

תאריך: 26.2.2019  
סימוכין: 15125/1

לכבוד,  
גב' דנה נויפלד, עו"ד  
היועצת המשפטית  
משרד התקשורת  
רחוב אחד העם 9, תל אביב-יפו

במסירה אישית  
בלי לפגוע בזכויות - לצרכי מו"מ בלבד

הנדון: השקעה בפרטנר תקשורת בע"מ  
סימוכין: מכתבנו מיום 12.12.18; מכתבכם מיום 24.1.19

בהמשך למכתב מרשתנו, SCG Communication Ventures LLC ["SCG"] מיום 12.12.2018, ולתשובתכם מיום 24.1.2019, הריני להשיב בדברים כדלקמן:

1. בפתח הדברים, נבקש לציין, כי תמוהה בעינינו בחירת משרד התקשורת להשיב למכתבנו מיום 24.1.2019 כפי שבחר להשיב. מדובר במכתב סירוב סתמי, לאקוני, שאין בו כל נימוק, שלא לומר אחד אשר יש בו להניח את הדעת או להבהיר – ולו ברמז דק – את מהות סירובו של משרד התקשורת להצעותיה החלופיות של מרשתנו.  
למען הסר ספק, ובכל הכבוד הראוי, הסתפקות משרד התקשורת בטיעון הכללי כי לא נמצא "ביסוס" להיעתר להצעות מרשתנו, אין בו די. דברים אלו נכונים בוודאי כאשר המדובר ברשות מנהלית דמות משרד התקשורת החלות עליו חובות שונות, ובראשן – חובת ההגינות. בוודאי דבר זה נכון כאשר עסקין בעניין מהותי ובטיעונים כבדי המשקל אשר הועלו על ידי מרשתנו בעניין כאן.
  2. יתרה מכך, ולגופו של עניין, מכתב זה יש בו כדי לאשש את חששה של מרשתנו, כי ההחלטה שלא להיעתר לאיזו מההצעותיה להעביר את ניהול הסכסוך לפורום בינלאומי פרטי ניטרלי וראוי, הינה תוצר של הליך קבלת החלטות שגוי, במסגרתו (על פניו) נלקחו בחשבון שיקולים לא רלוונטיים לסכסוך הקונקרטי, או לחלופין – לא נלקחו בחשבון כלל השיקולים הרלוונטיים ובכללם זהות מרשתנו (או, למצער, לא ניתן לשיקולים אלו המשקל הראוי במערך השיקולים).
  3. נדמה כי משרד התקשורת לא הפנים כראוי את מהות הסכסוך העומד על הפרק, את טענותיה המבוססות של מרשתנו כנגד משרד התקשורת ומדינת ישראל ואת השלכות העניין בעתיד, הן על המדינה והן על הציבור הרחב – בארץ, בארה"ב והרבה מעבר לכך – על כלל היחסי ההשקעות הזרות של מדינת ישראל ויחסיה הדיפלומטיים והכלכליים. בהקשר זה, נבקש להביא לידיעת משרד התקשורת מספר שיקולים שנדמה כי ראוי שיילקחו בחשבון על ידו טרם החלטתו ביחס להעברת הסכסוך לפורום דיון חלופי, בינלאומי ופרטי.
  4. כפי שבדאי ידוע למשרד התקשורת, ישראל הינה צד לאמנה וחברה למנגנון יישוב הסכסוכים הבינלאומי, ה- International Centre For the settlement of Investment Disputes (להלן: "ICSID") משנת 1983. בהתאם לכך, ובהמשך לזאת – ישראל חתומה על אמנות דו-צדדיות (בילטרליות) עם לא פחות מ-41 מדינות (מתוכן 36 בתוקף, נכון להיום) ביחס למדיניות כלפי משקיעים זרים (להלן: "BITs").
- למדינת ישראל אמנה כאמור גם עם ארה"ב, מקום מושבה של מרשתנו (במסגרת "ברית הידידות, מסחר

וספנות בין ישראל וארצות הברית של אמריקה" אשר בתוקפה משנת 1954, ולהלן: "אמנת ארה"ב-ישראל"). אמנת ארה"ב – ישראל מקנה את ההגנה המלאה והמקיפה ביותר המוכרת במשפט הבינלאומי – הן המנהגי וההסכמי – ביחס להגנת מדינות מארחות על השקעות זרות והמשקיעים.

