

## ניגוד אינטרסים בביטוח אחריות

### וכמה הערות על זכות התביעה הישירה של הניזוק

מאת

שחר ולר\*

א. מהותו של ביטוח אחריות ובעיות של ניגוד אינטרסים. ב. הזכות החוזית של המבטחת לנהל את הגנת המבוטח. ג. מקורות אפשריים לחילוקי דעות בין הצדדים בדבר הסדר פשרה; 1. תקרת האחריות הקבועה בפוליסה; 2. הבדלים בשנאת הסיכון בין הצדדים; 3. אסטרטגיות התמקחות שונות; 4. ההשפעות של ניהול התביעה על כל אחד מהצדדים. ד. כאשר המבוטח מסכים להצעת הפשרה והמבטחת מתנגדת לה. ה. כאשר המבוטח מתנגד להצעת הפשרה והמבטחת מסכימה לה; 1. זכות התביעה הישירה; 2. זכות ההתנגדות. ו. סיכום.

#### א. מהותו של ביטוח אחריות ובעיות של ניגוד אינטרסים

ביטוח אחריות מעניק למבוטח הגנה מפני סיכון של חבות כספית כלפי אדם שלישי. האדם השלישי אינו צד לחוזה הביטוח, וזהותו אינה ידועה במועד כריתת החוזה. מסיבה זו נהוג לכנות ביטוח אחריות "ביטוח צד שלישי", להבדיל מ"ביטוח צד ראשון", המעניק למבוטח הגנה מפני נזק הצפוי להיגרם לו או לרכושו. מבוטח הרוכש ביטוח אחריות עושה כן כדי להגן על עצמו מפני חבות כספית ולא כדי להיטיב עם האדם השלישי. האדם השלישי אמנם נהנה בסופו של דבר מהביטוח, אולם הצדדים לחוזה אינם מתכוונים להעניק לו זכות תביעה מכוח החוזה, לכן חוזה לביטוח אחריות אינו חוזה לטובת אדם שלישי אף-על-פי שלעתים קרובות הוא מיטיב עמו<sup>1</sup>. אם כן, במרכזם

\* מרצה בכיר, המכללה האקדמית למשפטים רמת-גן.

1 בע"א 5757/97 אליהו חברה לביטוח נ' חמאדה, פ"ד נג(5) 849, עמ' 865, עמד בית-המשפט על כך ש"עקרונות, פוליסות אחריות המבטחות כנגד סיכונים צדדים שלישיים אינן בהכרח חוזים לטובת צד שלישי", אם כי כשהצדדים מסכימים להחיל על היחסים ביניהם

של דיני ביטוח האחריות שלוש דמויות: המבוטח, המבטחת והאדם השלישי. האדם השלישי הוא מי שמגיש את התביעה נגד המבוטח (ולעתים גם נגד המבטחת), ובמאמר זה נכנה אותו "הניזוק".

פוליסות לביטוח אחריות הוצעו לציבור בארצות-הברית בסוף המאה התשע-עשרה<sup>2</sup>, ובמשך המאה העשרים גדל היקפו של שוק ביטוח האחריות בשיעורים עצומים<sup>3</sup>, בין היתר בשל הרחבת היקפה של האחריות הניזקית<sup>4</sup>. מאחר שהסיכון המבוטח בביטוח אחריות הוא חבות המבוטח כלפי הניזוק, הרחבת האחריות הניזקית שקולה להחמרת

את פקודת ביטוח רכב מנועי וחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, הפוליסה מגבשת חוזה לטובת צד שלישי, המאפשר לניזוק לתבוע את המבטחת ישירות לפי חוק הפיצויים (שם, עמ' 866). ראו גם נ' כהן "חוזה לטובת אדם שלישי" בתוך ד' פרידמן, נ' כהן חוזים (כרך ג, בהשתתפות ד' גילה, ע' גרוסקופף, מ' מאוטנר, ב' מדינה, א' פורת, תשס"ד) 93, עמ' 115; ד' פרידמן ביטוח רכב מנועי (1972), עמ' 4.

G.T. Schwartz "The Ethics and the Economics of Tort Liability Insurance" 75 *Cornell L. Rev.* (1990) 313, p. 314; K.S. Abraham "Liability Insurance and Accident Prevention: The Evolution of an Idea" 64 *Md. L. Rev.* (2005) 573, p. 576

לנתונים בדבר עליית היקף המכירות של ביטוח אחריות בארצות-הברית, באירופה ובין ראו K.D. Syverud "On the Demand for Liability Insurance" 72 *Tex. L. Rev.* (1994) 1629, pp. 1629-1630. לסקירה היסטורית תמציתית של התפתחות ביטוח האחריות בארצות-הברית ראו K.S. Abraham "The Rise and Fall of Commercial Liability Insurance" 87 *Va. L. Rev.* (2001) 85

באמצע שנות השמונים אירע בארצות-הברית משבר חמור בשוק ביטוח האחריות. הפרמיות עלו בשיעורים ניכרים, ובענפי ביטוח מסוימים הופסקה הפעילות כמעט לחלוטין. השאלה מדוע פרץ המשבר שנויה במחלוקת, אולם יש הסוברים שסיבתו נעוצה בהרחבה הניכרת של היקף האחריות הניזקית; ראו K.D. Logue "Toward a Tax-Based Explanation of the Liability Insurance Crisis" 82 *Va. L. Rev.* (1996) 895 הציג את התאוריות השונות בדבר הסיבות למשבר, שהראשונה בהן היא הרחבת החבות הניזקית, והוא מציע גישה חלופית שלפיה המשבר אירע עקב שינוי בחקיקת המס שגרם למבטחות לערוך שינויים ברזרבות ההון שלהן). ראו גם G.L. Priest "The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law" 96 *Yale L.J.* (1987) 1521 הביקוש לביטוח אחריות והסיבות לכך אצל Syverud (לעיל, הערה 3) (לדעת המחבר, העלייה בביקוש לביטוח אחריות אינה נובעת מצרכים אמיתיים של המבוטחים אלא ממאמצים שיווקיים מוצלחים של מבטחות ושל פרקליטים המרוויחים משוק ביטוח האחריות). לביקורת על Syverud ראו R.R. Bovbjerg "Liability and Liability Insurance: Chicken and Egg, Destructive Spiral, or risk and Reaction?" 72 *Tex. L. Rev.* (1994) 1655 (העמדה של סיוורוד אינה מבוססת על נתונים אמפיריים, והיא מייחסת חשיבות רבה מדי לביטוח כמשפיע על התנהגות המבוטחים); S.W. Pottier, R.C. Witt "On the Demand for Liability Insurance: An Insurance Economics Perspective" 72 *Tex. L. Rev.* (1994) 1681

הסיכון בביטוח אחריות<sup>5</sup>. היחס בין היקף האחריות הנזיקית לבין שוק ביטוח האחריות הוא סימביוטי. בעולם נטול אחריות נזיקית לא היה צורך בביטוח אחריות, אולם בה במידה אין ספק שבעולם ללא ביטוח אחריות היה קטן מספרן של התביעות הנזיקיות, ויש להניח שחלקן אף לא היו באות לעולם. לעתים קרובות העובדה שמבטחת צפויה לשאת בתשלום הפיצויים אם תתקבל התביעה, היא שמעודדת את הניזוק (ובעיקר את בא-כוחו) להגיש את התובענה מלכתחילה<sup>6</sup>.

העובדה שביטוח אחריות מגן על המבוטח מפני סנקציות משפטיות מעוררת לכאורה קושי, מפני שעצם הביטוח עלול לפגוע במטרות של דיני הנזיקין. לדוגמה, אם אחת המטרות של דיני הנזיקין היא להרתיע מזיקים בכוח מפני התנהגות בלתי זהירה, ביטוח אחריות עלול לצמצם את האפקטיביות של ההרתעה<sup>7</sup>. מסיבה זו קמה התנגדות לביטוח אחריות, ובשיטות משפט מסוימות אף נאסרה מכירתו<sup>8</sup>. כיום אין מטילים עוד ספק בלגיטימיות של ביטוח אחריות. מדובר בביטוח שאמנם מגן מפני נשיאה בסנקציות משפטיות, אך אין בו כדי לפגוע במטרות היסודיות של דיני הנזיקין, ועצם הביקוש לו מלמד שמדובר במכשיר כלכלי חשוב ורצוי<sup>9</sup>.

5 מרבית הפוליסות הנמכרות בישראל מגנות על המבוטח מפני חבות נזיקית תוך שהן קובעות במפורש שהביטוח אינו חל על חבות חוזית; ראו למשל פוליסה לביטוח בית עסק של ציון חברה לביטוח (ביטוח האחריות לפי פוליסה זו חל על אחריותו החוקית של המבוטח כלפי אדם שלישי כאשר החוק מוגדר כפקודת הנזיקין או חוק האחריות למוצרים פגומים). אולם בפוליסות מסוימות של ביטוח אחריות מקצועית אין לחריג זה משמעות, מפני שחבות המבוטח צפויה להיות חוזית; ראו לדוגמה פוליסה לביטוח אחריות מקצועית לעורכי-דין של מגדל חברה לביטוח.

6 K.D. Syverud "The duty to Settle" 76 *Va. L. Rev.* (1991) 1113, pp. 1114-1115; T. Baker "Blood Money, New Money, and the Moral Economy of Tort Law in Action" 35 *Law & Soc'y Rev.* (2001) 275 (המחבר ציין שבספרות המשפטית-כלכלית רווחת הדעה שכמעט אין מוגשות תביעות פיצויים בגין נזקי גוף כשהמזיק אינו מבוטח בביטוח אחריות). ראו גם D.A. Fischer, R.H. Jerry "Teaching Torts without Insurance: A Second-Best Solution" 45 *St. Louis L.J.* (2001) 857

7 לביקורת על הצדקת ההרתעה היעילה לדיני הנזיקין ראו י' גלעד "על גבולות ההרתעה היעילה בדיני נזיקין" משפטים כב (תשנ"ג) 127. לדיון מקיף בשאלה אם ביטוח אחריות פוגע במטרות היסודיות של דיני הנזיקין ראו Schwartz (לעיל, הערה 2).

8 A. Tunc "Tort" in 11 *International Encyclopedia of Comparative Law, Torts* (1983) 1 ("At the Beginning of the nineteenth century, liability insurance would have been unthinkable. It would have been considered... immoral...")  
A.E. Tay "The Foundation of Tort Liability in a Socialist Legal System: Fault Versus Social Insurance in Soviet Law" 19 *U. Toronto L.J.* (1969) 1, p. 15

9 S. Shavell "On the Social Function and the Regulation of Liability Insurance" 25 *Geneva Papers of Risk & Ins. Issues & Proc.* (2000) 166 (לעיל, הערה 2)

אמנם, לביטוח אחריות הוקדש סימן מיוחד בחוק חוזה הביטוח, תשמ"א-1981 (פרק ד, סימן ב), אולם למרות זאת אין החוק דן בשורה של בעיות אופייניות שמעורר סוג ביטוח זה. החוק מסתפק בהגדרה של ביטוח אחריות (סעיף 65), בקביעת העובדה שביטוח אחריות מכסה גם הוצאות משפט סבירות "אף מעל לסכום הביטוח" (סעיף 66), בהענקת עילת תביעה ישירה לאדם השלישי כלפי המבטחת (סעיף 68), בהמחאה לניזוק של זכות התביעה של המבוטח כלפי המבטחת במקרה שבו נהפך המבוטח לחדל פירעון (סעיף 69), בקביעת הוראת התיישנות החלה על ביטוח אחריות (סעיף 70) ובהגנה על זכות התביעה הישירה מפני פגיעה (סעיף 71(ב)). על דלותו של ההסדר החוקי באשר לביטוח אחריות ניתן ללמוד מהשוואה לשיטות משפט אחרות שמהן שאבו מנסחי החוק את השראתם<sup>10</sup>, ובעיקר בהשוואה לדיני ביטוח האחריות כפי שפותחו בארצות הברית. החסר בולט בכל הקשור למצבים שהחוק אינו מטפל בהם כלל, לדוגמה: כיצד יש לפתור חילוקי דעות בין המבטחת לבין המבוטח במקרה שבו המבטחת מתנגדת להצעת פשרה, והמבוטח מבקש להיעתר לה? אולם החסר בהסדר הקיים מתבטא גם בעניינים שעמם ביקש המחוקק להתמודד. ההסדרה של זכות ההתנגדות של המבוטח מדגימה זאת. סעיף 68 מעניק לניזוק זכות תביעה ישירה לתשלום התגמולים, מצד אחד (זכות התביעה הישירה), ומאפשר למבוטח להתנגד לביצוע התשלום, מן הצד האחר (זכות ההתנגדות)<sup>11</sup>. אף-על-פי שהחוק צפה מצב של חילוקי דעות בין המבוטח לבין המבטחת בכל הקשור לתשלום התגמולים לניזוק (משום שהוא מעניק למבוטח זכות להתנגד לתשלום), מהותה של זכות ההתנגדות אינה נהירה כל צורכה. למשל, אין זה ברור אם די בהתנגדות גרדא של המבוטח כדי להדוף מניה וביה את תביעת הניזוק כלפי המבטחת, או שמא נדרש המבוטח להציג טעמי התנגדות לגיטימיים. הבעיה חריפה כאשר המבוטח מתנגד בכל תוקף לתשלום, ואילו המבטחת מעוניינת לשלם לניזוק את תגמולי הביטוח "ולצאת מן התמונה". במקרה כזה יטען המבוטח שאין לכפות עליו הר כגיגית תשלום תגמולים לניזוק, שכן הוא רכש את ביטוח האחריות לטובתו שלו ולא לטובת הניזוק. זאת בייחוד בשים לב לעובדה שהתשלום לניזוק עלול לעמוד למבוטח לרועין, משום שהדבר יביא לייקור הפרמיות עבורו ואולי אף יקשה עליו לרכוש ביטוח.

