

דוקטרינת הפירמה הכושלת

מאת

עו"ד מיכל הלפרין¹

מבוא

לפני מעט יותר משנה קרסה ברעש גדול רשת השיווק השלישית בגודלה במדינת ישראל - "קלאבמרקט". קריסה זו איימה לגרור אחריה קריסתם של ספקים רבים, אשר סיפקו לה מוצרים שונים באשראי נדיב, ולגרור שליחתם של מאות עובדים לביתם בהעדר פרנסה עבורם.² תמונת הדברים העגומה שנוצרה כתוצאה מן הקריסה השתנתה באחת, כשמן האופק הגיח בדהרה "פרש רכוב על סוס לבן" בדמותה של רשת שופרסל, שהציעה לרכוש את הרשת הקורסת תמורת סכום של 825,555,555 ש"ח.³ רשת שופרסל היתה באותם ימים (ועודנה במועד כתיבת דברים אלה) רשת השיווק הגדולה ביותר בישראל. חברתה עם רשת השיווק השלישית בגודלה עוררה חששות תחרותיים ממשיים⁴ והעמידה לפיתחו של הממונה על הגבלים עסקיים אתגר משמעותי.

סופם של דברים, הממונה על הגבלים עסקיים מצא לנכון לאשר את המיזוג בכפוף להתקיימותם של מספר תנאים ובהם מכירה של 18 סניפים של קלאבמרקט לצד שלישי.⁵ אישורו של המיזוג נעשה לאחר שהממונה על הגבלים עסקיים שוכנע, שבמקרה דנן יש להחיל את "דוקטרינת הפירמה הכושלת". בנסיבות אלה סבר הממונה על הגבלים עסקיים, שהוא מחויב באישור העיסקה, חרף החששות התחרותיים שהיא טומנת בחובה.

1. עו"ד מיכל הלפרין כיהנה עד לפני מספר חודשים כיועצת משפטית של רשות הגבלים עסקיים. חלק מן המקרים והתקדימים המאוזכרים במאמר זה טופלו על ידי רשות הגבלים עסקיים בעת כהונתה כיועצת משפטית בה.
2. ראו ידיעות בעיתונות הכלכלית היומית מיום 12 ביולי 2005 ומהימים שלאחר מכן כגון הידיעות "זעזוע בקמעונאות: קלאבמרקט של מוזס, בורוביץ' רוזן קרסה" (גלובס, 12 ביולי 2005); "גורמים בענף הקמעונאות: החשיפה של תנובה, אוסם ושטראוס עלית לקלאבמרקט עומדת על כ-150 מיליון ש"ח" (גלובס, 12 ביולי 2005); "תיק הקפאת ההליכים מהגדולים בישראל" (גלובס 13 ביולי 2005) וכן הלאה.
3. הסכום לא כלל תשלום עבור המלאי, אשר התווסף לתמורה האמורה.
4. ראו: נימוקי החלטתה לאישור מיזוג בתנאים - קלאבמרקט רשתות שיווק בע"מ (בהקפאת הליכים) ושופרסל בע"מ (2005) הגבלים עסקיים 5000155 (להלן גם - "מקרה קלאבמרקט"). ראו לציין, כי בשל לחץ הזמנים המתחייב מקצב ההתרחשויות, לא השלים הממונה על הגבלים עסקיים באותו מקרה את כל היבטיה של הבחינה התחרותית ובעיקר לא מוצו בדיקותיו בקשר עם הבחינה של ההיבטים הארציים של המיזוג, להבדיל מן ההיבטים הגיאוגרפיים.
5. ראו קלאבמרקט רשתות שיווק בע"מ (בהקפאת הליכים) - שופרסל בע"מ - החלטת בדבר אישור מיזוג בתנאים (2005) הגבלים עסקיים 5000115 וכן הי"ע 611/05 שמואל בר לב ואח' נ' הממונה על הגבלים עסקיים ואח' (2005) הגבלים עסקיים 5000162 אשר הוסיף לרשימת הסניפים למכירה סניף נוסף בהסכמת הממונה על הגבלים עסקיים.

מקרה קלאבמרקט, אשר הסעיר את קהילת העסקים הישראלית ואת העיתונות היומית במשך שבועות ארוכים, מזמן לנו הזדמנות טובה לשוב ולבחון, מהי דוקטרינת הפירמה הכושלת, על מי ועל מה נועדה להגן ומה הם התנאים להתקיימותה.

מהי דוקטרינת הפירמה הכושלת?

בחוק הגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן - "חוק הגבלים עסקיים") המחוקק ראה לנכון, לראשונה, להעניק לממונה על הגבלים עסקיים סמכות לפקח על מיזוגים במשק, מתוך מגמה למנוע היווצרות מוקדי כוח שוק על דרך של חבירתם של תאגידי עסקיים במשותף. תפקידו של הממונה על הגבלים עסקיים בהתאם לחוק הוא, אם כן, לשמש בלם בפני מיזוגים אשר עלולים לפגוע בתחרות.

סמכותו של הממונה על הגבלים עסקיים להתנגד למיזוג קבועה בסעיף 21(א) לחוק הגבלים עסקיים אשר זו לשונו:

"הממונה 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 באחת מאלה:

(1) רמת המחירים של נכס או של שירות;

(2) איכות נמוכה של נכס או של שירות;

(3) הכמות המסופקת של הנכס או היקף השירות, או סדירות האספקה ותנאיה."

ההנחיה שניתנה לממונה על הגבלים עסקיים, אימתי עליו להתנגד למיזוג ואימתי עליו לאפשרו, לאקונית ביותר. על הממונה להתנגד למיזוג כאשר הוא מוצא שהמיזוג מקים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות או בציבור.⁶

למן חקיקתו של החוק בשנת 1988 התפתח הדין ופורש על ידי בית הדין להגבלים עסקיים ועל ידי בית המשפט העליון בפסקי דין שניתנו על ידם⁷ וכן בהחלטות רבות שניתנו על ידי

6. מלשון הסעיף עולה, כי הממונה רשאי להתנגד למיזוג לא רק במקום שבו קמה, כתוצאה ממנו, פגיעה בתחרות, אלא גם במקום שבו הפגיעה היא פגיעה בציבור שאינה פגיעה תחרותית. אלא שעד היום לא מצא הממונה על הגבלים עסקיים לעשות שימוש בתיבה "פגיעה בציבור" על מנת להתנגד למיזוג משיקולים שאינם שיקולי תחרות.

7. ראו: ע"א 2247/95 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל ואח' פ"ד נב(5) 213 (1998); הי"ע 9/99 (מחוזי י-ם) אמנה (תש"י) חברה להחסנה וערובה בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים דינים מחוזי, לג(3) 746 (2002); ערר 1/00 (מחוזי י-ם) פוד קלאב בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים דינים מחוזי לג(8) 694 (2003); הי"ע 7014/02 עמינח רשתות שיווק בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים (דינים מחוזי, לה(6) 812 (2005); הי"ע 7005/02 די. בי. אס שירותי לוויין (1998) בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים דינים מחוזי לד(4) 892 (2004); הי"ע 613/05 (מחוזי י-ם) דור אלון אנרגיה ישראל (1988) בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים דינים מחוזי לו(3) 930 (2006) (פסק הדין התהפך לאחר מכן בבית המשפט העליון, אך במועד כתיבת מאמר זה טרם ניתנו הנימוקים החלטה) ועוד.

תדפיס מתוך
תאגידים ג/5 (אוקטובר 2006) • 23

הממונה על הגבלים עסקיים,⁸ אשר פרס יריעה רחבה של נימוקים במקרים בהם מצא לנכון להתנגד למיזוג. פסקי הדין והחלטות הממונה יצקו תוכן רב למונח "חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות" והעמידו תורה כלכלית ומשפטית באשר לאופן בו יש לנתח מיזוגים ומה הם העניינים המקימים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות. למעשה, דיני המיזוגים בארץ מהווים היום מעין "משפט מקובל", אשר התפתח ממקרה למקרה. מי שקורא את לשונו הלאקונית של החוק אינו יכול להבין מתוכו את שלל התובנות, הנורמות והכללים שנקבעו בפסיקה ובהחלטות הממונה על הגבלים עסקיים במהלך השנים בקשר עם מיזוגים.

אל תוך דיני המיזוגים הישראלים נשאבו כללים המקובלים במדינות אחרות בקשר עם ניתוח של מיזוגים בנסיבות דומות. הנחיות המיזוגים האמריקאיות⁹ והנחיות המיזוגים של נציבות האיחוד האירופי¹⁰ הפכו למקור משפטי ראשון במעלה בניתוח מיזוגים בישראל והם מהווים היום מצפן מקצועי לכל מי שנדרש לסוגיית ניתוח תחרותי של מיזוגים.

על רקע תהליך זה של התפתחות דיני המיזוגים בארץ, נקל להבין את "היבוא" לדיני המיזוגים של ישראל של דוקטרינת הפירמה הכושלת, אשר הוכרה הן בארצות הברית והן באיחוד האירופי. **בקליפת אגוז, קובעת דוקטרינת הפירמה הכושלת, כי ניתן לאשר מיזוג גם כאשר הוא פוגע באופן ברור בתחרות, אם החברה המתמזגת היא חברה כושלת מבחינה כלכלית ללא סיכויי תקומה, ואם לא נמצא לה רוכש אחר, אשר מיזוג עימו פוגעני פחות לתחרות.**

בארצות הברית ובאירופה נקבעו תנאים שונים מעט לתחולתה של הדוקטרינה ואף בארצות הברית גופה נמצאו גישות שונות לעניין החלתה של הדוקטרינה - חלקן מרחיבות יותר את תחולתה וחלקן מצרות אותה. אך למרות ההבדלים הקיימים בהחלתה של הדוקטרינה, העיקרון המרכזי המנחה אותה, חד הוא. על פי עיקרון זה, אם הגיעה חברה למצב שבהעדר המיזוג המוצע עלולה היא להתמוטט ולהתפרק ואין כל אפשרות להותיר את החברה הכושלת בחיים, אלא על דרך של המיזוג המבוקש, מן הראוי לאפשר את המיזוג, חרף הפגיעה שהוא מזמן לתחרות.

