

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

בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל

להסכמים שבין רפאל מערכות לחימה מתקדמות בע"מ לבין

Lockheed Martin Corporation Missiles and Fire Control
Operating Entity

1. פתח דבר

לפני שתי בקשות למתן פטור לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: **"החוק"**), שעניינן בשני הסכמים לשיתוף פעולה בין רפאל מערכות לחימה מתקדמות בע"מ (להלן: **"רפאל"**) לבין Lockheed Missiles and Fire Control Operating Entity (להלן: **"MFC"**) של Lockheed Martin Corporation (להלן: **"לוקהיד מרטין"**).

עניינה של הבקשה הראשונה בשיתוף פעולה בפיתוח, יצור, שיווק, מכירה ותמיכה במערכות טילים, המבוססות על מערכת טילים המכונה **"הפריזון"**, שפותחה על ידי רפאל (להלן: **"הפריזון"**). בכוונת הצדדים לשותף פעולה לצורך שיווק מערכות טילים המבוססות על הפריזון לממשלת ארצות הברית, על מנת שזו תמכור אותה במסגרת סיוע צבאי למדינות זרות. הבקשה השנייה דומה במהותה ובתנאי ההסדר נושא הבקשה לראשונה, אלא שהיא מתייחסת למערכת טילים המכונה **"Spike NLOS"**, אשר אף היא פותחה על ידי רפאל (להלן: **"Spike NLOS"**), ולשיווק מערכת זו לממשלת ארצות הברית, שלא לצורך שיווקה במסגרת הסיוע הצבאי.

לאחר שבחנתי את שני ההסדרים ואת הכבילות המצויות בהם, כמו גם את השפעתם האפשרית על התחרות בשוק הרלוונטי, ולאחר שנועצתי עם הוועדה לפטורים ולמיזוגים, שוכנעתי כי הכבילות אינן מגבילות את התחרות בחלק ניכר מהשוק כאמור ואינן פוגעות פגיעה של ממש בתחרות, כי עיקרם של ההסדרים אינו בהפחתת התחרות או במניעתה, וכי אין בהם כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרם. על כן, מצאתי כי ההסדרים ראויים לפטור לפי סעיף 14 לחוק, בשל הנימוקים שיפורטו להלן.

2. ההסדרים

הצדדים לכל אחד מן ההסדרים הם -

רפאל היא חברה ממשלתית העוסקת במחקר, פיתוח, שיווק ומכירה של מערכות לחימה מתקדמות ובהן טילים, מערכות אלקטרו אופטיות ומערכות מיגון, מערכות תקשורת, מערכות נפיצות מערכות שליטה ובקרה, חיישנים אקוסטיים, כלי שיט בלתי מאוישים ורכבי תצפית.

לוקהיד מרטין היא חברה ציבורית, המאוגדת על פי דיני מרילנד, העוסקת במחקר, פיתוח, ייצור, שיווק ומכירה של קשת רחבה של מוצרים המיועדים לשימוש צבאי וביטחוני, לרבות מטוסי קרב,

מערכות טיס, מערכות ניווט, סימולטורים, מערכות מידע, לוויינים ומשגרים. MFC עוסקת בפיתוח וייצור של מערכות טילים, מערכות בקרת אש ומערכות חלל מתקדמות עבור צרכנים צבאיים וכן מספקת מוצרים ושירותים בתחום השימוש האזרחי באנרגיה גרעינית.

2.2. רקע כללי ותיאור ההסדרים

מהותם של ההסדרים שבפניי הוא בשיתוף פעולה בין רפאל לבין לוקהיד מרטין בפיתוח, ייצור והתאמה של מערכות טילים, המבוססת על מערכת טילים המכונה "היפריון" ועל מערכת טילים המכונה "Spike NLOS", שתיהן פותחו על ידי רפאל (להלן: "**מערכות הטיילים**"), לצורך שיווקן לממשלת ארצות הברית, התאמתן לצורכי הלקוח וכן במתן שירותי תמיכה ותחזוקה במערכות אלו לאחר מכירתן (להלן: "**הסכמי שיתוף הפעולה**"). שיווק מערכות "היפריון" לממשלת ארצות הברית מיועד על מנת שאלו תימכרנה למדינות אחרות (כולל ישראל) במסגרת הסיוע הצבאי המוענק על ידי ממשלת ארצות הברית לממשלות זרות. עוד הוסכם בנוגע למערכת "היפריון" כי אם יעלה בידי הצדדים לשווק בהצלחה את מערכות הטיילים המבוססות על מערכת זו לממשלת ארצות הברית, הצדדים ינהלו משא ומתן לתיקון הסכם שיתוף הפעולה כך שיחול גם על שיווק מסחרי של מערכות טילים המבוססות על "היפריון" לצדדים שלישיים.

