



רשות ההגבלים העסקיים

גילוי דעת 2/11: הנחיות בדבר תרופות למיזוגים המעלים חשש סביר לפגיעה

משמעותית בתחרות

א. מבוא

1. עניינו של הפיקוח על מיזוגים, כפי שהוא מעוגן בפרק ג' לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "החוק"), הוא באיתור אותם מיזוגים המעלים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות או בציבור (כלשונו של סעיף 21(א) לחוק) ובטיפול בהם.

2. משנקבע כי מיזוג מעלה חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות,¹ מתווה סעיף 21(א) לחוק שני נתיבים חלופיים להתמודדות עם החשש: אישורו של המיזוג בכפוף לתנאים או התנגדות לו. על פי ההלכה הפסוקה יש למצות את בדיקת האפשרות לאשר את המיזוג בתנאים בטרם החלטה על התנגדות.² תחת התיבה "אישור המיזוג בתנאים" ניצבת, מן הבחינה העקרונית, קשת רחבה של תנאים אפשריים, השונים מאד זה מזה.

3. גילוי דעת זה עוסק, רובו ככולו, בדרך שבה יטופלו אותם מיזוגים המעלים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות או בציבור ובפרט באלה אשר ניתן לטפל בחשש העולה מהם באמצעות תנאים. בין השאר, יידונו להלן סוגיות כמו קו הגבול שבין אישור בתנאים ובין התנגדות למיזוג, סוגי התנאים השונים, והנסיבות המתאימות להטלתם.

4. הגם שמדובר במסמך המכיל עמדות עקרוניות, המבוססות במידה רבה על הדין הנוהג בעולם,³ חשוב לזכור כי מקבץ התנאים שתכליתו לשמש תרופה⁴ למיזוג המעלה חשש

¹ לבחינת השאלה האם מיזוג (אופקי) מעלה חשש סביר לפגיעה בתחרות או בציבור, ראו: גילוי דעת 1/11 הנחיות לניתוח תחרותי של מיזוגים אופקיים, 2011 הגבלים עסקיים 5001710.

² ע"א 2414/09 הממונה על הגבלים עסקיים נ' בזק, תק-על 2009(3) 2566, ס' 37-36 לפסק הדין (2009); ה"ע 8006/03 יהודה פלדוט נ' הממונה על הגבלים עסקיים, תק-מח 2007(2) 2052, ס' 70 (2007).

³ במסגרת ההכנה לכתיבת הנחיות אלה נבחנה מדיניות התרופות במיזוגים (merger remedies) במספר רב של מדינות. יתרונם של ניירות מסוג זה בכך שהם מציגים עמדות בהירות וממוקדות בנושא שבו אנו עוסקים כאן. מבדיקה שנערכה עולה כי ההנחיות הזרות מייצגות נאמנה לא רק את עמדת רשות התחרות שפרסמה אותם אלא גם את המצב המשפטי השורר באותה מדינה. ההפניות שלהלן ייעשו להנחיות התרופות הבאות:

"ההנחיות האמריקאיות": ANTITRUST DIVISION, U. S. DEPARTMENT OF JUSTICE, ANTITRUST DIVISION POLICY GUIDE TO MERGER REMEDIES, June 2011.

לפגיעה משמעותית בתחרות הוא לעולם פרי שילובם של עקרונות כלליים (שתכליתו של מסמך זה לפרטם) עם נסיבותיו הייחודיות של המקרה הנדון – הצדדים למיזוג, מאפייני התחרות בשווקים הרלוונטיים, חסמי כניסה ומעל לכל – החששות התחרותיים הספציפיים שיוצר המיזוג.⁵

ב. התכלית הבסיסית – ריפוי הפגיעה התחרותית

5. משנקבע כי מיזוג מעלה חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות, עולה הצורך במציאת תרופה אשר תכליתה אחת – ריפוי הפגיעה התחרותית הנוצרת עקב המיזוג.⁶ תכליתן של התרופות אינה להגביר את התחרות בשוק או לקדם את התחרות בשווקים שאינם קשורים למיזוג, אלא להשיב על כנה את המציאות התחרותית ששררה בשוק או הייתה שוררת בו,

"ההנחיות האירופאיות": EUROPEAN COMMISSION, COMMISSION NOTICE ON REMEDIES ACCEPTABLE UNDER COUNCIL REGULATION (EC) No 139/2004 AND UNDER COMMISSION REGULATION (EC) No 802/2004 (2008/C 267/01).

"ההנחיות הבריטיות": COMPETITION COMMISSION, MERGER REMEDIES: COMPETITION COMMISSION GUIDELINES, November 2008.

"ההנחיות הקנדיות": COMPETITION BUREAU, INFORMATION BULLETIN ON MERGER REMEDIES IN CANADA, September 22, 2006.

"ההנחיות האוסטרליות": AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION, MERGER GUIDELINES, November 2008 (הנחיות התרופות, שההפניה במסמך זה היא אליהן, מהוות נספח של הנחיות המיזוגים הכלליות).

"ההנחיות הצרפתיות": AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, LIGNES DIRECTRICES DE L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE RELATIVE AU CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS, 16 décembre 2009 (הנחיות התרופות כלולות בהנחיות המיזוגים הכלליות).

"ההנחיות הניו-זילנדיות": COMMERCE COMMISSION, MERGERS AND ACQUISITIONS: DIVESTMENT REMEDIES GUIDELINES, June 2010.

⁴ במסמך זה נתייחס למונח "תרופה" כאל אוסף התנאים האפשריים המוטלים על מיזוג וכן התנגדות למיזוג, והכל על-פי סעיף 21 לחוק.

⁵ ראו "הנחיות מנהליות" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1.0002, עמ' 15-16 (התשמ"ו). כמו כן, ראו, למשל: ההנחיות האוסטרליות, סעיף 5; ההנחיות הקנדיות, פרק ההקדמה.

⁶ השוו לדבריו של בית המשפט העליון בארה"ב: "The key to the whole question of an antitrust remedy is, of course, the discovery of measures effective to restore competition". U.S. v. E.I. du Pont De Nemours & Co., 366 U.S. 316, 326 (1961).

שוררת בו, אלמלא המיזוג.⁷ על התרופה הנבחרת, או שילוב התרופות שמאומץ, לספק פתרון מלא ושלם לחשש התחרותי, כך שרמת התחרות בשוק אחרי המיזוג לא תפחת מזו שהייתה קודם לכן.⁸

6. במקרים רבים, התרופה המשיגה תכלית זו בצורה האולטימטיבית הנה, כמובן, עצירת המיזוג כליל. משמעותה של ההתנגדות למיזוג היא מניעה מראש של היווצרות החשש התחרותי ויחד איתו כל נזק אפשרי שצפוי המיזוג לגרום. אולם, בחירה אוטומטית בפתרון של התנגדות אינה עולה בקנה אחד עם עיקרון המידתיות לו מחויבת כל רשות מנהלית, ורשות ההגבלים העסקיים בכלל זה. עיקרון המידתיות מחייב בדיקה של חלופות אשר משיגות את התכלית של הסרת החשש לפגיעה בתחרות ובציבור תוך פגיעה מתונה יותר בצדדים למיזוג. יחד עם זאת, סבירותם של תנאים נבחנת בראש ובראשונה על פי יכולתם להתמודד עם החשש התחרותי הנוצר במיזוג.⁹ מידתיותם באה לידי ביטוי בכך שהיא מחייבת בחירה של הפתרון המתון ביותר מתוך מכלול הפתרונות האפקטיביים אשר משרתים באופן מלא את תכלית הפיקוח על מיזוגים – מניעת חשש סביר להגבלה משמעותית של התחרות בעסקים.

