



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 לבין Austrian Airlines

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 Austrian Airlines (להלן: "אוסטריאן") 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 דגן 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 לוינה. ביחס לקו זה מוגשת בקשת הפטור דגן.

אוסטריאן - חברת הדגל של אוסטריה, נוסדה בשנת 1957. לאחרונה רכשה לופטהנזה חלק ניכר ממניותיה¹. בסיסה המרכזי הוא בווינה. אוסטריאן חברה בברית התעופה העולמית Star Alliance. לרשות אוסטריאן צי של 38 מטוסים, והיא טסה לכ- 120 יעדים ברחבי העולם, בין היתר באמצעות חברות הבת שלה, Lauda Air ו-Austrian Arrows².

2.2 ההסדר

בקשת הפטור דנן מתייחסת להסכם לשיתוף פעולה לשיווק של קיבולת טיסה, לפיו רשאית אל-על לשווק טיסות שמפעילה אוסטריאן בקו ת"א – וינה ובחזרה ומנגד רשאית אוסטריאן לשווק את טיסות אל-על בקו זה. ההסדר אינו קובע מגבלה מראש על כמות המושבים שרשאי כל מוביל לשווק על גבי טיסותיו של המוביל האחר והשיווק נעשה על בסיס מקום פנוי (Free-sale Agreement).

בהתאם להסדר זה יוכל מוביל המבקש לשווק כרטיס (להלן: "**המוביל המשווק**") על גבי מטוסו של המוביל האחר (להלן: "**המוביל המפעיל**"), לשווק כרטיס על בסיס מערכת ההזמנות הממוחשבת (CRS). בהתאם להסדר זה, מקבל המוביל המשווק עבור המושב (הכרטיס) שמכר עמלה בשיעור מסוים שהוסכם ביניהם ואת שאר התמורה בגין המושב מקבל המוביל המפעיל. העמלה שנקבעה על פי ההסדר בין אל-על לאוסטריאן, שמשתלמת למוביל המשווק, בגין שיווק כרטיסי טיסה על גבי המוביל המפעיל, גבוהה יחסית להסכמים אחרים עליהם חתמה אל-על. המובילים אינם מחויבים על פי ההסדר לשווק כמות מינימאלית של מושבים.

ההסדר כולל גם הסכמה בין המובילים על שיתוף בקוד (Code Share). הסכמה זו מאפשרת לאל-על לשווק את אותם מושבים של אוסטריאן תחת קוד ומספר הטיסה של אל-על ובהתאמה מתאפשר הדבר גם לאוסטריאן³.

במסגרת ההסדר מצהיר כל אחד מן הצדדים על סוג המטוס שיפעיל ועל היום והשעה שכל אחד מהם צפוי להפעיל את טיסותיו. בנוסף, מסדירים ביניהם הצדדים עוד מספר נושאים הקשורים לביצוע שיתוף הפעולה ביניהם, כמו אופן פרסום ההסדר; אופן פרסום המושבים במערכות ההפצה הגלובליות ובמערכת ההזמנות של כל אחת מהן; האכיות ורמת השירות לה יזכו רוכשי המושבים המועברים וכיוצ"ב.

¹ ראה אישור מיזוג בין Deutsche Lufthansa AG ו-Austrian Airlines AG מיום 25.5.2009 (מזג 7655).

² על פי פרסומי אוסטריאן באתר האינטרנט שלה.

³ 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.

המדובר אם כן בהסדר לשיתוף פעולה בין מתחרים לשיווק מושבים על גבי טיסות סדירות בקו התעופה תל-אביב – וינה. הסדר זה מהווה הסדר כובל בהתאם לסעיף 2(א) ו-2(ב) לחוק.

בהתאם לסעיף 3א לחוק לא חל על הסדר זה הפטור הגורף הקבוע בסעיף 3(7) לחוק שעניינו הסדרים הנוגעים לתובלה בינלאומית באוויר ובים. הסדר זה, שעיקרו בשיתוף פעולה לשיווק של קיבולת טיסה, אינו חוסה גם בהוראות פטור הסוג⁴ הפוטר הסדרים מסוימים בין מובילים בינלאומיים באוויר⁵. על כן, נדרש הסדר זה לפטור או לאישור בהתאם להוראות החוק.

2.3 השווקים הרלוונטיים:

השוק הרלוונטי לבחינתו של ההסדר דנן הוא קו התעופה שבין תל-אביב לוינה⁶ (להלן: "הקו הרלוונטי"). ההסדר נוגע לטיסותיהן הישירות הסדירות של אוסטריאן ואל-על בקו זה.

