



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 3430/16

לפני: כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופט א' שהם

העותרת: התאחדות חברות לביטוח חיים בע"מ

נגד

המשיבה: הממונה על שוק ההון ביטוח וחיסכון משרד האוצר

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה: ט"ז בסיון התשע"ו (22.6.16)
בשם העותרת: עו"ד א' הרטמן; עו"ד ג' ורטהיים; עו"ד נ' זמיר
בשם המשיבה: עו"ד ע' הלמן; עו"ד י' ברמן

פסק-דין

המשנה לנשיאה א' רובינשטיין:

א. עניינה של העתירה ברפורמה בתחום החיסכון הפנסיוני שהוכרזה מכוח סעיף 20 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל), תשס"ה-2005 (להלן החוק), במסגרת חוזר "הוראות לעניין בחירת קופת גמל" מיום 13.3.16 (להלן החוזר) ומסמך נלווה בדבר "הליך קביעת קרנות ברירת מחדל נבחרות" מיום 10.4.16 (להלן המסמך הנלווה); אלה הוצאו על ידי הממונה על שוק ההון, ביטוח וחיסכון (להלן הממונה או המשיבה). עיקרה של הרפורמה עתיד להיכנס לתוקפו ביום 1.7.16. הנושא שביסוד העתירה הוא הדרך בה יטופלו ענייני הגמל של עובדים שלא בחרו קופת גמל, נושא חשוב ביותר מטבעו לרווחת העובדים והכלל.

ב. בחוזר שבמוקד העתירה מעוגנות הוראות לעניין אופן קביעתה של קופת גמל "ברירת מחדל" על ידי מעסיקים או ארגוני עובדים, אשר בה יופקדו תשלומים בעבור עובדים שלא בחרו קופת גמל במועד הצטרפותם למקום העבודה. על פי הקבוע בחוזר, חברה מנהלת של קופת גמל תוכל לקבל הפקדות ממעסיקים שעובדיהם לא בחרו קופת גמל בעצמם, בכפוף לכך שהמעסיקים או ארגוני העובדים ערכו הליך תחרותי לבחירת "קופת ברירת מחדל" בעבור עובדיהם, לפי אמות מידה שנקבעו בחוזר (להלן קופת ברירת מחדל). החוזר מגביל את אמות המידה שבהן רשאים המעסיק וארגון העובדים להתחשב במסגרת ההליך התחרותי לשלוש: שיעור דמי הניהול המוצעים, מדד השירות האחרון שפירסמה הממונה לגבי קופת הגמל, ותשואת קופת הגמל בחמש השנים האחרונות. כן נקבע, כי משקל אמת המידה שעניינה שיעור דמי הניהול לא יפחת מ-50%.

ג. עוד נקבע בחוזר, כי ככל שמעסיקים יחליטו מטעמיהם שלא לערוך הליך כאמור, יוכלו לבחור באחת משתי קופות ברירת מחדל לפחות, אשר תיקבענה במסגרת הליך בחירה שתערוך הממונה (להלן קופת ברירת מחדל נבחרת). הליך בחירה כאמור ייערך מדי שלוש שנים. במסמך הנלווה נקבע, כי אמת המידה היחידה שעל פיה תיקבענה ההצעות הזוכות במכרז שתערוך הממונה, היא שיעור דמי הניהול; שיעור דמי הניהול המירביים מן ההפקדות המוגשות למכרז לא יהא גדול מ-2%. עוד נקבע, כי שיעור דמי הניהול אשר תגבה חברה מנהלת של קופת ברירת מחדל נבחרת ממי שהצטרף אליה במסגרת זו, לא יעלה על השיעור שנקבע בהליך הבחירה שלה, וכי הקופה הנבחרת תהא מחויבת לשיעור דמי הניהול לכל עמית שהצטרף אליה למשך עשר שנים לפחות ממועד הצטרפותו של העמית לקרן. לבסוף נקבע בחוזר, שהוראותיו לא יחולו על הסכמי ברירת מחדל אשר היו בתוקף במועד פרסום החוזר, וזאת עד תום תקופת ההסכם, אך לא יאוחר מיום 31.3.19.

ד. לשם הנוחות נביא בפתח הדברים את סעיפי החוק הרלבנטיים. סעיף 20(א) לחוק קובע את הכלל בדבר האפשרות המוקנית לכל עובד לבחור בקופת גמל:

"(א) עובד הזכאי להצטרף כעמית לקופת גמל, לפי כל דין או הסכם, לרבות הסכם קיבוצי (בסעיף זה – הדין או ההסכם), או להמשיך ולהיות עמית בקופת גמל כאמור, רשאי לבחור, בכל עת, כל קופת גמל המיועדת למטרה של קופת הגמל שנקבעה לפי הדין או ההסכם לצורך הפקדת תשלומיו ותשלומי מעסיקו, בכפוף להגבלות על

צירוף עמיתים שנקבעו בתקנון קופת הגמל ולהגבלות על הפקדת כספים לפי סעיף 22, ומעסיקו של עובד כאמור לא יתנה את תשלום הכספים לקופת הגמל בעד עובדו ואת שיעור ההפקדה בעדו בכך שיופקדו בקופה מסוימת, מסוג מסוים של קופות או בקופה שיבחר העובד מתוך רשימה מסוימת של קופות, והכל אף אם נקבע אחרת בדין או בהסכם..."

הוראות סעיפים (ב)-(ג) מתייחסות למצב שבו לא נבחרה על ידי העובד קופה כאמור:

(ב) נקבעה בדין או בהסכם, או מכוחם, קופת גמל לצורך הפקדת תשלומים כאמור בסעיף קטן (א), והעובד לא בחר קופת גמל אחרת לפי הוראות סעיף זה, על אף שניתנה לו הזדמנות לעשות כן, רשאי המעסיק להפקיד את התשלומים האמורים באותה קופה, בהתאם להוראות הדין או ההסכם, או מכוחם, ולפי המטרות הקבועות בדין או בהסכם, כל עוד לא בחר העובד בקופה אחרת לפי הוראות סעיף זה; אין באמור בסעיף קטן זה כדי לפטור את המעסיק מחובותיו לפי הדין או ההסכם.

(ג) הממונה רשאי לתת הוראות לביצוע סעיף זה."

משהוראות החוק הרלבנטיות לנגד עינינו, נפנה לעתירה ולתגובת המשיבה.

עיקרי טענות העותרת

ה. במישור הסמכות טוענת העותרת, כי ההסדר עוגן בחוזר ללא כל סמכות בדין. נומק בין היתר, כי ההסדר בעניין קופת ברירת מחדל נבחרת אינו יכול להיחשב ל"הוראות לביצוע" של סעיף 20(ב), כמשמען בסעיף 20(ג) לחוק, שכן ההסדר המוצע בעניין קופת ברירת מחדל נבחרת אינו "מבצע" את סעיף 20(ב) אלא יוצר הסדר חדש, שכלל אינו נזכר בו. הוסף, כי החוזר קובע שיעור דמי ניהול מירביים, בעוד הסמכות לכך נתונה לשר האוצר באישור ועדת הכספים של הכנסת בהתאם לסעיף 32(ב) לחוק אשר קובע, כי "השר, באישור ועדת הכספים, יקבע את הסכומים או השיעורים, המירביים, של ההוצאות ודמי הניהול שחברה מנהלת רשאית לגבות מנכסים, מחשבוניות או מתשלומים, כאמור בסעיף קטן (א)". כן נטען, כי חיוב המעסיקים וארגוני העובדים להתקשר בהסכם עם חברה מנהלת אך באמצעות הליך תחרותי, אינו יכול להיחשב כהוראות לביצוע סעיף 20(ב) לחוק, שכן סעיף זה יוצא מהנחה שנקבעה כבר בדין או בהסכם קופת ברירת מחדל, ואינו קובע דבר לגבי אותם דין או הסכם עצמם. יתר על כן, סעיף 20(ג) הוא סעיף הסמכה ספציפי, שאינו מסמיך את הממונה לקבוע הסדרים מהותיים, כגון חיוב כלל המעסיקים במשק בחובת מכרז. הוסף בהקשר זה, כי הטלת חובת מכרז על כל המעסיקים הפרטיים וארגוני העובדים כתנאי לבחירתה

של קופת ברירת מחדל, כמו גם הגבלת השיקולים שעליהם לשקול ומשקלם היחסי, יוצרים פגיעה מהותית בחופש החוזים ובזכות הקניין של מעסיקים פרטיים ושל ארגוני עובדים ואף בחופש העיסוק, בחופש החוזים ובזכות הקניין של גורמים מוסדיים.

