

אפליה בהסדרי החיסכון הפנסיוני ופתרונה המוצע

מאת

יורם מרגליות*

מסיבות שונות, המפורסות כמאמר, מתערבת הממשלה בשוק החיסכון הפנסיוני. התערבות זו מוצאת ביטוייה בסכסוך שניתן באמצעות הסבות מס, הבטחת תשואה וערבות. בית המשפט העליון, בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, קבע כי יש להבחין בין דמת הסכסוך הניתנת לקרנות פנסיה לבין זו הניתנת לקופות ביטוח ולקופות גמל בנקאיות ומפעליות, מן הסעם שקרנות הפנסיה מספקות את סוג החיסכון לגיל פרישה הראוי ביותר בעיני הממשלה.

במאמר זה אנתח ואמחיש את ההבדל הקיים בין הסכסוך הניתן לזכאים לפנסיה תקציבית ולעמיתים בקרנות הפנסיה הצוברת הוותיקות (הכוללות רק עמיתים שהצטרפו אליהן לפני 1995) (להלן: דור א) מחד גיסא, לבין הסכסוך הניתן לעמיתים בקרנות הפנסיה הצוברת החדשות (להלן: דור ב) מאידך גיסא. להבחנה זו אין כל הצדקה והיא מהווה אפליה. פרט לשיקולי צדק, תומכים גם שיקולי יעילות בתיקון האפליה בסכסוך. כיום, ייצוגם של עובדי דור ב בוועדי העובדים הוא עדיין קטן יחסית, אולם עם השנים יעברו אליהם מוקדי הכוח, וסביר להניח כי אלה יעשו שימוש בכוחם כדי להיטיב את מצבם על חשבון עובדי דור א, מתוך תחושה נכונה כי קופתו בהסדר הפנסיוני. מצב זה מועד ליצור מתחים מיותרים בשוק העבודה ולפגוע בפריון.

במאמר מוצעת דרך לתיקון האפליה על ידי קביעת הסדר פנסיוני אחיד ושוויוני, שיחל מכאן ואילך על כל ציבור המבוטחים לגבי שנות העבודה שמיום החלת ההסדר החדש ועד ליום פרישתם מהעבודה. כפי שמוסבר במאמר, סוג זה של תחולה הוא רטרואפקטיבי, והוא עדיף על פני הכלל הפרוספקטיבי שנקטה הממשלה עד כה, בהחילה קיצוצים בסכסודו של החיסכון הפנסיוני רק על מבוטחים חדשים.

מבוא. א. הסיבות להתערבות הממשלה בתחום הביטוח הפנסיוני. 1. קוצר ראות (myopia); 2. הגדלת שיעור החיסכון במשק; 3. סיכון מוסרי (moral hazard); 4. בחירה שלילית (adverse selection); 5. יתרונות לגודל (economies of scale); ב. תיאור תמציתי של הסדרי הפנסיה השונים בישראל. 1. פנסיה תקציבית; 2. פנסיה

* מרצה למשפטים, המרכז הבינתחומי, הרצליה. ברצוני להודות למנחם גולדברג, לדב פלג, למיכאל אשלן, לאיריס מאירי-שניר, לאהוד פאפוריש, ליובל רכלבסקי ולאיתן ששינסקי על הערות לגרסה קודמת של המאמר ועל שיתות מועילות בנושא. תודה מיוחדת שמורה לקורא האנונימי, לחברי מערכת משפטים ולעורכי כתב-העת על הערותיהם הרבות והמצוינות.

צוברת בקרן ותיקה; 3. פנסיה צוברת בקרן חדשה; 4. קופות גמל (בנקאיות וענפיות) וקופות ביטוח (ביטוחי מנהלים); ג. אמצעי הסבסוד; 1. הטבות מס; 2. ערבות ממשלה למקרה של חדלות פירעון; 3. הבטחת תשואה – אג"ח "מיועדות"; ד. הפער ברמות הסבסוד – בעיית האפליה. ה. תחולה בזמן. ו. קווים כלליים לפתרון של בעיית האפליה. 1. בג"צ שגיא; 2. חוק ההגנה; 3. ההבחנה בין תנאי הפנסיה לבין סבסוד הפנסיה; ז. בחינת הביסוס העיוני להיתר שנתן הדין לביטול סובסידיה 1. הנחות היסוד של שלוש הגישות; (א) הגישה הישנה (the old view); (ב) הגישה החדשה (the new view); (ג) הגישה "הפוסט חדשה" (the post-new view); 2. סקירת הטיעונים המרכזיים לתמיכת כל אחת משלוש הגישות; (א) טענת הגינות; (ב) טענת יעילות; (ג) אי ודאות שהכלל החדש טוב יותר מהקיים; (ד) היתכנות פוליטית; (ה) בכל חקיקה המשפיעה על ערך נכסים יש אלמנט רטרואקטיבי; 3. סיכום ויישום לגבי שינוי רטרואקטיבי של רמת הסבסוד הניתנת לחיסכון פנסיוני; ח. הצעתי לפתרון האפליה.

מבוא

מקובל בעולם להשתית את מערכת הבטחת ההכנסה לגיל הפרישה¹ על שלושה רבדים, שיפורטו בקצרה להלן². הרובד הראשון, המכונה על פי רוב "ביטוח לאומי" (social security), מקנה קצבת זקנה בסיסית אוניברסלית (אינה מותנית במבחני הכנסה), הממומנת כולה או רובה מהפרשות חובה³ המוטלות על כלל ציבור העובדים (לרבות עצמאים) ו/או המעבידים⁴, כאשר הזכאות, ולעתים גם חלק קטן מן ההטבות,

- 1 שברוך כלל כוללת גם ביטוח למקרה של אובדן כושר עבודה בגין נכות והבטחת הכנסה לשארים במקרה של מות העובד.
- 2 לסקירה של מערכות פנסיה ב־14 מדינות ראו – E. Philip Davis, *Pension Funds, Retirement Income Security and Capital Markets, An International Perspective* (1995). כמו כן ראו *Pension Schemes*, International Labour Office Geneva (1997). כן ראו סקירה של שיטות פנסיה על פי תחכים, תוך הסתמכות על נתונים הלקוחים מ־"Social Security Programs Throughout the World – 1995 Social Security Administration, Office of Research and Statistics (Washington D.C., U.S.A)".
- 3 בדרך כלל הרובד הפנסיוני הראשון הוא בגדר חובה, שכן תשלומי הביטוח הלאומי מהווים במרבית המקרים גם מנגנון לחלוקה מחדש של העושר בחברה (redistribution of wealth). לכן, אם תיתכן אפשרות יציאה, יבחרו בה כל העשירים, ותאווין מסרת התוכנית. צ"ל היא דוגמה נדירה למדינה שבה תושב רשאי להוציא את עצמו מכלל ההשתייכות למערכת הביטוח הלאומי.
- 4 ברוב המדינות מחולק נטל המס הפורמלי שווה בשווה על העובדים והמעבידים. אולם, מקובל להניח כי המס מגולגל כלכלית, רובו ככולו, מן המעביד אל העובד, ומתבטא בשכר עבודה נמוך יותר מזה שהיה משתלם אילו לא הוטל המס על המעביד. הדבר תלוי בגמישות היצע העבודה, ומקובל להניח כי היא נמוכה. במחקרים שנערכו בארצות הברית נמצא כי היא קרובה לאפס. ראו James J. Heckman, "What Has Been Learned about Labor Supply in the United States in the Past Twenty Years?" 83 *Am. Econ. Rev.* 116 (May 1993).

תלויות בתושבות ובהפרשות שנעשו במשך שנות העבודה. קצבה זו מעניקה אחוז נמוך (כ־25–20 אחוז מהשכר הממוצע במשק), יחסית לפנסיה, ממשכורתו האחרונה של העובד או משכרו הממוצע במשך שנות העבודה.⁵ הרובד השני, המכונה לרוב פנסיה (pension), מקנה תשלומים עתיים⁶ שאמורים להיות בשיעור תחלופה גבוה, היינו: סכום הקצבה הוא יותר מ־50 אחוז מהמשכורת האחרונה של העובד או ממוצע שכרו במשך שנות העבודה.⁷ בניגוד לרובד הראשון, על פי רוב הפנסיה אינה בגדר חובה. זהו הטעם המרכזי לכך שהמדינה, ברצותה לעודד את הפרטים לחסוך לגיל פרישה, מקנה לחיסכון הפנסיוני הטבות שונות, בעיקר הטבות מס.⁸ ההטבות מוגבלות בדרך כלל בסכום (תקרה),⁹ וזאת כדי להקלות את האפקט הרגרסיבי שיש בהענקת הטבות מס או תשואה על כלל האוכלוסייה.¹⁰ הרובד השלישי מורכב מביטוח ומחיסכון וולונטריים, שאף הם נהנים לעתים מתמריצי מס.

במאמר זה אעסוק ברובד השני, שכמו במרבית מדינות העולם המערבי עובר בשנים האחרונות גם בישראל תהליך משמעותי של שינוי. הסיבה העיקרית לעיסוק האינטנסיבי בנושא הפנסיה במדינות העולם המערבי בשנים האחרונות היא הזדקנות האוכלוסייה. ירידת שיעורי הילודה בכל מדינות העולם המערבי, עליית תוחלת החיים, והגעתו הקרובה של דור ה־baby boom (ילידי 1945–1960) לגיל פרישה בארצות המערב ובעיקר בארצות־הברית – כל אלה צפויים להקטין מאוד את יחס התלות שבין מספר הגמלאים למספר העובדים. סיבה נוספת לגירעונות אקטואריים שנוצרו במערכות פנסיה בעולם היא עלייה הדרגתית שחלה בשיעור הזכויות המובטחות.¹¹

שינוי ההסדר הפנסיוני בישראל נעשה עד כה בשני שלבים. השלב הראשון התבצע

5 *Social Welfare Policy at the Crossroads: Rethinking the Roles of Social Insurance, Tax Expenditures, Mandates, and Means-Testing* (Robert B. Friedland et al. eds., 1994) 69.

6 או סכום חד פעמי המיועד לרכישת אנונה – סדרת תשלומים עתיים לשארית חיי המבוטח.

7 בחלק מהמכשירים הפנסיוניים שיעור התחלופה מובטח לעובד, ובאחרים רמת ההטבות תלויה בתשואה שתושג מהשקעת "דמי הגמולים" (שהם ההפרשות לקרן הפנסיה במהלך שנות העבודה). דמי הגמולים נקבעים כאחוז מהשכר השוטף, על פי שיעור התשואה הנהוג בחיסכון לסווח ארוך, ואמורים להיות בשיעור גבוה דיו כדי לאפשר שיעור תחלופה גבוה בין שכר העובד לקצבת הפנסיה שיקבל כגמלאי.

8 יש כמה מדינות שבהן קיימת פנסיה חובה. ייתכן כי יש בכך כדי לייתר את הרובד הראשון, אם מובטח במסגרת המערכת הפנסיונית תשלום העברה להבטחת מינימום קיום למי שהכנסותיו במהלך שנות העבודה הן נמוכות מכדי להבטיח לו פנסיה מספיקה לקיום.

9 הנקבע בדרך כלל ביחס לשכר הממוצע במשק.

10 ניכוי או פטור ממס מקנים יותר שקלים לעשיר מאשר לעני, וזאת בשל פרוגרסיביות מדרגות המס. אפילו זיכוי אינו פרוגרסיבי לחלוטין, שכן מי שאינו מגיע אל סף המס אינו יכול ליהנות ממנו.

11 הספר הקלסי ביותר בנושא, אליו מתייחסת מרבית הספרות שנכתבה לאחר שנת 1994, הוא World Bank, *Averting the Old Age Crisis: Policies to Protect the Old and Promote Growth* (1994).

ביום 29.3.95, עת קיבלה הממשלה החלטה¹² שבעקבותיה נסגרו קרנות הפנסיה בפני מצטרפים חדשים, והוקמו קרנות פנסיה חדשות שהתנאים שהן מקנות לעמית הממוצע נחותים לעומת תנאי העמיתים בקרנות הוותיקות¹³. השלב השני הוא ביטולה ההדרגתי של הפנסיה התקציבית, והפנייתם של עובדים חדשים במגזר שנהנה כיום מפנסיה תקציבית לפנסיה צוברת בקרנות פנסיה חדשות. עם סיום תהליך המעבר תיווצרנה בישראל, בהקשר לרובד השני, שתי אוכלוסיות: הוותיקים – המונים את המבוטחים בפנסיה תקציבית ובקרנות פנסיה צוברות ותיקות, והחדשים – המונים את המבוטחים בקרנות פנסיה צוברת חדשות, בקופות ביטוח¹⁴ ובקופות גמל בנקאיות ומפעליות. כאמור לעיל, הרובד השני הוא וולונטרי ונהנה מסבסוד ניכר על ידי המדינה. כפי שאפרט בפרק ד' להלן, הסבסוד הניתן למי שמשתייך לקבוצת הוותיקים גדול בהרבה מהסבסוד הניתן למי שנמנה עם קבוצת החדשים. מכיוון שהסבסוד ממומן בכספי אוצר המדינה, נושאים בנטל מימון כל משלמי המסים¹⁵, לרבות אלה שאינם שייכים לקבוצת הוותיקים. מכאן, שנתינתו רק לחלק מהפרטים, שלא על פי קריטריון ראוי להבחנה, מהווה נטילה כפויה מהכלל לצורך העברה לפרטים מסוימים. בית המשפט העליון, בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, קבע כי יש מקום להבחנה ברמת הסבסוד בין קרנות הפנסיה לבין קופות הביטוח וקופות הגמל הבנקאיות והמפעליות, שכן קיים הבדל מהותי בין סוגי החיסכון הפנסיוני שהן מעניקות¹⁶. במאמר זה אטען כי אין הצדקה להבחנה שכוו בין המבוטחים בפנסיה התקציבית ובקרנות הפנסיה הצוברת הוותיקות (להלן: דור א') לבין המבוטחים בקרנות הפנסיה החדשות (להלן: דור ב'). בשני המקרים מדובר בביטוח בקרן פנסיה, ועל פי הקריטריונים למתן הסבסוד הנזכרים בפסיקה, ראויים עמיתי הקרנות החדשות לסבסוד אף יותר מעמיתי הקרנות הוותיקות¹⁷.

12 החלטת ממשלה מס' 5156 מיום 29.3.95.

13 הצורך להשתמש בביטוי "עמית ממוצע" גובע מכך שקרנות הפנסיה החדשות עדיפות על פני קרנות הפנסיה הוותיקות למי שמצטרף אליהן בגיל צעיר והכנסותיו בשנות העבודה הראשונות אינן נמוכות באופן משמעותי מהכנסותיו בשנים המאוחרות. זאת מהטעם שקרנות הפנסיה החדשות מאפשרות צבירה אקבוארית מדויקת יותר של "מנות" הפנסיה, כפי שיפורט בהמשך. הדברים אינם תקפים לגבי מרבית העובדים. ראו א' ספיבק, "הרפורמה בקרנות הפנסיה", סדרת מאמרים לדיון (מרכז מונאסטר למחקר כלכלי, אוניברסיטת בן-גוריון בנגב) 17.

14 כהגדרתן בתקנות מס הכנסה (כללים לאישור ולניהול קופות גמל), התשכ"ד-1964. קופות הביטוח ידועות יותר בכינוי "ביטוח מנהלים".

15 מסים הם מקור ההכנסות העיקרי בתקציב המדינה.

16 ראו בג"צ 2010/90 התאחדות חברות לביטוח חיים בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד מה(1) 405; כמו כן ראו בג"צ 3957/95 קניאל נ' מדינת ישראל (סרם פורסם, ניתן ב-15.11.99) (להלן: "בג"צ קניאל").

17 כוונתי לתנאיהן המחמירים של הקרנות החדשות בנוגע ליכולת למשוך כספים אך ורק כקצבה, החיוב בביטוח סיכוני נכות ושארם נוסף על פנסיית זקנה, וכיצא באלה תנאים הנופכים את

ההבחנה ברמות הסבסוד בין הוותיקים לחדשים נוצרה על רקע רצונה של הממשלה להקטין את מחויבותה כלפי ציבור המבוטחים. הזכאים לפנסיה תקציבית הם ברובם עובדי ציבור, ומכאן שהממשלה הייתה מחויבת כלפיהם מכוח היותה מעסיקתם. מחויבותה כלפי ציבור המבוטחים בקרנות הפנסיה לא הייתה מעוגנת בחוק, אולם ברור היה לממשלה כי לא תוכל להפקיר את ציבור המבוטחים אם קרנות הפנסיה ייקלעו לחדלות פירעון¹⁸. מטעם זה קבעה הממשלה סטנדרט סבסוד חדש – נמוך יותר¹⁹; אולם במקום להחילו על כלל האוכלוסיה היא בחרה להחילו אך ורק על מבוטחים חדשים. באופן דומה, שלילתה של הפנסיה התקציבית נעשה אך ורק ביחס לעובדי מדינה חדשים. מכאן, שכלל התחולה שבחרה הממשלה להחלת ההסדר החדש הוא פרוספקטיבי, היינו: החלת ההסדר אך ורק על מצטרפים חדשים למערכת הפנסיונית, תוך מתן אפשרות לעמיתים קיימים להישאר במסגרות הפנסיוניות שהם כבר משתייכים אליהן. על פי התיוזה שאציג להלן, כלל התחולה הראוי הוא רטרואקטיבי (או אקטיבי)²⁰. לדעתי אין לבחור בכלל רטרואקטיבי, ובכך לפגוע ב"זכויות" שנקנו מכוח שנות עבודה והפרשות שבוצעו עובר להחלת ההסדר החדש. מרגע ששונתה מדיניות הממשלה ונקבע סטנדרט חדש של סבסוד, אין זה ראוי ליצור שתי אוכלוסיות – ותיקים וחדשים – בעלות תנאים שונים באופן משמעותי²¹. לדעתי, מן הראוי לקבוע הסדר פנסיוני אחיד ושוויוני לכל תושבי ישראל ולהחיל אותו מכאן ואילך, באופן שווה, ביחס לכל ציבור המבוטחים לגבי שנות העבודה שמיום החלת ההסדר החדש ועד ליום פרישתם מהעבודה.

א. הסיבות להתערבות הממשלה בתחום הביטוח הפנסיוני

סבסוד החיסכון הפנסיוני נעשה כאמצעי להתערבות הממשלה בתחום הביטוח הפנסיוני. מאחר שלטענתי יש לתת סבסוד זהה לכל השייכים לקבוצת הרובד השני, ראשית יש לבחון מה ההצדקה לסבסוד החיסכון הפנסיוני: אם לא תימצא הצדקה כזו, אין כל טעם

- הביטוח בקרן פנסיה חדשה דווקא ל"משרת בצורה הטובה ביותר את התכלית של מוסד הפנסיה" – קריטריון להעדפת קרנות הפנסיה על פני ביטוחי המנהלים בבג"צ קניאל.
- 18 ראו מאמרו של אביה ספיבק, "משבר קרנות הפנסיה בישראל: מסגרת מושגית ובחינת ההמלצות לפתרון", רבעון לכלכלה 41, 484 (1994), שם נכתב כי "בגלל חשיבות הנושא ניתן להניח שהממשלה תמלא תפקיד דומיננטי בענין קופות הפנסיה (כפי שעשתה בנפילת הכורסה ב-1983)". המאמר נכתב לפני שהתקבלה החלטת הממשלה הנ"ל, ולכן הוא משקף את ציפיות מהממשלה עוד בטרם לקחה על עצמה לערוב להתחייבויות הקרנות כלפי מבוטחיהן. יש להדגיש, שערבות הממשלה עדיין אינה בת-תוקף משפטי, כפי שיובהר להלן, אף כי לעת זו כוונתה של הממשלה לערוב לקרנות היא מוצהרת.
- 19 הערה 12 לעיל.
- 20 ראו התייחסות מפורטת בפרק ה' להלן.
- 21 ראו הערה 102 להלן בנוגע ל"זכויות שהוקנו" לעמית בקרן פנסיה.

בהעלאת טענת אפליה בין שתי הקבוצות, אלא יש לבטל את הסבסוד כדי למנוע אפליה בין מי שיש לו ביטוח פנסיוני לבין מי שאין לו²².

נקודת המוצא הבסיסית בכלכלת רווחה היא כי השוק החופשי מספק מוצרים בכמויות יעילות²³. ביטוח, לרבות הבטחת הכנסה בגין אובדן כושר עבודה מחמת תאונה או הגעה לגיל פרישה, הוא מוצר שמספקים כוחות השוק. המבוטח משלם פרמיה למבטח ובתמורה מקבל תשלומים במקרה שהאירוע הביטוחי מתממש, היינו: עם פרישתו של המבוטח מהעבודה. נשאלת השאלה, מדוע דווקא בהקשרם של סיכונים אלה מתערבת המדינה ומכריחה את תושביה לבטח את עצמם במסגרת של ביטוח לאומי, ואף משקיעה את כספי משלם המסים כדי לתמרץ ביטוח פנסיוני באמצעות תמריצי מס ו/או הבטחת תשואה²⁴? ההסבר לכך הוא כי התיאורמה הבסיסית מניחה שיצרנים וצרכנים פועלים בתנאי תחרות חופשית ושואין ביכולתם לקבוע מחירים, בעוד שבמציאות ייתכנו כשלי שוק המונעים אספקה יעילה ומצריכים את התערבות הממשלה.

בפרק זה אפרט בקצרה את כשלי השוק העיקריים בתחום הביטוח הפנסיוני. חשוב לציין, כי גם אילולא קיומם של כשלי שוק, עדיין ייתכן להכיר ערכית בצורך בהתערבות ממשלתית כדי לצמצם פערים בחלוקת ההכנסות בחברה (redistribution of income). אולם קידומו של יעד זה צריך להעשות באמצעות הרובד הראשון – הביטוח הלאומי, בעוד שהרובד השני עניינו קידום רווחתן של כלל שכבות האוכלוסיה, ומעצם היותו וולונטרי משתמע כי אין הוא עוסק בחלוקה מחדש של ההכנסות בחברה. להלן יתוארו בקצרה כמה מכשלי השוק שהתערבות הממשלה באה לתקן.

1. קוצר ראות (myopia)

על פי הסבר זה, הפרטים סובלים מקוצר ראות (myopia) ביחס למידה הנכונה של ביטוח שיזדקקו לו לעת זקנה. מקובל להניח כי בהעדר התערבות ממשלתית אנשים יחסכו פחות משיידרש כדי לאפשר להם רמת צריכה סבירה עם הגיעם לגיל פרישה, ולא יבטחו את עצמם מפני סיכוני אובדן כושר עבודה²⁵. מכאן, שהתערבות הממשלה נעשית מטעמים של פטרנליזם. יש החולקים על נכונותה של הצדקה זו, בסוברים כי הממשלה אינה צריכה

22 גם השאלה אם ראוי שהתערבות הממשלה תיעשה בדרך של כפייה ולא בדרך של סבסוד היא רלבנטית, אולם הדיון בה חורג ממסגרת המאמר. ישראל, כמו הרוב המכריע של מדינות העולם, בחרה לכפות ביטוח רק במסגרת הרובד הראשון, ולתמרץ את ההסתתפות ברובד השני בדרך של מתן סבסוד.

23 ראו Francis M. Bator, "The Simple Analytics of Welfare Maximization" 47 *Am. Econ. Rev.* 22 (1957).

