

אזור סחר חופשי בשירותים בין ישראל לבין האיחוד האירופי — מדוע וכיצד?

נלי מונין*

מאמר זה בוחן את האפשרות ליצירת אזור סחר חופשי בשירותים בין ישראל לבין האיחוד האירופי, את משמעויותיה המשפטיות ואת השלכותיה. המאמר סוקר את עקרונות האינטגרציה הכלכלית ואת משמעותה בכל הנוגע לשירותים. כמקרה-מבחן, המשקף את הבעייתיות שבנקיטת צעד זה, המאמר בוחן את תחום השירותים הפיננסיים, תוך התמקדות בתחום הביטוח.

מבוא

פרק א: הרקע ליחסי ישראל-אירופה

פרק ב: אינטגרציה כלכלית וקירוב דינים

1. התחומים שבהם ייעשה קירוב דינים בין ישראל לבין האיחוד האירופי לפי תוכנית PNE

2. כיצד עושים את המהלך של קירוב דינים?

3. מהם השיקולים של מדינת ישראל בהחלטה על מהלך של קירוב דינים?

פרק ג: על סחר בשירותים וקירוב דינים, ועל חשיבותו של הסחר החופשי בשירותים

1. ישראל אינה לבד: המטרה — אזור סחר חופשי בשירותים ברחבי הים התיכון

2. החסמים לסחר חופשי בשירותים והדרכים להסרתם

3. מצב ההרמוניזציה בסחר בשירותים באיחוד האירופי

4. הטכניקה להשגת ליברליזציה בשירותים באיחוד האירופי

5. הסחר בשירותים פיננסיים

6. דרגות קושי שונות בתיאום החקיקה

(א) אימוץ סטנדרטים בין-לאומיים — המקרה הקל

(ב) פערי מדיניות — המקרה הקשה

* עורכת-דין, דוקטור למשפטים, מומחית לסחר בין-לאומי, הציר הכלכלי במשלחת ישראל לאיחוד האירופי (1999–2003), מרצה בנושאי סחר בין-לאומי והאיחוד האירופי באוניברסיטת בר-אילן ובמרכז הבינתחומי הרצליה.

- פרק ד: מקרה מבחן – קירוב דינים בתחום הביטוח
1. ההרמוניזציה בדיני הביטוח באיחוד האירופי
 2. ההבדל העקרוני בין הדין האירופי לבין הדין הישראלי מבחינת ההוראות הנוגעות בביטוח
 3. השינויים הנדרשים בחוק הפיקוח על עסקי ביטוח
 4. השינויים הנדרשים בהצעת חוק דיני ממונות (א) בעיית ההשפעה על המכלול
 - (ב) דוגמות להבדלים נקודתיים בתחום דיני הביטוח בין הצעת חוק דיני ממונות לבין הדין האירופי
 5. יחסי מבטח ומבוטח – הגנה על הצרכן
- פרק ה: סיכום ומסקנות

מבוא

מאמר זה בוחן את האפשרות ליצירת אזור סחר חופשי בשירותים בין ישראל לבין האיחוד האירופי (להלן: האיחוד), את משמעויותיה המשפטיות ואת השלכותיה. אפשרות זו עומדת כיום על הפרק כחלק ממהלך של שדרוג היחסים בין ישראל לבין האיחוד במסגרת תוכנית השכנות האירופית – ה־European Neighbourhood Policy (ENP)¹. מאחר שמהלך כזה משמעו העמקת האינטגרציה הכלכלית בין ישראל לבין האיחוד, הדיון מתמקד, בין היתר, בשאלה המשפטית הבאה: מהו הקשר בין העמקת האינטגרציה לבין קירוב הדינים, ובמה כרוכה העמקת האינטגרציה בתחום השירותים בין ישראל לבין האיחוד במישור המעשי?

המאמר נחלק לחמישה פרקים: בפרק הראשון נציג בקצרה את הרקע ליחסים בין ישראל לבין האיחוד האירופי; בפרק השני נבחן את הקשר שבין אינטגרציה כלכלית לקירוב דינים, את התחומים שתוכנית הפעולה ליישום רעיון ה־ENP מונה כתחומים פוטנציאליים ליישום, את אופן ביצועו של התהליך ואת השיקולים שצריכים ללוותו; בפרק השלישי נתמקד בתחום מרכזי שתהליך האינטגרציה בו עשוי להיות כרוך במהלך של קירוב דינים – הסחר בשירותים, תוך התמקדות במגזר השירותים הפיננסיים, שזכו בהתייחסות נפרדת במסגרת התוכנית; בפרק הרביעי של המאמר נבחן את האפשרות המעשית לקירוב דינים במגזר הביטוח, תוך השוואה בין הדין האירופי לבין החוק הישראלי,² והצעת חוק דיני ממונות;³ בפרק החמישי נסכם.

1 Communication from the Commission of 12 May 2004 on "European Neighbourhood Policy — Strategy Paper" (COM (2004) 373 final).

2 חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח) התשמ"א-1981, ס"ח 208 (להלן: חוק הפיקוח על עסקי ביטוח או חוק הביטוח).

3 הקודקס האזרחי – חוק דיני ממונות (נוסח לעיון הציבור, משרד המשפטים, תשס"ד) נגיש באתר כתב-העת <http://www.idclawreview.org> (להלן: הצעת חוק דיני ממונות).

פרק א: הרקע ליחסי ישראל–אירופה

יחסי ישראל והאיחוד האירופי ראשיתם עוד בשנות השישים. ישראל הייתה המדינה השלישית שחתרה לכונן יחסים מדיניים וכלכליים עם האיחוד האירופי, מייד לאחר הקמתו בשנת 1957.

בשנת 1975 חתמו ישראל והאיחוד על הסכם בדבר אזור סחר חופשי,⁴ שהתחיל את תהליך האינטגרציה הכלכלית ביניהם. במסגרת תהליך זה הוקמו מנגנונים משפטיים להסרת חסמי סחר בין המדינות, בין היתר על ידי הפחתת מכסים והקטנת הגבלות שוות-ערך למכס, כגון מכסות ומיסים המפלים לרעה את היבוא לעומת הייצור המקומי הדומה. האינטגרציה הכלכלית בין ישראל לבין האיחוד התקדמה מכוח הסכם זה עד שנת 1995. אז נחתם הסכם האסוציאציה בין ישראל לבין האיחוד, שאושרר ונכנס לתוקפו בשנת 2000.⁵

הסכם האסוציאציה שיקף "קפיצת-מדרגה" קונספטואלית בדרגת האינטגרציה שהצדדים שואפים אליה. דרגת האינטגרציה עלתה מיצירת אזור סחר חופשי, דהיינו הסרת הגבלות מכסיות ושוות-ערך להן על הסחר (מטרה שבה התמקד ההסכם משנת 1975), להגברת שיתוף-הפעולה הכלכלי בשורה של תחומים, כגון מדע, איכות הסביבה, דיני תחרות, קניין רוחני, רכישות ממשלתיות ועוד.

דא עקא, שחלק גדול מהפוטנציאל להידוק היחסים בתחומים אלה, הגלום בהסכם האסוציאציה, טרם מומש. ההסכם קבע מעין "רשימת מכולת" של נושאים שיש לצדדים עניין משותף בהם באמצעות הוראות-מסגרת, והיה צורך בעבודה מקצועית מרובה על-מנת לתת להן תוכן. התנודות המדיניות החריפות ביחסי ישראל והאיחוד, העיסוק האינטנסיבי של האיחוד בתהליכי ההרחבה המשמעותיים וההתעסקות של ממשלת ישראל בבעיות היומיום הקיומיות – כל אלה מנעו עד כה את פיתוחן של הוראות אלה לכלל הוראות לביצוע.

בשנת 2003, כאשר האיחוד האירופי כבר עמד בסיום ההכנות לקראת תהליך הרחבתו מחמש-עשרה לעשרים וחמש מדינות, הגו קברניטיו את רעיון השכנות האירופי (ENP).⁶ רעיון זה נועד לאפשר לאיחוד לשדר גישה חיובית – כמו גם לייצא את הרעיונות העומדים בבסיסו – אל "השכנות החדשות", דהיינו, אל המדינות שנהפכו לשכנותיו בעקבות

4 "הסכם (מס' 822) בין מדינת ישראל והקהילה הכלכלית האירופאית" (1975), כ"א תשל"ה 24.

5 "הסכם (מס' 1304) אירופי-ים תיכוני לכינון התאגדות בין מדינת ישראל לבין הקהילות האירופיות והמדינות החברות בהן" (1995), כ"א תשנ"ו 1.

6 Communication from the Commission to the Council and the European Parliament of 11 March 2003 on "Wider Europe – Neighbourhood: A New Framework for Relations with Our Eastern and Southern Neighbours" (COM(2003) 104 final).

תהליך ההרחבה, ביניהן רוסיה, אוקראינה ואף מדינות אגן הים התיכון השותפות בתהליך ברצלונה,⁷ כגון ישראל, ירדן ומרוקו.⁸

מבחינת ישראל, תוכנית ה-ENP משקפת תפנית בגישה האירופית. עד שנהגה רעיון זה, ראה האיחוד את ישראל כחלק מתהליך ברצלונה, שהושק בשנת 1995, אשר היה אמור לקדם את יחסיהן של חמש עשרה מדינות האיחוד דאז עם אחת עשרה מדינות ים-תיכוניות והרשות הפלשתינית, ביניהן שלוש מועמדות להצטרפות לאיחוד: קפריסין ומלטה (שהצטרפו לאיחוד בגלל ההרחבה האחרון), ותורכיה, שעימה מתקיים נכון לשעה זו משא-ומתן לקראת הצטרפות. ככל שהתקדם תהליך ההתקרבות בין האיחוד לבין שלוש המועמדות להצטרפות, מחד גיסא, ועל רקע הקיפאון בתהליך המדיני בין ישראל לשכנותיה, מאידך גיסא, מצאה את עצמה ישראל מבודדת במסגרת ברצלונה. זאת ועוד, נקודת המוצא של תהליך ברצלונה הייתה מתכון אחיד לכל המשתתפים. ישראל – שהפרופיל הכלכלי שלה היה שונה מזה של שאר המדינות השותפות בתהליך שלא השתייכו לאיחוד או לקבוצת שלוש המועמדות להצטרפות לאיחוד, ואשר הייתה מבודדת מבחינה מדינית לעומתן – מצאה את עצמה פעמים רבות במצב שבו היא אינה יכולה למצות את ההטבות הגלומות במסגרת זו. החידוש העומד בליבו של רעיון השכנות הוא יצירת מסגרת ייחודית לשתוף-פעולה בין האיחוד לבין כל אחת מהמדינות השכנות לו המשתתפות בתהליך. המסגרת נתפרת בהסכמת שני הצדדים, ואמורה לשקף את חזונו המשותף לגבי עתיד היחסים ביניהם, מתוך הבנה כי אלה יישארו בגדר יחסי שכנות מתקדמים, ולא יהוו צעד מקדים לקראת הצטרפות לאיחוד.

בחודש דצמבר 2004, לאחר כשנה של דיונים אינטנסיביים, חתמו שרי החוץ של ישראל והאיחוד על תוכנית הפעולה ליישום מדיניות ה-ENP בין האיחוד לבין ישראל.⁹ התוכנית מצביעה על הנושאים – הלקוחים ברובם מתוך הסכם האסוציאציה – ששני הצדדים רואים עדיפות בקידומם לקראת יישום. רשימת הנושאים משקפת, מחד גיסא, את רצונה העז של ישראל להגביר את רמת האינטגרציה הכלכלית בינה לבין האיחוד, ומאידך גיסא, את נכונותו של האיחוד לספק רצון זה עד נקודה מסוימת, בתמורה לכך שתיתן לו דריסת-רגל מדינית בפתרון בעיות האזור.

בשנת 2005 הוקמו עשר קבוצות מומחים מ ישראל ומהאיחוד, שאמורות לדון במשך שלוש שנים בשאלה כיצד ליישם את תוכנית השכנות על היבטיה השונים. הדיונים החלו בסוף 2005. עם תומם יחליטו הצדדים אם כדי ליישם את מסקנותיהן של קבוצות המומחים

7 ב' 27–28 בנובמבר 1995 התכנסו בברצלונה שרי החוץ של חמש עשרה המדינות של האיחוד האירופי ושל אחת עשרה מדינות ים-תיכוניות וכן נציגי הרשות הפלשתינית (את ישראל ייצג שר החוץ דאז אהוד ברק). מטרת הכנס הייתה ליצור שותפות בתחומים המדיני-הבטחוני, הכלכלי-הפיננסי והתרבותי-התרבותי. להרחבה ראו אליהו הדר דרכון למוצרים באירופה (התשס"ב) 357.

8 ה"שכנות" הראשונות שעמן חתם האיחוד האירופי על תוכנית שכנות הן מולדובה, אוקראינה, מרוקו, תוניס, ירדן, ישראל והרשות הפלשתינית.

9 ראו: "EU/Israel Action Plan" available at http://ec.europa.eu/world/enp/pdf/action_plans/israel_enp_ap_final_en.pdf (17.8.2006).

משפט ועסקים ד, התשס"ו אזור סחר חופשי בשירותים בין ישראל לבין האיחוד האירופי

יש צורך בכריתת מסגרת הסכמית חדשה בין הצדדים, מעבר להסכם האסוציאציה משנת 2000.

