



רשות ההגבלים העסקיים

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

אי מתן פטור מאישור הסדר כובל

הסדר בין אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ לבין Polskie Linie

Lotnicze "LOT" S.A.

1. פתח דבר

ביום 31.3.09 הוגשה בקשה למתן פטור לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח - 1988 (להלן: "החוק") להסדר כובל בין אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ (להלן: "אל-על") לבין Polskie Linie Lotnicze "LOT" S.A. (להלן: "לוט") בנוגע לשיתוף פעולה בשיווק כרטיסי טיסה (להלן: "ההסדר").

ביום 21.9.09 הודעתי על החלטתי שלא להעניק פטור להסדר, וכי הנימוקים להחלטה בדבר אי מתן הפטור יינתנו במועד אחר. להלן אפרט את הנימוקים להחלטתי.

לאחר שבחנתי את ההסדר ואת הכבילות המצויות בו, כמו גם את השפעתם האפשרית על התחרות בשווקים הרלוונטיים, ולאחר שנועצתי בוועדה לפטורים ולמיזוגים, לא שוכנעתי כי הכבילות שבהסדר דנן אינן מגבילות את התחרות בחלק ניכר של השוק הרלוונטי, או כי אינן פוגעות פגיעה של ממש בתחרות בשוק. מטעמים אלו ההסדר אינו ראוי לפטור לפי סעיף 14 לחוק בשל הנימוקים שיפורטו להלן.

2. הצדדים וההסכם

2.1 הצדדים להסכם

אל-על – חברת התעופה הותיקה והדומיננטית בישראל. החברה נוסדה בשנת 1948 ונחשבת ל"מוביל לאומי" של מדינת ישראל. אל-על מפעילה טיסות סדירות בין ישראל למדינות רבות בעולם והיא מובילה בדרך האוויר נוסעים ומטען (כולל כבודה ודואר). באמצעות חברת הבת שלה סאן דור נתיבי אויר לישראל בע"מ, מפעילה אל-על בנוסף טיסות שכר בינלאומיות. אל-על היא חברה ציבורית המוחזקת על ידי: הציבור (כ-46%), כנפיים אחזקות בע"מ (כ-39%) והשאר בידי עובדי ומנהלי אל-על. אל-על מפעילה טיסות סדירות, בין היתר, בקו התעופה הישיר שבין תל אביב לוורשה. בקו שבין תל-אביב לקרקוב, אל-על אינה מפעילה טיסות אך היא משווקת, בהתאם להסכם זה, מושבים על גבי טיסותיה של לוט.

לוט – חברת תעופה פולנית הנחשבת למוביל הלאומי של פולין. החברה נוסדה בשנת 1929, והיא אחת מבין חברות התעופה הוותיקות ביותר בעולם. לוט היא חברה ציבורית הנשלטת ע"י ממשלת פולין. החברה עוסקת בהובלת נוסעים ומטען בדרך האוויר, היא מטיסה נוסעים מנמל הבית שלה בוורשה ליעדים אחרים בפולין, ולכ- 50 יעדים באירופה, המזרח התיכון וצפון אמריקה¹. בשנת 2003 הצטרפה לוט לברית התעופה העולמית Star Alliance. בין היתר, מפעילה לוט טיסות סדירות בקווי התעופה הישירים ת"א-וורשה ות"א-קרקוב (טיסה זו, לאחר עצירה בקרקוב ממשיכה לוורשה). ללוט חברת בת בשליטתה המלאה היא EuroLOT (להלן: "**אירולוט**"). אירולוט מפעילה טיסות סדירות מנמל הבית בוורשה ליעדים נוספים בפולין וליעדים באירופה. כמו כן, מפעילה אירולוט טיסות שכר.

