

פרופ' משה הירש

רחוב המייסדים 22 ירושלים, 96-224

טלפון: 02-6435302

14.11.2010

## **חוות דעת: כללי המשפט הבינלאומי והעלאת שיעורי המס המוטלים על משקיעים של ארצות הברית העוסקים בהפקת דלק וגז טבעי**

אני החתום מטה נתבקשתי על-ידי המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כלכלי - פיסקאלי), עו"ד אברהם ליכט, לחוות דעתי המקצועית בדבר טענות מסוימות של המשפט הבינלאומי (ובמיוחד דיני השקעות) העולים בקשר לדיונים הנערכים עתה בדבר האפשרות להעלות את שיעורי המס או תשלומי חובה אחרים המוטלים על חברות המפיקות גז טבעי או דלק בשטחים ואזורי ים הנתונים לריבונות מדינת ישראל.

חוות הדעת מתבססת על התמחותי במשפט בינלאומי, ובמיוחד בתחום דיני השקעות בינלאומיות. הנני פרופסור חבר בפקולטה למשפטים ובמחלקה ליחסים בינלאומיים באוניברסיטה העברית בירושלים ומופקד הקתדרה למשפט בינלאומי על שם מריה פון-הופמנשטל, מנהל הפורום למשפט בינלאומי בפקולטה למשפטים, וחבר בצוות ההוראה הגלובלי של המרכז המתמחה במדיניות ודין בתחומי האנרגיה, דלק ומינרלים & Centre for Energy, Petroleum & Mineral Law & Policy באוניברסיטת Dundee, סקוטלנד). הנני גם חבר בקבוצת המומחים של האגודה למשפט בינלאומי (International Law Association) העוסקת בהשקעות בינלאומיות, חבר ברשימת הבוררים והמפשרים של המרכז הבינלאומי ליישוב סכסוכי השקעות של הבנק העולמי (ICSID), וגם ברשימת הפנליסטים של מנגנון יישוב הסכסוכים על-פי האמנה בין ישראל ומקסיקו. כיהנתי בעבר כחבר בוועדת המומחים של משרד המשפטים שהכינה את הצעת חוק חסינות מדינות זרות. הנני מרצה בקורסים שונים, כולל אלה המתמקדים בתחומים העיקריים של המשפט הבינלאומי הכלכלי (השקעות, סחר, ופיתוח כלכלי). לימדתי גם כמרצה אורח במספר מוסדות אקדמיים בחו"ל (בין היתר, קנדה, ארצות הברית, סקוטלנד, מקאו). פרסמתי שלושה ספרים, כולל על מנגנון הבוררות של המרכז הבינלאומי ליישוב סכסוכי השקעות (ICSID), וסדרת מאמרים על דיני השקעות בינלאומיים. לאחרונה פורסם פרק שכתבתי בספר Oxford Handbook of International Law on Foreign Investment. הכנתי חוות דעת משפטיות למשרדי ממשלה

ולמשרדי עורכי דין פרטיים. בעבר כיהנתי כסגן הדיקן בפקולטה למשפטים (2003-2005) וכן כראש החוג ליחסים בינלאומיים באוניברסיטה העברית (2008-2010).

חוות דעתי תתמקד במספר נושאים העולים במסגרת הדיונים הנערכים עתה בדבר האפשרות להעלות את שיעורי המס המוטלים גם על אזרחים של ארצות הברית (אינדיבידואלים או תאגידים) המפיקים דלק וגז טבעי בשטחי מדינת ישראל ובאזורי הים הנתונים לריבונותה. נושאים אלו קשורים למגוון סוגיות בדיני השקעות בינלאומיות ובהמשך אדון, בעיקר במספר סוגיות דיוניות ומהותיות. במישור הדיוני אתמקד באפשרות שמשקיעים זרים יוכלו להעלות סוגיות מתחום המשפט הבינלאומי בפני בתי משפט בישראל. בנוסף, אבחן את אפשרות של הגשת הסכסוך ע"י ארצות הברית לבית הדין הבינלאומי לצדק (International Court of Justice). לבסוף, אבחן אפשרות להגשת תביעה 'ישירה' בידי משקיעים של ארצות הברית נגד מדינת ישראל בטריבונלים בינלאומיים. במישור הדין המהותי, אדון במספר סוגיות הקשורות לדיני הגנה על השקעות בינלאומיות ויישומן למקרה שבפנינו. בין היתר, אבחן את הוראות שטרות החזקה בעניין "דלית" ו"תמר", האפשרות של העלאת שיעורי המס וכללי המשפט הבינלאומי בדבר 'הפקעות' (expropriation), האפשרות של העלאת שיעורי המס וכללי המשפט הבינלאומי בדבר טיפול הוגן וצודק (Fair & Equitable Treatment), וכן באפשרות של העלאת שיעורי המס וכללי המשפט הבינלאומי בדבר הגנה וביטחון על משקיעים זרים ורכושם והעלאת שיעורי המס וכללי המשפט הבינלאומי בדבר איסור אפלייה (National Treatment).

## 1. להלן תמצית חוות הדעת:

א. הכללים הנכללים באמנת הידידות בין ישראל וארצות הברית לא נקלטו בחקיקה של מדינת ישראל וככאלה, אין להם תוקף תחיקתי בדין הישראלי. באם תאמץ הכנסת חקיקה ברורה ומפורשת בענייני מס המוטל על הפקת גז ואנרגיה משטחים הנתונים לריבונותה של מדינת ישראל, בתי המשפט בישראל יהיו מצווים להחיל חקיקה זו, גם אם זו סותרת הוראות שנקבעו באמנת הידידות בין שתי המדינות.

ב. אם יתגלע סכסוך באשר לתחולה או הפרה של אמנת הידידות בין ישראל לארצות הברית, והסכסוך לא יפתר במשא ומתן ומגעים דומים, ארצות הברית תהא רשאית לאמץ את ריבם של המשקיעים הזרים שלה ולהגיש תביעה נגד מדינת ישראל בבית הדין הבינלאומי לצדק. סקירת הפרקטיקה הקיימת של ארצות הברית בתחום ההשקעות הבינלאומיות אינה מגלה כלל נטייה להגיש תביעות נגד

מדינות אחרות בבית הדין הבינלאומי לצדק בהאג. אולם עוד בטרם תגיש ארצות הברית תביעה שכזו לבית הדין הבינלאומי לצדק, יהיה על המשקיעים של ארצות הברית למצות את כל הסעדים המשפטיים והמינהליים העומדים לרשותם על-פי הדין הישראלי (כולל פנייה לגופים מיוחדים שהוקמו או יוקמו על-ידי מדינת ישראל), ונטל ההוכחה בעניין זה יוטל על ארצות הברית.

ג. באשר לטענה שמשקיעים של ארצות הברית יכולים להגיש תביעה 'ישירה' נגד מדינת ישראל בטרביבונלים בינלאומיים, תנאי מקדים ויסודי לסמכות שיפוט של טריבונלים בינלאומיים הוא מתן הסכמה ברורה ומפורשת של המדינות הנוגעות בדבר להתדיינות בפני טריבונלים כאלה. אמנת הידידות מתייחסת בפירוש למספר אפשרויות ליישוב סכסוכים אך אינה כוללת הוראה מסוג כל שהוא (ובכל תנאי שהוא) בדבר הגשת תביעות 'ישירות' של משקיעים של מדינה אחת נגד המדינה השנייה. אין ספק שמדינת ישראל לא נתנה באמנת הידידות את הסכמתה לסמכות השיפוט של טריבונלים בינלאומיים שידונו בתביעות 'ישירות' של משקיעים של ארצות הברית.

ד. אמנת הידידות בין ישראל לארצות הברית כוללת הוראות רבות המחילות את כלל הטיפול המועדף ביותר לסדרה ארוכה של תחומים אך לא כך באשר לסמכות השיפוט של טריבונלים בינלאומיים. המדובר בהסדר שלילי המצביע על כך ששתי המדינות לא רצו לתת את הסכמתן לסמכות שיפוט של טריבונלים בינלאומיים בתביעות 'ישירות' של משקיעים זרים נגדן. גם אם אמנת הידידות בין ישראל לארצות הייתה כוללת (באופן היפותטי בלבד) סעיף כללי בדבר טיפול מועדף ביותר, פסקי בוררות בינלאומיים שניתנו בתחום זה מצביעים על כך שאם משקיעים של ארצות הברית יגישו תביעה 'ישירה' נגד מדינת ישראל בטרביבונל בינלאומי, תביעה שכזו תידחה על הסף בשל העדר סמכות שיפוט.

ה. מהוראות שטרות החזקה של "תמר" ו"דלית" עולה שבעלי שטרות החזקה היו מודעים בעת עשיית השטרות לעובדה שכללי הדין של מדינת ישראל החלים על חיפוש והפקת גז טבעי עשויים להשתנות בעתיד. מדו"חות שנתיים ומסמכים נוספים של תאגידים העוסקים בהפקת גז ודלק באזורים הנתונים לריבונות ישראל עולה שהמשקיעים בתחום זה מודעים לאפשרות שהחקיקה של מדינת ישראל בתחום זה (כולל באשר לכללי המיסוי) תשתנה במהלך ביצוע ההשקעה.

ו. העלאת שיעורי מס על משקיעים זרים אינה נחשבת כהפקעה רשמית המזכה בפיצוי. העלאת שיעורי מס יכולה להוביל להפקעה עקיפה (המזכה בפיצוי) בנסיבות חריגות. כדי שהעלאת מס תיחשב כהפקעה עקיפה יש להוכיח שהשינוי בחוק המיסוי גרם לתוצאות שוות ערך להפקעה רשמית: כלומר, שהמשקיע איבד את שליטתו ברכוש, שרכושו הפך ל"חסר ערך", שהחוק גרם ישירות

לביטול כמעט מוחלט של ערך ההשקעה, או שהחוק ביטל את כל או כמעט כל הרווחים שהיו צפויים לצמוח מהרכוש. מהנתונים שנמסרו לי נראה שאם יוחלט על שינוי העלאת מס המוטל על תאגידים המפיקים גז טבעי במדינת ישראל, נסיבות חריגות כאלה לא יתקיימו.

ז. גם אם יועלה שיעור המס המוטל על תאגידים המפיקים גז ודלק בישראל, והדבר יפגע בצורה חמורה ברווחיהם של המשקיעים הזרים, טריבונלים בינלאומיים הדגישו שצעדים ממשלתיים מקובלים שנקטים למטרות ציבוריות שאינם מפלים לרעה משקיעים זרים, ושאינם סותרים התחייבות ספיציפית של הממשלה, אינם נחשבים כהפקעה המזכה את המשקיעים בפיצויים.

ח. במקרה שלפנינו, המסמכים המשפטיים החלים בין מדינת ישראל לבין המשקיעים של ארצות הברית (הסכם, היתר, זכיון, רישיון, שטר חזקה וכו') אינם כוללים 'סעיף ייצוב'. בהעדר 'סעיף ייצוב', שינוי בחקיקת מדינת ישראל עלול להיחשב כהפרה של ציפיות לגיטימיות (והפרת הכלל בדבר טיפול הוגן וצודק) אם מדינת ישראל התחייבה כלפי המשקיעים של ארצות הברית בצורה ספיציפית וברורה שלא לשנות חקיקה זו. לעניין זה, אין די בהערות עידוד כלליות של הממשלה כדי ליצור ציפיות לגיטימיות. מהמידע שנמסר לי עולה שמדינת ישראל לא יצרה התחייבות שכזאת כלפי משקיעים של ארצות הברית.

ט. פסקי בוררות מצביעים שבהעדר 'סעיף ייצוב' בהסכם ההשקעה או התחייבות ספיציפית וברורה, הכלל בדבר טיפול הוגן וצודק שנכלל באמנת הידידות אינו תחליף ל'סעיף ייצוב' המבטיח למשקיעים זרים שהדין המקומי לא ישתנה, וש במקרים כאלה על משקיעים סבירים לצפות שכללי הדין של המדינה המארחת עשויים להשתנות. בהעדר 'סעיף ייצוב' או הבטחה ספיציפית שניתנה על-ידי המדינה (בדרך כלל בהסכם, היתר או רישיון), טריבונלים בינלאומיים אינם נוטים כלל לקבל את הטענה ששינוי בחקיקת המדינה לבדו מפר ציפיות סבירות של משקיעים שהדין לא ישתנה.

י. גם כאשר יש ראיות מסוימות בדבר התחייבות או מצג מסויים של המדינה כלפי המשקיע הספיציפי בדבר אי-שינוי הדין בעתיד, יש לשקול בעניין זה הן את האינטרס של המשקיע הפרטי ביציבות הדין והן את האינטרס הציבורי לשנות את הדין מעת לעת ולהתאימו לנסיבות המשתנות.

יא. פסקי בוררות, כתבי מומחים משפטיים, הנתונים העומדים בפני בקשר להעלאת מסים על הפקת אנרגיה במדינות אחרות בעשור האחרון, והמסמכים הרלבנטיים של התאגידים העוסקים בהפקת גז טבעי ודלק בישראל שהועברו לי, מצביעים על כך שהעלאה סבירה בשיעור המס המוטל על משקיעים העוסקים בהפקת גז טבעי בישראל לא תהווה הפרה של ציפיות לגיטימיות של משקיעים

זרים. זאת כמובן אם שיעורי המס החדשים לא ימנעו ממשקיעים זרים להפיק כל רווח מההשקעה שלהם.

יב. הכלל בדבר הגנה וביטחון שנכלל באמנת הידידות מחייב את מדינת ישראל שלא לתקוף משקיעים של ארצות הברית ואת רכושם, ובנסיבות מסויימות אף לנקוט בצעדים אקטיביים להגן עליהם מפני התקפות על-ידי גורמים לא מדינתיים.

יג. הכללים שנכללים באמנת הידידות בדבר חובת הטיפול הלאומי מורים שאם מדינת ישראל תחליט להעלות את המס החל על משקיעים מארצות הברית העוסקים בהפקת גז טבעי ודלק באזורים הנתונים לריבונותה, יהיה על מדינת ישראל להחיל את אותם שיעורי המס החדשים גם על משקיעים ישראלים העוסקים בהפקת גז טבעי ודלק באזורים אלה.

## I. סוגיות דיוניות

### **א. יישוב הסכסוך בבתי משפט בישראל (והשפעת כללי המשפט הבינלאומי)**

2. לבתי המשפט בישראל יש כמובן סמכות ליישב סכסוכים באשר למסים המוטלים על בני אדם ותאגידים המפיקים משאבים טבעיים בשטחי מדינת ישראל ובאזורי הים הנתונים לריבונותה. בחלק זה של חוות הדעת אתייחס רק בקצרה להשפעתם של כללי המשפט הבינלאומי, ובמיוחד להוראות אמנת הידידות, הסחר והשייט בין ישראל לארצות הברית (1951)<sup>1</sup> (להלן: אמנת הידידות) במשפט הישראלי.

3. השאלה הראשונה שיש לדון בה נוגעת לתחולת כללי אמנת הידידות בין ישראל לארצות הברית בדין הישראלי. על-פי הדין הנוהג בישראל, כללי המשפט הבינלאומי המינהגי הם בעלי תוקף מחייב במשפט הישראלי גם ללא אימוץ מפורש בחקיקת הכנסת,<sup>2</sup> וזאת כל עוד כללים אלה אינם סותרים הוראות ברורות שנקבעו בחקיקה ראשית.<sup>3</sup> על אף שקיימים כ-2,700 אמנות דו-צדדיות העוסקות

<sup>1</sup> ברית ידידות, מסחר וספנות בין ישראל ובין ארצות הברית של אמריקה, כתב אמנה מספר 24, כרך 2, עמ' 15

<sup>2</sup> ראו למשל המ' 41/49 שמשון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ע ט 14; ע"פ 174/54 שטמפר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י 5; בג"ץ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(2) 197, 238-239; עפו, לעיל ה"ש שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת. 20, בעמ' 35, 76; עניין אבו עיטה, לעיל ה"ש שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת. 25; בג"ץ 591/88 טאהה נ' שר הביטחון, פ"ד מה(2) 45; בג"ץ 606/78 אויב נ' שר הביטחון, פ"ד לג(2) 113, 120; בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1, 14. ראו גם רות לפידות, "מקומו של המשפט הבין-לאומי הפומבי במשפט הישראלי" משפטים יט 807, 808-812 (התש"ן);

<sup>3</sup> ראו למשל ע"פ 5/51 שטיינברג נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ה 1061; בג"ץ 103/67 דה אמריקן אירופין בית אל מישן נ' שר הסעד, פ"ד כא(2) 325.

בהגנת השקעות<sup>4</sup> ברור שאמנות בינלאומיות דו-צדדיות רבות (על-אף שיש דמיון ביניהן) אינן מובילות ליצירת דין מנהגי חדש (כך, למשל, גם לעניין אמנות דו-צדדיות רבות בדבר הסגרת עבריינים או בעניין הקמת אזור סחר חופשי).<sup>5</sup>

4. כך, למשל, פסק טריבונל הבוררות בעניין UPS v. Canada שסעיפים דומים בדבר טיפול הוגן וצודק המופיעים באמנות השקעה רבות לא יוצרים דין מנהגי חדש:

"97 .. the many bilateral treaties for the protection of investments on which the argument depends vary in their substantive obligations; while they are large in number their coverage is limited; and, as we have already said, in terms of opinion juris there is no indication that they reflect a general sense of obligation. The failure of efforts to establish a multilateral agreement on investment provides further evidence of that lack of a sense of obligation. ...."<sup>6</sup>

5. הכללים הנכללים באמנת הידידות בין ישראל וארצות הברית לא נקלטו בחקיקה של מדינת ישראל וככאלה, אין להם תוקף תחיקתי בדין הישראלי. בשורה ארוכה של פסקי דין שניתנו על-ידי בתי המשפט בישראל נקבע שלהוראות של אמנות בינלאומיות שנכרתו על-ידי המדינה, ולא עברו תהליך

---

<sup>4</sup> ראו, למשל, Recent Developments in International Investment Agreements (UNCTAD, 2009),

[http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20098\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20098_en.pdf)

<sup>5</sup> ראו, למשל, סעיף 25 לכללי האגודה למשפט בינלאומי בדבר יצירת דין מנהגי בינלאומי:

"25. *There is no presumption that a succession of similar treaty provisions gives rise to a new customary rule with the same content*". ILA Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law (2000), pp. 47-48.

ראו לעניין זה, גם

T Gazzini, 'The Role of Customary International Law in the Field of Foreign Investment' (2007) 8 *Journal of World Investment and Trade* 691, 694; P Dumberry, 'Are BITs Representing the 'New' Customary International Law in International Investment Law?' (August 26, 2010) 28 *Penn State International Law Review* 675. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1666218>

<sup>6</sup> *UPS v. Canada*, UNCITRAL (NAFTA), Award on Jurisdiction of 22 November 2002, [97], <http://naftaclaims.com/Disputes/Canada/UPS/UPSAwardOnJurisdiction.pdf>

של קליטה על-ידי הכנסת, אין תוקף תחיקתי בדין הישראלי.<sup>7</sup> כך, למשל, פסק בית המשפט העליון  
בפרשת **אבו-עיטא**:

"כללי המשפט הבינלאומי ההסכמי אינם נקלטים אוטומטית ואינם הופכים לחלק מן הדין  
החל בישראל, כל עוד לא אומצו או שולבו בדרך החקיקה והפכו לחלק מן המשפט החל  
בישראל, מכוח הוראותיו של חוק חרות או של חקיקת משנה, ששאבה כוחה מהסדר  
חקיקתי"<sup>8</sup>

מכאן, שלאמנת הידידות בין שתי המדינות (שלא נקלטה בחקיקה הישראלית) אין תוקף תחיקתי  
במשפט הישראלי.

6. עם זאת, כאשר ניתן לפרש את הוראות החוק הישראלי במספר דרכים, על בתי המשפט בישראל  
להעדיף את הפרשנות העולה בקנה אחד עם התחייבויותיה הבין-לאומיות של המדינה (כולל אלה  
שנקבעו באמנות בינלאומיות).<sup>9</sup> יש להדגיש שחזקה זו ניתנת לסתירה, ובמיוחד כאשר לשון החקיקה  
הישראלית היא ברורה. במקרים שבהם לשון החקיקה הראשית היא ברורה, בתי המשפט בישראל  
מצווים להחיל את הוראות החקיקה הישראלית, גם אם אלה סותרות כללים שנקבעו באמנות  
בינלאומיות שבהן התקשרה ישראל.<sup>10</sup> כך, למשל, פסק לאחרונה בית המשפט העליון בפרשת יש דין  
נ. מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון:

<sup>7</sup> ראו, למשל, החלטות בית המשפט העליון בנושא אמנת ג'נבה הרביעית ובנושא אמנות זכויות אדם שסירבו ליישם את  
הוראותיהן בשל אי-קליטתן לדין הפנימי. ראו למשל: בג"ץ 785/87 עפו, לעיל, הי"ש 6, בעמ' 33-48; בג"ץ 2977/91 תג נ'  
**שר הביטחון**, פ"ד מו(5) 467, 472; בג"ץ 1554/95 שוחרי גיל"ת נ' שר החינוך, פ"ד נ(3) 2, 28; בג"ץ 9937/01 חורב נ'  
**מדינת ישראל**, פ"ד נח(6) 738, 749; ע"א 25/55 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' סמארה, פ"ד י 1825.

ראו גם משה הירש (ע), הסמכות לכרות אמנות במדינת ישראל: ניתוח ביקורתי והצעה לרפורמה, מכון דיווידס לחקר  
היחסים הבינלאומיים (2009) – פרק אחרון – עמ' 123 ליד הי"ש 23, וכן הפרק מאת גיל-עד נועם בספר זה – יכריתת  
אמנות בישראל: הדין המצוי

<sup>8</sup> בג"צ 69/81 עבו עיטה נ. מפקד איזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(2) 197, 234.

<sup>9</sup> ראו למשל בג"ץ 2599/00 ית"ד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834, 846; דני"פ  
7048/94 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721; בג"ץ 5100/94 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל,  
פ"ד נג(4) 817; עניין קמיאר, לעיל הי"ש שגיא! הסימניה אינה מוגדרת. 10, בעמ' 112; ע"א 522/70 אלקוטוב נ' שאהין,  
פ"ד כה(2) 77, 80; ע"פ 3112/94 אבו-חסן נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 422, 430; בג"ץ 4542/02 עמותת קו לעובד נ'  
ממשלת ישראל (טרם פורסם, 30.3.2006), פסקאות 35-37 לפסק-דינו של השופט לוי.

<sup>10</sup> ראו למשל ע"פ 336/61 אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טו 2032, 2040-2041; ע"פ 6182/98 שינבין נ' היועץ  
המשפטי לממשלה, פ"ד נג(1) 625, בעניין פירוש המונח "אזרח" בחוק ההסגרה, התשי"ד-1954, לאור אי ההתאמה בין  
הוראות החוק (כנוסחו באותה עת) לבין אמנת ההסגרה בין ארצות הברית לבין ישראל, שנחתמה בטרם התקבל התיקון  
לחוק ההסגרה שבו נקבע כי אזרח ישראל לא יוסגר למדינה אחרת.

"עם זאת, אין חולק כי כאשר הוראות חוק מפורשת בחוק הישראלי הפנימי עומדת אל מול כללי המשפט הבינלאומי, גם כאשר המדובר במשפט מנהגי, הדין הישראלי מכריע."<sup>11</sup>

7. **לסיכום**, הוראות אמנת הידידות בין ישראל לבין ארצות הברית לא נקלטו בחקיקה של מדינת ישראל וככאלה אין להן תוקף תחיקתי בדין הישראלי. אם תאמץ הכנסת חקיקה ברורה ומפורשת בענייני מס המוטל על מפיקי גז טבעי ודלק כנ"ל, בתי המשפט בישראל יהיו מצווים להחיל חקיקה זו, גם אם זו סותרת הוראות שנקבעו באמנת הידידות. אם הכנסת תאמץ חקיקה חדשה הניתנת למספר פירושים, על בתי המשפט להעדיף את הפרשנות העולה בקנה אחד עם התחייבותיה של מדינת ישראל שנקבעו באמנת הידידות.

## **ב. יישוב הסכסוך בבית הדין הבינלאומי לצדק (International Court of Justice)**

8. **(1) סמכות שיפוט**: סעיף 24 לאמנת הידידות, סחר ושייט בין מדינת ישראל לארצות הברית מורה כדלקמן:

1. Each Party shall accord sympathetic consideration to, and shall afford adequate opportunity for consultation regarding, such representations as the other Party may make with respect to any matter affecting the operation of the present Treaty.

2. Any dispute between the Parties as to the interpretation or application of the present Treaty, not satisfactorily adjusted by diplomacy, shall be submitted to the International Court of Justice, unless the Parties agree to settlement by some other pacific means.

סעיף 24(2) כולל שלושה שלבים עיקריים ביישוב סכסוכים המתגלעים בין ישראל וארצות הברית בקשר לפרשנות או החלת אמנת הידידות:

(1) מגעים דיפלומטיים בין הצדדים, כולל משא ומתן ותקשורת אחרת בין שתי הממשלות;

(2) אם המגעים הדיפלומטיים הנ"ל אינם מובילים ליישוב הסכסוך, הצדדים יכולים להסכים ליישב את הסכסוך בדרכים מקובלות אחרות (pacific means), למשל, תיווך או פישור.

---

<sup>11</sup> בג"צ 2690/09 יש דין נ. מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית 28/3/2010 (קטע 6), <http://www.lawpubshop.co.il/?CategoryID=266&ArticleID=1868>

(3) אם הצדדים לא מצליחים ליישב את הסכסוך במגעים דיפלומטיים או בדרך אחרת כנ"ל, הסכסוך יוגש לבית הדין הבינלאומי לצדק.

