



רשות ההגבלים העסקיים

החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988

בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל

להסדר בין מפעלי חמצן וארגון בע"מ, פימי ישראל אופורטוניטי פייב, שותפות מוגבלת ופימי אופורטוניטי פייב (דלוואר), שותפות מוגבלת

1. פתח דבר

לפני בקשה למתן פטור לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים התשמ"ח-1988 (להלן: "חוק ההגבלים העסקיים"), להסדר כובל בין מפעלי חמצן וארגון (להלן: "מפעלי חמצן") לבעלי מניות בה: פימי ישראל אופורטוניטי פייב, שותפות מוגבלת ופימי אופורטוניטי פייב (דלוואר), שותפות מוגבלת (להלן ביחד: "קרנות פימי"). ההסדר נלווה למיזוג בו רכשו קרנות פימי 51% ממניות מפעלי חמצן (להלן: "המיזוג"). המיזוג אושר על-ידי הממונה על הגבלים עסקיים ביום 31.8.2015.¹

לאחר שבחנתי את ההסדר ואת הכבילות המצויות בו, כמו גם את השפעתם האפשרית על התחרות בשווקים הרלוונטיים, ולאחר שנועצתי עם הוועדה לפטורים ולמיזוגים, שוכנעתי כי הכבילות שבהסדר אינן פוגעות פגיעה של ממש בתחרות בשווקים המושפעים ממנו, כי עיקרו של ההסדר אינו בהפחתת התחרות או במניעתה וכי אין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו. על כן, מצאתי כי ההסדר ראוי לפטור לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, בשל הנימוקים שיפורטו להלן.

2. ההסדר והצדדים לו

קרנות פימי הן קרנות המשקיעות בחברות ישראליות העוסקות בתחומים שונים, על מנת להשביחן. השותף הכללי בקרנות פימי היא פימי חמש 2012 בע"מ הנשלטת על-ידי מר ישי דויד, והשותפים המוגבלים בהן הם משקיעים מוסדיים ישראלים ומשקיעים מחו"ל.

מפעלי חמצן היא חברה פרטית העוסקת, בין היתר, בייצור ושיווק של חנקן, חמצן וארגון, וביבוא ושיווק של הליום ופחמן דו חמצני לתעשייה, למחקר ולרפואה בישראל. מפעלי חמצן מוכרות כבעלת מונופולין בחמצן, חנקן וארגון.² במסגרת עסקת המיזוג, רכשו, כאמור, קרנות פימי כ-51% ממניות מפעלי חמצן. בין בעלי מניותיה האחרים נמנים חגי חברת גזים ישראלית בע"מ (כ-5.9%), חמצן לנגב בע"מ (כ-5.9%), מוצרי גז ישראלים בע"מ (כ-5.9%), מפעלי חולון לחמצן בע"מ (כ-5.9%), חברה לתוצרת חמצן בע"מ (כ-5.9%), חברת גורדון להשקעות תעשייתיות בע"מ (כ-5.8%),

¹ תיק מזג 10169.

² הכרזה על קיום מונופולין: מרכז החמצן בע"מ (25.12.1988) **הגבלים עסקיים** 4100069.

תעשיות גז בע"מ (כ-4.8%), מרכז הגזים בע"מ (כ-3.4%) ובעלי מניות נוספים אשר חלק כל אחד מהם אינו עולה על 3%.

החלטה זו עוסקת בהסדר בין קרנות פימי לבין מפעלי חמצן, אשר נלווה להסכם המיזוג, והתבצע בדרך של תיקון תקנון מפעלי חמצן.³ במסגרת התקנה המתוקנת (להלן גם: "התקנה"), מתחייבים בעלי המניות המחזיקים למעלה מ-20% מהון החברה ומזכויות ההצבעה בה, ושמקנית להם הזכות למינוי דירקטור, שלא להתחרות במפעלי חמצן בהפרדת אוויר למרכיביו ובשיווק ובמכירה של חמצן, חנקן וארגון (להלן: "התחומים הרלוונטיים"), וכן, שלא להחזיק ביותר מ-10% ממניות תאגיד המתחרה בחברה בתחומים הרלוונטיים.