-
8. אישור מיזוג בתנאים Columbus Capital Corporation מקבוצת קלארידג' - כור תעשיות בע"מ (1998) הגבלים עסקיים 3001322; הריבוע הכחול ישראל בע"מ - ירקון (פלוס 2000) סיטונאות מזון בע"מ - התנגדות למיזוג, (2001) הגבלים עסקיים 3012117; מיזוג בין בראון פישמן תקשורת בע"מ לבין ידיעות אחרונות בע"מ - החלטה בדבר התנגדות למיזוג - נימוקי התנגדות, (2002) הגבלים עסקיים 3015790 ועוד.
 9. U.S Department of Justice and the Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines .10
 10. Commission Notice - Guidelines on the Assessment of Horizontal Mergers under the Council Regulation on the Control of Concentrations between Undertakings (Issued 2004).

תדפיס מתוך
תאגידים 5/ג (אוקטובר 2006) • 24

בארץ הוחלה דוקטרינה זו מספר פעמים. שני המקרים הבולטים ביותר בהם ראתה לנכון רשות הגבלים עסקיים להחיל את הדוקטרינה היו במקרה של מיזוג חברת השמירה וחברת נוראל¹¹ ובמקרה של מיזוג קלאבמרקט.¹²

במקרה הראשון דובר ברכישתה של חברת נוראל אשר סיפקה שירותי מוקד שמירה באזורים שונים בצפון וכשלה בעסקיה. המיזוג בין חברת השמירה וחברת נוראל בישר על הפיכתה של חברת השמירה למונופול דומיננטי במספר ערים בצפון ובאחת מהן אף מונופול מוחלט (נתח שוק של 100%). חרף זאת מצא הממונה על הגבלים עסקיים לנכון לאפשר את המיזוג על רקע העדרה של כל חלופה אשר תמנע או תפחית את הפגיעה בתחרות.

במקרה השני דובר, כאמור, ברכישתה של רשת השיווק הארצית השלישית בגודלה על ידי רשת השיווק הארצית הראשונה בגודלה, תוך הותרת השוק הישראלי עם שתי רשתות שיווק ארציות בלבד ומספר רשתות שיווק מקומיות בעלות עוצמה שונה.

שני המקרים שונים זה מזה, הן בנסיבותיהם והן במבחנים שהם מציבים לצורך החלת דוקטרינת הפירמה הכושלת. עם זאת, דבר אחד משותף לשניהם - הפגיעה התחרותית כתוצאה מן המיזוג היתה ניכרת וברורה, וברי מלשונן של שתי החלטות הממונה, שאילולא התקיימו מלוא הנסיבות המצדיקות החלת הדוקטרינה של הפירמה הכושלת, מן הראוי היה להתנגד למיזוג.

מדוע מצאו שיטות המשפט השונות העוסקות בפיקוח על מיזוגים לקבוע חריג לכלל לפיו יש למנוע מיזוג שפוגע בתחרות? מדוע מוצדק לאפשר לחברה שכשלה מבחינה כלכלית להתמזג מיזוג הפוגע בתחרות וממילא גם בצרכן? זאת נבחן בפרק הבא.

על איזה אינטרס מבקשת דוקטרינת הפירמה הכושלת להגן?

בחינה של התפתחות דוקטרינת הפירמה הכושלת, בעיקר החל מראשית שנות ה-30 ועד היום, מלמדת על שתי גישות מרכזיות להצדקת הדוקטרינה. גישות אלה, שהן במידה כלשהי יריבות זו לזו, משליכות על האופן שבו יש לפרש את הדוקטרינה ועל המקרים בהם מוצדק להחיל אותה. לפיכך ראוי כי נתעכב על האידיאולוגיות השונות בבסיס הדוקטרינה.

11. **השמירה טכנולוגיות מיגון (1971) בע"מ - נוראל אלעזר מרכז הביטחון בע"מ - החלטה בדבר אישור מיזוג בתנאים נימוקים להחלטה (1998) הגבלים עסקיים 3001328 (להלן גם - "עניין השמירה נוראל").**

12. ראו הי"ש 4 ו-5. הגם שעניין השמירה - נוראל ומקרה קלאבמרקט הם שני המקרים הבולטים בהם הוחלה הדוקטרינה, ראוי לציין, כי אין אלה הפעמים היחידות בהן נעשה בה שימוש. כך למשל, במיזוג שניר תעשיות נייר (1995) בע"מ עם ישראלפיפר תעשיות נייר אושר מיזוג על רקע קשיים כלכליים של הפירמה הנרכשת. כיוון שהממונה אינו נוהג לנמק החלטות לאשר מיזוג (ראו חוק לתיקון סדרי המינהל (הנמקות), התשי"ט-1958) ועיקר הנמקותיו בתחום המיזוגים נוגעות למקרים בהם ראה לנכון להתנגד למיזוג, אין בנמצא נתונים מדויקים באשר למספר המקרים בהם עשה הממונה על הגבלים עסקיים שימוש בדוקטרינת הפירמה הכושלת על מנת להכשיר מיזוגים שטמונה בהם פגיעה בתחרות. שני המקרים של השמירה - נוראל וקלאבמרקט הם חריגים, בהם מצא הממונה לנכון לנמק החלטתו לאשר מיזוג ובמסגרתה להתוות את גישתו באשר לרוחב דוקטרינת הפירמה הכושלת.

הגישה הראשונה, אשר תכונה על ידינו "הגישה החברתית", שמה את עיקר הדגש על הנזקים החברתיים אשר ייגרמו כתוצאה מהתמוטטותה של הפירמה. נזקים אלה מתבטאים לא אחת בנזק כבד לנושים, נזקים לבעלי המניות ונזקים חמורים לעובדי הפירמה, אשר עשויים למצוא עצמם ללא מקור פרנסה. נוכח נזקים אלה, שהם שכיחים ביותר בעת התמוטטותה של חברה, קובעת הגישה החברתית, כי יש לשים חריג בצורך לשמור על התחרות. במקרים כאלה, על אינטרס השמירה על התחרות לסגת מפני האינטרס החברתי למזער את הנזקים שנגרמים מהתמוטטותה של הפירמה. לכן, במקרים בהם גוררת התמוטטות הפירמה נזקים עקיפים, מן הראוי לאפשר לה להתמזג גם עם מתחריה תוך "תשלום המחיר" של פגיעה בתחרות.

הגישה השנייה, אשר תכונה על ידינו "הגישה התחרותית", מתמקדת בניתוח תחרותי של מצב הדברים שנוצר בעקבות התמוטטות הפירמה. על פי גישה זו, ניתן גם כן להכשיר עיסקה אשר פוגעת בתחרות במקרה בו עסקינן בפירמה כושלת, אך זאת רק מכיוון שממילא לא קיימת אלטרנטיבה תחרותית טובה יותר. בנסיבות בהן האלטרנטיבה היחידה שנותרה למיזוג היא התמוטטות מוחלטת של הפירמה ויציאתה מן השוק, הרי שאובדנו של מתחרה פעיל הוא מחיר נתון, בין אם תאושר עסקת המיזוג ובין אם לאו. במקרה כזה, עדיף מבחינה כלכלית להסכים לאובדנו של שחקן פעיל בשוק על דרך של מיזוג עם מתחרהו, שכן על דרך זו ניתן לכל הפחות להציל את נכסיו ואת אמצעי הייצור של השחקן המתמוטט.

נציין כבר כעת, שהגישה השנייה, היינו הגישה התחרותית, היא זו אשר התקבלה בסופו של דבר על דעת רשויות התחרות בארצות הברית ובאירופה, כמו גם על רשות הגבלים עסקיים בארץ. לכך יש, כמובן, השלכה על רוחב הדוקטרינה, על התנאים להתקיימותה ועל מידת השכיחות שבהחלטה. עם זאת, ובטרם נתמקד בגישה המקובלת היום, מן הראוי להעמיק מעט בהנמקות שמאחורי הגישה החברתית, מה היתה הביקורת עליה, ומדוע נדחתה בסופו של דבר על ידי רשויות התחרות השונות.

הגישה החברתית

ראשיתה של דוקטרינת הפירמה הכושלת בפסק הדין האמריקאי **International Shoe Co. v. Federal Trade Commission** מ-1930.¹³ באותו מקרה נדונה חוקיות הרכישה של פירמה לייצור נעליים על ידי פירמה אחרת, שאף היא עסקה בייצור נעלי גברים.¹⁴ ההנמקה להחלטה של דוקטרינת הפירמה הכושלת מלמדת על המתח שבין הגישה החברתית לבין הגישה התחרותית. וכך קבע בית המשפט באותו מקרה:

¹³ 280 U.S. 291.

¹⁴ ראוי לציין, כי באותו מקרה ההכרעה בערעור התבססה על שני ראשים: על פי הראש האחד סבר בית המשפט העליון, כי נציבות התחרות האמריקאית ובית משפט קמא הגדירו את השוק שלא כהלכה וכי בפועל לא מדובר בשתי פירמות המתחרות זו בזו כלל ועיקר. על פי הראש השני של פסק הדין, קשייה הכלכליים של הפירמה מצדיקים את רכישתה חרף הפגיעה בתחרות. לפיכך, ייתכן שניתן לראות את דיונו של בית משפט בדוקטרינת הפירמה הכושלת במקרה זה, כהערת אגב בלבד.

"In the light of the case thus disclosed of a corporation with resources so depleted and the prospect of rehabilitation so remote that it faced the grave probability of a business failure with resulting loss to its stockholders and injury to the communities where its plants were operated, we hold that the purchase of its capital stock by a competitor (there being no other prospective purchaser), not with a purpose to lessen competition, but to facilitate the accumulated business of the purchaser and with the effect of mitigating seriously injurious consequences otherwise probable, is not in contemplation of law prejudicial to the public and does not substantially lessen competition or restrain commerce within the intent of the Clayton Act."¹⁵ (ההדגשות הוספו).

