

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק

בג"ץ 4497/00

בפני:

כבוד הנשיא א' ברק
כבוד השופטת ד' דורנר
כבוד השופט א' ריבלין

העותרות:

1. הסתדרות העובדים הכללית החדשה
2. מבטחים, מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים בע"מ
3. קרן מקפת מרכז לפנסיה ותגמולים אגודה שיתופית בע"מ
4. קרן הגמלאות המרכזית של עובדי מוסדות ההסתדרות בע"מ
5. מבטחים קרנות פנסיה בע"מ
6. מקפת ניהול קרנות פנסיה בע"מ
7. מיטבית חברה לניהול קופות גמל בע"מ
8. קרן ביטוח ופנסיה לפועלים חקלאיים ובלתי מקצועיים
9. אחדות ניהול קרנות פנסיה בע"מ

נ ג ד

המשיבים:

1. שר האוצר
2. הממונה על שוק ההון, הביטוח והחיסכון במשרד האוצר

עתירה למתן צו על-תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבות:

י"ח באלול תש"ס (18.9.00); כ"ז בסיוון תשס"א
(18.6.01)

בשם העותרות:

עו"ד אשר חלד; עו"ד צבי טרלוי; עו"ד טליה לבני; עו"ד חנה גרבלי; עו"ד תמר בלושטיין

בשם המשיבים:

עו"ד אסנת מנדל

פסק-דין

השופטת ד' דורנר:

בתאריך 12.3.00 פירסמה הממונה על שוק ההון, הביטוח והחיסכון במשרד האוצר (להלן: הממונה)

הוראות לניהול קרנות פנסיה. העותרות - ההסתדרות העובדים הכללית החדשה (להלן: ההסתדרות), וכן

שמונה קרנות הפנסיה שבהן להסתדרות מעמד מיוחד - עתרו לביטול הוראות אלה, בטענה כי ההוראות ניתנו ללא סמכות, כי הן פוגעות בזכויות-יסוד שלהן, כי הן בלתי סבירות, וכי לעותרות לא ניתנה זכות טיעון בטרם הוצאתן. לדעתי, דין העתירה להידחות. להלן נימוקיי.

רקע עובדתי

1. בשנת 1992 הקימה הממשלה ועדה בין-משרדית, בראשות מנכ"ל משרד האוצר דאז, אהרון פוגל, שנתבקשה לגבש המלצות לנקיטת מדיניות כוללת בתחום החיסכון הפנסיוני. בעקבות המלצות הוועדה, קיבלה הממשלה בתאריך 29.3.95 החלטה (להלן: החלטת הממשלה), שעיקרה ביצוע רפורמה מקיפה בתחום זה.

הצורך לבצע רפורמה נבע ממספר גורמים, שהעיקרי שבהם היה הגירעון האקטוארי שאליו נקלעו קרנות הפנסיה, שנאמד בעשרות מיליארדים של שקלים. גירעון זה איים באופן ממשי על המשך קיומן של הקרנות, והעמיד בסכנה את עתידם הכלכלי של מאות אלפי עמיתים של אותן קרנות, בהגיעם לגיל זקנה.

תכליתה של הרפורמה, כפי שבאה לידי ביטוי בהחלטת הממשלה, הייתה בראש ובראשונה למנוע את התמוטטותן של קרנות הפנסיה, ולהבטיח את קיומם בכבוד של מאות אלפי העובדים והגמלאים המבוטחים בהן. כן היא ביקשה לבנות מחדש את ענף החיסכון הפנסיוני, באופן אשר ימנע את היווצרותם המחודשת של גירעונות מעין אלה בעתיד, ויביא לידי שילובן של קרנות הפנסיה בפעילות תורמת בתחומי החברה והכלכלה בישראל.

2. בבסיסה של הרפורמה ניצבה הבחנה בין הקרנות הגירעוניות הקיימות (להלן: הקרנות הוותיקות) לבין קרנות חדשות שיוסדו לאחר מועד יישומה של הרפורמה (להלן: הקרנות החדשות). נקבע, כי גרעונותיהן של הקרנות הוותיקות ימומנו על-ידי המדינה אם תיושם בהן תכנית הבראה, תוך כיבוד ההטבות השונות שהבטיחו אותן קרנות לעמיתיהן. עם זאת הוחלט, כי החל ממועד יישומה של הרפורמה, הקרנות הוותיקות לא יורשו לקבל לשורותיהן עמיתים חדשים, וזכות זו תהיה שמורה לקרנות חדשות בלבד. כן נקבע, כי הקרנות החדשות יפעלו באופן אשר יבטיח את איזון האקטוארי, על מנת למנוע את הישנותם של גירעונות נוספים בעתיד.

נקבע, כי האיזון האקטוארי בקרנות החדשות יובטח על-ידי מנגנון בקרה פנימי, המבוסס על שיטת "ההפרשות המוגדרות" (defined contribution). על-פי שיטה זו, סכום הכסף לו זכאים עמיתי הקרן במועד

פרישתם, או במועד זכאות אחר שנקבע, הינו בעל זיקה ישירה לסכום ההפרשות לקרן, בתוספת התשואה שהתקבלה בעבור סכומים אלה במהלך השנים. בכך שינתה הרפורמה את המצב שקדם לה, אז נהגה בענף הפנסיה שיטת "הגדרת הזכויות" (defined benefit), שבגידרה היקף זכויותיהם של העמיתים נקבע מראש, ולא היה מובנה בו מנגנון פנימי המבטיח איזון אקטוארי.

