

קביעה לפי סעיף 43(א)(3) ודרישת תשלום לפי סעיף 50ח(ב)(1) לחוק

התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988:

מעשה שיש בו משום מיזוג חברות בניגוד לדין – שטראוס גרופ בע"מ ומשק

ויילר בע"מ

תוכן עניינים

א.	פתח דבר	2
ב.	הצדדים ועסקת המיזוג שהוגשה לממונה על התחרות	3
ג.	מעשה שיש בו משום מיזוג – המסגרת הנורמטיבית	4
ד.	ויילר ושטראוס ביצעו מעשה שיש בו משום מיזוג, בניגוד להוראות סעיף 19 לחוק.....	7
ה.	המעשה של שטראוס וויילר שיש בו משום מיזוג, עלול לפגוע בתחרות בשוק המשקאות הצמחיים הטריים	14
ו.	התייחסות לעיקרי טענות הצדדים בנוגע להפרה	19
ז.	קביעה	22
ח.	דרישת תשלום	22
	ח.1. העיצום הכספי על שטראוס	22
	ח.2. העיצום הכספי על נושאי המשרה בשטראוס	29
	ח.3. העיצום הכספי על ויילר	34
	ח.4. העיצום הכספי על נושאי המשרה בויילר	36
ט.	היוועצות עם חברי ועדת הפטורים והעיצומים.....	39
י.	סיכום	39

א. פתח דבר

1. עניינה של החלטה זו במעשי החברות שטראוס גרופ בע"מ (להלן **שטראוס**) ומשק ויילר בע"מ (להלן **ויילר**; שטראוס וויילר יחד להלן **הצדדים**), שיש בהם משום מיזוג חברות, בניגוד להוראות פרק ג' לחוק התכרורות הכלכלית, התשמ"ח-1988 (להלן **החוק**).
2. המעשים האמורים נעשו אגב עסקת מיזוג שהוגשו לגביה הודעות מיזוג לממונה על התכרורות (להלן **הממונה**) ביולי 2021 בהתאם לסעיף 19 לחוק. בפברואר 2022 הודיעה הממונה על התנגדותה לעסקה זו, בין השאר נוכח חשש לפגיעה בתכרורות בשוק המשקאות הצמחיים הטריים.
3. הסכמי עסקת המיזוג שנחתמו בין הצדדים כללו תניה שהגבילה את פעילות ויילר בתחום תחליפי מוצרי החלב בו עסקה עובר לחתימה על ההסכמים, באופן שעולה כדי מעשה שיש בו משום מיזוג. תניה זו הייתה בתוקף עוד בטרם הוגשו הודעות המיזוג לממונה, ומבלי שנתקבלה הסכמתה למיזוג חברות. מעשי הצדדים כמתואר בהחלטה פגעו בתכרורות, ולכל הפחות היו עלולים לפגוע בה.
4. לאחר שבחנתי את מעשי הצדדים הגעתי להחלטה שלהלן, שעניינה קביעה מכוח סעיף 43(א)(3) לחוק בדבר ביצוע מיזוג חברות שמתקיימים בו תנאי סעיף 17 לחוק, תוך הפרה של הוראות סעיף 19 לחוק; ודרישת תשלום לצדדים ולנושאי משרה בהם (להלן **יחד המפרים**) לפי סעיף 50ח(ב)(1) לחוק.
5. ביום 21 ביוני 2023 נשלחו למפרים הודעות על כוונת חיוב והזמנה לשימוע טרם קביעה בדבר ביצוע מעשה שיש בו משום מיזוג בניגוד לדין. ב-18 בפברואר 2024 הגישו המפרים את טענותיהם בכתב, ובמהלך חודש מרץ 2023 השתמעו המפרים, לבקשתם, בעל פה לפניי. ביום 14 באוקטובר 2024 התייעצתי עם הוועדה לפטורים ולמיזוגים בהתאם לסעיף 50ח(א)(1) לחוק.
6. לאחר שמיעת המפרים בכתב ובעל פה, מצאתי לנכון לקבוע כי המפרים ביצעו מיזוג שמתקיימים בו תנאי סעיף 17 לחוק, בניגוד להוראות סעיף 19 לחוק. לאחר שמיעת

המפרים ולאחר שנועצתי עם הוועדה לפטורים ולמיזוגים החלטתי להטיל עיצום כספי על שטראוס בסך 111,331,200 ש"ח; על ויילר בסך 1,087,004 ש"ח; על נושאי משרה בשטראוס עיצומים כספיים בסך 601,187 ש"ח כל אחד; ועל נושאי משרה בוילר עיצומים כספיים כלהלן: על [REDACTED] עיצום בסך 153,920 ש"ח, על [REDACTED] עיצום בסך 143,676 ש"ח, ועל [REDACTED] עיצום בסך 119,045 ש"ח.

7. להלן פירוט הדברים.

ב. הצדדים ועסקת המיזוג שהוגשה לממונה על התכרור

8. שטראוס היא חברה ציבורית העוסקת בפיתוח, ייצור, שיווק, מכירה והפצה של מגוון מוצרי מזון. שטראוס היא אחת מהספקיות הדומיננטיות של מוצרי מזון בישראל, מוגדרת כ"ספק גדול" לפי חוק קידום התכרור בענפי המזון והפארם, תשע"ד-2014, ובעלת מונופולין מוכרז בשווקים הבאים: מעדני חלב, אבקת קקאו לצריכה ביתית, טבלאות שוקולד וקפה נמס.

9. שטראוס היא, בין היתר, בעלת רישיון בלעדי לייצור ומכירה בישראל של מוצרי חברה Danone (להלן **דנונה**), שהיא בעלת הזיכיון למותג תחליפי מוצרי החלב הבינלאומי Alpro (להלן **אלפרו**). במהלך שנת 2020 התקשרה שטראוס עם דנונה בהסכם הפצה בלעדי של מוצרי אלפרו בישראל, ובשנת 2021 קיבלה מדנונה רישיון בלעדי לייצור תחליפי מוצרי חלב ארוזים על בסיס צמחי תחת מותג אלפרו בישראל. שטראוס מתעתדת לייצר משקאות, מעדנים וקינוחים צמחיים של מותג אלפרו במפעל חדש שהיא מקימה באחיהוד, וכיום ויילר מייצרת עבורה משקאות אלפרו במסגרת הסכם מיקור חוץ.

10. ויילר היא חברה פרטית העוסקת בייצור מוצרי טופו תחת המותג שבבעלותה ועבור מותגים פרטיים, וכן, כאמור, בייצור משקאות צמחיים עבור שטראוס. נכון לתקופה הרלוונטית להפצה, עסקה ויילר גם בפיתוח תחליפי מוצרי חלב כגון משקאות, יוגורטים וגבינות צמחיים (להלן **יחד תחליפי מוצרי חלב**). בחלק מתקופת המגעים עם שטראוס לעסקת המיזוג, ויילר פיתחה וייצרה משקאות צמחיים עבור המותג הפרטי של שופרסל.

כמו כן, ויילר ייצרה משקאות צמחיים תחת מותג SOOM עבור שטראוס במסגרת הסכם מיקור חוץ, ועסקה באריזה של מעדנים צמחיים של חברת Yofix שלשטראוס יש בה אחזקות.

11. ביום 22 ביולי 2021 חתמו הצדדים על עסקת מיזוג, במסגרתה הייתה שטראוס לרכוש 51% ממניות ויילר ולהיות בעלת השליטה בה (להלן **עסקת המיזוג או העסקה**). עסקת המיזוג כללה שני הסכמים: הסכם רכישת מניות ויילר בידי שטראוס, והסכם בעלי המניות, המסדיר את מערכת היחסים בין בעלי המניות לאחר הרכישה, ואמור היה להיכנס לתוקף במועד השלמת העסקה (ההסכמים יחד להלן **הסכמי המיזוג**).

12. עסקת המיזוג הוגשה לממונה בהתאם לסעיף 20 לחוק, וביום 23 בפברואר 2022 הודיעה הממונה לצדדים כי היא מתנגדת למיזוג, לאחר שמצאה כי קיים חשש סביר שכתוצאה מהמיזוג תיפגע באופן משמעותי התחרות בשוק הטופו הטרי ובשוק המשקאות הצמחיים הטריים.¹

13. כפי שיוסבר להלן, הסכמי המיזוג כללו הגבלה על פעילותה של ויילר בתחום תחליפי מוצרי החלב, כבר ממועד החתימה על הסכמי המיזוג, בטרם הוגשו הודעות המיזוג וממילא בטרם התקבלה החלטת הממונה בעניין. בכך ביצעו הצדדים מעשה שיש בו משום מיזוג, תוך הפרה של החובות הקבועות בסעיף 19 לחוק.

ג. מעשה שיש בו משום מיזוג – המסגרת הנורמטיבית

14. מיזוג חברות מוגדר בסעיף 1 לחוק התחרות כך:

”לרבות רכישת עיקר נכסי חברה בידי חברה אחרת או רכישת מניות בחברה בידי חברה אחרת המקנות לחברה הרוכשת יותר מרבע מהערך הנקוב של הון המניות המוצא, או מכוח ההצבעה או מהכוח למנות יותר מרבע מהדירקטורים או השתתפות ביותר מרבע ברווחי החברה;

¹ הצדדים לא עררו על החלטת הממונה להתנגד למיזוג. הנימוקים להתנגדות פורסמו במרץ 2022: נימוקים להתנגדות הממונה על התחרות למיזוג בין שטראוס גרופ בע”מ למשק ויילר בע”מ (13.3.2022), **רשות התחרות** 2021-026627 (להלן **הנימוקים להתנגדות הממונה למיזוג**).

הרכישה יכול שתהא במישרין או בעקיפין או באמצעות זכויות המוקנות בחוזה".

15. הגדרת מיזוג חברות בחוק מתחילה במילה "לרבות", ללמדנו שרשימת המקרים הפרטניים המפורטים בהגדרה אינה ממצה את כל הפעולות המקימות מיזוג חברות. הגדרת מיזוג בחוק מורכבת מרשימת מקרים פרטניים וכן מרובד כללי ורחב, הכולל את כל המצבים בהם מקבל עסק אחד דריסת רגל משמעותית במנגנוני קבלת ההחלטות בעסק אחר, גם אם זו נעשתה שלא באחת מהדרכים המנויות במפורש בחוק. ההגדרה הרחבה והפתוחה של מיזוג חברות מבטאת את הרציונל שביסוד מערך הפיקוח על מיזוגים, שהוא מניעה של זיקה מבנית בין עסקים שעלולה לפגוע פגיעה משמעותית בתחרות או בציבור, תהא הדרך ליצירת הזיקה אשר תהא.²

16. סעיף 19 לחוק קובע את האיסור על מיזוג חברות מבלי שניתנה תחילה הודעת מיזוג ונתקבלה הסכמת הממונה. מהוראות סעיף 19 לחוק נגזרות שתי חובות החלות על צדדים למיזוג: חובת הדיווח המוקדם וחובת ההמתנה. חובת הדיווח עיקרה בחובת הצדדים למיזוג לפנות לממונה ולקבל את הסכמתה המוקדמת למיזוג, וחובת ההמתנה עיקרה באיסור החל על הצדדים לבצע כל מעשה שיש בו משום מיזוג, מלא או חלקי, עד לקבלת החלטת הממונה ובכפוף לה.

17. כל מעשה שיש בו משום הקניית דריסת רגל לרוכש בעסק הנרכש, איחוד מלא או חלקי של פעילות, או שעשוי להשפיע ממשית על התנהלות התאגיד הנרכש או הרוכש, אשר נעשה בטרם קבלת הסכמת הממונה למיזוג, עולה כדי הפרת חובת ההמתנה ונודע בעגה המקצועית בשם "מיזוג בפועל". לעניין זה, לא נדרשת התערבות בפועל בפעילות הצד האחר בתקופה שלפני ההחלטה במיזוג. לא בכדי הגדרת מיזוג אינה נדרשת לשאלת מימוש הזכויות או השליטה בפועל – רכישת הזכויות עשויה כשהיא לעצמה להשפיע על קבלת ההחלטות בתאגיד הנרכש או הרוכש.

