצדדים כי שכר החוקרים הפרטיים עשוי להיחשב הוצאה ממשית וסבירה המחייבת את השתתפותה של אבנר, וזאת בהתאם לנוהל שפירסמה אבנר עצמה בנושא כותרת "הפעלת משרדי חקירות בתביעות ביטוח רכב חובה ('אבנר')", הוא "נוהל אבנר", שנעמוד בהמשך על פירוט הוראותיו. כן אין חולק כי העברת עניינים שונים הכרוכים בטיפול בתביעות על פי הפוליסות המשותפות לטיפולו של גורם חיצוני, בתורת מיקור חוץ, אינה אסורה על פי ההסכם. בכלל זה, מותר מיקור חוץ המתייחס להפעלת משרדי החקירות, הכולל איתור החוקר או משרד החקירות המתאים, הנחיית החוקרים, קיום מעקב אחר עבודתם ובקרה עליה, והסדרת התשלום המגיע להם. שתי שאלות נותרות, אפוא, במחלוקת: ראשית, האם עלות הפעלת משרדי החקירות – בהבדל מעלות שירותי החקירה עצמם – יכולה להיחשב אף היא כהוצאה ממשית וסבירה הכרוכה בטיפול בתביעות הנפגעים והמחייבת את השתתפותה של אבנר, או שמא היא נחשבת להוצאה כללית, המגולמת ממילא בדמי הטיפול? עלות הפעלת משרדי החקירות מוערכת בענייננו באותו הפרש שבין שכר החוקרים לבין הסכומים שגבתה אומדן מאליהו, ואליהו, בתורה, דרשה מאבנר כי תשתתף בתשלומם. השאלה, במילים אחרות, היא, האם תשלום תמורת הפעלת שירותי חקירה, בהבדל מתשלום תמורת מתן שירותי החקירה עצמם, מהווה הוצאה ממשית כמובנה בהסכם השיתוף. לצורך מענה על שאלה זו, נדרשת פרשנות של ההוראה שבמחלוקת.

השאלה השניה הנותרת במחלוקת היא האם העובדה שאומדן – ולא אליהו – היא שהיתה אחראית להפעלת משרדי החקירות הינה בעלת השלכה לענין זה.

39. הנתונים המרכזיים העשויים להאיר את כוונת הצדדים לענין ההוראה שבמחלוקת מעוגנים בנוהל אבנר, המסדיר באופן מפורש את הפעלת שירותי חקירה בתביעות על פי הפוליסות המשותפות. נוהל זה פורסם על ידי אבנר ומופנה לכלל חברות הביטוח השותפות עם אבנר בעסקי ביטוח החובה לרכב, ובכללן אליהו. הנוהל כולל נוהלי עבודה הנוגעים לכלל ההיבטים הכרוכים בהפעלת שירותי חקירה: הוא מתווה שיקולים שיש לשקול לענין הפעלת חוקרים, בדיקות שיש לערוך קודם להוצאת הענין לחקירה, ואת דרך הזמנת החקירה ואופן ליווי החוקרים לאורך התהליך, וכללי התשלום עבור שירותי החקירה. מן הנוהל עולה כי הפעלת משרדי החקירות היא משימה המופקדת בידיהן של חברות הביטוח עצמן. על פי סעיף 1.א. לנוהל: "מטרת המסמך למסד ולסכם נוהלי עבודה בהפעלת משרדי החקירות ע"י חברות הביטוח"; כך, סעיף 1.ב. לנוהל משמיע כי: "החוקר הפרטי מטפל בתביעה עבור חב' הביטוח"; וסעיף 1.ג. משמיע כי: "החקירות תבוצענה ע"י משרדי חקירות וחוקרים מורשים בלבד, הפועלים על פי חוק חוקרים פרטיים. פעילותם כקבלן עצמאי הנותן שירותי חקירה לחב' הביטוח והינה על אחיותם בלבד" (ההדגשות הוספו); בסעיף 5.א. נאמר כי "חברת הביטוח תקיים קשר עם משרד החקירות, אודות התפתחויות בחקירה". הנוהל מתייחס במיוחד גם לתפקידה של מחלקת התביעות בחברת הביטוח בהפעלת משרדי החקירות. סעיף 4 לנוהל קובע כי "מנהל מחלקת התביעות יקבע סמכויות הזמנת חקירה או מעקב והיקפם על פי המבנה וחלוקת התפקידים במחלקת התביעות בחברתו".

מן הנוהל משתמע, אפוא, כי הנוהל המקובל בין אבנר לחברות הביטוח, השותפות עמה בעסקי ביטוח החובה, הוא כי חברות הביטוח עצמן, באמצעות מחלקת התביעות שלהן, הן שמפעילות את החוקרים ומשרדי החקירות, ולא גורם חיצוני לחברות הביטוח (ראו עדות גב' טובית נוימן מטעם אבנר בישיבת הוכחות מיום 10.6.2007, בעמ' 26-27). נוהל אבנר פורסם אמנם רק בראשית שנת 1997, אולם, ככל הנראה, הוא עיגן נוהל שרווח בין חברות הביטוח עוד קודם לכן. בסעיף 1.א. לנוהל אכן נאמר כי הוא בא למסד ולסכם נוהלי עבודה בהפעלת משרדי חקירות. הדבר נכון גם ביחס לגורם המפעיל את שירותי החקירה, הוא מחלקת התביעות של חברות הביטוח, בנוהל שבשגרה.