- עמד על כך שביטוח אחריות המתומחר בהתאם לסיכון שכל מבוטח מגלם מתיישב עם מרבית המטרות המקובלות של דיני הניזוקין (למעט צדק מתקן).
- 10 ראו למשל סעיפים 109-120 לחוק חוזה הביטוח הארגוני; סעיפים 149-158a לחוק חוזה הביטוח הגרמני.
- 11 סעיף 68 לחוק חוזה הביטוח קובע כי "בביטוח אחריות רשאי הצד המבטח – ולפי דרישת הצד השלישי חייב הוא – לשלם לצד השלישי את תגמולי הביטוח שהמבטח חייב למבוטח, ובלבד שהודיע על כך בכתב למבוטח 30 ימים מראש והמבוטח לא התנגד תוך תקופה זו; אולם טענה שהמבטח יכול לטעון כלפי המבוטח תעמוד לו גם כלפי הצד השלישי".

מנגד, אפשר שרצונה של המבטחת לשלם את התגמולים לניזוק נשען על אדנים כלכליים מוצקים. כך יקרה למשל כאשר העלות של ניהול התובענה גבוהה יחסית לסכום הנתבע או לסכום הפשרה המוצע. כאמור, החוק אינו מתווה דרך של ממש לפתרון בעיה זו. מטרתו של מאמר זה היא להציע מתווה כללי לפתרון בעיות של ניגוד אינטרסים בין מבטחות למבוטחים בביטוח אחריות. תחילה תוצגנה ההוראות החוזיות הטיפוסיות בחוזים לביטוח אחריות (פרק ב). אגב כך נעמוד על העובדה החשובה שפוליסות לביטוח אחריות בישראל מקנות למבטחת זכות להגן על המבוטח מפני תביעת הניזוק להבדיל מחובה (כמו בארצות הברית). אחר כך נעמוד על המקורות לחילוקי דעות בין הצדדים בכל הקשור להצעת פשרה (פרק ג). לאנטומיה של היחסים – המחוללת את אי-ההסכמה בין הצדדים – נודעת חשיבות, מפני שיש בה כדי להשליך על הפתרון הרצוי. הפרקים הבאים יעסקו בשתי המחלוקות האפשריות: תחילה יידון המקרה שבו המבוטח מסכים להצעת פשרה, ואילו המבטחת מתנגדת לה (פרק ד), ולאחר מכן המקרה שבו המבוטח ממאן לקבל את הצעת הפשרה, ואילו המבטחת מבקשת להיעתר לה (פרק ה). סוגיה זו מחייבת בחינה מעמיקה של זכות ההתנגדות שסעיף 68 לחוק חוזה הביטוח מעניק למבוטח.

## ב. הזכות החוזית של המבטחת לנהל את הגנת המבוטח

לעתים מזומנות כוללות פוליסות לביטוח אחריות תניה הקובעת כי אם הכירה "...החברה בחבותה על פי הפוליסה, תהיה רשאית לפי שיקול דעתה, ליטול לידה ולנהל בשם המבוטח את ההגנה כלפי כל תביעה או יישובה של כל תביעה וכן לתבוע ולקבל בשם המבוטח שיפוי, פיצוי, השתתפות, דמי נזק"<sup>12</sup>. מהרישא של התניה ("הכירה החברה בחבותה על פי הפוליסה") עולה שתנאי לניהול ההליך בידי המבטחת הוא הכרה בחבותה, עם זאת אין להוציא מכלל אפשרות שמבטחת תיאור לנהל את הגנת המבוטח ולממנה תוך שמירה על זכותה להתכחש לאחר מכן לחבותה על-פי הפוליסה. תניה המעניקה למבטחת זכות לנהל את הגנת המבוטח עשויה לשרת את שני הצדדים: מנקודת המבט של המבטחת, התניה מקנה לה שליטה על היקף חבותה; מנקודת המבט של המבוטח, ניהול התביעה בידי המבטחת פוטר אותו מעול ההגנה. היותה של המבטחת צרכנית של שירותים משפטיים אף עשויה להוזיל את ההוצאות המשפטיות ולאפשר בקרה יעילה אחר עבודת הפרקליטים<sup>13</sup>. היכולת של המבטחת לנהל

12 סעיף 10 לפוליסה לביטוח אחריות מקצועית של מנורה חברה לביטוח.

13 המבטחות הן מה שמכונה בספרות המשפטית Repeat Players, משום שהן תובעות ונתבעות במספר גדול מאוד של מקרים. על היתרונות שמצב זה מעניק ראו מאמרו הקלאסי של גלנטר: M. Galanter "Why the 'Haves' Come Out Ahead: Speculations on the

את הגנת המבוטח אף נותנת מענה לבעיה של סיכון מוסרי. האינטרס של המבוטח הוא להסכים לכל הצעת פשרה בסכום הנמוך מסכום הביטוח (בכפוף לשיקולי מוניטין), ובהיעדר אפשרות לפשרה – להסכים שיושקעו משאבים מרובים בהגנה עליו מפני התביעה. זוהי בעיית סיכון מוסרי בדיעבד: חוזה הביטוח מביא לשינוי בהעדפות המבוטח, מאחר שהמבטחת היא שנושאת בתוצאות פסק-הדין ומממנת את הגנתו<sup>14</sup>. הענקת השליטה על ההגנה מפני התביעה למבטחת נועדה אפוא למתן בעיה זו.

על אף היתרונות הנובעים מניהול ההגנה בידי המבטחת הדבר עלול לעורר קשיים. ראשית, ניהול התביעה בשם המבוטח מחייב בדרך כלל שיתוף פעולה הדוק עמו. על המבוטח לשותף פעולה עם המבטחת גם כשאין מדובר בביטוח אחריות<sup>15</sup>, אולם בביטוח זה שונים אופי הנטל ותוכנו<sup>16</sup>; שנית, לעתים מתעוררת בעיה חמורה של ניגוד אינטרסים בין המבטחת למבוטח בקשר לשאלה אם ליישב את תביעת האדם השלישי באמצעות הסדר פשרה. בעיות אלה מצדיקות הסדרה מפורטת יותר של ביטוח הוצאות משפט, ויש לקוות שהדבר ייעשה בעתיד<sup>17</sup>.

העובדה שלמבטחת יש זכות, להבדיל מחובה, להגן על המבוטח מפני תביעת הניזוק, וכי הזכות מותנית בהכרתה בחבותה, אינה רצויה מנקודת מבטו של המבוטח. מבחינתו, מוטב היה אילו התחייבה המבטחת להעניק לו הגנה מפני תביעת הניזוק: כך היה נמנע ממנו הסיכון שייאלץ לממן מכיסו את הוצאות ההגנה העלולות כידוע להיות נכבדות. בהקשר זה מתבקשת השוואה למצב המשפטי בארצות-הברית. בארצות-הברית משתמשות המבטחות בפוליסה המחייבת אותן להגן על המבוטח מפני תביעת הניזוק, להבדיל ממתן זכות לעשות כן<sup>18</sup>. השאלה אם בנסיבות מסוימות מבטחת חייבת להגן על

L.B. Bingham "On 'Limits of Legal Change'" 9 *Law & Soc'y Rev.* (1974) 95  
Repeat Players, Adhesive Contracts' and the Use of Statistics in Judicial Review of  
Employment Arbitration Awards" 29 *McGeorge L. Rev.* (1998) 223

T. Baker "Liability Insurance Conflicts and Defense Lawyers: From Triangles to 14  
Tetrahedrons" 4 *Conn. Ins. L.J.* (1997) 101

סעיף 23 לחוק חוזה הביטוח. על נטל שיתוף הפעולה של המבוטח בעקבות התרחשות 15  
מקרה הביטוח ראו ש' ולר חוק חוזה הביטוח, תשמ"א-1981 (כרך א, 2005), עמ' 522-504.

על נטל שיתוף הפעולה בביטוח אחריות ראו ש' ולר חוק חוזה הביטוח, תשמ"א-1981 16  
(כרך ב, צפוי להתפרסם בשנת 2006), § 556.

דוגמה להסדרה מעין זו מצויה בקוד הביטוח הצרפתי. הקוד מעניק למבוטח זכות לבחור 17  
כרצונו את עורך-הדין שייצגו בתובענה ולבחור עורך-דין נוסף או אדם אחר שיייע לו במקרה של ניגוד אינטרסים בינו לבין המבטחת (סעיף 127-3), כמו כן במקרה של אי-הסכמה בין הצדדים באשר להצעת פשרה ימונה בורר (סעיף 127-4).

לדוגמה של פוליסה אמריקנית כללית לביטוח מסחרי ראו (Commercial Genera 18  
Liability Insurance" ראו K.S. Abraham *Insurance Law and Regulation: Cases and Materials* (3<sup>rd</sup> ed., 2000), p. 393  
-הרווחת בארצות-

המבוטח עוררה שם שאלות דיוניות ומהותיות מורכבות<sup>19</sup>. ככלל, נפסק בארצות-הברית שעל בית-המשפט להכריע במחלוקת זו בטרם נקבעו ממצאים שיפוטיים בקשר לטענות הניזוק כלפי המבוטח, כלומר על סמך תמונה עובדתית חלקית. אין זה מפתיע שלא שורת אחידות דעים בפסיקה האמריקנית באשר למבחן הקובע בשאלת חובתה של המבטחת להגן על המבוטח<sup>20</sup>. לפי הגישה הרווחת, המבחן לקיומה של החובה להגן הוא אם הטענות הכלולות בתביעת הניזוק, בהנחה שתימצאנה נכונות, מקימות חובה לשלם תגמולי ביטוח<sup>21</sup>. נוסף על כך אם המבטחת מודעת לעובדות חיצוניות (שאינן מופיעות בכתב התביעה נגד המבוטח), המלמדות שהתנהגות המבוטח נופלת לתחום הכיסוי, חלה עליה חובה להגן אף אם הדבר אינו עולה מכתב התביעה עצמו<sup>22</sup>. כאשר

- הברית, קובעת כי "We will have the right *and duty* to defend any 'suit' seeking [covered] damages" (ההדגשה הוספה – ש' ר').
- 19 הפרוצדורה המקובלת בארצות-הברית לבחינת חובתה של המבטחת להגן על המבוטח היא בקשה למתן סעד הצהרתי. על הקשיים שהדבר מעורר ראו W.E. Rice "Insurance Contracts and Judicial Discord over whether Liability Insurers must Defend Insureds Allegedly Intentional and Immoral Conduct: A Historical and Empirical Review of Federal and State Courts Declaratory Judgments – 1900-1997" 47 *Am. U. L. Rev.* (1998) 1131
- 20 על חובת המבטחת להגן על המבוטח ראו למשל E.S. Pryor "The Tort Liability Regime and the Duty to Defend" 58 *Md. L. Rev.* (1999) 1; S. Randall "Redefining the R.H. Jerry Insurer's Duty to Defend" 3 *Conn. Ins. L.J.* (1996) 221 וראו R.H. Jerry "Understanding Insurance Law" (3<sup>rd</sup> ed., 2002), p. 855. בע"א 3182/02 אשד 1980 מהנדסים ויועצים תעשייה ניהול ומכון נ' המגן חברה לביטוח, פ"ד נח(2) 179, עמ' 191-189 עמד בית-המשפט על ההבחנה בין חובתה של המבטחת להגן על המבוטח לבין חובתה לשפוטו.
- 21 כלל זה מכונה לעתים "The four corners of the complaint" או "Scope of the pleadings"; ראו Jerry (לעיל, הערה 20), עמ' 861 (המחבר מציין שבת-משפט רבים כינו את הכלל "eight-corners rule" (השם נובע מהצורך לבחון את "ארבע הפינות" של התובענה נגד המבוטח אל מול "ארבע הפינות" של הפוליסה); Abraham (לעיל, הערה 18), עמ' 518; Pryor (לעיל, הערה 20). הכלל מעורר קושי משום שהוא מעורר את הניזוק-התובע לנסח את התביעה כך שהמבטחת תיטול על עצמה את הגנת המבוטח; ראו E.S. Pryor "The Stories We Tell: Intentional Harm and the Quest for Insurance Funding" 75 *Texas L. Rev.* (1997) 1721 (המחבר מציין שהאפשרות לנסח את התביעה כך שהפוליסה תחול על המבטחת יוצרת ביטוח מפני סיכונים שמרבית האנשים לא היו נכונים לבטחם). לסקירה של פסיקה אמריקנית וקנדית בנושא ועל החסרונות של כלל זה ראו M.A. Clarke *The Law of Insurance Contracts* (4<sup>th</sup> ed., 2003), pp. 520-522
- 22 *Valley Improvement Association v. United States Fidelity & Guaranty Corporation*, 129 F. 3d 1108, 1117 (1997) ("duty to defend is to be determined by the allegations of the complaint against... insured and the facts actually known... at the time of demand")

מבטחת אמריקנית מפרה את חובתה להגן, היא מושקת בדרך כלל מלהעלות טענות נגד קיומו של כיסוי ביטוחי. ההשתק גורר אפוא תוצאה חמורה מבחינתה, מכיוון שהיא נאלצת לשאת הן בהוצאות הגנתו של המבוטח הן בשיפוי בגין חבותו כלפי הניזוק ללא תלות בשאלה אם הוא אכן זכאי לכך לפי הוראות הפוליסה. עם זאת אם מבטחת נוטלת על עצמה את ניהול ההגנה ולומדת כעבור זמן שהמבוטח אינו זכאי לשיפוי ממנה, היא זכאית להפסיק להגן עליו אפילו תתקבל התביעה נגדו<sup>23</sup>.

היה ניתן לסבור שסעיף 66, שלפיו "ביטוח אחריות מכסה גם הוצאות משפט סבירות שעל המבוטח לשאת בשל חבותו", פותר את הבעיה הנובעת מכך שמבטחות בישראל אינן מחויבות (לפי הוראות הפוליסה הטיפוסיות בעניין) להגן על המבוטח. אולם לא ניתן להסתייע בסעיף על-מנת לפתור בעיה זו, משום שהוא נוגע בהיקף חבותה של המבטחת, להבדיל מחובתה לשאת במימון הוצאות המשפט מיד עם הגשת התובענה נגד המבוטח. עם זאת סביר להניח שהמבטחת תשתמש בזכות ניהול ההגנה לעתים קרובות, משום שהיקף חבותה תלוי בתוצאות תביעתו של הניזוק. נוסף על כך לפי סעיף 68 לחוק, רשאי הניזוק לתבוע הן את המבטחת הן את המבוטח. תבע הניזוק את המבטחת – היא תיאלץ להתגונן מפני תביעתו, ואז סביר שתשכור את שירותיו של פרקליט יחיד לשם ניהול הגנתה והגנתו של המבוטח. בשורות הבאות נדון במקורות אפשריים לחילוקי דעות בין המבוטח לבין המבטחת בכל הקשור להצעות פשרה.