פרק ב: אינטגרציה כלכלית וקירוב דינים

אינטגרציה כלכלית ניתנת לחלוקה לרמות שונות, בהתאם לרצונם של הצדדים המתקשרים בהסכם להשגתה. להלן כמה מבין רמות האינטגרציה האפשריות:¹⁰

אזור סחר חופשי (Free Trade Area) – ביטול כל המכשולים לסחר בין המדינות המתקשרות, כגון היטלים על הייבוא והגבלות כמותיות. תנועת הטובין ביניהן חופשית, אך כל מדינה רשאית להחיל תעריף מכס עצמאי כלפי מדינות שליטות.¹¹

איגוד מכס (Customs Union) – כמו באזור סחר חופשי, מסירים את כל המכשולים לתנועה חופשית של טובין בין המדינות המתקשרות, אולם נוסף על כך, המדינות המתקשרות מחילות תעריף מכס חיצוני אחיד. מרגע שטובין נכנסים לאיגוד המכס דרך אחד מגבולותיו, תנועתם בתוך גבולות האיגוד חופשית (free circulation), דהיינו, הם אינם עוברים שוב ביקורת גבולות/מכס כאשר הם חוצים גבול בין שתי מדינות החברות באיגוד המכס.

שוק משותף (Common Market) – זהו איגוד מכס שבו גם אמצעי הייצור של המדינות החברות בו רשאים לנוע בו בחופשיות. לגבי היחס לתנועה של כוח עבודה והון ממדינות שליטות, המדינות החברות רשאיות להחליט אם תיקבע מדיניות משותפת אם לאו.

איחוד כלכלי (Economic Union) – זהו שוק משותף שיש בו דרגה גבוהה של שיתוף בתחומים החשובים ביותר של המדיניות הכלכלית: מדיניות מקרו-כלכלית ומוניטריית וכן מדיניות בדבר חלוקת ההכנסה. נוסף על החלת מדיניות סחר משותפת כלפי מדינות שליטות, מפותח אף השיתוף במדיניות החוץ בכל הנוגע לאמצעי הייצור ולמגזרים הכלכליים.

איחוד מוניטרי (Monetary Union) – זהו שוק משותף שקיימת בו תנועה חופשית של הון. שערי החליפין באיחוד כזה קבועים ובלתי-ניתנים לשינוי, וקיימת אפשרות המרה מלאה של המטבעות במדינות החברות בו. לחלופין קיים מטבע אחד משותף המשמש בכל המדינות החברות. איחוד כזה משקף דרגת אינטגרציה גבוהה של המדיניות המקרו-כלכלית ומדיניות התקציב.

10 Willem Molle *The Economics of European Integration — Theory, Practice, Policy* 16–18 (Burlington, 4th ed., 2001).

11 ספרו של Molle מתמקד בעיקר במודל הפשוט של ליברליזציה בסחר בטובין. ניתן לאמץ אותם שלבים שהוא מונה לגבי ליברליזציה בשירותים, בשינויים המחויבים שיידונו בהמשך.

איחוד כלכלי ומוניטרי (Economic and Monetary Union)¹² – משלב את המאפיינים של האיחוד הכלכלי והאיחוד המוניטרי.¹³

איחוד כלכלי מלא (Full Economic Union) – איחוד כלכלי מלא של הכלכלות המעורבות וקביעת מדיניות משותפת לגבי עניינים חשובים רבים. מצב זה דומה במידה רבה למצב שבתוך מדינה אחת. לנוכח ריבוי תחומי האינטגרציה הכלכלית, במקרים רבים מתלווה אל התהליך גם אינטגרציה פוליטית (כגון יצירת פדרציה).

נהוג להבחין בין שלושת השלבים הראשונים שנמנו לעיל ב"סולם האינטגרציה" לבין השלבים המתקדמים יותר, שכן שלושת השלבים הראשונים – אזור סחר חופשי, איגוד מכס ושוק משותף – מתייחסים לאינטגרציה של שווקים במדיניות *laissez-faire*, דהיינו, הם אינם מחייבים שינוי של המצב המשפטי והכלכלי בתוך המדינות המתקשרות, אלא רק ביניהן. לעומתם, שאר שלבי האינטגרציה שנמנו מחייבים אינטגרציה ברמה זו או אחרת במדיניותן של המדינות המתקשרות, ובעקבות זאת – אף אינטגרציה אפשרית במדיניותן המשקפיים מדיניות זו.

את יחסי ישראל והאיחוד האירופי ניתן למקם בסולם האינטגרציה בנקודת התפר שבין שתי קבוצות השלבים. במילים אחרות, אם עד כה חייב קידום האינטגרציה בין ישראל לאיחוד שינוי של דינים החלים ביניהם ומשפיעים במישרין על תנועת הסחר – כגון הסרת מכסים, הגבלות והיטלים שוויוניים – ערך למכס המוטלים בעת הייבוא, בגבול הכניסה למדינה – התבוננות על תוכנית הפעולה לקידום מדיניות ה-ENP מעלה כי התקדמות לקראת שלב אינטגרציה מתקדם יותר עשויה לחייב קירוב של דיניהם הפנימיים של הצדדים בשורה של תחומים, מעבר להסדרת דיני הייבוא החלים בשלב חציית הגבול.

1. התחומים שבהם ייעשה קירוב דינים בין ישראל לבין האיחוד האירופי לפי תוכנית ENP

תוכנית הפעולה ליישום מדיניות ה-ENP מונה שורה של תחומים כלכליים אשר התקדמות בדרגת האינטגרציה הקיימת בהם בין ישראל לבין האיחוד עשויה לעורר את הצורך במהלך של קירוב דינים. המסמך מזכיר בהקשר זה, בין היתר, את התחומים הבאים: אחריות למוצרים פגומים, נושאים סניטריים (בעלי-חיים ומוצרים מבעלי-חיים) ופיטו-סניטריים (היגיינה, מגוון ואיכות של צמחים), בטיחות מזון, שירותים פיננסיים, מיסוי ישיר (השוואת הגדרות), ביטחון ובטיחות בתחבורה, איכות הסביבה ומדיניות בתחומי המדע והטכנולוגיה. התחומים הנזכרים אינם בגדר רשימה סגורה. התקדמות בתהליך האינטגרציה בנושאים אחרים הנכללים במסמך – כגון שיתוף-פעולה מכסי, שיתוף-פעולה בתחום ההגירה,

12 להרחבה ראו מיכאל רום בנתיב המדיניות המסחרית הבינלאומית של ישראל – העדיפויות והשוק האירופי המשותף (תשנ"ט) 15.

13 את האיחוד האירופי, שהחל את דרכו כשילוב של אזור סחר חופשי ואיגוד מכס, ניתן למקם כיום בשלב הזה.

שיפור תנועתן של ההשקעות הזרות ועוד – עשויה לחייב בעתיד השוואה של מדיניות הטיפול בהם בישראל ובאיחוד באמצעות קירוב דינים. אולם המסמך עצמו אינו מזכיר את נושא קירוב הדינים בהקשר של נושאים אלה. גם לגבי הנושאים הנמנים במפורש בהקשר של קירוב דינים עתידי, המסמך מציין זאת כאפשרות, ואינו כולל כל התחייבות לביצוע מהלך זה.¹⁴

2. כיצד עושים את המהלך של קירוב דינים?

קירוב דינים הוא מהלך מורכב שתפקידו לוודא כי בסוף התהליך תהיה זהות בין דיני המדינות המשתתפות בתהליך. הזהות אינה יכולה בדרך-כלל להיות צורנית, לנוכח העובדה שלכל מדינה יש שיטת משפט ומבנה דינים שונים. לכן עיקר הדגש מושם בזהות המהותית, דהיינו, מודאים כי ההוראות המקבילות בדיני המדינות המעורבות יובילו לאותה תוצאה משפטית.

כאשר מדובר בקירוב דינים בהקשר של האיחוד האירופי, שמסכת דיניו (הידועה כ-"acquis communautaire") מונה יותר ממאה אלף עמודים ומחייבת משפטית את עשרים וחמש המדינות החברות בו, ברור שמהלך של קירוב דינים מצד מדינה כגון ישראל הוא מהלך חד-צדדי של אימוץ הדין האירופי בתחום הרלוונטי.

לאיחוד האירופי יש ניסיון רב בקיום תהליך של קירוב דינים של מדינה לדיני האיחוד. למעשה, האיחוד עבר תהליך כזה עם כל אחת מהמדינות שהצטרפו אליו לאחר הקמתו, ולאחרונה – עם עשר המדינות שהצטרפו אליו בגל ההרחבה האחרון שהתרחש במאי 2004. האיחוד נוהג לחלק את הדין האירופי לפרקים, לפי הנושאים, ובונה טבלה מפורטת שבה מוצבים בהשוואה הדין האירופי לעומת דין המדינה הנבחנת. מן ההשוואה משתקף השוני, ובהתאם לכך נבנית תוכנית פעולה לתיקון הדין המדינתי עד להתאמתו לדין האירופי. לאיחוד האירופי יש גוף טכני של מומחים – "TAIEX" – אשר מלווה את התהליך ומדריך את המדינה העוברת אותו בשלביו השונים. כך, תוכנית הפעולה ליישום מדיניות ה-ENP קובעת במפורש לגבי ישראל כי:¹⁵

"Where the need to align Israeli legislation with EU norms and standards in certain areas has been identified and agreed upon, targeted support and advice will be made available through a mechanism such as TAIEX."

14 למשל, בסעיף 2.2 לתוכנית הפעולה ENP, שכותרתו "Economic and Social Co-operation and Development", נאמר בראשיתו: "Identify the scope and modalities for Israel to participate in relevant EU programmes, and in this context *identify the scope for legislative approximation where required* by the relevant programme" ENP, *supra* note 9; (Emphasis Added). הוראה דומה נכללת גם בסעיף 2.4 לתוכנית הפעולה ENP, שכותרתו "Co-operation in Justice and Home Affairs".

15 *supra* note 9, תחת הכותרת: "New Partnership".

3. מהם השיקולים של מדינת ישראל בהחלטה על מהלך של קירוב דינים?

להבדיל ממדינה שמצטרפת לאיחוד האירופי, שלגביה ברור הצורך בהתאמת כלל מערכת הדינים שלה אל הדין האירופי שהיא עומדת להיות כפופה לו, לגבי ישראל המצב שונה. זאת, משני היבטים: ראשית, ישראל אינה עתידה ליהפך בסוף המהלך לחלק מהאיחוד האירופי; שנית, ישראל אינה מאמצת במסגרת המהלך את כלל דיני האיחוד כחבילה – תוכנית הפעולה חווה רק התאמות נקודתיות בנושאים שנמנו. להבדלים אלה יש השלכות אחדות שיש להביאן בחשבון:

ראשית, נטילת דין מסוים מתוך שיטה משפטית שונה ו"ייבואו" אל תוך שיטה משפטית אחרת עשויה להוביל לתוצאה משפטית שאינה זהה בהכרח לזו המתקבלת בשיטת המקור, עקב האינטראקציה בין ההוראה המיובאת לבין יתר ההוראות בשיטה המייבאת. בטווח הארוך הדבר עלול ליצור מעשה טלאים שאינו רצוי.

שנית, מאחר שישראל אינה כפופה לתהליכי החקיקה והשפיטה של האיחוד האירופי, סביר להניח שאף אם תאמץ את ההוראה האירופית ככתבה וכלשונה, ייווצר במשך הזמן שוני ביישומה ובדרכי פרשנותה. הדבר יכול לנבוע משיטת המשפט בארץ – השיטה האנגלו-אמריקאית, אשר מקנה לבית המשפט סמכות רחבה ליצור הלכה מחייבת – או בשל שוני מילולי הנובע מהליכי חקיקה מאוחרים באיחוד שלא עודכנו בחקיקה המקומית. על הצדדים להיות מודעים להיבטים אלה בעת קיום התהליך, ולמצוא להם פתרונות שיאפשרו את השגת המטרה הרצויה ללא תופעות הלוואי הכרוכות בה.

שלישית, ולסיכום, מעבר לשאלות הטכניות, כל עוד מדינת ישראל לא התחייבה במסגרת הסכמית לאמץ בכל מקרה את הדין האירופי,¹⁶ היא נהנית מזכות-היתר שבבחירת הדין המבוכר על-ידיה מתוך מבחר השיטות המשפטיות הקיימות בעולם. בהקשר זה על מדינת ישראל לבחון אם הדין האירופי בנושא נתון הוא ההסדר החוקי המיטבי שביכולתה לאמץ, בהתחשב במכלול השיקולים, לרבות התאמה לשיטה המשפטית בארץ, ישימות והשגת תוצאות כלכליות רצויות. במסגרת זאת על ישראל לבחון, בין היתר, את השלכות אימוצו של הדין האירופי על יחסי הסחר שלה עם מדינות אחרות.

16 כגון הסכם הצטרפות לאיחוד או הסכם ה- "EEA — European Economic Area", שלפיו המדינות החתומות עליו מחויבות לאמץ כמקשה אחת את הדין הכלכלי של האיחוד. ראו: Decision of the EEA Joint Committee of 8 February 1994 adopting the rules of procedure of the EEA Joint Committee No 1/94, 1994 OJ L 85, p. 60; EEA Supplement No 1, 30 March 1994.