40. נוהל הנקוט בידי הצדדים הוא חלק מן הנסיבות שלפיהן מתפרש החוזה. כאשר נוהל זה ידוע בפועל לצדדים, וכך הוא בענייננו, ניתן ללמוד ממנו על אומד דעתם של הצדדים, אשר יש להניח באופן מסתבר כי הוא "תואם את התפיסות העולות מתוך הנוהל" (אהרן ברק פרשנות במשפט כרך רביעי – פרשנות החוזה 466 (2001) (להלן):



ברק, פרשנות החוזה); ד"נ 32/84 עיזבון וויליאמס נ' Israel British Bank (London), פ"ד מד(2) 265, 274 (1990)). הנוהל בענייננו, מעבר לכך שהוא משקף נוהג הנקוט בין הצדדים, יש לראותו כבא לפרט, להבהיר ולהרחיב את הקבוע בהסכם, בהיות מקור תוקפו של הנוהל בהסכם השיתוף (סעיף 12(ט) להסכם; השוו: ע"א 616/04 עמותת מורים בונים בלוד – עמב"ל עמותה רשומה נ' דו ברק (1983) חברה לעבודות בניה בע"מ, פסקה 17 (לא פורסם, 13.12.2006); ע"א 9236/03 מקל בע"מ נ' צח השקעות בע"מ, פ"ד נט(2) 268, 281-282 (2004)). לאור האמור, הגם שלא נאסרה בהסכם העברת הפעלת שירותי החקירה על ידי חברת הביטוח למיקור חוץ, עדיין הנוהג המקובל הוא כי חברת הביטוח, באמצעות מחלקת התביעות שלה, היא המפעילה את שירותי החקירה הנדרשים לצורך התביעה. יש לכך השלכה ישירה על משמעות המושג 'הוצאות ממשיות' לעומת 'דמי טיפול' לצורך השתתפות אבנר בהוצאתן. מדברים אלה ניתן להסיק כי אומד דעת הצדדים בענין זה הוא כדלקמן: קיימת אבחנה בין הפונקציה של הפעלת שירותי חקירה המתייחסת לצד הארגוני-מינהלי של הפעלת גורמי החקירה וכל הכרוך בכך, לבין הפונקציה של ביצוע החקירה המקצועית עצמה. הפונקציה המינהלית של הפעלת שירותי החקירה מתבצעת בדרך כלל על ידי חברת הביטוח, המפעילה את גורמי החקירה. הפונקציה המינהלית הזו נחשבת כהוצאה כללית הנכללת ב-'דמי הטיפול' שאבנר משלמת כחלקה על פי ההסכם. לעומת זאת, הפונקציה של החקירה המקצועית עצמה מוחזקת כ-'הוצאה ממשית וסבירה' הנכללת בהוצאות שעל אבנר להשתתף בהוצאתן על פי הרישא לסעיף 12(ז) להסכם השיתוף. העובדה בלבד כי חברת ביטוח העבירה את הפונקציה המינהלית של הפעלת שירותי החקירה למיקור חוץ אין משמעה כי תוספת העלות בעבור ההפעלה של השירותים כאמור הופכת 'הוצאה סבירה וממשית' שניתן לחייב את אבנר בהשתתפות בהוצאתה מעבר לדמי טיפול שהיא משלמת בגין הוצאות כלליות כאמור.

41. נתון נוסף התומך במסקנה כי עלויות ההפעלה המינהלית של החקירה אינן בגדר 'הוצאות ממשיות' כהגדרתן בהסכם השיתוף נלמד גם הוא מתוך נוהל אבנר. את הוראת ההסכם בדבר השתתפות אבנר בהוצאות הממשיות, יש לקרוא, בכל הקשור להוצאות חקירה, במאוחד עם הוראת הנוהל בדבר תשלום עבור שירותי חקירה. על פי סעיף 7.א. לנוהל, "התשלום עבור שירותי חקירה יבוצע על פי תעריף אבנר". שירותי החקירה לסוגיהם, כמו למשל "חקירה רגילה", "חקירה טלפונית" ו"תצפית ומעקבים", מוגדרים בנספח ג' לנוהל, והם אינם כוללים קטגוריה מובחנת של הפעלת שירותי חקירה. אין גם כל הוראה אחרת בנוהל הקובעת תשלום בעד הפעלת שירותי חקירה. זאת ועוד, על פי הנוהל, הסכומים המוזנים למערכת הממוכנת, לצורך דיווח

והתחשכנות עם אבנר על הוצאות החקירה, צריכים לגלם את "התשלום למשרדי החקירות" (סעיף 7.ו. לנוהל). עולה מכך כי הנוהל מבחין הבחן היטב בין הפעלת שירותי החקירות לבין ביצוע החקירות עצמן. הנוהל הנקרא יחד עם הסכם השיתוף מצביע, אפוא, על כך כי שירותי הפעלת חקירות, להבדיל מהחקירות עצמן, אינם בגדר הוצאות סבירות וממשיות לצורך הרישא לסעיף 12(ז) להסכם השיתוף.