במסגרת הסכמי שיתוף הפעולה הוסכם כי לוקהיד מרטין תפעל לשיווק מערכות הטיילים לממשלת ארצות הברית, תהא אחראית (בתאום עם רפאל) על גיבוש התנאים המסחריים של העסקה ובמידה ויעלה בידה למכור מערכות טילים, תשמש קבלן ראשי לביצוע הפרויקט שיוזמן, של ייצור והתאמת מערכת הטיילים (להלן: "**הפרויקט**"). רפאל תשמש קבלן משנה של לוקהיד מרטין לצורך ביצוע הפרויקט, בהתאם לחלוקת העבודה שתיקבע בין הצדדים. לצורך תאום הפעילות המשותפת, הצדדים יקימו ועדה משותפת, שתורכב מנציג אחד מכל צד. הועדה המשותפת תקבע את יעדי השיווק, תפקח על עמידה בהם וכן תתאם את מדיניות התמחור ואת הכנת ההצעות ללקוח.

הפעילות המשותפת של הצדדים מושתתת על מערכות טילים שפותחו על ידי רפאל. במסגרת שיתוף הפעולה לא מפותח מוצר חדש, והצדדים לא מעבירים האחד לשני בעלות בידע או זכויות קניין רוחני. כל צד משמר בידיו את זכויות הקניין הרוחני שהיו לו ערב חתימת הסכמי שיתוף הפעולה.

הסכמי שיתוף הפעולה כוללים תניית אי תחרות, במסגרתה הצדדים התחייבו שלא לשווק, למכור או לייצר מערכות טילים או מערכות כלשהן המבוססות על "היפריון" או על "Spike NLOS" ללקוחות אמריקאים, שלא במסגרת הסכמי שיתוף הפעולה, וכן התחייבו שלא להשתתף או לסייע בכל דרך בייצור או שיווק מוצרים המתחרים במערכות הטיילים. לצורך ביצוע הסכמי שיתוף הפעולה, והבטחת ההתחייבות לאי תחרות, רפאל העניקה ללוקהיד מרטין רישיון בלעדי לשווק, לייצר, להרכיב או לשלב כל אחת מן המערכות, "היפריון" ו"Spike NLOS", בפרויקטים המיועדים עבור ממשלת ארצות הברית.

משך ההתחייבות לאי תחרות הינה לתקופת הסכמי שיתוף הפעולה, שהוגדרה כתקופה בת חמש שנים, שתחילתה ביום חתימתם, בכפוף לאפשרות ביטולם של ההסכמים, בהתקיים עילות לכך, כמוגדר בהסכמים אלו.

הצדדים הדגישו בפניי כי ההסדרים אינם מכוונים לשוק הישראלי ואינם מטילים כל הגבלה על מי מהצדדים באשר לפעילותם בשוק המקומי, לרבות מכירת מערכות הטילים, וכי עניינם בשיווק מערכות הטילים לממשלת ארצות הברית בלבד. הצורך בשיתוף הפעולה נעוץ בידע, ביכולת ובתשתית שבידי לוקהיד מרטין, המקנים לה יתרון יחסי בשיווק מערכות הטילים בארצות הברית וקידום סיכויי הזכייה במכרזים שם. שיתוף הפעולה אף הכרחי, שכן אלמלא שיתוף הפעולה רפאל לא הייתה יכולה להשתתף בחלק מן המכרזים הרלוונטיים בארצות הברית, הדורשים כתנאי סף להשתתפות במכרז כי המציע יהיה חברה המאוגדת בארצות הברית.

3. השפעת ההסכמים על התחרות:

מיזם משותף הוא מסגרת לנשיאה משותפת בסיכונים ובפוטנציאל הרווח הטמונים בפעילות המשותפת. בצד פיזור הסיכון בין מספר צדדים, המיזם המשותף מצרף הון פיסי, הון אנושי וידע של הצדדים, העשויים לאפשר פעילות יעילה יותר.¹ לעתים תהא הפעילות במסגרת מיזם משותף חיונית להשגתה של מטרה כאשר אין גורם אחד אשר ביכולתו להשיגה אם בגין הסיכון הכרוך בה, אם בגין דרישות ההון הכרוכות בה, ואם בגין המומחיות המיוחדת הנדרשת לה.²

מצדו האחר של המטבע, מיזם משותף בין מתחרים מעמיד את הצדדים לו בקרבה מתמדת ובשותפות הדוקה לדרך פעולה עסקית, על הסיכויים והסיכונים הטמונים בה. משכך, נוצר החשש כי הקרבה בין הצדדים למיזם תחלחל לתחומים אחרים בהם הם פועלים ותשפיע על נכונות הצדדים להתחרות בתחומים אלו, וכן חשש להיווצרות "שולחן משותף", אשר עשוי אף הוא להקל את התאום בתחומים בהם מתקיימת או עשויה להתקיים בין הצדדים תחרות. בכלל זה, להסכמי שיתוף הפעולה יכולה להיות השפעה מצננת על נכונותה של לוקהיד מרטין להתמודד בעתיד על עסקאות בשוק הישראלי, בתחומים בהם פועלת רפאל.

