

## מעקב פסיקה

[עע \(ארצי\) 26328-09-14 הראל חברה לביטוח בע"מ - מירב תותי אשבל \(פורסם בנבו 03.12.19\)](#)

ביה"ד הארצי לעבודה, מפי סגן הנשיא אילן איטח, ביטל את החלטת ביה"ד האזורי בירושלים, אשר אישר בקשה לאישור תובענה ייצוגית בגין הפליה מגדרית פסולה בפוליסות ביטוח מנהלים שהונפקו ע"י חברות הביטוח הראל, מגדל, כלל ומנורה<sup>1</sup> (להלן: "המערערות"), במסגרת ערעור על החלטה זו.<sup>2</sup>

ביטוח המנהלים אותו ניתן לרכוש מהמערערות כולל בתוכו שני רכיבים המשקפים סיכונים הפוכים לחברות הביטוח: רכיב הגמלה (שמטרתו תשלום קצבה חודשית בהגיע המבוטח לגיל פרישה), המשקף סיכון להתארכות חיים לאחר גיל הפרישה ותעריפו נגזר מתוחלת החיים הממוצעת; ורכיב ה"ריסק" (כיסוי ביטוחי לסיכון מוות), המשקף סיכון של התקצרות החיים של המבוטח לפני גיל הפרישה ותעריפו נגזר משיעור התמותה הממוצע בגילאי העבודה. עד לשנת 2000 חושב תעריף ה"ריסק" ללא הבחנה בין גברים לנשים בעוד ברכיב הגמלה נעשתה הבחנה. היות ומבחינה אמפירית תוחלת החיים של נשים הינה ארוכה יותר, כפועל יוצא מאופן חישוב זה, גבר ואישה שפרשו באותו גיל ועם אותם שיעורי חסכון, זכו לקצבאות חודשיות בשיעורים שונים, כאשר הגבר קיבל קצבאות חודשיות בשיעורים גבוהים יותר.<sup>3</sup>

בינואר 2000, לאחר דיון בוועדה לקידום מעמד האישה בכנסת, התבקשו המערערות להחיל מדיניות שתבחין מעתה בין תעריפי נשים לתעריפי גברים בכל הקשור בסיכון למוות. ואכן, בתחילת שנות האלפיים שינו חברות הביטוח את רכיב ה"ריסק" כך שגם זה יכלול את ההבחנה האמורה. אולם, לאור הקשיים ביישום השינוי על פוליסות קיימות, הוועדה ציינה כי היא נוטה לא להתערב בתעריפיהן. לאור אי-השינוי האמור בפוליסות הישנות, הוגשו בחודש אפריל 2008 ע"י המשיבות בקשות לאישור תובענות ייצוגיות שעניינן הפליית נשים בפוליסות ביטוח מנהלים מכוח פרט 2 לתוספת השנייה לחוק תובענות ייצוגיות (להלן: "החוק").<sup>4</sup> המשיבות טענו כי יש לבטל את ההבחנה בין נשים לגברים בשני הרכיבים הללו, הגמלה והריסק, או לערוך הבחנה כזו בשני הרכיבים. כמו כן, נטען כי אין להשלים עם מצב בו המערערות מתייחסות למין המבוטח רק כאשר הדבר פועל לטובתן ומקטיף את הסכום שהן נדרשות לשלם (ברכיב הגמלה) ומתעלמות ממין המבוטח כשהדבר אינו נוח להן ומצריך גביית פרמיה בשיעור נמוך יותר (ברכיב הריסק).

ביה"ד האזורי אישר את בקשת האישור<sup>5</sup> וקבע כי עניינה של התובענה הוא הפליית נשים לפי פרטים (1)8,<sup>6</sup> (2)8<sup>7</sup> ו-1)9<sup>8</sup> לתוספת השנייה לחוק. ביה"ד האזורי ציין כי סעיפים אלו מתייחסים להפליה ע"פ החוקים המפורטים בהם, אך הינו סבור כי בנסיבות העניין ניתן להרחיב את עילת ההפליה ל"טענת הפליה כללית". על החלטה זו הגישו המערערות את ערעורן.