3. מרכיב משמעותי נוסף ברפורמה היה צמצום של היקף זכאותן של קרנות הפנסיה החדשות לאגרות-חוב ממשלתיות מיועדות, אגרות בלתי סחירות הנושאות ריבית גבוהה מזו השוררת בשוק, והמשמשות אמצעי לסבסוד החיסכון הפנסיוני. בהקשר זה נקבע, כי הקרנות החדשות יורשו לרכוש אגרות-חוב שכאלה בשיעור של 70% מהצבירה נטו שלהן, לעומת שיעור של 93% שהותר לקרנות הותיקות (ואף נדרש מהן), וכן כי שיעור הריבית שישאו יהיה נמוך מזה שניתן לקרנות הותיקות. צמצומו של היקף הסבסוד באמצעות אגרות-חוב בלתי סחירות יועד לעודד את קרנות הפנסיה למעורבות פעילה יותר בשוק ההון ולהפחית את המעורבות הממשלתית בשוק זה, בד בבד עם הקלת נטל הסבסוד שנשאה בו הממשלה עד לאותה עת. השוו בג"ץ 2010/90 **התאחדות חברות לביטוח חיים בע"מ נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מה(1) 405; בג"ץ 3975/95 **קניאל נ' ממשלת ישראל** (טרם פורסם; ניתן בתאריך 15.11.99). כן החליטה הממשלה, כי ענף הביטוח הפנסיוני ייפתח לכניסתן של קרנות חדשות, שעד אותו זמן נמנעה מהן האפשרות לפעול בו. ברמה המעשית, ההבחנה שביקשה הממשלה להנהיג בין קרנות חדשות לותיקות, חייבה הפרדה פיזית של מערך חשבונות העמיתים הותיקים מזה של העמיתים החדשים. הממשלה קבעה, לפיכך, כי "תכניות מאוזנות לעמיתים חדשים בקרנות קיימות, ינוהלו בקרן נפרדת מחשבונות הקרן של העמיתים הקיימים". באמצעות צעדים אלה ביקשה הממשלה לבצע שינוי מקיף ויסודי בענף החיסכון הפנסיוני, ולעצבו מחדש באופן שיעלה בקנה אחד עם האינטרס הציבורי הרחב בתחום המאקרו-כלכלי.

4. בתאריך 20.9.95, בעקבות החלטת הממשלה, פירסם הממונה דאז על שוק ההון, הביטוח והחיסכון, מאיר שביט, הוראות להקמה ולניהול של קרנות פנסיה חדשות. בהוראות אלה נקבעה, בין היתר, דרישה להפרדה בין קרנות חדשות לוותיקות. וכך נכתב בעניין זה בהוראות:

1. קרן הפנסיה תוקם במסגרת חברה מוגבלת במניות (להלן: החברה המנהלת), אשר תהיה רשאית לנהל קרן פנסיה אחת הזכאית לאיגרות חוב מיועדות...

...
35. כל קרן פנסיה וחברה מנהלת שפעלו ביום 31.3.95 ע"פ תקנון שאושר לפני מועד זה וקיבלו עמיתים לקרן לאחר 31.12.94 או בכוונתן לקבל עמיתים חדשים בעתיד, יהיו חייבים לקבלם רק לקרן חדשה שיחולו עליה כל ההוראות וההנחיות שלעיל, בכפוף לשינויים הבאים:

1) קרן הפנסיה הקיימת תידרש להקים חברת ניהול נפרדת כאמור בסעיפים 1 ו-2 לעיל, אשר תנהל את קרן הפנסיה החדשה, חברת ניהול כאמור תתנהל בנפרד מהקרן הקיימת, ע"י הנהלה ועובדים נפרדים, אך תהיה רשאית לרכוש מהקרן הקיימת שירותים שונים, תמורת מחיר ריאלי...

בתאריך 8.1.97 פורסמו הוראות נוספות מטעם הממונה דאז מר דורון שורר, בגידן הושאר סעיף 35 הנ"ל על-כנו, והועתק כלשונו אל ההוראות החדשות. עם זאת, מסיבה בלתי ברורה הוראות אלה מעולם לא נחתמו על-ידי הממונה, ועל-כן הצדדים נותרו חלוקים על תוקפן המשפטי.