ו. לטענת העותרת, לרפורמה השפעה מרחיקת לכת על כלל העובדים, המעסיקים, ארגוני העובדים, הגופים המוסדיים והמתווכים הפנסיוניים, וכן על מבנהו של שוק קופות הגמל כולו. לטענתה, הסדר מהותי, תקדימי ומורכב כגון דא, שיש בו קביעה של מדיניות כללית, חייב להיעשות בחקיקה ראשית.

ז. במישור שיקול הדעת נטען, כי הרפורמה חורגת באופן קיצוני ממתחם הסבירות במספר היבטים: הקביעה בחוזר כי אמת המידה היחידה לבחירת קופת ברירת מחדל על ידי הממונה תהא שיעור דמי הניהול; הטלת חובת מכרז על כלל המעסיקים החפצים לבחור קופת ברירת מחדל, והגבלת השיקולים לבחירה; החוזר חל למפרע על חוזים קיימים החל מיום 31.3.19, ואף קודם לכן על חוזים שהסתיימו וכללו אופציה להמשך; והרפורמה מושא העתירה היא חלק משורה ארוכה של רפורמות שנעשו על ידי הממונה תוך הטלת עומס עצום על מערכת הפנסיה בישראל.

ח. לבסוף נטען, כי ההסדר עוגן בחוזר ללא קיום דיון ציבורי יסודי, וחרף הודעת ועדת הכספים על התנגדותה לביצוע מהלך כזה שלא בחקיקה.

בגדרי העתירה הוגשה גם בקשה לצו ביניים. השופט עמית (החלטה מיום 21.4.16) הוציא צו ארעי בו אסר על פרסום זהותן של קרנות הפנסיה שנקבעו כקרן ברירת מחדל נבחרת ושיעור דמי הניהול שיגבו החברות המנהלות אותן קרנות, לפי מכתב המשיבה מיום 10.4.16 (סעיף 8).

עיקרי תגובת המשיבה

ט. לעמדת המשיבה, דין העתירה להידחות. לטענתה ההסדר שבחוזר נקבע בסמכות וכדין. הוסבר, כי מדובר בהסדר צרכני אשר נועד לענות על כשלי שוק הפוגעים בציבור החוסכים לפנסיה, ובפרט בעובדים לא מאוגדים, ואף לסייע להגברת התחרותיות בשוק החיסכון הפנסיוני. נטען, כי החוזר והמנגנונים שהוסדרו במסגרתו נקבעו מכוח סמכותה של הממונה לפי סעיף 20(ג) לחוק ליתן הוראות לביצוע סעיף 20 לחוק, ונלוות אליהם גם סמכויותיה הכלליות לקבוע הסדרים בשוק הביטוח, בפרט הסדרים שנועדו ליצור חלופות מיטיבות לציבור החוסכים. הוסבר, כי על פי סעיף

20(ב) לחוק, מקום שעובד לא בחר בקופת גמל אף שהיתה לו הזדמנות לעשות כן, רשאי המעסיק להפקיד את ההפרשות לפנסיה בקרן שנקבעה על ידיו או על ידי ארגון העובדים כקופת ברירת מחדל "בדין או בהסכם"; הוראות החוזר קובעות למעשה את אופן כריתת אותו "הסכם", בהתאם לסמכות הממונה "לתת הוראות לביצוע סעיף זה". בכל הקשור לקביעת קופת ברירת מחדל נבחרת, מפנה הממונה אף לסעיף 39 לחוק, אשר מסמיך אותה ליתן הוראות הנוגעות לדרכי פעולתן וניהולן של חברות מנהלות.

י. עוד טוענת המשיבה כי אין ענייננו בהסדר ראשוני, ומכל מקום מדובר בהסדר הפועל לטובת זכויות האדם של העובד, ואינו פוגע בהן, ועל כן אין צורך בחקיקה ראשית. נומק, כי ההסדר מספק הוראות ביצוע יישומיות ביחס לחקיקה הקיימת, אשר קובעת את מהלך הדברים ביחס להצטרפות עובד לקופת גמל. הוטעם, כי לא חל שינוי באפשרות הפתוחה בפני עובד לבחור לעצמו קרן פנסיה, וכן לא חל שינוי באפשרות שבידי מעסיק או ארגון עובדים לבחור בקופת ברירת מחדל בעבור העובדים, ולהפקיד בקרן האמורה הפקדות של עובדים שניתנה להם הזדמנות לבחור בקופת גמל, והם לא עשו כן. הוראות החוזר מתייחסות - כנטען - אך להיבט היישומי של הנתיב השיורי של בחירת קרן פנסיה על ידי מעסיק או ארגון עובדים בעבור עובדו. עוד צוין, כי הממונה מעמידה לרשות המעסיקים מוצר פנסיוני אופציונלי מקל ומיטיב, שאינו שולל את האפשרות לבחור במוצר אחר בהתאם להוראות החוזר, ואף לא את זכותו של העובד לבחור בקרן פנסיה אחרת. בהתייחס לטענה כי החוזר עומד בסתירה למנגנון הקבוע בסעיף 32(ב) לחוק שעניינו דמי ניהול כאמור, פורט, כי החוזר אינו משנה את הנורמה הקבועה בחקיקה ביחס להגבלת דמי הניהול; גם לאחר מועד כניסתו לתוקף של החוזר, אין מניעה כי חברה תגבה מלקוחותיה דמי ניהול מירביים. כל שקובע החוזר כי במסגרת המוצר הפנסיוני האופציונלי אשר עומד לרשות המעסיקים שאינם מעוניינים לבחור קופת ברירת מחדל בעצמם, יועמד השיעור המירבי של דמי הניהול על 2% מן ההפקדות בלבד.

יא. במישור שיקול הדעת נטען, כי קביעת אמת המידה של גובה דמי הניהול כשיקול יחיד, היא מחויבת המציאות בהיעדר אפשרות מעשית "לתפור" את החיסכון הפנסיוני למידותיו של כל עובד פרטני, ומכאן הצורך לבחור באמת מידה אחידה, רלבנטית לכלל העובדים. צוין, כי לא נמצאה אמת מידה נוספת שתשרת ברמת ודאות כזו את כלל העמיתים, ובה בעת תספק גם ודאות לגבי השנים העוקבות. כן צוין, כי בפני הממונה עומד קושי לקבוע הוראות לעניין קופת ברירת מחדל נבחרת על בסיס אמות מידה הידועות לה במועד פרסום החוזר; כך, בניגוד לאמת המידה שעניינה דמי ניהול, שלרשות המינהלית אין שליטה לגביה, ההתייחסות לאמות מידה הנוגעות

לתשואה ולשירות עלולה להעלות טענה כי הרשות השפיעה בהחלטותיה על זהות הקופה שתיבחר.

יב. אשר לחיוב המעסיקים בהליך תחרותי לקביעת קופת ברירת מחדל בעבור עובדיהם תוך קביעת מספר אמות מידה, צוין, כי רשימה סגורה של אמות מידה מהוה הגבלה מידתית של שיקול הדעת לתכלית ראויה, מכוח הסמכה נטענת בחוק, וזאת בשים לב לחשש שמא יישקלו בבחירת קופת הגמל שיקולים זרים, שעניינם השאת האינטרסים של המעסיק. עוד נטען, כי העותרת מעריכה ביתר את העלות הכרוכה בביצוע הליך מכרזי שויוני, ודווקא האחדת אמות המידה לבחירתה של קופת ברירת מחדל ופישוט התהליך מאפשרת יצירת הליך תחרות פשוט ליישום. עוד הוזכר, כי ככל שמעסיק יחליט כי אינו רוצה או אינו יכול לבחור לעצמו קופת ברירת מחדל בעבור עובדיו, יוכל לעשות שימוש בקופות ברירת המחדל הנבחרות על ידי הממונה.