יש לציין שרק מדינות רשאיות להגיש תביעות נגד בית הדין הבינלאומי לצדק.<sup>12</sup>

9. **(2) עליונות הדין הבינלאומי:** סעיף 24(2) לאמנת הידידות מורה שאם ישראל וארצות הברית לא יצליחו ליישב את הסכסוך במגעים דיפלומטיים או בדרך אחרת, יוכל כל צד להגיש את הסכסוך לבית הדין הבינלאומי לצדק שמושב בהאג. בית הדין הבינלאומי לצדק מיישב סכסוכים (גם כאלה שהתגלעו מאמנות מסוג זה) על-פי כללי המשפט הבינלאומי.<sup>13</sup> במקרה של סתירה בין כללי הדין של מדינת ישראל (כולל חוקי הכנסת) לבין כללי המשפט הבינלאומי (כולל הוראות שנקבעו באמנת הידידות בין ישראל לארצות הברית), בדרך כלל יקנה בית הדין הבינלאומי עדיפות לכללי המשפט הבינלאומי.

סעיף 27 לאמנת וינה בדבר דיני אמנות 1969 מבהיר לעניין זה:

*Article 27 Internal law and observance of treaties*

A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty. This rule is without prejudice to article 46.

מכאן ברור שבהליכים המתנהלים בטריבונלים בינלאומיים, כולל בבית הדין הבינלאומי לצדק, מדינת ישראל לא תוכל בדרך כלל להתגונן ולטעון שהפרה של אמנת הידידות עם ארצות הברית נובעת מחובתה לציית לכלל מסויים של המשפט הפנימי שלה (באשר לחובותיה של מדינת ישראל על-פי אמנת הידידות, ראו בפרקים הבאים).

<sup>12</sup> ראו: 1945 Statute of the International Court of Justice, at Art. 34 [להלן 'חוקת בית הדין הבינלאומי']

<http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0>

<sup>13</sup> ראו סעיף 38 לחוקת בית הדין הבינלאומי. <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0>

10. **(3) מיצוי תרופות מקומיות:** אחד הכללים הבסיסיים ביותר של המשפט הבינלאומי בעניין תביעות בינלאומיות מורה שכאשר המדינה מאמצת את ריבו של אזרח שלה (כולל משקיע) נגד מדינה אחרת, ומגישה בעניין זה תביעה בינלאומית נגד המדינה השנייה, על המדינה התובעת למצות את כל התרופות המקומיות הקיימות במדינה הנתבעת.<sup>14</sup> כך, למשל, מורה סעיף 14 לטיוטת הכללים של הוועדה למשפט בינלאומי של האו"ם בדבר הגנה דיפלומטית:

*Article 14: Exhaustion of local remedies*

1. A State may not present an international claim in respect of an injury to a national or other person referred to in draft article 8 before the injured person has, subject to draft article 15, exhausted all local remedies.<sup>15</sup>

הוועדה למשפט בינלאומי מבהירה בדברי הפרשות שלה (Commentary) שהמדובר בכלל המשקף את המשפט המינהגי הנוהג, שכלל זה אומץ גם בפסקי הדין של בית הדין הבינלאומי לצדק,<sup>16</sup> ושהכלל חל גם על תאגידים.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> ראו למשל, [1959] Preliminary objections, *Interhandel Case (Switzerland v. United States of America)*, ICJ Rep 6, 27.

<sup>15</sup> ראו

ILC, 2006 Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries  
[http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_8\\_2006.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf)

<sup>16</sup> הוועדה למשפט בינלאומי של האו"ם הכריזה בעניין זה:

(1) Draft article 14 seeks to codify the rule of customary international law requiring the exhaustion of local remedies as a prerequisite for the exercise of diplomatic protection. This rule was recognized by the International Court of Justice in the *Interhandel* case as “a well-established rule of customary international law” and by a Chamber of the International Court in the *Elettronica Sicula (ELSI)* case as “an important principle of customary international law”. The exhaustion of local remedies rule ensures that “the State where the violation occurred should have an opportunity to redress it by its own means, within the framework of its own domestic system”. The International Law Commission has previously considered the exhaustion of local remedies in the context of its work on State responsibility and concluded that it is a “principle of general international law” supported by judicial decisions, State practice, treaties and the writings of jurists. [footnotes omitted] Ibid, 71.

<sup>17</sup> הוועדה למשפט בינלאומי של האו"ם הצהירה בעניין זה כדלקמן:

(2) Both natural and legal persons are required to exhaust local remedies. A foreign company financed partly or mainly by public capital is also required to exhaust local remedies. Non-nationals of the State exercising protection, entitled to diplomatic protection in the exceptional circumstances provided for in draft article 8, are also required to exhaust local remedies.

11. הביטוי "תרופות מקומיות" כולל את כל הסעדים העומדים לרשות הצד המתלונן בקשר לפנייה לגופים שיפוטיים או מינהליים, כולל גופים מיוחדים של המדינה שנגדה מוגשת התביעה. יש למצות סעדים כאלה גם כאשר המדובר בתביעה לצו הצהרתי נגד המדינה.<sup>18</sup>

12. סכסוך שהתגלע בין ארצות הברית לאיטליה בעניין הטיפול במשקיעים של ארצות הברית (ושהתייחס גם הוא לאמנת הידידות בין שתי המדינות משנת 1948) הוגש להרכב (Chamber) של בית הדין הבינלאומי לצדק.<sup>19</sup> בית הדין הבינלאומי דן במקרה זה בטענה שאיטליה הפרה את זכויותיו של התאגיד האמריקאי (ELSI), והוא נדרש ראשית לסוגיה של תחולתו של הכלל בדבר מיצוי תרופות מקומיות לסכסוך שהוגש לבית הדין על-פי אמנת הידידות בין שתי המדינות. בית הדין הבינלאומי הבהיר שהכלל בדבר מיצוי תרופות מקומיות חל בבירור גם בתביעות מסוג זה (אלא אם שתי המדינות הסכימו אחרת):

50. .... The Chamber has no doubt that the parties to a treaty can therein either agree that the local remedies rule shall not apply to claims based on alleged breaches of that treaty; or confirm that it shall apply. **Yet the Chamber finds itself unable to accept that an important principle of customary international law should be held to have been tacitly dispensed with, in the absence of any words making clear an intention to do so.** This part of the United States response to the Italian objection must therefore be rejected.<sup>20</sup> (Emphasis added)

13. חובה זו למצות תרופות מקומיות נדחית רק במקרים חריגים: כאשר אין סעדים סבירים, כאשר יש עיכוב חריג במתן התרופה (ועיכוב זה מיוחס לרשויות המדינה הנתבעת), כאשר אין קשר בין

---

<sup>18</sup>סעיפים 14(2) ו-14(3) לטיוטת כללי הוועדה למשפט בינלאומי של האו"ם מורים בעניין זה:

Article 14

.....

2. "Local remedies" means legal remedies which are open to the injured person before the judicial or administrative courts or bodies, whether ordinary or special, of the State alleged to be responsible for causing the injury.

3. Local remedies shall be exhausted where an international claim, or request for a declaratory judgment related to the claim, is brought preponderantly on the basis of an injury to a national or other person referred to in draft article 8.

*Eletronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States v Italy)*, Judgment of 20 July 1989, [1989] ICJ Rep 15, <sup>19</sup> [50].

<sup>20</sup>פס"ד ELSI, ראה לעיל.

המשקיע הניזוק לבין המדינה האחראית לפגיעה, כאשר המשקיע מנוע מלפנות לרשויות המתאימות של המדינה הנתבעת (למשל, בשל גירוש המשקיע על-ידי רשויות המדינה), או כאשר המדינה הנתבעת ויתרה על הדרישה למצות תרופות מקומיות.<sup>21</sup>

14. **(4) נטל הראייה:** על המדינה התובעת מוטל נטל ההוכחה להראות לבית הדין שאכן מוצו כל התרופות המקומיות (או שאכן התקיימו החריגים המיוחדים). בית הדין הבינלאומי לצדק הצהיר בהחלטתו בעניין גינאה נגד קונגו (בעניין משקיע זר) כדלקמן:

44. In matters of diplomatic protection, **it is incumbent on the applicant to prove that local remedies were indeed exhausted or to establish that exceptional circumstances relieved the allegedly injured person whom the applicant seeks to protect of the obligation to exhaust available local remedies** (see *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)*, *I.C.J. Reports 1989*, pp. 43-44, para. 53). It is for the respondent to convince the Court that there were effective remedies in its domestic legal system that were not exhausted (see *ibid.*, p. 46, para. 59).<sup>22</sup> (Emphasis added)

15. **לסיכום**, מכל אלה עולה שעוד בטרם תגיש ארצות הברית תביעה לבית הדין הבינלאומי לצדק על-פי סעיף 24(2) לאמנת הידידות עם מדינת ישראל, יהיה על המשקיעים של ארצות הברית למצות את כל הסעדים המשפטיים והמינהליים העומדים לרשותם על-פי הדין הישראלי (כולל פנייה לגופים מיוחדים שהוקמו או יוקמו על-ידי מדינת ישראל), ונטל ההוכחה בעניין זה יוטל על ארצות הברית. במקרה של סתירה בין כללי הדין של מדינת ישראל (כולל חוקי הכנסת) לבין כללי המשפט הבינלאומי (כולל הוראות שנקבעו באמנת הידידות בין ישראל לארצות הברית), בדרך כלל יקנה בית הדין הבינלאומי עדיפות לכללי המשפט הבינלאומי. סקירת הפרקטיקה הקיימת של ארצות הברית בתחום ההשקעות הבינלאומיות אינה מגלה כלל נטייה להגיש תביעות נגד מדינות אחרות בבית הדין הבינלאומי לצדק בהאג. מאז הקמתו של בית הדין הבינלאומי בשנת 1945, הגישה ארצות הברית רק

<sup>21</sup> על החריגים, ראו בפירוט, סעיף 15 לטיוטת הוועדה למשפט בינלאומי בדבר הגנה דיפלומטית:

UNGA Sixth Committee (58<sup>th</sup> session) 'Draft Articles on Diplomatic Protection' (2006) appears in Official Records of the General Assembly, Sixty First Session, Supplement No. 10, UN Doc A/61/10 [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9\\_8\\_2006.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_8_2006.pdf)

<sup>22</sup> *Diallo (Guinea v. Congo)* (Preliminary Objections, 24 May 2007) General List No. 103 [2007] ICJ Rep 1, [44], available at: <http://www.icj-cij.org/docket/files/103/13856.pdf>

תביעה אחת בעניין השקעות בינלאומיות. בשנת 1989 הגישה ארצות הברית תביעה נגד איטליה בנושא השקעות זרות (פס"ד ELSI שנדון לעיל), ומאז היא לא עשתה כך.

### ג. סמכות שיפוט של טריבונלי בוררות בינלאומית לדון בתביעה 'ישירה' של משקיעים של ארצות הברית נגד מדינת ישראל

16. (1) סמכות שיפוט של טריבונלים בינלאומיים: להבדיל מהדיון לעיל בדבר האפשרות להתדיינות בין ישראל לארצות הברית בבית הדין הבינלאומי לצדק ע"פ סעיף 24(2) לאמנת הידידות, עולה שאלה באשר לסמכות השיפוט של טריבונלים בינלאומיים אחרים, ובמיוחד טריבונלי בוררות העוסקים בהשקעות בינלאומיות, לדון בתביעות 'ישירות' של משקיעים של ארצות הברית נגד ממשלת ישראל. יש להדגיש שאין המדובר כאן ביישוב סכסוך במישור הבין-מדינתי, אלא באפשרות שהמשקיעים בעצמם (אינדיבידואלים או תאגידים) שלהם אזרחות של ארצות הברית יגישו תביעה 'ישירה' נגד ממשלת ישראל בטריבונלים בינלאומיים. אחד העקרונות היסודיים ביותר של המשפט הבינלאומי הפומבי הוא שטריבונלים בינלאומיים יכולים לדון במחלוקות רק כאשר שני הצדדים לסכסוך שבפניהם נתנו את הסכמתם המפורשת לקבל על עצמם את סמכות השיפוט של הטריבונל הבינלאומי המסויים.<sup>23</sup> דו"ח חבר המנהלים המסביר את האמנה המייסדת את המרכז הבינלאומי ליישוב סכסוכי השקעות (ICSID) מצהיר בהקשר זה:

“Consent of the parties is the **cornerstone of the jurisdiction** of the Centre.”<sup>24</sup>  
(Emphasis added)

17. והמבוא לאמנה חשובה זו מבהיר בצורה חדה וברורה שהצטרפות מדינות לאמנת ICSID (שגם ישראל וגם ארצות הברית הצטרפו אליה) לבדה אינה מקנה סמכות שיפוט לטריבונלים של המרכז

<sup>23</sup> על התפקיד הקריטי של הסכמת הצדדים בעניין סמכות שיפוט של טריבונלים בינלאומיים ליישוב סכסוכי השקעות, ראו גם

JG Merrills, *International Dispute Settlement* (4th edn, CUP, Cambridge, 2005), 103; C Reiner and C Schreuer, 'Human Rights and International Investment Arbitration' in PM Dupuy, F Francioni and EU Petersmann (eds), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (OUP, Oxford, 2009), 82.

<sup>24</sup> IBRD, *Report of The Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of other States* (18 March 1965), section B part V, available at <http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partB-section05.htm> .

הבינלאומי ליישוב סכסוכי השקעות. כדי להקנות סמכות שיפוט לטריבונלים של המרכז, יש צורך בהסכמה נוספת (ונפרדת) להצטרפות הכללית לאמנה של שני הצדדים שביניהם התגלע הסכסוך:

Declaring that **no Contracting State shall by the mere fact of its ratification**, acceptance or approval of this Convention and without its consent **be deemed to be under any obligation to submit any particular dispute to conciliation or arbitration**, ..." (Emphasis added)<sup>25</sup>

וגם סעיף 25 לאמנה המקימה את המרכז ליישוב סכסוכים מדגיש שהקניית סמכות שיפוט לטריבונלים של המרכז מחייבת את הסכמת שני הצדדים – ובכתב – להגיש את הסכסוך למרכז ליישוב סכסוכי השקעות.<sup>26</sup>

והחוקרים Schreuer & Dolzer מאשרים זאת בספרם על דיני השקעות:

**The jurisdiction of ICSID requires** an investment dispute of a legal nature between a state party to the Convention and a nation of another state that is also a party to the Convention. **In addition, the two parties to the dispute (the host state and the investor) must have consented to ICSID's jurisdiction.**<sup>27</sup> (Emphasis added)

18. מכל אלה ברור שתנאי ברור להקניית סמכות שיפוט לטריבונל בינלאומי ליישוב סכסוך בין מדינת ישראל לבין משקיעים זרים (מכל מדינה שהיא) הוא הסכמה בכתב של מדינת ישראל. הסכמה כזו בכתב יכולה להינתן, למשל, באמנה בינלאומית בין מדינות (וזאת בנוסף להצטרפות המדינה לאמנה המקימה את המרכז הבינלאומי ליישוב סכסוכי השקעות).

---

<sup>25</sup> Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (opened for signature 18 March 1965, entry into force 14 October 1966) 575 UNTS 159, available at: [http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc\\_en-archiv/ICSID\\_English.pdf](http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc_en-archiv/ICSID_English.pdf)

<sup>26</sup> סעיף 25(1) לאמנת ICSID מורה כדלקמן:

(1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, **which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre**. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally. (Emphasis added)

<sup>27</sup> Dolzer & Schreuer, *Principles of International Investment Law* (OUP, Oxford, 2008), 223.

19. **(2) הוראות אמנת הידידות:** אמנות בינלאומיות דו-צדדיות רבות בדבר הגנת משקיעים זרים, ובמיוחד אלה שנכרתו בשני העשורים האחרונים, כוללות הוראות מפורשות שבהן נותנות המדינות את הסכמתן הברורה ומראש לכך שמשקיעים זרים (אינדיבידואלים או תאגידים) יוכלו להגיש נגדן תביעות ישירות (כאשר אלה 'המדינות המארחות'), וזאת על-פי התנאים המיוחדים שנקבעו בכל אמנה ואמנה. גם מדינת ישראל כרתה מספר אמנות דו-צדדיות להגנת השקעות שבהן היא נתנה את הסכמתה הברורה לסמכות השיפוט של טריבונלי בוררות בתביעות ישירות שיוגשו נגדה על-ידי משקיעים זרים (על-פי התנאים שנקבעו בכל אמנה)<sup>28</sup> כך עשתה גם ארצות הברית בסדרה ארוכה של אמנות בינלאומיות להגנת השקעות.<sup>29</sup> באשר ליהסים הדו-צדדיים שבין מדינת ישראל לארצות הברית, כאשר שתי המדינות חפצו לעגן בהסכם דו-צדדי מנגנון ליישוב סכסוכים – הם עשו זאת בצורה ברורה ומפורשת (כנדרש על-פי כללי המשפט הבינלאומי). שתי המדינות נתנו את הסכמתן המפורשת בסעיף 19 להסכם אזור הסחר החופשי (1985) שצוות מפרשים מיוחד יוסמך (על-פי

---

<sup>28</sup> ראו, למשל, את האמנה בין ישראל לקפריסין (Agreement between the Government of the State of Israel and the Government of the Republic of Cyprus for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, כתב אמנה מס' 1417), שם נתנה ישראל את הסכמתה המפורשת שמשקיעים זרים של קפריסין יוכלו להגיש נגדה תביעה 'ישירה' לטריבונל בוררות (סעיף 8 לאמנה), וזאת בנוסף להסכמה מפורשת של הצדדים ליישוב סכסוכים במישור הבין-מדינתי (עם ממשלת קפריסין) בטריבונל בוררות (סעיף 9 לאמנה). סעיף 8 לאמנה, מורה כדלקמן:

**Settlement of Investment Disputes between a Contracting Party and an Investor.**

Any dispute which may arise between an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party in connection with an investment made in the territory of the latter shall be subject to negotiations between the parties to the dispute.

If any dispute between an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party cannot be thus settled within a period of six months, the investor shall be entitled to submit the dispute to any of the following bodies at the option of the investor concerned:

- a) a court of competent jurisdiction of the Contracting Party in whose territory the investment was made; or
- b) the International Center for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) having regard to the applicable provisions of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, opened for signature at Washington D.C. on March 18, 1965; or
- c) the Arbitral Tribunal of the International Chamber of Commerce in Paris; or
- d) an arbitrator or international ad hoc arbitral tribunal as agreed by the parties to the dispute. The arbitral tribunal shall be established according to the principles contained in Article 9, .....

<sup>29</sup> ראו, למשל, סעיפים 24-25 לאמנה בין ארצות הברית לבין אורוגוואי בנושא עידוד והגנה על השקעות Treaty between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, Treaty Doc 109-9. Available at:

[http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=109\\_cong\\_documents&docid=f:td009.109.pdf](http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=109_cong_documents&docid=f:td009.109.pdf)

התנאים שנקבעו שם) לשמוע את נציגי הצדדים ולהגיש "דין וחשבון מיוחד" המתווה, בין היתר, מי "מהצדדים לא ביצע את התחייבויותיו לפני ההסכם".<sup>30</sup>

20. אמנת הידידות בין ישראל וארצות הברית עוסקת בפירוט רב במגוון נושאים הקשורים למשקיעים של שתי המדינות, והאמנה אף כוללת הוראות מיוחדות בדבר יישוב סכסוכים. כפי שנאמר לעיל, סעיף 24 לאמנה מתווה בצורה ברורה שלושה מגננונים ליישוב סכסוכים הנוגעים להחלת האמנה: מגעים דיפלומטיים, הסכמת הצדדים ליישב את הסכסוך בדרך מקובלת אחרת, והגשת הסכסוך לבית הדין הבינלאומי לצדק. יש להדגיש, שבניגוד לסדרת האמנות להגנת השקעות הנ"ל שאותן כרתה מדינת ישראל עם מדינות שונות (וכך גם עשתה ארצות הברית באמנות עם מדינות אחרות), **אמנת הידידות בין שתי המדינות משנת 1951 אינה כוללת כל הוראה מסוג כל שהוא – וכל תנאי שהוא – בדבר הגשת תביעות ישירות על-ידי משקיעים של אחת המדינות נגד המדינה השנייה.** כלומר, על אף ששתי המדינות התייחסו במפורש בסעיף 24 לאמנת הידידות לדרכים שונות ליישוב סכסוכים הנובעים מהאמנה (כולל הגשת הסכסוך לבית הדין הבינלאומי לצדק), אין ספק שמדינת ישראל לא נתנה באמנת הידידות את הסכמתה לסמכות השיפוט של טריבונלים בינלאומיים שידונו בתביעות ישירות של משקיעים של ארצות הברית. יש לציין שהוראות המאפשרות תביעות ישירות של משקיעים נגד מדינות מארחות לא היו נפוצות כלל וכלל באמנות להגנת השקעות משנות ה-50 ("אמנות הדור הישן") והוראות כאלה נכללות לעתים קרובות באמנות מסוג זה שנכרתו בעשרים השנה האחרונות ("אמנות הדור החדש").

21. **(3) סעיף המדינה המועדפת ביותר וסמכות השיפוט של טריבונלים בינלאומיים:** בהעדר כל הוראה באמנת הידידות בין ישראל לארצות הברית המצביעה על הסכמת המדינות להקנות סמכות שיפוט לטריבונל בינלאומי בתביעות 'ישירות' על-ידי משקיעים של ארצות הברית נגד מדינת ישראל, עולה השאלה האם הוראות אמנת הידידות בדבר "טיפול מועדף ביותר" (Most Favored Nation) יכולות 'לייבא' לתוך אמנת הידידות סעיף בוררות 'ישיר' מאמנות בינלאומיות שכרתה ישראל עם מדינות אחרות (שבהן מדינת ישראל נתנה את הסכמתה לבוררות 'ישירה')? הדיון בהמשך מצביע שהתשובה לשאלה זו היא שלילית.

22. בניגוד לאמנות בינלאומיות רבות להגנת השקעות, אמנת הידידות בין ישראל וארצות הברית לא כוללת **סעיף כללי בדבר הטיפול המועדף ביותר (Most Favored Nation Clause) החל על כל**

<sup>30</sup> ראו סעיף 19 להסכם אזור סחר חופשי בין ישראל וארצות הברית 1985, כתבי אמנה מס' 972

<http://www.moital.gov.il/NR/exeres/FCBBA78F-A731-4006-8B5C-8A40F06EC9D5.htm>

**הוראות האמנה.**<sup>31</sup> מספר הוראות באמנת הידידות מתייחסות לטיפול המועדף ביותר. כלל זה נזכר במבוא לאמנת הידידות; סעיף 5(1) דן בגישה של משקיעים לטריבונלים (כולל טריבונלים מינהלים) **בתוך** שתי המדינות; סעיף 6(5)<sup>32</sup> מחיל את חובת הטיפול המועדף ביותר על סעיף 6(2) המתייחס לאיסור כניסה לא-חוקית (וגם חיפוש לא חוקי) לגישה למשרדים, מחסנים, בתי חרושת וכו' של אזרחים ותאגידים של המדינה השנייה; סעיף 6(5) דן בחובת הטיפול המועדף ביותר ביחס להפקעת רכוש הנזכר בסעיף 6(3). סעיף 7(4) לאמנה מחייב את הצדדים להעניק את הטיפול הטוב ביותר במגוון נושאים המנויים בסעיף 7, כולל בקשר להקמת תאגידים חדשים ונהל אותם,<sup>33</sup> הגבלות בדבר הקמת תאגידים, תקשורת ותחבורה, משאבים טבעיים וכו',<sup>34</sup> והליכים הנוגעים להקמת תאגידים בשליטת זרים.<sup>35</sup> סעיף 8(3) דן בחובת הטיפול המועדף ביותר ביחס לעיסוק בתחומים מדעיים, הינוכיים, דתיים ופילנתרופיים (כולל הקמת התאגדויות בתחומים אלה). סעיף 9(5) דן בכלל הטיפול המועדף ביותר ביחס לעסקאות בנכסים; סעיף 10 דן בזכויות קניין רוחני, סעיף 12(3) דן בעניין עסקאות פיננסיות, וסעיף 13 דן בנוסעים בין שתי המדינות המייצגים תאגידים באשר למכסים ומסים המוטלים עליהם (ועל מדגמים שהם נושאים עמם). סעיף 14(1) עוסק בחובת הטיפול המועדף ביותר ביחס למכסים והיטלים אחרים המוטלים על סחר במוצרים בין שתי המדינות, וסעיף 14(3) מתייחס בעניין זה לייבוא וייצוא המתבצע על-ידי אזרחים וחברות של שתי המדינות. סעיף 16(1) מחיל את חובת הטיפול המועדף ביותר על **מוצרים** של הצד השני, וזאת בקשר לנושאים המשפיעים על מיסוי פנימי, מכירה, חלוקה, אכסון ושימוש במוצרים אלה. סעיף 16(2) דן

<sup>31</sup> ראו למשל, סעיף 4 ל"אמנת המודל" של ארצות הברית בדבר הגנת השקעות (סעיף זה יידון גם בהמשך).

TREATY BETWEEN THE GOVERNMENT OF THE UNITED STATES OF AMERICA AND THE GOVERNMENT OF [Country] CONCERNING THE ENCOURAGEMENT AND RECIPROCAL PROTECTION OF INVESTMENT

<http://www.ustr.gov/sites/default/files/U.S.%20model%20BIT.pdf>

<sup>32</sup> סעיף 6(5) לאמנת הידידות מורה כדלקמן:

5. Nationals and companies of either Party shall in no case be accorded, within the territories of the other Party, less than national treatment and most-favored-nation treatment with respect to the matters set forth in paragraphs 2 and 3 of the present Article. Moreover, enterprises in which nationals and companies of either Party have a controlling interest shall be accorded, within the territories of the other Party, not less than national treatment and most-favored-nation treatment in all matters relating to the taking of privately owned enterprises into public ownership and to the placing of such enterprises under public control.

<sup>33</sup> ראו סעיף 7(1) לאמנת הידידות.

<sup>34</sup> ראו סעיף 7(2) לאמנת הידידות.

<sup>35</sup> ראו סעיף 7(3) לאמנת הידידות.