5. במהלך השנים שבין 1995 לבין 2000 התנהלו מגעים בין העותרות לבין הממונה, שתכליתם הייתה למצוא נוסחה מוסכמת ליישום הוראות הפרדה. אלא שהניסיון לא עלה יפה, ונוסחה כזאת לא נמצאה. לפיכך, בתאריך 12.3.2000, פירסמה הממונה הנוכחית, ציפי סמט, הוראות נוספות לניהול קרנות פנסיה (להלן: ההוראות), אלה הן ההוראות מושא העתירה. הוראות אלה פרטו את האופן הקונקרטי שבו הקרנות הוותיקות נדרשות לבצע את הפרדה. נקבע בהוראות אלה, בין היתר, כך:

- ההפרדה כאמור תבוצע בכל מערך הניהול והתפעול ותכלול, בין השאר, את כל אלה:
- (1) דירקטוריון נפרד לחברה המנהלת של קרן הפנסיה החדשה, באופן שרוב חברי הדירקטוריון ובהם -יו"ר הדירקטוריון, לא יהיו מי שמכהנים כדירקטורים או נושאי משרה בחברה המנהלת של קרן הפנסיה הוותיקה, ורב חברי הדירקטוריון בחברה המנהלת של קרן הפנסיה הוותיקה לא יהיו מי שמכהנים כדירקטורים או נושאי משרה בחברה המנהלת של קרן הפנסיה החדשה.
 - (2) מנהל כללי נפרד לחברה המנהלת של קרן הפנסיה החדשה;
 - (3) רואה חשבון נפרד;
 - (4) יועץ משפטי נפרד;
 - (5) אקטואר נפרד;
 - (6) שמות קרנות שונים באופן ברור, למניעת בלבול בין הקרן הוותיקה לבין הקרן החדשה.
 - (7) הפרדה בניירות המכתבים, בפרסומי הקרן ובכל מצג או מסמך (פנימי או חיצוני) אחר של הקרן;
 - (8) במערך עובדים נפרד לחברה המנהלת של קרן הפנסיה החדשה בכל קמות הקרן לרבות הנהלה, ראשי אגפים, מנהלי מחלקות ועובדים;
 - (9) מערכות מידע ומיחשוב נפרדות;
 - (10) משרדים נפרדים;
 - (11) מערך סניפים נפרד;

מובהר בזאת כי מבנה השליטה לאחר ההפרדה יהיה כך שהחברה המנהלת את קרן הפנסיה מהממשיכה תהיה בבעלותה המלאה של קרן הפנסיה הוותיקה. כמו כן, ישונו תקנות ההתאגדות של הקרן הוותיקה והחברה המנהלת של הקרן החדשה באופן שעמיתיה הקרן החדשה לא יתקבלו כחברים בישות המשפטית של הקרן הוותיקה.

בעקבות פרסומן של ההוראות, נשלחו אל הממונה מכתבים מטעם מנהלי הקרנות הגדולות, ובהם הובעה התנגדותם אל הוראות ההפרדה, ופורטו הטעמים העומדים ביסודה. הממונה השיבה על הטענות שנכללו במכתבים אלה לפרטיהן, תוך שהודיעה כי אין היא מוצאת לשנות את החלטותיה המקוריות.

טעמיה הכלכליים של הפרדה בין קרנות חדשות לזיקות

6. הממונה, בסיכומיה, פירטה את הטעמים הכלכליים העומדים ביסוד הוראות הפרדה בין הקרנות. טעמה העיקרי הוא החשש כי בלא הפרדה כאמור, יבוצע סבסוד צולב בין קרנות וזיקות לבין קרנות חדשות המנהלות על-ידיהן. סבסוד צולב משמעו, בהקשר הנדון, הוא העברת מקורות מגוף כלכלי אחד למשנהו, שמטרתה להעמיד את הגוף המסובסד בעמדת יתרון יחסית לעומת מתחריו.

במקרה שלפנינו, החשש הוא מפני העברת מקורות בלתי מבוקרת מקרנות וזיקות לקרנות חדשות. לקרן וזיקה, שמנהלת גם קרן חדשה, יש אינטרס טבוע להעביר מקורות לידי הקרן החדשה שבשליטתה, לנוכח המבנה המיוחד שנוצר בענף הפנסיות בעקבות הרפורמה. קרנות פנסיה וזיקות סגורות, כאמור, לכניסתם של עמיתים חדשים, ועל-כן אינן מתחרות בקרנות אחרות על מתן שירותי ביטוח לעמיתים חדשים. לעומת זאת, קרנות פנסיה חדשות פועלות בשוק שבעקבות הרפורמה נפתח לתחרות. גריעת המקורות מקרן וזיקה אינו פוגע בכושר התחרות שלה, שכן קרן זו איננה מצויה כלל בתחרות. ואילו קרן חדשה פועלת בשוק פתוח, ותמיכה כלכלית בה תקנה לה יתרון, שסייע לה לדחוק את רגליהם של מתחריה. להנהלה משותפת של קרנות וזיקות וחדשות יש איפוא תמריץ כלכלי לסייע לקרנות החדשות להתמודד עם התחרות בשוק החדש באמצעות מימון שמקורו בקרנות הזיקות.

סבסוד צולב שכזה עלול להביא למספר תוצאות בלתי רצויות, שאותן מבקשות הוראות הממונה למנוע. ראשית, סבסוד צולב צפוי להגדיל את הגירעונות של הקרנות הזיקות. אם הממשלה תכסה גירעונות אלה, יהיה בכך כדי להגדיל את הנטל שעל הציבור במימון חובותיהן של הקרנות. ואם לא יכוסה הגירעון במלואו על-ידי הממשלה, ייפגע כושרן של הקרנות לפרוע את התחייבויותיהן כלפי החברים המבוטחים בהן. מדיניות הסבסוד הצולב כרוכה איפוא בעלות, שהגופים המסובסדים עצמם אינם נושאים בה, אלא היא מופנית לפתחם של אחרים.