<sup>1</sup> תע"א (י-ם) 1742/08 מירב תותי אשבל - הראל חברה לביטוח בע"מ, תע"א (י-ם) 2409/08 אשבל נ' מנורה מבטחים ביטוח בע"מ,

תע"א (י-ם) 1744/08 גבאי נ' כלל חברה לביטוח בע"מ, תע"א (י-ם) 1743/08 אילון נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ

<sup>2</sup> עע (ארצי) 26328-09-14 הראל חברה לביטוח בע"מ - מירב תותי אשבל (פורסם בנבו 03.12.19)

<sup>3</sup> כיוון שתוחלת החיים של נשים ארוכה משל גברים, הרי שבמצב שבו גבר ואישה חסכו סכום זהה, הגבר יקבל מדי חודש גמלה בשיעור גדול יותר, משום שכספי החיסכון שלו מתחלקים במספר חודשים קטן יותר, ואילו האישה תקבל מדי חודש גמלה בשיעור נמוך יותר, משום שכספי החיסכון שלה מתחלקים במספר חודשים גדול יותר

<sup>4</sup> חוק תובענות ייצוגיות, תשס"ו-2006 (להלן: החוק)

<sup>5</sup> ר"ה"ש 1

<sup>6</sup> פרט 1)8 לתוספת השנייה לחוק- תביעה בעילה של הפליה בעבודה, לפי חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988

<sup>7</sup> פרט 2)8 לתוספת השנייה לחוק- תביעה בעילה כאמור לפי חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, התשנ"ו-1996

<sup>8</sup> פרט 1)9 לתוספת השנייה לחוק- תביעה בעילה לפי פרקים ד', ה' או ה' 1 לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות

ביה"ד הארצי קבע כי המערערות הוכיחו, לפחות ברמה הלכאורית, כי ההבחנה המגדרית ברכיב הגמלה אינה מהווה הפליה פסולה אלא הבחנה מותרת הנשענת על ההבדלים המובהקים בין המינים בתוחלת החיים בגיל הפרישה. קבלתו של ביה"ד הארצי את הערעור נסמכה על מספר טיעונים עיקריים: ראשית, המחוקק בחר שורה מוגבלת של נושאים ועילות שבהם בלבד ניתן להגיש תובענה ייצוגית ולכן לא ברור שניתן להגיש תובענה ייצוגית בעניין "הפליה כללית" כפי שנעשה, וכן לא נעשתה בחינה מספקת מצד בית הדין, תוך התבססות על הראיות שהוגשו לו, האם ההבחנה נעשתה מטעמים ענייניים כנדרש ע"פ הפסיקה.<sup>9</sup> כמו כן, צוין כי בקביעתו נסמך ביה"ד האזורי על החלטת וועדת הכנסת, דבר המעורר קושי בשל החשיבות שבשיקול דעת עצמאי של ביהמ"ש בהחלטות המגיעות לפתחו.<sup>10</sup> בנוסף, ביה"ד הארצי עמד על כך שכשעולה טענת הפליה פסולה והטוען הוכיח את עצם קיומה של הבחנה, עובר הנטל לכתפי הצד שכנגד להוכיח את הטעמים שעמדו ביסוד ההפליה<sup>11</sup> ולשיטת ביה"ד המערערות הצליחו להרים נטל הוכחה זה. לבסוף נקבע כי ההבחנה בין הנשים לגברים ברכיב הגמלה מבוססת על ההבדלים בין המינים לעניין תוחלת החיים, הבדל המגובה בנתונים אמפיריים-מחקריים שאינם שנויים במחלוקת. עוד נקבע כי אין מדובר בנתונים המבוססים על תפיסות סטריאוטיפיות מגדריות שהנחתן עשויה להגביר את אי השוויון המגדרי בחברה, וכי ההבחנה נדרשת ע"מ למנוע כשל שוק חמור בשוק הביטוח. באשר לרכיב הריסק, קבע ביה"ד כי בגילאים הרלוונטיים לרכיב זה, ההבדל בתוחלת החיים בין גברים לנשים אינו משמעותי, ומשפרמיה בגין הריסק הינה זניחה ביחס לפרמיה ביתר הרכיבים, אין לקבל את טענת המשיבות כי יצירת הבחנה ברכיב אחד מחייבת הבחנה ברכיב האחר וכי אי-הבחנה זו עולה לכדי הפליה אסורה.