יודגש, הבסיס ליציבותה ויעילותה של אמנת ארה"ב – ישראל הינה יחסי הדדיות מלאים והגנה מלאה, והכל – תוך קיום יחסי שיתוף פעולה שמטרתם לקדם את הכלכלה המקומית והמשותפת. זו תכליתה של האמנה ומדינת ישראל נדרשת לפעול בהלימה לתכלית זו.

5. לא בכדי, אותה אמנת ארה"ב – ישראל אף כוללת סעיף Most Favored Nation (להלן: "MFN") רחב במיוחד המאפשר הגנה מלאה על משקיעים זרים בתחומי המדינה המארחת, ובמסגרתו נטלו הצדדים התחייבות כי אותם משקיעים זרים יזכו במדינה המארחת ליחס עדיף, ולכל הפחות – זהה לזה שניתן במדינה המארחת למשקיעים/תאגידים המקומיים.

6. חרף העובדה כי מטבע הדברים, אמנת ארה"ב – ישראל אינה מפנה באופן מפורש ל-ICSID כמוסד ליישוב סכסוכים בין מדינת ישראל למשקיעים זרים, הרי שברור הוא כי התחייבותה של מדינת ישראל במסגרת הצטרפותה ל-ICSID חלה באופן ישיר על אמנת ארה"ב – ישראל, וזאת מכוח יבוא סעיפי פתרון סכסוכים מהוראות BITs אחרים עליהם חתומה המדינה. הוראות הדין הישראלי, כמו גם המשפט הבינלאומי (ההסכמי והמנהגי כאחד), תומכות במסקנה בלתי נמנעת זו. ודוק: מוסד ה-ICSID וכן טריבונלים זרים רבים כבר הכירו בסמכות ה-ICSID לדון בסכסוכים של מדינה חברה במוסד, וזאת אף בהיעדר סעיף ספציפי באמנה הקונקרטית (BIT) המפנה את הסכסוך לבוררות בינלאומית או ל-ICSID עצמו בדיוק על בסיס נימוק זה.

לא בכדי, עמדה זו נתמכת באופן מלא באמצעות חוות דעתו של עו"ד ג'פרי סאליבן (ממשרד עורכי הדין Gibson, Dunn & Crutcher LLP), מומחה מהמובילים בעולם בתחום הסכמי ה-BIT ובניהול הליכים בפני ה-ICSID בפרט, המצורפת לנוחותכם ועיונכם בנספח 1 למכתבנו זה.

7. למען הסר ספק, יאמר עוד, כי אין מנוס גם מהמסקנה הבלתי נמנעת, שאם אמנת ארה"ב – ישראל היתה נחתמת בין הצדדים כיום, היתה היא בוודאי כוללת סעיף בוררות כאמור, וזאת באופן זהה להוראות BITs אחרות אשר נחתמו בין ישראל למדינות אחרות לאחר הצטרפותה של ישראל ל-ICSID.

8. בנסיבות אלו, סירובה של מדינת ישראל במקרה זנא להעביר את המחלוקת לבירור במסגרת בוררות בינלאומית פרטית – בין אם במסגרת ה-ICSID או לאו, עשויה להוות הפרה – לא פחות – של סעיף MFN באמנת ארה"ב – ישראל, כאמור, שעה שמדינת ישראל – הלכה למעשה, אינה אוכפת את מטרתו כאשר מדובר במשקיע אמריקאי המעוניין להביא את מחלוקתו כנגד מדינת ישראל.

9. יודגש. הפרה זו של מדינת ישראל את הוראות אמנת ארה"ב – ישראל, וביחס ספציפית ליחס הניתן כלפי משקיעים זרים, מתחדדת נוכח העובדה כי כפי שידוע לח"מ, משקיעים ישראלים מנהלים אף מנהלים הליכים כנגד מדינות זרות מארחות בפני ה-ICSID (ר' לדוגמה: זה: Metal-Tech Ltd. vs Republic of Uzbekistan).



ARB/06/5 Phoenix Action Ltd. vs Czech ;ARB/07/15 Ron Fuchs vs Georgia ;ARB/10/3  
(Republic).

בשים לב לאמור, עם כל הכבוד, מרשתנו מתקשה להבין את שיקול הדעת של משרד התקשורת ומדינת ישראל המשדר מסר כלפי משקיעים זרים, בפרט אלו האמריקאים (וביתר שאת משקיע דוגמת מרשתנו) – כי מדינת ישראל לא תקיים את ההסכמות, המצגים והתחייבויותיה ואף תפעל תוך הפליה בוטה ביחס למשקיעים זרים אחרים.

10. המערך ההסכמי האמור עליו חתומה מדינת ישראל נועד ליצור את הקרקע להשקעות הדדיות ולכניסתם של משקיעים זרים, כמו גם ייצוא השקעות זרות למדינות אחרות. פעולה בניגוד למצג זה שומטת את הקרקע מתחת לתמריצים אותם ההסכמים מקנים ואף יש בה כדי להרתיע בעתיד מכל פעילות משקיעים זרים בישראל (ולא רק מארה"ב) – לא פחות.

11. ויוזכר, כי אף מרשתנו הציעה במכתבה הקודם, כאמור, מיום 12.12.2018, חלופות ראויות אחרות אשר יש בהן כדי לקדם ולממש את אינטרס שני הצדדים – פתרון המחלוקת תוך מזעור ואף מניעת נזקים אפשריים. בין היתר, הוצע להעביר את ניהול הבוררות בפני בוררות בינלאומית פרטית שאינה במסגרת ה-ICSID. הח"מ ומרשתנו סבורים כי גם בכך יש לממש את תכלית האמנות האמורות עליהן מדינת ישראל חתומה, ולהעיד כי מדינת ישראל אכן מקיימת את התחייבויותיה ולהותיר את פתרון המחלוקת במסגרת הפסים המקצועיים, וזאת - חלף התכתשות תקשורתית, כפי שצפוי לקרות במקום בו תפנה מרשתנו לאכיפת זכויותיה.

12. למען הסר ספק, לא תהא זו הפעם הראשונה, ובוודאי לא תהא זו האחרונה, בה מדינת ישראל תנהל התדיינות וסכסוכים בפני בוררות פרטית. ניסיונות העבר מלמדים כי זאת נעשה לא אחת, ואף הח"מ ייצג ומייצג בבוררות מסוג זה. לעתים, היתה זו המדינה עצמה אשר אף יזמה – ואף במסגרת מסמכי מכרז והסכמים – את העברת הסכסוכים לבוררות פרטית. יתרה מכך, הרי שמן המפורסמות הוא, כי מדינת ישראל מנהלת בשנים האחרונות אף הליך בוררות שעניינו הבעלות וחלוקת רווחי חברת קצא"א מול מדינת איראן. לא פחות. והדברים מדברים בעד עצמם, בעיקר במקום בו במקרה דנא - להבדיל – אין מדובר בניהול הליכים מול מדינת אויב, כי אם במשקיע אמריקאי התומך ותורם במדינת ישראל באופן קבוע.

מסיבה זו אף יותר תמוהה בעיני מרשתנו בחירת המדינה במקרה הספציפי דנא שלא להעביר את העניין לבוררות פרטית, ובפרט זו של ה-ICSID, במיוחד בנסיבות בהן עסקין בעניין מורכב, רגיש, ובעל השלכות רחב אפשריות על יחסי ההשקעות ושיתוף הפעולה בין משקיעים זרים לבין מדינת ישראל.

13. לקראת סיום, יצוין עוד, אף אם למעלה מן הצורך, כי הצעות מרשתנו אינן תלושות מן המציאות המשפטית ואו מן מדיניות מדינת ישראל, ובדיוק מסיבה זו, התהיות כאמור העולות מסירוב העולם העולה במכתבם האמור מיום 24.1.2019 מודגש אף ביתר שאת.

14. ודוק: לא בכדי, בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה מיום 12.10.2009 שעניין "יישוב סכסוכים שהמדינה צד להן באמצעות בוררות" (להלן: "ההנחיות"), צוין, במפורש, כי: "המדינה רואה בבוררות, לצד מנגנוני יישוב

**II. The FCN's Broad MFN Provision Can Be Used To Import Arbitration Procedures**

**A. MFN Clauses Can Be Used To Import Dispute Resolution Provisions**

As a starting point, MFN provisions must be interpreted in accordance with Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.<sup>2</sup> That is, the provision will “*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.*”<sup>3</sup> Thus, the specific terms of MFN provisions, as well as the object and purpose of the basic agreement, are paramount.

Consistent with this premise, numerous arbitral tribunals have found that dispute resolution provisions of treaties fall within the terms of an MFN clause where that MFN clause is sufficiently broad to encompass procedural rights. The seminal case on this issue is *Maffezini v. Spain*, where the ICSID Tribunal determined that claimant could use the MFN clause in the 1991 Argentina-Spain Bilateral Investment Treaty to import a more favorable dispute resolution provision from the 1991 Spain-Chile BIT on the basis that the MFN clause, which applied “*in all matters subject to this Agreement*”, was indeed sufficiently broad.<sup>4</sup> Whereas the Argentina-Spain BIT required investors to wait eighteen months before commencing arbitration, the Tribunal allowed claimant to import the provision from the Spain-Chile BIT which required a six-month waiting period only.

The Tribunal understood that its decision would result in the “*enlargement of the scope of such [dispute settlement] arrangements*”,<sup>5</sup> but nevertheless concluded that:

---

<sup>2</sup> See VCLT, 23 May 1969, United Nations, *Treaty Series*, vol. 189, p. 150.

<sup>3</sup> VCLT, Article 31.1.

<sup>4</sup> *Emilio Agustín Maffezini v. Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision of the Tribunal on Objections Jurisdiction, ¶ 60 (Jan. 25, 2000).

<sup>5</sup> *Emilio Agustín Maffezini v. Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision of the Tribunal on Objections Jurisdiction, ¶ 62 (Jan. 25, 2000).



*... if a third party treaty contains provisions for the settlement of disputes that are more favourable 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 favoured nation clause as they are fully compatible with the ejusdem generis principle.<sup>6</sup>*

Thus, “[k]ey to the decision in *Maffezini* is the conclusion that **dispute settlement provisions are, in principle, part of the protection for investors and investments provided under bilateral investment agreements.**”<sup>7</sup>

A number of investment tribunals have subsequently adopted the *Maffezini* approach. For example:

- The ICSID Tribunal in *Siemens v. Argentina* stated that dispute settlement “*is part of the protection offered under the Treaty. It is part of the treatment of foreign investors and investments and of the advantages accessible through an MFN clause*”;<sup>8</sup>
- The UNCITRAL Tribunal in *AWG Group Ltd. v. The Argentine Republic* found “*no basis for distinguishing dispute settlement matters from any other matters covered by a bilateral investment treaty*”;<sup>9</sup>
- The SCC Tribunal in *RosInvest Co. UK Ltd. v. The Russian Federation* determined that while the MFN provision would broaden the scope of the jurisdiction of a tribunal, this was “*a normal result of the application of MFN clauses, the very character and intention*

---

<sup>6</sup> *Emilio Agustín Maffezini v. Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, ¶ 56 (Jan. 25, 2000).

<sup>7</sup> The International Law Commission’s (“ILC”) ‘Most-Favoured-Nation clause: Final Report on the Study Group on the Most-Favoured-Nation clause’, *Yearbook of the International Law Commission*, 2015, vol. II (Part Two), p. 167 (emphasis added).

<sup>8</sup> *Siemens A.G. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction, ¶ 102 (Aug. 3, 2004).

<sup>9</sup> *AWG Group Ltd. v. The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, UNCITRAL, ¶ 59 (3 August 2006).

*of which is that protection not accepted in one treaty is widened by transferring the protection accorded in another treaty”<sup>10</sup>;*

- The ICSID tribunal in *Gas Natural v. Argentina* found that there was no “public policy” reason to decline to apply the MFN provision to international arbitration because the MFN clauses related to all matters, and stating that “[. . .] assurance of independent international arbitration is an important—perhaps the most important—element in investor protection”;<sup>11</sup>
- The ICSID Tribunal in *Camuzzi International SA v. Argentine Republic* permitted claimant to use the MFN clause in the BIT between Argentina and the Belgo-Luxembourg Economic Union (1990) to borrow a more favourable dispute settlement provision (*i.e.*, no waiting period);<sup>12</sup>
- The UNCITRAL Tribunal in *National Grid plc v. The Argentine Republic* permitted an investor from the UK to rely on more favourable dispute resolution provisions in the Argentina-US BIT by virtue of an MFN clause in the 1990 United Kingdom-Argentina BIT;<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> *RosInvest Co. UK Ltd. v. The Russian Federation*, SCC Case No. V079/2005, Award on Jurisdiction, ¶ 131 (1 October 2007).

<sup>11</sup> *Gas Natural SDG, SA. v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/10, Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction, ¶ 49 (June 17, 2005).

<sup>12</sup> See *Camuzzi International SA v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/7, *Decision on Objections to Jurisdiction* (June 10, 2005).

<sup>13</sup> See *National Grid plc v. The Argentine Republic* (UNCITRAL), Decision on Jurisdiction, ¶¶ 53 *et seq* (20 June 2006).

- The ICSID Tribunal in *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic* stated that “in cases where the MFN clause has referred to ‘all matters’ or ‘any matter’ regulated in the BIT, there has been near-unanimity in finding that the clause covered the dispute settlement rules. On this basis, the majority of the Tribunal reaches the conclusion that Impregilo is entitled to rely, in this respect, on the dispute settlement rules in the Argentina-US BIT”;<sup>14</sup>
- The ICSID Tribunal in *Garanti Kos LLP v. Turkmenistan* permitted an investor to substitute UNCITRAL arbitration for ICSID arbitration (noting that the two types of arbitrations were “indisputably different” and that choice for claimant was better than no choice) by virtue of an MFN clause where ICSID arbitration under the basic treaty was available only with the consent of Turkmenistan, which it had not given.<sup>15</sup>

The International Law Commission’s (“ILC”) ‘Most-Favoured-Nation clause: Final Report on the Study Group on the Most-Favoured-Nation clause’, *Yearbook of the International Law Commission, 2015, vol. II (Part Two)* (the “**Final Report**”) similarly confirms that broad MFN clauses may be used to import favourable dispute resolution provisions. The Report analyses a large number of key arbitral awards where these issues have been considered and concludes that while MFN provisions *can* be used to import dispute resolution provisions, there are certain instances where a particular MFN provision *should* be used for this purpose, including:

“197. ...where the MFN clause contains clauses that refer to “all treatment” or “all matters” governed by the treaty, tribunals have tended to accord a broad interpretation to these clauses, and to find that they apply to

---

<sup>14</sup> *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/17, Award, ¶ 108 (June 21, 2011) (emphasis added).

<sup>15</sup> *Garanti Kos LLP v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/11/20, Decision on the Objection to Jurisdiction For Lack Of Consent, (3 July 2013).



*dispute resolution provisions. In only one case has a broadly worded clause not been treated as applying to dispute settlement.*

*198. ... where the MFN clause qualifies the treatment to be received by reference to "use", "management", "maintenance", "enjoyment", "disposal", and "utilization", a majority of tribunals have found that such clauses are broad enough to include dispute resolution provisions."<sup>16</sup>*

As detailed below, applying this approach to the FCN Treaty, a US investor can argue that the wording of the MFN provisions are sufficiently broad to encompass dispute resolution provisions.

## **B. The FCN Treaty Contains A Broad MFN Clause**

Although the FCN Treaty does not expressly provide for a dispute resolution procedure before an international arbitration tribunal, this should not prevent a US investor from bringing a claim against Israel. This is because the FCN Treaty contains several references to MFN protections, including a broad MFN clause at Article VII, which provides MFN treatment to virtually all commercial activity. Article VII states in relevant part:

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

---

<sup>16</sup> Final Report, ¶¶ 59-65 (emphasis added).



*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.”<sup>17</sup>*

Moreover, the Preamble to the FCN Treaty states in very broad terms that the FCN Treaty is “based in general upon the principles of national and of most-favored-nation treatment **unconditionally accorded.**”<sup>18</sup> As set out above, US investors can rely on such provisions to import more favorable provisions from another BIT to which Israel is a party (including provisions allowing for access to ICSID or UNCITRAL, for example). Thus, although the FCN Treaty does not contain an express right to arbitrate, because Israel has offered that right to investors from other countries, the MFN provision allows US investors to “import” the right to arbitrate into the FCN Treaty.

That the MFN clause in the FCN Treaty is sufficiently broad so as to cover procedural rights is made clear by the ILC’s Final Report. In particular, the MFN clause at Article VII of the FCN Treaty falls squarely within the second scenario outlined by the ILC Study Group above. Article VII of the FCN Treaty deals expressly with, among other things, the right to “maintain”, “control” and “manage” all types of commercial and for-profit activity.<sup>19</sup> Thus, Article VII’s MFN provision should enable a US investor to import dispute resolution provisions from one of Israel’s 36 BITs that are currently in force—which allow for dispute resolution before ICSID or elsewhere.

### III. Conclusion

---

<sup>17</sup> FCN Treaty, Article VII.

<sup>18</sup> FCN Treaty, Preamble. The FCN Treaty contains numerous other MFN clauses at, for example, Article IV, Article V, Article VI, Article VIII, Article X, Article XII, and Article XXII.

<sup>19</sup> FCN Treaty, Article VII.

# GIBSON DUNN

February 25, 2019  
Page 8

CONFIDENTIAL

Israel has entered into no less than 36 investment treaties, many of which provide investors with access to ICSID and/or UNCITRAL arbitration. Under the current state of international law, the Article VII MFN provision in the FCN Treaty can be used to import a dispute resolution provision from another investment treaty to which Israel is a party.

JMS/jms

959409.1