

## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 7611/01

בפני :  
כבוד השופטת ד' ביניש  
כבוד השופטת ע' ארבל  
כבוד השופטת א' חיות

העותרות :  
1. מכבי מגן אגודה שיתופית לביטוח הדדי נגד  
מחלות בע"מ  
2. ק.ח. מכבי חברה לביטוח בע"מ

נגד

המשיבים :  
1. שר האוצר  
2. הממונה על שוק ההון, ביטוח וחסכון

עתירה למתן צו על-תנאי

תאריך הישיבה : ט"ז בכסלו התשס"ה (29.11.2004)

בשם העותרות : עו"ד יעקב נאמן, עו"ד אהוד סול, עו"ד מנחם נאמן

בשם המשיבים : עו"ד יוכי גנסיין

### פסק-דין

#### השופטת ד' ביניש :

העותרות פנו אל המפקח על הביטוח (המשיב 2) בבקשה לקבל רישיון מבטח. המפקח דחה את בקשתן של העותרות וכנגד החלטה זו הוגשה העתירה שלפנינו. לפתחנו הונחה, אפוא, השאלה האם החלטת המפקח שלא ליתן לעותרות רישיון מבטח הינה כדין.

#### רקע עובדתי

1. העותרת 1 (להלן: מכבי מגן) הינה אגודה שיתופית אשר נוסדה בשנת 1953 ובה התאגדו חברי קופת החולים מכבי ("מכבי שירותי בריאות"). על פי תקנות

האגודה, מטרתה של מכבי מגן הינה לבטח את חברי האגודה ומשפחותיהם כנגד סיכוני מחלה ולהושיט לחברי האגודה עזרה רפואית. במסגרת מטרות אלה פעלה מכבי מגן במשך שנים רבות ובין השאר סיפקה לחברי האגודה ביטוח סיעודי. בשנת 1995 ייסדה מכבי מגן חברת-בת, היא העותרת 2 (להלן: מכבי ביטוח). כוונתה של מכבי מגן הייתה להעביר את פעילותה בתחום הביטוח הסיעודי לחברת הבת החדשה. יצוין, כי מטעם המפקח על הביטוח (להלן: המפקח) ניתן האישור הנדרש לרישום מכבי ביטוח כחברת ביטוח, כאמור בסעיף 99 לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הפיקוח) שעמד אז בתוקף.

בשנת 1998, כשנתיים לאחר שנרשמה מכבי ביטוח כחברה, פנו העותרות אל המפקח על הביטוח בבקשה לקבל רישיון מבטח. פניה זו באה ככל הנראה בעקבות תיקון שנעשה בחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994 (להלן: חוק הבריאות), לפיו נאסר על קופות החולים לספק שירותי סיעוד. בתשובה לפנייתן הודע לעותרות כי נדרש עיון מעמיק בבקשתן וכי הוקמו צוותי חשיבה ולימוד שימסרו המלצותיהם למפקחת. בהמשך לאמור זומנו בשנת 2001 נציגי העותרות לשימוע לפני הועדה המייעצת על פי חוק הפיקוח. זמן מה לאחר השימוע, ביום 19.6.01, מסרה המפקחת את החלטתה לפיה אין ליתן רישיון מבטח למכבי ביטוח וכן אין ליתן רישיון מבטח למכבי מגן. כפועל יוצא מהחלטה זו הורתה המפקחת למכבי מגן להפסיק לקבל מבוטחים חדשים ולהציג תכנית פעולה להעברת תיק הביטוח שלה למבטח מורשה אחר בישראל (להלן: ההחלטה הראשונה). בתמצית ייאמר כי החלטת המפקחת התבססה על שיקולים שעניינם המדיניות הכלכלית של הממשלה בתחום הבריאות, כפי שנקבעה בחוק הבריאות, וכן התבססה ההחלטה על שיקולים שעניינם המבנה המיוחד של מכבי מגן, שלדעת המפקחת אינו הולם תאגיד המבקש לספק שירותים בתחום הביטוח הסיעודי.

2. נגד ההחלטה הראשונה הוגשה העתירה המקורית לבית המשפט העליון. בעתירה נטען כי החלטת המפקחת התקבלה שלא כדין וכי מדובר בהחלטה בלתי סבירה שדינה להתבטל. לאחר שהוגשה העתירה הוסכם בין הצדדים כי הדיון בעתירה יידחה על מנת לאפשר לצדדים להידבר ביניהם. כמו כן הוסכם, כי מכבי מגן תוכל להמשיך לקבל חברים חדשים עד להחלטה אחרת. בין הצדדים התנהלו, אפוא, חילופי דברים במשך תקופה ארוכה ולבסוף, ביום 25.9.03, התקבלה על ידי המפקח על הביטוח (שהחליף בינתיים את המפקחת) החלטה נוספת בעניינן של העותרות (להלן: ההחלטה השנייה). בהחלטה האמורה אימץ המפקח את החלטת קודמתו בתפקיד שלא ליתן למכבי

מגן רישיון מבטח, תוך שהוא מסתמך במידה רבה על נימוקי ההחלטה הראשונה. לנוכח התפתחות זו ביקשו העותרות לחדש את הדיון בעתירתן בפני בית המשפט.

בשל הארועים שפורטו לעיל הורה בית המשפט לעותרות להגיש עתירה מתוקנת וזו הוגשה ביום 1.2.04. לאחר שהוגשה העתירה המתוקנת התבקשה תגובת המשיבים והעתירה נקבעה לדיון. הדיון בעתירה נדחה מספר פעמים לבקשת הצדדים ולבסוף התקיים ביום 29.11.04 בפני השופטים י' טירקל, ד' ביניש וא' פרוקצ'יה. יצוין, כי עובר לדיון הוגשה בקשה מטעם שירותי בריאות כללית להצטרף כמשיבה לעתירה והבקשה הועברה להחלטת ההרכב.

3. בדיון חזרו באי-כוח הצדדים על טיעוניהם הכתובים וכן נשמעה בקשתה של שירותי בריאות כללית. בתום הדיון התקבלו מספר החלטות באשר להמשך הטיפול בעתירה. ראשית, לנוכח טענת מכבי מגן כי לא ניתנה לה זכות טיעון מלאה, הוחלט לאפשר לה להגיש למפקח על הביטוח את טיעוניה בכתב וכן הוחלט כי המפקח יאפשר למכבי מגן גם להשמיע את טיעוניה בעל פה. בית המשפט קבע כי לאחר שמיעת הטיעונים ימסור המפקח על הביטוח החלטה מנומקת ביחס לבקשת העותרות לרישיון מבטח ולאחר מכן יוגשו הודעות משלימות מטעם הצדדים. שנית, לבקשת המשיבים, הורה בית המשפט למכבי מגן להפסיק לקבל חברים חדשים לשורותיה החל מיום 1.1.05. שלישית, בית המשפט החליט לדחות את בקשת שירותי בריאות כללית להצטרף כמשיבה.

4. ביום 1.3.05 הוגשו ההודעות המשלימות מטעם הצדדים. מהודעות אלה עלה כי לאחר שעיינן בטענות העותרות ושמע את טיעוניהן החליט המפקח שלא לשנות מההחלטות הקודמות לפיהן אין ליתן למכבי מגן רישיון מבטח (להלן: ההחלטה השלישית). יצוין, כי גם החלטה זו, כמו ההחלטות הקודמות, התבססה על נימוקים שעניינם הבעייתיות במבנה התאגידי של מכבי מגן מחד-גיסא ועל שיקולים שעניינם מדיניות הממשלה בתחום הבריאות מאידך-גיסא. כן פורטו בהחלטה השלישית נימוקים נוספים אשר ההתייחסות אליהם נדרשה בשל טענות נוספות שונות שהועלו על ידי העותרות.

בעקבות ההודעות המשלימות נקבעה העתירה לשמיעה והיא נדונה בפני המותב הנוכחי ביום 20.6.05. בדיון זה תקפו באי-כוח העותרות את ההחלטה השלישית וטענו כי ההחלטה השלישית, כמו השתיים שקדמו לה, הינה שגויה וכי

הנימוקים המונחים בבסיסה אינם מתקבלים על הדעת. מנגד, הגנה באת-כוח המשיבים על ההחלטה וטענה כי היא סבירה ואין להתערב בה. בתום הדיון נדחה התיק לעיון.

5. ביום 31.8.05 הוגשה בקשה מטעם העותרות שעניינה תיקון שנעשה בחוק הפיקוח הנזכר לעיל. בתיקון האמור, שהתקבל במסגרת החוק להגברת התחרות ולצמצום הריכוזיות וניגודי הענינים בשוק ההון בישראל (תיקוני חקיקה), התשס"ה-2005, בוטלה ההרשאה שניתנה למפקח על הביטוח ליתן רישיון מבטח לאגודה שיתופית ומעתה, על פי החוק המתוקן, ניתן להעניק רישיון מבטח אך ורק "לחברה כהגדרתה בחוק החברות". נוכח היותה של מכבי מגן אגודה שיתופית ביקשו העותרות כי בית המשפט יצהיר שבידיהן רישיון מבטח זמני שיעמוד בתוקפו עד למתן פסק דין בעתירה ולחלופין ביקשו, כי בית המשפט יורה למשיבים ליתן למכבי מגן רישיון מבטח זמני. בקשותיהן של העותרות נדחו בהחלטה מיום 6.10.05. בתיקון החקיקה הנזכר לעיל עוד נשוב לעסוק בהמשך. עד כאן הרקע העובדתי והשתלשלות הענינים הכרוכים בעתירה.

#### טענות הצדדים

6. כאמור, העתירה הוגשה בשנת 2001, לאחר שהתקבלה ההחלטה הראשונה בעניינן של העותרות על ידי המפקח על הביטוח. עיקרי הנימוקים שהובאו בהחלטה הראשונה עמדו גם ביסוד ההחלטה השניה וההחלטה השלישית ועל כן, נתאר תחילה את הנימוקים שהובאו בהחלטות ולאחר מכן נפנה לתיאור טענות העותרות ולתשובת המשיבים לטענות אלה.

#### נימוקי החלטות המפקחים

7. כמצוין לעיל, ההחלטות בעניינה של מכבי מגן התבססו בעיקר על שיקולים המעוגנים במדיניות הממשלה בתחום הבריאות מחד-גיסא ועל שיקולים שעניינם המבנה המיוחד של מכבי מגן מאידך-גיסא. נעמוד על טעמים אלה כסדרם.

בפתח הדברים יש לציין, כי ברקע ההחלטות בעניינה של מכבי מגן עמדה ההנחה העובדתית כי מכבי מגן מהווה "חלק אינטגרלי מהפעילות של אגד התאגידים המזוהה באופן ישיר עם קופת החולים מכבי" (מתוך החלטת המפקח). הקשר ההדוק בין מכבי מגן לבין קופת חולים מכבי העסיק רבות את המפקחים על הביטוח וניתן לו משקל רב בהחלטותיהם, כפי שיפורט להלן.