שאלת ההפליה בביטוח, כאשר נטען כי ההבחנה נעשית על סמך נתונים אקטואריים, היא שאלה מורכבת שטרם ניתנה לה תשובה ברורה בספרות או בפסיקה. בדיון להלן אסקור את הגישות השונות לגבי הפליה סטטיסטית בביטוח בעולם ובישראל.

בעולם ניתן למצוא מספר ביטויים שונים ליחס שלילי כלפי הפליה סטטיסטית בביטוח. כך למשל, בארה"ב החוק קובע כי אסור להפלות בביטוח בין לבנים לאפרו אמריקאים, על אף נתונים סטטיסטיים לפיהם קיים הבדל בתוחלת החיים.<sup>12</sup> במאמרה אשר נדרש לסוגיה זו, מציגה Gaulling שתי גישות להפליה.<sup>13</sup> האחת- גישת ההפליה היעילה, שטוענת כי כאשר סיווג המבוטח מתכתב עם הערכת סיכון מדויקת, ההבחנה מותרת. השנייה- גישת איסור ההפליה, לפיה הפליה ביסודה אינה "הוגנת" ולפיכך אינה מותרת כאשר ההבחנה נעשית

<sup>9</sup> פסקה 63 לפסה"ד של ביה"ד הארצי; רעא 6897/14 רדיו קול ברמה בע"מ נ' קולך - פורום נשים דתיות (פורסם בנוב 09.12.15): "השאלה שעמה יש להתמודד כעת היא האם חזקה זו נסתרת לכאורה בהוכחת 'שוני רלבנטי' שהצדיק התייחסות שונה לנשים בנסיבות המקרה; שאלה שיש לבחנה בגדר הדין בתחולת החריגים הקבועים בחוק." (שם, פסקה 52 לפסק דינו של השופט דניגר) פסה"ד עסק בתובענה ייצוגית כנגד תחנת רדיו אשר הנהיגה פרקטיקה מפלה כנגד נשים. נפסק כי הפרקטיקה בה נוהגת התחנה, לפיה נשים לא יכולות לעלות לשידור, הינה בגדר הפליה אסורה מכוח חוק איסור הפליה.

<sup>10</sup> פסקה 72 לפסה"ד של ביה"ד הארצי; רעא 10094/07 פלונית נ' בית החולים האנגלי אי.מ.מ.ס (פורסם בנוב 24.11.10): "על בית המשפט להיזהר מאימוץ מסקנותיו הנורמטיביות של המומחה בלא הפעלת שיקול דעת עצמאי ומלא מצדו" (שם, פסקה 6 לפסק דינו של השופט הנדל) פסה"ד עוסק במקרה של רשלנות רפואית. כחלק מההליך שקדם לערעור נסמך ביהמ"ש המחוזי בבואו לקבוע סטנדרט, על חוות דעת מומחה בנושא בו היה עליו לקבוע את הסטנדרט בעצמו. ביהמ"ש העליון מדגיש את החשיבות של הפעלת שיקול דעת עצמאי מצד ביהמ"ש.

<sup>11</sup> פסקה 79 לפסה"ד של ביה"ד הארצי; בגץ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון (פורסם בנוב 08.11.95): "כפועל יוצא מההבחנה בין ההתייחסות המפלה לבין הצדקתה, מתבקשת גם הבחנה בדבר נטל ההוכחה, בין האישה הטוענת להפליה לבין הרשות השלטונית. על הטוענת להפליה להוכיח את התייחסותה השונה של הרשות אליה מחמת מינה (או השתייכות קבוצתית אחרת). מנגד, נטל ההוכחה כי ההתייחסות המפלה היא מוצדקת, הוא על הרשות." (שם, פסקה 8 לפסק דינה של השופטת דורנר) העותרת ביקשה להתקבל לקורס טיס כאשר האפשרות לא הייתה פתוחה עוד לנשים. טענתה הייתה כי אי-קבלתה לקורס טיס עולה לכדי הפליה אסורה זאת בניגוד לטענת הרשות אשר טענה כי ההפליה נובעת משוני רלוונטי ולכן מותרת.