24 ובארצות מסוימות, כמו שווייץ, אוסטרליה וצ'ילה, אף כופה ביטוח פנסיוני.

25 ראו Lawrence J. Kotlikoff, "On the Contribution of Economics to the Evaluation and Formation of Social Insurance Policy" 79 *Am. Econ. Rev.* 184-190 (May 1989).

להתערב בהחלטותיהם של אנשים, ואפילו במחיר הסתברות גבוהה כי חלק ניכר מהפרטים ישגה²⁶.

2. הגדלת שיעור החיסכון במשק

שאלה מורכבת הקשורה לנושא הפטרנליזם היא המידה שבה משפיעה התערבות הממשלה בתחום הביטוח הפנסיוני על רמת החיסכון הכללית במשק. הגדלת שיעור החיסכון במשק היא הצדקה מרכזית במישור המאקרו-כלכלי לסבסוד או לכפיית פנסיה²⁷. השפעת הטבות מס על רמת החיסכון תלויה בפועלם של שני אפקטים מנוגדים. האפקט הראשון ידוע כ"אפקט התחלופה", ולפיו הפחתת המס מעלה את התשואה גטו על ההשקעה, והופכת בכך את הצריכה המיידית ליקרה יותר. כתוצאה מכך אנשים מעדיפים לצרוך פחות ולחסוך יותר משחסכו לפני הפחתת שיעורי המס. האפקט הנגדי ידוע כ"אפקט ההכנסה", ולפיו אנשים חוסכים כדי להבטיח לעצמם סכום מסוים לצריכה עתידית או לביטחון. הפחתת המס תגרום לכך שאנשים יקטינו את רמת החיסכון שלהם שכן ממילא יעמוד לרשותם אותו סכום חיסכון לאחר מס. ועדת בן-בסט²⁸ התייחסה לאחרונה לנקודה זו וציינה, כי במחקרים שנעשו בארץ ובחו"ל נמצא כי השפעת שיעור המס על רמת החיסכון היא זניחה, דהיינו: שני האפקטים מקוויים זה את זה כמעט לחלוטין²⁹. מה עוד, שהענקת הטבות מס לעידוד החיסכון, כרוכה באובדן כספים לאוצר המדינה ולפיכך מקטינה את החיסכון הלאומי (מגדילה את הגירעון הממשלתי). המצב הוא כנראה שונה ביחס לחיסכון לגיל פרישה. ועדת בן-בסט אימצה תוצאות של מחקרים שלפיהן מתן הטבות מס לעידוד החיסכון לגיל פרישה מגדיל את החיסכון הפרטי ומהווה חריג לתופעה הכללית שלפיה הטבות מס אינן משפיעות באופן משמעותי על שיעור החיסכון הפרטי. הוועדה הניחה כי הדבר נובע מכך שהחיסכון לגיל פרישה הוא חלק מהסדר העבודה ומכך שמדובר בהסדר חוזי לתקופה ארוכה שכוכלת את החוסך. אין זה ברור כי סך כל החיסכון במשק עולה כתוצאה מכך, שכן ההטבות מקטינות את החיסכון הממשלתי. אולם, יש בעידוד החיסכון הפנסיוני כדי לקדם צדק חלוקתי, שכן הוא מעודד, באופן יחסי, בעיקר את בני השכבות החלשות – שכן בעלי ההכנסות הגבוהות היו חוסכים גם בלא כל עידוד

26 לעומתם, ראו D.M. Weiss, "Paternalistic Pension Policy: Psychological Evidence and Economic Theory" 58 U. Chi. L. Rev. (1991) 1275, הטוענת כי יש לנקוט מדיניות פנסיונית פטרנליסטית מהטעם שאנשים שוגים באופן סיסטמטי.

27 לדיון המסכם כתיבה ענפה בנושא ראו Gareth D. Myles, *Public Economics* (1995) 446-463. ראו גם ספיבק, הערה 18 לעיל; יעקב לביא ואביה ספיבק, "השפעת הסדרי הפנסיה והגמל על החיסכון בישראל" רבעון לכלכלה 43, 202 (1996).

28 דו"ח הוועדה הציבורית לרפורמה במס הכנסה 57-62 (2000).

29 ביחס לישראל הסתמכה הוועדה על מחקרו של י' לביא, "השפעת הריבית על הצריכה הפרטית במודל מסורתי ובמודל עם ציפיות רציונליות: ממצאים אמפיריים, 1962-1988", סדרת מאמרים לדיון 90.08 (מחלקת המחקר של בנק ישראל, אוקטובר 1990).

ממשלתי. מכאן, שהתערבות הממשלה בתחום החיסכון הפנסיוני כתמריץ להגדלת החיסכון מושתתת, למעשה, על שיקולים פטרנליסטיים ביחס לבני השכבות החלשות, שהם אלו שמתן ההטבות יכול ליצור אצלם תמריץ להגדלת שיעור החיסכון הפרטי.

3. סיכון מוסרי (moral hazard)

גם פרטים שאינם סובלים מקוצר ראות עלולים להניח כי החברה לא תניח להם למות מרעב ברחובות. על כן הם צורכים את כל הכנסותיהם במהלך החיים, באופן שבעת זקנה, או בשל תאונה או מחלה, הם נתמכים על ידי החברה. המדובר, כמובן, באנשים שממילא נמצאים על סף העוני, אולם במקום להתאמץ ולחסוך לעת זקנה הם מעדיפים לצרוך יותר היום ולהניח לחברה לספק עבורם את צורכי המחר. זהו "סיכון מוסרי", כלומר: סיכון שקיים בכל מקרה שבו למקבל הטבה קבועה ומוסכמת מראש נוצר תמריץ לשנות את התנהגותו לאחר שהחווה כבר נכרת, באופן המיטיב עמו על חשבון מספק ההטבה. החווה שבו מדובר בענייננו הוא חוזה מכללא, הבנוי על ערכים חברתיים המקובלים בכל מדינות העולם המערבי, לרבות ישראל. אפילו בארצות־הברית, מעוז הקפיטליזם, זקנים ונכים מקבלים סיוע ממשלתי משמעותי³⁰. לפי חוזה זה, כל אדם יהיה זכאי לקצבה בהגיעו לגיל זקנה, אף אם לא חסך בחיסכון פנסיוני כלשהו, ומערכת הביטחון הסוציאלית אף תקצה לו קצבה גדולה יותר אם איננו מקבל גמלאות כלשהן (בישראל – השלמת הכנסה). הדרך להתמודד עם תופעה זו היא ביטוח חובה דוגמת הביטוח הלאומי. אם הפנסיה אינה חובה אלא נהנית מסבסוד בלבד, יהיו, באופן שולי, אנשים שהסבסוד יניע אותם לחסוך, ושאיילולא קיומו של הסבסוד היו בוחרים שלא לחסוך כלל, אלא לצרוך את כל הכנסתם ולהפוך בעתיד למחוסרי כל הנתמכים על ידי החברה.

4. בחירה שלילית (adverse selection)

כשל שוק מסוג זה הודגם בספרות לראשונה בהקשרה של רכישת מכונית משומשת³¹. ציבור קוני המכוניות יודע כי חלק מהמכוניות מוצע למכירה מהטעם שיש בהן פגם נסתר שהניע את בעליהן למכור אותן (המכונית היא "לימון"). מכיוון שכך, הקונים מוכנים לשלם פחות תמורת כל מכונית, באופן המשקף את הסיכון שדווקא המכונית שאותה יקנו היא "לימון". הדבר גורם לבעלי המכוניות הטובות המעוניינים במכירתן למשוך אותן מהשוק, שכן הם אינם מסוגלים לקבל עבורן תמורה הולמת. הדבר רק מחמיר את המצב,

30 ראו Christopher Howard, *The Hidden Welfare State: Tax Expenditures and Social Policy in the United States* (1997).

31 George A. Akerlof, "The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism" 84 *Q. J. Econ.* 488 (1970).

שכן אחוז המכונניות שהן "לימון" עולה, וגורם להורדת מחירי כלל המכונניות – דבר הגורם להוצאה מוגברת של מכונניות טובות מן השוק וחזר חלילה.

כמו שוק המכונניות המשומשות, כך גם שוק הביטוח עשוי לסבול מכשל שוק זה. חברות ביטוח המוכרות ליחידים אנונות – חוזים שעל פיהם מספקת חברת הביטוח למבוטח תשלומים עתיים עד למותו בתמורה לסכום חד פעמי המשולם מראש – עשויות ליפול קורבן לכשל שוק מסוג בחירה שלילית. אם האנונה נרכשת במהלך חיי העבודה ניתן לצפות שיהיה ביקוש גבוה יותר לפוליסות ביטוח כאלה בקרב יחידים היודעים כי הסיכוי שהם יחלו ויזקקו לביטוח הוא גדול באופן מיוחד, למשל בשל היסטוריה משפחתית של התקפי לב. בדיקות רפואיות עשויות לצמצם מעט את הסיכון שחברות הביטוח חשופה אליו, אולם מובן כי הפרט יודע על מצב בריאותו הרבה יותר משמסוגלות לגלות הבדיקות הרפואיות. לעומת זאת, אם האנונה נרכשת בגיל הפרישה, הרי שהמבוטח יודע יותר מהמבטח על סיכויי תוחלת החיים שלו, וניתן לצפות כי יהא ביקוש גבוה יותר לפוליסות ביטוח כאלה בקרב יחידים היודעים כי קיים סיכוי גבוה שיחיו יותר מתוחלת החיים הממוצעת. מכיוון שכך הוא המצב, חייבת חברת הביטוח להעלות את הפרמיה שהיא גובה במקרה של אנונה הנרכשת במהלך חיי העבודה, כדי לשקף את הנתון העובדתי שלפיו סיכויי הפרט המבוטח הממוצע לחלות במחלה ולאבד את כושר העבודה הוא גבוה יותר מזה של האדם הממוצע באוכלוסיה הכללית. בדומה, במקרה של אנונה הנרכשת בגיל הפרישה הפרמיה צריכה לעלות כדי לשקף את תוחלת החיים הארוכה יותר של ציבור המבוטחים. הבעיה היא שהעלאת שיעור הפרמיה רק מחמירה את הבעיה, שכן תשלום פרמיה כה גבוהה הוא כדאי רק למי שמחשיב את עצמו כנמצא בקבוצת סיכון לאבד בגיל צעיר את כושר העבודה, או למי שמעריך כי יחיה מעבר לתוחלת החיים הכללית. דבר זה, כמובן, גורם שוב להעלאת הפרמיה, וחזר חלילה. לעומת זאת, ביטוח שמתבצע על ידי קרן פנסיה הוא כללי דיו, ונמכר למעשה לקבוצה אחת גדולה של פרטים, ומקטין את הסיכון הממוצע של קבוצת המבוטחים. הסבסוד הניתן כתמריץ להשתתפות בהסדר פנסיה מגדיל את כדאיות ההשתתפות לשכירים ולעצמאים, גורם לכך שהפנסיה הופכת לחלק מההסכמים הקיבוציים ומתקן את כשל השוק.

5. יתרונות לגודל (economies of scale)

שוק ביטוח החיים הוא מורכב ודורש זמן רב ומאמץ ניכר מיחיד המבקש להתאים לעצמו אנונה. אם קובעי המדיניות יכולים לבחור תוכנית הטובה בסך הכל לרוב האנשים, יהא בכך משום חיסכון בעלויות³². אולם, אין זה ברור כי אכן ניתן לבחור תוכנית שתהא טובה לכולם. בתחום זה בהחלט תיתכנה העדפות שונות לפרטים, והעלות של אי

32 מסעם זה הפנסיה הצוברת כוללת חלוקה קבועה של סכומי ההפרשות לרכיבים שאינם ניתנים לשינוי: חיסכון לגיל פרישה וסיכון אובדן כושר עבודה בטרם הגעה לגיל פרישה (risk).

ההתאמה האישית עלולה להיות גדולה יותר מהתועלת שבחיסכון בהוצאות, ואז לא יתקיימו יתרונות לגודל³³.

לסיכום: דומה שקיימת הצדקה להתערבות ממשלתית בתחום בו עסקינן, בין אם בכפייה ובין אם בדרך של מתן תמריצים. ישראל בחרה בשילוב של שתי הדרכים: הרובד הראשון – רמת חיסכון מינימלית, לרבות חלוקה מחדש של הכנסות בחברה – מושג באמצעות תשלומי חובה לביטוח הלאומי. הרובד השני – רמת חיסכון גבוהה יותר, שמטרתה לשמור על יחס תחלופה יחסית גבוה בין השכר במשך שנות העבודה לרמת ההכנסה בשנות הפרישה – מושג באמצעות תמריצים (סבסוד), שיפורטו בקצרה בפרק ג'.

ב. תיאור תמציתי של הסדרי הפנסיה השונים בישראל

1. פנסיה תקציבית

פנסיה תקציבית ניתנת לחלק מעובדי המדינה בישראל. תשלומי הפנסיה מועברים לפנסיונרים ישירות מתקציב המדינה השוטף³⁴. עובדי מדינה הזכאים לפנסיה תקציבית אינם נדרשים להפריש דמי גמולים משכרם השוטף³⁵. חוק שירות המדינה (גימלאות) [נוסח משולב], תש"ל-1970³⁶ קובע את הסדרי הפנסיה החלים על עובדי מדינה³⁷. חוק גימלאות לנושאי משרה ברשויות השלטון, תשכ"ט-1969³⁸ חל על שרים, חברי-כנסת,

33 בשיווקן של תוכניות ביטוח מנהלים מודגש שהם מאפשרים גמישות והתאמה אישית טובה יותר של הפוליסה הביטוחית בהשוואה לקרנות הפנסיה.

34 התוצאה לתשלומי פנסיה תקציבית הגיעה בשנת 1999 ל-9 מיליארד ש"ח. ברשויות מקומיות מסוימות 50 אחוז מתשלומי הארנונה משמשים לתשלום פנסיה לעובדי רשויות שפרשו (מדברי מוסי מרז, סגן בכיר לחשב הכללי במשרד האוצר, בכנס בנושא פנסיה שהתקיים ביום 19.1.2000).

35 זאת בניגוד למבוססים במסלולי הביטוח הפנסיוני האחרים, החייבים בהפרשת תמישה עד חמישה וחצי אחוזים משכרם.

36 להלן: "חוק הגמלאות".

37 לרבות עובדי מערכת הביטחון, שוטרים, סוהרים ומורים המועסקים על ידי משרד החינוך. הסדרי החוק הוחלו גם על כמה גופים סטטוטוריים: המוסד לביטוח לאומי, משרד מבקר המדינה, שירות התעסוקה, קרן השואה, יד יצחק בן-צבי, רשות נאות מרפא, המוסדות הנוכרים בתוך דוד בן-גוריון, הרשות לשיקום האסיר, המועצה להסדר ההימורים בספורט, רשות השידור, הרשות לניירות ערך, רשות הדואר ורשות העתיקות, ואומצו על ידי הרשויות המקומיות, המועצות הדתיות והאוניברסיטאות.

38 ראש רשות מקומית וסגניו זכאים לפנסיה תקציבית מכוח חוק הרשויות המקומיות (גימלאות לראש רשות וסגניו), התשל"ז-1977. ראשי מועצות דתיות וסגניהם זכאים לפנסיה תקציבית המשולמת מקופת המועצה הדתית לפי חוק שירותי הרת היהודיים [נוסח משולב], התשל"א-1971, המחיל

שופטים, דיינים, קאדים, נשיא המדינה, מבקר המדינה, נגיד בנק ישראל ומשנהו והרב הראשי. חוק שירות הקבע בצבא ההגנה לישראל (גימלאות) [נוסח משולב], התשמ"ה-1985³⁹ מחיל הסדרי פנסיה תקציבית על אנשי צבא הקבע.

כל שנת עבודה מוכה את המבוטחים בפנסיה תקציבית בשני אחוזים מהמשכורת הקובעת, שהיא משכורתם החודשית האחרונה⁴⁰. הפנסיה המרבית עומדת על 70 אחוז⁴¹. הפנסיה משולמת לעובד עם פרישתו לכל ימי חייו, ובמקרה של פטירה, בין אם לפני פרישה ובין אם לאחריה, משולמת לשארים קצבת שארים לכל משך תלותם: לקטינים עד הגיעם לגיל בגרות, ולבן זוג עד למותו. חולשה מסוימת של הפנסיה התקציבית היא מנגנון ההצמדה של הקצבה בשנים שלאחר הפרישה. הגמלאי זכאי לקבל גמלה המחושבת על פי השכר של עובד מדינה הנמצא בדרגה שבה היה הגמלאי ביום שבו פרש לגמלאות. המציאות מלמדת כי עם השנים חלה "שחיקה" של הדרגות, וזאת בשל תוספת דרגות חדשות לשירות הציבורי. כתוצאה מכך תפקיד הזהה לתפקיד שמילא הגמלאי בעת שהיה עדיין עובד פעיל יבוצע על ידי אדם שדרגתו היא גבוהה יותר מזו שהייתה דרגתו של הגמלאי. מאחר שהצמדת קצבת הפנסיה היא כאמור לדרגה ולא לתפקיד, נקבע מכוח החוק⁴² כי אחת לכמה שנים תשוב ועדה פריטטית, בה חברים נציג מטעם ההסתדרות ונציג מטעם הממונה על הגמלאות במשרד האוצר, ותקבע תשלומי הוספה לפנסיה כדי למנוע את שחיקתה.

בסוף שנת 1997 היו מבוטחים בפנסיה תקציבית (לא כולל אנשי מערכת הביטחון) 176,500 מבוטחים פעילים ו-68,345 פנסיונרים. הערך הנוכחי של התחייבויות המדינה לתשלומי פנסיה תקציבית מוערך בכ-200 מיליארד ש"ח⁴³. סיבה נוספת לרצונה של

לגביהם את חוק הרשויות המקומיות (גמלאות לראש רשות וסגניו), התשל"ז-1977, בשינויים המחויבים.

39 להלן: "חוק הגמלאות לאנשי קבע".

40 חלק השכר הנובע משעות נוספות (בממוצע כ-22 אחוז מהמשכורת) ומהחזר הוצאות (בממוצע כ-18 אחוז מהמשכורת) אינו כלול במשכורת הקובעת לצורך פנסיה תקציבית. בגין חלק המשכורת שהוא החזר הוצאות מופרשים תגמולים לקופת גמל. כחלק מההסכם בין משרד האוצר לבין ההסתדרות בדבר העברתם של עובדים חדשים מפנסיה תקציבית לפנסיה צוברת, סוכם כי רכיב השכר של שעות נוספות יוכנס להסדר של פנסיה צוברת. הסכם זה נחתם ביום 3.3.99, אולם במאי 1999 חזרה בה ההסתדרות מהסכמתה, והנושא עדיין נמצא במשא ומתן.

41 למעט במקרה של שוטרים וסוהרים, הזכאים ל-76 אחוז, כשהגיל המוכה אותם בפנסיה הוא 55.

42 סעיף 9 לחוק הגמלאות.

43 ראו דו"ח החשב הכללי באוצר, שי טלמון, כי ביום 31.12.97 הגיעה החבות האקטוארית של המדינה בגין כל עובדיה וגמלאיה לפנסיות תקציביות, בערכים מתואמים, לכ-184.3 מיליארד ש"ח (מובא אצל מוטי בסוק, "מדרגת פרישה ועד רשת הביטחון", הארץ 8.2.99). לפי הכתבה, ההערכה היא שהמחויבות האקטוארית של המדינה לפנסיה תקציבית כבר עומדת על כ-200 מיליארד ש"ח. לשם השוואה, תקציב המדינה השנתי כולו עומד על סכום דומה. היינו: התחייבות הממשלה בכובעה כמעסיקה לתשלום פנסיות לעובדיה היא בשיעור כל התקציב השנתי של

הממשלה לבטל את הפנסיה התקציבית היא העובדה שמבנה הפנסיה התקציבית מהווה תמריץ לכשלי ניהול, לפיהם כאשר מבקשת המערכת להיפטר מאדם מסוים משיקולים קצרי טווח, ניתנים לו תנאי פרישה פנסיוניים מפליגים שעלותם האדירה מגולגלת על תקציב המדינה, בלא שמקבל ההחלטה הישיר מחויב למצוא מקור תקציבי למימון העתיד⁴⁴. המנהל הישיר מייעל את הנתון תחת פיקוחו תוך העמסת העלויות על תקציב המדינה, ובדרך כלל העלות תהא גדולה בהרבה מהתועלת. בחלק ניכר מהמקרים מקבלי ההחלטות כלל אינם מודעים לעלות האדירה שהם מטילים על תקציב המדינה בדרך שבה הם פותרים בעיות נקודתיות⁴⁵. נוסף על כך אפשרה המערכת, וייתכן שהיא עדיין מאפשרת זאת, העלאה של השכר ערב הפרישה אך ורק כדי להגדיל מלאכותית את שיעורי הגמלאות של העובד הפורש⁴⁶.

2. פנסיה צוברת בקרן ותיקה

פנסיה צוברת היא שיטה למימון תשלומי הפנסיה באמצעות השקעת הפרשות חודשיות של המעביד ושל העובד באפיקים נושאי תשואה. לאחר פרישת העובד הוא מקבל קצבאות בהתאם לתנאי הקרן, כאשר מקור המימון הוא הכספים שהופרשו במשך השנים בתוספת התשואה שנצמחה עליהם⁴⁷. הקרן מכונה "ותיקה" משום שקרנות מסוג זה נסגרו בהחלטת ממשלה מיום 29.3.95, באופן שרק מי שהצטרף לאחת מקרנות הפנסיה הנ"ל

המדינה. התחייבויות אלה פרוסות על פני כ-50 שנה, דהיינו: מהות בכל עת באופן ממשי "רק" כשני אחוזים מהתקציב בכל שנה.

מתוך דברים שאמרה ציפי סמך, הממונה על שוק ההון, הביטוח והחסכון באוצר המדינה, בהרצאתה בכנס השנתי ה-14 של האגודה הישראלית לכלכלה. הדברים נאמרו לאחרונה גם על ידי מר מוסי מרוז, סגן בכיר לחשב הכללי במשרד האוצר, בכנס בנושא פנסיה שארגנה חברת "יער" ביום 19.1.2000. ראו גם ציפי סמך, "עמדת המעסיקים הציבוריים" מערכות הפנסיה: מגמות, הצעות ושינויים (בעריכת עוזר כרמי).

דו"ח מבקר המדינה מספר 40, 11-1 (1990).

בדברי ההסבר להצעת חוק שירות המדינה (גימלאות) [נוסח משולב] (תיקון מספר 39) (עובדים חדשים), התשנ"ו-1996, ה"ח 486, נכתב כי לפנסיה התקציבית חסרונות, שהעיקריים שבהם הם: (א) עיוות תקציב המדינה כתוצאה מיצירת התחייבות עתידית גדולה ללא ביטוי מתאים בתקציב השוטף; (ב) יש חשש שקבלת החלטות ועריכת הסכמים (כגון הסדרי פרישה מוקדמת, הענקת הסבות מוגדלות לפני הפרישה ועוד) נעשים ללא התחשבות בשיקולים אמיתיים וללא בקרה תקציבית. מצד שני מוטלות הגבלות בלתי סבירות לגבי תגמול עובדים פעילים, עקב הצורך להתחשב בשיקולים פנסיוניים; (ג) אי צבירת הכספים מקטינה את החיסכון במשק ואת פוטנציאל ההשקעה.