הצדדים הבהירו כי לעת הזו, מבין בעלי המניות במפעלי חמצן, קרנות פימי הן היחידות שחלקן עולה על 20% ומחזיקות בזכות למינוי דירקטור, וכי ההתחייבות שבתקנה חלה נכון לעכשיו רק עליהן. לפיכך, בחינת בקשה זו נעשתה רק לגבי התחייבותן של קרנות פימי לאי תחרות על פי התקנה.

יצוין כי בראשית הדרך, ביקשו הצדדים כי יינתן פטור גורף עבור כל בעלי המניות, הקיימים והעתידים, שההתחייבות בתקנה תחול עליהם. אולם, מאחר שלא ניתן לצפות את זהות בעלי המניות אשר ההתחייבות שבתקנה תחול עליהם ואת ההשפעה של התחייבותם זו על התחרות, בחינה גורפת מעין זו אינה מעשית. לפיכך, הבהרתי לצדדים כי עניינה של החלטה זו הוא רק בהתחייבותן של קרנות פימי, ולא בהתחייבות עתידית של בעל מניות אחר במפעלי חמצן מכוח אותה תקנה, ככל ששיעור אחזקותיו יחצה את הרף שנקבע בה.

3. השפעת ההסדר על התחרות

כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג לכבילות נלוות למיזוגים) התשס"ט-2009 (להלן: "פטור הסוג"), קובעים כי התחייבות של מוכר כי 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 בפטור הסוג. מתן הפטור לכבילות מסוג זה נועד להגן על האינטרס הלגיטימי של הצדדים להבטיח שהעסקה לא תרוקן מתוכן על-ידי תחרות בנכס הנמכר מצדו של המוכר בסמוך לאחר המיזוג, וכי התמורה תגלם את מלוא שוויו של הממכר. במקרה הנוכחי, משך כבילת אי התחרות בגינה מתבקש הפטור, עומד בתנאים הקבועים בפטור הסוג,⁴ אולם היא חורגת מפטור הסוג בשני היבטים מרכזיים: ראשית, מפעלי חמצן היא בעלת מונופולין מוכרזת

³ בדיון הישראלי התפיסה היא כי יש לראות בתקנון חברה כהסדר המבטא את ההסכמות השוררות בין החברה לבעלי מניותיה וכן בינם לבין עצמם. ראו לעניין זה חוק החברות התשנ"ט-1999, סעיף 17(א) וכן אירית חביב סגל, **דיני חברות**, 21-22 (2007).

⁴ הצדדים ביקשו בתחילה כי ההתחייבות שבתקנה תחול גם על בעלי מניות המחזיקים פחות מ-20% מהמניות, וללא תלות בזכותם למנות דירקטור. לאחר דין ודברים שהתקיים בין רשות ההגבלים העסקיים לצדדים, תוקנה ביום 24.12.2015 התקנה, כך שהיקף האחזקות הותאם לקבוע בפטור הסוג.

בחמצן, חנקן וארגון, שהוא שוק המוצר בו התחייבו קרנות פימי לאי התחרות, וזאת בניגוד לכלל הקבוע בסעיף 3(4) לפטור הסוג. שנית, ההתחייבות בהסדר היא מצד הרוכש ולא מצד המוכר.

גם ביחס להתחייבות מצד הרוכש, במקרים בהם הצדדים מוסיפים לקחת חלק בפעילות עסקית משותפת לאחר השלמת המיזוג, עשוי לעלות צורך דומה לזה העומד בבסיס פטור הסוג, של הגנה על ערכו הכלכלי של העסק והבטחת המשך יציבות הפעילות העסקית המשותפת. מטעמים אלו, נשקלת בחיוב גם התרתן של תניות אלו ובלבד שאין בהן לפגוע פגיעה של ממש בתחרות בשוק ושהצורך בהן נובע מעצם עסקת המיזוג והוא חיוני לביצועה. זאת, בכפוף למכלול נסיבות העניין.⁵

במקרה הנדון, בדיקת המיזוג על ידי הרשות העלתה כי קרנות פימי והחברות שבאחזקתה לא עסקו עובר למיזוג בתחומים הרלוונטיים, וכן כי הן אינן מהוות מתחרות פוטנציאליות קרובות לעת הזו. לפיכך, שוכנעתי כי התחייבות זו אינה פוגעת פגיעה של ממש בתחרות בשווקים המושפעים ממנה.