² ראו הנחיות הממונה על הגבלים עסקיים לגבי הליכי הדיווח והבדיקה של מיזוגי חברות לפי חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (9.1.2008) (להלן **הנחיות המיזוגים**).

18. לצד זאת, צדדים לעסקת מיזוג רשאים, בתנאים מסוימים, לקבוע בהסכם מיזוג תניות חוזיות המגבילות באופן סביר את יכולתו של התאגיד הנרכש לבצע פעולות שיש בהן כדי לשנות באופן משמעותי את מצבו העסקי, בתקופה שבין החתימה על הסכם המיזוג לבין השלמת העסקה או ביטולה (להלן **תניות ביניים ו-תקופת הביניים**), מבלי שהדבר יעלה לכדי הפרה של חובת ההמתנה או חובת הדיווח. מטרתן של תניות ביניים במסגרת עסקאות מיזוג היא הענקת וודאות לרוכש כי עד למימוש העסקה התאגיד הנרכש יפעל בדרך העסקים הרגילה ולא ישנה באופן משמעותי את מצבו העסקי. אולם, יש להבטיח כי תניית ביניים אינה מעבירה בפועל, באופן מלא או חלקי, כוח לרוכש לכוון את פעילות התאגיד הנרכש או לשלוט על ענייניו (כולם או חלקם), ואינה מאפשרת לרוכש המיועד להכפיף את טובת התאגיד הנרכש לטובתו, שכן תניה מסוג זה עולה לכדי מעשה שיש בו משום מיזוג.³

19. מטבען של תניות ביניים, הן חלות כבר ממועד החתימה על הסכם המיזוג ולפני שניתן אישור הממונה לעסקה. משכך, תניה המקנה לרוכש דריסת רגל בנרכש כבר בתקופת הביניים ולפני אישור הממונה לעסקה, עולה לכדי הפרה של החובות הקבועות בסעיף 19 לחוק. השאלה אם תניית ביניים עולה כדי מעשה שיש בו משום מיזוג, תלויה בנסיבותיו של כל מקרה ולאופן פעילותו הרגיל של התאגיד. כך למשל, השקעה של סכום מסוים עשויה להיות חלק ממהלך העסקים הרגיל של תאגיד אחד ולא לשנות את מצבו באופן משמעותי, ולכן תניית ביניים המגבילה את יכולת התאגיד להשקיע סכום זה תהיה אסורה. עבור תאגיד אחר סכום זה יכול להיות משמעותי למצבו ולחרוג ממהלך העסקים הרגיל שלו, ולכן תניה כזו יכול שתהיה מותרת, בהתאם ליתר נסיבות המקרה. לכן, חוקיותה של תניית ביניים תיבחן בכל מקרה לגופו. מיותר לציין שפעולות שהן אסורות באופן מובהק, כגון התקשרות בהסדרים אופקיים הנופלים בגדר החזקות החלוטות שבסעיף 2(ב) לחוק האוסרות, בין השאר, על תיאום מחירים וחלוקת שוק, לא הופכות ללגיטימיות בשל היותן תניות ביניים בהסכם מיזוג שהובא לאישור הממונה.

³ ראו ה"ש 23 בהנחיות המיזוגים.

תניות כאלה עולות כדי העברה של כוח לתאגיד הרוכש לכוון את פעילות התאגיד הנרכש ולשלוט על ענייניו.

ד. ויילר ושטראוס ביצעו מעשה שיש בו משום מיזוג, בניגוד להוראות סעיף

19 לחוק

20. עסקת המיזוג שנחתמה כללה שני הסכמים: הסכם רכישת המניות והסכם בעלי המניות.

21. בהסכם בעלי המניות, שעתיד היה להיכנס לתוקף עם השלמת העסקה, הוגדר תחום הפעילות של ויילר לאחר המיזוג, כך שתחום תחליפי מוצרי החלב הוצא במפורש מגדר תחום פעילות החברה הממוזגת.

22. כך הוגדר תחום הפעילות של ויילר לאחר המיזוג:

”פעילות בכל אחד מהתחומים הבאים והכל בארץ ובחו”ל:

1. פיתוח, ייצור, שיווק, אריזה ומכירה של מוצרי טופו בקטגוריות המוצרים המפורטות בס”ק א’-ה’ להלן, כאשר ”טופו” הינו מיצוי וגיבון של סויה או קטניה אחרת, בקטגוריות המפורטות להלן, ובלבד שהטופו מהווה במוצרים אלו את המרכיב העיקרי, כאשר ”מרכיב עיקרי” משמעו כי המוצר מקיים את כל התנאים הבאים, מכיל מעל 30% טופו, הטופו הנו הרכיב הראשון ברשימת הרכיבים, והמוצר משווק כטופו ונכלל במוצר במצבו המוצק:

א. טופו סויה.

ב. טופו חומס.

ג. שניצל טופו.

ד. קציצות טופו.

ה. כל קטגורית מוצרים נוספת בה תעסוק החברה לאחר מועד השלמת העסקה, אשר תאושר על ידי הדירקטוריון. הדירקטוריון לא יתנגד

באופן בלתי סביר להחלטה על השקת קטגוריית מוצרים נוספת בתחום הפעילות.

2. **תחליפי מוצרי חלב לרבות תחליפי גבינה, חלב, מעדנים וכדומה אינם כלולים בתחום הפעילות** וידוע כי הרוכשת תעסוק בתחומים אלו שלא באמצעות החברה. עם זאת, מובהר שטופו משי לא יוגדר כתחליפי גבינה כאמור בהסכם זה" [ההדגשה אינה במקור].

23. **הסכם רכישת המניות כלל סעיף המונה תניות ביניים (להלן סעיף תקופת הביניים),** במסגרתו התחייבה ויילר שלא להיכנס בתקופת הביניים "לתחומי עיסוק חדשים מעבר לאלו הכלולים בתחום הפעילות של החברה כהגדרתו בהסכם בעלי המניות במועד חתימת הסכם זה" ללא קבלת הסכמת שטראוס מראש ובכתב. התחייבות ויילר לפי סעיף זה חלה כבר ממועד החתימה על ההסכם רכישת המניות, קרי מיום 22 ביולי 2021.

24. אם כן, הפעילות של ויילר הוגבלה כבר בתקופת הביניים לתחומי הפעילות בהם תעסוק החברה לאחר השלמת עסקת המיזוג, כאשר תחום הפעילות של ויילר לאחר המיזוג כפי שהוגדר בהסכם בעלי המניות קבע במפורש כי "תחליפי מוצרי חלב לרבות תחליפי גבינה, חלב, מעדנים וכדומה אינם כלולים בתחום הפעילות". משמע, כל פעילות של ויילר בתחום תחליפי החלב הותנתה בהסכמת שטראוס כבר ממועד החתימה על הסכמי המיזוג.

25. הנה כי כן, ויילר התחייבה שלא לעשות כל פעולה, קטנה כגדולה, בתחום תחליפי מוצרי החלב, ללא אישור מראש ובכתב של שטראוס, וזאת כבר ממועד החתימה על הסכמי המיזוג, טרם הוגשה הודעה על העסקה לממונה, וממילא טרם התקבל אישור הממונה למיזוג.

26. התחייבות זו של ויילר באה לידי ביטוי גם בכך שויילר הייתה כפופה כבר בתקופת הביניים לתוכנית ההשקעות שצורפה כנספח להסכמי המיזוג. תוכנית ההשקעות, יש לומר, לא כללה פיתוח או השקעה בתחליפי מוצרי חלב, אלא התמקדה בפיתוח מוצרי טופו בלבד. בדוא"ל מויילר לשטראוס נכתב: "בהסכם המשפטי בינינו סוכם שאנו

צריכים להביא לאישורכם את ההשקעות שאנו מבצעים במפעל וזאת על מנת שתוודאו שההשקעות תואמות את תוכנית ההשקעות הכללית שסיכמנו עליה". ויילר ביקשה בהתכתבות זו כי יתאפשר לה לבצע השקעות בתקופת הביניים ללא אישור מראש של שטראוס, וכי בחינת ההשקעות והתאמתן לתוכנית תיעשה על ידי שטראוס בדיעבד לאחר אישור הממונה. יודגש, כי גם במתווה אותו ביקשה ויילר ליישם, השקעות ששטראוס תמצא שאינן בהתאם לתוכנית ישפיעו על התמורה שהיא תשלם בעסקה, ובכל מקרה סעיף תקופת הביניים חל.

27. כאמור, ויילר עסקה בפיתוח של תחליפי מוצרי חלב עובר לעסקת המיזוג. חלק מהחזון של ויילר היה להקים מפעל שייצר מגוון של מוצרים צמחיים, נוסף על טופו ותחליפי בשר. חזון זה הוצג גם בפני שטראוס עוד בתחילת המגעים לעסקה, בשלהי שנת 2020.

28. בשנים שקדמו לעסקת המיזוג אושרו לויילר מספר מענקים במסגרת תכנית מופ"ת (מחקר ופיתוח בתעשיית הייצור) של רשות החדשנות, בין היתר לצורך פיתוח טכנולוגיות למיצוי חלבונים לייצור גבינות ומשקאות על בסיס צמחי. ויילר התקדמה בפיתוח טכנולוגיות אלה, לרבות פיתוח מתכונים וטכנולוגיות לייצור גבינות טבעוניות, שהסתיים בהצלחה ברמת המעבדה; פיתוח מתכונים למשקאות על בסיס סויה, שיבולת שועל, אורז וחומוס; והכנת תרשים צנרת ומכשור (P&ID) לקראת בניית קו ייצור. בשנת 2020 הקימה ויילר אגודה שיתופית חקלאית בבעלות משותפת עם קבוצת יבנה מוצרי מזון אגש"ח בע"מ (להלן **קבוצת יבנה**), במטרה לפתח גבינות קשות טבעוניות מבוססות זיתים.

29. ויילר עסקה גם בייצור ואריזה של תחליפי מוצרי חלב תחת מותג סום של שטראוס ותחת מותג יופיקס שלשטראוס יש בו אחזקות. בתקופה שקדמה למגעים לעסקה, וכן לאורך המגעים לחתימתה, שטראוס וויילר פעלו לטובת קידום ייצור בויילר של משקאות צמחיים טריים תחת מותג אלפרו עבור שטראוס. היום ויילר מייצרת עבור שטראוס את המשקאות במפעלה במסגרת הסכם מיקור חוץ.

30. ויילר גם פיתחה וייצרה משקאות צמחיים עבור המותג הפרטי של שופרסל, אך שני ניסיונות שנעשו לשווק את המוצרים לא צלחו. הניסיון האחרון היה בתחילת 2021, כאשר ויילר תכננה לשווק בהמשך משקאות צמחיים תחת המותג שלה. ניסיון השיווק של מוצרי המותג הפרטי של שופרסל נכשל, ובפברואר 2021, תוך כדי המגעים לעסקה מול שטראוס, ויילר הפסיקה את ייצור המשקאות, ולא התקדמה לקראת שיווק המשקאות תחת המותג שלה.

31. אם כן, לצד פעילותה הענפה של ויילר בפיתוח וייצור מוצרי טופו, ויילר עסקה בפיתוח וייצור משקאות צמחיים עבור שופרסל (עד פברואר 2021) ובייצור עבור שטראוס, וכן בפיתוח עצמאי של תחליפי מוצרי חלב. הפעילות של ויילר בתחום תחליפי מוצרי החלב הייתה חלק בלתי נפרד מהפעילות השוטפת של החברה ונדבך משמעותי בחזון ובתכנית העסקית שלה, טרם החתימה על הסכמי המיזוג. במועד החתימה על הסכמי המיזוג נותרו בידי ויילר המכשור, כוח האדם והידע הרלוונטי שהיא צברה במסגרת פעילותה בייצור ופיתוח תחליפי מוצרי חלב.

32. שטראוס הכירה את פעילותה של ויילר ואת תכניתיה בתחום תחליפי מוצרי החלב. כך לדוגמה, כבר באוקטובר 2020, בפגישה בין הצדדים במסגרת המגעים לקראת עסקת המיזוג, הציגה ויילר בפני שטראוס את חזונה להפוך למחלבה צמחית לייצור משקאות, מעדנים וגבינות על בסיס צמחי. שטראוס עודכנה באותה פגישה בדבר התכנון של ויילר לפעול בתחום המעדנים הצמחיים, בדבר היערכותה להיכנס לתחום המשקאות הצמחיים הטריים כבר במהלך שנת 2021, ובדבר שיתוף הפעולה עם קבוצת יבנה לטובת פיתוח גבינות טבעוניות.