קיים הבדל בין קרנות צוברות המבוססות על עיקרון התגמולים המובטחים (Defined Benefits) לבין קרנות המבוססות על עיקרון ההפרשות הקבועות (Defined Contribution). במשמעות הבדלים אלה אדון בפרק ד'.

לפני 1.1.95, מוסיף ונהנה מתנאי החברות בהן⁴⁸. קיימים הבדלים קטנים בין התקנונים של קרנות הפנסיה השונות. המבוטחים נדרשים להפריש חמישה וחצי אחוזים משכרם, ואילו המעביד מפריש 12 אחוז נוספים. כמו הפנסיה התקציבית, גם הפנסיה הצוברת משולמת לעובד מדי חודש, החל ממועד פרישתו ועד לסוף חייו, ובמקרה של פטירה, בין אם לפני פרישה ובין אם לאחריה, תשולם הפנסיה לכל משך תלותם של שאיריו: קטינים עד הגיעם לגיל בגרות ובן זוג עד למותו.

המשכורת הקובעת, היינו: המשכורת המשמשת בסיס לתשלום הפנסיה, מחושבת לפי אחת משתי שיטות: (א) ממוצע המשכורות בשלוש השנים האחרונות⁴⁹, או (ב) אחת משיטות ממוצע היחסים של השכר⁵⁰. על פי שיטת ממוצע היחסים, מחשבת הקרן את היחס שהיה בכל שנה ושנה משנות החברות בקרן בין שכרו של העובד לבין השכר הממוצע במשק⁵¹. הקרן מסכמת את היחסים במשך כל שנות החברות ומחלקת במספר שנות החברות, וכך מקבלת את היחס הממוצע בין שכרו של העובד לבין השכר הממוצע במשק שהיה נהוג במשך תקופת חברותו בקרן. הפנסיה משולמת ממשכורת קובעת שהיא היחס הממוצע הנ"ל כפול השכר הממוצע במשק ביום הפרישה. אם נניח שהיחס הממוצע של משכורתו של העובד לשכר הממוצע במשק היה 1:3, היינו, שמשכורתו הייתה בממוצע גדולה פי שלושה מהשכר הממוצע במשק, משכורתו הקובעת של העובד לצורך פרישה תהא שלוש פעמים השכר הממוצע במשק ביום הפרישה.

שיטת המשכורות האחרונות עשויה להיות טובה יותר למי שמשכורתם עלתה במשך השנים ולא ירדה בשנות עבודתם האחרונות. שיטת הממוצעים עדיפה למי שמשכורתם ירדה בשנות העבודה המאוחרות, כמו, למשל, עובדי עבודות הכפיים, שבדרך כלל מגיעים לשיא שכרם בשנות הארבעים לחייהם⁵². בהתאם להחלטות ממשלה⁵³, תנאי תוכנית הפנסיה הוותיקה יינתנו רק אם המשכורת הקובעת לא גדלה ריאלי, בממוצע על פני כל השנים, בשיעור שמעבר לשני אחוזים בשנה. גידול שמעבר לגידול ריאלי של שני אחוזים בשנה יקנה זכויות פנסיה של קרן פנסיה חדשה בלבד.

48 קיימת קבוצה נוספת – אלה שהצטרפו לקרנות הפנסיה בשלושת החודשים הראשונים של שנת 1995. בעניינם חל דין מיוחד, שנקבע בבג"צ 7691/95 שגיא נ' ממשלת ישראל, פ"ד (נב) 577. בנושא זה ארחיב בפרק ה' להלן.

49 השכר הקובע משתנה במידה מסוימת גם בהתאם למקור הגידול בשכר בשלוש השנים שקדמו לפרישה.

50 קיימות כמה שיטות לחישוב היחס שבין השכר הממוצע במשק לשכרו של המבוטח במשך שנות עבודתו. ההבדלים ביניהן הוא במספר השנים שבו הן מתחשבות. יש המחשבות את היחס בין השכר הממוצע במשק לבין שכר המבוטח במשך כל השנים בהן היה מבוטח, ויש שיטות המיטיבות עם המבוטח ומתחשבות רק ב-25 או ב-30 השנים שבהן היה שכרו המבוטח הגבוה ביותר.

51 השכר הממוצע במשק המשמש לצורך חישובים אלה אינו כולל את שכרם של עובדי השטחים.

52 יש קבוצות עובדים ספציפיות הנהנות מחישוב ממוצע היחסים לפי 25 השנים שבהן היחס בין שכרם לבין השכר הממוצע במשק היה הגבוה ביותר.

53 החלטת ממשלה מספר 5156 מיום 29.3.95, והחלטת ממשלה מיום 28.4.96, שתיקנה אותה.

משנקבעה המשכורת הקובעת, היא מוצמדת למדד המחירים לצרכן, למשך כל שנות תשלום הגמלאות. כמו הפנסיה התקציבית, גם הפנסיה הצוברת בקרנות הפנסיה הוותיקות נצברת בקצב ממוצע של שני אחוזים לכל שנת עבודה, עד למכסימום של 70 אחוז.

הקרנות הוותיקות נמצאות בגירעון אקטוארי; הן היו בגירעון אקטוארי עוד לפני שנסגרו, ומכיוון שדובר בסכומים גדולים מאוד, סברה הממשלה כי לא תוכל לערוב לקרנות במקרה של חדלות פירעון, ומטעם זה הביאה לסגירת הקרנות ולפתיחתן של קרנות חדשות, המקנות הטבות נחותות משמעותית. הגירעון מבטא פער שלילי בין הערך הנוכחי של התחייבויות הקרן (הקיימות והעתידיות לגבי העמיתים הקיימים) לבין הערך הנוכחי של היקף הנכסים בקרן (כולל דמי הגמולים העתידיים להשתלם לה מעמיתים קיימים), האמורים לממן התחייבויות אלה. ביום 31.12.94 – מועד הקמתן של קרנות הפנסיה החדשות – עמד הגירעון, להערכת משרד האוצר, על כ־31 מיליארד ש"ח, סכום שהיווה כ־30 אחוז מהתחייבויות הקרנות⁵⁴. מכל מקום, יש לזכור כי היקף הגירעון חושב על בסיס התשואה המסובסדת שמעניקה הממשלה לקרנות אלו. היינו: כל ההערכות היו מבוססות על המשך סבסוד ממשלתי ניכר, הניתן על דרך מתן אפשרות להשקעת כספי הקרן באיגרות חוב ממשלתיות מיועדות, שהתשואה עליהן מובטחת וגבוהה מהתשואה הצפויה בשוק. מכאן, שהגירעון האמיתי של הקרנות היה גדול בהרבה, שכן עלות הסבסוד הנ"ל עומדת על עשרות מיליארדי ש"ח נוספים.

3. פנסיה צוברת בקרן חדשה

חבר בקרן פנסיה חדשה הוא כל מי שהצטרף לקרן פנסיה לאחר 1.4.95. שיטת חישוב המשכורת הקובעת אינה צמודה לשכר אלא למדד המחירים לצרכן בלבד. עובד צעיר צובר אחוזים גבוהים יותר של פנסיה מאשר עובד מבוגר יותר, היינו: אחוזי הפנסיה שהפרשותיו החדשיות מזכות אותו הולכים וקטנים מדי שנה. זאת, מכיוון שקרנות הפנסיה החדשות חייבות להיות מאוזנות אקטוארית, היינו: הפרשות החבר אמורות לממן את תשלומי הפנסיה שיקבל עם פרישתו. ההפרשות בשנות צעירותו תושקענה על ידי הקרן למשך שנים רבות, ולכן הקרן יכולה להתחייב בפניו, בגין הפרשות אלה, לאחוז

54 גדולו המדויק של הגירעון ערב סגירת הקרנות הוותיקות שנוי במחלוקת. ההבדלים בהערכות נובעים בעיקר מהנחות שונות לגבי טערי הריבית במשק וקצב גידול השכר הריאלי. במהלך הדיון הציבורי הועלה אף הסכום של 100 מיליארד ש"ח ויותר. ראו גיל לוריא, "משבר הפנסיה בפרספקטיבה בין-לאומית" רבעון לענייני מיסים כד(94) 39 (1996). כן ראו דב פלג, "רפורמה במערכת הפנסיה" בשחן סוציאלי 49, 97, 111-112 (1997), שם נטען כי משרד האוצר הניח עליית שכר ריאלית של 3 אחוזים בשנה, בעוד שבעשור האחרון השכר כמעט ולא עלה ריאלית, ובעולם המערבי מקובלת עליית שכר ריאלית של אחוז אחד בשנה. כמו כן נטען שם כי התשואה שעל בסיסה חישוב משרד האוצר את הגירעון הייתה נמוכה מוז שהובטחה באיגרות החוב המיועדות.

פנסיה גבוהה יותר מזה שיובטח בגין ההפרשות שיפריש בגיל מבוגר, שכן האחרונות תושקענה על ידי הקרן למשך תקופה קצרה יותר. בשל כך, בניגוד לקרנות הוותיקות, יכול עמית לצבור זכות ליותר מ־70 אחוז משכרו, אם כי האחוזים לא יתושוו משכרו האחרון או הממוצע, אלא בשיטת "המנות" שתפורט להלן.

בעד כל שנה של חברות בקרן חדשה שבה מפקיד החבר (ומעבידו) דמי גמולים הוא צובר זכות תיאורטית לסכום של פנסיה (המכונה "מנה"), וזאת על פי טבלת זכויות שבה מצוין אחוז הפנסיה הנצברת לפי גיל העובד. לדוגמא: נניח שמדובר בעובד בן 30. קרן הפנסיה זוקפת לזכותו בגין הפרשותיו בגיל זה 5.05 אחוזי פנסיה בעד שנת העבודה – אחוז גבוה יחסית – שכן הכסף יופקד בקרן וישיא תשואה על פני כ־30 שנה. אם התברר הרוויח 2,000 ש"ח לחודש, יש לזכותו 101 ש"ח פנסיה חודשית המובטחים לו כשהם צמודים למדד המחירים לצרכן. בשנה שלאחר מכן הוא כבר יקבל רק 4.82 אחוזים, ובהנחה שישתכר את אותו סכום, יהיו מופקדים עבורו רק 96.4 ש"ח. בבוא היום, עת יצא לפנסיה, יקבל מדי חודש את סך כל הסכומים שיצבור, היינו: לפי הדוגמא שלנו, בגין השנתיים הללו הוא יקבל כ־197 ש"ח צמודים למדד מדי חודש. אין כל קשר בין השנים השונות: אם, למשל, בגיל 35 הוא ירוויח 30,000 ש"ח, ובגיל זה יקבל רק 4.03 אחוזים, הרי שהוא הבטיח לעצמו, בגין אותה שנה, 1,209 ש"ח צמודים למדד⁵⁵. אולם, תשלום הקצבאות ייעשה בכפוף ליכולתה של הקרן לעמוד בהתחייבויותיה. קרן פנסיה חדשה חייבת להיות מאוזנת אקטוארית. אם התשואה שיניבו השקעות הקרן תהא נמוכה מהתשואה ששימשה בסיס לחישוב טבלת הזכויות הנ"ל, תופחתנה ההטבות המובטחות. דמי הגמולים שניתן לבטח בקרן פנסיה חדשה אינם 17.5 אחוז ממלוא שכרו של העובד כבקרן ותיקה, אלא מוגבלים ל־17.5 אחוז משכר שאינו עולה על פעמיים השכר הממוצע במשק. אם שכרו של העובד גבוה מפעמיים השכר הממוצע במשק, הוא לא יוכל לבטח את מלוא ההפרשה בתנאי קרן הפנסיה.

התנאים בקרנות הפנסיה הוותיקות והחדשות עשויים להשתנות במרוצת השנים. זהו חיסרון בהשוואה לביטוחי מנהלים ולקופות גמל בנקאיות וענפיות, המקנות חוזה ביטוח שלא ניתן לשנות את תנאיו.

4. קופות גמל (בנקאיות וענפיות) וקופות ביטוח (ביטוחי מנהלים)

קופות הגמל הן אפיקי חיסכון טהור, כאשר הסכומים שנצברו משולמים לחוסך (או לשאריו/מוטביו) בסכום חד־פעמי או במשיכות לשיעורין על חשבון הצבירה (אנונה). אין בהן כל מרכיב של ביטוח, אם כי לעתים יכול החוסך לרכוש ביטוח חיים מסוג ריסק⁵⁶

55 שיעורי הפנסיה שבדוגמא נלקחו מתקנונה של קרן מקפת. ההבדלים בנושא זה בין קרנות הפנסיה השונות הם קטנים מאוד.

56 חוזה ביטוח מסוג ריסק הוא חוזה המבטיח תשלום מסוים עם התרחשותו של אירוע מזכה, כאשר אם האירוע אינו מתקיים הפרמיה ששולמה אינה מוחזרת למבוטח. זהו ביטוח מפני סיכונים ללא מרכיב של חיסכון.

בסכום מוגדר וקצוב מראש, המשולם במקרה של מוות מוקדם כסכום חד פעמי. תוכניות ביטוח המנהלים הן גמישות יותר, שכן הן מאפשרות נוסף על החיסכון גם ביטוח בגין מוות מוקדם ונכות. על פי רוב, ביטוחי המנהלים מאפשרים הן קבלת סכום חד פעמי והן קצבה, אולם הכדאיות הכלכלית של הקצבה שתוכניות אלה מציעות היא קטנה משמעותית מזו הניתנת על ידי קרנות הפנסיה, ולכן מרבית המבוטחים בוחרים באופציה של קבלת סכום חד פעמי.

ג. אמצעי הסבסוד

ניתן לחלק את אמצעי הסבסוד לשלושה סוגים: הטבות מס, ערבות ממשלה למקרה של חדלות פירעון והבטחת תשואה (אג"ח "מיועדות").

1. הטבות מס⁵⁷

מקובל בעולם לסבסד את החיסכון הפנסיוני באמצעות הטבות מס⁵⁸. על פי בסיס מס הכנסה ייתכנו שלושה אירועי מס: הראשון, בעת הפקת ההכנסה שממנה מופרש סכום לחיסכון פנסיוני. אם מדובר בתשלום הנעשה על ידי מעביד לטובתו של עובד, הרי שזוהי הכנסת עבודה החייבת כעיקרון במס; אם מדובר בהפקדה על ידי עצמאי הרי שהוא מפקיד הכנסה החייבת כעיקרון במס. אירוע המס השני מתרחש בעת הפקת התשואה (ריבית, דיבידנד, רווח הון) על כספי הקרן. אירוע המס השלישי מתקיים בעת משיכת הכספים שנחסכו, לרבות התשואה שהופקה מהשקעתם. רוב המדינות נמנעות מלהטיל מס בשלב השני, היינו: אינן ממסות את התשואה המופקת על הכספים שהופרשו לקרן הפנסיה בעת הצטברותה⁵⁹. כמעט כל המדינות מטילות מס או בשלב הראשון או בשלב השלישי. מדינות שמטילות מס בשלב הראשון רואות בהפרשות המעביד לקרן פנסיה לטובת העובד משום שכר עבודה, וממסות את העובד בהתאם. בדומה, הפרשות של עובד או של עצמאי לקרן פנסיה לטובתו נעשות מתוך הכנסתו שלאחר מס (מתוך "הנטו"). מדינות אלה מתירות למבוטח למשוך, עם הגיעו לגיל פרישה, את כספי הפנסיה (לרוב בדרך של תשלומים עתיים) בלא שיוטל מס. מדינות שמטילות מס בשלב השלישי מתירות לנישום להוציא מבסיס הכנסתו החייבת במס את הכספים שהוא מפריש לקרן הפנסיה. כספים שמפריש המעביד לקרן פנסיה לטובתו של העובד אינם ממוסים כשכר

57 תיאור הטבות המס שיעשה להלן רחוק מלהיות ממצה, ונועד ליצור אך תחושה בלבד באשר למידת ההטבה.

58 ראו Michael J. Graetz, "The Troubled Marriage of Retirement Security and Tax Policies" 135 U. Pa. L. Rev. 851 (1987) העוסק בפן הרגסיבי של הטבות המס הניתנות לחיסכון הפנסיוני בארצות הברית.

59 חריגות לכלל זה הן יפן, שבדיה ואוסטרליה. ראו Davis, הערה 2 לעיל, בעמ' 82.

עבודה, והפרשות שעובד או עצמאי מפריש לקרן פנסיה מותרות לו בניכוי, היינו: החיסכון הפנסיוני נעשה ישירות מן "הברוטו". מנגד, בעת משיכת הכספים מקרן הפנסיה ישלם הגמלאי מס על מלוא הסכום (קרן ורווחים) על פי שיעור המס השולי שלו. ראוי לציין שיש בכך משום סבסוד נוסף, באשר שיעורי המס השולי שלאחר גיל הפרישה נמוכים על פי רוב מאלה שבשנות העבודה.

בישראל, כספים שמפריש מעביד לחיסכון פנסיוני לזכותו של העובד הם הכנסת עבודה. סעיף 2(2) לפקודת מס הכנסה (נוסח חדש), תשכ"א-1961⁶⁰ מוגדר באופן רחב ביותר, הכולל לא רק כל רווח או השתכרות מעבודה, אלא גם כל טובת הנאה או קצובה שניתנו לעובד ממעבידו. מובן מאליו שתשלומים לקרן פנסיה לזכותו של העובד הם לכל הפחות "טובת הנאה", היינו: מהווים הכנסת עבודה כהגדרתה בסעיף 2(2) לפקודה, החייבת במס בעת ההפרשה. הטבת המס הראשונה מתבטאת בכך שהכספים שמעביד מפריש עבור חיסכון פנסיוני לעובדו אינם ממוסים כהכנסת עבודה של העובד בעת ההפרשה⁶¹. המעביד מנכה מהכנסתו החייבת במס את סכומי ההפרשה, ממש כשם שהוא מנכה שכר עבודה, בכפוף לדרישה שביצע את ההפרשות בפועל אף אם הוא מדווח על בסיס מצטבר⁶². נוסף על כך, סכומים שמפריש העובד לחיסכון פנסיוני לטובתו מופרשים ישירות מהברוטו שלו, היינו: מופחתים מבסיס הכנסתו החייבת במס של העובד.

הכנסתו של עצמאי חייבת במס לפי סעיף 1(2) לפקודה, ובכל זאת עצמאי המפריש חלק מהכנסתו לחיסכון פנסיוני מקבל זיכוי לפי סעיף 45א וניכוי לפי סעיף 47, באופן שחלק מאותם סכומים מוצא מבסיס ההכנסה החייבת במס.

מכאן, שהטבת המס הראשונה, והמשמעותית ביותר, היא היכולת להפריש לחיסכון פנסיוני ישירות מן הברוטו, היינו: לקבל ניכוי מההכנסה החייבת בשל ההפרשה לחיסכון הפנסיוני. שווייה הכלכלי של הטבה זו זהה, כלכלית, לפטור ממס של התשואה על החיסכון⁶³.

60 להלן: "הפקודה".

61 בכפוף למגבלת תקרה הקבועה בסעיף 3(17) לפקודה, העוסק בהפרשה לקופת גמל לתגמולים, ובסעיף 3(3) לפקודה, העוסק בהפרשה לקופת גמל לקצבה.

62 סעיפים 17(5) ו-18 לפקודה.

63 אמחיש זאת בדוגמא הבאה: נניח שלנישום יש הכנסה של 1,000 ש"ח, והוא נמצא בשיעור מס שולי של 30 אחוז. הכנסתו לאחר מס היא 700 ש"ח, והכנסה זו היא מחליט לחסוך. נוסף ונניח שהתשואה על השקעתו היא 10 אחוזי ריבית לשנה. כעבור שנה תהיה לו 70 ש"ח הכנסת ריבית. על הכנסה זו ישלם 30 אחוז מס שהם 21 ש"ח, ולאחר מס תהא הכנסתו הכוללת: 700 + 49 שהם 749 ש"ח. נניח, עכשיו, שכדי לעודד חיסכון מחליטה הממשלה לפטור ריבית ממס. במקרה זה תהא הכנסתו הכוללת לאחר מס 770 ש"ח. אם לעומת זאת, תחליט הממשלה לעודד חיסכון שלא באמצעות פטור של התשואה ממס, אלא באמצעות מתן אפשרות לנישום לנכות כהוצאה סכומים שהשקיע בחיסכון, הרי כפי שידגם להלן התוצאה תהא זהה. במקרה זה משקיע הנישום את 1,000 הש"ח שהרוויח ומפיק תשואה של 100 ש"ח. בעת הפדיון הכנסתו תהא 1,100 ש"ח ועליה ישלם 30% מס שהם 330 ש"ח. 770-330-1100. משמע, ניכוי ההשקעה מהכנסה חייבת במס זהה למתן

הטבת המס השנייה היא פטור ממס של התשואה עצמה. כעיקרון, פירות החיסכון חייבים במס הכנסה; אולם כשמדובר בחיסכון באמצעות קופות גמל או ביטוחי מנהלים, המשלמים סכום חד-פעמי, סכום זה פטור ממס מכוח סעיפים 17(9) ו-18(9) לפקודה. כשמדובר בתשלום חודשי החל בגיל הפרישה, סעיף 9א לפקודה מוציא 35 אחוז מהסכום מבסיס ההכנסה החייבת במס, בכפוף לתקרת הכנסה.

מכאן, שהטבות המס מקנות יותר מאשר פטור מלא על פירות החיסכון. במקרה של תשלום חד-פעמי קיים פטור כפול – הן באי-חייב במס של הכספים המופרשים לחיסכון (אם כי במגבלות תקרת הכנסה), והן בעת משיכת הכספים הנ"ל בתוספת התשואה שהניבו. במקרה של חיסכון פנסיוני המקנה תשלום חודשי, קיים יותר מפטור מלא, אך פחות מפטור כפול – הן באי-חייב במס של הכספים המופרשים לחיסכון, והן פטור של 35 אחוז מההכנסה החייבת בעת משיכת הכספים הנ"ל בתוספת התשואה שהניבו, אם כי במגבלות תקרת הכנסה.

פטור ממס שווה כלכלית למתן מענק ישיר, היינו: תשלום העברה לנישום המקבל אותו. אין זה משנה מבחינת אוצר המדינה⁶⁴ או מבחינתו של הנישום אם הנישום ממוסה באופן מלא אך מקבל מענק ישיר בשיעור מסוים, או אם הוא מקבל פטור מתשלום מס בשיעור המענק הישיר⁶⁵.

2. ערבות ממשלה למקרה של חדלות פירעון

בסעיף ג' להחלטת הממשלה מיום 29.3.95 הנ"ל נקבע כי: "בכפוף לביצוע תכנית הבראה בקרן הפנסיה תהיה הממשלה אחראית למילוי התחייבויות קרן הפנסיה כלפי המבוטחים, אם הקרן לא תעמוד בהן". בבג"צ קניאל קבע בית המשפט כי אין להתחייבות הנ"ל תוקף משפטי מחייב⁶⁶. בפועל לא צומצמו ההטבות הניתנות לגמלאי הקרנות וגם לא ידוע על קיומה של כוונה לצמצם אותן. התפיסה לפיה הממשלה

פטור לפירות ההכנסה. להסבר ולהרחבה ראו יורם מרגליות, "ניכוי, פטור ודחיית מס: מס הכנסה מול מס צריכה" רואה החשבון מס(3) 279 (2000).