על פי ההסכם הבילטרלי⁷ בין ישראל לאוסטריה משנת 1963, כל אחת מן המדינות רשאית למנות מוביל נקוב אחד מטעמה בקווי התעופה שבין המדינות. ההסכם הבילטרלי ביקש מן המובילים הנקובים של המדינות לקבוע ביניהם, במידת האפשר, את מחירי הטיסות, תוך התייעצות עם חברות תעופה אחרות הפועלות בקו או בחלק ממנו. במידה והמובילים אינם מצליחים להגיע להסכמה ביניהם, ביקש ההסכם כי רשויות התעופה יקבעו את המחיר לפי הסכם הדדי ביניהן. על פי ההסכם הבילטרלי, מחירי הטיסות יוגשו לרשויות התעופה של המדינות לשם אישורם. כמו כן, ההסכם הבילטרלי קורא לצדדים לתאם ביניהם את לוח הטיסות של כל אחד מהם מבעוד מועד, זאת בכפוף לאישור רשויות התעופה.

הוראותיו אלו של ההסכם הבילטרלי אינן עולות בקנה אחד עם החשיבות שמייחס המחוקק להגברתה של התחרות בתחום התעופה⁸, ואף אינן עולות בקנה אחד עם החלטות הממשלה

⁴ כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסדרים בין מובילים באוויר), תשס"ט - 2008.

⁵ 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 אוסטריאן ואל-על.

⁶ ככלל, בתחום התעופה, שווקים רלוונטיים מוגדרים על בסיס נקודת 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); אולם, לא מצאתי כי קיים צורך להוסיף ולפרט בעניין אבחנה זו במסגרת ההחלטה הנוכחית.

⁷ ככלל, מערך הטיסות הבינלאומיות הסדירות אל ישראל וממנה מוסדר במסגרת הסכמים בילטרליים (דו-צדדיים) עליהם חתומה מדינת ישראל עם כל אחת מהמדינות האחרות.

⁸ 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.

ומאמציו של משרד התחבורה להגביר את התחרות בקווי התעופה בשנים האחרונות. דומה בעיניי כי הגיעה העת לשינויים של הסכמים אלו.

על פי מצגים עובדתיים שהציגה בפני אל-על, אין הסכמות מסחריות בין הצדדים להסדר בנוגע לפעילותם בקו הרלוונטי, מעבר להסדר בגינו מתבקש הפטור. בייחוד, אין בין הצדדים כל הסכמה בנוגע לתדירות, כמות או מחיר מעבר להסדר זה. הסכמות כגון אלו בין מתחרים – אילו התקיימו – היו מהוות כפי הנראה כבילות 'עירומות' (Naked Restraints) אשר פגיעתן בתחרות ברורה.⁹

על פי הסכמות שהושגו בין רשויות התעופה של המדינות במהלך ינואר 2009, כל אחד מן המובילים הנקובים רשאי להפעיל עד 14 תדירויות שבועיות בקו הרלוונטי. בפועל, אוסטריאן מפעילה 14 תדירויות שבועיות בקו, ואילו אל-על מפעילה 5 תדירויות שבועיות בלבד.

3. ניתוח הכבילות והשפעתן על התחרות:

כפי שיובהר להלן, מדובר כאן בהסדר לשיתוף פעולה לשיווק קיבולת טיסה, בין המתחרים היחידים המפעילים טיסות סדירות בקו תל-אביב – וינה.

בחינתו של הקו תל-אביב – וינה מלמדת כי במהלך השנים האחרונות, הטיסו אל-על ואוסטריאן (ביחד) ואף שיווקו טיסות כמעט לכלל הנוסעים בקו. מנתונים שהובאו בפני עולה כי שיעור הנוסעים אשר טסו בקו באמצעות טיסות לא ישירות היה זניח ביותר (אם בכלל). כן עולה כי בשנים האחרונות לא התקיימו טיסות שכר כלשהן בקו. מכאן, שהתחרות בפועל בקו הרלוונטי מתקיימת אך ורק בין המובילים המפעילים טיסות ישירות בקו, היינו הצדדים להסדר, וכי לא קיים כיום רסן תחרותי, ולו חלקי, על יכולתם של הצדדים להפעיל כוח שוק בקו זה. שיתוף פעולה בין שני המתחרים היחידים בשוק, צפוי להקהות את התחרות ביניהם, ולגרום לפגיעה של ממש בתחרות ובציבור.¹⁰

הדברים נכונים שבעתיים בהתקיימם של חסמי כניסה משמעותיים לשוק הרלוונטי. כאמור, ההסכם הבילטרלי בין ישראל לאוסטריה מאפשר מינויו של מוביל נקוב אחד בלבד מטעמה של כל מדינה להפעלת טיסות סדירות בקווי התעופה שבין המדינות. מגבלה זו מהווה חסם רגולטורי מהותי בפני כניסתם של מובילים נוספים לקו.¹¹ לפיכך, בעתיד הנראה לעין, לא צפויה כניסתם של

⁹ השווה בע"פ 2560/08 מדינת ישראל נ' ירון וול ואח', תק-על 2009 (3), 149, פסקה פו.