ג. שיקולים כלליים בבחירת תרופה

7. נוכח התכלית הבסיסית של התרופות, כפי שהוגדרה לעיל, בבוא הממונה להחליט בדבר התרופה המתאימה למיזוג המעלה חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות, יילקחו בחשבון, בין השאר, השיקולים הבאים:

- **התאמת התרופה לחשש התחרותי.** תכליתה של תרופה היא להתמודד עם חשש תחרותי מראש, בטרם התממש. ככל שניתן לצפות ולהגדיר מראש ובמדויק את החששות התחרותיים, את הגורמים להם ואת דרכי התממשותם, ובהתאם – לנסח תנאים המתמודדים עמם באופן ממוקד ומדויק – כך יטה הממונה לאשר את המיזוג בכפוף לתנאים.¹⁰ מאידך גיסא, ככל שמדובר בחששות תחרותיים מורכבים, או שעשויים ללוש פנים רבות ולנבוע ממקורות שונים, כך תגבר הנטייה להעדיף התנגדות.

⁷ ראו ההנחיות האמריקאיות, עמ' 4; ההנחיות האוסטרליות, ס' 6.

⁸ ראו למשל: עניין **du Pont**, לעיל ה"ש 6, שם; ההנחיות האמריקאיות, עמ' 4; ההנחיות האירופאיות, ס' 9.

⁹ ראו בעניין זה: ה"ע 803/08 **טרפלס נ' הממונה על הגבלים עסקיים**, תק-מח 2010(1) 6571, ס' 43 לפסק הדין (2010): "סבירותם של תנאים מסוג זה נבחנת על פי מידת התאמתם להתמודדות נכונה עם החשש לפגיעה התחרותית שיוצר המיזוג".

¹⁰ ראו ההנחיות האמריקאיות עמ' 6-3; ההנחיות הצרפתיות, ס' 525, 532.

- **אפקטיביות הפיקוח.** שעה שאישור מיזוג מותנה בתנאים המושתים על צדדים למיזוג, קמה לצדדים – ככל שהם מחליטים לממש את המיזוג – החובה לקיים את התנאים. מנגד, מוטלת על הרשות החובה לפקח על ביצועם של התנאים, ולפעול במישור האכיפה מקום בו עולה חשד להפרה של התנאים. משכך, תופסים שיקולי פיקוח ואכיפה שיקול מרכזי בעיצוב הסעד: ככל שמדובר בתרופה אשר מעקב אחרי מימושה הוא קל יותר, כך תיטה הרשות לעשות בה שימוש. מנגד, לא ייעשה שימוש, בדרך כלל, בתרופות המחייבות מעקב מורכב, מסובך או שוטף.¹² שיקול נוסף בעיצוב וניסוח התנאים נוגע ליכולת של צדדים שלישיים, כמו גם לתמרץ שיהיה להם, ככל שיהיה, להשלים את הפיקוח של הרשות על הצדדים למיזוג, ולפקח בעצמם על העמידה של הצדדים למיזוג בתנאים. ככלל, יועדפו תנאים המגשימים תכלית זו.
- **הקצאת משאבים.** ככלל לא יאומצו תרופות שפיקוח ומעקב אחר ביצוען מחייב הקצאת משאבים ניכרים, בין השאר לשם בירור עובדתי מורכב או ניתוחים כלכליים.¹³ להמחשה, ככלל, תנאים שעניינם חובת מכירה של תאגיד עובר למימוש המיזוג הינם תנאים אשר פיקוח ומעקב אחר ביצועם אינם מחייבים הקצאת משאבים ניכרים. מנגד, תנאי המחייב עריכת בדיקות תקופתיות או פיקוח על התנהלות שוטפת על ידי הרשות מחייב הקצאת משאבים ממשית, ועל כן ככלל תימנע הרשות משימוש בתנאי מסוג זה.
- **משך הזמן.** ככלל תועדפנה תרופות אשר העמידה בתנאים הנקובים בהן מתממשת באירוע חד-פעמי, ולמצער אינה נמשכת מעבר לתקופה העומדת על שנה אחת, על פני תרופות שמימושן נמשך שנים מספר ואף למעלה מכך. זאת, בין השאר, מהסיבות שהוזכרו לעיל וכן נוכח המבנה הדינאמי של השווקים המודרניים, אשר עלול להפוך תנאים שעוצבו בנקודת זמן מסוימת לבלתי רלוונטיים בחלוף הזמן. להמחשה, תנאי שביצעו מסתיים טרם מימוש המיזוג אינו מחייב פיקוח לאורך זמן.¹⁴ לעומת זאת, הוראה התנהגותית החלה מכאן ואילך, ללא הגבלת זמן תיחשב, ככלל, כתרופה שמימושה נמשך על פני זמן רב מדי.
- **וודאות עמידת הצדדים בתנאים.** כאמור, מטרתה של התרופה היא ריפוי חשש תחרותי, ומשביצוע המיזוג ללא קיום התנאי מקים חשש תחרותי, יש צורך בוודאות

¹¹ ראו ההנחיות האמריקאיות, עמ' 2-4.

¹² ראו ההנחיות האוסטרליות, ס' 9; ההנחיות הקנדיות, ס' 7-8.

¹³ השוו להנחיות הבריטיות, ס' 1.10.

¹⁴ ככלל, תוקפו של אישור מיזוג שניתן על-ידי הממונה מוגבל לשנה.

בנוגע לקיום התנאי טרם אישורו.¹⁵ קיימת חשיבות מיוחדת לכך שלצד (או לצדדים) אשר עליו מושת התנאי תהא היכולת – המשפטית, הכלכלית, הפיזית וכיו"ב – לקיים את ההתחייבות שהוטלה עליו, היה ובחר להוציא את המיזוג מן הכוח אל הפועל, ובכך להכפיף עצמו לתנאי. בהתאם, ככלל תימנע הרשות מהשתת תנאים אשר קיים ספק בדבר אפשרות מימושם. להמחשה, ככלל לא ייעשה שימוש בתרופות אשר מימושן תלוי בגורמים שאינם בשליטתו של מי שמחויב לקיימם, כגון רצונם של צדדים שלישיים או קיומה של מסגרת חוקית או רגולטורית מתאימה.¹⁶

8. כאמור, ככל שהדבר אפשרי רואה הרשות את עצמה מחויבת להתנות מיזוג בתנאים חלף התנגדות, ובלבד שהתנאים נותנים מענה שלם לחששות התחרותיים. במסגרת בחינת האפשרות לאישור מיזוג מותנה רואה הרשות לנכון לבוא בדברים עם הצדדים למיזוג על מנת לבחון חלופות שונות, והרשות אף מעודדת את הצדדים להציע פתרונות אפשריים מבעוד מועד, מקום בו קיימת אפשרות כי ימצא שהמיזוג מעלה חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות.

ד. תרופה מבנית מול תרופה התנהגותית

9. צומת הכרעה משמעותי בבחירת אופן הטיפול במיזוג שטומן בחובו חשש לפגיעה משמעותית בתחרות מצוי בשאלה האם להעדיף שימוש בפתרון מבני או בפתרון התנהגותי. אם נאמר כי, ככלל, מיזוג יוצר בעיה תחרותית עקב שינוי במבנה השוק, הרי שתורפה מבנית מטפלת בבעיה שנוצרה באופן בו היא נוצרה, דהיינו על ידי טיפול במבנה השוק. לעומת זאת, תרופה התנהגותית מטפלת בהתנהגות האנטי-תחרותית העלולה לנבוע כתוצאה מהשינוי במבנה השוק שנוצר בעקבות המיזוג.