בהחלטות של כל אחד מהמפקחים הוסבר, כי על פי מדיניות הממשלה בתחום הבריאות, יש למנוע מקופות החולים לעסוק בפעילות של ניהול סיכונים ורזרבות כספיות לטווח ארוך. תכליתה של מדיניות זו, כך נטען, היא להגן על קופות החולים מפני הסתבכות פיננסית אשר תימנע מהן מלמלא את ייעודן הבסיסי – הספקת שירותי בריאות לציבור. מכיוון שתחום הסיעוד מחייב ניהול פיננסי מורכב החליטה הממשלה כי על קופות החולים להימנע מלעסוק בתחום זה. החלטה זו עוגנה בתיקון שיזמה הממשלה בשנת 1998 לחוק הבריאות. על פי עמדת המפקח, נוכח הקשר ההדוק בין מכבי מגן לבין קופת החולים מכבי, פעילותה של מכבי מגן בתחום הסיעוד עומדת בסתירה לאיסור החל על קופות החולים ליתן שירותי ביטוח סיעוד ועוקפת אותה. לפיכך, אין לאפשר למכבי מגן להמשיך לפעול בתחום הסיעוד. הקשר בין מכבי מגן לקופת חולים מכבי הטריד כל אחד מהמפקחים על הביטוח שבחנו את עניינה גם מטעמים נוספים. בהחלטות השונות צוין כי בהתחשב בקשר האמור קיים חשש שבמקרה שמכבי מגן תיקלע לקשיים כלכליים תיחלץ קופת חולים מכבי לעזרתה ותעביר אליה תקציבים ציבוריים שהופנו אליה כספקית של שירותי בריאות.

כאמור, טעמים נוספים להחלטות שנתקבלו על ידי המפקחים היו נעוצים במבנה המיוחד של מכבי מגן כאגודה שיתופית המעניקה ביטוח סיעודי לחבריה על דרך של ביטוח הדדי. בענין זה עמדו המפקחים על מספר קשיים ונציין את חלקם. ראשית נטען, כי הסדר הביטוח ההדדי במכבי מגן אינו יציב דיו וקיים חשש באשר ליציבותה הפיננסית של מכבי מגן. על פי הטענה, הביטוח ההדדי במכבי מגן מושתת על סבסוד צולב בין המבוטחים הצעירים למבוטחים המבוגרים וסבסוד זה עלול לגרום לקשיי יציבות משמעותיים בטווח הארוך. שנית נטען, כי התאגדותה של מכבי מגן כאגודה שיתופית, שאין בה גרעין שליטה או בעל שליטה, המסוגל לספק "גב כלכלי" במקרה של היקלעות לקשיים פיננסיים, מחריפה את בעיית חוסר היציבות של מכבי מגן. כמו כן צוין, כי המבנה המיוחד של מכבי מגן, בה למעלה ממיליון חברים, מעורר "בעיית נציג" משמעותית, באשר החברים באגודה אינם מעורבים באופן אמיתי בנעשה בה והיא נשלטת על ידי מנהלים שאינם נתונים למרותם ולפיקוחם של בעלי מניות כלשהם.

אלה היו, אפוא, הטעמים העיקריים שהיו מונחים ביסוד עמדותיהם של המפקחים על הביטוח, ובהן גם ההחלטה השלישית והאחרונה שניתנה לאחר בחינה נוספת של כל טענות העותרות ושכנגדה מופנית העתירה כיום. נפנה עתה לבחון את הטענות שהעלו העותרות כנגד הטעמים שפורטו לעיל.

8. בפתח הדברים יש להעיר, כי טענות העותרות התמקדו בעיקר בהחלטה שעסקה במכבי מגן ואשר הורתה לה לחדול מעיסוקה בתחום הביטוח הסיעודי. מיעוט של הטענות עסק בהחלטה שלא ליתן רישיון מבטח למכבי ביטוח וזאת ככל הנראה מכיוון שמכבי ביטוח הוקמה כחברת בת של מכבי מגן והיא נמצאת ממילא בשליטתה המלאה. מכל מקום, בעת הדיון לפנינו לא הבחינו הצדדים בין הגופים השונים ולמעשה התייחסו אליהם כאחד.

בעתירה ובדיון בעל-פה העלו העותרות מספר רב של טענות ונעמוד על העיקריות שבהן. טענתן הראשונה של העותרות היתה כי פעילותה של מכבי מגן כלל אינה באה בגדר "עיסוק בביטוח" שכן מדובר באגודה שיתופית המעניקה שירותי סיעוד לחבריה ולא בחברת ביטוח המעניקה פיצוי למי שהיא קשורה עימו בחוזה ביטוח. לפיכך, כך נטען, מכבי מגן כלל אינה כפופה לחוק הפיקוח והמפקח על הביטוח אינו מוסמך להחליט בעניינה. העותרות הסתמכו בטענתן זו על לשון חוק הפיקוח אולם בעיקר על מצב הדברים כפי שהתקיים בכל התקופה בה פעלה מכבי מגן. על פי הטענה, מכבי מגן פועלת באותו אופן מאז הקמתה בשנת 1953 ובמשך כל אותן שנים לא ראה המפקח לדרוש ממנה רישיון לעסוק בביטוח. העותרות אף צרפו לטיעוניהן מכתב שנשלח למכבי מגן בשנת 1967 מטעם המפקח על הביטוח ובו נאמר כי הוחלט לפטור את מכבי מגן מקבלת רישיון כיוון שאופי עסקיה מהווה "מקרה גבול" של עיסוק בעסקי ביטוח. העותרות ביקשו להסתמך על מכתב זה וטענו כי המפקח על הביטוח אינו רשאי לסטות מההחלטה שבוטאה בו. בהתחשב באמור לעיל טענו העותרות כי ההחלטות השונות בענין מכבי מגן נתקבלו בחוסר סמכות.

טענתן השניה של העותרות נגעה לתקינות ההליכים בהם התקבלו ההחלטות השונות. הן בעתירה המקורית והן בעתירה המתוקנת העלו העותרות טענות בדבר פגמים שנפלו בהליכים שהתנהלו בעניינן ולטענתן, לא ניתנה להן זכות טיעון ראויה. בדיון האחרון שהתנהל בעתירה לא חזרו באי-כוח העותרות על טענה זו ונראה כי לנוכח האפשרות שניתנה לעותרות להציג את טיעוניהן בכתב ובעל-פה בפני המפקח (ראו פסקאות 4 – 5 לעיל) תוקנו הפגמים – ככל שהיו כאלה – בהליך קבלת ההחלטות ואין עוד צורך להיזקק לטענה זו.

טענתן השלישית והעיקרית של העותרות נגעה לסבירות ולמידתיות ההחלטות שהתקבלו בעניינן. העותרות ציינו כי מכבי מגן פועלת שנים רבות בהצלחה רבה וכי חברים בה למעלה ממיליון איש ואשה. בנסיבות אלה, טענו העותרות, ההחלטה למנוע

ממכבי מגן להמשיך לפעול הינה בלתי סבירה. עוד הוסיפו כי החלטה זו פוגעת בזכויותיה של מכבי מגן לחופש ההתאגדות, לחופש העיסוק ולקנין באופן בלתי מידתי.

9. העותרות טענו נגד סבירות ההחלטות במספר מישורים. ראשית נטען כי ההחלטות התקבלו על סמך תשתית עובדתית בלתי מבוססת וכי הקביעות וההנחות בהחלטות לא הושתתו על נתונים מהימנים או על חוות דעת מקצועיות. כך, למשל, בתשובה לטענה כי קיים חשש ליציבותה הפיננסית של מכבי מגן טענו העותרות כי מכבי מגן פועלת ללא דופי מזה עשרות שנים וכי על פי חוות דעת מקצועיות שצורפו אין לאגודה גירעון אקטוארי; בתשובה לטענה כי ה"סבסוד הצולב" הקיים במכבי מגן מעורר קושי טענו העותרות כי אין איסור בחוק הפיקוח על סבסוד צולב בתחום הביטוח וכי ממילא כל תכניות הביטוח מקיימות רמה כזו או אחרת של סבסוד צולב. העותרות הדגישו כי הסבסוד הצולב אינו פוגע בשום אופן ביציבותה הפיננסית של מכבי מגן וגם בסוגיה זו תמכו את טיעוניהן בחוות דעת מקצועיות; בתשובה לטענה בדבר הקושי שעלול להיווצר מהעדר בעל שליטה טענו העותרות כי אין כל חשש להיווצרות קושי כאמור שכן המנגנון שמפעילה מכבי מגן, המבוסס על ביטוח הדדי, הינו יציב דיו. מכל מקום, על מנת להסיר את החששות בדבר יציבותה הפיננסית של מכבי מגן הצהירו העותרות כי הן מוכנות לעמוד בדרישות ההון הקבועות בתקנות ביחס לחברות ביטוח.

באשר לטענות בדבר הקשר בין קופת חולים מכבי לבין מכבי מגן טענו העותרות כי קשר זה הינו חסר משמעות מעשית וכי בין קופת החולים מכבי לבין מכבי מגן קיימת הפרדה כספית וחשבונאית מוחלטת. העותרות הודו כי אכן קיימים מספר בעלי תפקידים הפועלים בשני הגופים הנ"ל במקביל אך הן התחייבו כי אם יינתן להן רישיון מבטח תונהג הפרדה מלאה גם בענין זה. לפיכך, כך נטען, מתן רישיון מבטח למכבי מגן אינו עומד בסתירה למדיניות הממשלתית בתחום הבריאות.

העותרות הוסיפו וטענו כי לנוכח כל האמור לעיל ההחלטות שהתקבלו בעניינן אינן מידתיות שכן אף אם התכלית המונחת ביסוד ההחלטות (הגנה על ציבור המבוטחים) הינה ראויה הרי שהאמצעי שנבחר להשגת התכלית (חיסול פעילותה של מכבי מגן) אינו האמצעי המתאים להשגת התכלית; אין זה האמצעי שפגיעתו פחותה; והנזק שייגרם למכבי מגן כתוצאה מאמצעי זה אינו עומד ביחס ראוי לתועלת שתושג.

10. בשולי הדברים יצוין, כי בעתירתן המתוקנת עמדו העותרות גם על שורה של טעמים נוספים המצדיקים לשיטתן מתן רישיון מבטח למכבי מגן. בין השאר ציינו

העותרות כי אינטרס הציבור ייצא נשכר שכן מכבי מגן הינה גוף מקצועי בעל ניסיון רב המציע שירותי סיעוד במחירים נמוכים ובכך ממלא תפקיד חשוב ביותר במערך הבריאות בישראל.

#### תשובת המפקח לטענות העותרות

11. כפי שתואר לעיל, עובר לדיון הראשון בעתירה הגישו המשיבים את תגובתם לעתירה המתוקנת. בתגובתם דחו המשיבים את כל טענות העותרות ולשיטתם, ההחלטות בעניינן של העותרות התקבלו כדין ומדובר בהחלטות סבירות שאין עילה להתערב בהן.

באשר לטענת העדר הסמכות טענו המשיבים, כי על פי כל המבחנים הקבועים בחוק ובפסיקה יש לראות את עיסוקה של מכבי מגן כעיסוק בביטוח ועל כן, חובה על מכבי מגן לקבל רישיון מאת המפקח על הביטוח וההחלטות בעניינה התקבלו בסמכות. המשיבים שללו את הסתמכות העותרות על המכתב שנשלח אל מכבי מגן בשנת 1967 וטענו כי אין באמור במכתב זה כדי למנוע מהמפקח מלקבל את החלטות נשוא העתירה.

