



רשות ההגבלים העסקיים

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

מתן פטור מאישור הסדר כובל

CJSC Aerosvit Airlines לבין אתיבי אור לישראל

1. פתח דבר

בפני בקשה למתן פטור לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "החוק") להסדר כובל בין אל על אתיבי אור לישראל בע"מ (להלן: "אל-על") לבין CJSC Aerosvit Airlines (להלן: "אירוסוויט") בנוגע לשיתוף פעולה בשיווק כרטיסי טיסה (להלן: "ההסדר").

לאחר שבחנתי את ההסדר ואת הכבילות המצויות בו, כמו גם את השפעתם האפשרית על התחרות בשוק הרלוונטי, ולאחר שנועצתי בוועדה לפטורים ולמיזוגים, שוכנעתי כי אין הכבילות 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, בשל הנימוקים שיפורטו להלן.

2. הצדדים וההסדר

2.1 הצדדים להסדר

אל-על – חברת התעופה הותיקה 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 גם טיסות שכר בינלאומיות¹. כן עוסקת אל-על במתן שירותים שונים בתחום התעופה (כגון החכרת ציוד טיסה ואספקת מזון למטוסים), אספקת שירותי אבטחה לחברות תעופה ישראליות בחו"ל, מכירת מוצרים פטורים ממכס, הספקת שירותי בידוק ותחזוקה בנמל התעופה בן-גוריון, במכירת שירותי

¹ טיסת שכר (Charter Flight), מוגדרת בתקנות רישוי שירותי התעופה (טיסות שכר) התשמ"ב – 1982 כך: "טיסה שבה שוכרים מארגן או מארגנים במשותף את קיבולת כלי הטיס לשם מכירתה לאחרים או שבה אדם שוכר את כל קיבולת כלי הטיס לשימוש עצמי". טיסות מסוג זה פעולות בדרך כלל על בסיס איתור ביקוש עונתי וכדאיות מסחרית. ככלל, טיסות אלה מעבירות תנועה בין מוצא ליעד, ואינן משווקות כחלק מטיסה בת שני מקטעים.

תיירות ובשיווק טיסות שכר. אל-על היא חברה ציבורית המוחזקת על ידי: כנפיים אחזקות בע"מ² (כ-39%), הציבור (כ-36%), והשאר בעיקר בידי עובדי אל-על ומנהליה. על פי המידע שנמסר לי על ידי אל-על, אל-על מפעילה כיום בין 5 ל-6 טיסות סבב³ שבועיות בקו ת"א-קייב. ביחס לקו זה בלבד מוגשת בקשת הפטור דנן.

אירוסוויט - חברת תעופה הנחשבת למוביל האווירי הגדול ביותר באוקראינה. החברה נוסדה בשנת 1994, ובסיסה הראשי הוא בקייב. אירוסוויט מפעילה טיסות סדירות ל-60 יעדים ב-29 מדינות בעולם. אירוסוויט מקיימת שיתופי פעולה מהותיים עם Donabassero⁴, מוביל נקוב נוסף בקו התעופה ת"א – קייב (להלן: "**הקו הרלבנטי**" או "**הקו**"), ושעד לאחרונה אף הפעילה טיסות בקו. לשתי החברות יחדיו צי כולל של כ-30 מטוסים. לאירוסוויט תכניות להגדלת צי מטוסיה באופן משמעותי בחמש השנים הקרובות.⁵ על פי המידע שהובא לפני, אירוסוויט מפעילה כיום 14 טיסות סבב שבועיות בקו ת"א-קייב.

2.2 ההסדר

בקשת הפטור דנן מתייחסת להסכם לשיווק של קיבולת טיסה, לפיו אל-על רשאית לשווק טיסות שמפעילה אירוסוויט בקו ת"א – קייב (וחזרה), ומנגד אירוסוויט רשאית לשווק את טיסות אל-על בקו זה. ההסדר אינו קובע מראש את 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 באמצעות גישה למערכת ההזמנות הממוחשבת של המוביל המפעיל (CRS). לפי ההסדר, המוביל המשווק רשאי למכור כרטיסי טיסה במחלקות השונות של המוביל המפעיל במחיר שיקבע על ידו לכל מחלקה, ולהעביר למוביל המפעיל את מחיר ההעברה (סכום קבוע לכל מחלקת רישום) שנקבע בהסכם ביניהם עבור אותה מחלקה. 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 אירוסוויט תחת קוד ומספר הטיסה של אל-על ובהתאמה מתאפשר הדבר גם לאירוסוויט⁶.