2.2 ההסדר

בקשת הפטור דנן מתייחסת להסכם לשיתוף פעולה לשיווק של קיבולת טיסה, בקווים תל-אביב – וורשה ותל-אביב – קרקוב. בהסכם זה קבעו אל-על ולוט:

1. בקו תל-אביב - וורשה:

בהתאם להסכם יחליפו ביניהן אל-על ולוט מספר מסוים של מושבים בטיסותיהן לשם שיווקם (Seat Swap Agreement). על פי הסכם זה רשאי כל אחד מן המובילים לשווק מושבים על גבי טיסתו של המוביל השני וזאת עד המספר המרבי שנקבע עבור כל אחת מן הטיסות. בהתאם להסדר זה הקצתה אל-על ללוט מושבים על גבי טיסותיה בקו תל-אביב - וורשה, ולוט הקצתה בתמורה מספר זהה של מושבים על גבי טיסותיה בקו זה. המושבים מוחלפים בין המפעילים – מושב בתמורה למושב. כך, שככלל אין תשלום נוסף בין המובילים בגין מושבים אלו.

על פי ההסכם רשאי כל אחד מהמובילים להזמין מן המוביל השני כרטיסי טיסה עבור מושבים נוספים החורגים מן ההקצאה שנקבעה ביניהם להחלפה, וזאת בכפוף להסכמתו של אותו מוביל. במקרה כזה, קובע ההסדר את מחירי ההעברה לאותם מושבים נוספים.

2. בקו תל-אביב – קרקוב:

בקו ת"א-קרקוב אל-על אינה מפעילה טיסות, ואילו לוט מפעילה טיסות מתל-אביב לקרקוב, אשר ממשיכות, לאחר עצירה בקרקוב, לוורשה (וכן בכיוון ההפוך). בהסכם ניתנה לאל-על הזכות לשווק כמות מסוימת של מושבים (אשר נקבעה מראש) על גבי טיסותיה אלו של לוט. אל-על נדרשת לשלם תמורה מסוימת שנקבעה בהסכם – אך זאת רק בעבור מושבים אותם הצליחה לשווק. את המושבים אותם לא שיווקה רשאת אל-על להחזיר ללוט עד יומיים לפני הטיסה, והיא לא נושאת בגינם כל תשלום (Soft Block Agreement). המדובר למעשה בהסכם לפיו מקבלת אל-

¹ על פי פרסומיה של לוט באתר האינטרנט שלה.

על זכות לשווק מושבים על גבי טיסותיה של לוט לקרקוב, מבלי שהיא נושאת בסיכון ביחס לאותם מושבים אשר לא עלה בידה לשווק.

ההסדר כולל גם הסכמה בין המובילים על שיתוף בקוד (Code Share). הסכמה זו מאפשרת לאל-על לשווק את אותם מושבים של לוט תחת קוד ומספר הטיסה של אל-על ובהתאמה מתאפשר הדבר גם ללוט (ביחס לטיסות אל-על לוורשה).²

במסגרת ההסכם ביחס לשני הקווים, מסדירים ביניהם הצדדים נושאים נוספים כגון אופן פרסום ההסדר; אופן פרסום המושבים במערכות ההפצה הגלובליות ובמערכת ההזמנות של כל אחת מהן; האכיפות ורמת השירות המינימאלית לה יזכו רוכשי המושבים המועברים וכיוצ"ב.

המדובר למעשה אם כן, בהסדר לשיתוף פעולה בין מתחרים – המתחרים היחידים הרשאים להפעיל טיסות ישירות סדירות בקווים הרלוונטיים – לשיווק מושבים על גבי טיסותיהן. הסדר זה לשיתוף פעולה בשיווק בין מתחרים מהווה הסדר כובל בהתאם לסעיף 2(א) ו-2(ב) לחוק.

בהתאם לסעיף 3א לחוק, לא חל על הסדר זה הפטור הגורף הקבוע בסעיף 7(3) לחוק שעניינו הסדרים הנוגעים לתובלה בינלאומית באוויר ובים. הסדר זה שעיקרו בשיתוף פעולה לשיווק קיבולת טיסה אינו חוסה גם בהוראות פטור הסוג³ הפוטר הסדרים מסוימים בין מובילים בינלאומיים באוויר.⁴ על כן, נדרש הסדר זה לפטור או לאישור בהתאם להוראות החוק.

