



החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל להסדר בין טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ ובין Allergan Plc.

א. פתח דבר

בפניי בקשה למתן פטור לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "החוק"), להסדר כובל בין טבע תעשיות פרמצבטיות בע"מ (להלן: "טבע") ובין Allergan Plc. (להלן: "אלרגן"). בקשת הפטור נוגעת לכבילה שעניינה אי שימוש במידע הכלולה בהסכם הרכישה של טבע את העסקים הגנריים העולמיים של אלרגן, ולכבילת אי תחרות הכלולה בסיוטת הסכם המסדיר את הייצור והאספקה של מוצרים מסוימים של אלרגן על ידי טבע לאחר המיזוג (להלן: "הסכם הייצור")¹ (להלן ביחד: "ההסדר"). כבילות אלו נלוות לעסקת מיזוג בין הצדדים שאושרה ביום 19 בינואר 2016 כמפורט להלן, ואולם ההחלטה לגביהן ניתנת רק כעת בשל שינויים שביקשו הצדדים לערוך בנוגע להסדר ביניהם ואשר כתוצאה מהם תוקנה בקשת הפטור.

לאחר שבחנתי את ההסדר על כבילותיו, כמו גם את השפעתו האפשרית על התחרות בשוק הרלוונטי, ולאחר שנועצתי בוועדה לפטורים ולמיזוגים, שוכנעתי כי ההסדר אינו פוגע פגיעה של ממש בתחרות בשווקים המושפעים ממנו, כי עיקרו של ההסדר אינו בהפחתת התחרות או במניעתה ואין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו.

מטעמים אלה, ההסדר ראוי לפטור לפי הוראות סעיף 14 לחוק, בשל הנימוקים שיפורטו להלן.

ב. הצדדים להסדר

טבע היא חברה ציבורית שעיקר מניותיה מוחזקות על ידי הציבור (כ-95%)² והנסחרת בבורסות לניירות ערך בתל אביב ובניו-יורק. טבע עוסקת בפיתוח, ייצור ומכירת תרופות גנריות ואתיות. כמו כן, טבע עוסקת, באמצעות חברת הבת סלומון, לוי ואלשטיין בע"מ, במתן שירותים לוגיסטיים לעצמה ולחברות פארמה, העוסקות גם הן בייצור ושיווק תרופות.

אלרגן היא חברה ציבורית המוחזקת ברובה על ידי גופים מוסדיים (כ-89%) ונסחרת בבורסה לניירות ערך בניו-יורק. אלרגן עוסקת בפיתוח, ייצור ומכירת תרופות אתיות ותרופות גנריות. אלרגן מתמקדת בתחומי בריאות האישה ואורולוגיה; מחלות קיבה ומעיים; סיסטיק פיברוזיס; מחלות לב וכלי דם ומחלות זיהומיות. כמו כן, עוסקת אלרגן באספקת תרופות לצדדים שלישיים על ידי הענקת רישיונות למכירת מוצריה, באמצעות חברת הבת Medis (להלן: "מדיס"). בארץ פועלת אלרגן באמצעות מפיץ התרופות המקומי דיפריס ושות' בע"מ ובאמצעות רישיונות הפצה שמכרה מדיס למגוון מפיצי תרופות מקומיים.

¹ טיוטת הסכם הייצור מיום 28 ביולי 2016.

² יתרת המניות של טבע מוחזקת בידי פידליטי – FMR LLC (Fidelity).

ההסדר מושא הבקשה נלווה לעסקת מיזוג, במסגרתה רוכשת טבע את העסקים הגנריים העולמיים של אלרגן: חברת מדיס; פעילויות ייצור גנריות עולמיות; יחידת המחקר והפיתוח הגנרית העולמית; יחידת ה"תרופות ללא מרשם" המסחרית העולמית; ומספר מותגים בינלאומיים (להלן ביחד: "**העסקים הגנריים של אלרגן**"). עסקת המיזוג אושרה ביום 19 בינואר 2016.