לאחר בחינת ההסכם לא מצאתי כי יש בחשש זה כשלעצמו כדי למנוע את אישור ההסדר. הצרכן הישראלי העיקרי, וכמעט היחיד, של מוצרים רבים בתחום התעשיות הביטחוניות הוא משרד הביטחון,³ המעדיף באופן טבעי התקשרויות עם ספקים מקומיים. התקשרויות משרד הביטחון עם לוקהיד מרטין, הינן ככלל התקשרויות שנעשות במסגרת הסיוע הביטחוני המוענק על ידי ממשלת ארצות הברית, ואינן התקשרויות ישירות, כך שבכל מקרה לא מתקיימת תחרות בין

¹ ר' מ' מזרחי, "מיזם משותף כהסדר כובל", משפטים כ"ג, 213; קביעת הממונה בדבר הסדר כובל בין חברות הסעה בעניין יעדים תיור בע"מ, 2001, הגבלים עסקיים, 3012980 ס' 4; החלטת הממונה בדבר אי מתן פטור על פי סעיף 14 מאישור בית הדין להסדר כובל בעניין אנרגיית המזרח התיכון, 1997, הגבלים עסקיים, 3008959, ס' 6.

² החלטת הממונה מיום 13.5.97 בעניין אי מתן פטור מאישור בית הדין להסדר כובל לאנרגיית המזרח התיכון; מס' תיק 1665.

³ על המאפיינים המיוחדים של תחום התעשיות הביטחוניות ר' החלטה לפי סעיף 14 לחוק בדבר פטור מאישור הסדר כובל בין אלביט מערכות בע"מ והתעשייה האווירית בע"מ בעניין פרויקט כלי רכב בלתי מאוישים, 2007, הגבלים עסקיים 5000616.

רפאל ללוקהיד מרטין ביחס להתקשרויות אלו. לפיכך, יכולת הצדדים להתחרות בשוק המקומי הינה מוגבלת ממילא.

בנוסף, בהתאם למצגים שבפניי, הסכמי שיתוף הפעולה נושא בקשה זו אינם אלא רכיב אחד במכלול רחב בהרבה של פעילות כל אחד מן הצדדים. גם אם מאמצי השיווק של הצדדים יצליחו באופן מלא, הפעילות במסגרת הסכמי שיתוף הפעולה צפויה להוות חלק קטן בלבד מעסקי כל צד, ועל כן אינה יוצרת אינטרס כלכלי שיש בו כדי להשפיע על התמריצים של הצדדים להתחרות בשאר התחומים שבהם הם מתחרים או עשויים להתחרות בעתיד.

כאמור, להסכמי שיתוף הפעולה נלוות תניה, לפיה, הצדדים התחייבו שלא לקחת חלק בכל מיזם העלול להתחרות במערכת הטילים.

תניית אי תחרות בין צדדים החוברים יחד לפעילות עסקית משותפת מהווה דפוס עסקי מקובל, שנועד להבטחת יציבות הפעילות העסקית ומהווה תנאי לנכונות הצדדים לה השקיע בה מהונם וממרחם, והיא עולה בקנה אחד עם הרציונאליים של הוראות כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג למיזמים משותפים), תשס"ו-2006.

בענייננו, בשים לב לכך שתניית אי התחרות מתייחסת לשוק האמריקאי בלבד, ולא מגבילה את פעילות הצדדים בכל שוק אחר, וכן לאור משכה הסביר של תניית אי-התחרות, אני רואה חשש סביר לפגיעה בתחרות כתוצאה מתניית אי-התחרות.

למעלה מן הצורך אוסיף כי ממצגי הצדדים עולה כי בעולם קיימים מספר ספקים אשר בידם להתחרות במערכת הטילים שתשווק על ידי הצדדים, דבר שיש בו כדי להפיג גם את החשש לפגיעה בתחרות מחוץ לישראל.

לאור כל האמור, נחה דעתי כי ההסדר אינו מקים חשש לפגיעה של ממש בתחרות וכי אין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו. לאור האמור, מצאתי לנכון להעניק פטור כמבוקש.

4. סוף דבר

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

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

פרופ' דיויד גילה

הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, ח' חשוון תשע"ג

24 אוקטובר 2012