2.3 השווקים הרלוונטיים:

בענייננו, קווי התעופה הרלוונטיים לבחינתו של ההסדר הם הקווים תל-אביב - וורשה ותל-אביב - קרקוב⁵ (להלן: "**הקווים הרלוונטיים**"), כאשר ההסדר מתייחס לטיסותיהן הישירות הסדירות של לוט ואל-על בקווים אלו.

על פי ההסכם הבילטרלי⁶ בין ישראל לפולין רשאית כל מדינה למנות מוביל אחד מטעמה (להלן: "**מוביל נקוב**") אשר יהיה רשאי לקיים קו סדיר של טיסות ישירות בין שתי המדינות. בהתאם, מונתה אל-על כמוביל נקוב מטעם ישראל, ואילו לוט מונתה כמוביל נקוב מטעמה של פולין.

² ראוי לציין כי הסדרים רבים בין מובילים העוסקים בשיווק מושבים כוללים בחובם הסכמה על שיתוף בקוד. יחד עם זאת, עצם ההסכמה על השיתוף בקוד אינה מלמדת דבר על אופיו של ההסדר והשלכותיו.

³ כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסדרים בין מובילים באוויר), תשס"ט - 2008.

⁴ ראה סעיף 6 לכללים הפוטר הסדרים מסוימים לשיווק קיבולת טיסה. סעיף זה אינו פוטר את ההסדר שבפנינו שכן ההסדר נוגע לקו הישיר שבין נמלי בית של לוט ואל-על.

⁵ ככלל, בתחום התעופה, שווקים מוגדרים על בסיס נקודות המוצא ונקודת היעד של קווי הטיסה (O&D או City Pair). ראה בעניין זה הכרזת הממונה על אל-על כבעלת מונופולין בהובלת נוסעים רגישי זמן ורגישי מחיר בשווקי התעופה ליעדים יוהנסבורג, הונג קונג, בנגקוק ובומביי, 2005, **הגבלים עסקיים**, 5000135. בנוסף, מקובל להבחין בין נוסעים רגישי זמן לנוסעים רגישי מחיר (ראה שם); ואולם, לא מצאתי כי קיים צורך להוסיף ולפרט בעניין אבחנה זו במסגרת ההחלטה הנוכחית.

ההסכם הביטראלי מבקש, בין היתר, מן המובילים לתאם ביניהם, במידת האפשר, את פעילותן בקו. כך לדוגמא, מבקש ההסכם כי לוח הטיסות ותדירויות הטיסות המופעלות בקו יתבססו על הסכמות הדדיות בין המובילים. ההסכם מוסיף ומבקש כי ככלל, תתחלק הקיבולת בקו שווה בשווה בין המובילים הנקובים, כי תתקיים הסכמה מסחרית בין המובילים הנקובים, כל זמן שהם פועלים בקו, וכי מחירי הטיסות יתואמו, במידת האפשר, בין המובילים הנקובים. יחד עם זאת, במידה והמובילים הנקובים בקו לא מצליחים להגיע להסכמות ביניהם בהתאם לאמור בהסכם, כי אז, בהתאם להסכם הביטראלי, יסכימו בעניין זה רשויות התעופה של המדינות. על פי ההסכם הביטראלי, חברות התעופה נדרשות להגיש לאישורן של רשויות התעופה את לוח הטיסות ואפילו את מחירי הטיסות.

הוראותיו אלו של ההסכם הביטראלי אינן עולות בקנה אחד עם החשיבות שמייחס המחוקק להגברתה של התחרות בתחום התעופה⁷, ואף אינן עולות בקנה אחד עם החלטות הממשלה ומאמציו של משרד התחבורה להגביר את התחרות בקווי התעופה בשנים האחרונות. דומה בעיניי כי הגיעה העת לשינויים של הסכמים אלו.