שנית, תמיכה כספית בקרנות החדשות עלולה לסכל את המטרה הממשלתית ליצור שוק תחרותי בתחום החיסכון הפנסיוני. התמיכה הכספית שסבסוד צולב עשוי להעניק לקרנות פנסיה חדשות, שתעמיד אותן בעמדת יתרון מובנית בשוק זה, עלולה להנציח את הדומיננטיות הכלכלית שלהן, ולמנוע אפשרות מעשית ליצירת תחרות בשוק זה. זאת צפויה להיות התוצאה אף אם הקרנות הבלתי מסובסדות הן, ככלל, יעילות יותר, ובידיהן להציע תנאי ביטוח פנסיוני טובים יותר. לדברי הממונה, היעדר תחרות צפוי להוביל לירידה בתשואה המתקבלת על השקעות העמיתים, לעלייה בהוצאות ניהולן ותפעולן של הקרנות הפועלות בשוק, לפגיעה

באיכות השירות, למניעת זרימתו החופשית של מידע בדבר יתרונותיהן היחסיים של קרנות שונות, ולצמצום מגוון האפשרויות לחיסכון פנסיוני. הסבסוד הצולב עלול, איפוא, לפגוע בהתפתחות של שוק הקרנות החדשות, ואת פתיחתו לתחרות ממשית.

שלישית, היעדרו של שוק תחרותי פעיל עלול אף לסכל מטרות מאקרו-כלכליות אחרות העומדות בבסיס מדיניות הממשלה. בפרט, היעדר שכלול בשוק קרנות הפנסיה עלול להפחית את מידת השתתפותן של קרנות הפנסיה בשוק ההון. בישראל, כמו במדינות רבות בעולם, השתתפות פעילה של קרנות הפנסיה בשוק זה עשויה לתרום באופן ניכר לשכלולו, ליציבותו ולנזילותו. היעדר השתתפות כזאת עלול איפוא לפגוע באחד האפיקים המרכזיים המניעים את צמיחתו של המשק. לעניין תפקידן של קרנות הפנסיה בשוק ההון, ראו: דו"ח הועדה לבחינת שינויים מבניים בשוק ההון (ועדת ברודט); אבי בן בסט, "מסלול המכשולים לכלכלת שוק בישראל", מתוך: **ממעורבות ממשלתית לכלכלת שוק - המשק הישראלי 1985-1998, קובץ מחקרים לזכרו של פרופ' מיכאל ברונו** (בעריכת אבי בן בסט, 2001); אביה ספיבק, "הרפורמה בקרנות הפנסיה", מתוך: **ממעורבות ממשלתית לכלכלת שוק - המשק הישראלי 1985-1998, קובץ מחקרים לזכרו של פרופ' מיכאל ברונו** (בעריכת אבי בן בסט, 2001).

העותרות וטענותיהן

7. העותרות 2, 3, 4 ו-8 הינן קרנות ותיקות. העותרות 5, 6, 7 ו-9 הינן קרנות חדשות. העותרת 1 היא ההסתדרות, שלה מעמד מיוחד בעותרות האחרות מכח תקנוני ההתאגדות שלהן.

העותרות מבקשות כי יוצהר שהוראת הממונה מתאריך 12.3.2001 הינה בטלה. זאת ממספר נימוקים. האחד, כי ההוראות ניתנו בחוסר סמכות; השני, כי יש בהוראות אלה כדי לפגוע שלא כדין בזכויות-יסוד של הקרנות הותיקות והחדשות; השלישי, כי ההוראות בלתי סבירות באשר הן אינן מעוגנות בבסיס עובדתי ואין להן רציונל כלכלי; והרביעי, כי לא ניתנה לעותרות זכות טיעון בטרם פרסומן של ההוראות.

אדון בטענות אלה לפי סידרן.

סמכות הממונה להוציא את ההוראות

8. העותרות טוענות שהוראות הממונה ניתנו ללא סמכות, משום שהן אינן נשענות על הוראת חוק מסמיכה, ולחלופין, משום שהן מנוגדות לעקרונות שהתוותה הממשלה בהחלטתה מתאריך 29.3.95.

טענות אלה דינן להידחות. סמכותה של הממונה לפרסם את ההוראות נובעת מן ההסמכה הקבועה בחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, תשמ"א-1981 (להלן: חוק הפיקוח), ובתקנות מס הכנסה (כללים לאישור ולניהול קופות גמל), תשכ"ד-1964. תחיקה זו מקנה לממונה סמכות להעניק רשיון מבטח ואישור קופת גמל, הנדרשים לשם הפעלת קרן פנסיה. מסמכות זו נגזרת גם הסמכות להתוות את קווי המדיניות למתן ההיתרים האמורים, ובתוך כך לקבוע אמות-מידה לנתינתם.