33. הפעילות של ויילר בתחום תחליפי מוצרי החלב נדונה בתוך שטראוס, בין היתר על רקע המגעים של שטראוס מול דנונה לצורך ייצור מוצרי אלפרו בישראל ו [REDACTED] שטראוס הביעה חשש שמא [REDACTED] יסכלו את עסקת המיזוג, על רקע פעילותה של ויילר בתחום זה. כמו כן, מאחר שפעילות ויילר בתחום תחליפי מוצרי החלב מתחרה בפעילותה של

שטראוס, הוקם בשטראוס "צוות נקי" (clean team) לצורך הליך בדיקת הנאותות מול ויילר.

34. כבר בשלב מוקדם של המגעים לעסקה, יידעה שטראוס את ויילר בדבר תכניתיה עבור החברה הממוזגת, לפיהן תתמקד זו במוצרי טופו בלבד ולא תעסוק במשקאות ויוגורטים צמחיים. עמדה זו גובשה על רקע תכניתיה של שטראוס להקים מפעל חדש באחיהוד, שייועד לייצור מוצרים מסוג זה על בסיס ידע של דנונה. [REDACTED], דבר אשר הבהירה לויילר מפורשות.

35. תחילה גובשה הסכמה בין הצדדים, לפיה ויילר תוכל להמשיך לפעול לאחר המיזוג בתחום הגבינות הצמחיות. אולם, במסמך עקרונות העסקה שנחתם בין הצדדים במרץ 2021 הוצא אף תחום זה מחוץ לתחומי הפעילות של החברה הממוזגת, כך שפעילות ויילר על פי מסמך העקרונות עתידה הייתה לכלול רק ייצור ושיווק של מוצרים בהם הטופו מהווה את המרכיב העיקרי במוצר.

36. בד בבד, ויילר לא ויתרה על התכניות לפעול בתחום תחליפי מוצרי החלב, ולא השלימה בקלות עם המגבלות ששטראוס ביקשה להטיל על פעילותה העתידית כחברה ממוזגת. במסגרת המגעים לעסקה, גם לאחר חתימת מסמך העקרונות בחודש מרץ 2021, ויילר חתרה להגיע להסכמות עם שטראוס שיאפשרו לה להמשיך גם לאחר המיזוג לעסוק בתחום תחליפי מוצרי החלב, אותו זיהתה כתחום משמעותי וכחלק בלתי נפרד מחזונה.

37. למרות ניסיונותיה של ויילר, הוסכם לבסוף במהלך חודש יוני 2021 בין הצדדים כי החברה הממוזגת תעסוק רק בטופו ובמוצרים מבוססי טופו. כך כתבה ויילר לשטראוס ביוני 2021: "אנו מבינים שסעיף 2 בנושא ה Scope הינו מהותי עבורכם וסעיף שיהיה

⁴ "צוות נקי" הוא צוות שמוקם לצורך עיון במידע רגיש של גורם מחוץ לתאגיד. הצוות מורכב מעובדים שממודרים מקבלת ההחלטות בקשר עם המידע אליו נחשפים, ומעבירים את המידע הרגיש למקבלי ההחלטות באופן שמגן על המידע. להרחבה בנושא הקמת "צוות נקי" במקרה של צורך בחשיפת מידע רגיש מבחינה תחרותית במסגרת בדיקת נאותות, ראו גילוי דעת 2/14 של הממונה על התחרות בעניין חשיפת מידע טרם עסקה בין מתחרים, רשות התחרות 500618 (19.5.2014).

לכם קשה מאוד לבצע בו שינויים", ובהמשך, ביחס לאותו סעיף: "בעיקרון נסכים לבקשתכם. אנו מבקשים להשאיר את ההגדרה הכללית שמשק ויילר ייצר מוצרי טופו ומוצרים בהם טופו הינו מוצר מהותי. נסכים לרשום שהמפעל לא ייצר תחליפי גבינה". שטראוס הציגה את ההסכמה בישיבת ועדת כספים והשקעות בחברה ביוני 2021: "המשק עוסק בתחום ה-PB,⁵ ולאחר מו"מ העיסוק צומצם רק לתחום הטופו וזאת מכיוון שלחברה שותפים עסקיים בתחום".

38. כאמור לעיל, במהלך 2021 ותוך כדי המגעים לעסקה עם שטראוס, נעשה ניסיון לשווק ברשת שופרסל את המשקאות הצמחיים שויילר פיתחה וייצרה עבור המותג הפרטי של הרשת. ניסיון זה לא צלח. במהלך בחינת ההפרה, טענה ויילר בפני נציגי רשות התחרות כי היא הבינה לאחר הכישלון שיש לה צורך בגב של גוף גדול על מנת שתוכל לממש את חזונה ולהוות תחרות בתחום תחליפי מוצרי החלב.

39. כחודש לפני החתימה על הסכמי המיזוג, ביוני 2021, במסגרת בדיקת הנאותות לעסקה ובמקביל להסכמה בין הצדדים שהחברה הממוזגת תפעל רק בתחום הטופו ובמוצרים מבוססי הטופו, ציינה ויילר במענה לשאלת שטראוס ביחס לקבלן משנה ששקלה להתקשר עמו: "בסוף לא פנינו אליהם. רצינו שהם יפתחו עבורינו משקאות חלב אבל ירדנו מהתחום", וביחס לקבלן משנה נוסף: "לא הגענו איתם להבנות [...] בכל מקרה הידע שלהם היה בנושא גבינות והחלטנו לרדת מהתחום ולהתמקד בתחליפי בשר".

40. כמו כן, במהלך המגעים עם שטראוס, ויילר יידעה את שטראוס כי בכוונתה לפרק את האגודה השיתופית שהקימה עם קבוצת יבנה והסבירה ביוני 2021, במסגרת הכנת חוות דעת כלכלית למיזוג, ולאחר מכן בנוסח הסכם פירוק האגודה, שתוצאות הפיתוח לא היו משביעות רצון מבחינתה. יצוין, כי ביטול ההסכם עם קבוצת יבנה נעשה על רקע עסקת המיזוג עם שטראוס, ולולא ביטול ההסכם, ויילר הייתה מפרה בהתקשרותה עם שטראוס את התחייבותה לאי תחרות מול קבוצת יבנה. אף נקבע בהסכם רכישת המניות כי על ויילר למסור לשטראוס, בד בבד עם השלמת המיזוג, ביטול חתום של ההסכם עם קבוצת

⁵ קיצור ל- Plant Based. המונח בהקשר לענייננו מתייחס למגוון של מוצרי מזון שמקורם בצומח.

יבנה. עוד הובהר כי על נוסח סיום ההסכם להיות מקובל על שטראוס ולכלול ביטול של תניית אי התכררות. הסכם פירוק האגודה נחתם ביום 25 ביולי 2021.

41. כפי שעולה ממסמכים שהוחלפו בין הצדדים במסגרת ניסוח מסמך עקרונות העסקה ובמסגרת בדיקת הנאותות, כתוצאה מעסקת המיזוג שמכוחה נאסר עליה לייצר את המשקאות ויילר התעתדה להשמיד מלאי של אריזות שהיו מיועדות לייצור משקאות צמחיים תחת המותג שלה. כך העירה ויילר באחת מטיוטות מסמך עקרונות העסקה: "לקזז חלק מה[סכום] בגין סעיף אי תכררות בתחליפי חלב שגורר בפועל השמדת המלאי אצלנו"; ובמענה של ויילר ממרץ 2021 לשאלות חשבונאיות במסגרת בדיקת הנאותות: "בנוסף כחלק מהכנסת שטראוס כשותף אסטרטגי אסור יהיה לנו לייצר משקאות חלב משל עצמינו. לאור כך ככה"נ נצטרך להשמיד גם את כל אריזות החלב שנמצאים במלאי. בדיעבד ה- [REDACTED] הם נזק שנובע מחתימה על הסכם סום וכן מהכנסת שטראוס כשותף".

42. לסיכום, סעיף תקופת הביניים אשר הגביל באופן גורף את פעילותה של ויילר בתחום תחליפי מוצרי החלב, מנע ממנה לבצע כל פעולה בתחום - גם פעולות שאין בהן כדי לפגוע במצבה העסקי של החברה, ואף כאלו שכלל אינן משנות את מצבה העסקי. מדובר בהגבלה רחבה וגורפת שממילא גם אינה חיונית או נדרשת לשמירת הממכר, אך מבטיחה שעוד לפני החלטת הממונה בבקשת המיזוג, ויילר תפסיק לחלוטין לפעול בתחום בו שטראוס מעוניינת לפעול בעצמה. בכך יש משום נטילת שיקול הדעת העצמאי של ויילר והעברה בפועל של השליטה על פעילותה בתחום זה לידי שטראוס בניגוד לאינטרס של ויילר, טרם מתן הודעה על המיזוג וקבלת אישור הממונה. משכך הצדדים ביצעו מעשה שיש בו משום מיזוג בניגוד לדין.

ה. המעשה של שטראוס וויילר שיש בו משום מיזוג, עלול לפגוע בתכרורות

בשוק המשקאות הצמחיים הטריים

43. הפרת סעיף 19 לחוק יכולה להתגבש גם מקום בו לו היה המעשה שיש בו משום מיזוג מדווח כדין לרשות, הוא היה מקבל את אישור הממונה.⁶ בענייננו, לא רק שהצדדים החלו בביצוע המיזוג לפני החלטת הממונה, ולפני שהוגשו הודעות המיזוג – מדובר במיזוג שעלול לפגוע באופן משמעותי בתכרורות, כאשר תחילת ביצוע המיזוג מעלה חשש לפגיעה בתכרורות כשלעצמו. במסגרת סעיף תקופת הביניים נאסר על ויילר לפעול באופן שיכול היה להפוך אותה למתחרה עתידית של שטראוס בשוק המשקאות הצמחיים הטריים – חשש זה היה אחד מהטעמים להתנגדות למיזוג. מעבר לכך שיש בכך כדי להשפיע על חומרת ההפרה, שתבוא לידי ביטוי בגובה העיצום שיוטל, יש בכך כדי לחזק את העובדה שמדובר בהפרה של האיסור הקבוע בסעיף 19 לחוק.

44. כפי שיפורט להלן, בענייננו ההפרה הקימה חשש לפגיעה בתכרורות בשוק המשקאות הצמחיים הטריים. ויילר פעלה לפיתוח מוצרים בשוק זה. כזכור – במהלך המגעים ויילר ביקשה לשכנע את שטראוס לאפשר לחברה הממוזגת לפעול בתחום תחליפי מוצרי חלב (הכולל גם את שוק המשקאות הצמחיים הטריים), אך בסופו של יום עמדתה של שטראוס גברה והוסכם כי החברה הממוזגת לא תעסוק בתחום כלל, נוכח רצונה של שטראוס לפעול בו באופן עצמאי ו[REDACTED]. הגבלה זו הוטלה על ויילר כבר בתקופת הביניים. לולא ההפרה ויילר הייתה יכולה, למצער, לקרב את כניסתה לקראת היום שאחרי ביטול הסכמי המיזוג.

45. בבדיקת המיזוג עלה, בין היתר, כי המיזוג מקים חשש מפני פגיעה משמעותית בתכרורות בשוק המשקאות הצמחיים הטריים, בשל גריעתה של ויילר כמתחרה פוטנציאלית. משקאות צמחיים טריים הם משקאות המבוססים על מקורות מן הצומח, כגון סויה,

⁶ ראו ה"ע 15-12-49471 יהודה ברמן בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (16.5.2016); החלטת הממונה על ההגבלים עסקיים להטיל עיצום כספי על יהודה ברמן בע"מ ומכלול – חברה למתן שירותים לסטודנטים בטכניון ובמוסדות אקדמיים אחרים בע"מ, רשות התכרורות 500908 (30.11.2015).