10. נרחיב מעט בנקודה זו. במקרים רבים, החשש לפגיעה בתחרות שמעורר המיזוג נובע מהשינוי בתמריצים הכלכליים בעקבות השינוי שהמיזוג מחולל במבנה השוק. בהיעדר התמודדות עם שינויים מבניים בעיתיים בראי התחרות יוותרו בידי הגוף הממוזג (לבד או ביחד עם אחרים) הן התמריצים והן היכולת לנקוט בפרקטיקות העלולות לפגוע בתחרות או בציבור. תנאים מבניים מכוונים לטפל בשורש הבעיה עצמה, דהיינו לפגוע בתמריצים הכלכליים או לשלול את היכולת של הצדדים למיזוג, כמו גם של שחקנים אחרים בשוק, לנקוט בפרקטיקות מעין אלה מלכתחילה. תנאים התנהגותיים, להבדיל, מכוונים למנוע מהצדדים למיזוג מלנקוט בפרקטיקות פוגעניות שהינן בבחינת סימפטום של הבעיה התחרותית. במילים אחרות, בעוד תנאים מבניים נועדו לנטרל את שורש הבעיה מעיקרה, תנאים התנהגותיים מכוונים לטפל בביטויים השונים של הבעיה.

¹⁵ ראו ההנחיות הבריטיות, ס' 1.8(d).

¹⁶ ראו, למשל, ההנחיות האוסטרליות, ס' 8.

11. נוכח השיקולים שפורטו בסעיף 7 לעיל רואה הרשות יתרון מובהק לשימוש בתנאים מבניים על פני תנאים התנהגותיים.¹⁷ למעשה, בכל אחד מהקריטריונים דלעיל עולה התרופה המבנית על ההתנהגותית: ככלל, תרופה מבנית אינה מחייבת פיקוח מורכב וארוך טווח והיא אינה כרוכה במעקב בלתי פוסק אחרי התנהלות עסקית של פירמות, שכן היא מכוונת להתקיימות של מהלך חד פעמי (או, למצער, מספר מהלכים מצומצם), להבדיל מהתנהגות נמשכת;¹⁸ משכך תרופה מבנית בדרך כלל אינה דורשת השקעה מרובה של משאבים ציבוריים בפיקוח, כמו גם באכיפה, שכן בשעה שזיהויה של הפרה הוא קל ופשוט באופן יחסי, פוחתים הסיכויים שהפרה תבוצע, ואם בוצעה – קל יותר לנקוט בהליכי אכיפה; תרופה מבנית מגדירה מסגרות זמנים קבועות להתקיימות התנאי, ובאופן יחסי ניתן לנסחה באופן פשוט ומדויק.¹⁹

12. סיכומו של דבר, ככלל, הבחירה בתרופות מבניות היא עדיפה משום היותן יעילות יותר לשם התמודדות עם חששות לפגיעה בתחרות המוקמים כתוצאה מהמיזוג.

13. חשוב להבהיר כי משמעות היתרון האפרורי שרואה הרשות בשימוש בתרופות מבניות איננה פסילה גורפת של תנאים התנהגותיים. כפי שיובהר בהמשך, קיימות נסיבות בהן נכון להשתמש בתנאים ובתרופות מסוג זה, וזאת, כמובן, נוסף על העמדה העקרונית לפיה נדרש לבחון כל מקרה ומקרה לגופו.

1.ד תרופות מבניות

14. בהכללה ניתן להבחין בין שתי תרופות מבניות מרכזיות: התנגדות למיזוג, שמשמעותה מניעת יצירת מבנה השוק הבעייתי מלכתחילה, והשלת נכסים (divestiture), קרי חיוב

¹⁷ זוהי גם המדיניות הרווחת ברוב מדינות העולם. ראו, למשל, ההנחיות האירופאיות, ס' 15; C. J. COOK, C. S. (5th ed. 2009) KERSE, EC MERGER CONTROL 287, 293-295. ההנחיות הבריטיות, ס' 1.8; ההנחיות האוסטרליות, ס' 11; ההנחיות הקנדיות, ס' 10; ההנחיות הצרפתיות, ס' 528; ההנחיות הניו-זילנדיות, ס' 2.05 (על-פי החוק בניו זילנד, ניתן להתנות מיזוג בתנאים מבניים בלבד); ההנחיות האמריקניות עמ' 5 (בנוגע למיזוגים אופקיים).

¹⁸ על קשיים אלה, הכרוכים בהטלת תנאים התנהגותיים, עמד בית המשפט העליון בעניין **בזק**: "התנאים ההתנהגותיים שהטיל בית הדין במקרה דנן מעוררים על פניהם קשיים לא מבוטלים ולו בשל הצורך בפיקוח נמשך על פעילותן של החברות המתמזגות ובשל העובדה כי מנגנון הפיקוח שנקבע באותם תנאים הינו מורכב ובלתי יעיל", ה"ש 37, 2.

¹⁹ והשוו דברי בית המשפט העליון בארצות הברית ביחס להשלת נכסים: "It is simple, relatively easy to administer, and sure. It should always be in the forefront of a court's mind when a violation of § 7 has been found", פרשת **duPont**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 330-331. ראו גם פרשת **Ford Motor**, לעיל ה"ש 8, שם: "Divestiture is a start toward restoring the pre-acquisition situation".

החברות המתמזגות במכירת נכס המצוי ברשותן או ברשות מי מהן, אשר המשך ההחזקה בו מקים חשש תחרותי בשל המיזוג. כאמור, בשני המקרים מתייחסת התרופה למבנה השוק משילוב הנכסים²⁰ שיוצר המיזוג. להמחשה, נניח כי שתי רשתות קמעונאיות כלל ארציות מבקשות להתמזג; כתוצאה מהמיזוג לא עולה חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות בבחינה ארצית, אולם מתעורר חשש משמעותי לפגיעה בתחרות בשוק גיאוגרפי מסוים, וזאת בשל העובדה שבידיה של החברה הממוזגת ייווצר כוח שוק באותו שוק גיאוגרפי. התנגדות למיזוג תמנע מהרשת הרוכשת לרכוש את חנויות הרשת הנמכרת; תרופה של השלת הנכסים תאלץ את החברות המתמזגות למכור חלק מסניפיהן באותו שוק גיאוגרפי או תמנע רכישה של סניפים מסוימים באותו שוק, באופן שימנע את היווצרותו של כוח השוק, וזאת מבלי לחסום את מימושו של המיזוג.

15. כפי שצינו כבר, התנגדות למיזוג כפופה לעיקרון המידתיות, המחייב העדפה עקרונית של אישור מותנה, כאשר ישנם תנאים אשר ביכולתם להשיג את התכלית של איון החשש התחרותי.²¹ במצב דברים זה תראה הרשות בהשלת נכסים כתרופה העיקרית לפתרון הבעיות התחרותיות הנובעות ממיזוגים המעלים חשש סביר לפגיעה משמעותית בתחרות. זאת, נוכח הנחיתות האינהרנטית של התרופה ההתנהגותית מול התרופה המבנית. שימוש בתרופה של השלת נכסים תיעשה בהתאם לקווים המנחים שיפורטו להלן.

16. תכליתה של השלת הנכסים, כמו תכליתו של כל תנאי לאישור מיזוג, היא להשיב על כנו את המצב התחרותי ששרר בשוק טרם המיזוג, או זה שעתידי היה לשרור אילו לא המיזוג. תכלית עיקרית ומרכזית זו תעצב את אמות המידה למימוש השלת נכסים, ובכלל זה היקף הנכסים הנמכר, הביצוע המהיר של המכירה, בחירת הגורם הרוכש, הסדרי הביניים הקודמים למכירה ועוד.