### ג. מקורות אפשריים לחילוקי דעות בין הצדדים בדבר הסדר פשרה

הפוליסה הטיפוסית לביטוח אחריות מעניקה למבטחת זכות "ליטול לידיה ולנהל בשם המבוטח את ההגנה כלפי כל תביעה או יישובה של כל תביעה..."<sup>24</sup>. לכאורה, תניה זו מעניקה למבטחת שיקול-דעת מוחלט להגיע להסדר פשרה עם הניזוק. היא יכולה להיעתר להצעת פשרה שהמבוטח מתנגד לה או לדחות הצעה שהמבוטח מעוניין בה. למעשה, ברור ששיקול-דעתה של המבטחת הוא מוגבל. ראשית, סעיף 68 לחוק, המאפשר לאדם השלישי לתבוע ישירות את המבטחת, מעניק למבוטח זכות התנגדות לתשלום, וסעיף זה הוא קוגנטי (מכוח סעיף 71(א) לחוק)<sup>25</sup>. שנית, על המבטחת להשתמש בזכותה בתום-לב. אילו ציים אלה אינם קובעים אמת מידה ברורה לצורך

23 Abraham (לעיל, הערה 18), עמ' 519.

24 לניסוח המלא של תניה שכיחה זו ראו הטקסט הסמוך להערה 12 לעיל. לעתים הפוליסה קובעת כי מוקנה למבטחת "שיקול-דעת מוחלט... בנוגע לניהול כל ההליכים או בנוגע לסידור או יישוב כל תביעה..." (סעיף 7 לפוליסה לביטוח אחריות מקצועית של כלל חברה לביטוח; סעיף 8(ב) בעמ' 46 לפוליסה "מגדל לעסק" של מגדל חברה לביטוח).

25 על זכות ההתנגדות ראו פרק ה להלן.



הבחינה אם שיקול-דעתה של המבטחת הופעל כראוי, וכדי להתמודד עם בעיה זו (היקף שיקול-דעתה של המבטחת להגיע לפשרה) ראוי לעמוד על הטעמים המגוונים שבעטיים עלולה להתגלע מחלוקת בין הצדדים בקשר להצעת פשרה. בשורות הבאות נצביע על ארבע סיבות מרכזיות לחילוקי דעות בין הצדדים בקשר להצעת פשרה.

### 1. תקרת האחריות הקבועה בפוליסה

המקור הראשון לחילוקי דעות נובע מכך שהפוליסה קובעת תקרה כספית לאחריות המבטחת<sup>26</sup>. נניח שהמבוטח היה מעורב בתאונה שהסבה לניזוק נזק ששיעורו 100,000 ש"ח, ותקרת הכיסוי הקבועה בפוליסה היא 50,000 ש"ח. עוד נניח שהניזוק אינו יכול לזכות בתביעה אלא אם יוכיח שהמבוטח התרשל, וכי הסיכוי שהוא אכן יצליח להוכיח זאת הוא 50%. תוחלת הפיצויים שייפסקו לחובת המבוטח היא אפוא 50,000 ש"ח<sup>27</sup>. לבסוף נניח שהניזוק מציע למבטחת הסדר פשרה עוד לפני ניהול המשפט, שלפיו ישולמו לו 50,000 ש"ח כנגד ביטול התביעה. בהתעלם משיקולי מוניטין ובהנחה ששיעור ההשתתפות העצמית הוא נמוך, יהיה המבוטח מעוניין בפשרה מכיוון שהיא כרוכה מבחינתו לכל היותר בתשלום השתתפות עצמית (תקרת הביטוח היא 50,000 ש"ח). לעומת זאת המבטחת תסכים להצעת הפשרה רק אם העלות הצפויה של המשפט – הכוללת הן את תוחלת החבות שלה הן את עלויות ההתדיינות – עולה על 50,000 ש"ח. מהי העלות הצפויה של המשפט? יש סיכוי של 50% שהמבטחת לא תהא חייבת דבר (אם תביעת הניזוק תידחה), וסיכוי של 50% שהמבטחת תהא חייבת בתשלום של 50,000 למבוטח (אם תביעת הניזוק תתקבל). העלות הצפויה של פסק-הדין עבור המבטחת היא המכפלה של סכום הביטוח (50,000) בסיכוי שהתביעה תתקבל (50%), כלומר 25,000 ש"ח. על-כן כל עוד הוצאות המשפט נמוכות מ-25,000 ש"ח, העלות הכוללת שבה המבטחת צפויה לשאת נמוכה מ-50,000 ש"ח, ולכן לא יהיה לה כדאי להסכים לשלם סכום זה במסגרת הסדר פשרה. לכן המבטחת תעדיף לדחות את הצעת הפשרה כל אימת שעלויות ההתדיינות נמוכות מ-25,000 ש"ח. סירובה של המבטחת להתפשר חושף את המבוטח לסיכון של נשיאה בחבות של 50,000 ש"ח שאינה מכוסה באמצעות הביטוח, משום שלפי ההנחה, סכום הביטוח הוא 50,000 ש"ח, בעוד שסכום התביעה הוא 100,000 ש"ח. התוצאה היא שלמבטחת ניתנת האפשרות להמר על כספו

26 ראו A.O. Sykes "Judicial Limitations on the Discretion of Liability Insurers to Settle or Litigate: An Economic Critique" 72 *Tex. L. Rev.* (1994) 1345; K.S. Abraham *Distributing Risk: Insurance, Legal Theory, and Public Policy* (1986), pp. 191-193

27 תוחלת הפיצויים היא מכפלה של ההסתברות לפסיקת פיצויים בשיעור הפיצויים שייפסקו לחובת המבוטח.

של המבוטח: יוכתר ההימור בהצלחה – היא תצא נשכרת, ואולי אף המבוטח; ייכשל ההימור – המבוטח ישלם מחיר יקר, בעוד שהיא תישא לכל היותר בתשלום סכום הביטוח<sup>28</sup>.

## 2. הבדלים בשנאת הסיכון בין הצדדים

חילוקי דעות בין הצדדים יכולים להיווצר גם עקב הבדלים בשנאת הסיכון ביניהם<sup>29</sup>. בחינתה של הצעת פשרה מחייבת השוואה בין תשלום ודאי של סכום הפשרה לבין תשלום אפשרי מכוחו של פסק-דין. ככל ששנאת הסיכון של המבוטח חריפה יותר, כך הוא יהא נכון לשלם פרמיה גבוהה יותר כדי להיפטר מסיכון של פסק-דין שלילי מבחינתו<sup>30</sup>. מאחר ששנאת הסיכון של מבוטחים עולה בדרך כלל על זו של המבטחת, על-פי רוב טיטה המבטחת להסכים להצעת פשרה אם היא שווה פחות או יותר לשיעור הפיצויים הצפויים<sup>31</sup>, בעוד שמבוטח שונא סיכון עלול לתת משקל-יתר לסיכון של חבות בהיקף גבוה, ובעקבות זאת להסכים להצעת פשרה בשיעור גבוה מתוחלת הפיצויים<sup>32</sup>.

## 3. אסטרטגיות התמקחות שונות

אסטרטגיות ההתמקחות שהמבטחת צפויה לנקוט כלפי הניזוק וכלפי המבוטח הן מקור אפשרי שלישאי לאי-הסכמה בין הצדדים בקשר להצעת פשרה<sup>33</sup>. מתדיינים השוקלים אם להיענות להצעת פשרה מתחשבים לא רק בסיכונים ובסיכויים הכרוכים בתביעה אלא גם באפשרות להגיע להסדר פשרה מיטבי. לדוגמה, לעתים קרובות הצעת הפשרה הראשונה של התובע היא הגבוהה ביותר אך לא האחרונה. אם כן, הנתבע יעדיף לדחות את ההצעה הראשונה תוך נטילת הסיכון של ניהול משפט, אולם אם הצעת הפשרה הראשונה נמוכה מסכום הביטוח או שווה לו, לא יהיה למבוטח עניין בהמשך ההתמקחות עם הניזוק-התובע, בעוד שהאינטרס של המבטחת הוא למצות את הליך ההתמקחות. במקרה ההפוך, שבו הצעת הפשרה הראשונה עולה על סכום הביטוח,

28 זהו אחד הנימוקים שניתנו בפסיקה האמריקנית ל"חובה להתפשר"; ראו *Murphy v. Allstate Ins. Co.*, 132 Cal. Rptr. 424, 426 (1976); *Twin city Fire Ins. Co. v. County Mut. Fire Ins. Co.*, 23 F. 3d 1175, 1179 (1994).

29 Syverud (לעיל, הערה 6), עמ' 1145-1149.

30 על שנאת סיכון ראו ולר (לעיל, הערה 15), עמ' 43-45.

31 שיעור הפיצויים הצפוי הוא מכפלת שיעור הפיצויים שייפסקו בהסתברות פסיקתם.

32 סכום הפשרה יושפע גם משנאת הסיכון של התובע-הניזוק. כאשר רמת שנאת הסיכון של הצדדים דומה, סביר להניח שסכום הפשרה יהיה קרוב לשיעור הפיצויים הצפוי בהנחה שאין הבדלים בין הצדדים בהערכת סיכויי התביעה להתקבל.

33 Syverud (לעיל, הערה 6), עמ' 1149-1158.

יתפכו היוצרות: למבוטח יהיה עניין בהמשך ההתמקחות עם הניזוק-התובע, בעוד שלמבטחת לא יהיה עניין בכך אם אין סיכוי ממשי שסכום הפשרה יהיה נמוך מתקרת הביטוח. עד כאן שיקולי ההתמקחות עם התובע. אסטרטגיית ההתמקחות של המבטחת עשויה להתחשב גם במבוטח. המבטחת עלולה לדחות הצעת פשרה אף בסכום נמוך מתוחלת הפיצויים, אם היא סבורה שתוכל לגרום למבוטח לשאת עמה בחלק מהנטל<sup>34</sup>. היא צפויה להפיק תועלת מאסטרטגיה זו כל אימת ששיעור השתתפותם של המבוטחים בהוצאותיה – עקב העובדה שהיא מפעילה עליהם לחץ לעשות כן – יעלה על סכום תגמולי הביטוח העודף שהיא תיאלץ לשאת בו אם המבוטח לא ייכנע לדרישתה. לעתים הצבת דרישה למבוטח להשתתף בנטל הפשרה תהיה בלתי לגיטימית בהיותה ניצול בלתי ראוי של שנאת הסיכון שלו. מבטחת שאינה מסכימה להצעת פשרה בגובה תוחלת הפיצויים בתקווה שהמבוטח יישא עמה בחלק מהנטל, אינה פועלת בתום-לב. לעתים דרישת המבטחת מהמבוטח שישתתף בעלות הפשרה היא לגיטימית. כך יקרה כשסכום הפשרה המוצעת שווה לתוחלת הפיצויים אך עולה על סכום הביטוח, והמבטחת מצפה מהמבוטח שיישא בהפרש שבין סכום הפשרה לבין סכום הביטוח<sup>35</sup>.

#### 4. ההשפעות של ניהול התביעה על כל אחד מהצדדים

מקור נוסף לחילוקי דעות בין הצדדים עלול לבוע מההשפעות השונות העלולות להיות לניהול התביעה או לפסק-הדין על כל אחד מהם. השפעות אלו חורגות מתחום

34 פסק-הדין האמריקני *Brown & McCabe, Stevedores, Inc. v. London Guar. & Accident Co.*, 232 F. 298 (1915) הוא דוגמה לניסיון של המבטחת לאלץ את המבוטח לשאת עמה בנטל הפשרה. סכום הביטוח במקרה זה היה \$5,000, סכום התביעה היה גבוה ממנו בהרבה, והצעת הפשרה של התובע הייתה \$3,000. המבטחת דחתה את ההצעה אף שהניחה שפסק-הדין עלול לחייב את המבוטח בתשלום העולה על סכום הביטוח, משום שהמבוטח סירב לדרישתה לשלם מחצית מסכום הפשרה (\$1,500). פסק-הדין חייב את המבוטח לשלם לתובע \$12,000, ובית-המשפט שדן בתביעת המבוטח נגד המבטחת חייב אותה לשלם לו את ההפרש בין גובה הפיצויים שנקבעו בפסק-הדין לבין תקרת הביטוח (\$7,000) בנימוק שהיא פעלה בחוסר תום-לב ("...the insurance company has a right to settle with an injured employee or not, as it deems advisable, and if it neglects or refuses to do so, and litigates the matter in good faith, and judgment is recovered for more than the face of the policy, it is not liable for the excess. But that is not this case").

35 נוכח הגישה הבלתי אוהדת של בתי-משפט בארצות-הברית לדרישות של מבטחות ממבוטחים להשתתף בנטל הפשרה נראה שהמבטחות שם נטשו כליל אסטרטגיה זו; ראו Syverud (לעיל, הערה 6), בעמ' 1156. הוא מציין שלא מצא אף מקרה אחד במהלך עשרים השנים האחרונות שבו ביקשה מבטחת ממבוטח בביטוח אחריות להשתתף בתשלום סכום הפשרה.

ההשפעה הצר של סכום הפשרה. לדוגמה, ניהול ההליך או הסדר פשרה עלולים לפגוע במוניטין של המבוטח. פעמים יבקש מבוטח להימנע מניהול משפט עקב חשש מגרימת נזק לשמו הטוב; פעמים הוא ימאן להתפשר משום שעצם הפשרה – ללא תלות בסכום הפיצויים – תסב לו נזק; פעמים הוא יתנגד עקרונית לעשיית פשרה מתוך אמונה בלתי מסויגת במופרכות התביעה נגדו. סעיף 68 לחוק, המעניק למבוטח זכות להתנגד לתשלום לאדם השלישי, נותן מענה חלקי לבעיות אלה<sup>36</sup>. גם למבטחת עשויים להיות שיקולים שונים שאינם קשורים דווקא לסכום הפשרה. למשל, מאחר שהיא נתבעת ותובעת במספר ניכר של הליכים, עשוי להיות לה עניין בקביעת הלכה מסוימת, או להפך – היא עשויה לחשוש מקביעת תקדים שלא ישירת את עניינה. כל השיקולים הללו – שהדבר היחיד המשותף להם הוא שהם אינם נוגעים באופן ישיר בסכום הפשרה – עלולים להביא לאי-הסכמה בין הצדדים בקשר לפשרה עם התובע.