יג. הוסף, כי החוזר אינו מגביל את חופש העיסוק של חברות הביטוח או את יכולתן להציע לכל מבוטח פוטנציאלי להתקשר עמן במישרין בהתאם לחוק (סעיף 20(א)); כן בידי חברות הביטוח להתחרות בגדרי ההליך התחרותי שמבצע מעסיק פלוני או מקיימת הממונה. לבסוף נטען, כי החוזר פורסם לאחר שהמשיבה קיימה הליכים מסודרים, אשר כללו דיונים ממושכים, קבלת חוות דעת מקצועיות רבות וכן שמיעת עמדות הציבור וכל הגורמים הרלבנטיים, בכלל זה פרסום טיוטה להערות הציבור ושמיעת הערותיו. כן התקיימה ישיבה שבמסגרתה התאפשר לנציגי העותרת להעלות את טענותיהם בעל פה.

הדיון בפנינו

יד. בדיון בפנינו הדגיש בא כוח העותרת, כי טענתה המרכזית נוגעת להיעדר סמכות הממונה להוציא את החוזר נשוא ענייננו כנטען, שכן החוק מאפשר אך לקבוע הוראות ביצוע, ואילו בנדון דידן מדובר בשינוי מדיניות בתחום הפנסיוני נוכח בחירת קרנות פנסיה כברירת מחדל, והדבר עולה כדי הסדר ראשוני המצריך חקיקה ראשית. עוד נטען, כי הרפורמה מעמידה את השיקול של גובה דמי הניהול כשיקול מרכזי – ואף שיקול בלעדי כאמור – וכן קובעת מחיר מירבי לדמי הניהול לקופות ברירת המחדל הנבחרות, וזאת בהיעדר סמכות ובחוסר סבירות, ובאופן שאינו משרת את ציבור החוסכים ופוגע כלכלית בחברי העותרת. מנגד טענה המשיבה, כי אין המדובר בהסדר ראשוני, אלא באופן שבו יבוצע ההסדר הקבוע בסעיף 20(א) לחוק, הקובע את זכאותו של העובד לבחור קופת גמל; ומכאן שדי בחקיקה הקיימת – סעיף 20(ג) – כדי

להסמיך את הממונה להוצאת החוזר. בהמשך לכך צוין, כי אין המדובר בהליך של הקמת קרן חדשה יש מאין, אלא בהליך מכרזי שבמסגרתו יוכלו כל חברות הביטוח להתמודד, ולכן אין מדובר בשינוי מהותי מן הסוג המצריך הסדר ראשוני. עוד הודגש, כי הרפורמה נדרשת נוכח אדישותם של חלק גדול מהעובדים במשק לעניין החיסכון הפנסיוני, ולהשפעה הרבה שיש לדמי הניהול על גובה הפנסיה שיקבל החוסך בסופו של יום.

יה. בסיום הדיון הצענו למשיבה לשקול קיצור פרק הזמן שנקבע בחוזר באשר לתקופת ההכרזה של קרנות פנסיה כקופות ברירת מחדל נבחרות לשנתיים תחת שלוש, וזאת כדי לאפשר הפקת לקחים מזה ובחינת אפשרויות אסדרה אחרות בחקיקה מזה. ביום 26.6.16 הודיעה המשיבה כי תקופה של שלוש שנים, שנקבעה בחוזר, היא תקופה סבירה ומאוזנת, וכי שינויה עלול לעורר קשיים שונים. כך נטען, כי תקופה בת שנתיים עלולה להיות קצרה מדי לשם בחינת השלכות ההסדר והשפעתו על השוק הפנסיוני, ועשוי להיווצר קושי בהערכת הנתונים שיצטברו ובהפקת לקחים. הוסף, כי בחינה השוואתית של הנעשה בעולם מלמדת, כי פרק הזמן שנקבע מאזן נכונה את הצורך במתן ודאות מספקת לקופות הזוכות מול הצורך לשמור על חופש הבחירה של העובד. עוד צוין, שקופת ברירת מחדל נבחרת צפויה להגדיל את מספר המצטרפים אליה במהלך התקופה נשוא החוזר. הוסבר, כי ככל שהתקופה שבמהלכה מוכרזת הקופה כקופת ברירת מחדל נבחרת ארוכה יותר, כן הופכת ההשקעה הראשונית כדאית יותר ודמי הניהול שתוכל הקופה להציע יהיו נמוכים יותר. נטען איפוא שקיצור התקופה הקבועה בחוזר עלול להוביל לפגיעה בכמות ההצעות ובטיבן. חרף האמור הודיעה המשיבה, כי ככל שבית המשפט יגיע למסקנה שבאיזון הכולל יש בכל זאת מקום לקצר את התקופה שנקבעה בחוזר לשנתיים, וכי בכך ניתן יהיה לסיים את ההליך המשפטי דנא, מעדיפה המשיבה לקבל את הצעת בית המשפט על פני המשך התדיינות משפטית, ונאמר כבר כאן כי החלטנו לילך בדרך זו. העותרת הגיבה ברשות (החלטה מ-27.6.16). נטען גם בתגובה זו להעדר סמכות הממונה בפרט לגבי קרן ברירת המחדל הנבחרת, וכי סעיף 20(ג) לחוק עניינו בהוראות טכניות-ביצועיות במהותן, ולא בהסמכה להתקין תקנות בנות פועל תחיקתי. כן נטען, כי אין חשיבות ציבורית רבה בכניסה מיידית של החוזר לתוקף, שעה שזה נדון על ידי המשיבה במשך שנתיים תמימות. הוסבר, כי אין בקיצור התקופה משלוש שנים לשנתיים כדי להכשיר את ההסדר ולצמצם את השפעותיו. הוסף, כי ה"חוזר אינו אלא ניסוי כלים של הממונה...", וכי היא לא סיפקה את הנתונים המרכזיים התומכים לטענתה בביצוע הרפורמה. הוטעם, כי אין מדובר בחוזר מיטיב שנועד אך להגן על זכויות העובדים. כך למשל, העברת כספי פנסיה של ציבור גדול לקרן ברירת מחדל שתיבחר על בסיס שיקול יחיד אינה לטובת העובדים, וכך גם האיסור להתקשר בהסכמים ליותר מחמש שנים מקשה על השגת תנאים טובים.

הכרעה

יז. נפתח ונאמר כאן, כי הסוגיה שלפנינו חורגת מדל"ת אמותיה של פרשנות סמכות וכיוצא בזה; היא יורדת לשורש קיומו של האדם בישראל לעת זקנה. דעת לנבון נקל, כי עם התארכות תוחלת החיים והישגי הרפואה, על החיוב הרב שבהם, מקננת גם דאגה גדולה באשר לגורל הכלכלי של תקופת הזקנה אצל רבים, שכירים ועצמאיים כאחד, גם מן המעמד הבינוני. דומה כי אין צורך בשפעת ראיות להוכיח, כי עובדים רבים, מהם משכילים, אינם מודעים כראוי לנושא הפנסיה, ובמיוחד בגיל צעיר כשהזקנה נראית רחוקה (ראו פסקאות ב' וד' לחוות דעתי בבג"ץ 2030/12 הדד נ' הממונה על שוק ההון, ביטוח וחיסכון (2012) (להלן עניין הדד)). על כתפי הרגולטור, הממונה בנידון דידן, רובצת אחריות כבדה, שיש להביאה בחשבון בהתייחסות לנושא שבפנינו. על בית משפט זה לשקול בקפידה ובזהירות בטרם "ימשוך את השטיח" מתחת לצעדים שגם אם הפתרון שבהם מעלה שאלות לגיטימיות מסוימות, שאלה היא האם להקפיאו ולהותירו לחלל ריק, וכמאמר הפתגם, "הטוב מאוד הוא אויב הטוב".

יז. כאמור, סעיף 20 לחוק קופות גמל, על סעיפי המשנה השונים, הוא שבמרכז ענייננו. סעיף 20(א) קובע את הכלל הבסיסי, לפיו לעובד נתונה האפשרות לבחור לאיזו קופת גמל להצטרף. כמתואר בדברי ההסבר לחוק, תכלית הסעיף להגן על העובד ולהתמודד עם החשש, שמא אינטרסים שונים של המעסיק יובילו אותו לבחירת קופת גמל מסוימת באופן אשר אינו מיטיב עם העובד (הצעת חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל), התשס"ה-2005, הצעות חוק הממשלה 175, 687, בעמ' 779 (תשס"ה) (להלן הצעת החוק)).