בכלל הטיפול המועדף ביותר ביחס למוצרים המופקים על-ידי אזרחים ותאגידים של כל אחת משתי המדינות וזאת באשר לכל הנושאים המשפיעים על ייצוא, מיסוי, מכר, חלוקה, אחסון ושימוש בהם.<sup>36</sup> סעיפים 19(3) ו-19(4) דנים בכלל הטיפול המועדף ביותר ביחס לכלי שייט של שתי המדינות, וסעיף 22(2) לאמנה מגדיר את הטיפול המועדף ביותר כדלקמן:

The term "most-favored-nation treatment" means treatment accorded within the territories of a Party upon terms no less favorable than the treatment accorded therein, in like situations, to nationals, companies, products, vessels or other objects, as the case may be, of any third country. It is understood that established concessions and regimes which antedate the independence of Israel do not come within the purview of Article VII, paragraph 4, and Article VIII, paragraph 3.

23. יש לציין שעל אף כל הפירוט הנ"ל בסעיפי האמנה בדבר תחולת הכלל בדבר הטיפול המועדף ביותר, אף אחד מסעיפי האמנה הנ"ל אינו מחיל את חובת הטיפול המועדף ביותר באשר להליכים ליישוב סכסוכים בטריבונלים בינלאומיים מכל סוג שהוא, ובוודאי שלא בקשר לזכות של משקיעים להגיש תביעות 'ישירות' נגד הממשלה של המדינה השנייה בטריבונלים בינלאומיים. סעיף 5(1) לאמנת הידידות מתייחס ישירות לחובת הטיפול המועדף ביותר בקשר למנגנונים שיפוטיים ומנהליים ליישוב סכסוכים – אך זאת רק בקשר לטריבונלים הפועלים בתוך הטריטוריה של כל אחת משתי המדינות:

Nationals and companies of either Party shall be accorded national treatment and **most-favored-nation treatment with respect to access to the courts of justice and to administrative tribunals and agencies within the territories of the other Party**, in all degrees of jurisdiction, both **In pursuit and in defense of their rights**. It is understood that companies of either Party not engaged in activities within the territories of the other Party shall enjoy such access therein without any requirement of registration or domestication. (Emphasis added)

---

<sup>36</sup> סעיף 16(2) לאמנה מצהיר כדלקמן:

2. Articles produced by nationals and companies of either Party within the territories of the other Party, or by companies of the latter Party controlled by such nationals and companies, shall be accorded therein treatment no less favorable than that accorded to like articles of national origin by whatever person or company produced, in all matters affecting exportation, taxation, sale, distribution, storage and use.

24. יתרה מזו, סעיף 5(2) לאמנת הידידות מתייחס במפורש לבוררות בינלאומית אך סעיף זה מתייחס רק לבוררות כזאת בין אזרחים ותאגידים של מדינה אחת לבין אזרחים ותאגידים של המדינה השנייה ולא לתביעות ישירות בין משקיעים נגד ממשלה, וסעיף זה, בניגוד לכל הסעיפים האחרים לעיל, אינו מחיל את חובת הטיפול המועדף ביותר בתחום זה:

**Contracts entered into between nationals and companies of either Party and nationals and companies of the other Party, that provide for the settlement by arbitration of controversies, shall not be deemed unenforceable within the territories of such other Party merely on the grounds that the place designated for the arbitration proceedings is outside such territories or that the nationality of one or more of the arbitrators is not that of such other Party. No award duly rendered pursuant to any such contract, and final and enforceable under the laws of the place where rendered, shall be deemed invalid or denied effective means of enforcement within the territories of either Party merely on the grounds that the place where such award was rendered is outside such territories or that the nationality of one or more of the arbitrators is not that of such Party. (Emphasis added).**

25. מכל אלה עולה שהוראות האמנה מחייבות את שתי המדינות להעניק את הטיפול המועדף ביותר ביחסים שבין שתי המדינות וכן באשר לאזרחים ותאגידים של הצד השני – אך זאת באשר לסדרה ארוכה של נושאים שפורטו בהוראות שונות של האמנה. אף אחת מההוראות הרבות לעיל המתייחסות לטיפול המועדף ביותר, כולל הוראות האמנה בדבר יישוב סכסוכים, לא מחילה את כלל הטיפול המועדף ביותר לתחום של יישוב סכסוכים או הגשת תביעות על-ידי אזרח או תאגיד של הצד השני לטריבונל בינלאומי מסוג כלשהוא. יש להדגיש שהוראות האמנה מצביעות על כך שהצדדים לאמנה היו מודעים היטב לאפשרות שיתגלעו סכסוכים בין הצדדים לאמנה (סעיף 24), וכן בין אזרחים ותאגידים של מדינה אחת לבין אזרחים ותאגידים של מדינה שנייה (סעיף 5), ולכן הם קבעו כללים מפורשים בעניין זה. עם זאת, הוראות אלה של האמנה בדבר יישוב סכסוכים לא כוללות את חובת הטיפול המועדף ביותר (שנכללו בסעיפים רבים אחרים). לאור ריבוי הסעיפים המפורטים העוסקים בחובת הטיפול המועדף ביותר (כולל באשר להגשת תביעות לטריבונלים מדינתיים), ולאור העדר התייחסות כלשהיא לחובה זו ביחס לסמכות השיפוט של טריבונלים בינלאומיים (ובוודאי לא לתביעות ישירות נגד אחת המדינות), נראה שהמדובר בהסדר שלילי המצביע על כך ששתי המדינות לא רצו לתת את הסמכותן לסמכות שיפוט של טריבונלים בינלאומיים בתביעות 'ישירות' של משקיעים זרים נגדן. יש להזכיר, שכדי להקנות סמכות שיפוט

לטריבונל, יש צורך בהסכמה מפורשת (ובדרך כלל גם בכתב) של שני הצדדים. פרקטיקה זו של ישראל וארצות הברית מתיישבת היטב עם אמנות שנכרתו בדרך כלל בשנות ה-50. הוראות המאפשרות תביעות ישירות של משקיעים נגד מדינות מארחות לא היו נפוצות באמנות להגנת השקעות משנות ה-50 ("אמנות הדור הישן") והוראות כאלה נכללות לעתים קרובות באמנות מסוג זה שנכרתו בעשרים השנה האחרונות ("אמנות הדור החדש").

26. ראוי לציין בעניין זה שגם סעיף המדינה המועדפת ביותר הנכלל באמנת מודל ההשקעות של ארצות הברית בדבר הגנת השקעות זרות (2004) מורה שכלל המדינה המועדפת ביותר יהול במספר תחומים מסויימים (כגון הקמה, רכישה, ניהול, תפעול, מכירה ודיספוזיציות אחרות בהשקעות). רשימה זו אינה כוללת התייחסות לכללים בדבר יישוב סכסוכים בין המשקיע לבין המדינה הזרה. סעיף 4 לאמנת מודל ההשקעות של ארצות הברית מורה כדלקמן:

#### **Article 4: Most-Favored-Nation Treatment**

1. Each Party shall accord to investors of the other Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investors of any non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments in its territory.
2. Each Party shall accord to covered investments treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments in its territory of investors of any non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.<sup>37</sup>

27. **מכל אלה ניתן להסיק** שאם ישראל וארצות הברית היו חפצות להעניק למשקיעים שלהן גישה ישירה לטריבונל בינלאומי (ולאפשר תביעות ישירות נגד המדינה השנייה), הן בוודאי היו קובעות זאת במפורש באחת מההוראות הרבות של האמנה, כולל אלה המתייחסות בפירוט לעיקרון המדינה המועדפת ביותר), והדבר אמור במיוחד לסעיף 5 המתייחס במפורש ליישוב סכסוכים בטרביבונלים, ואף להליכי בוררות (בין אזרחים משתי המדינות) ולסעיף 24 המתייחס ליישוב סכסוכים בין שתי המדינות. יתרה מזו, שתי המדינות כרתו עם **מדינות אחרות** אמנות רבות להגנת השקעות, ואף כללו באמנות אחרות אלה סעיפים מפורשים בדבר הקניית סמכות שיפוט לטריבונלים בינלאומיים בעניין תביעות ישירות המוגשות ע"י משקיעים זרים. על-אף פרקטיקה נפוצה זו (גם על-ידי ישראל וארצות

<sup>37</sup> ראו סעיף 4 לאמנת מודל ההשקעות של ארצות הברית, לעיל

הברית), שתי המדינות בחרו שלא לתקן את האמנה הקיימת או לכרות אמנה חדשה שתעניק זכות מיוחדת כזו למשקיעים זרים. לאור ההוראות המפורטות של אמנת הידידות בין שתי המדינות, ברור שאין להסיק מהאמנה שהמדינות הסכימו לקבל את סמכות שיפוטם של טריבונלים בינלאומיים בתביעות ישירות שיוגשו על-ידי משקיעים זרים.

#### 28. (4) סעיף כללי בדבר טיפול מועדף ביותר וסמכות שיפוט של טריבונלים בתביעות

ישירות של משקיעים: כפי שראינו לעיל, אמנת הידידות בין ישראל לארצות הברית אינה כוללת אף הוראה שממנה ניתן להסיק ששתי המדינות נתנו את הסמכתן לכך שמשקיעים זרים יוכלו להגיש נגדן תביעות ישירות בטריבונל בוררות בינלאומי. עם זאת, כפי שנאמר לעיל, מדינת ישראל נתנה את הסמכתה באמנות בינלאומיות עם **מדינות אחרות** שמשקיעים של מדינות אחרות יוכלו (בתנאים מסויימים) להגיש נגדה תביעות ישירות בטריבונל בוררות בינלאומי. גם אם ניתן היה להניח (באופן היפותטי בלבד) שאמנת הידידות עם ארצות הברית אכן כוללת סעיף כללי בדבר הטיפול המועדף ביותר, האם לאור הסמכתה של מדינת ישראל **באמנות בינלאומיות אחרות** לאפשר למשקיעים של מדינות אחרות להגיש נגדה תביעות ישירות (בתנאים מסויימים), סעיף טיפול מועדף כללי שכזה באמנת הידידות היה יכול להעניק לטריבונל בינלאומי סמכות שיפוט בתביעות ישירות המוגשות על-ידי משקיעים של ארצות הברית נגד מדינת ישראל? ניתוח פסקי בוררות שניתנו על-ידי טריבונלי השקעות בינלאומיים מצביע שגם אם אמנת הידידות בין ישראל לארצות הברית אכן הייתה כוללת הוראה כללית שכזו, ברור שלא היה די בכך כדי להעניק לטריבונלים בינלאומיים סמכות שיפוט בתביעות ישירות המוגשות על-ידי משקיעים של ארצות הברית.

29. טריבונלי בוררות בינלאומיים דנו בשנים האחרונות בטענות שונות שהעלו משקיעים זרים באשר לתחולתו של סעיף כללי בדבר הטיפול המועדף ביותר (שנכלל באמנת ההשקעות) על סעיף אחר באמנה המתייחס ליישוב סכסוכים בין המדינה לבין משקיעים זרים. יש להדגיש כבר בהתחלה, **שבכל המקרים הנ"ל דובר באמנות בינלאומיות שבהן נכלל סעיף מפורש המורה שבנסיבות מסוימות רשאים משקיעים זרים (ולא רק מדינת האזרחות שלהם) להגיש תביעה ישירה נגד המדינה המארחת** (תנאי שלא מתקיים באמנת הידידות בין ישראל לארצות הברית).

30. טריבונלים בינלאומיים שדנו בסוגיה זו התייחסו לשני סוגים עיקריים של מקרים:

א. אמנת ההשקעות כללה סעיף מפורש המאפשר למשקיע להגיש תביעה ישירה נגד המדינה המארחת, אך זאת לאחר שיתמלא תנאי פרוצדורלי מסויים (למשל, לאחר שיחלפו מספר חודשים שבהם ינסה המשקיע ליישב את הסכסוך בבתי משפט מדינתיים של המדינה הנתבעת).

ב. אמנת ההשקעות כללה סעיף מפורש המאפשר למשקיע להגיש תביעה ישירה נגד המדינה המארחת, אך זאת רק באשר לסכסוכים בתחום מסוים שהוסדר באמנה (במרבית המקרים, באשר להיקף הפיצויים שיש לשלם למשקיע בעקבות הפקעת רכוש).

כאמור לעיל, בכל המקרים הנ"ל, האמנה הבינלאומית כללה סעיף מפורש המאפשר למשקיע להגיש תביעה ישירה נגד המדינה המארחת. טריבונלי בוררות בינלאומיים שהתמודדו עם שתי הסוגיות הנ"ל נחלקו ביניהם באשר לתשובה שיש לתת לשאלה זו:

31. **(א) במקרים שבהם התנאים הפרוצדוראליים שנכללו בסעיף הבוררות שבאמנה (המאפשר תביעה ישירה נגד המדינה המארחת) לא התקיימו:**

(1) מספר טריבונלים סברו שסעיף האמנה בדבר הטיפול המועדף ביותר לא מאפשר למשקיע "לעקוף" את התנאי הפרוצדורלי שנקבע בסעיף הבוררות שבאמנה, ופסקו שאין להם סמכות שיפוט לדון בתביעות אלה.

כך, למשל, דחה טריבונל הבוררות בפרשת *Wintershall v. Argentina*<sup>38</sup> את הטענה שהמשקיע יכול להגיש תביעת בוררות ישירה נגד ממשלת ארגנטינה עוד לפני שהתמלא התנאי שנקבע באמנת ההשקעות (ניסיון ליישב את הסכסוך בבתי משפט של ארגנטינה במשך 18 חודשים).<sup>39</sup> הטריבונל נימק את החלטתו בצורך לכבד את כוונת הצדדים לאמנת ההשקעות:

191. The assertion that since Article 10 of the Argentina-Germany BIT relates to investor-State dispute settlement and Article VII of the Argentina-US BIT also relates to investor-State dispute settlement, therefore it is *ejusdem generis* of the same kind — is a specious plea: this is not the true principle of *ejusdem generis* as applicable to an MFN clause. **In the Draft Articles of the International Law Commission on Most-Favoured-Nation Clauses (with Commentaries 1978) it is stated “under the most-favoured-nation clause the beneficiary state acquire, for itself and for the benefits of persons or things in a determined relationship with it only those rights which fall within the limits of the subject matter of the clause.”**

<sup>38</sup> *Wintershall Aktiengesellschaft v Argentina*, ICSID Case No ARB/04/14, Award of 8 December 2008

<http://ita.law.uvic.ca/documents/Wintershall.pdf>

<sup>39</sup> ראו *Wintershall v Argentina* פסקה 197

.....

**193. If, therefore, Parties did not “have in mind” the dispute resolution clause in connection with adverse treatment of investments, as mentioned in paragraphs (1) and (2) of Article 4, it is not possible to say that they had in mind some other “treatment” less favourable than that accorded to investments of its nationals or investments of nationals or companies of third countries specified in Article 3. If measures tantamount to expropriation or nationalization and measures not granting full protection and security to investments of nationals or companies of either Contracting Party in the territory of the other Contracting Party (which is the gravamen of the case in the Request for Arbitration) cannot apply to or extend to the dispute resolution clause (Article 10), it is difficult to say that when the Contracting Parties used the word “treatment” in Article 3 they “had in mind” the dispute resolution clause in Article 10.** (footnotes omitted, emphasis added)

והטריבונל ציטט בהסכמה מומחים בתחום זה והדגיש את החשיבות לפרש את הסכמת המדינה בצמצום:

" ... the scope of application of a substantive obligation is an entirely separate question to the conferral of jurisdiction upon an international tribunal, Jurisdiction in International law depends solely upon consent. This is a difficult concept in any event in investment arbitration. Given the absence of a meeting of minds between investor and host State, consent has to be constructed from the standing consent given by the State by treaty, and the subsequent consent given by the investor at the time the claim is submitted to arbitration. **In those circumstances, it is particularly important to construe the ambit of the State's consent strictly.** As the discussion in Chapter 3 above has shown, (Dispute Resolution Provisions) the balance struck in investment treaties between the various dispute settlement options is often the subject of careful negotiation between the State Parties, selecting from a range of different techniques. **It is not to be presumed that this can be disrupted by an investor selecting at will from an assorted menu of other options provided in other treaties, negotiated with other State Parties and in other circumstances.** Moreover, it is in any event not possible to imply a hierarchy of favour to dispute settlement provisions. The clauses themselves do not do this, and it would be invidious for international tribunals to be finding (in the absence of specific evidence) that host State

adjudication of treaty rights was necessarily inferior to international arbitration. **The same point could be made with even more force in the case of a comparison between ICSID and other forms of arbitration which the State Parties may have specified in particular investment treaties. The result, will be that the Most Favoured Nation clause will not apply to investment treaties' dispute settlement provisions, save where the States expressly so provide.**" (Emphasis added)<sup>40</sup>

(2) מספר טריבונלים אחרים סברו שהסעיף הכללי בדבר הטיפול המועדף ביותר שנכלל באמנה הרלבנטית אכן יכול לאפשר למשקיע הזר ליהנות מסעיף הבוררות הישיר המקל יותר שנכלל באמנה בינלאומית אחרת, ולאפשר למשקיע הזר להגיש תביעות בוררות ישירה נגד המדינה המארחת גם במקרים שבהם התנאים הפרוצדוראליים שנקבעו בסעיף הבוררות שבאמנה לא התמלאו.<sup>41</sup>

32. ב. במקרים שבהם סעיף הבוררות שנכלל באמנה (המאפשר תביעה ישירה נגד המדינה המארחת) חל אך ורק על סכסוכים בתחום מסוים שהוסדר באמנה והסכסוך המועלה בפני הטריבונל מתמקד בנושא אחר (שלא נכלל בתחום הנזכר בסעיף הבוררות):

(1) מספר טריבונלים שהתייחסו לסוגיה זו פסקו שהסעיף הכללי בדבר הטיפול המועדף ביותר שנכלל באמנה אינו מהווה מתן הסכמה של המדינה לבוררות בנושאים נוספים שלא נזכרו באמנה, ולכן פסקו שסעיף המדינה המועדפת ביותר אינו יכול להרחיב את תחולת סעיף הבוררות הישירה שנקבע באמנה. קביעה זו הובילה טריבונלים אלה לפסוק שאין להם סמכות שיפוט בנושאים שלא נכללו בסעיף הבוררות המצומצם שנקבע באמנה.<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> שם, *Wintershall v Argentina* פסקה 188

<sup>41</sup> ראו למשל,

*Maffezini v Spain*, ICSID Case No ARB/97/7, Award on Jurisdiction of 25 January 2000, [56], [63].  
[http://ita.law.uvic.ca/documents/Maffezini-Jurisdiction-English\\_001.pdf](http://ita.law.uvic.ca/documents/Maffezini-Jurisdiction-English_001.pdf)

*Gas Natural SDG SA v Argentina*, ICSID Case No ARB/03/10, Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction of 17 June 2005, [31], [49]  
<http://ita.law.uvic.ca/documents/GasNaturalSDG-DecisiononPreliminaryQuestionsonJurisdiction.pdf>

*Siemens AG v Argentina*, ICSID Case No ARB/02/8, Decision on Jurisdiction of 3 August 2004, [103]. Available at: <http://ita.law.uvic.ca/documents/SiemensJurisdiction-English-3August2004.pdf>

<sup>42</sup> ראו, למשל,

כך, למשל, סירב טריבונל הבוררות בעניין *Tza Yap Shum v. Peru*<sup>43</sup> להחיל את סעיף המדינה המועדפת ביותר שנכלל באמנה על סעיף יישוב הסכסוכים, ודחה את טענת התובעים שיש להחיל את סמכות שיפוטו גם לנושאים נוספים שאינם נוגעים להפקעה.

הטריבונל הדגיש את חובת הטריבונל לפרש את האמנה על-פי מילות האמנה:

216. The Tribunal considers that the literal wording of Article 8 reflects that the Contracting Parties reached an agreement on two fundamental issues. First, as indicated above, they agreed to submit expropriation disputes to ICSID arbitration. Secondly, they specifically considered the possibility of submitting other types of disputes to ICSID arbitration and specifically reserved the right to do it only "if the parties to the dispute so agree." Since the Contracting Parties specifically established the possibility of submitting "other matters" to ICSID arbitration and since they have established specifically such occurrence in the wording of the BIT, **we, the Tribunal, conclude that it is our duty to give the BIT wording the meaning it was really intended. As a result, the Tribunal hereby determines that the specific wording of Article 8(3) should prevail over the general wording of the MFN clause in Article 3 and Claimant's arguments on the contrary must be dismissed.** [Footnote omitted, emphasis added]

33. גם פסק הבוררות בעניין *Berschader v. Russia*<sup>44</sup> דן בסעיף בוררות (שנכלל באמנה בין דנמרק לבין רוסיה) המוגבל לפיצויים בעקבות הפקעה, והתובע טען שם שבעזרת סעיף המדינה המועדפת

---

*Plama Consortium Limited v Bulgaria*, ICSID Case No ARB/03/24, Decision on Jurisdiction of 8 February 2005, [223]: Available at: <http://ita.law.uvic.ca/documents/plamavbulgaria.pdf>

*Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v Jordan*, ICSID Case No ARB/02/13, Decision on Jurisdiction of 9 November 2004, [118]-[119] Available at: [http://ita.law.uvic.ca/documents/salini-decision\\_000.pdf](http://ita.law.uvic.ca/documents/salini-decision_000.pdf)

*Telenor Mobile Communications A.S. v Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/04/15, Award of 13 September 2006, [92]-[95]. Available at: [http://ita.law.uvic.ca/documents/Telenorv.HungaryAward\\_001.pdf](http://ita.law.uvic.ca/documents/Telenorv.HungaryAward_001.pdf)

<sup>43</sup> ראו:

*Tza Yap Shum v Peru*, ICSID Case No ARB/07/6, Decision on Jurisdiction and Competence of 19 June 2009, [189]-[191], [216]. Available at: <http://www.arbitration.fr/resources/ICSID-ARB-07-6-ENGLISH.pdf>

<sup>44</sup> *Berschader and Berschader v Russian Federation*, SCC Case No 080/2004, Award and Correction of 21 April and 9 June 2006 correspondently, <http://ita.law.uvic.ca/documents/BerschaderFinalAward.pdf>

ביותר יש להרחיב את סמכות שיפוט הטריבונל לנושאים נוספים. הטריבונל בחן היטב את הוראות האמנה ודחה את טענת התובעים. הטריבונל הדגיש את החשיבות של כיבוד כוונת הצדדים לאמנת ההשקעה :

206 . The discussion above can now be summarised as follows. The starting point in determining whether or not an MFN clause encompasses the dispute resolution provisions of other treaties **must always be an assessment of the intention of the contracting parties upon the conclusion of the original treaty.** The Tribunal has applied the principle that an MFN provision in a BIT will only incorporate by reference an arbitration clause from another BIT **where the terms of the original BIT clearly and unambiguously so provide or where it can otherwise be clearly inferred that this was the intention of the Contracting Parties.** 208 . A reasonable interpretation of the intentions of the Contracting Parties in light of the text of the Treaty and other relevant facts shows that **it is improbable that the Soviet Contracting Party intended the MFN provision to embrace arbitration issues.** Moreover, neither does the balance of the facts available support the conclusion that the Belgian Party had any such intention. **For these reasons, the Tribunal finds that the Treaty does not clearly and unambiguously provide for incorporation by reference of arbitration clauses in other BITs.** Therefore, the jurisdiction of this Tribunal can be based only on the arbitration clause contained in Article 10 of the Treaty. As discussed above, the said arbitration clause does not extend to the matters brought before the Tribunal by the Claimants. (Emphasis added)<sup>45</sup>

34. (2) מספר קטן של טריבונלים שהתייחסו לסוגיה זו הרחיקו לכת ופסקו שסעיף המדינה המועדפת יכול גם להרחיב את תחולת סעיף הבוררות הישירה שנכלל באמנה (והמקנה במפורש למשקיע הזר זכות להגיש תביעה ישירה) ולאפשר למשקיע הזר להגיש תביעה ישירה נגד המדינה המארחת גם בתחום שלא נקב במפורש בסעיף בוררות זה. כך באשר לתביעות הנוגעות לתחולת סעיף יישוב הסכסוכים באמנות שנכרתו בעבר על-ידי ברית המועצות ומדינות סובייטיות אחרות, ובהן נקבע

---

*Berschader and Berschader v Russian Federation*, Award of 21 April 2006, [206, [208] <sup>45</sup>

שמשיקיעים זרים יוכלו להגיש תביעות ישירות נגד המדינה המארחת לטריבונל בוררות רק באשר להיקף הפיצויים שיש לשלם בעקבות הפקעה (ונושאים נוספים **בעקבות הפקעה**). טריבונלים אלה, שהרחיקו לכת, פסקו שהסעיף הכללי בדבר הטיפול המועדף ביותר יכול להרחיב את תחולתו של סעיף הבוררות המוגבל הקיים באמנה (ושמקנה למשקיע הזר זכות תביעה ישירה נגד המדינה המארחת) גם באשר לתחומים שלא נקבעו בסעיף יישוב הבוררות.<sup>46</sup>

35. ניתוח פסקי הבוררות שנזכרו לעיל מצביע על כך שטריבונלים בינלאומיים לא אמצו גישה אחידה באשר לסוגיית החלת סעיף המדינה המועדפת ביותר לסעיף יישוב סכסוכים. עם זאת, חשוב לציין שגם הטריבונלים שהרחיקו לכת ביותר לטובת משקיעים זרים, והיו מוכנים להרחיב את סעיף הבוררות הישירה על-ידי כלל הטיפול המועדף ביותר, עשו כך רק באשר לפירוש מרחיב של סעיף בוררות ישירה (ומוגבל בהגבלות שונות) שנכלל באמנת ההשקעות והתיר במפורש למשקיעים זרים להגיש תביעות ישירות' נגד המדינה המארחת. יש להדגיש שבמקרה שלפנינו, ובניגוד לכל המקרים שנסקרו לעיל, **אמנת הידידות שבין ישראל לארצות הברית אינה כוללת סעיף בוררות ישיר המוגבל בתנאים מסויימים: אמנת הידידות שלפנינו אינה כוללת סעיף בוררות ישיר מכל סוג שהוא (לא סעיף מרחיב ולא סעיף מוגבל)**. לכן, גם אם היה אפשר להחיל, באופן היפוטיטי בלבד, את הפרשנות המרחיקה לכת ביותר שאימצו טריבונלים בינלאומיים בסוגייה זו (פרשנות שספגה ביקורת משמעותית מטריבונלים אחרים), גם פרשנות זו לא הייתה מעניקה סמכות שיפוט לטריבונלים בינלאומיים לדון בתביעות 'ישירות' של משקיעים של ארצות הברית נגד מדינת ישראל.