על פי המידע שמסרה לנו אל-על אין הסכמות מסחריות על הקו מעבר להסדר בגינו מתבקש הפטור, ובייחוד אין בין המובילים כל הסכמה בנוגע לתדירות, כמות, מחיר או איכות השירות. הסכמות כגון אלו בין מתחרים – אילו התקיימו – היו מהוות כפי הנראה כבילות 'עירומות' (Naked Restraints) אשר פגיעתן בתחרות ברורה⁸.

כיום, אל-על מפעילה 4 טיסות בשבוע בקו לוורשה, ואילו לוט מפעילה בקו זה 5 טיסות בשבוע בנוסף לטיסה שבועית אחת לקרקוב שממשיכה לאחר מכן לוורשה.

3. ניתוח הכבילות והשפעתן על התחרות

ההסדר כאן מתייחס לשני קווי תעופה שהעיקרי ביניהם הוא הקו לוורשה. בקו תל-אביב - וורשה טסים, מדי שנה, כ- 100 אלף נוסעים. לעומתו, הקו תל-אביב - קרקוב הוא קו דליל, שמספר הנוסעים בו מדי שנה אינו עולה על כ- 15 אלף נוסעים.

הקו תל-אביב - וורשה

בחנינתו של הקו תל-אביב – וורשה מלמדת כי במהלך השנים האחרונות, חלקן של אל-על ולוט (ביחד) היה גבוה באופן משמעותי, הן בהטסה בפועל של נוסעים והן בשיווק טיסות בקו. כמו כן, הנתונים שבפני מלמדים כי שיעור הנוסעים אשר טסו בקו באמצעות טיסות לא ישירות הינו נמוך

⁶ ככלל, מערך הטיסות הבינלאומיות הסדירות אל ישראל וממנה מוסדר במסגרת הסכמים ביטראליים (דו-צדדיים) עליהם חתומה מדינת ישראל עם כל אחת מהמדינות האחרות.

⁷ ראה לדוג' חוק רישוי שירותי תעופה, התשכ"ג – 1963 סעיפים 3, 5. ראה דברי הסבר המפורטים בהצעת חוק הסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2006), התשס"ו-2006. הצעות חוק הממשלה 236, מיום י' באייר התשס"ו, עמ' 333. חוק ההגבלים העסקיים התשמ"ח – 1988, תיקון מס' 10, התשס"ז – 2007. חוק רישוי שירותי תעופה, התשכ"ג – 1963 (תיקון מס' 2), התשס"ו – 2006.

⁸ השווה בע"פ 2560/08 מדינת ישראל נ' ירון וול ואח', תק-על 2009 (3), 149, פסקה פו.

יחסית, ובכל אופן, אין בו די כדי להפיג את החשש מהפעלת כוח שוק על-ידי הצדדים להסדר, ולו ביחס לחלק מן הנוסעים בקו. בשנים 2006 עד 2008, למעט טיסות השכר שהפעילה סאן-דור (חברה בת של אל-על), גם היקף טיסות השכר בקו היה זניח מאוד.⁹ במצב דברים זה, התחרות בפועל בקו הרלוונטי מתקיימת בעיקר בין שני המובילים המפעילים טיסות ישירות בקו, היינו, הצדדים להסדר.

במקרה כאן גם לא קיים רסן תחרותי בדמות איום הכניסה של מתחרים נוספים לקו, על יכולתם של הצדדים להסדר להפעיל כוח שוק, היה ויבחרו לעשות כן. שכן כאמור, ההסכם הביטראלי בין ישראל לפולין מאפשר מינויו של מוביל נקוב אחד בלבד מטעמה של כל מדינה להפעלת טיסות סדירות בקווי התעופה שבין המדינות.¹⁰ מגבלה זו מהווה חסם רגולטורי מהותי בפני כניסתם של מובילים נוספים לקו.¹¹

נוסף על האמור, בחינת נתוני הקו מעלה כי שיעורי הרווחיות ורמות המחירים של אל-על בקו גבוהים בהשוואה לקווים אחרים דומים שבהם לא התקיים הסדר לשיתוף פעולה לשיווק קיבולת טיסה. נתון זה אף מחזק את מסקנתי בדבר קיומו של קושי תחרותי בקו.