יח. סעיף 20(ב) משנה במעט מרציונל זה; סעיף זה מאפשר למעסיק לבחור קופת גמל מסוימת כברירת מחדל במקרה שהעובד לא בחר כזו לעצמו, וזו הקופה שבה יופקדו כספי העובד. מדובר בסעיף שיורי, אשר נועד ליתן מענה למצב שבו העובד נמנע מבחירת קופת גמל, ואילו על המעסיק להפקיד את כספי הפנסיה כנדרש בדין. ברם, מעצם העובדה שהמעסיק הוא הבוחר את קופת הגמל כברירת מחדל, מתעורר שוב החשש שביקש סעיף 20(א) למנוע; דהיינו, כי המעסיק יבחר קופת גמל מסוימת מטעמיו שלו, ולא דווקא באופן המיטיב עם העובד. כך עלול המעסיק לנטות לעבר העדפתו של גוף מוסדי שעמו הוא מתקשר לצרכי הביטוח הנוספים שלו (רכב, רכוש וכיוצא בזאת); וחמור מכך, והדברים נאמרים מבלי לפגוע בפלוני או אלמוני, יחידים או ציבור, ישנו חשש כי המעסיק יבחר קופת גמל אשר מיטיבה עמו במחירי הביטוח

בהם הוא מחויב כלפי העובד, על חשבון תעריף מופרז הנגבה מהעובד החוסך. כך למשל, כפי שעולה מתגובת המשיבה, לפי בדיקה שערכה הממונה, נמצא כי מעסיקים רבים זוכים לפרמיה נמוכה מאוד – ואף כזו המתומחרת במחיר הפסד, קרי, מתחת למחיר המשקף את הסיכון לחברת הביטוח; החשש הוא כי מימון זה נעשה על חשבון פרמיה עודפת המשתלמת על ידי ציבור החוסכים באמצעות דמי ניהול גבוהים במיוחד ורכיבי ביטוח נוספים. לשון אחר, עולה במקרים כאלה ואחרים חשש ניכר כי העובד מסבסד את המעסיק.

יט. החוזר מבקש ליתן מענה לחששות אלה, כמו גם לחשש מפני ריכוזיות השוק הפנסיוני בישראל, שבו 5 קרנות פנסיה מחזיקות יחד קרוב ל- 100% מנכסי הפנסיה של השכירים בישראל. החוזר מבקש לוודא כי ההסדר הקבוע בסעיף 20(ב) יבוצע באופן המיטיב עם העובד החוסך, תוך מניעת הפגיעה בתכלית שביקש כאמור סעיף 20(א) להגשים מעיקרא, על-ידי צמצום יכולת המעסיק ליתן עדיפות לאינטרסים שלו בבחירת קופת גמל מסוימת כברירת מחדל.

סמכות הממונה להוציא את החוזר

כ. לטענת המשיבה, סמכות הממונה להוצאת החוזר נובעת מסעיף 20(ג) לחוק, הקובע כי "הממונה רשאי לתת הוראות לביצוע סעיף זה". מנגד, סבורה העותרת כי החוזר אינו בגדר הוראות בלבד, אלא מדיניות חדשה, וככזה חורג מסמכותה של הממונה. דומה, כי גם אם יש גבוליות מסוימת בנוסח הדין בנידון דידן, שבשלה אולי היתה עדיפה חקיקה, פרשנות תכליתית סבירה ולא רחוקה של סעיף 20(ג) מאפשרת לקבל את עמדת המשיבה בהקשר זה. כאמור, סעיף 20 בכללותו נועד לשם הגנה על העובד החוסך – זו תכליתו, הן כעולה מהצעת החוק והן מנוסח החוק כפי שנתקבל. המציאות מחייבת כי תיקבע ברירת מחדל כלשהי, ומכאן בא הצורך בחקיקת סעיף 20(ב), תוך מתן אפשרות למעסיק לבחור את קופת הגמל מקום בו העובד נמנע מלבחור בכזו. כדי לבצע את הוראת סעיף 20(ב) זקוקה הממונה לכלים מתאימים, וסעיף 20(ג) נועד ליתן בידי הממונה את הסמכות לבצע את הקבוע בחוק, וכך עליו לעשות בהתאם לתכלית דבר החקיקה – הגנה על העובד החוסך.

כא. ודוק; פרשנות דווקנית ומצמצמת של סמכות הממונה, כפי שמבקשת העותרת לנקוט, משמעה פגיעה ביכולתה להגן על ציבור המבוטחים בישראל. כפי שנקבע לא פעם בהקשר סמכויות הרגולטור בתחום הביטוח, "פירוש רחב של סמכות המפקחת מתבקש גם מתכלית החוק. התכלית של חוק הפיקוח היא, בראש ובראשונה, להגן על

המבוטחים... לאור תכלית זאת, לא יהיה זה ראוי לתת לסמכות המפקחת פירוש צר... פירוש צר כזה ימנע הגנה נאותה מציבור המבוטחים בניגוד לתכלית החוק" (בג"ץ 7721/96 איגוד שמאי ביטוח בישראל נ' המפקחת על הביטוח, פ"ד נה(3) 625, 642 (2001) (השופט זמיר)). בהמשך לכך נקבע, כי סמכות זו אינה אך סמכות שברשות, אלא בצדה חובה - "במקרים מסוימים חייב המפקח על הביטוח ליתן הוראות כאלה, שאם לא כן תסוכל תכליתו העיקרית של חוק הפיקוח, שהיא כאמור ההגנה על המבוטחים" (בג"ץ 5064/03 לשכת סוכני ביטוח בישראל נ' המפקח על הביטוח, פ"ד נח(3) 217, 227 (2004) (השופטת-כתארה אז-ביניש)). איננו רואים הבדל של ממש בין פרשנות זו משכבר לבין ענייננו.

כב. אשר להוראות הפרטניות של הנוהל: כאמור, ניתן לחלק את הנוהל לשניים: החלק הראשון, עניינו צמצום שיקול הדעת של המעסיק בבחירת קופת גמל שתשמש כברירת מחדל (סעיפים 7-11); החלק השני, עניינו הסמכת המשיבה לקבוע קופת גמל כברירת מחדל במקרה שבו המעסיק נמנע מלעשות כן (סעיפים 4-6). בהתאם לחלק הראשון, יכולתו של המעסיק להתקשר עם חברה המנהלת קופת גמל מוגבלת לכך שהדבר ייעשה בהליך תחרותי לתקופה שלא תעלה על חמש שנים (סעיף 7). הבחירה (סעיף 8) תיעשה לפי אמות המידה הבאות: גובה דמי הניהול (משקלה של אמת מידה זו לא יפחת כאמור מ-50%, מדד שירות שתפרסם הממונה, ותשואת הקרן בשנים האחרונות).

כג. בהתאם לחלק השני, תבחר הממונה שתי קופות ברירת מחדל מדי שלוש שנים, שאליהן יהיו רשאים מעסיקים לצרף עובדים אשר לא בחרו בקופת גמל, אם נמנע המעסיק מבחירתה של קופת ברירת מחדל ספציפית בעצמו (סעיף 4). גובה דמי הניהול יוגבל בהתאם לתנאים הנקבעים על ידי הממונה (סעיף 4(ב) וסעיף 5), וישמש כאמת המידה הבלעדית לבחירת הקופה (סעיף 5 למסמך הנלווה).