<sup>12</sup> Jill Gaulling, *Race, Sex, and Genetic Discrimination in Insurance: What's Fair?*, 80 CORN.L.REV. 1646, 1646 (1994)

<sup>13</sup> שם, עמ' 1657-1658.

ע"ב מאפיינים שאינם בהכרח קשורים לסיכון הנמדד, אינם ניתנים לשליטה או קשורים להפליה היסטורית או לא צודקת. על כן, ניתן לטעון כי בכל הנוגע להפלות סטטיסטיות, הגישה בה נבחר לנקוט תשפיע על קביעתנו האם נטען לחובתה או לזכותה של הפליה מסוג זה.

דוגמא נוספת ניתן לראות באירופה. שם, עד שנת 2011, ע"פ הדין האירופאי ניתן היה לעקוף את הדרישה לשוויון מגדרי בכל הנוגע לפוליסות ביטוח באם הוכח קשר סטטיסטי בין המגדר לבין היות הלקוח "לקוח מסוכן".<sup>14</sup> אולם, לפי פסיקה שניתנה בשנה זו ע"י בית הדין האירופאי, לא ניתן עוד לבצע הבחנה שכזו בשל הפגיעה בשוויון הזכויות בין גברים ונשים.<sup>15</sup> במאמר אשר התייחס לפסיקה זו של ביה"ד<sup>16</sup> הזהירו הכותבים מחד מפני ההשלכות של מהלך זה, לרבות עליית מחירים בעקבות אובדן הסבסוד הצולב<sup>17</sup> ומאידך הדגישו כי הפליה מגדרית, בתמחור בכלל ובנושאי ביטוח חיים בפרט, אינם מקובלים על הציבור. בנוסף טענו הכותבים, כי האיסור על שימוש ברכיב המגדר יעודד את חברות הביטוח להשתמש בקריטריונים אחרים למען ביצוע ההבחנה בין לקוחותיהן ובכך יהפוך מיפוי הסיכונים והתמחור הדיפרנציאלי למדויק יותר. תמחור שכזה הינו מפלה גם הוא, אולם מדובר בהפליה "הוגנת יותר" שכן הקריטריונים הקובעים את גובה הפרמיה נמצאים בשליטתו של הלקוח (בניגוד למגדר וגזע). מנגד, במאמר אחר<sup>18</sup> הובעה דעה שונה ובהתאם לניתוח כלכלי שנעשה לגבי ההשפעה של החלטת ביה"ד האירופאי, הגיעו הכותבים למסקנה כי קביעת מחירים אחידים בביטוח לנשים וגברים, תביא לירידה ברווחה המצרפית. ניתוח זה מתכתב כאמור עם גישת ההפליה היעילה.

בניגוד למצב האמור בארה"ב ובאירופה, בארץ טרם ניתנה פסיקה האוסרת במפורש על חברות הביטוח שימוש בכלים סטטיסטיים לצורך קביעת מחירי הפוליסה. מחד, בשנת 2008, מבלי להשתמש במונח "הפליה סטטיסטית" קבע ביהמ"ש העליון בעניין **אלחנתי** כי השוני בין גברים לנשים, בין היתר בתוחלת חיים וגיל פרישה, אינו עולה לכדי שוני רלוונטי המצדיק הבחנה בפנסיית שארים ולכן מדובר בהסדר מפלה.<sup>19</sup> המשיבות טענו כי ההבחנה נדרשת לשם איזון אקטוארי אך ביהמ"ש דחה טענה זו. גישה זו של ביהמ"ש דוחה את גישת ההפליה היעילה ומקבלת את גישת איסור ההפליה, וזאת לאור הקביעה כי תיקון זה נדרש בשל העובדה כי מדובר בהפליה היסטורית כלפי נשים בהסדר האמור. מאידך, על אף העובדה כי האיסור על הפליה מגדרית מעוגן בחוק<sup>20</sup> בפסק הדין בעניין **מירב** משנת 2018, אשר עסק בתביעה ייצוגית בעניין הפליה ע"ב מגדר בביטוח, ציין השופט פרופ' גרוסקופף באמרת אגב כי ייתכן וניתן להכשיר פרקטיקות מפלות בהתאם לניתוחים סטטיסטיים, לפי הסייגים הקבועים בחוק.<sup>21</sup> גישה זו של גרוסקופף, מתיישבת עם תפיסת ההפליה היעילה