למעט השיקול של עלויות אדמיניסטרטיביות. 64

אמנם מבחינה כלכלית אין הבדל בין פטור ממס לבין תשלום העברה, אולם בהיבטים אחרים ניתן להצביע על הבדלים קיימים. ראו בעניין זה – Stanley S. Surrey, *Pathways to Tax Reform* (1973) *The Concept of Tax Expenditures*, שם החל בפיתוח תורתו הידועה לפיה יש להעדיף עידוד פעילות באמצעות מענקים ישירים, להבדיל מעידוד באמצעות מערכת המס, שכן הדברים הם זהים כלכלית אך שונים מבחינת יכולת הפיקוח על מידת התמריץ. ראו גם Stanley S. Surrey & Paul R. McDaniel, *Tax Expenditures* (1985); וכן איל שנהב, "הטבות מס (Tax Expenditures) במערכת המס בישראל – היבטים משפטיים, היבטים כלכליים וקווים לרפורמה" מיסים יב(2) (1998) א/1.

בג"צ 1961/95, הערה 16 לעיל, בסעיף 20 לפסקה הדין. 66

ערבה כלכלית וציבורית (להבדיל ממשפטית) להתחייבויות הקרנות הוותיקות טרם השתנתה⁶⁷.

הממשלה אינה ערבה לכיסוי התחייבויות מסלולי הביטחון הפנסיוני האחרים. בהחלטת הממשלה מיום 29.3.95 הבטיחה הממשלה לתת לקרנות הפנסיה החדשות "רשת ביטחון" להשקעת 30 אחוז מדמי הגמולים⁶⁸ כנגד סיכוני תשואה באיגרות חוב ממשלתיות, למקרה שאיגרות החוב יניבו תשואה נמוכה משלושה אחוזים בשנה, וכן למקרה של עלייה בלתי צפויה בתוחלת החיים. הממשלה חזרה בה מהתחייבות זו⁶⁹.

קרנות הפנסיה הוותיקות שרויות בגירעון, ומעולם לא הופנתה כלפיהן דרישה להפחית את זכויות עמיתיהן. לעומתן, הקרנות החדשות מחויבות לשמור על איזון אקטוארי הנבדק אחת לשנה. אם נמצא כי קיים גירעון, חייבת הקרן לכסות אותו מתוך כספי עתודה אקטוארית שאליה היא מפרישה באופן שוטף⁷⁰. אם לא די בכספי העתודה, חייבת הקרן להפחית את זכויות העמיתים. בדומה, גם קופות ביטוח (ביטוחי מנהלים) וקופות גמל בנקאיות אינן נהנות מערבות ממשלה.

3. הבטחת תשואה – אג"ח "מיועדות"

קרנות הפנסיה נהנות מהיכולת להשקיע את דמי הגמולים המופרשים אליהן באיגרות חוב ממשלתיות המקנות תשואה גבוהה מובטחת. איגרות חוב אלה מכונות אג"ח מיועדות. בעבר, האפשרות להשקיע באיגרות חוב מיועדות הייתה פתוחה בפני כל קופות הגמל. בתהליך הדרגתי שהחל בשנת 1986 הופסקה הנפקתן של איגרות חוב מיועדות לקופות הגמל, למעט לקרנות הפנסיה. פוליסות ותיקות (עד שנת 1992) של ביטוחי חיים ממשיכות לקבל אגרות חוב מיועדות.

בעקבות החלטת הממשלה מיום 29.3.95 קיימת הבחנה בין קרנות פנסיה ותיקות לחדשות. קרנות הפנסיה הוותיקות נהנות מהיכולת להשקיע לפחות 93 אחוז (היינו: גם 100 אחוז) מדמי הגמולים באיגרות חוב מיועדות מסוג "מירון", המבטיחות תשואה של חמישה וחצי אחוזים בשנה. לעומת זאת, הקרנות החדשות נהנות מיכולת (וחובה) להשקיע רק 70 אחוז מדמי הגמולים שלהן באיגרות חוב מיועדות מסוג "ערד", המבטיחות תשואה של 4.8 אחוזים בשנה בלבד.

ההפרש שבין תשואת השוק לבין התשואה המובטחת על ידי הממשלה לקרנות הפנסיה באמצעות איגרות החוב המיועדות⁷¹ ממומן בכספי משלם המסים. לדעתי, חשוב לשים לב

67 כך השתמע מדברי נציגי משרד האוצר בכנס בנושא פנסיה, הערה 44 לעיל.

68 הפקדות העמיתים בקרנות.

69 החלטת ממשלה מס' 2485 מיום 13.8.97.

70 במונח "גירעון" הכוונה היא לפער שלילי בין הערך הנוכחי של ההיקף הכספי של התחייבויות הקרן (הקיימות והעתידיות לגבי העמיתים הקיימים) לבין הערך הנוכחי של היקף הנכסים בקרן (כולל הערך הנוכחי של הפרשותיה הצפויות), האמורים לממן התחייבויות אלו.

71 ריבית הטווח הארוך היא כשלושה וחצי עד ארבעה אחוזים. הריבית האפקטיבית על איגרת חוב

לכך שבהנחה שהממשלה תעמוד בהתחייבותה לערוב להתחייבויות הקרנות הוותיקות, הרי שאין בסבסוד התשואה על השקעות הקרנות הוותיקות משום סבסוד נוסף. הממשלה ממילא ערבה לגירעון הקרנות, וסבסוד התשואה בסך הכל מקטין את גירעון הקרנות הוותיקות ועל כן מקטין את תבות הממשלה כערבה להתחייבויות הקרנות. עמיתי הקרנות אינם הנהנים מסבסוד התשואה, שכן מבחינתם אין בכך כדי להעלות או להוריד דבר. הם ממילא נהנים מערבות הממשלה להתחייבויות הקרנות כלפיהם, ואין זה משנה מבחינתם כיצד תעשה זאת הממשלה. דרך אחת של הממשלה היא לתת לקרנות הוותיקות תשואה גבוהה (מסובסדת) על איגרות חוב ממשלתיות, ובכך להקטין את גירעון הקרנות באופן שוטף. דרך אפשרית אחרת היא לא לתת להן תשואה מסובסדת, אלא להזרים את הכסף ישירות לקרנות בבוא היום, אם תעמודנה הקרנות על סף חדלות פירעון.

שונים הדברים ביחס לסבסוד הניתן לתשואת הקרנות החדשות, שכן כאמור, הקרנות החדשות חייבות לשמור על איוון אקטוארי הנבדק מדי שנה. התשלומים שהקרן החדשה מבטיחה לעמיתה מותנים בכך שהשקעת כספי הקרן תפיק תשואה גבוהה דיה לממנם. מסיבה זו נהנים עמיתי הקרנות החדשות באופן ישיר מסבסוד התשואה המופקת מהשקעת כספי הקרן באיגרות חוב מיועדות.

ד. הפער ברמות הסבסוד – בעיית האפליה

תנאי הביטוח בקרנות הפנסיה החדשות הם נחותים משמעותית ביחס לתנאי הקרנות הוותיקות⁷². בין ההבדלים ניתן למצוא את האפשרות לרכוש זכויות פנסיה בהפקדה חד-פעמית, את האפשרות למשוך כספים מן הקרן שלא בדרך של קיצבה חודשית ללא קנס; את העדר מגבלה על תקרת השכר המבוטח על ידי הקרן, את רציפות הזכויות⁷³, את עיתוי התשלומים, את תנאי הפרישה המוקדמת ועוד. נוסף על כך, הפנסיה התקציבית והפנסיה המוצעת על ידי קרנות הפנסיה הוותיקות מקנות הצמדה לשכר הממוצע במשק, בעוד שקרנות הפנסיה החדשות פועלות בשיטת ה"מנות" שתוארה לעיל, ולכן מקנות הצמדה למדד המחירים לצרכן בלבד. השכר הממוצע במשק עלה ריאלי, בממוצע על פני השנים בכשניים-שלושה אחוזים בשנה, היינו: שניים-שלושה אחוזים יותר מהמדד. תשואה של שני אחוזים בשנה על פני עשרות שנים, בריבית

מיועדת הניתנת לקרן פנסיה חדשה היא גבוהה מחמישה אחוזים, ומכאן שסבסוד הריבית נע בין אחוז לאחוז וחצי על הקרן בטווח הארוך. סבסוד הריבית הניתן לקרן ותיקה הוא יותר משני אחוזים על הקרן בטווח הארוך. ראו ספיבק, הערה 13 לעיל, בעמ' 26, הערה 30.

72 בבג"צ 7691/95 שגיא נ' ממשלת ישראל, פ"ד נב(5) 577 (להלן: "בג"צ שגיא") קבע השופט זמיר כי: "תנאים אלה גרועים במידה ניכרת מן התנאים החלים על עמיתים ותיקים של קרנות הפנסיה".

73 רציפות זכויות היא מעבר ללא אובדן זכויות בין קרן ותיקה אחת לשנייה או לפנסיה תקציבית, אם מעבר שכזה מתחייב משינוי מקום העבודה.

דריבית, תביא ליחס של כ"2:1 בין סכום הפנסיה שיעמוד לרשותו של חבר בקרן חדשה לעומת זה שיעמוד לרשותו של חבר בקרן ותיקה. אולם, ההנחה בדבר עלייה ריאלית של שניים-שלושה אחוזים אינה סבירה לטווח ארוך. היא גם אינה מדויקת אם בוחנים את העשור האחרון. סביר יותר להניח עלייה ריאלית של השכר הממוצע במשק באחוז אחד בשנה, שזהו גם הממוצע בעולם המערבי. תשואה של אחוז אחד בשנה בריבית דריבית מעבר למדד מקנה אף היא יתרון ניכר מאוד, של עשרות אחוזים, לתחרי הקרנות הוותיקות ומבוטחי הפנסיה התקציבית לעומת חברי קרנות הפנסיה החדשות.⁷⁴

כמו כן, חברי הפנסיה התקציבית ועמיתי קרנות הפנסיה הוותיקות, שהפנסיה שלהם מתושבת על פי שיטות השכר האחרון, נהנים מכך שהמשכורת בשנים האחרונות היא בדרך כלל גבוהה באופן משמעותי ממשכורתם בשנים הראשונות של העבודה. לעומתם, הפרשות של חברי קרן פנסיה חדשה מתושבות על בסיס כל המשכורות, ומכיוון שהאחוזים הגבוהים ביותר ניתנים בשנים הראשונות, הרי שעיקר הזכאות מבוטסת על הפרשות ממשכורות השנים הראשונות, שהן בדרך כלל נמוכות יותר מאשר משכורות השנים האחרונות.

להטבות המשופרות הניתנות במסגרת ההסדרים הוותיקים יש כמובן עלות. הקרן היא הנושאת בעלות, וכאמור, הקרנות הוותיקות היו בגירעון אקטוארי עוד לפני סגירתן בפני מצטרפים חדשים. מכיוון שהממשלה התחייבה לערוב להתחייבויות של הקרנות הוותיקות כלפי עמיתיהן, הרי שהממשלה היא שנושאת בעלות הגירעון. הגירעון מבטא את ההפרש בין עלות ההטבות הניתנות לעמיתי הקרנות החדשות לבין ההטבות הניתנות לעמיתי הקרנות הוותיקות. זאת, מהטעם שהקרנות החדשות חייבות לשמור על איזון אקטוארי. מכאן שהממשלה היא שמממנת את ההפרש ברמת ההטבות בין הקרנות הוותיקות לחדשות. מימון זה משמעותו סבסוד הניתן אך ורק לעמיתי הקרנות הוותיקות. התנאים הניתנים לעמיתי הקרנות הוותיקות דומים במהותם לתנאי הפנסיה התקציבית שאף בעלותה נושאת הממשלה, ולכן ניתן לסכם ולומר שהוותיקים מקבלים סבסוד ממשלתי שאינו ניתן לחדשים.

דרך נוספת להציג את הפער בין הסבסוד הניתן לוותיקים לבין הסבסוד הניתן לחדשים היא באמצעות ההבחנה הידועה בין שיטות פנסיה המבוססות על הטבות מובטחות (Defined Benefits) לבין שיטות פנסיה המבוססות על הפרשות קבועות (Defined Contributions).⁷⁵

בפנסיה לפי עיקרון DB מובטחות לעמית זכויות בעת פרישה, המיועדות להבטיח לו

74 לוח הזכויות של המטבח בקרן פנסיה חדשה מוכה באתרי צבירה ההולכים ופוחתים עם העלייה בגיל. לדוגמא: לוח הזכויות של קרן "מקפת" מוכה צעיר בן 20 ב"27.8 אחוזי צבירה, בעוד שאדם בן 30 מוכה ב"5.05 אחוזי צבירה, ואדם בן 50 מוכה רק ב"2.04 אחוזי צבירה. הדבר מעניק יתרון משמעותי למי שהחלו להפריש לביטחון פנסיוני בגיל צעיר מאוד, עד כדי עדיפות על פני ההסדר הקבוע בקרן הפנסיה הוותיקה, שבה הוגבל סך כל הכויות שניתן לצבור ל-70 אחוז מהמשכורת הקבועת. יתרון זה קיים רק לגבי מי שמצטרף לקרן בתחילת שנות ה-20 לחייו.

75 להגדרת המושגים באופן מרחיב, ראו פלג, הערה 54 לעיל.

במשך שנות פרישתו מן העבודה רמת חיים דומה⁷⁶ לזו שממנה נהנה במשך שנות עבודתו. העמית יודע מראש מהן הזכויות שיקבל, ואין זה מעניינו מה התשואה שהפיקה קרן הפנסיה על דמי הגמולים שהופרשו אליה לטובתו מדי חודש במשך שנות עבודתו. ההטבות, כעיקרון, מובטחות לו. לעומת זאת, בפנסיה לפי עיקרון DC, לא מובטחות לעמית ההטבות שיקבל עם הפרישה. הפרשות העמית לקרן הפנסיה במהלך שנות העבודה קבועות וידועות מראש, אולם ההטבות שהוא יקבל לאחר פרישתו תלויות בתשואה שתשיג הקרן עבור השקעת דמי הגמולים שהפריש אליה במשך שנות עבודתו. פנסיה תקציבית מבוססת מעצם הגדרתה על שיטת ההטבות המובטחות (DB), שכן אין כלל הפרשות והתשלומים נעשים ישירות מתקציב המדינה. הפנסיה הצוברת, הן בקרנות הוותיקות והן בקרנות החדשות, מבוססת על שיטת ההטבות המובטחות (DB)⁷⁷, אולם מנגנון האיוון האקטוארי הקיים בקרנות החדשות הופך את הקרן למבוססת על עיקרון של הפרשות מוגדרות (DC). זאת, מכיוון שהעמיתים חשופים לסיכונים תשואה השוק. זו אינה קרן מסוג הפרשות מוגדרות (DC) טהורה, שכן אין לכל עמית "חשבון חיסכון" משל עצמו, אלא זכויות העמיתים משתנות לפי מצבה האקטוארי של הקרן ולכן יש מרכיב של ביטוח הדדי (סבסוד צולב) שאינו מצוי בתכניות DC טהורות⁷⁸. סבסוד הוא שימוש בכספי המדינה השקול, כלכלית, למתן מענק כספי לנהנים ממנו⁷⁹. הענקת רמות סבסוד שונות שקולה למתן מענק לאחד ושליטתו מהאחר בשיעור ההפרש שבין רמות הסבסוד השונות⁸⁰. תקציב הממשלה משמש אותה בפעילויות השונות, שהן מימון רכישתם של מוצרים ושירותים ציבוריים, תיקון כשלי שוק, חלוקה מחדש של העושר בחברה על פי קריטריונים של רווחה, והכוונת התנהגות⁸¹. במסגרת פעילותה ייתכנו מצבים שבהם יקבלו תושבים מסוימים מענקים בדרך ישירה או בדרך של סבסוד, אולם הדבר חייב להיעשות לתכלית ראויה – קידום אחת הפעילויות שנזכרו לעיל. אם לא כן, יש בכך משום נטילה כפויה מכלל התושבים לשם העברה לחלקם. הפרש ההטבות בין דור א' לדור ב' לא נועד לתקן כשל שוק בתחום הביטוח הפנסיוני או להשיג יעד מדיניות ראוי אחר, אלא נובע אך ורק מהערכה שונה של רמת ההטבות

- 76 על פי שיעור יחס התחלופה שנקבע כיחס הראוי.
- 77 למעט האפשרות להקים "קרן תשואה" שהיא DC בהגדרתה, אולם קרן הזכויות היא הדומיננטית. ראו ספיבק, הערה 13 לעיל, בעמ' 15.
- 78 ראו בעניין זה ספיבק, הערה 13 לעיל, בעמ' 16, שם גם נאמר כי הקרנות החדשות על פי "התורה שבעל פה של משרד האוצר" מבוססות על עיקרון ההפרשות המוגדרות (DC).
- 79 ששיעורו זהה מבחינתו של מקבל הסבסוד למלוא עלות הסבסוד אם מדובר במוצר או בשירות שממילא היה צורך אותו, או קטן יותר, אם היה צורך אותו בכמות פחותה אילו נדרש לשלם עבורו.
- 80 אם נניח, לדוגמא, שא' וב' הם שני תושבים, וכי א' מקבל מהמדינה סבסוד בשיעור 100 ש"ח בעוד שב' מקבל מהמדינה סבסוד בשיעור 150 ש"ח, הרי שלצורכי בחינת קיומה של אפליה דומה הדבר למתן 50 ש"ח לב'.
- 81 Richard Abel Musgrave, *The Theory of Public Finance* (1959); יורם מרגליות, "בחינת המלצות ועדת בן-בסס בראי מדיניות מסים (tax policy)" מיסים יד(3) א/56-57 (2000).

שהחברה יכולה לממן – הערכה שהשתנתה עם השנים. החברה סברה בזמנו כי תוכל לעמוד במימון הטבות ברמה מסוימת, ומאוחר יותר הגיעה למסקנה כי לא תוכל לעמוד ברמה כה גבוהה של סבסוד. בשנת 1995 נקבעה רמה חדשה, נמוכה יותר, של הטבות. לדעתי, יש להעניק רמה זו של סבסוד לכלל המבוטחים, ולא להמשיך ולתת רמה גבוהה יותר של סבסוד דווקא לאלה שנהנו ממנו כל השנים, ולהגדיל בכך עוד יותר את הפער בינם לבין כל האחרים.

בבג"ץ 1703/92 ק.א.ל. קווי אוויר למטען נ' ראש הממשלה⁸² קבע הנשיא ברק כי:

במתן הסובסידיה חייבת הממשלה לפעול בגדרי הדין. עליה להימנע משרירות או חוסר סבירות. עליה לפעול בהגינות. עליה לחלק הסובסידיה על-פי עקרון השוויון. אמת, אין למקבל סובסידיה זכות לקבלה. אך יש למקבל סובסידיה זכות להקצאה שוויונית של הסובסידיות. בכוחה של הממשלה, על-פי מדיניותה, להפסיק את הסובסידיות. אך משהחליטה להמשיך בהן כלפי פלוני, היא חייבת – מכוח עקרון השוויון – להעניקן גם לאלמוני, עד כמה שפלוני ואלמוני שווים בתכונות שהן רלבנטיות למתן הסובסידיה⁸³.

מכאן, שבאין הצדקה להבחנה מהותית בין דור א' לדור ב', חייבת הממשלה להשוות את רמות הסבסוד הניתן להם.

נוסף על אי-הצדק הכרוך באי-השוויון בין תנאי תוכניות הפנסיה השונות, כאשר מימון נעשה בכספי משלם המסים – היינו: בכספי כלל צבור הפנסיונרים בהווה או בעתיד בעוד שרק חלק מציבור זה נהנה מרמת הסבסוד הגבוהה – קיימים גם שיקולי יעילות המצדיקים חלוקה שוויונית של ההטבות. כך, למשל, יגרום העיוות, בסופו של דבר, למתח במקומות עבודה בין עובדי דור א' לעובדי דור ב'. כיום, ייצוגם של החדשים בוועדי העובדים הוא עדיין יחסית קטן, אולם עם השנים יעברו אליהם מוקדי הכוח. סביר להניח כי הם יעשו שימוש בכוחם כדי להיטיב את מצבם על חשבון עובדי דור א', מתוך תחושה נכונה כי קופתו בהסדר הפנסיוני. הדבר מועד ליצור מתחים מיותרים בשוק העבודה ופגיעה בפרייון.

מאתר שמשקולים תקציביים לא ניתן להשיג את היעד של סבסוד אחיד לכלל המבוטחים, באמצעות העלאת רמת הסבסוד הניתנת לדור ב' והתאמתה לרמת הסבסוד הניתנת לדור א', יש להפחית את רמת הסבסוד הניתנת לדור א' ולהגדיל בהתאם את רמת סבסוד הפנסיה הניתנת לדור ב', באופן שרמת הסבסוד שממנה ייהנו כלל המבוטחים תהא שווה⁸⁴.

82 בבג"ץ 1703/92 ק.א.ל. קווי אוויר למטען נ' ראש הממשלה, פ"ד נב(4) 193, 227.

83 ראו גם השופט אור בבג"ץ 1992/92 חברת נווה שוסטר בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מו(3) 675, 680.

84 ההנחה כי לא ניתן לפתור את אי-השוויון על ידי העלאת רמת הסבסוד הניתנת לדור ב' והתאמתה לרמה הניתנת לדור א' מושתתת על כך שהמניע העיקרי לרפורמה בשנת 1995, ויצירתו של דור ב', היה הרצון לצמצם את היקף הסבסוד בשל קיומו המאיים של הגירעון האקסוארי.

ה. תחולה בזמן

סגירתן של קרנות הפנסיה הצוברת בפני מצטרפים חדשים החל בשנת 1995 והפנייתם לקרנות פנסיה צוברת חדשות, ותהליך חיסולה ההדרגתי של הפנסיה התקציבית בדרך של שלילתה מעובדי מדינה חדשים והפנייתם לקרנות הפנסיה הצוברת החדשות, מחילה את הרפורמה בתחום הפנסיה באופן פרוספקטיבי. כאמור, כלל תחולה זה יוצר אפליה בין דור א' לדור ב', והצעתי היא לפתור את בעיית האפליה מכאן ואילך, על ידי קביעת כלל מעבר רטרופקטיבי. לצורך פיתוח הדיון בפתרון המוצע ראוי להבהיר תחילה את מושגי התחולה בזמן.

קיימים ארבעה מצבים אפשריים, והם: רטרואקטיביות, רטרופקטיביות, אקטיביות ופרוספקטיביות. לדעתי, ההבחנה הקשה ביותר והרלבנטית לסוגיה שנדונה במאמר זה היא בין תחולה רטרופקטיבית לתחולה אקטיבית. מטעם זה אתחיל דווקא בתיאור התחולות הקיצוניות.

1. רטרואקטיביות

הביטוי הלשוני "למפרע" אינו מבחין בין רטרואקטיביות לרטרופקטיביות⁸⁵. בביטוי "תחולה למפרע" נכללות הן התחולה הרטרואקטיבית והן התחולה הרטרופקטיבית. חוק⁸⁶ רטרואקטיבי הוא חוק הפועל אחורה בזמן, ומשנה למפרע את הדין ששרר לפני חקיקתו: "כאשר מוחק היום חוק רטרואקטיבי הוא משנה בכך – מנקודת המבט של היום – את החוק כפי שהיה בעבר"⁸⁷. דוגמא לחוק רטרואקטיבי הוא חוק פלילי הקובע עבירה חדשה – נגית, הטרדה מינית – ומחיל את עצמו על מעשי הטרדה מינית שאירעו לפני חקיקתו.