כעולה מדברי בית המשפט, לנגד עיניו עמדו הנזקים העלולים להיגרם מאובדנה של הפירמה לבעלי מניותיה ולקהילות בהן הפירמה פועלת. אלה מלמדים על מאפייניה של הגישה החברתית. בית המשפט מצייין, כי לא ניתן לומר על מיזוג מסוג זה, אשר טומן בתוכו חיסכון של נזקים חברתיים משמעותיים, שהוא מיזוג שנוגד את טובת הציבור. חרף זאת מוצא בית המשפט לנכון להסביר גם, כי מיזוג מסוג כזה אינו מתאים למונח "פגיעה משמעותית בתחרות או הגבלה על המסחר" במובנו של סעיף 7 ל-Clayton Act (הסעיף בחוק האמריקאי האוסר על מיזוגים שפוגעים בתחרות). לפיכך, בצד ההתייחסות אל הסיטואציה כסיטואציה חריגה המצדיקה סטייה מהגישה הכללית של ניתוח מיזוגים והסכמה למיזוג חרף הפגיעה שלו בתחרות, מוצא בית המשפט לנכון לקבוע, כי בפועל מיזוג בנסיבות אלה אינו פוגע בתחרות.

בשנת 1950 מצא הקונגרס האמריקאי לנכון לתקן את סעיף 7 ל-Clayton Act וזאת במסגרת ה-Celler Kefauver Act. בדיונים שנערכו בקונגרס בקשר עם התיקון האמור נדונה גם דוקטרינת הפירמה הכושלת. כעולה מדו"ח הוועדה בקשר לתיקונים המוצעים, סבר המחוקק האמריקאי, כי במקרים בהם עסקינן בפירמה כושלת, על שיקולי התחרות לסגת בפני שיקולים חברתיים שאינם שיקולי תחרות, וזאת במטרה להקטין את הנזקים הנובעים מהתמוטטות הפירמה.¹⁶

ביטוי לגישה זו ניתן למצוא גם אצלנו, בהחלטת הממונה על הגבלים עסקיים בעניין מכירת תיק הביטוח של הסנה למגדל וכלל.¹⁷ וכך נאמר שם על ידי הממונה על הגבלים עסקיים:

15. שם בעמ' 301-302.
16. ראו: P. Arreda & H. Hovenkamp *Antitrust Law* (2nd ed., Aspen, 2005) Vol. IV p. 244-245; וכן H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy - The Law of Competition and its Practice* (2nd ed. St. Paul Minn., 1999) p. 544-545.
לדיון רחב בהיסטוריה של דוקטרינת הפירמה הכושלת ומקומה של הגישה החברתית בהיסטוריה זו ראו: E. O. Correia "Reexamining The Failing Company Defense" 64 *Antitrust Law Journal* (1996), 683.
17. **החלטה בעניין רכישת תיקי הביטוח של חברת "הסנה" על ידי חברת "מגדל" וחברת "כלל"** (ההגבלים העסקיים - החלטות הממונה ופסקי דין, הוצאת ועד מחוז תל אביב, כרך א') 152, 155.

"המצב שנוצר עם קריסתה של חברת הסנה יצר מציאות חדשה, וחייב מתן מענה, שאינו שגור וקבוע מראש, לעיסקאות רגילות של מוכר מרצון וקונה מרצון. בהקשר זה, באשרי את העסקה נתתי דעתי לנתונים הבאים... אכן, השיקולים הראשון והשני לעיל, אינם אלא בבואה של ה-Failing Company Defense, המוכרת בדיני ההגבלים העסקיים בארה"ב, ואשר הגיונה אך מתחזק שעה שמדובר במוסד פיננסי כמו חברת ביטוח, שקריסתו מביאה לפגיעה חמורה בציבור גדול יחסית. על דרך ההכללה, ניתן לומר כי הרציונל להגנה הזו טמון בכך, שאם חברת המטרה ממילא עתידה בוודאות לקרוס, הרי שבדרך כלל רכישתה לא תגרום לפגיעה משמעותית בתחרות. למעשה, המדובר הוא באיזון אינטרסים בין שתי רעות; מחד גיסא, הפגיעה בתחרות עקב המיזוג ומאידך גיסא, הנזק הבלתי נמנע שייגרם לבעלי המניות ולציבור אם החברה תוותר לגורלה. לביסוס ההגנה נדרש להוכיח, כי המדובר בחברה כושלת ללא תקנה וכי לא היו בנמצא קונים פוטנציאליים אשר רכישתם היתה גורמת לפגיעה פחותה בתחרות לעומת המיזוג המתבקש" (ההדגשות הוספו).

באותו מקרה הותיר הממונה על הגבלים עסקיים את שאלת החלת דוקטרינת הפירמה הכושלת בצריך עיון ולא עשה בה שימוש. עם זאת, יש בדברים שנאמרו אגב אורחא כדי ללמד על החלתה של הגישה החברתית לדוקטרינת הפירמה הכושלת. במקרה של פירמה כושלת, כך לפי הגישה החברתית, מתנגשים שני אינטרסים, אינטרס השמירה על התחרות והאינטרס למנוע את הנזק שייגרם לציבור כתוצאה מהיעלמותה של הפירמה מן השוק.

בדיון הציבורי סביב קריסתה של קלאבמרקט, קיבלה הגישה החברתית ביטוי רחב. על הפרק עמד גורלם של ספקים רבים, אשר סיפקו לקלאבמרקט סחורות באשראי בתקופת הפסח ובהגיע המועד לפירעון החוב לא יכלה קלאבמרקט לפרוע חובותיה והותירה אותם בפני שוקת שבורה. חשש נוצר גם לגבי ספקיהם של אותם ספקים, אשר סיפקו להם חומרי גלם באשראי ניכר ונוצר חשש, כי נפילתה של קלאבמרקט תגרור אחריה שרשרת של נפילות כלכליות רבות. על הפרק עמד גם גורלם של עובדיה הרבים של קלאבמרקט, אשר נותרו בלא מקום עבודה מוסדר. רבים סברו באותה עת, כי על רשות הגבלים עסקיים לשקול השלכות אלה בעת בחינת המיזוג שבין קלאבמרקט לבין שופרסל ולאשר את העיסקה כחריג לדיני המיזוג הרגילים, מתוך הכרה באינטרסים אחרים המושכים לכיוון קיום העיסקה.

חרף הדיון הציבורי בהקשר זה, הממונה על הגבלים עסקיים לא החיל את הגישה החברתית במקרה של קלאבמרקט. אם בסופו של דבר יושמה במקרה דנן דוקטרינת הפירמה הכושלת, הרי שהדבר נעשה דווקא מכוח הגישה התחרותית המצרה יותר.¹⁸

לא בכדי בחר הממונה על הגבלים עסקיים להתעלם משיקולים חוץ-תחרותיים בבחינה של המיזוג של קלאבמרקט ושופרסל. גם בארה"ב, שם דובר רבות על הצורך ליצור חריג

18. ראו הנימוקים בעניין קלאבמרקט בה"ש 4 שם נאמרו בין היתר הדברים הבאים: "זוהי, על רגל אחת, הדוקטרינה הידועה בכינוי "דוקטרינת החברה הכושלת". במקרה כזה הפגיעה התחרותית היא למעשה תוצאה בלתי נמנעת שאינה תלויה עוד בהחלטת הממונה במיזוג. הבסיס הרעיוני והמשפטי עליו מושתתת דוקטרינת החברה הכושלת הוא אפוא ניתוק הקשר הסיבתי בין ביצוע המיזוג לבין הפגיעה התחרותית."

לשיקול התחרותי, לא התקבלה הגישה החברתית. מלומדים בתחום ההגבלים העסקיים יצאו בביקורת נוקבת על גישה המבקשת לאזן בין אינטרס התחרות לבין אינטרסים חברתיים אחרים וקראו לאמץ גישה מצרה ומרוסנת יותר לדוקטרינת הפירמה הכושלת.

פוזנר, בספרו Antitrust Law, מביע את הביקורת החריפה ביותר כלפי הגישה החברתית לדוקטרינת הפירמה הכושלת.¹⁹ פוזנר מסביר, כי התמוטטותן של חברות היא חלק מהליך כלכלי תקין אשר בו נדחקות אל מחוץ לשוק פירמות בלתי יעילות. לפיכך הותרת פירמות כושלות ליפול מאפשרת הטלת ההפסדים מהכישלון על מי שאחראי לכישלון העסקי. לעומת זאת, ניסיון להותיר את הפירמה הכושלת בחיים על דרך של מתן אפשרות להתמזג עם פירמה אחרת, באופן שתיווצר פגיעה בתחרות, רק מחזקת את המונופול הבלתי יעיל:

"Business failures are indispensable means of imparting incentive for efficient business behavior, by placing the costs of mistake on the firms that make them. Condoning monopoly in order to avert business failure protects not only monopoly, but, what is worse, inefficient monopoly. It may not even reduce the number of bankruptcies significantly, since by reducing the expected cost of failure it encourages firms to take greater financial risks."²⁰

ואמנם, כאשר מבקשים לאזן בין אינטרסים נוגדים - האינטרס לשימור התחרות והאינטרס החברתי להפחית את נזקי המפולת של הפירמה, וכאשר מבקשים מאינטרס התחרות לסגת על מנת שנוזקי התמוטטות הפירמה יפחתו, יש לגישה מעין זו מחיר כלכלי ישיר. במקום שבנזקים הכלכליים של הפירמה המתמוטטת ישאו נושיה של הפירמה, בעלי מניותיה ועובדיה, מתבקש ציבור לקוחותיה וצרכניה של הפירמה לשאת בנזקי ההתמוטטות הכלכלית. שהרי, אם בשם הרצון להפחית את נזקי הכישלון הכלכלי מאפשרים מיזוג שיוצר כוח שוק ופוגע בתחרות, הנפגעים הישירים מכך הם לקוחות הפירמה הממוזגת.²¹

יש לזכור, כי במקרים רבים מאד בהם מתעוררת סוגיית הפירמה הכושלת, אין זה מקרה שדווקא הפירמה המתחרה "מתנדבת" לרכוש אותה ולרכך את נזקי ההתמוטטות הכלכלית. פעמים רבות הפירמה המתמוטטת כדאית למתחרה ולא לצד שלישי אחר דווקא מכיוון שמיוזג מעין זה ייצור עבור הפירמה הרוכשת כוח שוק ויאפשר לה לגבות מאת לקוחותיה פרמיה מונופוליסטית. לפיכך, יהיו אלה לקוחות הפירמה הממוזגת ש"יסבסדו" את הצלת הפירמה המתמוטטת על ידי הפירמה המתחרה לה.²²

ביקורת מסוג אחר על הגישה החברתית הובעה על ידי Areeda & Hovenkamp.²³ בספרם הם מסבירים, כי לא ניתן כלל לערוך איזון בין אינטרס התחרות לבין אינטרסים אחרים.