הדיון במקורות המחלוקת האפשריים בין הצדדים בקשר לפשרה מלמד שהתנגדות המבטחת לפשרה עשויה להיות לגיטימית אף שהיא אינה עולה בקנה אחד עם מבוקשו של המבוטח.

#### ד. כאשר המבוטח מסכים להצעת הפשרה והמבטחת מתנגדת לה

חילוקי דעות בין הצדדים בקשר להסדר פשרה יכולים להתבטא בכך שהמבוטח מבקש לדחות את הפשרה המוצעת, ואילו המבטחת מבקשת לקבלה, או להפך: המבוטח מעוניין בפשרה שהמבטחת מבקשת לדחות. סעיף 68 עוסק במקרה הראשון, שכן הוא מעניק למבוטח זכות התנגדות לתשלום תגמולי הביטוח לניזוק. בשורות הבאות נדון במקרה השני שחוק חוזה הביטוח אינו עוסק בו, זה שבו המבטחת ממאנת להתפשר בעוד שהמבוטח מבקש להיענות להצעת הפשרה.

מהי אמת המידה הראויה לבחינת החלטה של מבטחת בקשר להסדר פשרה? לדעתי, נקודת המוצא היא שעל המבטחת להחליט החלטה המשרתת את עניינם של שני הצדדים ולא רק את עניינה שלה, שכן החלטתה צפויה להשפיע על ענייניו של המבוטח: אם תסרב המבטחת להצעת פשרה נמוכה מסכום הביטוח, ובסופו של דבר יפסוק בית-המשפט פיצויים העולים על סכום הביטוח, ייאלץ המבוטח לשלם מכיסו את ההפרש בין סכום הפיצויים שנפסק לבין תקרת הפוליסה.

חשוב לשים לב שחובת המבטחת להתחשב בענייניו של המבוטח רחבה מהחובה לפעול בתום-לב גרדא, שכן האחרונה אינה מחייבת את המחליט להעניק לאינטרס של

36 על זכות ההתנגדות ראו פרק ה, סעיף 2 להלן.

הצד השני משקל השווה לזה של האינטרס העצמי שלו, אלא להעניק לו משקל ראוי<sup>37</sup>. מצד שני אין לומר שהמבטחת היא בבחינת נאמן שחייב להתחשב רק באינטרס של הנהנה תוך התעלמות מהאינטרס העצמי שלו. אם כן, הדרישה מהמבטחת היא דרישת ביניים: בין חובת תום-הלב, מזה, לבין חובת אמון, מזה. זו התוצאה המתבקשת מכוחה של המבטחת להחליט בעניין שיש בו כדי להשפיע עליה ועל המבוטח גם יחד. זו גם המסקנה העולה מבחינה תכליתית של התניה בפוליסה המעניקה למבטחת שיקול-דעת אם להיענות להצעת פשרה אם לאו. המטרה של התניה היא לאפשר למבטחת לקבל החלטה עצמאית בהנחה שמדובר אך ורק בחבותה שלה (למשל: כאשר סכום התביעה קטן מתקרת החבות של המבטחת, ובכל מקרה היא שתישא במלוא הסכום שייפסק). התניה לא נועדה להעניק למבטחת שיקול-דעת מוחלט להחליט החלטה העלולה לשנות את מצבו של המבוטח לרעה.

אם כן, על מבטחת השוקלת הצעת פשרה להעניק לאינטרס של המבוטח משקל שווה לזה של האינטרס שלה. מכאן מתבקשת לדעתנו המסקנה שכאשר מקורו של ניגוד האינטרסים בקיומה של תקרה לחבות המבטחת, על המבטחת לשקול את הצעת הפשרה כאילו הפוליסה אינה קובעת תקרת חבות<sup>38</sup>. כלל זה, שאותו נכנה "כלל ההתעלמות" (התעלמות מקיומה של תקרה לחבות המבטחת), נועד להבטיח שהמבטחת תשקול את הצעת הפשרה כאילו הייתה צד יחיד להליך שנדרש להחלטה אם להיענות להצעת פשרה אם לאו. החלטה שתתקבל בדרך זו תהא מיטבית, מפני שמבטחת המתעלמת מקיומה של תקרה לחבות תתחשב ברווחתם המשותפת של הצדדים; החלטתה תתבסס על תוחלת

37 חובת תום-הלב אינה מחייבת צד להקריב את צרכיו על מזבח צרכיו של האחר, אלא אך להתחשב בצרכי האחר; ראו בהקשר של חובת תום-הלב בהליך המשא ומתן ד"נ 22/82 בית יולס נ' רביב, פ"ד מג(1) 441, עמ' 484 ("אכן, תום הלב מניח, כנקודת מוצא, שהצד למשא ומתן החוזי דואג לאינטרסים של עצמו. תום הלב מבקש להבטיח, כי דאגה זו תיעשה באופן הוגן, תוך התחשבות בציפיות המוצדקות של הצד השני, תוך הבטחת המשימה המשותפת של הצדדים").

38 כלל דומה נוהג במדינות רבות בארצות-הברית והוא מכונה "The disregard-the-limit rule"; ראו R.E. Keeton "Liability Insurance and Responsibility for Settlement" 67 *Harv. L. Rev.* (1954) 1136, pp. 1183-1184. Abraham; *Levil*, הערה 26), עמ' 192-191. נקודת המוצא האמריקנית היא שעל המבטחת מוטלת חובה להתפשר בנסיבות מסוימות, והשאלה היא לפי איזו אמת מידה תיבחן החלטתה. לסקירת מבחנים שונים שתכליתם לקבוע אם המבטחת דחתה הצעת פשרה סבירה, ראו Jerry (לעיל, הערה 20), עמ' 906-898. במדינות לא מעטות נקבע שעל המבטחת לשקול את הצעת הפשרה בתום-לב (880-883) *Widiss Insurance Law* (1988), pp. 880-883, Jerry; R.E. Keeton, A.I. Widiss, עמ' 903-899). יש אף הדים להטלת אחריות מוחלטת על מבטחות במקרה של דחיית הצעת פשרה בסכום נמוך מתקרת הפוליסה; ראו V.E. Schwartz "Statutory Strict Liability for Insurer's Failure to Settle: A Balanced Plan for an Unresolved Problem" *Duke L.J.* (1975) 901.

הפיצויים הצפויים להיפסק לניזוק ולא רק על חבותה הצפויה<sup>39</sup>. כלל ההתעלמות משרת את המבוטח מפני שהוא מונע מהמבטחת לקבל החלטה רק על סמך הסיכונים הניצבים בפניה. למבטחת אין סיבה להתנגד לכלל ההתעלמות, מפני שהיא יכולה להעלות את דמי הביטוח כך שישקפו את שיקול-הדעת המוגבל שלה בקשר להתפשרות עם אנשים שלישיים. כלל ההתעלמות אף יקשה על מבטחת להפעיל לחץ על מבוטח החושש ממיצוי ההליך לתרום את חלקו לסכום הפשרה בהיעדר הצדקה לכך<sup>40</sup>, ויאפשר לה להחליט (אם להיענות להצעת הפשרה) בהתאם למידת שנאת הסיכון שלה ובהתעלם מזו של המבוטח<sup>41</sup>. כך תימנע התוצאה הבלתי רצויה של תשלום-יתר לניזוקים-תובעים<sup>42</sup>. לפי כלל ההתעלמות, על בית-המשפט לבחון כיצד הייתה נוהגת מבטחת סבירה שמכרה למבוטח פוליסה ללא תקרת אחריות. אם בחינה היפותטית זו מלמדת שהמבטחת הייתה מקבלת את הסדר הפשרה, הרי שהחלטתה לדחותה אינה לגיטימית. כלל ההתעלמות מחייב אפוא בחינה מעמיקה של התנהגות המבטחת בזמן המגעים לפשרה. יש לזכור שמבטחת טיפוסית נהנית מניסיון רב בניהול הליכים משפטיים, לכן עליה להראות שהחלטתה התקבלה בשים לב לכל המשתנים הרלוונטיים. עליה לתת את דעתה על זהותם של העדים הצפויים, על הסיכויים שגרסתם תעמוד במבחן החקירה הנגדית, על טיב הטענות המשפטיות והעובדתיות שבפי התובע, על היקף הפיצויים הנתבע, על הנזקים האובייקטיביים שנגרמו לתובע ועל עוד כיוצא באלה משתנים המשפיעים על הסיכויים של קבלת התביעה ועל היקף הפיצויים שייפסקו לחובת המבוטח.

למרות שישוים נכון של כלל ההתעלמות יפתור את בעיית ניגוד האינטרסים, ניתן לטעון שהוא סובל מחסרונות משמעותיים. ראשית, הוא מתעלם מהאפשרות ששווי נכסי המבוטח נמוך מהיקף חבותו הפוטנציאלי. מאחר שהמבוטח נהנה מ"חסיונות" טבעית מפני תשלום פיצויים בשיעור העולה על שווי נכסיו, הכלל עלול להוליך לתוצאות הפוגעות ברווחתם של שני הצדדים. תוצאה זו נובעת מכך ששיקולי הניזוק-התובע אם להסכים להצעת פשרה מבוססים על התשלום שהוא צפוי לקבל בפועל, ולא על סכום

39 תוחלת הפיצויים היא המכפלה של הסתברות פסיקת הפיצויים לחובת המבוטח בשיעורם של פיצויים אלה. תוחלת החבות של המבטחת היא המכפלה של ההסתברות שייפסקו פיצויים לחובת המבוטח בתקרת החבות שלה הקבועה בפוליסה.

40 ראו הטקסט הנלווה להערה 34 לעיל ועובדות פסק-הדין בעניין *Brown & McCabe* הנזכר בהערה זו.

41 הבדל במידתה של שנאת הסיכון הוא מקור אפשרי אחד לחילוקי דעות בין הצדדים בקשר להסדר פשרה; ראו לעיל, הטקסט הסמוך להערה 31.

42 Syverud (לעיל, הערה 6), עמ' 1148-1149. נוסף על כך מידת שנאת הסיכון של המבוטח כבר באה לידי ביטוי בכמות הביטוח שרכש, ולכן ההתחשבות בשנאת הסיכון שלו בקשר להסדר פשרה כמזה כפתיחה מחדש של חוזה הביטוח.

הפיצויים שיפסוק בית-המשפט<sup>43</sup>. כאשר למבטחת יש שיקול-דעת מוחלט אם להיעתר להצעת פשרה, הניזוק-התובע חייב להתחשב באפשרות שלא יוכל לגבות פיצויים מעל תקרת הפוליסה עקב משאביו המוגבלים של המבוטח. לעומת זאת בשל כלל ההתעלמות מתקרת הפוליסה הניזוק-התובע אינו צריך להתחשב במגבלה זו, ואז עמדת המיקוח שלו משתפרת, והתוצאה עלולה להיות ייקור הוצאות הפשרה וייקור עלות הביטוח<sup>44</sup>. שנית, הכרה בעילת תביעה של מבוטח בשל סירוב המבטחת להתפשר תהא כרוכה בעלויות נכבדות, ובית-המשפט עלול לשגות ביישומו. חשוב לזכור שבחינת החלטתה של המבטחת אם לקבל את הצעת הפשרה או לדחותה נעשית תמיד בדיעבד, ורק כשסכום הפיצויים שנפסקו בפסק-הדין עולה על סכום הפשרה. על-כן אף אם בית-המשפט יזהיר עצמו מפני בחינת החלטתה של המבטחת בחכמה שלאחר מעשה, קיים סיכון לא מבוטל שהוא יושפע מתוצאת פסק-הדין בתביעת הניזוק נגד המבוטח<sup>45</sup>.

הגם שיש משקל לחסרונות האמורים של כלל ההתעלמות, אין פירושו הדבר שיש לבכר על פניו כלל המעניק למבטחת שיקול-דעת מוחלט בנוגע להצעות פשרה. החיסרון הראשון (זה הנובע מהגבלתו של היקף חבותו הפוטנציאלי של המבוטח לשווי נכסיו) הוא פתיר: ניתן לקבוע ששיעור הפיצויים שלהם יהיה מבוטח זכאי במקרה של הפרת החובה להתפשר, יהא מוגבל לשווי נכסיו הזמינים לנושים<sup>46</sup>. אמנם, לא תמיד משימה

- 43 ראו הדוגמה המספרית של Sykes (לעיל, הערה 26), עמ' 1362. אם החלטת המבטחת ביחס להצעת פשרה תיעשה בהתאם לכלל ההתעלמות מגבולות הפוליסה, ובלי להתחשב בהיקף המוגבל של נכסי המבוטח, היא תקטין את רווחתם המשותפת של הצדדים. להצגה פורמאלית של הבעיה ראו A.O. Sykes "Bad Faith' Refusal to Settle by Liability Insurers: Some Implications of the Judgment-Proof System" 23 *J. Legal Stud.* (1994) 77. לביקורת ראו K.D. Logue "Solving the Judgment-Proof Problem" 72 *Tex. L. Rev.* (1994) 1375. Logue מציע כפתרון את "כלל משיגן".
- 44 על ההשפעה של כלל ההתעלמות מתקרת הפוליסה על עמדות המיקוח של הצדדים ראו הטקסט הסמוך להערה 33 לעיל.
- 45 על הבעיה של החלטה בחוכמה שלאחר מעשה ראו: J.J. Rachlinski "A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight" 65 *U. Chi. L. Rev.* (1998) 571; K.A. Kamin, J.J. Rachlinski "Ex Post ≠ Ex Ante: Determining Liability in Hindsight" 19 *Law & Hum. Behav.* (1995) 89; A.J. Wright "Note: Rendered Impracticable: Behavioral Economics and the Impracticability Doctrine" 26 *Cardozo L. Rev.* (2005) 2183, pp. 2203-2206.
- 46 בפסק-דין של בית-המשפט העליון של מדינת מישגן נקבע ששיעור הפיצויים שהמבוטח עשוי להיות זכאי לו עקב הפרת החובה להתפשר מוגבל לשווי נכסיו הזמינים לנושים במקרה של פשיטת רגל. ביסוד הגבלה זו עומד הרעיון שהמבוטח אינו חשוף ממילא לתשלום פיצויים בשיעור העולה על שווי נכסיו; ראו *Frankenmuth Mut. Ins. Co. v. Keeley*, 461 N.W. 2d 666, 667 (1990). לדיון בהלכה זו ראו Logue (לעיל, הערה 43), עמ' 1387. גם Schwartz (לעיל, הערה 38) מצדד בהגבלת שיעור הפיצויים עקב הפרת החובה להתפשר לשווי נכסי המבוטח הזמינים לנושים.