כיון שאנו עוסקים במקרה שבו שינוי של החוק משנה את ערכו של נכס – זכויות פנסיה – אשתמש כדוגמא באיגרת חוב, בהיותה נכס שקל, יחסית, לקבוע את ערכו⁸⁸. נגית, לכן, כי מעשה חקיקה משנה את הריבית הנצברת בגין השקעה באיגרת חוב, ומוחל רטרואקטיבית גם על הריבית בתקופה שלפני חקיקת החוק. לשם המחשה נגית כי ביום 1.1.96 רכש אדם איגרת חוב של חברת C Corp תמורת 100 ש"ח. על פי תנאי איגרת החוב הוא אמור לקבל 146.41 ש"ח ביום 31.12.99, היינו: 4 שנים לאחר מכן. מכאן

85 אהרן ברק, פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה 623 (1992).

86 בביטוי "חוק" כוונתי לכל מעשה חקיקה, לרבות חוק יסוד, חוק רגיל, תקנה, הנחיה מינהלית וכיו"ב.

87 הערה 85 לעיל.

88 בדוגמא זו אשתמש גם בהמשך, וכך ניתן יהיה לאמוד את השינויים החלים בערך הנכס בעת שינוי כלל תחולת החוק.

שהריבית השנתית על איגרת החוב היא 10%⁸⁹. נניח שביום 1.1.99 נחקק חוק הקובע כי הריבית על איגרות חוב מהסוג בו השקיע תהא חמישה אחוזים בלבד, וחוק זה מוחל רטרואקטיבית גם על הריבית שנצברה בגין איגרת החוב במשך השנים 1996–1998. במקרה זה, עם פדיון האג"ח תשלם C Corp סך של 121.55 ש"ח בלבד. וליישום בענייננו: חוק המשנה את זכותם של עמיתים בקרן פנסיה להטבות יהא רטרואקטיבי אם הוא יחול גם לגבי זכויות שכבר "נצברו לזכותם" מכוח הפרשות שהפרישו בעבר. כך, למשל, החלת החוק גם על מי שכבר יצא לגמלאות תהא החלה רטרואקטיבית על מלוא זכויותיו שנצברו⁹⁰.

2. פרוספקטיביות

תחולה פרוספקטיבית היא מצב שבו החוק מוחל רק על פעולות או מצבים שיתקיימו בעתיד. לדוגמא, חוק פלילי הקובע עבירה חדשה. אם החוק יחול רק על עבירה שהתרחשה לאחר שנכנס לתוקף, הרי שהוא פרוספקטיבי. בדוגמא העוסקת בשינוי הריבית על איגרת החוב של C Corp, תחולה פרוספקטיבית של החוק תהא החלתו רק על איגרות חוב שנרכשו לאחר שנכנס לתוקפו.

וליישום בענייננו: חוק המשנה את זכותם להטבות של עמיתים בקרן פנסיה יהא פרוספקטיבי אם יחול רק על מי שהפך לעמית בקרן פנסיה לאחר שהחוק נכנס לתוקף. כאמור לעיל, במציאות הישראלית, המעבר מפנסיה תקציבית לפנסיה צוברת, והמעבר מפנסיה צוברת בקרנות ותיקות לפנסיה צוברת בקרנות חדשות, נעשו באופן פרוספקטיבי. הדין החדש הוחל אך ורק על עובדים חדשים.

3. רטרואקטיביות ואקטיביות

חוק רטרואקטיבי פועל לעתיד בלבד, אך הוא משנה לגבי העתיד את המעמד המשפטי, את התכונות המשפטיות ואת התוצאות לא רק של פעולות שייעשו בעתיד, אלא גם את אלה של פעולות שנעשו בעבר. בביטוי "פעולה" הכוונה היא למעשה או למחדל, וזאת להבדיל מסטטוס. לדוגמא, "אם החוק הישן דורש שני עדים לשכלול צוואה, בעוד שהחוק החדש מסתפק בעד אחד, הרי שהפעלת החוק החדש על 'צוואה' שנעשתה בעבר בפני עד אחד, ושלא נשתכללה משום שהמצווה נפטרה לפני כניסת החוק החדש לתוקפו, תהווה הפעלה רטרואקטיבית של הדין החדש"⁹¹; "חוק חדש בענייני חוזים המשנה את

89 הערך העתידי של השקעה של 100 ש"ח לארבע שנים, בתשואה של עשרה אחוזים בשנה, הוא 146.41 ש"ח. התחשיבים שיופיעו בהמשך מבוססים על חישובי ערך עתידי.

90 ראו דיון בהגדרת הזכויות של עמיתים בקרן פנסיה בהערה 102 להלן.

91 הערה 85 לעיל, בעמ' 631.

הזכויות של הצדדים לחוזה הוא רטרופקטיבי אם הוא מוחל על חוזים שנכרתו לפני תחילת תוקפו⁹².

תחולה אקטיבית היא החלת החוק על מצב (סטטוס) קיים. לדוגמא, חוק הקובע כי אלמנות זכאיות להטבות מסוימות. חוק זה אינו רטרופקטיבי אף שהוא חל גם על מי שנתאלמנה לפני כניסת החוק לתוקפו, שכן הפעולה שהפכה אותה לאלמנה הסתיימה בעבר, ובעת שנכנס החוק לתוקפו היא כבר היתה בסטטוס של אלמנה. הבעייתיות בהבחנה בין רטרופקטיביות לבין אקטיביות מתעוררת בהקשרם של חוקים המשנים את ערכו של נכס. בהלכת ארביב⁹³ נקבע כי:

חוק המטיל מס על כל מי שהוא בעל זכות בעלות ביום חקיקתו, אינו חוק בעל תחולה רטרופקטיבית, ואינו חוק בעל תחולה פרוספקטיבית. הוא חוק בעל תחולה אקטיבית. הוא תופס ברשתו כל מי שמקיים את דרישות החוק ביום חקיקתו. יטען הטוען: החוק הוא רטרופקטיבי, כי הוא משנה את התוצאות המשפטיות של רכישת הבעלות (פעולה) בעבר... התשובה האינטואיטיבית על טיעון זה הינה, כי אם שינוי זה בחוק ייחשב לרטרופקטיבי, כי אז כל חוק וחוק הינו רטרופקטיבי⁹⁴.

אולם, בבחינה מהותית כלכלית לא ניתן לדבר על תחולה אקטיבית לחוק המשנה את ערכו של נכס. כך, למשל, בדוגמא של שינוי הריבית הנצברת על איגרת החוב של C Corp, שינוי הריבית הנצברת על האג"ח מיום כניסת החוק לתוקפו הוא בעל תחולה כלכלית רטרופקטיבית, ולא ניתן להציגו כאקטיבי. על פי הדוגמא, הריבית בשנת 1999 תהא חמישה אחוזים, ומחזיק איגרת החוב יקבל בסוף התקופה 139.76 ש"ח. חשיבות הדוגמא נעוצה בהמחשתה את העובדה שעל אף ששינוי החוק הוחל רק מיום החקיקה ואילך, היה בו כדי לשנות את ערך הנכס שכאמור נרכש שנים קודם לכן. זאת, משום שערך של נכס משקף את תורמים התקבולים הצפויים ממנו במשך השנים. מאחר שהתקבולים מהאיגרת פחתו, גם ערכה פחת. ביום כניסת החוק לתוקפו ירד ערכה של איגרת החוב, שכן התשואה שהיא הבטיחה לשנה האחרונה ירדה מעשרה אחוזים לחמישה אחוזים. ערך האיגרת רגע לפני כניסת החוק החדש לתוקף, ביום 1.1.99, בהנחה שריבית השוק על איגרת חוב מסוג זה היא חמישה אחוזים, הייתה 139.44 ש"ח⁹⁵. כתוצאה מכניסת החוק לתוקף ירד ערך הנכס ל-133.10 ש"ח בלבד⁹⁶, והתשואה על הנכס על

92 שם, בעמ' 633.

93 ע"א 1613/91 ארביב נ' מ"י, פ"ד מו(2) 765, 778.

94 ואכן זוהי בדיוק טענתו של פרופ' Graetz, שאינו מכיר בקטגוריה של תחולה אקטיבית ומשתמש בטענה הנ"ל כדי לבסס את טענתו כי יש להחיל חוקים באופן רטרופקטיבי. ראו Michael J. Graetz, "Legal Transitions: The Case of Retroactivity in Income Tax Revision" 126 U. Pa. L. Rev. (1977) 47, at 49 n. 12.

95 ערך נוכחי של השקעה לשנה, בריבית של חמישה אחוזים, המקנה 146.41, הוא 139.44.

96 הערך הנוכחי של השקעה לשנה נוספת בדיוק בריבית השוק נשמר קבוע.

פני תקופת ארבע השנים ירדה מעשרה אחוזים בשנה, ל-8.73% בשנה בלבד⁹⁷. מכאן, שעל אף העובדה שהריבית הופחתה רק מיום חקיקת החוק החדש, הרי שלחוק החדש הייתה תחולה למפרע לגבי החלטת ההשקעה שקיבל המשקיע ביום 1.1.96. אם נניח כי ביום 1.1.96 יכול היה המשקיע לבחור בין שתי איגרות חוב לפדיון כעבור ארבע שנים, האחת של C Corp שהקנתה עשרה אחוזים ריבית שנתית, והשנייה של B Corp שהקנתה רק תשעה אחוזים, הרי שבהנחה שהחוק החדש לא שינה את הריבית על איגרת חוב של B Corp, הפכה החלטתו של המשקיע להעדיף את איגרת החוב של C Corp לשגויה למפרע: אם היה בוחר להשקיע באיגרת החוב של B Corp הייתה התשואה השנתית שלו על פני כל תקופת ארבע השנים גבוהה יותר.

במלים אחרות: בין מנפיק איגרת החוב (הלווה) לבין רוכש איגרת החוב (המלווה) השתכלל, ביום 1.1.96, חוזה הלוואה. על פי תנאי חוזה זה, ניתנה ההלוואה בריבית שנתית של עשרה אחוזים. שינוי הריבית, ולו גם רק מכאן ואילך, משנה למפרע את תנאי החוזה, שכאמור נשתכלל בעבר. זהו שינוי רטרופקטיבי. אולם, לאותה תוצאה ממש נגיע גם אם לא יהיה מדובר בשינוי חוזי, אלא במס שיפחית את הריבית לאחר-מס שקיבל המחזיק באיגרת החוב. במקרה זה, לשיטתו של הנשיא ברק, יהא מדובר במעשה חקיקה אקטיבי, אך כפי שראינו, מבחינה כלכלית יש לו תחולה למפרע.

וליישום בענייננו: חוק המשנה את זכותם של עמיתים בקרן פנסיה להטבות יהא רטרופקטיבי אם הוא ישנה את זכויות העמיתים רק ביחס להטבות שטרם הפרישו דמי גמולים בגינם. היינו: החוק יאפשר להם ליהנות מההטבות שנצברו לזכותם עד ליום כניסת החוק לתוקף, אולם באשר לזכויות שייצברו מיום כניסת החוק לתוקף ואילך יחול הדין החדש. לשיטתו של הנשיא ברק, הפחתת רמת הסבסוד הניתנת לעמיתים תיחשב לשינוי אקטיבי, שכן הדבר שקול מהותית להטלת מס. פרשנות זו מתיישבת גם עם פסק הדין בבג"צ שגיא, שם נקבע כי לשינוי תנאי איגרות החוב המיועדות שקרן הפנסיה רשאית לרכוש אין תחולה למפרע⁹⁸.

ניתן לפתור את בעיית אי-ההיגיון הכלכלי שבקביעה כי הטלת מס או ביטול סובסידיה בהקשרו של נכס קיים אינה חלה למפרע, בדרך הבאה: העיסוק בתחולה בזמן אינו אלא עיסוק בפרשנות תכליתית⁹⁹. אנו מבקשים לדעת אם יש לחוק תחולה למפרע אך ורק כדי להחיל לגביו את החוקה נגד תחולה למפרע. אם לחוק יש תחולה למפרע, אך לא מתקיים לגביו הרציונל העומד בבסיס החוקה כנגד התחולה למפרע, הרי שבמקום לסווג את החוק כבעל תחולה ראויה למפרע, אנו מסווגים אותו כבעל תחולה אקטיבית:

97 139.76 ש"ח ערך עתירי, על השקעה של 100 ש"ח לארבע שנים, נקבע על פי ריבית שנתית של 8.73 אחוזים.

98 הערה 72 לעיל, בעמ' 606.

99 ראו ברק, הערה 58 לעיל, בעמ' 627-630.

אם החוק בא להטיל סנקציה (או להעניק טובת הנאה) על הפעולה שנעשתה בעבר ואשר הביאה ליצירת המצב, כי אז יש להתייחס אל הפעולה ולא אל המצב... חזקת אי הרטרופקטיביות אינה חלה מקום שתכלית החקיקה היא להסדיר מצב קיים ונמשך, גם אם בכך עשויה להיות השפעה עקיפה על התרחשותן של פעולות שנעשו בעבר¹⁰⁰.

מהאמור עולה כי מכיוון ששינוי רמת הסבסוד לא נועד להטיל סנקציה או לשנות את הפעולה שנעשתה בעבר, אלא להסדיר מצב קיים ונמשך, אין תחולה לחוקה נגד תחולה למפרע. השינוי הוא רטרופקטיבי, אולם לצורכי בדיקת תחולתה של החוקה כנגד תחולה למפרע הוא נחשב כאקטיבי. זאת, מכיוון שאנו בוחנים את הדברים מזווית ראייה המתמקדת אך ורק ברציונל של החוקה נגד תחולה רטרופקטיבית. הפחתת רמת הסבסוד לא תהפוך את פעולת רכישת הביטוח הפנסיוני למוטעית, שכן רמה גבוהה של סבסוד לחיסכון הפנסיוני תישמר גם לאחר המעבר להסדר פנסיוני שוויוני ואחיד. הפחתת הסבסוד מיועדת לשנות את תוצאות הבעלות (סטטוס) של בעל נכס (הסדר פנסיוני) מופלה לטובה לעומת בעלי נכסים (הסדרים פנסיוניים) דומים. הפחתת הסבסוד לא תבטל את היתרון שיש למי שיש לו הסדר פנסיוני על פני מי שאין לו הסדר שכזה. מתן היתרון אינו בגדר הפליה, שכן ההסדר הפנסיוני האחיד יהא פתוח בפני כולם.

לסיכום: הפחתת רמת הסבסוד מכאן ואילך משנה את ערכו של הנכס ועל כן יש לה תחולה רטרופקטיבית. אולם, לא מתקיים לגביה הרציונל שבבסיס החוקה כנגד תחולה למפרע, ולכן לצורכי שלילת התקיימותה של החוקה הנ"ל לא תיחשב הפחתת הסבסוד לרטרופקטיבית, אלא לאקטיבית.

ו. קווים כלליים לפתרונה של בעיית האפליה

כאמור, לצורך השגת היעד של מתן סבסוד שווה לכלל המבוטחים יש צורך להפחית מרמת הסבסוד הניתנת כיום לדור א', ולממן בכך את העלאת רמת הסבסוד שתינתן לדור ב', באופן שממועד השינוי ואילך ייהנו כולם מרמת סבסוד שווה. בבג"צ שגיא¹⁰¹ נדונו טענות עותרים שנהנו מתנאי פנסיה צוברת ותיקה, שהחלטת הממשלה מיום 29.3.95 שללה אותם. בשל הרמיון בין המקרה שנדון בפסק הדין לבין הפעולה שאני מציע לעשות כחלק מפתרון בעיית האפליה, אציג תחילה את בג"צ שגיא ואעשה בו שימוש לצורך הצגת כמה מהמכשולים שיעמדו בדרכם של הממשלה או המחוקק בבואם ליישם את הפתרון המוצע. לאחר מכן אתייחס ביתר הרחבה למכשולים השונים.

100 שם.

101 הערה 72 לעיל.

1. בג"צ שגיא

בפסק דין זה עסק בית המשפט בשאלת זכויותיהם של כמה עשרות אלפי אנשים שהצטרפו לקרנות הפנסיה הוותיקות בתקופה שבין 1.1.95 לבין 1.4.95.¹⁰² בעקבות החלטת הממשלה מיום 29.3.95 קבע הממונה על שוק ההון הוראות לניהול ולהקמה של קרנות פנסיה חדשות, שבהן נקבע כי אלה שהצטרפו לקרנות הפנסיה ברבע הראשון של שנת 1995, קרי: בשלושת החודשים שקדמו להחלטת הממשלה, יועברו לקרנות הפנסיה החדשות. הוראת הממונה עמדה למבחן בג"ץ בהתחשב בחוק ההגנה על השקעות הציבור בישראל בנכסים פיננסיים, התשמ"ד-1984 (להלן: "חוק ההגנה") ובחוקות נגד תחולה למפרע ונגד פגיעה בזכויות מוקנות ובציפיות לגיטימיות.

בית המשפט הבחין בין שני "סוגי תנאים" המקנים עדיפות לחברי קרנות ותיקות על פני חברי קרנות חדשות¹⁰³, והם: (1) "תנאי תוכנית הפנסיה", הכוללים, כמפורט בסעיף 17 לפסק הדין, תנאים כגון העדר תקרת שכר לצבירת זכויות פנסיה¹⁰⁴; ו-(2) "תנאי איגרות החוב" שהם, כפי שפורט בסעיף 17 לפסק הדין, התנאים המשנים את שיעור הריבית של האיגרות¹⁰⁵ ואת היקף ההשקעה באיגרות אלה¹⁰⁶.

לגבי "תנאי תוכנית הפנסיה" קבע בית המשפט כי לא ניתן לשנותם למפרע. בית המשפט צדק כשקבע כי יש כאן תחולה למפרע, אך לא דייק בכך שלא ציין מפורשות כי מדובר בתחולה שחלקה רטרואקטיבית וחלקה רטרופקטיבית. מדובר כאן בתחולה

102 לא במקרה בחרתי בביטוי "זכויות". כך ראה זאת גם בית המשפט, בבג"צ שגיא, הערה 72 לעיל, בעמ' 596-597. אין הדבר עומד בסתירה להלכה לפיה זכות העובד לפנסיה משתכללת ומשתנה במשך תקופת עבודתו ומתגבשת לפי המצב המשפטי רק ביום העילה לתשלום הפנסיה. ראו לעניין הלכה זו דב"ע תש"ן/60-3 ברקן ואח' ג' קרן הגמלאות המרכזית של עובדי ההסתדרות, פד"ע כב 258, 265, 268; דב"ע מד/4-6 פוזמנטיר ג' מבטחים מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים בע"מ, פד"ע סז 249, 252; ח' הרדוף, זכויות עובדים בקופות גמל (1997) 81-83. זאת, מכיוון שיש לעובד זכויות על פי חוזה בינו לבין קרן הפנסיה והן "תנאי התוכנית". הזכות העיקרית היא לקבל הטבות כפי שייקבעו על פי תקנון הקרן בעת התרחשות האירוע המזכה. מכיוון ששינוי התקנון יכול שייעשה רק בתום לב, אין מדובר בזכויות ערסילאיות. ראו גם דב"ע ל"ס/3-44 החברה הדדומית לשיווק ג' דגאל קרופניק, פד"ע יא 94, שם נקבע כי ארגון עובדים אינו יכול לחתום על הסכם קיבוצי השולל למפרע זכות עובדים לקבל תוספות יוקר בגין עבודה שבוצעה במשך 18 שנה עובר לחתימה על ההסכם הקיבוצי. בית הדין קבע כי: "מהרגע שפלוני ביצע עבודה מסוימת, כנגד תמורה - שכר עבודה - כמוסכם לאותה עת, קמה לו זכות קניינית לתמורה... אין מדובר יותר ב'תנאי עבודה', אלא בזכות קניינית שאין לארגון עובדים שליטה עליה, יותר משהוא שולט על כל זכות קניינית אחרת אשר לעובד, או על רכוש" (שם, בעמ' 100).

103 בג"צ שגיא, הערה 72 לעיל, בעמ' 595-596.

104 לפי תנאי הקרנות החדשות השכר המבוסס מוגבל לפעמיים השכר הממוצע במסק.

105 4.8 אחוזים לשנה באיגרות החדשות, מסוג "ערד", לעומת 5.5 אחוזים לשנה באיגרות הישנות.

106 70 אחוז מסכום הצבירה באיגרות החדשות לעומת 93 אחוז או יותר מסכום הצבירה באיגרות הישנות.

רטרואקטיבית לגבי שלושת החודשים הראשונים של שנת 1995 ורטרוספקטיבית לגבי התקופה שמ"1.4.95 ואילך – שכן תנאי הפנסיה הם חוזה. כפי שכתב הנשיא ברק בספרו¹⁰⁷:

הביטחון, הוודאות והיציבות המשפטית ייפגעו אם יחולו דינים חדשים על חוזה שנכרת על פי הדין הקודם. הציפיות הסבירות של הצדדים ייפגעו. על כן חוק חדש בענייני חוזים המשנה את הזכויות של הצדדים לחוזה הוא רטרואקטיבי אם הוא מוחל על חוזים שנכרתו לפני תחילת החוק.

לעומת זאת, בדונו בתנאי איגרות החוב, קבע בית המשפט כי:

קרנות הפנסיה חויבו, בעקבות החלטת הממשלה מיום 29.3.95, לרכוש איגרות חוב חדשות עבור עמיתים חדשים רק מיום 1.4.95. החלטת הממשלה אינה פוגעת באיגרות החוב הישנות שנרכשו עבור עמיתים חדשים עד אותו יום. משמע, הפגם של תחולה למפרע, המשמש עילה לבטל את התחולה למפרע של תנאי התכנית, לא דבק בתנאי האיגרות¹⁰⁸.

בית המשפט קבע כי לא ניתן לבטל סבסוד ממשלתי באופן רטרואקטיבי, אולם ניתן לבטלו מכאן ואילך. החזקה כנגד תחולה למפרע כוללת גם תחולה רטרואקטיבית. מכך משתמע כי בית המשפט בחר לכווץ את שינוי תנאי איגרות החוב, בהקשרה של החזקה כנגד תחולה למפרע, כשינוי בעל תחולה אקטיבית.

בית המשפט קבע כי שינוי תנאי איגרות החוב אינו מעורר בעיה מסוג פגיעה בזכויות מוקנות ובציפיות לגיטימיות¹⁰⁹, שכן ראה באיגרות החוב המיועדות משום סבסוד הניתן לעמיתים. לפיכך נקבע:

הרבית הגבוהה הנלווית לאיגרות החוב המיועדות היא בגדר סובסידיה ממשלתית. סובסידיה ממשלתית תלויה במדיניות ממשלתית. המדיניות, בעניין זה כמו בעניינים אחרים, נתונה לשינויים מעת לעת. השינויים צפויים ומותרים. אין לאיש זכות קנויה שהמדיניות, לרבות מדיניות בדבר סובסידיות, תימשך כפי שהיתה. ראו, לדוגמה, בג"ץ 198/82 מוניץ נ' בנק ישראל, פ"ד לו(3) 466; בג"ץ 4806/94 ד.ש.א. איכות הסביבה בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד נב(2) 193, 200–201. לפיכך היתה בידי הממשלה סמכות להחליט כי הסבסוד של קרנות פנסיה או עמיתים

107 ברק, הערה 85 לעיל, בעמ' 633.