42. נתון נוסף המחזק מסקנה זו משתקף בהודעת ההבהרה ששלחה אבנר ביום 8.6.1999 לחברות הביטוח השותפות עמה, לפיה הסכומים הקבועים בתעריף אבנר הם סכומי תקרה לתשלום בעד שירותי חקירה ואינם סכומים קשיחים (נספח ד' לתצהיר עדות ראשית מטעם אבנר). בהודעה זו צוין בפירוט, כי "חיוב אבנר יהיה על פי שכר הטרחה [למשרדי החקירות והחוקרים] ששולם בפועל". נובע מכך כי חובת ההשתתפות של אבנר חלה על הוצאות בפועל של החקירות, שסכומי התעריף משמשים להן גג. משמע, השכר ששולם בפועל לחוקרים הוא ההוצאה הממשית שבגינה תחוייב אבנר, לפי חלקה היחסי. הודעה זו גם היא שופכת אור על אומד דעת הצדדים בעת כריתת החוזה (ע"א 4450/90 שטיינר נ' לב, פסקה 14 (לא פורסם, 6.5.1993); ברק, פרשנות החוזה, בעמ' 467-477).

43. לבסוף, מאחר שבאופן רגיל חברת הביטוח היא שמפעילה את שירותי החקירה, ומאחר שההסכם קובע במפורש כי שכר לעובדים הקבועים של חברת הביטוח אינו נכלל בהוצאות הממשיות והסבירות והחברה משופה בגינו באמצעות דמי הטיפול, ממילא יש להניח כי עלויות הפעלת שירותי החקירה, להבדיל מעלויות ביצוע החקירות עצמן, נכללות במסגרת דמי הטיפול המשולמים על ידי אבנר על פי הסיפא לסעיף 12(ז) להסכם, ולא במסגרת ההוצאות הסבירות והממשיות. על פי הרישא לאותה הוראה. לענין זה, אין נפקא מינה אם הפעלת השירותים נעשית על ידי חברת הביטוח עצמה או על ידי גורם אחר מטעמה – כגון אומדן במקרה זה.

44. אין לקבל את הפרשנות המוצעת על ידי אליהו לפיה תעריף אבנר נוקב בסכומים קבועים ומוחלטים שאינם מותנים בהוצאה הממשית. ההגדרה 'הוצאה ממשית וסבירה' בסעיף 12(ז) להסכם היא מעצם טיבה תלויה נסיבות המקרה וההקשר, ואינה יכולה להיחשב נתון קשיח ושרירותי. מכאן, שגם מבחינה זו הוראות הסכם השיתוף והנוהל מובילות למסקנה כי התעריף קובע סכומים מקסימליים לתשלום בגין שירותי חקירה, המותנים בקיום הוצאה שהוצאה בפועל. פרשנות תעריף אבנר כנוקב סכומי תקרה לשירותי החקירה, להבדיל מסכומים קשיחים, מתיישבת באופן הרמוני עם

פרשנות סעיף 12(ז) להסכם השיתוף לפיה שכר החוקרים, בו נדרשת אבנר להשתתף, נדרש לעמוד בדרישות הממשיות והסבירות. הסכומים הנקובים בתעריף אבנר משתלבים בהגדרה זו וכך יוצרים מגבלת תקרה להוצאות הממשיות שמעבר אליה לא תחול חובת השתתפות לאבנר.

45. לאור האמור, יש לקבוע, כי אומד דעת הצדדים בהסכם השיתוף מורה כי המושג 'הוצאות ממשיות וסבירות' בסעיף 12(ז) להסכם כולל הוצאות המוצאות, בין היתר, לצורך תשלום שכר חוקרים, אך אינו כולל את עלויות הפעלת משרדי החקירות. ההנחה היא כי דמי הטיפול מכסים עלויות אלה. יתר על כן, על פי ההסכם, אבנר נדרשת להשתתף בהוצאות בגין שכר החוקרים רק ככל שהוצאות אלה עומדות בדרישות ההסכם והנוהל, כלומר ככל שהן ממשיות וסבירות, ואינן חורגות מתעריף אבנר. דרישה להחזר הוצאות מאבנר בגין הפעלת משרדי החקירות אינה בגדר דרישה להוצאה ממשית וסבירה על פי ההסכם והנוהל. בחשבונות שהציגה אליהו לאבנר נדרשה, אפוא, השתתפות בעלויות המשקפות לא רק את שכר החוקרים אלא סכומים נוספים שאינם בגדר הוצאות ממשיות וסבירות, המשקפים, לכאורה, הוצאות הפעלה של שירותי חקירה המכוסים ממילא באמצעות דמי טיפול. מכאן, שדרישת אליהו מאבנר להשתתף בהוצאות בגין הפעלת משרדי חקירות כמוה כהפרת הסכם השיתוף.