19. H. Hovenkamp & R. A. Posner, *Antitrust Law*, (2nd ed., Chicago and London, 2001) p. 27-28 שם בה"ש 16 עמ' 545.
20. שם בעמ' 28.
21. ראו מאמרו של Correia שם בה"ש 16 עמ' 696-697.
22. שם בעמ' 696.
23. שם בה"ש 16 עמ' 248-251.

ראשית, אינטרסים של נושים ניתנים לעיתים לכימות כספי מדויק, ואילו אינטרס השמירה על התחרות אינו ניתן לכימות מדויק ולכן לא ניתן למדוד אותו אל מול האינטרס של נושים. שנית, מדידת האינטרסים הנפגעים מהתמוטטות הפירמה אינה מלאכה קלה כלל ועיקר. כך למשל, ייתכן שהתמוטטות פירמה תהיה כרוכה באובדן של מקומות עבודה בקהילה אחת, אך תיצור פתח להקמת מפעל מתחרה בקהילה אחרת. לעומת זאת, אין כל הכרח שרכישת הפירמה על ידי מתחרה שלה ויצירת מונופול, תציל את מקומות העבודה כמצופה. קיים גם קושי אמיתי בדירוגם של האינטרסים השונים שעליהם יש להגן. האם יש לתת את המשקל העיקרי לאינטרס הנושים, או שמא לעובדי החברה המתמוטטת? שאלות אלה הן שאלות ללא מענה מדויק, וספק אם עניינה של רשות תחרות לעסוק בהם.²⁴

ואמנם, רשויות תחרות שונות ברחבי העולם כולו אחידות בדעתן, כי רשות תחרות אשר מפקחת על מיזוגים צריכה לשים את התחרות כשיקול בלעדי שעומד לנגד עיניה וכי אין זה מתפקידן של רשויות תחרות לאשר מיזוגים בשל שיקולים לבר-תחרותיים, כגון שיקולי תעסוקה, שיקולי יציבות העסקים, חוסנם וכיו"ב.²⁵

הגישה התחרותית

הגישה התחרותית לדוקטרינת הפירמה הכושלת מצמצמת יותר בפרשנות ההגנה. בבסיס הגישה התחרותית עומדת ההבנה, שאין כל קשר בין המיזוג לבין הנזק התחרותי שייגרם ממנו.²⁶ הנזק התחרותי ייגרם ממילא בשל יציאתה של הפירמה הכושלת מן השוק, אם על דרך של פירוק ואם על דרך של מיזוג. במקרה כזה, גורסת הגישה התחרותית, נכון יותר לאפשר את יציאתו של המתחרה מהשוק באופן היעיל ביותר. תחת הוצאת נכסיו של התאגיד הכושל מן השוק,²⁷ טוב יותר שלפחות המתחרה שלו יוכל ליהנות מהנכסים העומדים למכירה, גם אם בזכות כך ייווצר למתחרה הרוכש כוח שוק או שיתחזק כוח השוק שהיה בידיו עוד קודם לכן.

בבסיס הגישה התחרותית עומד המודל הקלאסי של מתחרה גדול המבקש לרכוש את המתחרה היחיד הקטן שלו בנסיבות של התמוטטותו הכלכלית. ניתוח כלכלי מלמד, שטוב

24. קשיים דומים הועלו אף על ידי Correia במאמרו שם בה"ש 16 עמ' 695-698.

25. חריגה לעניין זה היא רשות התחרות הדרום-אפריקאית, אשר בהתאם להוראות החוק נדרשת, במסגרת בחינת המיזוגים, לתת את הדעת גם לשיקול של קידום הקהילה השחורה בדרום-אפריקה. אלא שיוצא מן הכלל זה רק מדגיש את הכלל הנקוט בשאר הרשויות בעולם. ראוי לדייק ולומר, כי במספר מדינות קיימת סמכות לדרג מדיני (שר, ממשלה או פורום מדיני אחר) להתערב בהחלטות רשות התחרות המקומית ולשנותה משיקולים שאינם שיקולי תחרות. לדוגמה: גרמניה. ראו בעניין זה פרסומים של ה-International Competition Network (ICN) באתר האינטרנט שלהם: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/mergercontrol.html>.

26. במקרה קלאבמרקט הוסבר, כי דוקטרינת הפירמה הכושלת תחול במקרים של ניתוק הקשר הסיבתי שבין המיזוג לבין הפגיעה התחרותית. הפגיעה התחרותית תיגרם בין אם יאושר המיזוג ובין אם לאו. ראו ה"ש 18. הניתוח במקרה קלאבמרקט הולך אחר ניתוח דומה שנעשה על ידי בית הדין האירופי לצדק בפסק הדין העיקרי שהכיר בדוקטרינת הפירמה הכושלת – C-68/94 and C-30/95 France v. Commission (1998) I-1375 4 CMLR 829.

27. לעניין זה, נכסים הם גם צוות עובדים מיומן בעל יכולות יישום פעילותו של התאגיד, המוניטין אשר הושג במאמצי שיווק ובגין הצלחה כלכלית וכמובן נכסי קניין רוחני.

יותר שהמתחרה הגדול יהפוך להיות מונופול מוחלט על דרך של רכישת מלוא הנכסים, הציוד והמשאבים של מתחרהו, מאשר שיהפוך למונופול מוחלט משום שנכסיו של המתחרה הקטן אבדו או יצאו אל מחוץ לשוק.²⁸ הניתוח הופך מורכב יותר, כאשר עסקינן בחברה מתמוטטת המקיימת את פעילותה בשוק של מספר שחקנים והתמוטטותה עלולה ליצור או לחזק קיומו של אוליגופול.²⁹

ניתוח בהיר של הגישה התחרותית לדוקטרינת הפירמה הכושלת ילמדנו, שאין היא חריג לניתוח תחרותי של מיזוגים, אלא היא מהווה חלק מהניתוח התחרותי עצמו. ניתוח תחרותי הוא אשר מוביל למסקנה, כי התוצאה התחרותית הטובה ביותר היא רכישת גוף כושל על ידי מתחרהו ויצירה או חיזוק של כוח השוק שיש לרוכש בעקבות רכישה זו.³⁰

דוקטרינת הפירמה הכושלת הופכת להיות בת-דודתה הקרובה של הגנת היעילות בניית מיוזוגים. בהתאם להגנת היעילות תוכל רשות תחרות להתיר מיזוג שפוגע בתחרות, אם תשוכנע שהיעילויות הנובעות מן המיזוג מצדיקות את הפגיעה התחרותית.³¹ אף הגישה התחרותית לדוקטרינת הפירמה הכושלת מקבלת את הפגיעה התחרותית ונותנת את מירב המשקל לשיקול היעילות הנובעת ממיזוג החברה להבדיל מאובדנה המוחלט. אלא, שדוקטרינת הפירמה הכושלת אף אינה נשענת על הגנת היעילות. בהחלת הגנת היעילות שוקלות רשויות התחרות על כפות המאזניים את האפשרות של קיום פגיעה תחרותית בצירוף יעילויות שינבעו מכך אל מול האפשרות שלא לאשר את המיזוג, למנוע את הפגיעה התחרותית ויחד עימה להימנע גם מהיעילויות הנובעות מן העיסקה. בהחלת הדוקטרינה של הפירמה הכושלת על פי הגישה התחרותית, מערכת השיקולים היא שונה. הפגיעה התחרותית היא בלתי נמנעת. בין אם יאושר המיזוג ובין אם לאו, עסקינן באובדנו של שחקן בשוק. הבחירה היחידה היא בין אובדנו של השחקן על דרך של מיזוג או אובדנו על דרך של פירוק. לפיכך, גם בלא להיזקק להגנת היעילות בניית מיוזוגים, קיים יסוד אנליטי תחרותי להכרה בדוקטרינת הפירמה הכושלת.

28. ראו H. Hovenkamp שם בה"ש 16 בעמ' 545-546. כפי שמוסבר שם, אם נניח שהפירמה הרוכשת מייצרת 60 יחידות והפירמה הכושלת הנרכשת מייצרת 40 יחידות, ואם נניח שבעקבות מיזוג בין שתי שחקניות אלה תקטן התפוקה של המונופול המוחלט שנוצר ל-80 יחידות בלבד (להבדיל מ-100 יחידות שיוצרו קודם למיזוג), עדיין טוב יותר שאת היכולת לייצר 20 יחידות נוספות תקבל הפירמה הרוכשת מהפירמה הכושלת, מאשר שתאלץ להקים יכולת ייצור גדולה יותר בעצמה. זאת ועוד. אפילו נניח שלפירמה הרוכשת יש יכולת להרחיב את הייצור ל-80 יחידות מבלי לרכוש אמצעי ייצור חדשים ומבלי להתמזג עם הפירמה הכושלת, גם כך עלות הייצור עבורה בשני מפעלים שונים (של החברה הרוכשת והחברה הכושלת) עשויה להיות נמוכה יותר מאשר עלות הייצור של 80 יחידות באמצעי הייצור של עצמה בלבד. הורדת העלות השולית של המונופול המוחלט שנוצר תאפשר הורדת המחירים בהם נמכרים מוצריו לצרכן והקטנת הפרמיה המונופוליסטית הנגבית על ידו.

29. ראו התייחסות לסוגיה זו להלן.
30. ראו גם R. A. Posner שם בה"ש 19: "It is true, the imminent failure if the acquired firm would be" relevant in appraising the competitive effect of the acquisition. It might indicate that the acquisition had changed nothing in the market - the competitor that was eliminated by it was on its way out anyway."