כאמור לעיל, במסגרת התחייבותן לאי תחרות, התחייבו קרנות פימי גם שלא להחזיק מעל 10% מהון המניות של תאגיד המתחרה במפעלי חמצן בתחומים הרלוונטיים. בהקשר זה, ומאחר שקרנות פימי עוסקות ברכישת חברות קיימות והשבחתן, עשוי לעלות חשש מפני פגיעה ביכולת של תאגיד מתחרה לגייס הון לצורך פעילותו. אולם, לאור קיומם של קרנות השקעה ומקורות הון נוספים בשוק, גם מגבלה זו אינה פוגעת פגיעה של ממש בתחרות. יתרה מכך, ובפרט מאחר שמדובר בתחומים ריכוזיים, אשר בחלק מהם פועלת רק מתחרה אחת פרט למפעלי חמצן, הרי שדווקא השקעה משמעותית של קרנות פימי בתאגיד מתחרה במפעלי חמצן היא שעלולה להעלות חששות תחרותיים.⁶

סיכומי של עניין, שוכנעתי כי הכבילות שבהסדר אינן מעלות חשש לפגיעה של ממש בתחרות בשוק, כי עיקרו של ההסדר הכובל אינו בהפחתת התחרות או במניעתה, וכי אין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו.

4. סוף דבר

לאחר שנועצתי עם הוועדה לפטורים ולמיזוגים, ראיתי לנכון להשתמש בסמכות הנתונה לי בסעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים ולהעניק את הפטור המבוקש.

⁵ וראו למשל החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל להסדר שבין ידידים הסדרים פנסיונים סוכנות לביטוח בע"מ לבין פוסט משווה בע"מ (18.8.2014) **הגבלים עסקיים** 500740, וכן החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 בדבר מתן פטור מהסדר כובל להסדר שבין פלסאון ישראל שיווק והפצה בע"מ, מדגל טכנולוגיות מים-אגש"ח ומדגל פתרונות מתקדמים בע"מ (30.7.2015) **הגבלים עסקיים** 500823. גם בדין האירופי מוכרות כבילות אי תחרות המיועדות להבטיח את יציבות הפעילות העסקית המשותפת ככבילות לגיטימיות הנלוות למיזוג. ראו: Commission Notice on Restrictions Directly Related and Necessary to Concentrations 2005/C 56/03 (5.3.2005) par. 36.

⁶ יצוין כי רכישת חלק מחברה על ידי מתחרה או מתחרה פוטנציאלי עשויה, אף אם היא אינה עולה לכדי מיזוג, להיחשב בנסיבות מסוימות כהסדר כובל אשר נדרש לו אישור ממערך ההגבלים העסקיים. ראו למשל: דברי הסבר לכללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסדרים שאינם אופקיים ואין בהם כבילות מחיר מסוימות), התשע"ג-2013 (24.7.2013) **הגבלים עסקיים** 500435 וכן דיויד גילה "השקעות פאסיביות בין מתחרים בישראל" **משפטים** לו 119 (2006).

בהתאם לסעיף 15(א) לחוק ההגבלים העסקיים נתונה החלטתי זו לערר בתוך 45 יום בפני אב בית הדין להגבלים עסקיים על ידי איגוד עסקי, ארגון צרכנים או כל אדם העלול להיפגע מההסדר הכובל עליו ניתן הפטור.

אורי שוורץ


הממונה על הגבלים עסקיים (בפועל)

ירושלים, ל' בשבט התשע"ו
9 בפברואר 2016