108 בג"צ שגיא, הערה 72 לעיל, בעמ' 606.

109 ראו בג"צ 1715/97 לשכת מנהלי השקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367; ע"א 1613/91 ארביב נ' מ"י, פ"ד מז(2) 765 (להלן: "הלבנת ארביב").

בקרנות אלה ייפסק או יצומצם מיום ההחלטה, בהתאם לשיקולי מדיניות, ועצם ההחלטה אינה פוגעת בזכות של הקרנות או של העמיתים¹¹⁰.

הטענות בדבר פגיעה בזכויות מוקנות או בציפיות לגיטימיות עשויות לעמוד בנפרד מהטענה בדבר רטרופקטיביות מעשה החקיקה, אולם אין מקום להעלותן כאשר מדובר בביטול סובסידיה ממשלתית, שכן "אין לאיש זכות קנויה שהמדיניות, לרבות מדיניות בדבר סובסידיות, תימשך כפי שהיתה".

פסק הדין קבע כי "חוק ההגנה" מחייב חקיקה ראשית לצורך פגיעה למפרע בתנאי תוכנית הפנסיה. אולם, בפסק הדין לא מוסבר כיצד עמדה ההחלטה להפסיק להנפיק איגרות חוב מיועדות מסוג "מירון" לעמיתים שהצטרפו לקרנות הפנסיה אחרי 1.1.95 בהוראות חוק ההגנה.

2. חוק ההגנה

חוק ההגנה קובע כי הממשלה לא תפקיע השקעות ציבור ולא תשנה לרעה את התנאים שנקבעו להן בעת יצירתן¹¹¹. בהגדרת "השקעות ציבור" נכללות זכויות עמית בקופת גמל. קיימות שתי חוות דעת של היועץ המשפטי לממשלה המנתחות את משמעות החוק.

בחוות הדעת מיום 31.8.94 בחן היועץ המשפטי לממשלה דאז, מיכאל בן-יאיר, את היחס בין חוק ההגנה לבין מיסוי מוצע של שוק ההון. חוות הדעת מושתתת על הנחה שלפיה חוק ההגנה מגביל את יכולתה של הכנסת לחוקק חוק הפוגע בהשקעות הציבור ודורש כי חוק שכזה יתקבל ברוב מיוחד. היועץ המשפטי לממשלה ציין כי קיימת מחלוקת מלומדים בשאלת יכולתה של הכנסת להגביל את עצמה בחוק רגיל, וסבר כי מטעמי זהירות יש להעדיף את הגישה שלפיה יש לתת נפקות להוראת הנוקשות בסעיף 3 לחוק ההגנה. מכאן, שלפי חוות דעת זו, כדי לפגוע בהשקעות הציבור יש ראשית לשנות את הוראות חוק ההגנה בחקיקה שתתקבל ברוב מיוחד.

בחוות דעת מיום 27.4.2000 שב היועץ המשפטי לחוות את דעתו לגבי פירוש חוק ההגנה בהקשרה של חקיקת מס. בחוות דעת זו, שנכתבה על ידי המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, יהושע שופמן, ננקטה עמדה שונה ביחס לפרשנות סעיף הנוקשות (סעיף 3) שבחוק ההגנה. על פי עמדה חדשה זו, סעיף הנוקשות אינו מגביל את כוחה של הכנסת לחוקק ברוב רגיל חוקים הפוגעים בהשקעות הציבור. סעיף הנוקשות נועד למנוע את היכולת לשנות את חוק ההגנה עצמו ברוב רגיל, אולם ההוראה האופרטיבית שבסעיף 2 לחוק ההגנה אוסרת על הממשלה, ולא על הכנסת, לפגוע בהשקעות הציבור: הממשלה מנועה מלפגוע בהשקעות הציבור באמצעות חקיקת משנה, הוראות מנהליות או מכוח

110 בג"צ שגיא, הערה 72 לעיל, בעמ' 607.

111 "תנאים" כוללים: סכום הפירעון או הפדיון, שיעור הריבית ומועד תשלומה, בסיס ההצמדה ושיעורה ושיעור המס החל.

סמכותה הכללית לפי כללי המשפט המינהלי. חוות הדעת אף הסתמכה על בג"צ שגיא כפסק הדין היחיד שבו נדונה הטענה כי הופרו הוראות חוק ההגנה. כאמור לעיל, בית המשפט קבע בבג"צ שגיא כי "היה ראוי לעגן בחוק את הרפורמה עצמה, ומכל מקום את התחולה למפרע של תנאי התכנית"¹¹², אולם לא ציין כי קיימת חובה שחקיקה זו תתקבל בכנסת ברוב מיוחס.

כמו בחוות הדעת הקודמת, כך גם בחוות הדעת המאוחרת נמנע היועץ המשפטי לממשלה מהכרעה בשאלה האם הכנסת יכולה להגביל עצמה בחוק רגיל, והניח מטעמי זהירות כי סעיף 3 לחוק ההגנה הוא תקף.

מתהליך הביטול ההדרגתי של הנפקת איגרות חוב מיועדות, שהחל כבר בשנת 1986, ניתן ללמוד כי על פי פרשנות מקובלת של חוק ההגנה על השקעות הציבור ניתן להפחית את הסבסוד הניתן לקרנות הפנסיה. פרשנות מילולית הייתה מאפשרת בנקל גם תוצאה אחרת; אולם פרשנות תכליתית המתחשבת לא רק בחיזוק אמונו של הציבור במכשירי חיסכון אלא גם ביכולתה של הממשלה לשנות מדיניות שנמצאה מכבידה על כלכלת המדינה, מונעת את תחולת החוק בענייננו. בדברי ההסבר להצעת החוק נכתב:

מטרת החוק המוצע להעניק הגנה נוספת ומיוחדת לנכסים הפיננסיים של הציבור בישראל. באמצעות הגנה זו יוגבר אמונו הציבור במכשירי החיסכון וינתן עידוד להמשיך ולהחזיק בהשקעות הקיימות וליצור חסכונות חדשים ... לפי המצב המשפטי הקיים רשאי הממשלה מפעם לפעם לקבוע תנאים להשקעות, בהתאם למדיניותה הכלכלית, אולם אין לשנות לרעה באופן רטרואקטיבי תנאים שנקבעו להשקעות אלא בדרך של חקיקה...¹¹³

בסעיף 3.5, בעמוד 18 לחוות דעת היועץ המשפטי משנת 1994, נקבע כי הטלת מס רווח הון בעת מכירתה של איגרת חוב שהייתה קיימת עובר לחקיקת חוק המיסוי, אסורה על פי הוראות חוק ההגנה. לפי חוות הדעת, חוק ההגנה מתיר הטלת מס רק על רווח הון שמומש בעת מכירתה של איגרת חוב שהונפקה לאחר חוק המס החדש. מכאן, שלפי חוות הדעת, חוק ההגנה אוסר פגיעה רטרואקטיבית בהשקעות הציבור.

בג"צ שגיא סותר בנקודה זו את חוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה, שכן לא נקבע בו כי חוק ההגנה אוסר על שינוי תנאים באיגרות החוב מכאן ואילך, ביחס לעותרים שרכשו את זכויותיהם הפנסיוניות עובר להחלטת הממשלה.

חוות דעתו של היועץ המשפטי משנת 2000 אינה עוסקת בהיקף תחולתו של חוק ההגנה על השקעות הציבור, אלא קובעת כי אם הממשלה תרצה לעגן רפורמה במיסוי השקעות ציבור בחקיקת משנה מכוח חוק קיים ולא בחקיקה ראשית, יהיה מקום לדון בכל עניין לגופו על פי הוראות חוק ההגנה.

112 בג"צ שגיא, הערה 72 לעיל, בעמ' 600.

113 הצעת החוק להגנה על השקעות הציבור בישראל בנכסים פיננסיים, תשמ"ד-1984, ה"ח 287.

לסיכום נקודה זו ייאמר, כי אם הפחתת רמת הסבסוד הניתנת לדור א' תיעשה בדרך של שינוי תנאי התוכנית, ולא בדרך של שינוי תנאי איגרות החוב המיועדות (תוך כדי התנערות הממשלה מהבטחתה לערוב להתחייבויות הקרנות), יהא כנראה צורך לקבוע את השינוי בחקיקה ראשית. על פי חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה משנת 2000, אין צורך כי החקיקה תתקבל ברוב מיוחס.

3. ההבחנה בין תנאי הפנסיה לבין סבסוד הפנסיה

כפי שראינו בפרק ד' לעיל, עת בחנו את מהות הסבסוד, "תנאי תוכנית הפנסיה" ו"תנאי איגרות החוב" ניצבים בשני אגפים מנוגדים של אותה משוואה. התנאים המשופרים של תוכנית הפנסיה לעמיתים הוותיקים ממומנים באמצעות התנאים המשופרים של איגרות החוב, ומתוך הסתמכות (חסרת תוקף משפטי) על ערבות הממשלה.

אין משמעות להכרעתו של בית המשפט בבג"צ שגיא, לפיה הקרנות לא תורשינה לרכוש איגרות חוב ישנות עבור העותרים. זאת, משום שתנאי הפנסיה של העותרים אינם מותנים בתשואה שהקרן מפיקה משהשקעת דמי הגמולים. העותרים בבג"צ שגיא ייהנו בדיוק מאותם תנאי פנסיה שמהם היו נהנים אילולא החלטת הממשלה. ההכרעה מושתתת על התפיסה המוטעית לפיה עמית בקרן פנסיה ותיקה נהנה מתנאי פנסיה משופרים וכן מריבית גבוהה על איגרות החוב המיועדות. למעשה, שני הדברים אינם מצטברים, והריבית הגבוהה היא שמממנת את תנאי הפנסיה המשופרים.

מהאמור עולה כי ההבחנה בין "תנאי תוכנית הפנסיה" לבין "תנאי איגרות החוב" היא מלאכותית. בשני המקרים מדובר באותו דבר בדיוק – בהפרש שבין רמות הסבסוד של דור א' ושל דור ב'. בביטוי "תנאי תוכנית הפנסיה" לא מדובר בכלל תנאי תוכנית הפנסיה, אלא רק באותן הטבות שנשללו מהעותרים כתוצאה מהעברתם מקרן פנסיה ותיקה לחדשה. בביטוי "תנאי איגרות החוב" אין מדובר בסך כל התשואה על איגרות החוב מסוג ערד, אלא רק בהפרש התשואה שבינן לבין איגרות חוב מסוג מירון.

מכאן, שגם כאשר מדובר ב"תנאי תוכנית הפנסיה" – ולא רק כשמדובר ב"תנאי איגרות החוב" – מדובר בסובסידיה ממשלתית, ולכן ניתן לשנותם מכאן ואילך מבלי שתתעורר שאלת תחולתן של חוקות כנגד פגיעה בזכויות מוקנות או ציפיות לגיטימיות. כאמור, כפי שקבע בית המשפט, אין לאיש זכות קנויה להמשך קיומה של סובסידיה ממשלתית, ושינויים בהיקפה הם צפויים ומותרים.

ניתן לתמוך מסקנה זו גם בכך שניתן להגיע לאותה תוצאה – ואף לחמורות ממנה בהרבה מבחינתם של העמיתים בקרנות הפנסיה הוותיקות – אף מבלי שהממשלה תשנה את תנאי תוכנית הפנסיה. אם הממשלה תפסיק להנפיק לקרנות איגרות חוב מיועדות (שבית המשפט סיווגן בצדק כ"סובסידיה") ותחזור בה מנכונותה, שהיא כאמור חסרת תוקף משפטי, לערוב להתחייבויות הקרנות הוותיקות כלפי מבוסחיהן – די בכך לגרום למנהלי הקרנות הוותיקות, כמנהלים סבירים, לפעול להקטנה משמעותית של הטבות הפנסיה המוצעת. אם לא כן, ייווצר מצב בלתי סביר בעליל של ודאות כי המגיעים לגיל

פרישה בעוד מספר מסוים של שנים לא יקבלו פנסיה כלל וכלל. יצוין, כי קרנות הפנסיה מוסמכות לשנות את תקנון באופן חד-צדדי: בית הדין הארצי לעבודה קבע כי העמית המבוטח הסכים לכך בעצם הצטרפותו לקרן, וכי גמלתו של העמית תחושב על פי הוראות התקנון שבתוקף ביום הפרישה ולא זה שהיה בתוקף ביום ההצטרפות לקרן¹¹⁴. לסיכום נקודה זו ייאמר, כי השוואת תנאי תוכניות הפנסיה, המתבטאת בשינוי מכאן ואילך של תנאי תוכניות הפנסיה של דור א', באופן המפתית את רמת הסבסוד אך שומר עדיין על תוכנית פנסיה ברמה ראויה ושווה לכל, מהווה שינוי של מדיניות הסובסידיה הממשלתית, וככזה אינו מאפשר קבלתן של טענות בדבר פגיעה בזכויות מוקנות וציפיות לגיטימיות¹¹⁵.

ז. בחינת הביסוס העיוני להיתר שנתן הדין לביטול סובסידיה

סובסידיות ניתנות לעתים קרובות באמצעות מערכת המס. מטעם זה, קיימת כתיבה אקדמית לא מעטה בנושא בו עסקינן, בתחום דיני המס. הכתיבה עוסקת, בדרך כלל, בניתוח מעשה חקיקה המבטל הטבת מס. מכיוון שכך, אציג את הגישות כעוסקות במקרה של ביטול הטבת מס. אולם, חשוב לשים לב שהדברים נכונים גם למקרים שבהם ההטבה אינה הטבת מס אלא סובסידיה, וכן למקרים שבהם ההטבה אינה מתבטלת אלא נחקקת. הפסיקה מבחינה בין חקיקה מרעה לחקיקה מיטיבה, ומפעילה את התזקה כנגד תחולה למפרע רק במקרים של חקיקה מרעה. יש בכך טעם רב בתחום הפלילי, שכן אם נורמה ציבורית השתנתה יש מקום להקל בעונשו של אדם שעבר את העבירה קודם לשינוי הנורמה, ונשפט לאחר שהנורמה השתנתה באופן מקל; אולם אין לעשות כן במקרים שבהם מדובר במעשי חקיקה המעלים את ערכו של נכס. מתן הטבה כלכלית לאחד, בין אם בדרך של מענק ובין אם בדרך של פטור מלא או חלקי ממס, משמעה הכבדה על כל האחרים. ההכבדה באה לידי ביטוי בדרך של הקטנת תשלומי ההעברה או השירותים והמוצרים הציבוריים הגיתנים לאחרים, או בדרך של הכבדת נטל המס בו הם חייבים. הספרות שאלה אתייחס כורכת יחדיו את נושאי הרטרואקטיביות, הפגיעה בזכויות מוקנות, בציפיות לגיטימיות ובאינטרס ההסתמכות, שהרי הרציונל העומד בבסיס כולם דומה.

אחלק את הכתיבה לשלוש גישות: ישנה, חדשה, ופוסט-חדשה¹¹⁶.

- 114 דב"ע תש"ן/60-3 ברקן ג' קרן הגמלאות המרכזית של עובדי ההסתדרות, פד"ע כב 258, 265, 268.
- 115 בג"צ שגיא, הערה 72 לעיל, בעמ' 606-607.
- 116 החלוקה לגישה ישנה ולגישה חדשה מופיעה במאמרים עצמם. למקור החלוקה בין הגישה הישנה לגישה החדשה ראו, "The Case for Retroactive Taxation", 22 J. Leg. Stud. Saul Levmore, (1993) 265.

1. הנחות היסוד של שלוש הגישות

(א) הגישה הישנה (the old view)

עד לשנת 1977 משלה בכיפה גישה המכונה כיום "הגישה הישנה". לפי גישה זו, כאשר מבוטלת הטבת מס יש לבודד מהשינוי, באמצעות כללי סבאות (grandfathering rules), את בעלי הנכסים שערכם מושפע מביטול ההטבה¹¹⁷. הדבר נתפס כהוגן, שכן הנישום הסתמך על הטבת המס בעת שבחר להשקיע בנכס המסוים, וכיעיל, שכן ביטול את הסיכון של ביטול ההטבה, ובכך חסך עלויות של ביטוח מפני סיכון שכזה. לדוגמא: המעבר מפנסיה תקציבית לפנסיה צוברת יוחל רק על עובדי מדינה חדשים.

(ב) הגישה החדשה (the new view)

בשנת 1977 נופץ הקונצנזוס ששרר באקדמיה בדבר נכונותם של כללי סבאות. במאמרים של Graetz מהשנים 1977 ו-1985¹¹⁸, ושל Kaplow משנת 1986¹¹⁹, הועלתה הטענה כי יש לבצע שינויים בלא שתוענק כל הגנה לנפגעים מן השינוי. עמדתם של השניים, שהתקבלה, בזמנו, על דעת מרבית הקהילה האקדמית, מכונה כיום "הגישה החדשה". לפי גישה זו, על פי רוב אין מקום לאמץ כללי מעבר המבודדים מפני שינוי החוק. זאת, מכיוון שהסיכון שבשינוי החוק לרעה אינו שונה מכל סיכון עסקי אחר, ולכן אין זה מוצדק להגן על המשקיעים דוקא מפני סיכון זה. כמו כן, לפי גישה זו הדבר גם אינו יעיל, שכן כלל סבאות הופך את הממשלה למבטחת של הצדדים מפני סיכון זה, והממשלה אינה בהכרח המבטח היעיל ביותר.

(ג) הגישה "הפוסט-חדשה" (the post-new view)

בשנים האחרונות התפתחה גישה חדשה, המכונה "הגישה הפוסט-חדשה". קשה יותר לייחס אותה למלומדים ספציפיים, אולם היא הולכת ומתגבשת כחלק מכתיבה החושפת חולשות בטיעוני הגישה החדשה¹²⁰. הגישה הפוסט-חדשה מורכבת בעיקרה מניתוח

117 היינו: חקיקה פרוספקטיבית.

118 Michael J. Graetz, "Legal Transitions: The Case of Retroactivity in Income Tax Revision", 126 U. Pa. L. Rev. 47 (1977); Michal J. Graetz, "Retroactivity Revisited" 98 Harv. L. Rev. 1820 (1985).

119 Louis Kaplow, "An Economic Analysis of Legal Transitions" 99 Harv. L. Rev. 509 (1986).

120 J. Mark Ramseyer & Minoru Nakazato, "Tax Transitions and the Protection Racket: A Reply to Professors Graetz and Kaplow" 75 Va. L. Rev. 1155 (1989). כותבים אלה תוקפים את הגישה החדשה מכיוון ה-CLS. לגישתם, יש לקיים כללי מעבר מלאים כדי להקטין את יכולתן של קבוצות אינטרס להשיג הישגים לטובת קבוצת האינטרס הממוקד באמצעות שינויי חוק הפוגעים בציבור הרחב אך מבחר. כללי המעבר אמורים להגן על הציבור הרחב מפני פגיעה

ביקורתי של טענות הגישה החדשה. התוצאה היא מעין סינתזה בין הגישה הישנה לגישה החדשה, שמשמעה הוא שכל מקרה יידון לגופו. הדברים דומים מאוד לגישת הפרשנות התכליתית. אין מקום לכללים נוקשים, אלא בעת בחינתה של הוראת חוק מסוימת, יש לפרשה או לקבוע לה תחולה באופן שיגשים את תכליתה.

ריבוי הגישות נובע מכך שההכרעה בנושא היא קשה בשל הצורך לבחור בין שני עקרונות חשובים: יציבות החוק מחד גיסא, והצורך בשינוי חיובי ובהתחדשות מאידך גיסא. כמו כן, שיקולים פוליטיים הם חלק בלתי נפרד מהמאטריה. כך, למשל, יש מקום רב יותר לכללי מעבר מגוננים כאשר מדובר בשינוי הנוגע רק לחלק מתושבי המדינה, בעוד שכאשר מדובר בשינוי רב היקף, הנוגע לרוב התושבים, קטנה ההצדקה לשימוש בכללי סבאות. זאת, מכיוון שכשמדובר בפגיעה בקבוצה קטנה, ייתכן שכוחה הפוליטי אינו מאפשר התנגדות. לעומת זאת, כאשר מדובר בשינוי רחב היקף, יש להניח כי הוא אכן משמש ביטוי לשינוי מדיניות הנתפס בעיני רוב תושבי המדינה כראוי.

2. סקירת הטענות המרכזיים לתמיכת כל אחת משלוש הגישות

(א) טענת הגינות

הגישה הישנה

האנשים כלכלו צעדיהם והשקעותיהם בהסתמך על המצב החוקי הקיים, ושינוי בלתי צפוי הוא מעין הפרת הבטחה מצד המחוקק. באמצעות הסובסידיה ביקש המחוקק לעודד התנהגות מסוימת, ולכן ביטולה למפרע, באופן הפוגע באלה שכיוונו התנהגותם בהתאם לתמריץ שהבטיח המחוקק, מבלי להעניק להם את שהובטח, מהווה מעשה לא הגון מצד המחוקק¹²¹.

לדעת מרבית הכותבים, הטענה בדבר פגיעה באינטרס הסתמכות נחלשת משמעותית אם שינוי החקיקה או המדיניות בא לאחר הודעה מוקדמת דיה. מטעם זה מוצדקת חקיקה

שכזו. ראו גם Kyle D. Logue, "Tax Transitions, Opportunistic Retroactivity, and the Benefits of Government Precommitment" 94 *Mich. L. Rev.* 1129 (1996). כותב זה טוען כי כללי מעבר הם ראויים כאשר מדובר בביטול הסבה שהיוותה תמריץ שנתנה הממשלה לצורך הכוונה התנהגות הפרטים. זאת, מכיוון שביטול ללא כלל סבאות יגרום לכך שבעתיד, עת תשאף הממשלה לכוון התנהגות באמצעות תמריצים, היא תיאלץ לתת תמריצים גדולים יותר כדי להשיג את אותה רמת הכוונה. במלים אחרות: ביטול ההסבה בלא כלל סבאות יגרום לפרמיית ביטול (default premium), שעלותה בערך נוכחי גדולה יותר מעלות כלל המעבר. כמו כן ראו Daniel Shaviro, *When Rules Change: An Economic and Political Analysis of Transition Relief and Retroactivity* (Chicago, 2000).

121 ראו Harold M. Hochman, "Rule Change and Transitional Equity," in *Redistribution Through Public Choice* (Harold M. Hochman & George E. Peterson, eds., 1974) 320; Note, "Setting Effective Dates for Tax Legislation: A Rule of Prospectivity" 84 *Harv. L. Rev.* 436 (1970).

רטוראקטיבית לתקופה קצרה אם היא באה למנוע ניצול על ידי אופורטוניסטים המנסים ליהנות מהסובסידיה ברגע האחרון לפני ביטולה (under the wire investment). היינו: אפילו על פי הגישה הישנה מקובל שאין צורך להגן על משקיעים מסוג זה מפני תחולה רטוראקטיבית של החוק החדש. זאת משני טעמים: הטעם הראשון הוא שבעת שביצעו את השקעתם לא יכלו להסתמך על המשכיות הסובסידיה, ואילו הטעם השני והעיקרי הוא שערך הנכס שרכשו כבר ביטא את הסיכון שהטבת המס תבוטל, ולכן אם נבודד את אותם אנשים מפני השינוי באמצעות כלל מעבר, ניתן להם פיצוי שאינו מגיע להם.