17. בנוגע להיקף הנכס הנמכר במסגרת השלת הנכסים יילקחו בחשבון, בין השאר, השיקולים הבאים:

- על צבר הנכסים הנמכר להיות בהיקף כזה אשר יאפשר שימור לטווח ארוך של מידת התחרות ששררה בשוק הרלוונטי לפני המיזוג, או זו שעתידי הייתה לשרור אילו לא המיזוג, למרות אחזקתו בידי גורם חדש.²²

²⁰ הכוונה היא כמובן ל"נכס" במובן הרחב ביותר של המושג, העשוי לכלול כלל או חלק מנכסי החברה ואף החברה עצמה, המותג שלה, המוניטין שלה וכו' וכן כל שילוב ביניהם.

²¹ ראו עוד בהקשר זה: פרשת **טרפלס**, לעיל ה"ש 9, ס' 31 לפסק הדין (2010).

²² ראו, למשל, ההנחיות האמריקאיות, עמ' 7-8; ההנחיות הקנדיות, ס' 12.

- לנכס הנמכר במסגרת השלת הנכסים יתלוו כל הנכסים הנוספים הדרושים הן לפעילותו התחרותית בשוק הרלוונטי והן לשמירה על איתנותו הכלכלית. תחת הגדרה זו עשויים לבוא חוזי עבודה, רישיונות, היתרים, זכויות מכוח חוזה, רשימת לקוחות, זכויות קניין רוחני, ידע וכיו"ב.²³

- ככלל, עדיפה מכירה של ישות כלכלית עצמאית על פני מכירה של נכסים ספציפיים, וזאת משתי סיבות עיקריות: ראשית, ובהמשך לעיקרון הראשון, עצמאותה של הישות הנמכרת מהווה בדרך כלל אינדיקציה רבת משקל ליכולות התחרותיות שלה. יכולתה של הישות הנמכרת לפעול על רגליה שלה ולהתחרות באופן עצמאי בעת שהיתה בידיו של המוכר מגדילה את ההסתברות שהישות תוכל לשמש מתחרה אפקטיבית גם בידיו של הרוכש, ובמובן זה מגדילה את הסיכוי להשגת התכלית שבבסיס התרופה. שנית, מכירת ישות כלכלית עצמאית מקלה על ניתוק הקשרים בין הישות הנמכרת במסגרת השלת הנכסים ובין בעליה הקודמים.²⁴

לאמור לעיל עשויים להיות חריגים לקולא כמו גם לחומרא. במקרה המתאים, ניתן יהיה להסתפק במכירה של נכסים ספציפיים, וזאת כאשר ניתן להבטיח כי השימוש התחרותי שיעשה בהם יאפשר את שימור רמת התחרות שקדמה למיזוג. מנגד, כאשר במכירת ישות כלכלית עצמאית לא יהיה די כדי לשמר את רמת התחרות האמורה, תידרשנה החברות המתמזגות להוסיף גם מכירה של נכסים נוספים.

18. ככל שהנכס הנמכר במסגרת השלת נכסים לא יימכר עובר למיזוג, פרק הזמן הכולל למכירת הנכס יהיה קצר באופן יחסי, וככלל יעמוד על תקופה שבין חודשים ספורים לשנה אחת, כאשר משך הזמן המדויק ייקבע בהתחשב בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה.²⁵ בבסיס קביעתו של פרק זמן קצר כאמור עומד הצורך להחזיר את השוק הרלוונטי למיזוג לפסים תחרותיים, תוך הכרה בשני נתונים חשובים: ראשית, בכך שפתרונות ביניים (קרי עד למכירה), שהם התנהגויות בדרך כלל, אינם יכולים להשיג תוצאה דומה לזו המושגת באמצעות הסעד הסופי. שנית, בכך שלצדדים המתמזגים קיים אינטרס אינהרנטי לעכב במידת האפשר, אם לא למנוע ממש, את מימושו של מהלך השלת הנכסים באופן מוצלח או

²³ ראו, למשל, ההנחיות האמריקאיות, עמ' 11-12.

²⁴ לעמדה דומה ראו ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, ANTITRUST LAW DEVELOPMENTS 414 (6th ed. 2007), והאזכורים המופיעים שם; ההנחיות האמריקאיות, עמ' 8-11; ההנחיות הבריטיות, ס' 3.9.

²⁵ בהשוואה לפרקי הזמן למכירה בהשלת נכסים הנהוגים במדינות אחרות אין מדובר בפרק זמן קצר אלא דווקא בפרק זמן ארוך יחסית. כך, למשל, מדברות ההנחיות האמריקאיות על תקופה שבין 60 ל-90 יום (שם, עמ' 25), ההנחיות הבריטיות על ששה חודשים לכל היותר (שם, ס' 3.24) וההנחיות הקנדיות על תקופה שנעה בין שלושה לששה חודשים (שם, ס' 33). יחד עם זאת, נוכח קוטנו היחסי של השוק הישראלי, מצאנו לנכון להאריך מהתקופות הנהוגות בעולם, אך במידה מתונה שלא תעקר את עיקרון השלת הנכסים מתוכנו.

לפגוע בו, שכן מדובר במהלך שכל תכליתו יצירת גורם תחרותי נגדי לחברות המתמזגות. ככל שחולף הזמן כך יקטן הסיכוי למימוש של השלת הנכסים באופן המגשים את המטרות המפורטות בגילוי דעת זה.²⁶

19. אמנם, התניית מימוש המיזוג במכירה במסגרת של השלת נכסים עלולה לגרום למוכר חסרון כיס מסוים, בפרט כאשר על המכירה להתבצע תוך פרק זמן קצר, הואיל ולחץ הזמן עשוי להקנות יתרון במו"מ למי שמבקש לרכוש את הנכס הנמכר. יחד עם זאת, ככלל, ייתן לאינטרס זה משקל שולי.²⁷ הטעם העיקרי לכך הוא שחסרון כיס כאמור אינו יכול להצדיק פגיעה בתחרות ובציבור. באיזון האינטרסים שבין זכותו של הציבור ליהנות מפירות התחרות וזכותו של המוכר להשיא את רווחיו – כאשר לאלו נלווה נזק תחרותי – גוברת זכות הציבור. לכן אין להנציח את הפגיעה בתחרות (אף אם ניתן למתנה באמצעות הוראות התנהגות) על מנת להתחשב ברווחי המתמזגים.²⁸

20. בהקשר זה נציין כי אחד הטעמים המצוי בפרסומו של גילוי דעת זה, הוא שמרגע שהכללים בדבר ביצוע השלת נכסים ידועים ומפורסמים, יכול צד למיזוג לפעול למציאת קונה כחלק מהליכי המיזוג. כך, ממש כשם שצדדים למיזוג מתכננים ונערכים מראש להתמודדות עם היבטי המס, למשל, הכרוכים בעסקה, יכולים הם להיערך גם להיבטי המכירה שיידרשו לבצע במסגרת השלת נכסים,²⁹ ובלבד שמדובר בקונה העונה לאמות המידה הקבועות בגילוי דעת זה כמפורט להלן.

²⁶ על הבעיות שנגרמו בארצות הברית בשל קביעת פרקי זמן למכירה של 15 חודשים ויותר ראו: LAWRENCE A. SULLIVAN, WARREN S. GRIMES, THE LAW OF ANTITRUST: AN INTEGRATED HANDBOOK 588 (2nd ed. 2006).

²⁷ השוו, למשל, ההנחיות האמריקאיות, עמ' 30; ההנחיות הבריטיות, ס' 1.10.