חובת הדיווח המוטלת על אליהו על פי ההסכם והנוהל

46. אליהו הזינה במערכת הממוכנת תחת המשבצת 'חוקרים' את סך הסכומים ששילמה לאומדן, כשאלו כוללים באופן מובלע גם את התוספת ששולמה לאומדן מעבר לשכר החוקרים שאומדן שילמה בפועל. לדיווח ממוכן זה לא התלווה כל ציון מיוחד המאבחן בין הכספים ששולמו בפועל לחוקרים לבין הכספים ששולמו לאומדן, כביכול, בעד הפעלת שירותי החקירה. אליהו לא גילתה לאבנר גם את טיבם של חשבונות אומדן, שתויקו בתיקי התביעות המשותפים לה ולאבנר, ואשר הוצגו כחשבונות הנוגעים לשכר חוקרים בלבד בלא שהבחינו בין שכר החוקרים כעלותו בפועל לבין סכומים נוספים שיוחסו, על פי הטענה, לדמי הפעלת שירותי החקירה. כן לא גילתה אליהו לאבנר את עובדת הקשר והזיקה המיוחדים בינה לבין אומדן, וכי היא מעבירה אליה את הפעלת מערכת החקירות, וממילא לא הבהירה לה מה הם תחומי עיסוקה של אומדן, ואת דבר קשרי הבעלות ההדוקים הקיימים בין שני הגופים. השאלה היא, האם על פי הוראות ההסכם והנוהל, חייבת היתה אליהו לגלות את כל אלה לאבנר, והאם היה עליה לעשות כן מיוזמתה. הסכם השיתוף בין הצדדים מייחד

לסוגיית הדיווח פרק מיוחד, אך עיקר ההוראות הרלבנטיות לענייננו מופיעות בפרק  
הדן בטיפול בתביעות.

47. בפרק זה נקבע, בין היתר, כדלקמן:

12(ה). חברת הביטוח תמציא ל"אבנר" לפי בקשתה את  
כל המסמכים הקשורים בתביעות המטופלות... על  
ידיה... "אבנר" תהיה רשאית לבדוק, לבקר ולעיין בתיקי  
חברת הביטוח הקשורים בתביעות כאמור.

...

12(ח). מדי חודש בחודשו, בסוף כל חודש, ייערך  
חשבון התשלומים שנעשו על ידי "אבנר" וחברת  
הביטוח בישובן של התביעות על פי הפוליסות  
המשותפות להן...".

במסגרת חשבון התשלומים הנערך בין אליהו ואבנר על פי סעיף 12(ח) להסכם  
השיתוף, מדווח – באמצעות המערכת הממוכנת – גם התשלום בגין שירותי חקירה,  
וזאת בהתאם לסעיף 7.ו. לנוהל הפעלת משרדי החקירות. במקרים חריגים, חלה על  
אליהו חובת דיווח מיוחדת, בהתאם לסעיף 9 לנוהל, הקובע כי על אליהו לדווח לאבנר  
"על כל ארוע חריג הקשור במשרד חקירות", לרבות "באשר לחשבונות שאינם ע"פ הנוהל".

48. מלשון הוראות נוהל אבנר, עולה כי על אליהו חלה חובת גילוי רחבה  
ואקטיבית, שאינה מותנית בדרישה מצד אבנר, בדבר כל ארוע חריג הקשור בשירותי  
החקירה. שאלה היא, מה הם אותם "חשבונות שאינם על פי הנוהל" הנחשבים כאירוע  
חריג המחייב דיווח מיוחד לאבנר. בית המשפט קמא הניח שהכוונה היא, בין היתר,  
לחשבונות שאינם עומדים בדרישת הממשיות והסבירות של ההוצאות בהן על אבנר  
להשתתף על פי ההסכם. פרשנות זו של בית משפט קמא בדין יסודה. משראינו כי  
התשלום הנוסף בעד הפעלת שירותי חקירה חורג מגדר 'ההוצאות הממשיות והסבירות'  
בהן על אבנר להשתתף על פי ההסכם, הרי שהוא חורג גם מגדר הנוהל. הכללתו  
בהתחשבות בין אליהו לאבנר חייבה את אליהו בדיווח מיוחד לאבנר, שכן ברי כי אלו  
"חשבונות שאינם על פי הנוהל". יתר על כן, בנוהל עצמו נקבע כי הדיווח הממוכן –  
הננקט דרך שגרה, נוגע ל"תשלום למשרדי החקירות", והוא מתבצע תחת הכותרת  
'חוקרים' (סעיף 7.ו. לנוהל). הנוהל מבחין היטב בין שירותי חקירה הניתנים על ידי  
משרדי חקירות וחוקרים לבין הפונקציה המינהלית של הפעלת שירותי החקירה.  
הדיווח הממוכן הרגיל נועד לסכומים המשתלמים בעד שירותי החקירה עצמם

והסכומים המוזנים במערכת הממוכנת כהוצאות חוקרים מתייחסים לתשלומים למשרדי החקירות ולחוקרים. מכאן, שתוספת אומדן, אשר משתלמת, כביכול, בעבור שירותי הפעלת משרדי חקירות, אינה כלולה במסלול הדיווח הרגיל, וחשבונות התוספת האמור הינם "חשבונות שאינם על פי הנוהל", ונדרש לגביהם דיווח מיוחד על פי הנוהל. יוצא, אפוא, כי אי-דיווחה של אליהו לאבנר על תוספת אומדן מהווה הפרה של הוראות סעיף 9 לנהל, ובאמצעותו גם הפרה של הסכם השיתוף.

