

תוכן עניינים

1. מבוא.....3
2. מהות הדוקטרינה של החברה
הכושלת והשיקולים שעומדים בבסיסה.....4
3. התנאים להחלת ההגנה של החברה הכושלת,
פירושם ויישומם בהחלטות הרשות ובפסיקה.....10
4. הגישה הכלכלית המצומצמת לדוקטרינת
החברה הכושלת כדוגמא להתנגשות בין שתי
מערכות דינים כלכליות – חוק חדלות פירעון
ושיקום כלכלי וחוק התחרות הכלכלית.....18
5. סיכום.....21

1. מבוא

סעיף 21 לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988¹, אשר בתחילת שנת 2019, במסגרת תיקן מס' 21 לחוק², שינה את שמו לחוק התחרות הכלכלית, תשמ"ח-1988, קובע כי הממונה על התחרות (שימונה על ידי הממשלה) יתנגד למיזוג חברות או יתנה אותו בתנאים אם לדעתו קיים חשש סביר כי כתוצאה מן המיזוג כפי שהוצע תיפגע באופן משמעותי התחרות באותו ענף או ייפגע הציבור בכל הנוגע לרמת המחירים של נכס או של שירות, איכות נמוכה של נכס או של שירות והכמות המסופקת של הנכס או היקף השירות, או סדירות האספקה ותנאיה.

כפי שעו"ד מיכל הלפרין מסבירה במאמרה³, המחוקק ראה לנכון להעניק לממונה סמכות לפקח על מיזוגי החברות במשק כדי למנוע היווצרות מוקדי כוח לא הוגנים בשוק ולהתנגד למיזוגים אשר לגביהם יש חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות או בציבור⁴.

ואולם, מוכר בדיני ההגבלים העסקיים בארץ ובעולם חריג לכלל האמור – "דוקטרינת החברה הכושלת". לפי דוקטרינה זו, ניתן לאשר מיזוג גם אם הוא כן מקים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות, וזאת אם החברה המתמזגת הינה **חברה כושלת**, שעתידיה לצאת מן השוק גם בהיעדר מיזוג.

במצב זה, הפגיעה בתחרות שעלולה להיגרם אם לא יאושר המיזוג – כתוצאה מיציאתה של החברה הכושלת מהשוק – גדולה מהפגיעה בשוק כתוצאה מאישור המיזוג. וכך נאמר על אודות דוקטרינת החברה הכושלת על ידי הממונה עצמו:

"... הדוקטרינה נותנת בסיס להכשרת המיזוגים, אשר אילו היו נערכים בין צדדים העומדים על רגליים יציבות, סביר שלא היו מאושרים בשל חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות.

הגיון הדברים שביסוד הדוקטרינה הוא כי החברה הכושלת עומדת לסיים ממילא את חייה כישות עצמאית היכולה להתחרות על רגליה, וכי יציאתה הוודאית מן השוק עלולה לגרום בין כה וכה לפגיעה משמעותית בתחרות, שאינה נופלת מהחשש שייווצר אם יצא המיזוג אל הפועל. מאחר ופגיעה זו בלתי נמנעת, המיזוג איננו בבחינת 'סיבה בלעדית' להחרשות הפגיעה התחרותית, ועל כן אין עוד הצדקה להתנגד לו. שהרי, לא המיזוג הוא המסב פגיעה בתחרות, כי אם יציאתה של החברה מן השוק בשל מצבה הכלכלי"⁵.

במסגרת עבודה זו אתן סקירה של התפתחותה של הדוקטרינה החברה הכושלת, הן במשפט הישראלי והן בדיון הזר, ושל האינטרסים והרציונלים העומדים להצדקת קיומה. זאת על מנת להשיב על השאלה כיצד יש לתמרן ולהכריע בין האינטרסים הנוגדים: האינטרס של החברה הכושלת להשאת רווחיה (ובכלל זה לשמור על רווחי הנושים והעובדים שלה) לבין האינטרסים הכלליים של הצרכנים וקידום התחרות?

¹ ס"ח תשמ"ח מס' 1258.

² ס"ח תשע"ט מס' 2781.

³ עו"ד מיכל הלפרין, **דוקטרינת הפירמה הכושלת**, תאגידים ג/5 (אוקטובר 2006).