דומה, כי ניתן לומר כי האמור מעלה בא בגדרי הסמכות המוקנית לממונה מכוח סעיף 20(ג), ומתיישב עם סמכותה מכוח סעיף 39 לחוק ליתן "הוראות הנוגעות לדרכי פעולתם וניהולם של חברות מנהלות של נושאי משרה בהן ושל כל מי שמועסק על-ידן...". ניכר כי הוראות החוזר נועדו להגן על ציבור החוסכים ולמנוע ככל הניתן מן האינטרסים של המעסיקים לחלחל אל עבר בחירת קופת הגמל; בכך בא החוזר להגן על תכליתם של סעיפים 20(א) ו-20(ב) לחוק, בהתאם לניסיון שנצבר עד כה מיישום הוראות החוק, והמציאות בשטח המלמדת כנמסר שהלכה למעשה ההסדרים שאותם אימצו מעסיקים, לאו דווקא היטיבו עם העובדים. כפי שציינו מעלה, סמכותה של

הממונה, לרבות זו מכוח סעיף 20(ג), היא סמכות שבצדה חובה, וכאשר נוכחת היא כי אם תימנע מקביעת הוראות קונקרטיות ליישום חוק שעליו היא אמונה, ייפגע ציבור החוסכים – עליה לפעול כדי למנוע זאת. כך עשתה, וכך ראוי על דרך העיקרון; בעניין הדר הנזכר נאמר בפסקה ב' לחוות דעתי:

"ראשית, אבקש להבליט ולהטעים את האחריות האדירה הרובצת על הרגולטור נאמן הציבור, הממונה על שוק ההון, ביטוח וחיסכון (להלן הממונה). עסקינן בדיני נפשות (במשמעות מושאלת כמובן), וחברתי (השופטת ברק-ארז – א"ר) דיברה בצדק – בכל הכבוד – על 'חשיבות הרת גורל' של ענייני הפנסיה מבחינת העמיתים, בחינת הביטוי המקראי העז 'אל-תשליכני לעת זקנה ככלות כחי אל-תעזבני' (תהלים ע"א, ט') וגם עד זקנה ושיבה אלהים אל-תעזבני' (שם, י"א), או כדברי חז"ל בגדרי המשפט העברי 'חוטרא לידא' – 'משענת ליד' לעת זקנה (בבלי כתובות ס"ד, א'), החיסכון לעת זקנה מטריד, וחייב להטריד, כל אדם בישראל, הזוכר כי תוחלת החיים התארכה ומייחל לאריכות ימים, והיודע כי מה שיצבור לו בקרנות הפנסיה והגמל הוא משענתו לערוב יום...".

כד. לבסוף, קשה להלום את טענת העותרים כי קביעת דמי ניהול מירביים בקופת הגמל הנבחרת נעשתה בניגוד לסעיף 32(ב) לחוק, לפיו ייקבעו דמי הניהול המירביים על ידי שר האוצר ובאישור ועדת הכספים. סעיף 32(ב) קובע מגבלה סטטוטורית על דמי הניהול בכללותם; ואילו ענייננו בבחירה פרטנית של המדינה בקופת גמל נבחרת – וחברות הביטוח אינן מחויבות לקחת בכך חלק; ירצו – יתאימו עצמן ויעמדו ברף שנקבע; לא ירצו – ימשיכו לפעול אל מול קהל המבוטחים באופן ישיר או באמצעות התקשרויות עם המעסיקים הפרטיים, ללא הגבלה נוספת על גובה דמי הניהול. נראה כי בכך אין סתירה להוראות סעיף 32(ב).

ועתה לשאלה האם אין ההסדר נשוא ענייננו עולה כדי הסדר ראשוני המצריך חקיקה ראשית.

האם בהסדר ראשוני עסקינן?

כה. אפתח ואומר כי להשקפתי יש להדר ככלל בכבוד הכנסת ובסמכויותיה, כחלק מובנה באיזונים בין הרשויות ובמרקם הדמוקרטי; כך דעתי מכבר (ראו חוות דעתי בבג"ץ 4908/10 ח"כ רוני בר-און נ' כנסת ישראל (2011); בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' ממשלת ישראל (2014)). ואולם, במקרה דנא, כפי שיפורט להלן, אף שהיינו מעדיפים ככלל חקיקה, אין הדבר בגדר ההכרח המשפטי, אף שהוא נשאר

כאופציה לעתיד; זאת בתתנו את הדעת גם לחשיבות, אולי הקריטית, של הנושא לעובדים, המטה את הכף אף במקום של גבוליות.

כו. נזכיר, כי לא אחת מוסדרים נושאים רגישים בעלי חשיבות רבה בהנחיות מינהליות שמוציאה הרשות (בג"ץ 5413/07 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד סב (2) 856 (2007)) אם מחמת שפע הנושאים הדורשים אסדרה, אם בשל קשיים פוליטיים בהעברת חקיקה. בהזדמנויות שונות נדרש בית משפט זה לבחינת השאלה האם הסדר מסוים הוא הסדר ראשוני, ועל כן מחייב חקיקה, או שמא ניתן להסתפק בהנחיה במדרג נורמטיבי נמוך יותר. ההכרעה בסוגיה זו נעשית על רקע הנסיבות הקונקרטיות, ו"בין היתר יש לתת את הדעת למידת ההשפעה של ההסדר על הציבור; להיקף הפגיעה בזכויות הפרט הכרוכה בהסדר; להשלכות הכספיות שלו; לדחיפות שבה יש להסדיר את העניין; למידת המורכבות והידע המקצועי הנדרש...יש כמובן משקל רב לחשיבותו ולמהותיותו של ההסדר, כמו גם להיותו שנוי במחלוקת ציבורית..." (בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (2016)), פסקה קל"ג לחוות דעתי (להלן בג"ץ מתווה הגז) (הדגשה הוסרה – א"ר)).

כז. בנדון דידן, בחינה מהותית של הוראות החוזר מלמדת שאין ענייננו ב"אסדרה מאפס" של מדיניות כללית (ראו והשוו בג"ץ מתווה הגז, פסקה קל"ד). עיון בהוראות החוזר מעלה, כי העקרונות העומדים ביסוד האסדרה בחוק עומדים בעינם, והשינוי עניינו ההסדרה היישומית במצב שבו לא בחר העובד קרן פנסיה. כלשונה של המשיבה, אין מדובר בשינוי סדרי בראשית, אלא בהתויית שיקול הדעת המסור למעסיק בבחירת קופת הגמל שאותה הוא קובע כברירת מחדל – כפי שהחוק עצמו מאפשר כאמור לעשות. הכלל ביסוד סעיף 20 לחוק עומד בעינו – לעובד אפשרות לבחור לעצמו קרן פנסיה בהתאם לשיקול דעתו. כמו כן בידי המעסיק בהתאם לחוזר, כפי שהיה עד כה, לבחור בקופת ברירת מחדל בעבור העובדים אשר לא ניצלו את האפשרות לבחור בקרן. מעסיק אשר אינו מעוניין או אינו יכול לערוך הליך תחרותי כאמור, רשאי לבחור בפניה לאחת מקופות ברירת המחדל שנבחרו על ידי הממונה. ודוק, כאמור: בפני העובד היתה ונותרה האפשרות לבחור בקופה כרצונו, בפני המעסיק היתה ונותרה האפשרות לבחור בקופה בעבור העובד, כאשר העובד לא עשה כן. עיקרו של השינוי הוא המנגנון לבחירתם של אלה. אכן, יצירת מנגנון מחודש שלא בא זכרו לפני כן לאו מילתא זוטרות היא, אך עדיין אינה חוצה, בודאי לא במובהק, את "רף ההסדר הראשוני" באופן הפוסל אותה.

כח. עם זאת, אין לכחד, יוצרות הוראות החוזר שינוי בהסדר הבחירה בקופת גמל בעבור עובדים רבים במשק ובעבור המעסיקים והגופים המוסדיים, ואף באופן פעולתו של השוק הפנסיוני בהקשר זה. הן עוסקות בנושא בעל חשיבות הרת גורל לרבים רבים בציבור, ועשויות להשפיע על עתידם. עם זאת, נוכח ההסמכה בסעיף 20(ג) לחוק כאמור ובהתאם לדברינו מעלה, סבורים אנו כי לעת זו אין מקום להתערבותנו גם בהיבט זה ול"משיכת השטיח", וזאת מבלי שנקל ראש כלל ועיקר בטענה.