49. יתרה מכך: מצאנו שהנוהג המקובל הוא שחברות הביטוח עצמן, באמצעות מחלקת התביעות שלהן, הן שעוסקות בהפעלת שירותי החקירה. בהתאם לכך, חשבונות החקירה המתויקים דרך כלל בתיקי התביעות המשותפים הם חשבונות שהפיקו משרדי החקירות והחוקרים המספקים את שירותי החקירה עצמם. חשבונות החקירה שהוגשו על ידי אומדן לאליהו, ואשר תויקו על ידי אליהו בתיקי התביעות המשותפים לאליהו ולאבנר, נחזים להיות חשבונות המציגים פעולות חקירה שערכו החוקרים, והם אינם כוללים פירוט של פעולות נוספות, לרבות פעולות הקשורות בהפעלת שירותי חקירה על ידי אומדן (פסקה 21 לתצהיר עדות ראשית מטעם אבנר). וכך, חשבונות אומדן שתויקו בתיקי התביעות המשותפים נחזו להיות חשבונות בגין עבודות החקירה עצמן. חשבונות מסוג זה, שאינם משקפים נכונה את טיבו של התשלום שנעשה, הם בגדר ארוע חריג, הטעון חובת דיווח מיוחדת על פי הנוהל.

50. יש להוסיף, כי דרך הדיווח של אליהו, שלא חשפה את טיב החשבונות ואת העובדה כי הם כוללים גם הפרשים שאינם מתייחסים לשכר ששולם לחוקרים, גבלה בחוסר תום לב. אי-הדיווח תרם לכך שמשך שנים לא נחשפה עובדת קיומם של הפרשים שאבנר נשאה במימון חלקי שלהם, אף שלא חלה עליה חבות לעשות כן.

51. במערכת היחסים בין הצדדים, ולאור חובות הדיווח החלות על חברת הביטוח כלפי אבנר היתה אליהו חייבת, אילו פעלה בתום לב, להבהיר לאבנר כי דרישתה לשיפוי על הוצאות מתבססת גם על תשלומים ששילמה לאומדן, החורגים מעבר לשכר החוקרים, וגם להבהיר את קיומה של זיקת הבעלות המשותפת בינה לבין אומדן.

אי-הדיווח על ידי אליהו, כאמור, אינו רק בגדר חריגה מהוראות ההסכם והנוהל. הוא מבטא התנהגות חסרת תום לב שמקורה ברצון להסתיר מאבנר את מהות מערכת התשלומים שהתנהלה בין שני הגופים המקורבים. אבנר הניחה, אפוא, בטעות לאורך שנים, כי התשלומים שהיא משתפת בהם מתייחסים להוצאות בעבור שכר

חוקרים, ולא היא. הטענה כי תעריף אבנר קובע סכומים קשיחים לתשלום ועל כן בדין גבתה מאבנר תשלומים שמעבר לשכר ששולם בפועל לחוקרים עלתה כתירוץ מאוחר מפי אליהו, המשווה להתנהגותה לא רק מימד של הפרת חובת דיווח, אלא גם מימד של חוסר תום לב וכוונת הסתרה.

אליהו הפרה, אפוא, גם את חובות הדיווח והגילוי שחלו עליה מכח הסכם השיתוף והנוהל, ונהגה בחוסר תום לב בביצוע חוזה.