קלה תהיה בקביעת שווי נכסיו של המבוטח, אולם הדעת נותנת שהדבר יהיה אפשרי בדרך כלל. את הקושי ניתן למתן גם באמצעות הטלתו של נטל הבאת הראיות בקשר לשווי הנכסים על המבוטח (נטל השכנוע יוטל על המבטחת, שכן מדובר בטענת הגנה המשרתת את עניינה במשפט). החיסרון השני של כלל ההתעלמות, זה שעניינו העיוות הנובע מקבלת החלטה לאחר מעשה, אינו ניתן לפתרון פשוט, אולם בעיה דומה קיימת במקרים רבים שבהם נדרש בית-המשפט להעריך את התנהגותו של נתבע או נאשם בדיעבד, למשל: כאשר בית-המשפט נדרש להחליטה אם נאשם אכן פעל בניסיונות של כורח או של הגנה עצמית. כאשר בוחנים את חסרונותיו של כלל ההתעלמות בהשוואה ליתרונותיו, התמונה ברורה: מוטב להסתכן בחיוב-יתר של מבטחות בתשלום פיצויים למבוטח בגין סירוב להתפשר מאשר להקנות למבטחת שיקול-דעת מוחלט להחליט החלטה העולה לפגוע במבוטח.

משהגענו למסקנה שעל המבטחת מוטלת לעתים חובה להסכים להסדר פשרה עם התובע-הניזוק, מתעוררת השאלה מה תהיה תרופת המבוטח במקרה של הפרת החובה. השאלה תתעורר כאשר בשלב כלשהו של ההליך סירבה המבטחת לקבל הצעת פשרה בשיעור נמוך מתקרת חבותה של המבטחת, ובסופו של דבר פסק בית-המשפט פיצויים בשיעור העולה על התקרה. אז ייאלץ המבוטח לממן מכיסו את ההפרש שבין סכום הפיצויים שנפסק לבין תקרת חבותה של המבטחת לפי הפוליסה. בהנחה שבית-המשפט יפסוק שהמבטחת הפרה את חובת הפשרה (היינו מבטחת סבירה הייתה מקבלת את ההצעה בהתעלם מתקרת הפוליסה), יהיה המבוטח זכאי לפיצויים בגין הנוק שנגרם לו עקב הסירוב להתפשר. על-פי רוב, שיעור הפיצוי יהיה כשיעור ההפרש שבין סכום הפיצויים שנפסקו לטובת התובע-הניזוק לבין תקרת הפוליסה<sup>47</sup>. אולם יש להגביל את סכום הפיצויים לשווי נכסיו המבוטח הזמינים במקרה של פשיטת רגל, שכן בשום מקרה הוא לא היה משלם לניזוק פיצויים בשיעור גבוה משווי נכסיו. עמדנו על כך שיש להטיל את נטל הבאת הראיות בעניין זה על המבוטח. היש לקבל טענת מבטחת שלפיה היה לה עניין בקביעת הלכה מסוימת, ולכן מיאנה להיעתר להצעת הפשרה? הדעת נותנת שלא. אמנם אין לכפור בלגיטימיות העקרונית של נימוק זה, אולם בה במידה אין זה צודק שמימוש האינטרס המיוחד של המבטחת יבוא על חשבוננו של המבוטח תוך הטלת מלוא הסיכון עליו.

47 בפסיקה האמריקנית פסקו בתי-המשפט פיצויים עונשיים לחובת מבטחות שסירבו להתפשר עם התובע בחוסר תום-לב, וכתוצאה מכך הוטל על המבוטח-הנתבע חיוב כספי גבוה מתקרת הפוליסה; ראו למשל: *Brown v. Guarantee Ins. Co.*, 319 P. 2d. 69 (1958); *Eichenseer v. Reserve Life Ins. Co.*, 881 F. 2d 1355 (1989). על פסיקת פיצויים עונשיים לחובת המבטחת ראו ולר (לעיל, הערה 15), עמ' 627-640.



**ה. כאשר המבוטח מתנגד להצעת הפשרה והמבטחת מסכימה לה****1. זכות התביעה הישירה**

בביטוח אחריות נועדו תגמולי הביטוח להגיע בסופו של דבר לידי הניזוק שהמבוטח הסב לו נזק. ראינו שחווה לביטוח אחריות אינו חוזה לטובת אדם שלישי, מפני שהצדדים לו אינם מתכוונים להעניק לניזוק (שזהותו אינה ידועה בדרך כלל במועד הכריתה) זכות תביעה מכוחו<sup>48</sup>. אולם עם הקניית זכות התביעה הישירה לניזוק מכוח סעיף 68 הוקנה לו מעמד דומה לזה של מוטב מכוחו של חוזה לטובת אדם שלישי<sup>49</sup>. לשון אחר: סעיף 68 לחוק חוזה הביטוח הפך במידה רבה את חוזה ביטוח האחריות שהוא חל עליהם לחוזים סטטוטוריים לטובת אדם שלישי, שכן הזכאות של האדם השלישי לתגמולי הביטוח אינה תולדה של רצון הצדדים, אלא של הוראת החוק. סעיף 68 מבקש למנוע מצב שבו המבוטח יקבל תגמולי ביטוח לשם פיצוי הניזוק אך יימנע מהעברתם אליו. הקניית הזכות לניזוק לתבוע את המבטחת אף-על-פי שלא כרת עמה חוזה נועדה להבטיח שמי שסבל נזק אכן יזכה בפיצוי. התשלום הישיר לניזוק מפשט את ההליך וחוסך הוצאות. לצורך כך יצר סעיף 68 מצב של ריבוי חייבים, שבו הניזוק הוא הנושה של המבטחת ושל המבוטח: הוא רשאי לתבוע מהמבטחת לשלם לו ישירות את התגמולים שהיה עליה לשלם למבוטח, ובה בעת לתבוע מהמבוטח לפצותו בגין הנזק שהסב לו. זכות התביעה הישירה מעוררת שורה של שאלות, שחלק מהן נובע מכך שהמחוקק לא קבע הסדר דיוני כלשהו בקשר ליסודותיה של התביעה הישירה ולדרך ניהולה. לדוגמה, אין זה ברור מתי קמה חובת השיפוי של המבטחת, אם היא רשאית לשפות את המבוטח בלי שהניזוק הסכים לכך, אם המבטחת נהנית מזכויות דיוניות כלשהן כשהניזוק בוחר להגיש את התביעה נגד המבוטח בלבד בלי לצרפה (האם המבטחת רשאית לדרוש את ביטולו של פסק-דין שניתן נגד המבוטח, בהיעדרו? האם היא רשאית להתנגד לפסק-דין שנתן תוקף לפשרה שהושגה בין המבוטח לניזוק?) דיון ממצה בשאלות אלה חורג מתכניתו של מאמר זה<sup>50</sup>. לענייננו מספיק לציין שזכאותו של הניזוק לתגמולי ביטוח מותנית בשניים: חבות כספית של המבוטח כלפיו וחבות המבטחת לשפות את המבוטח בגין חבותו האמורה. נוסף על שני אלה, סעיף 68 כופף

48 ראו הטקסט הסמוך להערה 1 לעיל.

49 ראו כהן (לעיל, הערה 1), עמ' 115. לסקירה השוואתית כללית של מעמד הניזוק בביטוח אחריות ראו H. Kötz "Rights of Third Parties: Third Party Beneficiaries and Assignment" in *International Encyclopedia of Comparative Law* (vol 7, 1990) chap 13, pp. 28-30.

50 דיון מפורט בהוראת סעיף 68 ראו ולר (לעיל, הערה 16), §§ 577-559.

את זכות האדם השלישי לאי-התנגדות של המבוטח לתשלום. הסעיף אינו מתייחס לדרך הוכחת החבות הכספית של המבוטח כלפי הניזוק, ואין נכללת בו הדרישה המופיעה בסעיף 19 לפקודת ביטוח רכב מנועי [נוסח חדש] למתן פסק-דין נגד המבוטח<sup>51</sup>. השאלה אם אחד מיסודות התביעה הישירה הוא מתן פסק-דין לחובת המבוטח אינה בעלת חשיבות לענייננו<sup>52</sup>, שכן זכותו של המבוטח להתנגד לתשלום התגמולים רלוונטית לשלב מקדמי של ההליך המשפטי: משניתן פסק-דין לחובת המבוטח ברור שאין הוא יכול עוד להתנגד לתשלום התגמולים לניזוק. נפנה אפוא לבחינתה של זכות ההתנגדות.

51 סעיף 19 פותח במילים "ניתן פסק דין נגד מבוטח בשל חבות טעונת-ביטוח...".  
 52 לפי התפיסה המקובלת, פסק-דין לחובת המבוטח אינו תנאי למימוש זכות הניזוק לפי סעיף 68. ראו ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מח(3) 45, עמ' 63, שבו ציין בית-המשפט כי ההבדל בין סעיף 19 לפקודה לבין סעיף 68 הוא תמוה, שכן דווקא בביטוח רכב מנועי מפני נזקי גוף, שהוא ביטוח חובה, נדרש האדם השלישי להשיג פסק-דין כנגד המבוטח, בעוד שאין דרישה דומה בסעיף 68 לחוק חוזה הביטוח. בנסיבות המקרה לא נדרשה הכרעה בשאלה; ע"א 6945/98 "משמר" – חברה לשמירה בטחון ושירותים נ' קסטיאל, פ"ד נו(5) 170, עמ' 175, מול אות השוליים ג (בית-המשפט ציין שעילת המבוטח בביטוח אחריות נוצרת מעת שנוצרה לצד השלישי עילת תביעה כלפיו, ומכאן משתמעת המסקנה שפסק-דין לחובתו אינו יסוד של עילת התביעה שלו כלפי המבטחת); בש"א (ת"א) 117367/99 כלל חברה לביטוח נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל, נבו – המאגר המשפטי הישראלי, פסקה 16 לפסק-הדין ("סעיף 68 איננו מציג דרישה מוקדמת למתן פסק-דין, לשם מימוש זכויות הצד השלישי..."); ת"א (חד') 3120/02 עתאמנה נ' הפניקס הישראלי חברה לביטוח (לא פורסם); בש"א (דימ') 313/02 אלהווייל נ' כלל חברה לביטוח, נבו – המאגר המשפטי הישראלי; ה"פ (פ"ת) 1055/02 בורנשטיין נ' כלל חברה לביטוח, נבו – המאגר המשפטי הישראלי; א' ידן חוק חוזה הביטוח, תשמ"א-1981 (תשמ"ד), עמ' 164; א' מ' ששון דיני ביטוח (1988), עמ' 95-96; י' גלעד "על ההתאמה בין ההיבט הנוזקי להיבט החוזי של הסדר הפיצוי לנפגעי תאונות-דרכים" משפטים כג (תשנ"ד) 389, עמ' 400, הערת שוליים 419; מ' יפרח, ר' חרל"פ ששון דיני ביטוח (מהדורה שנייה, 2001), עמ' 189. אולם יש הסבורים שפסק-דין לחובת המבוטח הוא אחד מיסודות עילת התביעה הישירה. ראו ש' נתניהו "זכותו הישירה של הצד השלישי כנגד המבטח בביטוח אחריות" הפרקליט מד (תשנ"ט) 11, עמ' 22; לגישתה, אדם שלישי הוא רק מי שזכה בפסק-דין נגד המבוטח לתשלום סכום כספי מוגדר, ולכן אף שסעיף 68 אינו קובע זאת במפורש, אחד מיסודות העילה של האדם השלישי הוא פסק-דין שניתן לטובתו נגד המבוטח. עמדה זו נדחתה בבש"א 117367/99, שם, פסקה 16 לפסק-הדין. לגישתנו, פסק-דין לחובת המבוטח הוא אחד מיסודות העילה; ראו ולר (לעיל, הערה 16), § 562.

**2. זכות ההתנגדות****(א) מהות הזכות**

סעיף 68 קובע שבעקבות דרישת הצד השלישי לשלם לו את התגמולים חייב המבטח לשלם לו את תגמולי הביטוח שהוא חייב למבוטח, "ובלבד שהודיע על כך בכתב למבוטח 30 ימים מראש והמבוטח לא התנגד תוך תקופה זו..." (ההדגשה שלי – ש' ו'). הדרישה למתן הודעה מוקדמת למבוטח נועדה להבטיח שזכות ההתנגדות תהיה אפקטיבית. כיצד, אם בכלל, משפיעה התנגדות המבוטח על זכותו של הניזוק כלפי המבטח? מפשט לשונו של סעיף 68 ניתן להסיק שלמבוטח ניתנת מעין זכות וטו על התשלום, שכן תנאי לביצוע התשלום לניזוק (או כלשונו של הסעיף: "הצד השלישי") הוא היעדר התנגדות של המבוטח. פירוש זה מתיישב עם התפיסה שלפיה חוזה לביטוח אחריות אינו חוזה לטובת אדם שלישי. אכן, המבוטח הוא שרכש את הביטוח, הוא שנשא בתשלום דמי הביטוח והוא שעלול לסבול נזק אם התשלום לניזוק יבוצע בלי שהלה זכאי לו (למשל: משום שבעתיד יביא הדבר לייקור דמי ביטוח האחריות עבורו). לחיזוק פירוש זה ניתן אף לומר שהשימוש בזכות ההתנגדות אינו שולל מהניזוק את זכאותו לקבל את התגמולים ישירות מהמבטח, אלא רק דוחה את התשלום עד למתן פסק-דין לטובתו. ברור שאם יינתן בעתיד פסק-דין לחובת המבוטח, תפקע זכות ההתנגדות שלו, ואז גם תידרש המבטח לשלם את התגמולים ישירות לניזוק-התובע. בכמה מקרים אכן נפסק שדי בהתנגדות המבוטח לתשלום לשם הדיפה על הסף של תביעת הניזוק כלפי המבטח<sup>53</sup>.