פרק ג: על סחר בשירותים וקירוב דינים, ועל חשיבותו של הסחר החופשי בשירותים

שירותים הם מגזר נרחב ביותר. הגדרתו הפשוטה של המושג היא "כל מה שאינו טובין".¹⁷ במסגרת זו נכללים, מחד גיסא, שירותים אישיים כגון עריכת-דין, ראיית-חשבון, רפואה, הנדסה ועוד; ומאידך גיסא, שירותים המהווים חלק מתשתית כלכלית של מדינה, כגון בנקאות, תעופה, ספנות, טלקומוניקציה ועוד.

לנושא הסחר בשירותים יש חשיבות מרובה לכלכלת ישראל, בהיותה מבוססת על המשאב האנושי ועל עתירות-ידע. שירותים מהווים 70% מן התמ"ג של ישראל.¹⁸ אם תתממש השאיפה להקים אזור סחר חופשי בשירותים בין ישראל לבין האיחוד האירופי, תהא זו הפעם הראשונה שבה ישראל מסדירה את נושא הליברליזציה בסחר בשירותים כמכלול ברמה הדו-צדדית. עד כה טיפלה ישראל בנושא זה כמכלול רק במסגרת הרב-צדדית, דהיינו, במסגרת הסכם GATS,¹⁹ שנחתם בשנת 1994 במסגרת ארגון הסחר העולמי, ואשר ישראל היא אחת מבין מאה ארבעים ותשע המדינות החתומות עליו.²⁰ מטבע הדברים, קיים הבדל משמעותי בין רמת ההטבות שמדינות מוכנות להעניק במסגרת כה רחבה לבין רמת ההטבות לסחר שניתן להעניק במסגרת דו-צדדית. תחושה כללית זו מתחזקת לנוכח העובדה שרמת ההטבות הנוכחית על-פי הסכם GATS היא זו שהוחלטה בעת כריתתו, קרי, בשלב שנחשב עדיין כניסיון של תחילת הדרך. בשלב כזה רוב המדינות המתקשרות נוקטות עמדת-פתיחה זהירה במתן ההטבות במסגרתו, אשר מתבטאות בדרך-כלל בתיאור המצב החוקי הקיים בהן, מבלי להפליג במתן הטבות לצדדים האחרים, ובמקרה הנוכחי – לייבוא שירותים ממדינות אחרות.

כל המסגרות ההסכמיות שנחתמו עד כה בין ישראל לבין האיחוד האירופי התמקדו בהסרת החסמים לסחר בטובין בלבד. כתוצאה מכך, בעוד שבתחום זה התקדמה האינטגרציה במעלה הסולם, בתחום השירותים לא יושם אפילו השלב הראשון בסולם שמתווה Molle,²¹

17 להגדרות שונות של שירותים, ולנסיונות להבחין ביניהם לבין טובין, ראו, למשל: T.P. Hill "On Goods and Service" 23 *Review of Income and Wealth* (1977) 315, 317; Seev Hirsch "A Service or Not a Service — Defining the Question by Its Terms" 11(4) *The World Economy* (1988) 565; Jacques Nusbaumer *Services in the Global Market* (Boston, Jacques Nusbaumer ed., 1987); Mario A. Kakabadse *International Trade in Services: Prospects for Liberalization in the 1990s* (New York, 1987) 9.

18 Lior Herman *Two for Tango? European Union, Free Trade Areas in Services and Israel* 26 (Jerusalem, 2005).

19 General Agreement on Trade in Services (April 1994) available at www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm#seivices (30.3.2006) (hereinafter: GATS).

20 להרחבה ראו רום, לעיל הערה 12, בעמ' 55.

21 Molle, *supra* note 10, *ibid* 21.

דהיינו, אין כיום אפילו אזור סחר חופשי בשירותים בין ישראל לבין שותף הסחר הראשי שלה – האיחוד האירופי. לעובדה זו יש משמעות חמורה במיוחד לנוכח חשיבותו הרבה של הסחר בשירותים לכלכלת ישראל, בהוותו כאמור 70% מהתמ"ג שלה. גם לגבי האיחוד האירופי הסחר בשירותים הוא מרכיב משמעותי בכלכלה, המהווה כ-70% מהתמ"ג.²² בשנת 2000 הציבו לעצמם קברניטי האיחוד יעד המכונה "יעד ליסבון",²³ שלפיו תיהפך כלכלת האיחוד עד שנת 2010 לכלכלה התחרותית ביותר בעולם. האירופים מודעים לחשיבות של פיתוח הסחר בשירותים כאמצעי מחולל צמיחה אשר יתרום תרומה משמעותית להשגת יעד זה. אכן, אחד הנושאים המרכזיים ברשימת הנושאים לטיפול במסגרת תוכנית הפעולה ליישום מדיניות ה-ENP בין ישראל לבין האיחוד הוא יצירת אזור סחר חופשי בשירותים. התוכנית קובעת כאחד מיעדיה:²⁴

"inter alia, industrial, cultural, scientific, educational and environmental links; Deepening trade and economic relations, extending them to cover..."

מאוחר יותר, במסגרת פירוט המשימות לביצוע, נכתב:²⁵

" – Promote the opening of bilateral negotiations on liberalisation of services with Israel. This will be done taking into account the specific nature of the Israeli economy, the overall objectives set in the Conclusions of the Euro-Med Ministerial meetings and the Objectives set in the draft Framework Protocol for Liberalisation of services among Euro-Mediterranean Partners (known as 'the Istanbul Protocol'), notably Mutual recognition of professional services.

– Closer co-operation in policy and regulatory issues."

22 ראו: http://europa.eu.int/comm/trade/issues/sectoral/services/index_en.htm (6.4.2006)

ראו גם: Herman, *supra* note 18.

23 נוסח ההחלטה שקיבלה מועצת השרים בליסבון במרס 2000 נגיש ב-http://www.bologna-berlin2003.de/pdf/PRESIDENCY_CONCLUSIONS_Lissabon.pdf (6.4.2006). להמלצותיה של נציבות האיחוד בנוגע ליישום האסטרטגיה ראו: Realizing the

European Union's Potential: Consolidating and Extending the Lisbon Strategy (COM 79 final) (2001).

24 ENP, *supra* note 15, *ibid*

25 *Supra* note 9

משפט ועסקים ד, התשס"ו אזור סחר חופשי בשירותים בין ישראל לבין האיחוד האירופי

הוראות אלה נסמכות על שתי הוראות בהסכם האסוציאציה בין ישראל לבין האיחוד העוסקות בתחום הסחר בשירותים.

סעיף 29 להסכם האסוציאציה קובע:²⁶

"(1) הצדדים מסכימים... לליברליזציה של אספקת שירותים ע"י פירמות של צד אחד לצרכני שירותים אצל הצד האחר.
(3) מועצת ההתאגדות תקיים הערכה ראשונה של השגת היעד הזה לא יאוחר משלוש שנים לאחר כניסת ההסכם לתוקף."

סעיף 48 להסכם האסוציאציה קובע:²⁷

"הצדדים ישתפו פעולה, מקום שמתאים, ע"י כריתת הסכמים, באימוץ כללים ותקנים משותפים, בין היתר לחשבונאות ולמערכות פיקוח וביקורת של הבנקאות, הביטוח ומגזרים פיננסיים אחרים."

שני המקורות המשפטיים – ההסכם ותוכנית ENP הנסמכת עליו – חוזים אפוא שני מסלולים אפשריים לקידום ההתקרבות בין הצדדים בתחום הסחר בשירותים: מחד גיסא, חתירה להסכם בדבר אזור סחר חופשי כולל בשירותים, ומאידך גיסא, תיאום הסדרה (רגולציה) בתחום השירותים הפיננסיים. לכאורה, בשלבים ההתחלתיים, בכל נקודת-זמן נתונה ניתן לקדם אחד משני המסלולים או את שניהם. כמובן, אם וכאשר יושלם אזור הסחר החופשי הכולל בשירותים, ייבלע בתוכו המסלול של השירותים הפיננסיים. יודגש שוב – למרות חשיבותו המכרעת של הסחר בשירותים לכלכלות של ישראל והאיחוד, ואף-על-פי שהסכם האסוציאציה בין הצדדים נחתם בשנת 2000, אותה שנה שבה הוצב גם "יעד ליסבון", עד כה לא ננקט שום צעד לקידום נושא זה בין ישראל לבין האיחוד. יש לקוות אפוא שתוכנית ENP תמריץ את הצדדים להתקדם לקראת יעד זה.

1. ישראל אינה לבד: המטרה – אזור סחר חופשי בשירותים ברחבי הים התיכון

תוכנית ENP חלה, כפי שכבר צוין, על כל מדינות הים התיכון החברות בתהליך ברצלונה (להלן: מדינות הימ"ת). מתוך רצון לתת חיזוק מיוחד לליברליזציה בסחר בשירותים, התכנסו שרי המסחר של מדינות אלה באיסטנבול בקיץ 2004 וכתרו את פרוטוקול איסטנבול.²⁸

26 הסכם אירופי-ים תיכוני, לעיל הערה 5.

27 שם.

28 Framework Protocol of Istanbul for the Liberalisation of Trade in Services Among Euromediterranean Partners (2004) available at http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2004/july/tradoc_118225.pdf (24.4.2006).

פרוטוקול זה קובע בסעיף III שלו:

"Regional Most Favoured Nation Treatment"

1. Each Party shall accord unconditionally to services and service suppliers of any other Party with which it has entered into an agreement on the basis of this Framework Protocol, treatment no less favourable than that it accord in an agreement concluded on the basis of this Framework Protocol to like services and service suppliers of any other Party.
2. Notwithstanding paragraph 1, in the case of an agreement concluded on the basis of this Framework Protocol involving only Mediterranean partners, more favourable treatment than the treatment granted to the European Community and its Member States, may be granted to legal persons/service suppliers of the Parties to this agreement."

הוראה זו קובעת למעשה את עקרון "איי-הפליה", המזכה אוטומטית את כל מדינות הים התיכון החברות בתהליך ברצלונה בטיפול המיטיב ביותר שאליו התחייבה מדינה חברה במסגרת הסכם אזור סחר חופשי בשירותים עם מי ממדינות הימ"ת האחרות או עם האיחוד. הסייג לכך קובע כי כאשר מדובר בהסכם אזור סחר חופשי בשירותים בין מדינות הימ"ת, מבלי שהאיחוד צד לו, אין הן מחויבות להחיל את הטיפול המיטיב שנקבע בו גם לגבי מדינות האיחוד האירופי. הסכמות אלה מרחיבות פי כמה את פוטנציאל ההטבות הכרוך ביצירת אזורי סחר חופשי בשירותים בין מדינות באזור הימ"ת וביניהן לבין האיחוד האירופי. משמעותן, בין היתר, היא שאם תינתן הטבה למדינת ימ"ת כלשהי במסגרת הסכם אזור סחר חופשי בשירותים שעליו חתמה עם האיחוד, תינה מדינת ישראל אוטומטית מהטבה זו.

יש המביעים חשש מכך שאם ייחתם הסכם אזור סחר חופשי בשירותים בין ישראל לבין האיחוד, העובדה שכל מדינות הימ"ת יהיו זכאיות להטבות הגלומות בו תפחית מהיתרון היחסי שישראל יכולה לזכות בו עקב קיום ההסכם. אולם למעשה, עקב הפער הטכנולוגי הגדול בין ישראל לשכנותיה וההבדל בין סוג השירותים שישראל מתמחה בהם (שירותים עתירי-ידע) לבין השירותים ששכנותיה מתמחות בהם (בעיקר שירותים עתירי-עבודה), בפועל יישמר היתרון היחסי של ישראל על-אף קיום עקרון איי-הפליה, ואולי אף יוצרו לה כתוצאה ממנו הזדמנויות נוספות לשיווק שירותיה בתנאים מיטיבים.

2. החסמים לסחר חופשי בשירותים והדרכים להסרתם

כבר הזכרנו כי מהותו של אזור סחר חופשי בשירותים היא הסרת המכשולים לסחר בין המדינות המתקשרות. ראינו כי בתחום הסחר בטובין בהסרת מכסים, היטלים שווי-ערך למכס, מכסות והגבלות מנהליות על טובין מיובאים, המושגים בדרך-כלל בשלב

שבו הם חוצים גבול.²⁹ הסכם אזור סחר חופשי, המהווה צעד ראשון בתהליך ליברליזציה, מתמקד אפוא בהסרתם של מכשולים אלה. הסחר בשירותים יוצר מציאות מורכבת בהרבה, המחייבת התמודדות מסוג אחר. למשל, בעוד הטובין הינם מוחשיים וניתן להבחין בעובדה שהם חוצים גבול, שירותים מתאפיינים בערטילאיות, המקשה את זיהוי העובדה שהם חצו גבול. למשל, נותן השירות (רופא, עורך־דין, רואה־חשבון, טכנאי מחשבים) יכול לחצות את הגבול ולאחר־מכן לספק את השירות באין מפריע.

