



רשות ההגבלים העסקיים

**החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 בדבר מתן פטור  
מאישור בית הדין להסדר כובל**

**להסכם בין אלביט מערכות ל"א וסיגינט - אלישרא בע"מ לרפאל מערכות לחימה  
מתקדמות בע"מ**

**א. פתח דבר**

לפניי בקשה למתן פטור מאישור בית הדין להסדר כובל לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "החוק"). עניינה של הבקשה בשיתוף פעולה בין חברת אלביט מערכות ל"א וסיגינט - אלישרא בע"מ (להלן: "אלישרא") ורפאל מערכות לחימה מתקדמות בע"מ (להלן: "רפאל") בהגשת הצעה לאספקת מערכות לוחמה אלקטרונית למשרד הבטחון הקנדי באמצעות לוקהיד מרטין קנדה.

לאחר שבחנתי את ההסדר ואת הכבילות המצויות בו, כמו גם את השפעתם האפשרית על התחרות בשוק הרלוונטי, ולאחר שנועצתי בוועדה לפטורים ולמיזוגים, שוכנעתי כי הכבילות אינן פוגעות פגיעה של ממש בתחרות בשוק המושפע מן ההסדר, כי עיקרו של ההסדר אינו בהפחתת התחרות או במניעתה, וכי אין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו. מטעמים אלו ראוי ההסדר לפטור לפי סעיף 14 לחוק, כמפורט להלן.

**ב. הצדדים וההסכם**

**הצדדים להסכם**

**אלישרא** היא חברה בת של אלביט מערכות בע"מ ("אלביט") העוסקת, בין היתר, בפיתוח, ייצור, שיווק ומכירה של מערכות אלקטרוניות, מערכות הגנה למגוון פלטפורמות (מטוסים, כלי שיט ומתקנים לזרוע היבשה), מערכות שליטה ובקרה למערכות הגנה אקטיביות ופתרונות מכ"ם, אינפרא אדום ולייזר. **אלביט** עוסקת בעצמה ובאמצעות חברות בנות בפיתוח, ייצור, שיווק והפעלת קשת רחבה של מוצרים בתחום הצבאי בהם מערכות שליטה ובקרה, מערכות אלקטרו-אופטיות, מערכות תקשורת מחשבים ומערכות מודיעין.

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



## רשות ההגבלים העסקיים

### רקע כללי ותיאור ההסכם

On board next משרד הבטחון הקנדי מתעתד לפרסם בקשה לקבלת הצעות מחיר לאספקת מערכת generation Electronic attack - מערכת התקפית לקליטת איומים ולתקיפה אלקטרונית ("המערכת") עבור חיל הים הקנדי ("המכרז הראשי"). חברת לוקהיד מרטין קנדה ("לוקהיד" או "הלקוח") מעוניינת להגיש הצעה במסגרת המכרז, ולשם כך, מתעתדת לפרסם בקשה לקבלת הצעות מחיר לאספקת המערכת עבור משרד הבטחון הקנדי ("מכרז המשנה").

עניינה של בקשת הפטור שלפניי בשיתוף פעולה בין אלישירא לרפאל במסגרת מכרז המשנה שתפרסם לוקהיד, אשר מתעתדת לגשת למכרז הראשי. אלישירא, המייצרת מערכות קליטה והתראה מפני איומים מבקשת להתקשר בהסכם קבלנות משנה עם רפאל, ולשלב במערכת משדרים בהספק גבוה ("המשדרים") אשר מייצרת רפאל, ואשר נדרשים במערכת על מנת לגשת למכרז המשנה ובהמשך למכרז הראשי באמצעות לוקהיד.

על פי ההסכם, ישתפו הצדדים פעולה בהכנת והגשת הצעות המחיר אשר תפרסם לוקהיד. ככל שתזכה לוקהיד במכרז ישתפו הצדדים פעולה בקשר לכל הזמנה, מכרז או הסכם של לוקהיד או של משרד הבטחון הקנדי להצטיידות נוספת או לשדרוגים ולתמיכה תחזוקתית של המערכת. רפאל מתחייבת שלא להתמודד במכרז המתואר לעיל באופן עצמאי מול אלישירא בדרך של הגשת הצעות למערכות לוחמה אלקטרוניות או משדרים. במסגרת שיתוף הפעולה בין אלישירא לרפאל, מתחייבת כל אחת שלא לשתף פעולה עם צד שלישי כלשהו לצרכי המכרז, אלא אם הוסכם אחרת בין הצדדים במפורש.

על פי ההסכם אלישירא תעמוד בחזית מול הלקוח, תעביר לו את המפרט והצעות המחיר ותקבע את חלוקת העבודה הסופית בין הצדדים. עוד מוסכם כי חלקה של רפאל בחלוקת העבודה יכלול את משדרי המערכת. רפאל תשתתף במו"מ ככל שהוא יעסוק בחלקים הנוגעים להצעתה או לחלקים אשר יהיו כלולים בהסכם בינה לבין אלישירא, וכל תנאי ההסכם שבין אלישירא ללוקהיד אשר עשויים להשפיע על רפאל או להיכלל בהסכם המשנה עמה, יהיו בתיאום עם רפאל.