36. **לסיכום**, אמנת הידידות בין ישראל וארצות הברית אינה כוללת אף הוראה המקנה סמכות שיפוט לטריבונל בינלאומי לדון בתביעות ישירות של משקיעים זרים של ארצות הברית נגד מדינת ישראל. אמנת הידידות מחילה אמנם את כלל המדינה המועדפת ביותר לסדרה מפורטת של נושאים, אך לא כך באשר לסעיף יישוב הסכסוכים. גם אם אמנת הידידות הייתה כוללת סעיף כללי בדבר טיפול מועדף ביותר, ניתוח פסקי הבוררות שניתנו בתחום זה מצביע בצורה חד-משמעית שטריבונלי בוררות היו דוחים טענה ל'ייבוא' סעיף בוררות ישירה מאמנה אחרת שכרתה ישראל אל תוך אמנת הידידות בין ישראל לארצות הברית. כפי שפורט לעיל, פסקי בוררות בינלאומיים לא אימצו תשובה

<sup>46</sup> ראו,

*RosInvest Co UK Ltd v Russian Federation*, SCC Case No V079/2005, Jurisdiction award of October 2007, [105]-[123]. Available at: [http://ita.law.uvic.ca/documents/RosInvestjurisdiction\\_decision\\_2007\\_10\\_001.pdf](http://ita.law.uvic.ca/documents/RosInvestjurisdiction_decision_2007_10_001.pdf)

אחידה לשאלות בתחום זה, אך אף טריבונל בוררות לא הרחיק לכת והסכים להחיל את סמכות שיפוטו על סכסוך הנובע מאמנה שאינה כוללת כלל וכלל סעיף בוררות ישירה מכל סוג שהוא. פסקי הבוררות הרבים שנתנו בתחום זה מצביעים על כך שטענות אפשריות של משקיעים של ארצות הברית להגיש תביעות ישירות נגד מדינת ישראל בטריבונלים בינלאומיים והנובעות מאמנת הידידות בין שתי המדינות – יידחו על הסף על-ידי טריבונלים כאלה.

## **II. סוגיות מהותיות**

### **ד. הוראות שטרות החזקה בעניין "דלית" ו"תמר"**

37. מהמידע שנמסר לי עולה שהמחלוקת בעניין העלאה אפשרית של שיעורי המס המוטלים על משקיעים זרים המפיקים גז טבעי או דלק בשטחים ואזורי ים הנתונים לריבונתה של ישראל נוגעת בעיקר לאזורים המכונים "דלית" ו"תמר". ביום 2 בדצמבר 2009 חתם הממונה על ענייני הנפט במשרד התשתיות הלאומיות (מר יעקב מימרן) על "שטר חזקה לחיפוש ולהפקה של נפט ושל גז טבעי מס' I/13 "דלית". וביום זה חתם הממונה על ענייני הנפט הנ"ל גם על שטר חזקה לחיפוש ולהפקה של נפט ושל גז טבעי מס' I/12 "תמר". להוראות שטרי החזקה יש כמובן חשיבות רבה מאד ביחסים שבין הצדדים, ומטבע הדברים יש להם תפקיד מרכזי בעיצוב הציפיות של המשקיעים.

38. ההוראות הרלבנטיות (שאליהן אתייחס בהמשך) זהות בשני שטרי החזקה הנ"ל. סעיף 2.6 לשטר החזקה מתווה את יחסי הגומלין שבין שטר החזקה לבין חוקים ודינים אחרים של מדינת ישראל והוא מורה כדלקמן:

"סעיף 2. פרשנות

2.6 תנאי שטר החזקה באים להוסיף על הוראות החוק וחוק הגז הטבעי וכל דין אחר, כפי שיהיו מעת לעת, ולא לגרוע מהן, והוראה בחוק ובחוק הגז הטבעי או בכלי דין אחר עדיפה על כל הוראה סותרת הקבועה בחזקה" (ההדגשה של – מ.ה.)

39. מסעיף 2.6 עולה שתנאי שטרי החזקה מוסיפים על הוראות חוק הנפט כל דין אחר (ולא גורעים מחוק זה או מדין אחר). יתרה מזו, במקרה של סתירה בין תנאי שטר החזקה לבין הוראות בדינים אחרים

של מדינת ישראל, הוראות כל דין אחר עדיפות על על כל הוראה סותרת הקבועה בחזקה. סעיף זה כולל במפורש את האפשרות שהוראות הדין הישראלי החלות על שטר החזקה ישתנו מעת לעת.

40. סעיף 3 לשטר החזקה מתווה את הדינים שיחולו על חיפוש והפקה של נפט וגז טבעי בשטח החזקה, והוא מורה כדלקמן:

### "סעיף 3. תחולת דינים והוראות

בכל הנוגע לחיפוש ולהפקה של נפט וגז טבעי בשטח החזקה ולביצוע וההתחייבויות של בעל החזקה לפי שטר החזקה, **יפעל בעל החזקה על-פי שטר החזקה ועל-פי כל חוק וכל דין, לרבות דיני תכנון ובנייה, איכות הסביבה וחומרים מסוכנים, ככל שהם חלים לעניין חזקה זו, ובין היתר על-פי אלה;**

3.1 **הוראות החוק**, וכן הוראות חוק הגז הטבעי וחוק הבטיחות, ככל שהן חלות על בעל החזקה ועל המתקנים, והתקנות, הצווים והתקנים המוצאים מכוחם, **לרבות כל השינויים שיוכנסו בהם מזמן לזמן, וכל חיקוק שיבוא במקומם;** (ההדגשה שלי – מ.ה.)

הרישא לסעיף 3 מבהיר שעל בעל החזקה לפעול, בין היתר, על-פי כל דין, "לרבות" דיני תכנון ובנייה, איכות הסביבה וחומרים מסוכנים". המילה "לרבות" מדגישה כמובן שרשימת המקרים המופיעה לאחריה (דיני תכנון ובנייה, איכות הסביבה וחומרים מסוכנים) אינם מהווים רשימה ממצה, והן רק בגדר דוגמאות בודדות לביטוי "על-פי כל דין". מכאן נראה שגם כללי דין בתחום המיסוי נכללים בביטוי "כל דין".

41. בנוסף, סעיף 3.1 מחיל על חיפוש והפקה של נפט וגז טבעי את הוראות חוק הנפט (על ההגדרה בסעיף 1 ראו בהמשך), וכן את הוראות חוק הגז הטבעי וחוק הבטיחות (כולל התקנות והצווים המוצאים מכוחם), כולל את כל השינויים "שיוכנסו בהם מזמן לזמן".

42. הפסקה האחרונה לסעיף 3 לשטרי החזקה מדגישה שוב את המימד הדינמי של כל הדינים שיחולו על בעלי החזקה:

"כל הדינים וההוראות כאמור בסעיף 3 זה יחולו על בעל החזקה **כפי תוקפם מעת לעת**, ככל שהם חלים על בעל החזקה ועל המתקנים, לרבות התרופות בשל הפרתם." (ההדגשה שלי – מ.ה.)

43. סעיף 33 לשטר החזקה מתייחס ישירות לתשלום תמלוגים על-ידי בעל החזקה: "בעל החזקה ישלם תמלוגים בהתאם להוראות החוק" (על-פי ההגדרות בסעיף 1 לשטר החזקה, "החוק" הוא חוק הנפט

התשי"ב – 1952). סעיף 34 לשטר החזקה דן בחובה לשלם אגרות: "בעל החזקה ישלם אגרות בהתאם לאמור בכל דין".

44. האפשרות שהוראות החוק עשויות להשתנות מעת לעת מודגשת גם בסעיף ההגדרות של שטרות החזקה. ההגדרה ל"חוק" בסעיף 1 לשטר החזקה היא כדלקמן:

"חוק" – חוק הנפט, התשי"ב-1952, והתקנות שמכוחו, **לרבות כל השינויים שיוכנסו בהם מזמן לזמן**, וכל חיקוק שיבוא במקומם; (ההדגשה שלי – מ.ה.)

45. **מהוראות אלה של שטרות החזקה ניתן להסיק כדלקמן:**

א. על בעל החזקה לפעול על-פי כל דין הנוהג בישראל (והדוגמאות המובאות שם אינן מהוות רשימה ממצה), כולל דיני מיסוי (סעיף 3 רישא), וכן על-פי חוק הנפט והוראות חוק הגז הטבעי וחוק הבטיחות, כולל השינויים שיוכנסו בדינים אלה, כולל בדיני המיסוי (סעיף 3.1).

ב. תנאי שטר החזקה מוסיפים (ולא גורעים) על הוראות חוק הנפט וכן על כל דין אחר, ולא גורעים מהם (סעיף 2.6), ובמקרה של סתירה בין הוראות שטר החזקה לבין הוראות בדינים אחרים של מדינת ישראל – הוראות כל דין אחר של מדינת ישראל עדיפות על סעיפי שטר החזקה (סעיף 2.6).

ג. האפשרות שכללי הדין הישראלי הרלבנטיים ישתנו בעתיד נדונה בשטר החזקה מספר פעמים והיא הייתה ברורה היטב לצדדים. מספר הוראות בשטר החזקה מדגישות בבירור ובמפורש, שוב ושוב, שבכל האמור לתחולת הדינים של מדינת ישראל על החיפוש וההפקה של נפט וגז טבעי, על בעל החזקה לנהוג לא רק על-פי כללי הדין הנוהגים בישראל ביום נעשה שטר החזקה, אלא גם על-פי "שינויים שיוכנסו בהם מזמן לזמן" (סעיף 3.1). כך בסעיף 2.6, בפסקה האחרונה לסעיף 3, וכך גם בסעיף 1 המגדיר מהו "חוק" לעניין שטר החזקה.

**מכל אלה ברור שבעלי שטרות החזקה היו מודעים היטב בעת עשיית שטרות החזקה לעובדה שכללי הדין של מדינת ישראל החלים על חיפוש והפקת גז טבעי עשויים להשתנות "מזמן לזמן".**

#### ה. הפקעה עקיפה

46. שאלה נוספת העולה בענייננו נוגעת לסוגיית ההפקעה: האם העלאת שיעור המיסוי המוטל על מפיקי גז ודלק בשטחים הנתונים לריבונותה של מדינת ישראל עלולים להיחשב כ"הפקעה" על-פי כללי

המשפט הבינלאומי? לנושא ההפקעות היה תפקיד חשוב מאד בדיני השקעות בינלאומיות בעבר, ובמיוחד בעקבות גל ההלאמות של רכוש זרים (בעיקר בתחום הנפט) בשנות ה-60 וה-70 במדינות מתפתחות. חשיבותם של נושאים אחרים בדיני השקעות בינלאומיות (כגון 'טיפול הוגן וצודק') התבלטה מאד בשני העשורים האחרונים, וחשיבותו של נושא ההפקעות פחתה. מרבית פסקי הבוררות שניתנו בשנים האחרונות בקשר לטענות בדבר הפקעה התייחסו ל"הפקעה עקיפה" שאינה כרוכה בהכרזה רשמית של המדינה בדבר הפקעת רכוש המשקיע. לענייננו, ברור למדי שאם יוחלט להעלות את שיעורי המס הנ"ל בחקיקה, כללי החוק הרלבנטיים לא יהוו הפקעה רשמית של נכסי המשקיעים של ארצות הברית. לכן נדון בהמשך בשאלה האם העלאת מס שכזו יכולה להיחשב "הפקעה עקיפה" המובילה לתוצאות שוות ערך להפקעה רשמית של נכסי המשקיעים.

47. **(1). הוראות אמנת הידידות:** סעיף 6 לאמנת הידידות בין ישראל וארצות הברית מורה

כדלקמן:

1. Property of nationals and companies of either Party shall receive the most constant protection and security within the territories of the other Party.

2. The dwellings, offices, warehouses, factories and other premises of nationals and companies of either Party located within the territories of the other Party shall not be subject to unlawful entry or molestation. Official searches and examinations of such premises and their contents, when necessary, be made with careful regard for the convenience of the occupants and the conduct of business.

**3. Property of nationals and companies of either Party shall not be taken except for public purposes, nor shall it be taken without the payment of just compensation. Such compensation shall be in an effectively realizable form and shall represent the equivalent of the property taken; and adequate provision shall have been made at or prior to the time of taking for the determination and prompt payment thereof. ....<sup>47</sup> (Emphasis added)**

---

<sup>47</sup> ובפרוטוקול לאמנת הידידות נקבע בסעיף 3:

3. The provisions of Article VI, paragraph 3, providing for the payment of compensation shall extend to interests held directly or indirectly by nationals and companies of either Party in property which is taken within the territories of the other Party.

הסעיף 6(3) הנ"ל מדגיש שאין להפקיע את רכושם של משקיעים זרים אלא אם ההפקעה בוצעה כדי להגשים מטרות ציבוריות ואם היא לוותה בתשלום פיצויים. כללי המשפט הבינלאומי המינהגי מוסיפים כללים נוספים בעניין זה: איסור לבצע הפקעה המפלה לרעה את המשקיעים הזרים (לעומת משקיעים מקומיים), ושעל ההפקעה להתבצע על-פי הליכים משפטיים הוגנים.<sup>48</sup>

48. **"הפקעה עקיפה"**: כדי למנוע מממשלות להתחמק מחובת הפיצויים הנ"ל, פותחו כללים במשפט הבינלאומי המורים שגם אם הצעדים ממשלתיים לא לוו בהכרזה רשמית של הפקעת בעלות אך בכל זאת הובילו לתוצאות שוות ערך להפקעה, ייחשבו הצעדים הממשלתיים כ"הפקעה עקיפה", "הפקעה דה-פקטו", או "לקיחה" (taking). כך, למשל, מורה סעיף 1110 של הסכם NAFTA שאין להפקיע את רכושם של משקיעים או לנקוט בצעד השקול להפקעה:

1. No Party may directly or indirectly nationalize or expropriate an investment of an investor of another Party in its territory **or take a measure tantamount to nationalization or expropriation** of such an investment ("expropriation")<sup>49</sup> (emphasis added)

וכך גם מורה מחקר של ארגון OECD על הפקעה עקיפה (2004):

"Expropriation or deprivation of property could also occur through interference by a state in the use of that property or with the

---

<sup>48</sup> ראו, הסכם NAFTA, למשל, המורה בסעיף 1110:

1. No Party may directly or indirectly nationalize or expropriate an investment of an investor of another Party in its territory .... except: (a) for a public purpose; (b) on a non-discriminatory basis; (c) in accordance with due process of law and Article 1105(1); and (d) on payment of compensation in accordance with paragraphs 2 through 6.

וסעיף 6(1) לאמנת המודל של ארצות הברית (2004) הנזכרת לעיל מורה כדלקמן:

1. Neither Party may expropriate or nationalize a covered investment either directly or indirectly through measures equivalent to expropriation or nationalization ("expropriation"), except: (a) for a public purpose; (b) in a non-discriminatory manner; (c) on payment of prompt, adequate, and effective compensation; and (d) in accordance with due process of law and Article 5 [Minimum Standard of Treatment](1) through (3).

ראו גם למשל, Dolzer & Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 90-91

<sup>49</sup> the North American Free Trade Agreement (NAFTA), 32 ILM 289 (1993)

enjoyment of the benefits even where the property is not seized and the legal title to the property is not affected. The measures taken by the State **have a similar effect to expropriation** or nationalisation and **are generally termed "indirect", "creeping", or "de facto" expropriation, or measures "tantamount" to expropriation.**<sup>50</sup> (Footnotes omitted, emphasis added)

49. טריבונל הבוררות בעניין *Telenor v. Hungary* מבהיר שהמונח "הפקעה עקיפה" לא מיועד להרחיב את המונח "הפקעה" אלא למקד את תשומת הלב בתוכן של הצעד ולא בתוויית הפורמאלית של הצעד:

Expropriation can take various forms. Direct expropriation involves the ... **Phrases such as "equivalent to expropriation" and "tantamount to expropriation" do not expand the concept of the expropriation and are usually taken to indicate that the BIT covers indirect as well as direct expropriation, thus looking at the substance of the measures in question rather than label attached to them by government**, and the same is true of "measures having a similar effect", which is the phrase used in Article VI of the BIT now under consideration.<sup>51</sup> (Emphasis added)

כך, למשל, צעד ממשלתי שיגרום למשקיע הזר לאבד את השליטה ברכושו או שלא יאפשר למשקיע להפיק רווח מרכושו עשוי להיחשב הפקעה עקיפה המזכה את המשקיע הזר בפיצויים (ראו על כך בהמשך בהרחבה).

50. על אף שטריבונלים וחוקרים רבים הסבירו שהקביעה אם אכן שקול צעד ממשלתי מסויים ל"הפקעה" תלויה בנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה (ופסקי הבוררות בתחום זה אינם תמיד עקביים), גורמים מסויימים התבלטו בפסקי בוררות ובפרקטיקה של מדינות:<sup>52</sup> עוצמת ההשפעה

---

<sup>50</sup> ראו OECD, "'Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law' (2004), 3-4 <http://www.oecd.org/dataoecd/22/54/33776546.pdf>

<sup>51</sup> פס"ד *Telenor v Hungary*, פסקה 63

<sup>52</sup> כך, למשל, נאמר בנספח B לאמנת מודל ההשקעות של ארצות הברית (2004) על השיקולים החלים בעניין זה:

של הצעד הממשלתי על רכוש המשקיעים הזרים, פגיעה חמורה בשימוש סביר על-פי ציפיות לגיטימיות של המשקיעים, אופי הצעדים המינהליים שליוו את הצעדים הממשלתיים (שקיפות וכו'), אופי התנהגות המדינה (התנהגות מפלה, שרירותית, שערוריתית - egregious), ומשך הזמן (האם מדובר בצעד ממשלתי שישפיע רק לתקופה קצרה?).<sup>53</sup>

51. **(3) השפעת הצעד הממשלתי:** החלטות טריבונלים ופרסומי חוקרים רבים שהתייחסו לסוגייה זו מצביעים שהגורם העיקרי החשוב ביותר (יש הטוענים שזה הגורם היחיד)<sup>54</sup> המשפיע על החלטות בתחום זה מתייחס לעוצמת הפגיעה של הצעד הממשלתי בערך רכוש המשקיעים, וכך גם באשר לשליטה ברכוש ולהטבות הכלכליות הנובעות ממנו.

כך, למשל הכריזו החוקר McLachlan ועמיתיו בספר International Investment Arbitration:

Since it is the effect of the alleged expropriatory acts upon the investor's use or enjoyment of its property that is a key consideration, it is not necessary that the investor has been divested of legal title to his property.<sup>55</sup>

---

4. The second situation addressed by Article 6 [Expropriation and Compensation](1) is indirect expropriation, where an action or series of actions by a Party has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure.

**(a) The determination of whether an action or series of actions by a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation, requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors:**

**(i) the economic impact of the government action, although the fact that an action or series of actions by a Party has an adverse effect on the economic value of an investment, standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred;**

**(ii) the extent to which the government action interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; and**

**(iii) the character of the government action.**

(b) Except in rare circumstances, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations. (Emphasis added)

<sup>53</sup> על הגורמים העיקריים בעניין זה, ראו למשל,

A Reinisch, 'Expropriation' in P Muchlinski, F Ortino, and C Schreuer, (eds) *The Oxford Handbook of International Investment Law* (OUP, Oxford, 2008) 407, 438-451; OECD, 'Indirect Expropriation', 22.

<sup>54</sup> לדיון בשאלה האם זה הגורם היחיד, ראו, למשל,

OECD, Indirect Expropriation, 14-15; A Reinisch, 'Expropriation', 444-445

C McLachlan, L Shore and M Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* <sup>55</sup> (OUP, 2008), 296-7 et al

החוקרים Riesman & Sloane הכריזו כדלקמן:

.. [T]ribunals have increasingly accepted that the expropriation must be analyzed in consequential rather than in formal terms. **What matters is the effect of governmental conduct** – whether malfeasance, misfeasance, or nonfeasance, or some combination of the three- **on foreign property rights or control over an investment**, not whether the state promulgates a formal decree or otherwise expressly proclaims its intent to expropriate.<sup>56</sup>  
[Footnotes omitted, emphasis added]

וכך גם המומחים Dolzer & Schreuer:

"The effects of the measures upon the economic benefit and the value as well as upon the control over the investment will be the key question when it comes to deciding whether an indirect expropriation has taken place."<sup>57</sup>

52. **פגיעה חמורה (substantial deprivation):** החלטות טריבונלים בינלאומיים שהתייחסו לסוגייה זו מצביעים על כך שצעדים ממשלתיים המובילים ל"פגיעה חמורה" (substantial deprivation) ברכוש המשקיע הזר ובערכו הכלכלי עלולים להיחשב כהפקעה עקיפה. כך, למשל, פסק לאחרונה טריבונל הבוררות בעניין *Chemtura v. Canada*:

**The criteria must thus guide the inquiry of the Tribunal** when it seeks to determine whether the effects of the measures challenged are to **"substantially" deprive the investor of the benefit of its investment.**

---

<sup>56</sup> WM Reisman and RD Sloane, 'Indirect Expropriation and Its Valuation in the BIT Generation' (2004) 74 British Ybk Intl L 115, 121

<sup>57</sup> Dolzer & Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 101

על חשיבות השפעת/ האפקט הצעד הממשלתי בעניין זה, ראו גם

*Siemens v. Argentina*, ICSID Case No ARB/02/8, Award of 6 February 2007, [207] <http://ita.law.uvic.ca/documents/Siemens-Argentina-Award.pdf>; A Reinisch, 'Expropriation', 444; OECD, 'Indirect Expropriation', 10

This is a matter of degree and not one of specific conditions.  
<sup>58</sup>(Emphasis added)

וטריבונל הבוררות בפרשת *Telenor v. Hungary* סיכם את ההחלטות בנושא זה כדלקמן:

"There has been a substantial volume of case law, both under the Washington Convention and in general public international law, as to the magnitude of the interference with the investor's property or economic rights necessary to constitute expropriation. **Though different tribunals have formulated the test in different ways, they are all agreed that the interference with the investor's rights must be such as substantially to deprive the investor of economic value, use or enjoyment of its investment.**"<sup>59</sup>  
(Emphasis added).

וכך גם פסק לאחרונה טריבונל הבוררות בעניין *Suez v. Argentina*:

**"International tribunals treat the severity of the economic impact caused by a regulatory measure as an important element in determining if the measure constitutes an expropriation requiring compensation. One question often asked is whether the challenged governmental measure resulted in "substantial deprivation" of the investment or its economic benefits.** Thus, the tribunal in *Occidental v. Ecuador* applied "the criterion of substantial deprivation" in determining whether the imposition of an Ecuadorian tax constituted an indirect expropriation. In *CMS v. Argentina*, which also relates to the Argentine crisis of 2001–2003, the claimant, an investor in a gas transportation company, alleged that Argentina's decision to suspend a tariff adjustment formula for gas transportation during the crisis constituted an indirect expropriation. In evaluating this claim, the tribunal, after reviewing the relevant arbitral jurisprudence, stated that **'the essential question is to establish whether the enjoyment of the property has been effectively neutralized,'** because **'the standard where indirect**

---

*Chemtura Corporation v Government of Canada*, UNCITRAL (NAFTA), Award of 2 August 2010,[247]. available at: <http://ita.law.uvic.ca/documents/ChemturaAward.pdf> <sup>58</sup>

<sup>59</sup> פס"ד *Telenor v Hungary* פסקה 65

**expropriation is contended is that of *substantial deprivation*.**"<sup>60</sup>  
(footnotes omitted, emphasis added)

53. (4). צעדים ממשלתיים המובילים לתוצאות השקולות ל"הפקעה": בבואנו לבדוק באם

צעד ממשלתי מסוים מהווה הפקעה עקיפה המזכה בפיצויים, יש לזכור שיש לבחון באם הצעד הממשלתי מוביל לתוצאות שוות ערך להפקעה רשמית של הבעלות על רכוש המשקיעים הזרים. כך למשל מדגיש מחקר של ארגון ה-OECD שבחן הגדרות רבות של "הפקעה עקיפה" שנכללו באמנות בינלאומיות את החשיבות של השפעת הצעד הממשלתי שצריך לגרום לשלילת רכוש או להוביל להשפעות זהות להפקעה.<sup>61</sup>

אחת ההגדרות המפורטות ביותר בפסקי הבוררות בתחום זה (ושמצוטטת רבות בפסקי בוררות אחרים) נמצאת בפסק הבוררות בעניין *Pope & Talbot v. Canada*:

---

*Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v Argentine Republic*,<sup>60</sup> ICSID Case No. ARB/03/19 (France/Argentina and Spain/Argentina BITs), Decision on Liability of 30 July 2010, [134]. Available at:

<http://ita.law.uvic.ca/documents/SuezVivendiAWGDecisiononLiability.pdf>

על התנאי של פגיעה חמורה (substantial deprivation), ראו גם

*CMS Gas Transmission Company v Argentina*, ICSID Case No ARB/01/8, Award of 12 May 2005, [262]-[263]. Available at: [http://ita.law.uvic.ca/documents/CMS\\_FinalAward\\_000.pdf](http://ita.law.uvic.ca/documents/CMS_FinalAward_000.pdf)

<sup>61</sup> "*Bilateral Investment Treaties* contain brief and general indirect expropriation provisions which focus on the effect of the government action and do not address the distinction between compensable and non-compensable regulatory actions. For example, treaties entered by France refer to "measures of expropriation or nationalisation **or any other measures the effect of which would be direct or indirect dispossession**". The UK treaties provide that expropriation also covers measures "**having effect equivalent to nationalisation or expropriation**". Other treaties, such as some of those concluded by Sweden, refer to "any direct or indirect measure" or "**any other measure having the same nature or the same effect against investments**". The former United States Model BIT mentions "*measures tantamount to expropriation or nationalisation*". Several United States treaties are more specific on these measures: "any other measure or series of measures, direct or indirect, tantamount to expropriation (including the levying of taxation, the compulsory sale of all or part of an investment, or the impairment or deprivation of its management, control of economic value...".