שקדים, אורז, שיבולת שועל ועוד, שנדרש לאחסנם בקירור טרם פתיחתם. מהבדיקות שערכה רשות התכרור במסגרת בדיקת עסקת המיזוג, עלה כי שוק המשקאות הצמחיים הטריים הוא שוק מובחן.⁷ עוד עלה, כי אין מוצרים אחרים שהם בגדר תחליפים קרובים למשקאות הצמחיים הטריים. בפרט, משקאות צמחיים עמידים (קרי, שאינם דורשים קירור טרם פתיחת המוצר) אינם תחליפים קרובים, בין היתר בשל הבדלים בטעם, בתוקף ובערכים התזונתיים, והעדפת הצרכנים בסוג מוצרים זה למוצרים טריים ומצוננים על פני עמידים.

46. נראה כי גם שטראוס ויילר לא רואות במשקאות הצמחיים העמידים תחליף קרוב למשקאות הטריים. שטראוס משקיעה בשנים האחרונות בהקמת מפעל מקומי שישמש, בין השאר, לייצור משקאות צמחיים טריים של מותג אלפרו, על אף שכבר היום היא מייבאת משקאות צמחיים עמידים של המותג. עד שתושלם הקמת המפעל, שטראוס משווקת משקאות צמחיים טריים תחת מותג אלפרו, שויילר מייצרת עבורה.

47. בבדיקת עסקת המיזוג נמצא גם ששוק המשקאות הצמחיים הטריים מאופיין בחסמי כניסה גבוהים. בשל הקשיים הכרוכים בייבוא משקאות צמחיים טריים, יש צורך בהקמת מפעל מקומי. כמו כן, נדרשות השקעות במכשור, ברכישת ידע, בבניית קווי ייצור ייעודיים ומופרדים מקווים חלביים, בבניית מותג ומוניטין בתחום המזון הצמחי, בשיווק ובהפצה בקירור. במועד בדיקת המיזוג נמצא כי שוק המשקאות הצמחיים הטריים נשלט בידי תנובה עם המותג אלטרנטיב, וכי לא צפויה כניסה של שחקנים אחרים לשוק זה בעתיד הנראה לעין זולת ויילר ושטראוס. ואכן, נכון למועד כתיבת שורות אלו, ובחלוף מעל לשנתיים מבדיקת המיזוג, רק שטראוס נכנסה לשוק, עם המשקאות המיוצרים על ידי ויילר תחת מותג אלפרו.

48. כאמור, עובר לחתימה על הסכמי המיזוג עסקה ויילר בפיתוח יוגורטים, גבינות ומשקאות צמחיים, לרבות טריים. הרחבת פעילות החברה בתחום תחליפי מוצרי החלב הייתה נדבך משמעותי בתכנית העסקית ובחזון החברה. כפי שפורט לעיל, לאורך השנים

⁷ ראו הנימוקים להתנגדות הממונה למיזוג.

ויילר עסקה בפיתוח מוצרים בתחום זה, ואף קיבלה לשם כך מענקי פיתוח מרשות החדשנות.

49. כאמור לעיל, ויילר פיתחה עבור שופרסל משקאות צמחיים מבוססים על אבקות, שהגיעו כבר לשלב של שיווק בחנויות הרשת, אם כי ניסיונות השיווק לא צלחו והם הורדו מהמדפים סמוך למועד שיווקם. לצד הניסיונות לפתח משקאות על בסיס אבקות, ויילר פעלה גם לפיתוח משקאות צמחיים בשיטה של מיצוי.

50. הנה כי כן, סעיף תקופת הביניים פגע באפשרות שויילר תהפוך בעתיד מתחרה לשטראוס בשוק המשקאות הצמחיים הטריים. בכך, מעשי המפרים מעלים חשש לפגיעה בתחרות.

51. זהו המצב גם אם נניח כטענת ויילר כי במהלך המגעים לעסקה, ויילר הגיעה למסקנה עצמאית שאינה תלויה בעסקת המיזוג, שלצורך חדירה משמעותית לשוק היא תצטרך לחבור לשותף. גם אם נוסיף ונקל עם הצדדים, ונניח כי החלטה כזו משליכה על מידת הפגיעה האפשרית בתחרות כתוצאה מההפרה, היא אינה מאיינת את החשש.

52. כאמור, ויילר לא ויתרה על התכנית להרחיב את פעילותה בתחום תחליפי מוצרי החלב ועל הרצון להמשיך לפתח ולייצר מוצרים בתחום זה. כך לדוגמה, ויילר המשיכה בניסיונות לשכנע את שטראוס לאפשר לה לעסוק בתחום אחרי המיזוג. גם לאחר התנגדות הממונה למיזוג, וילר המשיכה להתעניין בעסקה חליפית שתאפשר לה להמשיך לפעול בתחום.

53. גם אם לצורך כניסה משמעותית לשוק באמצעות שיטה של מיצוי חלבון, נדרשה ויילר לחבור לשותף, היה לה ניסיון בפיתוח וייצור של משקאות צמחיים על בסיס אבקות. כך לדוגמה, לולא ההפרה, ויילר יכולה הייתה להמשיך בפעילות הפיתוח ולקרב את כניסתה לשוק עם משקאות צמחיים טריים על בסיס שיטות ייצור שונות. בנוסף, סעיף תקופת הביניים עלול היה לפגוע ביכולתה של ויילר למצוא שותף לאחר ביטול הסכמי המיזוג עם שטראוס, מחמת שיכולתה של ויילר לפעול בתחום נשללה לחלוטין בתקופת הביניים.

54. סעיף תקופת הביניים יצר הגבלה גורפת על כל פעולה של ויילר, קטנה כגדולה, בתחום תחליפי מוצרי החלב. גם פעולות שויילר הייתה מבקשת לבצע באמצעות האמצעים, המכשור וכוח האדם שכבר קיימים אצלה, ושיכלו להציב אותה ביום שאחרי ביטול עסקת המיזוג בשלב מתקדם יותר לקראת כניסה לשוק, עם או בלי שותף, דרשו אישור מראש ובכתב של שטראוס בתקופת הביניים.

55. כמו כן, סעיף תקופת הביניים אסר על כל התקדמות של ויילר בפיתוח משקאות צמחיים טריים ללא אישור מראש של שטראוס, בעוד דרכה של שטראוס היתה פתוחה במשך כל אותו זמן להתקדמות חופשית בתחום. מצב דברים זה עלול להפחית משמעותית את יכולתה או תמריציה של ויילר לחזור ולפעול בתחום ולו רק לאחר ביטול הסכמי המיזוג, בין היתר לנוכח החשיבות שראו שטראוס וויילר בכניסה מהירה לשוק.

56. על החשיבות שהצדדים ראו בכניסה מהירה לשוק ניתן ללמוד, בין היתר, מהעובדה ששטראוס ביקשה לבסס נוכחות עוד קודם לסיום הקמת המפעל הייעודי, ובתוך כך באמצעות ייצור משקאות צמחיים מצוננים של אלפרו על ידי ויילר. ויילר, מצדה, הגישה באוגוסט 2021, לאחר החתימה על הסכמי המיזוג שכללו את סעיף תקופת הביניים, בקשה לרשות החדשנות להקפיא את המשך הפיתוח של המשקאות והגבינות הצמחיים ולהסיט את יתרת המענק שניתן לה לצורך פיתוח מוצרים אלה לטובת פיתוח שניצלים צמחיים, כאשר בבקשתה טענה כי ההתקדמות של שטראוס לקראת כניסה לשוק היא מבין הסיבות אשר בעטיין החליטה לעצור לאותה עת את תהליך הפיתוח לשמו אושר לה המענק.

57. במרוץ הכניסה לתחום תחליפי מוצרי החלב ולשוק המשקאות הצמחיים הטריים בפרט, כניסתה של שטראוס, ואף האיום בכניסה קרובה, עשויים להשפיע על תמריציה של ויילר להשקיע את ההשקעות הנדרשות בחדירה לשוק. עם התקדמותה של שטראוס בתחום, ההבנה של ויילר כי תאלץ להתמודד עם דואופול של שתי שחקניות דומיננטיות בתחום המזון, מה שעשוי לפגוע ביכולתה להתחרות בשוק, עלולה להרתיע אותה מהמשך

המאמצים לפתח ולחדור אליו. ככל ששטראוס ממשיכה להתקדם לקראת כניסה, כך נפגע התמריץ של ויילר להשקיע את המשאבים הנדרשים לצורך המשך פיתוח המוצרים.

58. כאמור, שוק המשקאות הצמחיים הטריים נשלט בתקופה הרלוונטית בידי תנובה. בשוק כה ריכוזי, גם כניסה של שחקן קטן בהיקף שאינו משתווה לתנובה או שטראוס עשויה להגביר את הלחץ התחרותי ולהוביל לתגובה תחרותית מצד השחקנית או השחקניות השולטות. לולא ההפרה, ויילר יכולה הייתה להתקדם ולקרב את כניסתה ביום שאחרי ההתנגדות למיזוג, אם בכוחות עצמה ואם באמצעות מציאת שותף. כפי שצוין לעיל, ויילר יכולה הייתה עוד בתקופת הביניים להתקדם בפיתוח משקאות צמחיים טריים, גם מבלי לשנות באופן משמעותי את מצבה העסקי. אף אם לא הייתה נכנסת בטווח הזמן המידי לאחר ההתנגדות למיזוג וסיום ההפרה, עצם האיום בכניסת שחקן שנמצא על ספו של השוק עשויה, כאמור, ליצור תגובה תחרותית מבורכת. הפגיעה ביכולת או בתמריץ של ויילר להיכנס לשוק משמעותית במיוחד לנוכח היעדרם של מתחרים קיימים או פוטנציאליים אחרים במועד ההפרה, זולת שטראוס.

59. לסיכום, ההפרה עלולה לפגוע הן ביכולת והן בתמריץ של ויילר לפעול בשוק המשקאות הצמחיים הטריים, ועלולה לעכב או למנוע לחלוטין את כניסתה העתידית של ויילר לשוק, אשר נכון למועד הבדיקה הוא שוק ריכוזי שנשלט בידי שחקנית אחת. בשוק ריכוזי זה, בו נכון למועד בדיקת המיזוג לא היה צפי לכניסה קרובה של שחקנים נוספים מלבד שטראוס וויילר, הפגיעה בכניסתה של ויילר עלולה לפגוע בתחרות בשוק המשקאות הצמחיים הטריים.

60. להשלמת התמונה, מהמידע שבידי הרשות עלו אינדיקציות לכך שנכון למועדים הרלוונטיים לעסקה, תמונה תחרותית דומה לזו שבשוק המשקאות הצמחיים הטריים התקיימה גם בתחום היוגורטים הצמחיים, שההפרה נוגעת גם אליו. עם זאת, בחישוב גובה העיצומים לא נלקחה בחשבון עוצמת הפגיעה בתחום היוגורטים הצמחיים כתוצאה מההפרה, מאחר שבדיקות המיזוג וההפרה לא העמיקו בו.

1. התייחסות לעיקרי טענות הצדדים בנוגע להפרה

61. במסגרת הליכי השימוע שקוימו לצדדים, העלו הצדדים טענות שונות. חלקן קיבלו מענה לעיל, וכעת אתייחס לעיקריות שבהן שלא זכו עדיין למענה. טענות נוספות, הנוגעות לעיצומים הכספיים, ייענו בפרקים הבאים.

62. הצדדים טענו בפניי כי כישלון השיווק של המשקאות הצמחיים שויילר ייצרה עבור שופרסל, וכן הניסיונות לשווק את המשקאות הצמחיים עבור שטראוס תחת מותג סום, מעידים על היעדר היכולת של ויילר להשלים את פיתוח המוצרים בתחום ולהפוך למתחרה. אינני מקבלת טענה זו. כישלונות הם חלק בלתי נפרד מהליך פיתוח, ולראיה, לאחר היעדר ההצלחה עם שיווק מוצרי סום, שטראוס וויילר המשיכו בהליכים לשיפור המוצרים וקו הייצור. מוצרי סום יוצרו עבור שטראוס ולפי מתכונים ששטראוס פיתחה, וגם שטראוס לא הפסיקה בניסיונות לחדור לתחום מוצרי תחליפי החלב, והמשקאות הצמחיים בפרט, הן באמצעות ניסיונות לשפר את מוצרי סום והן באמצעות ייצור משקאות צמחיים טריים של מותג אלפרו, גם כפי שמיוצרים כיום במפעל של ויילר, וגם במפעל העתידי שהיא מקימה. שטראוס אף המשיכה להתקשר עם ויילר בקבלנות משנה לצורך ייצור המוצרים, וכאמור, ויילר מייצרת עבורה את המשקאות הצמחיים הטריים של מותג אלפרו.