בתשובה לטענות בדבר סבירות ההחלטה שהתקבלה בענין מכבי מגן חזרו המשיבים בטיעוניהם על הנימוקים שעמדו ביסוד ההחלטות שניתנו על ידי המפקחים על הביטוח. המשיבים שבו וציינו כי המדינה ביקשה למנוע מקופות החולים מלעסוק במתן שירותי סיעוד ובביטוח סיעודי וכי לנוכח הקשר ההדוק המתקיים בין מכבי מגן לבין קופת חולים מכבי, הרי שהמשך פעילותה של מכבי מגן בתחום הביטוח הסיעודי עומד בסתירה למדיניות האמורה ואין לאפשר אותה. בתשובה לטענות העותרות בדבר איתנותה הפיננסית של מכבי מגן טענו המשיבים כי למכבי מגן גירעון אקטוארי ניכר ולתמיכה בטענתם אף צירפו חוות דעת אקטוארית שהוכנה על ידי אקטוארית בכירה במשרד האוצר המתמחה בתחום ביטוחי הבריאות. המשיבים חזרו גם על הטענות בדבר הקושי העקרוני במבנה של ביטוח הדדי ולטענתם מבנה זה אינו מבטיח יציבות של המבטח בטווח הארוך. על פי טענת המשיבים, במודל העסקי של מכבי מגן קיימים פגמים רבים העשויים לפגוע בזכויותיהם של המבוטחים ואילו על פי המודל העסקי המקובל בתחום הביטוח בישראל יוכלו מבוטחי מכבי מגן ליהנות מכיסוי ביטוחי עדיף. לנוכח כל האמור לעיל טענו המשיבים כי ההחלטות נשוא העתירה הן סבירות ולפיכך אין עילה להתערב בהן ויש לדחות את העתירה.



עד כאן השתלשלות העניינים בתיק ופירוט טענות הצדדים. נפנה עתה לבחינת הטענות השונות.

## דיון

12. השאלה בה עלינו להכריע היא, האם ההחלטות בעניינה של מכבי מגן, לפיהן עליה לחדול מעיסוק בתחום הביטוח הסיעודי, התקבלו כדין, או, שמא נפל בהן פגם כלשהו. יצוין, כי אין אנו נדרשות לעסוק בנפרד בכל אחת מההחלטות שהתקבלו שכן הנימוקים העקרוניים של המפקח על הביטוח חזרו על עצמם בצורה כזו או אחרת בכל אחת מן ההחלטות, ומכל מקום כיום עומדת לביקורתנו השיפוטית ההחלטה האחרונה והסופית של המפקח.

כעולה מן המתואר לעיל ניתן לחלק את טענות העותרות לארבעה ראשים עיקריים. הראש האחד הוא הטענה כי ההחלטה התקבלה בחוסר סמכות; הראש השני הוא הטענה כי ההחלטה התקבלה ללא תשתית עובדתית ראויה; הראש השלישי עניינו הטענה כי ההחלטה לגופה היא בלתי סבירה שכן היא מבוססת על נימוקים שגויים; והראש הרביעי עניינו הטענה כי ההחלטה פוגעת בזכויות יסוד ואינה מידתית. נפנה עתה לבחון טענות אלה כסדרן.

### הטענה בדבר חוסר סמכות המפקח

13. כאמור, העותרות טענו כי עיסוקה של מכבי מגן אינו "עיסוק בביטוח" כמשמעותו בסעיף 1 לחוק הפיקוח. לטענת העותרות קיים הבדל משמעותי בין גוף עסקי שכל תכליתו ועיסוקו בפיזור והקצאת סיכונים תמורת רווח לבעליו (כחברת ביטוח) לבין גוף שתכליתו היא מתן שירותים לחבריו (כמכבי מגן). אכן, פעילותה של מכבי מגן טומנת בחובה גם היבט של הקצאת סיכונים, אך לטענת העותרות אין זה הבסיס המרכזי לפעילותה של מכבי מגן. העותרות הדגישו כי מכבי מגן אינה משלמת פיצויים לחבריה עם קרות מקרה הביטוח אלא מספקת להם שירותי סיעוד בפועל או שיפוי עבור הוצאות שהוציאו בלבד. עוד טענו העותרות כי מכבי מגן פועלת מזה עשרות שנים ללא רישיון מבטח בידיעת המפקח על הביטוח ועובדה זו לבדה יש בה כדי להוכיח כי מכבי מגן אינה כפופה ואינה צריכה להיות כפופה לחוק הפיקוח. על יסוד האמור לעיל טענו העותרות כי למפקח על הביטוח כלל אין סמכות בעניינה של מכבי מגן.

14. על פי סעיף 14 לחוק הפיקוח, שהיה בתוקף בעת הגשת הבקשה והעתירה, חל איסור על "עיסוק בביטוח" ללא רישיון. המפקח על הביטוח, המתמנה על פי החוק, הוא המופקד על רישוי עסקי ביטוח. המושג "ביטוח" עצמו אינו מוגדר בחוק והשאלה אם פעולות מסוימות באות בגדר "עיסוק בביטוח" היא שאלה פרשנית. בענין זה מקובלת עלינו עמדת המשיבים לפיה, גם כאשר ניתנים תגמולי הביטוח בעין במקום בכסף וגם כאשר הפעילות אינה נעשית למטרת רווח – כפי שנטען שהדבר נעשה במכבי מגן – עדיין אפשר כי מדובר בפעילות שהיא בגדר "עיסוק בביטוח" אשר נדרש עבורה רישיון מבטח. לפיכך, טענת העותרות כי עיסוקה של מכבי מגן אינו בגדר "עיסוק בביטוח" – דינה להידחות. לא למותר לציין, כי שמה המלא של מכבי מגן הינו "מכבי מגן, אגודה שיתופית לבטוח הדדי נגד מחלות בע"מ" וכי בסעיף המטרות של מכבי מגן נרשם כי אחת המטרות העיקריות של האגודה היא "לבטח את חברי האגודה ומשפחותיהם כנגד כל סיכוני מחלה, הנובעים מכל גורם שהוא, לרבות הוצאות אישפוז טפול רפואי, ניתוחים, שכר בטלה, תמיכת משפחות וגמילות חסד בזמן המחלה" (ההדגשות שלי – ד.ב.). סעיפים רבים בתקנון של מכבי מגן מזכירים את המילה "ביטוח" על הטיותיה השונות ואין ספק כי מסמך זה מעיד על עצמו כי עיסוקה של מכבי מגן בביטוח. זאת ועוד: מכבי מגן שיוקה את החברות באגודה כתכנית של ביטוח סיעודי ועל כן הטענה כי מכבי מגן אינה עוסקת בביטוח סיעודי טוב היה לה אלמלא נטענה. אכן, מאפייניו של הביטוח הסיעודי שמספקת מכבי מגן שונים במידת מה ממאפייני הביטוח הסיעודי המוצע על ידי חברות הביטוח האחרות, אולם הבדלים אלה הם משניים ואין בהם כדי לשנות ממהות העסקה שהיא עסקת ביטוח לכל דבר. עצם העובדה כי מכבי מגן מאוגדת בדרך של אגודה שיתופית ולא בדרך של חברת מניות אינה גורעת מאופיה הביטוחי של ההתקשרות שבין מכבי מגן לבין החברים באגודה. יצוין, כי אף המומחה מטעם העותרות, פרופ' י' כהנא, שחוות דעתו צורפה לעתירה, ציין כי במכבי מגן מתקיימים חלק ניכר מהמאפיינים המעידים על עיסוק בביטוח ויש לשים לב כי מחוות הדעת נעדרה הצהרה חד-משמעית שמכבי מגן אינה עוסקת בביטוח. מכל מקום, אין ספק שעבור חברים רבים במכבי מגן ההצטרפות לאגודה היוותה תחליף לרכישת פוליסת ביטוח סיעודי בחברת ביטוח אחרת וגם בכך יש כדי להעיד על מהותה של החברות באגודה. אכן, מכבי מגן פעלה שנים רבות בלא שניתן לה רישיון מבטח כדין אולם הנסיבות והגורמים שהובילו למצב זה לא נפרשו בפנינו במסגרת העתירה. נראה לכאורה, כי יש יסוד להנחה כי מכבי מגן פעלה באותה תקופה כחלק מפעילותה של קופת חולים מכבי, אך מכל מקום, העובדה כי מכבי מגן פעלה ללא רישיון כדין במשך תקופה ארוכה אינה יכולה להקנות לה חסינות מפני

שינוי ותיקון המצב. בהתחשב באמור לעיל אין ספק כי למפקח על הביטוח סמכות לדון בעניינה של מכבי מגן שכן מדובר בתאגיד הפועל בתחום הביטוח.

#### הטענה בדבר התשתית העובדתית החסרה

15. כאמור, העותרות טענו כי ההחלטות בעניינן התקבלו על יסוד תשתית עובדתית חסרה ולקויה. דין טענה זו להידחות. לפני שהתקבלו ההחלטות בעניינה של מכבי מגן נאסף חומר רב וניתנה לנציגי העותרות הזדמנות מלאה להעלות את טענותיהם. כאמור לעיל, עובר להחלטה הראשונה של המפקח על הביטוח, התכנסה הוועדה המייעצת על פי חוק הפיקוח, ונציגי העותרות הופיעו לפנייה. בדיון זה הוצגו נתונים רבים על ידי נציגי העותרות ונערך שיג ושיח מקיף ביותר בינם לבין חברי הוועדה. כמו כן מפרוטוקול הדיון עולה, כי נציגי העותרות הגישו לחברי הוועדה בדיון חומר כתוב בנוגע לסוגיות השונות שנדונו (ראו לדוגמא עמודים 38, 42 ו-49 לפרוטוקול הדיון הנ"ל) וחומר זה היה מונח בפני המפקחים על הביטוח בעת שהתקבלו ההחלטות שקדמו להחלטה השלישית. מכל מקום, אין כלל ספק כי לפני שהתקבלה ההחלטה השלישית נפרשה בפני המפקח על הביטוח כל התשתית העובדתית והמשפטית הנדרשת לשם קבלת החלטה. תשתית זו נפרשה הן בטיעוני הצדדים לפני המפקח והן בטיעוני הצדדים לפני בית המשפט. בנסיבות אלה, השאלה אם ההחלטות שקדמו להחלטה השלישית התקבלו על יסוד תשתית עובדתית חסרה כלל אינה רלוונטית ואין בה כדי לשנות לענייננו.

#### הטענה בדבר סבירות ההחלטות

16. טענתן העיקרית של העותרות בעתירתן היתה כי ההחלטה שהתקבלה בעניינן היתה בלתי סבירה משום שהנימוקים להחלטה ומסקנותיה היו, לשיטתן, שגויים. העותרות תקפו את הקביעות בדבר אי-יציבותה הפיננסית של מכבי מגן; את הקביעות בדבר הבעייתיות הטמונה במבנה התאגידי של מכבי מגן ובביטוח ההדדי שהיא מספקת; וכן את הקביעות בדבר בעייתיות הקשר שבין מכבי מגן לבין קופת חולים מכבי. בכל אחד מעניינים אלה טענו העותרות טענות רבות ומפורטות, תוך שהן מסתמכות על חוות דעת של מומחים מטעמן. העותרות שללו מכל וכל את הטעמים הנזכרים לעיל כטעמים שעשויים להצדיק את ההחלטה שהתקבלה בעניינה של מכבי מגן ולטענתן, אין בסיס לנימוקים אלה. נפנה עתה לבחון את טיבן של הטענות האמורות.