The 1992 *World Bank Guidelines* section IV (1) on "Expropriation and Unilateral Alterations or Termination of Contracts", state that : "A state may not expropriate or otherwise take in whole or in part a foreign private investment in its territory, **or take measures which have similar effects, .....**". The 1994 *Energy Charter Treaty* in its Article 13 provides that: "investments of investors of a Contracting Party in the Area of any other Contracting Party shall not be nationalized, expropriated or subjected to a measure or **measures having effect equivalent to nationalization or expropriation**" except where such measure complies with the rules of customary international law in this matter (public purpose, due process, non-discrimination and compensation)." (Emphasis added) OECD, 'Indirect Expropriation', 6

245. In *Pope & Talbot*, the tribunal referred to a number of criteria to determine whether there had been an indirect expropriation, including: (i) whether the investor remained in control of its investment, (ii) whether it directed its day-to-day operations, (iii) whether its officers and employees were detained by the State, (iv) whether the State supervised the work of the investor's officers and employees or not, (v) **whether the State had taken the proceeds of sales other than through taxation**, (vi) whether the State interfered with management or shareholders' activities, (vii) whether the State prevented the distribution of dividends to shareholders, (viii) whether the State interfered with the appointment of directors or management, and (ix) whether the State had taken any other actions ousting the investor from full ownership and control of the investment."<sup>62</sup> (Emphasis added).

54. הגדרה זו ופסקי דין רבים בתחום זה מצביעים על כך שרק צעדים ממשלתיים הפוגעים בצורה חמורה ברכוש המשקיעים הזרים יכולים להיחשב כהפקעה עקיפה. כך, למשל, ברור שצעדים ממשלתיים המפקיעים את השליטה על הרכוש מידי המשקיעים הזרים, **מנטרלים את ההטבות** הנובעות מהרכוש המושקע, או **מבטלים את השימוש ברכוש** (והרכוש נהפך ל- useless) עלולים להיחשב כהפקעה עקיפה.<sup>63</sup> כך, למשל, טריבונל הבוררות בעניין *Middle East Cement Shipping v. Egypt* פסק שביטול רישיון הייבוא של מלט למצרים שיתק בפועל את עסקו של המשקיע הזר (שעסק בייבוא מלט מחו"ל ושיווק אותו במצרים) והיווה הפקעה עקיפה.<sup>64</sup>

55. פסק הבוררות בעניין *Tecmed v. Mexico* מדגיש שצעדים ממשלתיים שלא מאפשרים למשקיע הזר להשתמש ברכושו, שהורסים את ערך הרכוש, או מנטרלים בפועל את הרכוש ייחשבו כהפקעה עקיפה:

**"..... Therefore, it is understood that the measures adopted by a State, whether regulatory or not, are an indirect *de facto* expropriation if they are irreversible and permanent and if the**

---

<sup>62</sup> *Chemtura v Canada*, Award of 2 August 2010, [244]-[245]

<sup>63</sup> ראו, למשל, את ניתוח פסקי בוררות בינלאומיים בעניין זה, 10-11, OECD, 'Indirect Expropriation'. וראו גם

[על useless] *Starret Housing Corp. v. Iran*, (1983) 4 Iran-United States Cl. Trib. Rep. 122, 154.

<sup>64</sup> *Middle East Cement Shipping and Handling Co SA v Egypt*, ICSID Case No ARB/99/6, Award of 12 April 2002, [107]. Available at: <http://ita.law.uvic.ca/documents/MECement-award.pdf>

assets or rights subject to such measure have been affected in such a way that "...any form of exploitation thereof..." has disappeared; i.e. the economic value of the use, enjoyment or disposition of the assets or rights affected by the administrative action or decision have been neutralized or destroyed. Under international law, the owner is also deprived of property where the use or enjoyment of benefits related thereto is exacted or interfered with to a similar extent, even where legal ownership over the assets in question is not affected, and so long as the deprivation is not temporary. The government's intention is less important than the effects of the measures on the owner of the assets or on the benefits arising from such assets affected by the measures; and the form of the deprivation measure is less important than its actual effects"<sup>65</sup>. (Emphasis added)

56. (5) צעדים ממשלתיים שתוצאותיהם לא מובילות להפקעה עקיפה : טריבונלים בינלאומיים רבים הדגישו שעל אף שצעדים ממשלתיים רבים (כולל שינויים בדיני המס)<sup>66</sup> עשויים לפגוע בערכם של נכסים של משקיעים זרים, רק פעולות ממשלתיות המבטלות את כל או רוב הערך של רכוש המשקיע ייחשב הפקעה. דו"ח של ארגון ה-OECD המסכם את המצב המשפטי בתחום זה הצהיר כדלקמן:

"... **International tribunals have often refused to require compensation when the governmental action did not remove essentially all or most of the property's economic value. .... Several international tribunals have found that a regulation may constitute expropriation when it substantially impairs the investor's economic rights, i.e. ownership, use, enjoyment or management of the business, by rendering them useless. Mere restrictions on the property rights do not constitute takings. The European Court of Human Rights (ECHR) has found an expropriation where the investor has been definitely and fully deprived of the ownership of his/her property. If the investor's rights have not disappeared, but have only been substantially**

---

<sup>65</sup> *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v USA*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award of 29 May 2003, [116]. Available at: [http://ita.law.uvic.ca/documents/Tecnicas\\_001.pdf](http://ita.law.uvic.ca/documents/Tecnicas_001.pdf)

<sup>66</sup> ראו, למשל, *Telenor v. Hungary*, פסקה 64.

**reduced**, and the situation is not “irreversible”, there will be no “deprivation” under Article 1, Protocol 1 of the European Convention of Human Rights<sup>67</sup>. (emphasis added; footnotes omitted)

כך גם פסק הטריבונל בפרשת *Suez v. Argentina* שהעובדה שמשקיע המשיך לשלוט ברכוש ולנהל אותו מצביעה על כך שלא בוצעה הפקעה:

"An indirect expropriation requires a substantial deprivation of an investment. **No such substantial deprivation occurred as a result of Argentina's refusal** to revise the tariffs to be applied by AASA. **Throughout the period 1999-2006, AASA remained in control of the Concession and its authority to manage and direct the operation of the water and sewage system was undiminished. The Tribunal therefore concludes that Argentina's failure to revise the tariff, despite AASA's repeated requests during this period, did not constitute either a direct or indirect expropriation** of the Claimants' investment in AASA.<sup>68</sup> (Emphasis added)

כך גם פסק טריבונל הבוררות בפרשת *Azurix v. Argentina* שעל אף שצעדי הממשל המקומי פגעו בניהול העסק, אלה לא גרמו למשקיע לאבד את המאפיינים של בעלות והוא המשיך לשלוט בעסקו, ולכן אין הצעדים הנ"ל מהווים הפקעה עקיפה.<sup>69</sup> וטריבונל הבוררות בעניין *Feldman v. Mexico* פסק שלמרות שביטול הטבות המס גרמו למשקיע לאבד בפועל את יכולתו לייצא סיגריות (אך לא מוצרים אחרים), העובדה שהוא המשיך לשלוט בעסקו מצביעה על כך שלא בוצעה

---

OECD, 'Indirect Expropriation', 10-11 <sup>67</sup>

*Suez and Vivendi v. Argentina*, Decision on Liability of 30 July 2010, [145] ראו <sup>68</sup>

הטריבונל הצהיר שם כדלקמן: <sup>69</sup>

322. Therefore, the Tribunal finds that the impact on the investment attributable to the Province's actions was not to the extent required to find that, in the aggregate, these actions amounted to an expropriation; **Azurix did not lose the attributes of ownership, at all times continued to control ABA and its ownership of 90% of the shares was unaffected. No doubt the management of ABA was affected y the Province's actions, but not sufficiently for the Tribunal to find that Azurix's investment was expropriated.** (Emphasis added) *Azurix Corp v Argentina*, ICSID Case No ARB/01/12, Award of 14 July 2006, [322]

הפקעה.<sup>70</sup> בצורה דומה, העובדה שהמשקיע המשיך לשלוט ברכושו, הובילה גם את הטריבונל בפרשת *CMS v. Argentina* להגיע למסקנה שאין המדובר בהפקעה עקיפה.<sup>71</sup>

57. **(6). השפעת צעדי מיסוי והפקעה עקיפה:** ניתוח פסקי הדין והספרות הנ"ל מצביעים על כך שכללית, צעדי מיסוי יכולים, בנסיבות חריגות, להוביל להפקעה עקיפה המזכה את המשקיעים הזרים בפיצויים. כדי שהעלאת מס תיחשב כהפקעה עקיפה יש להוכיח שהשינוי בחוק המיסוי גרם לתוצאות שוות ערך להפקעה רשמית: כלומר, שהמשקיע איבד את שליטתו ברכושו, שרכושו הפך לחסר ערך, או שחוק המיסוי ביטל את כל או כמעט כל הרווחים הנובעים מרכושו. שני פסקי בוררות שדנו בטענות של משקיעים ששינויי מס שקולים להפקעה עקיפה התייחסו להשפעת צעדי המיסוי החדשים על רכוש המשקיע (פסקי דין נוספים בעניין שינוי דיני המס יידונו בהמשך).

בפרשת *Telenor v. Hungary* (שתצוטט בהמשך) דובר במס חדש ומיוחד בתחום הטלקומוניקציה. הטריבונל הדגיש שלא כל שינוי במיסוי מהווה הפקעה, שהמשקיע צריך לצפות שינויים בדין המדינה המארחת, ושכדי שהצעד ייחשב להפקעה עקיפה צריך שהצעד הממשלתי יפגע בצורה חמורה (substantially) בערך הכלכלי, שימוש או הנאה מהרכוש. לאחר בדיקת עובדות המקרה, הטריבונל פסק שתנאים אלה לא התקיימו במקרה זה.<sup>72</sup>

בפרשת *EnCana v. Ecuador* טען המשקיע הזר ששינוי כללי מס ערך מוסף (בעניין זיכוי מס) מהווה הפקעה. הטריבונל דחה את הטענה והסביר שלמרות שהמשקיע סבל מבחינה פיננסית, העובדה

---

<sup>70</sup> הטריבונל הצהיר שם בעניין זה כדלקמן:

**"Given that the Claimant here has lost the effective ability to export cigarettes, and any profits derived therefrom<sup>33</sup>, application of the *Pope & Talbot* standard might suggest the possibility of an expropriation.** However, as with *S.D. Myers*, it may be questioned as to whether the Claimant ever possessed a "right" to export that has been "taken" by the Mexican government. **Also, here, as in *Pope & Talbot*, the regulatory action (enforcement of longstanding provisions of Mexican law) has not deprived the Claimant of control of the investment,** CEMSA, interfered directly in the internal operations of CEMSA or displaced the Claimant as the controlling shareholder. **The Claimant is free to pursue other continuing lines of export trading,** such as exporting alcoholic beverages, photographic supplies, or other products for which he can obtain from Mexico the invoices required under Article 4, although he is effectively precluded from exporting cigarettes. Thus, this Tribunal believes there has been no "taking" under this standard articulated in *Pope & Talbot*, in the present case." (Emphasis added). *Feldman v Mexico*, ICSID Case No ARB(AF)/99/1, Award on Merits of 16 December 2002, [152]

<sup>71</sup> *CMS Gas Transmission Company v Argentina*, Award of 12 May 2005, [263]-[264]

<sup>72</sup> *Telenor v Hungary*, [64]-[79]

שהצעד הממשלתי הנ"ל לא גרם למשקיע הזר להפסיק לפעול, להפיק רווחים ושצעד זה גם לא הפחית את הרווח הנובע מההשקעה לרווח שולי:

In the second place, although the EnCana subsidiaries suffered financially from the denial of VAT and the recovery of VAT refunds wrongly made, **they were nonetheless able to continue to function profitably and to engage in the normal range of activities, extracting and exporting oil** (the price of which increased during the period under consideration). There is nothing in the record which suggests that the change in VAT laws or their interpretation **brought the companies to a standstill or rendered the value to be derived from their activities so marginal or unprofitable as effectively deprive them of their character as investments.**<sup>73</sup> (Emphasis added)

58. **לסיכום**, סקירת פסקי הבוררות מצביעה על כך שעל-אף שהעלאת שיעורי מס יכולה עקרונית להוביל להפקעה עקיפה, הגורם החשוב מתייחס להשפעת השינוי בכללי המס על ההשקעה. כך למשל, אם שיעור המס המוטל על נכסי המשקיעים יועלה בהיקף קיצוני, ואם יתקיימו נסיבות נוספות, כגון שהעלאת המס תביא לביטול השליטה של המשקיע ברכושו, או לביטול מלא או כמעט מלא של ערך ההשקעה או ביטול כל הרווחים שהיו צפויים לצמוח מההשקעה, אז אפשר שהעלאת המס תיחשב כהפקעה בפועל.

59. **(7). ציפיות לגיטימיות של משקיעים ושינוי בדיני המס:** כפי שנאמר לעיל, הגורם העיקרי המשפיע על ההחלטה האם צעד ממשלתי מסוים נחשב כהפקעה עקיפה הוא ההשפעה של הצעד על רכושו של המשקיע. פסקי הדין והספרות שדנו בנושא זה הזכירו גורמים נוספים שאותם יש לבחון

---

<sup>73</sup> *EnCana Corp v. Ecuador*, LCIA Case No UN3481 UNCITRAL (Canada/Ecuador BIT), Award of 3 February 2006,[174]

בעניין זה: ציפיות לגיטימיות של משקיעים, פרק הזמן שבו מתבצעים הצעדים הממשלתיים,<sup>74</sup> צעדים הנגועים באי-אפליה, שרירותיות או הליכים מוסווים (non-transparent).

הציפיות הלגיטימיות של המשקיעים מהוות מרכיב מרכזי בכלל של **טיפול הוגן וצודק**, ולכן נושא הציפיות הלגיטימיות יידון ביתר פירוט בפרק הבא. כאשר בוחנים האם צעד ממשלתי מסוים מהווה הפקעה עקיפה יש לבדוק את השפעתו של הצעד על היכולת להשתמש בנכס, והשימוש לעניין זה מושפע מציפיות לשימוש סביר בנכס המסויים. על אף שהנושא של ציפיות לגיטימיות תלוי במידה רבה בנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה, ניתן לציין מספר גורמים המשפיעים על החלטות טריבונלים בעניין זה (ובמיוחד בנוגע לצעדי מיסוי).

60. על אף ששינויי חקיקה רבים במדינה המארחת עלולים להשפיע על השקעות זרות (למשל, שינויים בדיני עבודה), טריבונלים ומומחים הצהירו שוב ושוב שלא כל שינוי משפטי המשפיע על רכוש משקיעים זרים מפר ציפיות לגיטימיות. כך, למשל, הסבירו Dolzer & Schreuer לעניין זה:

Not every change in the host state's legal system affecting foreign property will violate legitimate expectations. No such violation will occur if the change remains within the boundaries of **normal adjustments customary in the host state and accepted in other states**. Such changes are predictable for a prudent investor at the time of the investment.<sup>75</sup> (Emphasis added)

61. יתרה מזו, פסק הבוררות בעניין *Telenor v. Hungary* שעסק בצעדי מיסוי חדשים, מדגיש שלא כל צעד ממשלתי הגורר תשלומי מיסוי נוספים מהווה הפקעה עקיפה, וכן שמשקיע זר צריך להיות מודע לכך שהשקעה מערבת סיכונים מסויים, כולל תשלומים חדשים למדינה:

It is well established that the mere exercise by government of regulatory powers that create impediments to business or entail the payment of taxes or other levies does not of itself constitute expropriation. **Any investor entering into a concession agreement must be aware that investment involves risks and**

<sup>74</sup> על חשיבות פרק הזמן כמרכיב בהפקעה עקיפה, ראו

*Telenor v. Hungary*, [70]; *Azurix v. Argentina*, [313]; *Wena Hotels v. Egypt*, below, [99]; *Mayers v. Canada*, supra note, [283]; *Tecmed v. Mexico*, supra note, [116]; OECD, 'Indirect Expropriation', 14

<sup>75</sup> Dolzer & Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 105

**that in some degree the investor's activities are likely to be regulated and payments made for which the investor will not receive compensating advantages. These are all part of the price the investor has to pay for securing the concession.** Similarly, unreasonable behaviour on the part of officials and breaches of contract, even if serious, do not by themselves constitute acts of expropriation. The conduct complained of must be such as to have a major adverse impact on the economic value of the investment.<sup>76</sup> (Footnotes omitted, emphasis added)

62. גם הטריבונלים שדנו בסוגייה זו בפרשות *Feldman v. Mexico* ו- *EnCana v. Ecuador* (שיצוטטו בהמשך) הדגישו שמעצם טבעו של תחום המיסוי, הכללים בו משתנים מעת לעת, ומשקיעים צריכים לצפות שינויים בתחום דינמי זה.

63. גם המחקר של ארגון ה-OECD מדגיש את העובדה שעל משקיעים זרים להביא בחשבון שינויים שיחולו במדינה המארחת (כולל שינויים בדין) אשר יפחיתו את רווחיהם:

**“No enterprise...can escape from the chances and hazards resulting from general economic conditions. Some industries may be able to make large profits during a period of general prosperity, or else by taking advantage of a treaty of commerce or of an alteration in customs duties; but they are also exposed to the danger of ruin or extinction if circumstances change. Where this is the case, no vested rights are violated by the State”.**

The Iran-U.S. Claims Tribunal in *Starett Housing Corp. v. Iran* took into account the **reasonable expectations of the investor**:

**“Investors in Iran, like investors in all other countries, have to assume a risk that the country might experience strikes, lock-outs, disturbances, changes of economic and political system and even revolution.** That any of these risks materialised does not necessarily mean that property rights affected by such events can be deemed to have been taken”.<sup>77</sup> (footnotes omitted, emphasis added)

---

<sup>76</sup> *Telenor Mobile Communications AS v Hungary*, ICSID Case No ARB/04/15, Award of 13 September 2006, [64].

<sup>77</sup> OECD, 'Indirect Expropriation', 19-20

64. קיומן של ציפיות לגיטימיות קשור באופן הדוק להתחייבויות או הבטחות ספיציפיות שניתנו על-ידי המדינה המארחת למשקיע הזר (נושא זה יידון בהרחבה בפרק הבא).<sup>78</sup>

65. **לסיכום**, פסקי בוררות ומחקרים אלה מצביעים על כך שמשקיעים סבירים צריכים לצפות שהמדינה המארחת תשנה את הדין המקומי במהלך ביצוע ההשקעה (וכך גם בתחום המיסוי), ואין זה סביר לצפות שהדין המדינתי יישאר "קפוא" בכל פרק הזמן שבה תתבצע ההשקעה (במיוחד כאשר המדובר בהשקעות שמתמשכות בפרק זמן ארוך).

66. **לענייננו** ובאשר לאפשרות להעלות שיעור המסים המוטל על הפקת גז טבעי ודלק בשטחים הנתונים לריבונות ישראל, מדו"חות שנתיים ומסמכים אחרים של מספר תאגידים העוסקים בהפקת גז במדינת ישראל ובאזורי הים הנתונים לריבונותה עולה שהמשקיעים בתחום זה צפו את האפשרות שהחקיקה בישראל תשתנה במהלך ביצוע ההשקעה, וכך גם באשר לאפשרות שדיני המס החלים על ההשקעה ישתנו בפרק זמן זה. יתרה מזו, שטרות החזקה באזורים "דלית" ו"תמר" (שצוטטו בפרק ד' לעיל) מגלים שבעלי שטרות החזקה היו מודעים היטב לאפשרות שהדינים של מדינת ישראל החלים על ההשקעה עשויים להשתנות.

67. **(8) התנהגות המדינה וכללי דין דומים הנוהגים במדינות אחרות:** גורם נוסף המוזכר בעניין הפקעה עקיפה הוא אופי התנהגות המדינה. טריבונלים הבודקים את סוגיית ההפקעה העקיפה מתייחסים לעתים גם לשאלה אם התנהגות המדינה היא שערוריתית (egregious), נגועה באפלייה,<sup>79</sup> שרירותית, או בגדר "שימוש לרעה" ("abusive").<sup>80</sup> לעניין זה, ההסתברות שחוקי מיסוי הדומים לאלה הנהוגים במדינות אחרות ייחשבו כהפקעה עקיפה היא נמוכה יחסית. החוקרים Walde & Kolo מעירים על כך במחקרם על מיסוי ואמנות השקעות:

"With the help of such authoritative instruments we can conclude that 'normal' state practice in countries seen as well governed is

<sup>78</sup> ראו, למשל Dolzer & Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 105-106 וגם

McLachlan, Shore and Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, 302-304 (ופסקי הדין המצוטטים שם). נושא זה יידון בהרחבה בפרק הבא הן בטיפול הוגן וצודק.

<sup>79</sup> על אפליית משקיעים זרים, ראו בהמשך בפרק על "טיפול לאומי".

<sup>80</sup> ראו 307 McLachlan, Shore and Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*.

unlikely to constitute an expropriatory taking; it rather reflects the toll that investors have to accept as a price for doing business and for getting access to the infrastructure of the host state's economy and society in large."<sup>81</sup>

כך גם השווה הטריבונל בפרשת *Link-Trading v. Moldova* את שינויי המס של מולדוביה לעומת כללי מס של מדינות אחרות:

We therefore conclude that the substance of the **tax measures adopted by the Moldovan government, while unfavorable to Claimant, were not dissimilar to the policies of many countries in the world** levying duties and taxes on imports into their customs territory and were not inherently abusive, arbitrary or discriminatory towards Claimant.<sup>82</sup> (Emphasis added)

68. **לסיכום**, אחד הגורמים הנבדקים על-ידי טריבונלים הבודקים אם צעד ממשלתי מסויים (כולל צעדי מיסוי) מהווה הפקעה עקיפה, נוגע לשאלה עד כמה הצעד הממשלתי מהווה חריג לצעדים שנוקטות מדינות אחרות במצבים דומים. מהנתונים שנמסרו לי עולה כי שיעורי המיסוי שאפשר ויוטלו על התאגידים העוסקים בהפקת גז טבעי ודלק בישראל לא יהיו חריגים בהשוואה לשיעורי המס המוטלים על-ידי מדינות אחרות.

69. **(9 צעדי הסדר (רגולציה) והפקעות עקיפות:** פסקי בוררות שניתנו לאחרונה וחוקרים בולטים מצביעים על כך שגם אם יועלה שיעור המס המוטל על תאגידים המפיקים גז משטחי הים הנתונים לריבונותה של מדינת ישראל בצורה משמעותית מאד, והדבר יפגע בצורה חמורה ברווחיהם של המשקיעים הזרים, עדיין אין להסיק בהכרח שהעלאת מס שכזו תיחשב כהפקעה עקיפה המזכה בפיצוי. מספר טריבונלים בינלאומיים הדגישו לאחרונה שצעדים ממשלתיים מקובלים שנוקטים

---

T Walde and A Kolo, 'Coverage of Taxation under Modern Investment Treaties' in P Muchlinski, F Ortino and C Schreuer (eds) *The Oxford Handbook of International Investment Law* (OUP, Oxford, 2008) 305, 346

על החשיבות שצעדי הממשלה המארכת אומצו גם על-ידי מדינות אחרות, ראו

Dolzer & Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 105

<sup>82</sup> ראו *Link-Trading v. Moldova*, UNCITRAL (US/Moldova), Final Award of 18 April 2002, [72]

למטרות ציבוריות (הנקראים לעתים קרובות "police powers", כגון צעדים להגנת בריאות הציבור או הסביבה), שאינם מפלים לרעה משקיעים זרים ושאיןם סותרים התחייבות ספיציפית של הממשלה, אינם נחשבים כהפקעה המזכה את הנפגעים בפיצויים. פסק הדין הידוע בעניין *Methanex v. USA* הצהיר לעניין זה:

"In the Tribunal's view, Methanex is correct that an intentionally discriminatory regulation against a foreign investor fulfils a key requirement for establishing expropriation. But as a matter of general international law, a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process and, which affects, inter alios, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable unless specific commitments had been given by the regulating government to the then putative foreign investor contemplating investment that the government would refrain from such regulation.<sup>83</sup> (Emphasis added)

70. גם טריבונל הבוררות הבינלאומי בפרשת *Feldman v. Mexico* אימץ גישה זו והדגיש את הצורך לאפשר למדינה לפעול לרווחת הציבור כולו (כולל לעניין שינוי משטר המס הקיים) ללא האיום של תשלום פיצויים:

"The Tribunal notes that the ways in which governmental authorities may force a company out of business, or significantly reduce the economic benefits of its business, are many. In the past, confiscatory taxation, denial of access to infrastructure or necessary raw materials, imposition of unreasonable regulatory regimes, among others, have been considered to be expropriatory actions. At the same time, governments must be free to act in the broader public interest through protection of the environment, new or modified tax regimes, the granting or withdrawal of government subsidies, reductions or increases in tariff levels, imposition of zoning restrictions and the like. Reasonable governmental regulation of this type cannot be achieved if any business that is adversely affected may seek

---

<sup>83</sup> ראו [7] *Methanex v. USA*, UNCITRAL (NAFTA), Final Award of 3 August 2005, Part IV Chapter D,

**compensation, and it is safe to say that customary international law recognizes this ...."**<sup>84</sup> (Emphasis added)

71. וכך גם פסק הטריבונל בפרשת *Chemtura v. Canada* שהדגיש שגם אם הצעד הממשלתי שעמד לפניו אכן היווה הפקעה עקיפה על-פי המבחנים הרגילים, העובדה שפעולת המדינה היוותה צעד רגולטורי (ולא מפלה) תקף מצביעה על כך שאין המדובר בהפקעה המזכה בפיצויים:

**"Irrespective of the existence of a contractual deprivation, the Tribunal considers in any event that the measures challenged by the Claimant constituted a valid exercise of the Respondent's police powers. As discussed in detail .... The PMRA took measures within its mandate, in a non-discriminatory manner, motivated by the increasing awareness of the dangers presented by lindane for human health and the environment. A measure adopted under such circumstances is a valid exercise of the State's police powers and, as a result, does not constitute an expropriation."**<sup>85</sup> (Emphasis added)

ובאורה דומה פסקו טריבונלים בינלאומיים בעניין *Suez v. Argentina*<sup>86</sup> ובעניין *Saluka v. the Czech Republic*<sup>87</sup>.