²⁸ ראו הניתוח שמציג בהקשר זה בית המשפט העליון בפרשת **דור-אלון**: "הפגיעה בחופש המיזוג מקדמת כנגדה הן את זכותו לחופש עיסוק של מי שמבקש לחדור לשוק הנשלט על-ידי גופים כלכליים גדולים, והן את טובתו של הצרכן ליהנות מהישגיה של התחרות החופשית בהליכי הצריכה של מוצרים ושירותים. כנגד הפגיעה בחופש המיזוג, עומדים, אפוא, אינטרסים נוגדים של כלל הציבור, ושל פרטים בתוכו. משכך, לכאורה, העמדת הליך מיזוג חברות לפיקוח הרשות המוסמכת, והאיסור על המיזוג אלא אם כן הוא מקיים את התנאי של אי-פגיעה בתחרות, משקפים עקרון מוגן מבחינה חוקתית, בהינתן האינטרס החברתי-כלכלי הרחב אותו הוא משרת." ע"א 3398/06 **רשות ההגבלים העסקיים נ' דור-אלון**, פ"ד סא(3) 757, ס' 27 לפסק הדין (2006).

²⁹ ניתן לטעון בהקשר זה כי הדרישה להשלת נכסים אינה וודאית עד להחלטה סופית של הממונה ביחס למיזוג. לטענה זו משקל מוגבל, שכן החלטות הממונה אינן ניתנות בחלל ריק אלא מתבססות על מערכת מסודרת וידועה של שיקולים. לאחרונה אף פורסם גילוי דעת 1/11, המכיל את השיקולים המפורטים שיילקחו בחשבון במסגרת ניתוח מיזוגים אופקיים. מכל מקום, בידי הצדדים נתונה תמיד האפשרות שלא לממש את המיזוג ככל שהתנאים אינם מקובלים עליהם או להגיש ערר לבית הדין להגבלים עסקיים.

21. תחת המסגרת הכללית של השלת נכסים יש לקחת בחשבון גם את זהותו של מי שירכוש את הנכס. להמחשה, אין דין רוכש המצוי כבר בשוק הרלוונטי בהיקף קטן, ורוכש את הנכס הנמכר במטרה לעשות בו שימוש תחרותי בשוק הרלוונטי, כדין רוכש המבקש לרכוש את הנכס על מנת למכרו הלאה מחוץ לגבולות ישראל. היות ותכלית השימוש בתרופה של השלת נכסים היא השבת המצב התחרותי שקדם למיזוג, או המצב התחרותי שעתידי היה לשרור אילו לא המיזוג, תדרוש רשות כי הקונה יענה על מספר דרישות חיוניות לשם השגת תכלית זאת, וזאת מעבר לתנאים הכלליים לאישורה של עסקת מיזוג. תנאי ראשון הוא, כי הרכישה עצמה, כעסקה עצמאית ונפרדת מעסקת המיזוג המקורית, אינה מעלה חששות תחרותיים.

22. שנית, נדרש כי, מנקודת מבטו של הרוכש, הנכס שבהשלה נרכש מתוך מטרה לעשות בו שימוש תחרותי בשוק הרלוונטי, וזאת מרגע הרכישה ולטווח הארוך. שלישית, נדרש כי לרוכש תהא יכולת מוכחת להפעיל את הנכס בשוק הרלוונטי. בהקשר זה ייבדקו היכולת הפיננסית והתפעולית של הרוכש, הידע והניסיון המקצועי והאינטרס הכלכלי לעשות שימוש בנכס בתוך השוק הרלוונטי באופן שיפיג את החשש התחרותי שנוצר עקב המיזוג.³⁰

23. על מנת לוודא התקיימותם של התנאים שאוזכרו לעיל, יתנה הממונה את אישור המכירה במסגרת השלת הנכסים באישור זהותו של הרוכש על ידו מראש.

24. ככלל, וככל שהשלת הנכסים לא תתבצע קודם למימוש עסקת המיזוג על-ידי הצדדים לו, יבוצע הליך השלת הנכסים במסגרת דו-שלבית. בשלב הראשון תוקנה לחברות המתמזגות האפשרות למכור את הנכס בעצמן, בכפוף כמובן לאמות המידה שהוגדרו לעיל. ככל שהמכירה תסתיים במסגרת השלב הראשון תבוא הפרשה לסיומה. היה והמכירה לא תצא אל הפועל, בין משום שלא נמצא קונה, בין משום שהקונה שנמצא אינו עומד באמות המידה שפורטו לעיל ובין מכל סיבה אחרת, תועבר הזכות והחובה למכור את הנכס לידי של נאמן (להלן: "**נאמן מכירה**").³¹ תכליתו של מנגנון זה הוא יצירת איזון בין זכותו (המסויגת כאמור) של בעל הנכס להשיא את מחירו של הנכס ובין זכותו של הציבור להשבת המצב התחרותי על כנו.

25. על מנת לייעל ולפשט את הליך השלת הנכסים ככל שניתן, תיקבע זהותו של נאמן המכירה ותנאי הנאמנות במלואם עוד בטרם אישור המיזוג. מינויו ותפקודו של נאמן המכירה ייעשו, בין השאר, בהתאם לעקרונות המפורטים להלן:

³⁰ תנאים דומים מופיעים בהנחיות האמריקאיות (עמ' 28-30), האירופאיות (ס' 48), הבריטיות (3.15), האוסטרליות (ס' 17), הקנדיות (ס' 58-57), הצרפתיות (ס' 535) והניו-זילנדיות (ס' 4.19).

³¹ ראו, למשל: ההנחיות האירופאיות, ס' 121-122; ההנחיות הצרפתיות, ס' 540; ההנחיות הניו-זילנדיות, ס' 4.15.

- נאמן המכירה ימונה על ידי הממונה מתוך רשימת שמות שתוצע על ידי בעל הנכס, אשר תכלול אך ורק אנשים שמתקיימים בהם תנאי הכשירות הבאים: (1) היעדר גורף ומוחלט של יחסי עבודה או שירותים כלשהם בין הצדדים למיזוג וכל אדם קשור³² אליהם ובין נאמן המכירה בהווה ובשנתיים שקדמו לכך ו-(2) לנאמן ניסיון מוכח של עשר שנים לפחות בביצוע עסקאות מכר בהיקף דומה.
- החברה המוכרת תבצע מבעוד מועד את כל הפעולות ותחתום על כל המסמכים הדרושים (לרבות ייפוי כוח בלתי חוזר) לנאמן המכירה על מנת שיתאפשר למכור את הנכס הרלוונטי בשלב השני באופן אוטונומי וללא כל מעורבות של הבעלים. לרשות הנאמן צריכה לעמוד היכולת לבצע את המכירה וכל הפרוצדורות העשויות להתלוות אליה באופן מיידי עם תחילת השלב השני. תוקפם של מסמכים אלה יותלה עד למועד סיום השלב הראשון, כאשר בידי הממונה תישמר האפשרות לבטלם, במידה והמכירה תבוצע במסגרת השלב הראשון.
- שכרו של נאמן המכירה ייקבע מראש, ובשום מקרה לא יהיה תלוי בסכום שיתקבל בעבור מכירת הנכס. הסכם הנאמנות לא יחתם אלא לאחר שנוסחו אושר מראש ובכתב על ידי הרשות.
- מכירת הנכס על ידי נאמן המכירה תיעשה באופן מנותק לחלוטין מבעליו המקוריים של הנכס, ובין השאר ללא קבלת הנחיות הוראות או עצות ממנו. בעל הנכס לא יחוה דעה כלשהי ביחס לקונה פוטנציאלי זה או אחר, ולא יפנה לנאמן המכירה קונים אפשריים. במילים אחרות, עם חלוף השלב הראשון יאבד בעל הנכס כל יכולת השפעה ביחס לזהות הרוכש או תנאי העסקה.
- החובה העיקרית אשר תחול על נאמן המכירה תהא למכור את הנכס בהקדם האפשרי, ובכל מקרה – לא יאוחר מהמועד האחרון שנקבע לשם כך – לגורם העונה על התנאים שפורטו בסעיפים 21 ו-22 לעיל. מנגד, לא חלה על נאמן המכירה כל חובה להשיא את התמורה שיקבל בעד המכירה. תפקידו של נאמן המכירה, יש לזכור, הוא להפיג חשש תחרותי באמצעות מכירת נכס ולא לשרת את האינטרסים הכלכליים של בעל הנכס.
- על נאמן המכירה תחול חובת תיעוד של כל פעולותיו. הנאמן ידווח על פעילותו לרשות, ובכל מקרה יהיה כפוף להנחיות הממונה בקשר עם מילוי תפקידו.