על פי ההסכם בין הצדדים, היה ורפאל תסרב להסכים לתנאי או לתנאים מסוימים הנוגעים אליה בחוזה של אלישירא עם לוקהיד, וככל שיהיה בכך כדי למנוע את קבלת ההזמנה על ידי אלישירא, תהא אלישירא רשאית לחתום על ההסכם עם לוקהיד ללא הסכמת רפאל, ולבצע בעצמה או באמצעות צדדים שלישיים את נתח העבודה שיועד במקור לרפאל, זאת בכפוף להענקת זכות סירוב ראשונה לרפאל וכן להעברת הצהרה בכתב על ידי אלישירא בה תתחייב כי ההתקשרות עם הצד השלישי תהא במחירים ובתנאים שאינם מיטיבים עם קבלן המשנה ביחס לתנאים שהוצעו לרפאל ונדחו על ידיה.

על פי המצגים שלפניי, שיתוף הפעולה בין הצדדים במסגרת הסכם קבלנות המשנה, כולל שימוש בידע ומערכות הקיימות אצל הצדדים ואין בו פיתוח ידע חדשני על ידיהם. ככל שתזכה לוקהיד במכרז ותדרש לספק את המערכות לחיל הים הקנדי, ייפגשו צוותי עבודה מצומצמים של הצדדים לצורך



## רשות ההגבלים העסקיים

עבודה על האינטגרציה בין המשדרים שתספק רפאל למערכות שתספק אלישירא. לכל צד יישמרו זכויותיו בידע קיים ובידע שיפותח על ידיו.

### ג. השפעת ההסדר 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.<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup> מצדו האחר של המטבע, מיזם משותף מעמיד את הצדדים לו בקרבה מתמדת ובשותפות הדוקה לדרך פעולה עסקית, על הסיכויים והסיכונים הטמונים בה. משכך, מיזם משותף בין מתחרים מעלה מספר חששות עיקריים לפגיעה בתחרות: (1) חשש כי הקרבה בין המתחרים תביא לתיאום ביניהם שתוצאתו פגיעה בתחרות בתחום המיזם המשותף. (2) חשש כי הקרבה בין הצדדים למיזם תחלחל לתחומים אחרים בהם הם פועלים ותקחה את התחרות ביניהם בתחומים אלה. חשש זה מתעצם ככל שהתלות בין הצדדים למיזם גדולה יותר וככל שהאינטרס הכספי במיזם המשותף גבוה יותר.<sup>3</sup>

הצדדים שלפניי, רפאל ואלישירא, הן מתחרות בתחום התעשיות הבטחוניות בארץ ובחול"ל. על מאפייניה המיוחדים של הפעילות בענף זה עמדנו בהחלטות פטור קודמות.<sup>4</sup> ככלל, נתח משמעותי מן הפעילות בתחום זה מצוי בפיתוח מערכות מורכבות ומתוחכמות לפי דרישות הצרכן (על פי רוב משרד הבטחון) ולא כ"מוצר מדף". לכן, החברות הפעילות בענף זה בישראל, ובכללן אלישירא ורפאל, הן מתחרות בכוח בפיתוחים טכנולוגיים ובמתן מענה מתקדם לצרכים בטחוניים משתנים בישראל ובעולם.

מלבד התחרות בכוח, במספר תחומי פעילות קיימת תחרות בפועל בין הצדדים להסדר. כך, קיימת תחרות בפועל בין הצדדים, בין היתר, בתחום מערכות הקליטה וההתראה על איומים ומכ"מים לכלי שיט ("מערכת קליטה והתראה"). בעוד שבתחום המשדרים למערכת לוחמה אלקטרונית מושטת,

<sup>1</sup> 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.

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

<sup>3</sup> ר' ה"ע (י-ם) 465/96 דטה קאר בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים ואח', דינים מחוזי כו(6), 146; ערר 1/97 איסכור שירותי פלדות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, דינים מחוזי, ל"ב (1) 64; החלטת הממונה בעניין אנרגיית המזרח התיכון, לעיל; קביעת הממונה בדבר הסדר כובל בין חברות הדלק "דלק" ו"סונול" לשיווק משותף של מערכת "דלקן 2000", 1997, הגבלים עסקיים 3001363.

<sup>4</sup> החלטה מיום 21.3.2007 בדבר פטור מאישור הסדר כובל בין אלביט מערכות בע"מ והתעשייה האווירית בע"מ בעניין פרויקט כלי רכב בלתי מאויישים, הגבלים עסקיים, 5000616.