עמד על כך השופט שמעון אגרנט:

מקום שמטיל חוק איזו שהיא חובה על האזרח - בטרם יבצע פעולה מסויימת - לקבל רשיון לכך מאת השלטונות, יש לייחס למחוקק את הכוונה לקיים פיקוח על שטח הענינים שבו נוגעת אותה פעולה, כדי למנוע את סיכול המטרות שהיו לנגד עיניו ושיש לו ענין בהן. על כן, כאשר חוק כזה מקנה לפקיד מסויים סמכות לתת רשיון כנ"ל או לסרב, פירוש הדבר, כי הוטל עליו התפקיד לקיים את הפיקוח האמור, והוא לא

יוכל למלא את תפקידו זה בלי שיהיה לו גם הכוח להתנות ברשיון, שהוא אומר לתיתו, אותם התנאים שמילויים דרוש כדי להבטיח שמטרות החוק יוגשמו ולא ייעשו פלסטר.
 [ע"פ 107/58 היועץ המשפטי נ' מלון נורדאו פלז'ה בע"מ, פ"ד יג(3), 1345, 1358].

בעניין זה ראו גם סעיף 68 לחוק הפיקוח, וסעיף 17 לחוק הפרשנות, תשמ"א 1981-. כן השוו בג"ץ 7824/98 ציון חברה לביטוח בע"מ נ' המפקחת על הביטוח (טרם פורסם; ניתן בתאריך 14.8.2000), שם הובעה הדיעה כי אף בניסיונות שבהן לממונה אין סמכות לקבוע ברשיונו של המבטח כי דירקטור שהורשע בעבירה פלילית יפטר ממשרתו, עדיין נתונה לה הסמכות לצוות על הפיטורים בהוראה ישירה, ולשלול את רשיונו של המבטח אם ההוראה תופר.

בעניינו, סעיף 17 לחוק הפיקוח, שדן בשיקולים שעל הממונה לשקול בעת הנפקת רשיון המבטח, קובע כי מוטלת עליו החובה להביא בחשבון, בין היתר, את תרומת מתן הרישיון לתחרות במשק הביטוח, את המדיניות הכלכלית של הממשלה, וכן טעמים כלליים שבטובת הציבור.

כל אלה באים לכלל ביטוי במקרה שלפנינו, בכל שלוש החלטות הממונים, הן בשנים 1995 ו-1997, והן בשנת 2000. עקרון ההפרדה נקבע לראשונה, באופן מפורש, בהוראות שפורסמו בשנת 1995. ביחס להוראות אלה אין מחלוקת כי ניתנו כדין ובסמכות. אלא שההפרדה לא קוימה למעשה, ואף מגעים שהתנהלו במשך השנים בין הקרנות לבין הממונים לא הועילו לאכיפתה. הממונה מצאה איפוא שיש להגדיר באופן קונקרטי את משמעות ההפרדה הנדרשת, ולעמוד על קיומה. הוראות אלה, שפירסמה הממונה בשנת 2000, מבוססות על שיקולים ראויים, שחוק הפיקוח מתיר לממונה, ואף מחייבה, להביאם בחשבון. ברי, כי בעשותה כן מילאה הממונה את תפקידה ופעלה בסמכות.

9. אין לקבל גם את הטענה החלופית של העותרות, שלפיה הוראות הממונה סותרות את החלטת הממשלה.

הממשלה התוותה בהחלטתה את קווי-היסוד העקרוניים של הרפורמה. בכך היא מסרה לאנשי המקצוע את בחירת האמצעים הקונקרטיים, שיינקטו לשם הגשמת התכליות הכלכליות והחברתיות העומדות בבסיס הרפורמה. זאת, כאמור, נעשה כבר בשנת 1995, כאשר התקבלה ההחלטה העקרונית בדבר הצורך בהפרדה, שבגידרה נקבע כי לא די בקיום הפרדה בין חשבונות של עמיתים חדשים וותיקים, אלא נדרשת גם

הפרדה ממשיית בהנהלת הקרנות (ראו סעיף 35 להוראות, המצוטט לעיל). ההוראות שפורסמו בשנת 2000 על-ידי הממונה הנוכחית העמידו נדבך נוסף, קונקרטי יותר, בתוכנית הרפורמה, שמפרט את טיב ההפרדה הכלכלית הנדרשת בין הקרנות. הוראות אלה מביאות איפוא לידי השלמת תהליך שהוחל לפני הוצאתן, וקובעות את דרך יישומה של החלטת הממשלה לפרטיה.

פגיעה בזכויות-יסוד של קרנות הפנסיה

11. העותרות טוענות, כי הדרישה להפרדה מלאה בין קרנות ותיקות לחדשות פוגעת בשורה של זכויות-יסוד שלהן, ובהן חופש העיסוק, חופש הקניין, חופש החוזים, חופש ההתאגדות, וחופש הביטוי המסחרי. תהליך בחינתה של טענה בדבר פגיעה בזכות-יסוד כולל מספר שלבים. ראשית, נשאלת השאלה אם הפעולה שכנגדה מופנית העתירה אכן פוגעת בזכות-היסוד; שנית, אם אכן נפגעה זכות-היסוד, יש לבדוק אם הפגיעה נעשתה כדין.