31. ראו: **U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines** (Issued 1992, revised 1997). על רוחבה המדויק וגדרותיה של הגנת היעילות נטושה מחלוקת בין רשויות תחרות שונות ובין מלומדים שונים בתחום ההגבלים העסקיים. יש הגורסים, שיש להכיר רק ביעילויות אשר מהן ייחנה בסופו של יום הלקוח או הצרכן ויש הגורסים שדרישה זו היא מיותרת. דיון ברוחבה המדויק של הגנת היעילות חורג מגבולותיו של מאמר זה.

תדפיס מתוך
תאגידים ג/5 (אוקטובר 2006) • 31

אלמנט אחד בלבד הופך את דוקטרינת הפירמה הכושלת, בהתאם לגישה התחרותית, ל"הגנה" - לחריג בניתוח התחרותי הסדור והשיגרתי - סוגיית נטל הראיה. בעוד הנטל להוכיח פגיעה תחרותית מוטל לרוב על רשות התחרות - ובהעדר ראיות ברורות לחשש סביר לפגיעה בתחרות, אין רשות תחרות רשאית להתנגד למיזוג³² - הרי שהנטל להוכיח התקיימות התנאים להחלת דוקטרינת הפירמה הכושלת מוטל על הצדדים המתמזגים ועליהם בלבד.³³

כאמור, הן בארצות הברית, הן באירופה והן בישראל אומצה הגישה התחרותית לדוקטרינת הפירמה הכושלת. מכיוון שהגישה התחרותית לדוקטרינת הפירמה הכושלת הינה גישה הרואה בהגנה חלק מן הניתוח התחרותי, הפכה היא לקלה יותר לאימוץ במקומותינו. המחוקק הישראלי הורה לממונה על הגבלים עסקיים להתנגד למיזוג, אם הוא מוצא חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות או בציבור. אימוץ הגישה התחרותית לדוקטרינת החברה הכושלת מאפשר לממונה על הגבלים עסקיים לאשר מיזוג חרף נזקיו לתחרות, מכיוון שפגיעה זהה או חמורה יותר עלולה להיגרם גם אם יחליט להתנגד למיזוג. לפיכך, אימוץ הגישה התחרותית לדוקטרינת הפירמה הכושלת מתיישבת גם עם לשונו המצומצמת של החוק.³⁴ החוק לא התיר לממונה על הגבלים עסקיים לשקול שיקולים חברתיים של תעסוקה, בטחון הנושים וכיו"ב בעת בחינתם של מיזוגים, ובהעדר היתר מפורש לעשות כן, ראה עצמו הממונה על הגבלים עסקיים, כדבר שבשיגרה, מנוע מלשקול שיקולים אלה.³⁵

משעה שהכריעו רשויות התחרות בעולם, כי יש לאמץ את הגישה התחרותית לדוקטרינת הפירמה הכושלת, ממילא נגזרו מכך התנאים שהם מציבים להחלתה. יש לשער, שאם היתה מאומצת הגישה החברתית הכוללת לדוקטרינת הפירמה הכושלת, היה על רשויות התחרות לבחון, כחלק מהתנאים להחלת הדוקטרינה, את כובד ההשפעות העקיפות של התמוטטות הפירמה על הקהילה ככלל ובהתאם לכך לקבוע את ההצדקה שבהחלתה של הדוקטרינה. כך למשל, ייתכן שבמקרה כזה היתה רשות תחרות מגיעה למסקנה, שהתמוטטותה של חברת שמירה במספר ערים בצפון הארץ (כפי שאירע בעניין השמירה ונוראל) אינה מצדיקה, מבחינת השלכותיה על הקהילה, את החלת דוקטרינת הפירמה הכושלת, בעוד המקרה של מיזוג קלאבמרקט ושופרסל מצדיק החלת הדוקטרינה.

מכל מקום, כיוון שהגישה החברתית נדחתה, נותרנו עם מספר תנאים דווקניים להחלתה של הדוקטרינה. אלא שתנאים אלה משתנים מעט בהתאם לדין החל, ולפיכך אין הם זהים בארצות הברית, באירופה ובישראל. להלן נייחד את הפרק הבא לדיון בתנאים השונים שהתגבשו בשיטות משפט שונות להחלת דוקטרינת הפירמה הכושלת ובהצדקה להחלתם של אותם תנאים.

-
32. ראו הי"ע 613/05 (מחוזי י-ם) **דור אלון אנרגיה ישראל (1988) בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים** דינים מחוזי לו(3) 930 (2006).
33. ראן: עניין השמירה - נוראל הי"ש 11 וכן H. Hovenkamp P. Arreda & שם בה"ש 16 עמ' 951.
34. ראן דיון בהשתלבותה של דוקטרינת הפירמה הכושלת בלשונו של סעיף 21 לחוק הגבלים עסקיים בעניין **השמירה נוראל הי"ש 11**.
35. שם, שם וכן ראן גם **National Society of Professional Engineers v. United States** 435 U.S. 679 (1978).

מבט ממוקד על התנאים הנדרשים לשם התקיימות הגנת הפירמה הכושלת

עיון במשפט הנוהג בארצות הברית, באירופה ובהחלטות הממונה על הגבלים עסקיים שניתנו בארץ בקשר עם דוקטרינת הפירמה הכושלת מלמד, כי בצד ההבדלים השונים בין שיטות המשפט, קיימת תשתית זהה להחלטה של הדוקטרינה בכל שיטות משפט אלה.³⁶ אנו נסקור תחילה את התשתית הזו להחלטה של הדוקטרינה ולאחר מכן נעבור לבחון את ההבדלים בין השיטות השונות, תוך בחינה ביקורתית של התנאים שדורשות שיטות שונות לצורך החלטה דוקטרינה.

התשתית הבסיסית להחלטה דוקטרינה

שני תנאים בסיסיים נדרשים בכל השיטות כולן על מנת להיכנס בגידרה של דוקטרינת הפירמה הכושלת.

התנאי הראשון הוא, כי עסקינן בחברה המצויה במצב של חדלות פירעון ועל סף התמוטטות וכי אין לחברה תקומה מסתברת או צפויה.³⁷ התנאי מתבקש וברור. אם

36. בפסק הדין המנחה בארצות הברית בסוגיית הפירמה הכושלת *Citizen Publishing Co. v. U.S.* 394 U.S. (1969) 131 נקבעו המבחנים להחלטה של הדוקטרינה. מבחנים אלה אומצו לאחר מכן, בשינויים שידונו להלן, על ידי רשויות התחרות האמריקאיות ב- *U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines* (Issued 1992, revised 1997). באירופה נקבעו התנאים להחלטה דוקטרינת הפירמה הכושלת בפסק הדין המנחה של בית הדין האירופי לצדק C-68/94 and C-30/95 *France v. Commission* (1998) (ראו שם בה"ש 26). תנאים אלה שונו מעט לאחר מכן בהנחיות של הציבות בקשר עם מיזוגים אופקיים, באופן שהופך אותן לדומות עד מאד לדין האמריקאי. ראו: *Commission Notice - Guidelines on the Assessment of Horizontal Mergers under the Council Regulation on the Control of Concentrations Between Undertakings* (Issued 2004).

37. ראוי לציין, כי הדרישה שיהיה מדובר בחברה חדלת פרעון וכושלת ללא אפשרות תקומה, פוצלה בפסק הדין בעניין *Co. v. U.S. Citizen Publishing*. האחת, כי הפירמה הכושלת תהיה במצב של חדלות פירעון, והשנייה כי אין לפירמה אפשרות שיקום מסתברת. פיצול זה אומץ בהנחיות המיזוגים האמריקאיות, אשר זו לשון:

"A merger is not likely to create or enhance market power or facilitate its exercise if the following circumstances are met: 1) the allegedly failing firm would be unable to meet its financial obligations in the near future; 2) it would not be able to reorganize successfully under Chapter 11 of the Bankruptcy Act; 3) it has made unsuccessful good-faith efforts to elicit reasonable alternative offers of acquisition of the assets of the failing firm that would both keep its tangible and intangible assets in the relevant market and pose a less severe danger to competition than does the proposed merger; and 4) absent the acquisition, the assets of the failing firm would exit the relevant market."

בהחלטה בעניין *France v. Commission* ובהנחיות המיזוגים האירופאיות לאחר מכן נוסחו הדברים באופן מעט שונה, כך שהדרישה לחדלות פירעון של הפירמה הכושלת והעדר אפשרות תקומה של הפירמה אוחדו למעשה לדרישה אחת:

"The Commission considers the following three criteria to be especially relevant for the application of a "failing firm defense". First, the allegedly failing firm would in the near future be forced out of the market because of financial difficulties if not taken over by another undertaking. Second, there is no less anti-competitive alternative purchase than the notified merger. Third, in the absence of a merger, the assets of the failing firm would inevitably exit the market."

בעניין השמירה נוריאל ובמקרה קלאבמרקט, שתי הדרישות (דרישת חדלות הפירעון והדרישה להעדר תקומה מסתברת לפירמה) נוסחו כדרישה אחת מאוחדת.