² כנפיים אחזקות בע"מ היא חברה ציבורית בשליטת משפחת בורוביץ. כנפיים מוחזקת על-ידי ה"ה בורוביץ ישראל (כ-17.5%), בורוביץ דוד (כ-16%), בורוביץ תמר (כ-11%), בעלי עניין אחרים והציבור (כ-12%).

³ טיסת סבב - טיסה אל נמל היעד וחזרה.

⁴ לפי מידע שנמסר מאל-על, Donabassero היא חברה קשורה לאירוסוויט. הדבר עולה גם מפרסומי אירוסוויט באתר האינטרנט שלה <http://www.aerosvit.ua/eng/index/usflinonew/aboutusnew/hstorynew.html>.

⁵ על פי פרסומי אירוסוויט באתר האינטרנט שלה.

⁶ ראוי לציין כי הסדרים רבים בין מובילים העוסקים בשיווק מושבים כוללים הסכמה על שיתוף בקוד. יחד עם זאת, עצם ההסכמה על השיתוף בקוד אינה מלמדת דבר על אופיו של ההסדר והשלכותיו.

להסדר נלוו מספר כבילות: במסגרת הסכם הקוד-שייר 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, כגון אופן פרסום המושבים במערכות ההפצה הגלובליות ובמערכת ההזמנות של כל אחד מהם; אופן ההתחשבות בין הצדדים; ביטוח, אחריות ושיפוי; איכות השירות, שירותי הביטחון והבטיחות להם יזכו רוכשי המושבים (הכרטיסים) המועברים וכיוצ"ב.

המדובר אם כן בהסדר לשיתוף פעולה בין מתחרים בשיווק מושבים (כרטיסים) על גבי טיסות סדירות בקו התעופה ת"א-קייב. 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 7(3) לחוק שעניינו הסדרים הנוגעים לתובלה בינלאומית באוויר ובים. הסדר זה, שעיקרו בשיווק של קיבולת טיסה, אף אינו חוסה תחת הוראות פטור הסוג⁷, הפוטר הסדרים מסוימים בין מובילים בינלאומיים באוויר⁸. על כן, נדרש הסדר זה לפטור פרטני או לאישור בהתאם להוראות החוק.

2.3 השוק הרלוונטי

השוק הרלוונטי לבחינתו של ההסדר הוא קו התעופה שבין תל-אביב לקייב⁹. ההסדר נוגע לטיסותיהן הישירות הסדירות של אירוסוויט ואל-על בקו זה.

על פי ההסכם הביטראלי¹⁰ בין ישראל לאוקראינה משנת 1993, כל אחת מן המדינות רשאית למנות מוביל נקוב אחד מטעמה בקווי התעופה שבין המדינות. ההסכם הביטראלי ביקש מן המובילים הנקובים של המדינות לקבוע ביניהם, במידת האפשר, את התנאים המסחריים, כגון מחירי הטיסות והתדירויות. במידה והמובילים אינם מצליחים להגיע להסכמה ביניהם, קובע ההסכם כי רשויות התעופה יקבעו את המחיר לפי הסכם הדדי ביניהן, לאחר התייעצות עם רשויות תעופה של מדינות אחרות. בשנים האחרונות, הושגו בין רשויות התעופה של המדינות

⁷ כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסדרים בין מובילים באוויר), התשס"ט-2008.

⁸ ראו סעיף 6 לכללים הפוטר הסדרים מסוימים לשיווק קיבולת טיסה. סעיף זה אינו פוטר את ההסדר שבפנינו שכן ההסדר נוגע לקו הישיר שבין נמלי הבית של אל-על ואירוסוויט.