12. במקרה שלפנינו, דעתי היא כי הוראות הממונה אינן פוגעות בכל זכות-יסוד של העותרות.

זכויות היסוד לחופש העיסוק, החוזים, הקניין, הביטוי וההתאגדות, נגזרות כולן מן ההכרה באוטונומיה של הרצון החופשי. הן משקפות בעיקרן "חרויות" של יחידים, שכנגדן עומד "היעדר הזכות" של המדינה לפגוע באותן חריות. ראו אהרן ברק, "**פרשנות במשפט**" (כרך שלישי - פרשנות חוקתית, תשנ"ד), 315-312.

עם זאת, ככלל חריות אלה אינן כוללות זכויות מוקנות למימון מקופת הציבור, ללא תנאי, של גירעונות שצברו יחידים, כדי שיוכלו בעתיד להמשיך לעסוק באותו משלח-יד, להתאגד כרצונם, ולכרות חוזים כאוות נפשם. כך ככלל, וכך במקרה שלפנינו. זכויות-היסוד של העותרות כשלעצמן לא חייבו את הממשלה לכסות את הגירעונות שאליהן נקלעו קרנות הפנסיה הוותיקות. משבחרה הממשלה לכסות גירעונות אלה על-מנת להגן על זכויותיהם של מאות אלפי המבוטחים בקרנות הגרעוניות, הייתה זכאית להתנות את כיסוי הגירעונות בתנאים, ואין בעצם הצבת התנאים פגיעה בזכויות העותרות.

דומה טענת העותרות לטענתו של פלוני, אשר פונה אל הבנק בבקשת הלוואה, לנוכח קשיים כספיים אליהם נקלע. הבנק, המבקש להבטיח את החזר הלוואה, דורש כי תועמד לרשותו בטוחה בדמות מישכון של נכס מנכסיו. האם מן הדין לראות בדרישת הבנק פגיעה בזכות הקניין של אותו פלוני? ואם אלמונית מבקשת

הלוואה לשם הקמת תאגיד - האם מהווה בקשת הבטוחה פגיעה בחופש ההתאגדות? התשובה לשאלות אלה היא שלילית. התניית סיוע ציבורי בתנאים אינה פוגעת כשלעצמה בזכויות-יסוד.

אמת, כאשר המדינה היא המספקת את המימון המבוקש, חלות עליה חובות חמורות מאלה המוטלות על גוף פרטי. חובות אלה מקורן במשפט המינהלי. בין היתר, על המדינה לנהוג בסבירות, ללא שרירות, ללא הפליה וללא משוא פנים. עליה להימנע משימוש לרעה בכוחה השלטוני. אולם הממשלה, בהוציאה כספי ציבור לשם מימון גירעונות כאמור, רשאית להבטיח, כי יינקטו צעדים הדרושים על-מנת להגן על טובת הציבור בעתיד.

סבירות הוראות הממונה

13. העותרות מוסיפות וטוענות, כי הוראות הממונה הן בלתי סבירות, משום שהחשש מפני סבסוד צולב איננו מעוגן בעובדות. כן טוענות הן, כי אפילו מתקיים סבסוד צולב, הרי שניתן למנוע את הפגיעה הנטענת באינטרס הציבור גם על-ידי נקיטה בצעדים פוגעניים פחות, שאינם מחייבים הפרדה מלאה בין קרנות ותיקות לחדשות.

הממונה, בתגובתה, הציגה שורה של דוגמות המעידות, לטענתה, על קיומו של סבסוד צולב כאמור. כך למשל, טענה הממונה, כי בדו"חות שהוגשו על-ידי הקרן הותיקה "מבטחים" והקרן החדשה בניהולה "מבטחים יותר", לא נערכה הפרדה מלאה בין הוצאותיהן השונות של הקרנות. כן טענה, כי הצהרותיה של מבטחים בדבר הוצאות הנאמדות במליוני שקלים בגין שיווק, פרסום וקידום מכירות, אינן מתיישבות עם העובדה שמבטחים, כקרן ותיקה שאינה מגייסת עוד עמיתים חדשים, איננה נזקקת לפרסום שירותיה ברבים; ולעומת זאת, מבטחים יותר, המחזיקה ב-16 סניפים המצויים בבעלותה של מבטחים, לא הצהירה על כל תשלום ששילמה למבטחים כדמי שכירות עבור השימוש בהם. לכך מתווספת הצהרה מפיו של סמנכ"ל מבטחים, בישיבת ההנהלה הפעילה של הקרן מתאריך 31.10.99, בהתייחסו לתקרת דמי הניהול שרשאית קרן חדשה לגבות:

"לדעתי 6% לא יספיקו לטווח הארוך למימון כל הוצאות הקרן החדשה.
6% זאת אקסיומה. האוצר לא מתכוון לשנות זאת בטווח הנראה לעין.
אנו מצליחים היום בגלל הקרן הותיקה..."

כן טוענת הממונה, כי הקרן הותיקה "מקפת" רכשה 55% ממניותיה של חברת ביטוח אשר הוקמה על-ידי החברה המנהלת של "מקפת אישית", העניקה לחברה האמורה שתי הלוואות בסכום כולל של כ-150,000 ש"ח בריבית מסובסדת, ושילמה מכספיה שלה עבור ייעוץ שניתן לחברה המנהלת.