63. טענה נוספת של הצדדים היא כי משך הזמן שההפרה נמשכה, כחצי שנה, הוא חסר משמעות לנוכח המרחק בו הייתה מצויה ויילר מכניסה עצמאית לשוק המשקאות הצמחיים הטריים. כדוגמה לקושי בכניסה מהירה לשוק, מתייחסת שטראוס בין היתר לעובדה שאפילו היא לא הצליחה לעמוד בלוחות הזמנים שהציבה לעצמה עד לכניסה לשוק. אכן ייתכן שויילר לא הייתה נכנסת לשוק בתוך כחצי שנה ממועד תחילת ההפרה, אולם, אין בכך כדי להסיק כי לא מדובר בפרק זמן משמעותי בכלל, ובשוק המשקאות הצמחיים הטריים בפרט. מדובר במעל לחצי שנה בה ויילר הייתה מנועה מלהתקדם בפעילות הפיתוח ושיפור המוצרים.

64. מעבר לעיכוב ביכולת להיכנס לשוק, ההפסקה המוחלטת מעיסוק בתחום מוצרי תחליפי החלב לתקופה של מעל לחצי שנה, עשויה לפגוע באטרקטיביות של ויילר בעיני שותפים עסקיים, שיכולים לקדם את חדירתה לשוק. כמו כן, בשוק כה ריכוזי, גם התקרבותה לכניסה לשוק, או חדירה לשוק בנתיבי שוק קטנים באופן יחסי עשויה להספיק כדי ליצור תגובה תחרותית. נוסף על כך, לנוכח ההתקדמות של שטראוס בתקופת ההפרה לקראת כניסה לשוק, יש בכך כדי לפגוע בתמריצי ויילר להמשיך במאמצי הפיתוח לאחר ביטול ההסכמים, לרבות המשך המאמצים למצוא שותף עסקי.

65. הפגיעה בתמריצי של ויילר לשוב ולפעול בתחום עומדת בעינה גם אם בפועל שטראוס לא התקדמה באופן משמעותי או אף בכלל. זאת שכן ויילר אינה חשופה למהלכי שטראוס ולוחות הזמנים שלה, אך כן ידעה על ההסכם בין שטראוס לדנונה וכי שטראוס מתכוונת לפעול בתחום. די בכך כדי להשפיע על תמריצי להיכנס שוב לתחום זה באיחור של חצי שנה, שבו שטראוס שועטת קדימה ללא מגבלה. ומכל מקום, גם אם לשטראוס לקח זמן ארוך מהמתוכנן להיכנס לשוק, אין בכך כדי ללמד על פרק הזמן שנדרש לצורך כניסה של שחקן בסדר גודל של ויילר.

66. עוד ביחס למשך ההפרה, נושאי המשרה בשטראוס טענו כי בדיקות הממונה במיזוג הן שהובילו לכך שההפרה נמשכה כחצי שנה, ומשכך הממונה מנועה מלטעון לפוטנציאל של פגיעה של ממש בתחרות כאשר היא עצמה תרמה להימשכות תקופת הביניים ומכאן להימשכות ההפרה. זו טענה שאיני מקבלת. בידם של המפרים לתקן את ההפרה בכל עת ולהסיר את המגבלה שהוטלה על פעילותה של ויילר, ללא תלות בבדיקות רשות התחרות ובמשך תקופת הביניים. זאת ועוד, ודאי שהאפשרות שצדדים לעסקת מיזוג הפרו את החוק וממשיכים להפר אותו במהלך בדיקת הרשות אינה צריכה להיות שיקול בבדיקת מיזוג, ועוד כזה שבבדיקתו נמצא כי הוא עלול לפגוע באופן משמעותי בתחרות ובציבור.

67. הצדדים טענו כי נוסח סעיף תקופת הביניים כפי שנחתם, נבע מבקשת ויילר לשנות את הנוסח שהיה קיים בטיוטות קודמות, על מנת להבטיח כי תוכל בתקופת הביניים לפתח מוצרי טופו חדשים. לטענת הצדדים, העובדה שבקשת שינוי הנוסח הגיעה מויילר

מעידה על כך שויילר לא ראתה בסעיף כמגביל אותה מלפעול במהלך העסקים הרגיל שלה, וכך גם שטראוס.

68. נביא בקצרה את השתלשלות נוסח סעיף תקופת הביניים, כפי שגם הוצג על ידי שטראוס במסגרת השימוע, ממנו עולה כי לאורך החלפת הטיוטות הוגבלה ויילר מלפתח מוצרים, לרבות בתחום תחליפי מוצרי החלב.

69. בנוסח ראשוני שהעבירה שטראוס לויילר, נאסרו על ויילר "כניסה לתחומי עיסוק חדשים ו/או פיתוח מוצרי[ם] חדשים מעבר למוצרים הקיימים במועד הסכם זה". בחילופי טיוטות נוספים, ויילר ביקשה לשנות את נוסח הסעיף כך שלא יכלול איסור על פיתוח, ולבסוף הציעה נוסח לפיו לא תוכל לעסוק בתחומי עיסוק חדשים מעבר לאלו הכלולים בתחום הפעילות שלה במועד החתימה. שטראוס הוסיפה את ההבהרה כי תחום הפעילות הוא "כהגדרתו בהסכם בעלי המניות".

70. חילופי הנוסח מלמדים, כי כבר מהטיוטה הראשונה הוגבלה ויילר מלפתח מוצרים, לרבות בתחום תחליפי מוצרי החלב. הנוסח הסופי איפשר לויילר לפתח בתקופת הביניים מוצרי טופו, פעילות אשר בכל מקרה הייתה חלק מהתכנית העסקית של הצדדים לחברה הממוזגת. העובדה שהצדדים הסכימו לבסוף שההגבלה תחול "רק" על פעילות שויילר לא תוכל לעסוק בה לאחר המיזוג ושלשטראוס היה אינטרס שלא תעסוק בה, כמובן שלא יכולה ללמד על כך שהפעילות שהוגבלה לא הייתה חלק ממהלך העסקים הרגיל של ויילר טרם החתימה, ותיאור העובדות לעיל מלמד ההפך. הסעיף התיישב עם התכניות של שטראוס, אליהן הסכימה לבסוף גם ויילר, לחברה הממוזגת. מעבר לכך, שאלת חילופי הנוסח אינה משנה מהעובדה שבסופו של דבר שני הצדדים חתמו על סעיף המגביל את ויילר מלפעול בתקופת הביניים בתחום תחליפי מוצרי החלב, ולכן שניהם מעורבים בהפרה.

ז. קביעה

71. נובח כל המתואר לעיל הריני לקבוע בהתאם לסעיף 43(א)(3) לחוק כי הצדדים ביצעו מיזוג חברות שמתקיימים בו תנאי סעיף 17 לחוק, תוך הפרה של הוראות סעיף 19 לחוק.

72. על כן, החלטתי להטיל על הצדדים ועל נושאים המשרה בהם עיצומים כספיים כמפורט להלן.

ח. דרישת תשלום

73. סעיף 50ד לחוק מסמיך את הממונה להטיל עיצום כספי על אדם שהפר הוראה מהוראות החוק, ובכלל זה על מי שעשה מעשה שיש בו משום מיזוג, מלא או חלקי, שלא בהתאם להוראות פרק ג' לחוק.

74. סעיף 50ה לחוק מפרט רשימה בלתי ממצה של השיקולים שהממונה תשקול בבואה לקבוע את סכום העיצום הכספי שיוטל לפי סעיף 50ד. ביום 24 בנובמבר 2019 פורסם תיקון לגילוי דעת 1/16 (להלן **גילוי הדעת**),⁸ המוסיף ומתווה את אופן הפעלת שיקול דעת הממונה בקביעת סכום העיצום הכספי, תוך שמירה על יכולתה לקבוע עיצום בהתאם לנסיבות הייחודיות של כל מקרה ומקרה.

75. להלן יפורטו השיקולים בקביעת גובה העיצומים על שטראוס, על ויילר ועל נושאי המשרה בהן.

ח.1. העיצום הכספי על שטראוס

מסגרת העיצום

76. בשלב הראשון נקבעת מסגרת העיצום בהתאם למחזור המכירות הרלוונטי של שטראוס בשנה שקדמה לשנת הכספים בה בוצעה ההפרה. ההפרה נמשכה ממועד החתימה על

⁸ תיקון גילוי דעת 1/16 של הממונה על התכרות "שיקולי הממונה על התכרות בקביעת גובה עיצום כספי" (24.11.2019) **רשות התכרות** 501683.

הסכמי המיזוג ביולי 2021, ועד ביטול ההסכמים במרץ 2022 בעקבות ההתנגדות למיזוג.

77. בהתאם לגילוי הדעת, כאשר ההפרה התבצעה על פני יותר משנה קלנדרית אחת, מחזור המכירות הרלוונטי יחושב כממוצע משוקלל של מחזורי המכירות בשנים שקדמו לשנים בהן בוצעה ההפרה. מאחר שמחזור המכירות המשוקלל של שטראוס לשנים 2020 ו-2021 עלה על 10 מיליון ש"ח, לפי גילוי הדעת נקבעת מסגרת העיצום על פי התקרה היחסית הקבועה בחוק, העומדת על 8% ממחזור המכירות.

78. במקרה בו מחזור המכירות של התאגיד המפר כולל מכירות שמקורן בפעילות בתחום מובחן לחלוטין מתחום הפעילות אליו נוגעת ההפרה (להלן **מחזור מוחרג**), ככל שמתקיימים התנאים המנויים בגילוי הדעת, תעמוד מסגרת העיצום על 8% ממחזור המכירות הכולל בניכוי המחזור המוחרג (להלן **מחזור המכירות הרלוונטי**).

79. לשטראוס מכירות מפעילות בתחום מערכות לסינון, טיהור והגזה של מי שתיה, הכוללת את מוצרי "תמי 4" (ברי מים), המתחברים לתשתית מי הברז של הלקוח. המוצרים והשירותים הכלולים במסגרת פעילות החברה בתחום ברי המים מובחנים לחלוטין מתחום המזון אליו נוגעת ההפרה. לפעילות בתחום ברי המים אין כל זיקה לתחום אספקת המזון, ולהפרה אין פוטנציאל להשפיע השפעה כלשהי על הפעילות בתחום ברי המים. ההכנסות מפעילות זו מנותקות מהכנסות אחרות של שטראוס גרופ, תחת חברת שטראוס מים בע"מ, וניתנות לזיהוי באופן ברור. משכך, המכירות שמקורן בפעילות שטראוס בתחום ברי המים נוכו מהמחזור הכולל של שטראוס.

80. לעניין חישוב מחזור המכירות, שטראוס טענה בשימוע כי יש להתחשב רק בהיקף השוק הרלוונטי להפרה, ולא במחזור הכולל של המפר. בהתאם לכך, יש לבחון את היקפו של שוק המוצרים הצמחיים הטריים (כהגדרת הצדדים) בלבד, בו, לפי הטענה, נכון לתקופת ההפרה לשטראוס היו מכירות מועטות ולוילר לא היו מכירות כלל, ובו וילר הייתה לכל היותר מתחרה פוטנציאלית. אינני מקבלת את הטענה, והיא אינה

מתיישבת עם לשון החוק ותכליתו ועם מדיניות רשות התכרורות כפי שבאה לידי ביטוי בגילוי הדעת.