טענה הקשורה בטענת ההגינות היא הרצון להבטיח יחס שווה לכל הפרטים במדינה. שוויון נבטל המס משמעו הטלת נטל מס שווה על אנשים שיכולתם לשלם את המס היא שווה¹²². סיבה מרכזית לדרישה זו היא החשש שהמדינה, המונעת על ידי אינטרסים של חלק מהפרטים בה, תנצל את כוחה להטיל מס כבד יותר על חלק או על כל שאר הפרטים. כשם שהדבר נכון בצד המס, כך הוא נכון גם בצד הסבסוד¹²³. כאמור, הקלה לאחד משמעה הכבדה על כל האחרים. תקציב המדינה הוא סגור, וסבסודו של האחד נעשה בהכרח על חשבונם של כל האחרים. באותה מידה בדיוק שלילת סבסוד מהאחד מהווה הטבת מצבם של כל האחרים.

בהעדר מידע ספציפי בדבר כשל שוק אנו מניחים כי השוק הוא משוכלל. בשוק משוכלל ערכי הנכסים משקפים את הסובסידיות הגלומות בהם, ובענייננו – השכר נמוך יותר מכיוון שהפנסיה מסובסדת. אם אמנם כך הוא המצב, הרי שבעת ביטול סובסידיה ראוי להעניק הגנה מלאה לכל מי שנפגע מכך, כדי לקיים שוויון אופקי.

ננית, לדוגמא, שיש אפשרות להשקיע בתוכנית חיסכון פטורה ממס ולקבל תשואה ריאלית של חמישה אחוזים, או להשקיע באיגרת חוב ברמת סיכון זהה המניבה תשואה חייבת במס של עשרה אחוזים, בשיעור המס השולי הגבוה ביותר שהוא 50 אחוז. מבחינה כלכלית שתי האפשרויות זהות, שכן התשואה לאחר מס היא שקובעת, ושוק תוכניות החיסכון מתאים את עצמו לנמצאים במדרגת המס הגבוהה ביותר¹²⁴. במקרה שכזה, ביטול הפטור יביא לאי־שוויון אופקי, שכן התשואה לאחר מס למי שהשקיע בתוכנית החיסכון

Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* V: 350 122
(Reprint, 1976); John Stuart Mill, *Principles of Political Economy* 804 (William Ashley
.ed., 1909)

Martin S. Feldstein, *On the Theory of Tax Reform* (1976) 94-98 123

124 בוצע היות מלא. אמנם התשואה שמפיקים הנישומים הנמצאים בדרגת המס השולי הגבוהה ביותר מהשקעתם באיגרות החוב הפטורות ממס היא פטורה, אבל התשואה מלכתחילה היא נמוכה, כך שהתשואה לאחר מס שהם מפיקים מתוכניות החיסכון הפטורות ממס ומאיגרות החוב החייבות במס היא זהה. אם השוק משוכלל ואין בו כשלים תיקבע הריבית על תוכניות החיסכון על פי מדרגת שיעור המס השולי הגבוהה ביותר, כדי לאפשר ללווים לתת את הריבית הנמוכה ביותר האפשרית – ועדיין להיות תחרותיים עם שוק איגרות החוב החייבות במס. במאמר מוסגר יצוין כי אינני טוען שבשוק תוכניות החיסכון בישראל אכן בוצע היות מלא.

תהא רק שני אחוזים וחצי, לעומת תשואה של חמישה אחוזים למי שהשקיע באיגרת החוב.

לכן, אם במעשה חקיקה יבוטל הפטור, ראוי להחיל את הביטול רק על מי שהשקיע בתוכנית חיסכון לאחר מעשה החקיקה. שאם לא כן, תוצאת מעשה החקיקה תהא שינוי ממצב של שוויון אופקי למצב של אי שוויון אופקי, היינו: ממצב שבו מי שהשקיע באיגרת חוב חייבת במס ומי שהשקיע בתוכנית חיסכון הפטורה ממס נהנים מאותה תשואה לאחר-מס, למצב שבו מי שהשקיע בתוכנית חיסכון שהפכה כתוצאה מהשינוי לחייבת במס, נהנה מחצי התשואה לאחר-מס בהשוואה למי שהשקיע באיגרת חוב החייבת במס.

הגישה החדשה

חוקים משתנים כל הזמן. אין זה מובן מאליו כי המסתמכים על החוק הקיים אכן זכאים להסתמכות מלאה. ודאי שאין מקום להגן על אינטרס ההסתמכות אם צפו את השינוי, אך גם אם לא צפו זאת, עדיין אין בהכרח מקום להגן על ההסתמכות שלהם שכן זו אינה ראויה. אין זו הבטחה מנהלית: מדובר בסיכון שאנשים לוקחים על עצמם כאשר הם רוכשים נכס מסובסד. אין כל עיקרון מוסרי שלפיו מונטה קרלו חייבת לייצר זוכים בלבד¹²⁵. אי-המיסוי של עליית ערך הנכסים בעת מתן הסובסידיה לראשונה מקוזז את ההפסד שבאי-הפיצוי בעת ביטול הסובסידיה. כשם שאין אנו מחילים שינוי לטובה באופן פרוספקטיבי, כך גם אין להחיל שינוי לרעה באופן פרוספקטיבי.

אנשים מודעים לסיכון של ביטול סובסידיה ולכן מחיר הנכס משקף סיכון זה. מתן הגנה יגרום לפיצוי יתר. כלל הסבאות עשוי להעלות את ערך הנכס אף מעבר לערך שהיה לו עובר לשינוי החוק. זאת, בשל העובדה כי נכס זה יהפוך לגדיר, ועצם נדירותו תעלה את ערכו. כך, למשל, אם יבוטל הפטור הניתן כיום להכנסה מהשכרת דירת מגורים, באופן שחוזים שנכרתו עובר לביטול החוק יעמדו בתוקפם, הרי שערכם של החוזים הקיימים מנקודת מבטו של המשכיר יעלה, והוא יוכל למכור ברווח את החוזה או את המקרקעין בכפוף לחוזה השכירות.

הגישה המוסט-חדשה

טענת ההגינות של הגישה החדשה אכן חזקה למדי, אולם עדיין קיימים אנשים הרוכשים נכסים ונהנים מסובסידיות בלא כל רצון להמר ולשאת בסיכון. כך, למשל, אם נניח שהשכר הניתן בשירות המדינה נמוך באופן המשקף את הסובסידיה הגלומה בפנסיה התקציבית, אולם במידה שאינה מתחשבת בסיכון שהסובסידיה תוקטן, יהיו אנשים שייפגעו כתוצאה משינוי חקיקה שיקטין את הסבסוד, אנשים שמלכתחילה כלל לא

125 Ramsey & Nakazato, הערה 120 לעיל, בעמ' 1160.

התכוונו להשתתף בהימור. אלה הם אנשים שבחרו לעבוד בשירות המדינה מסיבות שאינן תלויות בשכר. אם לא נגן על ציפיותיהם יהא בכך משום אובדן תועלת לחברה.

(ב) טענת יעילות

הגישה הישנה

מדיניות לפיה לא ניתן פיצוי מלא במקרה של שינוי החוק גורמת לצורך של צדדים לבטח את עצמם, היינו: לדרוש פרמיה בעת רכישת נכסים מסובסדים עבור הסיכון שהסובסידיה תבוטל בעתיד. הדבר מעלה את עלויות העסקה ופוגע ביעילות.

העדר כללי סבאות יוצר עלויות של ביטוח מפני הסיכון שהחוק ישתנה. כך, למשל, מנפיקי איגרות חוב פטורות ממס ייאלצו להציע ריבית גבוהה יותר מהתשואה שאותה היו יכולים להציע אילולא כן. זאת, בשל דרישת רוכשי איגרות החוב לתשלום פרמיה על ידי מנפיק איגרת החוב (הלווה) תמורת הסיכון שרוכש איגרת החוב (המלווה) לוקח על עצמו שהחוק ישתנה.

אי יעילות נוצרת גם מהסטת עיתוי הפעילות כדי ליהנות מדין ששרר לפני כניסת החוק לתוקף. למשל: הסטת הכנסת עבודה או רווח הון לשנה הקודמת, ביצוע פעילות השקעה under the wire, או דחיית עסקאות עד לאחר שינוי צפוי לטובה או עד שתתבהר אי-בהירות באשר לדין הטבה מסוימת.

הגישה החדשה

הסיכון כי החוק ישונה אינו שונה, מהותית, מכל סיכון לאובדן כלכלי. כשם שיום של עסק לגלידות לוקח סיכון שטעמם של אנשים ישתנה והם יפסיקו לקנות את הגלידות שהוא מייצר, כך גם מי שעסקו נהנה מהטבת מס לוקח סיכון שהעדפות הציבור, כפי שהן באות לידי ביטוי בפעולת המחוקק, תשתנה, וההטבה תבוטל.

יהא זה יעיל לגרום לאנשים לנסות לצפות שינויים ולהיערך לקראתם. החוק משתנה כתוצאה משינוי בסדר הקדימויות של החברה. כשם שאיש העסקים חייב להעריך מה יהיו העדפות הלקוחות כדי להצליח בעסקיו, כך גם כל מי שרוכש נכס מסובסד צריך להיות מודע לכך שהוא עשוי להפסיד אם סדר העדיפויות במדינה ישתנה. בידוד מפני שינוי הוא זהה כלכלית לביטוח חינם שמעניקה הממשלה לכל בעלי הנכסים המסובסדים. ביטוח חינם, מעצם היותו חינם, אינו יעיל ומוביל לבזבז כספי משלם המסים המממנים אותו. התממשות סיכון היא דבר רע, אולם לשם כך בדיוק נועד שוק הביטוח. מדוע הממשלה היא שצריכה לבטח את האנשים מפני התממשות סיכונים? יעיל יותר להטיל את גטל הביטוח על האנשים עצמם. אין זה יעיל, למשל, שהממשלה תפצה נפגעי שיטפון הגרים באזורים המועדים לשיטפונות. זאת, מכיוון שנטייתם השולית של אנשים לגור במקומות מועדים לפורענות היא גבוהה יותר בידועם כי במקרה של שיטפון הם יפוצו על ידי הממשלה, מאשר הייתה אילולא ידעו כי יפוצו על ידי הממשלה – היינו: ייאלצו לשלם

פרמיית ביטוח בגין שיטפון. היותו של הביטוח חינם גורם להשקעת יתר באזורים מסוכנים. לטענת Kaplow, אנשים צריכים לבטח את עצמם גם למקרה שהסובסידיה תבוטל.

הגישה הנוספת-חדשה

טענת היעילות של הגישה החדשה היא בעייתית למדי. ראשית, הטענה מתקיים גם בסיטואציות שבהן ברור לנו שאינו ראוי, כמו למשל במקרה של הפרת הבטחה שלטונית או במקרה של הפקעת ללא פיצוי. אין זה ראוי שהשלטון יפר הבטחה שלטונית או יפקיע ללא פיצוי, ויסתמך על טענת יעילות שלפיה על התושבים לבטח עצמם מפני סיכונים שכאלה.

שנית, ישנם סוגי התנהגות שהמדינה מעורדת באופן שכלל לא תיתכן השקעת יתר בהם. הפנסיה היא דוגמא טובה לכך. השקעת היתר נמנעת בכך שניתן להשקיע רק על פי אחוזים מהשכר, ובקרנות החדשות ההטבות ניתנות רק עד פעמיים השכר הממוצע במשק.

שלישית, אין מקום להשוואה גורפת בין הסיכון כי סובסידיה תבוטל לבין סיכונים כלכליים אחרים. אין מדובר, בהכרח, בסיכונים בעלי אופי דומה. הסיכון הראשון ממומש על ידי משהו הדומה לכוחות טבע או לכוחות השוק, בעוד שהסיכון השני מתממש בשל מעשה מכוון של הממשלה. נמחיש זאת באמצעות דוגמא קיצונית, לפיה נציגי ממשלה יירו באופן אקראי באנשים ההולכים ברחובות¹²⁶. לפי Graetz אין בכך בעיה, שכן קיים ממילא סיכון שמישהו יירה או ידקור אותך ברחוב, ומכיוון שכוחות ביטחון הפנים הם מוגבלים בשל אילוצי תקציב, אנשים צריכים לנקוט אמצעים מסוימים כדי להגן על עצמם ממילא. הסיכון למות מידי נציג ממשלה אינו שונה מהסיכון להייהרג בידי מחבל או פושע. המבנה ההגיוני של דוגמא זו דומה למבנה טיעונו של Graetz, אולם היא כמובן אינה מתקבלת על דעתנו. זאת, מכיוון ששיקולי העלות/תועלת בשתי הדוגמאות הם שונים. בעוד שבביטול סובסידיה אנו מניחים כי גלומה תועלת לציבור, אין אנו רואים מהי התועלת שבהרג חפים מפשע. כמו כן, העלות שבירידת ערך נכסיהם של אנשים בשל ביטול הסובסידיה מובנת לנו, אולם אינה גבוהה כמו במקרה של הרג אנשים. השאלה היא למעשה שאלה של עלות טבועה (sunk costs). העלות נגרמת בשל שינוי בערך היחסי של הנכס.

במקרה של שיטפון יהיה זה יעיל שהממשלה לא תהא זו המבטחת מפני הסיכון, אולם במקרים שבהם הממשלה היא הגורמת להתממשות הסיכון, יש להניח כי היא גם המבטח היעיל ביותר כנגד הסיכון. כמו, למשל, הסיכון שהממשלה תצטרך את הקרקע ולכן תפקיע אותה מידי בעליה, או הסיכון כי מדיניותה תשתנה ביחס לסובסידיה. הדבר היחיד שאותו אנו יודעים בוודאות הוא שברגע שנקבע מיהו הנושא בעלות הביטוח, הרי

126 Shaviro, הערה 120 לעיל.

שהצד השני, בדרך כלל, יעשה בכך שימוש לרעה¹²⁷. אם הממשלה אחראית תמיד לבודד את הנפגעים בכל מקרה של שינוי לרעה, אנשים יסתכנו יותר משהיו מסתכנים אילו לא כן. לעומת זאת, אם הממשלה תהא פטורה תמיד מהצורך לבודד אנשים מפני שינוי לרעה של מדיניות, היא תיטה יתר על המידה לבצע שינויים שכאלה כאמצעי לגיוס כספים נוספים מהציבור.

הפקעת מקרקעין היא דוגמא טובה לכך. הממשלה לא יכולה פשוט לקנות את הקרקע שבה היא רוצה, ננית, לצורך סלילת כביש חוצה ישראל. זאת, בשל יכולת הסחיטה הגבוהה של בעלי קרקע הנמצאת בתוואי המתוכנן של הכביש, היודעים כי ככל שיתמידו בסירובם למכור את הקרקע, וככל שבעלי קרקעות אחרים בסביבתם ימכרו את הקרקע שבבעלותם, כך יעלה המחיר שאותו תהיה הממשלה מוכנה לשלם להם: הערך של הקרקע שלהם כפיסה המשלימה ילך ויעלה. מנגד, אין זה סביר לאפשר לממשלה לקחת את הקרקע ללא פיצוי, ולהניח כי בעלי קרקעות ירכשו ביטוח מפני הפקעה. זאת, מכיוון שאנו מודאגים יותר מהאפשרות שהממשלה תפקיע יתר על המידה, תוך התעלמות מעלויות בעלי הקרקע, מאשר אנו מודאגים מבניית יתר של מקרקעין באזורים שייתכן כי יהיה צורך להפקיע אותם. מטעם זה אנו מאפשרים לממשלה להפקיע קרקע, אך מטילים עליה חובה לשלם פיצויים ולספק בכך מעין פוליסת ביטוח אוטומטית.

המצב בו מבצעת הממשלה שינוי מדיניות כגון ביטול סובסידיה, שינוי הגורם לירידת ערך נכסים הנהנים מהסובסידיה, דומה למצב שבו מי שרכש נכס הנהנה מהסובסידיה הממשלתית ייפגע כתוצאה משינוי המדיניות. במקרה שכזה הממשלה מטילה עליו מס גבוה יותר מאשר על שאר הנישומים. נשאלת על כן השאלה על מי ראוי להטיל את עלות השינוי? האם על הנישום, מתוך תפיסה כי הוא יכול היה לבטח עצמו, או מתוך מחשבה שעורך הנכס היה נמוך ממילא באופן המשקף את הסיכון שהסובסידיה תבוטל – או שמא יש להטיל את נטל הביטוח על הממשלה, שתידרש לבודד את בעלי הנכסים הקיימים בעת שינוי המדיניות מפני תוצאות השינוי.

לדעת Logue, יש להבחין בין מקרים שונים¹²⁸. כאשר מדובר בביטול סובסידיה שהיוותה תמריץ שנתנה הממשלה לנישומים כדי לכוון את פעילותם באופן מסוים, ראוי שהממשלה היא שתישא בעלות בעת ביטול התמריץ בשל הפרמיה הנוספת שאותה תצטרך הממשלה לשלם מעתה ואילך, בכל פעם שתרצה לתמרץ אנשים לפעול בכיוון מסוים (Default Premium): האנשים יחששו מפני ביטול הסובסידיה בעתיד, וידרשו סובסידיה גבוהה יותר כדי לפעול. לטענת Logue, הערך הנוכחי של הפרמיה הנ"ל עשוי להיות גבוה יותר מעלות בידוד האנשים הנהנים כיום מהסבסוד מפני שינוי המדיניות.

קושי עיקרי בגישה זו הוא הצורך לקבוע מהן אותן סובסידיות שמטרתן העיקרית או היחידה היא מתן תמריץ המכוון התנהגות. לצורך כך, יש לקבוע קודם כל מהו המצב הנורמטיבי הרגיל ולברר אם מדיניות מסוימת מהווה סובסידיה לעומתו. קביעת המצב

127 זהו כשל השוק המכונה "סיכון מוסרי" (moral hazard). ראו גם פרק א(2) לעיל.

128 הערה 120 לעיל.

הנורמטיבי הרגיל היא מסובכת. כמו כן, סובסידיה עשויה להינתן מסיבות שאינן מתן תמריץ להכוונת התנהגות אלא מסיבות אחרות כגון מדיניות רווחה. חולשה מסוימת בגישתו של Logue היא, שכאשר מדובר בסובסידיה שמטרתה עידוד והכוונה של פעילות, ניתן (אם כי קשה) לחשוב על דוגמאות שבהן עלות נשיאת הסיכון על ידי האנשים ולא על ידי הממשלה היא קטנה יותר. דוגמא לכך היא המקרה של איגרות חוב ממשלתיות המקנות ריבית שאינה צמודה לאינפלציה¹²⁹. לכאורה, זול יותר היה לממשלה להציע איגרות חוב צמודות לאינפלציה, שכן בכך היה נחסך הצורך בביטוח מרכיב הסיכון לפיו תעלה האינפלציה באחוז גבוה יותר מהצפוי בעת רכישת איגרת החוב¹³⁰. כאשר הממשלה מציעה איגרת חוב צמודה לאינפלציה, היא נושאת בסיכון שהאינפלציה תהא גבוהה יותר מהצפוי. תמורת נשיאה זו בסיכון היא גובה פרמיה בדמות הצעת ריבית ריאלית נמוכה יותר בהשוואה לריבית הנומינלית שהיא מציעה על איגרות החוב הממשלתיות הלא-צמודות, פחות שיעור האינפלציה הצפוי¹³¹. בארצות-הברית השימוש באיגרות חוב ממשלתיות צמודות מדד הוא קטן היקף ביותר, היינו: הרוב המכריע של איגרות החוב של ממשלת ארצות-הברית מקנות ריבית לא-צמודה. מעצם העובדה שאין ביקוש לאיגרות חוב ממשלתיות צמודות המקנות ריבית מעט נמוכה יותר מהריבית על איגרות החוב הלא-צמודות, ניתן ללמוד כי ציבור המשקיעים באיגרות חוב של ממשלת ארצות-הברית מעדיף לשאת בסיכון שהממשלה תגרום לאינפלציה, כדי לחסוך בעלויות החזר החוב שלה, מאשר לשלם לממשלה פרמיה בדמות ריבית נמוכה יותר על איגרות חוב ממשלתיות צמודות. זאת, על אף שהממשלה יכולה להקטין את חובה אם תיצור אינפלציה בלתי צפויה, שכן הסכום הכולל שתהא חייבת לשלם למחזיקי איגרות החוב שהנפיקה יישחק ריאלית. ציבור המשקיעים אינו מצפה כי במקרה של העלאת האינפלציה תבודד אותו הממשלה מההפסד, שכן בחר במודע לסרב לבטח עצמו על ידי הממשלה ולשלם פרמיה בדמות ההסתפקות בריבית נמוכה יותר על איגרות חוב ממשלתיות צמודות. זאת, למרות שלכאורה מעמד הממשלה דומה בדוגמא זו למעמדה בדוגמא של מתן סובסידיה להכוונת התנהגות וביטול הסובסידיה לאחר מכן. הסיבה לכך היא, ככל הנראה, שהשימוש באינפלציה לצורך הקטנת חוב כלפי ציבור המלווים אינו צפוי, מהטעם שהעלאת האינפלציה גורם למכלול שלם של בעיות כלכליות; הציבור סומך על כך שהגטייה של הממשלה היא נגד אינפלציה, מסיבות הגוברות על היתרון שבהקטנת החוב כלפי ציבור משקיעי איגרות

129 הדוגמא קצת אוטורית, שכן כאמור קשה לחשוב על דוגמאות מסוג זה; אולם עצם קיומה של דוגמה זו מוכיח כי האפשרות קיימת, וישנן ודאי דוגמאות נוספות.

130 לדיון מעמיק יותר בסוגיה זו ראו Yoram Margalioth, "Tax Indexation of Debt" 15 Am. J. Tax Pol'y 205, 286-296 (1998).

131 היינו: הריבית הריאלית שהממשלה מציעה על איגרות חוב לא-צמודות היא גבוהה יותר מהריבית הריאלית שהיא מציעה על איגרות חוב צמודות.

החוב הממשלתי¹³². הדוגמא הנ"ל היא מעט מורכבת, אולם עצם קיומה מוכיח כי ייתכנו חריגים לכלל שלפיו בכל מקרה יעיל יותר בעת ביטול סובסידיה המכוונת התנהגות להטיל את עלות הביטוח על הממשלה.

לבסוף, גם אם צדק Logue בקובעו שאם הממשלה לא תבודד מהשינוי את בעלי הנכסים הקיימים תוטל פרמיה נוספת בעתיד, בכל עת שהממשלה תבקש לכוון התנהגות של אנשים באמצעות סובסידיות – ייתכן שהדבר הוא דווקא ראוי. זאת נטען אם נאמין שבדרך כלל הסובסידיות הללו אינן משרתות את אינטרס הכלל, אלא נובעות בעיקרו של דבר מכוחן של קבוצות אינטרס. במקרה כזה, עצם הפיכתן ליקרות יותר עשוי להקשות על קבוצות האינטרס לגרום לפוליטיקאים לבצע אותן¹³³. מאידך גיסא, אם יצלח מעשה השתדלנות, הנזק יהא גדול יותר.