¹⁰ 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 בין היתר 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.

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 בקוים

מתחרים נוספים לקו, משמע, שלא קיים רסן תחרותי - בדמות איום הכניסה של מתחרים - על יכולתם של הצדדים להסדר להפעיל כוח שוק.

בנוסף לאמור, מהנתונים שהובאו בפני עולה כי אוסטריאן מהווה רסן תחרותי מוגבל עבור אל-על, זאת בשל מגבלת התדירויות החלה על טיסותיה בקו. כפי שנאמר לעיל, אוסטריאן נמצאת בניצולת מלאה של התדירויות המאושרות עבורה בקו תל-אביב - וינה, שכן היא מפעילה את כל 14 התדירויות השבועיות שאושרו לה במסגרת ההסכמות שהושגו בין רשויות התעופה של המדינות. יתר על כן, עיקר הנוסעים אשר אוסטריאן מטיסה בקו הם נוסעים ליעדי המשך ולא בקו לווינה. בנסיבות אלה, היה ואל-על תצמצם את כמות המושבים או הטיסות שהיא מפעילה בקו, אוסטריאן איננה צפויה לתת מענה מיידי לביקוש העודף לטיסות בקו.

נוסיף לכך כי אל-על בחרה לשווק חלק משמעותי (כשליש) מן הכרטיסים שהיא שיווקה בקו על גבי מטוסייה של אוסטריאן. ועוד, בחינת רמות המחירים של המובילים מלמדת על מחירים גבוהים בהשוואה לקווים אחרים דומים שבהם לא התקיים הסדר לשיווק קיבולת טיסה (על אף ששיעורי הרווחיות בקו לא היו גבוהים בהשוואה כאמור). נתונים אלו, יחד עם העמלה הגבוהה שקבעו ביניהם המובילים בהסדר שמשלמת בגין שיווק כרטיסי טיסה על גבי המוביל המפעיל מוסיפים גם הם לחשש בדבר קיומו של קושי תחרותי בקו.

בנסיבות אלה שוכנעתי כי שיתוף פעולה לשיווק קיבולת טיסה בין הצדדים להסדר צפוי להביא לפגיעה של ממש בתחרות בקו הרלוונטי.

הצדדים להסדר ביקשו להתקשר ביניהם בהסכם מסוג (Free Sale Agreement). ככלל, הסדר כגון זה, נושא בחובו סיכון של ממש לפגיעה בתחרות. שכן בנסיבות מסוימות עלול הוא להפחית את התמריץ של כל אחד מן המובילים בקו להתחרות באמצעות הפעלת טיסות עצמאיות ושיווקן. בהתקיים נסיבות מסוימות עלול כל אחד מן המובילים להעדיף לשווק מושב על גבי טיסתו של המוביל האחר חלף הפעלת טיסה מטעמו והטסתו של הנוסע על גבי מטוסו שלו. העדפתו של המוביל לשווק על גבי טיסתו של המוביל האחר יכולה לנבוע הן מהעדר הסיכון שלו בשיווק מושבים על גבי טיסתו של המוביל האחר, והן משיעור העמלה לה הוא יזכה משיווקו של מושב כאמור. אולם בנסיבות כאן, החלטתי שלא להעניק פטור להסדר נובעת לא רק בשל סוג ההתקשרות¹² שבה מדובר אלא גם לאור הניתוח התחרותי של הקו.

להשלמת התמונה יצוין כי הסדר כגון זה עשוי בנסיבות מסוימות להקים מספר תועלות. הסדר כגון זה עשוי לאפשר לצדדים, במידת מה, להרחיב את מגוון כרטיסי הטיסה (הלוך ושוב) שאותו הם יכולים להציע ללקוחותיהם, לדוגמא: טיסה הלוך עם אחד המובילים וחזור עם אחר. עם זאת, במקרה שלפנינו קיים ספק בקיומה של תועלת כאמור, שכן בחינת לוח הטיסות של הצדדים

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 לעניין סוגי ההסכמים השונים והשפעתם על התחרות ראה את החלטת הממונה על הגבלים עסקיים בעניין ההסדר בין אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ לבין Czech Airlines j.s.c, 2009, הגבלים עסקיים, 5001479.

מלמדת על קיומה של סמיכות מסוימת בזמני טיסותיהן של אוסטריאן ואל-על. הסדר כגון זה עשוי לאפשר הגדלה של ערוצי השיווק של כל אחד מהמובילים. אולם, משהגעתי למסקנה כי ההסדר צפוי להביא לפגיעה של ממש בתחרות, אין בתועלות אלה כדי להצדיק מתן פטור להסדר.

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