81. היקף השוק שנפגע מההפרה אינו מבין השיקולים לקביעת סכום עיצום כספי, וגם לא מוצדק לתת לשיקול זה מקום. עיקר תכליתו של עיצום כספי הוא בהרתעה מפני הפרת החוק. ההרתעה מטבעה נגזרת מהיחס בין העיצום הכספי לבין היקף העסקים של המפר, ולא מהיקף העסקה או היקף השוק שעלול להיפגע כתוצאה מההפרה, שכן אחרת מפר בעל היקף פעילות רחב לא יורתע מהפרת החוק בעסקאות בעלות היקף קטן יחסית או שעלולות לפגוע בתכרורות בשווקים קטנים. יתרה מכך, והמקרה שלפנינו הוא דוגמא לכך – טענת שטראוס מבקשת להתלות בהיקף המכירות הנוכחי של השוק שבו בוצעה ההפרה ומתעלמת מהאפשרות, המתקיימת במקרה זה, שמדובר בפגיעה בתכרורות שמתגבשת בשוק המצוי בחיתוליו ואשר מחזור המכירות הנוכחי שלו אינו מלמד דבר על חשיבותו והיקפו הפוטנציאלי. קבלתה של טענה כזו תוביל להטלת עיצומים אפסיים, אם בכלל, ולהרתעת חסר מקום בו מתכררים הנמצאים במרוץ של מחקר ופיתוח לקראת כניסה לשוק מסוים ינהגו בדומה למקרה דנן.

82. מחזור המכירות הרלוונטי המשוקלל של שטראוס לשנים 2020-2021 עומד על כ- 5.2 מיליארד ש"ח. לכן, מסגרת העיצום עומדת על 420,390,000 ש"ח.

עיצום הבסיס

83. בשלב השני נקבע עיצום הבסיס, המשקף את חומרת ההפרה בהתאם למכלול הנסיבות, בדגש על מידת הפגיעה הפוטנציאלית שההפרה עלולה לגרום לתכרורות או לציבור ועל משך ההפרה. עיצום הבסיס נקבע בטווח שבין 5% ל-90% ממסגרת העיצום שחושבה בשלב הראשון.

84. כפי שפורט לעיל, ההפרה לכל הפחות עלולה לפגוע פגיעה משמעותית בתכרורות בשוק המשקאות הצמחיים הטריים. המגבלה על ויילר בתקופת הביניים לעסוק בתחום תחליפי מוצרי חלב, ובכלל זאת להמשיך את פעילות הפיתוח שלה בתחום, עלולה לעכב את כניסתה לשוק המשקאות הצמחיים הטריים ואף למנוע אותה, נוכח הפגיעה

האפשרות בתמריציה של ויילר וביכולתה להיכנס ולהתחרות בעתיד, לרבות באמצעות חבירה לשותף עסקי. כתוצאה מההפרה עלול להיגדע איום תחרותי על שליטתה של תנובה בשוק, ועל הדואופול של שתי ענקיות המזון עם כניסת שטראוס לשוק. שיקול זה היה בין השיקולים שהצדיקו התנגדות לעסקת המיזוג בין הצדדים.

85. בשיקול מקל, אני מניחה לטובת הצדדים כי יתכן שויילר צריכה הייתה לחבור לשותף עסקי לצורך חדירה בהיקף משמעותי לשוק המשקאות הצמחיים הטריים, ולכן לא הייתה נכנסת לשוק בהיקף זה בפרק הזמן בו התרחשה ההפרה. כמו כן, יתכן שכניסה של ויילר לשוק כרוכה באתגרים נוספים, בהם הצורך להשלים את פיתוח המוצרים החדשים, להקים קו ייצור ולהקים או להתקשר עם מערך הפצה ארצי המותאם למוצרים הדורשים הפצה בקירור.

86. עם זאת, ההפרה מנעה מויילר לבצע כל פעולה, קטנה כגדולה, בתחום תחליפי מוצרי החלב, לרבות ביצוע פעולות במסגרת האמצעים והידע שכבר קיימים אצלה. בכך, נמנעה ממנה היכולת להתקדם לקראת כניסה לשוק המשקאות הצמחיים הטריים ביום שאחרי ההתנגדות למיזוג. עצירה מוחלטת של הפיתוח יכולה לעכב כניסה לשוק בדרכים שונות, כפי שתואר בפרק ה' לעיל. כך למשל אפשר שההפרה פגעה בסיכוייה של ויילר למצוא שותף עסקי, שכן מניעת יכולתה להמשיך לבצע כל פעולה לרבות המשך פיתוח, במשך מעל לחצי שנה של תקופת ההפרה, עלולה לפגוע באטרקטיביות של ויילר בעיני שותפים פוטנציאליים.

87. סעיף תקופת הביניים היה בתוקף מעל לחצי שנה, ממועד החתימה על הסכמי המיזוג ועד לביטול ההסכמים לאחר שהודעתי על התנגדותי למיזוג. מדובר בתקופה ניכרת, בפרט בנסיבות המקרה, הן לנוכח מאפייניו של שוק המשקאות הצמחיים הטריים, בו ראו ויילר ושטראוס חשיבות בכניסה מהירה, ובו שלטה תנובה בתקופה הרלוונטית; הן מנקודת מבט של שותף פוטנציאלי לויילר, שלטענת הצדדים נדרש לצורך כניסה לאותו תחום בו הייתה ויילר מנועה מלפעול.

88. נוכח כל האמור, החלטתי להעמיד את שיעור עיצום הבסיס על 60% מגובה מסגרת העיצום, כך שעיצום הבסיס הוא 252,234,000 ש"ח.

נסיבות הנוגעות להתנהגות שטראוס ביחס להפרה

89. חלקה של שטראוס בהפרה ומידת השפעתה על ביצועה – בשלב השלישי נבחן חלקה של שטראוס בהפרה והאם היא בעלת אינטרס משמעותי יותר בקיומה ביחס לויילר. שיקול זה יכול להוביל להעלאה או להפחתה בגובה העיצום בשיעור של עד 20% מעיצום הבסיס.

90. שטראוס וויילר פעלו שתיהן לקראת כניסה לשוק המשקאות הצמחיים הטריים, וראו חשיבות בכניסה מהירה אליו. ההפרה הובילה לכך שויילר הייתה מנועה מלבצע כל פעולה בתחום תחליפי מוצרי החלב, ובתוך כך הייתה מנועה גם מלהמשיך בפעילות הפיתוח, בעוד שטראוס המשיכה להתקדם לקראת כניסה לתחום, ובפרט לשוק המשקאות הצמחיים הטריים.

91. עיכוב, ואף מניעת כניסת ויילר כמתחרה בשוק ששטראוס ביקשה בעצמה להיכנס אליו, היטיבה עם שטראוס, ומשכך יש לה אינטרס משמעותי בקיומה של ההפרה, ביחס לויילר.

92. קיבלתי את מצג הצדדים במסגרת השימועים, לפיו לויילר היה חלק בניסוח סעיף תקופת הביניים כפי שנקבע לבסוף בהסכם רכישת המניות, אולם יש לקחת בחשבון את התנהלות הצדדים לאורך המגעים לעסקה, כאשר שטראוס הבהירה כי ויילר לא תוכל לעסוק בתחום תחליפי מוצרי החלב לאחר המיזוג. הבהרה, אשר הועלתה על הכתב בהסכם בעלי המניות. וכאמור, ההפרה מיטיבה עם שטראוס ביחס לויילר.

93. משכך, החלטתי להעלות את גובה העיצום על שטראוס ב-5% מעיצום הבסיס.

נסיבות חיצוניות להפרה

94. בשלב הרביעי נבחנים שיקולים מעבר לשיקולים הקשורים קשר הדוק לנסיבות ההפרה.

95. שיקולי הררעה הולמ – כאשר מחזור המכירות הכולל של התאגיד המפר גבוה ממחזור המכירות הרלוונטי על פיו מחושבת מסגרת העיצום, תתווסף לעיצום תוספת שתחושב לפי נוסחה המפורטת בגילוי הדעת. בקביעת מסגרת העיצום שחושבה לעיל, הוחרגו המכירות שמקורן בפעילות שטראוס בתחום ברי המים. משכך, בהתאם לנוסחה המפורטת בגילוי הדעת, התוספת לעיצום בגין שיקול זה עומדת על 1.78% מעיצום הבסיס.

96. הפרות קודמות – בהתאם לגילוי הדעת, אם המפר לא הפר בעבר את הוראות חוק התחרות, הממונה עשויה להפחית עד 15% מעיצום הבסיס. הפחתה כאמור לא תיעשה ביחס למפר שהליך אכיפה בעניינו הסתיים בצו מוסכם לפי סעיף 50 לחוק, ללא הודאה בחבות מצדו. עד שנת 2009 הגיעה הרשות למספר הסכמות מול שטראוס, שקיבלו תוקף של צו בהתאם לסעיף 50 לחוק, ללא הודאה בחבות מצד שטראוס. לפיכך, לא מצאתי לנכון להפחית בגובה העיצום בגין שיקול זה.

שיקולים נוספים

97. בשלב החמישי נבחנים שיקולים נוספים אשר חורגים מהשיקולים לעיל. במקרים מיוחדים הממונה עשויה להידרש גם לשיקולים אלו.

98. קבלת יעוץ משפטי בתחום דיני התחרות – בהתאם לגילוי הדעת, פעולות שננקטו בתום לב ומתוך רצון לציית לדיני התחרות ולמנוע את התרחשות ההפרה עשויות לשמש שיקול מקל בקביעת גובה העיצום. הממונה תתחשב בקבלת ייעוץ משפטי ככל ששוכנעה כי מדובר בהליך היוועצות רציני ומעמיק. בהתאם לגילוי הדעת, התרשמות הממונה מרצינות הליך ההיוועצות וקביעת גובה ההנחה שתינתן למפר בגין שיקול זה, תיעשה בהתאם לקריטריונים הבאים:

- א. על הייעוץ להינתן על ידי גורם משפטי מומחה;
- ב. בהתבסס על מלוא המידע הרלוונטי;
- ג. טרם ביצוע מעשה ההפרה והתגבשותה;
- ד. באופן רשמי ובכתב.

99. שטראוס טוענת לקבלת ייעוץ משפטי ביחס לסעיף תקופת הביניים, שמצדיק לגישה את התחשבותי בקביעת העיצום. כנדרש בגילוי הדעת, שטראוס ויתרה לצורך טענתה זו על חיסיון עו"ד-לקוח ביחס לתקשורת הרלוונטית בינה לבין הייעוץ המשפטי. שטראוס טוענת כי אין חולק שהפנתה את סעיף תקופת הביניים לבדיקת היועץ המשפטי קודם לחתימה על ההסכמים, ושהיועץ המשפטי הודיע לה באופן רשמי ובכתב כי הוא אינו רואה בעיה עם הסעיף.

100. מהמסמכים שהועברו בהקשר זה על ידי שטראוס עולה שהליך ההיוועצות שערכה שטראוס אינו עומד בקריטריונים המפורטים בגילוי הדעת. ראשית כל, לא ניתן ללמוד מהמסמכים שהועברו כי בפני הייעוץ המשפטי עמד מלוא המידע הרלוונטי לצורך מתן חוות דעת בנוגע לסעיף תקופת הביניים. כך, לא ברור האם בכלל, ועד כמה, היועץ המשפטי הכיר את פעילות ויילר בתחום תחליפי מוצרי החלב, מידע שאין ספק כי יש בו כדי להשפיע על חוקיות הסעיף ובהתאם על חוות הדעת המשפטית לגביו. נוסף על כך, בחינת המועדים של ההתכתבות הרלוונטית מול הייעוץ המשפטי ושל חילופי הטיזות בין שטראוס לויילר בנוגע לסעיף תקופת הביניים, מלמדת כי תשובת הייעוץ המשפטי ניתנה ביחס לנוסח שאינו זהה לנוסח הסופי של הסעיף כפי שחתמו עליו הצדדים. זאת ועוד, הליך ההיוועצות נעשה בחלופת מיילים לא מפורטת, וללא נימוק לתשובת הייעוץ המשפטי בנוגע לסעיף תקופת הביניים ולעובדות שעמדו בפניו.

101. אם כן, לא השתכנעתי כי הייעוץ המשפטי שניתן לשטראוס מקיים את הקריטריונים המפורטים בגילוי הדעת.