**התשתית הנורמטיבית**

17. התשתית הנורמטיבית הרלוונטית לבחינת טענות העותרות בפרשה שלפנינו מצויה בסעיפים 14, 15 ו-17 לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח. נציין כבר עתה כי בשנת 2005, לאחר שנשמעה העתירה, תוקן חוק הפיקוח ושמו שונה לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), תשמ"א-1981 (להלן: חוק הפיקוח החדש). במסגרת התיקון האמור נערכו בחוק מספר שינויים שחלקם רלוונטי לענייננו ונעסוק בהם להלן. עד שנגיע לשינויים אלה נביא את סעיפים 14, 15 ו-17 כלשונם בחוק הפיקוח המקורי, עובר לתיקון:

- |  |  |
|--|--|
| <p>14. (א) לא יעסוק אדם בביטוח אלא אם יש בידו רשיון לפי סעיף 15 ובהתאם לתנאי הרשיון.<br/>           (ב) ...<br/>           (ג) "...</p>  | <p><b>"איסור<br/>עיסוק</b></p>                     |
| <p>15. (א) המפקח רשאי, לפי שיקול דעתו ולאחר התייעצות בוועדה לתת -<br/>           (1) לחברה או לאגודה שיתופית שהואגדו בישראל - רשיון מבטח ישראלי;<br/>           (2) ...<br/>           (ב) ...<br/>           (ג) "...</p>   | <p><b>"רשיון<br/>מבטח</b></p>                      |
| <p>17. המפקח והוועדה יביאו בחשבון עניינים אלה בעת שידונו בבקשה לרשיון מבטח:<br/>           (1) תכניות הפעולה של המבקש וסיכויו להגשימן;<br/>           (2) התאמתם של הדירקטורים ומנהלי העסקים של התאגיד המבקש, ובמקרה של מבטח חוץ - של מנהליו ומורשיו בישראל, לתפקידם;<br/>           (3) האמצעים הכספיים של התאגיד המבקש;<br/>           (4) האמצעים הכספיים והרקע העסקי של בעלי אמצעי השליטה בתאגיד המבקש;<br/>           (5) תכניותיו של המבקש לענין ביטוח משנה ולענין צוות עובדים מקצועיים וסיכויו להגשימן;<br/>           (6) תרומת מתן הרשיון לתחרות במשק הביטוח ולרמת השירות בו;</p> | <p><b>"שיקולים<br/>במתן<br/>רשיון<br/>מבטח</b></p> |

(7) המדיניות הכלכלית של הממשלה;

(8) טעמים שבטובת הציבור."

כעולה מסעיף 14 לחוק הפיקוח, עיסוק בביטוח ללא רישיון מבטח הינו אסור. על פי סעיף 104 לחוק הפיקוח, עיסוק בביטוח ללא רישיון הינו עבירה שדינה שלוש שנות מאסר או קנס. על מנת לקבל רישיון מבטח יש לפנות למפקח על הביטוח, שעל פי סעיף 15 לחוק הפיקוח מוסמך ליתן רישיון מבטח ישראלי לחברה או לאגודה שיתופית שהואגרו בישראל. בחינת בקשה לרישיון מבטח תיעשה בהתאם לשיקולים המפורטים בסעיף 17 לחוק הפיקוח המונה שורה של שיקולים רלוונטיים.

18. הנהגתו של משטר רישוי בתחום הביטוח נועדה למספר תכליות שהעיקרית בהן היא הגנה על ציבור המבוטחים. המפקח על הביטוח ניצב כ"שומר סף" ועליו לבחון ולאשר את כניסתם של גורמים שונים לשוק הביטוח על מנת להגן על הצרכנים המבקשים לרכוש ביטוח. הצורך להגן על הצרכנים בשוק הביטוח נובע מחיוניותו וממרכזיותו של תחום הביטוח בחיי היום יום ומאי-השוויון ביחסי הכוחות בשוק זה. עמד על כך בית משפט זה מפי המשנה לנשיא ת' אור בפסק הדין שניתן בדנג"ץ 6127/00 המפקחת על הביטוח נ' ציון חברה לביטוח בע"מ, נח(4) 937, בעמודים 949 – 950:

"שירות הביטוח הינו שירות חיוני. הוא מאפשר לאנשים להתגונן מראש מפני סכנות ונזקים עתידיים, לא צפויים. בהתרחש הנזק הם אינם נאלצים לשאת בו בעצמם. באופן טבעי, מערכת היחסים בין המבוטח לבין המבטח הינה ארוכת טווח. בדרך כלל, נמשכת ההתקשרות עם חברת הביטוח מספר רב של שנים, אשר במהלכן הלקוח ממשיך לשלם, בתקופות הקבועות בחוזה, את הפרמיה הביטוחית תמורת שירות הביטוח שהחברה מעניקה לו.

מאפיינים אלה של ענף הביטוח מלמדים על הצורך בפיקוח על ענף הביטוח ועל העוסקים בו. חשיבותו של השירות הביטוחי, כמו גם העובדה שכספי המבוטחים מוחזקים משך שנים על-ידי חברות הביטוח, אשר עשויות לרדת מנכסיהן או לנצל לרעה את כוחן, מעלות את הצורך להסדיר את שוק הביטוח ולהגן על ציבור המבוטחים. יש להבטיח כי בעת הצורך תהיינה חברות הביטוח מסוגלות ונכונות לשלם את כספי הביטוח למבוטח שניזוק בהתאם לתנאי פוליסת הביטוח. לאור זאת תכליתו של חוק הפיקוח הינה הסדרתו של ענף הביטוח, פיקוח על התנהלותו של הענף ועל העוסקים בו והגנה על ציבור המבוטחים (ראו: בג"ץ 28/71 התאחדות חברות לביטוח חיים בע"מ נ' שר האוצר; בג"ץ

7721/96 איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח (להלן – פרשת שמאי הביטוח)...וכן ראו: הצעת חוק הפיקוח על עסקי ביטוח, תשמ"א-1980; ד"כ 91 (תשמ"א) 2267 מיום 24.3.1981. ברוח זו נאמר באחד המקרים על ידי השופטת נתניהו:

'חוק חוזה הביטוח ואותן הוראות של חוק הפיקוח על עסקי ביטוח, תשל"א-1981, העוסקות במישור המשפט הפרטי שביחסי מבטח-מבוטח, המבטאים את מדיניותו של המחוקק, הם חוקי צרכנות מובהקים שנקודת המוצא שלהם היא של אי-שוויון בין הצדדים ומגמתם הברורה היא לשמור על המבוטח מפני כוחו של המבטח ולאזן את חוסר השוויון שביניהם' (ע"א 391/89 וייסנר נ' אריה חברה לביטוח בע"מ...).

ובפרשת שמאי הביטוח, נאמר מפי השופט זמיר:

'דווקא בתנאים של שוק חופשי נדרשת המדינה להגן על חלשים. במסגרת היחסים בין חברות הביטוח לבין המבוטחים, החלשים הם המבוטחים. ההגנה על המבוטחים מחייבת פיקוח על חברות הביטוח כיום לא פחות מאשר לפני חמישים שנה...ההגנה על המבוטחים היא עדיין התפקיד העיקרי של המפקחת על הביטוח, וזו גם התכלית העיקרית של הסדרים מטעם המפקחת" (שס, בעמוד 650)''.

אכן, אין ספק כי ביטוח הוא שירות חיוני ורכישת ביטוח מסוגים שונים הינה פעולה שגרתית המבוצעת על ידי חלקים נרחבים של האוכלוסייה. כן אין ספק כי בתחום הביטוח מתקיימת מערכת כוחות בלתי שיוויונית בה, בדרך כלל, ניצב מצד אחד הצרכן החלש ומן הצד האחר חברת הביטוח החזקה (ראו האסמכתאות הנזכרות בציטוט שהובא לעיל). בשל האמור נחקקו הסעיפים השונים בחוק הפיקוח המטילים על המדינה חובה לפקח על שוק הביטוח. הסמכות שניתנה למפקח על הביטוח לבחון בקשות למתן רישיון, וכן השיקולים השונים שעל המפקח לשקול בבואו לבחון בקשה למתן רישיון, מכוונים כולם לתכלית מרכזית אחת והיא הגנה על ציבור המבוטחים. זוהי תכלית העל המנחה את פעולת המפקח על הביטוח ובהתאם לתכלית זו יש לבחון את החלטותיו.

במאמר מוסגר יצוין, כי מבין תחומי הביטוח השונים תחום הביטוח הסיעודי הוא מורכב במיוחד. כך, משום שהביטוח נועד לאנשים הנמצאים במצב פיזי קשה

ביותר ולעתים אף במצב של העדר יכולת לתפקד באופן עצמאי. מרבית מקרי הביטוח הסיעודיים מתרחשים בקרב האוכלוסייה המבוגרת ומדובר באוכלוסייה פגיעה במיוחד. כן יש לציין כי ביטוח סיעודי נעשה בדרך כלל לטווח ארוך ונדרש בגדרו שיקלול של נתוני סיכון קשים לחיזוי. מטעמים אלה, רמת הפיקוח שנדרש המפקח על הביטוח להפעיל בתחום הביטוח הסיעודי היא גבוהה במיוחד.

19. הנה כי כן, חוק הפיקוח הקנה למפקח על הביטוח סמכות להחליט בבקשה למתן רישיון מבטח ובענין זה יש לציין כי הלכה היא שלרשות מינהלית נתון שיקול דעת וטווח פעולה בתחום סמכותה. בית המשפט יטה שלא להתערב בהחלטת הרשות המינהלית, המבוססת על תפיסתה המקצועית, אלא אם ההחלטה לוקה בפגמים דיוניים או מהותיים כחוסר סבירות קיצוני, הסתמכות על שיקולים זרים או פסולים, התעלמות משיקולים ענייניים או ייחוס משקל שאינו ראוי לשיקולים השונים. בזוכרנו כללי יסוד אלה של המשפט המינהלי נפנה לבחון את טענות העותרות בענין שלפנינו.

20. טענות העותרות התמקדו בשיקול דעתו המקצועי של המפקח על הביטוח. לא הועלתה לפנינו טענה של ממש בדבר קיומם של שיקולים זרים או בדבר תכלית פסולה שעמדה לנגד עיני המפקח ועיקר הטענות הופנו כנגד הקביעות המקצועיות של המפקח בהחלטתו. לטענת העותרות, קביעותיו אלה של המפקח היו שגויות והן הובילו את המפקח למסקנה בלתי סבירה בעליל.

בין הצדדים התנהל, אפוא, וויכוח בסוגיות מקצועיות השאובות מתחום הביטוח. על כל טיעון שהעלה המפקח השיבו העותרות בטיעון נגדי, לעתים תוך הסתמכות על חוות דעת מומחה. בתגובה שב המפקח והסביר את עמדתו והעותרות שבו והתנגדו. כך התנהל ההליך כולו, משך שנים, כשהצדדים חוזרים ומתבצרים בטיעוניהם. מאז התקבלה ההחלטה הראשונה התחלף המפקח על הביטוח ופעמיים נפתחה בפני העותרות האפשרות להציג מחדש את עמדתן ולשכנע בצדקת טיעוניהן, אך עמדתו המקצועית של המפקח על הביטוח, גם לאחר שמיעת הטיעונים כולם, נותרה כשהיתה ולא חל בה שינוי מאז שהתקבלה ההחלטה הראשונה.