<sup>14</sup> [2004 EU Gender Directive](#)

<sup>15</sup> [C-236/09, Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL and Others v Conseil des ministres \(1 March 2011\)](#)

<sup>16</sup> [Schmeiser, H., Störmer, T. and Wagner, J., "Unisex insurance pricing: consumers' perception and market implications", The Geneva Papers on Risk and Insurance – Issues and Practice, 39\(3\), 322–350 \(2014\)](#)

<sup>17</sup> הוזלת מחיר של שירות לפלח אוכלוסייה אחד ע"י העלאות המחיר לאותו שירות לפלח אוכלוסייה אחר, כך שיווצר לספק השירות רווח בחשבון הכולל.

<sup>18</sup> [Jorn Sass & Frank Thomas Sefried, "Insurance markets and unisex tariffs: is the European Court of Justice improving or destroying welfare, SCANDINAVIAN ACTUARIAL JOURNAL 3 \(2014\)](#)

<sup>19</sup> **בני 2911/05 משה אלחנתי נ' שר האוצר - מר בנימין נתניהו**, פ"ד סב(4) 406 (פורסם בנוב 15.06.08) (להלן: עניין **אלחנתי**): " המשפט הישראלי אינו משקיף באהדה על גיל פרישה מוקדם לנשים ושואף לשוויון או לפחות לצמצום הפער בינן ובין הגברים בהקשר זה, נראה כי אין מקום להיאחז בגיל הפרישה המוקדם לנשים על מנת להצדיק באמצעותו הסדר שונה לאלמנים ולאלמנות בכל הנוגע לפנסיית שארים [...] אין מנוס מן המסקנה כי בפנינו הסדר הפוגע בשוויון שיש לקיים בין גברים לנשים בכל הנוגע לשיעוריה של אותה הפנסייה" (שם, פסקה 26). פסה"ד עסק בהסדר מפלה בקבלת פנסיית שארים בין גברים לנשים. ביהמ"ש העליון קבע כי הפליה זו עולה לכדי הפליה אסורה וביטל את ההסדר.

<sup>20</sup> סעיף 3 לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תש"א-2000

<sup>21</sup> **תצ (מרכז) 8214-05-14 רונן מירב נ' איי.די.איי. חברה לביטוח בע"מ** (פורסם בנוב 23.08.18): "חוק איסור הפליה חל במפורש על תחום הביטוח, ולא ניתן לטעון כי קיים דין מיוחד הפוטר חברות ביטוח מהחובה לנהוג בשוויון כלפי ציבור המבוטחים, ומתיר להן להפלות בין מבוטחות נשים לבין מבוטחים גברים. זהו הכלל, והחריגים לו הם אותם מצבים בהם ההבחנה לפי קריטריון המין מתחייבת מאופיו או ממהותו של המוצר הביטוחי. כאשר מדובר על תמחור דיפרנציאלי של הפוליסה העושה שימוש בקריטריון מין

לעיל והביקורות אשר נשמעו על הדין המוחל בארה"ב ואירופה. אמנם, בהקשר זה, ניתן להעלות שאלה בעניין הגינות התרת פרקטיקה מפלה כנגד נשים, בין אם רלוונטית ובין אם לאו, במדינה בה פערי השכר בין גברים לנשים עומדים על עשרות אחוזים.<sup>22</sup> ניתן לעשות ניתוח זה לאור גישת איסור ההפליה, היות ונשים זו קבוצה אשר הופלתה באופן היסטורי.<sup>23</sup>

טעמים של שוויון דורשים התייחסות לכל פרט כעומד בפני עצמו ואוסרים על התייחסות לפרט כאל חלק מקבוצה, תוך התעלמות מתכונותיו האישיות. אמירה זו של פרופ' מרגלית,<sup>24</sup> במאמרו הבוחן הפליות סטטיסטיות בשירות הביטחון, מתנגדת אף היא לגישת ההפליה היעילה ותומכת בגישת איסור ההפליה. המאמר מדגים כיצד הפליות סטטיסטיות עלולות להיות כרוכות בעלויות חברתיות גבוהות, אדרבא כאשר מדובר בקבוצה אשר מלכתחילה סובלת מהפליה. לא זו אף זו, ניתוח הפליה מנקודת מבט של תיאוריה כלכלית, עשויה להוביל למסקנה כי בחירה בדרך של הפליה עשויה להיות אופטימלית עבור המפלה, אך בעלת השפעות חיצוניות שליליות על החברה, אותן הוא אינו לוקח בחשבון<sup>25</sup> (בענייננו למשל: הנצחת הפערים בין גברים לנשים בחברה).