לעומת עולם הסחר הבין־לאומי בטובין, שבו מוכר אופן הספקה אחד בלבד, הלא הוא חציית גבול של הטובין, בתחום השירותים מוכרים ארבעה אופני הספקה:³⁰ "שירות חוצה־גבול" – שירותים המסופקים משטח מדינה אחת לשטחה של מדינה אחרת (בדומה לטובין; לדוגמה, חוות־דעת שחוצה גבול בטלפון, באינטרנט או בפקס, מבלי שנותן השירות עצמו חצה גבול);

"תנועת הצרכן" – שירותים המסופקים בשטח מדינה אחת לצרכנים ממדינות אחרות (כגון תיירות, רפואה);

"נוכחות מסחרית" – שירותים המסופקים באמצעות נוכחות של הישות מספקת השירות, שמקורה במדינה אחת, בשטחה של מדינה אחרת (באמצעות הקמת סניף, למשל);

"נוכחות אנשים" – שירותים המסופקים על־ידי אזרחי מדינה אחת בשטחה של מדינה אחרת (בקטגוריה זו נכללים השירותים האישיים שהוזכרו לעיל, כגון ייעוץ רפואי, משפטי או הנדסי).

לנוכח הקושי לאתר את הנקודה שבה השירות חוצה גבול, ולנוכח קיומה של צורת הספקה של שירותים שבה השירות או ספקן אינם חוצים גבול כלל (שכן מקבל השירות עושה כן, גם החסמים בתחום הסחר בשירותים שונים באופיים מהחסמים המאפיינים את הסחר בטובין. חסמי סחר מהסוג המאפיין את הסחר בטובין יכולים להיות יעילים לכל־היותר לגבי שירותים מהסוג הראשון שהוזכר.

לגבי הסוג השני (חציית גבול של צרכנים) דומה שהחסם היעיל ביותר הוא מניעת מעבר בגבול של צרכנים פוטנציאליים. כך, ניתן למנוע או להגביל כניסת אנשים למדינה לשם רכישת שירותים באמצעות הגבלת היקף הנכנסים במכסות או באמצעות הצבת דרישות מנהליות מכבידות, כגון השגת אשרת כניסה או הגבלת תקופת השהייה או חיוב בהיטל יקר בעבור אישור הכניסה.

לגבי הקבוצה השלישית (נוכחות מסחרית), ההגבלות העיקריות על הספקת השירות יכולות להתמקד במניעה של הקמת המפעל או של הנוכחות הקבועה בשטחה של מדינת־היעד; בהגבלת תנועת ההון אל המפעל וממנו; בהכבדה על ספק השירות באמצעות חיובו

29 למכלול ההגבלות על ייבוא טובין יש חריג אחד שמוטל לא בעת חציית גבול. מדובר בחריגות מעקרון הטיפול הלאומי (national treatment), כגון מיסוי פנימי מפלה, שעיקרן הפליית הייבוא לעומת הייצור המקומי המתחרה לאחר שהטובין המיובאים כבר נכנסו לשטח המדינה המייבאת.

30 ראו, למשל: GATS, *supra* note 19, at art. I(2).

להעסיק מכסה מסוימת של עובדים מקומיים או הגבלת מספר העובדים הזרים שיוכל להעסיק, ועוד.

לגבי הקבוצה הרביעית, ההגבלות המקובלות מתמקדות באי־הכרה הדדית בהכשרה מקצועית ובהצבת דרישות מכבידות, כגון דרישת רשיון עיסוק במקצוע בשטחה של אותה מדינה, אשר לפעמים נלוות אליה דרישות־משנה בדבר שליטה בשפה המקומית, לימודים במוסד מקומי וכדומה.³¹

מן המקובץ לעיל עולה כי ההגבלות העיקריות על הסחר בשירותים אינן הגבלות בעלות אופי מכסי, אלא הגבלות מתחום ההסדרה (הרגולציה) המדינתית. זאת ועוד, מעצם טבעם של השירותים ואופני הספקתם, הם מושפעים יותר מאשר טובין מן המציאות המשפטית השוררת במדינת־היעד. לפיכך אפילו מציאות קיימת שאינה מכוונת דווקא להכביד ייבוא שירותים עשויה להרתיע ספקי שירותים זרים מלפעול באותה מדינה. כך, למשל, ספקי שירות, בעיקר בשלושת אופני ההספקה האחרונים שהוזכרו, חשופים למיסוי ישיר במדינת־היעד. כאשר מדובר באיחוד האירופי, שבו טרם התחולל תהליך הרמוניזציה בדיני המיסוי הישיר, ספק שירות זר המעוניין לפעול ברחבי האיחוד ימצא את עצמו מתמודד עם עשרים וחמישה מנהלי מס, שיטות מס, סוגי טפסים ושפות. מציאות זו – אף אם לא נוצרה כדי למנוע ייבוא שירותים, אלא היא פרי השלב הנוכחי בתהליך האינטגרציה האירופית – יש בה כדי להרתיע ספקי שירותים פוטנציאליים מלפעול בשוק.³²

לדוגמה, ספק שירות מישראל מעוניין להתחרות על הספקת שירות במסגרת מכרז ממשלתי המתפרסם באחת ממדינות האיחוד האירופי. כפי שכבר הוזכר, ישראל – וגם האיחוד האירופי – חברים בארגון הסחר העולמי, וחתומים על הסכם הרכישות הממשלתיות במסגרת הארגון.³³ הסכם זה מחייב את המדינות החברות לפתוח מכרזים ממשלתיים בנושאים מסוימים, על־פי רשימה שאליה התחייבה המדינה מראש, להשתתפותם של ספקים מהמדינות החברות. במציאות, כל אחת ממדינות האיחוד מפרסמת את המכרז בשפתה, בטווח זמן המקשה על ספק שלא היה מודע לקיומו של המכרז מראש לתרגם את המכרז לשפתו ולהיערך להגשתו. גם מציאות זו לא נוצרה בהכרח כדי להכביד על הספקים הזרים, אלא היא חלק ממצב נתון שהוא תוצאה של שלב האינטגרציה שהאיחוד מצוי בו.

תיאום חקיקה בין ישראל לבין האיחוד עשוי להקל במידת־מה את הקשיים הנערכים בפני ספק שירות המעוניין לספק שירות בישראל או באיחוד, לפי העניין. בתחומים מסוימים תיאום חקיקה עשוי אף להסיר בפועל את החסמים המפריעים לסחר בשירותים. אולם תיאום חקיקה – ואפילו קירוב דינים – אינם מבטיחים הסרת מכשולים כגון בעיית השפה (פרסום

31 לפירוט של שיטות ההגבלה האסורות בעיקרון על־פי הסכם GATS, ראו: *ibid*, at art. XVI(2).

32 המיסוי הישיר משפיע יותר כחסם סחר בתחום הסחר בשירותים מאשר בתחום הסחר בטובין. מכיוון שטובין נסחרים באופן חוצה־גבול, ללא נוכחותו של הספק במדינת־היעד, הספק ממוסד בדרך־כלל על הכנסתו במדינת־המקור שלו. לעומתם, ספקי שירות הפועלים באמצעות נוכחות אישית או מסחרית במדינת־היעד עשויים להיחשף למיסוי הכנסתם באותה מדינה.

33 Agreement on Government Procurement — GPA (August 2002) available at http://www.wto.org/English/docs_e/legal_e/gpr-94_01_e.htm (30.3.2006).

משפט ועסקים ד, התשס"ו אזור סחר חופשי בשירותים בין ישראל לבין האיחוד האירופי

מכרזים בשפה המקומית), גישת השיווק המתאימה לתרבות המקומית, הנגישות למידע עסקי, המרחק הגיאוגרפי, המרחק התרבותי, השיטות השונות שספקי שירותים במדינות שונות נוקטים, והעובדה שהשוק האירופי לשירותים אינו אחד עדיין, אלא כפוף להסדרה בידי עשרים וחמישה מנהלים שונים, כפי שצוין לעיל. קשיים אלה מכבידים עדיין אפילו על אזרחי האיחוד המעוניינים לפעול עסקית ברחבי האיחוד.

3. מצב ההרמוניזציה בסחר בשירותים באיחוד האירופי

חופש התנועה של שירותים נקבע כאחת מארבע חירויות היסוד של האיחוד האירופי עוד באמנת רומא, משנת 1957,³⁴ שכוונה את האיחוד. אף-על-פי-כן, עד לאחרונה לא נעשה טיפול מקיף להשגת יעד זה, אף ששוק השירותים מהווה 70% מהתמ"ג של האיחוד.³⁵ לאחר התוויית "יעד ליסבון" (הפיכת הכלכלה האירופית לכלכלה התחרותית ביותר בעולם עד שנת 2010) הופנתה תשומת-הלב, בין היתר, לצורך ביישום חירות זו כמרכיב משמעותי בהשגת היעד.

מבדיקות שערכו מוסדות האיחוד עולה כי העובדה שספק השירות המעוניין לפעול ברחבי האיחוד ניצב מול עשרים וחמש שיטות שונות מערימה מכשולים המפריעים, בין היתר, לתפקודם של:³⁶

מגזרי שירותים – כגון שירותי הפצה, סוכנויות תעסוקה, ספקים של שירותי רישוי, מעבדות, שירותי בנייה, סוכני נדל"ן, סוכני תיירות ובעלי מקצוע בתחומים מוסדרים; עסקים קטנים ובינוניים – שחסרים את המשאבים הדרושים על-מנת לבדוק מהם חסמי הסחר בכל מדינה באיחוד שבה היו רוצים לשווק את שירותיהם, וכיצד להתמודד עימם; צרכני השירותים – שאינם יכולים ליהנות ממגוון השירותים ששוק המורכב מעשרים וחמש מדינות היה אמור להציע להם;

אופני השירות – אופני השירות שהוגדרו כנפגעים ביותר מבין ארבעת האופנים הקיימים הם נוכחות מסחרית (הקמת עסק במדינת היעד) ונוכחות אנשים (נוכחות זמנית במדינת היעד של ספק שירותים אישיים).

מתוך הבנה כי ללא הסרת חסמים המכבידים על הסחר בשירותים לא יוכל האיחוד האירופי להשיג את "יעד ליסבון", פרסמה לא מכבר נציבות האיחוד הצעה לדייקטיבה³⁷ שתנהיג גישה משולבת להשגת המטרה של שוק אחד בשירותים עד שנת 2010, על-ידי התגייסות כללית להסרת חסמי הסחר על מגזר זה, כפי שמופו זה כבר בדו"ח שפרסם האיחוד.

³⁴ Treaty establishing the European Community of March 25, 1957, 2002 OJ C 325

³⁵ *supra* note 22

³⁶ Report from the Commission to the Council and the European Parliament of 30 July 2002 on The State of internal Market for Services – presented under the first stage of the Internal Market Strategy for Services (COM (2002) 441 final)

³⁷ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council of 5 March

הדירקטיבה המוצעת קובעת, בין היתר, שבכל מדינה תהיה נקודת קשר אחת לשם ביצוע ההליכים המנהליים שבעקבותיהם יוכל ספק השירות לפעול באותה מדינה, ושיהיה אפשר לבצע את ההליכים באופן אלקטרוני. כמו-כן היא מורה לקבוע עקרונות אחדים שעל-פיהם יוחלט אם לתת לספק השירות הרשאה לפעול באותה מדינה; ולבטל דרישות אחדות שנהוג לדרוש מספקי השירות, המגבילות את יכולתם לפעול במדינה; לבחון את הנוהל והדרישות שהמדינה מפעילה לפי עקרון המידתיות (פרופורציונליות). עוד מוצע שספק השירות יהיה כפוף לחוקיה של מדינת-המקור שלו גם כאשר הוא פועל במדינות אחרות באיחוד. ההצעה מטפלת גם ביצירת מנגנונים להספקת סיוע למקבלי השירות, מנגנונים לחלוקת האחריות בין המדינות המעורבות במצב של העברת עובד ממדינה למדינה, ומנגנונים ליישוב סכסוכים.

בצד זכותו של ספק השירות, הנובעת מעקרון חופש התנועה של שירותים, שהוא כאמור אחת מארבע חירויות-היסוד של האיחוד, הדירקטיבה קובעת גם את זכותו של הצרכן להשתמש בשירותים ממדינות חברות אחרות מבלי שיוטלו עליו הגבלות. כך, למשל, נקבע בסעיפים 20–21 לדירקטיבה המוצעת:³⁸

"SECTION 2 RIGHTS OF RECIPIENTS OF SERVICES

Article 19 Prohibited restrictions

Member States may not impose on a recipient requirements which restrict the use of a service supplied by a provider established in another Member State, in particular the following requirements:

- (a) an obligation to obtain authorisation from or to make a declaration to their competent authorities;
- (b) discriminatory limits on the grant of financial assistance by reason of the

2004 on services in the Internal Market (presented by the commission) (COM (2004) 21 final/3), SEC (2004) 21
Common position on Directive on services in the internal market, Addendum: **בפרלמנט:** (July 2006), http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressdata/en/misc/90635.pdf

Common Position adopted by the Council with a view to the adoption of a Directive ³⁸ of the European Parliament and of the Council on services in the Internal market (17.7.2006; OR. En) 10003/06. <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/06/st10/st10003.en06.pdf>

משפט ועסקים ד, התשס"ו אזור סחר חופשי בשירותים בין ישראל לבין האיחוד האירופי

fact that the provider is established in another Member State or by reason of the location of the place at which the service is provided.

