



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 Air India

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 Air India (להלן: "אייר אינדיה"). עניינה של בקשת הפטור הסכם מסחרי בין אל-על לאייר אינדיה לפיו משלמת אל-על לאייר אינדיה חלק מהכנסותיה בקו ת"א-בומביי בתמורה להחלטתה של אייר אינדיה שלא להפעיל טיסות בקו. ההסכם כולל גם מספר כבילות המסדירות את שיתוף הפעולה בין החברות למקרה ותחלטנה שתיהן להפעיל טיסות בקו (להלן: "ההסדר").

לאחר שבחנתי את ההסדר ואת הכבילות המצויות בו, כמו גם את השפעתם האפשרית על התחרות בשווקים הרלוונטיים, ולאחר שנועצתי בוועדה לפטורים ולמיזוגים, שוכנעתי כי עיקרו של ההסדר הוא בהפחתת התחרות או במניעתה, וכי יש בו כדי לגרום לפגיעה של ממש בתחרות בשוק. מטעמים אלו הודעתי ביום 21.9.09 לאל-על על החלטתי שלא להעניק פטור להסדר. להלן אפרט את הנימוקים להחלטתי.

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). בנוסף, מפעילה אל-על, באמצעות חברת הבת שלה סאן דור נתיבי אויר לישראל בע"מ, 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 לבומביי. ביום 27.10.05 הוכרזה אל-על כבעלת מונופולין בין היתר, בקו¹ זה, ביחס אליו מוגשת בקשת הפטור דנן.

אייר אינדיה - חברת תעופה הנחשבת למוביל הלאומי של הודו. אייר אינדיה היא חברה ממשלתית. נמל התעופה העיקרי בו היא פועלת הוא שדה התעופה של בומביי ונמל התעופה השני בו היא פועלת בדלהי. החברה צפויה להצטרף לברית התעופה העולמית Star Alliance בשנת 2010. לחברה שתי חברות בת Air India Express ו-Air India Cargo.

אייר אינדיה מפעילה טיסות מבומביי ומדלהי אל כ- 30 יעדים בינלאומיים, ומגיעה יחד עם החברות הקשורות איתה בהסכמי קוד-שייר אל יותר מ- 100 ערים ברחבי העולם.² בעבר, בין השנים 1996 עד 1998, אייר אינדיה הפעילה טיסות בקו תל-אביב – בומביי. אך, מזה שנים אייר אינדיה אינה מפעילה טיסות בקווי התעופה שבין ישראל להודו. כפי שיובהר בהמשך, בגין הימנעותה מלהפעיל טיסות בקו מקבלת אייר אינדיה פיצוי מאת אל-על.

2.2 ההסדר

בקשת הפטור דנן מתייחסת להסכם מסחרי משנת 1993, בו התקשרו אל-על ואייר אינדיה להסדרת שיתוף הפעולה ביניהן בנוגע להפעלת טיסותיהן בקווי התעופה שבין תל-אביב ליעדים בהודו (להלן: **"ההסכם"**).³ ההסכם כולל מספר כבילות אותן אפרט בהמשך, והוא כולל נספח הקובע, בין היתר, את זכאותו של מוביל הבוחר שלא להפעיל בעצמו טיסות בקו, לתשלומי תמלוגים על-ידי המוביל שמפעיל טיסות בקו (להלן: **"הנספח"**). התמלוגים המשולמים בידי המוביל שמפעיל לבדו טיסות בקו, נקבעו כשיעור מסוים מהכנסותיו הממוצעות לנוסע (עם התאמות מסוימות).⁴ בחודש יוני 1999, הגיעו הצדדים להסכם מסחרי מתוקן. ההסכם המתוקן קובע, בין היתר, שיעור מתוקן של תמלוגים שעל אל-על לשלם לאייר אינדיה מהכנסותיה לכל נוסע, היות והיא מפעילה לבד את הטיסות בקו.

כאמור, בשנת 1998 הפסיקה אייר אינדיה להפעיל טיסות בעצמה בקו, ובחרה להסתפק בתמלוגים המשולמים לה בידי אל-על חלף הפעלתן של טיסות בקו. בהסדר כאמור קיימות כבילות נוספות המסדירות את שיתוף הפעולה בין אל-על לאייר אינדיה היה ושתיהן תחלטנה להפעיל טיסות בקו. כבילות אלו אינן רלוונטיות לעת הזו, אם כי עשויות להפוך לרלוונטיות במידה ואייר אינדיה תתחיל שוב להפעיל טיסות בקו.