³² "אדם קשור" – כהגדרת מונח זה בסעיף 1 לכללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות), תשס"ו-2006.

- ככל שיזדקק נאמן המכירה לשיתוף פעולה מצד הבעלים, ישתף איתו האחרון פעולה באופן מלא. שיתוף פעולה כאמור עשוי לכלול, בין השאר, העברה של מידע על הנכס, סיוע בהשגה של אישורים רגולטורים ככל שאלה נדרשים וכיו"ב.

- מסגרת הזמן שפורטה בסעיף 18, לעיל מגדירה פרק זמן כולל למכירה סופית של נכס בהליך של השלת נכסים, כך שהיא מתייחסת לשני השלבים גם יחד. פרק הזמן שיוקדש לכל שלב בתוך מסגרת זמן זו הוא תלוי נסיבות, כאשר, בין היתר, ישקלו עוצמת החשש לפגיעה בתחרות הנובע מההחזקה המשותפת בנכס מושא ההשלה, ההסתברות למציאת קונה מתאים וכיו"ב.

26. ביצוע השלת נכסים במסגרת שתוארה לעיל מחייב מתן מענה גם לחששות שעולים בשלב שבין אישור המיזוג ובין מימוש ההשלה. בפרק זמן זה החברות המתמזגות נשארות עם צבר נכסים שהשילוב ביניהם הוא היוצר את החשש התחרותי (להלן: "**ההחזקה המקבילה**"). מדובר, כאמור, בפרק זמן לא מבוטל, כאשר ההחזקה המקבילה עלולה לעורר שלושה קשיים: ראשית, במהלך התקופה עצמה עלולות החברות המתמזגות לנצל את מעמדן התחרותי על מנת להפעיל כוח שוק או לבסס שיווי משקל מתואם; שנית, החברות המתמזגות עלולות לפגוע בכושר התחרותי של הנכס שעתידי להימכר ובכך להקל על הלחץ התחרותי הצפוי להן ביום שלאחר המכירה, ואולי אף לסכל את מימוש השלת הנכסים, או למצער – את מימושו המוצלח; שלישית, עשוי להתקיים ספק אובייקטיבי בדבר עצם היכולת למכור את הנכס הנרכש, בין בכלל ובין במסגרת הזמנים שנקבעה.

27. לשלושה קשיים אלה י יינתן מענה בהתאם לפוטנציאל הנזק שהם יוצרים בכל מקרה ומקרה. למעשה, קיימות שלוש דרכים להתמודד עם קשיים אלה: בצד האחד של הסקאלה, במקרה בו הנזק המסתבר כתוצאה מההחזקה המקבילה לפרק זמן קצוב הנו נמוך באופן יחסי ואין חשש בדבר מציאת קונה במועד,³³ יתכן שניתן יהיה להתיר את קיומה של ההחזקה המקבילה בכפוף לתנאים התנהגותיים אשר יחולו כהסדר ביניים עד לתום התקופה שהוקצבה למכירה. בקצה השני של הסקאלה עומדים המקרים בהם הפוטנציאל להתממשות לפחות אחד החששות דלעיל הנו גבוה והנזק שייגרם כתוצאה מכך הוא ניכר וחמור. במקרים אלה תעמוד הרשות על השלמת השלת הנכסים מראש, קרי בטרם מימוש המיזוג.³⁴

³³ לעניין היעדר חשש לפגיעה בנכס הנמכר, מדובר במצבים בהם מידת הפגיעות של הנכס בסיטואציה שתוארה לעיל הנה נמוכה, ופגיעה, ככל שתתרחש, תהא קלה לאיתור.

³⁴ השלמת השלת הנכסים מראש מכונה בעגה המקצועית Fix it First (ראו, למשל, ההנחיות הקנדיות, ס' 28-30) או Up Front Buyer (ראו, למשל, ההנחיות האירופאיות, ס' 53 ואילך). על אחד הרציונלים בביצוע השלת הנכסים טרם מימוש המיזוג – הקושי לשמור על ערכם התחרותי של הנכסים שאמורים להימכר עד למועד המכירה – עומדים המלומדים Sullivan ו-Grimes: "No matter how clearly the obligation to maintain assets to be spun off".

28. בתווך ניצבת אפשרות שלישית, שעיקרה הפקעת השליטה בנכס הנמכר מידי החברות הממוזגות מבלי לחייבן במכירה מראש. במסגרת זו יועברו מלוא הזכויות הנובעות מן הנכס³⁵ לידי של נאמן, אשר ינהל את הנכס עד למכירתו (להלן: "נאמן ניהול"). על נאמן הניהול יחולו אותן אמות מידה שחלות על נאמן המכירה בשינויים המחויבים.³⁶ תפקידו יהיה לנהל את הנכס על פי מיטב שיקול דעתו ושיפוטו. אף הוא, כנאמן המכירה, יפעיל את שיקול דעתו המקצועי במנותק לחלוטין מבעליו של הנכס.

29. במקרים המתאימים יוכלו תפקידיהם של נאמן המכירה ונאמן הניהול להיעשות על ידי אדם אחד. זאת בייחוד כאשר אין הניהול מחייב מומחיות מיוחדת, או שהוא מחייב מומחיות אשר מצויה גם אצל נאמן המכירה. במקרים אחרים יוכל אחד מהשניים למנות את השני כחלק מתפקידו.

30. תהליך השלת נכסים הנו תהליך מורכב, אשר בדרך כלל אינו עולה בקנה אחד עם האינטרסים של הצדדים למיזוג. אולם חובת הרשות להגן על האינטרס של הציבור הרחב בקיומה של תחרות, אשר הליך זה בא לשרת, תביא לכך שהרשות תעמוד על ביצועה של תרופה זו ככתבה וכלשונה, כפי שעוצבה ונקבעה במסגרת ההחלטה הנוגעת למיזוג.

31. במסגרת זו ערה הרשות לכך שהקשיים שמעלה התהליך, ובמיוחד – הן הקושי והן היעדר האינטרס שבמצביאות קונה מתאים, עלולים להביא את החברות המתמזגות או מי מהן לבצע מכירה עצמאית של הנכס, קודם להגשת הודעת המיזוג, לקונה שאינו עומד באמות המידה שנקבעו לעיל, וזאת במטרה להתחמק מביצוע השלת נכסים נאותה. הרשות תיראה בחומרה מהלכים שכאלה, ולא תהא פתוחה לטענות לפיהן הנכס שאמור היה להימכר

maybe articulated, and no matter how effective the procedures for reviewing compliance, once a merger is consummated, the surviving firm holds units it must sell that compete with units it will keep. The resulting conflict of interests creates significant market incentives to minimize if not evade "maintenance obligations". בהמשך עומדים המלומדים על כך שיש לשקול את היקף הנכסים הנמכרים כנגד היקף העסקה הכוללת כשיקול נוסף בשאלה האם לחייב מכירה מראש; ראו THE LAW OF ANTITRUST: AN INTEGRATED HANDBOOK, לעיל ה"ש 26, שם.