ג. ההסדר והשפעתו על התחרות

בקשת הפטור שבפניי נוגעת, כאמור לעיל, לשתי כבילות: תניית אי שימוש במידע ותניית אי תחרות. להלן יפורטו הכבילות והשפעתן על התחרות.

ג.1. תניית אי שימוש במידע

על-פי תניית אי השימוש במידע, שתוקפה למשך חמש שנים ממועד השלמת עסקת המיזוג, תוגבל יכולתה של טבע לעשות שימוש במידע שהתקבל אצלה במסגרת רכישת העסקים הגנריים של אלרגן, וזאת ככל שהמידע קשור לנכסים ולהתחייבויות שונותרים בידי אלרגן (להלן: "**מידע של אלרגן**"). בהתאם לתנייה, לא תוכל טבע לעשות שימוש במידע האמור על מנת לפתח, לשווק או לסחור בכל מוצר שיש לו רכיב פעיל (API) זהה והוא מתחרה במוצר הנכלל במסגרת העסקים הנותרים של אלרגן. על-פי המידע שנמסר על-ידי הצדדים, לא התקבל בטבע כל מידע קונקרטי בעניין זה אך כפי שיוסבר להלן, התנייה עשויה לחול, באופן תיאורטי, על כל הפעילות של אלרגן שלא הועברה לטבע במסגרת עסקת המיזוג.

כמו כן, מגבילה התנייה האמורה, למשך אותה התקופה, את יכולתה של אלרגן לעשות שימוש במידע שהיה בידה (של אלרגן) טרם השלמת העסקה, ככל שהמידע קשור לעסקים הגנריים של אלרגן (להלן: "**המידע שנרכש על ידי טבע**"), על מנת לפתח, לשווק או לסחור בכל מוצר שיש לו רכיב פעיל זהה והוא מתחרה במוצר אשר הועבר לטבע במסגרת עסקת המיזוג.

על פני הדברים, תניית אי השימוש ההדדית במידע עלולה להעלות חששות הדומים לאלה שמעלות תניות שעניינן התחייבות לאי תחרות, וזאת במיוחד ככל שהמידע שהתנייה חלה עליו חיוני לקיום התחרות בין הצדדים. עם זאת יש לציין כי התנייה הכלולה בהסדר המונח בפניי מוגבלת בתחולתה לעומת תניות אי תחרות מקובלות, משום שהיא לא מגבילה את הצדדים ביחס לאפשרות שלהם להתחרות זה בזה, אלא מגבילה אותם רק בנוגע לאפשרות העומדת לרשותו של כל צד לעשות שימוש במידע שהתקבל אצלו במסגרת עסקת המיזוג כדי להתחרות בצד האחר.

הטעמים העומדים ביסוד מתן הפטור להתחייבות אלרגן (המוכרת) לאי שימוש במידע שנרכש על ידי טבע דומים לטעמים העומדים בבסיס כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג לכבילות נלוות למיזוגים), התשס"ט-2009 (להלן: "**פטור הסוג**"), הקובעים כי התחייבות של מוכר לפיה לא יתחרה בעסק הנרכש במיזוג היא כבילה הפטורה מקבלת אישור בית הדין להגבלים עסקיים, כל עוד משכה אינו עולה על התקופות המצוינות בפטור הסוג ובכפוף לאמור בו. מתן הפטור לכבילות מסוג זה נועד להגן על האינטרס הלגיטימי של הצדדים להבטיח שהעסקה לא תרוקן מתוכן על ידי תחרות בעסק הנרכש מצדו של המוכר בסמוך לאחר המיזוג, וכי התמורה תגלם את מלוא שוויו

של הממכר.³ יחד עם זאת, התנייה אינה עומדת בפטור הסוג מכיוון שהתקופה שלגביה מתבקש הפטור חורג מהתקופה הקבועה בפטור הסוג ומכיוון שהיא חלה לא רק על המוכרת (אלרגן) אלא גם על הרוכשת (טבע).