53 בש"א (ת"א) 134737/98 דולב חברה לביטוח נ' שוורץ, פ"מ תשנ"ח(4) 22 (להלן – עניין שוורץ), עמ' 33; ת"א (י-ם) 294/93 מגדל חברה לביטוח נ' הולמברג (לא פורסם) (התובעת נפגעה באופן קשה משרפה שפרצה במלון. התובעת הוגשה גם נגד מבטחת המלון. זו טענה שהמבוטח מתנגד לתשלום, ולכן אין יריבות בינה לבין התובעת-הניזוקה. בית-המשפט קיבל את הטענה). ראו גם ע"א (י-ם) 3006/97 אלמשרק חברה לביטוח נ' סע-גל חברה להשכרת רכב, נבו – המאגר המשפטי הישראלי, שבו התלבט בית-המשפט בשאלה אם ההתנגדות גוררת מנייה וביה את ביטול היריבות הישירה בין הניזוק לבין המבטח, והגיע למסקנה שלילית. בית-המשפט הניח, בטעות, כי בספרות המשפטית שוררים חילוקי דעות בקשר לשאלה אם סעיף 68 יוצר יריבות ישירה בין הניזוק למבטח, כשלמעשה אין חולק בדבר קיומה של יריבות זו. בית-המשפט הסתמך בעניין זה על ד' שוורץ "דיני ביטוח – תהליכים ומגמות" ספר השנה של המשפט בישראל (תשנ"ו) 31, עמ' 87 (שם הוצגו על דרך הניגוד עמדתו של ששון (לעיל, הערה 52), עמ' 89, שלפיה זכות ההתנגדות של המבוטח אינה שוללת את היריבות הישירה בין המבטח לניזוק, ועמדתו של ידין, שלפיה כביכול אין קיים קשר משפטי בין הניזוק למבטח, אולם הניגוד הוא מדומה: כל שידין אמר הוא שסעיף 68 נועד להקנות לאדם השלישי זכות תביעה ישירה נגד המבטח, משום ש"קשר – חוזי או חוקי – בין המבטח לצד השלישי אינו

הגם שיש טעם רב בפירוש שלפיו די בהתנגדות המבוטח על-מנת למנוע מהמבטחת לשלם את התגמולים לניזוק, אין הוא נעדר קשיים. דומה שמתן זכות "וטו" למבוטח על ביצוע התשלום ישירות לניזוק אינו מתיישב עם תכליתו של סעיף 68. ביסודו של ההסדר הקבוע בסעיף עומדת התפיסה שרצוי להגן על ניזוקים באמצעות הסדר ביטוחי. אמנם מדובר בביטוח אחריות רצוני, להבדיל מביטוח חובה, ומכאן שהמחוקק לא מצא לנכון לכפות את רכישת הביטוח על הציבור הנוגע בעניין, אולם בדיעבד, לאחר שהמבוטח החליט מרצונו לרכוש את הביטוח, הוא איפשר לניזוק ליהנות מהעובדה שהמזיק רכש ביטוח אחריות. יש להודות שכוחו של טיעון זה תלוי גם בסוג הביטוח שבו מדובר ובסוג הנזק. למשל, נראה שאין לגזור גזרה שווה מניזוק שסבל נזק גוף, והמבטחת מסכימה, עקרונית, לשלם לו את התגמולים כבר בתחילת ההליך לניזוק שסבל נזק ממוני של מה בכך. הדעת נותנת שכוח ההתנגדות של המבוטח צר יחסית במקרה הראשון ורחב יותר במקרה השני. כך או כך, אין לקבל מצב שבו המבוטח נהנה מזכות ללא סייגים למנוע מהמבטחת לשלם לניזוק את תגמולי הביטוח. מסקנה זו מתחזקת מניתוח מצבים של ניגוד אינטרסים בין הצדדים, המלמד שבנסיבות מסוימות צפוי מבוטח רציונלי להתנגד לפשרה בנימוקים לא ענייניים<sup>54</sup>. מכאן ההצדקה למנוע מהמבוטח שימוש שרירותי בזכות ההתנגדות. תמיכה נוספת בגישה זו מצויה בהוראת סעיף 71(ב) לחוק חוזה הביטוח, שלפיה פעולה של המבוטח, של המבטחת, של הנאמן בפשיטת רגל, של המפרק, של כונס הנכסים ושל המנהל – אין בכוחה לגרוע מזכויות הצד השלישי לפי סעיף 68. לדיון מפורט בהוראה נידרש בהמשך<sup>55</sup>, אולם כבר עתה ניתן לומר שאף היא תומכת בתפיסה שהמבוטח חייב להפעיל את זכות ההתנגדות בתום-לב, ושלא תוכר ההתנגדות מטעם לא לגיטימי.

#### (ב) טעמים לגיטימיים להתנגדות

סעיף 68 אינו מפרט את הטעמים שבעטיים המבוטח רשאי להתנגד לתשלום, אולם כפי שראינו, השימוש בזכות ההתנגדות, בדומה לשימוש בזכויות אחרות, צריך להיעשות בתום-לב ומטעמים סבירים<sup>56</sup>. טעמי ההתנגדות לתשלום עשויים להיות מגוונים. לדוגמה, אפשר שהמבוטח יתנגד לתשלום מפני שתוצאתו תהיה העלאה של

קיים"; ידין (לעיל, הערה 52), עמ' 162. עוד ראו ע"א (ת"א) 2470/02 כלל חברה לביטוח נ' שלוש, נבו – המאגר המשפטי הישראלי.

54 ראו פרק ה, סעיף 2(ג) להלן.

55 ראו פרק ה, סעיף 2(ד) להלן.

56 ראו לדוגמה ת"א (ת"א) 745772/03 שנע 1984 יועצים נ' הראל חברה לביטוח, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (להלן – עניין שנע 1984 יועצים), פסקה 21 לפסק-הדין ("מבוטח אינו יכול להעלות התנגדויות סתמיות שיביאו לייקור והמשכיות ההליך ללא צורך אמיתי").

דמי הביטוח שאותם ידרש לשלם בעתיד, בזמן שלדעתו אין הצדקה כלל לפיצוי התובע. אם עמדתו של המבוטח מבוססת, ואין ספק בדבר יכולתו הכספית לקיים את פסק־הדין, נימוק זה הוא לגיטימי; דוגמה שנייה: מבוטח יכול להתנגד לתשלום בשל חשש שהמוניטין שלו ייפגע עקב ההכרה המשתמעת בטענות התובע<sup>57</sup>; דוגמה שלישית: המבוטח עלול לחשוש כי תשלום לניזוק יעודד אנשים נוספים להגיש נגדו תביעות, ואלו כבר לא תהיינה מכוסות בביטוח אחריות<sup>58</sup>. הדוגמאות האמורות מלמדות שקיימים לא

57 מסיבה זו פוליסות לביטוח אחריות מקצועית לרופאים מעניקות לרופאים זכות להתנגד להסדר פשרה עם התובע.

58 דוגמה נוספת לשימוש בזכות ההתנגדות של המבוטח הביא בית־המשפט בעניין שורץ (לעיל, הערה 53). בית־המשפט ציין שהמבוטח רשאי להתנגד לתשלום אם הוא מבקש לקבל מהמבטחת במסגרת הסדר הפשרה תגמולים שיכסו את כל נזקיו, "לרבות הנזקים הצפויים מתביעות הצד השלישי" (שם, עמ' 33). בית־המשפט הסתמך, בין היתר, על פסיקה אנגלית שלפיה הניזוק אינו יכול למנוע הסדר פשרה בין המבוטח למבטחת שחל גם על תשלום פיצויים לצדדים שלישיים, אפילו אם ברור ששיעור תגמולי הביטוח לא יספיק לפיצויו ותוצאתו הפרקטית היא שהמבוטח יוותר חדל פירעון (ראו *Normid Housing Assn Ltd. v. Ralphy* [1989] 1 Lloyd's Rep 265). אולם זכות התביעה הישירה איננה מוכרת באנגליה (ברומה לסעיף 69 אצלנו החוק האנגלי מאפשר לניזוק לתבוע ישירות את תגמולי הביטוח מהמבטחת רק אם המבוטח פשט את הרגל (או שהחלו לגביו הליכי פירוק) – *Third Parties (Rights against Insurers) Act, 1930*), ונראה שקביעתו של בית־המשפט מנוגדת לסעיף 68. עולה ממנה שהמבטחת רשאית לשלם למבוטח את תגמולי הביטוח "ולצאת מהתמונה" – וזה בדיוק מה שסעיף 68 ביקש למנוע. הגישה העדיפה היא שתשלום התגמולים למבוטח לא יקנה למבטחת הגנה מפני תביעת הניזוק מכוח סעיף 68. דוגמה נוספת לטעם התנגדות לגיטימי: מעביד המבוטח בביטוח אחריות מעבידים שהלווה כסף לעובד התובע ממנו עתה פיצויים בגין נזק גוף שאירע במהלך עבודתו, עשוי לבקש לקזז מהפיצויים שלהם זכאי העובד את סכום ההלוואה. המבוטח (המעביד) יכול להפיק יתרון כפול מהקיצוץ: באמצעות הקיצוץ הוא מבטיח את סילוק החוב המגיע לו מהעובד, והוא מונע ייקור של דמי הביטוח העלול לנבוע מתשלום תגמולי ביטוח (ראו נתניהו, הערה 52 לעיל, בעמ' 26). שאלה אחרת היא אם המבוטח חייב להשתמש בזכות הקיצוץ. השאלה מתעוררת מפני שקיימת אפשרות השימוש בזכות לא יעניק למבוטח יתרון כספי. נניח שחבותו הכספית של המבוטח כלפי התובע היא בשיעור של 1,000 ש"ח, החוב הקצוב של התובע למבוטח הוא 300 ש"ח, וסכום הביטוח הוא 2,000 ש"ח. אם המבוטח יפעיל את זכות הקיצוץ יעמוד חובו לתובע על 700 ש"ח שבגינם יהיה זכאי לשיפוי מהמבטחת (בניכוי השתתפות עצמית). אולם גם אם המבוטח לא ישתמש בזכות הקיצוץ הוא יהיה זכאי לשיפוי מהמבטחת על מלוא סכום התביעה. האם הפעלת זכות הקיצוץ היא בבחינת הקטנה של הנזק? נראה שהתשובה חיובית, משום שהנטל להקטין את הנזק מחייב את המבוטח לנהוג באותו אופן שבו היה נוהג אלמלא היה מבוטח. ברור שלולא הכיסוי הביטוחי הוא היה מנצל את זכות הקיצוץ, ולכן עליו לעשות כן גם כשהמבטחת היא המממנת את תשלום הפיצויים לתובע.

מעט טעמים לגיטימיים להתנגדות. השאלה אם ההתנגדות לגיטימית במקרה מסוים תחייב על-פי רוב ברור משפטי על רקע עובדותיו המיוחדות של המקרה.

### (ג) תניה חוזית המעניקה למבטחת זכות להתפשר

פוליסות לביטוח אחריות מקנות למבטחות את הזכות לנהל את הגנת המבוטח ובכלל זה אף להתפשר עם הניזוק-התובע. הזכות לניהול ההליך ממלאת תכלית כלכלית חשובה, ולכן אין להתייחס אליה בעוינות<sup>59</sup>: מאחר שהמבטחת היא שתשלם את הפיצויים שייפסקו, אך טבעי הוא לאפשר לה לשלוט בהליך, עם זאת סעיף 68 מקנה למבוטח זכות התנגדות לתשלום שאין להתנות עליה (סעיף 71(א) לחוק). זכות ההתנגדות אינה מתיישבת עם התניה חוזית המעניקה למבטחת שיקול-דעת מלא להתפשר עם הניזוק-התובע. המתח בין זכות ההתנגדות הסטטוטורית של המבוטח לבין זכותה החוזית של המבטחת להתפשר עם התובע מעורר בעיה כשנוצר ניגוד אינטרסים<sup>60</sup>. לדוגמה, אם הניזוק מציע הצעת פשרה נמוכה יחסית, המבטחת עשויה לבכר את יישוב התביעה על מיצוי ההליך בבית-המשפט אף-על-פי שקיימים סיכויים טובים לרחיית התביעה מפני שממילא יהיה עליה לשאת בהוצאות משפט סבירות (סעיף 66 לחוק). לעומת זאת המבוטח – שאינו צפוי לשאת בהוצאות ההליך – יבקש למצותו עד תום. להמחשת הבעיה נתבונן בדוגמה הבאה: נניח שהסכום הנתבע הוא 80,000 ש"ח, סכום הביטוח הוא 100,000 ש"ח, הסיכוי לקבלת התובענה הוא 50%, הצעת הפשרה היא על סך של 20,000 ש"ח, וההוצאות הכרוכות בהמשך ניהולו של ההליך הן 10,000 ש"ח. במצב זה הסדר הפשרה כדאי מבחינת המבטחת, שכן סכום הפשרה (20,000 ש"ח) נמוך מהוצאותיה הצפויות שהן 50,000 ש"ח<sup>61</sup>, אולם מבחינת המבוטח דחיית הסדר הפשרה אינה כרוכה בסיכון כלשהו, מכיוון שהסכום הנתבע נמוך מסכום הביטוח, וממילא המבטחת היא שתישא בהוצאות המשפט (סעיף 66 לחוק). בנסיבות אלה עלול המבוטח להתנגד להסכם הפשרה מטעמים לא ענייניים (כגון עוינות כלפי

59 ראו ולר (לעיל, הערה 16), § 550.