³⁵ ככלל לא תיכלל במסגרת זו הזכות לרווחים, אשר תיוותר בידי הבעלים. כמו כן, תהא הרשות מוכנה לשקול החרגות ספציפיות הנובעות מנסיבותיו המיוחדות של כל מקרה ומקרה.

³⁶ ראו ההנחיות האירופאיות, ס' 112. בנסיבות מסוימות יהא הממונה נכון לשקול מינוי של נאמן ניהול אשר מקיים זיקה עם הצדדים למיזוג, וזאת כאשר מינוי כזה יבטיח את מימוש השלת הנכסים והגשמת מטרותיו בצורה הטובה ביותר. לשם המחשה בלבד, כאשר מושא השלת הנכסים מהווה ישות נפרדת ועצמאית, אשר ניהולה דורש כישורים מיוחדים המצויים בידי מנהלה המכהן עובר למיזוג, יהא הממונה נכון לשקול את מינויו כנאמן ניהול בתנאים מסוימים, כגון תנאי המחייב את הצדדים למיזוג ואת הנאמן שלא לקיים כל זיקה ביניהם לתקופה מוגדרת החל מיום המינוי.

במסגרת השלת נכסים נמכר כבר לצד שלישי. במקרים המתאימים תראה בכך הרשות ניסיון להכשיל את הליך הבדיקה והפיקוח של מערך ההגבלים העסקיים. מנגד, הרשות מעודדת צדדים למיזוג אפשרי אשר מזהים אפשרות להתניית המיזוג בהליך של השלת נכסים לבוא בדברים עם הרשות עוד בטרם ההגשה הפורמלית של הודעות המיזוג, על מנת ללבן סוגיה זו.³⁷

2.ד תרופות התנהגותיות

32. תרופות התנהגותיות מתמקדות בטיפול בסימפטומים שיוצר השינוי במבנה השוק, קרי באותן דרכים שבהן עלולות החברות המתמזגות לפגוע בתחרות לאחר המיזוג. מעבר לכך קשה להעניק להן אפיון נוסף, משום שבנקודת המוצא הן מיועדות לטפל בכל התנהגות אנטי-תחרותית מצד החברות המתמזגות, כגון העלאת מחיר, הקטנת תפוקה, סירוב בלתי סביר לסחור, אפליה וכו'.

33. כפי שהוסבר, רואה הרשות בתרופות ההתנהגותיות נחיתות מובנית ביחס לתרופות המבניות, אולם משמעות הדברים אינה פסילה גורפת של השימוש בתנאים מסוג זה, כי אם צמצום השימוש במקרים המתאימים לכך.³⁸ בפרק זה נפרט את אמות המידה שעל פיהן תראה הרשות לנכון לעשות שימוש בתנאים ההתנהגותיים.

34. הרשות תימנע לחלוטין מלעשות שימוש בתנאים המיועדים לחקות באופן ישיר תנאי שוק תחרותיים באמצעות הוראות התנהגות, כגון פיקוח על מחירים או על תפוקה. הפיקוח על מיזוגים בא למנוע מראש את השינויים המבניים אשר מאפשרים הפעלת כוח שוק, כגון העלאת מחירים, הקטנת תפוקה, פגיעה באיכות או במגוון. החלפת תחרות בשוק במשטר של פיקוח רגולטורי, שבא בנעלי כוחות השוק וחלף להם, יהא בבחינת סיכול מוחלט של תכלית הפיקוח של הרשות על מיזוגים, ועומד בסתירה חזיתית לה.

35. מטבע הדברים, ישנו קושי למנות מראש את מכלול המקרים בהם ייעשה שימוש בתרופות התנהגותיות. יחד עם זאת, מבלי למצות את הדברים ובקווים כלליים, הרשות תהא נכונה לעשות שימוש בתרופות התנהגותיות במקרים הבאים:

- כאשר מאושר מיזוג בתנאים מבניים או מעין מבניים, מימושם עשוי לחייב הגבלה על דפוסי התנהגות שונים של החברות המתמזגות או מי מהן, וזאת במטרה לאפשר או

³⁷ בדיקה שכזו יכולה להיעשות במסגרת מתן חוות דעת מקדמית על פי סעיף 43א לחוק.

³⁸ עמדה דומה, הרואה עדיפות עקרונית לתנאים מבניים אך אינה פוסלת באופן מוחלט שימוש בתנאים ההתנהגותיים, מצויה גם בדין האירופי; ראו: Case C-12/03 P Commission v Tetra Laval [2005] ECR I-987, para. 86; ההנחיות האירופאיות, ס' 15.

להקל על מימוש התרופה המבנית. משכך, תראה הרשות לנכון לעשות שימוש בתרופות התנהגותיות כנלוות לתנאי מבני, ובפרט, כסעד ביניים עד למימוש הליך של השלמת נכסים.

- כאשר החשש התחרותי שיוצר המיזוג נעוץ בהתנהגות ספציפית, מובחנת ומוגדרת מראש וקלה לזיהוי על ידי צדדים שלישיים, תשקול הרשות שימוש בתרופה התנהגותית, וכך בפרט כאשר חששות אחרים שהמיזוג מקים ניתנים לפתרון מבני. זאת להבדיל מפרקטיקות עסקיות שבאופן רגיל אינן עונות על קריטריונים אלה, כגון סירוב בלתי סביר לספק, אפליית מחירים וכדומה, המתארים דפוס התנהגות העשוי ללבש צורות קונקרטיות רבות ומגוונות.
- כאשר החשש התחרותי, חרף חומרתו המצדיקה התערבות של הרשות, אמור לפוג בתוך פרק זמן קצר באופן יחסי, ניתן לעשות שימוש בתרופות התנהגותיות לתקופה קצרה.
- במקרה של הפעלת דוקטרינת החברה הכושלת, כאשר אין בכוחם של תנאים מבניים להפיג את מלוא החששות התחרותיים, וקיימים תנאים התנהגותיים שמתקיימים בהם אמות המידה שמפורטות בסעיף 7 לעיל.
- במקרים מסוימים, יישקל שימוש בתרופות התנהגותיות כאשר השימוש בתרופות מבניות (למעט התנגדות) אינו אפשרי. יודגש, כי הקשיים המאפיינים תרופות התנהגותיות, עליהם עמדנו בהרחבה לעיל, מביאים לכך שבמרבית המקרים אין התנאים ההתנהגותיים יכולים להשיג את המטרה של הפסת החשש התחרותי הנובע מהמיזוג. יחד עם זאת, כאשר תרופות מבניות אינן רלוונטיות מלכתחילה, תגלה הרשות פתיחות רבה יותר לאפשרות השימוש בתרופות התנהגותיות, ובלבד שהחשש התחרותי שיוצר המיזוג יופג. בהיעדר תנאים התנהגותיים העונים לדרישה מחמירה זו לא יהא מנוס מפני התנגדות למיזוג, ובכל מקרה לא יהווה הדבר פתח לאסדרה ענפית של השווקים הרלוונטיים. מכל מקום, נוכח התנאים המחמירים שפורטו לעיל והיות שכוונתנו כאן אינה לגרוע במשהו מן העקרונות שפורטו לעיל, ניתן בהחלט להניח כי מדובר בחריג אשר השימוש בו ייעשה במשורה ולעתים נדירות על-ידי הממונה.

36. בבחירה האם לעשות שימוש בתרופות התנהגותיות תביא הרשות בחשבון, בין השאר, שני שיקולים נוספים שנזכרו לעיל, אך יקבלו משנה תוקף בעניין זה. ראשית, ייבדק היקף הפיקוח שמחייבות הוראות ההתנהגות. ככלל, ככל שמדובר בהוראות מורכבות יותר, הנמשכות לאורך זמן רב יותר, תימנע הרשות משימוש בהן.