אופיו הציבורי של הסכם השיתוף

52. הסכם השיתוף בין אליהו לאבנר נסב על עסקי ביטוח החובה לרכב. תחום ביטוח החובה לרכב מוסדר על פי חוק, והינו חלק מהסדר נורמטיבי כולל של פיצוי ללא אשם בתחום נפגעי תאונות הדרכים (פקודת ביטוח רכב מנועי וחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים; ע"א 11081/02 דולב חברה לביטוח בע"מ נ' קדוש, פסקאות 39-46 (לא פורסם, 25.6.2007)); פקודת ביטוח רכב מנועי מטילה על כל משתמש ברכב חובה לבטח את בעל הרכב ואת הנוהג בו מפני נזקי גוף בתאונת דרכים – בין מפני נזק גוף שייגרם להם עצמם, ובין מפני חבות שהם עלולים לחוב, על פי חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, כלפי אדם אחר בשל נזק גוף שייגרם לו. הסדרי ביטוח החובה לרכב, נכללים בהסדר כולל הבנוי על עקרון האחיות המוחלטת של הנוהג ברכב מנועי לפיצוי נפגעי תאונות הדרכים, והם נקבעו על רקע הבעייתיות הכלכלית והחברתית הכרוכה בתאונות הדרכים שמספרן הולך וגדל, ועל מנת להגן על אינטרסים ציבוריים רבי חשיבות (ראו: דברי ההסבר להצעת חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ג-1973, הצ"ח 1079, מיום 12.7.1973, בעמ' 406-407, 411). הסכם השיתוף בענייננו משתלב באינטרסים הציבוריים הכלליים הקשורים בהסדר הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים; יתר על כן, הוא הוחל על הצדדים מכוח חוק, החל משנת 1997 ועד שנת 2002. זאת, לשם הבטחת יציבות ענף ביטוח החובה לרכב, ועל מנת להגן על אותם אינטרסים ציבוריים המונחים ביסוד הסדרי ביטוח החובה לרכב. הסכם השיתוף בין אבנר לאליהו שעניינו ביטוח חובה לרכב הוא בעל היבטים ציבוריים משמעותיים. האופי הציבורי הנלווה לכספיה של אבנר משתקף בין היתר מקביעת חוק ביטוח רכב מנועי (סעיף 10ה(ב)) כי כל עודף בנכסי אבנר, וכל יתרת חבויותיה יועברו לקרנית, שהינה הקרן שהוקמה על פי חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים לצורך פיצוי נפגעי תאונות דרכים שאין בידם לתבוע פיצויים מטעמים מסוימים, על אף זכאותם לכך על פי חוק (סעיפים 10 ו-12 לחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים).

גווניו הציבוריים של הסכם השיתוף, והאינטרסים הייחודיים המוגנים בו, מעניקים משנה תוקף לחובות תום הלב של הצדדים בביצוע ההסכם ובכלל זה לחובות הגילוי והדיווח על פיו, בשים לב לאינטרסים הציבוריים הכרוכים בו. הפרת ההסכם על ידי אליהו, בכך שגבתה מאבנר כספים ביתר בניגוד להוראות ההסכם, ותוך עקיפת חובות הדיווח, מעצימה את הפרת חובת תום הלב שהיא לקתה בה.

53. בית המשפט קמא התייחס בהרחבה ליחסי האמון המיוחדים שנוצרו בין אליהו לאבנר במסגרת הסכם השיתוף והנוהל, אשר יצרו לגישתו חובות נאמנות ותום לב מיוחדות ביניהן. אני נוטה לקבל את דרך ניתוחו בענין זה, אולם איני רואה צורך להיזקק למגזר זה של הענין, מן הטעם שגם בניתוח החוזי הרגיל, ארעה הפרת חוזה שהיתה כרוכה בה הפרה של חובת תום הלב בביצוע חוזה. משכך, ניתוח יחסי האמון המיוחדים בין הצדדים אינו נדרש לענין, ואין צורך להעמיק בו.

תרופות בגין הפרת החוזה

54. אליהו הפרה את חובותיה על פי סעיף 12(ז) להסכם השיתוף, וכן את חובות הדיווח על פיו. היא הפרה את חובות תום הלב בביצוע חוזה על פי סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973. בגין אלה, עומדת לאבנר תרופה מכח דיני החוזים.

55. סעיף 2 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 קובע כי משהופר חוזה, זכאי הנפגע, בין יתר התרופות, לפיצויים. על פי סעיף 10, "הנפגע זכאי לפיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב ההפרה ותוצאותיה ושהמפר ראה אותו או שהיה עליו לראותו מראש, בעת כריתת החוזה, כתוצאה מסתברת של ההפרה". תכליתה של תרופה זו להגן על אינטרס הקיום של הנפגע, ולהשיב את מצבו לקדמותו, מצב בו היה נתון לולא הופר החוזה (גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני חוזים – התרופות: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 282-283 (2009) (להלן: שלו ואדר)). לתרופה זו ארבעה יסודות: נזק; קשר סיבתי ועובדתי בין ההפרה לבין הנזק; צפיות, כלומר, קיומו של הנזק במתחם צפיותו הסבירה של המפר; והוכחת שיעור הנזק (שלו ואדר, בעמ' 294-295; ע"א 355/80 נתן אניטימוב בע"מ נ' מלון טירת בת שבע בע"מ, פ"ד לה (2) 800, 807-808 (1981); ע"א 1229/97 אי.אמ.איי. – שיווק והשקעות בינלאומיים בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נג (4) 657, 662-663 (1999)).

56. קבענו, כאמור, כי אליהו הפרה את החוזה בינה לבין אבנר. מצאנו כי בגביית הוצאות השתתפות מאבנר בגין תשלומים שחרגו מעבר לשכר החוקרים פעלה אליהו בניגוד להסכמה החוזית עם אבנר, והפרה בכך את ההסכם ואת הנוהל. באליהו מתקיימים כל היסודות הנדרשים לצורך פסיקת פיצויי נזק, כדי להשיב את מצבה של אבנר לקדמותו.