## רשות ההגבלים העסקיים

אשר הופכים את מערכת הקליטה וההתראה האמורה למערכת אקטיבית ("מערכת שידור וחסימה"), הצדדים הם מתחרים בכח. במסגרת הגשת הצעת המחיר עבור לוקהיד, צפויה אלישרא להיחשף להצעת המחיר שתגיש רפאל עבור המשדרים שהם רכיב ספציפי המשתלב במערכת השידור והחסימה. ככל שהצעתה תזכה במכרז בסופו של דבר, יידרשו אנשי מקצוע של רפאל ושל אלישרא לעבוד בצוותא על מנת לחבר בין המשדרים למערכת הקליטה וההתראה של אלישרא.

המיזם המשותף שלפניי מעורר חשש מפני תיאום בין הצדדים אשר עשוי לפגוע בתחרות בתחום מערכות הלחימה האלקטרוניות המושטות נשוא ההסכם. חשש זה מתעצם בשל היותה של אלישרא הקבלן הראשי אשר עומד מול לוקהיד ומגיש את הצעות המחיר. מעמד אשר מכוחו חשופה אלישרא להצעת המחיר שתעביר רפאל עבור משדריה אשר ישולבו במערכת. כמו כן מעורר המיזם חשש מפני פגיעה בתחומים אחרים בהם הצדדים מתחרים.

בנסיבות כאן ומהנימוקים שלהלן שוכנעתי כי מתקחה החשש לפגיעה בתחרות.

ראשית, בתחום המשדרים, שהם הרכיב שעומד במוקד שיתוף הפעולה בין הצדדים, רפאל ואלישרא הן מתחרות בכוח, לכן חשיפת אלישרא להצעת המחיר של רפאל עבור המשדרים, אין לה כשלעצמה השפעה ישירה על התחרות בתחום זה. בנוסף לכך, אף אם תחליט אלישרא להתחרות ברפאל בפועל בעתיד ולייצר משדרים מסוג זה, הלא שתצטרך להשקעות משמעותיות לצורך פיתוחם, הן בזמן והן בכסף, כך שגם אם תיחשף להצעת המחיר של רפאל כיום, הלא שעד לפיתוח המוצרים על ידיה, זו לא תהיה רלוונטית. זאת ועוד, במסגרת ההסדר, אלישרא אינה צפויה להיחשף לעלויות של רפאל אלא רק להצעת המחיר שתציע על הרכיבים שהיא תתרום למערכת. ההסכם אף כולל הוראות המגבילות את חשיפת הצדדים למידע- כך נקבע שבין הצדדים לא יועבר מידע שעניינו עלויות, מכירות, רווחיות או תמחור, זולת ככל שהדבר נחוץ לצורך ביצוע ההסכם. משיקולים אלה, נחה דעתי כי אין בהסדר כדי לפגוע פגיעה של ממש בתחרות בתחומים העומדים בבסיס שיתוף הפעולה ביניהם.

שנית, על פי מצגי הצדדים, המגעים ביניהם ככל שאלישרא תזכה במכרז בסופו של דבר, ייעשו על ידי אנשי מקצוע הנחוצים לביצוע האינטגרציה בין המערכות. בנוסף, על פי המידע שלפניי שיתוף הפעולה האמור אינו אלא רכיב אחד במכלול רחב בהרבה של פעילות כל אחד מן הצדדים ועל כן אינו יוצר אינטרס כלכלי שיש בו כדי להשפיע על התמריצים של הצדדים להתחרות בשאר התחומים שבהם הם מתחרים. משיקולים אלה, ובשים לב לריחוקו הגיאוגרפי של המיזם, שוכנעתי כי אין בהסדר כדי לפגוע פגיעה של ממש בתחרות בתחומים שמחוץ לתחומי שיתוף הפעולה נשוא ההסדר.

שלישית, שיתוף הפעולה נשוא ההסדר מתבסס על יכולות "מדף" של כל אחד מן הצדדים, היינו המערכות אשר מייצרת אלישרא והמשדרים אשר מייצרת רפאל, ואינו צפוי לייצר יכולות טכנולוגיות משותפות חדשות או שותפות בזכויות קניין רוחני בין הצדדים. מצב דברים זה מפיג את החשש מפני יצירת מגבלות על שימוש עצמאי עתידי בתוצרי המיזם המשותף על ידי הצדדים.



#### רשות ההגבלים העסקיים

לעניין זכות הסירוב הראשונה המוקנית לרפאל, בנסיבות העניין שוכנעתי כי זו נועדה להגן על שיתוף הפעולה ולהבטיח כי ככל שאלישראל תספק את המשדרים בעצמה או באמצעות צד שלישי אחר, הסיבה אכן תהא סירובה של רפאל לתנאי מתנאי ההסכם עם הלקוח אשר עשויים להכשיל את ההצעה ולא מנסיבות שאינן ענייניות.

לאור כל האמור, נחה דעתי כי ההסדר אינו מקים חשש לפגיעה של ממש בתחרות, ועל כן מצאתי לנכון להעניק פטור כמבוקש.

#### **ד. סוף דבר**

לאחר שנועצתי בועדה לפטורים ומיזוגים, 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 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, א' תמוז תשע"ב

21 יוני 2012