⁹ ככלל, בתחום התעופה, שווקים רלוונטיים מוגדרים על בסיס נקודת המוצא ונקודת היעד של קווי הטיסה (O&D) או (City Pair). ראו 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 (ראו שם); אולם, לא מצאתי כי קיים צורך להוסיף ולפרט בעניין אבחנה זו במסגרת ההחלטה הנוכחית.

¹⁰ ככלל, מערך הטיסות הבינלאומיות הסדירות אל ישראל וממנה מוסדר במסגרת הסכמים בילטראליים (דו-צדדיים) עליהם חתומה מדינת ישראל עם כל אחת מהמדינות האחרות.

הבנות חדשות¹¹ במסגרתן תוקנו מספר סעיפים בהסכם הבילטרלי. במסגרת התיקונים בוטלו הסעיפים בהסכם אשר ביקשו מן המובילים לתאם ביניהם את המחירים, התדירויות ולוחות הזמנים, ובהתאם לתיקון, כל מוביל נקוב יהיה רשאי להפעיל טיסות סדירות עד לתדירות מקסימאלית שתיקבע בהסכמה בין רשויות התעופה של המדינות. בנוסף, במסגרת התיקונים הסכימו רשויות התעופה על כך שהמובילים הנקובים יהיו רשאים לטוס בקווי התעופה שבין תל-אביב ליעדים נוספים באוקראינה. כן הוסכם כי כל אחת מן המדינות תהיה רשאית למנות שלושה מובילים נקובים בקו ת"א-קייב, ושני מובילים נקובים בכל אחד מן היעדים האחרים.

במסגרת הבנות אלו, הושגו גם הסכמות בין רשויות התעופה בדבר הפעלת טיסות שכר¹² וטיסות סדירות נוספות בתקופה מוגבלת של כשבועיים ימים שבה נוסעים רבים מישראל לאומן לראש השנה. בנוגע לטיסות אלו נקבעו הגבלות מסוימות על מספר המושבים שכל מדינה רשאית להטיס באמצעות מוביליה הנקובים בקו.

לאחרונה נחתם מזכר הבנות חדש בין המדינות¹³. בהתאם למזכר זה, רשאית כל אחת מהמדינות להפעיל 24 טיסות סבב שבועיות בקו ת"א-קייב, באמצעות מוביליה הנקובים. מזכר הבנות זה הוסיף למעשה 3 תדירויות שבועיות לכל אחת מן המדינות, והוסכם בו כי הגדלה נוספת של כמות התדירויות תבחן על ידי רשויות התעופה במהלך 2011.

על פי מצגים עובדתיים שהציגה בפני אל-על, אין הסכמות מסחריות בין הצדדים להסדר בנוגע לפעילותם בקו הרלוונטי מעבר להסדר בגינו מתבקש הפטור¹⁴, לרבות הסכמה בנוגע לתדירות, כמות או מחיר מעבר להסדר זה. הסכמות כאלו בין מתחרים – ככל שהיו מתקיימות – היו מהוות כפי הנראה כבילות 'עירומות' (Naked Restraints) אשר פגיעתן בתחרות מובנת מאליה¹⁵.

3. ניתוח הכבילות והשפעתן על התחרות

כפי שתואר לעיל, מדובר בהסדר לשיתוף פעולה בין המובילים לשיווק מושביהם בקווים הרלוונטיים מבלי שהמובילים מגבילים מלכתחילה את היקף המושבים שישווקו במסגרת ההסדר (Free Sale Agreement). במסגרת הסדר זה רוכש המוביל המשווק מהמוביל המפעיל מושבים תמורת מחיר העברה קבוע, אשר משולם למוביל המפעיל בידי המוביל המשווק עבור אותם מושבים שהאחרון מצליח למכור (Back-to-Back). בהסדרים מסוג זה, ככלל, המוביל המשווק

¹¹ מזכרי הבנות בין רשויות התעופה של המדינות מיום 28.6.06, מיום 29.7.08, מיום 30.6.09, מיום 22.2.10 ולאחרונה מיום 16-17.6.2011. על פי המידע שנמסר לנו מרשות התעופה האזרחית, להבנות אלו מעמד מחייב, הגם שטרם נחתם הסכם מתוקן בין המדינות.