57. אשר להוכחת שיעור הנזק, בית המשפט קמא העמיד את נזקה של אבנר על סך 2,759,951 ₪. הוא ביסס סכום זה על חומר הראיות שהונח בפניו, ונימק את דרך חישובו, תוך שהוא מתמודד עם טענותיה של אליהו לענין זה. לא ראיתי להתערב בפסיקתו. יש לאמץ את הקביעה כי הפיצוי עומד על אותו חלק שנגבה מאבנר המשקף את הפרשים החורגים מתשלומי שכר החוקרים ששילמה אליהו לאומדן.

58. הסכום שקבע בית המשפט נקבע על סמך סך הפרשים הנומינליים שבין השכר ששולם לחוקרים לבין הסכומים שנגבו על ידי אומדן בשנים 1996-2001, וזאת בהתבסס על נתונים שהוצגו במכתבים שנשלחו לאבנר מטעם אליהו עצמה, על ידי עו"ד בתיה לונדון, מנהלת אגף התביעות שלה. אין לקבל את טענת אליהו לפיה אין מקום להסתמך על סכומים אלה מאחר שעו"ד לונדון לא העידה. מכתבים אלה מהווים הודאת בעל דין מטעם אליהו, ומשכך, המודה – כאן אליהו – המבקשת לטעון כנגד אמיתות תוכן ההודאה, עליה הנטל להוכיח את טענותיה. אליהו לא עמדה בנטל זה (ראו: יעקב קדמי על הראיות חלק שלישי 1405, 1414, 1417 (מהדורה משולבת ומעודכנת, 2009)).

59. עוד טוענת אליהו, כי שגה בית המשפט קמא כאשר קבע את גובה הסכום המגיע לאבנר על בסיס מחזור ההכנסות הכולל של אומדן, מבלי לנכות את הוצאותיה ואת שכר עבודתה של אומדן, ומבלי שהוכח מה היה הרווח שלה. טענה זו דינה להידחות. אבנר הוכיחה כי אליהו הפרה את ההסכם ביניהן וכן הוכיחה את גובה נזקה כתוצאה מכך. המסקנה העולה מבחינת ההסכמים בין הצדדים היא כי אליהו כלל אינה זכאית לשיפוי נוסף מצד אבנר בגין הוצאותיה של אומדן ושכר עבודתה, שכן עלות הפעלת משרדי החקירות מגולמת כבר בדמי הטיפול.



60. גם טענתה של אליהו כי יש לנכות מהסכום שנפסק לחובתה בבית המשפט קמא את רכיב המע"מ המופיע בחשבוניות שהעבירה אומדן לאליהו, שכן אבנר הזדכתה על מע"מ זה – דינה להידחות. בית המשפט קמא קבע כי לא הוכח כי אבנר קיבלה החזרי מע"מ כלשהם על הסכומים ששילמה לאליהו; אליהו לא העלתה בטיעוניה בערעור כל טעם המצדיק להתערב בקביעתו זו של בית המשפט קמא.

61. לאור האמור, בדין פסק בית המשפט קמא כי על אליהו לשלם לאבנר סך של 2,759,951 ₪, ויש לדחות את טענותיה השונות של אליהו בהקשר לגובה הסכום שנפסק לחובתה.

62. די במסקנות אלה כדי לקבוע כי דין הערעור להידחות. אבנר בתביעתה טענה להפרות נוספות מצד אליהו – וזאת, בהתבסס על יחסי אמון מיוחדים הקיימים ביניהן מכח הדין. בית המשפט קמא אימץ את טענותיה של אבנר בהקשר זה, ואילו אליהו מערערת בהליך זה על קביעותיו. לאור התוצאה אליה הגענו, היבט זה של הערעור הוא לפנים מן הצורך, ולא נדרש להתייחס אליו.

סוף דבר

63. אליהו הפרה את הוראות הסכם השיתוף והנוהל, הן בגביית-יתר מאבנר בניגוד להוראותיהן, הן בהפרת חובת הדיווח החלה עליה מכוחן, והן בהפרת חובות תום הלב בביצוע חוזה. דין הערעור להידחות, אפוא. על אליהו לשאת בחובת פיצוייה של אבנר בגין הפרת חובותיה החוזיות, כאמור בפסק דינו של בית המשפט קמא.

אליהו תישא בשכ"ט עו"ד אבנר בסך 70,000 ₪.

ש ו פ ט ת (בדימ')

השופט י' דנציגר:

1. לאחר שעיינתי בחוות דעתה המקיפה והמאלפת של חברתי השופטת א' פרוקצ'יה החלטתי לצרף דעתי לדעתה, הן להנמקה והן לתוצאה אליה הגיעה.

2. מקובלת עליי קביעתה של השופטת פרוקצ'יה כי פרשנותו של סעיף 12(ז) להסכם השיתוף בראי נוהל אבנר מובילה למסקנה כי התיבה "הוצאות ממשיות וסבירות" כוללת את שכר החוקרים אך לא את עלויות הפעלת משרדי החקירות שכן אלה האחרונות משופות באמצעות דמי הטיפול כאמור ולכן דרישת אליהו מאבנר להשתתף בהוצאות בגין הפעלת משרדי חקירות הינה הפרה של הסכם השיתוף.