72. לענייננו, נראה שסמכות המדינה לחוקק בתחום המיסוי (כולל שינוי שיעורי המס מעת לעת) מהווה אחת מסמכויות הליבה של כל ממשלה (מסוג police powers).<sup>88</sup>

---

<sup>84</sup> *Feldman v Mexico*, ICSID Case No ARB(AF)/99/1, Award on Merits 16 December 2002, [103].

<sup>85</sup> *Chemtura Corporation v Government of Canada*, UNCITRAL (NAFTA), Award of 2 August 2010, [266]

<sup>86</sup> *Suez and Vivendi v. Argentina*, ICSID Case No ARB/03/19, Decision on Liability of 30 July 2010, [139]

ראו גם את פסק הבוררות בעניין

*Telenor v Hungary*, ICSID Case No ARB/04/15, Award of 13 September 2006, [78]

וכן OECD, Indirect Expropriation, 18-19

<sup>87</sup> *Saluka v. Czech Republic*, UNCITRAL (Dutch/Czech BIT), Partial Award of 17 March 2006, [262]

<sup>88</sup> ראו למשל, לעניין זה: JW Salacuse, *The Law of Investment Treaties* (OUP, 2010), 302

73. **(10) שינוי כללי מיסוי והפקעות עקיפות:** מספר טריבונלים בינלאומיים דנו בשאלה האם שינוי

כללי המיסוי על-ידי המדינה מהווה הפקעה עקיפה המזכה את המשקיעים הזרים בפיצויים. פסקי דין אלה מצביעים על כך, שכללית, גם צעדי מיסוי יכולים בנסיבות מסוימות להיחשב כהפקעה עקיפה, אך זאת בנסיבות מיוחדות ביותר. על-פי פסקי בוררות אלה, צעדי מיסוי פוגעים מעצם טבעם ברכוש של קבוצת האנשים שעליהם מוטל המס אך הם יכולים להיחשב כהפקעה עקיפה רק כאשר המדובר במסים יוצאים מן הכלל ועונשיים באופיים. כך, למשל, דחה הטריבונל הבינלאומי בפרשת *EnCana v. Ecuador* את טענה התובע ששינוי מס (בעניין זיכוי מס) שאומץ על-ידי ממשלת אקוודור מהווה הפקעה עקיפה והסביר:

"In principle a tax law creates a new legal liability on a class of persons to pay money to the State in respect of some defined class of transactions, the money to be used for public purposes. In itself such a law is not a taking of property; if it were, a universal State prerogative would be denied by a guarantee against expropriation, which cannot be case. **Only if a tax law is extraordinary, punitive in amount or arbitrary in its incidence would issues of indirect expropriation be raised.** ...<sup>89</sup> (Emphasis added)

כפי שתואר לעיל, טענת המשקיע הזר נדחתה במקרה זה גם משום שהמיסוי לא גרם למשקיע להפסיק לשלוט על ההשקעה, והוא המשיך לפעול ולהפיק רווחים.

74. החוקר Salacuse מגיע למסקנה לאחר סקירת פסק הבוררות בעניין *EnCana v. Ecuador* והחלטות נוספות:

"Based on the foregoing, one must conclude that since taxation falls within a state's normal police power, **for a tax measure to constitute indirect expropriation it would need to be extraordinary excessive and arbitrary and to violate an existing agreement with the investor.**"<sup>90</sup> (Emphasis added)

---

<sup>89</sup> *EnCana v Ecuador*, LCIA Case No UN3481 UNCITRAL, Award of 3 February 2006, [177]

<sup>90</sup> JW Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, 302

75. כך גם מורה טריבונל הבוררות בעניין *Link-Trading v. Moldova* (שדן גם הוא בטענה ששינוי כללי המס מהווה הפקעה עקיפה) שרק שינוי בכללי המס המהווה לקיחה תוך שימוש לרעה בסמכויות (abusive), כלומר שרירותי, מפלה או לא הוגן יכול להיחשב כהפקעה עקיפה:

" ..... **As a general matter, fiscal measures only become expropriatory when they are found to be an abusive taking.** Abuse arises where it is demonstrated that the State has acted unfairly or inequitably towards the investment, where it has adopted measures that are arbitrary or discriminatory in character or in their manner implementation, or where the measure taken violate an obligation undertaken by the State in regard to the investment."<sup>91</sup> (emphasis added)

לאחר שהטריבונל בדק ואישר שצעדי המיסוי במקרה זה לא היו שונים מאלה שאומצו על-ידי מדינות רבות בעולם, לא היו abusive, שרירותיים או מפלים, דחה הטריבונל את הטענה ששינוי כללי המס במקרה זה היה שקול להפקעה.<sup>92</sup>

76. טריבונלים בינלאומיים שדנו בשאלה האם שינוי כללי מס יכול להוות הפקעה עקיפה הדגישו שמעצם טבעו של תחום המיסוי, הכללים בו משתנים מעת לעת, ומשקיעים צריכים לצפות שינויים בתחום דינמי זה. כך, למשל, הסביר הטריבונל בפרשת *Feldman v. Mexico*:

"Here, it is undeniable that the Claimant has experienced great difficulties in dealing with SHCP officials, and in some respects has been treated in a less than reasonable manner, but that treatment under the circumstances of this case does not rise to the level of a violation of international law under Article 1110. **Unfortunately, tax authorities in most countries do not always act in a consistent and predictable way.** The IEPS law on its face (although not necessarily as applied) is undeniably a measure of general taxation of the kind envisaged by Restatement Comment g (see *supra*, paras. 105, 106). **As in most tax regimes, the tax laws are used as instruments of public policy as well as fiscal policy, and certain taxpayers are inevitably favored, with others less favored or even disadvantaged.**"<sup>93</sup> (Emphasis added)

---

*Link-Trading Joint Stock Company v Moldova*, UNCITRAL (US/Moldova BIT), Final Award of 18 April 2002, [64]<sup>91</sup>

*Link-Trading v Moldova*, [72]<sup>92</sup>

*Feldman v Mexico*, Award on Merits 16 December 2002, [113]<sup>93</sup>

77. גם טריבונל הבוררות בפרשת *EnCana v. Ecuador* הבהיר שבהעדר התחייבות ספציפית של המדינה המארחת, למשקיע זר אין זכות או ציפייה לגיטימית שמשטר המס לא ישתנה לרעתו במהלך תקופת ההשקעה:

. . . . In the first place, foreign investments like any other activities are subject to taxes and charges imposed by the host state. **In the absence of a specific commitment from the host State, the foreign investor has neither the right nor any legitimate expectation that the tax regime will not change, perhaps to its disadvantage, during the period of the investment.** Of its nature all taxation reduces the economic benefits an enterprise would otherwise derive from the investment; it will only be in an extreme case that a tax which is general in its incidence could be judged as equivalent in its effect to an expropriation of the enterprise which is taxed".<sup>94</sup> [footnotes omitted, emphasis added]

ובאורח דומה פסק גם הטריבונל בעניין *Telenor v. Hungary* (שהתייחס גם הוא לשינוי במס) שמשקיע הכורת הסכם זכיון חייב להיות מודע לסיכונים של שינויי חקיקה.<sup>95</sup>

78. **לסיכום**, פסקי בוררות והספרות הנ"ל מעידים היטב שהסמכות לשנות את כללי המס היא סמכות אינהרנטית של כל ממשלה, שמשקיעים זרים צריכים לצפות בדרך כלל שדיני המס של המדינה המארחת עשויים להשתנות במהלך ההשקעה, ושרק שינוי קיצוני, בעל אופי עונשי, מפלה או הנגוע בשימוש לרעה (abusive) עלול להיחשב כהפקעה עקיפה המזכה בפיצוי.

### ו. טיפול הוגן וצודק (Fair & Equitable Treatment)

79. אחת השאלות העיקריות העולות בקשר לדיון בדבר האפשרות להעלות את שיעורי המס קשורה לכלל של טיפול הוגן וצודק באמנת הידידות בין ישראל לארצות הברית וכן בדיני השקעות בינלאומיות.

---

<sup>94</sup> *EnCana v. Ecuador*, Award of 3 February 2006, [173]

<sup>95</sup> *Telenor v Hungary*, Award of 13 September 2006, [64]

80. (1) הוראות אמנת הידידות: סעיף 1 לאמנת הידידות מורה כדלקמן:

Each Party shall at all times accord equitable treatment to the persons, property, enterprises and other interests of nationals and companies of the other Party.

וסעיף 17(2) לאמנת הידידות מחיל כלל זה גם בתחומים של רכישות ממשלתיות, הענקת זכויות, ומכר של שירותים על-ידי הממשלה או רשויות אחרות שקיבלו סמכויות מיוחדות:

2. Each Party shall accord to the nationals, companies and commerce of the other Party fair and equitable treatment, as compared with that accorded to the nationals, companies and commerce of any third country, with respect to: (a) the governmental purchase of supplies, (b) the awarding of concessions and other government contracts, and (c) the sale of any service sold by the Government or by any monopoly or agency granted exclusive or special privileges.

81. (2) תוכן הכלל בדיני השקעות בינלאומיות: על אף שתוכן הכלל אינו ברור לחלוטין,

טריבונלים בינלאומיים והוקרים סבורים בדרך כלל שהכלל בדבר טיפול הוגן וצודק מחייב גופים שיפוטיים ומנהליים של המדינה המארחת לטפל במשקיעים זרים בצורה הוגנת ובתום לב, כלומר להעניק להם "הליכים הוגנים" ו"שקופים", טיפול שאינו מפלה או שרירותי, וכן לא להפעיל כלפיהם צעדי כפייה או הטרדה.<sup>96</sup> אחד המרכיבים הבולטים של הכלל בדבר טיפול הוגן וצודק מתייחס לחובתה של המדינה שלא להפר ציפיות לגיטימיות של משקיעים זרים שנוצרו בעקבות הבטחות ספיציפיות של מדינה זו כלפי משקיעים זרים.<sup>97</sup>

<sup>96</sup> ראו:

McLachlan, Shore and Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, 210, 226; Dolzer & Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 131-132; Newcombe 279; OECD, 'International Investment Law: a Changing Landscape: Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law' (2005), 105-124 available at: <http://www.oecd.org/dataoecd/11/52/40077877.pdf>; J Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment* (OUP, Oxford, 2008), 152-180.

וראו ניסוח צר באמנת מודל ההשקעות של ארצות הברית (2004), לעיל. ראו גם, למשל, פס"ד *Suez and Vivendi v Argentina*, Decision on Liability of 30 July 2010, [213], [225].

<sup>97</sup> ראו, למשל, *Suez and Vivendi v. Argentina*, Decision on Liability of 30 July 2010, [222]-[223];

82. **(3) ציפיות לגיטמיות, שינויי חקיקה והכלל בדבר טיפול הוגן וצודק:** לאור הדיונים הנערכים עתה בדבר האפשרות להעלות את שיעורי המס המוטל על הפקת גז ודלק בשטחים הנתונים לריבונות ישראל עולה השאלה: אם אכן יתקבל שינוי בחקיקה המעלה את המס הנ"ל, האם שינוי זה יהווה הפרה של הכלל בדבר טיפול הוגן וצודק? מהמידע שנמסר לי עולה שאם אכן יוחלט להעלות את שיעור המס הנ"ל, הרי שהוא יוחל רק על רווחים שיצמחו בעתיד. לכן, לא אדון בהמשך בהשלכות המשפטיות של שינוי דין רטרואקטיבי.

83. הסכמים וזכויות מסויימים בין משקיעים זרים לבין המדינות המארחות כוללים "סעיף ייצוב" (Stabilization Clause) שבו מתחייבת המדינה המארחת שלא לשנות את הדין בתחומים מסויימים הנוגעים להשקעה הזרה, וגם מדינת ישראל התחייבה כך בעבר כלפי משקיעים זרים מסויימים.<sup>98</sup> החוקר Cameron מעיר בספרו שפורסם לאחרונה על השקעות בינלאומיות בתחום האנרגיה "The inclusion of a clause or clauses on stability is a common practice in contracts between investors and host states in the international energy industry, originating from as far back as the early 1930s".<sup>99</sup> סעיפי ייצוב כאלה אושרו בהחלטות של טריבונלים בינלאומיים שחייבו את המדינה המארחת לשלם פיצויים כאשר זו שינתה את החקיקה הפנימית בניגוד לסעיף הייצוב.<sup>100</sup> שטרות החזקה של התאגידים המפיקים גז טבעי שנמסרו לידי לא כוללים סעיף ייצוב מסוג כלשהוא וכפי שתואר לעיל (פרק ד'), הוראות שטרות החזקה מצביעות על

---

*EDF v Romania*, ICSID Case No ARB/05/13, Award and Dissenting Opinion of 8 October 2009, [216] <http://www.arbitration.fr/resources/ICSID-ARB-05-13.pdf>

<sup>98</sup> ראו, למשל, סעיף 40 (ג) להסכם הזכיון בין מדינת ישראל לחברת A.P.C. Holdings Ltd. המורה כדלקמן: "כל מעשה חקיקה כללית או מיוחדת או פעולות מנהליות או מעשה אחר כלשהו הנובע מהמשלה או מרשות ממשלתית בישראל (בין רשות מרכזית או מקומית) לא יבטלו זכיון זה ולא ישנו או יתקנו את הוראותיו ולא ימנעו או יכשילו את ביצועם הראוי והיעיל של תנאיו. ביטול, תיקון או שינויים כאלה יעשו אך ורק בהסכמת הצדדים לזכיון זה." תוספת א' לחוק זכיון צינור הנפט, התשכ"ח - 1968, ספר החוקים התשכ"ח 526, עמ' 61 (15 באפריל 1968).

<sup>99</sup> PD Cameron, *International Energy Investment Law* (OUP, 2010), 68

<sup>100</sup> ראו, למשל, בפסקי הבוררות הבינלאומיים:

*Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No ARB/04/19 (US/Ecuador BIT), Award of 18 August 2008, [208], [366] Available at:

[http://ita.law.uvic.ca/documents/DukeEcuadorAward\\_003.pdf](http://ita.law.uvic.ca/documents/DukeEcuadorAward_003.pdf); *Letco v. Liberia*, Award and rectification of 31 March and 14 May 1986 respectively, (1987) 26 ILM 647, 666-667; *Agip v. Congo*, Award of 30 November 1979, (1982) 21 ILM 726, 734-735; *Mine v. Guinea (Annulment)* (1990) 5 ICSID Review, 95, 11; *Texaco Overseas Petroleum Company v. Libyan Arab Republic*, (1978) 17 ILM 1, 16-17; *Revere Copper v. Opic*, 56 ILR 258.

וראו את גם את הסקירה המובאת ב 90-94, Cameron, *International Energy Investment Law*,

כך שבעלי שטרות החזקה מודעים היטב לאפשרות שכללי הדין הישראלי החלים על ההשקעה ישתנו מעת לעת.

84. ניתוח החלטות של טריבונלים בינלאומיים וחוקרים בולטים בתחום זה מצביע על כך שבהעדר סעיף יישוב בהסכם ההשקעה (או בהיתר, זכיון או רשיון), שינויים בחקיקת המדינה המארכת אינם יכולים להיחשב כהפרה של ציפיות לגיטימיות אלא אם המדינה המארכת התחייבה כלפי המשקיעים הזרים בצורה ספציפית וברורה שלא לשנות חוקים אלה.

כך למשל, הבהיר טריבונל הבוררות בעניין *EDF v. Romania* שבהעדר הבטחה ספציפית כלפי המשקיע, הכלל בדבר טיפול הוגן וצודק שנכלל באמנת ההשקעות לא מבטיח את הקפאת הדין וכלל זה לא מהווה "מעין פוליסת ביטוח" כנגד שינויים בדיני המדינה המארכת:

The idea that legitimate expectations, and therefore FET [fair & equitable treatment], imply the stability of the legal and business framework, may not be correct if stated in an overly-broad and unqualified formulation. The FET might then mean the virtual freezing of the legal regulation of economic activities, in contrast with the State's normal regulatory power and the evolutionary character of economic life. **Except where specific promises or representations are made by the State to the investor, the latter may not rely on a bilateral investment treaty as a kind of insurance policy against the risk of any changes in the host State's legal and economic framework.** Such expectation would be neither legitimate nor reasonable.<sup>101</sup> (Emphasis added)

85. ובענייני מיסוי, הטריבונל בפרשת *EnCana v. Ecuador* קבע שבהעדר התחייבות ספציפית של המדינה המארכת, למשקיע לא צריכות להיות ציפיות לגיטימיות שמשטר המס לא ישתנה:

. ... In the first place, foreign investments like any other activities are subject to taxes and charges imposed by the host state. **In the absence of a specific commitment from the host State, the foreign investor has neither the right nor any legitimate expectation that the tax regime will not change, perhaps to its disadvantage, during the period of the investment.** Of its nature all taxation reduces the economic benefits an enterprise would otherwise derive from the investment; it will only be in an extreme

---

<sup>101</sup> [217] *EDF v Romania*, Award and Dissenting Opinion of 8 October 2009, [217]

case that a tax which is general in its incidence could be judged as equivalent in its effect to an expropriation of the enterprise which is taxed".<sup>102</sup> [Footnotes omitted, emphasis added]

וכך גם בהקשר של הפקעה, טריבונל הבוררות בעניין *Link-Trading v. Moldova* הבהיר את הצורך להצביע על הפרת חובה ספיציפית שהמדינה יצרה כלפי אדם או קבוצת אנשים מסוימת:

"Tax measures may also become expropriatory without necessarily being arbitrary or discriminatory, **when their application violates a specific obligation that the State has previously undertaken in favor of a particular person or class of persons**, such as an investor protected under a treaty....." (Emphasis added)<sup>103</sup>

וכך גם בפסק הבוררות *AES v. Hungary*<sup>104</sup> (שיצוטט בהמשך).

86. גם מומחים בולטים הדגישו שציפיות לגיטימיות יכולות להיווצר כאשר המדינה נותנת הצהרות ספיציפיות וחד-משמעיות. לעניין זה, ברור שאין די בהערות עידוד כלליות של הממשלה. כך, מצהירים Newcombe & Paradell :

"IIA jurisprudence highlights that, to create legitimate expectations, state **conduct needs to be specific and unambiguous. Encouraging remarks from government officials do not of themselves give rise to legitimate expectations. There must be an 'unambiguous affirmation' or a 'definitive, unambiguous and repeated assurance.** The conduct must be targeted at a specific person or identifiable group."<sup>105</sup> (Footnotes omitted, emphasis added)

---

<sup>102</sup> *EnCana v. Ecuador*, Award of 3 February 2006, [173]

<sup>103</sup> *Link-Trading v Moldova*, Final Award of 18 April 2002, [73]

<sup>104</sup> ראו:

*AES Summit Generation v. Republic of Hungary*, ICSID Case No ARB/07/22, Award of 23 September 2010, [9.3.31],[9.3.34] Available at: <http://ita.law.uvic.ca/documents/AESvHungaryAward.pdf>

<sup>105</sup> Newcombe & Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties*, 281

חוקרים אלה<sup>106</sup> גם הדגישו שהצהרות כלליות בדבר שינוי חקיקה אינם מהווים התחייבות תקפה בעניין זה:

"One might ask whether an investor can have legitimate expectations where state makes **general statements about regulatory reforms. In such cases, there is no acquired right to specific type of regulatory framework** and changes in government policy remains a business risk. Further, **legitimate expectations arise only where there is specific and unambiguous conduct directed at a specific actor or a defined group of actors.**"<sup>107</sup> (Emphasis added)

ועל הצורך בהכרזות ספיציפיות (ולא כלליות) כדי לבסס ציפיות סבירות, הצהירו המומחים Weiler & Laird:

"...That reliance must be adjudged reasonable in the circumstances and casually connected to the alleged loss. **It should also be based upon a specific statement made to the alleged victim.** Absent other indicia of a state's failure to provide a transparent and predictable regulatory and investment climate, as described below, **reliance upon an official statement made in the abstract might not be deemed to have been 'reasonable' upon objective view.**"<sup>108</sup> (Emphasis added)

וגם החוקרים McLachlan et al. הדגישו את הצורך בהכרזות ספיציפיות:

---

<sup>106</sup> חוקרים אלה הוסיפו גם בעניין זה:

"Legitimate expectations may arise as a result of **specific state conduct** directed at the investor upon which the investor relies. Any form of state conduct can, in principle, give rise to legitimate expectations. **Typically, the conduct giving rise to the legitimate expectations will be in the form of oral or written representations, undertakings or commitments, various types of administrative acts such as licenses or permits or providing an official opinion or view.**" (Emphasis added) Newcombe & Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties*, 280

Newcombe & Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties*, 296 <sup>107</sup>

TJ Gierson-Weiler and IA Laird, 'Standards of Treatment' in P Muclinski, F Ortino and C Schreuer <sup>108</sup> (eds) *The Oxford Handbook of International Investment Law* (OUP, Oxford, 2008) 259, 277

**"The making of specific representations has been a material factor in the decision in favour of the investor in a number of the recent cases<sup>109</sup> .....**"

**"Conversely, the absence of specific representations is a material factor in leading to a finding that the standard has not been breached."<sup>110</sup> (Emphasis added)**

87. **לסיכום**, החלטות אלה של טריבונלים בינלאומיים והערכות חוקרים בולטים מצביעים על כך שבהעדר סעיף ייצוב בהסכם ההשקעה, ציפיות לגיטימיות שהדין המדינתי לא ישתנה יכולות להיווצר בעקבות הבטחה ספיציפית וברורה של המדינה המארחת כלפי משקיע מסויים (או קבוצת משקיעים מסויים). מהמידע שנמסר לי עולה כי מדינת ישראל לא נתנה הבטחה ספיציפית למשקיעים הזרים מארצות הברית ששיעורי המס הקיימים לא ישתנו בעתיד. יתרה מזו, שטרות החזקה שנסקרו לעיל מצביעים על כך שהמשקיעים היו מודעים היטב בעת עשיית שטרות אלה לעובדה שכללי הדין של מדינת ישראל בתחום זה עשויים להשתנות בעתיד.

88. **(4) ציפיות לגיטימיות בהעדר הבטחה ספיציפית?** טריבונלים בינלאומיים דנו מספר פעמים בטענות של משקיעים זרים שגם בהעדר הבטחה ספיציפית של המדינה המארחת, שינויים בחקיקה המקומית הפוגעים במשקיעים יובילו להפרת ציפיות לגיטימיות והסעיף בדבר טיפול הוגן וצודק. טריבונלי בורות הבהירו שבהעדר הבטחה ספיציפית על-ידי המדינה המארחת, הכלל בעניין טיפול הוגן וצודק אינו מהווה סעיף ייצוב האוסר על המדינה לשנות את כללי הדין שלה החלים על משקיעים.

כך, למשל הכריז הטריבונל בפרשת EDF v. Romania:

---

<sup>109</sup> McLachlan, Shore and Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, 237

<sup>110</sup> McLachlan, Shore and Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, 238

וראו גם את ההסבר לכך בעמודים 237-238

Further, in the Tribunal's view, **the FET [fair & equitable treatment] obligation cannot serve the same purpose as stabilization clauses specifically granted to foreign investors.**"<sup>111</sup> (Emphasis added)

וגם פסק הבוררות בעניין *Parkerings v Lithuania* מדגיש שבהעדר סעיף ייצוב, משקיעים יודעים שהדין משתנה לעת לעת:

"It is each State's undeniable right and privilege to exercise its sovereign legislative power. A State has the right to enact, modify or cancel a law at its own discretion. **Save for the existence of an agreement, in the form of a *stabilisation* clause or otherwise, there is nothing objectionable about the amendment brought to the regulatory framework existing at the time an investor made its investment. As a matter of fact, any businessman or investor knows that laws will evolve over time. What is prohibited however is for a State to act unfairly, unreasonably or inequitably in the exercise of its legislative power.**"<sup>112</sup> (Emphasis added)

וגם פסק הבוררות בעניין *Saluka v. the Czeck Republic* מבהיר שמשקיע לא יכול לפתח ציפיות סבירות שהנסיונות ששררו בעת התחלת ההשקעה ימשיכו להתקיים ללא שינוי:

**No investor may reasonably expect that the circumstances prevailing at the time the investment is made remain totally unchanged.** In order to determine whether frustration of the foreign investor's expectations was justified and reasonable, the host State's legitimate right subsequently to regulate domestic matters in the public interest must be taken into consideration as well."<sup>113</sup> (Emphasis added)

---

*EDF v Romania*, Award of 8 October 2009, [218] <sup>111</sup>

*Parkerings-Compagniet AS v Lithuania*, ICSID Case No ARB/05/8 (Norway/Lithuania BIT), Award of 11 September 2007, [332] Available at: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Pakerings.pdf>

*Saluka v Czech Republic*, Partial Award of 17 March 2006, [305] <sup>113</sup>

89. פסקי בוררות אלה מצביעים שבהעדר סעיף ייצוב בהסכם ההשקעה או התחייבות ספיציפית וברורה, הכלל בדבר טיפול הוגן וצודק אינו תחליף לסעיף ייצוב המבטיח למשקיעים זרים שהדין המקומי לא ישתנה, ושעל משקיעים סבירים לצפות שכללי הדין של המדינה המארחת עשויים להשתנות.