¹² ראה ה"ש 1.

¹³ מזכר הבנות בין רשויות התעופה של המדינות מיום 16-17.6.2011.

¹⁴ לבד מהסכם אינטרליין, החוסה לטענת אל-על תחת פטור סוג.

¹⁵ השווה בע"פ 2560/08 מדינת ישראל נ' ירון וול ואח', תק-על 2009 (3), 149, פסקה פו'.

אינו נושא בסיכון, שכן אינו נדרש לשלם על מושבים במטוסו של המוביל המפעיל שלא הצליח למכור.

ככלל, הסדר כגון זה, נושא בחובו חשש לפגיעה בתחרות, שכן בנסיבות מסוימות הוא עלול להפחית את התמריץ של כל אחד מן המובילים בקו להתחרות באמצעות הפעלת טיסות עצמאיות ושיווקן (כלומר לגרום להקטנת היצע הטיסות). בהתקיים נסיבות מסוימות עלול כל אחד מן המובילים להעדיף לשווק מושבים על גבי טיסתו של המוביל האחר חלף הפעלת טיסה מטעמו והטסתם של הנוסעים על גבי מטוסו שלו. גם אם יבחר המוביל המשווק להפעיל טיסות משל עצמו בתחרות עם המוביל המפעיל האחר בקו, היכולת הצולבת של שני המובילים לשווק מושבים בטיסותיו של האחר עלולה, בנסיבות מסוימות, לרכז את התחרות ביניהם. יחד עם זאת, לאור נסיבות המקרה כאן, שוכנעתי כי ההסדר שלפני אינו מקים חשש לפגיעה של ממש בתחרות.

כיום מפעילות בקו ת"א-קייב טיסות סדירות ישירות אירושוויט, Ukraine International Airlines (להלן: "Ukraine"), אל-על וארקיע.¹⁶ ישראיר, הגם שאינה מפעילה טיסות בקו, מנויה כמוביל נקוב נוסף. מכאן, שהמגבלה המוטלת מכוח ההסכם הבילטרלי בין המדינות שמאפשר למנות שלושה מובילים נקובים מטעמה של כל מדינה, ולפיכך מאפשר לשישה מובילים נקובים לפעול בקו, אינה מהווה חסם כניסה רגולטורי של ממש¹⁷, ואינה מגבילה משמעותית את פוטנציאל התחרות בו. על פי המידע שהובא לפני, כיום מפעילה אירושוויט 14 טיסות סבב שבועיות; Ukraine מפעילה 7 טיסות סבב שבועיות; אל-על מפעילה 6 טיסות סבב שבועיות ואילו ארקיע מפעילה במועד החלטתי זו 2 טיסות סבב שבועיות.

במבט הצופה פני עתיד, נתונים אלה מראים כי המובילים הנקובים בקו אינם נמצאים במלוא ניצולת התדירויות השבועיות המוקצות לכל מדינה, שכאמור הועלתה ל-24 טיסות סבב שבועיות. משמע, המצב הרגולטורי השורר מאפשר תגובה תחרותית, בין אם על-ידי כניסה של מוביל נוסף לקו או על-ידי הוספת תדירויות למובילים הקיימים, היה ומי מן המובילים בקו יבחר להפעיל כוח שוק בדרך של העלאת מחיר או צמצום כמות המושבים המוצעת על-ידו.

בחינת מחירי ההעברה שקבעו הצדדים להסדר ביניהם - מחירים המשתלמים בידי המוביל המשווק בגין שיווק כרטיסי טיסה על גבי המוביל המפעיל - העלתה כי מחירים אלה אינם פוגעים בתמריץ הצדדים להתחרות ביניהם, ואינם עלולים להדיר את מתחריהם.