תדפיס מתוך
תאגידים ג/5 (אוקטובר 2006) • 33

הפירמה הנרכשת אינה במצב של התמוטטות, אין כל הצדקה או סיבה לאפשר לה להתמזג במיזוג הפוגע בתחרות; תתכבד היא ותמשיך במסלול חייה הרגיל, תוך שהיא מציבה תחרות כלכלית לשחקנים המתחרים בה.³⁸

מה דינה של פירמה אשר אינה מתמוטטת, אך קיבלה החלטה נחושה שלא להמשיך בפעילות עסקית כמקודם ולסגור את שעריה? כלום נכון לאפשר לפירמה כזו ליהנות מדוקטרינת הפירמה הכושלת, שהרי החלופה היחידה למיזוגה עם פירמה מתחרה הוא סגירת פעילותה העסקית? התשובה לכך היא שלילית. דיני ההגבלים העסקיים אינם מחייבים את השחקנים במשק להתחרות זה עם זה. יכולה פירמה לקבל החלטה מושכלת וברורה, שאין היא מעוניינת לשמש גורם מתחרה בענף זה או אחר. עם זאת, דיני ההגבלים העסקיים באו למנוע את חברתם המוסכמת והמשותפת של גורמים עסקיים מתוך מגמה והסכמה למנוע את התחרות ביניהם.³⁹

זאת ועוד. לא כל פירמה המצויה בהפסדים היא פירמה שניתן להתייחס אליה ככושלת. אף לא כל פירמה העוברת משבר כספי ניתן לכנות כפירמה כושלת. פירמות רבות ידעו תקופות קשות וצברו הפסדים לאורך שנים ארוכות, ובסופו של יום התאוששו או הפכו להצלחה עסקית. לפיכך, ברורה גם הדרישה האמריקאית והאירופית, כי הפירמה תהיה במצב כלכלי שאינו ניתן לשיקום ולתיקון מסתבר.⁴⁰

ברי, אם כן, שבלא קיומה של פירמה המצויה על עברי-פי-פחות, לא תהיה תחולה לדוקטרינת הפירמה הכושלת.

התנאי השני הוא העדרה של אלטרנטיבה למיזוג המבוקש, שהיא פוגענית פחות לתחרות. כל עוד קיימת אלטרנטיבה אמיתית לרכישתה של הפירמה הכושלת על ידי מי שאינו שחקן בשוק או על ידי שחקן בשוק, אשר רכישה על ידו תמתן את הפגיעה התחרותית, אין להסכיך למיזוג שטמונה בו פגיעה תחרותית.⁴¹

בבחינת האלטרנטיבות הפוגעות פחות בתחרות, מן הראוי להתעלם מכדאיותה הכלכלית של ההצעה האלטרנטיבית למיזוג המבוקש. יכול שההצעה שפוגעת פחות בתחרות טומנת בחובה תמורה כלכלית נמוכה בהרבה עבור המוכר, ובהתאם לכך עבור הנושים השונים הצובאים לפתחה של הפירמה הכושלת, אך גם לאלטרנטיבה נחותה כלכלית יש זכות קיום

38. עם זאת, הדרישה, כי יוכח שאין אפשרות מסתברת לשיקומה של הפירמה זכתה לביקורת. ראו מאמרו של Correia שם בה"ש 16 עמ' 691-693.

39. ראו: ע"פ 7829/03 **מדינת ישראל נ' אריאל הנדסת חשמל ומזורים ובקרה בע"מ** דינים עליון, כרך ע"ג, 2005)654.

40. קיימות גישות שונות לשאלה, מהי מידת הוודאות הנדרשת באשר להעדר אפשרות לשיקומה של הפירמה הכושלת. יש הסבורים, כי דרוש להוכיח סיכויים קלושים בלבד לשיקום הפירמה ויש המסתפקים בדרישה מרוככת יותר. ראו: Areeda and Hovenkamp שם בה"ש 16 עמ' 256-255 וכן מאמרו של Correia שם בה"ש 16 עמ' 691-693. אנו לא נידרש לסוגייה זו.

41. ראו את לשונה המדויק של הדרישה כפי שנוסח בהנחיות המיזוגים האמריקאיות והאירופאיות בה"ש 37.

אם היא פוגעת במידה פחותה יותר בתחרות.⁴² יתר על כן, עצם קיומן של הצעות חלופיות, אשר התמורה הכרוכה בהן נמוכה יותר, עלולה לעורר חשד, כי הסכום הגבוה המשתלם על ידי המועמדת לרכישת הפירמה אינו אלא תשלום של פרמיה על מנת להסיר את התחרות מהדרך ולאפשר יצירתו של כוח שוק.⁴³

ראוי לציין, כי מקרים רבים מאד שבהם מתבקשת החלטה של דוקטרינת הפירמה הכושלת, מוצאים עצמם מחוץ לגידרה של הדוקטרינה משום אי התמלאותה של הדרישה האמורה. כך למשל, במקרה בו ביקשה יהודה פלדות לרכוש את מפעלי פלדה מאוחדים, התנגד הממונה למיזוג האמור משום קיומה של אלטרנטיבה פחות פוגענית.⁴⁴

שני תנאים אלה הם תנאי הבסיס להחלטה של הדוקטרינה והם חוזרים על עצמם בשיטות המשפט השונות. למעשה, אם תאומץ הגישה התחרותית לדוקטרינת הפירמה הכושלת, די בשני תנאים אלה על מנת להצדיק את החלטה של הדוקטרינה ואין צורך בכל תנאי נוסף.⁴⁵ כזכור, לב ליבה של הגישה התחרותית הוא בהנחה, שהנזק התחרותי ייגרם בין אם יאושר המיזוג ובין אם לאו. הנזק התחרותי הוא נתון שמקורו בסיטואציה כלכלית שנוצרה. לפיכך, אין כל קשר סיבתי בין המיזוג ובין הנזק התחרותי, שהרי זה כבר נגרם מהתמוטטות הפירמה. לפי גישה זו, די להיווכח שהפירמה אכן מצויה במצב של התמוטטות ללא שיקום באופן ושאיין כל אלטרנטיבה פוגענית פחות למיזוג המוצע.

התנאים הנוספים הנדרשים על ידי רשויות התחרות להחלת דוקטרינת הפירמה הכושלת

על רקע המפורט לעיל, נראה הצורך - הן של רשויות התחרות בארצות הברית והן של הנציבות האירופית - להוסיף תנאים נוספים להחלטה של הדוקטרינה, דרישה שהיא מעוררת ספקות.

בארצות הברית דורשות רשויות התחרות, בנוסף להחלטתם של שני התנאים בהם דנו לעיל, דרישה שלישית, לפיה בהעדר המיזוג ייצאו הנכסים נושא עיסקת המיזוג אל מחוץ לשוק הרלוונטי. זוהי גם הדרישה של הנציבות האירופית על פי הנחיות המיזוגים החדשות, אשר

42. ראו Areeda and Hovenkamp שם בה"ש 16 עמ' 275-279 וכן את עמדת רשויות התחרות האמריקאיות שם בה"ש 9, כפי שבאה לידי ביטוי בהערת שוליים 39 להנחיות. עם זאת יש מקום לבחון, האם ההצעה החלופית והנמוכה יותר היא באופן משמעותי עדיפה מבחינה תחרותית והאם יש בה תוכן ממשי, היינו האם הרוכש האלטרנטיבי אמנם מסוגל לשקם את עסקי הפירמה הכושלת. ראו Areeda and Hovenkamp שם בעמ' 269-272.

43. אם כי ראוי שאמירה זו תיאמר בזהירות יתרה. ייתכן שלפירמה הרוכשת כדאי יותר להציע סכום גבוה עבור הפירמה הכושלת משום שבזכותה היא תיהנה מיתרונות לגודל או למגוון ולא בשל הפגיעה בתחרות שכרוכה במיזוג דווקא. ראו Areeda and Hovenkamp שם בה"ש 16 בעמ' 276-277.

44. ראו: **נימוקים להתנגדות למיזוג יהודה פלדות בע"מ, מפעלי פלדה מאוחדים בע"מ (בפירוק)** (2003) **הגבלים עסקיים** 3016418.

45. בפסק הדין המנחה האמריקאי בעניין זה *Citizen Publishing Co. v. U.S.*, שם בה"ש 36, לא הוצבו דרישות נוספות פרט לתנאי הראשון אשר פוצל, כאמור, לשתי דרישות משנה ולתנאי השני. דרישה נוספת הוספה על ידי רשויות התחרות האמריקאיות בהנחיות המיזוגים. ראו ה"ש 37.

פורסמו על ידה ב-2004. עיון מעמיק בדרישה זו מחייב ביקורת כלשהי באשר לנחיצותה. נשווה לעצמנו מצב פשוט שבו קיימות בשוק רלוונטי רק שתי פירמות, האחת כשלה והשנייה מבקשת לרכוש אותה ולהפוך למונופול מוחלט. כמו כן נניח, שאלמלא המיזוג ממילא יעברו עיקר נכסי הפירמה הכושלת לידי הפירמה השנייה בשוק. האם ניתן לומר, כי מקרה זה אינו מתאים להחלת דוקטרינת הפירמה הכושלת, משום שלא התקיים התנאי השלישי, לפיו בהעדר מיזוג ייצאו נכסי הפירמה הכושלת מן השוק הרלוונטי? וזאת לזכור, עיקר נכסי התאגיד בכלכלה מודרנית אינם בהכרח מכונות בקו ייצור. הם עשויים להיות עובדים שהוכשרו לתפקידם, הסכמי שכירות, צבר הזמנות, רשימת לקוחות וכיו"ב.⁴⁶ הדרישה הנוספת, לפיה בהעדר מיזוג ייצאו הנכסים אל מחוץ לשוק הרלוונטי, נראית אף מוקשית יותר כשמדובר בשוק שבו פועלים מספר מתחרים. במצב דברים שכזה, אם לא יאושר המיזוג יכולים נכסיה השונים של הפירמה להתפזר בין השחקנים השונים שנתרו בשוק. מיזוג של פירמה כושלת במצב כזה עם אחת השחקניות הנותרות בענף לא יאושר על ידי רשויות התחרות האמריקאיות, שכן הוא אינו עומד בדרישה השלישית.⁴⁷ למיטב ידיעתנו, לא זכתה הדרישה הנוספת הזו של רשויות התחרות האמריקאיות והאירופית לדיון, לא על ידי הרשויות עצמן ואף לא בפסיקה או בכתובה המדעית בעניין זה.

בעייתית לא פחות היא הדרישה אשר הוצבה בפסק הדין האירופי המנחה בעניין *France v. Commission*.⁴⁸ על פי הפסיקה האירופית, על מנת להחיל את דוקטרינת הפירמה הכושלת, על רשויות התחרות להשתכנע, כי נתח השוק של הפירמה הכושלת היה עובר לפירמה הרוכשת גם בלא המיזוג המבוקש. זוהי דרישה קשה ביותר, אשר במקרים רבים מאד יש בה כדי להכשיל את החלתה של הדוקטרינה. למעשה, תנאי מסוג זה יכול אולי להתקיים כמעט רק במקרה אחד - המקרה הקלאסי שבו קיימות רק שתי שחקניות בשוק והאחת התמוטטה. במקרה כזה ניתן לומר, כי בין אם תירכש הפירמה הכושלת על ידי רעותה הנותרת ובין אם ייאסר מיזוג שכזה, עדיין התוצאה אחת היא - היוותרותו של שחקן אחד בלבד פעיל בשוק, אשר יזכה בנתח השוק של הפירמה הכושלת.⁴⁹ גם במקרה הקלאסי שבו מתקיים התנאי האמור, אם אמנם נתח השוק של הפירמה הכושלת ממילא היה עובר

46. ניתן אולי לטעון, שאם ממילא יעברו כל הנכסים של הפירמה הכושלת לפירמה השנייה והנותרת בשוק, אין כל תמריץ לפירמה השנייה להציע הצעה לרכישת הפירמה הכושלת. עם זאת, במציאות הדברים לעיתים מורכבים יותר. ייתכן שכדאי לפירמה הנותרת להציע לרכוש את הפירמה הכושלת על מנת לאפשר העברה מסודרת של הנכסים או על מנת לאפשר שמלוא הנכסים יעברו אליה ולא עיקרם בלבד.

47. במצב מסוג זה נתקלה רשות הגבלים עסקיים במקרה של קלאבמרקט. במקביל לבחינת המיזוג על ידי רשות הגבלים עסקיים, החלו שתי הרשתות הגדולות, שופרסל והריבוע הכחול, במהלך ברור של השתלטות על זכויות השכירות של קלאבמרקט ברחבי הארץ. משכירים רבים ראו עצמם משוחררים מחיוביהם כלפי קלאבמרקט על פי הסכם השכירות, מכיוון שזו נכנסה להליכי חדלות פירעון, ולפיכך מיהרו לבוא בדברים עם שתי הרשתות הגדולות שיתקשרו עימם כשוכר חלופי. לפיכך, קם חשש אמיתי, שאלמלא המיזוג ממילא ייצאו נכסיה העיקריים של קלאבמרקט מפוזרים בין שתי הרשתות הגדולות הקיימות בשוק.

48. ראו שם הי"ש 36.

49. אם כי גם במקרה קלאסי זה יירכש אולי כל נתח השוק של הפירמה הכושלת, אך אין זה אומר שכל מכירותיה של הפירמה הכושלת יעברו לפירמה הנותרת. כיוון שתיוותר רק פירמה אחת - מונופול מוחלט, יגרור הדבר עליית מחירים והפחתת הביקוש למוצרי הפירמה הנותרת. במונחי נתח שוק, תרכוש הפירמה הנותרת את מלוא חלקה של הפירמה הכושלת ותחזיק 100% מנתח השוק. במונחי מכירות, שיעור המכירות של הפירמה הנותרת אמור לקטון לעומת כמות המכירות של שתי הפירמות כאחד.

במלואו לפירמה הרוכשת, לא היה כל תמריץ לפירמה הרוכשת לשלם מעות עבור הרכישה. יכולה היתה לנקוט בחוסר מעש מוחלט ולזכות בעוגה כולה.⁵⁰ לכן, אפילו במקרה שבו יש שני שחקנים בלבד בשוק, קשה לדמיין מצב שבו תסכים פירמה לרכוש את מה שייפול בחלקה ממילא. הרבה יותר קשה יהיה לשכנע בהתקיימות התנאי במקרה של מספר שחקנים בשוק. במקרה כזה, בלא מיזוג, עשוי נתח השוק של החברה הכושלת להתפזר באופן כזה או אחר בין הפירמות הנותרות. לעומת זאת, במקרה של מיזוג יעבור מלוא נתח השוק של הפירמה הכושלת לפירמה הרוכשת. במצב מעין זה לא יתקיים התנאי הנדרש, לפיו גם ללא המיזוג היה עובר מלוא נתח השוק לפירמה הרוכשת.

התנאי האירופאי האמור אינו רק קשה להוכחה, אלא ספק אם הוא נכון תחרותית. ניטול לעצמנו מצב דברים בו הפירמה הכושלת, אשר צפויה להתמוטט, היא שחקנית בשוק ממועט מתחרים הסובל מתופעות של אוליגופול, או למצער עומד להפוך לאוליגופול בעקבות נפילתה של הפירמה. ייתכן, שאם נותיר את הפירמה הכושלת להתמוטט מבלי לאפשר לאחד ממתחריה לרכוש אותה, יתפזר נתח השוק שלה בין יתרת השחקנים בענף. במבט ראשון ניתן אולי להתייחס למצב זה כעדיף על מצב, שבו נאפשר לפירמה אחת לזכות בנתח השוק של הפירמה הכושלת במלואו. אלא שלעיתים דווקא הפרתו של שיווי המשקל האוליגופולי, על ידי מתן אפשרות לפירמה אחת להתחזק יותר מחברותיה, עשויה לזמן את שבירת שיווי המשקל האוליגופולי וממילא להביא לתוצאה תחרותית טובה יותר.

מכל מקום, הדרישה לפיה יוכח שהפירמה הרוכשת היתה זוכה בנתח השוק של הפירמה הכושלת גם בלא המיזוג, לא באה לידי ביטוי בהנחיות הנציבות האירופית המעודכנות היום, חרף הפסיקה המפורשת של בית הדין האירופי לצדק.

במשפט הישראלי אומץ - לא אומץ התנאי השלישי של הפסיקה האירופית בהחלטה בעניין **השמירה נוראל**. לכאורה, אומץ התנאי כתנאי שלישי בו צריך לעמוד על מנת להוכיח את התקיימות דוקטרינת הפירמה הכושלת, אך באותה נשימה ממש נקבע, כי יש להחיל את התנאי בזהירות רבה ובהתאם לתנאי השוק, ככל הנראה מתוך הבנה שקיימת בעייתיות רבה בהחלת התנאי השלישי:

“כאשר מתמוטטת חברה בקשיים, “נעלם” נתח השוק בו החזיקה. לעתים יוביל הדבר להצטמקות השוק, לעתים להעברת נתח השוק לידי שחקן חדש, ולעתים להעברת נתח השוק של החברה שהתמוטטה לידי מתחריה. במקרה כזה עשויים אלה להשתלט על נתח השוק המתפנה באמצעי הייצור שבידיהם, או על דרך רכישת נכסיה היצרניים של החברה שהתמוטטה, או בשילוב של אלה.

לנסיבות ההתמוטטות ידועה חשיבות. כך, עלויות מימון גבוהות יביאו אולי לחילופי בעלים, מבלי לפגוע בתשתית היצרנית עצמה. התמוטטות בגין פיגור בהשקעות, טכנולוגיה מיושנת או נסיבות מקבילות עשויה להוביל לפירוק העסק ומכירת יחידותיו לאחרים. קמה אף אבחנה בין מכירת העסק כ”עסק חי” (going concern) לבין מכירתו כעסק שאינו חי.

50. למרות שעשויים לצמוח יתרונות מהעברה מסודרת של הלקוחות. ראו הי”ש 46 לעיל.

חשובה גם השאלה מה טיב המיזוג. האם מדובר ברכישה מלאה של כל החברה הכושלת, או ברכישת חלק מהמניות בה או חלק מנכסיה? האם מדובר במימון המזרם לחברה לאפשר המשך פעילותה, או בתשלום לבעלי המניות?

עוד יש לעמוד על נסיבות התחרות בשוק, כדי לבחון בידי מי נופל היה נתח השוק של החברה הכושלת, אלמלא המיזוג. השיקולים במצב בו קיים בשוק רק מתחרה אחד, יהיו שונים מהשיקולים במצב בו יש בשוק כמה וכמה מתחרים, המסוגלים להיאבק על נתח השוק המתפנה. גם לגובה מחסומי הכניסה לשוק תהא חשיבות בהקשר זה.

אלה הן, בקווים כלליים, הנסיבות הצריכות לבחינה ולשיקול דעת, בפתרון השאלה האם בהעלמות החברה מהשוק, בגלגול הנוכחי שלה, ניתן לצפות באופן סביר שעיקר נכסיה יעברו ממילא לידי הגוף המבקש עתה לרכוש אותה באופן מלא או חלקי. עם זאת, כשאר המבחנים המתוארים כאן, אין לקבוע מראש מסמרות בסוגיה זו, ויש לבחון נסיבות כל עניין לגופו.⁵¹

באותו מקרה ניתן היה להניח את הדעת, כי התנאי השלישי מתקיים. המיזוג חיסל את עסקיה של חברת השמירה הקטנה במספר ערים בצפון, תוך הותרת שחקנית אחת בלבד בערים אלה - חברת השמירה. לפיכך, ההנחה שבהעדר שירותי מוקד שמירה מאת נוראל יעברו לקוחותיה לשחקן היחיד שנותר, היתה הנחה סבירה.

במקרה של מיזוג שופרסל וקלאבמרקט לא שב הממונה על הגבלים עסקיים לעמוד על התנאי השלישי האמור. באותה החלטה הוא קבע בקצרה שלושה תנאים להתקיימות דוקטרינת הפירמה הכושלת:

”דוקטרינת החברה הכושלת קמה בהתקיים שלושה תנאים מצטברים:

- א. החברה הנרכשת מצויה במצב של התמוטטות פיננסית והיא תיפלט מהשוק בעתיד הקרוב, אם לא תאושר עסקת המיזוג (ואין בידה אמצעי פרקטי אחד מלבד מיזוג היכול למנוע את פליטתה מהשוק).**
- ב. אין בנמצא רוכש חלופי שמיזוג עמו פוגעני פחות לתחרות.**
- ג. יציאת החברה הנרכשת מהשוק ללא המיזוג צפויה להיות בעלת השפעה שוות ערך או אף בעלת השפעה גרועה יותר על מצב התחרות בשוק.”**

וכך, התנאי השלישי, לפיו נתח השוק של החברה הכושלת היה ממילא עובר לחברה הרוכשת, התחלף בתנאי אחר, מרוכך בהרבה, לפיו יציאת הפירמה הכושלת מן השוק שלא על דרך המיזוג המבוקש תביא לתוצאה זהה או גרועה יותר מהתוצאה התחרותית שתיגרם מן המיזוג.⁵¹ תנאי זה אינו אלא חזרה לליבת הגישה התחרותית לדוקטרינת הפירמה

51. אם היה הממונה מבקש להחיל את התנאים שהוצבו במקרה השמירה נוראל גם על מיזוג שופרסל וקלאבמרקט באופן דווקני, הרי שתוצאת הדברים היתה, שאין לאשר את המיזוג, שכן בהעדרו של מיזוג בין שופרסל לקלאבמרקט, סביר להניח שעיקר נתח השוק של קלאבמרקט היה נחלק בין שופרסל לבין הריבוע הכחול וייתכן שמתחרים קטנים היו אף הם זוכים לחלקים קטנים מנתח השוק האמור. אלא שכזכור, אף בשמירה נוראל צויין במפורש, שיש להחיל את התנאי השלישי בגמישות ובזהירות.