בנסיבות אלה, הגעתי לכלל מסקנה כי שיתוף פעולה לשיווק קיבולת טיסה בין הצדדים להסדר, שהם שני המתחרים הדומיננטיים בקו, צפוי לגרום לפגיעה של ממש בתחרות ובציבור.¹²

בקו לוורשה ביקשו הצדדים להסדר להתקשר ביניהם בהסכם להחלפת מושבים (Seat Swap Agreement). על פי רוב, הסדר מסוג זה אינו מחייב זיקה חזקה או שותפות בין המובילים והוא

⁹ נתוני שנת 2009 מראים על קיומה של תנועה מסוימת של טיסות שכר בקו, ואולם מאחר ונתונים אלה חלקיים, ומתייחסים רק לחלק מן השנה, לא ניתן לעמוד על טיבן, ובכל אופן, בהתחשב בכלל נתוני הקו, לא היה בנתונים אלה כדי להפיג את החשש מהפעלת כוח שוק על ידי הצדדים להסדר.

¹⁰ במקרה כאן, בנוסף לקיומם של חסמי כניסה משמעותיים כתוצאה של ההסכם הביטראלי בין המדינות, כאמור חלקם של הצדדים בהטסת נוסעים בקווים הרלוונטיים נמצא גבוה, והיקפן של הטיסות הלא ישירות וטיסות השכר נמוך משמעותית. זאת בשונה מהקו תל-אביב – פראג לדוגמא, שגם בו קיימים חסמי כניסה מהותיים, אך שיעור הנוסעים שסטו בקו תל-אביב - פראג בטיסות שכר עלה על 40% במהלך השנים האחרונות.

¹¹ משרד התחבורה בארה"ב (Department of Transportation) המוסמך לפטור באופן פרטני התקשרויות בין מובילים אוויריים מתחולת חוקי ההגבלים העסקיים רואה את קיומו של הסדר 'שמים פתוחים' כבעל השלכה מהותית. הסדר שמים פתוחים משפיע באופן ממשי על קיומם של חסמי כניסה רגולטוריים למתחרים בקווים הרלוונטיים. הסרתם של חסמי כניסה אלו מפחיתה במידת מה את הסכנות התחרותיות שעלולות לקום מן ההסדרים הכובלים שאישורם מתבקש. ראה (6th ed. ABA Section of Antitrust Law, Antitrust Law Developments (vol. II p. 1486 (2007).

¹² ראה והשווה: Competition In the Airline Industry, Testimony of JOEL I. KLEIN, Assistant Attorney General, Antitrust Division, U.S. Department of Justice, before the Committee on Commerce, Science and Transportation, United States Senate, 1999, <http://www.usdoj.gov>. שם נאמר כי החשש הגדול ביותר לפגיעה בתחרות כתוצאה מהסדר לשיתוף בקוד קם כאשר שניים מתוך מספר מועט מאוד של מתחרים בקו מתקשרים ביניהם בהסדר לשיתוף בקוד ביחס לטיסותיהם בקו.

מעורר פחות חששות תחרותיים לעומת הסכמים בהם משתתפים המובילים יחד בסיכונים ובסיכויים בהפעלת הקו – עד כדי יצירת שותפות מהותית בקו¹³. יחד עם זאת, בנסיבות המקרה כאן, מששוכנעתי כי שיתוף פעולה בין הצדדים להסדר צפוי להביא לפגיעה של ממש בתחרות, לא מצאתי כי יש בטיבו של ההסדר כדי לשנות ממסקנתי זו.