כט. שיקול מרכזי נוסף שעמד לנגד עינינו הוא האינטרס הציבורי הכללי. למותר להטעים פעם נוספת את ייחודיותו של שוק החיסכון הפנסיוני נוכח היות כספי הפנסיה מקור הכנסה עיקרי לאחר גיל פרישה ומשענת לערוב יום, שהנה "התכלית הסוציאלית של הקרן ברורה מאליה. הקרן נוסדה כדי להבטיח כי כל עובד יקבל לאחר פרישתו קצבה אשר תאפשר לו לחיות ברמת חיים שאינה נופלת באורח דרסטי מרמת חייו בטרם פרש. שזיקנתו של אדם לא תבייש את צעירותו" (בג"ץ 6460/02 אליאב נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד ס' (4) 411, 431 (2006) (המשנה לנשיא חשין); בג"ץ 9134/12 גביש נ' הכנסת (2016); בג"ץ 2944/10 קריצקי נ' בית הדין הארצי לעבודה (2015)); ועוד:

"ההחלטה אודות החיסכון הפנסיוני היא אחת מההחלטות הכלכליות החשובות ביותר שמבצע הפרט בחייו. טיבה של החלטה זו יכול להשפיע באופן ניכר על איכות חייו ומצבו הכלכלי של האדם בזקנתו. ברם, לצרכן הממוצע אין ידע בתחום סבוך זה, והוא בבחינת מי שאינו יודע לשאול. בקשה של לקוח לרכוש פנסיה משולה לבקשה לרכוש 'בגד ליתום' מבלי לפרט את גודל הבד, איכותו, מחירו וכיו"ב" (בג"ץ 4350/09 בן דור נ' שר האוצר (2010) (השופט עמית), פסקה 20; כן ראו לרקע להקמתן של קופות הפנסיה בישראל והתפתחותן מנחם גולדברג "ביטוח עובדים בקרנות פנסיה – היבטים משפטיים" שנתון משפט העבודה ג' (1992), 94; לילך לוריא "פנסיית חובה בישראל: בחקיקה או בצו הרחבה כללי?" עבודה חברה ומשפט יב (2010), 469).

במצב הדברים כיום, שבו הועברה האחריות לניהול החיסכון הפנסיוני אל העובד, דבר אשר כשלעצמי אני מצר עליו, שכן לעניות דעתי עובדים רבים אינם נותנים דעתם כל עיקר לנושא הפנסיוני, ולאחר שמעורבות המדינה הצטמצמה, נדרשת רגולציה הדוקה ופעילה, שתכליתה לעודד עובדים לחסוך לגיל פרישה ובכך להגן על יכולתם לעשות כן. ייחודיותו של שוק החיסכון הפנסיוני והכשלים האינהרנטיים הטבועים בו מטילים על הרגולטור אחריות כבדה:

"על הממונה והבאים מכוחו להתייחס בחרדת קודש למטלות שעליהם, כאילו היו עוסקים בחיסכון הפנסיוני שלהם עצמם. אם הקופות נאמנות העמיתים, הממונה הוא 'אביהם של העמיתים', נאמן כלל הציבור וכל אחד ואחת מיחידיו... תפקיד הממונה הוא להגן על העמיתים ולהביא להגינות" (עניין הדר, פסקה ג' לחוות דעתי).

תפקידה וחובתה של הממונה הם להגן על טובת המבוטחים, וזאת מבקשת היא לעשות באמצעות ההסדרים שבחוזר. כפי שנזכר לי לציין מכבר:

"אודה כי לא אחת ישנה בעייתיות בכל הנוגע לייעילותן של רשויות הממשל בעבודתן, וחלקי עם מי שאינם נרתעים מהתערבות במקום הראוי לה; ואולם, ככל שמתקבלת (לעתים – סוף סוף מתקבלת) החלטה בנושא שיש להכריע בו, ובהיעדר שיקולים זרים העלולים להפוך את הקערה על פיה, המקום להתערבות מוגבל" (בג"ץ 2763/07 המועצה האיזורית אפעל נ' שר הפנים, (2007), פסקה ח').

בהמשך לכך, נראה כי בסופו של יום ייצא האינטרס הציבורי הרחב נשכר מן הרפורמה המוצעת, גם אם חלק כזה או אחר הימנה אינו נראה לעותרת כמיטיב; כזה וככל שיישומה יצביע על קשיים כאלה או אחרים, חזקה על המשיבה כי תפעל לתקנה או לשפרה. על כן באנו לכלל מסקנה, כי לעת הזאת ובהתחשב בדברינו בהמשך, אין מקום למנוע את קידומה בנימוק של הצורך בהסדר ראשוני. אין בכך כדי למנוע מן הכנסת להידרש לנושא ולחוקק.

ל. ואכן, חרף האמור נשוב ונטעים, כי רצוי שההסדרים בחוזר יעוגנו בחקיקה, תוך קיומו של הליך ליבון מסודר ושקוף בשיתוף הציבור, ובמקביל בחינת ההסדר החדש בעולם המעשה. חשיבותו מצדיקה זאת, ואולי יהא בכך גם כדי להגביר את המודעות לצורך בבחירת קופת פנסיה. פשיטא כי מדובר בנושא רגיש, בעל השלכות רחבות היקף – הן לעובדים, הן למעסיקים והן לגופים המוסדיים – והמצוי מטבעו בדיון ציבורי. ראוי במבט לעתיד – וממילא הליך הבחירה הנוכחי יהא תקף לשנתיים, בהסכמת המשיבה וכפי שיצוין להלן – להציב בנושא זה הנחיה במדרג נורמטיבי גבוה יותר. בבג"ץ 3975/95 קניאל נ' ממשלת ישראל, פ"ד כ"ג (5) 459, 519 (1995) ציינה השופטת-כתארה אז-ביניש, והדברים היו יפים לעידנם, ובינתיים חלו תמורות לרבות חקיקה, אך רוחם יפה גם כיום:

"על כל אלה יש להוסיף כי אין להסתפק בכך שהמדיניות הפנסיונית תגובש בהחלטות מינהליות של הממשלה. על הצורך בהסדרת סוגיית החיסכון הפנסיוני בחקיקה עמד בעבר בית-משפט זה ובתי-הדין לעבודה...רק לאחרונה עמד בית-משפט זה, מפני השופט זמיר, על הצורך להסדיר את הנושא כולו בחקיקה מתאימה: 'קרנות הפנסיה, ובעצם כל קופות הגמל לחיסכון פנסיוני, הן מוסד בעל חשיבות עצומה, מבחינה חברתית כמו מבחינה כלכלית. לכן, מן הראוי היה שההסדר החיצוני של קרנות אלה ייקבע בחוק באופן שיטתי ומקיף, אך למרבה התמיהה, עדיין אין חוק כזה' ... אכן, חשיבותו העצומה של מוסד הפנסיה, הן בהיבט החברתי והן בהיבט הכלכלי, מחייבת חקיקה מקיפה של הכנסת; גם אם חקיקה זו מחייבת הכנה מורכבת וממושכת אין לדחותה עד אין קץ".

סבירות הוראות החוזר ומידתיותן

לא. נטען כאמור, כי מתן משקל בלעדי לאמת המידה של גובה דמי הניהול בקופת ברית מחדל נבחרת אינו סביר, שכן ישנם שיקולים נוספים הראויים להישקל – תשואה, טיב השירות, ניסיון ועוד. עוד נטען, כי מתן מעין בלעדיות לשתי קופות ברית מחדל נבחרות אינו סביר, שכן יהא בכך כדי להגביר את הריכוזיות בשוק ולמנוע כניסת מתחרים. עוד נטען, כי חיוב המעסיקים בהליך תחרותי במגבלות הקבועות בחוזר פוגע בחופש החוזים ובזכות הקניין של המעסיקים והגורמים המוסדיים באופן בלתי מידתי; אך נזכיר כאן, כי המעסיקים אינם צד לעתירה זו. עוד נאמר, כי ערים אנו לפגיעה מסוימת בגורמים המיוצגים על ידי העותרת ואיננו מקלים בה ראש, אך בהעמידנו מולה את האינטרס הציבורי כאמור, נוטה הכף לעברו.

לב. לאחר עיון, לא מצאנו שהוראות הנוהל אינן סבירות או מידתיות באופן המצריך את התערבותנו. לעניין הסבירות, נזכיר כי אין בית משפט זה נוטה למהר ולהתערב בשיקול דעתו של הרגולטור המקצועי; וכפי שנפסק:

"כאשר מדובר בשאלה מקצועית רגולטורית – הכרוכה בשיקולים מקצועיים מובהקים ששקילתם מצריכה מומחיות מיוחדת והם מצויים בגרעין שיקול הדעת הרגולטורי המוקנה לרשות המוסמכת – מתחם שיקול הדעת הוקנה לרשות הוא רחב ביותר. ככל שמתחם הסבירות רחב יותר, נכונותו של בית המשפט להתערב במעשה המינהלי מצומצמת יותר" (בג"ץ 6274/11 דלק נ' שר האוצר (2012) (השופט פוגלמן), פסקה 11; וראו גם בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 263 (2002); בג"ץ מתווה הגז, פסקה ע"ט).