37. שנית, תיבחן אפשרות זיהוי ההפרה על ידי הנפגעים והתמריץ שלהם לדווח עליה. ככלל, ככל שהפרת ההוראה ההתנהגותית תהא שקופה יותר, קלה ומהירה יותר לאיתור – הן על ידי הנפגעים והן על ידי הרשות – כך יהיה ניתן לעשות בה שימוש ביתר קלות. יחד עם זאת אין מדובר בתנאי מספיק אלא בתנאי הכרחי בלבד, שכן גם במקרים בהם יכול נפגע ההפרה לזהות בקלות את הפגיעה בו, עדיין לא ברור שהאינטרס שלו באותו שלב יהיה לדווח על כך לרשות. תלונה לרשות עשויה אמנם להביא להפסקת ההפרה בטווח הבינוני והארוך, אך גם להעכיר את יחסיו של המתלונן עם גורם עסקי שבו הוא תלוי כבר בטווח הקרוב. במצב דברים זה עשוי הנפגע להגיע למסקנה כי עלות הפגיעה בו קטנה יותר מעלות הפגיעה שתגרם לו כתוצאה מדיווח על ההפרה לרשות.³⁹

2.ד תרופות מעין מבניות

38. במרווח הקיים בין תרופות מבניות והתנהגותיות מצויות תרופות מעורבות, אשר מכילות מאפיינים שונים. ייחודן הוא בכך שלמרות שמדובר בהוראות התנהגותיות לכאורה, הן נעדרות את מרבית המגרעות המאפיינות הוראות מסוג זה ובה בעת הן מסוגלות להשיג אפקט דומה לאפקט המושג על ידי תרופה מבנית, מבלי שהן כרוכות בשינוי מבנה השוק.⁴⁰

39. כך, הגם שתורפות מעין מבניות עשויות להיראות בתחילה כסוג של תרופות התנהגותיות, מצב הדברים איננו כך. יתרון של תרופות מעין מבניות על פני תרופות התנהגותיות, הוא, בין השאר, בכך שמדובר על-פי רוב בתרופות המחייבות התנהגות חד-פעמית, שקל יחסית לבחון אם קוימו או לא, אינן מורכבות ואינן מחייבות פיקוח ומעקב לטווח ארוך, כאשר מנגד, עשויה להיות להן השפעה על מאפיינים מסוימים של השוק ואף על המבנה שלו.

40. **הסוג הראשון** של תרופות מעין מבניות הן תרופות הנוגעות להעברה של ידע. כאשר החשש התחרותי העולה מן המיזוג נובע מריכוז של ידע המצוי בידי החברות המתמזגות או מי מהן, כאשר הפיכתו נגיש לצדדים שלישיים (בדרך כלל מתחרים של הצדדים למיזוג או לקוחות שלהם) תפיס את החשש התחרותי, תשקול הרשות בחיוב הטלת תנאי שעיקרו מסירת הידע לאותם צדדים שלישיים או הפיכתו לפומבי, לפי נסיבות המקרה.

³⁹ להמחשה, בעל מונופולין המספק תשומה חיונית על בסיס יומיומי למספר יצרנים. במסגרת מיזוג אנכי של בעל המונופולין עם אחד היצרנים במורד שרשרת הייצור מוטל תנאי התנהגותי האוסר עליו להפלות בין החברה שאיתה הוא מתמזג לבין חברות אחרות. במקרה בו מגלה אחד היצרנים כי הוא מופלה לרעה ביחס ליצרן שהתמזג עם המונופולין, עליו לקחת בחשבון – אגב ההחלטה האם לדווח על ההפרה לרשות – את הסכנה שבהרס יחסיו עם מונופולין המספק לו תשומה חיונית על בסיס יומיומי. במצב מסוג זה ייתכן בהחלט כי הנפגע יעדיף דווקא להשלים עם הפגיעה בו מחשש לפגיעה בהספקתה של התשומה.

⁴⁰ בפרשת **טרפלס**, בו נדון תנאי שעסק בגילוי נוסחאות סודיות, התייחס בית הדין להגבלים עסקיים לתנאים מעין מבניים כתנאים מבניים: "מדובר בתנאי השייך לקשת רחבה של תנאים מבניים שבהם מוטל על צד להסכם מיזוג – תנאי לאישור ההסכם – לוותר על אחזקותיו בחברה מסוימת או למכור נכס מנכסיו", לעיל ה"ש 9, ס' 43.

41. השימוש במונח ידע נעשה כאן במובנו הרחב ביותר, והוא כולל ידע מקצועי (כגון נוסחאות או שיטות עבודה), רשימת לקוחות או כל מידע אחר שיש לו משמעות תחרותית שבנסיבות העניין יש בה להפיג את החשש התחרותי. הידע עשוי להיות מוגן על ידי דיני קניין רוחני או להוות סוד מסחרי, כאשר במקרים אלה עשויה התרופה ללבוש צורה של גילוי הסוד.

42. **הסוג השני** נוגע לשימוש בזכויות משפטיות. במקרים אלה החשש התחרותי הטמון במיזוג נוצר כתוצאה מזכויות משפטיות המצויות בידי מי מהצדדים למיזוג, כגון זכויות הנובעות מחוזה (בלעדיות או זכות סירוב ראשונה למשל), זכויות שמקורן בדין (רישיונות, היתרים, זכויות במקרקעין או פטנטים למשל).

43. התרופה במקרים שכאלה יכולה להתייחס לביטולה של הזכות או שינויה באופן נקודתי (כגון ביטול זכות בלעדיות או קיצור של משך התקשרות), ביטול גורף של מערכת יחסים עסקית (כגון ביטול יחסי הפצה בין מי מהצדדים למיזוג לצד שלישי),⁴¹ או שימוש משותף בהן (כגון מתן זכות שימוש במקרקעין או רישיון שימוש בפטנט).

44. ביחס לשני הסוגים של התרופות המעין מבניות, השימוש בתרופות אלה, כמו גם עיצובן, ייעשה בהתאם לאותם טעמים אשר שפורטו לעיל. כך, למשל, תיבחן השאלה האם ובאיזו מידה ניתן לעצב תנאים מדויקים ובהירים, הניתנים למימוש בתוך פרקי זמן קצרים, ואינם מחייבים פיקוח ומעקב ארוכי טווח.

45. בשולי הדברים יוער, כי הגם שקיימת עמדה הנוטה לראות תרופות מסוג גישה חופשית לתשתית (open access) כתחליף אפשרי לתרופות מבניות,⁴² עמדת הרשות היא כי מדובר בתרופה התנהגותית לכל דבר ועניין, אשר במרבית המקרים מתאפיינת בדיוק באותן מגרעות מקובלות לתרופות מסוג זה, ובעיקר המורכבות הרבה הנדרשת במסגרת עיצובה של התרופה והמשאבים הרבים הכרוכים בפיקוח אחרי מימושה.

פרופ' דיויד גילה

הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, ט"ז בתמוז תשע"א

18 ביולי 2011

⁴¹ כך, למשל, במקרה ובו אחד הצדדים למיזוג קשור ביחסי הפצה בלעדיים עם ספק גדול בחו"ל, דבר היוצר חשש תחרותי לאחר המיזוג. הרשות תיבחן הן את ביטולה של הבלעדיות, ובמידת הצורך (למשל – כאשר מדובר בשוק שבו ההפצה נעשית ככלל באופן בלעדי) גם את ביטולם הגורף של חוזה ההפצה על מנת לפתוח פתח לצדדים שלישיים לבוא תחת אותו צד למיזוג.

⁴² ראו, למשל, ההנחיות האירופאיות, ס' 62-63.