לסיכום, נראה כי ההנחה של ביה"ד הארצי כי טעמים אקטואריים עשויים להצדיק שימוש בהפליות סטטיסטיות ניתנת לסתירה ונקודת המוצא לדיון זה הינה הגישה להפליה בה בוחרים לנקוט- הפליה יעילה או איסור הפליה. הגישה ההולכת ונהיית רווחת במקומות שונים בעולם כיום היא צמצום פערים ואי-שוויון חברתי, בעיקר בנוגע לקבוצות מופלות היסטורית כגון נשים, ועל כן נראה כי במקומות שונים בעולם ישנה נטייה לכיוון גישת איסור ההפליה. לכן, כאמור לעיל, ניתן לנסות ולמצוא דרכים נוספות להתמודד עם כשלי השוק להם טוענות חברות הביטוח, ומשאלו תפסקנה להיסמך על מגדר ע"מ להבחין בין המבוטחים, ייתכן ואף יגיעו למיפוי סיכונים מדויק יותר וכתוצאה מכך הוגן יותר וכל זאת בהתאם לרוח התקופה.

המבוטח בהתאם לניתוחים סטטיסטיים יתכן שניתן להכשיר שימוש כזה" (שם, פסקה 43) ביהמ"ש העליון דחה הטבה אשר נותנת חברת הביטוח לפיה נשים זכאות לשירות החלפת גלגל בחינם בעוד גברים נדרשים לשלם על השירות. ביהמ"ש נימק החלטתו בכך שמדובר בהסדר המפלה נשים ולכן עומד בניגוד לחוק איסור הפליה.

<sup>22</sup> מיקי פלד, הלמ"ס- שכר הנשים- 65% בלבד מזה של הגברים- [כלכליסט 14.11.17](#)  
<sup>23</sup> תצ 43232-05-12 ש.י.ד.ה.ע.ג.ש.ב.ש.נ.י.ק.ישראל אבן-זהב פ.ס.ד.ה.נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ כלל חברה לביטוח בע"מ כלל חברה לביטוח בע"מ כלל חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו 21.05.12)- בקשה לאישור תובענה ייצוגית שעסקה בעניין דומה. בקשת האישור הוגשה בגין הפליה בביטוח של אנשים עם מוגבלות. הטענה העיקרית הייתה כי חברות הביטוח אינן בוחנות כל מבוטח באופן פרטני אלא נשענת על נתונים אקטואריים. הליך זה נגמר בהסתלקות אולם קיים הליך נוסף העוסק באותו עניין המתקיים בדלתיים סגורות.

<sup>24</sup> יורם מרגלית "הפליה סטטיסטית בשירות הביטחון" [משפט ועסקים ה, עמ' 323 \(התשס"ו\)](#).  
<sup>25</sup> [ברק מדינה "איסור הפליה במגזר הפרטי מנקודת מבט של תיאוריה כלכלית" עלי משפט ג' \(תשס"ג\)](#): כאשר חברות ביטוח קובעות את גובה הפרמיה בהסתמך על גורמים מסוג זה [השתייכות קבוצתית], התוצאה עלולה להיות רחבה מאוד. מדיניות שכזו משדרת מסר לחברה בכללה באשר לסיכון הכרוך בהתקשרות חוזית עם מי שנמנה עם קבוצה מסוימת בחברה; היא בוודאי פוגעת באותם פרטים הנמנים עם הקבוצה ואשר לא היו מסווגים כבעלי סיכון גבוה לו התבססה קביעת רמת הסיכון על אמת מידה אחרת, ניטרלית במהותה, אף אם יקרה יותר לביצוע (שם, עמ' 29)