Article 20
Non-discrimination

1. Member States shall ensure that the recipient is not made subject to discriminatory requirements based on his nationality or place of residence.
2. Member States shall ensure that the general conditions of access to a service, which are made available to the public at large by the provider, do not contain discriminatory provisions relating to the nationality or place of residence of the recipient, but without precluding the possibility of providing for differences in the conditions of access where those differences are directly justified by objective criteria.

הדירקטיבה אינה מיועדת לחול על שירותים פיננסיים (בנקאות, ביטוח, שוק ההון), המוסדרים בנפרד.

אין ספק שחקיקת הדירקטיבה תשנה בצורה משמעותית את אופיו של שוק השירותים באיחוד, אך תחילה יש להשלים את הליך חקיקתה. מנסחי הדירקטיבה מקווים להפעילה במלואה עד שנת 2010. הדירקטיבה מתוכננת לחול רק לגבי סחר בתוך האיחוד, אך ככזו היא תחול גם על ספקים זרים (לרבות מִישראל) המאוגדים כאישיות משפטית במדינה של האיחוד או כחברה אירופית. מעבר לכך, לחקיקה הפנימית האירופית יש חשיבות לגבי ישראל מאחר שיש בה כדי ללמד על הלך־הרוח האירופי. נסיון־העבר מלמד כי האירופים נוטים לייצא את "נוסחות" השוק המשותף שהם מפתחים בגבולותיהם אל יחסיהם עם מדינות שמחוץ לאיחוד.

4. הטכניקה להשגת ליברליזציה בשירותים באיחוד האירופי

יודגש כי הדירקטיבה שתוארה לעיל אינה מתיימרת להביא לידי הרמוניזציה מיידית של דיני האיחוד בתחום הסחר בשירותים, אלא ליצור שילוב של נושאים המטופלים מיידית ומנגנון לתיאום עתידי של נושאים שנויים במחלוקת. בדברי ההסבר לדירקטיבה נאמר:³⁹

"This Directive establishes a general legal framework which benefits a wide variety of services while taking into account the distinctive features of each type of activity or profession and its system of regulation. That

Ibid, p. 6 39

framework is based on a dynamic and selective approach consisting in the removal, as matter of priority, of barriers which may be dismantled quickly and, for the others, the launching of a process of evaluation, consultation and complementary harmonisation of specific issues, which will make possible the progressive and coordinated modernisation of national regulatory systems for service activities which is vital in order to achieve a genuine internal market for services by 2010. Provision should be made for a balanced mix of measures involving targeted harmonisation, administrative cooperation, the provision on the freedom to provide services and encouragement of the development of codes of conduct on certain issues." [Emphasis Added]

מדברים אלה עולות שתי המסקנות הבאות: ראשית, כי אין מדובר בקירוב דינים גורף, אלא לכל-היותר בקירוב דינים נקודתי שיעשה רק במקומות שבהם יאותר צורך; שנית, כי האיחוד רואה חשיבות לא ליצור תוך כדי התהליך הסדרה מיותרת וסטנדרטיזציה של דיני המדינות החברות.

לנוכח עובדות אלה, הדירקטיבה נוקטת שילוב של טכניקות משפטיות להשגת המטרה של יצירת שוק אחיד בשירותים, לרבות:

שימוש בעקרון מדינת-המקור – שעל-פיו ספק השירות כפוף בדרך-כלל לדיניה של מדינת-המקור שלו. כלל זה מקל עם ספק השירות, אשר יכול לספק שירות בעשרים וחמש המדינות החברות מבלי להיות כפוף לדיניהן, לרבות ההכבדה המנהלית והכספית הכרוכה בכך. מאידך גיסא, עיקרון זה מטיל אחריות על מדינת-המקור לפקח על ספק השירות, ואף מחייב למעשה הכרה הדדית בין הרשויות המוסמכות במדינות המעורבות.

גריעה מעקרון מדינת-המקור – מקום שטרם נעשתה הרמוניזציה הנדרשת של הדינים. לעיתים מדובר בתקופת מעבר המיועדת לאפשר את עריכת ההרמוניזציה.

יצירת חובת סיוע הדדי בין הרשויות המדינתיות – לשם הבטחת יעילות הפיקוח והידוק היחסים בין המדינות.

הרמוניזציה ממוקדת – לשם הגנה על אינטרסים ציבוריים מקום שדיני המדינות החברות שונים זה מזה יתר על המידה, או מקום שהדבר נדרש לשם פישוט ההליך המנהלי או לשם הסרת דרישות מכבידות. הרמוניזציה כזו תידרש, למשל, בנושא של הגנת הצרכן.

שיטות הסדרה חלופיות – לדוגמה, קודים להתנהגות בתחומי פעילות שונים, שהנציבות תעודד את המדינות לנסחם וליישם. קודים אלה מיושמים בדרך-כלל בצורה וולונטרית, עקב לחץ חברתי ופוליטי, והם בגדר "soft legislation".⁴⁰

אם נכונה ההנחה, הנסמכת על נסיון-העבר, כי האיחוד חותר להפעיל אותה נוסחה

Proposal for a Directive of the European parliament and of the Council on Services 40 in the Internal Market, available at http://europa.eu.int/eur-lex/en/com/pdf/2004/com2004_0002en03.pdf, at p. 9. (זו היא טיוטת ההצעה משנת 2004).

שזכתה בהצלחה בגבולותיו גם ביחסי הסחר שלו עם מדינות שמחוץ לאיחוד, אזי גם יצירת אזור סחר חופשי בשירותים בין ישראל לבין האיחוד לא תחייב קירוב דינים גורף, אלא רק נקודתי, מקום שההבדלים בין דיני הצדדים יהיו קיצוניים, או מקום שיהיה צורך בפישוט הליכים מנהליים או בהסרת דרישות מכבידות.

5. הסחר בשירותים פיננסיים

המונח "סחר בשירותים" כולל, מטבע הדברים, גם את השירותים הפיננסיים. אף-על-פי-כן, לתחום זה יוחדו הוראות נפרדות הן בדין האירופי עצמו, הן בהסכם האסוציאציה והן בתוכנית הפעולה ליישום מדיניות ENP. זאת, ככל הנראה, עקב העובדה ששני הצדדים מייחסים חשיבות מיוחדת לתחום זה, שיש בו כדי להניע כלכלות, וכן בהתחשב במורכבותו של תחום זה ובעובדה שנדרש פיקוח מדינתי לשם הגנה על הצרכנים במסגרת תפעולו השוטף.

תחום השירותים הפיננסיים כולל שלושה תחומי-משנה: בנקאות, ביטוח ושוק ההון (בורסה). תחומים אלה מצויים כיום בתהליך של אינטגרציה באיחוד האירופי עצמו, מתוך מטרה להגיע, בסיום התהליך, למצב של הכרה הדדית בין רשויות פיקוח, המכונה על-ידיהם "Single European Passport".

בתחום הבנקאות חסמי הסחר המשפיעים על הלקוח נובעים, בין היתר, מהעדר סינכרוניזציה בין מערכות הבנקים במדינות השונות, דבר המגדיל את עלויותיהן של עסקאות חוצות-גבול; משוני בנהלים הבנקאיים; משוני בהסדרה; משוני בשפת ההתנהלות של הבנק ועוד. חסמי הסחר המשפיעים על פעולת הבנק עצמו נובעים מהסדרה לא-אחידה בכל הנוגע להלימות ההון ולפיקוח על הבנקים. הדבר מונע הכרה הדדית בין רשויות הפיקוח, ומקשה על בנק במדינה חברה לפתוח סניפים במדינה חברה אחרת.

בתחום הביטוח חסמי הסחר נובעים, בין היתר, מהעובדה שמדובר בשירות המחייב קשר אישי ישיר עם סוכן הביטוח, המבוסס על יחסי אמון אישיים. כאן נכנסים לתמונה השוני בהוראות הפיקוח המדינתיות, מחד גיסא, והבדלי שפה ותרבות, מאידך גיסא. גם למרחקים הפיזיים הגדולים בין מדינות עשויה להיות משמעות בהחלטתו של תושב מדינה מסוימת להתקשר עם סוכן ביטוח ממדינה אחרת. אחת הבעיות הקשות ביותר שהאיחוד נתקל בהן בתהליך ההרמוניזציה של מגזר זה הוא הצורך להבטיח את זכויות הלקוח, ולמנוע את הונאתו על-ידי גורמים ממדינות אחרות באופן שלא יאפשר להיפרע מהם. כך, למשל, התפתחות הטלקומוניקציה והסחר האלקטרוני חייבו את האיחוד לנקוט פעולה שתמנע – או לפחות תצמצם – הונאת לקוחות על-ידי שיווק באמצעים אלה.

בתחום שוק ההון ניכרת באיחוד בשנים האחרונות מגמה של התכנסות בורסות לקבוצות, אולם אין רצון מצד השוק להגיע למצב של בורסה מרכזית אחת, כלל-אירופית. זאת, כדי לאפשר תחרות בשוק. החסמים העיקריים בשוק זה נובעים מהבדלי הסדרה בתחום הפיקוח, אשר יוצרים מצב שבו חברה אינה יכולה להנפיק מניות בכל בורסה אירופית באמצעות אותה חבילת מסמכים. כיום נעשה מאמץ לתקן מצב זה. אחת הבעיות מנקודת-מבט של הלקוח היא הנגישות למידע באשר למסחר המתנהל בבורסות השונות. בעיה

נוספת שמטרידה את הרשויות היא כיצד להבטיח את אחריות המנהלים בחברה ואת זכויות המשקיעים. נושאים אלה עומדים כיום במרכזה של החקיקה האירופית. מבין שלושת תחומי השירותים הפיננסיים שנמנו, תהליך האינטגרציה המתקדם ביותר התרחש עד כה בתחום הביטוח, שם פורסמו זה כבר דירקטיבות המכוונות את "הדרכון האחיד" – דהיינו את ההכרה בין רשויות פיקוח – בתחומי הביטוח השונים.⁴¹ בחינת הסחר בין ישראל לבין האיחוד האירופי בתחום השירותים הפיננסיים מגלה כי הוא מושפע מבעיות דומות, המהוות למעשה חסמי סחר: שוני בהסדרה, העדר שקיפות ונגישות של המידע, הבדלי שפה ותרבות, העדר מנגנונים משותפים להגנה על משקיעים, שוני בדינים הנוגעים באחריות מנהלים בחברה ומרחק פיזי. לפיכך, לכאורה, זהו אחד התחומים המועמדים לקירוב דינים.

6. דרגות קושי שונות בתיאום החקיקה

כאשר ניגשים לבחון תחומים ומקרים ספציפיים שבהם נדרש תיאום חקיקה, יש חשיבות רבה לנסיבות הנלוות. נסיבות אלה עשויות להשפיע הן על עצם ההחלטה אם להתחיל בתהליך קירוב הדינים והן על דרגת הקושי של התהליך ומשך הזמן שהוא יארך. להלן דוגמות אחדות.

(א) אימוץ סטנדרטים בין-לאומיים – המקרה הקל

בשנים האחרונות אנו עדים למגמה כללית בתחום הסחר הבין-לאומי העולה בקנה אחד עם הגלובליזציה והתהוות "הכפר הגלובלי": פיתוח סטנדרטים בין-לאומיים להתנהגות כלכלית רצויה של ארגונים בין-לאומיים, ואימוצם על-ידי מדינות, תוך הטמעתם כחלק מהדין הפנימי. כך נעשה, למשל, לגבי סטנדרטים המפותחים על-ידי ארגון הסחר העולמי WTO או על-ידי הארגון לשיתוף-פעולה כלכלי ולפיתוח OECD. קיימים מקרים שבהם פותחו סטנדרטים בין-לאומיים כאמור, ונמצא מפגש רצונות בין שני הצדדים (ישראל והאיחוד) בנוגע לאימוצם. זה המקרה הקל יחסית של קירוב דינים: אין מחלוקת בדבר תוכן הדין הרצוי, ונותר רק לתאם את ההיבטים הטכניים של החקיקה אשר יובילו לתוצאה הרצויה.⁴²

ההתייחסות לנושא של קירוב דינים לסטנדרטים בין-לאומיים במסגרת תוכנית ה-ENP משקפת עמדה זו של הצדדים, שם נוסחו המטרות והיעדים בתחום זה כך:

41 תחומי הבנקאות ושוק ההון מורכבים יותר, והסדרתם כשוק אחיד טרם הסתיימה, אך האיחוד פועל להשלמת מהלך זה. לסקירה מקיפה בדבר ההתקדמות האירופית בנושא זה ראו נלי מונין האיחוד האירופי וישראל – תמונת מצב (2003) 86-100, 238-254, נגיש באתר האגף הבינלאומי (21.4.2006) http://www.mof.gov.il/beinle/beinfr_eng.htm, תחת הפריט European Union (EU).

42 בתחום השירותים הפיננסיים, למשל, קיבל האיחוד האירופי בשנים האחרונות החלטה

משפט ועסקים ד, התשס"ו אזור סחר חופשי בשירותים בין ישראל לבין האיחוד האירופי

"Continue to ensure effective implementation of independent supervisory authorities in accordance with internationally recognised standards (e.g. G10, IAIS, IOSCO, IASB)..."