אלה פני הדברים בענייננו; משקבענו כי הממונה פעלה בסמכות, ובהיותה האמונה, בין היתר, על ביצוע הוראות סעיף 20 כאמור, התערבותנו בסבירות החלטותיה תהא מצומצמת. אך עם זאת, שמחנו כי נענתה להצעתנו לעניין קיצור התקופה הרלבנטית משלוש שנים לשנתיים.

לג. לגופם של דברים סבורים אנו, כי בסופו של יום אין ההוראות שקבעה הממונה חורגות ממתחם שיקול דעתה. לא אכחד, מתעוררת תחושת אי-נוחות מסוימת מעצם קביעתו של המחיר כשיקול בלעדי לבחירתה של קופת ברירת מחדל על ידי הממונה. כפי שציינה העותרת, המחיר אינו ראי הכל, וניכר כי הממונה אינה חולקת על כך; לראיה, בבחירת קופת גמל כברירת מחדל על ידי המעסיק, נקבע בחוזר כי הדבר ייעשה בשקלול המחיר, טיב השירות ותשואת קופת הגמל, קרי, נוספים שני רכיבים לשיקול הדעת, ואילו כאן מקבל המחיר בלעדיות. לטענת המשיבה, הדבר נובע, בין היתר מן הקושי המובנה ביצירתו של הליך ברירת מחדל דיספוזיטיבי, אשר בו אין אפשרות כמובן לתפור את מידותיו של החיסכון הפנסיוני לכל אחד מן העובדים, אלא יש צורך בקביעת אמות מידה אחדות, ברורות ורלבנטיות לכלל החוסכים. מכאן נקבע, כי יש להסתפק באמת המידה שעניינה דמי הניהול בלבד. אולם, חרף הפשטות הקוסמת במנגנון זה, וחרף הרצון הבסיסי – והמבורך – בהוזלת מחירים, נדמה שאכן יתכן קושי מסוים בבחירת מנגנון המבוסס כולו על המחיר המוצע: מחיר נמוך מאוד, משמעותו עלולה להיות למשל, קיצוץ ניכר בכוח האדם המשמש כדי ליתן שירות לציבור החוסכים ובכך עלול להיפגע השירות לחוסכים הבוחרים באפשרות זאת. בנוסף, משניתנת מעין בלעדיות לשתי קופות גמל לשמש כקופות ברירת מחדל נבחרות, ישנו חשש שמא יתמחרו את המוצר הפנסיוני באופן מוזל מעיקרא, לשם הוצאת מתחרים אחרים מהשוק, אך תוך העלאת המחירים בהמשך. אכן, דוקטרינת "התמחר הטורפני" מוכרת בעיקר בעולם המונופולים, אולם התרחיש אינו בלתי סביר גם כאשר מדובר בשוק ריכוזי כשוק הביטוח הפנסיוני (על תמחר טורפני ושווקים ריכוזיים ראו OECD "Predatory Pricing" 19 (1989); Patrick Bolton, Joseph F. Brodley and Michael H. Riordan "Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy" 88 *Geo. L.J.* 2239 (2000); Christopher R. Leslie "Predatory Pricing and Recoupment", 113 *Colum. L. Rev.* (2013)). ואחר שאמרנו את אלה, דומה כי החשש מקביעת קריטריון המחיר כשיקול בלעדי – בנוסף לחשש המתואר מפני הגברת הריכוזיות בשוק – מופג במידה מספקת על ידי כך שקופת ברירת המחדל נבחרת לתקופה קצובה, וכאמור מצאנו לקצרה לשנתיים; בתום תקופה זו, חזקה על הממונה כי תבחן את המצב הקיים ותשקול פעם נוספת האם ראוי כי שיקול המחיר ייוותר כשיקול בלעדי, או שמא

יתוספו אליו שיקולים נוספים. יצוין בהקשר זה, וכדי להתמודד עם החשש לריכוזיות השוק, כי בהליך הבחירה ניתן לקרנות הפנסיה הקטנות פקטור חיובי לשם הגדלת סיכוייהן להיבחר כקרן ברירת מחדל. מכל מקום, הניסיון שיצטבר יקרין גם על סבירות ההוראה בדיעבד, ולכך עלולות להיות משמעותיות בכל הנוגע לבחינה עתידית של תקינות החוזר, וכמובן איננו נטעים מסמרות.

פגיעה בחופש החוזים ובזכות הקניין

לד. אשר לטענה לפגיעה בלתי מידתית בחופש החוזים ובזכות הקניין של המעסיקים והגופים המוסדיים – ראשית, בעניין חופש החוזים וזכות הקניין של המעסיקים, וכפי שטוענת המשיבה, דומה כי העותרים "מתעברים על ריב לא להם" בין המשיבה למעסיקים השונים, אשר נמנעו מהצטרפות לעתירה זו, וטעמיהם מסתמא עמם; נראה כי די בכך שלא לשעות לטענות העותרים לעניין זה (בג"ץ 926/07 לירן נ' היועץ המשפטי לממשלה (2007), פסקה 14; זאב סגל זכות העמידה בבית-המשפט הגבוה לצדק (מהד' 2 - תשנ"ד) 251-253). שנית, לגופם של דברים ולעניין חופש החוזים וזכות הקניין, מטבע הדברים רגולציה כלכלית מגבילה במידת מה את חופש החוזים ואת זכות הקניין של מושא הרגולציה – זה טיבה ובמידה רבה זו תכליתה (איגוד שמאי הביטוח, בעמ' 632). אין חולק על מעמדו הרם של חופש החוזים – ויש שיאמרו אף מעמד חוקתי (אהרון ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (1993) 163, 198; דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330, 370 (2000); ע"א 6601/96 *AES System Inc.* נ' סער, פ"ד נד(3) 850, 862 (2000)) וכך כמובן גם לגבי מעמדה של הזכות החוקתית לקניין; אולם במקרים בהם מדובר בשוק ריכוזי ובחברות ענק, העוסקות בתחומים בעלי חשיבות קריטית לחיי הפרט – וכאלה הן חברות הביטוח נשוא ענייננו – מתן בלעדיות או משקל-יתר לשיקול של חופש החוזים וזכות הקניין סופו שיפגע בצרכן. יפים לעניין זה דבריו של השופט זמיר:

"במדינה המודרנית, ואולי נכון יותר לומר בעולם המודרני, שוררים תנאים נוחים להתפתחותן של חברות גדולות המספקות שירותים ומצרכים חיוניים. החברות רוצות רווחיות, והרווחיות נובעת מן הצרכן. האינטרס של החברה והאינטרס של הצרכן מתמודדים זה כנגד זה. בהתמודדות זו קיים פער כוחות בין החברה לבין הצרכן. אם ההתמודדות נערכת בזירה של חופש החוזים, ורק החברה והצרכן נמצאים בזירה, אין לצרכן סיכוי סביר בהתמודדות. חופש החוזים, במצב כזה, הוא לעתים קרובות חופש של החברה להכתיב תנאים לצרכן. התוצאה הצפויה היא לא רק פגיעה בצרכן כפרט, אלא בסופו של חשבון גם פגיעה בציבור כולו: הציבור נאלץ לצרוך שירותים ומצרכים ברמה נמוכה יותר מן הראוי

והאפשרי ובמחירים גבוהים יותר" (איגוד שמאי הביטוח, בעמ' 630; ראו גם דניאל פרידמן "חוזים אחידים, תום לב ותקנת הציבור" ספר דניאל – עיונים בהגותו של פרופסור דניאל פרידמן (תשס"ח) 483, 487).

בהמשך לכך, רגולציה כלכלית נדרשת בעיקרה לתיקון כשלי שוק, בין היתר במקרים בהם מדובר בשוק ריכוזי ובשירות חיוני, כאשר הנסיבות מובילות ליצירת כוח מיקוח א-סימטרי ולפערים משמעותיים בידע שבו מחזיקות הקבוצות השונות (ראו דפנה ברק-ארז אזור-נתין-צרכן (תשע"ב) 22-25; שרון ידן רגולציה: המשפט המינהלי בעידן החוזים הרגולטוריים (תשע"ו) 25, הערת שוליים 32; Joseph E Stiglitz; "Government Failure vs. Market Failure: Principles of Regulation", *Government and Markets*. pp. 13-51 (Ed. Edward J. Balleisen and David A. Moss, Cambridge University Press, 2009). כזה על פניו הוא המקרה דנא, בהינתן פער ניכר בין חברות הביטוח לקהל ציבור החוסכים, וכאשר מעיקרא נדרשת הרגולציה נוכח השוני הגדול מאוד בין גובה העמלות להם זוכים הקהלים השונים בציבור, בהתאם לכוח המיקוח שיש – או אין – בידיהם (ראו עניין הדר, חוות דעתה של השופטת ברק-ארז). הדברים עולים בבירור מן הנתונים שהציגה המשיבה, מהם עולה כי העובדים שהכנסתם הנמוכה ביותר – ובהתאם שיעור הפקדותיהם לקרן הוא נמוך ביותר – הם המשלמים את דמי הניהול בשיעור הגבוה ביותר (עמ' 11 לתגובת המשיבה). עסקינן איפוא בצעד מיטיב לעובדים.