60 דוגמה יפה לכך הוא ת"א (ת"א) 35648/03 אריה חברה לביטוח נ' כהן, נבו – המאגר המשפטי הישראלי, שבו הסכים פרקליט המבטחת להצעת פשרה של הניזוק כאשר עיקר נטל הפשרה נפל על המבוטח בשל חבותו לשאת בתשלום "השתתפות עצמית". בית-המשפט פסק שהפשרה נעשתה כדין, אם כי הוא העיר שבנסיבות המקרה ייתכן שעל המבטחת היה לקבל את הסכמתו המחודשת של המבוטח להסדר הפשרה. נראה שבית-המשפט הקל עם המבטחת במקרה זה, משום שהוא לא התחשב כדבעי בזכות ההתנגדות של המבוטח ובחובת ההודעה של המבטחת.

61 ההוצאות הצפויות מורכבות מהוצאות המשך ניהול ההליך (לפי ההנחה – 10,000 ש"ח) ומתוחלת הפיצויים שהיא 40,000 ש"ח (ההסתברות שהתביעה תתקבל כפול שיעור הפיצויים הצפוי, כלומר  $80,000 * 50\%$ ).

התובע הספציפי). המבטחת אמנם יכולה להתמודד עם הבעיה בדרכים שונות, אולם אלה טובות פחות מיישוב התובענה. למשל, היא יכולה להפקיד את סכום הפשרה בצירוף הוצאות משפט סבירות ולצאת מתמונת ההליך (פוליסות לביטוח אחריות מקנות לה זכות זו)<sup>62</sup>. במצב זה עשויה להתעורר שאלה בדבר חבותה של המבטחת לשאת בתשלום ההפרש בין סכום פסק-הדין לבין הסכום שהופקד בהתאם להצעת הפשרה של הניזוק.

בעיית ניגוד האינטרסים יכולה להתעורר גם בכיוון ההפוך, וכדי להמחיש זאת נחזור לדוגמה האמורה תוך הוספת נתון אחד: הסכם פשרה יגרום נזק למוניטין של המבוטח בשיעור של 100,000 ₪, ואילו פסק-דין לחובתו יסב למוניטין שלו נזק בן 120,000 ₪. לפי נתוני הדוגמה, הסיכוי שיינתן פסק-דין לחובת המבוטח הוא 50%, ולכן תוחלת הנזק היא 60,000 ₪. במצב זה התנגדותו של המבוטח להסכם הפשרה היא לגיטימית, שכן הפשרה תסב לו נזק מידי וודאי למוניטין של 100,000 ₪, בעוד שתוחלת הנזק שלו – הנובעת מדחייה של הסכם הפשרה – היא 60,000 ₪. חשוב לציין שהוראת השתתפות עצמית, הממתנת בדרך כלל ניגודי אינטרסים בין הצדדים, אינה אפקטיבית כאן, משום שלפי הוראות הפוליסה הטיפוסיות, המבוטח חייב בתשלום השתתפות עצמית ללא תלות בשאלה אם התובענה נגדו נדחתה או הסתיימה בפשרה<sup>63</sup>. בשתי הדוגמאות האמורות הסדר הפשרה כדאי עבור המבטחת אולם המבוטח מתנגד לו, כשבמקרה הראשון, להבדיל מהשני, ההתנגדות אינה לגיטימית. הקושי הוא להבחין בין התנגדות מוצדקת להתנגדות בלתי מוצדקת, ואין מדובר בקושי של מה בכך, מאחר שלעיתים קרובות נזקיו הצפויים של המבוטח מהסדר הפשרה הם נזקים למוניטין שקשה מאוד לכמתם. עד עתה דנו בזכות ההתנגדות באספקלריה של סעיף 68 לחוק ושל

62 ראו ולר (לעיל, הערה 16), § 590.

63 ראו למשל ת"א (חי') 2221/99 המגן חברה לביטוח נ' מועצה מקומית עילבון, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (בית-המשפט קבע שמתן ההגנה למבוטח מחייבו לשאת בתשלום השתתפות עצמית); ת"א 39299/01 כלל נ' אורן, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (בית-המשפט פסק שעל המבוטח לשאת בהשתתפות עצמית ללא קשר לעובדה שהתובענה נגדו נדחתה); ת"א (ת"א) 758475/02 כלל חברה לביטוח נ' זמר הנדסה וניהול, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (בית-המשפט קבע שעצם הגשת התובענה נגד המבוטח וניהול התביעה בידי המבטחת הם מקרה ביטוח המצדיק תשלום השתתפות עצמית. באותו מקרה התובענה נדחתה משום שהמבטחת לא הבהירה למבוטח – שנתן את הסכמתו לדחיית התביעה נגדו ללא צו להוצאות – שיהיה עליו לשאת בתשלום ההשתתפות העצמית); ת"א (ת"א) 704243/03 מגדל חברה לביטוח נ' לויט, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (להלן – עניין לויט) (ניהול הגנת המבוטח בידי המבטחת מחייב את המבוטח לשאת בהשתתפות עצמית); ת"א (ת"א) 29975/03 הפניקס הישראלי חברה לביטוח נ' נחושטן חברה להשקעות, נבו – המאגר המשפטי הישראלי; ראו גם ולר (לעיל, הערה 16), § 547, הערה 3.

תניות חוזיות המעניקות למבטחת שיקול-דעת רחב להתפשר עם התובע-הניזוק, אולם החוק מכיל הוראה חשובה נוספת לעניינו: סעיף 71(ב), שבו נעסוק בשורות הבאות.

#### (ד) פעולות הפוגעות בזכות התביעה הישירה

סעיף 71(ב) הוא נדבך חשוב בביצור מעמדו של הניזוק בביטוח אחריות רצוני: הוא מגביל את חופש הפעולה של אלה שבכוחם לפגוע בזכויותיו של הניזוק – המבוטח, המבטחת, מפרק המבוטח, הנאמן בפשיטת רגל של המבוטח, כונס הנכסים של המבוטח ומנהל עיזבונו<sup>64</sup>. נמחיש את הדבר בכמה דוגמאות. על-פי רוב, פוליסות לביטוח אחריות מקנות למבטחת זכות לשלם למבוטח את מלוא סכום הביטוח ולצאת מתמונת ההתדיינות. התניה הטיפוסית קובעת שבעקבות תשלום מלוא סכום הביטוח למבוטח "תהא [המבטחת] פטורה מכל אחריות תשלום נוספת"<sup>65</sup>. כאשר המבטחת פועלת בהתאם לתניה זו, והמבוטח פורע את חובו לניזוק, אין מתעורר קושי, אולם אם המבוטח נמנע מפיצוי הניזוק מתעוררת השאלה אם האחרון זכאי לתבוע מהמבטחת לשלם לו ישירות את התגמולים אף שפרעה את חובה למבוטח. התשובה חיובית: הניזוק זכאי לצפות שאם תיקבע חבותו הכספית של המבוטח כלפיו, ייפרע החוב בידי המבטחת עד לגובה סכום הביטוח. למבטחת אסור לסכל ציפייה זו, שכן הדבר יהווה הפרה של סעיף 71(ב). מסקנה זו אף נתמכת – באמצעות היקש – בהוראות סעיף 2(ב) לחוק המחאת חיובים: הוראה זו פוטרת את החייב מחבותו כלפי הנמחה אם פרע את החוב לממחה

64 סעיף 71(ב) לחוק חוזה הביטוח קובע לאמור: "פעולה של המבוטח, של המבטח, של הנאמן בפשיטת רגל, של המפרק, של כונס הנכסים או של המנהל, אין בכוחה לגרוע מזכויות הצד השלישי לפי סעיפים 68 ו-69". אין זה ברור מדוע מעמד הניזוק טעון חיזוק מעבר לאמור בהוראות המעניקות לו זכות לתבוע את המבטחת, ומדוע ההוראה מופיעה בסעיף נפרד. ההיסטוריה החקיקתית של הסעיף מבהירה זאת: סעיף 2 לחוק הבטחת תגמולי ביטוח לצד שלישי, תשל"ז-1976 קבע ש"חוזה הביטוח ופעולה של המבוטח, של הנאמן בפשיטת רגל, של המפרק, או של כונס הנכסים או המנהל, אין בכוחם לגרוע מהזכויות שהוקנו לצד השלישי לפי חוק זה". כותרתו של הסעיף הייתה "שריון הזכויות של הצד השלישי". בהצעת חוק הביטוח לא נכלל סעיף 69, וממילא גם לא בוטל חוק הבטחת תגמולי ביטוח. במסגרת הדיון בחוק בוועדת המשנה לוועדת החוקה, חוק ומשפט הוחלט לבטל את החוק האמור ולשלב את הוראותיו בחוק החדש (ראו פרוטוקול דיוני ועדת המשנה מיום 13 בפברואר 1977, עמ' 3-4). בעקבות זאת הוספו לחוק סעיף 69 (הדומה בנוסחו לסעיף 1 לחוק הבטחת תגמולי ביטוח) וסעיף 71(ב) (הדומה בנוסחו לסעיף 2 לאותו חוק).

65 ראו למשל סעיף 6 לפוליסה לביטוח אחריות מקצועית של כלל חברה לביטוח; סעיף 5 לפוליסת ביטוח אחריות מקצועית לעורכי-דין של איילון חברה לביטוח. הסעיפים מאפשרים למבטחת לשלם למבוטח את מלוא סכום הביטוח ולצאת מתמונת ההליך בכפוף לתשלום יחסי של הוצאות משפט.



בתום-לב ובטרם נודע לו על ההמחאה<sup>66</sup>. סעיף 68 אמנם אינו ממחה את זכותו של המבוטח לניזוק, אולם המבטחת מנועה מלטעון שלא ידעה שקיים ניזוק התובע מהמבוטח לפצותו. לשון אחר, מסעיף 68 עולה שהחייבת (המבטחת) יודעת שהממחה (המבוטח) המחאה את זכותו לנמחה (הניזוק). סעיף 2(ב) אמנם אינו חל כאן ישירות, מפני שאין מדובר בהמחאה, אולם ההסדר הקבוע בו מתאים ברוחו ובתכליתו להוראת סעיף 68 בשילוב עם סעיף 71(ב), המבקשים להבטיח שהניזוק יקבל את הפיצוי המגיע לו בגין הנזק שהסב לו המבוטח. מסקנה זו שרירה גם אם הניזוק אינו מודע לקיום הביטוח, ולכן אין לו ציפייה אקטואלית לתגמולים. סעיף 68 מעניק לניזוק זכות על תנאי כלפי המבטחת כבר במועד התרחשותו של הנזק. התנאי הכפול למימוש הזכות הוא קביעת ממצא בדבר חבותו הכספית של המבוטח כלפיו, ובדבר חבות המבטחת לשפות את המבוטח בגין חבות זו. לכן מבטחת המעבירה את התגמולים למבוטח תוך התעלמות מהסיכון שהניזוק לא יזכה בפיצוי, פועלת בניגוד להוראת סעיף 68 וסעיף 71(ב)<sup>67</sup>: היא מרעה את מצבו של הניזוק ומקשה עליו לגבות את הפיצויים. במקום ליהנות מקיומם של שני חייבים (המבוטח והמבטחת) המבטחת שואפת להעביר את הניזוק למצב שבו יש לו חייב אחד (המבוטח)<sup>68</sup>. האיסור החל על מבטחת להתעלם מהאינטרס של הניזוק חל הן לפי העמדה הרואה בזכות מכוח סעיף 68 זכות דיונית גרדא הן לפי העמדה הרואה בה זכות מהותית<sup>69</sup>. אף אם כל פועלה של זכות התביעה הישירה מתמצה באפשרות לגבות את התגמולים, הרי שהעברתם למבוטח, בלי לתת את הדעת על הניזוק, עומדת בסתירה

66 סעיף 2(ב) לחוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969 קובע כי "פרע החייב את הזכות לממחה לפני שהודיע לו על ההמחאה או שהוצגה לפניו המחאה בכתב מאת הממחה, מופטר החייב, וזולת אם פעל שלא בתום-לב".

67 הוראות ברוח זו קיימות גם בשיטות משפט אחרות. לדוגמה סעיף 60(2) לחוק חוזה הביטוח השווייצרי (החוק שהשפיע יותר מכול על ניסוחו של חוק חוזה הביטוח) קובע כי המבטחת אחראית בגין כל פעולה הפוגעת בזכותו של האדם השלישי לקבל ממנה ישירות את תגמולי הביטוח. סעיף 2503 רישה לקוד האזרחי של קוויבק קובע כי על המבטחת להתחשב באינטרס של כל אדם הזכאי לתגמולים.

68 בע"א (ת"א) 1009/90 מרציאנו נ' צור חברה לביטוח, פ"מ תשנ"ד(1) 491 נפגע אוטובוס של מבוטח א. הוא קיבל תגמולי ביטוח ממבטחת א, אולם אלה לא כיסו את מלוא הנזק שנגרם לו, והוא תבע גם את מבטחת ב (המבטחת של המזיק) מכוח סעיף 68. מבטחת ב העבירה את תגמולי הביטוח ישירות למבטחת א, שלה הייתה זכות לשיפוי כלפיה מכוח הוראת התחלוף בסעיף 62 לחוק. מבוטח א טען שמבטחת ב לא הייתה רשאית להעביר את התגמולים ישירות למבטחת א. בית-המשפט פסק שהעברת הכספים בין שתי המבטחות הייתה נגועה בחוסר תום-לב, שכן הן התמזגו באותה עת והחלו לפעול כחברה אחת. בית-המשפט הוסיף וקבע, בצדק, כי מבטחת ב פגעה בזכותו של מבוטח א מכוח סעיף 68 (עמ' 502-503 לפסק-הדין).

69 לדין מפורט ראו ולר (לעיל, הערה 16), § 562.