התייחסות זו משלימה למחויבות הצדדים לפי סעיף 48 להסכם האסוציאציה, שצוטט לעיל.⁴³

(ב) פערי מדיניות – המקרה הקשה

בעברה השני של קשת המקרים האפשריים ניתן למצוא מצב שבו קיימת מחלוקת בין ישראל לבין האיחוד לגבי תוכנה הרצוי של הנורמה שיש לאמץ. במקרה זה הקושי לקרב את הדינים כפול מאחר שיש ליצור תחילה מכנה משותף תוכני על-מנת שיהיה אפשר להתקדם בתהליך לקראת קירוב הדינים. כדוגמה מתחום השירותים הפיננסיים ניתן להביא את ההסדרה של שוק ההון: לכאורה, יש למדינת-ישראל אינטרס כלכלי בקירוב הדין הישראלי לדין האירופי בתחום זה, על-מנת לאפשר הכרה הדדית בין רשויות הפיקוח על שוק ההון בישראל ובאיחוד. משמעותה של הכרה כזו תהיה, למעשה, שחברה שקיבלה אישור מהרשויות הישראליות להנפיק מניות למסחר בבורסה הישראלית תוכל לסחור גם בבורסות האירופיות ללא צורך בהליכי אישור נוספים. באותה מידה, חברה אירופית שאושרה למסחר בבורסה אירופית תוכל לסחור בבורסה הישראלית ללא צורך בהליכים נוספים. מצב זה רצוי הן לבורסה הישראלית, הצמאה למשקיעים זרים, והן למשקיעים

אסטרטגית לאמץ עד שנת 2005 את הסטנדרטים החשבונאיים של IAS. לחקיקה המאמצת את הסטנדרטים אל הדין הקהילתי ראו: Commission Regulation (EC) NO 2238/2004 of 29 December 2004 amending Regulation (EC) No 1725/2003 adopting certain international accounting standards in accordance with Regulation (EC) No 1606/2002 of the European Parliament and of the Council, 2004 OJ L 394, p. 1; Commission Regulation (EC) NO 2237/2004 of 29 December 2004 adopting certain international accounting standards in accordance with Regulation (EC) No 1606/2002 of the European Parliament and of the Council, 2004 OJ L 393, p. 1; Commission Regulation (EC) NO 2236/2004 of 29 December 2004 amending Regulation (EC) No 1725/2003 adopting certain international accounting standards in accordance with Regulation (EC) No 1606/2002 of the European Parliament and of the Council, 2004 OJ L 392, p. 1; Commission Regulation (EC) NO 2086/ 2004 of 19 November 2004 amending Regulation (EC) No 1725/2003 adopting certain international accounting standards in accordance with Regulation (EC) No 1606/2002 of the European Parliament and of the Council, 2004 OJ L 363, p. 1; Commission Regulation (EC) NO 707/2004 of 6 April 2004 amending Regulation (EC) No 1725/2003 adopting certain international accounting standards in accordance with Regulation (EC) No 1606/2002 of the European Parliament and of the Council, 2004 OJ L 111, p. 3.

43 ראו לעיל את הטקסט שליד הערה 27.

הישראליים המעוניינים לגוון את תיק ההשקעות שלהם. הקושי המעשי שהצדדים נתקלים בו נובע מהעובדה שאמות-המידה לאישור חברה למסחר בבורסה בישראל מחמירות בהרבה מאלה הנהוגות באירופה. הרשות הישראלית לניירות-ערך מסרבת לצמצם את דרישותיה, בטענה כי אלה מגינות על המשקיע.

הישועה המיוחלת בתחום זה תבוא, ככל הנראה, מצד שלישי: האיחוד מעוניין מאוד להגיע להסכמה עם ארצות-הברית שתאפשר הסדר דומה של הכרה הדדית בין רשויות פיקוח, אשר יקל על חברות אירופיות לסחור בבורסה האמריקאית. האמריקאים, שגם אמות-המידה שלהם למתן אישור לחברה לסחור בבורסה גבוהות מאלה של האירופים, ידרשו בוודאי מהאירופים להחמיר באמות-המידה שלהם כתנאי להכרה המבוקשת. ישראל הגיעה זה כבר עם ארצות-הברית להסדר בדבר "רישום כפול". אם יושלם המהלך בין ארצות-הברית לאיחוד, ייתכן ששלושת הצדדים ימצאו את עצמם מחילים בתחום אמות-מידה שוות-ערך פחות או יותר. במצב זה ייקל על ישראל להתקדם בתהליך קירוב הדינים בנושא זה מול האיחוד. גם כאן, הקושי והרצון לגשר עליו משתקפים בלשונה של תוכנית ENP, שם נוסחו המטרות והיעדים בתחום זה כך:⁴⁴

"Strengthen co-operation between the EU and Israel on regulation, supervision and financial stability and examine the possibility of convergence with a prudential regulatory/supervisory framework equivalent to the underlining principles of those existing in the EU while taking into account Israel's right to maintain and set benchmark standards and regulations.

Carry out an assessment of the scope for legislative approximation with a view to inclusion of this sector in a FTA and ultimately Israel's participation in the European Single Market for financial services."

פרק ד: מקרה-מבחן — קירוב דינים בתחום הביטוח

1. ההרמוניזציה בדיני הביטוח באיחוד האירופי

כעיקרון, דיני הביטוח במדינות האיחוד האירופי הם דינים מדינתיים, השונים זה מזה. חקיקת האיחוד בנושא זה נועדה לפתוח את שוק הביטוח לסחר בין המדינות החברות. כידוע, מטעמי הגנה על הצרכן, פעולתן של חברות ביטוח מותנית בכל העולם בקיומה של רשות מפקחת מדינתית, אשר עוקבת אחר פעילותה באופן שוטף ומאשרת אותה.

⁴⁴ *supra* note 9, at 2.3.2.2

האינטגרציה ברמה האירופית התמקדה אפוא בקירוב הדינים המדינתיים של מדינות האיחוד להתכנסות סביב עקרונות יסוד משותפים, ובחתימה להכרה הדדית בין רשויות הפיקוח המדיניות על הביטוח, באופן שקבלת אישור מרשות הפיקוח במדינת המקור תאפשר לחברת הביטוח לפעול בכל רחבי האיחוד.

ההוראות ברמת האיחוד המסדירות את תחום הביטוח לסוגיו הן משלושה דורות. ההוראות מהדור הראשון נועדו ליצור מסגרת משפטית לתפקודם של ספקי שירותי ביטוח כפוף לעיקרון של פיקוח מדינת היעד, תוך צמצום של אופן הספקת השירות במדינה אחרת לנוכחות מסחרית ולנוכחות ספקים. פעולת חברה זרה הותנתה בקבלת היתר פעולה מרשות הפיקוח במדינת היעד.

הוראות הביטוח מהדור השני⁴⁵ נועדו להעמיק את התשתית החקיקתית המשותפת בתחום הביטוח, ולהעביר סמכויות מסוימות לידי רשות הפיקוח במדינת המקור של ספק השירות, בעיקר בכל הנוגע לסיכונים רגילים. סיכונים המוניים נשארו בתחום פיקוחה של הרשות במדינת היעד. התפתחות זו אפשרה להתיר גם שירות חוצה-גבול וכן הספקת שירות בדרך של תנועת הצרכן (רכישת מוצר ביטוחי במדינה אחרת).

הוראות הביטוח מהדור השלישי⁴⁶ מבססות את שיטת ההכרה ההדדית בין רשויות פיקוח, דהיינו, את העברת המשקל אל רשות הפיקוח במדינת המקור של ספק השירות. לשם כך נעשה מאמץ לצמצם פערים בין חוקי המדינות החברות בתחומים הרלוונטיים. אימוץ עיקרון זה פרץ את הדרך ליישומם של עקרון "הדרכון האחד" (Single European Passport), אשר הושג באמצעות שורה של דברי חקיקה ברמה האירופית וחיוב המדינות החברות לאמץ את תוכנם אל דינן הפנימי בתוך פרק-זמן נקוב. אימוץ מנגנון זה מאפשר לחברת ביטוח ממדינת האיחוד לספק שירותים בכל רחבי האיחוד בארבעת אופני ההספקה המוכרים.⁴⁷

45 Second Council Directive 88/357/EEC of 22 June 1988 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to direct insurance other than life assurance and laying down provisions to facilitate the effective exercise of freedom to provide services and amending Directive 73/239/EEC, 1988 OJ L 172, pp. 1–14; Council Directive 90/619/EEC of 8 November 1990 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to direct life assurance, laying down provisions to facilitate the effective exercise of freedom to provide services and amending Directive 79/267/EEC, 1990 OJ L 330, pp. 50–61.

46 Council Directive 92/49/EEC of 18 June 1992 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to direct insurance other than life assurance and amending Directives 73/239/EEC and 88/357/EEC (third non-life insurance Directive), 1992 OJ L 228, pp. 1–23; Council Directive 92/96/EEC of 10 November 1992 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to direct life assurance and amending Directives 79/267/EEC and 90/619/EEC (third life assurance Directive), 1992, OJ L 360, pp. 1–2.

47 לפירוש בדבר התפתחויות בחקיקה האירופית בתחום דיני הביטוח ראו מונין, לעיל הערה 41, בעמ' 244–247.

2. ההבדל העקרוני בין הדין האירופי לבין הדין הישראלי מבחינת ההוראות הנוגעות בביטוח

הדין האירופי – קרי, הדין שנקבע ברמת האיחוד האירופי ואשר חל על כל המדינות החברות – אינו בא להחליף את דיני המדינות החברות בנושא הביטוח. מכאן, שבאיחוד האירופי קיימות למעשה עשרים וחמש שיטות משפטיות המסדירות את נושא הביטוח. בכל מדינה הדבר מוסדר בהתאם למבנה הדין הכללי ולשיטה המשפטית הנוהגת באותה מדינה. ברמה הכלל-אירופית נקבעים רק עקרונות התנהגות משותפים שהוסכמו על כלל המדינות החברות, ואשר המדינות החברות מחויבות להטמיעם אל הדין הפנימי שלהן בהתאם לשיטתן. כבר הזכרנו כי מטרת הדין האירופי אינה להגיע להאחדה ולזהות של דיני המדינות החברות בתחום זה, אלא רק להתמקד בנקודות שוני שהוכרו כחסמי סחר, ולהסירן. לפיכך התבוננות על החקיקה האירופית בנושא הביטוח אינה מגלה הסדר ממצה בנושא זה. החקיקה האירופית בנושא זה מתמקדת בעיקר בשני תחומים:

1. הכרה הדדית בין רשויות פיקוח – מנגנון המכונה כאמור "הדרכון האחד", שמטרתו לאפשר למבטח אירופי לספק שירותי ביטוח בכל רחבי האיחוד האירופי, תוך כפיפות לרישוי ולפיקוח במדינת-המקור שלו. מנגנון זה נועד לאפשר למבטחים ליהנות מהגבולות הפתוחים של השוק האחד ללא הסרבול המנהלי והכספי הכרוך בעבודה מול עשרים וחמש רשויות פיקוח.
 2. קביעת אמות-מידה מינימליות להתנהגות מבטח – כללים שנועדו להגן על הצרכנים במדינות שבהן המבטח רשאי לספק שירות.
- לעומת הדין האירופי, המתמקד בשני נושאים אלה, הדין הישראלי – שהוא דין של מדינה – מסדיר באופן מפורט את היכולת לספק שירותי ביטוח במדינת-ישראל, לרבות הזכויות, החובות וההגנות המשפטיות המוענקות לכל אחד מהצדדים המעורבים בעסקת ביטוח. להלן נתמקד בשתי מערכות הדינים בדין הישראלי המקיפות את התחומים המקבילים לשני התחומים שהחקיקה האירופית מתמודדת עימם:
1. חוק הפיקוח על עסקי ביטוח,⁴⁸ המטפל בנושא הפיקוח על עסקי הביטוח;
 2. הצעת חוק דיני ממונות,⁴⁹ המכוונת להסדיר את היחסים בין המבטח למבוטח.

3. השינויים הנדרשים בחוק הפיקוח על עסקי ביטוח

חוק הפיקוח על עסקי ביטוח שואב מן המציאות הקיימת, שבה שוק הביטוח הישראלי אינו כפוף להסדר אזור סחר חופשי עם מדינה כלשהי. במצב זה חוק הביטוח מעניק, באופן טבעי, סמכות רישוי ופיקוח על מבטחים ישראליים וזרים כאחד אך ורק

48 לעיל הערה 2.

49 לעיל הערה 3.

לרשויות המוסמכות במדינת ישראל, דהיינו, לשר האוצר. סעיף 14(א) לחוק הביטוח קובע:

"לא יעסוק אדם בביטוח בישראל אלא אם יש בידו רשיון לפי סעיף 15 ובהתאם לתנאי הרשיון."

סעיף 15 מסמיך את המפקח להעניק רשיון מבטח כנדרש בסעיף 14.⁵⁰ כאשר מדובר בחברה שהתאגדה כחברה ישראלית שר האוצר יעניק לה רשיון מבטח ישראלי, ואילו לתאגיד חוץ רשום בישראל העוסק בביטוח במדינת חוץ ונתון לפיקוח של שלטונות מדינת החוץ יוענק רשיון מבטח חוץ.

סעיף 16 לחוק הביטוח מפרט את המסמכים הנלווים להגשת בקשה לרשיון מבטח, ולגבי מבטח תושב חוץ הוא מציין במפורש את הצורך להציג, בין השאר, גם שורה של מסמכים במסגרת חובת הגילוי המתייחסים לתאגיד שייצג אותו בישראל. סעיף 17 לחוק הביטוח מורה למפקח, השוקל את הבקשה לרשיון, להתחשב בשורה של שיקולים ולגבי מבטח תושב חוץ עליו להתחשב, בין השאר, גם בהתאמת מנהליו ומורשיו בישראל לתפקידם.