ראיה נוספת שמוצאת הממונה לקיומו של סבסוד צולב היא בעובדה כי בענף הקרנות החדשות כ-75% מסך כל הנכסים בשוק מוחזקים על-ידי העותרות 5-7, שכאמור נשלטות בידי שלוש הקרנות הוותיקות הגדולות. רמת הריכוזיות הגבוהה אשר עולה מנתון זה מצביעה, לטענת הממונה, על היעדר תחרות ממשית בשוק הקרנות החדשות, ועל הדומיננטיות הברורה שנהנות ממנה הקרנות החדשות הנשלטות על-ידי קרנות ותיקות.

העותרות, מצידן, טוענות כי לכל הדוגמות אותן מונה הממונה ניתן לספק גם הסברים חלופיים, וכי בהן עצמן אין די כדי להוכיח את קיומו של הסבסוד הצולב.

14. אין צורך כי נכריע בשאלה האם התקיים בפועל סבסוד צולב בין הקרנות. די בכך שקיים אינטרס מובנה של הקרנות לבצע פעולות שיש בהן משום סבסוד צולב. מטרתן של הוראות ההפרדה היא להבטיח את התפתחותו הבריאה של שוק קרנות הפנסיה, על-ידי הסרתם מבעוד מועד של ניגודי עניינים טבעיים, העלולים לסכל התפתחות זו. תפיסה זו נסמכת על חוות-דעתה המקצועית של הממונה, לפיה פיקוח יעיל אפשרי לאורך זמן, רק כאשר בגופים המפוקחים מתקיימות מערכות בקרה אינטרניות, המונעות את היווצרותם של ליקויים חוזרים ונשנים. תכלית זו סבירה היא. האמצעים שננקטו להגשמתה אף הם סבירים, ואינם חורגים מסטנדרט ההתנהגות המקובל של רשות מינהלית בנסיבות מעין אלה. השוו בג"ץ 5812/00 **SAMEDAN** **MEDITERRANEAN SEA** נ' הממונה על ענייני הנפט במשרד התשתיות (טרם פורסם; ניתן בתאריך 12.6.01); בג"ץ 1255/94 "בזק" החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מט(3) 661; בג"ץ 5629/91 ועד המפיצים והמשווקים של התרופות בישראל נ' שר הבריאות, פ"ד מז(2) 287; בג"ץ 256/88 מדאינווסט מרכז רפואי הרצליה בע"מ נ' משרד הבריאות, פ"ד מד(1) 19; בג"צ 4746/92, 3385/93, 4534/93 **EXPORTS L.T.D G.P.S AGRO** נ' שר החקלאות, פ"ד מח(5) 243.

15. טענה חלופית של העותרות היא, כי קרנות הפנסיה ההסתדרותיות החדשות הינן קרנות פנסיה "חברתיות", אשר להבדיל מקרנות פנסיה "מסחריות", מבקשות להגשים מטרות סוציאליות, ולא עסקיות גרידא, ומשום כך, אין להעמידן אל מול צורך להתחרות בשוק קרנות הפנסיה החדשות. בפרט, טוענות העותרות, כי "בכדי להגיע [ליצירת תחרות] מצאה הממונה צורך להחליש את קרנות הפנסיה החברתית החדשות, כך

שיבוטל היתרון שלהן לעומת קרנות הפנסיה המסחריות החדשות, וייווצרו תנאים 'שווים' לתחרות בין שני סוגי הקרנות". תכלית זו היא, לטענתן, בלתי סבירה כשלעצמה.

אף טענה זו איננה יכולה להתקבל. לממשלה, ככלל, שיקול-דעת רחב בהתוויית מדיניותה בתחום החברתי-כלכלי. בחירתה של הממשלה לנהל את מדיניותה בתחום החברתי והכלכלי באמצעות אפיקים אלטרנטיביים מאלה שמציעות קרנות הפנסיה מצויה במסגרת סמכותה ואינה חורגת ממתחם הסבירות הרחב הנתון לה בעניין זה.

מעבר לדרוש אציין, כי טענות העותרות מתקשות להתיישב זו עם זו. מצד אחד טוענות הן כי בפועל לא מתקיים כל סבסוד צולב, ועל-כן הוראות הממונה נסמכות על חששות שוא. מאידך גיסא הן טוענות, כי בהיותן קרנות פנסיה "חברתיות" הן זכאיות לשימור היתרון המובנה שלהן בשוק הקרנות החדשות. קיום יתרון כזה איננו מתיישב עם הטענה כי בפועל לא מתקיים סבסוד צולב בין קרנות פנסיה ותיקות לחדשות, שהרי יתרון זה איננו אלא תוצאה של תמיכת הקרנות הוותיקות בקרנות חדשות. אם, לעומת זאת, נכונה הטענה כי לא מתקיים סבסוד צולב כאמור, הרי שההפרדה בין קרנות חדשות לוותיקות ממילא איננה צפויה לפגוע במעמד הקרנות "החברתיות" בשוק הקרנות החדשות.