לה. לכן ייטיבו מבטחות אם ישקלו בזהירות רבה את העברת התגמולים למבוטח, שכן אין בכך כדי להפקיע את זכותו הסטוטורית של הניזוק מכוח סעיף 68. דוגמה נוספת לחשיבות האיסור על פגיעה בזכות הניזוק מצויה במקרה שבו הצדדים לחוזה הביטוח מבקשים להגיע להסדר פשרה המשפיע על זכות הניזוק. נניח שמבוטח בביטוח אחריות ורכוש שמקרה הביטוח הסב נזק לו ולצדדים שלישיים, מבקש להתפשר עם המבטחת בהסדר הכולל גם את הפיצויים לניזוקים<sup>70</sup>. במקרה זה סעיף 71(ב) מחייב את המבוטח ואת המבטחת להתחשב בעניינם של הצדדים השלישיים. על המבטחת להימנע מהעברת התגמולים למבוטח לצורך שיפוי הניזוקים ולפעול להעבירם ישירות אליהם. בעיה אחרת עלולה להתעורר כשהתגמולים אינם מספיקים הן לשיפוי המבוטח הן לשיפוי הניזוקים. כיצד יש ליישב את התביעות הסותרות של המבוטח ושל הניזוקים לתגמולי ביטוח? מצד אחד, אין מדובר בחוזה רצוני לטובת אדם שלישי, ולכן לכאורה המבוטח זכאי לשיפוי בגין מלוא הנזק שנגרם לו עד לשיעור סכום הביטוח. מן הצד האחר, סעיף 71(ב) אוסר על המבטחת ועל המבוטח לנקוט פעולה שיש בה כדי לגרוע מזכותו של הניזוק לפי סעיף 68. הכף נוטה לטובת שיפוי המלא של המבוטח אפילו על חשבון אי-פיצוי של הצדדים השלישיים, משום שהמבוטח הוא שרכש את הביטוח: יהיה זה בלתי צודק להקנות עדיפות לניזוק שלא רכש את הביטוח ונהנה מזכות סטוטורית בלבד (מכוח סעיף 68) על פני המבוטח שרכש את הביטוח. עם זאת אין להוציא מכלל אפשרות שבמקרה המתאים הניזוקים יזכו בצו עיקול על זכות המבוטח לתגמולים, וכך תושג תוצאה דומה לזו הנובעת מתשלום התגמולים ישירות להם. הדוגמה השלישית לחשיבותו של סעיף 71(ב) בביצור מעמדו של הניזוק נוגעת בפעולות של המבוטח העוללות לפגוע בזכות. איסור הפגיעה בזכות הניזוק חל גם על המבוטח, ומסיבה זו הודאה של המבוטח כי המבטחת פטורה מחבותה כלפיו לא תגן עליה מפני תביעת הניזוק<sup>71</sup>.

70 לדיון מפורט ראו שם, § 570.

71 בבר"ע (י-ם) 3006/97 אלמשרק נ' סע-גל חברה להשכרת רכב, תק-מח 197(1) 1636 הסב המבוטח נזק למכונית של התובעת. הוא מסר למבטחת הודעה על התאונה ואף שילם את דמי ההשתתפות העצמית, אולם לאחר מכן חזר בו, חתם על מסמך הפוטר את המבטחת מכל אחריות לתוצאות התאונה, ובתמורה אף הושב לו סכום ההשתתפות העצמית. המבוטח פעל בדרך זו משום שבנסיבות המקרה לא הייתה לניזוקת אפשרות לממש פסק-דין נגדו בשל היותו תושב רמאללה. בית-המשפט קבע שהמבוטח פעל בחוסר תום-לב (פסקה 12 לפסק-הדין), וכי נוכח היריבות הישירה שיוצר סעיף 68 בין הניזוק לבין המבטחת אין בכוחו של הויתור למנוע מהניזוק לתבוע את המבטחת. קשה להבחין מפסק-הדין אם התנהגותו חסרת תום-הלב של המבוטח היא שעמדה ביסוד התוצאה, או שבית-המשפט היה מגיע למסקנה זהה ללא תלות בכך. הכלל הראוי הוא שאין לאפשר למבוטח למנוע בהבל פיו מהניזוק להעמיד למבחן שיפוטי את שאלת זכאותו לתגמולים. ובכלל, אם חתם המבוטח על מסמך הפוטר את המבטחת מחבותה, מתעורר חשד שהוא עשה כן מתוך

מהו היחס בין סעיף 71(ב) לבין סעיף 68, המקנה למבוטח זכות להתנגד להעברת התגמולים לניזוק? שתי ההוראות נראות ממבט ראשון סותרות, אולם למעשה – לפי הפירוש של זכות ההתנגדות שהצענו קודם לכן – הן משלימות: זכות ההתנגדות של המבוטח כפופה לחובתו שלא לפגוע באופן בלתי לגיטימי בזכות התביעה הישירה של הניזוק. לשון אחר, התנגדות המבוטח לתשלום חייבת להישען על טעמים לגיטימיים. אין הוא יכול להתנגד לתשלום מכוחה של גחמה או שרירות לב.

(ה) יישוב המחלוקת כאשר המבוטח מסרב להצעת פשרה: קווים לפתרון הרצוי

כיצד נדרשת לנהוג מבטחת שנטלה על עצמה את ייצוג המבוטח, ומוצע לה הסדר פשרה שנראה לה כדאי? דבר אחד ברור: עליה להודיע למבוטח על הפשרה המוצעת ועל כוונתה לשלם את תגמולי הביטוח ישירות לניזוק. כך קובע סעיף 68 במפורש. מבחינה זו, העובדה שהחווה מעניק למבטחת שיקול-דעת "מוחלט" להתפשר עם הניזוק-התובע אינה מעלה ואינה מורידה, שכן סעיף 68 הוא קוגנטי (מכוח סעיף 71(א)). מתברר שלא פעם מבטחות מתעלמות מהוראה זו ומגיעות להסדר פשרה עם התובע בלי ליידע את המבוטח; הן אף דורשות לאחר מעשה שהמבוטח יישא בתשלום ההשתתפות העצמית הקבוע בפוליסה<sup>72</sup>. מהי תרופת המבוטח במקרים שבהם המבטחת שילמה לניזוק את התגמולים בלי לאפשר לו להשתמש בזכות ההתנגדות? המבוטח בוודאי זכאי לפיצויים בדומה לנפגע מהפרת חוזה (אף שכאן מדובר בהפרת חובה סטטוטורית), אם כי יהיה עליו להוכיח שנגרם לו נזק ומהו שיעורו<sup>73</sup>. נוסף על כך ראוי לפטור אותו מתשלום השתתפות עצמית<sup>74</sup>. את הפטור מנשיאה בהשתתפות העצמית (במקרה שבו

כוונה לפטור אותה דווקא מחבותה כלפי הניזוק, משום שככל שהדברים אמורים בחבות כלפיו הוא היה יכול פשוט להימנע מלתבוע אותה.

72 ראו למשל פסק-דין שנע 1984 יועצים (לעיל, הערה 56); עניין לויט (לעיל, הערה 63); ת"א (ת"א) 707035/03 אריה חברה לביטוח נ' ישכרוב, נבו – המאגר המשפטי הישראלי; ת"א (ת"א) 711650/03 הדר חברה לביטוח נ' אומר מעליות, נבו – המאגר המשפטי הישראלי (בית-המשפט קבע, בצדק, שלמרות הוראת הפוליסה המעניקה למבטחת זכות לנהל את התביעה לפי ראות עיניה, שיקול-הדעת שלה מוגבל מכוחו של סעיף 68)

73 ראו ע"א 355/80 אניסימוב נ' מלון טירת בת שבע, פ"ד לה(2) 800.

74 בהקשר זה מעניין במיוחד פסק-דין שנע 1984 יועצים (לעיל, הערה 56), שבו קבע בית-המשפט, בצדק, שאף-על-פי שלמבוטח לא נגרם בסופו של יום נזק כתוצאה מהפרת חובת ההודעה, המבטחת אינה זכאית להשתתפות עצמית; ראו גם פסק-דין לויט (לעיל, הערה 63) (בית-המשפט שלל מהמבטחת את זכותה להשתתפות עצמית בלי לנמק תוצאה זו). באותה רוח ראו פסק-דין ישכרוב (לעיל, הערה 72). בפסק-דין זמר הנדסה וניהול (לעיל, הערה 63) שלל בית-המשפט מהמבטחת את זכותה להשתתפות עצמית משום שלא הבהירה למבוטח שדחיית התביעה נגדו ללא צו להוצאות תחייבו בכל זאת לשאת בשיעור ההשתתפות העצמית הקבוע בפוליסה.

המבטחת שילמה לניזוק תגמולים ללא מסירת הודעה למבוטח כמתחייב מהוראת סעיף 68) ניתן לדמות לפיצויים מוסכמים בגין הפרת חובת ההודעה הקבועה בסעיף 68. חשוב לזכור שבמקרה השכיח יתקשה המבוטח להוכיח מהו הנזק שנגרם לו עקב הפרת חובת ההודעה, ושאווי להמריץ מבטחות לקיים את החובה: כך יתאפשר ליבון כדבעי של השאלה אם הסדר הפשרה משרת כהלכה את האינטרסים של שני הצדדים, ותיפתח בפני המבוטח דרך להפעיל את זכות ההתנגדות שהחוק מקנה לו.

נניח עתה שהמבטחת הודיעה למבוטח על כוונתה לשלם את תגמולי הביטוח, והלה מתנגד לכך מטעמים שלדעת המבטחת אינם סבירים – כיצד עליה לנהוג? נקודת המוצא של סעיף 68, שלפיה יש למבוטח זכות התנגדות, אינה יכולה להיות גם נקודת הסיום: אין לפרש את סעיף 68 כמקנה למבוטח זכות "וטו" שתמנע מהמבטחת כל אפשרות להתפשר עם הניזוק-התובע<sup>75</sup>. פירוש מעין זה יפגע הן בניזוק, שהחוק הקנה לו זכות תביעה ישירה<sup>76</sup>, הן במבטחת. נוכח הקשיים הטיפוסיים לקבוע אם יש ממש בהתנגדות המבוטח מוטב לפנות לבורר שיכריע אם יש מקום להיענות להצעת הפשרה<sup>77</sup>. אם אין הצדדים מסכימים לבוררות, יש לקיים הליך מקדמי שמטרתו לקבוע אם טעמי ההתנגדות לגיטימיים. החליטה המבטחת לשלם לניזוק את תגמולי הביטוח חרף התנגדות המבוטח – היא נוטלת על עצמה סיכון שתחויב לפצותו על נזקיו אם יתברר בדיעבד שהתנגדותו הייתה לגיטימית. להבדיל מהמקרה שבו המבטחת מפרה את חובת ההודעה בדבר התשלום לצד השלישי, אין לפטור את המבוטח "אוטומטית" מתשלום השתתפות עצמית.

מה תהיה התוצאה אם המבטחת נענתה לדרישתו של המבוטח להימנע מתשלום אף-על-פי שסברה כי הסדר הפשרה הוא רצוי, ובדיעבד חויבה בתשלום פיצויים בשיעור העולה על סכום הפשרה שהוצע? האם רשאית המבטחת לתבוע את נזיקה מהמבוטח במקרה זה? מאחר שסעיף 68 מקנה למבוטח זכות התנגדות, ומאחר שהמבטחת עצמה סברה שבהתנגדות יש ממש, אין להשית על המבוטח פיצויים בשל הנזק שנגרם למבטחת.

## 1. סיכום

ביטוח אחריות מגן על המבוטח מפני חבות כלפי אדם שלישי. לעתים קרובות, כבר בשלב מוקדם יחסית של ההליך יציע התובע-הניזוק למבוטח לסיים את ההליך בפשרה.

75 ראו הטקסט שבין הערה 52 לבין הערה 53 לעיל.

76 ראו ולר (לעיל, הערה 16), § 564.

77 זהו ההסדר הקבוע בסעיף 4-127 לקוד הביטוח הצרפתי העוסק בביטוח הוצאות משפט.

במצב דברים זה עלול להתעורר ניגוד אינטרסים בין המבוטח לבין המבטחת: אפשר שהמבוטח יבקש להיעתר להצעת הפשרה, בעוד שהמבטחת תתנגד לה, או שהמבוטח ימאן לקבל את ההסדר המוצע, ואילו המבטחת תהיה מעוניינת בו. ניגוד אינטרסים מהסוג הראשון (כאשר המבוטח חפץ בפשרה, והמבטחת מתנגדת לה) אינו מוסדר בחוק חוזה הביטוח בעוד שניגוד אינטרסים מהסוג השני (זה שבו המבוטח מתנגד להצעת הפשרה) מוסדר בסעיף 68 לחוק חוזה הביטוח המעניק למבוטח זכות התנגדות. הניתוח הראה שבעיית ניגוד האינטרסים מהסוג הראשון (כאשר המבטחת מתנגדת להסדר הפשרה) חריפה במיוחד במקרה השכיח שבו הפוליסה קובעת תקרה לחבות המבטחת. הפתרון המוצע הוא להטיל על המבטחת חובה להתפשר כאשר בחינת החלטתה תיעשה לאורו של כלל שאותו כינינו "כלל ההתעלמות": על המבטחת להחליט בקשר להצעת הפשרה כאילו אין תקרה לחבותה. החלטה שתתקבל בדרך זו תהא מיטבית, מפני שמבטחת המתעלמת מקיומה של תקרה לחבות תתחשב ברווחתם המשותפת של הצדדים. אמת מידה זו מוצדקת בשים לב לעובדה שהחלטת המבטחת בקשר להצעת הפשרה עלולה להטיל על המבוטח חבות שייתכן שהיה ניתן להימנע ממנה. הפרה מבטחת את החובה להתפשר, ובעקבות זאת נגרם למבוטח נזק בשל הצורך לממן מכיסו חלק מהפיצויים המשולמים לניזוק – עליה לפצות את המבוטח בשיעור הנזק שנגרם לו אך בסכום שלא יעלה על שווי נכסיו הזמינים של המבוטח לנושים. ככל שהדברים אמורים בבעיית ניגוד אינטרסים מהסוג השני (כאשר המבוטח מתנגד להסדר הפשרה), ראינו שיש לפרש את זכות ההתנגדות שסעיף 68 מעניק למבוטח כזכות להתנגד מטעמים לגיטימיים. אין לומר שזכות ההתנגדות היא בבחינת זכות "וטו" שעצם מימושה שולל מניה וביה את היריבות בין הניזוק-התובע לבין המבטחת. התגלעה מחלוקת בין הצדדים, כאשר המבוטח מתנגד להצעת הפשרה – יש לקיים הליך מקדמי שבו תתברר הלגיטימיות של ההתנגדות או להכריע במחלוקת בסיועו של בורר. בהקשר זה אין משמעות לתניה בפוליסה המעניקה למבטחת שיקול-דעת מוחלט להתפשר עם התובע-הניזוק, שכן הוראת סעיף 68 לחוק חוזה הביטוח היא קוגנטית (מכוח סעיף 71(א) לחוק).