למען השלמת התמונה יצוין כי ההסדר עשוי היה להקים מספר תועלות. שכן יכול כי יאפשר לצדדים, במידת מה, להרחיב את מגוון כרטיסי הטיסה (הלוח ושוב) שאותו הם יכולים להציע ללקוחותיהם, לדוגמא: טיסה הלוח עם אחד המובילים וחזור עם אחר. כמו כן ההסדר עשוי לאפשר הגדלה של ערוצי השיווק של כל אחד מהמובילים. ואולם, משהגעתי למסקנה כי ההסדר צפוי להביא לפגיעה של ממש בתחרות, אין בתועלות אלה כדי להצדיק מתן פטור להסדר.

הקו תל-אביב – קרקוב – וורשה

כאמור, הקו לקרקוב הוא קו דליל שהיקפו אינו עולה על כ- 15,000 נוסעים בשנה, ואינו הקו העיקרי שעליו חל ההסדר. בקו לקרקוב, אל-על אינה מפעילה טיסות משל עצמה, אלא רק משווקת מושבים על גבי טיסותיה של לוט.

בחינת נתוני הקו לקרקוב מלמדת כי לוט היא השחקן העיקרי בקו. לצד לוט, הפעילה אל-על באמצעות חברת הבת שלה, סאן-דור, טיסות שכר בהיקף מצומצם. כן קיים שיעור לא משמעותי של נוסעים הטסים לקרקוב באמצעות טיסות לא ישירות. גם כאן, קיימים חסמי כניסה מהותיים כתוצאה של ההסכם הביטראלי בין המדינות עליו עמדת לעיל.

היות ואל-על אינה מפעילה טיסות משל עצמה לקרקוב, התועלות שההסכם מצמיח בקו הן אף פחותות יותר מאלו של הקו לוורשה. שכן, ההסכם אינו מאפשר מגוון רחב יותר של טיסות (הלוח ושוב) לצרכן.

בקו לקרקוב, התקשרו הצדדים להסדר בהסכם להקצאת מושבים מסוג (Soft Block Agreement), לפיו רשאית אל-על לרכוש מלוט מספר מוגבל של מושבים מבלי שהיא נושאת בסיכון לגביהם, שכן היא רשאית על פי ההסכם להחזיר ללוט את המושבים שלא הצליחה לשווקם, ללא כל עלות, עד ליומיים לפני מועד הטיסה. בנסיבות מסוימות, הסכם כזה עלול להקים חששות תחרותיים של ממש, שכן הוא עלול לגרוע מן התמריצים של חברות התעופה לקיים תחרות ביניהן בקו בדרך של הפעלת טיסות באופן עצמאי.

לאור האמור, הגעתי לכלל מסקנה כי שיתוף פעולה בין הצדדים להסדר בקו לקרקוב צפוי להביא לפגיעה של ממש בתחרות בקו, ומטעם זה לא מצאתי לנכון לפטור את ההסדר גם ביחס לקו זה.

¹³ לעניין האבחנה בין סוגי ההסכמים השונים ראה והשווה להחלטת הממונה על הגבלים עסקיים בעניין ההסדר בין אל-על נתיבי אויר לישראל לבין Czech Airlines j.s.c, 2009, **הגבלים עסקיים**, 5001479. כן ראה את החלטת הממונה על הגבלים עסקיים בעניין ההסדר בין אל-על נתיבי אויר לישראל לבין Iberia Airlines, 2009, **הגבלים עסקיים**, 5001477.

4. סיכום

לאחר שנועצתי בועדה לפטורים ולמיזוגים, הגעתי לכלל מסקנה כי אין מתקיימות חלופות סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים. מטעם זה אין ההסדר ראוי לפטור.

רונית קן

הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, ט"ז חשוון, תש"ע

3 נובמבר, 2009