זכות הטיעון

14. לבסוף טוענות העותרות, כי בהליך המינהלי נפל פגם נוסף, שמקורו בכך שההוראות פורסמו מבלי שהוקנתה להן זכות טיעון בפני הממונה.

גם טענה זו אינה יכולה להתקבל. כאמור, ההחלטה העקרונית בדבר ההפרדה בין הקרנות התקבלה כבר בהוראות משנת 1995, ואין חולק כי נתקבלה כדין. עם זאת, החלטה זו לא נאכפה משך מספר שנים. משכך, במהלך השנים 1995 עד 2000 התקיימו מגעים והתדיינות עם קרנות הפנסיה, במטרה להביא לידי קיום ההפרדה הנדרשת בדרך המקובלת עליהן. בגידרם של מגעים אלה נשמעו טענותיהן של העותרות, ונעשה ניסיון ליישב בין האינטרסים שלהן לבין שיקולים אחרים שבטובת הציבור. אולם נסיון זה לא צלח, ועל-כן הממונה מצאה להוציא הוראות קונקרטיות, הניתנות לאכיפה ולביצוע. עם פרסומן של הוראות אלה, קבלו עליהן העותרות בפני הממונה, ושטחו בפניה את טענותיהן פעם נוספת. הממונה, מצידה, השיבה לטענות אלה, אחת לאחת, במכתבים ששלחה לראשי הקרנות הגדולות.

תכליתה העיקרית של זכות הטיעון היא להבטיח כי רשות מינהלית תשקול את מהלכיה באופן מושכל, תוך שהיא ערה למכלול ההשפעות העשויות להיות להחלטתה על הנפגעים ממנה. במקרה זה, ברי כי הממונה ידעה והבינה היטב את השלכות הנגזרות מהוראותיה, שכן בינה לבין הקרנות התקיים דיאלוג רציף בסוגיית הפרדה. מעבר לכך, הממונה אף שמעה והגיבה לטענות העותרות לאחר שפירסמה את ההוראות. בנסיבות אלה, לא נסתרה מעיניה של הממונה הפגיעה הצפויה בעותרות, אלא שדעתה הייתה כי פגיעה זו היא בלתי נמנעת, ונדרשת כדי להגן על אינטרס הציבור.

על-כל-פנים, גם אם הייתה לעותרות זכות לשימוע נוסף קודם לפרסום ההוראות וזכות זאת נפגעה,

הרי שבעצם קיומו של הפגם אין כדי להביא בהכרח לביטול ההחלטה. עמד על כך השופט יצחק זמיר:

שאלה היא, מה נפקות ההפרה של חובת השימוע. האם ההפרה מבטלת את ההחלטה מעיקרה? לא בהכרח. הנה כך אמר השופט לנדוי בבג"צ 118/80 גרינשטיין נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד לה(1) 239, 246: "לא תמיד גורמת הפרת אחד מכללי הצדק לבטלות הדיון מעיקרא. המבחן אינו נוקשה אלא גמיש ויחסי. הדברים תלויים במידת החומרה של ההפרה ובנסיבותיה..." לפי התיאוריה של הבטלות היחסית, יש מקום להתאים את נפקות ההפרה (לרבות הסעד הניתן על ידי בית המשפט) לנסיבות המקרה. והענין מסור לשיקול הדעת של בית המשפט בכל מקרה. בין היתר עשוי בית המשפט לשקול את חומרת ההפרה;... מה הנזק שנגרם לאדם משום שנמנע ממנו שימוע מוקדם ומה הנזק שעלול להיגרם לציבור אם תבטל ההחלטה;... יש נסיבות בהן, אף שחובת השימוע המוקדם הופרה, לא יראה בית המשפט לבטל את ההחלטה. כך אם מניעת השימוע המוקדם לא גרמה עוול. ראו, לדוגמא, ע"א 530/78 מיפרומאל ירושלים נ' מנהל אגף המכס והבלו, פ"ד לה(2) 169... [בג"ץ 3486/94 מסאלחה נ' ועדת התכנון והבניה נחל עירון פ"ד מח(5) 251].

אכן, גם כאשר מגיע בית-המשפט אל המסקנה כי הופרה זכות הטיעון, הרי שעדיין עומדת בעינה השאלה מהו הסעד שיש להושיט לנפגעים. במקרה זה, לנוכח המגעים המתמשכים עם העותרות שמהם עולה כי הממונה הייתה ערה לטיעוני העותרות, ולנוכח חליפת המכתבים בין העותרות לבין הממונה שנערכה מיד לאחר פרסום ההוראות, לא הייתי רואה מקום לבטל את ההוראות אף אם הייתי מוצאת שהופרה זכות הטיעון של העותרות.

אני מציעה איפוא לדחות את העתירה, ולחייב את העותרות בהוצאות המשיבים בסך 100,000 ש"ח.

הנשיא א' ברק:

אני מסכים.

נשיא

השופט א' ריבלין:

אני מסכים.

שופט

הוחלט כאמור בפסק-דינה של השופטת דורנר.

ניתן היום, ח' בניסן תשס"ב (21.3.02).

שופט

שופטת

נשיא