סעיף 25 לחוק הביטוח מתנה מתן רשיון סוכן בין השאר בכך שהמבקש הוא תושב ישראל. מהצירוף של הוראה זו עם הוראת סעיף 24 לחוק, האוסרת לעסוק בתיווך לעניין ביטוח ללא רשיון סוכן עולה, כי אין אפשרות בארץ לשווק פוליסות ביטוח באמצעות סוכן תושב חוץ. סעיף 26 לחוק הביטוח קובע הוראה דומה לגבי תאגיד המבקש להירשם כסוכן, ומתנה זאת ברישומו כתאגיד על-פי דין בישראל. סעיף 31 לחוק הביטוח, שכותרתו 'תיווך עם תושב חוץ' משלים את ההוראות האמורות וקובע:

"(א) לא יעסוק אדם בישראל בתיווך לענין ביטוח בין כל אדם שאינו מבטח לבין תושב חוץ או סוכנו שאינם בעלי רשיון לפי חוק זה.
(ב) האמור בסעיף קטן (א) לא יחול על תיווך בענפי ביטוח או בסוגי ביטוח שקבע שר האוצר בצו, לאחר התייעצות בועדה; על העוסק בתיווך כאמור יחולו הוראות סעיף 96."

סעיף 36(א)(5) לחוק הביטוח מסמיך את שר האוצר לקבוע הוראות בדבר עיסוק כמבטח בחוץ לארץ. יש להניח, כי במקרה זה מדובר ביצוא שירותי ביטוח על ידי מבטח ישראלי. סימן א' לחוק הביטוח עוסק בקביעת אורגנים ובעלי תפקידים אחרים במבטח, והוא מוציא מתחולת הוראותיו, ככלל, מבטחי חוץ בסעיף 41א. נראה כי ההנחה העומדת ביסוד הוראה זו היא ההכרה, כי מבנה ותפקוד מבטח חוץ יישלט על ידי דין מדינת התאגדותו. עם

⁵⁰ הממונה על שוק ההון, ביטוח וחיסכון במשרד האוצר יהיה המפקח על הביטוח. סעיף 2 לחוק הביטוח.

זאת, הסעיף מסמיך את שר האוצר לקבוע הוראה שונה ולהתנות בתנאים. דבר זה פותח פתח, למשל, להתניית רשיון לעסוק בביטוח בישראל של מבטח חוץ בתנאים הנוגעים למבנה ותפקוד האורגנים בתאגיד המבקש.

סעיף 96 לחוק הביטוח מחיל על מי שעוסק בישראל בתיווך לעניין ביטוח בין כל אדם לבין תושב חוץ או סוכנו את הוראות העונשין הקבועות בחוק.

הוראות אלה, אשר רובן הוספו לחוק הביטוח לאחרונה במסגרת אימוץ מסקנות 'ועדת בכר',⁵¹ מאפשרות אומנם את פתיחת שוק הביטוח הישראלי לשחקנים זרים, אולם ניתן לנחש שבמסגרת יצירת אזור סחר חופשי לא יהיה בהן די: הוראות אלה העמיקו למעשה את המגמה שהיתה קיימת כבר בנוסח הקודם של החוק, להעניק את מלוא סמכות הפיקוח על מבטחי חוץ לרשות המפקחת בישראל – היא מדינת היעד של השירות הזר. זאת לעומת הניסיון האירופי, שמטרתו ליצור מודל של שוק שבו תנועתם של ספקי השירותים חופשית ככל האפשר. מטרה זו מושגת באמצעות צמצום הנטל המנהלי בהסדרת פעולתם, במונחים של זמן והליכים, ובהכפפתם לרשות המפקחת במדינת המקור שלהם, שאותה הם מכירים ואשר סביר להניח שעימה גם קל להם יותר להידבר, ולו מבחינת השפה. בהתחשב בשיקולים אלה, ההסדר שחוק הביטוח מציע לוקה בשני החסרונות הבאים: (1) הפיקוח נשאר בידי הרשות הישראלית; (2) המבטח הזר כפוף לדין הישראלי, דבר המחייב אותו בבקאות בדין זה. זאת ועוד: החוק, בסימן 1א, מעניק לשר האוצר בנסיבות מסוימות את הסמכות מרחיקת-הלכת להתערב במבנה התאגיד הזר, עובדה שללא ספק יהיה בה כדי להרתיע ספקי שירות זרים.

כאמור, אין זה מודל שצופה שוק חופשי דוגמת המודל הנשאף בגבולות האיחוד האירופי, ויהיה על מדינת ישראל לקבל החלטה אם היא מוכנה להחליפו במודל האירופי של הכרה הדדית בין רשויות פיקוח, שיאפשר למבטחים אירופיים, לבטח בישראל – ובלבד שזוכה באישור פעולה מאת מדינת המקור שלו – תוך שהוא כפוף לא לדין הישראלי, אלא לדין של מדינת המקור שלו.

4. השינויים הנדרשים בהצעת חוק דיני ממונות

לעומת חוק הפיקוח על עסקי ביטוח, המעורר את בעיית התוכן והקונספציה של הוראות נקודתיות בו בלבד, הצעת חוק דיני ממונות מעוררת בעיה כפולה, שכן נוסף על שאלת ההסכמה לשינויים נקודתיים בתוכנו, עולה שאלת ההשפעה של קירוב הדינים בנקודות ספציפיות על המכלול, על מערכת הצעת החוק כולה.

51 תיקון מס' 16 לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח שגם שינה את שמו לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א-1981 נכלל בחוק להגברת התחרות ולצמצום הריכוזיות וניגודי העניינים בשוק ההון הישראלי (תיקוני חקיקה), התשס"ה-2005 ס"ח 830, בעמ' 859. סעיפים 85-86 לחוק הביטוח קובעים הוראות מעבר לגבי תאגידים זרים המחזיקים זה מכבר ברשיון מבטח, מהתקופה שלפני תיקון זה לחוק.

(א) בעיית ההשפעה על המכלול

הצעת החוק היא למעשה קודיפיקציה של המשפט האזרחי בישראל. כך נאמר בדברי ההסבר להצעת החוק, המקיפה כשמונה מאות וחמישים סעיפים בתחום דיני החוזים, המכר, הנוזיקין, הנכסים והחייבים:

8. הצעת חוק דיני ממונות נועדה להוות קודיפיקציה של המשפט האזרחי בישראל. אין היא אך צירוף של מספר חוקים בתחומי המשפט האזרחי; אין היא 'קונפדרציה' של הוראות עצמאיות. הצעת החוק תוכננה, גובשה ונוסחה כקודקס אזרחי. היא שואפת להסדיר באופן שלם ומלא את היחסים המשפטיים בתחומי המשפט האזרחי, בלא להשאיר בו במתכוון שטחים בלתי מוסדרים. היא מהווה 'פדרציה' של הסדרים, אשר בינם לבין עצמם קיימים יחסים הדוקים, המונחים על ידי מדיניות כוללת. כך, למשל, נקבעה תפיסה כוללת באשר לדיני החייבים, תוך קביעת פרק כללי של הסדרים משותפים, והתפצלות בהמשך לענפים השונים של דיני החייבים...

9. האופי הקודיפיקטורי של הצעת חוק דיני ממונות משפיע על פרשנותה. פרשנות זו צריכה להעשות מתוך שאיפה להגשים את התכליות המונחות ביסוד החוק... לשם הגשמתן של תכליות אלה יש להשקיף על כל חלקי חוק דיני הממונות המוצע כעל חלקים המשתלבים אל מכלול המשפט האזרחי. כל פרק וכל חלק ממלא תפקיד שונה, הצריך להשתלב במבנה המשפטי הכללי...

...

15. הצעת החוק מורכבת משלוש חלוקות ענייניות מרכזיות: חטיבה כללית ובה עקרונות החוק, זכויות בנוגע לאישיות (חלק שני) ופעולות משפטיות (חלק שלישי), חטיבה הדנה בחייבים (חלק רביעי) וחטיבה הדנה בנכסים (חלק חמישי). כל אחד משני החלקים האחרונים (חייבים, נכסים) מתחלק לחלקי משנה, תוך הליכה מהכללי והמשותף אל הפרטני והנפרד. החלוקה היא איפוא שיטתית ורציונלית. המבנה הוא אחד והוא מקל על המיון והסיווג של הסוגיות השונות. הוא מבטיח וודאות ובטחון.

16. כמקובל בקודקסים אחרים, החלק הראשון של הצעת החוק קובע עקרונות כלליים, החלים על כל ההוראות שבהצעה... כל זכות, חירות, כפיפות או כוח המוכרים בהצעה מופעלים על פי עקרונות כלליים אלה. כן נקבעו בחלק הראשון התכליות המרכזיות (אם גם לא הבלעדיות) של ההצעה. הן נועדו לסייע בפירוש ההצעה, ובהתאמתה לתנאי החיים המשתנים...

...

19. לאחר שלושת החלקים הכלליים באה החלוקה המרכזית של הצעת החוק בין החיובים (חלק רביעי) לבין הנכסים (חלק חמישי). הפרק על החיובים (החוזיים, הנזיקיים או הקבועים בדין ספציפי אחר) נבנה כמערך קוהרנטי ושיטתי. הוא בנוי במידרג יורד של רמת הקונקרטיות. תחילתו בפרק הדין בתורת החיובים הכללית, שהם הדינים המשותפים לכל החיובים. בגדרם של אלה נבחנות הבעיות המשותפות לכל החיובים כולם...לאחר מכן דנה הצעת החוק בחיובים העיקריים לפי מקורותיהם... כל אחד מהחיובים העיקריים מתפצל לענפי משנה... לאחר מכן באה שורה ארוכה של חוזים מיוחדים, מכל הסוגים (מכר, מתנה, קבלנות, שירות... ביטוח, חוזים אחידים)... החלק על החיובים מסתיים בפרק מקיף על התרופות בשל הפרת חיוב. זהו אחד החידושים החשובים בהצעה. הוא מאחד את כל הדינים – החלים על כל החיובים – בענין סעדים בשל הפרת החיוב...

...

24. ניתן להצביע על מספר יתרונות עקרוניים בחוק החדש:

שיפור הוודאות המשפטית באמצעות הבטחת קוהרנטיות – קוהרנטיות בדין תורמת תרומה מכרעת לוודאות המשפטית... בהיעדר קוהרנטיות, כאשר מקורות אפשריים להיקש 'מושכים' לכיוונים שונים, נפגעת היכולת לאיתור הדין המצוי, ונפגעת הוודאות המשפטית.....

25. לעתים, חוסר הקוהרנטיות בהסדר נעוץ במקורות השראה שונים לחקיקה, שאינם תואמים... הצעת חוק דיני ממונות תשתית את ההסדרים על אידיאולוגיה אחידה....

...

31. ביסוס תורת משפט כוללת – הצעת החוק תתרום תרומה חשובה לביסוסה של תורת משפט סדורה. כאשר השיטה קוהרנטית, מתגבשים קווי דמות בהירים של השיטה ונמנע ערפול של מוסדות משפטיים." [ההדגשות הוספו]

התפיסה המשפטית העומדת ביסודה של הצעת החוק, כפי שהיא משתקפת מדברי ההסבר שלה, מעוררת דילמה עקרונית קשה כאשר מעמתים אותה עם השאלה אם כדאי ואפשר לקרב את דיניה של מדינת ישראל לדיני האיחוד האירופי. מדובר בדילמה קונספטואלית, הקודמת בכלל לשאלה אם ראוי לאמץ את הגישה האירופית לעניין דין ספציפי זה או אחר.

דברי ההסבר להצעת החוק מעידים בבירור כי העבודה הממושכת (שארכה כחמש-עשרה שנה) שהושקעה בהצעת חוק דיני ממונות נועדה ליצור מבנה מדרגי של נורמות, אשר נובע מתוך אידיאולוגיה אחידה ומוביל למערכת קוהרנטית שתבסס ודאות משפטית.

עימותה של גישה זו עם הרצון לקרב דינים לשיטת המשפט האירופית עלול לקעקע את יסודות השיטה המובנית והסדורה שהתגבשה בהצעת החוק. אם קירוב הדינים לשיטה האירופית יחייב שינוי של אחד העקרונות המשפטיים שנקבעו בהצעת החוק, הדבר עלול למוטט כבניין קלפים את השיטה כולה. זאת ועוד, גם אם העקרונות המשפטיים לא יהיו שונים זה מזה מילולית, אלא רק יקבלו פרשנות משפטית שונה עקב ההקשר השונה שלהם – חוק דיני ממונות בישראל או הדין האירופי באיחוד – או עקב השתלשלות שונה של פסיקת הערכאות הרלוונטיות בישראל ובאיחוד, הדבר עלול לפגום באחידות השיטה ובוודאותה.