הכושלת. הוא חוזר לעיקרון לפיו הפגיעה התחרותית אינה נובעת מן המיזוג כלל ולא המיזוג הוא זה שיוצר את הפגיעה התחרותית. הפגיעה התחרותית נובעת מכישלונה העיסקי של הפירמה המתמוטטת. באותה מידה לא עמד הממונה על הגבלים עסקיים על הדרישה האמריקאית להוכיח, כי בהעדר המיזוג יוצאו נכסיה של הפירמה הכושלת אל מחוץ לשוק הרלוונטי. חלף הדרישות הנוספות, כפי שהועמדו בארצות הברית ובאירופה, ראה הממונה על הגבלים עסקיים לבחון בחינה מהותית את הדברים. אם בבחינת כלל הנסיבות עדיף לאפשר את המיזוג על פני הותרת הפירמה הכושלת להתמוטט ללא אפשרות מיזוג, או למצער אם אין זה פוגעני יותר לתחרות מאשר החלופה של התמוטטות, מן הראוי לאפשר את המיזוג.

תנאים המוטלים אגב מיזוג שאושר בהתאם לדוקטרינת הפירמה הכושלת

דווקא הגישה התחרותית הדווקנית שאומצה במשפט הישראלי לדוקטרינת הפירמה הכושלת, מעלה ספקות באשר לנסיבות בהן ראוי להטיל תנאים במיזוג בתנאי פירמה כושלת. כאמור, אימץ הממונה על הגבלים עסקיים בישראל את הגישה התחרותית לדוקטרינה. על פי הניתוח הנוהג היום, תשמש הדוקטרינה כהגנה מפני מיזוג פוגע בתחרות רק כאשר מתנתק הקשר הסיבתי שבין המיזוג לבין הפגיעה בתחרות. הפגיעה בתחרות תתרחש ממילא, ולפיכך אישור המיזוג אינו מוריד ואולי אף מעלה את המצב התחרותי הנתון.

על רקע זה עולה השאלה, מהי ההצדקה המשפטית להטלתם של תנאים למיזוג על ידי הממונה על הגבלים עסקיים. הן בעניין השמירה - נוראל והן במקרה של קלאבמרקט ראה הממונה על הגבלים עסקיים לנכון להתנות את המיזוג בשורה של תנאים מרחיקי לכת באשר לאופן התנהלות הפירמות הממוזגות מכאן ואילך ובמקרה קלאבמרקט אף הוטלה חובת מכירה על חלק מן הנכסים.

מלשוננו של סעיף 21 לחוק ההגבלים העסקיים עולה, כי התנאות של מיזוג בתנאים אפשרית רק כאשר יש חשש תחרותי כתוצאה מן המיזוג, שהתנאים שמוטלים מפיסים אותו. עיקרון זה הוא עיקרון בסיס בפיקוח על מיזוגים. תנאים שמוטלים על מיזוגים צריכים שיהיו עם קשר סיבתי ישיר למיזוג וצריך שיפתרו את הקושי התחרותי הנובע מן המיזוג.⁵² אם אמנם, כפי שעולה מן הגישה התחרותית לדוקטרינת הפירמה הכושלת, המיזוג אינו פוגע מבחינה תחרותית לעומת מצב של העדר מיזוג, נשמטת גם ההצדקה המשפטית להטלתם של תנאים. מן המקובץ עולה, שדווקא אימוץ של הגישה התחרותית הצרה לדוקטרינה ושימוש נדיר בה, רק בהעדר קשר סיבתי בין המיזוג ובין הפגיעה התחרותית, היא אשר כובלת את ידיו של הממונה על הגבלים עסקיים בהטלת תנאים. מקרים בהם תחול דוקטרינת הפירמה הכושלת יהיו אמנם נדירים ומועטים, אך כשיתרחשו, נשטט הבסיס האנליטי שיאפשר לממונה על הגבלים עסקיים להטיל תנאים.

52. ראו: אישור מיזוג בתנאים Columbus Capital Corporation מקבוצת קלארידג' - כור תעשיות בע"מ (1998) **הגבלים עסקיים** 3001322; D. P. Majoras, (2002) "Antitrust Remedies in the United States: Adhering to Sound Principles in a Multi-faceted Scheme" **Presentation to the Annual Fall Canadian Bar** (Association Conference on Competition Law 2002 (Ottawa).

ניתוח זה של סמכות הממונה על הגבלים עסקיים להטיל תנאים במקרים בהם קיימת תחולה לדוקטרינת הפירמה הכושלת הוא ניתוח לוגי וסדור, אך התוצאה אליה הוא מוביל נראית תוצאה בלתי מתקבלת על הדעת. דומה, שטובת הציבור מחייבת, כי אם נגזר על הציבור לסבול מיזוג אשר פוגע בתחרות, לכל הפחות ייעשה כל אשר ניתן על מנת להקטין את החשש התחרותי. כך לדוגמה, בעניין קלאבמרקט, לאחר התמוטטות הרשת והמיזוג נותרו מספר אזורים גיאוגרפיים שבהם הפכה רשת שופרסל לרשת יחידה. ניתוח משפטי על פיו בנסיבות אלה אין הממונה על הגבלים עסקיים רשאי להתנות את המיזוג במכירה של סניפים באזורים בעייתיים במיוחד על מנת להקטין את החשש התחרותי, נוגד את תקנת הציבור.

זאת ועוד. תנאים שיוטלו אגב מיזוג בתנאי פירמה כושלת, ממילא לא יפיסו את החשש התחרותי כנדרש, אלא לכל היותר יצמצמו אותו. גם בכך יש משום סטייה מהכללים המקובלים לעניין הטלתם של תנאים.

מן הראוי להתאים את העקרונות המשפטיים החלים על הטלתם של תנאים במיזוג לנסיבות המיוחדות של פירמה כושלת. מן הראוי שתוכר האפשרות של רשות התחרות להתנות מיזוג שפוגע בתחרות בנסיבות של פירמה כושלת בתנאים, למרות שאין בתנאים אלה כדי להפיס את החשש התחרותי ולמרות שהכשל התחרותי אינו נובע ישירות מן המיזוג.

בעניין קלאבמרקט, לא זו בלבד שהממונה על הגבלים עסקיים אימץ לעצמו סמכות מלאה להטיל תנאים על המיזוג, הוא אף המשיך צעד אחד מעבר לכך, וראה בסמכותו להטיל תנאים את אחד היתרונות המצדיקים את המיזוג והופכים אותו לעדיף על פני איסור המיזוג. וכך נאמר שם:

”בענייננו, מצאתי שהתרת המיזוג, בתנאים שנקבעו על ידי, עדיף מבחינה תחרותית על פני היפלטות קלאבמרקט מהשוק.

ראשית, התנאים שקבעתי בהחלטתי מחייבים את שופרסל למכור לגורמים מתחרים מספר לא מבוטל של סניפים באזורים בהם זיהתה המחלקה הכלכלית של הרשות בעיות תחרותיות קשות במיוחד. בדרך זו הוסר חלק מעוקצו השלילי של המיזוג.

לעומת זאת, במקרה של היפלטות קלאבמרקט מהשוק, ספק רב אם ניתן היה למנוע משופרסל ומהריבוע הכחול להשתלט על שווקים אלה, בפרט בשים לב לכך שבחלק משווקים אלה כבר היה לשתי הרשתות הסכם חוזי עם בעלי הנכסים בהם הופעלו סניפי קלאבמרקט ואלה צפויים היו להיכנס לתוקף עם פירוקה של קלאבמרקט.”

לוגיקה מעין זו אינה נטולת בעיות. היא יוצרת מעין מעגל שוטה לפיו הממונה על הגבלים עסקיים אמור לאשר עיסקה שפוגעת בתחרות רק משום שעצם הצורך בקבלת אישור הממונה על הגבלים עסקיים מאפשר הטלת תנאים, שלא ניתן היה להטיל אם לא היה המיזוג מתרחש. בין אם נכונה התפיסה ובין אם לאו, דומה שקשה לחלוק על העובדה, שהתנאים אשר הוטלו בעניין קלאבמרקט הקלו במעט על הקושי שטמון היה במיזוג.

סיכום

דוקטרינת הפירמה הכושלת עומדת לרוב בשולי הניתוח המשפטי והכלכלי של מיזוגים. עסקינן במצבים חריגים ונדירים והמקרים בהם נעשה שימוש בדוקטרינה נדירים אף יותר. מספר המקרים בהם הוחלה הדוקטרינה הן בארצות הברית והן באירופה, נער יספרם. דווקא בארץ, אולי משום גודלו של השוק, זומנו לנו מספר מקרים בהם נדרש הממונה לדוקטרינת הפירמה הכושלת ואף אישר בשלה מיזוגים אשר פוגעים בתחרות.

דווקא בשל התדירות הרבה שבה מושמעת הטענה של פירמה כושלת במקומותינו, מן הראוי שהחלטה תיעשה על בסיס משפטי וכלכלי איתן. ההחלטות בעניין השמירה - נוריאל ובמקרה קלאבמרקט יצרו תשתית ברורה להחלת הדוקטרינה והן ישמשו מורה דרך למקרים הבאים שבהם תושמע הטענה.