לה. כמובן, אין בכך כדי לומר כי כל רגולציה המבקשת להיטיב עם הצרכן תהא מותרת, על חשבון נותני שירות כאלה או אחרים; ומשצלחנו את שאלות הסמכות והסבירות כאמור, עיקר השאלה כעת הוא האם הפגיעה בחופש החוזים ובזכות הקניין היא מידתית. לדידי, יש להשיב על שאלה זו בחיוב; כאמור, כלל היסוד בבחירת קופת הגמל היה ונותר כי העובד הוא הבוחר את קופת הגמל, בהתאם לתנאים שהוא וקופת הגמל מסכימים עליהם; טענות העותרים במישור זה מוכוונות אך למצב בו העובד אינו עושה כן, ותנאי החיסכון הפנסיוני שלו נקבעים בהתאם לחוזה ההתקשרות בין המעסיק לקופת הגמל. ברי, כי כאשר מדובר בחוזה לטובת צד שלישי – הלא הוא העובד החוסך – מעיקרא חופש החוזים שבין הצדדים הוא מוגבל, ונוכח החשש המובנה האמור לשקילת אינטרסים זרים, אך טבעי הוא שיתקיים פיקוח על התקשרות מעין זו. בנסיבות אין נראה כי הוראות החוזר יוצרות בסיס לפגיעה בלתי מידתית, משמבטיח הוא כי החברות תתקשרנה עם קופות הגמל בהתאם לפרמטרים אשר יש בהם כדי לשקף את טובת העובד – מחיר, שירות ותשואה, והלכה למעשה קשה לראות אילו אינטרסים מסחריים לגיטימיים של המעסיק נפגעים בכך; ושוב נדגיש, כי המעסיקים לא מצאו לנכון לצרף עצמם לעתירה, וככל הנראה לא בכדי. אשר לגופים המוסדיים, נדמה כי

הפגיעה בחופש החוזים שלהם – וכן בזכותם לקניין ולחופש העיסוק – מידתית בנסיבות; ונזכיר שוב, כי גופים אלה אינם מחויבים לשמש כקופת ברירת מחדל או קופת ברירת מחדל נבחרת, וביכולתם להמשיך להתקשר ישירות מול העובדים. ואולם, אם רוצים הם להיבחר כברירת מחדל, יהא עליהם להציע מחיר ושירות תחרותיים ושיוניים – ואילו עשו כן מעיקרא, יתכן והצעד הרגולטיבי לא היה נדרש. מבלי לפגוע, הפערים הניכרים שהציגה המשיבה בין שיעור דמי הניהול בין העובדים החלשים לחזקים במצב השורר כיום, אומרים דרשני.

תקינות ההליך

לו. אשר לתקינות ההליך, נטען כאמור להיעדר קיומו של דיון ציבורי יסודי ולפגיעה בזכות הטיעון של העותרת, ואולם השתכנענו כי אף בהיבט זה לא נפל פגם מן הסוג המצדיק התערבותנו. כעולה מתגובת המשיבה, לפרסום החוזר קדמה עבודה מעמיקה של אגף שוק ההון, וביום 29.12.15 פורסמה טיוטת החוזר לשם קבלת הערות הציבור עד ליום 1.2.16. נתקבלו הערות הציבור, וביום 3.2.16 התקבלו אף הערות העותרת (בקשת העותרת לדחיית מועד לא נתקבלה); ביום 9.2.16 נערך באגף שוק ההון דיון בהערות שנאספו. חלק מן ההערות אף נתקבלו והוטמעו, כך למשל תחת בחירה של קופת ברירת מחדל נבחרת אחת הוחלט על בחירתן של שתי קופות, ונוספה תקופת מעבר לעניין הסכמים קיימים. יוסף, כי ביום 14.2.16 קוימה ישיבה, שבה נשמעו טענות העותרת מפי נציגיה. בהמשך לכך, אף שלטעמנו היה ראוי - כאמור - כי הנושא יוסדר בחקיקה, באופן שיאפשר הליך חשיבה וליבון ציבורי שקוף ורחב יותר, לא מצאנו כי ההליך שקיים פגום באופן המצדיק פסילתו של החוזר.

לז. לבסוף, אף התקשינו להלום את הטענה כי הוראת המעבר שבחוזר הקובעת, כי הוראותיו לא יחולו על "הסכם ברירת מחדל שהיה בתוקף במועד פרסומו של חוזר זה עד לתום תקופת ההסכם אך לא יאוחר מיום 31 במרץ 2019", אינה סבירה. נדגיש תחילה, כי החוזר מתייחס אך ורק לעובדים חדשים, ואין הוא חל על עובדים שכבר שויכו על ידי מעסיקיהם לקרן פנסיה. כל שהוראת המעבר מבקשת להבהיר הוא, כי התקשרויות קיימות בין מעסיקים לבין קופות ברירת מחדל תעמודנה בעינן עד למועד הנקוב בהוראת המעבר, וזאת כדי שלא לפגוע, ביחס להתקשרויות שכבר נוצרו, באינטרסים של הצדדים ובזכויותיהם, ומבלי שיהא בידם סיפק להיערך למצב החדש. עם זאת, אין משמעות הדבר פטור מעתה ועד עולם מהליך תחרותי ושיוני. ויוטעם, כי כמובן יוכלו קרנות ברירת המחדל הקיימות להתחרות גם הן בהליכי הבחירה, שייערכו על ידי המעסיקים והממונה.

הקיצור משלוש שנים לשנתיים

לח. מדוע בכל זאת החלטנו להציע קיצור התקופה לשנתיים תחת שלוש? הסיבה היא הרצון לאפשר חקיקה, ככל שתועלה, וכן לתרום להפקת לקחים מהירה ככל האפשר. ערים אנו להערוך המשיבה בהודעה מיום 26.6.16, שעיקרן כאמור הצורך בהליך תחרותי חדש וחשש מפגיעה בכמות ההצעות, בחינה השוואתית וחשש שהתקופה תהא קצרה מדי; אך סבורים אנו כי חשיבות הנושא ורגישותו מצדיקות את הקיצור, ובהסכמה תועמד התקופה על שנתיים.

כללם של דברים

לט. לסיכום האמור, מצאנו כי אין לומר שהחוזר נשוא העתירה לא הוצא בסמכות, וכן דומה כי הוראותיו אינן חורגות ממתחם שיקול הדעת – הרחב – המסור למשיבה, ואינן פוגעות פגיעה בלתי מידתית בזכויות המעסיקים והגופים המוסדיים. עם זאת עמדנו על שאלות וקשיים מסוימים. לא ראינו מקום להקפיא צעד חשוב של תמיכה ברווחת העובדים, אך ראינו מקום, בהסכמה, לקצר את התקופה לשנתיים. השנתיים הבאות יהיו מעין "תכנית הרצה" ("פיילוט" בלע"ז), שבה ייבחנו השפעות ההסדר שבחוזר על השוק הפנסיוני, וייבדק האם הסדריו מגשימים את התכלית לשמה נועדו. איננו נוטעים מסמרות, אך לשיטתנו טוב היה אילו במהלך תקופה זו עוגנו הוראות החוזר בחקיקה, בכך יהא גם כדי לתרום, מטיבם של דברים, ליציבות ולודאות הנחוצות בשוק גם לשיטת המשיבה עצמה. בנתון לאמור איננו נעתרים לעתירה. הצו הארעי בטל.

המשנה-לנשיאה

השופט נ' סולברג:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט א' שהם:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין.

ניתן היום, כ"ד בסיון התשע"ו (30.6.2016).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה-לנשיאה