לפיכך קיום תהליך של קירוב דינים בין ישראל לבין האיחוד בתחום כלשהו הנכלל בהצעת החוק יחייב תחילה בחינה של ההשפעה האפשרית של צעד כזה על המערכת שנבנתה בעמל רב. בבחינה כזו ניתן להגיע לאחת משלוש מסקנות:

1. יש זהות מילולית בין הנורמה הישראלית לנורמה האירופית – לכאורה, זה המקרה שבו יהיה קל יותר להכריע לטובת קירוב הדינים. אולם למעשה, גם כאן עולה שאלת ההקשר: האם הזהות המילולית היא גם זהות תוכנית כאשר מתייחסים להקשר? יודגש כי הסבירות לזהות מילולית בין הדינים נמוכה ממילא.
2. יש זהות תוכנית בין הנורמה הישראלית לנורמה האירופית – אפשרות זו סבירה יותר, לכאורה, מן האפשרות הראשונה. אולם קיומה של זהות תוכנית בנקודת-זמן מסוימת אינו מבטיח את המשך קיומה על-פני זמן, בהתחשב בשינויים שעשויים לחול מבחינת ההקשר: להבדיל מהקשר המשפטי בין מדינות האיחוד לבין עצמן, אשר מחייב אותן לתאם את דיניהן כל הזמן ומכפיף אותן לאותה מערכת של חקיקה ופסיקה, מנגנון כזה אינו קיים בין ישראל לבין האיחוד. לכן, עם הזמן עשוי להיווצר פער בין הפרשנות הניתנת לחוק הישראלי לעומת זו הניתנת לחוק האירופי המקביל.
3. אין זהות בין הנורמה הישראלית לנורמה האירופית – זה המקרה הקשה ביותר להחלטה, בהתחשב בהשפעה שתהיה לאימוץ הנורמה האירופית בנסיבות אלה על פירמדת הנורמות הסדורה שנבנתה בעמל רב בהצעת החוק.

(ב) דוגמות להבדלים נקודתיים בתחום דיני הביטוח בין הצעת חוק דיני ממונות לבין הדין האירופי

(1) ההוראות המתייחסות לביטוח בהצעת החוק
הפרק העוסק בביטוח בהצעת החוק נמצא בחלק הרביעי לחוק (חיובים).⁵² נוסף על כך, על תחום הביטוח חלות ההוראות הכלליות של שלושת החלקים הראשונים – הכלליים יותר – לחוק, וכן הוראות החלק האחרון, העוסק בתרופות. הצעת החוק מתמקדת בקשר שבין המבטח למבוטח, בזכויות ובחובות החוזיות והנויקיות, ובתרופות האפשריות ביחסים אלה.

נראה כי גם הצעת החוק, מעצם טבעה, יוצאת מנקודת-הנחה כי חוק דיני ממונות

52 הצעת חוק דיני ממונות, חלק רביעי, חלק-משנה שלישי, פרק תשיעי.

מיועד להסדיר יחסים בין שני גורמים כאלה המצויים בישראל. לא נראה כי מנסחיה של הצעת החוק הביאו בחשבון את האפשרות שהחוק יצטרך להסדיר יחסים בין מבטח ומבוטח שאחד מהם אינו תושב ישראל.

אם יעבור המחוקק את המחסום הראשון, דהיינו יחליט לאמץ את הנורמה האירופית למרות קיומו של חוק דיני ממונות, יהיה צורך להתייחס אל הדין הישראלי, בתהליך קירוב הדינים, כאל דין של אחת ממדינות האיחוד האירופי, דהיינו: לצאת מנקודת־הנחה שאין כוונה לשנות את פרטי ההסדר הקיים אלא ככל שהדבר נדרש כדי להטמיע בו את העקרונות האירופיים שיאפשרו הכרה הדדית בין רשויות פיקוח – דבר שיפתח לפני המבטחים הישראליים את השוק האירופי, אך גם יפתח את השוק הישראלי לתחרות מצד מבטחים אירופיים – וכן את העקרונות המגינים על הצרכן (על־ידי קביעת אמות־מידה מינימליות להתנהגות מבטח).

גם כאן נדגים שינויים שיידרשו בהצעת החוק בשני ההיבטים שהוזכרו: שאלת ההכרה ההדדית בין רשויות הפיקוח ושאלת השפעתה של הליברליזציה בשוק על הקשר בין מבטח למבוטח.

(2) הכרה הדדית בין רשויות הפיקוח

הצעת החוק אינה עוסקת בנושא זה במישרין, אך הדבר מתעורר בעקיפין עקב הוראת סעיף 344 להצעת החוק, הקובעת:

"(ב) כל עוד לא נמסרה הפוליסה לידי המבוטח, יראו כמוסכמים בין הצדדים את התנאים המקובלים באותו סוג ביטוח אצל אותו מבטח, כפי שהוגשו למפקח על הביטוח, לפי סעיף 16 לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, התשמ"א-1981, או כפי שהוגשו או שהותרו, לפי הענין, לפי סעיף 40 לחוק האמור, אלא אם כן הוסכם בין הצדדים על סטיה מאותם תנאים."

נקודת המוצא של הוראה זו היא המבטח הישראלי וההליכים החלים לגביו כיום. אך אם תושג הכרה הדדית בין רשויות הפיקוח בישראל ובאיחוד, מבטח זר לא יהיה כפוף להליכים אלה, אלא לפיקוחה של הרשות המוסמכת במדינת־המקור שלו. מכאן שהוראה זו תצטרך להשתנות.

5. יחסי מבטח ומבוטח – הגנה על הצרכן

החקיקה האירופית יוצאת מנקודת־הנחה שהמבטח והמבוטח אינם בהכרח מאותה מדינה, ומשום כך יקשה על המבוטח לברר מיהו המבטח, ולוודא שמדובר בגורם אשר פועל באופן תקין, מוכר לרשויות הפיקוח וכמובן מעביר לו את כל המידע הרלוונטי הדרוש לצורך ההתקשרות. החקיקה האירופית מחמירה במיוחד בנושא זה מקום שמדובר במכירת שירות מרחוק (distance selling), כגון באמצעות הטלפון, האינטרנט וכדומה – אמצעי שיווק הנהפכים למקובלים כתוצאה מהמרחק הפיזי בין מקומות מושבם של המבטח והמבוטח.

משפט ועסקים ד, התשס"ו אזור סחר חופשי בשירותים בין ישראל לבין האיחוד האירופי

להלן שתי דוגמות לדרישות מחמירות המיועדות להגן על הצרכן שאינן מצויות בהצעת החוק.

(1) דרישת כתב

סעיף 344 להצעת החוק קובע:

"(א) נכרת חוזה ביטוח, על המבטח למסור למבוטח מסמך חתום בידי המבטח המפרט את זכויות הצדדים וחובותיהם (בפרק זה – פוליסה), אלא אם כן מקובל באותו סוג ביטוח שלא להוציא פוליסה." [ההדגשות הוספו]

מהוראה זו משתמע, ראשית, כי החובה למסור פוליסה כתובה למבוטח, מקום שהיא קיימת, חלה רק לאחר כריתת חוזה הביטוח. זאת ועוד, במקרים מסוימים לא תחול על המבטח החובה למסור פוליסה כתובה למבוטח כלל. הדין האירופי, ובעיקר זה העוסק באפשרות לשווק ביטוחים מרחוק בשוק רחב-ידיים, מחייב מסירה של המידע בכתב או באמצעי שקול אחר (ככל הנראה הכוונה לאמצעי כגון דואר אלקטרוני) זמן סביר לפני שההסכם מחייב את הלקוח. כך נקבע בסעיף 5 לדירקטיבת השייוק מרחוק:⁵³

"Article 5

Communication of the contractual terms and conditions and of the prior information

(1) The supplier shall communicate to the consumer all the contractual terms and conditions and the information... *on paper or on another durable medium available and accessible* to the consumer in good time before the consumer is bound by any distance contract or offer." [Emphasis Added]

יש להניח כי שינוי המציאות בישראל ופתיחת שוק הביטוח למבטחים מהאיחוד יחייב התאמה של הדין בישראל לנסיבות אלה באופן דומה, כדי להגן על הצרכן.

(2) גילוי מידע למבוטח

הצעת החוק אינה מרחיבה בנוגע לחובה זו של המבטח לגלות מידע למבוטח. יש להניח כי

Council Directive 2002/65/EEC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 concerning the distance marketing of consumer financial services and amending Council Directive 90/619/EEC and Directives 97/7/EC and 98/27/EC, 2002. OJ L 271, p. 20

החלק הרביעי נסמך על ההוראות בחלקים הכלליים שבתחילת הצעת החוק, דוגמת חובת תום-הלב במשא-ומתן מכוח דיני החוזים. עם זאת, ההנחה היא כי במציאות הישראלית הקיימת בשוק הביטוח מדובר בשחקני שוק ובתנאי שוק מצומצמים וידועים לכל, וכאשר מדובר במבטח זר, שר האוצר וועדת הכלכלה יבדקו היטב את תנאי פעילותו בטרם יאשרו לו לשווק ביטוחים לצרכנים המקומיים.

לא כך באיחוד האירופי. מכיוון שמדובר בשוק רחב-ידיים ודינמי, שקיים בו חשש מפני ניצול לרעה של החופש לשווק שירותי ביטוח, בעיקר בשיווק מרחוק, החוק האירופי מנסה להגן על הצרכן על-ידי הצבת שורה של דרישות מחמירות בתחום גילוי המידע על המבטח הפוטנציאלי.

בדירקטיבת השיווק מרחוק המבטח מחויב, בין היתר, לגלות למבוטח – פרק-זמן משמעותי לפני כריתת הסכם הביטוח – את הפרטים הבאים:⁵⁴ פרטים כלליים על ספק הביטוח – זהותו ועסקו העיקרי, הכתובת של מקום מושבו וכל כתובת רלוונטית אחרת, זהות נציגו במדינת הצרכן (אם קיים) וכתובתו, רישום הספק (אם קיים) במרשם רשמי והרשות המפקחת עליו (אם יש כזו). פרטים על שירות הביטוח – תיאורו, מחירו (לרבות כל המיסים, האגרות וההיטלים), הגדרת התקופה שבה המידע רלוונטי, הסדרי התשלום והביצוע, תוספת התשלום בגין השיווק מרחוק (אם יש).

פרטים על הסכם ההתקשרות החוזית – קיומה או העדרה של יכולת לסגת מההסכם, משך הזכות ותנאיה, התשלום הכרוך בכך, תקופת-המינימום של ההסכם, מידע לגבי הזכות לסיים את ההסכם מוקדם מתאריך הסיום הרשמי, הוראות מעשיות ליישום הזכויות על-פי ההסכם, חוקי מדינת-המקור של הספק שמהווים את הבסיס להסכם, השפה שתשמש להסכם ולניהול ההתקשרות.

תרופות וסעדים משפטיים במקרה של ביטול ההתקשרות החוזית – קיום האפשרות להליך מחוץ לבית-המשפט לשם הגנה על זכויות הצדדים, קיום קרנות שערבות לחיובים. אין ספק ששינוי המציאות בשוק הביטוח הישראלי על-ידי פתיחתו לפעולתם של מבטחים אירופיים מחייב הכללת הוראות מפורטות כאמור בדין הישראלי, על-מנת להגן על המבוטחים הפוטנציאליים.

פרק ה: סיכום ומסקנות

תוכנית ה-ENP שנחתמה לאחרונה בין ישראל לבין האיחוד האירופי פותחת פתח לשינוי שעשויה להיות לו משמעות מרחיקת-לכת לגבי הכלכלות של שני הצדדים: יצירת אזור סחר חופשי בשירותים. מדובר בחזון מורכב שמימושו יארך זמן רב, אך אם הוא יוגשם, תהא

⁵⁴ Ibid, at pp. 16–24

בכך משום קפיצת־מדרגה לשוק השירותים הישראלי. שוק זה, המהווה 70% מהתמ"ג של ישראל, ימצא כי נפתחו לפניו אופקים חדשים עם פוטנציאל שיווק לארבע מאות וחמישים מיליון תושבי האיחוד.

מבחינה משפטית, הראינו כי הדין הישראלי יצטרך לעבור שינויים שיתאימו אותו למציאות החדשה. ההסכם בין ישראל לבין האיחוד חוזה קירוב דינים, שמשמעותו המעשית היא שאם תרצה ישראל לממש את המהלך, יהא עליה לקרב את דיניה באופן חד־צדדי לדיני האיחוד.

במאמר עמדנו על הבעיות הקונספטואליות והמעשיות שמהלך כזה עלול לעורר, ביניהן: שקילת החלופות שהדין האירופי מציב להסדרת הנושא לעומת אפשרויות אחרות; האופן שבו ניתן להבטיח את זהות הדינים על־פני זמן, בהתחשב בכפיפות למערכות משפטיות שונות; והצורך בשינוי קונספטואלי בחקיקה הקיימת, לרבות בקוד האזרחי החדש – חוק דיני ממונות.

אין מדובר בבעיות שאי־אפשר להתגבר עליהן, אולם אין ספק שפתרון יחייב רצון טוב ועבודה מאומצת מצד מקבלי ההחלטות. יש לקוות שמקבלי ההחלטות אכן ירימו את הכפפה וישלימו את המהלך, לטובת המשק הישראלי.

לסיום ראוי רק להזכיר כי בכל מקרה רצונם הטוב של מקבלי ההחלטות בישראל יהיה תנאי הכרחי אך לא מספיק להשלמת המהלך, שכן לשם כך יידרשו גם הרצון ושיתוף־הפעולה האירופיים.