¹ ראה 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.

² על פי פרסומי אייר אינדיה באתר האינטרנט שלה.

³ ההסכם מתייחס לשירותי הטסת נוסעים, כבודה ודואר, אך הפטור שבפני התבקש רק בנוגע לשירותי הטסת נוסעים בקווי התעופה שבין המדינות.

⁴ הסכמה בדבר תשלום תמלוגים למוביל הלא פעיל בקו קיימת גם בנוגע להטסת מטען, אולם כאמור בקשת הפטור דנן התייחסה רק להטסת נוסעים.

2.3 הכבילות בהסדר

הכבילה העיקרית הרלוונטית להחלטת זו הינה ההסכמה בין החברות לפיה משלמת אל-על לאייר אינדיה חלק מהכנסותיה בקו בתמורה לכך שאייר אינדיה נמנעת מהפעלת טיסות בקו ולמעשה נמנעת מלהתחרות באל-על בקו. המדובר בהסדר המוכר כ-"הסדר תמלוגים" או "Royalties Agreement".

הכבילות הנוספות הקיימות בהסדר, נועדו כאמור לחול על הצדדים במידה ושניהם יפעילו טיסות בקו. כך, הסכימו אל-על ואייר אינדיה ביניהן, בין היתר, כדלקמן:

- (1) להפעיל את שירותיהן תוך שיתוף פעולה קרוב ביניהן.
- (2) לשתף פעולה בנוגע לקביעת לוחות זמנים, תעריפים, ומבנה המחיר לצרכן.
- (3) לכנס פגישות תקופתיות או לבקשת מי מהצדדים להסדר גם בנסיבות מיוחדות, כדי לדון בצעדים לשיתוף פעולה בשיווק ובמכירות, זאת כדי להגדיל את התעבורה בקו ככל הניתן ולמנוע הסטה של תנועה לנתיבים אחרים או למובילים אחרים.
- (4) לכנס פגישות לבקשת מי מהצדדים לצורך החלפת מידע, וליישום הצעדים שהוסכמו לשם ההתמודדות עם לחצים חיצוניים על השוק, וכדי להבטיח התפתחות מסודרת ויציבה של השוק.
- (5) להחליף ביניהן מידע באופן קבוע ולהיוועץ ביניהן בכל נושא שעשוי להשפיע על האינטרסים המשותפים שלהן.
- (6) לקבוע את ימי הפעלת הטיסות ואת לוחות הזמנים מספר חודשים מראש לפני כל עונת יאט"א.
- (7) במידה ויתעורר צורך בקיבולת נוספת, קיבולת זו תתואם ותוסכם מראש בין הצדדים, כאשר כל צד יהיה זכאי לספק חלק שווה מן הקיבולת הנוספת.

2.4 השווקים הרלוונטיים

קו התעופה הרלוונטי העיקרי לבחינתו של ההסדר הוא קו התעופה תל-אביב-בומביי⁵ (להלן: "הקו הרלוונטי"), שכן ההסדר מתייחס לטיסותיהן הישירות הסדירות של אייר אינדיה ואל-על בקו זה.

על פי ההסכם הביטראלי בין ישראל להודו⁶, רשאית כל מדינה למנות מוביל נקוב אחד מטעמה (להלן: "מוביל נקוב") אשר יהיה רשאי לקיים קו סדיר של טיסות ישירות בין שתי המדינות.

⁵ ככלל, בתחום התעופה, שווקים 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.

בהתאם, מונתה אל-על כמוביל נקוב מטעם ישראל, ואילו אייר אינדיה מונתה כמוביל נקוב מטעמה של הודו.

ההסכם הבילטרלי מבקש בין היתר, מן המובילים לתאם ביניהם ככל האפשר את פעילותם בקו. כך לדוגמא, מבקש ההסכם כי לוח הטיסות ותדירות הטיסות המופעלות בקו יתבססו על הסכמות הדדיות בין המובילים, וכי מחירי הטיסות יתואמו בין המובילים הנקובים. על פי ההסכם הבילטרלי, המובילים הנקובים בקו נדרשים להגיש לאישורן של רשויות התעופה את לוח הטיסות ואת מחירי הטיסות. כמו כן, ההסכם קובע כי הקיבולת המרבית של נוסעים בקו (תדירות ומספר מושבים) תיקבע על-ידי רשויות התעופה של המדינות.