סכום עיצום מרבי

102. סעיף 50ד לחוק קובע את העיצום המרבי שניתן להטיל על תאגיד שהפר הוראה מהוראות החוק. על פי מחזור המכירות של שטראוס בישראל, העיצום המרבי שניתן להטיל עליה בהתאם לחוק, נכון למועד ההודעה לשטראוס על כוונתי להטיל עליה עיצום, הוא 111,331,200 ש"ח.

103. גובה העיצום כפי שחושב לעיל, העומד על כ-269 מיליון ש"ח, חורג מהעיצום המרבי הקבוע בחוק, ומשכך עומד העיצום על שטראוס על 111,331,200 ש"ח.

פעולות שנקטה שטראוס למניעת הישנות ההפרה או להפסקתה

104. בשלב זה נבחנות פעולות ממשיות שנקטה שטראוס למניעת הישנות ההפרה או להפסקתה, דוגמת חדילה מפעילות מפרה לפני שנודע לממונה על ההפרה והבאת דבר ההפרה לידיעת הממונה מיוזמתה. כן נבחנות פעולות שנקטה שטראוס לתיקון תוצאות ההפרה. שיקול זה יכול להוביל להפחתה בגובה העיצום שנקבע בשלב הקודם.

105. אין ראיות כי שטראוס נקטה בפעולות כאמור, ולפיכך אין מקום להפחית מגובה העיצום שנקבע.

סיכום

106. בהתחשב במכלול השיקולים המנויים לעיל, החלטתי להטיל על שטראוס עיצום כספי בסך 111,331,200 ש"ח בגין ההפרה המתוארת בקביעה זו.

ח.2. העיצום הכספי על נושאי המשרה בשטראוס

107. בהתאם לסעיף 50ד(א)(2) לחוק, לממונה סמכות להטיל עיצום כספי על אדם שעשה מעשה שיש בו משום מיזוג, מלא או חלקי, שלא בהתאם להוראות פרק ג' לחוק, בסכום שלא יעלה על העיצום המרבי הקבוע בחוק לאדם. נכון למועד ההודעה על כוונתי להטיל עיצומים על שטראוס ונושאי המשרה בה, סכום העיצום המרבי שניתן להטיל על מפר יחיד עמד על 1,113,310 ש"ח.

108. על פי גילוי הדעת, עיצום כספי על נושא משרה בתאגיד מפר יוטל בהתקיים שני תנאים מצטברים:

א. כאשר ההפרה עלולה להביא לפגיעה של ממש בתחרות ובציבור או כשמדובר בהתקשרות בהסדר כובל עירום;

ב. כאשר נושא המשרה מעורב בהפרה במעשה או במחדל, בין אם לקח חלק בביצוע ההפרה או שהיה אחראי על הוצאתה לפועל, ובין אם ידע על אודותיה וחדל מלמנוע את ביצועה.

109. כפי שפורט בהרחבה לעיל, ההפרה בענייננו מעלה חשש לפגיעה של ממש בתכרות ובציבור בשוק המשקאות הצמחיים הטריים. כמו כן, מצאתי כי נושאי המשרה הבאים בשטראוס היו מעורבים בהפרה. משכך, מצאתי כי יש להטיל על נושאי המשרה הבאים עיצומים אישיים בגין מעורבותם בהפרה.

110. [REDACTED] בתקופת ההפרה הכיר את העסקה הנרקמת עם ויילר ובכלל זה את ההגבלה על פעילות ויילר לאחר המיזוג, וחתם על הסכמי המיזוג המגבשים את ההפרה.

111. [REDACTED] בעת הרלוונטית, הכיר גם הוא את העסקה הנרקמת עם ויילר ואת ההגבלה על פעילותה לאחר המיזוג, וגם הוא חתם על הסכמי המיזוג.

112. [REDACTED] בעת ההפרה, הוא שניהל את המגעים לעסקת המיזוג מול ויילר, והייתה לו מעורבות ישירה בהגדרת תחום הפעילות של ויילר בהסכם בעלי המניות. [REDACTED] היה מכותב על טיוטות הסכמי המיזוג, לרבות סעיף תקופת הביניים, והיה מעורב בגיבושן ועריכתן.

113. להלן יפורטו השיקולים בקביעת העיצומים המוטלים על שלושת נושאי המשרה בשטראוס.

מסגרת העיצום

114. בהתאם לגילוי הדעת, בשלב הראשון מחושב ממוצע משוקלל של הכנסתו של נושא המשרה מהתאגיד המפר בשלוש השנים שקדמו למועד גילוי ההפרה (להלן **ההכנסה הממוצעת**). ככל שהיחס בין הכנסת נושא המשרה לבין ההכנסה הממוצעת במשק גבוה מ-10, מסגרת העיצום תעמוד על העיצום המרבי הקבוע בחוק למפר יחיד.

115. היחס בין הכנסתם הממוצעת של כל אחד מנושאי המשרה בשטראוס להכנסה הממוצעת במשק גבוה מ-10,9⁹ ומשכך, מסגרת העיצום עבור כל אחד מהם עומדת על העיצום המרבי שהיה קבוע בחוק נכון למועד ההודעה על כוונתי להטיל עליהם עיצומים – 1,113,310 ש"ח.

עיצום הבסיס

116. בשלב השני נקבע עיצום הבסיס. עבור נושאי משרה, עיצום הבסיס נקבע בהתאם לחומרת ההפרה כפי שהוערכה עבור התאגיד המפר. כך נעשה ביחס לכל אחד מנושאי המשרה בשטראוס, קרי – עיצום הבסיס עבור כל אחד מהם עומד על 60% ממסגרת העיצום.

נסיבות הנוגעות להתנהגות נושאי המשרה ביחס להפרה

117. בשלב השלישי נבחנים חלקו של נושא המשרה בהפרה ומעמדו בתאגיד המפר. בפרט, נבחן האם יש להתאים את שיעור ההחמרה או ההקלה שנקבע עבור התאגיד, וזאת בשים לב למעורבותו של נושא המשרה בהפרה, מידת בכירותו ויכולתו להשפיע על קבלת ההחלטות ולמנוע את ההפרה מתוקף תפקידו. לפי גילוי הדעת, הממונה רשאית להפחית או להעלות את גובה העיצום הכספי בגין שיקול זה בשיעור של עד 20% מעיצום הבסיס.

118. בתוקף תפקידם, שלושת נושאי המשרה היו בעלי מעמד בכיר בחברה והיה ביכולתם להשפיע על קבלת ההחלטות בה.

119. [REDACTED] ו[REDACTED] חתמו על הסכמי המיזוג ובכך אישרו אותם ונתנו להם תוקף משפטי מחייב מבחינת שטראוס. הם לא מנעו ולא ביטלו את המגבלה על פעילותה של ויילר בתחום תחליפי מוצרי החלב בתקופת הביניים. להפך, הם נתנו לה תוקף.

⁹ על פי טבלת השכר הממוצע לפי חוק הביטוח הלאומי, נכון לשנת 2023, השנה הרלוונטית למועד ההודעה על כוונת החיוב, השכר החודשי הממוצע עומד על 11,730 ש"ח, קרי – השכר השנתי הממוצע במשק הוא 140,760 ש"ח.

120. בהקשר זה, באי כוחו של [REDACTED] טענו בפניי כי העובדה שהוא חתם על הסכמי המיזוג, שנועדו להסדיר הליך מיזוג שלם, אינה עולה כדי מעשה הפרה. לטענתם, [REDACTED] היה ממוקד בעסקת המיזוג עצמה ובעניינים עקרוניים ומהותיים בה, ולא עסק באופן אישי בסעיף תקופת הביניים, ומי שעסקו במלאכת העריכה והניסוח של הסכמי המיזוג היו היועצים המשפטיים של שטראוס. כן נטען כי מעורבותו בכל הנוגע להגבלת פעילות ויילר במסגרת עסקת המיזוג, הייתה רק ביחס לחברה הממוזגת, ולא ביחס לתקופת הביניים. גם בעניינו של [REDACTED] נטען כי החתימה על הסכמי המיזוג אינה מגבשת הפרה, וכי מי שעסקו בניסוח הסכמי המיזוג היו היועצים המשפטיים של שטראוס.

121. אינני יכולה לקבל טענה לפיה [REDACTED] החתום על הסכמי עסקה, ובמיוחד עסקה משמעותית ובעלת השלכות עבור החברה שהוא עומד בראשה, הוא בבחינת "לא מעורב" ואינו אחראי להשלכות ההסכמים עליהם הוא חותם. הסכמי המיזוג הועברו ל[REDACTED] מבעוד מועד לצורך קריאה טרם חתימתו, ובחתימה על ההסכמים הוא אישר את הכתוב בהם. ברי כי לא ניתן לקבל טענה לפיה נושא משרה בכיר החתום על חוזה שמגבש הפרה של חוק התחרות, אינו מעורב בהפרה רק משום שהיבטים אחרים בעסקה עניינו אותו יותר.

122. [REDACTED] הוא שניהל את המגעים לעסקה מול ויילר, לרבות בכל הנוגע להגדרת תחום פעילותה כפי שנקבע בהסכם בעלי המניות, והכיר את הפעילות של ויילר בתחום תחליפי מוצרי החלב. הוא הגורם בשטראוס אליו פנתה ויילר בתקופת הביניים בנוגע ליישום תוכנית ההשקעות, שכאמור לא כללה פיתוח או השקעה בתחליפי מוצרי חלב.

123. באי כוחו של [REDACTED] טענו בפניי כי על אף שהוא היה מעורב בגיבוש עסקת המיזוג, הוא עסק רק בהיבטים המסחריים הנוגעים לעסקה, ולא בהיבטים המשפטיים, בהם עסקו רק היועצים המשפטיים בשטראוס. הסדרת סעיף תקופת הביניים, כך נטען, היא עיסוק בנושא משפטי.

124. אני מקבלת את ההבחנה הנטענת בין ההיבטים השונים בעסקת המיזוג. [redacted]

[redacted] היה מעורב בגיבוש העסקה לכל אורך הדרך, לרבות בכל הנוגע להגדרת פעילות החברה הממוזגת בהסכם בעלי המניות. מעבר לכך, הוא עסק בניהול המשימות בין עובדי שטראוס סביב העסקה, בהם הצוות המשפטי, היה בקשר ישיר מול הצוות המשפטי בנוגע לטיוטות הסכמי המיזוג ואף יזם ישיבות עם הצוות, והיה חלק מהקבוצה המצומצמת של בעלי התפקידים בשטראוס שנדרשו להעיר על טיוטות ההסכמים.

125. לנוכח האמור לעיל, החלטתי להתאים את שיעור ההחמרה של שלושת נושאי המשרה בשטראוס לשיעור ההחמרה שנקבע עבור שטראוס, העומד על 5% מעיצום הבסיס.

נסיבות חיצוניות להפרה

126. בשלב הרביעי נבחנים שיקולים מעבר לשיקולים הקשורים קשר הדוק לנסיבות ההפרה, בדומה לנסיבות הנבחנות עבור התאגיד.

127. הפרות קודמות – ככל הידוע לרשות התחרות, אף אחד מנושאי המשרה בשטראוס לא הפר בעבר את הוראות חוק התחרות, ולכן החלטתי להפחית את גובה העיצום המוטל על כל אחד מהם ב-15% מעיצום הבסיס.

שיקולים נוספים

128. ייעוץ משפטי – בדומה לטענה שהעלתה שטראוס ביחס לקבלת ייעוץ משפטי, גם באי כוחם של נושאי המשרה בשטראוס טענו כי יש להתחשב בייעוץ המשפטי שניתן במסגרת עסקת המיזוג ביחס לסעיף תקופת הביניים כשיקול מקל בקביעת גובה העיצום הכספי.

129. מהטעמים המפורטים לעיל, לא השתכנעתי כי הייעוץ המשפטי שניתן לשטראוס מקיים את התנאים המנויים בגילוי הדעת.

פעולות שנקטו נושאי המשרה למניעת הישנות ההפרה או להפסקתה

130. בשלב זה, ככל שנושא המשרה נקט בפעולות ממשיות למניעת הישנות ההפרה או להפסקתה, הממונה עשויה להפחית את גובה העיצום הכספי בשיעור של עד 30% מסכום העיצום שנקבע.

131. אין אינדיקציות כי מי מנושאי המשרה בשטראוס נקט בפעולות כאמור, ולכן לא יופחת גובה העיצום הכספי שנקבע בגין שיקול זה.