90. מומחים בולטים שניתחו פסקי בוררות רבים מדגישים שבהעדר הבטחה ספיציפית של המדינה המארחת, ההסתברות שטריבונלים בינלאומיים יקבלו טענה שנוצרה ציפיה לגיטימית בקרב משקיעים שהדין לא ישתנה היא מועטה יחסית. המומחים Newcombe & Paradell מצהירים לעניין זה:

"When the host state has made no specific assurances or guarantees linked to specific acquired rights, such as in a license or permit, **tribunals are less likely to find there is a legitimate expectations that the legal framework will not change.**"<sup>114</sup>

"**A breach of fair and equitable treatment is more likely to arise where the state has made specific representations** about the use or enjoyment of the rights that the investor has acquired and where the investor detrimentally relied on these representations." (Emphasis added)<sup>115</sup>

91. (5). חקיקת המדינה המארחת כבסיס בלעדי ליצירת ציפיות לגיטימיות שהחקיקה לא

תשתנה בעתיד? מספר פסקי בוררות בינלאומיים הצהירו אמנם באופן כללי,<sup>116</sup> וכך גם מומחים מסויימים<sup>117</sup> שציפיות לגיטימיות של משקיעים יכולות להיווצר גם בעקבות החקיקה המדינתית בעת ההשקעה, והדגישו את החשיבות של יציבות משפטית עבור משקיעים זרים. עם זאת, מבדיקת פסקי

<sup>114</sup> Newcombe & Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties*, 288

<sup>115</sup> Newcombe & Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties*, 286

<sup>116</sup> ראו למשל,

*Suez, and Vivendi v. Argentina*, Decision on Liability of 30 July 2010, [122]; *Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador*, LCIA Case No UN3467, Final Award of 1 July 2004, [191], Available at: [http://ita.law.uvic.ca/documents/Oxy-EcuadorFinalAward\\_001.pdf](http://ita.law.uvic.ca/documents/Oxy-EcuadorFinalAward_001.pdf); *CMS v. Argentina*, Award of 12 May 2005, [274]-[276]; *LG&E v. Argentina*, ICSID Case No ARB/02/1, Decision on Liability of 3 October 2006. [131]. Available at: [http://ita.law.uvic.ca/documents/ARB021\\_LGE-Decision-on-Liability-en.pdf](http://ita.law.uvic.ca/documents/ARB021_LGE-Decision-on-Liability-en.pdf)

<sup>117</sup> ראו, למשל, Dolzer & Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 133-135

בוררות רבים שבהם התקבלה הטענה של הפרת הכלל בדבר טיפול הוגן וצודק בשל הפרת ציפיות לגיטימיות נראה שהחלטות שקיבלו טענות משקיעים בדבר הפרת ציפיות לגיטימיות נשענו בדרך כלל על התחייבויות של המדינה במסמכים בכתב (כגון חוזה, היתר או רשיון) ולא על השינוי בחוק לבדו. טריבונל הבוררות הבינלאומי בעניין *Metalpar v. Argentina* בדק שורה ארוכה של פסקי בוררות בנושא זה והגיע למסקנה חשובה בעניין זה:

**185. After analyzing the abovementioned awards, the conclusions of which, in essence, this Tribunal shares as they properly reflect the concept of “fair and equitable treatment,” it is necessary to point out the following: the tribunals in the cases PSEG Global Inc. Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi against Republic of Turkey (ICSID Case No. ARB/02/5, award of January 19, 2007), Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. against United Mexican States (ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, award of May 29, 2003), ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited against Republic of Hungary (ICSID Case No. ARB/03/6, award of October 2, 2006), Azurix Corp. against Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/12, award of July 14, 2006), Siemens A. G. against Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/8, award of February 6, 2007), LG&E Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. against Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/1, award of July 25, 2007), and Enron Corporation, Ponderosa Assets L.P. against Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/3, award of May 22, 2007), amongst others, asserted that investors’ expectations were related to fair and equitable treatment. However, in all of them, the conflict arose out of a state of facts different to the one under analysis in this case: in some of them, the relevant governments had invited the foreign investors to participate in a bidding process that was awarded to each of those investors and ended with the signing of a contract. In other cases, there were other types of contractual relations which created legitimate expectations; in all of them, the Government refused to renew or to comply with the contract, license or permit.<sup>118</sup> (Emphasis added)**

---

*Metalpar v. Argentina*, ICSID Case No ARB/03/5 (Chile/Argentina BIT), Award of 6 June 2008, <sup>118</sup> [185]. Unofficial English Translation available at: <http://ita.law.uvic.ca/documents/MetalparAwardEng.pdf>

92. וכך גם מצהירים החוקרים Necombe & Paradell שבדרך כלל התנהגות המדינה יכולה ליצור ציפיות לגיטימיות אם התנהגות זו מתבטאת במצגים או התחייבויות בכתב או פעולות מינהליות כגון חוזה, היתר או הצהרת דיעה רשמית:

"Legitimate expectations may arise as a result of **specific state conduct** directed at the investor upon which the investor relies. Any form of state conduct can, in principle, give rise to legitimate expectations. **Typically, the conduct giving rise to the legitimate expectations will be in the form of oral or written representations, undertakings or commitments, various types of administrative acts such as licenses or permits or providing an official opinion or view.**"<sup>119</sup> (Emphasis added)

93. פסק הבוררות שניתן בחודש האחרון בפרשת *AES v. Hungary* מדגים היטב את המגמה הקיימת בפועל בקרב טריבונלים בינלאומיים בתחום ההשקעות. המשקיע הזר במקרה זה עסק גם הוא בתחום האנרגיה (ייצור חשמל) וצעדי חקיקה חדשים של הונגריה (שהגבילו את מחיר החשמל הנמכר על-ידי המשקיע) גרמו לפגיעה ברווחיו. המשקיע טען, בין היתר, ששינויי חקיקה אלה מפריים את כלל הטיפול ההוגן והצודק וחובת הונגריה לספק לו מסגרת משפטית יציבה.<sup>120</sup> הכללים של אמנת ההשקעות במקרה זה היו מיטיבים במיוחד עם המשקיע מאחר וסעיף 10(1) לאמנת מגילת האנרגיה משנת 1994 (Energy Charter Treaty) חייב את הצדדים לא רק להעניק טיפול הוגן וצודק אלא גם לעודד וליצור תנאים יציבים למשקיעים זרים.<sup>121</sup> על אף חובה מפורשת זו של ממשלת הונגריה לספק תנאים יציבים למשקיעים זרים, דחה טריבונל הבוררות את טענותיו של

<sup>119</sup> Newcombe & Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties*, 280

<sup>120</sup> *AES Summit Generation v. Republic of Hungary*, Award 23 September, 2010, [9.1.4]-[9.1.5]

<sup>121</sup> סעיף 10(1) לאמנת מגילת האנרגיה מורה כדלקמן:

Article 10(1) **Each Contracting Party shall, in accordance with the provisions of this Treaty, encourage and create stable, equitable, favourable and transparent conditions for Investors** of other Contracting Parties to make Investments in its Area. Such conditions shall include a commitment to accord at all times to Investments of Investors of other Contracting Parties fair and equitable treatment. Such Investments shall also enjoy the most constant protection and security and no Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures their management, maintenance, use, enjoyment or disposal. In no case shall such Investments be accorded treatment less favourable than that required by international law, including treaty obligations. Each Contracting Party shall observe any obligations it has entered into with an Investor or an Investment of an Investor of any other Contracting Party. (Emphasis added) The Energy Charter Treaty (signed 17 December 1994, 16 April 1998) 2080 UNTS 100, Article 10(1). Available at: [http://www.encharter.org/fileadmin/user\\_upload/document/EN.pdf](http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf)

המשקיע שהשינויים הנ"ל בחקיקה מפריים את הציפיות הלגיטימיות של המשקיע הזר ואת הכלל בדבר טיפול הוגן וצודק. הטריבונל הדגיש שגם הסעיף המפורש הנ"ל שנכלל באמנת ההשקעה לא מהווה סעיף ייצוב, ושכל מסגרת משפטית, מעצם הגדרתה כפופה לשינויים והתאמות לשינויים המתרחשים מיום ליום:

9.3.29 The stable conditions that the ECT mentions relate to the framework within which the investment takes place. **Nevertheless, it is not a stability clause. A legal framework is by definition subject to change as it adapts to new circumstances day by day and a state has the sovereign right to exercise its powers which include legislative acts.**<sup>122</sup> (Emphasis added)

גם כאן התמקד הטריבונל בעובדה שממשלת הונגריה לא יצרה התחייבות ספציפית המגבילה את זכותה הריבונית לשנות את הדין:

9.3.31 In this case, however, the Tribunal observes **that no specific commitments were made by Hungary that could limit its sovereign right to change its law** (such as a stability clause) or that could legitimately have made the investor believe that no change in the law would occur.<sup>123</sup> (Footnote omitted, emphasis added)

94. ובאשר לציפיות הלגיטימיות של משקיעים, הטריבונל הדגיש שכל איש עסקים או משקיע סביר יודע שדינים יכולים להשתנות על-פי נסיבות משתנות הקשורות לתנאים הפוליטיים או המדיניות:

9.3.34 In these circumstances, absent a specific commitment from Hungary that it would not reintroduce administrative pricing during the term of the 2001 PPA, Claimants cannot properly rely on an alleged breach of Hungary's Treaty obligation to provide a stable legal environment based on the passage of Act XXXV and the Price Decrees. **This is because any reasonably informed business person or investor knows that laws can evolve in accordance with the perceived political or policy dictates of the times.**<sup>124</sup> (Emphasis added)

---

<sup>122</sup> *AES Summit Generation v. Republic of Hungary*, Award 23 September, 2010, [9.3.29]

<sup>123</sup> *AES Summit Generation v. Republic of Hungary*, Award 23 September, 2010, [9.3.31]

<sup>124</sup> *AES Summit Generation v. Republic of Hungary*, Award 23 September, 2010, [9.3.34]

9.3.35 The Tribunal therefore concludes that no breach of the fair and equitable treatment standard took place based on Hungary's alleged failure to provide a stable legal and business framework.

95. יש לציין שבדיקתנו העלתה גם שני פסקי בוררות שבהם התקבלה הטענה בדבר הפרת ציפיות לגיטימיות בהקשר של חקיקה חדשה, וזאת גם בהעדר הבטחה בחוזה, רשיון או היתר; אך זאת בשל תנאים מיוחדים. בפסק הבוררות *PSEG v. Turkey* דובר, בין היתר, בשינויים רבים בחקיקה שאומצו בפרק זמן קצר (שתוארו בפסק הבוררות כ"roller coaster")<sup>125</sup> וכשלון המדינה המארחת לטפל בתוצאות השינויים האלה במהלך המשא ומתן בין הצדדים.<sup>126</sup> בפסק הבוררות *Occidental v. Ecuador* התקבלה הטענה בדבר הפרת הכלל של טיפול הוגן וצודק מאחר והחווה פורש על-ידי רשויות המדינה בצורה מוטעית בעליל, חוק המס השתנה בצורה מעורפלת, ההבטחות שביקש המשקיע זכו לתשובות לא-מספקות ומעורפלות, וגם התקנות שהותקנו לאחר מכן לא תאמו את השינוי בחוק.<sup>127</sup> מהמידע שנמסר לי, נראה כי הנסיבות המיוחדות של שתי החלטות אלה אינן מתקיימות במקרה שלפנינו.

96. **לסיכום**, בהעדר סעיף ייצוב או הבטחה ספיציפית שניתנה על-ידי המדינה (בדרך כלל בהסכם, היתר או רשיון), טריבונלים בינלאומיים אינם נוטים כלל וכלל לקבל את הטענה ששינוי בחקיקת המדינה לבדו מפר ציפיות סבירות של משקיעים שהדין לא ישתנה ולכן מפר את הכלל בדבר טיפול הוגן וצודק.

97. **(6) האינטרס הפרטי של המשקיע והאינטרס הציבורי בשינוי הדין**: גם כאשר יש ראיות מסוימות בדבר התחייבות או מצג מסויים של המדינה כלפי המשקיע הספיציפי בדבר אי-שינוי הדין

<sup>125</sup> "250. Thirdly, the Tribunal also finds that the fair and equitable treatment obligation was seriously breached by what has been described above as the "roller-coaster" effect of the continuing legislative changes. This is particularly the case of the requirements relating, in law or practice, to the continuous change in the conditions governing the corporate status of the Project, and the constant alternation between private law status and administrative concessions that went back and forth. This was also the case, to a more limited extent, of the changes in tax legislation." *PSEG and others v. Turkey*, ICSID Case No ARB/02/5 (US/Turkey BIT), Award of 19 January 2007, [250] [http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC630\\_En&caseId=C212](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC630_En&caseId=C212)

<sup>126</sup> *PSEG and others v. Turkey*, Award of 19 January 2007, [251]

<sup>127</sup> *Occidental v. Ecuador*, Final Award of 1 July 2004, [184]

בעתיד, יש לשקול בעניין זה הן את האינטרס של המשקיע הפרטי ביציבות הדין והן את האינטרס הציבורי לשנות את הדין מעת לעת. טריבונלים בינלאומיים הדגישו בעניין זה את הצורך לשקול גם את זכותה (וחובתה) של המדינה לשנות את הדין המדינתי על-פי הנסיבות המשתנות. כך, למשל, הצהיר הטריבונל בעניין *Parkerings v Lithuania*:

**"It is each State's undeniable right and privilege to exercise its sovereign legislative power. A State has the right to enact, modify or cancel a law at its own discretion. Save for the existence of an agreement, in the form of a *stabilisation* clause or otherwise, there is nothing objectionable about the amendment brought to the regulatory framework existing at the time an investor made its investment. As a matter of fact, any businessman or investor knows that laws will evolve over time. What is prohibited however is for a State to act unfairly, unreasonably or inequitably in the exercise of its legislative power."**<sup>128</sup> (Emphasis added)

98. הצורך לאזן בין האינטרס הציבורי והפרטי מתבלט גם בפסק הבוררות בעניין *Suez v. Argentina* שהדגיש גם את הציפיות הלגיטימיות של משקיעים בעניין זה:

"In interpreting the concept of fair and equitable, the Tribunal must also bear in mind that the Concession by its terms was subject to the regulatory authority of the Argentine State, which had a reasonable right to regulate. **Thus in interpreting the meaning of fair and equitable treatment to be accorded to investors, the Tribunal must balance the legitimate and reasonable expectations of the Claimants with Argentina's right to regulate the provision of a vital public service.** .... What this means in the context of the present cases is that **the legitimate and reasonable expectations of the investors in AASA must have included the expectation that the Argentine government would exercise its legitimate regulatory interests with respect to the AASA Concession throughout the period of thirty years** and in response to unpredictable circumstances that might arise during that time."<sup>129</sup> (Emphasis added)

---

<sup>128</sup> *Parkerings v. Lithuania*, Award of 11 September 2007, [332]

<sup>129</sup> *Suez and Vivendi v. Argentina*, Decision on Liability of 30 July 2010, [236]

והחובה לשקול את האינטרס הפרטי והציבורי כאחד מודגש גם בפסק הבוררות בעניין

:*Saluka v. the Czech Republic*

"The determination of a breach of Article 3.1 by the Czech Republic therefore **requires a weighing of the Claimant's legitimate and reasonable expectations on the one hand and the Respondent's legitimate regulatory interests on the other.**"<sup>130</sup>  
(Emphasis added)

99. האינטרס החשוב של המדינה בצורך לשנות את החקיקה מעת לעת מוזכר גם בפסקי בוררות נוספים,<sup>131</sup> ויש כאלה שהדגישו את שיקול הדעת הנרחב שיש לרשויות המדינה המארחת בעניין זה. כך, למשל הדגיש הטריבונל הבינלאומי בעניין *Myers v. Canada*:

"The Tribunal considers that a breach of Article 1105 occurs only when it is shown that an investor has been treated in such an unjust or arbitrary manner that the treatment rises to the level that is unacceptable from the international perspective. **That determination must be made in the light of the high measure of deference that international law generally extends to the right of domestic authorities to regulate matters within their own borders.**"<sup>132</sup> (Emphasis added)

והצהרה זו צוטטה בהסכמה גם בפסק הבוררות בעניין *Saluka v. the Czech Republic*.<sup>133</sup>

100. גם מומחים מובילים הדגישו את הצורך לאזן בין האינטרס הפרטי של המשקיע הזר ביציבות משפטית לבין האינטרס הלגיטימי של המדינה לשנות את החקיקה לטובת תושביה ועל-פי הנסיבות המשתנות. כך, למשל, הדגישו *McLachlan et al.* כדלקמן:

---

<sup>130</sup> *Saluka v. the Czech Republic*, Partial Award, of 17 March 2006, [306].

<sup>131</sup> ראו, למשל:

*EDF v Romania*, Award and Dissenting Opinion of 8 October 2009, [219]; *AES Summit Generation v. Republic of Hungary*, Award 23 September, 2010, [9.3.30]

<sup>132</sup> *S.D. Myers v Canada*, UNCITRAL (NAFTA), First Partial Award of 13 November 2000, [263]

<sup>133</sup> *Saluka v. the Czech Republic*, Partial Award of 17 March 2006, [305]

"Finally, the protection of legitimate expectations must be qualified by the need to maintain a reasonable degree of regulatory flexibility on the part of the host state to respond to changing circumstances in the public interest."<sup>134</sup>

וכך גם הצהירו Newcombe & Paradell בספרם:

"Whether expectations are legitimate and should be protected involves **balancing investor interests in maintaining stability and certainty with the likelihood that regulatory regimes change over time. Expectations are not 'no-unconditional and ever-lasting.'**"<sup>135</sup> (Emphasis added)

101. **לסיכום**, גם כאשר מוצגות ראיות מסויימות בדבר התחייבות או מצג ספיציפי של המדינה כלפי המשקיע הזר בדבר אי-שינוי הדין בעתיד, טריבונלים וחוקרים הדגישו שיש לשקול בעניין זה לא רק את הציפיות הלגיטימיות והאינטרס הפרטי של המשקיע הזר, אלא גם את האינטרס הציבורי של המדינה לשנות את הדין מעת לעת ולהתאימו לנסיבות המשתנות.

102. **(7) ציפיות לגיטימיות בעניין העלאת שיעורי המס המוטלים על הפקת גז טבעי בישראל**: כפי שנאמר לעיל, טריבונלים בינלאומיים ומומחים בולטים הדגישו שבהעדר סעיף ייצוב, משקיעים סבירים צריכים לצפות מראש שדין המדינה המארחת עשוי להשתנות. פרסומים של חוקרים המתמחים בהשקעות בתחום האנרגיה הדגישו שהעלאת שיעורי המס בתקופה של עלייה במחירי הדלק אינה דבר נדיר כלל וכלל, ושמדינות לא מעטות (כולל מדינות מפותחות) עשו כך לאחרונה. כך, למשל, הצהירו שני המומחים בתחום האנרגיה הבינלאומית Cameron and Kellas

"The upward trend in oil price over the past several years has resulted in a renewed battle for rent between host governments and investors, and the stability, or otherwise of petroleum agreements has attracted a lot of attention. **In many countries, host governments have unilaterally introduced windfall profit taxes or similar measures, striking a blow at the economic heart of**

<sup>134</sup> McLachlan, Shore and Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, 239

<sup>135</sup> Newcombe & Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties*, 282

**those contracts. While the price remains high, the likelihood is that this trend will continue.** In some countries, these changes are introduced not just for new licenses, and in extreme cases, most notably Venezuela and Bolivia, host governments have gone as far as to break contracts altogether".<sup>136</sup> (Emphasis added)

בדברי הסיכום של מסמך זה מדגישים שני המחברים שהשינויים במספר מדינות החברות בארגון ה-OECD מדגימים שבנסיבות אלה, האינטרסים הכלכליים של המשקיעים יכולים להשתנות באופן מהיר וחד-צדדי:

"Some of the most pronounced increases in government take have not been in developing countries but in OECD areas such as the UK, Alberta and Alaska. Investors in these areas operate under concessions with no protection from ad hoc changes to prevailing royalty and tax terms. While other types of risk factors are lower in these countries, the economic impact of the fiscal changes can be highly significant. .... Arguments that OECD governments are far more stable and less likely to change the rules – at least in economic terms – are clearly not true. **Recent developments in several OECD countries demonstrate how swiftly and significantly investors' 'economic interests' can be unilaterally reduced.**"<sup>137</sup> (Emphasis added)

103. כך גם נאמר בספר על הסכמי דלק בינלאומיים (שפורסם בשנה שעברה) שעם העלאת מחירי הדלק בשנים האחרונות, המדינות שבשטחן מצויים משאבי הדלק שינו את כללי המס החלים על ההסכמים לניצול משאבים אלה:

"At the turn of the 21<sup>st</sup>. century, under a high oil and gas price environment, the trend reversed again, with a higher government take<sup>138</sup> reflecting the increased bargaining power of **HCs [host countries] in diverse regions of the world have changed the**

<sup>136</sup> P Cameron and G Kellas, 'Contract and Fiscal Stability: Rhetoric and Reality' - Paper presented at the Association of Intl Petroleum Negotiations International Conference in Edinburgh, September 2008, at p. 1 Available at: [http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/gateway/files.php?file=Contract-Fiscal-Stability\\_311561174.pdf](http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/gateway/files.php?file=Contract-Fiscal-Stability_311561174.pdf)

<sup>137</sup> Cameron & Kellas, 'Contract and Fiscal Stability', 10

<sup>138</sup> המונח government take מוגדר בספר זה כחלק של המדינה המארחת מתוך סך הכל הרווח של הפקת הדלק. ראו עמודים 223-224

**fiscal package applicable to new IPAs [international petroleum agreements] and sometimes to existing IPAs**, such as: in the OECD region, where a "tax stabilization" clause is generally not binding, the United Kingdom increased the effective corporate tax rate applicable to E&P companies from a low 30% rate in 2002 to 50% in 2006. In 2006 the state of Alaska in the United States introduced a new production tax mechanism ..."<sup>139</sup> (Emphasis added)

על העלאת מס בתחום האנרגיה במדינות עם משטר כלכלי ליבראלי (market states), מסביר החוקר Cameron:

"For long-term investments in the energy sector, a significant number of host states around the world do not offer a specific stabilization clause or any contract-based equivalent. Most strikingly, this is the default situation among the market states. **Yet, on a number of occasions when governments in these countries have introduced higher tax burdens for producing companies operating under concession (sometimes called licenses or leases) terms (with no contract or stabilization provision) and on utilities in the electricity and gas industries**, the only recourse open to those companies has been to lobby the government to abandon the proposed change or at least try to persuade it to reduce the impact of the proposed measure".<sup>140</sup>

104. **נתונים אלה מצביעים** שמשקיעים זרים (הן במדינות מפותחות והן במדינות מתפתחות) יכולים היו לצפות להעלאת מסים המוטלים על הפקת אנרגיה בתקופות של עלייה במחירי האנרגיה בעולם.

105. באשר לציפיות לגיטימיות שמדינת ישראל לא תשנה את חוקי המיסוי החלים על השקעות בתחום האנרגיה, משטרות החזקה (שנסקרו בפרק ד'), דו"חות שנתיים ומסמכים נוספים של תאגידים העוסקים בהפקת גז ודלק באזורים הנתונים לריבונות ישראל (שנדונו גם לעיל) עולה

---

<sup>139</sup> C Duval, et al., *International Petroleum Exploration and Exploitation Agreements: Legal, Economic and Policy Aspects* (2nd edn, Barrows Company, NY, 2009), 225.

וראו את הפירוט בעמ' 226-237

<sup>140</sup> P Cameron, *International Investment Energy Law: The Pursuit of Stability* (OUP, Oxford, 2010), 15-16

שהמשקיעים בתחום זה מודעים לאפשרות שהחקיקה של מדינת ישראל בתחום זה (כולל באשר לכללי המיסוי) תשתנה במהלך ביצוע ההשקעה.

106. **לסיכום**, פסקי בוררות, כתבי מומחים, נתונים באשר להעלאת מסים על הפקת אנרגיה בעשור האחרון, והמסמכים הרלבנטיים של התאגידים העוסקים בהפקת גז טבעי ודלק בישראל מצביעים על כך שהעלאה סבירה בשיעור המס המוטל על משקיעים העוסקים בהפקת גז טבעי בישראל לא תהווה הפרה של ציפיות לגיטימיות של משקיעים זרים. זאת כמובן, אם שיעורי המס החדשים לא יבטלו את האפשרות שהמשקיעים הזרים יפיקו כל רווח מההשקעה שלהם.

## ז. הכלל בדבר הגנה וביטחון

107. כללים נוספים הנזכרים באמנת הידידות בין ישראל וארצות הברית דנים בחובת המדינה המארחת לספק הגנה וביטחון למשקיעים ולרכושם. סעיף 3(1) לאמנת הידידות מורה כדלקמן:

Nationals of either Party within the territories of the other Party shall be free from unlawful molestations of every kind, and shall receive the most constant protection and security, in no case less than that required by international law.

וסעיף 6(1) לאמנה דן בהגנת רכוש המשקיעים:

Property of nationals and companies of either Party shall receive the most constant protection and security within the territories of the other Party.

108. טריבונלים בינלאומיים נוהגים לפרש הוראות דומות באמנות להגנת השקעה<sup>141</sup> כמחייבות את המדינה המארחת והאורגנים שלה שלא לתקוף משקיעים זרים ורכושם,<sup>142</sup> ובנסיבות מסוימות

<sup>141</sup> על פסקי הבוררות בתחום זה, ראו בהרחבה,

McLachlan, Shore and Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, 247 et seq.; Dolzer & Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 149 et seq.