ההסכם הבילטרלי מבקש גם כי תתקיים הסכמה מסחרית בין המובילים הנקובים כל זמן שהם מפעילים טיסות בקו. ההסכם מוסיף וקובע כי במידה ולא ניתן להסכים על מחירי הטיסות, בהתאם לאמור בהסכם, כי אז, יסכימו בעניין זה רשויות התעופה של המדינות. ההסכם הבילטרלי כולל מנגנון ליישוב חילוקי דעות, שלפיו, מחלוקת בפרשנות או ביישום ההסכם צריכה להיפתר בדרך של ניהול מו"מ בין רשויות התעופה של המדינות. במידה ומו"מ כאמור לא מביא לפתרון המחלוקת, מועבר הנושא שבמחלוקת להכרעת הצדדים להסדר, היינו לממשלות של כל אחת מן המדינות.

הוראותיו אלו של ההסכם הבילטרלי 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 כגון אלו.

3. ניתוח הכבילות והשפעתן על התחרות:

מדובר בהסכם שלפיו, המתחרה היחיד הרשאי להפעיל טיסות סדירות ישירות בקו (אייר אינדיה), מקבל פיצוי בתמורה לכך שלא יתחרה בקו ויפעיל טיסות. למעשה, בתמורה לאותה בלעדיות שרכשה אל-על בקו, משלמת היא פיצוי כספי למתחרתה היחידה, הנגזר מהכנסותיה לנוסע. לפנינו אם כן, כבילה אופקית (בין מתחרים) שאין תוחלת בצידה מלבד מניעת תחרות. זוהי כבילה עירומה.

במסגרת בקשתה לפטור, טענה אל-על כי יש לראות בתשלומים אותם היא משלמת לאייר אינדיה תמלוגים המשולמים בגין זכויות הטיס להודו, וכי לכן לעמדתה אין מדובר בכבילה שעיקרה בהפחתת התחרות בקו או במניעתה.

⁶ ככלל, מערך הטיסות הבינלאומיות הסדירות אל ישראל וממנה מוסדר במסגרת הסכמים בילטרליים (דו-צדדיים) עליהם חתומה מדינת ישראל עם כל אחת מהמדינות האחרות. ההסכם הבילטרלי בין ישראל להודו נחתם באפריל 1994.

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.

בכל הכבוד אין בידי לקבל טענה זו. ראשית, אין בהסכם הבילטרלי בין ישראל להודו דרישה כי המובילים הטסים בקו ישלמו תמלוגים בגין טיסותיהם. שנית, על פי ההסכם המסחרי לא יתקבל תשלום כאמור היה ואייר אינדיה תחליט להפעיל את טיסותיה בקו. הווה אומר, כי ההסדר בין המתחרים בקו מתגמל את אייר אינדיה דווקא בגין החלטתה שלא להתחרות בקו ואין המדובר בתשלום בגין החלטתה של אל-על לנצל את זכויות הטיס שניתנו בידיה.

יתר על כן, אפילו הייתה אייר אינדיה מחליטה לטוס בקו, ניכר מן הכבילות הנוספות הקיימות בהסדר כי אל-על ואייר אינדיה הסכימו ביניהן שלא להתחרות בקו. כך, ההסכם מורה בין היתר על תיאום מחירים, חלוקת הקיבולת הנוספת בקו באופן שווה בין המובילים, שיתוף פעולה קרוב, נקיטה בצעדים למניעת הסטה של תנועה למובילים אחרים, כינוס פגישות להחלפת מידע ולהגנה על האינטרסים המשותפים של הצדדים וכיו"ב. כבילות אלו כל תכליתן, לחלק את השוק בין המתחרים, למנוע פירותיה של תחרות מן הצרכנים ולמנוע ממתחרים אחרים להיכנס לקו⁸.

המדובר אם כן, בכבילות עירומות, שעיקרן בהפחתת התחרות או במניעתה. פגיעתן של כבילות אלו בתחרות היא כה ברורה⁹, עד כי לא נדרש לבחון את השפעתן על התחרות. המלומדים Areeda ו-Hovenkamp¹⁰ עמדו על הגדרתה של כבילה עירומה כלהלן:

"We define a particular horizontal agreement as "naked" if it is formed with the objectively intended purpose or likely effect of increasing price or decreasing output in the short run, with output measured by quantity or quality... Importantly, under this definition a naked restraint is a rational act for the defendants only on the premise that they collectively have sufficient power to affect marketwide output and price."

כאמור, אייר אינדיה ואל-על הן שתי המתחרות היחידות הרשאיות להפעיל טיסות סדירות ישירות בקו. כך, שבהעדר תחליף קרוב לטיסות אלו, יכולתן להפעיל כוח שוק, היינו לצמצם תפוקה ולהעלות מחיר עת מתאמות הן את פעילותן בקו מובנת מאליה.

בה"ע 8008/03 **ארד בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים**, תק-מח 2005 (1), 11163, עמד כבוד השופט עדיאל בפסק דינו על מהותן של הכבילות העירומות¹¹. שם נקבע כלהלן:

"כבילות עירומות, דהיינו כבילות אשר נעדרות תכלית מסחרית לגיטימית או תועלת כלכלית של ממש בצדן, הן פסולות מדעיקרן (Per se), אף ללא בחינת מעמד הצדדים בשוק והנוק התחרותי הנשקף מהן".

⁸ כבילות אלו נכנסות לגדרן של החזקות החלוטות שבסעיף 2(ב) לחוק, והאיסור בגין הוא איסור Per-se.

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

¹⁰ FUNDAMENTALS OF ANTITRUST LAW, Phillip E. Areeda, Herbert Hovenkamp, Vol. II, 2002, p. 939.

¹¹ פסק דין זה עוסק בהסדר פשרה שהושג בין קבוצת ארד, בעלת מעמד מונופוליסטי בשוק מדי המים, לבין המתחרה היחידה שלה בשוק, קבוצת מדי ורד, שלפיו ביקשה ארד לשלם פיצוי כספי למדי ורד בתמורה ליציאתה המוחלטת מהשוק. בית הדין קבע כי מדובר בהסדר כובל עירום לקניית תחרות.

למעלה מן הצורך, הוספתי ובחנתי את הקו תל-אביב – בומביי ואת השפעתו של ההסדר על התחרות ועל הצרכנים. הנתונים אודות הקו אינם מפתיעים והם מעידים על בעיה תחרותית של ממש.

כאמור, אל על הינה היחידה המפעילה טיסות ישירות להודו בקו ת"א-בומביי והיא בעלת מונופולין בקו. אמנם, קיים שיעור מסוים של נוסעים הטסים בטיסות לא ישירות להודו. יחד עם זאת, המדובר בחלקן בטיסות שמסלולן ומשכן ארוכים באופן משמעותי, עד כי שבמצב דברים רגיל, הן לא יכלו להיחשב תחליף לטיסותיה הסדירות והישירות של אל-על. דומה אם כן, כי בחירתם של חלק מן הנוסעים לעבור לטיסות אלו, הינו תוצאה של הפעלת כוח שוק בידי אל-על בקו¹².

רמות המחירים ושיעור הרווחיות של אל-על בקו נמצאו גבוהים באופן ניכר ביחס לקווים אחרים בעלי מאפיינים דומים אשר לא התקיים בהם הסדר כובל כאמור. נתונים אלו תומכים גם הם בקיומו של כוח שוק בידי אל-על ובהשפעותיו הבעייתיות של ההסדר על ציבור הצרכנים.

נמצא איפוא כי ההסדר הכובל פוגע פגיעה של ממש בתחרות בשוק הרלוונטי. עיקר כבילותיו של ההסדר בהפחתת התחרות או מניעתה, ועל כן הן מהוות כבילות עירומות שאינן ראויות לפטור.

הסדרים כגון אלו, אשר בחובם כבילות עירומות של קניית תחרות בידי מתחרה (הסדר אופקי), הם בליבת ההסדרים האסורים על פי חוק ההגבלים העסקיים. בעוד בתחום התעופה, הסדרים כובלים כגון אלו בין מובילים בינלאומיים באוויר, זכו עד לאחרונה לפטור גורף בהתאם לסעיף 3(7) לחוק ההגבלים העסקיים. בתחומי המשק האחרים הסדרים כגון אלו היו אסורים, בשל פגיעתם שלא כדין בתחרות החופשית המהווה ערך יסוד מוגן במשפט הישראלי, ובפרט בזכות הציבור ליהנות מיתרונותיה. כך, לדוגמא ציין בית המשפט העליון בעניין בורוביץ (ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776, 941) כי:

"על חומרת עבירות ההגבל העסקי, שעניינן בתיאום מחירים ובחלוקת שוק בין ספקים מתחרים, אין צורך להכביר מילים. בעבירות אלו טמון פוטנציאל לפגיעה קשה בתחרות החופשית, ובכוחן לשלול מן הציבור את זכותו ליהנות מיתרונותיה הרבים של התחרות המתבטאים בהפחתת מחירים, בשיפור איכות המוצרים ובהקצאתם היעילה של המקורות במשק." (דגש הוסף)

כאמור, סעיף 3(7) לחוק ההגבלים העסקיים פטר במשך שנים רבות, הסדרים כובלים הנוגעים לתובלה בינלאומית באוויר ובים מתחולתו של פרק ב' לחוק - פרק ההסדרים הכובלים. החוק תוקן בשנת 2007, עת הוסיף המחוקק את סעיף 3א המחיל את הוראות פרק ב' לחוק ואת מנגנון הפיקוח שנקבע שם על הסדרים כובלים בין מובילים אוויריים. תיקון זה מאפשר כיום בחינה מעמיקה של הסדרים אלה, עמידה על מהותם והשפעותיהם, והפסקתם ככל שאינם עומדים בדרישות הדין.

אל על הוסיפה וטענה כי ההסדר הכובל ראוי לפטור וזאת משני טעמים:

א. לטענת אל-על המדובר בהסדר שנכפה עליה על ידי ההסכם הבילטרלי שבין מדינת ישראל לבין הודו. לטענתה, אייר אינדיה לא הייתה מוכנה להתקשר עמה בהסכם מסחרי אחר.

ב. לטענת אל-על אין המדובר בהסדר כובל, אלא בהסדר שכל כבילותיו נקבעו על פי דין. לכן, בהתאם לסעיף 3(1) לחוק ההגבלים העסקיים לא נחשב הוא להסדר כובל.

לאחר שבחנתי את טענותיה אלה של אל-על לא מצאתי בהן ממש.

בניגוד לטענת אל-על לא מצאתי כי ההסדר הבילטרלי בין המדינות כופה עליה להתקשר בהסדר נשוא החלטתי זו. ההסדר הבילטרלי אכן קורא למובילים לתאם ביניהם ככל האפשר את פעילותם בקו והוא מבקש גם כי תתקיים הסכמה מסחרית בין המובילים הנקובים כל זמן שהם מפעילים טיסות בקו. יחד עם זאת, כאמור, ההסכם הבילטרלי בין ישראל להודו אינו דורש כי המובילים הטסים בקו יסכימו ביניהם על תשלום למוביל שאינו מפעיל טיסות בקו. ועוד, ההסכם הבילטרלי מכיר באפשרות שהמובילים לא יסכימו ביניהם (מטעם זה או אחר). כך לדוגמא, במידה והצדדים אינם מסכימים ביניהם על המחירים קובע ההסכם הבילטרלי כי אז, ידונו ביניהם בעניין זה רשויות התעופה של המדינות.

יתר על כן, ניכר גם מהסכמים בילטרליים דומים עליהם חתומה מדינת ישראל המכילים הסכמות מעין אלו, כי אין בהם לחייב את המובילים להגיע להסדר הכובל נשוא בקשה זו. כך לדוגמא, הם פני הדברים בהסכם הבילטרלי בין ישראל לציכיה הדומה בסעיפיו לסעיפים דלעיל. הסדר זה גם הוא קורא לתיאום מחירים, תדירויות, לוח טיסות, כן קורא ההסכם לחלוקה שווה של הקיבולת בין המובילים, ולקיומו של הסכם מסחרי בין המובילים כל זמן שהם פועלים בקו. עם זאת, בהתאם להצהרתה של אל-על, אין בין אל-על לבין Czech Airlines הסכמות מסחריות כפי שהתקבלו בינה לבין אייר אינדיה¹³, ובייחוד אין ביניהן כל הסכמה בנוגע לתדירות, כמות, מחיר או איכות השירות בקו¹⁴. מכאן, שבפועל הוראותיו של ההסכם הבילטרלי אינן מחייבות, ובודאי שאינן כופות על הצדדים את ההסכם המסחרי שבו הם התקשרו.

¹² הסתמכות על דפוסי ביקוש קיימים מקום בו מופעל כוח שוק באחד המוצרים, עשויה לצייר תמונה מעוותת של ביקוש צולב למוצר תחליפי, אשר למעשה הוא תחליפי בלית ברירה. על "כשל הצלופן" ראה בין היתר, ע"פ 2560/08 **מדינת ישראל - רשות ההגבלים העסקיים נ' ירון וול**, תק-על 2009(3), 149, 184 (פסקה קכז).

¹³ להסכם בין אל-על לבין Czech Airlines J.S.C ראה החלטה בדבר מתן פטור להסדר כובל בין אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ ו- Czech Airlines j.s.c; 2009 **הגבלים עסקיים** 5001479.

¹⁴ להשוואה ראה גם את ההסדר הבילטרלי בין ישראל לפולין וההסדר שהתגבש בין אל-על לבין לוט. ראה החלטה בדבר אי מתן פטור להסדר כובל בין אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ ו- Polaskie Linie Lotnicze "LOT" S.A (מיום 1.11.09, טרם פורסם). ראה לדוגמא את החלטת הממונה לפטור הסדר כובל בין אל על ל- Czech Airlines; 2009 **הגבלים עסקיים** 5001479; הסכמים בילטרליים נוספים אשר קראו לתיאום מסחרי בין המובילים הנקובים בקו, ואשר לפי המידע שנמסר לנו על ידי אל-על לא מתקיים במסגרתם תיאום כאמור של מחירים, כמויות או תדירויות מצאנו גם בהסכם עם אוסטריה, מולדובה, בלגיה, ספרד ועוד. ראה החלטת הממונה על אי מתן פטור להסדר כובל בין אל על ל- Austrian Airlines (מיום 1.11.09, טרם פורסם), החלטת הממונה על אי מתן פטור להסדר

כמו כן, לא מצאתי כי המדובר בהסדר שכל כבילותיו נקבעו על פי דין. פשוט כי כבילותיו של ההסדר לא נקבעו על פי "דין". בניגוד לטענת אל-על כאמור ההסדר לא נקבע – וודאי שלא כל כבילותיו – על פי ההסכם הבילטרלי שבין ישראל להודו. יתר על כן, ההסכם הבילטרלי אינו בבחינת "דין" כמובנו של מונח זה בסעיף 3(1) לחוק ההגבלים העסקיים.

על משמעות המונח "דין" עמד כב' השופט עדיאל בפסק הדין בעניין חברת חשמל¹⁵. בית המשפט מצא שם כי רישיון הניתן על ידי שר התשתיות אינו בבחינת "דין" הפוטר הסדר כובל מן הצורך בקבלת פטור או היתר לפי דיני ההגבלים העסקיים. על משמעותו של המונח "דין" מפנה בית המשפט לחוק הפרשנות¹⁶ המגדיר מונח זה "חיקוק", היינו חוק או תקנה. ההסכם הבילטרלי בין ישראל להודו אינו "חוק" ואף אינו "תקנה" כמשמעותם של אלה בחוק ובפסיקה.

"תקנה" מוגדרת בחוק הפרשנות כהוראה שניתנה מכוח חוק והיא בת-פעל תחיקתי. מאפייניה של הוראה "בת פועל תחיקתי" כפי שנקבעו בפסיקה הם קביעה של נורמה משפטית כללית אשר תביא לשינוי המשפט הנוהג במדינה, והמופנית לציבור כולו, או לחלק בלתי מסוים בו¹⁷. ברי כי ההסכם הבילטרלי בין ישראל להודו אינו עונה על הגדרת "דין" שכן הסכם כאמור אינו בבחינת חוק או תקנה כמשמעותם של אלה בחוק ובפסיקה.

כפי שנאמר לעיל, מסקנתי היא כי ההסדר דנן מביא לפגיעה קשה בתחרות ובציבור והוא אינו ראוי לפטור.

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

כובל בין אל על ל- Tandem (מיום 1.11.09, טרם פורסם) והחלטת הממונה לפטור הסדר בין אל על ל- Iberia Líneas Aéreas de España ; 2009 הגבלים עסקיים 5001477.

¹⁵ ה"ע (מחוזי יר') 491/98 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, תק-מח 1/99, 33011, 33042 (1999).

¹⁶ ראה הגדרת "דין" בסעיף 1 לחוק הפרשנות, תשמ"א - 1981.

¹⁷ ראה גם ע"פ 213/56 היועץ המשפטי לממשלה נ. אלכסנדרוביץ' ואח', פ"ד יא 695, 701.