21. במחלוקת שתוארה לעיל ניצב מן הצד האחד המפקח על הביטוח כרשות המוסמכת על פי החוק וכמי שמוחזק, ביחד עם הועדה המייעצת, כמומחה המופקד על תחום הביטוח. מן הצד האחר ניצבות העותרות בעלות האינטרס בענין, כשהן מצוידות בחוות דעת מקצועיות של מומחים מטעמן. בבואו להכריע בטענות העותרות אין בית

המשפט "אמור לשקול במאזניים את העמדה של העותרת כנגד העמדה של המשיבים כדי להחליט איזו עמדה סבירה יותר" (בג"ץ 6406/00 בזק החברה לישראלית לתקשורת בע"מ נ' שר התקשורת, פ"ד נח(1) 433, 434; להלן: ענין בזק). בית המשפט אינו מחליף את שיקול דעת המפקח בשיקול דעתו שלו אלא בוחן הוא את הטענות שלפניו באספקלריה של ביקורת שיפוטית בלבד. העותרות רשאיות להעלות את טענותיהן ולהציג את עמדת המומחים שלהן בפני הרשות אך הסמכות לשקול ולהחליט בסופו של דבר נתונה לרשות המינהלית המוסמכת על פי חוק. יש לזכור, כי לרשות המינהלית נתון מתחם של שיקול דעת ורק חריגה ממתחם זה תצדיק התערבות שיפוטית. בענייננו, הקנה חוק הפיקוח למפקח סמכות להחליט בדבר מתן רישיונות מבטח ובמסגרת סמכות זו מסור לו שיקול הדעת. בית המשפט ייטה שלא להתערב בשיקול דעתו המקצועי של המפקח כאשר הכרעתו התקבלה על יסוד בחינת הענין שלפניו באופן מקצועי והתבססה מחד-גיסא על ניתוח הנתונים שעמדו לפניו ועל הסקת המסקנות מנתונים אלה ומאידך-גיסא על המדיניות הכללית הנוהגת בתחום המסור לאחריותו. כאשר החלטתו של המפקח על הביטוח מושגת על מומחיותו בתחום הביטוח ועל המדיניות הנוהגת על ידו, לא בנקל יעדיף בית המשפט את חוות דעתו של מומחה חיצוני על פני מסקנותיו המקצועיות של המפקח.

22. כאמור, העותרות הסתמכו בטיעוניהן על חוות דעת של מומחים אשר לכאורה סתרו את מסקנותיו המקצועיות של המפקח. קיומם של חילוקי דעות מקצועיים מאפיין מקרים בהם מתעוררות שאלות שהן ענין של הערכה ומומחיות. "אכן, לעולם לכל בעיה יהיו פותרים ופתרונות אחדים" (בר"ם 3186/03 מדינת ישראל נ' עין דור, פ"ד נח(4) 754, 766; להלן: פסק דין עין-דור) והפרשה שלפנינו גם היא התאפיינה בתשובות שונות לאותן שאלות. כך, למשל, נמצאו בענייננו כאלה שטענו כי מודל של ביטוח הדדי הוא יציב ומקובל ולעומתם היו שטענו כי הביטוח ההדדי טומן בחובו קשיים וסיכונים שאינם רצויים; מצד אחד נטען כי יש לבצע חישובים אקטואריים על סמך הנחות מסוימות ומן הצד האחר נטען כי יש לערוך את החישובים על סמך הנחות אחרות. כיצד יידע בית המשפט להכריע בין הדעות המקצועיות השונות? מה יהיו הכלים המשפטיים שיפעיל בית המשפט בבואו לדון במחלוקת מעין זו?

הלכה היא כי על המבקש לבטל את החלטת הרשות המינהלית מוטל הנטל להראות שנפל בהחלטה פגם המצדיק את ביטולה שכן, ככלל, החלטת הרשות המינהלית נהנית מחזקת החוקיות ומחזקת התקינות המינהלית (ענין בזק, בעמוד 435). ככלל, אין בהצבעה על פתרונות אפשריים נוספים כדי להצדיק התערבות בשיקול דעת הרשות שכן אף אם בית המשפט "ייטה אחר החלטה המבכרת פיתרון זה ולא פיתרון



אחר... בכך אין כדי להביא את בית המשפט להחליף את שיקול דעתה של הרשות בשיקול דעתו שלו" (פסק דין עין-דור, שס). על העותרות, המבקשות לבטל את החלטת המפקח מחמת אי סבירות, להראות כי החלטת המפקח היתה כה בלתי סבירה עד כי מפקח סביר, באותן נסיבות, לא יכול היה להגיע להחלטות נשוא העתירה. בענייננו, הנטל מוטל, אפוא, על העותרות.

האם עמדו העותרות בנטל המוטל עליהן? לאחר שעיינו בטענות העותרות ובתשובות המשיבים ולאחר ששמענו את טיעוניהם לפנינו הגענו לכלל מסקנה כי הנטל שהיה מונח על כתפי העותרות לא הורם. בין הצדדים קיימת מחלוקת מקצועית חריפה בנושאים שונים אולם בית המשפט אינו יכול לשמש כבורר במחלוקת זו (השוו: בג"ץ 4157/98 "צוות" אגודת גימלאי שירות הקבע בצה"ל נ' שר האוצר, פ"ד נח(2) 769, 799 – 801). המפקח על הביטוח הוא הגוף המוסמך לקבל את ההחלטה בעניינן של העותרות וטיעוני העותרות לא שיכנעונו כי מפקח סביר באותן נסיבות לא יכול היה להגיע להחלטה האמורה. כן לא עלה בידי העותרות לשכנענו כי נימוקיו של המפקח שגויים וכי לא ניתן היה להסתמך עליהם בקבלת החלטתו. החלטת המפקח בעניינן של העותרות התקבלה על יסוד ניתוח מקצועי של הנתונים הקיימים וכן על יסוד ההשקפה המקצועית לפיה אין ליתן רישיון מבטח לאגודה שיתופית. גישה זו של המפקחים על הביטוח אף זכתה, כפי שיפורט בהמשך, לעיגון בחקיקה. המפקח התחשב בהחלטותיו באינטרס הציבורי המובהק ליתן בטחון לציבור רחב המונה למעלה ממיליון מבוטחים החברים במכבי מגן. משהחליט המפקח כפי שהחליט, משום שלדעתו הדבר נדרש כדי להגן על ציבור המבוטחים, הרי בהתחשב בכך שההגנה על ציבור המבוטחים היא בתחום אחריותו של המפקח על הביטוח, ולא נפל פגם או פסול בשיקול דעתו אין בידינו להתערב בהחלטותיו. נפנה עתה לפרט את עיקרי הטענות שעלו בפנינו על מנת להבהיר את מסקנתנו האמורה.

### יציבותה הפיננסית של מכבי מגן

23. שאלת יציבותו הפיננסית של גורם המבקש לקבל רישיון מבטח הינה קריטית בהליך בחינת הבקשה לרישיון (ראו גם סעיפים 17(א)-(3)-(4) לחוק הפיקוח). גוף אשר קיים חשש שמא אינו איתן דיו כדי לעמוד בהתחייבויותיו כמבטח אין לאפשר לו דריסת רגל בשוק הביטוח והמפקח על הביטוח הוא "שומר הסף" בענין זה. אין צורך להרחיב על חשיבותו של שיקול זה ועל המשמעות הקשה שעלולה להיות להתמוטטות של מבטח עבור ציבור המבוטחים ועבור המשק בכללותו. בשל האמור לעיל, קיימת חשיבות גדולה לשאלת יציבותה הפיננסית של מכבי מגן ולשאלה האם האופן בו היא

מתנהלת מבטיח הגנה על החברים המבוטחים בה. לפיכך, על אף טענת העותרות כי הובטח להן שענין היציבות הפיננסית לא יהווה שיקול מכריע בעניינן, ספק אם רשאי המפקח על הביטוח להחליט בבקשה למתן רישיון מבטח בלא לבחון את יציבותו הפיננסית של מבקש הרישיון ובלא ליתן לנתון זה את המשקל המתאים לו.

את יציבותה הפיננסית של מכבי מגן יש לבחון בשני היבטים עיקריים. ההיבט הראשון נוגע לשאלת קיומו או העדר קיומו של גירעון אקטוארי וההיבט השני נוגע לשאלה האם המבנה התאגידי בו פועלת מכבי מגן (אגודה שיתופית) יכול להבטיח יציבות לטווח ארוך.

24. עובר לקבלת ההחלטה השלישית בעניינה של מכבי מגן הוכנו שתי חוות דעת אקטואריות. חוות הדעת מטעם העותרות הוכנה על ידי מר עמנואל ברזק וחוות הדעת מטעם המשיבים הוכנה על ידי גב' אביטל יעל-קולר ממשרד האוצר. על פי חוות דעתו של ברזק נהנית מכבי מגן מעודפים תקציביים שאף בתחזית הגרועה ביותר יכולים לשמש אותה במשך עשרות שנים. לעומת זאת, על פי חוות דעתה של יעל-קולר, למכבי מגן גירעון אקטוארי אשר מגיע למאות מיליוני שקלים. בין חוות הדעת נפער, אפוא, פער ניכר אשר נבע ברובו מהבדלים בהנחות היסוד שהונחו בבסיסה של כל אחת מחוות הדעת. על פי הנטען בחוות דעתה של יעל-קולר, השתמש ברזק בחוות דעתו בהנחות מקלות ביותר אשר הביאו אותו לתוצאה אליה הגיע. כך, למשל, ההנחה של ברזק בדבר שיעורי התמותה באוכלוסיה והאופן בו ישתנו שיעורים אלה בעתיד לא תאמה, לטענת יעל-קולר, את ההנחות המקובלות בענין זה. כאשר ערכה יעל-קולר את החישוב על יסוד הנחות אחרות מסקנתה היתה ששינוי זה בלבד מביא לתוצאה של גירעון אקטוארי של מאות מיליוני שקלים. כמו כן, לטענת יעל-קולר, שיעור הריבית לפיו ערך ברזק את חישוביו היה גבוה מהשיעור המקובל לחישובים מהסוג האמור והתוצאה של הפחתת שיעור הריבית הביאה אף היא לגירעון אקטוארי ניכר. מסקנתה הכללית של יעל-קולר היתה, אפוא, שמכבי מגן כלל אינה איתנה מבחינה פיננסית וכי היא רגישה ביותר לשינויים בהנחות היסוד השונות.

העותרות לא הותירו את חוות דעתה של יעל-קולר ללא מענה מצידן. בתגובתן תקפו העותרות את ההנחות עליהן ביססה יעל-קולר את חוות דעתה ולטענתן הנחות אלה הן שמרניות יתר על המידה ואינן סבירות. העותרות אף צירפו לתמיכה בטענותיהן חוות דעת משלימות בענין זה. גם מטעם המשיבים הוגשה חוות דעת משלימה של האקטוארית יעל-קולר אשר שבה וחיזקה את עמדתה וטיעוניה בתשובה לטיעוני הנגד של העותרות. יצוין, כי לחוות דעתה המשלימה צירפה יעל-קולר חוות דעת אקטוארית

שהוכנה על ידי ברזק בשנת 2002 ואשר הועברה למפקח על הביטוח במסגרת דיונים שהתקיימו באותה עת בין הצדדים. מחוות דעת זו עולה, לטענת יעל-קולר, כי ברזק עצמו בחוות דעתו משנת 2002 עמד על כך שלמכבי מגן גירעון אקטוארי בשיעור של כ-830 מיליון שקלים.

25. הנה כי כן, לפנינו חוות דעת מכאן ומכאן. נדגיש שוב, כי השאלה העומדת לפנינו אינה איזו חוות דעת נכונה יותר מבחינה מקצועית אלא האם היה זה סביר מבחינתו של המפקח על הביטוח לסמוך את ידיו על חוות הדעת של יעל-קולר בעת קבלת ההחלטה בענין מכבי מגן.

לאחר שעיינו בחוות הדעת ובטענות השונות הגענו למסקנה כי הסתמכותו של המפקח על חוות הדעת האמורה לא היתה בלתי סבירה. לאחר שעיינו בטענות העותרות לא שוכנענו כי חוות דעתה של יעל-קולר שגויה וכי אסור היה למפקח על הביטוח להסתמך עליה. הסבריה של יעל-קולר לשימוש בשיעור ריבית של 3.5% (במקום שיעור ריבית של 4% כאמור בחוות דעתו של ברזק) הינם על פניהם מבוססים ואין סיבה לדחותם כבלתי סבירים. כך הדבר גם בענין שיעורי התמותה שיש להשתמש בהם בחישוב וכן בעניינים האחרים שהיו שנויים במחלוקת בין המומחים. הסתמכותו של המפקח על חוות דעתה של יעל-קולר היתה סבירה, אפוא, ודין טענות העותרות בענין זה להידחות.