¹⁶ במהלך חודש נובמבר 2010 אל-על הודיעה לשר התחבורה והבטיחות בדרכים על כך שמיום 31.3.11 בכוונתה להפסיק לספק שירותי אבטחה בתעופה אזרחית לחברות התעופה הישראליות. הודעה זו, העלתה את החשש מפני ביטולן של טיסות רבות של מתחרותיה הישראליות של אל-על בקו, ובפרט טיסות ארקיע, אשר ביטול הספקת שירותי האבטחה עלול היה לסכל את יכולתן לקיים טיסות בטוחות המיידיות לעדים שונים, ובין היתר בקו הרלוונטי. אף שאל-על חזרה בה מאוחר יותר מהודעתה זו, יודגש, כי שינוי המצב הנוכחי שבו אל-על מספקת שירותי אבטחה למתחרותיה בקו זה, עלול לעלות כדי שינוי מהותי העלול לחייב בחינה מחודשת של החלטתי זו.

¹⁷ מגבלה רגולטורית אחרת, היתה עיכוב מצד רשות התעופה האוקראינית במתן אישורים לחברות תעופה ישראליות להימנות כמוביל נקוב בקו. לפי המידע שנמסר לנו מרשות התעופה האזרחית, בשלב זה מגבלה רגולטורית זו אינה קיימת עוד.

לפני כמעט שנתיים, ביום 3.11.09, ניתנה החלטה בדבר אי מתן פטור להסדר בין אל-על לבין אירוסוויט, שנגעה בין היתר לקו הרלוונטי¹⁸ (להלן: "ההחלטה הקודמת"). אולם כאמור, מאז השתנתה התמונה התחרותית בקו ואף נכנסו בפועל מובילים נקובים נוספים להפעלת טיסות סדירות בקו¹⁹. קיומם של מתחרים נוספים, המפעילים טיסות בקו, מפחיתה במידה ניכרת את החשש התחרותי העלול לעלות מן ההסדר.

ככלל, שיווק מושבים על גבי המוביל המפעיל הנוסף בקו בהיקף נרחב, עלול בנסיבות מסוימות, להעלות חששות לפגיעה של ממש בתחרות. על פי הערכות אל-על, שיעור המושבים שכל אחד מן המובילים צפוי על פי ההסדר דנא לשווק על גבי טיסותיו של משנהו מתוך כלל המושבים במטוסו של משנהו, אינו צפוי להיות משמעותי. ככל שכך יהיה, ההסדר אינו צפוי, בנסיבות שלפנינו, להקים חשש לפגיעה של ממש בתחרות.

ההסדר מקים מספר תועלות. הוא מאפשר לצדדים, במידת מה, להרחיב את מגוון כרטיסי הטיסה (הלוח ושוב) שאותו הם יכולים להציע ללקוחותיהם (לדוג' טיסה הלוח עם אחד המובילים וחזור עם אחר). כמו כן, ההסדר עשוי להוסיף לכל אחד מהצדדים ערוץ שיווקי נוסף להפצת כרטיסים, כן עשוי ההסדר להגדיל במידת מה את מגוון כרטיסי הטיסה שהצדדים יכולים להציע לטיסות מישראל, תוך שילובן עם יעדים נוספים שאליהם טסה אירוסוויט, זאת בשים לב להיקף הלא מבוטל של נוסעי ההמשך מקייב ליעדים אחרים בעולם.

בחינת הכבילות הנלוות להסדר העלתה כי הן נחוצות למימוש עיקרו, וכי אינן מקימות חשש של ממש לפגיעה בתחרות.

בנסיבות אלה, מצאתי לנכון ליתן פטור להסדר לתקופה מוגבלת של שלוש שנים, שלאחריה, ניתן יהיה לבחון אם יש מקום להתיר את המשך התקשרות הצדדים על-פיו.

¹⁸ החלטת הממונה על אי מתן פטור להסדר בין אל-על נתיבי אויר לישראל לבין Aerosvit Airlines JSC ; 2009 הגבלים עסקיים 5001507.

¹⁹ מדובר, כאמור לעיל, בעיקר בשני מפעילים: Ukraine International Airlines וארקיע.

4. סוף דבר

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

תוקפו של פטור זה למשך 3 שנים ממועד החלטתי זו.

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, כ"ד אב תשע"א

24 אוגוסט 2011