⁴ שם, בעמ' 22.

⁵ גילוי דעת בעניין דוקטרינת החברה הכושלת של הממונה על ההגבלים העסקיים (25.01.2010).

https://www.odata.org.il/file_uploader_ui/download/2019-2/ed8606af-98ad-4099-b52a-cf5cf381f467.pdf

2. מהות הדוקטרינה של החברה הכושלת והשיקולים שעומדים בבסיסה

כפי שמציין פרופ' דיויד גילה במאמרו⁶, חוק הגבלים העסקיים, התשמ"ה-1988 (חוק התחרות הכלכלית (היום), אשר נועד לשמש ככלי מרכזי להבטחת פעילות כלכלית חופשית ושוק תחרותי, מבוסס על התפיסה לפיה רק תחרות אמיתית מבטיחה הקצאה יעילה של משאבים, מגבירה יעילות השוק ומביאה לרווחה גדולה יותר. החוק מעמיד במרכזו את התחרות החופשית ומטרתו הינה להגן על ציבור הצרכנים מפני כשלי שוק שנוצרים עקב ריכוזיות יתר בשווקים מסוימים או בגלל תיאום אסור בין גופים מסחריים שפועלים בענף שוק מסוים. כדי להשיג את מטרתו כאמור, החוק מטפל בתופעות עסקיות-כלכליות אשר יש בהן כדי להגביל את התחרות ולגרום נזק כלכלי וחברתי, ובעיקר בשלושה תחומים עיקריים: הסדרים כובלים, מונופולים ומיזוגים. החוק מסדיר את נושא המיזוגים בשל החשש שהמיזוג עלול לציור שינוי במנה השוק באופן שיגרום פגיעה בתחרות החופשית ובאינטרסים כלכליים חברתיים. יחד עם זאת, החוק רואה את המיזוגים כתופעה כלכלית חשובה שיכולה להגביר את יעילות הכלכליות באמצעות ביטול כפילויות, יתרונות לגודל, חיסכון בעלויות, הגדלת תמריצים להשקעה ועוד. לפיכך, יש צורך לערוך איזון נכון בכל הנוגע להגדרת הכללים המשפטיים שמסדירים את הטיפול במיזוגים בחוק⁷.

במסגרת אותם הכללים המשפטיים להסדרת המיזוגים ומניעת הפגיעה בתחרות החופשית, קובע סעיף 21 לחוק כי הממונה על התחרות יתנגד למיזוג חברות או יתנה אותו בתנאים אם לדעתו קיים חשש סביר כי כתוצאה מן המיזוג כפי שהוצע תיפגע באופן משמעותי התחרות באותו ענף או ייפגע הציבור בכל הנוגע לרמת המחירים של נכס או של שירות, איכות נמוכה של נכס או של שירות והכמות המסופקת של הנכס או היקף השירות, או סדירות האספקה ותנאיה.

ואולם, מוכר בדיני ההגבלים העסקיים בארץ ובעולם חריג לכלל האמור – "דוקטרינת החברה הכושלת". לפי דוקטרינה זו, ניתן לאשר מיזוג גם אם הוא כן מקים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות, וזאת אם החברה המתמזגת הינה חברה כושלת, שעתידה לצאת מן השוק גם בהיעדר מיזוג.

כפי שמסביר גיא פסח במאמרו⁸, ההגנה של החברה הכושלת (FALLING COMPANY) הינה פרי הפסיקה האמריקאית של שנות ה-30 של המאה ה-20, ולפיה, בהתקיימות תנאים מסוימים, יתאפשר מיזוג החברות, אשר לפי הכללים הרגילים של דיני ההגבלים העסקיים היה נחשב ל"לא רצוי" ולא היה ניתן לבצע אותו⁹.

⁶ דיויד גילה, מיזוגים על-פי חוק ההגבלים העסקיים – ניתוח ביקורתי, משפט ועסקים ח, התשס"ח (2008).

⁷ שם, בעמ' 334.

⁸ גיא פסח, הגנה ה-FALLING COMPANY באישור מיזוג לפי חוק ההגבלים העסקיים, רבעון לבנקאות, מס' 130, מקץ 1995.

⁹ שם, בעמ' 83.