<sup>142</sup> ראו, למשל:

*Asian Agricultural Products Ltd. v. Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3 (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland/Sri Lanka BIT), Final Award of 27 June 1990. Available at: <http://ita.law.uvic.ca/documents/AsianAgriculture-Award.pdf>

אף לנקוט בצעדים אקטיביים כדי להגן על משקיעים מפני התקפות פיזיות מצד גורמים לא-מדינתיים.<sup>143</sup> טריבונלים בינלאומיים ומומחים הורו שכלל זה אינו מטיל "אחריות חמורה" (strict liability) על המדינה המארחת, ואין היא אחראית לכל פגיעה פיזית שנגרמה למשקיע או רכושו. המדובר בחובה מסוג של "חריצות ראויה" (due diligence) ויש לבדוק בכל מקרה האם המדינה המארחת פעלה בצורה סבירה על-פי מכלול הנסיבות באותו האירוע.<sup>144</sup> כך, למשל, פסק בית הדין הבינלאומי לצדק בעניין *ELSI* (ארה"ב נ' איטליה) על סעיף דומה באמנה שבין איטליה וארצות הברית:

"The reference in Article V to the provision of 'constant protection and security' cannot be construed as the giving of a warranty that property shall never in any circumstances be occupied or disturbed."<sup>145</sup>

109. מספר טריבונלים הביעו לאחרונה את הדיעה שהיקף הסעיף בדבר הגנה וביטחון רחב יותר, ויש להחילו גם באשר להגנה משפטית על המשקיעים מפני שינויים בדיני המדינה המארחת.<sup>146</sup> פרשנות מרחיבה שכזו של ההוראה בדבר הגנה על משקיעים ורכושם יוצרת בעצם חפיפה מסויימת בין הכלל בדבר טיפול הוגן וצודק באשר ליציבות כללי הדין של המדינה המארחת (שנדון בהרחבה לעיל) לבין הכלל בדבר הגנה וביטחון על משקיעים.<sup>147</sup> עם זאת, נראה שרוב פסקי הבוררות תומכים

---

*American Manufacturing and Trading, Inc. v. Zaire*, ICSID Case No. ARB/93/1 (United States/Zaire BIT), Award of 27 February 1997, Available at: <http://ita.law.uvic.ca/documents/AmericanManufacturing.pdf>

<sup>143</sup> ראו, למשל,

*Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4 (United Kingdom/Egypt BIT), - Award on Merits, 8 December 2000. Available at: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Wena-2000-Final.pdf>

<sup>144</sup> ראו, למשל, [163]-[164] *Suez and Vivendi v. Argentina*, Decision on Liability of 30 July 2010, ראו גם

Dolzer & Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 149-150; JW Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, 209-210; McLachlan, Shore and Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, 247 et seq.

<sup>145</sup> [108] Eletttronica Sicula S.p.A (ELSI), Judgment of 20 July 1989, [1989] ICJ Rep 15, [108]

<sup>146</sup> ראו, למשל, 149, Dolzer & Schreuer, *Principles of International Investment Law*, ופסקי הדין הנזכרים שם.

<sup>147</sup> על החפיפה שבין שתי עילות אלה (על-פי הפרשנות המרחיבה), העיר הטריבונל בפרשת *PSEG and others v. Turkey* בפסקה 258:

258. The Tribunal is mindful of the fact that this particular standard has developed in the context of the physical safety of persons and installations, and only exceptionally will it be related to the broader ambit noted in *CME*. To the extent that there is such an

בגישה שסעיף ההגנה והביטחון חל על התקפות פיזיות, ומספר פסקי בוררות שניתנו לאחרונה מקפידים על האבחנה בין תחולתו של כלל זה לבין הכלל בדבר טיפול הוגן וצודק. כך הצהיר לאחרונה הטריבונל הבינלאומי בעניין *Suez v. Argentina* את המצב המשפטי בתחום זה:

**"A few awards since *CME* have maintained the more traditional approach to interpreting the notion of full protection and security. In *Saluka*, the tribunal determined that the Czech Republic did not violate the Czech Republic-Netherlands BIT which promised investors "full security and protection" when it took measures to stop trading in the claimant's securities. The tribunal stated: "The practice of arbitral tribunals seems to indicate however that the 'full protection and security clause' is not meant to cover just any kind of impairment of an investor's investment but to protect more specifically the physical integrity of an investment against interference by the use of force." More recently, a similar rationale has been applied by arbitral tribunals in *BG v. Argentina*, *PSEG v. Turkey* and *Rumeli v. Kazakhstan*.<sup>148</sup> (Footnotes omitted, emphasis added)**

ולאור נסיבות המקרה שלפניו,<sup>149</sup> דחה הטריבונל את הטענה בדבר הפרשנות המנסה להרחיב את סעיף ההגנה והביטחון מעבר להגנה פיזית. כך גם פסק הטריבונל בפרשת *PSEG v. Turkey* שבהעדר פגיעה פיזית, יש לדחות את הטענה בדבר סעיף ההגנה והביטחון:

**"The Tribunal does not find that in the present case there has been any question of physical safety and security, nor has any been alleged. Neither does the Tribunal find that there is an exceptional situation that could qualify under this standard as a separate heading of liability. The anomalies that have been found are all included under the standard of fair and equitable treatment**

---

exceptional situation, the connection with fair and equitable treatment becomes a very close one.

<sup>148</sup> ראו [178] *Suez and Vivendi v. Argentina*, Decision on Liability of 30 July 2010,.

<sup>149</sup> פרשנות זו של הטריבונל מדגישה גם את הטקסט של האמנות שעמדו בפניו במקרה זה, ובהם הסעיף הרלבנטי באמנות לא כלל את המילה full (הנכללת בסעיפים רבים אחרים באמנות הדנים באותו הנושא). הטריבונל הצהיר לעניין זה:

As far as this Tribunal is concerned, it is inclined to think that the absence of the word "full" or "fully" in the full protection and security provisions in the Argentina-Spain and the Argentina-U.K. BITs supports this view of an obligation limited to providing physical protection and legal remedies for the Spanish and U.K. Claimants and their assets. *Suez and Vivendi v. Argentina*, Decision on Liability of 30 July 2010, [175]

discussed above. **This heading of liability is accordingly dismissed.**<sup>150</sup> (Emphasis added)

כך המומחים McLachlan et al. הצהירו בספרם שהפרשנות הראוייה של הסעיף צריכה להישאר ולהתמקד בהגנה פיזית על המשקיע ורכושו:

"In contrast to fair and equitable treatment, however, **full protection and security is typically concerned not with the process of decision-making by the organs of the State. Rather, it is concerned with failures by the State to protect the investor's property from actual damage caused by either miscreant State officials or by the actions of others**, where the State has failed to exercise due diligence. **It is thus principally concerned with the exercise of police powers.**"<sup>151</sup>

110. גם הפרקטיקה של ארצות הברית מורה שיש להעדיף את הפרשנות הרגילה (והמצמצמת) של סעיף ההגנה והביטחון. סעיף 5(2) לאמנת מודל ההשקעות של ארצות הברית מבהיר במפורש שהסעיף באמנה הדין ב"הגנה וביטחון מלא" דורש מהמדינה המארחת **הגנה משטרתית** ברמה הנדרשת על-פי כללי המשפט הבינלאומי המינהגי.

#### **Article 5: Minimum Standard of Treatment**

1. Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.
2. For greater certainty, paragraph 1 prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to covered investments. The concepts of "fair and equitable treatment" and "full protection and security" do not require treatment in addition to or beyond that which is required by that standard, and do not create additional substantive rights. The obligation in paragraph 1 to provide:
  - (a) ...

---

<sup>150</sup> *PSEG and others v. Turkey*, supra note, [259]

<sup>151</sup> ראו 247 McLachlan, Shore and Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*,

**(b) "full protection and security" requires each Party to provide the level of police protection required under customary international law.**<sup>152</sup> (Emphasis added)

111. יש לציין שגם אם נקבל את הפרשנות המרחיבה של סעיף ההגנה והביטחון (בניגוד לפסקי הדין, המומחים והפרקטיקה של ארצות הברית הנ"ל) והוא יוחל גם להגנה על היציבות המשפטית, הרי שאז שיש להחיל בעניין זה גם את סטנדרד האחריות המקל יותר של "הריצות ראויה" בכל הנוגע לשינוי הדין המקומי, ואז יש לבדוק, האם המדינה ששינתה את חוקיה התנהגה באופן סביר לאור כל הנסיבות. גם טריבונל הבוררות בפרשת *AES v. Hungary* הדגיש שגם הפרשנות המרחיבה יותר של כלל ההגנה והביטחון אינה יכולה להשיג את התוצאה של 'סעיף ייצוב' המבטיח למשקיע שהמדינה המארחת לא תשנה את הדין הפנימי שלה.<sup>153</sup>

112. **לסיכום**, הכלל בדבר הגנה וביטחון מחייב את המדינה המארחת שלא לתקוף משקיעים זרים ואת רכושם, ובנסיבות מסוימות אף לנקוט בצעדים אקטיביים להגן עליהם מפני התקפות מצד גורמים לא מדינתיים. כלל זה אינו מטיל אחריות חמורה על המדינה ויש לבדוק בכל מקרה אם זו פעלה בצורה סבירה על-פי נסיבות המקרה. מרבית הטריבונלים הבינלאומיים שהחילו כלל זה פסקו שהסעיף מוגבל להגנה על משקיעים זרים מפני התקפות פיזיות.

## ה. טיפול לאומי (National Treatment)

113. אחד הסעיפים הנפוצים באמנות להגנת השקעה עוסק באיסור להפלות בין משקיעים של המדינה הזרה ומשקיעים במדינה המארחת. אמנת הידידות בין ישראל וארצות הברית אינה כוללת סעיף כללי בדבר "טיפול לאומי" (בניגוד לאמנות השקעה רבות אחרות, כולל אמנות שאותן כרתה

<sup>152</sup> סעיף 5 לאמנת המודל של ארצות הברית, ראה לעיל

<sup>153</sup> הטריבונל הצהיר לעניין זה:

13.3.5 To conclude that the right to constant protection and security implies that no change in law that affects the investor's rights could take place, would be practically the same as to recognizing the existence of a non-existent stability agreement as a consequence of the full protection and security standard. *AES Summit Generation v. Republic of Hungary*, Award 23 September, 2010, [13.3.5]

וראו גם קטע 13.3.2 בפסק בוררות זה.

154. אמנת הידידות בין ישראל וארצות הברית מורה לצדדים להעניק "טיפול לאומי" בסדרה מפורטת של מקרים: סעיף 4(1), 4(2), סעיף 5(1), 6(5), סעיף 7(1), סעיף 8(3), סעיף 9(1), 9(2), 9(3), 9(5), סעיף 10, סעיף 14(3), סעיף 16(1), סעיף 19(3), 19(4). יש לציין שסעיפי האמנה המפורשים הנ"ל אינם חלים בצורה מפורשת למקרה של שינוי במיסוי. עם זאת, נראה שניתן להסיק מסעיף 16(1) (הדן במיסוי פנימי על מוצרים של כל אחד משני הצדדים)<sup>155</sup> וייתכן שגם מסעיף 7(1) (הדן בפעילות מסחרית, תעשייתית, פיננסית או לכל מטרה אחרת להשגת רווח)<sup>156</sup> על תחולת הכלל בדבר איסור אפלייה גם באשר להעלאת שיעור המס במקרה שלפנינו.

---

<sup>154</sup> ראו, למשל, סעיף 3 לאמנת מודל ההשקעות של ארצות הברית:

#### Article 3: National Treatment

1. Each Party shall accord to investors of the other Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments in its territory.

2. Each Party shall accord to covered investments treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments in its territory of its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.

3. The treatment to be accorded by a Party under paragraphs 1 and 2 means, with respect to a regional level of government, treatment no less favorable than the treatment accorded, in like circumstances, by that regional level of government to natural persons resident in and enterprises constituted under the laws of other regional levels of government of the Party of which it forms a part, and to their respective investments.

<sup>155</sup> סעיף 16(1) לאמנת הידידות מורה כדלקמן:

1. Products of either Party shall be accorded, within the territories of the other Party, national treatment and most favored-nation treatment in all matters affecting internal taxation, sale, distribution, storage and use.

<sup>156</sup> סעיף 7 (1) מורה כדלקמן:

1. Nationals and companies of either Party shall be accorded national treatment with respect to engaging in all types of commercial, industrial, financial and other activity for profit (business activities) within the territories of the other Party, whether directly or by agent or through the medium of any form of lawful juridical entity. Accordingly, such nationals and companies shall be permitted within such territories: (a) to establish and maintain branches, agencies, offices, factories and other establishments appropriate to the conduct of their business; (b) to organize companies under the general company laws of such other Party, and to acquire majority interests in companies of such other Party; and (c) to control and manage enterprises which they have established or acquired. **Moreover, enterprises which they control, whether in the form of individual proprietorships, companies or otherwise, shall, in all that relates to the conduct of the activities thereof, be accorded treatment no less favorable than that accorded like enterprises controlled by nationals and companies of such other Party.**" (Emphasis added)

אמנת הידידות מגדירה את חובת הטיפול הלאומי בסעיף 22(1):

The term "national treatment" means treatment accorded within the territories of a Party upon terms no less favorable than the treatment accorded therein, in like situations, to nationals, companies, products, vessels or other objects, as the case may be, of such Party.

114. פסקי בוררות מסויימים ומומחים בולטים הביעו את העמדה שגם אם המדינה המארחת טפלה בצורה שונה במשקיעים מקומיים לעומת משקיעים זרים, יש לבחון אם לטיפול המובחן יש בסיס סביר מוצדק.<sup>157</sup>

115. **לענייננו**, הכללים שנכללים באמנת הידידות בדבר חובת הטיפול הלאומי מורים שאם מדינת ישראל תחליט להעלות את המס החל על משקיעים מארצות הברית העוסקים בהפקת גז טבעי ודלק באזורים הנתונים לריבונותה, יהיה על מדינת ישראל להחיל את אותם שיעורי המס החדשים גם על משקיעים ישראליים העוסקים בהפקת גז באזורים אלה. מהמידע שנמסר לי עולה שמרבית התאגידים העוסקים בהפקת גז מאזורים הנתונים לריבונות ישראל הם תאגידים ישראליים. לכן, בהעדר נימוק סביר מוצדק, אם אכן יוחלט להעלות את שיעורי המס המוטלים על מפיקי גז טבעי ודלק משטחים אלה, מובן שמדינת ישראל תהיה חייבת להטיל את אותם שיעורי המס הן על רוב התאגידים הישראליים והן על מיעוט התאגידים האמריקאים העוסקים בהפקת גז טבעי כנ"ל.

## ט. מסקנות

א. הכללים הנכללים באמנת הידידות בין ישראל וארצות הברית לא נקלטו בחקיקה של מדינת ישראל וככאלה, אין להם תוקף תחיקתי בדין הישראלי. אם תאמץ הכנסת חקיקה ברורה ומפורשת בענייני מס המוטל על הפקת גז ואנרגיה משטחים הנתונים לריבונותה של מדינת ישראל, בתי המשפט בישראל יהיו מצווים להחיל חקיקה זו, גם אם זו סותרת הוראות שנקבעו באמנת הידידות. אם הכנסת תאמץ חקיקה בעניין זה שניתנת למספר פירושים סבירים, על בתי המשפט להעדיף את הפרשנות העולה בקנה אחד עם התחייבותיה של מדינת ישראל שנקבעו באמנת הידידות.

<sup>157</sup> ראו, למשל, McLachlan, Shore and Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, 254-255; Dolzer & Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 181.

ב. אם יתגלע סכסוך בעניין זה בין ישראל לארצות הברית בעניין זה (באשר לתחולת אמנת הידידות), והסכסוך לא יפתר במשא ומתן ומגעים דומים, ארצות הברית תהא רשאית לאמץ את ריבם של המשקיעים הזרים שלה ולהגיש תביעה נגד מדינת ישראל בבית הדין הבינלאומי לצדק. סקירת הפרקטיקה הקיימת של ארצות הברית בתחום ההשקעות הבינלאומיות אינה מגלה כלל נטייה להגיש תביעות נגד מדינות אחרות בבית הדין הבינלאומי לצדק בהאג. מאז הקמתו של בית הדין הבינלאומי בשנת 1945, ארצות הברית הגישה רק תביעה אחת בעניין השקעות בינלאומיות (בשנת 1989) ומאז היא לא עשתה כך. עוד בטרם תגיש ארצות הברית תביעה שכזו לבית הדין הבינלאומי לצדק, יהיה על המשקיעים של ארצות הברית למצות את כל הסעדים המשפטיים והמינהליים העומדים לרשותם על-פי הדין הישראלי (כולל פנייה לגופים מיוחדים שהוקמו או יוקמו על-ידי מדינת ישראל), ונטל ההוכחה בעניין זה יוטל על ארצות הברית. במקרה של סתירה בין כללי הדין של מדינת ישראל (כולל חוקי הכנסת) לבין כללי המשפט הבינלאומי (כולל הוראות שנקבעו באמנת הידידות), בדרך כלל יקנה בית הדין הבינלאומי עדיפות לכללי המשפט הבינלאומי.

ג. תנאי מקדים ויסודי להגשת תביעה 'ישירה' על-ידי משקיעים של ארצות הברית נגד מדינת ישראל בטריבונלים בינלאומיים הוא מתן הסכמה ברורה ומפורשת של מדינת ישראל להתדיינות שכזו. הצטרפות מדינת ישראל לאמנה בדבר יישוב סכסוכי השקעות אינה שקולה כלל למתן הסכמה על-ידי מדינת ישראל להחלת סמכות השיפוט של טריבונלים של המרכז ליישוב סכסוכי השקעות (או טריבונלים אחרים) לדון בתביעות 'ישירות' של משקיעים של ארצות הברית נגד מדינת ישראל. אמנת הידידות מתייחסת בפירוש למספר אפשרויות ליישוב סכסוכים אך אינה כוללת הוראה מסוג כל שהוא (ובכל תנאי שהוא) בדבר הגשת תביעות 'ישירות' של משקיעים של מדינה אחת נגד המדינה השנייה. אין ספק שמדינת ישראל לא נתנה באמנת הידידות את הסכמתה לסמכות השיפוט של טריבונלים בינלאומיים שידונו בתביעות 'ישירות' נגדה של משקיעים של ארצות הברית.

ד. אמנת הידידות בין ישראל לארצות הברית כוללת הוראות רבות המחילות את כלל הטיפול המועדף ביותר לסדרה ארוכה של תחומים אך לא כך באשר לסמכות השיפוט של טריבונלים בינלאומיים. נראה שהמדובר בהסדר שלילי המצביע על כך ששתי המדינות לא רצו לתת את הסכמתן לסמכות שיפוט של טריבונלים בינלאומיים בתביעות 'ישירות' של משקיעים זרים נגדן.

ה. גם אם אמנת הידידות בין ישראל לארצות היתיה כוללת (באופן היפותטי בלבד) סעיף כללי בדבר טיפול מועדף ביותר, ניתוח פסקי הבוררות שניתנו בתחום זה מצביע בצורה חד-משמעית

שטריבונלי בוררות היו דוחים טענה ל"יבוא" סעיף בוררות ישירה מאמנה אחרת שכרתה ישראל אל תוך אמנת הידידות בין ישראל לארצות הברית. פסקי בוררות בינלאומיים לא אימצו תשובה אחידה לשאלות שעלו בקשר להחלת כלל המדינה המועדפת ביותר על סעיפי בוררות, אך אף טריבונל בוררות לא הרחיק לכת והסכים להחיל את סמכות שיפוטו על סכסוך הנובע מאמנה שאינה כוללת סעיף בוררות 'ישירה' מכל סוג שהוא. פסקי הבוררות שניתנו בתחום זה מצביעים על כך שאם משקיעים של ארצות הברית יגישו תביעה 'ישירה' נגד מדינת ישראל בטריבונל בינלאומי, תביעה שכזו תידחה על הסף בשל העדר סמכות שיפוט.

1. מהוראות שטרות החזקה של "תמר" ו"דלית" ניתן להסיק שעל בעל החזקה לפעול על-פי כל דין הנוהג בישראל (כולל דיני מיסוי) כולל השינויים שיוכנסו בדינים אלה. האפשרות שכללי הדין הישראלי ישתנו בעתיד נדונה בשטרות החזקה מספר פעמים והיא הייתה ברורה היטב לבעלי השטרות. מספר הוראות בשטרות החזקה מדגישות במפורש שבכל האמור לתחולת הדינים של מדינת ישראל על החיפוש וההפקה של נפט וגז טבעי, על בעל החזקה לנהוג לא רק על-פי כללי הדין הנוהגים בישראל ביום שבו נעשה שטר החזקה, אלא גם על-פי "שינויים שיוכנסו בהם מזמן לזמן". מכל אלה ברור שבעלי שטרות החזקה היו מודעים בעת עשיית השטרות לעובדה שכללי הדין של מדינת ישראל החלים על חיפוש והפקת גז טבעי עשויים להשתנות בעתיד. יתרה מזו, מדו"חות שנתיים ומסמכים נוספים של תאגידים העוסקים בהפקת גז ודלק באזורים הנתונים לריבונות ישראל (שנדונו לעיל) עולה שהמשקיעים בתחום זה היו מודעים לאפשרות שהחזיקה של מדינת ישראל בתחום זה (כולל באשר לכללי המיסוי) תשתנה במהלך ביצוע ההשקעה.

2. העלאת שיעורי מס על משקיעים זרים אינה נחשבת כהפקעה רשמית המזכה בפיצוי. העלאת שיעורי מס יכולה להוביל להפקעה עקיפה (המזכה בפיצוי) בנסיבות חריגות. כדי שהעלאת מס תיחשב כהפקעה עקיפה יש להוכיח שהשינוי בחוק המיסוי גרם לתוצאות שוות ערך להפקעה רשמית: כלומר, שהמשקיע איבד את שליטתו ברכוש, שרכושו הפך ל"חסר ערך", שהחוק גרם ישירות לביטול כמעט מוחלט של ערך ההשקעה, או שהחוק ביטל את כל או כמעט כל הרווחים שהיו צפויים לצמוח מהרכוש. מהנתונים שנמסרו לי, באם יוחלט על שינוי העלאת מס המוטל על תאגידים המפיקים גז טבעי או דלק במדינת ישראל, העלאת המס לא תוביל לאובדן הרכוש של המשקיעים של ארצות הברית, לביטול כמעט מוחלט של ערך ההשקעה או לביטול מוחלט (או כמעט מוחלט) של הרווחים שהיו צפויים לצמוח מרכושם.

3. גם אם יועלה שיעור המס המוטל על תאגידים המפיקים גז והדבר יפגע בצורה חמורה ברווחיהם של המשקיעים הזרים, עדיין אין להסיק בהכרח שהעלאת מס שכזו תיחשב כהפקעה עקיפה

המזכה בפיצוי. מספר טריבונלים בינלאומיים הדגישו לאחרונה שצעדים ממשלתיים מקובלים שננקטים למטרות ציבוריות שאינם מפלים לרעה משקיעים זרים, ואינם סותרים התחייבות ספיציפית של הממשלה, אינם נחשבים כהפקעה המזכה את המשקיעים בפיצויים.

ט. בהעדר 'סעיף ייצוב' בהסכם ההשקעה (או בהיתר, זכיון או רשיון), שינוי בחקיקת מדינת ישראל עלול להיחשב כהפרה של ציפיות לגיטימיות (והפרת הכלל בדבר טיפול הוגן וצודק) אם מדינת ישראל התחייבה כלפי המשקיעים של ארצות הברית בצורה ספיציפית וברורה שלא לשנות חקיקה זו. לעניין זה, אין די בהערות עידוד כלליות של הממשלה כדי ליצור ציפיות לגיטימיות. מהמידע שנמסר לי עולה כי מדינת ישראל לא התחייבה בצורה ספיציפית כלפי משקיעים של ארצות הברית.

י. פסקי בוררות מצביעים שבהעדר 'סעיף ייצוב' בהסכם ההשקעה או התחייבות ספיציפית וברורה, הכלל בדבר טיפול הוגן וצודק שנכלל באמנת הידידות אינו תחליף ל'סעיף ייצוב' המבטיח למשקיעים זרים שהדין המקומי לא ישתנה, וש במקרים כאלה על משקיעים סבירים לצפות שכללי הדין של המדינה המארחת עשויים להשתנות. בהעדר 'סעיף ייצוב' או הבטחה ספיציפית שניתנה על-ידי המדינה (בדרך כלל בהסכם, היתר או רשיון), טריבונלים בינלאומיים אינם נוטים כלל לקבל את הטענה ששינוי בחקיקת המדינה לבדו מפר ציפיות סבירות של משקיעים שהדין לא ישתנה.

יא. גם כאשר יש ראיות מסוימות בדבר התחייבות או מצג מסויים של המדינה כלפי המשקיע הספיציפי בדבר אי-שינוי הדין בעתיד, יש לשקול בעניין זה הן את האינטרס של המשקיע הפרטי ביציבות הדין והן את האינטרס הציבורי לשנות את הדין מעת לעת ולהתאימו לנסיבות המשתנות.

יב. ממסמכים שונים של התאגידים המעורבים בהפקת גז מאזורי הים הנתונים לריבונות מדינת ישראל ופרסומים של חוקרים המתמחים בהשקעות בתחום האנרגיה עולה שהמשקיעים בתחום זה מודעים לאפשרות שהחקיקה בענייני מס עשויה להשתנות במהלך תקופת ההשקעה.

יג. פסקי בוררות, כתבי מומחים, נתונים שהובאו בפניי בקשר להעלאת מסים על הפקת אנרגיה במדינות אחרות בעשור האחרון, והמסמכים הרלבנטיים של התאגידים העוסקים בהפקת גז טבעי ודלק בישראל שהועברו לי, מצביעים על כך שהעלאה סבירה בשיעור המס המוטל על משקיעים העוסקים בהפקת גז טבעי בישראל לא תהווה הפרה של ציפיות לגיטימיות של

משקיעים זרים. זאת כמובן אם שיעורי המס החדשים לא ימנעו ממשקיעים זרים להפיק כל רווח מההשקעה שלהם.

יד. הכלל בדבר הגנה וביטחון שנכלל באמנת הידידות מחייב את מדינת ישראל שלא לתקוף משקיעים של ארצות הברית ואת רכושם, ובנסיבות מסויימות אף לנקוט בצעדים אקטיביים על מנת להגן עליהם מפני התקפות מצד גורמים לא מדינתיים. כלל זה אינו מטיל אחריות חמורה על מדינת ישראל ויש לבדוק בכל מקרה אם זו פעלה בצורה סבירה על-פי נסיבות המקרה.

טו. הכללים שנכללים באמנת הידידות בדבר חובת הטיפול הלאומי מורים שאם מדינת ישראל תחליט להעלות את המס החל על משקיעים מארצות הברית העוסקים בהפקת גז טבעי ודלק באזורים הנתונים לריבונותה, יהיה על מדינת ישראל להחיל את אותם שיעורי המס החדשים גם על משקיעים ישראליים העוסקים בהפקת גז טבעי ודלק באזורים אלה.

בברכה,

פרופ' משה הירש