(ג) אי ודאות כי הכלל החדש טוב יותר מהקיים

הגישה הישנה

ההנחה כי החוק החדש – היינו: השינוי המוצע בחוק – עדיף על פני המצב הקיים עובר לחקיקת החוק החדש, אינה ברורה מאליה. בהחלט ייתכן שהחוק החדש מרע באופן אובייקטיבי את מצב הדברים. מכאן, שאנו נמצאים במצב של אי-ודאות באשר לשאלה איזהו החוק הטוב יותר – החוק הקיים או החוק החדש המוצע. אם אין לנו סיבה לחשוב שהחוק החדש יהא טוב יותר, אזי עשויה להיות עדיפות דווקא לחוק הקיים. זאת, מתוך הגנה על זכות הקניין, שכן השינוי גורם לחלוקה מחדש של העושר בחברה – לקיחה מאחדים ונתינה לאחרים. אם אין לנו יכולת לדעת שחלוקה זו משפרת את המצב¹³⁴ יש לדרוש שכל שינוי יתקבל רק על בסיס הסכמה מלאה של כולם. מאחר שדרישה זו אינה ניתנת ליישום, כללי מעבר המבודדים את הנפגעים מהשינוי הם תחליף טוב לקבלת החוק החדש על בסיס הסכמה מלאה.

132 דרך אחרת לומר זאת היא כי מבחינה כלכלית האופציה אינה עומדת בפני הממשלה לאורך זמן, שכן לאחר שהדבר יקרה כמה פעמים תאבד הממשלה מאמינותה, ואנשים יחדלו לבחור באופציה של איגרות חוב בלתי צמודות. משום כך, הצדדים אינם צופים אירוע כזה ולכן אינם משקללים אותו בגדר תכנונם מראש.

133 הערה 125 לעיל.

134 חלוקה תיחשב כיעילה אם כתוצאה ממנה מצבו של לפחות אדם אחד השתפר, ומצבו של איש לא נעשה גרוע יותר – זהו שיפור פרטו (הנקרא על שם כלכלן מהמאה ה-19 בשם Vilfredo Pareto); כמו כן, חלוקה תיחשב יעילה אם יש ביכולתם של הנהנים (אין צורך בפעולה למעשה) לפצות את הנפגעים – זוהי יעילות לפי קלדור-היקס. שינוי עשוי להיחשב כרצוי אף אם אינו יעיל גם מטעמים ערכיים, כגון קידום השוויון.

הגישה הפוסט חדשה

עצם העובדה שקשה לבודד את הנפגעים מהנזק, ולכן קשה לקבוע כלל מעבר, מקשה על חקיקת שינוי החוק. דבר זה מהווה, אולי, מעין מנגנון אבולוציוני המונע שינויים תכופים, ומאפשר רק את השינויים הראויים ביותר.

(ד) היתכנות פוליטית

הגישה הישנה

יתרון נוסף של תחולה פרוספקטיבית הוא בידודם של השותפים להליך החקיקתי מפני תוצאות החוק החדש, כדי להפחית את מידת ההשפעה של אינטרסים אישיים. השותפים להליך החקיקתי כוללים לא רק את חברי הכנסת עצמם אלא גם את נציגי ועדי העובדים, שהסכמתם לשינוי נדרשת כדי ששינוי החוק לא יגרום לשביתות¹³⁵. כך, למשל, במקרה של פנסיה, גם אם נניח כי יש מקום להחלה רטרופקטיבית של מתן מערכת סובסידיות שווה בערכה לכלל הציבור, היינו: לפגוע באלה הנהנים כיום ממסלולי פנסיה מועדפים, קיים חשש כי מעשה חקיקה זה כלל לא יתקדם בשל האינטרס האישי של השותפים לו שלא להעבירו. הניסיון הישראלי מלמד, כי אם יובטח להם שלפחות לגביהם ולגבי המקורבים להם לא תחול הרעה בתנאים, וזו תחול רק על חברי קרן פנסיה חדשים – כמו, למשל, חברי כנסת חדשים – יש סיכוי טוב יותר כי מעשה החקיקה יתקדם¹³⁶.

(ה) בכל חקיקה המשפיעה על ערך נכסים יש אלמנט רטרואקטיבי

הגישה החדשה

בכל חקיקה המשפיעה על ערך נכסים יש אלמנט רטרופקטיבי. כך, למשל, שינוי מדרגות המס יביא לשינוי בערכם של כל הנכסים הנהנים מהטבת מס כלשהי, ולא ניתן לצפות מהמחוקק לטפל בכל הנכסים המושפעים בעקיפין¹³⁷.

135 דוגמא לכך היא השביתה הכללית שיוזמה הסתדרות העובדים בחודש אוגוסט 1997 כמתאה על התלטת הממשלה להפחית את תקרת השכר המבוטח בקרנות החדשות מפעמיים השכר הממוצע במשק לפעם אחת. כתוצאה מהשביתה חזרה בה הממשלה מהחלטתה.

136 ראו, למשל, חוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 1999), התשנ"ט-1999, שתיקן את חוק הגמלאות לנושאי משרה ברשויות השלטון, התשכ"ט-1969, והוסיף לו את סעיף 1א. בסעיף זה נקבע כי גמלאות מאוצר המדינה לא ישולמו לנושאי משרה (ובכלל זה חברי כנסת) שהחלו בכהונתם לאחר 15.5.99.

137 כאמור לעיל, זאת הייתה גם דעתו של השופט ברק בפסק הדין בעניין ארביב. מטעם זה קבע השופט ברק כי מדובר בשינוי אקטיבי – קביעה טאוטה פירשתי כתקפה רק לצורך שלילתה של החוקה כנגד תחולה רטרופקטיבית. ראו הערה 93 לעיל.

הגישה הפוסט-חדשה

טענה זו של הגישה החדשה היא חלשה מהטעם שבכל זאת ניתן למצוא רמות שונות של רטרופקטיביות, ולכן אין בעצם העובדה שאנו מתעלמים מאפקטים רטרופקטיביות מרוחקים כדי לשלול את נכונות הטיפול במקרים שבהם הרטרופקטיביות היא ישירה ומשמעותית. בהקשר זה ראוי להיזכר במימרה הידועה, לפיה אויבו של הטוב הוא המושלם. עדיף לעשות מעט בכיוון הנכון מאשר לא לעשות דבר כלל.

3. סיכום ויישום לגבי שינוי רטרופקטיבי של רמת הסבסוד**הניתנת לחיסכון פנסיוני**

לסיכום, מסקירת הספרות האמריקנית עולה כי אם נצדד בגישה החדשה או בגישה הפוסט-חדשה נוכל להצדיק באמצעותן שינוי רטרופקטיבי של תנאי תוכניות הפנסיה. הגישה החדשה היא גישה קיצונית, לפיה תמיד יש לבטל הטבות באופן רטרופקטיבי. גישה קיצונית זו היא אנטי-תונה לגישה הקיצונית האחרת, לפיה תמיד יש להחיל שינויים באופן פרוספקטיבי. טיבן של גישות קיצוניות הוא שבדרך כלל הן פחות מדויקות מגישות ביניים, המאזנות בין אינטרסים שונים. על פי הגישה הפוסט-חדשה יש לשקול כל מקרה לגופו. דומה כי זה ממילא העיקרון המנחה אותנו בפרשנות תכליתית. בענייננו חשוב לבחון לאילו מטרות ניתנה הסובסידיה לחיסכון לגיל פרישה, ומהי הפגיעה הנגרמת כתוצאה מצמצומה. כמו כן, יש לשקול הפעלתן של רמות שונות של הגנה, הנעות בין בידוד מלא משינוי לבידוד חלקי, כגון קביעה של תאריך כניסה לתוקף מאוחר יותר.

דומני, כי בהקשרו של חיסכון פנסיוני יש טעם רב במיוחד בצמצום הסובסידיה באופן רטרופקטיבי. התכלית בהענקת הסבסוד הייתה, ועודנה, מתן תמריץ חיובי לאנשים לחסוך לגיל פרישה. כפי שפורט בפרק א', קיימים כמה כשלי שוק שבעטיים הפרטים, ובעיקר בני השכבות החלשות, אינם חוסכים ברמה מספקת לגיל פרישה. התערבות הממשלה בתחום זה מבוססת בעיקרה על פטרנליזם – רצון לגרום לפרטים לפעול באופן שייטיב עמם. רמת החיסכון לגיל פרישה של הפרטים, בעיקר בני השכבות החלשות, היא נמוכה מכפי שמצדיק האינטרס העצמי שלהם. קיימות שתי דרכים אפשריות לגרום לפרטים לחסוך במידה ראויה לגיל פרישה: בכפייה – כפי שנעשה באמצעות חוק ביטוח לאומי, ובמתן תמריץ חיובי. בתחום הפנסיה בישראל נבחרה הדרך השנייה.

פרטים שהסתמכו על הסובסידיה וכתוצאה מכך חסכו לגיל פרישה יותר משהיו חוסכים בהעדרה של הסובסידיה, שיפרו את מצבם, וזאת אף מבלי להתחשב בהטבה שצמחה להם בקבלת הסובסידיה. מכאן, ששלילת הסובסידיה אינה פוגעת בפרטים שהסתמכו עליה, שכן אלה לא שינו את מצבם לרעה כתוצאה מהסובסידיה. להפך: זו גרמה להם לעשות דבר שהיטיב עמם מעבר להטבה שבקבלת הסובסידיה. קל וחומר שזה המצב כאשר מוצעת שלילת ההטבה רק מכאן ואילך, היינו: באופן רטרופקטיבי ולא רטרואקטיבי.

הטבות שקיבלו הפרטים בגין תקופות העבר תישמרנה, והסובסידיה תקטן רק מכאן ואילך.

אפשרות לפגיעה קיימת במקרים שבהם הפרטים בחרו מקום עבודה המשלם שכר נמוך יותר, אך מבטיח תנאי פנסיה טובים יותר. בהנחה שהשכר לא יעלה במקביל לצמצום הסובסידיה, הפרטים נפגעו בעצם הסתמכותם על תנאי הפנסיה המשופרים, בוותרם על מקום עבודה שהבטיח להם שכר שוטף גבוה יותר.

אפשרות זו היא אפשרות רחוקה. יש הטוענים כי זהו המצב ביחס לעובדי מדינה, אולם חשוב לשים לב כי יש לבחון זאת רק ביחס לשכר מאז שנת 1995. אין הבדל משמעותי בין רמת הסבסוד הניתנת לנהנים מפנסיה תקציבית¹³⁸ לבין זו הניתנת לעמיתים בקרנות הפנסיה הצוברת הוותיקות, ולכן לא ניתן לטעון כי עובדים הצטרפו לשירות המדינה לפני שנת 1995 מתוך העדפת תנאי הפנסיה התקציבית על פני הפנסיה הצוברת. דומני, כי שכר עובדי המדינה מאז שנת 1995 אינו נמוך משמעותית מהשכר המקביל בשוק הפרטי. מכל מקום, יש לבחון סוגיה זו, ואם אכן נמצא כי השכר בשירות המדינה נמוך יותר, באופן המשקף הסתמכות של העובדים על תנאי פנסיה מסובסדים יותר, הרי שאז יש מקום להעלות את השכר במגזר הציבורי, בד בבד עם השוואת רמת הסבסוד הניתנת לחיסכון הפנסיוני לזו הניתנת לכלל תושבי המדינה.

דומני, כי פרשנות תכליתית מביאה אותנו למסקנה שראוי להחיל את צמצום הסבסוד של החיסכון הפנסיוני באופן רטרופקטיבי. אולם, טענה אחת מאלה שהובאו על ידי המצדדים בגישה הישנה היא בעלת תוקף רב בהקשר בו עסקינן. כוונתי לטענה בדבר ההיתכנות הפוליטית של השינוי. שינויים מהותיים בתחום מרכזי כמו שכר העבודה מחייבים שיתוף פעולה בין הממשלה לבין ציבור העובדים. אנשי משרד האוצר מקיימים כבר שנים משא ומתן עם נציגי ההסתדרות, שתכליתו להביא להחלה פרוספקטיבית של פנסיה צוברת בקרן פנסיה חדשה על עובדי מדינה חדשים. בתמורה להסכמת ההסתדרות למהלך זה יושפרו תנאי הפנסיה התקציבית של העובדים הוותיקים מכאן ואילך. היינו: ההפרש בין דור א' לדור ב' אף יוקצן לטובתו של דור א'. ובכל זאת, המשא ומתן נתקל בקשיים וטרם נחתם סופית. מהאמור עולה, שייתכנו קשיים פוליטיים ניכרים בהעברתו של שינוי רטרופקטיבי בתנאי הפנסיה, ומטעם זה כלל תחולה פרוספקטיבי עשוי להיות עדיף, שכן דחיית ההסכם מאפשרת את כניסתם של עובדים חדשים אל קבוצת הנהנים מפנסיה תקציבית, ודוחה את המועד שבו ישתייכו כל העובדים לקבוצת דור ב'.

138 למעט, אולי, אנשי צבא הקבע, הזכאים לגיל פרישה מוקדם.

ח. הצעתי לפתרון האפליה

יש צורך, לדעתי, לחוקק חוק פנסיה ממלכתית¹³⁹. בחוק זה, שיחול על כלל תושבי ישראל, ייקבעו תנאים אחידים של ביטוח פנסיוני¹⁴⁰. אם הביטוח לא יהא בגדר חובה הרי שיש לתת סבסוד שווה לכל המבוטחים. כלל המעבר הראוי לדעתי הוא רטרופקטיבי, שכן איני מוצא טעם בהמשך הסבסוד הבלתי שוויוני לאחר שנמצא סטנדרט ראוי שאותו ניתן ליישם על כולם מכאן ואילך¹⁴¹. יש לגרום לחשיפה ציבורית רחבה של החוק ולשיווקו באמצעי התקשורת עוד לפני שיתקבל על ידי הכנסת, כדי ליצור אווירה ציבורית שתמנע התנגדות מצד העובדים השייכים לדור א', באופן שיכשיל את יישום החוק, גם אם לא את חקיקתו. ייתכן שיש לעשות זאת במסגרת של מהלך חקיקתי רחב יותר, המסדיר את כלל מערכת הרווחה בישראל.

ביצוע השינוי בחקיקה ראשית הוא הכרחי להחלת השינוי גם על הנהנים מפנסיה תקציבית, המעוגנת בחוקי הגמלאות. כמו כן, יהא בכך כדי להתגבר על קושי אפשרי שמציב חוק ההגנה על השקעות הציבור. כפי שצוין לעיל, על פי חוות דעת היועץ המשפטי מיום 27.4.2000, אין צורך שחקיקה זו תתקבל ברוב מיוחד. בצמצום הסובסידיה הממשלתית יש כמובן משום פגיעה בקניין בנובן כלכלי, אבל אין בכך, לדעתי, כדי להוות, מבחינה משפטית, משום פגיעה בזכות הקניין המהותית¹⁴², המוגנת כיום בסעיף 3 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו¹⁴³. אפילו נמצא כי יש בכך פגיעה כאמור, אין לי ספק שזו עומדת בתנאי פסקת ההגבלה של חוק היסוד (סעיף 8)¹⁴⁴: היא הולמת את ערכיה של מדינת ישראל, היא נועדה לתכלית ראויה, והיא מידתית, כלומר: אינה פוגעת במידה העולה על הנדרש.

139 בתי הדין לעבודה ובית הדין הגבוה לצדק פונים אל המחוקק לעתים קרובות בפסקי הדין העוסקים בפנסיה בדרישה כי יסדיר תחום חשוב ומורכב זה בחקיקה מסודרת ומקיפה. מילות הסיכום של פסק הדין בבג"צ קניאל, הערה 16 לעיל, היו כדלקמן: "חשיבותו העצומה של מוסד הפנסיה, הן בהיבט התברתי והן בהיבט הכלכלי, מחייבים חקיקה מקיפה של הכנסת; גם אם חקיקה זו מחייבת הכנה מורכבת וממושכת אין לדחותה עד אין קץ".

140 דיון בחוק הפנסיה הראוי עצמו תורג ממסגרת מאמר זה.

141 זאת בהנחה שלא יימצא כי קיים פער משמעותי בין שכר עובדי מדינה, שהתקבלו לעבודה לאחר 1995, הזכאים לפנסיה תקציבית, לבין שכר בעלי משרות מקבילות להם בשוק החופשי, ושלא יימצא כי הטבות הפנסיה הן שהביאו לסגירת הפער הזה. אם כך יימצא, יש מקום להעלות את שכרם של אותם עובדים כחלק מהמהלך החקיקתי.

142 "אין לאיש זכות קנויה שהמדיניות, לרבות מדיניות בדבר סובסידיות, תימשך כפי שהיתה." בג"צ שגיא, הערה 72 לעיל, בעמ' 607. מכאן, שהסובסידיה אינה חלק מקניינו המשפטי של הפרט.

143 "אין פוגעים בקניינו של אדם."

144 "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו."

התכלית הראויה היא קידומו של שוויון בין כלל התושבים, שכן אין מחלוקת כי הפרש ההטבות בין הפנסיה התקציבית וקרנות הפנסיה הוותיקות לבין קרנות הפנסיה החדשות לא נועד לתמרץ ביטוח פנסיוני או להשיג יעד ראוי אחר. ההפרש נובע אך ורק מהערכה שונה של רמת ההטבות שהתברה יכולה לממן – הערכה שהשתנתה עם השנים. התברה הישראלית, באמצעות נציגיה המוסמכים, סברה במועד מסוים כי תוכל לעמוד במימון הטבות ברמה מסוימת, ומאוחר יותר הגיעה למסקנה כי לא תוכל לעמוד ברמה כה גבוהה של סבסוד. החלה על כלל תושבי המדינה של פנסיה ממלכתית שוויונית, על פי הסדר צודק ויעיל, המהווה עמוד תווך במדיניות של ישראל כמדינת רווחה, ודאי שתיחשב כתכלית ראויה ההולמת את ערכיה של מדינת ישראל. זאת ועוד: האפליה הקיימת בתחום הפנסיה מועדת לגרום למתח במקומות עבודה בין עובדי דור א' לעובדי דור ב', שיגיע לשיאו בעוד כמה שנים, עת יחלו מוקדי הכוח המפעליים לעבור מן העובדים הוותיקים אל העובדים שהצטרפו לאחר שנת 1995, שיכיום הם עדיין חדשים. סביר להניח כי אלה יעשו שימוש בכוחם כדי להיטיב את מצבם על חשבון עובדי דור א', מתוך תחושה נכונה כי קופתו בהסדר הפנסיוני. הדבר מועד ליצור מתחים מיותרים בשוק העבודה ופגיעה בפריון.

לעניין המידתיות יש לומר כי לכאורה, הבחירה בכלל מעבר רטרופקטיבי נראית, על פניה, כפוגעת במידה שאולי עולה על הנדרש, אלא שלא זה הוא המצב. שלעניין זה יפה מסקנת הדיון המהווה את לבו של מאמר זה, לפיה מקבלי הסובסידיה לא שינו את מצבם לרעה בהסתמך עליה, ואין זה צודק להמשיך באי-השוויון הקיים ולהגדיל בכך עוד יותר את הפער בין אלו שנהנו כל השנים מסבסוד עודף לבין אלה שלא נהנו ממנו. היותו של הכלל רטרופקטיבי, להבדיל מרטרואקטיבי, משמעו כי הטבות שניתנו בעבר לא תילקחנה וכל פועלו של החוק ביחס לשניים לקבוצת דור א' תתמצה בצמצום ההטבות שתינתנה להן בגין שנות עבודה עתידיות, לרמה הזוהי לזו שתינתן לכל.

עם הסדרתו של נושא הפנסיה בחקיקה ראשית מסודרת ושוויונית יש, לדעתי, "להקפיד" את כל הזכויות הפנסיוניות¹⁴⁵, ולקבוע כי מהמועד הקובע בחוק ואילך יינתנו לכל תושבי ישראל תנאי פנסיה שווים. נכסי הקרנות יושקעו על פי תוכנית כלכלית, משוללת אינטרסים של אוכלוסיות ספציפיות, שתוכן בקפידה כחלק מהליכי החקיקה של חוק הפנסיה. עם הגעה לגיל פרישה¹⁴⁶ ייעשה חישוב אקטוארי, והפורש יקבל את המגיע לו על פי חוק הפנסיה הממלכתי בגין השנים שמכניסת החוק לתוקף ועד ליום הפרישה. נוסף על כך יקבל הפורש את המגיע לו על פי תנאי תוכנית הפנסיה שבה היה עמית עד למועד כניסת החוק לתוקף. החישוב יהיה פשוט במקרה של קרן חדשה או ביטוח

145. היא צורך להחליט מה ייחשב כתוכנית פנסיונית ומה לא. ביטוח מנהלים ייחשב כתוכנית פנסיה בהיותו תחליפי לה.

146. או אירוע מזכה אחר, כגון נכות או מוות.

מנהלים¹⁴⁷, ומסובך יותר במקרה של קרן פנסיה ותיקה או תקציבית¹⁴⁸. בשני המקרים האחרונים מדובר בפנסיה הצמודה לשכר, והיא תחושב לא על פי שכרו של המבוטח בעת¹⁴⁹ שתוק הפנסיה נכנס לתוקף או עד¹⁵⁰ לכניסתו לתוקף, אלא על פי שכרו האחרון לפני אירוע הפרישה, או על פי שיטת הממוצעים – בדיוק כפי שהיה נעשה אילולא קיומו של חוק פנסיה ממלכתית. אולם, הקיצבה המגיעה לו בגין התוכנית הישנה תחושב בהתאם לאתוזים שצבר במשך השנים שלפני כניסת חוק הפנסיה לתוקף. יש צורך להוסיף ולעבד את פרטי ההצעה ולהתאימה להסדר הפנסיה הכולל שייקבע (אם אכן יקבע), שכמובן אינו ידוע בשלב זה; מטרתו המרכזית של המאמר היא לגרום למודעות בקרב קוראיו לכך שאין זה מובן מאליו כי שינוי ההסדר הפנסיוני חייב להיעשות באופן פרוספקטיבי¹⁵¹. לדעתי, משקבע בית המשפט בבג"צ שגיא כי ניתן להפחית את הסבסוד ולהשפיע בכך באופן עקיף (ולא מדויק) על היקף הזכויות הפנסיוניות, הרי שניתן, ואף ראוי, להתערב באופן ישיר בזכויות הפנסיוניות, ולהביא לחלוקה שוויונית מכאן ואילך של משאבי הממשלה המופנים לאפיק רווחה מרכזי זה.

- 147 שכן במקרים אלה מדובר בהצמדה למדד המחירים ולתשואה.
 148 אך אפשרי. חישובים דומים במורכבותם נעשים גם כיום כאשר אדם עובר, למשל, מעבודה בשירות המדינה למקום עבודה בו יש פנסיה צוברת, או להפך.
 149 אם המשכורת הקובעת מחושבת על פי שיטת השכר האחרון.
 150 אם המשכורת הקובעת מחושבת על פי שיטת ממוצעים.
 151 בהקשר זה מעניין גם לשים לב כי בעניינים מסוימים כבר נעשו שינויים של ההסדר הפנסיוני באופן רטרואקטיבי ואף רטרואקטיבי. כך, למשל, קבעה הממשלה את השכר המבוטח בקרן פנסיה ותיקה רק עד לשיעור עלייה ריאלי מסוים בשנה. דוגמא נוספת היא ביטול הסבות מס שנעשו בחוק ההסדרים למשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת התקציב 2000), התש"ס-2000, שתחולתו היא למפרע.