בכל הנוגע להתחייבותה של טבע לאי שימוש במידע של אלרגן, הצורך בה נובע מהקושי לערוך הפרדה מלאה ומוחלטת בין העסקים הגנריים של אלרגן ובין עסקיה האחרים של אלרגן: במסגרת עסקת המיזוג יועברו לטבע פעילויות ייצור ומחקר ופיתוח, ובכלל זה יועברו לטבע גם עובדים של אלרגן; פעילויות ועובדים אלו עשויים לכלול או להחזיק במידע של אלרגן שאינו קשור לעסקים הגנריים שלה הנרכשים על ידי טבע, אלא לנכסים ולהתחייבויות שנותרים בידיה של אלרגן לאחר השלמת העסקה. בנסיבות אלה שוכנעתי כי הכבילה מקלה את ההתקשרות של הצדדים בעסקת המיזוג ונחוצה למימוש עיקרה.

לאור האמור לעיל, בשים לב לכך שעסקת המיזוג אושרה ביום 19 בינואר 2016, בהתחשב בהיקפה המוגבל של תניית אי השימוש במידע ומאחר שמדובר בעסקת מיזוג בינלאומית בעלת היקף משמעותי,⁴ שוכנעתי כי התנייה אינה מגבילה את התחרות בחלק ניכר של שוק המושפע מן ההסדר, עיקרה אינו בהפחתת התחרות או במניעתה ואין בה כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרה. על כן, היא ראויה לפטור לתקופה של חמש שנים ממועד השלמת עסקת המיזוג כפי שהתבקש על-ידי הצדדים.

2.ג. תניית אי תחרות

במסגרת עסקת המיזוג גיבשו הצדדים גם הסכם ייצור של מוצרים מסוימים בין הצדדים לאחר השלמת עסקת המיזוג, לפיו טבע תייצר בעבור אלרגן 26 מוצרים, כמפורט בנספח להסכם הייצור. מדובר במוצרים הקשורים לעסקים אשר טבע אינה רוכשת מאלרגן במסגרת עסקת המיזוג, אולם מיוצרים במפעלי ייצור אשר יועברו לטבע כחלק מעסקת המיזוג. מוצרים אלה אינם מיוצרים או נמכרים כיום בישראל, וזאת אף שבהתאם למידע שנמסר על-ידי הצדדים, מרביתם נהנו, לפחות לתקופה מסוימת ובהיקף מסוים, מהגנה פטנטית בישראל.

הסכם ייצור זה, שתוקפו למשך חמש שנים עם אפשרות להאריכו לתקופה מרבית של שבע שנים, כולל תניית אי תחרות מצדה של טבע. בהתאם לתניית אי התחרות, שתחולתה משתרעת על לפחות חלק מתוך 26 המוצרים שטבע תייצר בעבור אלרגן, תהיה טבע מוגבלת מלייצר, למכור או

³ ראו לדוגמה החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל להסדר בין אלמור חשמל התקנות ושירותים (1986) בע"מ לבין יציב הנדסת קרור ומיזוג אויר בע"מ ודן מליכס (5.8.2015) **הגבלים עסקיים** 500825 וההפניות שם, החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל להסדר בין קדמה קפיטל פרמיום שותפות מוגבלת לבין פמי פרמיום בע"מ (21.10.2015) **הגבלים עסקיים** 500867, החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל להסדר בין כלל תעשיות בע"מ, כת-מש הולדקו בע"מ, CRH Europe Investment BV ו-CRH Nederland BV (30.12.2015) **הגבלים עסקיים** 500914 והחלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל הלווה למיזוג בין בנק אוצר החייל בע"מ לבין כלל פקטורינג ומימון בע"מ (1.9.2013) **הגבלים עסקיים** 500464.