26. בשולי הדברים, ואולי לא כל כך בשוליהם, יצוין, כי שאלת הגירעון האקטוארי הוזכרה בפעם הראשונה זמן רב לפני ההחלטה השלישית של המפקח ולא היה זה נימוק חדש ש"נשלף" לאחר שהוגשה העתירה, כפי שביקשו העותרות לטעון. הגירעון האקטוארי של מכבי מגן נדון עוד בשימוע שנערך לעותרות לפני הועדה המייעצת בשנת 2001. באותו דיון ציין אחד מנציגי מכבי מגן כי בשנת 1998 התקבלה חוות דעת שהצביעה על גירעון אקטוארי במכבי מגן אך לטענתו, הבעיה נפתרה על ידי העלאת תעריפים (ראו עמוד 82 לפרוטקול וכן עמודים 94 – 99). לפיכך, הגם שחוות הדעת של יעל-קולר הוכנה לאחר שהתקבלה ההחלטה השנייה, ורק ההחלטה השלישית התבססה עליה באופן ישיר, הרי שאין ספק כי ענין איתנותה הפיננסית של מכבי מגן נדון לאורך כל הליך בחינת הבקשה לרישיון. מדברי נציגי מכבי מגן בדיון וכן מחוות הדעת של ברזק משנת 2002 אף עולה, כי בענין זה התקיימו ספקות מסוימים גם בקרב המומחים מטעם מכבי מגן.

### הבעייתיות במבנה התאגידי של מכבי מגן

27. כאמור, מכבי מגן מאוגדת כאגודה שיתופית. המבוטחים במכבי מגן הם החברים באגודה והם למעשה גם המבטחים. בשל האמור מכונה מבנה זה של ביטוח בשם "ביטוח הדדי" – "Mutual Insurance". מבנה זה שונה מהמבנה "הרגיל", בו קיימת חברת ביטוח, שהיא חברת מניות, העורכת חוזי ביטוח עם מבוטחים והיא האחראית כלפיהם.

בהחלטות המפקחים על הביטוח צוינו מספר בעיות הטמונות, על פי הטענה, במבנה התאגידי של מכבי מגן. ראשית נטען, כי קיים קושי משמעותי בקיום הגנה גולטיבית אפקטיבית על המבוטחים בביטוח הדדי לנוכח הזהות בין המבוטח למבטח. שנית, כפי שציינה המפקחת בהחלטה הראשונה, קיימת "בעיית נציג" במבנה האמור שכן מרבית החברים אינם מעורבים באופן ממשי בניהול האגודה והיא נשלטת על ידי מנהלים שאינם נדרשים ליתן דין וחשבון לבעלי מניות (ראו גם התייחסות לכך בפרוטוקול דיון הוועדה המייעצת בעמודים 70 ו-75). שלישית, מהמבנה התאגידי האמור נעדר בעל שליטה מרכזי שניתן לתבוע ממנו אחריות לתת מענה במקרה של גירעון וכן אין מתקיימות דרישות ההון העצמי החלות בדרך כלל על חברות הביטוח.

העותרות דחו כאמור את כל הטענות הנ"ל; הן טענו כי החששות האמורים אינם נשענים על בסיס עובדתי כלשהו וכי מדובר בחששות בעלמא. העותרות נסמכו בטענותיהן בעניין זה על חוות הדעת של פרופ' כהנא בה הוסברו בפירוט רב מבנה הביטוח ההדדי ויתרונותיו ביחס למבנה "הרגיל". פרופ' כהנא ציין בחוות דעתו כי הביטוח ההדדי הינו נפוץ ומקובל במקומות רבים בעולם וכי חששותיו של המפקח על הביטוח מפני מבנה זה אינם מוצדקים. עוד הסביר פרופ' כהנא כי העדרו של הון עצמי ושל בעל שליטה הינם טבעיים למבנה של ביטוח הדדי וכי בתאגידים של ביטוח הדדי קיימים מנגנונים אחרים, חלופיים, המבטיחים את יציבות המבטח. כך, למשל, מקור ההון המרכזי בביטוח הדדי הינו צבירת עודפים לאורך זמן ובמקום הזרמת הון מבעל שליטה נסמכים בחברות ביטוח הדדיות על היכולת להעלות את התעריפים המשולמים על ידי החברים באמצעות תיקון תקנון האגודה.

28. הנה כי כן, השאלה שהתעוררה בענייננו נוגעת להערכת יציבותו של מודל הביטוח ההדדי בהשוואה למודל הביטוח "הרגיל". שאלה זו – איזהו המודל העדיף – היא שאלה אקדמית אשר בגדרה קיימים טיעונים לכאן ולכאן. התשובה לשאלה זו משקפת, בדרך כלל, השקפה עקרונית ובסיסית באשר למערכת הביטוחית הרצויה. יצוין, כי פרופ' כהנא הזכיר בחוות דעתו מחקרים שנערכו בתחום הביטוח ואשר לא

נמצאו בגדרם תשובות מוחלטות. לעומת מחקרים שמסקנתם היתה כי יש יתרון לתאגידי ביטוח הדדי, קיימים מחקרים אחרים שמסקנתם היתה הפוכה. לצד האמור ציין פרופ' כהנא בחוות דעתו כי בשנים האחרונות מתקיים בעולם תהליך של Demutualization בו הופכים תאגידי הביטוח ההדדי לחברות רגילות. פרופ' כהנא עמד על הסיבות למגמה זו אך לשיטתו, אין קיומו של תהליך כזה מלמד בהכרח על פגם כלשהו שטמון במודל הביטוח ההדדי.

29. אין בדעתנו לחרוץ דעה בשאלה איזה שיטת ביטוח עדיפה – ביטוח הדדי או ביטוח "רגיל". בשאלה זו חלוקים המלומדים בתחום הביטוח וענין זה אינו ענין שעלינו להכריע בו. כפי שיפורט להלן, שאלה זו הוכרעה כיום בישראל על ידי המחוקק. במסגרת בחינת שיקול דעתו של המפקח על הביטוח בשלב בו ניתנה החלטתו, העלה המפקח חששות מבוססים ביחס לביטוח ההדדי. הספרות המקצועית העולמית הכירה בקיומם של קשיים לא מעטים במודל הביטוח ההדדי לצד יתרונותיו של מודל זה (ראו, למשל: H. Hansmann "The Organization of Insurance Companies: Mutual versus Stock" 1 J. L. Econ & Org. 125, 128, 134-135). אכן, קיומם של תאגידי ביטוח הפועלים במתכונת של ביטוח הדדי מעיד כי מודל זה הינו אפשרי אך מסקנת המפקח על הביטוח כי מודל הביטוח ההדדי של מכבי מגן אינו מתאים לתחום הביטוח הסיעודי בישראל מעוגנת בהשקפה מקצועית מבוססת היטב, שהיתה כיום להשקפה השלטת על פי חוק. החלטתו של המפקח שלא ליתן רישיון ביטוח לאגודה שיתופית קיבלה, אפוא, חיזוק מכריע בחקיקת הכנסת ולנתון זה יש השפעה רבה על ענייננו.

30. כפי שצוין בפסקאות 5 ו-17 לעיל, בשנת 2005 נערך תיקון בחוק הפיקוח במסגרת החוק להגברת התחרות ולצמצום הריכוזיות וניגודי העניינים בשוק ההון בישראל (תיקוני חקיקה), התשס"ה-2005. בגדרו של תיקון זה תוקן סעיף 15 לחוק הפיקוח. בעוד שעל פי הנוסח הישן לחוק הפיקוח היה רשאי המפקח על הביטוח להעניק רישיון מבטח "לחברה או לאגודה שיתופית שהואגדו בישראל" הרי שעל פי הנוסח החדש רשאי המפקח ליתן רישיון אך ורק "לחברה כהגדרתה בחוק החברות". הנה כי כן, החל מכניסתו לתוקף של התיקון האמור אין המפקח על הביטוח רשאי ליתן רישיון מבטח לאגודה שיתופית אלא לחברה בלבד. יצוין, כי בתיקון האמור הוכנסו הוראות מעבר ביחס לאגודות שיתופיות שהיה בידיהן ערב תיקון החוק רישיון מבטח אולם הוראות אלה אינן חלות בענייננו שכן למכבי מגן מעולם לא ניתן רישיון כאמור.

השאלה הנשאלת היא מהי השפעתו של התיקון האמור על ענייננו. יודגש, כי הדיון לפנינו התקיים לפני תיקון החוק, ולא נטען לפנינו שבנסיבות הקיימות יש בתיקון האמור כדי להכריע בגורל העתירה, וכי בעטיו אין ניתן להעניק רישיון מבטח למכבי מגן. מכל מקום, נוכח המסקנה אליה הגענו באשר להחלטת המפקח לגופה, אין עוד חשיבות לשאלה זו. יהא הדבר אשר יהא, יש בתיקון חקיקה זה כדי ללמד על המדיניות הכלכלית המועדפת כיום במשק בתחום הביטוח ומדיניות זו היא שיקול מרכזי בגישתו של המפקח על הביטוח (ראו סעיף 17(7) לחוק הפיקוח). על המדיניות שהנחתה את המחוקק בתיקון האמור ניתן ללמוד מתוך דברי ההסבר שליוו את הצעת החוק:

"מוצע לקבוע כי המפקח יהיה רשאי לתת, לפי שיקול דעתו, רישיון מבטח ישראלי לחברה שהתאגדה בישראל ולבטל את האפשרות לתת רישיון מבטח לאגודה שיתופית, זאת, בין השאר, בשל המבנה התאגידי של אגודה שיתופית, שבה לא קיימת הפרדה מבנית בין המבטח לבין המבוטחים (כך שהמבוטחים משמשים, למעשה, גם כמבטח), ובשל העדרו של בעל שליטה. מבנה מיוחד זה עלול לעורר בעיות וכשלים בשורה ארוכה של ענינים, ובהם קשיים בהשלמת הון עקב ירידה בהון של המבטח מתחת לסף הנדרש בהתאם להוראות הדין, היעדר בעל שליטה מוזהה במקרים שבהם המבטח נקלע לקשיים כלכליים וכן קיומם של קשיים בקבלת החלטות במבטח בנושאים הנוגעים לתיקונים הנדרשים בזכויות המבוטחים". (ה"ח 175 (תשס"ה), 731).

תיקון החוק האמור מלמד כי הממשלה והכנסת סברו שאין לאפשר לאגודה שיתופית, הפועלת במודל של ביטוח הדדי, לפעול כמבטח בישראל. הגם שאין בתיקון האמור, כשלעצמו, כדי להכריע בבקשתה של מכבי מגן, שכן זו הוגשה זמן רב לפני התיקון, יש בכך כדי ליתן בסיס איתן למדיניותו המוצהרת של המפקח על הביטוח גם בעניינין של העותרות. אין ספק, כי המדיניות המשתקפת בתיקון החקיקה באה לידי ביטוי, בין היתר, בהחלטות שהתקבלו בעניינין של העותרות עוד לפני תיקון החוק והמגמה שלא לאשר מודל של ביטוח הדדי, שהיתה בגדר מדיניות של המפקח, היתה כיום להוראת חוק.