סיכום

132. בהתחשב במכלול השיקולים החלטתי להטיל על כל אחד מנושאי המשרה בשטראוס עיצום כספי בסך 601,187 ש"ח בגין ההפרה המתוארת בהחלטה זו.

ח.3 העיצום הכספי על ויילר

מסגרת העיצום

133. מחזור המכירות המשוקלל של ויילר לשנים 2020-2021 עומד על כ- [REDACTED] ש"ח. לכן, מסגרת העיצום, המחושבת כ-8% מהמחזור המשוקלל, עומדת על [REDACTED] ש"ח.

134. בהקשר זה, בדומה לטענה שהעלתה שטראוס בשימוע, ויילר טוענת כי יש לגזור את גובה העיצום המוטל עליה ממחזור המכירות שלה בתחום תחליפי מוצרי החלב בלבד. טענה זו קיבלה מענה לעיל בפרק העיצום הכספי על שטראוס.

עיצום הבסיס

135. מהנימוקים המנויים לעיל, כפי שפורטו בפרק העיצום על שטראוס, החלטתי להעמיד את שיעור עיצום הבסיס על 60% מגובה מסגרת העיצום, כך שעיצום הבסיס על ויילר הוא [REDACTED] ש"ח.

נסיבות הנוגעות להתנהגות ויילר ביחס להפרה

136. כאמור, ההפרה מנעה מויילר לפעול בתחום פעילות בו שטראוס פעלה לקראת כניסה, ולכן ההפרה היטיבה עם שטראוס ביחס לויילר. עם זאת, לויילר היה חלק בניסוח סעיף תקופת הביניים ובמתן תוקף להסכמים שגיבשו את ההפרה, ומעורבותה בהפרה אינה פחותה מזו של שטראוס.

137. לכן, איני מעלה או מפחיתה מהעיצום הכספי על ויילר בגין שיקול זה.

נסיבות חיצוניות להפרה

138. הפרות קודמות – ככל הידוע לרשות, ויילר לא הפרה בעבר את הוראות חוק התכרורות, ולכן יופחת גובה העיצום ב-15% מעיצום הבסיס.

שיקולים נוספים

139. ייעוץ משפטי – ויילר טוענת כי היא קיבלה ייעוץ משפטי העומד בקריטריונים שקבועים בגילוי הדעת. טענתה נשענת על הליווי המשפטי שקיבלה לאורך העסקה על ידי משרד עורכי דין מוביל ומוכר, ובין היתר על ידי עורך דין במשרד המומחה בתחום דיני התכרורות. כן מפנה ויילר לייעוץ המשפטי שניתן לשטראוס ביחס לסעיף תקופת הביניים, שלטענתה ודאי לא הייתה חותמת על הסכמי המיזוג כפי שהם אילו לא היה סובר שההסכם חוקי בהיבט דיני התכרורות. ויילר ויתרה על חיסיון עו"ד-לקוח.

140. הייעוץ המשפטי לו טוענת ויילר אינו עומד בקריטריונים הקבועים בגילוי הדעת. לא התרשמתי, ואף ויילר לא טענה, כי ניתן ייעוץ קונקרטי ביחס לסעיף תקופת הביניים, המגבש את ההפרה לצד הגדרת תחום הפעילות בהסכם בעלי המניות. כל שכן, לא ניתן ייעוץ בעניין באופן רשמי ובכתב. באשר לטענה בדבר הייעוץ המשפטי שניתן לשטראוס, מעבר לעובדה שהייעוץ כלל לא ניתן לויילר, הוא גם אינו עומד בקריטריונים המפורטים בגילוי הדעת.

141. מלחמת חרבות ברזל – זמן קצר לאחר פרוץ מלחמת חרבות ברזל, ויילר פנתה לרשות התכרורות ופירטה את הנסיבות המיוחדות אליהן נקלעה כתוצאה מהמלחמה ומהמצב

הביטחוני בסביבת המפעל. המפעל של ויילר ממוקם בנתיבות, שסבלה במהלך המלחמה ממטחים רבים של רקטות. המפעל של ויילר ניזוק כתוצאה מפגיעה ישירה של רקטה, אשר הובילה גם להשמדת מלאים וחומרי גלם מחשש לרסיסים. עוד טענה ויילר כי רוב עובדי המפעל הם תושבי נתיבות, שדרות, עוטף עזה והסביבה. חלקם איבדו את יקיריהם במתקפת הטרור של 7 באוקטובר, ורבים מהם פונו מבתיים ולא חזרו לעבוד. כתוצאה סבל המפעל ממחסור בכוח אדם מיומן, שהוביל לפגיעה בכושר הייצור. מצאתי לנכון להתחשב בנסיבות המיוחדות כתוצאה מהמלחמה, ולהפחית בשל כך 20% מעיצום הבסיס.

פעולות שנקטה ויילר למניעת הישנות ההפרה או להפסקתה

142. אין אינדיקציות כי ויילר נקטה בפעולות למניעת הישנות ההפרה או להפסקתה, ולפיכך אין מקום להפחית מגובה העיצום שנקבע.

סיכום

143. בהתחשב במכלול השיקולים, בגין ההפרה המתוארת בהחלטה זו החלטתי להטיל על ויילר עיצום כספי בסך 1,087,004 ש"ח.

ח.4. העיצום הכספי על נושאי המשרה בויילר

144. כאמור לעיל, ההפרה הקימה חשש לפגיעה של ממש בתכרות ובציבור. כמו כן, מצאתי כי נושאי המשרה הבאים בויילר היו מעורבים בהפרה, ולכן החלטתי להטיל על נושאי המשרה הבאים עיצומים אישיים בגין מעורבותם בהפרה.

145. בויילר, בחברה ו, הם שלושם גם בויילר. שלושם בעלי מעמד בכיר בחברה והיה ביכולתם להשפיע על קבלת ההחלטות בה. הוא שניהל את המגעים לעסקה מול שטראוס, לרבות בכל הנוגע להגדרת תחום פעילותה כפי שנקבע בהסכם בעלי המניות. היה מעורב במגעים לעסקה מול שטראוס. שלושת

נושאי המשרה בוילר חתמו על הסכמי המיזוג שמגבשים את ההפרה, ובכך אישרו אותם ונתנו להם תוקף משפטי מחייב מבחינת וילר.

146. באי כוחו של [REDACTED] טענו בפניי כי על אף שהוא חתם על הסכמי המיזוג, [REDACTED] לא היה מעורב בגיבוש ההסכמים ומכאן כי לא היה מעורב בהפרה. טענה זו, שהועלתה גם ביחס למעורבות [REDACTED] במועד ההפרה, קיבלה מענה לעיל. 147. להלן יפורטו השיקולים בקביעת העיצומים המוטלים על נושאי המשרה בוילר.

מסגרת העיצום

148. הכנסתו הממוצעת של [REDACTED] מוילר בשלוש השנים שקדמו למועד גילוי ההפרה עומדת על כ- [REDACTED] ש"ח.

ל [REDACTED] הכנסות נוספות מתחום המזון, באמצעות חברה אחרת שבבעלותו המלאה. הממוצע המשוקלל של הכנסתו מהפעילות הנוספת מסתכם בכ- [REDACTED] ש"ח. מכאן, כי סך ההכנסה המשוקללת של [REDACTED] מוילר ומהפעילות הנוספת הינו כ- [REDACTED] ש"ח (להלן ההכנסה הכוללת).

הכנסתו הכוללת של [REDACTED] גבוהה פי [REDACTED] מהכנסה הממוצעת במשק. בהתאם לגילוי הדעת, מסגרת העיצום מחושבת כך:

$$\frac{\text{הכנסה כוללת}}{\text{הכנסה ממוצעת במשק}} * \text{עיצום מקסימלי} * 0.1$$

על פי נוסחה זו, מסגרת העיצום עבור [REDACTED] היא [REDACTED] ש"ח.

149. הכנסתו הממוצעת של [REDACTED] מוילר בשלוש השנים שקדמו למועד גילוי ההפרה עומדת על [REDACTED] ש"ח. הכנסתו הממוצעת גבוהה פי [REDACTED] מהכנסה הממוצעת במשק. בהתאם לנוסחה לעיל, מסגרת העיצום עבור [REDACTED] היא [REDACTED] ש"ח.

150. הכנסתו הממוצעת של [REDACTED] מוילר בשלוש השנים שקדמו למועד גילוי ההפרה עומדת על [REDACTED] ש"ח. על פי הנוסחה, מסגרת העיצום עבורו היא [REDACTED] ש"ח.

עיצום הבסיס

151. בהתאם לעיצום הבסיס שחושב עבור וילר, שיעור עיצום הבסיס עבור כל אחד מנושאי המשרה בוילר עומד על 60% ממסגרת העיצום.

נסיבות חיצוניות להפרה

152. הפרות קודמות – ככל הידוע לרשות, אף אחד מנושאי המשרה בוילר לא הפר בעבר את הוראות חוק התכרות, ולכן עבור כל אחד מהם מופחת גובה העיצום ב-15% מעיצום הבסיס.

שיקולים נוספים

153. מלחמת חרבות ברזל – כפי שפירטתי לעיל בחישוב העיצום על וילר, בגין הנסיבות המיוחדות אליהן נקלעה וילר בעקבות המלחמה, החלטתי להפחית 20% מעיצום הבסיס. כך גם לנושאי המשרה בחברה.

פעולות שנקטו נושאי המשרה למניעת הישנות ההפרה או להפסקתה

154. אין אינדיקציות כי מי מנושאי המשרה בוילר נקט בפעולות למניעת הישנות ההפרה או להפסקתה, ולכן לא יופחת גובה העיצום הכספי שנקבע בגין שיקול זה.

סיכום

155. בהתחשב במכלול השיקולים שפורטו לעיל, בגין ההפרה המתוארת בהחלטה זו, החלטתי להטיל על [REDACTED] עיצום כספי בסך 153,920 ש"ח, על [REDACTED] עיצום כספי בסך 143,676 ש"ח, ועל [REDACTED] עיצום כספי בסך 119,046 ש"ח.

ט. היוועצות עם חברי ועדת הפטורים והעיצומים

156. ביום 14 באוקטובר 2024 התייעצתי עם ועדת הפטורים והמיזוגים טרם קבלת החלטתי זו, בהתאם להוראות סעיף 50ח(א)(1) לחוק. לאחר דיון מעמיק עם חברי הוועדה, מסרו כל חברי הוועדה כי הם סבורים שיש לקבל את עמדת הממונה כמפורט בקביעה זו.

י. סיכום

157. נוכח כל האמור לעיל, ובהתאם לסמכותי לפי סעיף 43(א)(3) לחוק, אני קובעת כי המעשים של שטראוס וויילר המתוארים בקביעה זו הם מיזוג חברות המתקיימים בו תנאי סעיף 17, תוך הפרה של הוראות סעיף 19 לחוק. כמו כן, לאחר היוועצות עם ועדת הפטורים והמיזוגים החלטתי להטיל עיצומים בספיים על שטראוס וויילר בגובה 111,331,200 ו-1,087,004 ש"ח בהתאמה, וכן עיצומים אישיים על נושאי המשרה בשתי החברות המעורבים בהפרה, באופן הבא: על כל אחד משלושת נושאי המשרה בשטראוס החלטתי להטיל עיצום בסך 601,187 ש"ח, על [REDACTED] בויילר עיצום בסך 153,920 ש"ח, על [REDACTED] עיצום בסך 143,676 ש"ח, ועל [REDACTED] עיצום בסך 119,045 ש"ח.

158. בהתאם להוראות סעיף 50(א) לחוק, העיצומים הכספיים שהטלתי בהודעתי זו ישולמו בתוך 30 יום מיום מסירתה, קרי – עד ליום 28 בנובמבר 2024.

159. בהתאם להוראות סעיפים 43(ג) ו-50(א) לחוק, נתונה החלטתי זו לערר בפני בית הדין לתחרות בתוך 30 ימים מיום שתימסר לצדדים ולנושאי המשרה בהם.

מירל כהן
[Signature]
הממונה על התחרות

ירושלים, כ"ז בתשרי התשפ"ה

29 באוקטובר 2024