

17 באוגוסט, 2010

חוות דעת משפטית:

ההגנה במשפט הבינלאומי על זכויותיהם של משקיעים זרים ובפרט על זכויות

של אזרחי ארה"ב לחיפוש וניצול מאגרי גז מול חופי מדינת ישראל

נתבקשתי לחוות את דעתי בשאלת היקף ההגנה שמקנה המשפט הבינלאומי לזכויות של Noble Energy, דלק מערכות אנרגיה בע"מ, דלק קידוחים שותפות מוגבלת, אבנר חיפוש נפט שותפות מוגבלת, ולזכויות של אזרחים זרים אחרים ביחס לחיפוש והפקת גז במדף היבשתי של מדינת ישראל בים התיכון מפני שינוי כלשהו במשטר התמלוגים או המיסוי החל על זכויות אלה או ביחס לזכויות אלה או מפני כל שינוי אחר בזכויות קיימות של אותם אזרחים זרים להפקה וניצול הגז, וכן ביחס למסגרות המשפטיות בהן שאלה זו יכולה להתברר במסגרת התדיינות בין בעלי הזכויות הנ"ל לבין מדינת ישראל.

חוות דעת זו מבוססת על ניסיוני המקצועי והבנתי המשפטית בתחומי המשפט הבינלאומי, ובמספר היבטים גם בתחומי המשפט המינהלי. אני פרופסור מן המניין ומופקד הקתדרה לזכויות האדם ע"ש אני ופול ינוביץ בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב ופרופסור בבית הספר למשפטים באוניברסיטת ניו יורק (Global Law Faculty). סיימתי תואר בוגר במשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים (בהצטיינות), ותארים מוסמך ודוקטור למשפטים באוניברסיטת ייל. עד שנת 2002 לימדתי בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית, שם הייתי פרופסור מן המניין ומופקד הקתדרה למשפט בינלאומי ע"ש הרש לאוטרפכט. כן הייתי פרופסור אורח בבתי"ס למשפטים של אוניברסיטאות הרווארד, קולומביה, משיגן ופנסילבניה, וחקרתי באוניברסיטאות הומבולדט (ברלין) ומינכן כמקבל פרס המחקר ע"ש Alexander von Humboldt. אני מכהן כעורך של כתב העת American Journal of International Law, וכחבר הוועדה האקדמית המייעצת של מכון מקס פלאנק למשפט ציבורי ובינלאומי בהיידלברג. חקרתי ופרסמתי ספרים ומאמרים בתחומי המשפט הבינלאומי, החוקתי והמינהלי. נתתי חוות דעת בנושאים שונים של משפט בינלאומי לגופים פרטיים ושלטוניים בישראל, וכן לממשלה זרה (בסכסוך משפטי עם מדינה אחרת, בעניין שאינו קשור לישראל).

להלן תמצית חוות דעתי:

1. ההגנה החזקה שהמשפט הבינלאומי מקנה להשקעות של אזרחים זרים היא הגנה מופלגת, שנוגסת בריבונות של המדינה. היא מגבילה את יכולתה של המדינה לעשות שימוש בסמכויותיה הריבוניות כאשר פעולתה של המדינה עלולה לפגוע או להגביל זכויות של זרים, ואפילו כאשר ההגבלה נועדה לשרת מטרות ציבוריות נעלות כגון שמירה על הסביבה ועל הכלכלה המקומית. גם מדינת ישראל קיבלה על עצמה לכבד הגנות אלה.
2. המשפט הבינלאומי מגן על רכוש של זרים מפני הפקעה, אפליה או יחס לא הוגן (Fair and Equitable Treatment) מצד המדינה המארחת. המדינה המארחת חייבת גם לנהוג תום לב ביחסה לרכושו של האזרח הזר ולתת לו את ההגנה המלאה ביותר שבכוחה לתת. בנוסף, באמנות השקעה שונות מתחייבות המדינות המארחות להעניק לאזרחי המדינה הזרה יחס מועדף ביותר (Most-Favored-Nation Treatment) שמשווה את זכויותיהם לזכויות העדיפות ביותר שהמדינה המארחת התחייבה לתת לזרים ממדינות שלישיות. הפקעת רכושו של הזר, או כל הפרה של ההתחייבויות הללו, מטילות על המדינה המארחת חובה להשיב את המצב לקדמותו או לפצות את המשקיע פיצוי מלא, מייד ואפקטיבי. פיצוי זה כולל פיצויי קיום שתכליתם להעמיד את מי שרכושו הופקע במקום בו היה נמצא לו הפגיעה ברכושו לא היתה מתרחשת.
3. ההגנה חלה על כל סוגי הרכוש וההשקעות שהמשקיע יוצר, רוכש או מעביר לתחום המדינה המארחת ללא יוצא מן הכלל. הרכוש יכול להיות גם מניות בתאגידים שהתאגדו במדינה המארחת וגם במדינות שלישיות. מבחינה זו גם מניות מיעוט בתאגיד מקומי ייחשבו כ"רכוש" מוגן. אקטים שלטוניים שיוצרים זכויות לאזרח הזר, כגון רשיונות או זכויות, וכן הסכמים בין המדינה המארחת או רשויותיה לבין האזרח הזר (הסכמים שלטוניים) נכללים בגדר ה"רכוש" המוגן לפי המשפט הבינלאומי.
4. המשפט הבינלאומי אינו מתיימר לשלול את כוחה של המדינה המארחת להפקיע רכוש. יחד עם זאת, הוא מטיל על המדינה אחריות למעשה ההפקעה ומציג שורה של חובות, על פיהן ההפקעה חייבת: להגשים תכלית ציבורית ראויה; להיות מידתית, ללא אפליה או שרירות; להיות מלווה בהליך הוגן; והכל בכפוף לפיצוי מלא, מייד ואפקטיבי כאמור לעיל.
5. כאשר המדינה אינה מפקיעה במישרין אלא עושה שימוש בכוחה הרגולטיבי, למשל בדרך של הטלת מיסוי על פירות הרכוש, עלול הדבר להיחשב כ"הפקעה עקיפה" שהיא אסורה. מיסוי שיש בו מרכיב חריג, שרירותי או מפלה, שהוא "תפורר" לפי מידותיו של המשקיע, יהווה ראייה ברורה להפקעה עקיפה פסולה.

6. פגיעה בציפיות הלגיטימיות שנוצרו אצל המשקיע הזר, למשל, כאשר המדינה או רשויותיה משנים את הכללים בניגוד למצג או הבטחה, תהווה ראייה להפקעה עקיפה ואסורה.
7. החובה למתן יחס הוגן למשקיע הזר (Fair and Equitable Treatment) מחייבת את המדינה המארחת לקיים את הכללים הבאים: התנהגות יציבה ועקבית; הגנה על הציפיות של המשקיע; שקיפות של הליכי קבלת ההחלטות; פעולה פרו-אקטיבית להגנת המשקיע; הליך הוגן (due process); סבירות ומידתיות; ופיצוי בגין פגיעה בנכסים כתוצאה מהפרת החובה.
8. חובה נוספת המוטלת על המדינה המארחת היא החובה להעניק למשקיעים הזרים הגנה ובטחון מלאים (full) ועקביים (constant). עקרון "ההגנה המלאה ביותר" מחייב את המדינה המארחת גם להימנע מיצירת מצבי חוסר ודאות אצל המשקיעים לגבי המשך יכולתם ליהנות ממנה.
9. לבסוף, עקרון "היחס המועדף ביותר" (Most-Favored-Nation Treatment) הוא עקרון צופה פני עתיד. הוא מחייב את המדינה להעניק למשקיע הזר יחס שלא יפחת מהיחס הטוב ביותר שהיא תתחייב לתת למשקיע אחר כלשהו. במילים אחרות, לא רק שעל המדינה להימנע מאפלייתו לרעה של האזרח הזר לעומת אזרח המדינה, אלא שהמדינה גם חייבת שלא להפלות את האזרח הזר לעומת אזרח של מדינה שלישית עימה יש למדינה אמנה שמעניקה למשקיעים הגנות עדיפות.
10. עיקר החשיבות של עקרון היחס המועדף ביותר בא לידי ביטוי בהקשר הפרוצדוראלי. בתנאים מסויימים הוא מאפשר להתגבר על העדר הסכמה של המדינה המארחת להתדיין בבוררות בינלאומית במישרין מול המשקיע הזר.
11. החובה לפצות בגין הפקעה קמה לא רק במקרה של הפקעה שמנוגדת למשפט הבינלאומי. החובה לפצות – פיצוי מלא, מיידי ואפקטיבי – קמה בכל מקרה של הפקעה.
12. במקרה של הפקעה לא חוקית או כל הפרה אחרת, התרופה הראשונה במעלה היא תרופת ההשבה בעין – restitution in kind. פיצויים יוענקו כתרופה חלופית כאשר ההשבה אינה אפשרית.
13. פיצויים בגין הפקעה (חוקית או לא חוקית) או הפרה אחרת צריכים לשקף את מלוא הנזק שנגרם בפועל לניזוק לרבות אבדן הרווחים העתידיים מהשימוש בנכס שהופקע או נפגע. החישוב של גובה הפיצוי יתבסס בדרך כלל על שווי השוק של הנכס (שמגלם את הרווחים הצפויים מהנכס), וישנן שיטות שונות לחישוב גובה הפיצוי במקרה שהערכת שווי השוק של הנכס הינה בעייתית.
14. יש שלושה מסלולים אפשריים ליישוב סכסוכי השקעות: התדיינות בבתי המשפט של המדינה המארחת, התדיינות בינלאומית בין המדינה המארחת ומדינת האזרחות שמגינה על המשקיע הזר, והתדיינות ישירה בבוררות בין המשקיע הזר למדינה המארחת.

15. רכושה בישראל של חברת Noble Energy Inc. (להלן: Noble) כחברה בעלת אזרחות של ארה"ב, ורכושה בישראל של Mediterranean Ltd. (להלן: Nobel Mediterranean), חברה המנוהלת בארה"ב (על-ידי Noble) והרשומה כבעלת זכויות הנפט, וכן רכושם של אזרחי ארה"ב אחרים שהם בעלי מניות בחברות אלה וכן בתאגידים ישראלים בישראל מוגן על-פי המשפט הבינלאומי כפי שיפורט להלן.
16. רכושם של אזרחי ארה"ב בישראל מוגן על-ידי המשפט הבינלאומי ההסכמי ועל-ידי המשפט הבינלאומי המינהגי. המקור העיקרי להגנה על השקעות אזרחי ארה"ב בישראל הוא אמנה ששמה הרשמי בעברית הוא "ברית ידידות, מסחר וספנות בין ישראל ובין ארצות הברית של אמריקה" שנחתמה בשנת 1951. היא נכנסה לתוקף בשנת 1954 והינה עדיין בתוקף (להלן: ברית הידידות). ברית הידידות מקנה למשקיעים משתי המדינות את ההגנה המלאה והמקיפה ביותר המוכרת במשפט הבינלאומי ביחס להשקעות זרות, ואף מעבר לכך.
17. ברית הידידות מגינה על תאגידים שהתאגדו לפי חוקי אחת המדינות, וכן על תאגידים שהתאגדו לפי דיני מדינות שלישיות אך הם בשליטה של אזרחים או תאגידים של שתי המדינות. השקעותיהן הישירות והעקיפות בישראל של Noble ו-Noble Mediterranean מוגנות על-ידי ברית הידידות והמשפט הבינלאומי המינהגי. ברית הידידות מגינה גם על משקיעים אזרחי המדינה הזרה שהם בעלי מניות בתאגידים המשקיעים בישראל ובתאגידים ישראלים.
18. "זכויות הנפט" (כמשמעותן בחוק הנפט) המוקנות ל-Noble Mediterranean (ובעקיפין ל-Noble) לפי חוק הנפט (ו"נפט" כולל גם "גז טבעי" על-פי חוק זה) נכללות בהגדרה הרחבה של רכוש המוגן על פי ברית הידידות. המדובר ב"חזקה", "רשיון", וכן "היתר מוקדם עם זכות קדימה". כל אחת מ"זכויות הנפט" הללו היא זכות קניינית הקנוייה לבעליה לא רק מבחינת האקסקלוסיביות שלה אלא גם מבחינת שוויה הכלכלי. לכן, פגיעה ישירה או עקיפה בכל אחת מזכויות הנפט הקנויות הללו וכל הגבלה על מימושן, ובכלל זה ביטול הטבה שניתנה בקשר למימושן, וכל הגבלה על הפקה, אספקה או שיווק של נפט או גז, מהווה פגיעה רטרואקטיבית בהן.
19. חוק הנפט מסמיך את מעניקי זכויות הנפט להתנות בהם תנאים. תנאים אלה יכולים להתייחס אך ורק לאופן השימוש בזכויות הנפט ולא לתמלוגים. זאת מכיוון שהתמלוגים נקבעו בחוק. הוראות אלה של חוק הנפט מחייבות לא רק במשפט הישראלי הפנימי אלא יש להן גם תוצאות במשפט הבינלאומי. התוצאות הן שזכויות הנפט מוגנות באופן מלא על-ידי ברית הידידות והמשפט הבינלאומי המינהגי, ממש כאילו היו זכויות קניין בבית או בקרקע.
20. בנוסף לזכות הקניינית על-פי חוק לחיפוש והפקת הנפט והגז, ולמכירתו, זכויות הנפט השונות הללו יוצרות אצל מקבליהן גם את הציפייה הלגיטימית, המוגנת במשפט הבינלאומי ועל-פי ברית הידידות, כי אם אלה יפעלו בשקידה הראויה ויגיעו לתגלית כי אז יוכלו לממש את חזקתם, להפיק נפט ולמכרו במחיר השוק.

לכך מצטרפת הציפייה הלגיטימית שכל הטבה ישירה או עקיפה שניתנה או הובטחה בקשר למימוש זכויות הנפט (למשל ניכוי אזילה) תכובד. אלה הטבות שהן חלק בלתי נפרד מהענקת זכויות הנפט, המשקיעים הסתמכו עליהן, ולכן כל גריעה מההטבות הללו כמוה כפגיעה רטרואקטיבית בזכויות הנפט עצמן.

21. פגיעה בזכויות הנפט יכול להיות ישירה (שינוי חקיקתי שישנה את מבנה התמלוגים והאגרות המוגדר בחוק הנפט) או עקיפה (למשל בדרך של הטלת מס כזה או אחר). הדיון בחוות דעת זו יתייחס הן לפגיעה ישירה הן לפגיעה עקיפה כשתי דרכים שמטרתן אחרת – לחלק מחדש את זכויות הנפט. על-פי המשפט הבינלאומי וברית הידידות פגיעה עקיפה כמוה כפגיעה ישירה מבחינת התוצאות המשפטיות שלהן.

22. פגיעה ישירה או עקיפה בזכויות הנפט כאמור מטעמים של "טעות בכדאיות העסקה" או "ריבונות המדינה על משאביה" ושאר טעמים לחלוקה מחדש של עוגת הזכויות ייחשב מבחינת המשפט הבינלאומי כהפקעה לא חוקית. שיקולים כאלה לא עולים כדי תכלית ראויה מבחינת המשפט הבינלאומי. מדובר בטענות שנשמעו בעבר הרחוק על-ידי מדינות מתפתחות, הן אינן מקובלות כיום במשפט הבינלאומי כטענות שמצדיקות שינוי בתנאי זכויות המשקיעים, ולכן טענות כאלה לא נשמעות יותר.

23. גם הליך קבלת ההחלטות ביחס לפגיעה בזכויות הנפט יכול לפגום בחוקיות ההפקעה. ההליך הנוכחי הוא רק בתחילת דרכו, אבל כבר אפשר לאתר בו פגם מהותי היורד לשורשו של ההליך. הדרישה להליך הוגן מחייבת את קיום זכות הטיעון. כלל זה מחייב מקבלי החלטות לשמור על פתיחות מחשבתית ולפעול "בלב פתוח ובנפש חפצה". זהו כלל המקובל גם במשפט הישראלי והוא בגדר "עקרונן כללי של דין" המחייב גם במישור המשפט הבינלאומי. כאשר שר האוצר שיזם את בחינת המדיניות בנושא התמלוגים מודיע בראיון לתקשורת שהוא דוחה את כל הטענות נגד שינוי מדיניות התמלוגים, הוא בכך "נועל" את שיקול דעתו מבחינה ציבורית ופוגע בזכות הטיעון של בעלי זכויות הנפט.

24. כאמור לעיל, פיצוי בגין הפקעה שאינה חוקית – וזה המצב שצפוי במקרה הנדון, אם יקרה – סביר שיכלול לא רק את שווי הפגיעה ברכוש לרבות הפסד רווח עתידי אלא גם את ההוצאות שהוצאו לשם התמודדות עם הפקעה זו והוצאות אחרות, לרבות מרכיב של פיצויים עונשיים.

25. בנוסף לשאלת ההפקעה, כל פגיעה אחרת בזכויות הנפט, או שינוי של משטר התמלוגים או המס ביחס לזכויות הנפט והגז שאינה עולה כדי הפקעה תהווה הפרה של חובות אחרות של מדינת ישראל כלפי המשקיעים הזרים. מדובר ראשית בחובה ליחס הוגן. הפירוט של זכויות הנפט ועיגונן בחוק של הכנסת יצרו ציפיות לגיטימיות מצד בעליהן. בעלי הזכויות אף הסתמכו על הזכויות, ועל המצב שהציגו בעלי הסמכות מכח חוק הנפט שהעניקו זכויות נפט אלה, ועל מצגים, התחייבויות והבטחות מטעם בעלי סמכות על-פי חוקי המס הרלוונטיים לתחום זה והוציאו הוצאות עתק תוך שהם לוקחים סיכונים עצומים, סיכונים שעדיין קיימים. בנוסף, המשקיעים חווים מדיניות חסרת עקביות ומצב של חוסר ודאות והעדר שקיפות של

- תהליכי קבלת ההחלטות. הפגמים שתוארו לעיל ביחס להעדר תכלית ראויה והפגיעה בזכות הטיעון, מהווים הפרות נוספות ועצמאיות של החובה ליחס הוגן.
26. מאותם טעמים ושיקולים ניתן להסיק שכל שינוי במשטר התמלוגים או המס הרלוונטי לתחום זה יהווה גם הפרה של חובת ההגנה המלאה ביותר.
27. משטר התגמולים והמס כפוף, בנוסף לאמור לעיל, גם לשתי חובות נוספות: החובה שלא להפלות לרעה את המשקיעים הזרים לעומת משקיעים אחרים, והחובה להעניק למשקיעים הזרים את "היחס המועדף ביותר." מחובות אלה נגזר שבכל הקשור במימוש זכויות הנפט, לרבות תנאי המיסוי ומחיר הרכישה של הגז שיפיקו המשקיעים הזרים תוך מימוש זכויות הנפט והגז שלהם, הם זכאים לפחות לאותם תנאים שהמדינה מעניקת הזכויות נותנת לספקי נפט וגז אחרים.
28. אם אכן בסופו של תהליך קבלת ההחלטות יבוא שינוי לרעה במדיניות התגמולים או המיסוי ביחס לזכויות הנפט ולמימושו, בחקיקה חדשה או בכל דרך אחרת, יוכלו בעלי זכויות הנפט הזרים לממש את ההגנה שהמשפט הבינלאומי מעניק לזכויותיהם בשלושה מסלולים:
- מסלול 1:** תביעה בבית משפט ישראלי;
- מסלול 2:** פנייה לממשלת ארצות הברית על מנת שזו תיזום התדיינות עם ממשלת ישראל לקראת בוררות או הגשת תביעה לבית הדין הבינלאומי בהאג על-פי תנאי ברית הידידות;
- מסלול 3:** פנייה לבוררות ישירה מטעם המשקיעים תחת חסותו של מנגנון יישוב הסכסוכים של ICSID.
29. **מסלול 1:** בתביעה בבית משפט ישראלי תהיה משמעות לברית הידידות. אמנם, אין לברית הידידות, כאמנה שלא עוגנה בחקיקת הכנסת, תחולה ישירה במשפט הישראלי. יחד עם זאת, קיים כלל פרשני הקרוי "חזקת ההתאמה" הקובע שדברי חקיקה, לרבות חוקים, יפורשו לאור ההנחה שהמחוקק לא התכוון לסטות מההתחייבויות הבינלאומיות של המדינה. לפי הנחה פרשנית זו יש לפרש לאור ברית הידידות גם את חוק הנפט, את ההסמכות שהוא מעניק לבעלי הסמכויות השונים ואת המסמכים המגדירים את זכויות הנפט. רק סטייה מפורשת בחוק מהוראות ברית הידידות תוכל לסתור את חזקת ההתאמה. לפיכך, גם חקיקה חדשה של הכנסת תהיה חייבת לסתור באופן מפורש את התחייבויות ישראל בברית הידידות על-מנת שבית המשפט יוכל להשתכנע שאכן הכנסת התכוונה לסטות מהתחייבויות בינלאומיות שהמדינה לקחה על עצמה.
30. **מסלול 2:** ברית הידידות קובעת כי סכסוכים בין שתי המדינות שלא ייפתרו בדרכי דיפלומטיות יידונו בפני בית הדין הבינלאומי בהאג, אלא אם כן הסכימו הצדדים על דרכים אחרות ליישוב הסכסוך. הליך כזה מותנה במיצוי הסעדים המשפטיים בבתי המשפט בישראל.
31. ארה"ב נוקטת מדיניות ארוכת שנים של שמירה על זכויותיהם של משקיעים אזרחי ארה"ב. בעבר הלא-רחוק היא לא היססה לתבוע את איטליה בפני בית הדין בהאג למרות שהנכס נשוא התביעה היה מפעל אלקטרוניקה כושל חסר כל ערך כלכלי.

הסיבה לתביעה היתה עקרונית: לחדד את כללי ההגנה על השקעות זרות במשפט הבינלאומי. למטרה זו היתה חשיבות מכיוון שהמשפט הבינלאומי מעוצב על-פי התנהגות של מדינות ועמדותיהן המשפטיות ביחס להתנהגויות אלה. לכן, להעדף התגובה מצד ארה"ב לפגיעות בהשקעות אזרחיה יש השלכות רוחב מסוכנות לאינטרסים חיוניים שלה. לכן יש מקום לצפות שארה"ב לא תהסס לממש את סעיף הבוררות על-פי ברית הידידות במקרה של שינוי בזכויות הנפט שיהיה בו לדעת ארה"ב הפרה של ברית הידידות.

32. **מסלול 3:** ישראל וארה"ב, וכן מדינות רבות נוספות, הנין חברות במנגנון יישוב הסכסוכים של (International Centre for the settlement of) ICSID (Investment Disputes), שהינו מסגרת להתדיינות ישירה בין משקיעים זרים ומדינות מארחות. ישראל ויתרה בשנת 1991 על הדרישה למצות תרופות מקומיות טרם הגשת תביעה על-ידי משקיע זר. יחד עם זאת, עצם ההצטרפות למנגנון אינו מהווה הסכמה להתדיינות, ויש צורך בהסכמה בכתב להתדיינות. הסכמה זו יכולה לבוא מראש, והיא כלולה באמנות השקעות רבות.

33. ברית הידידות אמנם לא כוללת הסכמה להתדיינות ישירה בין המשקיע למדינה ב-ICSID, מהטעם הפשוט שבעת חתימת ברית הידידות (שנת 1951), מנגנון ה-ICSID עדיין לא קם (הוא נוסד בשנת 1965). אולם מאז 1991 חתמה ישראל על שורה ארוכה של אמנות, ביניהן עם מדינות מהגוש המזרחי לשעבר, מדינות של חבר המדינות, הודו, סין, דרום קוריאה, תורכיה, ומדינות באמריקה הלטינית. בכל האמנות הללו, ללא יוצא מן הכלל, ישראל מסכימה להתדיין מול המשקיעים הזרים במנגנון יישוב הסכסוכים של ICSID. ברוב האמנות הללו היא אינה מתנה את הליך הבוררות במיצוי סעדים מקומיים.

34. מכיוון שעקרון היחס המועדף ביותר הוכר בפסיקת טריבונלי ICSID שונים כחל גם על הצדדים הפרוצדורליים של ההגנה על המשקיעים הזרים, הרי הוא מאפשר לקרוא הסכמה של ישראל להתדיינות בבוררות ICSID גם על הפרות של ברית הידידות. בהעלאת אמנה סטנדרטית למעלה של "ברית" מדינת ישראל גם יצרה מצג בדבר התחייבות להענקת ההגנה המועדפת ביותר למשקיעים אזרחי ארה"ב, ומצג זה מונע טענה כנגד ההסכמה להתדיינות בבוררות ICSID. עקרון היחס המועדף ביותר לו מחוייבת ישראל בברית הידידות, מאפשר ל Noble, Noble Mediterranean ואזרחי ארה"ב זרים אחרים ליהנות מהליך הבוררות ב-ICSID הנוח ביותר מבין אלה להם הסכימה מדינת ישראל באמנות BIT עליהן היא חתומה.

35. **מסקנותיי מכל האמור לעיל (כפי שיפורט וינומק בהרחבה להלן) הן:**

(1) **כאזרחי ארה"ב, זכויותיהם של- Noble ושל- Noble Mediterranean המעוגנות בחוק הנפט מוגנות על-פי ברית הידידות ישראל-ארה"ב ועל-פי המשפט הבינלאומי המינהגי בפני כל שינוי לרעה בדרך של הפקעה ישירה**

או עקיפה (לרבות מיסוי ייחודי) או כל פגיעה עקיפה אחרת לרבות פגיעה בתנאים למימושן של הזכויות.

(2) כל שינוי לרעה או פגיעה כאמור תקים ל- Noble ול- Noble Mediterranean עילת תביעה מכוח ברית הידידות או המשפט הבינלאומי המינהגי לצו מניעה ולחלופין לפיצוי מלא מיידי ואפקטיבי בגין כל ההפסדים שייגרמו לרבות אבדן הרווחים הצפויים. גם אם פגיעה כזו תיחשב חוקית, היא תחייב פיצוי מלא לפי שווי השוק של הפגיעה.

(3) במקרה של שינוי לרעה או פגיעה כאמור, יעמדו לרשות Noble ו- Noble Mediterranean שלושה מסלולי תביעה אפשריים. שניים מהם תוכלנה חברות אלה ליזום במישרין – תביעה בבית משפט ישראלי או תביעה לבוררות בינלאומית ישירה מול ישראל. המסלול השלישי של התביעה – הגשת תביעה לבית הדין הבינלאומי בהאג – נתון לשיקול דעתה של ממשלת ארצות הברית. עד כה גילתה ממשלת ארצות הברית נחישות בהגנה על אזרחיה המשקיעים במדינות זרות ולשם כך נהגה לפנות ללא היסוס לערכאות בינלאומיות לבירור סכסוכי ההשקעות של אזרחיה.

להלן חוות הדעת המפורטת:

- א. רקע: הטעמים להתפתחות המשפט הבינלאומי בנוגע להגנה על השקעות חוץ
1. כפי שאראה בחוות דעתי זו, ההגנה החזקה שהמשפט הבינלאומי מקנה להשקעות של אזרחים זרים היא הגנה מופלגת, שנוגסת בריבונות של המדינה. היא מגבילה את יכולתה של המדינה לעשות שימוש בסמכויותיה הריבוניות כאשר פעולתה של המדינה עלולה לפגוע או להגביל זכויות של זרים, ואפילו כאשר ההגבלה נועדה לשרת מטרות ציבוריות נעלות כגון שמירה על הסביבה ועל הכלכלה המקומית. באופן שהוא אולי מנוגד לאינטואיציה, ההגנה שהמשפט הבינלאומי מקנה לרכוש זרים היא מקיפה וחזקה הרבה יותר מההגנה על רכושם של אזרחים על-פי אמנות זכויות האדם.
 2. להגנה חזקה ומקיפה זו יש מספר סיבות, וביניהן סיבות היסטוריות, פוליטיות וכלכליות. השקעה במדינות זרות, במיוחד השקעות לטווח ארוך, היא עתירת סיכונים. הסיכון הראשון נובע מהתלות של המשקיע במדינה הזרה, תלות שהולכת ומעמיקה ככל שההשקעה מתקדמת ומתחילה לשאת פרי. בשלב מאוחר כאשר

ההשקעה הזרה כבר "שקעה" באדמת המדינה המארחת, מתעורר הפיתוי של הממשלה המארחת לקטוף את הפרי הבשל מבלי לחלוק אותו עם המשקיע הזר. כפי שמציינים Rudolf Dolzer ו-Christoph Schreuer, שני מומחים בולטים לדיני השקעות זרות:

The central political risk that arises for the foreign investor lies in a change of position of the host government that would alter the scheme of burdens, risks, and benefits, which the two sides have laid down when they negotiated the deal and which formed the basis of the investor's business plan and the legitimate expectations embodied in this plan. Such a change of position on the part of the host country becomes more likely with every subsequent change of government in the host state during the period of investment.¹

סיכון זה גדול במיוחד כשמדובר בהשקעות לחיפוש והפקה של משאבי נפט וגז, כאשר גילויים בלתי צפויים יוצרים לממשלה המארחת פיתוי חזק להתערב בתנאי ההשקעה ולשנותם:

[T]he prospects of large and speedy accumulation of wealth, and the social and economic implications for the host state of the operation for the pricing or tariff regimes for electricity and gas [...] the investor therefore faces an increasing risk that the host state may exercise its sovereign powers to modify the terms of the contract...²

לכך מצטבר הסיכון שבמהלך תקופת ההשקעה יעלה שווי המוצר באופן בלתי צפוי, ויגדל הרצון של המדינה המארחת לגרוף לעצמה את הרווח מעליית הערך על חשבון המשקיע. כפי שמציין המלומד Peter Cameron, שינויי ערך אלה עמדו בבסיס נסיונות של הממשלות במדינות מתפתחות להתערב בהסכמים להפקת נפט וגז:

The justification for state action may be couched in terms of "fairness" or some form of "resource nationalism", but the driver on this scenario is the price.³

למודי נסיון, מחפשים המשקיעים הזרים כלים משפטיים שיבטיחו את היציבות המשפטית של השקעותיהם ויחסנו אותם מפני התערבות שלטונית. חיפושים אלה הניבו מספר כלים משפטיים אפקטיביים שכולם מכוונים ליצור יציבות בתנאי ההשקעה לאורך זמן. כפי שציין טריבונל הבוררות בסכסוך שבין החברה להובלת גז CMS לבין ארגנטינה:

¹ Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, Principles of International Investment Law 4-5 (2008)
² Peter D. Cameron, International Energy Investment Law: The Pursuit of Stability 5 (2010)
³ שם, שם.

Gold standards or reference currencies embodied in financial transactions, stabilization clauses built into contracts and, more recently, the vast network of bilateral investment treaties are all expressions of **the search for stability and legal certainty**.⁴

(כל ההדגשות בחוות הדעת הוספו על ידי)

בשל כך, גם אם יש עדיין משטרים שמתפתים לעיתים להפר התחייבויות למשקיעי חוץ, כיום המשפט החולש על השקעות זרות משקף שיווי משקל שמושפע מיחסי הכוחות בין המשקיעים הזרים ומדינות האזרחות שלהן מחד, והמדינות המארחות מאידך. יחסי כוחות אלה עיצבו כללים נוקשים שמבטיחים למשקיעים הזרים הגנה מלאה על השקעתם תוך ניטרול הכוח הריבוני העודף של המדינה המארחת.⁵ כללים אלה משתקפים באלפי הסכמים להבטחת השקעות חוץ, הסכמים רב-צדדיים ודו-צדדיים, וכן במאות של פסקי בוררות בסכסוכי השקעות זרות.

3. גם מדינת ישראל היא צד להסכמי הגנה על השקעות, וגם בהם הגנה מלאה וחזקה על זכויות משקיעים זרים. לישראל היו סיבות חשובות להבטיח הגנה על משקיעים זרים. בתחילת הדרך המדינה ביקשה לייבא הון והשקעות זרות ולכן התחייבה להגנה מלאה על זכויות זרים, כפי שבא לביטוי למשל באמנה בשם "ברית ידידות, מסחר וספנות בין ישראל ובין ארצות הברית של אמריקה"⁶ משנת 1951 (להלן - ברית הידידות), ולאמנה משנת 1976 של ישראל עם גרמניה המערבית. החל משנות ה-90 מדינת ישראל ביקשה להגן על השקעות של ישראלים במדינות הגוש המזרחי לשעבר, במדינות באסיה ובדרום אמריקה, וחתמה על שורה ארוכה של הסכמים בילטרלים ובהם הגנה מלאה על המשקיעים הזרים של המדינות החתומות.

ישראל אף הצטרפה בשנת 1983 למנגנון שהקים הבנק העולמי, הקרוי International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), המבוסס על האמנה בדבר יישוב סכסוכי השקעות בין מדינות לבין אזרחים של מדינות אחרות – The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (1965). (להלן-אמנת ICSID). המנגנון יוצר מסגרת מחייבת לקיום הליכי בוררות ישירים בין המדינה המארחת לבין משקיעי חוץ בנוגע

4

CMS Gas Transmission Company v. Argentina, ICSID case no. ARB/01/8 (Objections to Jurisdiction) (2003), at para. 28.

רוב רובם של פסקי הבוררים מוצגים באתר של ה-

-Oxford Reports on International Law, module on International Investment Law, at http://ildc.oxfordlawreports.com/subscriber_articles_by_category?module=iic

אתר נוסף שמציג של פסקי בוררות ICSID הוא <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&reqFrom=Main&actionVal=ViewAllCases>

⁵ על כך ראו

Eyal Benvenisti & George W. Downs, The Empire's New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of International Law, 60 Stanford L. Rev. 595, 611-612 (2007).

⁶ כתבי אמנה 34, עמ' 15.

לסכסוכי השקעות. בשנת 1991 הסירה ישראל את המגבלות הפרוצדוראליות בפני קיום הליך של בוררות בפני ICSID (מגבלות אותן הציבה עם הצטרפותה בשנת 1983). גם ארה"ב היא צד לאמנת ICSID.

4. מעבר לסיבות היסטוריות, פוליטיות וכלכליות, בבסיס ההגנה על ההשקעות במשפט הבינלאומי עומדים טעמים חזקים של צדק שתומכים בהגנה המלאה שמקנה המשפט הבינלאומי לנכסי זרים. הטעם האחד הוא שהמשקיע הזר אינו יכול בדרך כלל להשליך את יהבו על הגנת המוסדות של המדינה, לרבות המחוקק ובית המשפט, מפני פגיעה בו בידי השלטון. הטעם השני הוא, שהמשקיע הזר לא יחנה מהתועלת הציבורית שתצמח מהפגיעה בהשקעתו. בעוד שמשקיע מקומי יכול ליהנות בעקיפין ולו באופן חלקי מהתועלת הציבורית שבבסיס הפגיעה ברכושו (למשל, כבישים בטוחים יותר או זיהום מופחת) לא כך המשקיע הזר שהוא ורכושו הופכים אמצעי בלבד להבטחת רווחתם של אחרים. הטעם השלישי הוא שהשקעתו של המשקיע הזר לא נובעת מתרומתה העקיפה של המדינה. בעוד שמשקיע מקומי צבר את הונו בהתבסס על מוסדותיה של המדינה וההזדמנויות שהמשק המקומי הקנה לו, הרי שלמדינה אין כל תרומה להיווצרות הונו ויכולותיו של הזר. טעמים אלה משמשים הצדקה עיונית ומוסרית להגבלה החמורה על פגיעה בהשקעות זרות. טעמים אלה הוכרו בפסק-דינו של בית המשפט האירופי לזכויות האדם, שהסביר מדוע רכושו של זר זוכה להגנה מלאה לעומת ההגנה החלקית שנותנת האמנה האירופית לזכויות האדם לזכויותיו של אזרח המדינה :

Especially as regards a taking of property effected in the context of a social reform, there may well be good grounds for drawing a distinction between nationals and non-nationals as far as compensation is concerned. To begin with, **non-nationals are more vulnerable to domestic legislation**: unlike nationals, they will generally have played no part in the election or designation of its authors nor have been consulted on its adoption. Secondly, although a taking of property must always be effected in the public interest, different considerations may apply to nationals and non-nationals and **there may well be legitimate reason for requiring nationals to bear a greater burden in the public interest than non-nationals.**⁷

5. המשמעות החוקתית של דיני ההשקעות הזרות היא שריבונות המדינה נסוגה בפני אמנות בינלאומיות ועקרונות המשפט הבינלאומי המינהגי. האמנות והדין הכללי מחסנים את רכושם של הזרים מפני כל שינוי חד-צדדי או פגיעה מטעם המדינה

7

James and others v. The United Kingdom (*Application no. 8793/79*) (1986), paragraph 63 available at <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbkm.asp?action=open&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649&key=13922&sessionId=56031483&skin=hudoc-en&attachment=true>

המארכת שמנוגדת למשפט הבינלאומי, **לרבות פגיעה על-ידי שינוי חוקתי**. כוחה הריבוני של המדינה המארכת אמנם אינו מוגבל, במובן זה ששינוי תנאי ההשקעה לרעת המשקיע הזר יהיה בעל תוקף משפטי – ממש כמו שלהפרת חוזה יש משמעות משפטית – אבל המדינה לא תוכל להתחמק מהאחריות המשפטית לפיצוי מלא של הנזק שנגרם למשקיע הזר כתוצאה ממעשייה וממחדליה. בעוד שבעבר היתה זו תוצאה בעייתית בעיקר מבחינתן של מדינות מתפתחות שחשו פגיעה בריבונותן, בשנים האחרונות גם דמוקרטיות יציבות ומפותחות חשות את המגבלות החיצוניות על ריבונותן. מדינות כמו קנדה, ארה"ב וגרמניה נקראות בפני בוררים בינלאומיים לפצות משקיעים זרים בעקבות החלטות שלטוניות שהיה בהם משום פגיעה בהתחייבויות הבינלאומיות להגן על ההשקעות הזרות.⁸

עמדה עקרונית זו של המשפט הבינלאומי הובעה באופן הברור ביותר בפסק בוררים בעניין ADC נגד הונגריה משנת 2006.⁹ הונגריה הצדיקה את הפגיעה בהשקעה הזרה (בניית שדה התעופה הבינלאומי של בודפשט) מטעמים אסטרטגיים. טריבונל הבוררים קבע שצו של הפרלמנט ההונגרי היה בגדר הפקעה אסורה:

423. The Tribunal cannot accept the Respondent's position that the actions taken by it against the Claimants were merely an exercise of its rights under international law to regulate its domestic economic and legal affairs. It is the Tribunal's understanding of the basic international law principles that **while a sovereign State possesses the inherent right to regulate its domestic affairs, the exercise of such right is not unlimited and must have its boundaries.** [...]

424. The related point made by the Respondent that by investing in a host State, the investor assumes the "risk" associated with the State's regulatory regime is equally unacceptable to the Tribunal. It is one thing to say that an investor shall conduct its business in compliance with the host State's domestic laws and regulations. It is quite another to imply that the investor must also be ready to accept whatever the host State decides to do to it. In the present case, had the Claimants ever envisaged the risk of any possible depriving measures, the Tribunal believes that **they took that risk with the legitimate and reasonable expectation that they would receive fair treatment and just compensation and not otherwise.**

⁸ ארה"ב וקנדה כפופות להגנה על ההשקעות הזרות הכלולה בהסכם NAFTA (North America Free Trade Agreement). גרמניה נתבעה לאחרונה ב-ICSID בידי חברה שוודית שזכתה בהיתר לבנות בהמבורג כור להפקת חשמל מפחם על הפרת הסכם ה- Energy Charter לאחר שבעקבות לחץ ציבורי הוטלו מגבלות על מבנה הכור (Vattenfeld v. Germany, (ICSID Case No. ARB/09/6)).

⁹ ADC Affiliate Ltd and ADC & ADMC Management Ltd v Hungary, Final award, ICSID Case No ARB/03/16, IIC 1 (2006)

ב. הגנה על השקעות חוץ במשפט הבינלאומי

פרק זה יתאר את הדרכים בהם התפתח המשפט הבינלאומי בנוגע להגנה על השקעות חוץ, את הכללים המהותיים החולשים על השקעות חוץ, ואת האמצעים הפרוצדורליים המוכרים במשפט הבינלאומי לצורך התדיינות בנוגע לסכסוכי השקעות ולאכיפת הכללים.

ב.1 התפתחות הדינים בנוגע להשקעות חוץ

6. דיני השקעות חוץ במשפט הבינלאומי התפתחו מתוך הכלל הבסיסי לפיו מדינה אחראית בפני מדינה אחרת על כל פגיעה שפגעה באזרח המדינה האחרת ובזכויותיו.¹⁰ למדינה שאזרחה נפגע עקב פעולתה של המדינה הזרה יש עילת תביעה במשפט הבינלאומי כנגד המדינה הפוגעת (מושג הקרוי גם "הגנה דיפלומטית" ("diplomatic protection")).¹¹

7. עוד בשנת 1796 ציין John Adams, לימים נשיא ארה"ב, כי:

There is no principle of the law of nations more firmly established than that which entitles the property of strangers within the jurisdiction of another country in friendship with their own to **the protection of its sovereign by all efforts in his power**¹²

8. מעקרון זה צמח המושג international minimum standard שמבחין בין אזרח זר לאזרח מקומי: על-פי עקרון זה, המדינה המארחת חייבת לנהוג כלפי אזרחים זרים לפי המשפט הבינלאומי, והיא אינה יכולה להסתתר תחת הטענה שהיא נהגה בזרים באופן שווה לאזרחים שלה.¹³

9. עם השנים התפתח והסתעף המושג international minimum standard לכלל ענף משפטי מורכב שעיקריו הבסיסיים מוסכמים על הכל. תרמו לכך, בעיקר בשני העשורים האחרונים, שורה ארוכה מאד של אמנות להגנת השקעות וכן פסקי בוררים בסכסוכי השקעות. האמנות הללו כוללות אמנות דו צדדיות המסדירות את עניין ההשקעות כמו גם נושאים אחרים: אמנות מסוג Friendship, Navigation and Commerce, כדוגמת ברית הידידות בין ישראל לארה"ב; אמנות דו-צדדיות שעניינן הגנה על השקעות בלבד (Bilateral Investment Treaties, BITs), המכונות קיצור (NAFTA North American Free Trade Agreement); וכן אמנות רבות-משתתפים שמטרתן הגנה על

¹⁰ לכללי אחרות המדינה במשפט הבינלאומי ראו International Law Commission, Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001)

¹¹ עקרון זה הוגדר לראשונה בפסיקת בית הדין הקבוע לצדק בינלאומי בשנת 1924: The Mavromatis Palestine Concessions, Judgment No. 2 (PCIJ, Ser. A, No. 2, 1924).

¹² 4 JB Moore, A Digest of International Law 5 (1906)

¹³ ראו למשל דולצר ושרויר, הערה 1 לעיל, בעמ' 11-17.

השקעות בתחומים ספציפיים (כדוגמת ה-Energy Charter Treaty משנת 1994 הכולל 51 מדינות חברות, בעיקר באירופה ואסיה). עקרון ה-international minimum standard וכן האמנות השונות פורשו בפני הבוררים במאות בורריות שהתקיימו במשך השנים, במיוחד בשני העשורים האחרונים בבורריות ישירות בין משקיעים לבין מדינות, בעיקר תחת החסות של ICSID.

10. העקרונות המשפטיים הבסיסיים עליהן מושתתות אמנות ההשקעות השונות, קווי הדמיון הרבים המשותפים להן, ומנגנוני יישוב הסכסוכים המשותפים (והבוררים עצמם מתמנים מתוך חבורה קטנה של "שחקנים חוזרים"), הובילו לכך שלמרות ריבוי ההסכמים נוצרו כללים דומים, אם לא אחידים, ביחס להיקף ההגנה על השקעות חוץ. מבין מנגנוני יישוב הסכסוכים יש לציין שני מוסדות מרכזיים שפיתחו את הדין. בשנות השמונים היה זה טריבונל התביעות איראן-ארה"ב (Iran/US Claims Tribunal) שהתבסס על אמנת ה-FNC שבין שתי המדינות,¹⁴ שעיצב את הדין בפסיקותיו המרובות. ואילו בשני העשורים האחרונים עיקר תשומת הלב מופנית לפסקי הבוררות המתנהלות בעיקר בחסות ה-ICSID. דיני השקעות חוץ התפתחו כענף משפטי מורכב, שכלליו אחידים,¹⁵ והצדדים להסכמי השקעות חוץ לומדים את פסקי הבוררות השונים וגוזרים מהם את ציפיותיהם:

[D]espite divergences among individual treaties, BITs as a group also demonstrate many commonalities, including their coverage of similar issues and their use of equivalent or comparable legal concepts and vocabulary. It is these commonalities that are contributing to **the creation of an international framework for investment.**¹⁶

וכפי שמציין המלומד Andreas F. Lowenfeld, "תנועת" ה-BITs משקפת כיום את המשפט הבינלאומי המינהגי התקף גם כלפי מדינות שאינן חתומות על אמנות כאלה:

[T]he BIT movement has moved beyond *lex specialis* (or better, *leges speciales*) to the level of **customary law effective even for non-signatories.**¹⁷

לכך מסכים גם המלומד Jose Alvarez, שקובע שעצם קיומם של האמנות המרובות הדומות ונכונות המדינות לפעול על פיהן יוצר משפט מינהגי בינלאומי שמשקף את קווי הדמיון המשותפים לאמנות השונות ולפסקי הבוררות המפרשים ואוכפים אותם.¹⁸

¹⁴ אמנה משנת 1955. על תרומת טריבונל זה ראו למשל Richard B. Lillich and Daniel Barstow Magraw (eds.), *The Iran-United States Claims Tribunal: Its Contribution to the Law of State Responsibility* (1998).

¹⁵ בנבנישתי ודאונס, הערה 5 לעיל, שם.

¹⁶ Jeswald W. Salacuse & Nicholas P. Sullivan, *Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain*, 46 *Harv. Int'l L.J.* 67, 89 (2005).

¹⁷ Andreas F. Lowenfeld, *Investment Agreements and International Law*, 42 *Colum. J. Transnat'l L.* 123, 129 (2003).

11. לפיתוח האחיד של דיני השקעות החוץ אחראיות לא רק האמנות הדומות אלא גם הבוררים הפועלים מתוך מודעות לצורך ליצור אחידות בפסיקתם. מודעות זו באה לידי ביטוי בטיעוני המתדיינים בפני הבוררים שמסתמכים על פסקי בוררות קודמים, בציטוטים הדדיים בהנמקות של פסקי הבוררות השונים, בספרות המקצועית שכולה ספוגה ניתוח של פסקי בוררות, ולעיתים גם באמירות מפורשות מצד בוררים מרכזיים על תפישת התפקיד שלהם.

כך למשל הצהירו לאחרונה הבוררים בפסק הבוררים בסכסוך של חברת Saipem האיטלקית נגד סרילנקה:

The Tribunal considers that it is not bound by previous decisions. At the same time, it is of the opinion that **it must pay due consideration to earlier decisions of international tribunals**. It believes that, subject to compelling contrary grounds, **it has a duty to adopt solutions established in a series of consistent cases**. It also believes that, subject to the specifics of a given treaty and of the circumstances of the actual case, **it has a duty to seek to contribute to the harmonious development of investment law and thereby to meet the legitimate expectations of the community of States and investors towards certainty of the rule of law**.¹⁹

או כפי שהסביר טריבונל אחר:

172 . [...] It is true that arbitral awards do not constitute binding precedent. [...] However, cautious reliance on certain principles developed in a number of those cases, as persuasive authority, to the extent that they cover the same matters as the NAFTA, **may advance the body of law, which in turn may serve predictability in the interest of both investors and host States**.²⁰

כיום מוסכם על הכל כי למעשה דוקטרינת התקדים המנחה מקובלת על הצדדים בסכסוכי השקעות ועל הבוררים.²¹ גם אם בוררים מדגישים כי אינם מחוייבים פורמלית לפעול בהתאם לפסיקותיהם של אחרים הם נוהגים להתייחס לפסיקות אלה כתמיכה או לשם אבחנתם, כפי ששופטים של בתי משפט עליונים ושל בתי משפט בינלאומיים נוהגים מאז ומתמיד.

Jose E. Alvarez, A Bit On Custom, 42 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 17 (2009)¹⁸
Saipem v. Bangladesh, ICSID Case No. ARB/05/7 (2009), para. 90.¹⁹
Noble Energy Inc and MachalaPower Cia Ltd v Ecuador and Consejo Nacional de Electricidad, Decision on jurisdiction, ICSID Case No ARB/05/12; IIC 320 (2008)
Fireman's Fund Insurance Company v Mexico, Award, ICSID Case No ARB(AF)/02/01; IIC 291 (2006)²⁰
D. Di Pietro, The Use of Precedents in ICSID Arbitration: Regularity or Certainty?, Int. A.L.R. 21 (2007), no. 3, p. 96²¹

12. ישראל כאמור נטלה חלק פעיל בהתפתחות דיני השקעות החוץ בחתמה על אמנת ה-FNC עם ארה"ב וכן על עשרות אמנות BIT. מדינת ישראל נהנית מההגנה של – ובמקביל גם מחויבת לקיים את – המשפט הבינלאומי בנושא, הן המשפט ההסכמי והן המשפט הבינלאומי המנהגי.

2.2 עקרונות יסוד של דיני השקעות חוץ

2.2.1: הדין המהותי

13. ככלל, הן המשפט הבינלאומי המינהגי, הן האמנות השונות, מגינים על רכוש של זרים מפני הפקעה, אפליה או יחס לא הוגן מצד המדינה המארחת. המדינה המארחת חייבת לנהוג תום לב ביחסה לרכושו של האזרח הזר ולתת לו את ההגנה המלאה ביותר שבכוחה לתת. באמנות FNC ו-BITs מתחייבות המדינות המארחות בנוסף להעניק לאזרחי המדינה הזרה יחס מועדף ביותר (Most-Favored-Nation Treatment) שמשווה את זכויותיהם לזכויות המועדפות ביותר שהמדינה התחייבה לתת לזרים ממדינות שלישיות. הפקעת רכושו של הזר, או כל הפרה של ההתחייבויות הללו, מטילים על המדינה חובה לפצות את המשקיע פיצוי מלא, מיידי ואפקטיבי. פיצוי זה כולל פיצויי קיום שתכליתם להעמיד את מי שרכושו הופקע במקום בו היה נמצא לו הפגיעה ברכושו לא היתה מתרחשת.

האמור להלן יפרט את המרכיבים השונים של הגנות אלה, ככל שהם רלוונטים לזכויותיה של Noble ו-Noble Mediterranean או לזכויות בעלי המניות הזרים בתאגידים אלה (או בתאגידים ישראלים בעלי זכויות נפט).

(א) ההגנה על רכושם של זרים מפני הפקעה – ניתוח המרכיבים השונים של האיסור

”רכוש”

14. ההגנה חלה על כל סוגי הרכוש וההשקעות שהמשקיע יוצר, רכוש או מעביר לתחום המדינה המארחת ללא יוצא מן הכלל. אקטים שלטוניים שיוצרים זכויות לאזרח הזר, כגון רשיונות או זכיונות, וכן הסכמים בין המדינה המארחת או רשויותיה לבין האזרח הזר (הסכמים שלטוניים) נכללים בגדר ה”רכוש” המוגן לפי המשפט הבינלאומי. הרכוש יכול להיות גם מניות בתאגידים שהתאגדו במדינה המארחת וגם במדינות שלישיות. מבחינה זו גם מניות מיעוט בתאגיד מקומי ייחשבו כ”רכוש” מוגן.

כפי שקובע פסק הבוררות שבסכסוך בין Gas Natural לבין ארגנטינה,²² הפרקטיקה המקובלת כיום היא להקנות באמנות BIT הגנה רחבה ככל האפשר של נכסים. הטריבונל מתייחס ל-

the almost universal practice of BITs to define the subject of the Treaty as comprehensively as possible²³

ולכן יש לכלול בהגדרת רכוש גם מניות בחברה מקומית או חברה הרשומה במדינה שלישית שיש להן נכסים במדינה המארחת:

The Tribunal has no doubt that shares of an Argentine corporation – here BAN, S.A. – come within the quoted definition.... the shares themselves, when held by a national of a party to the Treaty, clearly constitute an “investment” as defined in the Treaty.²⁴

למעשה, בשל הגישה הרחבה, **המבקשים לסייג את הגדרת הרכוש נדרשים לעשות כן במפורש**. כך עולה מפסיקתה של הועדה המיוחדת (Ad-Hoc Committee), שהיא ערכאת הביקורת על פסקי בוררים תחת מנגנון ICSID:

73. The Committee observes in particular that, as regard shareholder equity, **the BIT contains nothing which indicates** that the investor in capital stock has to have a majority of the stock or control over the administration of the company.²⁵

15. רק כדי להמחיש את היקף ההגנה על "רכוש", יצויין כי כשמדובר ב"רכוש" שהוא לא נכס ריאלי או קנייני, אלא בהסכם שלטוני שכפוף להוראות דין המדינה (כדין החוזה לפי כללי משפט בינלאומי-פרטי), דיני ההשקעות רואים בהסכמים כאלה בגדר רכוש מוגן. הכלל הוא שהמשפט הבינלאומי מגביל את יכולת המדינה לשנות את החוק שלה שחל על ההסכם, וההסכם יפורש על-פי המשפט הבינלאומי ויהנה מהגנתו המלאה.²⁶

“של זרים”

16. ההגנה על אזרחים זרים במשפט הבינלאומי חייבה את הערכאות השונות לפתח כללי זיהוי של אזרחות לצורך השאלות מיהו הזר המוגן ומי המדינה בעלת המעמד להעניק

Gas Natural SDG, S.A. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/10 (2005)²²

שם, פסקה 34.²³

שם, שם.²⁴

CMS Gas Transmission Company v Argentina, Decision on Application for Annulment, ICSID Case No ARB/01/8; IIC 303 (2007)²⁵

קמרון, הערה 3 לעיל, וכן²⁶

Peter D Cameron, Stabilisation in Investment Contracts and Changes of Rules in Host Countries: Tools for Oil & Gas Investors Final Report (2006).

לו "הגנה דיפלומטית".²⁷ לעיתים ישנה גם הגדרה של אזרחות באמנות השקעות. הגדרה כזו יכולה להרחיב את בעלי האזרחות מעבר למסגרת הבסיסית המוכרת במשפט הבינלאומי המינהגי.

17. להגדרת ה"זרות" יש חשיבות גם מבחינת היכולת של משקיע לנצל את מנגנון יישוב הסכסוכים של ICSID, מכיוון שרק אזרחים של מדינות שהצטרפו לאמנת ICSID רשאים ליהנות ממנגנון זה (סעיף 25(1) לאמנת ICSID).

18. הדין בנוגע להגדרת האזרחות של תאגידים מכיר לפחות בשני בסיסים אפשריים— מקום הרישום או מקום מושב ההנהלה הראשית (seat). הטריבונלים של ICSID אימצו באופן אחיד את שני המבחנים הללו.²⁸

19. לארצות הברית מדיניות עקבית לפיה יש לה מעמד להעניק הגנה דיפלומטית גם כאשר התאגידים שזכויותיהם נפגעו בידי המדינה המארחת אינם תאגידים שרשומים או מנוהלים בארה"ב אך הם נמצאים בשליטה של אזרחי ארה"ב.²⁹

20. ארצות הברית אף הקפידה להכניס סעיף מפורש המקנה הגנה לאינטרסים עקיפים של אזרחים שלה בחברות זרות שלהן רכוש במדינה המארחת ב"אמנות ידידות, מסחר וספנות" (Friendship, Commerce and Navigation) (FCN), שחתמה, בין היתר עם ישראל (כפי שיפורט להלן), ואף הקפידה לממש הגנה כזו בערכאות משפטיות בינלאומיות. כך טריבונל התביעות איראן ארה"ב דן גם בתביעות של בעלי מניות אזרחי ארה"ב לנזקים העקיפים שגרמה איראן לחברות שבשליטתם.³⁰ הרגישות של ארה"ב בעניין זה היא כה גדולה עד כדי כך שהיא הגישה תביעה לבית הדין הבינלאומי בהאג נגד איטליה על הפרת אמנת ה-FCN המשותפת (הדומה לברית הידידות עם ישראל) בגין פגיעה במפעל אלקטרוניקה בבעלות חברה מקומית שנשלטה בידי חברות אמריקאיות **אפילו שמפעל זה הגיע לפשיטת רגל לפני ההתערבות של הרשויות באיטליה.**³¹

²⁷ לגבי בני אדם, המבחן אותו אימץ בית המשפט הבינלאומי בהאג הוא מבחן "האזרחות האפקטיבית" (effective nationality)

The Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala), International Court of Justice, 1955 I.C.J. Rep., 4.

²⁸ Christoph H. Schreuer, The ICSID Convention: A Commentary 277, 279 (2001).

²⁹ ראו

David J. Bederman, Eligible Claimants before the Iran-United States Claims Tribunal, in Richard B. Lillich and Daniel Barstow Magraw (eds.), The Iran-United States Claims Tribunal: Its Contribution to the Law of State Responsibility 96 (1998): "[T]he United States has traditionally insisted that it is entitled to protect substantial U.S. shareholder interests in foreign corporations."

³⁰ Charles N. Brower and Jason D. Brueschke, The Iran-United States Claims Tribunal, 54-55 (1998).

³¹ Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI), Judgment, (United States of America/Italy) I.C.J. Reports 15 (1989).

21. בגדר "זר" נכלל גם משקיע זר שהוא שותף בשותפות מקומית (או שותף בשותפות שבסיסה במדינה שלישית שיש לה השקעות במדינה המארחת). הוא (או מדינתו) זכאים לתבוע את חלקו היחסי בנוק שנגרם לשותפות. בהתאם לכך פסק טריבונל התביעות איראן-ארה"ב:

While international law seems to accept that as a rule a partner may not sue in his own name alone on a cause of action accruing to the partnership, where special circumstances required it, international tribunals have had little difficulty in disaggregating the interest of partners and in permitting partners to recover their *pro rata* share of partnership claims. The most relevant "special circumstance" in this sense exists when a partner's claim is for its own interest, which is independent and readily distinguishable from a claim of the partnership as such.³²

בהתאם לכך, שותף שבשל אזרחותו היה זכאי ליהנות ממנגנון הבוררות, בעוד שהשותפות היתה מנועה מכך (בשל אזרחותה השונה), הורשה לתבוע את חלקו. בספרו מציין Charles Brower, בורר בעל נסיון רב, כי תוצאה זו מקובלת באופן כללי ועקבית עם פסיקתם של טריבונלים בינלאומיים אחרים.³³

22. כאמור לעיל אם התאגיד עצמו לא נחשב זר, קיימת עדיין האפשרות לראות במניות בתאגיד, לרבות מניות מיעוט, כ"רכוש" של בעל מניות זר.

"הפקעה"

23. המשפט הבינלאומי אינו מתיימר לשלול את כוחה של המדינה המארחת להפקיע רכוש. יחד עם זאת, הוא מטיל על המדינה אחריות למעשה ההפקעה ומציג שורה של חובות, על פיהן ההפקעה חייבת:

- להגשים תכלית ציבורית ראויה
- להיות מידתית, ללא אפליה או שרירות
- להיות מלווה בהליך הוגן

Housing and Urban Services v. Iran, Award No. 201-174-1 (1985), 9 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep.,³²
313, 330.

³³ בראוור וברושקה, הערה 30 לעיל, בעמ' 55. וראו גם בדרמן, הערה 29 לעיל, בעמ' 88.

• **והכל בכפוף לפיצוי מלא, מיידית ואפקטיבי.**³⁴

ההבדל בין הפקעה שעומדת בתנאים של תכלית ציבורית ראויה, העדר אפליה והליך הוגן, לעומת זו שמפירה אותם יהיה בהיקף הפיצויים: במקרה של הפקעה בלתי חוקית יחושבו הפיצויים לפי התכלית של השבת המצב לקדמותו אך גם יוסיפו מרכיבים של פיצוי עונשי (אם כי לא באופן רשמי). בעבר נפסק שבמקרה של הפקעה לא חוקית, אם עלה ערך הנכס המופקע ממועד ההפקעה ועד מועד פסק הבוררים, יחושבו הפיצויים לפי השווי העדכני והגבוה יותר.³⁵ במקרה של הפקעה חוקית הפיצויים ישקפו את ערך השוק של הנכס בזמן ההפקעה,³⁶ הכל כפי שיובהר להלן.

24. **הפקעה מול "הפקעה עקיפה"**: פסקי הבוררות בשנים האחרונות עסקו במספר מועט יחסית של הפקעות ישירות וזאת עקב הימנעותן של מדינות מארחות משימוש במכשיר ההפקעה באופן רשמי וישיר. כדי להימנע מהביקורת והפגיעה במוניטין, מדינות מארחות העדיפו לנקוט מה שמכונה "הפקעה עקיפה", ולעיתים "הפקעה זוחלת", דהיינו פגיעה בדרכי עקיפין מגוונות בערך הכלכלי של ההשקעה או ביכולת ליהנות ממנה מבלי לפגוע בבעלות הפורמלית עליה. פגיעה כזו נעשתה בדרך של רגולציה נייטרלית לכאורה כגון שינוי במבנה ובגובה המיסוי על רווחי ההשקעה, או על-ידי הטלת מגבלות על השימוש בהשקעה, מתוך כביכול טעמים של שמירת הסביבה, הגנה על בריאות הציבור או שיקולים תכנוניים, והכל כדי לתרץ מדוע אין זו הפקעה אסורה אלא הגשמה מותרת של מטרות חברתיות כלליות, דבר שהוא בסמכות המדינה ומחובתה ואינו מטיל עליה אחריות בינלאומית. לכן, טריבונלי הבוררות נאלצו לפתח מבחנים שונים כדי להבחין בין רגולציה כנה לבין הפקעה עקיפה. מבחנים אלה כוללים את השאלות הבאות:

• **האם היתה הגבלה משמעותית על השימוש בזכות או פגיעה משמעותית בשוויה?**

• **האם היתה תכלית ציבורית ראויה לפגיעה?**

• **האם הפגיעה היתה מידתית ואיזנה כראוי בין הפגיעה לבין התכלית הציבורית?**

נדגים את השימוש במבחנים השונים:

25. **הגבלה משמעותית על השימוש בזכות או פגיעה בשוויה**: על המבחן זה עמד טריבונל הבוררות בעניין שבין Metalclad האמריקאית לבין מקסיקו, בבוררות שהתנהלה במסגרת ICSID על-פי אמנת NAFTA:

³⁴ למשל, דולצר ושרויר, הערה 1 לעיל, עמ' 91.

³⁵ ראו למשל ADC נ' הונגריה, הערה 9 לעיל, פסקאות 497-499.

³⁶ דולצר ושרויר, הערה 1 לעיל, עמ' 92.

102. NAFTA Article 1110 provides that “[n]o party shall directly or indirectly . . . expropriate an investment . . . or take a measure tantamount to . . . expropriation . . . except: (a) for a public purpose; (b) on a nondiscriminatory basis; (c) in accordance with due process of law and Article 1105(1); and (d) on payment of compensation” “A measure” is defined in Article 201(1) as including “any law, regulation, procedure, requirement or practice”.

103. Thus, expropriation under NAFTA includes not only open, deliberate and acknowledged takings of property, such as outright seizure or formal or obligatory transfer of title in favour of the host State, **but also covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be-expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host State.**³⁷

וכפי שקבע טריבונל בוררות אחר בסכסוך בין Middle East Cement Shipping לבין מצרים:³⁸

When measures are taken by a State **the effect of which** is to deprive the investor of the use and benefit of his investment **even though he may retain nominal ownership of the respective rights being the investment**, the measures are often referred to as a “creeping” or “indirect” expropriation or, as in the BIT, as measures “the effect of which is tantamount to expropriation.” **As a matter of fact, the investor is deprived by such measures of parts of the value of his investment.**

במילים אחרות, לא רק הפקעה ישירה, אלא כל רגולציה שתוצאתה הגבלה משמעותית של השימוש בזכות וביכולת ההנאה ממנה, תיחשב הפקעה.³⁹

26. המבחן לפגיעה משמעותית לוקח בחשבון את עוצמת הפגיעה ואת משך הזמן שלה. כך למשל, קבע הטריבונל בתביעה של LG&E נגד ארגנטינה:

190. In evaluating the degree of the measure’s interference with the investor’s right of ownership, **one must analyze the measure’s economic impact—its interference with the investor’s reasonable expectations—and the measure’s duration.**

³⁷ Metalclad v. Mexico, CASE No. ARB(AF)/97/1 (2000).

³⁸ Middle East Cement v. Egypt, ICSID Arbitration ARB/99/6 (2002), para. 107.

³⁹ על “פגיעה משמעותית” בנכס כמבחן ראו גם Pope & Talbot Inc v Canada, Interim Award, Ad hoc— UNCITRAL Arbitration Rules, IIC 192 (2000), para. 102; Occidental Exploration and Production Co. v. Ecuador, LCIA Case No UN 3467 (2004) at para. 89

191. In considering the severity of the economic impact, the analysis focuses on **whether the economic impact unleashed by the measure adopted by the host State was sufficiently severe as to generate the need for compensation due to expropriation.** [...]

193. Similarly, one must consider the duration of the measure as it relates to the degree of interference with the investor's ownership rights. **Generally, the expropriation must be permanent, that is to say, it cannot have a temporary nature,** unless the investment's successful development depends on the realization of certain activities at specific moments that may not endure variations.⁴⁰

בנסיבות המקרה מצא הטריבונל שלא היתה פגיעה משמעותית מכיוון שהנוק, אם כלל היה כזה, היה ספקולטיבי וזמני.

27. **מיסוי כהפקעה:** אחת הדרכים לבצע הפקעה עקיפה היא דרך המיסוי: המדינה המארחת עושה שימוש בכוח החקיקה שלה כדי להטיל מיסים חדשים, או רשות מינהלית עושה שימוש בשיקול הדעת שלה ומבטלת באופן חד צדדי פטור ממס שהעניקה קודם לכן, או שהיא משנה הסדר לפיו זיכתה את המשקיע מהחזרי מע"מ. במיוחד כשמדובר בביטול פטור ממס שחל על הכלל, קשה למשקיע להוכיח הפקעה, שהרי מיסוי הוא בכלל סמכויותיה הטבועות של כל ממשלה שפועלת לרווחת הכלל. לכן על המשקיע לספק עדויות לכך, ולו עקיפות, שהטלת המס יש מרכיב שנועד לפגוע בהשקעתו: **משהו חריג, שרירותי או מפלה.**

כפי שהסביר הטריבונל בפרשת EnCana נ' אקואדור:

177. [...] From the perspective of expropriation, taxation is in a special category. 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 the case. **Only if a tax law is extraordinary, punitive in amount or arbitrary in its incidence would issues of indirect expropriation be raised.**⁴¹

האינדיקציה הטובה ביותר למיסוי שהוא בעצם הפקעה עקיפה היא הייחודיות שלו: אם מדובר במיסוי כללי – כמו הטלת מע"מ על כלל האוכלוסייה, או שינוי בגובהו באופן גורף לכל העוסקים – לא יהיה בכך בלבד משום הפקעה. אבל **מיסוי ש"תפור"**

⁴⁰ LG&E v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/1 (2006).

EnCana Corporation v Ecuador, Award and Partial Dissenting Opinion, LCIA Case No UN3481, ⁴¹ IIC 91 (2006)

לפי מידותיו של המשקיע יהווה ראייה ברורה לכוונת ההפקעה. כך עולה מה-
Restatement on the Foreign Relations Law of the United States, ששימש
השראה לפסק הבוררים בפרשת Feldman נ' מקסיקו:

103. 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 compensation, and it is safe to say that customary international law recognizes this.

104. Drawing the line between expropriation and regulation has proved difficult [...]. Here again, despite the less specific language and the lack of references to “tantamount to expropriation,” the Restatement is somewhat helpful, particularly the comments, in understanding customary international law in this area. Section 712 reads in pertinent part as follows:

“A state is responsible under international law for injury resulting from:

- (1) a taking by the state of the property of a national of another state that
 - (a) is not for a public purpose, or
 - (b) is discriminatory, or
 - (c) is not accompanied by provision for just compensation.”

105. The “comments” to the Restatement are designed to assist in determining, *inter alia*, how to distinguish between an indirect expropriation and valid government regulation:

‘A state is responsible as for an expropriation of property under Subsection (1) when it subjects alien property to taxation, regulation, or other action that is confiscatory, or that prevents, unreasonably interferes with, or unduly delays, effective enjoyment of an alien's property or its removal from the state's territory... *A state is not responsible for loss of property or for other economic disadvantage resulting from bona fide general taxation, regulation, forfeiture for*

crime, or other action of the kind that is commonly accepted as within the police power of states, if it is not discriminatory....' (Restatement, Section 712, comment g, emphasis supplied.)

106. It is notable that **the Restatement comment specifically includes "taxation" as a possible expropriatory** action and establishes state responsibility, *inter alia*, for unreasonable interference with an alien's property. At the same time, non-discriminatory, bona fide *general* taxation does not establish liability.⁴² (ההדגשה היא גם שלי וגם של הבוררים)

28. יצוין כי גם אם מיסוי "תפור" אינו מהווה "הפקעה" (מכיוון שהיקף המיסוי לא מגיע כדי פגיעה משמעותית בנכס) הרי הוא יכול להיחשב הפרה של החובה להעניק יחס הוגן או לנהוג בשוויון (על כך להלן, פסקאות 33 ואילך). גם כאן אינדיקציה חשובה לפגם שנפל במס הוא היותו "תפור" לקבוצה הכוללת בעיקר או רק את המשקיעים הזרים. כך, למשל, קבע הטריבונל בפרשת OEPIC נ' אקואדור,⁴³ שביטול החזרי המע"מ היווה הפרה של החובה לנהוג יחס הוגן וכן החובה ליחס שווה. **באשר לדרישה ליחס שווה קבע הטריבונל כי קבוצת ההתייחסות לצורך מבחן השוויון צריכה להיות קבוצה רחבה: היצואנים כולם ולא רק יצואני הגז :**

167. Article II (1) of the Treaty establishes the obligation to treat investments and associated activities "on a basis no less favorable than that accorded in like situations to investment or associated activities of its own nationals or companies, or of nationals or companies of any third country, whichever is the most favorable..."

168. The Claimant is of the view that Ecuador has breached this obligation because a number of companies involved in the export of other goods, particularly flowers, mining and seafood products are entitled to receive VAT refund and continuously enjoy this benefit. Lumber, bananas and African palm oil have also been referred to in this context. There is in this situation, the Claimant argues, a violation of the national treatment obligation. The Claimant also asserts that the meaning of "in like situations" does not refer to those industries or companies involved in the same sector of activity, such as oil producers, but to companies that are engaged in exports even if encompassing different sectors.

173. The Tribunal is of the view that in the context of this particular claim the Claimant is right and its arguments are convincing. In fact, **"in like situations" cannot be interpreted in the narrow sense**

Feldman Karpa v Mexico, Award and separate opinion, ICSID Case No ARB(AF)/99/1; IIC 157⁴² (2002)
⁴³ הערה 39 לעיל.

advanced by Ecuador as the purpose of national treatment is to protect investors as compared to local producers, and this cannot be done by addressing exclusively the sector in which that particular activity is undertaken.

29. הוכחת התכלית הלגיטימית ומבחן ה"ציפיות הלגיטימיות": כידוע, קל לממשלות ריבוניות לתרץ פגיעה ברכוש בנימוקים של תכלית ציבורית ראויה: להסביר, למשל, שהגבלות מסויימות נחוצות לשם שמירה על בטיחות התושבים או איכות הסביבה. בשל כך פיתחו הטריבונלים דוקטרינה משלימה של הגנה על ציפיות לגיטימיות (legitimate expectations). לפי דוקטרינה זו, פעולות שלטוניות שהן בפועל או בכח בגדר הציפיה הסבירה של המשקיע הזר, כגון צעדים שנועדו ליישם כללים חדשים בתחום השמירה על הסביבה, לא תחשבנה בדרך כלל להפקעה עקיפה גם כאשר יש להן השפעות על נכסו של הזר. לעומת זאת, פגיעה בציפיות הלגיטימיות שנוצרו בעת ביצוע ההשקעה, למשל, כאשר המדינה או רשויותיה משנים את החוק או משנים כללים בניגוד למצג או הבטחה, יכולה להיחשב להפקעה אסורה (או לפגיעה בחובות אחרות כמו החובה להעניק למשקיעים יחס הוגן, כפי שיידון בהמשך בפסקה 33 ואילך). הפגיעה בציפיות מהווה ראיה עקיפה עקיפה לכוונת המדינה להפקיע רכוש שלא מתוך הגשמה של מטרה ציבורית ראויה. לפיכך, פעולה של המדינה בניגוד לחוק שהיה קיים בעת יצירת ההשקעה, בניגוד למצג או הבטחה שהמדינה יצרה כלפי המשקיע הזר תיחשב להפקעה עקיפה.

על חשיבות ההגנה על ציפיות המשקיע הזר עמד המלומד Jeswald W. Salacuse בספרו החדש:

Investor expectations are fundamental to the investment process. It is the investor's expectations with respect to the risk and rewards of the contemplated investment that have a crucial influence on the investor's decision to invest. States seek to influence these investment decisions through their actions, laws, regulations and policies. Indeed, the very idea of investment promotion, which is a fundamental goal of virtually all investment treaties, is to create an expectation of profit in the minds of potential investors that will lead them to commit their capital and technology to the country in question. Thus, when a state has created certain expectations through its laws and acts that have led the investor to invest, it is generally considered unfair for the state to take subsequent actions that fundamentally deny or frustrate those expectations.⁴⁴

Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties* (Oxford University Press, 2010), p. 231⁴⁴

בהתאם לכך קבע הטריבונל ב Metalclad⁴⁵ שסירוב הרשות המקומית להעניק היתר על-פי דיני התכנון והבניה המקומיים כביכול משיקולים של שמירה על הסביבה מהווה הפקעה עקיפה שאינה כדין. הטריבונל התרשם מחוסר הכנות של הטוענים הללו לאור המצגים שהובילו ליצירת ציפיות לגיטימיות אצל המשקיע:

107. These measures [denial of a construction permit], taken together with the representations of the Mexican federal government, on which Metalclad relied, and the absence of a timely, orderly or substantive basis for the denial by the Municipality of the local construction permit, amount to an indirect expropriation.

30. "מידתיות": לא די להוכיח שהפגיעה העקיפה בזכות היתה לתכלית ראוייה, אלא יש גם להוכיח שהפגיעה היתה "מידתית." כדי להוכיח שהפגיעה היא מידתית צריך להראות שהיא הכרחית לשם הגשמת התכלית ושהאיזון בין הפגיעה בזר לבין הגשמת המטרה הוא איזון ראוי לפי המשפט הבינלאומי.

כך קבע טריבונל ההשקעות בסכסוך שבין TECMED לבין מקסיקו:

There must be a reasonable relationship of proportionality between the charge or weight imposed to the foreign investor and the aim sought to be realized by any expropriatory measure.⁴⁶

31. שאלת המידתיות נמדדת על-פי אמות המידה של המשפט הבינלאומי, ולא על-פי אמות המידה של המשפט הפנימי. הטעם לכך הוא שאין קשר בין חוקיות ההפקעה מבחינת המשפט הפנימי לחוקיותה מבחינת המשפט הבינלאומי. אלה שתי שאלות נפרדות ומובחנות זו מזו. לכן הטריבונל הבינלאומי לא מכיר במרווח תמרון או מתחם שיקול דעת (margin of appreciation) של רשויות המדינה.

להבחנה בין חוקיות ההפקעה במשפט הפנימי לחוקיותה במשפט הבינלאומי התייחס הרכב בית המשפט הבינלאומי בהאג (International Court of Justice, ICJ) שדן בתביעת ארה"ב נ' איטליה על הפרת אמנת ה-FCN המשותפת (פרשת ELSI):

Compliance with municipal law and compliance with the provisions of a treaty are different questions. What is a breach of treaty may be lawful in the municipal law and what is unlawful in the municipal law may be wholly innocent of violation of a treaty provision. **Even had the Prefect held the requisition to be entirely justified in Italian**

⁴⁵ עניין Metalclad, הערה 37 לעיל.

⁴⁶ Tecnicas Medioambientales TECMED S.A. V. The United Mexican States ICSID Case No. Arb (Af)/00/2 (2003) at para. 122

law, this would not exclude the possibility that it was a violation of the FCN Treaty.⁴⁷

וראו גם פסק הבוררים בעניין Feldman נ' מקסיקו:

78. Mexican courts are hailed by the Respondent as the appropriate forum for determining the Claimant's rights under [Mexican law]. In the first instance, we agree. However, **questions as to whether Mexican law as determined by administrative authorities or Mexican courts is consistent with the requirements of NAFTA and international law are to be determined in this arbitral proceeding.**⁴⁸

וכך קבע, ביחס לבדיקת התכלית הראויה והמידתיות של הפעולה השלטונית, טריבונל ההשקעות בעניין TECMED:

119. The principle that the State's exercise of its sovereign powers within the framework of its police power may cause economic damage to those subject to its powers as administrator without entitling them to any compensation whatsoever is undisputable. Another undisputed issue is that within the framework or from the viewpoint of the domestic laws of the State, it is only in accordance with domestic laws and before the courts of the State that the determination of whether the exercise of such power is legitimate may take place. And such determination includes that of the limits which, if infringed, would give rise to the obligation to compensate an owner for the violation of its property rights.

120. However, **the perspective of this Arbitral Tribunal is different. Its function is to examine whether the Resolution violates the Agreement in light of its provisions and of international law.** The Arbitral Tribunal will not review the grounds or motives of the Resolution in order to determine whether it could be or was legally issued. However, it must consider such matters to determine if the Agreement was violated. **That the actions of the Respondent are legitimate or lawful or in compliance with the law from the standpoint of the Respondent's domestic laws does not mean that they conform to the Agreement or to international law:**

'An Act of State must be characterized as internationally wrongful if it constitutes a breach of an international obligation, even if the act does not contravene the State's

⁴⁷ הערה 31 לעיל, פסקה 74.

⁴⁸ הערה 42 לעיל.

internal law – even if under that law, the State was actually bound to act that way.’

באיוון ה"חיצוני" שיערוך הטריבונל, ממשיכה ההנמקה בTECMED, הוא ייקח בחשבון מצד אחד את האינטרס הציבורי שנטען על-ידי המדינה אך מאידך ימלא את תפקידו להגן על זכויות המשקיע הזר על-פי המשפט הבינלאומי, מאחר שכאמור, כוחו הפוליטי של הזר אפסי:

122. After establishing that regulatory actions and measures will not be initially excluded from the definition of expropriatory acts, in addition to the negative financial impact of such actions or measures, the Arbitral Tribunal will consider, in order to determine if they are to be characterized as expropriatory, whether such actions or measures are proportional to the public interest **presumably** protected thereby and to the protection legally granted to investments, taking into account that the significance of such impact has a key role upon deciding the proportionality.¹⁴⁰ Although the analysis starts at the due deference owing to the State when defining the issues that affect its public policy or the interests of society as a whole, as well as the actions that will be implemented to protect such values, **such situation does not prevent the Arbitral Tribunal**, without thereby questioning such due deference, **from examining the actions of the State in light of Article 5(1) of the Agreement to determine whether such measures are reasonable with respect to their goals, the deprivation of economic rights and the legitimate expectations of who suffered such deprivation.** There must be a reasonable relationship of proportionality between the charge or weight imposed to the foreign investor and the aim sought to be realized by any expropriatory measure. To value such charge or weight, it is very important to measure the size of the ownership deprivation caused by the actions of the state and whether such deprivation was compensated or not. On the basis of a number of legal and practical factors, **it should be also considered that the foreign investor has a reduced or nil participation in the taking of the decisions that affect it, partly because the investors are not entitle [sic] to exercise political rights reserved to the nationals of the State, such as voting for the authorities that will issue the decisions that affect such investors.**⁴⁹

בהתאם לכך, ממשיך טריבונל ההשקעות בTECMED ובוחר את המידתיות של האיסור שהטילה רשות שלטונית במקסיקו על המשך הפעלת אתר סילוק אשפה על-

⁴⁹ הערה 46 לעיל. הציטוט בסיום הפסקה הוא של J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, p. 84 (Cambridge University Press, 2002).

ידי תאגיד זר. לטריבונל חסרות ראיות ישירות שיוכיחו שהסיבה לאיסור היה לחץ ציבורי פוליטי להבדיל משיקולים של שמירה על הסביבה ובריאות הציבור. למרות זאת הוא מגיע למסקנה שהאיסור היה בלתי מידתי על-פי המשפט הבינלאומי – ולכן היווה "הפקעה עקיפה" – מכיוון שלהערכתו לא נוצר מצב של סיכון מיידי לסביבה או לבריאות שהצדיק פגיעה באינטרסים של המשקיע הזר:

149. [I]t would be excessively formalistic, **in light of ... the [Spanish-Mexican BIT] Agreement and international law**, to understand that the Resolution is proportional to such violations **when such infringements do not pose a present or imminent risk** to the ecological balance or to people's health, and the [Mexican act], without providing for the payment of compensation [...] leads to the neutralization of the investment's economic and business value and the Claimant's return on investment and profitability expectations upon making the investment. (ההפניות הושמטו)

32. כאמור, הן הפקעה ישירה, הן רגולציה שיש בה בעקיפין פגיעה משמעותית ביכולת ההנאה מההשקעה, צריכות להיעשות תוך שמירה על זכות הטיעון של מי שזכותו נפגעה, וכן להיות מלווה בפיצוי מלא הכולל פיצויי קיום. לשני מרכיבים אלה אתייחס בהמשך, שכן הם משותפים גם לפגיעות נוספות שאינן נחשבות כהפקעה (ישירה או עקיפה).

(ב) יחס הוגן (Fair and Equitable Treatment) – החובה ומרכיביה

33. המונח "fair and equitable treatment" (ובקיצור FET) נמצא ברוב אם לא כל אמנות ההשקעות. לעיתים מופיע המונח "equitable treatment" בגפו (כמו למשל בברית הידידות בין ישראל לארה"ב, בסעיף I), אבל הדעה הרווחת היא שאין הבדל בין "fair" לבין "equitable" ושמדובר בסטנדרט אחד וכולל. לפיכך – וזו גם עמדת ארצות הברית – אין הבדל בין "fair and equitable treatment" לבין "equitable treatment".⁵⁰

להלן אתייחס לסטנדרט זה כ"יחס הוגן".

34. דרישת היחס ההוגן היא דרישה שמעוגנת במשפט הבינלאומי הכללי. היא נזכרת ברוב אם לא כל אמנות ההשקעה, וככלל מקובל לראות אותה כמשקפת משפט בינלאומי

⁵⁰ דולצר ושרויר, הערה 1 לעיל, בעמ' 123. בהערת שוליים 22 המחברים מפנים כתמיכה לקביעה זו לעמדת היועץ המשפטי של מחלקת המדינה האמריקאית משנת 1993.

מנהגי. לכן הדרישה הזו מחייבת גם מדינות שלא התחייבו באופן מפורש באמנות לקיים יחס זה.⁵¹

הדרישה ליחס הוגן מקבלת משנה חשיבות ביחס להשקעות ארוכות טווח, ובמיוחד בהשקעות בתחום האנרגיה הדורשות מחד השקעות עצומות בתנאי חוסר ודאות ומאידך תלות ברגולציה שלטונית, ובהתאם לכך מתייחסים הטריבונלים בכובד ראש לחובה לכבד חובה זו במיוחד ביחס להשקעות ארוכות טווח בתחום האנרגיה. כפי שקובע דולצר, אחד מבכירי החוקרים בתחום:

Underlying all of these applications of the fair and equitable treatment are the basic themes of stability of the law and, seen from the investor's perspective predictability of the requirements to be met and the rights to be granted.[...] The issue acquires a totally different dimension for the long-term investor who has sunk his money into a project and has calculated his expected rate of return for a period of thirty years or more, especially when the investment costs are high, the post-investment costs are low and the return on the investment depends upon permits ... **Such long-term foreign investments ... are not infrequent in the energy sector ... The standard of fair and equitable treatment will acquire its strongest significance in such long-term projects.**⁵²

35. כמו המבחן לחוקיות ההפקעה, גם המבחן לקיום יחס הוגן אינו תלוי בעמדת המשפט המקומי: יחס יכול שייחשב הוגן על-פי מבחני הדין במדינה המארחת, אך עדיין יחרוג מהדרישות שמציב המשפט הבינלאומי.⁵³

36. ההגדרה של "יחס הוגן" התפתחה בפסיקת הטריבונלים לסכסוכי השקעות בעיקר בעשור האחרון לנוכח התחכום שהפגינו ממשלות מארחות שנמנעו כאמור מהפקעה ישירה או משלילה משמעותית של זכויות המשקיע הזר אלא נקטו דרכים שונות להגדיל את חלקן בעוגת הנכסים של הזר. דרישת היחס ההוגן פותחה גם מכיוון שמדינות בחרו לעיתים ל"נגוס" בעוגה של המשקיע באופן חלקי או באופן זמני וכך ניסו לחמוק מהגדרת מעשיהם כ"הפקעה". הבוררים ביקשו, איפוא, לתת מענה לפגיעות מגוונות שלא עלו כדי "הפקעה" או שקשה היה להם להגדירה ככזו.

פסיקת הבוררים בנושא זה היא אחידה וברורה, וניתן ללמוד ממנה על המרכיבים הבאים של הזכות ליחס הוגן:

- יציבות ועקביות מצד המדינה המארחת;

⁵¹ דולצר ושרויר, שם, בעמ' 123-128 מציגים ציטוטים של מספר רב של פסקי בוררות שתומכים בעמדה זו.
⁵² Rudolf Dolzer, Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties, 39 International Lawyer, 87, 104 (2005).
⁵³ דולצר ושרויר, שם, עמ' 123.

- הגנה על הציפיות של המשקיע;
- שקיפות של הליכי קבלת ההחלטות;
- פעולה פרו-אקטיבית להגנת המשקיע;
- הליך הוגן (due process);
- סבירות ומידתיות;
- פיצוי מלא בגין הפגיעה שנגרמה לרכוש כתוצאה מהפרת החובה.

37. כך למשל הטריבונל בסכסוך TECMED⁵⁴ מונה את המאפיינים הבאים, תוך שהוא מדגיש את העקביות, הציפיות, השקיפות ואת חובת הפיצוי בגין הנזקים:

154. [The fair and equitable standard] requires the Contracting Parties to provide to international investments treatment that **does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment**. The foreign investor expects the host State to act **in a consistent manner, free from ambiguity and totally transparently in its relations with the foreign investor**, so that it may know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments, as well as the goals of the relevant policies and administrative practices or directives, to be able to plan its investment and comply with such regulations. Any and all State actions conforming to such criteria should relate not only to the guidelines, directives or requirements issued, or the resolutions approved thereunder, but also to the goals underlying such regulations. The foreign investor also expects the host State to **act consistently, i.e. without arbitrarily revoking any preexisting decisions or permits issued by the State that were relied upon by the investor to assume its commitments as well as to plan and launch its commercial and business activities**. The investor also expects the State to **use the legal instruments that govern the actions of the investor or the investment in conformity with the function usually assigned to such instruments, and not to deprive the investor of its investment without the required compensation**.

38. הטריבונל בענין Waste Management נגד מקסיקו⁵⁵ סיכם פסקי בוררים קודמים מתוך הסכמה והדגיש את המאפיינים הבאים שכל אחד מהם מהווה פגיעה בעקרון היחס ההוגן: שרירות, חוסר הגינות, חוסר צדק, מפלה, העדר הליך הוגן ופגיעה בכללי הצדק הטבעי, חוסר שקיפות, העדר אמינות ואי כיבוד ציפיות:

⁵⁴ הערה 46 לעיל. על כך שזו נחשבת ההגדרה הממצה ראו דולצר ושרויר, הערה 1 לעיל, בעמ' 130.
⁵⁵ Waste Management Inc v Mexico, Award, ICSID Case No ARB(AF)/00/3; IIC 270 (2004), para.

Taken together, the [four previous arbitral awards] suggest that the minimum standard of treatment of fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the State and harmful to the claimant if the conduct is **arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety—as might be the case with a manifest failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candour** in an administrative process. In applying this standard it is relevant that the treatment is in breach of representations made by the host State which were reasonably relied on by the claimant.

39. כפי שבא לידי ביטוי בפסקה שצוטטה לעיל מפסק הבוררים ב-TECMED, מרכיב עיקרי של היחס ההוגן היא **החובה לפעול באופן עקבי**. על כך עמד גם הטריבונל בסכסוך בין חברת CMS Gas Transmission Co לבין ארגנטינה:

[F]air and equitable treatment is inseparable from stability and predictability. Many arbitral decisions and scholarly writings point in the same direction.⁵⁶

40. פעולה עקבית המכבדת את הציפיות המוקנות של המשקיע פירושה **עקביות הן ביחס לחוק שהיה קיים במועד ההשקעה והן ביחס לכל מצג, התחייבות או אמירה שהמדינה יצרה כלפיו**. כפי שקובעים המלומדים דולצר ושרויר:⁵⁷

A reversal of assurances by the host state that have led to legitimate expectations will violate the principle of fair and equitable treatment.

החובה לכבד את החוק כפי שהיה בעת יצירת ההשקעה היא "מרכזית" להבנת הרעיון של יחס הוגן, כפי שמדגיש דולצר:

One element that is central to the understanding of the modern notion of fair and equitable treatment **concerns the specific importance of that state of the law of the host state which was in force at the time at which the foreigner acquired his investment.**⁵⁸

⁵⁶ הערה 4 לעיל, פסקה 276.

⁵⁷ הערה 1 לעיל, עמ' 134.

⁵⁸ דולצר, הערה 52 לעיל, בעמ' 100.

פסקי הבוררים מדגישים את החובה של המדינה לעמוד בהבטחות ובמצגים שיצרה למשקיע עם יצירת ההשקעה.⁵⁹ כך למשל קבע הטריבונל בסכסוך בין Waste Management Inc לבין מקסיקו :

In applying [the FET] standard it is relevant that the treatment is in breach of representations made by the host State which were reasonably relied on by the claimant.⁶⁰

41. הטריבונל בענין Pope & Talbot נגד קנדה בחן אם ההחלטות השלטוניות פגעו בחובת המדינה לנהוג יחס הוגן כלפי המשקיע לאור מבחני הסבירות והמידתיות.⁶¹

42. טריבונל אחר הוסיף שהדרישה ליחס הוגן משמעותה דרישה לפעולה יזומה מצד המדינה – יחס אקטיבי ולא רק הגנה פסיבית – לשם הבטחת ההשקעה :

[F]air and equitable treatment should be understood to be treatment in an even-handed and just manner, conducive to fostering the promotion of foreign investment. Its terms are framed as a pro-active statement – “to promote”, “to create”, “to stimulate”- rather than prescriptions for a passive behavior of the State or avoidance of prejudicial conduct to the investors.⁶²

43. מעבר ליציבות ועקביות, הזכות ליחס הוגן כוללת גם את הזכות להליך הוגן, לרבות זכות הטיעון בהליכים מינהליים.⁶³ כך קבע הטריבונל בענין Waste Management (לעיל) וכן הטריבונל שדן בתביעה של International Thunderbird Gaming נגד מקסיקו, שהתייחס ל

standards of due process and procedural fairness applicable to administrative officials⁶⁴

כך קבע הטריבונל בפרשת ADC נ' הונגריה :

435. [...] “*due process of law*”, in the expropriation context, demands an actual and substantive legal procedure for a foreign investor to raise its claims against the depriving actions already taken or about to be taken against it. Some basic legal mechanisms, such as **reasonable**

⁵⁹ W. Michael Reisman and Mahnoush Arsanjany, The Question of Unilateral governmental Statements as Applicable Law in Investment Disputes, 19 ICSID Review 328, 343 (2004).

⁶⁰ הערה 55 לעיל, פסקה 98.

⁶¹ Pope & Talbot Inc v Canada, Award on the Merits of Phase 2, Ad hoc—UNCITRAL Arbitration Rules, IIC 193 (2001), paras. 123, 125, 128, 155.

⁶² MTD v. Chile, ICSID Case No. ARB/01/7 (2004), para. 113

⁶³ דולצר ושרויר, הערה 1 לעיל, עמ' 142-144

⁶⁴ International Thunderbird Gaming Corporation v Mexico, Procedural Order No 5, Ad hoc—UNCITRAL Arbitration Rules, IIC 140 (2004), at para. 200.

advance notice, a fair hearing and an unbiased and impartial adjudicator to assess the actions in dispute, are expected to be readily available and accessible to the investor to make such legal procedure meaningful. In general, the legal procedure must be of a nature to grant an affected investor **a reasonable chance within a reasonable time to claim its legitimate rights and have its claims heard**. If no legal procedure of such nature exists at all, the argument that “*the actions are taken under due process of law*” rings hollow.⁶⁵

44. הפרה של החובה לנקוט יחס הוגן מטילה אחריות על המדינה לפצות על הנזקים שנגרמו למשקיע, ממש כאילו נפגע מהפקעה מלאה או חלקית באותו היקף. הטעם לכך מוסבר על ידי הבוררים בפרשת TECMED, בהמשך פסקה 154 שצוטטה לעיל:

[F]ailure by the host State to comply with [the FET requirements] with respect to the foreign investor or its investments affects the investor's ability to measure the treatment and protection awarded by the host State and to determine whether the actions of the host State conform to the fair and equitable treatment principle. Therefore, compliance by the host State with such pattern of conduct is closely related to the above-mentioned principle, to the actual chances of enforcing such principle, and to excluding the possibility that state action be characterized as arbitrary; i.e. as presenting insufficiencies that would be recognized “...by any reasonable and impartial man,” or, although not in violation of specific regulations, as being contrary to the law because “...(it) shocks, or at least surprises, a sense of juridical propriety.”⁶⁶

במילים אחרות, עצם העמימות וההליך הפגום אינם מאפשרים למשקיע (ולבוררים) להעריך את כנותה של המדינה. אי העמידה בדרישות היחס ההוגן יוצרת למעשה הנחה שאינה ניתנת לסתירה שכוונותיה של המדינה המארחת היו הפקעה בלתי חוקית ועקיפה של רכושו של הזר, כולו או מקצתו, וזאת באופן המנוגד למשפט הבינלאומי.

(ג) החובה להעניק את “ההגנה המלאה ביותר”

45. רוב אמנות ההשקעה כוללות התחייבות להעניק למשקיעים הזרים הגנה ובטחון מלאים (full) או עקביים (constant) או כל שילוב אחר. למשל ברית הידידות בין ישראל לארה”ב מחייבת את הצדדים ל “most constant protection and

⁶⁵ הערה 9 לעיל.

⁶⁶ הערה 46 לעיל, הפניות הושמטו.

”security”⁶⁷. הכוונה היא ראשית להגנה מאלימות של צדדים שלישיים, אך גם להגנה משפטית :

[C]aselaw supports the view that the usual formula of ‘full protection and security’ also provides protection against infringements of the investor’s rights.⁶⁸

כפי שקבע הטריבונל בעניין CME נגד צ'כיה :

613. [...] The host State is obligated to ensure that neither by amendment of its laws nor by actions of its administrative bodies is the agreed and approved security and protection of the foreign investor's investment withdrawn or devalued.⁶⁹

וכך גם החליט הטריבונל בעניין National Grid נגד ארגנטינה :

189. The Tribunal concludes that the phrase “protection and constant security” as related to the subject matter of the Treaty does not carry with it the implication that this protection is inherently limited to protection and security of physical assets.⁷⁰

46. עקרון ”ההגנה המלאה ביותר” מחייב את המדינה המארחת גם להימנע מיצירת מצבי חוסר ודאות אצל המשקיעים לגבי המשך יכולתם ליהנות ממנה. כך עולה מפסק הבררות בעניין National Grid :

189. [...]In applying this standard of protection to the facts of the instant case, the Tribunal finds that the changes introduced [by the state], and the uncertainty reigning during the two years preceding the sale of its [investment], with respect to any possible compensation on account of the impact of the Measures on Claimant's investment, **are contrary to the protection and constant security which the Respondent agreed to provide for investments under the Treaty.**⁷¹

כך גם נפסק בעניין OEPC :

⁶⁷ סעיף III(1) :

“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.”

⁶⁸ דולצר ושרויר, הערה 1 לעיל, עמ' 151.

⁶⁹ CME Czech Republic BV v Czech Republic, Partial Award and Separate Opinion, Ad hoc—

UNCITRAL Arbitration Rules, IIC 61 (2001).

⁷⁰ National Grid PLC v Argentina, Award, Ad hoc—UNCITRAL Arbitration Rules; Case 1:09-cv-

00248-RBW (2008).

⁷¹ שם.

Having found that Ecuador was in breach of the FET standard, the Tribunal held that this had the effect of also constituting a breach of the related BIT guarantee of Full Protection and Security.⁷²

(ד) היחס המועדף ביותר ("Most-Favored-Nation Treatment")

47. עקרון היחס המועדף ביותר הוא עקרון צופה פני עתיד. הוא מחייב את המדינה להעניק למשקיע הזר יחס שלא יפחת מהיחס הטוב ביותר שהיא תתחייב לתת למשקיע אחר כלשהו. במילים אחרות, לא רק שעל המדינה להימנע מאפלייתו לרעה של האזרח הזר לעומת אזרח המדינה, אלא שהמדינה גם חייבת שלא להפלות את האזרח הזר לעומת אזרח של מדינה שלישית עימה תהיה למדינה המארחת אמנה שתעניק למשקיעים זכויות עדיפות. כך, מדינה שמתחייבת באמנה להעניק לאזרחי מדינה ב' יחס מועדף ביותר, תשדרג את זכויות המשקיעים אזרחי מדינה ב' באופן אוטומטי כל אימת שהיא תתקשר באמנות עם מדינות שלישיות ובהן הגנה עדיפה למשקיעים באותם עניינים אליהם מתייחסת האמנה המקורית. כך, למשל, אזרח מלזיה שהשקיע בצ'ילה יכול היה ליהנות מהגנות מסוימות שצ'ילה הקנתה למשקיעים באמנה שחתמה עם דנמרק לאור התחייבותה של צ'ילה באמנה עם מלזיה לתת לאזרחי מלזיה יחס מועדף ביותר.⁷³

48. יישום עקרון היחס המועדף ביותר מחייב התייחסות לנוסח הסעיף באמנה "המקורית" המגדיר באילו נושאים יחול העיקרון. ישנן אמנות שמגבילות את היקף העקרון על-פי סוגים שונים של תחומי השקעה או סוגים שונים של הגנות, וישנן אמנות שקובעות במפורש היקף רחב של תחולה. אם מתעוררות שאלות של פרשנות ההיקף של העקרון באמנה פלונית, שאלות אלה יתבררו לפי דיני הפרשנות של אמנות בינלאומיות.

49. עיקר החשיבות של עקרון היחס המועדף ביותר בא לידי ביטוי בהקשר הפרוצדוראלי. כפי שנראה להלן, ישנן אמנות השקעה הכוללות הסכמה ליישב סכסוכים בין המשקיע למדינה בדרך של בוררות ישירה (לעומת אמנות שלא כוללות כל מנגנון ליישוב סכסוכים, או כאלה שמאפשרות התדיינות רק בין המדינה המארחת למדינת האזרחות של המשקיע). משקיעים רבים ביקשו לחייב את המדינה המארחת להתדיין מולם באופן ישיר בבוררות בהסתמך על עקרון היחס המועדף ביותר ועל כך שאותה מדינה מחוייבת להליכי בוררות ישירים מול אזרחי מדינות שלישיות. היו מדינות מארחות שהתנגדו לכך בטענה שעקרון היחס המועדף חל רק בתחום הזכויות המהותיות ולא בתחום הליכי יישוב הסכסוכים. טענה זו נדחתה במרבית הטריבונלים ועל ידי הרוב המכריע של המלומדים בשל הזיקה ההדוקה בין ההיבט הפרוצדוראלי להגנה המהותית על ההשקעה.

⁷² הערה 39 לעיל, פסקה 187.

⁷³ MTD v, Chile, הערה 62 לעיל.

אחד הטריבונלים הראשונים שהחילו את עקרון היחס המועדף למסגרת יישוב
הסכסוכים קבע:

54. Notwithstanding the fact that the basic treaty containing the clause does not refer expressly to dispute settlement as covered by the most favored nation clause, **the Tribunal considers that there are good reasons to conclude that today dispute settlement arrangements are inextricably related to the protection of foreign investors, as they are also related to the protection of rights of traders under treaties of commerce.** [...]

55. International arbitration and other dispute settlement arrangements have replaced these older and frequently abusive practices of the past. **These modern developments are essential, however, to the protection of the rights envisaged under the pertinent treaties; they are also closely linked to the material aspects of the treatment accorded.** [...]

56. From the above considerations it can be concluded that if a third party treaty contains provisions for the settlement of disputes that are more favorable to the protection of the investor's rights and interests than those in the basic treaty, such provisions may be extended to the beneficiary of the most favored nation clause as they are fully compatible with the *ejusdem generis* principle. Of course, the third-party treaty has to relate to the same subject matter as the basic treaty, be it the protection of foreign investments or the promotion of trade, since the dispute settlement provisions will operate in the context of these matters; otherwise there would be a contravention of that principle.⁷⁴

טריבונל ICSID שדן בתביעה של Gas Natural נגד ארגנטינה, הסביר את הרציונל
להחלת עקרון היחס המועדף ביותר על הליכי יישוב הסכסוכים:

29. Summarizing this debate, the Tribunal considers that the critical issue is whether or not the dispute settlement provisions of bilateral investment treaties constitute part of the bundle of protections granted to foreign investors by host states. As the Tribunal sees the history, first of the ICSID Convention, which created the institution of investor-state arbitration, and subsequently of the wave of bilateral investment treaties between developed and developing countries (and in some instances between developing countries *inter se*), **a crucial element – indeed perhaps the most crucial element – has been the**

Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Jurisdiction of ⁷⁴
January 25, 2000

provision for independent international arbitration of disputes between investors and host states. The creation of ICSID and the adoption of bilateral investment treaties offered to investors assurances that disputes that might flow from their investments would not be subject to the perceived hazards of delays and political pressures of adjudication in national courts. Correspondingly, the prospect of international arbitration was designed to offer to host states freedom from political pressures by governments of the state of which the investor is a national. The vast majority of bilateral investment treaties, and nearly all the recent ones, provide for independent international arbitration of investor-state disputes, whether pursuant to the ICSID Convention, the ICSID Additional Facility, the UNCITRAL Arbitration Rules, or comparable arrangements, **and such provisions are universally regarded – by opponents as well as by proponents – as essential to a regime of protection of foreign direct investment.**⁷⁵

כפי שמציין שרויר:⁷⁶

An NFN clause is not a rule of interpretation that comes into play only where the wording of the basic treaty leaves room for doubt. It is a substantive rule that endows its beneficiary with rights that are additional to the rights contained in the basic treaty. The intention of the parties to the treaty, expressed in the MFN clause, is that whoever is entitled to rely on it be granted rights accruing from a third party treaty even if these rights are clearly not contained in the basic treaty.

בהתאם קובעים דולצר ושרויר:⁷⁷

In the absence of [indication in the BIT] there is no convincing reason for distinguishing between substantive standards and dispute settlement. As a matter of treaty interpretation it is difficult to understand why a broadly formulated MFN clause that refers to 'treatment' should apply only to issues of substance, but not to questions of dispute settlement.

50. כאמור לעיל, תחולת עקרון היחס המועדף ביותר תלוי בראש ובראשונה בנוסח האמנה המגדירה אותו.⁷⁸ יחד עם זאת, ולאור הנימוקים המשכנעים בדבר ההצדקה של החלת

⁷⁵ עניין Gas Natural, הערה 22 לעיל.

⁷⁶ Christoph Schreuer, Consent to Arbitration, in *The Oxford Handbook of International Investment Law* (Peter Muchlinski *et al.* eds, 2008) 830, 855.

⁷⁷ דולצר ושרויר, הערה 1 לעיל, עמ' 257. ראה גם שרויר, הערה 76 לעיל, עמ' 855.

⁷⁸ Scott Vesel, Clearing a Path Through a Tangled Jurisprudence: Most-Favored-Nation Clauses and Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties, 32 *Yale J. Int'l L.* 125 (2007).

העקרון גם בנוגע הליכי יישוב הסכסוכים, מקובל שיש לפרש אמנה שאינה מסייגת את היקף תחולת העקרון כמחילה את העיקרון גם על הליכי יישוב הסכסוכים.⁷⁹ כך, אם אין סייג לעניין מנגנון יישוב הסכסוכים, יוכל המשקיע ליהנות ממנגנון משופר מקביל שקיים באמנת השקעות אחרת של המדינה המארחת. כפי שקובע הטריבונל בעניין Gas Natural⁸⁰:

30. The Tribunal notes that the introductory phrase in Article IV(2) of the BIT speaks of “*all* matters governed by the present Agreement...” Certain matters are expressly excluded, **but there is no exclusion for resolution of disputes.**

(ה) פיצוי מלא, מייד ופקטיבי

51. החובה לפצות קמה כאמור לא רק במקרה של הפרה של התחייבויות המדינה המארחת את אמנת ההשקעות או את המשפט הבינלאומי המינהגי. **החובה לפצות באופן מלא קמה בכל מקרה של הפקעה.** על-פי המשפט הבינלאומי המינהגי, ועל פי אמנות ההשקעות השונות, כל הפקעה – גם הפקעה חוקית שנועדה לתכלית ראויה ושנתקבלה בהליך הוגן – מחייבת פיצוי שהוא מייד, מתאים ופקטיבי (“prompt, adequate and effective”). תכליתם של הפיצויים הינם להעמיד את מי שרכשו הופקע או הנאתו ממנה נפגמה במקום בו היה נמצא לו הפגיעה ברכושו לא היתה מתרחשת.

נוסח זה (ביחס להפקעה חוקית) מוכר כ-“Hull formula” על שמו של מזכיר המדינה האמריקאי שהצהיר בשנת 1938 כי מקסיקו מחוייבת לשלם פיצוי על הפקעה מכל סיבה שהיא:

[U]nder every rule of law and equity, no government is entitled to expropriate private property, for whatever purpose without provision for prompt, adequate and effective payment therefor.⁸¹

52. החובה לפצות הן עבור הפקעה חוקית הן עבור הפקעה לא חוקית או כל הפרה אחרת של התחייבויות המדינה המארחת הובילה בספרות ובמשפט לנסינות להבחין בין דרך חישוב הפיצויים למקרה של הפקעה חוקית לעומת הפרה של הדין. נקודת המוצא לכל המבחנים השונים שהוצעו היא עדיין הקביעה של בית הדין הקבוע לצדק בינלאומי (Chorzow Factory (Permanent Court of International Justice (PCIJ)) בפרשת

⁷⁹ Emmanuel Gaillard, Establishing Jurisdiction Through a Most-Favored-Nation Clause, *New York Law Journal* 3, (2005) (available at transnational-dispute-management.com).

⁸⁰ הערה 22 לעיל.

⁸¹ G. Hackworth, (1943) *Digest of International Law* 657.

משנת 1928⁸² קביעה זו התייחסה לקריטריונים לפיצוי בגין הפקעה בלתי חוקית. בית הדין מציב את העיקרון של השבת המצב לקדמותו: השבה בעין אם היא אפשרית; ואם לא – פיצוי שווה ערך ככל האפשר:

The essential principle contained in the actual notion of an illegal act—a principle which seems to be established by international practice and in particular by the decisions of arbitral tribunals—is that **reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of an illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed. Restitution in kind, or if this is not possible, payment of a sum corresponding to the value which a restitution in kind would bear;** the award, if need be, of damages for loss sustained which would not be covered by restitution in kind or payment in place of it—such are the principles which should serve to determine the amount of compensation due for an act contrary to international law.⁸³

פיצויים וסעדים אחרים

53. כפי שעולה מפסק הדין בעניין Chorzow Factory, התרופה הראשונה במעלה היא תרופת ההשבה – restitution in kind. פיצויים יוענקו רק כאשר ההשבה אינה אפשרית. גישה זו נזנחה עם השנים ככל הנוגע לסכסוכי השקעות בעיקר בשל ההנחה שהמדינה המפקיעה תתעלם מצו עשה או מצו הצהרתי, ולפסק הבוררות לא יהיה נפקות מעשית. גם אמנת ICSID ליישוב סכסוכי השקעות מתייחסת במפורש רק לחובתה של המדינה המארחת לכבד פסיקות ממוניות.⁸⁴ אך עם התגברות ההתדיינויות בסכסוכי השקעות בשנים האחרונות ונוכח מאמציהן של מדינות מארחות לשמור על המוניטין שלהן כמדינות שומרות חוק ובטוחות להשקעה, גובר ביטחונם של הטריבונלים לתת צווים הצהרתיים וצווי עשה. אין חולק שאמנת ICSID לא שוללת סמכות לתת צווים כאלה. כפי שמציין המלומד שרזיר בקומנטר המקיף שלו על אמנת ICSID,

⁸² Factory at Chorzów (Germany v Poland), 1928 PCIJ Rep Series A No. 13. על החשיבות של נוסחת

Chorzow Factory במשפט הנוהג כיום ראו למשל

W. Michael Reisman & Robert D. Sloane, Indirect Expropriation and Its Valuation in the BIT Generation, 74 The British Yearbook of International Law 115, 135 (2004).

⁸³ Chorzów Factory, הערה 82 לעיל, עמ' 47.

⁸⁴ סעיף 54(1) קובע:

Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce **the pecuniary obligations** imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State.

There is no doubt that an obligation imposed by an award that is expressed not in monetary terms but in terms of an obligation to perform a particular act or to refrain from a certain course is equally binding and gives rise to the effect of *res judicata*. The [ICSID] Convention merely exempts such an obligation from the simplified and automatic enforcement procedure of Art. 54.⁸⁵

כך קבע טריבונל של ICSID בסכסוך בין Enron לבין ארגנטינה כי כעיקרון יש לו סמכות להוציא צו הצהרתי שייקבע שאקט שלטוני של המדינה המארחת מפר את חובותיה על-פי אמנת ההשקעה או המשפט הבינלאומי המינהגי ואפילו להוציא צו מניעה שימנע פעולה זו (באותו מקרה מדובר היה בצווים שהטילו על התובעת חבות במס):

79. An examination of the powers of international courts and tribunals to order measures concerning performance or injunction and of the ample practice that is available in this respect, leaves this Tribunal in no doubt about the fact that these powers are indeed available.

[...]

81. The Tribunal accordingly concludes that, in addition to declaratory powers, it has the power to order measures involving performance or injunction of certain acts.⁸⁶

בסכסוך שנדון לאחרונה בין חברה טורקית לבין ממשלת ירדן הוציא הטרביבונל צו המורה להפסיק התדיינות תלויה ועומדת בבית משפט ירדני ולפנות לבוררות, באמרו:

131 . In the instant case, in the view of the Tribunal, the single remedy which can implement the *Chorzow* standard is a restoration of the Claimant's right to arbitration. [...]

132 . Therefore, based on its finding that the extinguishment of the Arbitration Agreement [...] constitutes a breach of Jordan's international obligations under the Turkey-Jordan BIT, the Tribunal orders that (i) **the ongoing Jordanian court proceedings in relation to the Dike No. 19 dispute be immediately and unconditionally terminated**, with no possibility to conduct further judicial

⁸⁵ Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, 1126 (2001). וראו גם: Thomas W. Wälde and Borzu Sabahi, *Compensation, Damages and Valuation*, in *The Oxford Handbook of International Investment Law* (Peter Muchlinski *et al.* eds, 2008). 1049, at 1061-62.

⁸⁶ *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/3 (decision on jurisdiction) (2004).

proceedings in Jordan or elsewhere on the substance of the dispute, and (ii) the Claimant is entitled to proceed to arbitration [...].⁸⁷

מבחנים לחישוב הפיצויים

54. כדי להדגיש שגם הפקעה חוקית כרוכה בפיצוי מלא יובא ציטוט מפסק בוררות שקבע כי אין כל קשר בין השאלה האם מטרת ההפקעה היא לגיטימית – ואפילו מחייבת על-פי המשפט הבינלאומי (למשל, לצורך התאמה לאמנות בינלאומיות) – לבין שיעור הפיצוי, **שחייב להיות מלא בכל מקרה** :

71. In approaching the question of compensation for the Santa Elena Property, the Tribunal has borne in mind the following considerations:

— International law permits the Government of Costa Rica to expropriate foreign-owned property within its territory for a public purpose and against the prompt payment of adequate and effective compensation. This is not in dispute between the parties.

— While an expropriation or taking for environmental reasons may be classified as a taking for a public purpose, and thus may be legitimate, **the fact that the Property was taken for this reason does not affect either the nature or the measure of the compensation to be paid for the taking.** That is, the purpose of protecting the environment for which the Property was taken does not alter the legal character of the taking for which adequate compensation must be paid. The international source of the obligation to protect the environment makes no difference.

72. Expropriatory environmental measures—no matter how laudable and beneficial to society as a whole—are, in this respect, similar to any other expropriatory measures that a state may take in order to implement its policies: where property is expropriated, even for environmental purposes, whether domestic or international, the state's obligation to pay compensation remains.⁸⁸

55. **פיצוי מלא**: כפי שעולה מנוסחת Chorow Factory, **פיצויים בגין הפקעה לא חוקית או הפרה אחרת צריכה לשקף את הנזק שנגרם בפועל לניזוק שכולל את הפסד רווחיו העתידיים מהנכס. הפיצויים צריכים להעמיד אותו במצב בו היה לולא הפגיעה,**

ATA Construction, Industrial and Trading Company v Jordan, Award, ICSID Case No ⁸⁷ ARB/08/2; IIC 430 (2010)

Compañía del Desarrollo de Santa Elena SA v Costa Rica, Final Award, ICSID Case No ⁸⁸ ARB/96/1, IIC 73 (2000)

כלומר כמי שעמד ליהנות ממלוא הפירות שצפויים היו לצמוח מהשקעתו.⁸⁹ המדובר, גם בהפקעה חוקית, בפיצוי שהוא מלא (full) ולא רק ראוי (adequate, appropriate).⁹⁰ החיוב בפיצוי מלא קיימת במפורש באמנות ההשקעה השונות. החישוב של גובה הפיצוי יתבסס בדרך כלל על שווי השוק של הנכס, וישנן שיטות שונות לחישוב גובה הפיצוי במקרה שהערכת שווי השוק של הנכס הינה בעייתית.⁹¹ השיטה המקובלת ביותר לחישוב שווי השוק של הנכס היא השיטה המבוססת על ה-discounted cash flow (DCF), שבוחנת את ההכנסות הצפויות מהנכס בעתיד.⁹²

56. יש בספרות אלה הטוענים שכשמדובר בהפקעה חוקית הקריטריון לחישוב הפיצוי הוא מחיר השוק של הנכס, ולעומת זאת כשמדובר בהפרה של הדין יש לקחת בחשבון את העמדה הסובייקטיבית של הניזוק.⁹³ אולם אחרים מבטלים הבחנה זו וקובעים כי בכל מקרה הפיצוי יכלול לפחות את שווי השוק של הנכס (שמסקף כאמור גם את הרווחים הצפויים), כאשר במקרה של הפרת הדין, הבוררים יפסקו סכום גבוה יותר, כעין פיצויים עונשיים, כדי להעניש על ההפרה ולהרתיע. כך, למשל, במקרה של הפקעה בלתי חוקית, יחושב הערך של הנכס לפי הערך הגבוה יותר של הנכס בעת מתן פסק הבורר.⁹⁴

כפי שמציינים ריסמן וסלואן :

The distinction [...] serves a useful policy purpose insofar as it permits international tribunals to penalize egregious expropriations and, hopefully, to deter them in the future.⁹⁵

57. במקרה של הפקעה חלקית או הטלת מגבלות על השימוש בנכס, או הפרות אחרות של חובות המדינה המארכת כלפי המשקיע הזר, כמו למשל הפרת החובה ליחס הוגן, יחול עקרון הפיצוי בשינויים המחוייבים : המשקיע יפוצה בגין הנזקים שנגרמו לו עקב אותן הפרות.⁹⁶ הטריבוונל גם יכול להורות למדינה להשיב לתובע סכומים שגבתה שלא כדין. כך, למשל, הורה הטריבוונל לאקואדור להשיב למשקיעה הזרה OEPIC תשלומי מע"מ ששילמה ושעל-פי החוזה ביניהן אקואדור התחייבה להשיבם.⁹⁷

⁸⁹ דולצר ושרויר, הערה 1 לעיל, עמ' 272.

⁹⁰ ואלדה וסבהי, הערה 85 לעיל, עמ' 1070.

⁹¹ ואלדה וסבהי, שם. ראו גם Manuel A. Abdala and Pablo T. Spiller, *Damage Valuation of Indirect Expropriation in International Arbitration Cases*, 14 Am. Rev. Int'l Arbit. 447 (2003).

⁹² ואלדה וסבהי, הערה 85 לעיל, עמ' 1074; דולצר ושרויר, הערה 1 לעיל, בעמ' 274.

⁹³ שם, עמ' 274.

⁹⁴ ADC נ' הונגריה, הערה 9 לעיל. ראו גם Siemens AG v Argentina, Award and Separate Opinion, ICSID Case No ARB/02/8; IIC 227 (2007). בפסקה 352 קובע הטריבוונל כי כשמבודר בהפקעה לא חוקית, הנפגעת זכאית לא רק לערך הנכס ביום ההפקעה אלא לעליית השווי עד ליום פסק הבורר ונזקים נוספים שבאו כתוצאה מההפקעה.

⁹⁵ ריסמן וסלואן, הערה 82 לעיל, עמ' 137.

⁹⁶ ואלדה וסבהי, הערה 85 לעיל, עמ' 1086-1089.

⁹⁷ OEPIC, הערה 39 לעיל, בפסקה 205.

ב.2.2: הליכים למימוש התרופות על הפגיעה בזכויות

מנגנונים ליישוב סכסוכים

58. יש שלושה מסלולים אפשריים ליישוב סכסוכי השקעות: התדיינות בבתי המשפט של המדינה המארחת, התדיינות בינלאומית בין המדינה המארחת ומדינת האזרחות שמגינה על המשקיע הזר, והתדיינות ישירה בין המשקיע הזר למדינה המארחת.

(א) תביעה בבתי המשפט של המדינה המארחת

59. זהו כמובן המסלול המועדף על המדינה, במיוחד על מדינות שסוברות שיש להן השפעה על החלטות השופטים המקומיים. מאותו טעם זהו המסלול שברגיל משקיעים מעדיפים להימנע ממנו. כפי שנראה להלן, אכן פותחו מסלולים חלופיים למסלול המדינתי, אלא שלעיתים מסלולים אלה ייפתחו רק לאחר שהתובע מיצה את המסלול המדינתי. זהו הכלל בדבר מיצוי תרופות מקומיות (exhaustion of local remedies או local remedies rule). ניתן להתנות על דרישה זו באמנת ההשקעות, אך התניה כזו צריכה להיות מפורשת.⁹⁸

(ב) תביעה בין מדינות

60. זו החלופה הקלאסית שהתפתחה להגנה על אזרחים מפני מדינות זרות. כפי תואר לעיל (פסקה 6), לאזרחים לא היה בעבר מעמד לתבוע מדינות זרות בגין הפרת כללי המשפט הבינלאומי. להלכה, המדינה שפגעה ברכושם לא הפרה חובות כלפיהם אלא הפרה חובות שיש לה כלפי מדינת האזרחות שלהם. למדינות אין חובה לברר סיכסוכים בינלאומיים בטריבונלים שיפוטיים, והמדינות צריכות להסכים במפורש להתדיינות כזו כדי שלטריבונל תהיה סמכות לדון בעניינן. כדי להבטיח מראש הגנה על משקיעים זרים החלה ארה"ב לכלול סעיף הסכמה לבוררות באמנות ה-FCN שחתמה, בין היתר עם ישראל. גם מדינות אחרות הסכימו להליכי בוררות באמנות השקעה הדדיות (כמו למשל, אמנת ההשקעות בין ישראל ומערב גרמניה משנת 1976 הכוללת מרכיב של בוררות בין המדינות).

61. כדוגמא לתביעה כזו אביא את התביעה בעניין ELSI⁹⁹ שהגישה ארה"ב להרכב של בית הדין הבינלאומי בהאג (ה-ICJ) נגד איטליה. סמכותו של ה-ICJ היתה מבוססת על סעיף בוררות באמנת ה-FCN ארה"ב-איטליה משנת 1948. בתביעה זו "אימצה" ארה"ב את ריבן של שתי חברות אמריקאיות שהיו בעלי המניות של חברה איטלקית שבבעלותה מפעל אלקטרוניקה בפאלרמו שבסיציליה. המפעל כשל ולמעשה היה חדל

⁹⁸ פסק דינו של ה-ICJ בפרשת ELSI, הערה 31, פסקה 50.
⁹⁹ הערה 31 לעיל

פרעון, והחברה הודיעה על סגירת המפעל ופיטורי העובדים הרבים. עקב זאת תפס ראש עיריית פאלרמו את המפעל כדי למנוע את סגירתו המתוכננת. לדעת החברה היה בכך משום הפקעה של רכושה.

הגשת התביעה בנסיבות המקרה, על אף חוסר התוחלת הכלכלית של השבת השליטה במפעל, ומאידך, העלויות העצומות הכרוכות בתביעה בבית הדין הבינלאומי בהאג, מעידה על מדיניותה העקבית והנחושה של ארה"ב להגן על השקעותיהם של אזרחיה מחוץ לארה"ב. מכיוון שהמשפט הבינלאומי מעוצב על-פי התנהגות של מדינות ועמדותיהן המשפטיות ביחס להתנהגויות אלה, החשש של ארה"ב היה שהעדר התגובה מצידה להפקעות אסורות בידי מדינות מארחות תערער את ההגנה שהמשפט הבינלאומי מקנה להשקעות חוץ ותפגע כתוצאה מכך באינטרסים אמריקאים חשובים.

על מדיניות זו עמד Terry Gill בהתייחסו להתדיינות בפרשה זו :

This is an important decision in what is ostensibly a relatively unimportant case. The interests of a financially shaky Italian subsidiary of a U.S. corporation and damages totaling a mere \$12,679,000, plus interest, do not appear at first sight to be of major significance. However, there was considerably more at stake than might appear from a cursory examination of the Judgment. **The United States maintains a substantial network of bilateral relations based on FCN and investment protection treaties with similar or identical provisions to those in the FCN Treaty with Italy. The U.S. interest in the provisions of this Treaty that protect U.S. shareholders that own and control foreign subsidiaries in host countries extends considerably beyond the fate of ELSI.**¹⁰⁰

(ג) התדיינות ישירה בין המשקיע הזר למדינה המארחת

62. החלופה של התדיינות ישירה בין המשקיע הזר למדינה המארחת פותחה החל משנות ה-60 של המאה העשרים מתוך מגמה לשפר את רמת הביטחון שבהגנה על ההשקעות הזרות. מובן שגם למדינות מארחות היה עניין לשפר את אווירת האמון מצד משקיעים זרים ולעודד השקעות. חלופת ההתדיינות הישירה אומצה באמנות השקעות רבות המגדירות את התנאים להתדיינות כזו ואת מנגנון בירור התביעות. במקביל קמו מספר מסגרות המספקות מנגנונים ליישוב סכסוכי השקעות לצדדים שמעוניינים בכך. המנגנון הפופולרי ביותר הוא של ICSID. כיום יש 144 מדינות שהצטרפו למנגנון זה.

Terry D. Gill, International Decisions (on ELSI), 84 American Journal of International Law 248,¹⁰⁰ 257 (1990).

כאמור לעיל, ישראל הצטרפה ל-ICSID בשנת 1983, ובשנת 1991 היא וויתרה על דרישה שהציבה עם הצטרפותה, בדבר הצורך במיצוי תרופות מקומיות לפני הגשת תביעה.¹⁰¹ גם ארה"ב היא צד למנגנון זה. הפניות למנגנון ICSID גברו בשני העשורים האחרונים. כיום תלויים ועומדים 123 הליכי בוררות, והדיון ב-196 תיקים הסתיים.¹⁰²

63. כדי שלמנגנון ICSID יהיה סמכות לדון בתביעה נגד מדינה לא מספיק שהמדינה הצטרפה לאמנת ICSID. לפי סעיף 25(1) לאמנה, הצדדים לסכסוך צריכים להביע את הסכמתם להתדיינות.¹⁰³ הסכמה כזו יכולה להיות מראש ורבות מאמנות השקעה כוללות הסכמה שכזו. מתחילת שנות ה-90 גם ישראל חתמה על מספר גדול של אמנות השקעה דו-צדדיות בהן הסכמה להתדיינות במסגרת ICSID. עד כה הוגשה תביעה אחת בשם תאגיד ישראלי נגד צ'כיה על בסיס האמנה שבין ישראל לצ'כיה.¹⁰⁴

64. כאמור לעיל, על-פי עקרון היחס המועדף ביותר, הוכר בפסיקת טריבונלים שונים של ICSID שעקרון היחס המועדף ביותר חל גם בהקשר של הסכמה להתדיינות במסגרת ICSID. התחייבות לבוררות במסגרת ICSID תחול לפיכך גם לגבי סכסוכים עם אזרחי מדינות שלישיות שאינם יכולים ליהנות מסעיף בוררות כזה באופן ישיר.

65. התדיינות במסגרת ICSID משפרת את הביטחון של המשקיע בעיקר בשני היבטים. ראשית, קיים מנגנון למינוי בורר מטעם המדינה אם היא מסרבת למנות בורר מטעמה (סעיף 38 לאמנת ICSID). שנית, פסק הבורר מחייב בכל המדינות החברות, שחייבות לכבד ולאכוף אותו כאילו היה זה פסק דין סופי של מדינתן (סעיף 54(1)).

66. מדינה יכולה כמובן להתנתק מאמנת ICSID בהודעה לפי סעיף 70 לאמנה, וההתנתקות תיכנס לתוקף תוך שישה חודשים ממועד ההודעה. אלא שהתנתקות זו לא תפעל באופן רטרואקטיבי, והמדינה תמשיך להיות מחוייבת להתדיין לגבי סכסוכים שהחלו לפני כניסת הודעת ההתנתקות לתוקף (סעיף 72 לאמנת ICSID). גם השתחררות מהסכמה להתדיין באמנת ההשקעות הספציפית לא תועיל למדינה, שכן הסכמה שניתנה פעם אחת אין לחזור ממנה באופן חד-צדדי (סעיף 25(1)).

ג. מהכלל אל הפרט: היקף ההגנה במשפט הבינלאומי של השקעות אזרחי ארה"ב בזכויות הנפט בישראל (או בזכויות ביחס לזכויות הנפט)

¹⁰¹ אתר ICSID, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>

¹⁰² <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ListCases>

¹⁰³ סעיף זה קובע:

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.

¹⁰⁴ Phoenix Action, LTD. V. The Czech Republic, (ICSID Case No. ARB/06/5 (2009))

67. כפי שמסרתם לי, חברת Noble Energy Inc. (להלן: Noble) הינה חברה מאוגדת לפי החוק בארה"ב ומנוהלת בארה"ב. Noble הינה בעקיפין בעלת זכויות הנפט נשוא חוות דעת זו (זכויות שתפורטנה בהמשך), וזאת באמצעות השליטה שלה בחברת Nobel Energy Mediterranean Ltd. (להלן: Nobel Mediterranean), חברה המנוהלת בארה"ב (על-ידי Noble) והרשומה כבעלת זכויות הנפט. כמו-כן ייתכנו בעלי זכויות זרים נוספים בחברות הללו וכן בחברות הישראליות שלהן חלק בזכויות הנפט.

רכושה בישראל של Noble כחברה בעלת אזרחות של ארה"ב, ורכושה בישראל של Nobel Mediterranean המנוהלת בארה"ב, וכן רכושם של אזרחי ארה"ב אחרים שהם בעלי מניות בחברות אלה וכן בתאגידים ישראלים בישראל מוגן על-פי המשפט הבינלאומי כפי שיפורט להלן.

68. פרק זה יציג את ההגנות על השקעות אזרחי ארה"ב בישראל בכלל, ואת ההגנות על זכויות הנפט (כפי שיוגדרו להלן) בפרט. כנובע מהאמור בפרק ב' דלעיל, רכושם של אזרחי ארה"ב בישראל מוגן על-ידי המשפט הבינלאומי והעל-ידי המשפט הבינלאומי המינהגי. המשפט הבינלאומי ההסכמי קובע הוראות המוסיפות להגנות המינהגיות. היכן שההוראות ההסכמיות אינן ברורות וטעונות פרשנות, יש לפנות לכללי הפרשנות של המשפט הבינלאומי המינהגי.

המקור העיקרי להגנה על השקעות אזרחי ארה"ב בישראל הוא ברית הידידות, שעיקריה יובהרו להלן. **ברית הידידות מוסיפה ומרחיבה את ההגנות שהמשפט הבינלאומי המינהגי מעניק להשקעות של אזרחי ארה"ב בישראל, כפי שתוארו בפרק ב' לעיל.**

ברית הידידות בין ישראל לארה"ב

69. ברית הידידות נחתמה בשנת 1951. היא נכנסה לתוקף בשנת 1954 והינה עדיין בתוקף. ברית הידידות נוסחה באנגלית ובעברית, ושני הנוסחים אותנטיים באותה מידה. על-פי דיני הפרשנות במשפט הבינלאומי, שני הנוסחים מוחזקים כבעלי אותו מובן.¹⁰⁵ חוות דעת זו תציין את המונחים באנגלית מכמה סיבות: המונחים באנגלית הם השגורים במשפט הבינלאומי ובאמנות מקבילות (במיוחד אמנות FCN שארה"ב קידמה באותן

¹⁰⁵ סעיף 33(4) של אמנת וינה בדבר דיני אמנות (1969) קובע:

Interpretation of treaties authenticated in two or more languages

1. When a treaty has been authenticated in two or more languages, the text is equally authoritative in each language [...] 3. The terms of the treaty are presumed to have the same meaning in each authentic text. 4. Except where a particular text prevails in accordance with paragraph 1, when a comparison of the authentic texts discloses a difference of meaning which the application of articles 31 and 32 does not remove, the meaning which best reconciles the texts, having regard to the object and purpose of the treaty, shall be adopted.

שנים); המינוחים המקצועיים בשפה העברית לא היו עדיין מפותחים מספיק בעת חתימת ברית הידידות; המשא והמתן בין המדינות התנהל באנגלית; וכן, בוררים בסכסוך עתידי יעדיפו מטבע הדברים את השפה האנגלית. יחד עם זאת אציין שהמינוחים בעברית לא גורעים מהיקף ההתחייבויות של ישראל כלפי משקיעים אזרחי ארה"ב. כפי שיפורט בהמשך, דווקא ההיפך הוא הנכון: מדינת ישראל אכן ראתה בברית הידידות "ברית" על כל המשתמע מכך. הנוסח העברי של ברית הידידות מבטיח למשקיעים הזרים לא רק "זכויות גומלין" אלא אף "בכורת-גומלין".¹⁰⁶

גם בית המשפט העליון הכיר במעמדה הבכיר של ברית הידידות. כפי שקבע השופט חיים כהן, "עצם שמה של האמנה ומטרתה מעידים עליה שהיא באה להוציא את שתי המדינות המתקשרות מכלל המשפט הבין-לאומי הכללי מפאת קשרי הידידות המיוחדים שביניהן בלבד."¹⁰⁷

70. כפי שאראה בהמשך, לא מתעוררות שאלות קשות של פרשנות ביחס לברית הידידות, שהוראותיה ברורות וחד משמעיות. יחד עם זאת, אציג מספר כללי פרשנות בסיסיים שעשויה להיות להם השלכה לעניין. הכללים בדבר פירוש אמנות קבועים בסעיפים 31 ו-32 של אמנת וינה בדבר דיני אמנות משנת 1969. כללים אלה פורשו בפסיקה עניפה של הטריבונלים הבינלאומיים השונים. מתוכם, ארבעה כללים בסיסיים הם רלוונטים לעניין ברית הידידות:

(1) יש לפרש את המונחים באמנה לפי מובנם הרגיל (ordinary meaning) ובהתאם להקשרם (in their context), מטרתם ותכליתם (in the light of its object and purpose);¹⁰⁸

(2) יש להתחשב בנסיבות שבה נכרתה האמנה;¹⁰⁹

¹⁰⁶ מתוך המבוא לברית הידידות, וראו גם פסקה 137 להלן.

¹⁰⁷ ע"א 432/78 ויילר נ' ציקבר, פ"ד לד (2) 777. לאור הייחוד של ברית הידידות בית המשפט אינו מקבל את הטענה שברית הידידות משקפת משפט בינלאומי מינהגי, מבלי שהוא מוצא צורך לבחון כלל את מצב המשפט הבינלאומי המינהגי באותה עת. כפי שראינו בפרק ב' דלעיל ונראה להלן, בשלושת העשורים התפתח המשפט הבינלאומי המינהגי וכיום רבות מהוראותיה של ברית הידידות משקפות את המשפט הבינלאומי המינהגי הנוהג.
¹⁰⁸

Article 31 General rule of interpretation

1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.

¹⁰⁹

Article 32 Supplementary means of interpretation

Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31:

- (a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or
- (b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.

פסק הבוררים בסכסוך בין בלגיה להולנד בעניין מסילת הברזל בנהר הריין Iron Rhine Railway משנת 2005, פסקה 48:

(3) יש לפרש את האמנה על רקע המשפט הבינלאומי המינהגי המתפתח, ולכן יש להתאים את פרשנות האמנה להתפתחויות במשפט הבינלאומי מאז כריתת האמנה.¹¹⁰

כללי פרשנות אלה חלים כמוכן גם בתחום דיני השקעות הזרות. החשיבות שלהם לענייננו היא בכך שהם מדגישים את החובות שחלות על ישראל כמדינה מארחת. בנוסף למוכן הרגיל והברור של מונחי ברית הידידות השונים ולמטרתה המפורשת, את ברית הידידות יש לפרש לנוכח נסיבות כריתתה בשנת 1951 והברית המיוחדת שנוצרה, לפחות לפי גישתה של ישראל, וכן לנוכח המשפט הבינלאומי המתפתח עם השנים בתחום ההגנה על השקעות זרות, משפט שמוסיף תוכן להתחייבויות הצדדים באמנה. התייחסות מפורטת לכללי פרשנות אלה תובא בהמשך, בהקשרים המתחייבים.

(א) היקף ההגנה של ברית הידידות: מי מוגן?

היקף ההגנה על תאגידים:

71. ברית הידידות מגינה במפורש על "nationals and companies" סעיף XXII(3) מתייחס כך למונח companies :

As used in the present Treaty, the term "companies" means corporations, partnerships, companies and other associations, whether or not with limited liability and whether or not for pecuniary profit. Companies constituted under the applicable laws and regulations within the territories of either Party shall be deemed companies thereof and shall have their juridical status recognized within the territories of the other Party.

72. הגדרה זו מתייחסת במפורש לתאגידים שהתאגדו לפי חוקי אחת המדינות. הגדרה זו לא מתייחסת, לא בחיוב ולא בשלילה, לתאגידים שהתאגדו לפי דיני מדינות שלישיות אך בעלי מניותיהם הם אזרחים או תאגידים של שתי המדינות. הגדרה זו באה להרחיב את מסגרת התאגידים הכלולים במסגרת ברית הידידות (ראו המשפט

"the Tribunal will remain mindful of the circumstances of the conclusion of each of the applicable treaties, as required in Article 32 of the Vienna Convention."

¹¹⁰ ראו את חוות הדעת של ה-ICJ בעניין

Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970) (1971), ICJ Reports (1971) 16, 31: "[the treaty's] interpretation cannot remain unaffected by the subsequent development of law"

וכן פסק דינו של ה-ICJ בסכסוך בין הונגריה וסלובקיה (Case concerning the Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia) ICJ Rep. (1997) paragraph 112 :

"newly developed norms of environmental law are relevant for the implementation of the Treaty."

הראשון) **ולא לצמצמה**. לכן יש לראות את ברית הידידות כחלה גם על Noble Mediterranean. Noble Mediterranean אמנם לא התאגדה על-פי חוקי ארה"ב, אך היא מנוהלת בארה"ב ונשלטת בידי Noble, שהיא כאמור חברה בעלת אזרחות ארה"ב.

73. הגדרת ה"חברות" בברית הידידות שונה מההגדרה המצומצמת שקיבל בית הדין הבינלאומי בהאג בשנת 1970, בפסק הדין הידוע בשם Barcelona Traction.¹¹¹ באותו פסק דין קבע ה-ICJ כי הזכות להגנה דיפלומטית של תאגיד נתונה למדינה שבה התאגד התאגיד. אולם בית הדין מציין במפורש שמדינות יכולות להסכים ביניהן על הגדרות מרחיבות יותר של אזרחות התאגיד.¹¹²

תמיכה בפרשנות מרחיבה של המונח "חברות" בברית הידידות ניתן לעגן במספר שיקולים:

- אילו סעיף XXII(3) נועד להגדיר הגדרה ממצה של תאגיד, התוצאה של המשפט השני של הסעיף היתה מוציאה מגדר תאגיד מוגן כל תאגיד שהתאגד בישראל שבעלי מניותיו אזרחי ארה"ב. היה בכך צמצום משמעותי ולא הגיוני בהיקף הגנה על אזרחי ארה"ב שמנוגד לעמדת ארה"ב מאז ומתמיד, שהיה מנוגד למטרתה ותכליתה של ברית הידידות.¹¹³
- ברית הידידות נחתמה **שנים לפני** שבית הדין הבינלאומי פסק את פסיקתו המצמצמת, ולא יכולה היתה לצפות אותה.
- פסיקה זו של ה-ICJ היתה מנוגדת לפרקטיקה הכללית שהתגבשה כבר באותן שנים ומנוגדת גם לצורך הגובר של מדינות מייצאות הון להגן על משקיעיהן, במיוחד כאשר מדינות מארחות החלו לדרוש שמשקיעים זרים יתאגדו לפי חוקי המדינה המארחת.¹¹⁴
- ברית הידידות בודאי שיקפה את מדיניותה העקבית וארוכת השנים של ארה"ב להרחיב את ההגנה על השקעותיהם של אזרחיה. העמדה המסורתית של ארה"ב בדבר הרחבת היקף ההגנה לבעלי מניות בתאגיד באה לידי ביטוי גם בפרשת Barcelona Traction, בחוות דעתו של השופט האמריקאי Jessup. לדבריו, המשפט הבינלאומי באותה תקופה כבר הכיר בצורך להעניק הגנה דיפלומטית לא רק לתאגידי שנתאגדו במדינה אלא גם לאלה

¹¹¹ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium/Spain) Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3.*

¹¹² שם, פסקאות 89-90.

¹¹³ על מדיניות ארה"ב בנושא ראו פסקה 61 לעיל.

¹¹⁴ על כך ראו בחוות דעתו הנפרדת של השופט Jessup בפרשת Barcelona Traction, הערה 111 לעיל.

שקשורים קשר אפקטיבי של שליטה וניהול למדינה. Jessup מצטט בהסכמה פסק דין של בית המשפט העליון של ארה"ב מאותה תקופה ומציע לאמץ את המבחן המרחיב שקבע בית המשפט האמריקאי לצורך ההגנה הדיפלומטית, באמרו:

[T]he International Court of Justice in the instant case is "not bound by formal conceptions of" corporation law. "We must look at the economic reality of the relevant transactions" and identify "the overwhelmingly dominant feature."¹¹⁵

- פרשנות מרחיבה של הגדרת התאגיד עולה בקנה אחד עם הסכמי השקעות אחרים מאותה תקופה. אמנת ICSID בדבר יישוב סכסוכי השקעות, שארה"ב נטלה חלק פעיל בניסוחה, ושנחתמה בשנת 1965, קובעת (בסעיף 25) כי אזרחים של מדינות שהן צד לאמנה יהיו זכאים ליהנות מהליכי הבוררות הקבועים באמנה. אמנת ICSID לא מגדירה מהי הלאומיות של תאגיד. הפרשנות המקובלת של אמנת ICSID הינה שהן מקום ההתאגדות, הן מקום ניהול העסקים (seat), יכולים להגדיר אזרחות של תאגיד, וכפי שמציין שרזיר בקומנטר שלו על אמנת ICSID,

ICSID tribunals have **uniformly** adopted the test of incorporation **or seat**.¹¹⁶

יתר על כן, יש ויכוח בספרות המקצועית אם ניתן להרחיב את הגנת אמנה זו גם מעבר לשני בסיסים אלה באופן שיכלול גם בעלי מניות של תאגידים כאלה כמי שמגדיר את אזרחותן.¹¹⁷

74. המסקנה העולה מניתוח זה הינה שלא רק Noble אלא גם Noble Mediterranean הינן "חברות" שהשקעותיהן בישראל מוגנות בברית הידידות.

הגנה על בעלי המניות בתאגידים

75. ברית הידידות מגינה גם על הזרים אזרחי המדינה הזרה בעלי המניות בתאגידים (זרים או מקומיים). סעיף VI שהוא סעיף מרכזי המבטיח למשקיעים זרים הגנה נרחבת על השקעותיהם, לרבות מפני הפקעה, מוסיף להגדרת האזרחים והתאגידים המוגנים את ההוראות הבאות:

¹¹⁵ שם, חוות דעת של השופט Jessup, פסקה 17. הציטוטים הם מפסק הדין *United States v The Concentrated Phosphate Export Assn. Inc. et al.*, 89 S. Ct. p. 361 at pp. 366-367 (1968).
¹¹⁶ שרזיר, הערה 28 לעיל, עמ' 277.
¹¹⁷ שם, עמ' 276-277.

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.**

בנוסף, סעיף VII שמתייחס לזכותם של זרים לרכוש זכויות ולנצל, בין היתר, משאבי טבע, מגן אף הוא על בעלי שליטה זרים. הסעיף קובע, בחלקים הרלוונטים:

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) [...]; (b) [...]; 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.**

2. Each Party reserves the right to limit the extent to which aliens may establish, acquire interests in, or carry on enterprises engaged within its territories in communications, air or water transport, banking, **or the exploitation of land or other natural resources.** [...]

[...]

4. Nationals and companies of either Party, as well as **enterprises controlled by such nationals and companies, shall in any event be accorded most-favored-nation treatment with reference to the matters treated in the present Article.**

76. במילים אחרות, גם אם הפירוש הנכון של ברית הידידות אינו כפי שהצעתי, והפירוש הנכון (שאינו נכון למיטב הבנתי) אינו כולל בגדר תאגיד מוגן תאגיד שמנוהל בארה"ב, ושליכך נכסיה של Noble Mediterranean ככזו אינם מוגנים ישירות על-פי ברית הידידות, הרי בכל מקרה Noble Mediterranean, כבעלת השליטה ב-Noble Mediterranean מוגנת לפי הוראות ברית הידידות ביחס לנכסים שלה וביחס לתאגידים שבשליטתה לרבות

Noble Mediterranean ונכסיה. יתר על כן, הגנה זו חלה גם על כל אזרחי ארה"ב האחרים שהינם בעלי מניות בתאגידים המשקיעים בישראל.

(ב) היקף ההגנה של ברית הידידות: מה מוגן?

77. בעניין שלפנינו יש להבחין בין שני סוגים של זכויות:

(א) זכויות הנפט

(ב) הזכויות בתאגידים בעלי זכויות הנפט.

הטעם להבחנה בענייננו בין שני סוגי הזכויות נובע מהכללים הנוגעים להגדרת אזרחות התאגיד בעל זכויות הנפט. גם אם היינו מגיעים למסקנה שברית הידידות לא מגינה על תאגידים שנשלטים מארה"ב (כמו Noble Mediterranean), וגם אילולא העניקה ברית הידידות הגנה מפורשת על בעלי שליטה זרים בתאגיד, הרי שברית הידידות היתה בכל זאת מגינה על מכלול נכסיה של Noble בישראל, ובכללן Noble Mediterranean וזכויות הנפט שיש לה (שיפורטו בהמשך). זאת משום שעל-פי ברית הידידות ועל-פי המשפט הבינלאומי המינהגי, התאגידים בעלי זכויות הנפט – גם הישראלים (במידה ויש להם בעלי מניות אזרחי ארה"ב) – נכללים בהגדרת ה"רכוש" של Noble (ואחרים, אם יש כאלה) שנמצא בישראל.

78. הגדרת הרכוש המוגן בברית הידידות היא רחבה וחובקת כל. סעיף I קובע כי

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.

ברית הידידות מגינה לא רק על קניין (property) אלא גם על אינטרסים. כך קובע גם סעיף VI:

4. Neither Party shall take unreasonable or discriminatory measures that would impair the legally acquired **rights or interests** within its territories of nationals and companies of the other Party in the enterprises which they have established or in the capital, skills, arts or technology which they have supplied;

וכך קובע גם הפרוטוקול שנספח לברית הידידות, 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.

79. פרשנות מרחיבה של המושגים enterprise, property ו-interest היא פרשנות מקובלת בדיני ההגנה על השקעות חוץ. טריבונלי ההשקעות אימצו הגדרה רחבה של המונח השגור היום – investments -- וכללו בה לא רק את הנכסים הפיזיים שבידי תאגידים אלא את התאגידים עצמם. לפיכך הוכרה גם ההגנה של אמנות השקעות גם לבעלי זכויות מיעוט בתאגיד שרשום במדינה המארחת ואפילו תאגיד שרשום במדינה שלישית.

כך מסכמים דולצר ושרויר, לאחר סקירת פסיקות הבוררים השונים בנושא :

[I]t is now generally accepted, on the basis of treaty provisions, that **shareholding in a company is a form of investment that enjoys protection**. Thus, even if the affected company does not meet the nationality requirements under the relevant treaty, there will be a remedy if the shareholder does. [...] [T]he company ... is not treated as the investor but as the investment. This protection extends not only to the ownership in the shares but also to the assets of the company.¹¹⁸

80. טריבונל הבוררות בעניין Waste Management נגד מקסיקו התייחס להגנה שאמנת NAFTA מעניקה להשקעות, והבחין בין הגדרת הלאומיות של המשקיע והעדרה של הגדרת הלאומיות של ההשקעה :

83. [...]when Article 1105 specifies the treatment to be accorded to investments of investors of another Party, there is no trace of a requirement that the investment itself have the nationality of that Party either at the time it was acquired or at the time the conduct complained of occurs. Similarly under Article 1110 dealing with expropriation, the protected quantity is “an investment of an investor of another Party” in the territory of the expropriating State. **The nationality of the investment (as opposed to that of the investor) is irrelevant**. The same is true in respect of claims by investors on their own behalf under Article 1116: it is sufficient that the investor has the nationality of a Party and has suffered loss or damage as a result of action in breach of one of the specified obligations, including Articles 1105 and 1110. The extent of that loss or damage is a matter of quantum, not jurisdiction.¹¹⁹

¹¹⁸ דולצר ושרויר הערה 1 לעיל, עמ' 59, וראו עמ' 59-57 לניתוח הפסיקה.

¹¹⁹ Waste Management Inc v Mexico, Award, ICSID Case No ARB(AF)/00/3(2004)

81. על כן, גם אם ברית הידידות לא היתה חלה ישירות על הזכויות של Noble בזכויות הנפט הרשומות על שם Noble Mediterranean, הרי שהיא חלה על השקעתה של Noble Mediterranean ובאמצעותה, לרבות בזכויות הנפט. הוא הדין בהשקעות של אזרחים אמריקאים אחרים בחברות בעלות זכויות נפט.

”זכויות הנפט”

82. זכויות הנפט כפי שיפורטו להלן נכללות בהגדרה הרחבה של סעיף 1 לברית הידידות, דהיינו ”property, enterprises and other interests”. ברית הידידות אף מפרטת וכוללת הגנה של רכוש דלא-ניידי וזכויות אחרות בנוגע להחזקה וניצול של קרקע (ובכלל זה משאבי טבע שבקרקע, כאמור בסעיף V(2) שנוכר לעיל), כפי שקובע סעיף IX לברית הידידות:

2. Nationals and companies of the United States of America shall be accorded, within the territories of Israel, national treatment with respect to acquiring by purchase, or otherwise, and with respect to owning, occupying and using land, buildings **and other immovable property**.

שטחי המדינה מתייחסים גם לשטחים הימיים שלה או שבשליטתה, כפי שקובע סעיף XXIII:

The territories to which the present Treaty extends shall comprise all areas of land and water under the sovereignty or authority of each of the Parties, other than the Panama Canal Zone and, except to the extent that the President of the United States of America shall otherwise determine, the Trust Territory of the Pacific Islands.

83. זכויות הנפט מוגדרות בחוק הנפט, התשי”ב – 1952 (להלן-חוק הנפט) כרשיונות מסוגים שונים המוענקים על ידי הרשות המוסמכת בחוק לחפש ולהפיק נפט וגז. הענקת רשיונות הינה דרך מוכרת להענקת זכויות לחיפוש וניצול נפט וגז. לפי אחד החוקרים, השיטה הנוהגת בבריטניה מאז ומתמיד הינה שיטה של הענקת רשיונות מכח חוק, ואף מבנה התמלוגים דומה. כפי שמציין החוקר, בבריטניה “התמלוגים מאז ומתמיד נקבעו על בסיס של 1/8”¹²⁰.

Ernest E. Smith *et al.*, Concessions, Production Sharing, and Participation Agreements for ¹²⁰ Developing a Country’s Resources, Chapter 6 in International Petroleum Transactions (2nd. Ed.,

84. חוק הנפט מגדיר בסעיף 1 "זכויות נפט" כ"רשיון" או "חזקה". בנוסף מאפשר סעיף 7א של חוק הנפט להעניק לבעל היתר מוקדם "זכות קדימה לקבלת זכות נפט". נבחן זכויות אלה (שלהלן יכוננו כאחד, ובכלל זה גם הזכויות לגז, כ"זכויות נפט") מהסוף להתחלה:

- "חזקה" – מקנה לבעליה "זכות ייחודית לחפש ולהפיק נפט בשטח החזקה כל ימי תקפה של החזקה" (סעיף 25 לחוק הנפט).
- "רשיון" – מקנה לבעליו "זכות לחפש נפט בשטח הרשוי... זכות ייחודית לקדוח קדיחות נסיון וקדיחות פיתוח בשטח הרשוי ולהפיק ממנו נפט; [וכן] זכות לקבל חזקה לאחר שהגיע לתגלית בשטח הרשוי" (סעיף 13 לחוק הנפט).
- "היתר מוקדם עם זכות קדימה" – מקנה לבעליו "זכות קדימה לקבלת זכות נפט [כלומר, רשיון או חזקה] בשטח שעליו ניתן לו ההיתר המוקדם [...] " כל עוד קיימת זכות קדימה על שטח, לא תינתן לאדם אחר זכות נפט באותו שטח" (סעיף 7א לחוק הנפט).¹²¹

85. כל אחת מזכויות הנפט הללו מחייבת את בעליהן לבצע בדיקות וחיפושים ולהשקיע השקעות רבות לפי קריטריונים שאישר השר הממונה על חוק הנפט והמועצה המייעצת. מכאן שקבלת כל אחד מזכויות הנפט הללו מהווה הוכחה לקיומה של השקעה שהיא בכלל enterprise, property, או interest המוגן על פי ברית הידידות ועל פי המשפט הבינלאומי המינהגי.

86. קבלת כל אחת מזכויות הנפט הללו מקנות למקבליהן זכות קניינית – כל פעם בהיקף שונה – לחיפוש, להפקה, לאספקה ולשיווק של נפט: החזקה מקנה זכות זו במישרין (סעיף 25 ביחד עם סעיף 31 לחוק הנפט); הרשיון מקנה זכות לקבל חזקה אם הגיע לתגלית; וההיתר המוקדם עם זכות הקדימה מקנה את זכות הקדימה לקבלת רשיון או חזקה. במילים אחרות, לכל אחת מהזכויות הללו ערך כלכלי מוגדר הנגזר מהזכות הבלעדית להפיק נפט אם כזה יימצא, בכפוף לתשלום התמלוגים הקבועים בחוק הנפט, שגובהם אינו נתון לשיקול דעת הרשויות או למשא ומתן. גם מימוש הזכויות המשניות (היתר מוקדם ורשיון) לא תלוי בשיקול הדעת של הרשות מעניקת הזכויות אלא בהצלחת בעל זכויות הנפט למצוא את הנפט או הגז. לכן כל אחת מזכויות הנפט הללו היא זכות קניינית קנוייה לבעליה לא רק מבחינת האקסקלוסיביות שלה, אלא

2000) reprinted at R. Doak Bishop, James Crawford and A. Michael Reisman, Foreign Investment Disputes, 221 (2005).

¹²¹ לפי תקנות הנפט (עקרונות פעולה לחיפושי נפט והפקתו בים), תשס"ו-2006, סעיף 5, "בתום תקופת ההיתר המוקדם יחזיק בעל זכות הנפט 40 אחוזים לפחות משטח ההיתר, והוא יהיה רשאי לבקש, מכח זכות הקדימה שהוענקה לו, רשיונות על השטחים שנותרו."

גם מבחינת שוויה הכלכלי שאינו תלוי בהפעלת שיקול דעת שלטוני אלא נקבע לפי תנאי השוק. לכן, פגיעה בכל אחת מזכויות הנפט הקנויות הללו וכל הגבלה על מימושן, ובכלל זה הגבלה על הפקה, אספקה או שיווק של נפט או גז, מהווה פגיעה רטרואקטיבית בהן.

87. חוק הנפט מגדיר את תנאי התמלוגים עבור החיפוש וההפקה של הנפט (בסעיפים שונים), וכן רשימה סגורה של עילות לביטול הרשיון (סעיף 55). העילות לביטול הרשיון מבוססות כולן על מחדלים אפשריים של בעל הזכות (אי מילוי הוראות החוק או תנאי הרשיון). מכאן שאין בחוק הגז סמכות לשר הממונה על חוק הנפט (להלן- השר) או לבעל סמכות אחר כלשהו לבטל או לשנות מטעמים אחרים את זכויות הנפט שהוקנו. לאור זאת, למיטב הבנתי המקצועית, הנסמכת על גם מומחיותי בתחום המשפט המינהלי הישראלי, אין בחוק הישראלי כמצבו בעת כתיבת חוות דעת זו סמכות למאן דהו לשנות או לבטל את זכויות הנפט מרגע שהוקנו מכח חוק הנפט, וגם לא סמכות לעכב את המעבר מזכות נפט אחת לשנייה, אלא מאותן העילות הקבועות בחוק הנפט שכולן מתייחסות למחדלי בעלי זכויות הנפט ביחס לאופן מימוש זכויותיהם.

88. חוק הנפט מסמיך את מעניקי זכויות הנפט להתנות בהם תנאים (סעיפים 16 ו-26 לחוק הנפט). תנאים אלה יכולים להתייחס אך ורק לאופן השימוש בזכויות הנפט ולא לתמלוגים. זאת מכיוון שהתמלוגים נקבעו בחוק (סעיף 32). הסמכות היחידה שיש בידי מתקין התקנות בנוגע לתמלוגים היא הסמכות לקבוע את מועדי התשלום. בהתאם לכך, בשניים משטרי החזקה שהעברתם לעיוני (נועה" ו"אשקלון") לא נזכר כלל נושא התמלוגים, ובשני שטרי חזקה אחרים ("תמר" ו"דלית") נאמר במפורש כי "בעל החזקה ישלם תמלוגים לפי הוראות החוק" (סעיף 33 המשותף). אולם לפי מיטב הבנתי המקצועית הנסמכת על גם מומחיותי בתחום המשפט המינהלי, אין משמעות להתייחסות לנושא התמלוגים בשני שטרי החזקה האחרונים שכן ממילא הרשות המינהלית לא מוסמכת להעלות או להפחית את גובה התמלוגים שהכנסת קבעה בחוק.

89. הוראות אלה של חוק הנפט מחייבות לא רק במשפט הישראלי הפנימי אלא יש להן גם תוצאות במשפט הבינלאומי. התוצאות הן שזכויות הנפט מוגנות באופן מלא על-ידי ברית הידידות והמשפט הבינלאומי המינהגי, ממש כאילו היו זכויות קניין בבית או בקרקע.

90. בנוסף לזכות הקניינית לחיפוש והפקת הנפט, ולמכירתו, זכויות הנפט השונות הללו יוצרות אצל מקבליהן את הציפייה הלגיטימית, המוגנת במשפט הבינלאומי ועל-פי ברית הידידות, כי אם אלה יפעלו בשקידה הראויה ויגיעו לתגלית כי אז יוכלו לממש את חזקתם, להפיק נפט ולמכרו במחיר השוק. לכך מצטרפת הציפייה הלגיטימית שכל הטבה ישירה או עקיפה שניתנה או הובטחה בקשר למימוש זכויות הנפט (למשל ניכוי

אזילה) תכובד. אלה הטבות שהן חלק בלתי נפרד מהענקת זכויות הנפט, המשקיעים הסתמכו עליהן, ולכן כל גריעה מההטבות הללו כמוה כפגיעה רטרואקטיבית בזכויות הנפט עצמן.

91. זכויות הנפט של Noble ו-Noble Mediterranean נתונות להן במשותף עם תאגידים ישראלים (להלן – השותפים הישראלים). אם בעתיד, בשל שינויים שיוכנסו בזכויותיהם של השותפים הישראלים, ייווצרו אצלם תמריצים שונים משל התאגידים הזרים בכל הנוגע ליכולת לפתח ולנצל את זכויות הנפט, ומצב זה יצור ניגוד עניינים בין השותפים הזרים לבין השותפים הישראלים בנוגע לניצול זכויות הנפט באופן שיפגע ביכולתם של הזרים לממש את זכויות הנפט שלהם, הרי גם פגיעה כזו תהיה כפופה למשטר ההגנה והפיצוי שקבוע בברית הידידות והמשפט הבינלאומי המינהגי.

92. היוצא מהאמור לעיל הוא שאם רוצה המדינה לשנות את תנאי התמלוגים עליה להתכבד ולשנות את החוק. לאור "חזקת ההתאמה" בין בחוק הישראלי להתחייבויות הבינלאומיות של ישראל (ראו פסקה 124 להלן), על מנת לשלול את ההגנות שמעניקה ברית הידידות תיאלץ הכנסת לקבוע בחוק כזה במפורש כי זו מטרתו. גם אם המדינה מוסמכת לשנות את החוק מבחינת המשפט המדינתי, הרי מבחינת המשפט הבינלאומי בכלל וברית הידידות בפרט תהיינה לכך השלכות שעשויות לחייב את המדינה להשיב את המצב לקדמותו וכך/או לשלם פיצויים מלאים. יוער כי אם בית משפט ישראלי יפרש בעתיד את חוק הנפט בניגוד למושכלות ראשונים של כללי המשפט המינהגי הישראלי, כאילו החוק מסמיך רשות מינהלית כלשהי לשנות את תנאי התמלוגים, או כאילו ניתן להתעלם מההגנות שברית הידידות מעניקה גם ללא חוק שמצהיר על כך במפורש, יהיה בכך סטייה מהותית מכללי הפרשנות שהיו מקובלים עד כה לעניין הסמכות שלטונית ומעמד המשפט הבינלאומי במשפט הישראלי. גם פרשנות שיפוטית חדשה כזו תיחשב מבחינת המשפט הבינלאומי כפגיעה בזכויות הנפט ממש כמו שינוי על-ידי המחוקק.

(ג) היקף ההגנה של ברית הידידות: כיצד מוגנות הזכויות?

93. זכויות הנפט שתוארו לעיל והזכויות בחברות שהינן בעלות זכויות הנפט מהווים כאמור נכסים המוגנים על-ידי ברית הידידות. פרק זה יבחן את היקף ההגנה על זכויות אלה לאור ברית הידידות ועל רקע המשפט הבינלאומי המינהגי. **כפי שאפרט, ברית הידידות כוללת את כל סוגי ההגנות המוכרות כיום במשפט הבינלאומי וההסכמי על השקעות זרות ואף מוסיפה עליהן.** המדובר בהגנות שתוארו בפירוט בפרק ב' של חוות הדעת. לכן פרק זה יהיה יישומי באופיו ויתמקד ביישום העקרונות שפורטו.

94. לשם הנוחות אחזור על עיקרי ההגנה על ההשקעות במשפט הבינלאומי שהובאו לעיל: ככלל, הן המשפט הבינלאומי המינהגי, הן האמנות השונות, מגינים על רכוש של זרים

מפני הפקעה, אפליה או יחס לא הוגן מצד המדינה המארחת. המדינה המארחת חייבת לנהוג תום לב ביחסה לרכושו של האזרח הזר ולתת לו את ההגנה המלאה ביותר שבכוחה לתת. באמנות FNC ו-BITs מתחייבות המדינות המארחות בנוסף להעניק לאזרחי המדינה הזרה יחס מועדף ביותר (Most-Favored-Nation Treatment) שמשווה את זכויותיהם לזכויות המועדפות ביותר שהמדינה התחייבה לתת לזרים אזרחי מדינות שלישיות. הפקעת רכושו של הזר, או כל הפרה של ההתחייבויות הללו מטילה על המדינה חובה לפצות את המשקיע פיצוי מלא, מיידי ואפקטיבי שתכליתו להעמיד את מי שרכושו הופקע או שההנאה ממנו נפגמה במקום בו היה נמצא לו הפגיעה ברכושו לא היתה מתרחשת.

להלן אתאר את ההגנות הללו כפי שהן באות לידי ביטוי בברית הידידות:

95. האיסור על הפקעה ללא פיצוי מלא מוגדר בסעיף VI של ברית הידידות:

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.

יודגש שהאיסור אינו רק על הפקעה, אלא על כל "לקיחה" (taking). לעומת אמנות BIT רבות שמתייחסות כיום למונח צר יותר (expropriation), אך מרחיבות את המונח גם להפקעה עקיפה, אמנה זו נוקבת מלכתחילה במונח הרחב יותר – taking. המונח taking נלקח מהתיקון החמישי לחוקת ארה"ב האוסר על "לקיחת" רכוש למטרה ציבורית ללא פיצוי. הפסיקה בארה"ב ראתה גם ברגולציה שהכבידה על השימוש ברכוש פרטי כ"regulatory taking". כך גם מקובל היה ואז המונח taking במשפט הבינלאומי. כפי שציין המלומד G.C. Christie במאמרו What Constitutes a Taking Under International Law, משנת 1962:

it is evident that the question of what kind of interference **short of outright expropriation** constitutes a 'taking' under international law presents a situation where the common law method of case by case development is pre-eminently the best method, in fact probably the only method, of legal development.¹²²

G.C. Christie, What Constitutes a Taking Under International Law, 38 British Year Book of International Law 307, 338 (1962).¹²²

לפיכך, **taking** מתייחס לא רק להפקעה ישירה אלא לכל סוג של התערבות משמעותית ברכוש הפרט, אף שאינה עולה כדי הפקעה ברורה.

המסקנה היא שההגנה בברית הידידות על רכוש מפני "לקיחה" מתייחסת איפוא לפעולות רגולטיביות שונות שמגבילות את השימוש ברכוש אף אם אינן מגיעות עד כדי "הפקעה". הגדרה רחבה זו משתווה להגדרות הרחבות של הפקעה עקיפה או זוחלת שתוארו לעיל,¹²³ אם לא מרחיבה אף מעבר לכך.

עוד יודגש כי הסעיף חוזר על הנוסחה של **פיצוי מלא, מיידי ואפקטיבי**, ומבהיר שערכו של הנכס ייקבע לפי מחיר השוק ("the equivalent of the property **taken**").

96. החובה לנהוג יחס הוגן (**fair and equitable treatment**) מוזכרת בסעיף הפותח את ברית הידידות, סעיף I:

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.

וכאמור לעיל (פסקה 6), המונח equitable מקובל כחופף לכל דבר ועניין למונח fair and equitable השגור כיום במשפט המינהגי.

97. החובה לנקוט את ההגנה המלאה ביותר מצויינת בסעיף III:

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.**

ושוב בסעיף VI:

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

98. הדרישה למותן היחס המועדף ביותר מופיעה במספר מקומות בברית הידידות, חוזרת על עצמה במספר ניסוחים, ומנוסחת באופן רחב מאד.

במבוא:

¹²³ פסקאות 23-29.

[The parties] have resolved to conclude a Treaty [...], **based in general upon the principles of national and of most-favored-nation treatment unconditionally accorded**

ובסעיף VI :

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.

וכך גם ביחס לסעיף VII :

4. Nationals and companies of either Party, as well as enterprises controlled by such nationals and companies, shall **in any event** be accorded **most-favored-nation treatment** with reference to the matters treated in the present Article.

וסעיף XXII מסכם ומכליל :

2. 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.**

התחייבות זו ליחס-מועדף-ביותר היא מופלגת ולא מסוייגת בכל סייג שהוא. המשמעות שלה היא שאזרחי ארה"ב נהנים מהתנאים המופלגים ביותר שישראל נותנת למשקיעים ממדינות שלישיות עימם היא מתקשרת בהסכמי הבטחת השקעות (וכמובן שכך הדבר גם לגבי אזרחי ישראל שמשקיעים בארה"ב).

99. ניתן איפוא לסכם סקירה זו של ההוראות השונות של ברית הידידות בקביעה שאמנה זו מקנה למשקיעי שתי המדינות את ההגנה המלאה והמקיפה ביותר המוכרת במשפט הבינלאומי ביחס להשקעות זרות. לברית הידידות סטנדרטים גבוהים יותר להגנה, הבאים לידי ביטוי בעיקר בהגנה מפני "לקיחה" – ולא רק "הפקעה" – ובהתחייבות ליחס מועדף ביותר שהיא מופלגת ולא מסוייגת בכל סייג שהוא.

(ד) התוצאות המשפטיות של שינוי לרעה של משטר התמלוגים החל על זכויות הנפט לאור ההגנה בברית הידידות

100. הגדרת "משטר התמלוגים שחל על זכויות הנפט" לפני שאבחן את ההגנות השונות על זכויות הנפט על-פי ברית הידידות והמשפט הבינלאומי, ברצוני להגדיר את משטר התמלוגים שחל על זכויות הנפט. משטר התמלוגים כולל את זכויות ניצול הנפט כאמור בחוק הנפט. שינוי משטר זה יכול להיעשות בשתי דרכים:

שינוי ישיר: שינוי חקיקתי שישנה את מבנה התמלוגים והאגרות המוגדר בחוק הנפט;

שינוי עקיף: בדרך של הטלת מס כזה או אחר, באמצעות חוק מס כזה או אחר שאינו דווקא קשור לחוק הנפט, באופן שמטיל חבות במס על מימוש זכויות הנפט, ביטול הטבה שניתנה (כגון ניכוי אזילה), או בדרך של הגבלה אחרת על היכולת לנצל ולשווק נפט.

הדיון להלן יתייחס הן לשינוי ישיר הן לשינוי עקיף כשתי דרכים שמטרתן אחרת – לחלק מחדש את זכויות הנפט. ההצדקה להתייחס לשינוי עקיף כמו לשינוי ישיר נובעת מהגישה המשפטית שרואה הפקעה עקיפה כבעלת אותו משקל כמו הפקעה ישירה.

101. כפי שציינתי לעיל,¹²⁴ רוב נסיונות הפגיעה בנכסי זרים באים לידי ביטוי בהפקעות עקיפות ולא עקיפות ישירות. בין הדרכים קיימת גם הדרך של מיסוי שהוא לכאורה נייטרלי ולא מפלה, אבל בעצם "תפורר" לפי מידותיו של המשקיע הזר, ומטרתו לגזול ממנו בעקיפין את מה שלא ניתן לגזול במישרין. כפי שראינו לעיל, אחד המבחנים החשובים להבחנה בין מיסוי לגיטימי ובין מיסוי שהוא למעשה הפקעה עקיפה הוא מידת היותו של המיסוי ייחודי וחריג.¹²⁵ על-פי הגיון זה, כל מיסוי שיחול על מימוש זכויות הנפט יהיה מיוחד וחריג, שכן לא יחול על כל הנישומים במדינה, ואף לא על כל היצואנים במדינה. הוא יחול על בעלי זכויות הנפט מתוך מגמה לשנות – במישרין או בעקיפין – את החלוקה של הבעלות בזכויות הנפט מתוך מגמה לשנות – במישרין או מיסוי כזה, מה שמראה למעלה מכל ספק שמיסוי כזה מהווה הפקעה עקיפה שקופה במיוחד הוא האיחוד של הדיון בשתי השאלות, והמוטיבציה המשותפת של הקמת הועדה שנועדה לבחון את ההיבטים השונים של אותה שאלה עצמה.

אכן, גם הנחת המוצא של שר האוצר, מר יובל שטייניץ, שהקים את הועדה לבדיקת משטר התגמולים היא שמדובר בטיפול מיוחד וממוקד אך ורק במשטר החל על מימוש

¹²⁴ פסקאות 23-29 לעיל.
¹²⁵ פסקאות 27-28 לעיל.

זכויות הנפט. כתב המינוי לועדה מתייחס לתגמולים, מיסים ואגרות כמכלול אחד – מכלול המכונה בכתב המינוי כ"מערכת הפיסקאלית".¹²⁶

לאור אלה הערכתי היא שכל טריבונל בוררות יתייחס הן לפגיעה ישירה בזכויות הנפט הן לפגיעה עקיפה באמצעות מיסוי מיוחד כזה או אחר באותו אופן, וכלל אין זה משנה מבחינת המשפט הבינלאומי באיזו דרך תנסה המדינה לממש את החלוקה מחדש של זכויות הנפט. לכן, התייחסותי ל"שינוי משטר התמלוגים" כוללת הן פגיעה ישירה הן עקיפה, לרבות בדרך של מיסוי.

(1) שינוי לרעה של משטר התמלוגים שחל על זכויות הנפט כהפקעה

102. האם בשינוי משטר התמלוגים יש משום הפקעה, ישירה או עקיפה? בסקירה המקדמית ציינתי שאקט בוטה של הפקעה של רכוש – שלילה מוחלטת של זכות או גריעה של חלק משמעותי ממנה – הוא נחלת העבר. ממשלות שמבקשות לשמות על המוניטין שלהן עברו לדרכים מתוחכמות ונסתרות יותר של "לקיחה" כדי לשנות לרעה את תנאי ההשקעה. במקום שלילה קבועה של נכס המדינות משתמשות בכלים מינהליים זמניים כמו עיכוב החזרי מע"מ (OEPC נ' אקוואדור)¹²⁷, או נוקבות בשיקולים של טובת הציבור שאינם קשורים לכדאיות העסקה, כמו למשל הצורך לשמור על הסביבה (TECMED)¹²⁸ או אף משתמשות בשיקולים של שעת חירום לאומית (כדוגמת ממשלת ארגנטינה בשורה של פסקי בוררות). מכיוון שהגבלות אלה מותירות את הנכס בבעלותו הישירה של המשקיע הזר, התעוררה השאלה מה עוצמת הפגיעה בזכות שתצדיק התייחסות אליה כהפקעה. וכאמור, ההבחנה שהתפתחה בפסיקת הבוררים מתייחסת להבדל בין שלילה מוחלטת של הנכס או פגיעה משמעותית (substantial) בערכו, לבין פגיעה משנית או ספקולטיבית. המבחן לפגיעה משמעותית לוקח בחשבון את עוצמת הפגיעה ואת משך הזמן שלה.

כמובן שאין אפשרות בשלב זה להעריך מה תהיה עוצמת הפגיעה בזכויות הנפט, אבל ניתן להעריך שפגיעה זו תהא משמעותית, שאם לא כן תועלתה לקופת המדינה תהיה מוגבלת והנזק הכרוך בפגיעה במוניטין המדינה ובהתדיינויות משפטיות יטה את הכף לכלל השארת המצב הקיים. בכל מקרה ברור שהפגיעה לא תהיה זמנית אלא תחול לאורך כל תקופות החזקות. לכן, הנחה סבירה בשלב זה שהשינוי במשטר התמלוגים של זכויות הנפט תעלה כדי "לקיחה" לפי הגדרתה בברית הידידות או "הפקעה" לפי מבחני המשפט הבינלאומי המינהגי.

103. כאמור בסקירה המקדמית, הפקעה, על מנת שתיחשב לחוקית, צריכה: להגשים תכלית ציבורית ראויה; להיות ללא אפליה או שרירות; לאחר הליך הוגן; ולהיות מלווה

¹²⁶ כתב המינוי לועדה, 12 באפריל 2010.

¹²⁷ הערה 39 לעיל.

¹²⁸ הערה 46 לעיל.

בפיצוי מלא, מייד וואפקטיבי (פיצויי קיום). כך עולה גם מסעיף VI(3) של ברית הידידות (ראו פסקה 95 לעיל).

נבחן האם תנאים אלה מתקיימים או יכולים להתקיים במקרה שלנו. מובן שבדיקה כזו אינה יכולה לחזות את הנולד, והערכה סופית אינה יכולה להינתן אלא בדיעבד. יחד עם זאת יש מספר נתונים שיכולים לצמצם את גדרי הספק.

104. **האם מדובר בתכלית ציבורית ראוייה?** לפי פרסומים בעיתונות, הטענה העיקרית המסתמנת להצדקת השינוי לרעה של משטר התמלוגים היא טענה מסוג של "טעות בכדאיות העסקה". בראיון מיום 3 ביולי 2010 בעיתון דה-מרקר מובא הציטוט הבא מפי שר האוצר, מר יובל שטייניץ:

"שאלה: ברור לך שהתמלוגים בישראל נמוכים בהשוואות בינלאומיות?

תשובה: על פניו הם נמוכים יותר אצלנו. אי אפשר לקבל את הטענה שאם המדינה נהגה בשלומיאליות ורשלנות עד עכשיו אז היא צריכה להמשיך בקו הזה. " (עמ' 4).

105. ככל שטענה כזו מתייחסת לשינוי זכויות מוקנות, הטענה בדבר טעות בכדאיות העסקה (או רשלנות של ממשלה קודמת בהערכת כדאיותה של עסקה), מניחה שלמדינה קנויה תמיד הזכות לשנות הקצאות ולפגוע באורח חד צדדי ברכוש הזר למרות שלא נוצרו נסיבות חדשות כלשהן, וזאת אף אם הממשלה התרשלה בהקצאותיה. טיעון זה אינו מבוסס ראשית מכיוון שלא היתה רשלנות כלל: ההחלטה להשאיר את משטר התמלוגים על כנו התקבלה לאחר בחינת הנושא על-ידי מועצת הנפט במשך שבע שנים (בין 2000 ל-2007) וההערכה שבשל העדר התגליות לא היה מקום להגדיל את התמלוגים.¹²⁹ בחינת הנושא נעשתה בכובד ראש, תוך הסתמכות בין היתר על דו"ח של קבוצת המומחים של ה-IHS Energy Group משנת 2002, שהוכן לבקשת מועצת הנפט, שהדגיש כי גם אם יוחלט בעתיד על שינוי כלשהו במשטר התמלוגים, יש להימנע מכל פגיעה רטרואקטיבית בזכויות נפט שכבר הוקצו.¹³⁰

כפי שציינו מחברי הדו"ח:

[o]ur general recommendation on retroactive application of fiscal terms is that we strongly advise against doing so. Retroactive application of the Petroleum Tax will deter investors and increase the

¹²⁹ הודעה לעיתונות מיום 25 ביוני 2007: שר התשתיות הלאומיות, בנימין פואד) בן אליעזר, חתם על רשימות לחיפוש נפט וגז, בים וביבשה, ל-10 חברות שונות. נמצא ב-

<http://www.mni.gov.il/NR/exeres/5B97287D-F5EE-40E8-A143-99E6A945A7B9.htm>

¹³⁰ IHS Energy Group, Economics & Consulting Business, , Fiscal System for Petroleum Exploration and Production (Task A), Final Report, Undertaken for Office of the Petroleum Commission Ministry of National Infrastructures, Israel (March 2002).

perceived [sic] of risk of future adverse retroactive changes which will take a very long time to cancel out.¹³¹

אך גם אם היתה רשלנות או שלומיאליות, טיעון כזה אינו יכול לשמש טיעון קביל במשפט הבינלאומי כהגשמתה של תכלית ראויה שמצדיקה פגיעה בזכויות מוקנות. הסיבה המהותית היא שזהו טיעון שמעודד קבלת החלטות לא רצינית מראש כדי שניתן יהיה לשנות את המצב לאחר מעשה. הטיעון פוגע באפשרות ליצור יציבות למשקיעים. על כל פנים, הטיעון אינו לגיטימי על-פי המשפט הבינלאומי המינהגי. הסיבה לכך היא שהתנהגות המדינות המפקיעות (שלא לדבר על המדינות המגנות על משקיעים) לאורך השנים מעידה על כך שאין טיעון זה קביל בעינין, פשוט מכיוון שהן נמנעות מהשימוש בו. הנסיונות הרבים שתוארו לעיל מצד ממשלות להפקיע בדרכי עקיפין נסתרות בנימוקים ותירוצים כיד היצירה מעידים על כך שגם המדינות שמבקשות לפגוע במשקיעים הזרים מודעות לכך שטענה של "טעות בכדאיות העיסקה" אינה טענה לגיטימית שמקנה למדינה מארחת זכות לפגוע בזכויות המשקיע הזר.

לפי פסיקת בית הדין הבינלאומי בהאג, כאשר מדינות משתמשות בנימוקים מגוונים כדי להצדיק אי קיום כלל משפטי מסויים, הרי עצם נסיונות התירוץ מעידים על כך שהמדינות המתרצות הפנימו את חובתן לקיים את הכלל. כך, בעקיפין, הן מאשרות את תוקפו של הכלל. בדרך הנמקה זו השתמש בית הדין הבינלאומי כאשר קבע כי האיסור על השימוש בכח הוא בגדר משפט מינהגי: עצם העובדה שכל מדינה תוקפנית נתנה תירוץ לתוקפנותה מעידה על כך שכולן מכירות בתוקפו המשפטי של האיסור.¹³² דרך הנמקה זו מביאה אותנו ללא כל קושי למסקנה כי טעות בכדאיות העיסקה אינה תכלית ציבורית ראויה במשפט הבינלאומי.

106. יכול שטענה נוספת עומדת בבסיס עמדתו של שר האוצר כפי שהובעה בראיון הנ"ל, שכן ציטוט אחר המיוחס לשר האוצר כולל את המובאה הבאה:

"מדינה היא ריבונית. ארץ ישראל שייכת לעם ישראל כולל מה שמתחת לקרקע ומתחת למים. המשאבים האלה שייכים לכל האזרחים..."

טיעון זה בדבר הריבונות של המדינה על משאביה עמד בבסיס הנסיון של מדינות מתפתחות לשנות את משטר ההגנה הבינלאומי על השקעות זרות במהלך שנות ה-60 וה-70 של המאה הקודמת, במסגרת המאמץ להציב סדר עולמי כלכלי חדש (New International Economic Order). היה זה מאמץ שקיבל גיבוי בהצלחת חרם הנפט שהטילו מדינות ערב לאחר מלחמת יום הכיפורים. נסיון זה הניב החלטה עמומה ולא

¹³¹ שם, בעמ' 60.

¹³² Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicar. v. U.S.), Merits, 1986 ICJ REP. 14, פסקה 186.

מחייבת של העצרת הכללית של האו"ם,¹³³ אך הוא נכשל באופן נחרץ כפי שעולה מהסקירה שתוארה לעיל של היקף ההגנה על ההשקעות הזרות במשפט הנוהג היום, שכאמור מגביל את ריבונות המדינות.

107. לפיכך אין מנוס מהמסקנה שמבקשי הפגיעה בזכויות הנפט לא מציגים תכלית ציבורית ראוייה שתוכל להצדיק את הפגיעה. יתר על כן, עצם העובדה שאלה הנימוקים המושמעים כיום תחליש טענות אחרות שיועלו על ידיהם, אם אכן יעשו כן. נימוקים חדשים אלה ייראו בעיני שופטים, לרבות בעיני בוררים זרים, כתירוצים לא אמינים.

108. **האם ההליך הוגן?** דרישת ההליך ההוגן לקראת הפקעה נובעת ישירות מכללי ההפקעה במשפט הבינלאומי המנהגי כפי שתוארו לעיל וכן מהכללים האחרים: יחס הוגן, ההגנה המלאה והיחס המועדף ביותר. ברית הידידות לא מתייחסת ישירות להליך הוגן בטרם הפקעה אך כאמור הזכות להליך הוגן נגזרת מהזכות ליחס הוגן ומההגנות האחרות. לכן הדרישה להליך הוגן בטרם הפקעה מעוגנת בברית הידידות.

109. ההליך הנוכחי הוא רק בתחילת דרכו, אבל כבר אפשר לאתר בו פגם מהותי היורד לשורשו של ההליך. כפי שראינו לעיל, הדרישה להליך הוגן מחייבת את קיום זכות הטיעון, או כפי שמציין טריבונל הבוררות בסכסוך שבין ADC לבין הונגריה,

a fair hearing and **an unbiased and impartial adjudicator** to assess the actions in dispute.¹³⁴

הכלל על-פיו מקבל ההחלטות חייב לשמור על פתיחות מחשבתית ולפעול "בלב פתוח ובנפש חפצה" הוא גם אחד מכללי הצדק הטבעי המקובלים בישראל ובכל שיטות המשפט, ולכן בגדר "עקרון כללי של דין" המחייב גם במשפט הבינלאומי.¹³⁵

כאשר שר האוצר שיזם את בחינת המדיניות בנושא התמלוגים מודיע בראיון לתקשורת (לעיל) שהוא דוחה את כל הטענות נגד שינוי מדיניות התמלוגים, הוא בכך "נועל" את שיקול דעתו מבחינה ציבורית. יש בכך כדי להשליך על הגינות ההליך והשמירה על כללי הצדק הטבעי כלפי בעלי זכויות הנפט.

110. **פיצוי מלא, מיידי ואפקטיבי.** סעיף VI(3) של ברית הידידות מגדיר במדויק את גובה הפיצוי במקרה של הפקעה חוקית: שווי הפגיעה ברכוש ("the equivalent of the property taken"). כאמור לעיל, הפקעה שאינה חוקית – וזה המצב שצפוי במקרה הנדון, אם יקרה – סביר שיכלול לא רק את שווי הפגיעה ברכוש, שמשקף גם את מלוא

¹³³ General Assembly Declaration on the Establishment of a New International Economic Order (Resolution 3201 (S-VI) 1974).

¹³⁴ הערה 9 לעיל.

¹³⁵ סעיף 38 (1) (c) של חוקת בית הדין הבינלאומי לצדק.

הרווחים הצפויים ממימוש זכויות הנפט, אלא גם את ההוצאות שהוצאו לשם התמודדות עם הפקעה זו והוצאות אחרות, לרבות מרכיב של פיצויים עונשיים.

(2) שינוי לרעה של משטר התמלוגים כהפרה של חובת היחס ההוגן

111. בנוסף לשאלת ההפקעה הישירה או העקיפה, יש לבחון כל שינוי לרעה של משטר התמלוגים ביחס לזכויות הנפט גם ביחס להגנות האחרות הקיימות במשפט הבינלאומי בכלל ובברית הידידות בפרט שחלות על זכויות הנפט. נבחן כעת את החובה ליחס הוגן.

כאמור לעיל (פסקה 36), ניתן לסכם את החובה הכללית ליחס הוגן ככוללת את המרכיבים הבאים: יציבות, צפיות ועקביות מצד המדינה המארחת; הגנה על הציפיות של המשקיע; שקיפות של הליכי קבלת ההחלטות; פעולה פרו-אקטיבית להגנת המשקיע; הליך הוגן (due process); סבירות ומידתיות; פיצוי בגין הפסדים בגין הפגיעה בנכסים כתוצאה מהפרת החובה.

112. דומה שהפירוט של זכויות הנפט ועיגונן בחוק של הכנסת וכן ההטבות הישירות והעקיפות שניתנו ביחס למימוש זכויות נפט אלה יצרו ציפיות לגיטימיות מצד בעליהן. בעלי הזכויות אף הסתמכו על הזכויות, ועל המצג שהציגו בעלי הסמכות מכח חוק הנפט שהעניקו זכויות נפט אלה, ועל מצגים, התחייבויות והבטחות מטעם בעלי סמכות על-פי חוקי המס הרלוונטיים לתחום זה והוציאו הוצאות עתק תוך שהם לוקחים סיכונים עצומים, סיכונים שעדיין קיימים.

113. חוסר העקביות וחוסר הודאות והשקיפות של תהליכי קבלת ההחלטות בא לידי ביטוי בכך שהשר הממונה על חוק הנפט, ולכאורה בעל הסמכות היחיד הנוגע בדבר, מתנגד בתוקף לכל שינוי בזכויות הנפט הקיימות, ואף הודיע לבעלי זכויות הנפט את עמדתו הנחרצת בנושא.¹³⁶ שר האוצר, שאינו בעל סמכויות בתחום ההקצאה והפיקוח על זכויות הנפט, הודיע בהודעה לעיתונות מיום 13 באפריל 2010, על הקמת הוועדה לבחינת הנושא, כי "על הוועדה להציע מדיניות פיסקאלית עדכנית שתחול על גילויי נפט וגז עתידיים."¹³⁷ לעומת זאת בכתב המינוי לוועדה יום קודם לכן הוא אינו מבחין בין גילויים עכשוויים ועתידיים.¹³⁸ יתרה מזו, בתשובה לשאלתה ביום 11 באפריל 2010 הוא מציין: "נשקול אם יש מקום לשינוי שיטת המיסוי לתגליות עתידיות. שינוי רטרואקטיבי של השיטה עבור רשיונות שכבר ניתנו ובוצעו בגינם השקעות הוא בעייתי משפטית ועקרונית"¹³⁹

¹³⁶ מכתב שר התשתיות הלאומיות למר גדעון תדמור מיום 30 במאי 2010.

¹³⁷ הודעה לעיתונות מאת שר האוצר מיום 13 באפריל 2010.

¹³⁸ כתב המינוי לוועדה לבחינת המדיניות הפיסקאלית בנושא משאבי נפט וגז בישראל מיום 12 באפריל 2010.

¹³⁹ מכתב שר האוצר בתשובה לשאלתה של ח"כ יחימוביץ' מיום 11 באפריל 2010.

114. הפגמים שתוארו לעיל ביחס להעדר תכלית ראויה להפקעה משליכים גם לגבי חוסר המידתיות ואי-הסבירות של שינוי אפשרי במשטר התמלוגים. גם אם התכלית של הגדלת נתח המדינה בעוגת משאבי הגז שנתגלו תיחשב לתכלית ראויה, הגשמתה בדרך של פגיעה בזכויות שכבר הוקנו איננה מידתית ואף אינה סבירה מהטעמים שצויינו לעיל (פסקאות 105-107). יחד עם הפגיעה בזכות הטיעון שנזכרה לעיל, פגמים אלה מהווים הפרות נוספות של החובה ליחס הוגן.

115. מאותם טעמים ושיקולים ניתן להסיק שכל שינוי במשטר התמלוגים יהווה גם הפרה של חובת ההגנה המלאה ביותר.

(3) שינוי לרעה של משטר התמלוגים כהפרה של חובת איסור האפליה והיחס המועדף ביותר

116. משטר התגמולים כפוף, בנוסף לאמור לעיל, גם לשתי חובות נוספות: החובה שלא להפלות לרעה את המשקיעים הזרים לעומת משקיעים אחרים, והחובה להעניק למשקיעים הזרים את "היחס המועדף ביותר." מחובות אלה נגזר שבכל הקשור במימוש זכויות הנפט, לרבות תנאי המיסוי ומחיר הרכישה של הגז של המדינה מההפקה של המשקיעים הזרים ושאר תנאי המימוש של זכויות הגז שלהם, הם זכאים לפחות לאותם תנאים שהמדינה מעניקת הזכויות נותנת לבעלי זכויות נפט אחרים, לרבות זכויות להולכת גז אחרים, בין אם ישראלים ובין אם זרים.

117. החובה שלא להפלות לרעה את המשקיעים הזרים לעומת משקיעים אחרים נובעת לא רק מהמשפט הבינלאומי המינהגי כמתואר לעיל, אלא גם מהחובה הקבועה בין היתר בסעיפים IV(1) ו VI(5) של ברית הידידות, על פיה מחויבות המדינות לנקוט "יחס לאומי" (national treatment), שמשמעותו יחס שווה למשקיעים אזרחי ארה"ב ולמשקיעים ישראלים. בנוסף מכירה ברית הידידות בחובה להעניק למשקיעים אזרחי ארה"ב יחס לא פחות מועדף (no less favorable) לעומת משקיעים ישראלים שעוסקים בפעילות דומה (like enterprises), כפי שקובע סעיף VII(1) של ברית הידידות. כל פעולה של חיפוש, הפקה והולכה של נפט או גז תיחשב פעילות דומה לצורך סעיף זה.

118. ברית הידידות מגינה על המשקיעים הזרים במיוחד מפני מיסוי מפלה, לרבות מיסוי שמפלה לטובה משקיעים מקומיים או משקיעים ממדינות שלישיות כלשהן. כך עולה במפורש מסעיף XI, הקובע בחלקים הרלוונטים, כדלהלן:

1. Nationals of either Party residing within the territories of the other Party, and nationals and companies of either Party **engaged in trade**

or other gainful pursuit or in scientific, educational, religious or philanthropic activities within the territories of the other Party, **shall not be subject to the payment of taxes, fees or charges** imposed upon or applied to income, capital, transactions, activities or any other object, or to requirements with respect to the levy and collection thereof, within the territories of such other Party, **more burdensome than those borne by nationals and companies of such other Party.**

2. [...]

3. **Nationals and companies of either Party shall in no case be subject**, within the territories of the other Party, **to the payment of taxes, fees or charges** imposed upon or applied to income, capital, transactions, activities or any other object, or to requirements with respect to the levy and collection thereof, **more burdensome than those borne by nationals, residents and companies of any third country.**

119. בנוסף לחובה לנהוג בשיוויון כלפי המשקיעים הזרים ולא להפלותם לרעה לעומת משקיעים מקומיים או משקיעים ממדינות שלישיות, מחוייבת ברית הידידות את מדינת ישראל להעניק למשקיעים אזרחי ארה"ב את היחס המועדף ביותר (most-favored-nation treatment) שמדינת ישראל מעניקה למשקיעים שהם אזרחים של מדינה שלישית כלשהי. כפי שיפורט ביתר הרחבה להלן (פסקה 137), עקרון היחס המועדף ביותר עובר כחוט השני לאורכה של ברית הידידות, והוא נזכר במבוא, וכן בין היתר, הוא מוזכר בהקשר של ההגנה על ההשקעות מפני כל פגיעה (סעיף VI(5)), מתן האפשרות למשקיעים לעסוק בכל פעולה ועסק (סעיף VII(1)), סעיף VII(4)), הגנה על עסקאות פיננסיות (סעיף XII(2) וסעיף XII(3)), ושורה ארוכה של הקשרים נוספים.

120. על כן בכל הקשור במימוש זכויות הנפט, לרבות תנאי המיסוי ומחיר הרכישה של הגז שיפיקו המשקיעים הזרים ממימוש זכויות הגז שלהם, המשקיעים הזרים זכאים על-פי ברית הידידות לפחות לאותם תנאים שהמדינה מעניקת הזכויות נותנת לספקי גז אחרים, בין אם ישראלים ובין אם אזרחי מדינות שלישיות.

121. המסקנה מכל אלה היא שכל פגיעה בזכויות הנפט שמשמעותן שינוי לרעה של משטר התמלוגים יהווה הפרה של ברית הידידות, ויקים עילת תביעה לצו מניעה ולחלופין לפיצוי מלא לרבות פיצויי קיום. גם אם פגיעה כזו תיחשב חוקית, הרי הגרעון במשטר התמלוגים שיווצר כתוצאה מהפגיעה יחייב פיצוי לפי שווי השוק של הפגיעה לרבות אבדן מלוא הרווחים.

(ה) הליכים אפשריים ליישוב הסכסוך

122. אם אכן בסופו של תהליך קבלת ההחלטות יבוא שינוי במדיניות התגמולים ביחס לזכויות הנפט, בחקיקה חדשה או בכל דרך אחרת, תתעורר השאלה כיצד יוכלו בעלי זכויות הנפט הזרים (Noble ו-Noble Mediterranean), ובעלי מניות זרים אחרים, אם יש כאלה) לממש את הגנת המשפט הבינלאומי על זכויותיהם.

לבעלי הזכויות תעמודנה שלוש אפשרויות:

(1) תביעה בבית משפט ישראלי;

(2) פנייה לממשלת ארצות הברית על מנת שזו תקיים התדיינות עם ממשלת ישראל לקראת בוררות או הגשת תביעה לבית הדין הבינלאומי בהאג;

(3) פנייה לבוררות ישירה מטעם Noble ו-Noble Mediterranean או מטעם משקייעי חוץ אחרים נגד ישראל במנגנון יישוב הסכסוכים של ICSID.

להלן יפורטו אפיקי התביעה האפשריים ויחסי הגומלין ביניהם.

(1) תביעה בבית משפט ישראלי

123. חוות דעת זו מתייחסת לזכויות המשקיעים הזרים בעלי זכויות נפט במשפט הבינלאומי ולא במשפט הישראלי, ולכן לא אתייחס לאפיקי התביעה ולעילות האפשריות במשפט הישראלי. אתייחס רק לשאלת ההשלכות של המשפט הבינלאומי וההגנה שהוא מעניק לזכויות הנפט על תביעה מטעמים של המשקיעים הזרים בבית משפט ישראלי.

124. לברית הידידות אין תחולה ישירה במשפט הישראלי, מכיוון שאמנה זו לא עוגנה בחקיקת הכנסת. יחד עם זאת, קיים כלל פרשני הקובע שדברי חקיקה, לרבות חוקים, יפורשו לאור ההנחה שהמחוקק לא התכוון לסטות מההתחייבויות הבינלאומיות של המדינה. כלל זה מכונה "חזקת ההתאמה".¹⁴⁰ לפי חזקת ההתאמה יש לפרש גם את חוק הנפט, את ההסמכות שהוא מעניק לבעלי הסמכויות השונים ואת המסמכים המגדירים את זכויות הנפט לאור ברית הידידות ככל האפשר. רק סטייה מפורשת מהוראות ברית הידידות תוכל לסתור את חזקת ההתאמה. לפיכך, גם חקיקה חדשה של הכנסת תהיה חייבת לסתור באופן מפורש את התחייבויות ישראל בברית הידידות על-מנת שבית המשפט ישתכנע שאכן הכנסת התכוונה לסטות מהתחייבויות בינלאומיות שהמדינה לקחה על עצמה.

125. למשפט הבינלאומי המינהגי יש תחולה ישירה במשפט הישראלי, ולכן ניתן להסתמך על הוראותיו בתביעה בבית המשפט הישראלי.¹⁴¹ כאמור לעיל, הוראותיה של ברית

¹⁴⁰ ראו למשל רע"א 7092/94 Her Majesty the Queen in right of Canada נ' אדלסון, פ"ד נא (1) 625. שם, שם.¹⁴¹

הידידות משקפות את המשפט הבינלאומי הנוהג היום. לפיכך הניתוח שהוצג בחלק ב' של חוות דעתי, שכולו מעוגן לא רק באמנות אלא גם בכללי המשפט הבינלאומי המינהגי, יכול לבסס עילות תקפות במשפט הישראלי (זאת למעט העילה בדבר אי מימוש חובת היחס המועדף ביותר, שאינה כה משמעותית בהיבט המהותי).

126. יש לציין שמספר בתי משפט במדינות אחרות דקדקו בשאלת תחולת המשפט הבינלאומי במשפט הפנימי, ולעיתים סירבו להחיל הוראות מסוימות של המשפט הבינלאומי בטענה שהוראות אלה מקנות זכות למדינה הזרה אך לא מקנות זכויות לאזרח הזר באופן ישיר. בית המשפט העליון בישראל לא הכיר בהגבלה כזו. הוא הכיר בזכותם של אזרחים זרים לתבוע על הפרה של כללי משפט בינלאומי, כמו דיני הלחימה והתפיסה הלוחמתית, למרות שאלה דינים שיוצרים חובות בין המדינות ולא ישירות בין המדינה לבין האזרחים הזרים.

127. כפי שיוסבר מייד, מיצוי הסעדים האפשריים בישראל הוא תנאי מוקדם להפעלת סעיף הבוררות הקבוע בברית הידידות.

(2) התדיינות בין ארה"ב לישראל

128. ברית הידידות קובעת בסעיף XXIV(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.

129. פסק הדין בבית הדין הבינלאומי בהאג בפרשת ELSI, שעסק כזכור בתביעה של ארה"ב נגד איטליה, היה מבוסס על אמנת FCN דומה לברית הידידות, ועל סעיף בורות דומה.¹⁴² איטליה העלתה בדיון טענה שארה"ב מנועה מהגשת תביעה כזו כל עוד לא מוצו תרופות מקומיות (local remedies rule). ארה"ב הגיבה בטענה שיש לפרש את סעיף הבוררות באמנה ככולל ויתור על ההתדיינות בבתי המשפט של המדינה המארכת. הרכב בית הדין שדן בטענה קיבל את הטענה האיטלקית, וקבע שויתור על כלל התרופות המקומיות, שהוא כלל מקובל במשפט המינהגי, צריך להיות מבוסס על

¹⁴² פסק הדין בעניין ELSI, הערה 31 לעיל, פסקה 48. סעיף הבוררות של האמנה בין הצדדים משנת 1948 קבע: "Any dispute between the High Contracting Parties as to the interpretation or the application of this Treaty, which the High Contracting Parties shall not satisfactorily adjust by diplomacy, shall be submitted to the International Court of Justice, unless the High Contracting Parties shall agree to settlement by some other pacific means."

מילים שמהם ניתן ללמוד בבירור על כוונה כזו.¹⁴³ (בהמשך קבע ההרכב שאיטליה לא עמדה בנטל להראות שהיו סעדים מקומיים שלא מוצו, ולכן דן בתביעה לגופה¹⁴⁴).

בשל הדמיון הרב בין סעיפי הבוררות בשתי אמנות ה-FCN, ולאור פסיקת הרכב בית הדין הבינלאומי בפרשת ELSI, נראה שמיצוי התרופות המקומיות – דהיינו קיום הליך בבית משפט ישראלי (ועתירה לבג"ץ על פגיעה בתנאי זכויות הנפט תהיה דוגמא להליך כזה) – הוא תנאי מוקדם למימוש סעיף הבוררות בברית הידידות.

130. בהנחה שמוצו הסעדים המקומיים, ברית הידידות מפנה את הצדדים לה למצוא פתרון בדרך דיפלומטית, ואם דרך זו לא תצלח, ברירת המחדל היא התדיינות בבית הדין הבינלאומי בהאג. על ברירת מחדל זו ניתן להתגבר בהסכמה בין המדינות. בעבר הסכימו ארה"ב ואיראן לשנות את ברירת מחדל דומה שהיתה באמנת ה-FCN בין ארה"ב ואיראן על ידי הקמת טריבונל התביעות איראן-ארה"ב, וארה"ב הסכימה כאמור עם איטליה לקיים דיון בפני הרכב של בית הדין הבינלאומי להבדיל ממליאת בית הדין. באותם מקרים בהם הצדדים לא הסכימו על חלופה (מספר תביעות בין איראן לארה"ב) קיים בית הדין הבינלאומי דיון בנושא. לפיכך, ישראל מחוייבת להתדיינות משפטית מול ארה"ב במקרה של טענה מצד ארה"ב על הפרת ברית הידידות, ואין לה דרך להשתחרר ממחוייבות זו אלא בהסכמה של ארה"ב.

131. כפי שצינתי לעיל,¹⁴⁵ ארה"ב נוקטת מדיניות ארוכת שנים של שמירה על זכויותיהם של משקיעים אזרחי ארה"ב, עמדה שתחילתה עם חתימת הסכמי ה-FCN הראשונים עוד בשנת 1796¹⁴⁶ והמשכה מול נסיונות מדינות באמריקה הלטינית ובאזורים אחרים לפגוע בהשקעותיהם של זרים. הגשת התביעה בפרשת ELSI, למרות שמדובר היה במפעל חדל פרעון, היתה המשך למאמץ עקבי זה. המטרה בהתדיינות מול איטליה היתה עקרונית: לחדד את הכללים במשפט הבינלאומי בדבר הגנה על השקעות זרות. למטרה זו היתה חשיבות מכיוון שהמשפט הבינלאומי מעוצב על-פי התנהגות של מדינות ועמדותיהן המשפטיות ביחס להתנהגויות אלה. להעדר התגובה מצד ארה"ב לפגיעות בהשקעות אזרחיה יש השלכות רוחב מסוכנות לאינטרסים חיוניים שלה. לכן יש מקום לצפות שארה"ב לא תהסס לממש את סעיף הבוררות על-פי ברית הידידות במקרה של שינוי בזכויות הנפט שיהיה בו לדעת ארה"ב הפרה של ברית הידידות.

¹⁴³ שם, בפסקה 50: "any words making clear an intention to do so".

¹⁴⁴ שם, בפסקה 63.

¹⁴⁵ ראו פסקה 61 לעיל.

¹⁴⁶ ראו פסקה 7 לעיל.

(3) פנייה לבוררות ישירה עם ישראל במנגנון יישוב הסכסוכים של ICSID

132. כפי שציינתי לעיל,¹⁴⁷ ישראל וארה"ב, וכן מדינות רבות נוספות, הינן חברות במנגנון יישוב הסכסוכים של ICSID שמקים מסגרת להתדיינות ישירה בין משקיעים זרים ומדינות מארחות. ישראל ויתרה בשנת 1991 על הדרישה למצות תרופות מקומיות טרם הגשת תביעה על-ידי משקיע זר. יחד עם זאת, עצם ההצטרפות למנגנון אינו מהווה הסכמה להתדיינות, ויש צורך בהסכמה בכתב להתדיינות (סעיף 1)25 לאמנת ICSID). הסכמה זו יכולה לבוא מראש, והיא כלולה באמנות BIT רבות.

133. ברית הידידות לא כוללת הסכמה להתדיינות ב-ICSID, מהטעם הפשוט שבעת חתימתה (שנת 1951), מנגנון ה-ICSID עדיין לא קם (הוא נוסד בשנת 1965). מאז 1991 חתמה ישראל על שורה ארוכה של אמנות BIT. אתר משרד החוץ מציג 32 אמנות BIT שחתמה ישראל עם מדינות מהגוש המזרחי לשעבר, מדינות של חבר המדינות, הודו, סין, דרום קוריאה, תורכיה, ומדינות באמריקה הלטינית. **בכל האמנות הללו, ללא יוצא מן הכלל, ישראל מסכימה להתדיין מול המשקיעים הזרים במנגנון יישוב הסכסוכים של ICSID.** ברוב האמנות הללו היא אינה מתנה את הליך הבוררות במיציאת סעדים מקומיים, ובחלקן גם אין דרישה לנסות לנהל משא ומתן לפשרה טרם הפתיחה בהליך.

134. לפיכך, בעלי מניות ב-Noble, וכן בעלי מניות בחברות הדלק הישראליות השותפות לבעלות בזכויות הנפט, שהם אזרחים של אחת מ-32 המדינות הללו, זכאים להפעיל את הליך יישוב הסכסוכים ב-ICSID על פי אמנת ה-BIT הרלוונטית להם. יצויין שיש הבדלים קלים בין האמנות השונות בנוגע לצעדים טכניים שצריך אולי לנקוט אותם לפני התחלת הליך הבוררות, אך אלה הבדלים זניחים, וממילא אינם משמעותיים באותן אמנות בהן הצדדים מתחייבים להעניק את היחס המועדף ביותר, כפי שצויין לעיל¹⁴⁸ ויפורט גם בהמשך.

135. **יתר על כן, והוא העיקר, למיטב הבנתי המשפטית גם Noble ו Noble Mediterranean יכולות ליהנות מהליך הבוררות ב-ICSID הנוח ביותר מבין אלה להם הסכימה מדינת ישראל באמנות ה-BIT עליהן היא חתומה.** קביעתי זו מבוססת על עקרון היחס המועדף ביותר לו מחוייבת ישראל בברית הידידות, עקרון שהוכר בפסיקת טריבונלי ICSID שונים כחל גם על הצדדים הפרוצדורליים של ההגנה על המשקיעים הזרים.¹⁴⁹

¹⁴⁷ פסקה 3 לעיל.

¹⁴⁸ לעיל, פסקאות 47 ואילך.

¹⁴⁹ על כך ראו פסקאות 49-50 לעיל.

136. אמנם, עד כה שימש עקרון היחס המועדף ביותר כאמצעי לאפשר למשקיע שאמנת ההשקעות הרלוונטית לו כוללת הסכמת המדינה לבוררות להתגבר על משוכות טכניות כגון החובה למצות סעדים מקומיים או הצורך להמתין מספר חודשים לפני התחלת ההליך ב-ICSID. אולם הגיונו של העיקרון החולש והמקובל – שהיחס המועדף ביותר חל גם בהיבט הפרוצדוראלי ולא רק בהיבט המהותי – חל באותה מידה גם מקום בו אין הסכמה מפורשת להתדיינות כזו. הרי מהותו של עקרון היחס המועדף ביותר הוא להוסיף על הכלול באמנה המקורית, גם כאשר האמנה המקורית לא כללה כלל מסויים באופן מפורש.

כפי שמציין שרויר:¹⁵⁰

The intention of the parties to the treaty, expressed in the MFN clause, is that whoever is entitled to rely on it be granted rights accruing from a third party treaty **even if these rights are clearly not contained in the basic treaty.**

137. הגיון זה חל ביתר שאת לגבי ההתחייבויות ליחס מועדף ביותר בברית הידידות. לכך יש מספר טעמים מיוחדים נוספים:

- עקרון היחס המועדף ביותר עובר כחוט השני לאורך כל ברית הידידות: המבוא של ברית הידידות מציין שהיא **מבוססת** על עקרון היחס המועדף ביותר **שיינתן ללא תנאי**:

“based in general upon the principles of national and of most-favored-nation treatment unconditionally accorded”

בנוסף, עקרון היחס המועדף מוזכר בהקשר של ההגנה על ההשקעות מפני כל פגיעה (סעיף VI(5)), מתן האפשרות למשקיעים לעסוק בכל פעולה ועסק (סעיף VII(1)), סעיף VII(4)), הגנה על עסקאות פיננסיות (סעיף XII(2) וסעיף XII(3)), ושורה ארוכה של הקשרים נוספים.

התחולה הרחבה של העקרון באה לידי ביטוי גם בהוראה הבאה המחילה את היחס המועדף ביותר **בכל העניינים** (בסעיף VI(5)):

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

¹⁵⁰ Christoph Schreuer, Consent to Arbitration, in Muchlinski *et al.*, 830, בעמ' 855.

public ownership and to the placing of such enterprises under public control.

למען הסר ספק מגדיר סעיף XXII(2) את המונח כך :

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**.

ההתייחסות העקבית והרחבה ביותר לעקרון היחס המועדף ביותר, הקביעה שברית הידידות מושתתת על עקרון זה, ושתחולתו היא ללא כל תנאי ("unconditionally accorded"), לא יכולה אלא להוביל למסקנה שברית הידידות התכוונה לחול על כל ההיבטים של ההגנה על המשקיעים הזרים. ברית הידידות צופה פני עתיד שכן תחולתה אינה מוגבלת בזמן, והיא נועדה להבטיח שכל שיפור במשטר ההגנה על המשקיעים הזרים יחול מינה וביה גם על משקיעי שתי המדינות. כוונה זו עולה בבירור מהחזרה הכמעט כפייתית על מונח זה חזור ושנה בניסוחים רחבים ככל האפשר לאורך סעיפיה השונים של ברית הידידות.

- כאמור, לפי דיני הפרשנות של אמנות בינלאומיות, יש מקום לבחון גם את נסיבות כריתת ברית הידידות. בעת כריתת ברית הידידות בשנת 1951 מוסד ICSID, שהוקם בתמיכת ארה"ב והבנק העולמי, עדיין לא קם ואפילו לא נהגה הרעיון להקימו.¹⁵¹ הצדדים לא יכלו לצפות אותו. בכך שונה המצב מאמנות שנחתמות בשנים האחרונות בהם צדדים יכולים לבחור אם להציב משוכות על הגישה לבוררות אם לאו. אילו היתה ברית הידידות שותקת בנושא הפנייה לICSID לאחר שקם אותו מנגנון היתה אולי – וגם זה בספק רב – יכולה להתעורר שאלה לגבי משמעות המחוייבות ליחס מועדף ביותר. אבל מכיון שמנגנון זה לא היה קיים לא ניתן להסיק מהשתיקה בברית הידידות כל כוונה לשלול את מנגנון הבוררות.

- ועוד לעניין נסיבות הכריתה: אמנות הFCN השונות, שברית הידידות נמנית עליהן, היו אמנות אותן ניסחה ארה"ב ועליהן חתמה באותן שנים בעיקר עם מדינות מתפתחות כאמצעי להבטיח לא רק הגנה למשקיעים אזרחי ארה"ב אלא גם יחסי קרבה בין המדינות תחת דומיננטיות אמריקאית.¹⁵² **מדובר איפוא ביחסי קרבה מיוחדים וארוכי טווח. קשה להלום כיצד ניתן יהיה לטעון שברית הידידות אינה מהווה הסכמה ישראלית לבוררות עם משקיעים אזרחי ארה"ב על-פי עקרון היחס המועדף ביותר שבין מדינות המקיימות ביניהן יחסי קרבה**

¹⁵¹ היזמה להקמת המנגנון הלה בשנת 1961: שרויר, קומנטר, הערה 28 לעיל, עמ' 2.
¹⁵² ראו ריסמן וסלואן, הערה 82 לעיל, בעמ' 116, על אמנות FCN וההבדל בינן לבין אמנות BIT.

מיוחדים, בעוד שהדרך פתוחה בפני משקיעים אזרחי מדינות כמו הודו, סין, תורכיה וגם טורקמניסטן ואוזבקיסטן לפנות למנגנון יישוב הסכסוכים של ICSID.

• גם מבחינתה של ישראל מדובר באמנה מיוחדת במינה, שממסדת ומבטיחה לעתיד יחסי ידידות מיוחדים וקבועים. על גישה זו ניתן ללמוד מהנוסח העברי של ברית הידידות, שהוא כאמור אותנטי באותה מידה.¹⁵³ האמנה מכונה בעברית "ברית", והצדדים לאמנה מכונים "בעלי ברית". יתר על כן, הנוסח העברי של המבוא לברית הידידות, המקביל למונח "mutual rights and privileges" מתייחס להתחייבות "להתקין זכויות גומלין ובכורת-גומלין". כפי שקבע בית המשפט העליון, "עצם שמה של האמנה ומטרתה מעידים עליה שהיא באה להוציא את שתי המדינות המתקשרות מכלל המשפט הבין-לאומי הכללי מפאת קשרי הידידות המיוחדים שביניהן בלבד".¹⁵⁴ אין איפוא כל צל של ספק שפרשנות נכונה של הנוסח העברי, שהוא כאמור אותנטי באותה מידה כנוסח באנגלית, לא מותיר ספק לעניין המחוייבות להעניק יחס מועדף ביותר לאזרחי בעלת הברית האחרת, לפחות כמו היחס המועדף ביותר שישראל נותנת לאזרחי מדינות שלישיות.

138. לנוכח יחסה של מדינת ישראל לברית הידידות, כפי שעולה מנוסחה העברי, וכפי שעולה מעמדת בית המשפט העליון ביחס לייחודה של ברית הידידות לעומת המשפט הבינלאומי הכללי, נראה שמדינת ישראל תהיה מושתקת מלטעון כלפי משקיעים המוגנים על-פי ברית הידידות שהיא אינה מחוייבת להעניק להם את מלוא ההגנות, לרבות הגנות דיוניות, שהיא מעניקה למשקיעים ממדינות שלישיות. ללא ספק, בחירתה של מדינת ישראל להעלות אמנה סטנדרטית למעלה של "ברית" נועדה להדגיש את מחויבותה של ישראל להגן על משקיעים אזרחי ארה"ב ולהבטיח את יציבות השקעותיהם בתנאים הטובים ביותר, והיא מנועה כיום מלהתכחש למצג שיצרה.¹⁵⁵

139. לאור נימוקים אלה אני סבור כי Nobel Mediterranean, Noble, וכן בעלי מניות אמריקאים אחרים בחברות אלה וכן בחברות הישראליות, זכאים לפתוח בהליך בורות במסגרת מנגנון יישוב הסכסוכים של ICSID בכל הקשור לפגיעה בזכויות הנפט. מנגנון הבוררות של ICSID פתוח בפני כל "אזרח של מדינה מתקשרת אחרת" ביחס ל"השקעה" (סעיף 1)25 (לאמנת ICSID). ארה"ב היא מדינה מתקשרת אחרת.

¹⁵³ ראו פסקה 69 לעיל.

¹⁵⁴ הערה 107 לעיל.

¹⁵⁵ על תוקפו והיקפו של טיעון ההשתק כלפי מדינות בסכסוכי השקעות ראו:

W. Michael Reisman & Mahnoush H. Arsanjani, *The Question of Unilateral Governmental Statements as Applicable Law in Investment Disputes*, 19 (No. 2) ICSID Review-Foreign Investment Law J. 328 (Fall 2004).

כל אזרח ארה"ב וכל תאגיד הרשום או מנוהל בארה"ב נחשב "אזרח המדינה" לצורך סעיף זה, ואין ספק שזכויות הנפט מהוות "השקעה" לצורך הסעיף.¹⁵⁶

140. עקרון היחס המועדף ביותר החולש כאמור על ברית הידידות, מאפשר למשקיעים אזרחי ארה"ב להסתמך על הסכמת ישראל לבוררות ICSID בתנאים המקלים ביותר מבחינת המשקיעים. לפיכך ניתן לבחון את אמנות ההשקעות השונות של ישראל כדי לאתר את המנגנון הנוח ביותר. פנייה למנגנון הבוררות של ICSID יכולה להיעשות לאחר שמוצו השלבים המוקדמים. באמנות ההשקעות עליהן חתומה ישראל חוזרת בדרך כלל הדרישה לקיים משא ומתן במשך שלושה או שישה חודשים טרם הפנייה למנגנון ICSID. אין צורך לקיים דרישות מוקדמות אחרות כגון מיצוי סעדים מקומיים לפני הפנייה.

(4) היחס בין מסלולי התביעה השונים

141. הפנייה לבית המשפט הישראלי (מסלול 1) לא שוללת את שני המסלולים האחרים. היא לא שוללת את אימוץ התביעה על הפגיעה בזכויות הנפט על-ידי ארה"ב (מסלול 2), למעשה הפניה לבית המשפט הישראלי ומיצוי ההליך בו הוא תנאי לפניה למסלול 2. הפניה לבית משפט ישראלי גם לא שוללת את הפניה לבוררות ICSID (מסלול 3) מכיון שישראל באמנות השקעות שונות שלה, למשל אמנת ההשקעה עם צ'כיה, מאפשרת למשקיע בחירה בין הגשת התביעה לבית המשפט הישראלי (מקום ביצוע ההשקעה), ל-ICSID, או לבוררות אד-הוק (סעיף 2)7 (לאמנה זו),¹⁵⁷ מבלי שהפניה לבית המשפט תשלול את החלופות האחרות.¹⁵⁸ גם העילות הן שונות: התביעה בישראל מבוססת על הפרת הדין המקומי ואילו התביעה בבוררות תבסס על הפרות הדין הבינלאומי.

142. מאידך, פניה לאחד מאפיקי הבוררות (מסלולים 2 ו-3) מוציאה את החלופה האחרת: פניית המשקיע למנגנון ICSID אינה מאפשרת למדינת האזרחות שהיא צד לאמנת ICSID לאמץ את ריבו של המשקיע ולהעניק לו הגנה דיפלומטית (סעיף 27 לאמנת ICSID).¹⁵⁹ ואילו פנייה בהליך של הגנה דיפלומטית (מסלול 2) חוסמת את ההתדינות

¹⁵⁶ ראו פסקה 25 לעיל. ראו גם פסיקה ישירה הרואה ב Noble ובחברות בשליטתה, לרבות הרשומות באיי קיימן, כאזרחיות ארה"ב, ובבעלותן בחברה שהשקיעה במדינה זרה כ"השקעה", והכל לצורך סעיף 25(1):
Noble Energy Inc and Machala Power Cia Ltd v Ecuador, הערה 19 לעיל.

¹⁵⁷ אמנת ICSID מאפשרת ברירה כזו. סעיף 26 קובע בחלקו הראשון:
"Consent of the parties to arbitration under this Convention shall, **unless otherwise stated**, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy."

¹⁵⁸ סעיף 2)7 לאמנת ההשקעות בין ישראל לציכיה משנת 1997.

¹⁵⁹ סעיף זה קובע:

(1) No Contracting State shall give diplomatic protection, or bring an international claim, in respect of a dispute which one of its nationals and another Contracting State shall have consented to submit or shall have submitted to arbitration under this Convention, unless such other Contracting State shall have failed to abide by and comply with the award rendered in such dispute

ICSID מכיוון שהסכמת ישראל להתדיינות בהליך של ICSID באמנות ההשקעה השונות לא כוללת גם הסכמה לבוררות ברמה הבין-מדינית כחלופה.

143. יחד עם זאת, העובדה שמעורבים כאן תובעים שונים ולמעשה סכסוכים שונים (תביעתה של Noble Mediterranean היא נפרדת מתביעתה של Noble ולמשקיעים אחרים בעלי זכויות בתאגידים אלה או אחרים יכולות להיות תביעות עצמאיות) יכול עקרון לפתוח אפשרות של פיצול והליכה במקביל במסלולים השונים.¹⁶⁰

144. **תביעות של אזרחים זרים אחרים.** הדיון לעיל התמקד בעיקר בזכויות על-פי ברית הידידות, אולם הכללים העקרוניים משותפים, כאמור בפרק ב' לעיל, גם לגבי משקיעים ממדינות נוספות. לגבי משקיעים אלה יהיה צורך לברר גם אם הם יכולים ליהנות מאחת מאמנות ההשקעה שישראל צד להן כאמור לעיל ומהתנאים המיוחדים הקבועים בה.

ד. מסקנות


1. **כאזרחי ארה"ב, זכויותיהם של Noble ושל Noble Mediterranean המעוגנות בחוק הנפט מוגנות על-פי ברית הידידות ישראל-ארה"ב ועל-פי המשפט הבינלאומי המינהגי בפני כל שינוי לרעה בדרך של הפקעה ישירה או עקיפה (לרבות מיסוי ייחודי) או כל פגיעה עקיפה אחרת לרבות פגיעה בתנאים למימושן של הזכויות.**
2. **כל שינוי לרעה או פגיעה כאמור תקים ל- Noble ול- Noble Mediterranean עילת תביעה מכוח ברית הידידות או המשפט הבינלאומי המינהגי לצו מניעה ולחלופין לפיצוי מלא מיידי ואפקטיבי בגין כל ההפסדים שייגרמו לרבות אבדן הרווחים הצפויים. גם אם פגיעה כזו תיחשב חוקית, היא תחייב פיצוי מלא לפי שווי השוק של הפגיעה.**
3. **במקרה של שינוי לרעה או פגיעה כאמור, יעמדו לרשות Noble ו Noble Mediterranean שלושה מסלולי תביעה אפשריים. שניים מהם תוכלנה חברות אלה ליזום במישרין – תביעה בבית משפט ישראלי או תביעה לבוררות בינלאומית ישירה מול ישראל. המסלול השלישי של התביעה – הגשת תביעה לבית הדין הבינלאומי בהאג – נתון לשיקול דעתה של**

¹⁶⁰ להבחנה בין הצדדים השונים ומכאן להכרה באפשרות להגיש תביעות מקבילות לגופי בוררות שונים ראו למשל הסכסוך בין רון לאודר וחברה שבשליטתו מול צ'כיה (CME Czech Republic BV v Czech Republic, Partial Award and Separate Opinion, Ad hoc—UNCITRAL Arbitration Rules, IIC 61 (2001); (Lauder v Czech Republic, Final Award, Ad hoc—UNCITRAL Arbitration Rules; IIC 205 (2001)).

ממשלת ארצות הברית. עד כה גילתה ממשלת ארצות הברית נחישות בהגנה על אזרחיה המשקיעים במדינות זרות ולשם כך נהגה לפנות ללא היסוס לערכאות בינלאומיות לבירור סכסוכי השקעות של אזרחיה.

האמור בחוות דעת זו מבוסס על ניסיוני המקצועי והבנתי המשפטית. לא מן הנמנע כי אם הנושא יבוא בפני בית משפט או טריבונל ליישוב סכסוכי השקעות, תהיה הכרעתו שונה מהאמור בחוות דעת זו. עם זאת, חוות הדעת משקפת את המצב המשפטי הנוהג לפי מיטב ידיעתי והבנתי. חוות דעת זו מתבססת על המשפט הבינלאומי נכון למועד כתיבתה. כל שינוי בדינים אלה, לרבות על דרך של פירושן בידי בתי המשפט ומוסדות הבוררות השונים, עשויים לשנות מהאמור בחוות הדעת.

בכבוד רב,



פרופסור איל בנבנשתי, עו"ד