### סוגית הסבסוד הצולב

31. במכבי מגן קיים סבסוד צולב בין קבוצות הגיל השונות. בני קבוצת גיל אחת מממנים בתשלומיהם את התגמולים והשירותים הניתנים לבני קבוצת גיל אחרת. מכיוון

שמדובר בביטוח סיעודי אשר המבוטח בדרך כלל נדרש לו בשנות חייו המתקדמות, החברים הצעירים במכבי מגן משלמים דמי חבר שהם גבוהים מעלות הסיכון הביטוחי שלהם ואילו החברים המבוגרים משלמים דמי חבר הנמוכים מעלות הסיכון הביטוחי שלהם. באופן זה נוצר מצב שהחברים הצעירים מממנים בתשלומיהם את הטיפול בחברים המבוגרים וזהו הסבסוד הצולב. לטענת המפקח על הביטוח הסבסוד הצולב במכבי מגן הינו בלתי יציב ומסוכן למבוטחים. מכיוון שתכנית הביטוח במכבי מגן נשענת על תשלומיהם של החברים הצעירים הרי שפרישתם של אלה (שעשויה להתרחש עקב הרעה בתנאים או העלאת התשלומים המוטלים עליהם) עשויה לערער את יציבות המערכת כולה. בנוסף, בהתחשב בשאיפה למנוע פגיעה במבוטחים המבוגרים קיימת נטייה מובנית לדחות הפחתה בזכויות החברים גם כאשר מתרחשת הידרדרות במשאבים הכלכליים העומדים לרשות האגודה. כאשר בכל זאת תיערך ההפחתה יהיה הכרח לבצע באופן חריף וזהו בדיוק הגורם אשר עשוי להוביל לפרישתם של צעירים מהחברות במכבי מגן ולקריסת האגודה כולה. אכן, מידה מסוימת של סבסוד צולב קיימת אצל כל חברות הביטוח אולם המפקח על הביטוח עמד על התהליכים המבוצעים בחברות הביטוח האחרות לצמצום הסבסוד ואילו במכבי מגן הסבסוד הצולב הוא מרכיב עיקרי במבנה.

בתשובה לטענה האמורה טענו העותרות כי קיומו של סבסוד צולב במכבי מגן אינו פוגע בשום צורה ביציבותה או ברמת המחירים שלה. בחוות דעתו של פרופ' כהנא נטען, כי רמת הסבסוד הצולב במכבי מגן הינה סבירה ואף במקרה הקיצוני של פרישת כל המבוטחים הצעירים מהאגודה, עדיין יישארו בידי מכבי מגן אמצעים מספיקים על מנת לממן את שירותי הסיעוד לחברים המבוגרים למשך כשלושים שנה.

32. הטענות בענין הסבסוד הצולב חזרו ונשמעו במהלך הדיון בעתירה. נראה, כי לו עמד נימוק זה לבדו, ספק אם היה בו כשלעצמו כדי להצדיק את החלטת המפקח. אכן, אין חולק כי במכבי מגן מתקיים סבסוד צולב בין קבוצות הגיל השונות אך נתון זה בפני עצמו אינו בעל משמעות ברורה ביחס ליציבותה של מכבי מגן ואיכות הביטוח הניתן בה. החששות שהעלו המשיבים בענין הסבסוד הצולב אינם אלא חלק מהבעיות הנובעות ממודל הביטוח ההדדי באגודה שיתופית. על רקע חשש זה ראוי לציין, כי במהלך הדיון שנערך בפני הוועדה המייעצת בשנת 2001 ציין אחד מנציגי מכבי מגן כי מחוות הדעת האקטוארית שנערכה עבור מכבי מגן בשנת 1998 (ראו פסקה 26 לעיל) עלתה המסקנה כי למכבי מגן יש גירעון ומתקיים בה "סבסוד מוגזם בין הגילים" (עמוד 82 לפרוטוקול הדיון). על פי דברי הנציג בדיון בעיה זו נפתרה באמצעות העלאת התעריפים, אלא שכפי שציין המפקח, פתרון זה של העלאת תעריפים הינו בלב בעית

הסבסוד הצולב שכן אמצעי זה עלול להיות הגורם שיביא לפרישתם של חברים צעירים מהאגודה ולקריסתה הפיננסית.

### בעייתיות הקשר שבין מכבי מגן לבין קופת חולים מכבי

33. נימוק מרכזי בהחלטת המפקח על הביטוח נסב על הקשר שבין מכבי מגן לבין קופת חולים מכבי. לטענת המפקח, קיומו של הקשר האמור מסכל את המדיניות, שקיבלה ביטוי בחוק, ותכליתה למנוע עיסוק של קופת החולים במתן שירותים סיעודיים ובביטוח סיעודי. כן נטען כי הקשר האמור מצמיח בעיות רבות אחרות שעיקרן זליגה של כספי ציבור מקופת חולים מכבי למכבי מגן במקרה שמכבי מגן תיקלע לקשיים כלכליים.

העותרות מצידן דחו טענות אלה. לטענתן, קופת חולים מכבי ומכבי מגן הן שני גופים נפרדים שאינם קשורים זה בזה. לטענת העותרות אין מתקיימים יחסי שליטה כלשהם בין קופת חולים מכבי ומכבי מגן ויש ביניהן הפרדה חשבונאית מוחלטת אשר בכוחה למנוע את החשש עליו עמד המפקח. עם זאת, העותרות אישרו כי קיימים כיום מספר בעלי תפקידים הפועלים בשני הגופים במקביל אולם הן התחייבו כי במידה שיינתן רישיון מבטח תונהג הפרדה מלאה גם בתחום זה.

34. הטענה בדבר הקשר בין מכבי מגן לבין קופת חולים מכבי אינה טענה מופרכת כפי שניסו העותרות להציגה. כעולה מדבריו של נציג מכבי בדיון בפני הוועדה המייעצת, עד לשנת 1998 היתה לקופת חולים מכבי שליטה עקיפה במכבי מגן מכוח חברותה באגודה השיתופית (עמוד 47 לפרוטוקול). בשנת 1998 נותק לכאורה הקשר בין הגופים, כאשר החברות של קופת חולים מכבי באגודה השיתופית בוטלה, אולם למעשה היה למפקח חשש מבוסס כי בפועל הקשר בין השתיים לא נותק. כך, למשל, על פי תקנון מכבי מגן, רק חברי קופת חולים מכבי יכולים היו להצטרף כחברים למכבי מגן ועד לתיקון שנעשה לאחרונה בתקנון, הפסקת החברות בקופת חולים מכבי גרמה באופן אוטומטי להפסקת החברות גם במכבי מגן. כמו כן, חשוב לציין, שמכבי מגן רוכשת את כל שירותי הסיעוד שהיא מספקת לחבריה מאת קופת חולים מכבי ולמעשה מכבי מגן נסמכת על קופת חולים מכבי באספקטים רבים של פעילותה. יוער, כי נציגי מכבי מגן שהופיעו בדיון שנערך בפני הוועדה המייעצת לא הכחישו את הקשר האמור וציינו בעצמם כי למכבי מגן צומחים מספר יתרונות ממה שהוגדר על ידם "הקרבה" שיש בין שני הגופים האמורים (עמוד 30 לפרוטוקול הדיון ועמוד 59).



35. על רקע עובדות אלה נשאלת השאלה אם אמנם קיים קשר בעייתי בין קופת חולים מכבי לבין מכבי מגן? נראה שעם כל הזהירות הנדרשת ניתן לקבוע שהחששות הנובעים מקיומו של קשר כאמור מעוגנים בתמונה שנפרשה בפני המפקח והועדה המייעצת. בענין זה יש לעמוד על שני עניינים מרכזיים. האחד הוא מדיניות הממשלה בתחום הבריאות והשני הוא יכולת הפיקוח על העברת כספים בין שני הגופים.

באשר למדיניות הכלכלית של הממשלה בתחום הבריאות הרי שעל ענין זה ניתן ללמוד מתוך התיקון שנערך בחוק הבריאות בשנת 1998, במסגרת החוק להגברת הצמיחה והתעסוקה ולהשגת יעדי התקציב לשנת הכספים 1998 (תיקוני חקיקה), תשנ"ח-1998. במסגרת תיקון זה תוקן סעיף 10 לחוק הבריאות כך שנקבע בו כי קופות החולים תוכלנה להציע תכניות לשירותי בריאות נוספים, למעט שירותי סיעוד ולמעט תכניות הכוללות מתן פיצוי כספי כתחליף לשירות. באמצעות התיקון האמור ביקש המחוקק לנצל את היתרון היחסי שיש בידי הקופות במתן שירותי בריאות תוך שנמנע מהן העיסוק בתחומים הדורשים ניהול סיכונים ורזרבות כספיות לטווח ארוך (ראו הצעת החוק להגברת הצמיחה והתעסוקה ולהשגת יעדי התקציב לשנת הכספים 1998 (תיקוני חקיקה), התשנ"ח-1997, הצ"ח 2650, בעמודים 40 – 43). בבסיס השאיפה למנוע מהקופות לעסוק בניהול סיכונים לטווח ארוך היה מונח החשש כי דבר זה עלול לסכן את יציבותן הפיננסית ואת יכולתן למלא את תפקידיהן הציבוריים במתן שירותי בריאות שוטפים. בענייננו, מכיוון שתחום הביטוח הסיעודי דורש באופן מובהק ניהול סיכונים לטווח ארוך הרי שנוכח הקשר ההדוק ביניהן, העיסוק של מכבי מגן בביטוח סיעודי עלול לפגוע ביציבותה של קופת חולים מכבי וסיכון זה ביקש המחוקק למנוע. לפיכך, המשך פעילותה של מכבי מגן אכן עומד בסתירה לתכלית התיקון שנעשה בחוק הבריאות ואשר משקף מדיניות ראויה של הממשלה.

באשר לפיקוח על העברת כספים בין שני הגופים הרי שענין זה נדון בהרחבה בדיון שנערך בפני הוועדה המייעצת. החשש שהביעו חברי הוועדה המייעצת היה כי השירותים שמכבי מגן רוכשת מקופת חולים מכבי ישמשו כצינור להעברת כספים לקופת החולים וכי יהיה קשה מאוד לפקח על התנהלות זו (ראו עמודים 43 – 44, 55 לפרוטוקול). חשש נוסף הינו בכיוון ההפוך ועניינו העברת כספי ציבור מקופת חולים מכבי למכבי מגן במקרה שמכבי מגן תיקלע לקשיים. בשני המקרים נובע החשש מהקושי לפקח על העברת הכספים בין שני גופים קשורים אלה, המנוהלים על ידי אותם אנשים. אכן, העותרות הציעו להוסיף מנגנוני פיקוח ובקרה על פי דרישת המפקח אולם עמדתו הנחרצת של המפקח בענין זה היתה כי הצעות אלה אינן עונות על הקשיים הצומחים מתוך הקשר שבין מכבי מגן לבין קופת חולים מכבי.

אשר על כן, הנימוק בדבר הקשר בין מכבי מגן לבין קופת חולים מכבי הינו נימוק כבד משקל המצטרף למכלול הנימוקים שעמדו ביסוד החלטתו של המפקח ויש בו כדי לבסס את המסקנות שביסוד החלטת המפקח.

### התנאים במכבי מגן לעומת התנאים בפוליסות ביטוח אחרות

36. נקודת מחלוקת נוספת בין הצדדים נגעה להערכת התנאים מהם נהנים חברי מכבי מגן לעומת התנאים המוצעים בפוליסות הביטוח הסייעודי האחרות הקיימות בשוק. התנאים אשר מבקש הרישיון מתכוון להעניק למבוטחיו נבחנים במסגרת העיון בבקשה לקבלת רישיון שכן אחד מהשיקולים שעל המפקח לשקול הוא תרומת מתן הרישיון לרמת השירות במשק הביטוח (סעיף 17(א)(6) לחוק הפיקוח המקורי והחדש כאחד).