3. אין בכוונתי לשוב ולהיזקק בגדריה של פרשה זו לכללי פרשנות החוזה הראויים לשיטתי ואשר עליהם עמדתי לא אחת בעבר. ודוק, ראיתי לנכון לציין כי העובדה שמסקנתה של השופטת פרוקצ'יה נובעת מפרשנותו של הסכם על רקע נסיבות חיצוניות לו, אינה סותרת את גישתי בכל הנוגע לפרשנות חוזים. המקרה דנן הוא דוגמה לחוזה שלשונו אינה מספקת מענה לשאלה הפרשנית המתעוררת – האם עלויות הפעלת משרדי החקירות נופלות בגדר "הוצאה ממשית וסבירה". משכך, גם לדידי אין מניעה בנסיבותיו של המקרה הקונקרטי להחיל את החריג לכלל ולפנות לנסיבות החיצוניות לחוזה לצורך פרשנותה של התניה החוזית.

בהקשר לאפשרות להיזקק לנסיבות חיצוניות לצורך פרשנות החוזה, ראוי לציין כי לאחרונה קבע המחוקק במסגרת חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון מס' 2), התשע"א-2011, ס"ח התשע"א 2273 כי כאשר לשון החוזה ברורה אין נזקקים לפרשנותה לאור נסיבות חיצוניות לה. זוהי לשונו של סעיף 25(א) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים) לאחר שתוקן:

"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".

בעניין זה הדגישה פרופ' נילי כהן ברשימתה "הניסוח בעייתי, התכלית ברורה"

עורך הדין 11 102 (2011) כי:

"למרות שלשון התיקון של סעיף 25 לחוק החוזים עומדת בניגוד למה שביקש המחוקק להשיג, תכליתו הברורה היא לבטל את כלל הפרשנות העולה מהלכת אפרופים, ולהשיב למרכז הבמה את הצדדים ואת לשון החוזה. סיכויי ההצלחה של התיקון החקיקתי המוצדק, המבקש להשיב את החוזה בחזרה לידי המתקשרים, הם גבוהים ביותר".

סבורני, כי אכן ההיסטוריה החקיקתית של התיקון לסעיף 25(א) לחוק החוזים מלמדת כי עסקינן בתיקון מהותי של הוראת החוק העוסקת בפרשנות חוזה, תיקון המבטא את העמדה הנורמטיבית בה בחר המחוקק, עמדה הנותנת משקל מכריע ללשון החוזה אך אינה שוללת פניה לנסיבות החיצוניות לצורך פרשנותו מקום בו הלשון החוזית אינה ברורה. משלא נקבע בסעיף 12(ז) להסכם מה פירוש התיבה "הוצאות משפטיות ממשיות וסבירות", אופן הסיווג ל"הוצאות" או ל"דמי טיפול" טעון פרשנות של החוזה לאור נסיבות חיצוניות לו.

4. זאת ועוד, מקובלת עליי עמדתה של השופטת פרוקצ'יה כי אליהו הפרה את חובת הדיווח והגילוי המוטלת עליה בפירוט החלקי שמסרה לאבנר ובדרך שבה נהגה בגביית הוצאותיה באופן שעולה כדי חוסר תום לב בביצוע חוזה (סעיפים 48-51 לחוות דעתה של השופטת פרוקצ'יה), ומשכך הפרת הסכם השיתוף מזכה את אבנר בפיצויים בשיעור שנפסק על ידי בית המשפט המחוזי.

5. אשר על כן, מצרף אני את דעתי לדעתה של השופטת פרוקצ'יה, הן לעניין ההנמקה והן לעניין התוצאה.

ש ו פ ט

השופטת מ' נאור:

אני מסכימה לפסק דינה של חברתי השופטת (בדימוס) פרוקצ'יה. בחסות הדיווח הממוכן העלימה אליהו מאבנר כי זו האחרונה נדרשת לשלם ומשלמת למעשה עבור פעילות עבורה לא היתה אבנר אמורה לשלם. משהתחוויר העניין היתה אליהו מיטיבה לעשות אלמלא ניהלה משפטים, ואילו החזירה את מה שקיבלה ביתר בעזרת שיטת הדיווח שנהוגה בין הצדדים, שיטה המבוססת על אמון מלא.

ראוי, גם לדעתי, לדחות את ערעורה של אליהו תוך חיובה בהוצאות משמעותיות.

קראתי את חוות דעתו של חברי השופט דנציגר ואיני רואה צורך להתייחס בגדרו של ערעור זה למשמעותו של התיקון לחוק החוזים שהוזכר על ידו. נחצה את הגשר כשנגיע אליו.

שופטת

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת (בדימ') פרוקצ'יה.

ניתן היום ד' בתמוז תשס"א (6.07.2011).

שופט

שופטת

שופטת (בדימ')