⁴ ראו לדוגמה החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל להסדר בין Lenovo Group Ltd, יבמ ישראל ו-IBM World Trade Corporation (10.6.2014) **הגבלים עסקיים** 500637 וההפניות שם.

לספק לצד שלישי כלשהו מוצר המכיל רכיב פעיל (API) זהה ובמינון זהה לזה המצוי בכל מוצר בהסכם הייצור.

החשש העומד בבסיס תניית אי התחרות הוא כי ביחס למוצרים שטבע תייצר בעבור אלרגן בהתאם להסכם הייצור ותניית אי התחרות חלה עליהם, תיגרע בישראל תחרות פוטנציאלית באלרגן מצדה של טבע.

כבר בנקודת המוצא מדובר בחשש רחוק יחסית: המוצרים מושא ההסדר אינם נמכרים בישראל כלל, וזאת על אף שלפחות חלקם נהנים מהגנה, ולו מסוימת, על פי דיני הפטנטים.

זאת ועוד, לתניית אי התחרות תחולה במקומות נוספים בעולם, ובין היתר היא תחול גם בארצות הברית ובאירופה. בהקשר זה ראוי להוסיף כי נוכח עלויות הפיתוח של המוצרים, הסבירות שטבע תבקש לפתח מוצר מסוים לצורך רישומו בישראל טרם רישומו בארצות הברית או באירופה או כדי לייצר, למכור או לספק אותו רק בעבור השוק בישראל נמוכה מאוד. במצב דברים זה, פוטנציאל הפגיעה בתחרות כתוצאה מהחלת תניית אי התחרות גם בישראל, נמוך למדי.⁵ יתרה מכך, טבע אינה מוגבלת מפיתוח מוצר כלשהו בישראל במהלך תקופת תוקפה של תניית אי התחרות, אלא כמתואר לעיל רק מייצור, מכירה או הספקה.

בנוסף, תניית אי התחרות אינה מגבילה את פעילותה של טבע בנוגע לייצור, למכירה או להספקה לצד שלישי של מוצרים (כולל מוצר המצוי בהליכי פיתוח) אשר פותחו, נסחרו, יוצרו, נמכרו, שווקו או הופצו על ידה בכל שלב טרם השלמת העסקה. ראוי לציין כי חריג זה לתניית אי התחרות מצדה של טבע הוא בעל תחולה גלובלית. בהתאם, במקרה שבו טבע כבר החלה בפיתוח או שהיא מוכרת מוצר מוגמר כלשהו לפני השלמת עסקת המיזוג, בין בישראל ובין מחוץ לישראל, היא תהיה חופשית למכור את המוצר בישראל לאחר המיזוג, וזאת גם אם לאותו מוצר ישנו רכיב פעיל זהה ובאותו מינון כמו לאחד המוצרים שתניית אי התחרות חלה עליהם.

טבע תהא גם רשאית לייצר, למכור ולספק מוצרים המכילים אותו רכיב פעיל כמו זה של מוצר הכפוף לתחולת הסכם הייצור, אם המוצרים הם בעלי מינון שונה מהמינון של המוצר הכפוף לתניית אי התחרות.

לבסוף, לצדה של טבע פועלים בעולם יצרנים רבים העוסקים בייצור תרופות גנריות, אשר עשוי להיות להם התמריץ והיכולת לייצר את המוצרים מושא ההסדר עם תפוגת ההגנה הפטנטית עליהם, ככל שהגנה כאמור חלה. בהקשר זה טבע אינה מתחרה פוטנציאלית קרובה יותר מכל יצרן גנרי אחר, במיוחד בהתחשב בתחולתה של תניית אי התחרות בארצות הברית ובאירופה.

⁵ הערכה זו נכונה גם במקרה שבו לטבע כבר קיים מוצר המכיל את אותו רכיב פעיל כמו זה של מוצר הכלול בהסכם הייצור אך במינון שונה (ולכן טבע אינה מנועה מלייצר, למכור או לספק אותו). הסיבה לכך היא שלפחות לגבי חלק מן המוצרים גם עלויות פיתוחו של מוצר זהה במינון שונה עשויות להיות משמעותיות באופן שאינו מצדיק את פיתוחו בעבור השוק בישראל בלבד. לכך יש להוסיף כי עובדת קיומו של מוצר זהה (במינון אחר) עשויה להעיד על הערכתה של טבע בדבר המינון היעיל ביותר מבחינתה לאותו מוצר ועל כן היקף התחרות הפוטנציאלית שלכאורה נגרעת מוגבל.

לאור זאת, שוכנעתי כי אין בתניית אי התחרות הנלווית להסכם הייצור ולעסקת המיזוג כדי לפגוע פגיעה של ממש בשוק רלוונטי, כי עיקרו של ההסדר אינו בהפחתת התחרות או במניעתה, וכי אין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו. בהתאם, ראויה תניית אי התחרות לפטור.

באשר למשך תוקפה של תניית אי התחרות שהתבקשה על-ידי הצדדים (תקופה מרבית של שבע שנים כמפורט לעיל), נטען על-ידם כי מדובר בעסקת מיזוג חובקת עולם ובהיקף משמעותי, וכי התקופה הארוכה נחוצה לשם שמירה על ערך הנכס הנמכר. עוד טענו הצדדים, כי מכיוון שהמוצרים שטבע צפויה לייצר בעבור אלרגן ייוצרו במפעלי ייצור אשר צפויים לעבור לטבע במסגרת עסקת המיזוג, נדרשת אלרגן להיערך להמשך ייצורם על-ידי טבע וכן להמשך פעילויותיה של אלרגן שאינן מועברות לטבע במסגרת עסקת המיזוג.

מכיוון שבהתאם למצב הדברים כפי שהוצג בפניי על-ידי הצדדים נכון למועד החלטה זו ראויה תניית אי התחרות לפטור כאמור, ראיתי לנכון להיעתר לבקשת הצדדים ולהעניק את הפטור לתקופה מרבית של שבע שנים. יחד עם זאת, מאחר שלפי הוראותיו של הסכם הייצור רשאית אלרגן (בהתקיים תנאים מסוימים) לסיים את ההסכם, הן באופן כללי והן בנוגע למוצר מסוים בלבד, החלטתי כי תקופת תוקפו של הפטור לתניית אי התחרות תשתנה בהתאם למועד הפסקת הייצור בפועל של כל מוצר ובלבד שתקופה זו לא תעלה על שבע שנים.

ד. סוף דבר

נוכח האמור לעיל לעניין, ובשים לב לכך שעסקת המיזוג אושרה ביום 19 בינואר 2016, נחה דעתי כי ההסדר שבפניי אינו מעלה חשש לפגיעה של ממש בתחרות בשוק הרלוונטי, עיקרו של ההסדר אינו בהפחתת התחרות או במניעתה ואין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו, ועל כן הוא ראוי לפטור.

תוקף הפטור לעניין תניית אי השימוש במידע הוא חמש שנים ממועד השלמת עסקת המיזוג. תוקף הפטור לגבי תניית אי התחרות הוא, לגבי כל מוצר המופיע בנספח להסכם הייצור, המוקדם מבין שני אלה: (א) המועד שבו הפסיקה טבע לייצר בעבור אלרגן את אותו מוצר; או (ב) שבע שנים ממועד השלמת עסקת המיזוג.

בהתאם לסעיף 15(א) לחוק, החלטתי זו נתונה לערר בפני אב בית הדין להגבלים עסקיים על ידי איגוד עסקי, ארגון צרכנים או כל אדם העלול להיפגע מההסדר הכובל שניתן עליו הפטור.

מיכל הלפרין
הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, ט"ו באלול התשע"ו

18 בספטמבר 2016