בראשית הדברים יצוין, כי נימוק זה לא הובא בהחלטה הראשונה או בהחלטה השניה של המפקחים על הביטוח והוא נזכר לראשונה בתשובת המשיבים לעתירה ולאחר מכן בהחלטה השלישית של המפקח. לכאורה מדובר, אפוא, בנימוק חדש שהחלטות הראשונות לא נסמכו עליו ולטענת העותרות לא היה ניתן להעלותו בשלב מאוחר. עם זאת, הצגת הדברים באופן זה אינה מדויקת. בדיוני הוועדה המייעצת נדון גם ענין זה ונטען שם על ידי חלק מחברי הוועדה כי הכיסוי שניתן במכבי מגן הינו נחות ביחס לכיסוי הניתן בפוליסות ביטוח אחרות בשוק (עמודים 41 – 42 ו-104 לפרוטוקול). מכל מקום, שיקול זה הינו וודאי מהותי להחלטה ובהתחשב בהשתלשלות העניינים הייחודית בפרשה שלפנינו הרי שנראה כי חרף השמטתו של נימוק זה מהחלטות הראשונות ראוי לבחון אותו לגופו.

37. לטענת המפקח על הביטוח הכיסוי הביטוחי במכבי מגן נחות ממספר סיבות ובין השאר, מכיוון שהתנאים לכיסוי, הקבועים בתקנון, עשויים להשתנות בכל עת והחברים במכבי מגן אינם מוגנים מפני שינוי מצבם לרעה. כן ציין המפקח כי מספר הוראות שיצאו תחת ידו ואשר עניינן הגנה על מבוטחים אינן מקוימות במלואן על ידי מכבי מגן שכן זו היתה עד כה מחוץ לתחום הפיקוח. העותרות מצידן שללו את טיעוני המפקח וטענו כי פעולותיה של מכבי מגן עולות בקנה אחד עם הנחיותיו והוראותיו וכי הכיסוי הביטוחי הניתן במכבי מגן אינו נחות אלא עולה על הכיסוי שניתן בפוליסות הביטוח האחרות.

אין לנו צורך להכריע בכל נקודות המחלוקת בין הצדדים בענין זה שכן אין ספק שאם היה ניתן רישיון מבטח למכבי מגן הרי שהיה עליה לעמוד בכל התנאים והמגבלות שקובע המפקח על הביטוח מעת לעת. הקושי המרכזי עליו עמד המפקח הוא האפשרות לשנות בכל עת את תקנון האגודה ובכך להרע את תנאי החברים המבוטחים. קושי זה נעוץ במבנה התאגידי של מכבי מגן ומדובר בחיסרון נוסף הנובע מהמבנה של מכבי מגן כאגודה שיתופית. משמצא המפקח כי אין ניתן לפתור קושי זה באמצעות מנגנוני הפיקוח העומדים לרשותו הרי שאין עילה להתערב בהחלטתו זו.

### **הטענות בדבר פגיעה בזכויות חוקתיות**

38. בעתירתן העלו העותרות טענות חוקתיות בדבר פגיעה בחופש העיסוק ובזכות הקניין של מכבי מגן. העותרות ציינו כי הפגיעה מתעצמת לנוכח העובדה כי מכבי מגן קיימת ופועלת כבר שנים רבות בידיעת המפקח וחיסול פעילותה עתה הינו בגדר החלטה קיצונית ביותר.

הטענות נטענו באופן כללי בלבד. יצוין, כי לעומת ההיקף הנרחב של הטענות שהעלו העותרות כנגד סבירות ההחלטות הצטמצמו עד מאוד טענות העותרות בדבר הפגיעה בזכויות היסוד שלהן באופן שאינו מידתי. בגדרן של טענות אלה, לא עמדו העותרות על טיבן ואופיין של הזכויות הנטענות ולא פרטו את היקף הפגיעה הנגרמת להן. העותרות לא הרימו, אפוא, את הנטל הראשוני המוטל עליהן בבואן לטעון כי נפגעו זכויותיהן החוקתיות.

39. מעבר לנדרש יצויין כי מקובל עלינו שעל תאגיד – שהוא אישיות משפטית – חלות זכויות היסוד החוקתיות שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ככל שאלה זכויות שעל-פי מהותן ועל-פי טבעו של התאגיד ניתן להחילן עליו. (ראו בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14, 66 והאסמכתאות הנזכרות שם). כך למשל, הזכות החוקתית לקניין ואף הזכות החוקתית לחופש עיסוק (מבלי להתייחס להיקפן וטיבן) עשויות להיות זכויות של אגודה שיתופית. כאמור, העותרות בענייננו לא התמקדו בטענות בדבר הפגיעה בזכויותיהן החוקתיות ומכל מקום אין לנו צורך להכריע בשאלות הקשות העלולות להתעורר בגין כך, שכן כפי שיפורט להלן אף אם נניח כי זכויותיהן של העותרות לקניין ולחופש העיסוק נפגעו, הרי שפגיעה זו עומדת במבחני החוקתיות כיוון שנעשתה לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש.

40. כבר עמדנו לעיל (פסקה 18) על התכלית העיקרית המנחה את פעולותיו של המפקח על הביטוח – הגנה על ציבור המבוטחים. אף העותרות אינן חולקות כי תכלית זו הינה ראויה ועל כן, אין למעשה מחלוקת בענין זה. טענתן המרכזית היא כי לשם השגת התכלית הראויה של הגנה על ציבור המבוטחים נקט המפקח באמצעי בלתי מידתי. על פי טענת העותרות, הן הציעו למפקח שורה של פתרונות אשר עונים על כל הבעיות שמצא ואשר אין סיבה שלא ליישם. העותרות הוסיפו כי למפקח סמכות לקבוע ברישיון המבטח תנאים והגבלות על פי שיקול דעתו באופן שיסייע להגשים את יישום הפתרונות המוצעים. לטענת העותרות, המפקח דחה את פתרונותיהן ובחר באמצעי הקיצוני ביותר הקיים – חיסול פעילותה של מכבי מגן בתחום הביטוח הסיעודי. אכן, האמצעי שננקט בהחלטות נשוא העתירה הינו מרחיק לכת והשאלה העומדת לפנינו היא האם אמצעי זה הינו מידתי בנסיבות הענין.

41. על החלטות הרשות, הפוגעות בזכויות של יחיד או של תאגיד ומתקבלות לתכלית ראויה לעמוד בתנאיה של דרישת המידתיות כחלק מבחינת סבירותה של ההחלטה. במסגרת עקרון המידתיות יש לבחון האם מתאים האמצעי הננקט להשגת התכלית המבוקשת; האם ניתן להשיג את התכלית המבוקשת על ידי נקיטה באמצעי שפגיעתו פחותה; והאם קיים יחס ראוי בין התועלת הצומחת מן השימוש באמצעי לבין הפגיעה הנגרמת הימנו. האם מתקיימים מבחני משנה אלה בענייננו?

42. על יסוד כל האמור לעיל, בבואנו לבחון את מידתיות האמצעי שנקט המפקח על הביטוח יוצאות אנו מההנחה כי מסקנותיו העובדתיות של המפקח נכונות וכי במכבי מגן אכן מתקיימים כל הנתונים עליהם עמדנו לעיל. השאלה היא האם על מנת לפתור בעיות אלה לא היה מנוס מההוראה להפסיק את פעילותה של מכבי מגן, או, שמא ניתן היה לנקוט באמצעים אחרים מידתיים יותר שהיו משיגים את התכלית המבוקשת.

משקבענו כי ממצאיו של המפקח ביחס למכבי מגן סבירים ומעוגנים בנתונים בדוקים, כי אז האמצעי שנקט המפקח הוא אמצעי מתאים לתכלית המבוקשת של הגנה על ציבור המבוטחים. אכן, בהתחשב בטענות המפקח בדבר בעיותיה הפיננסיות של מכבי מגן, הכשלים במבנה התאגידי שלה ונחיתות הכיסוי הביטוחי הניתן על ידה, מתקיים קשר רציונלי בין הפסקת פעילותה של מכבי מגן לבין השגת התכלית האמורה.

באשר למבחן השני של המידתיות, הרי שהתקיימותו במקרה דנן הינה במידה רבה שאלה מקצועית של מומחיות. המפקח על הביטוח התייחס בהחלטתו לפתרונות

השונים שהועלו על ידי העותרות וקבע כי אין בפתרונות אלה כדי להשיג את התכלית המבוקשת. מההחלטה עולה כי המפקח על הביטוח סבור שאין בידו כלים לפקח על פעילותה של מכבי מגן באופן שישגי את התכלית המבוקשת באותה מידה וקביעה זו הינה במידה רבה בתחום שיקול דעתו המקצועי של המפקח. לפיכך, בהעדר אמצעים אחרים העומדים לרשות המפקח, ואשר נקיטה בהם עשויה להשיג את התכלית המבוקשת, אין מנוס מהמסקנה כי החלטת המפקח מקיימת גם את המבחן השני של המידתיות.

באשר למבחן השלישי – קיומו של יחס ראוי בין התועלת לבין הפגיעה – הרי שגם מבחן זה מתקיים בהחלטת המפקח. הכל יסכימו, כי האינטרס העליון בענייננו הוא הגנה על ציבור המבוטחים במכבי מגן. החלטת המפקח אמורה להיטיב עם ציבור זה ולהבטיח לו כיסוי ביטוחי עדיף ויציב יותר. אין ספק כי בין הפגיעה לכאורה בחופש העיסוק והקניין של מכבי מגן כאגודה שיתופית לבין התועלת שתצמח מהגשמת האינטרס האמור מתקיים יחס ראוי ובמיוחד בהתחשב בכך שתכלית עיסוקה של מכבי מגן הינו הבטחת זכויות חבריה וכן בכך שמתן עדיפות לזכות לחופש העיסוק במקרה זה אינה מקיימת את הערכים הבסיסיים המונחים ביסודה של זכות זו (ראו: בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 256). באשר לפגיעה בזכות הקניין, הרי שטענה זו הועלתה בעתירה המקורית אך העותרות לא חזרו עליה בעתירתן המתוקנת. בנסיבות אלה טענה זו לא התבהרה כל צרכה. מסקנתנו היא כי גם בהנחה שהיתה פגיעה בזכויות יסוד של העותרות – הנחה שלא הוכחה כלל – הרי שההחלטה שהיא נושא העתירה, עומדת במבחני המידתיות.

### סוף דבר

43. בחנו את ההחלטה של המפקח על הביטוח בעניינה של מכבי מגן, ומהטעמים שפרטנו, באנו לידי מסקנה כי החלטת המפקח נתקבלה תוך מתן משקל הולם למכלול השיקולים הרלוונטיים, לא נפל בה פגם והיא החלטה מקצועית סבירה ומידתית המצויה במתחם שיקול דעתו, ולפיכך לא מצאנו פגם המצדיק התערבותנו לביטולה.

בנסיבות שנוצרו יהיה על העותרות לקבוע בתאום עם המפקח את התנאים הנדרשים למעבר החברים המבוטחים במכבי מגן למבטח מורשה אחר, שיעניק להן הסדר ביטוחי הולם, וכן את האופן בו יתבצע מעבר זה. בכפיפות לאמור לעיל דין העתירה להידחות.

45. אשר על כן, העתירה נדחית. העותרות ישאו בהוצאות המשיבים ובשכר טרחת פרקליטיהם בסך של 100,000 ₪.

ש ו פ ט ת

### השופטת ע' ארבל:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

### השופטת א' חיות:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ד' ביניש.

ניתן היום, כ"ו באב התשס"ו (20.8.2006).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת