

ראובן בכר, שותף

טל. 03-6944142

rbehar@fbclawyers.com

24 במרץ 2022

לכבוד

עוה"ד גלי בהרב-מיארה
היועצת המשפטית לממשלה
משרד המשפטים
ירושלים

נכבדתי,

הנדון: מחלוקת שבין מדינת ישראל לבין קבוצת סבן בנוגע להשקעה בפרטנר תקשורת בע"מ

אני פונה אליך בעניין שנדון בעבר בחלופת מכתבים בין באי-כוחה של קבוצת סבן (SGC Communication Ventures LLC) לבין באי-כוחה של מדינת ישראל.

עסקינן בטענות שיש לקבוצת סבן בקשר להשקעתה בסכום ניכר ביותר לרכישת פרטנר תקשורת בע"מ ("פרטנר") על פי היתר שליטה שקיבלה מהמדינה. בתמצית, קבוצת סבן טוענת, בין היתר, כי השקעתה בפרטנר וניהול השקעתה בפרטנר היו מבוססים על מצגים והבטחות שניתנו לה על ידי מדינת ישראל לפיהן שוק התקשורת הישראלי יתנהל באופן שוויוני, הוגן ותחרותי ותמשכנה הרפורמות אשר בביצוען החל, ובראשן רפורמת השוק הסיטונאי.

מצגים והבטחות אלו לא קוימו בנסיבות שחלקן מתוארות בכתב האישום שהוגש ב"תיק 4000".

אני מצרף לעיוןך את התכתובת שבה באה מחלוקת זו לידי ביטוי.

כעולה מהתכתובת המצורפת קבוצת סבן פנתה למדינה והציעה כי הסכסוך שבינה לבין המדינה יתברר בבוררות בפני פורום בוררים מוסכם. בקשתה זו סורבה.

עמדת המדינה הייתה והינה תמוהה. בין היתר יש לציין כי קבוצת סבן היא תאגיד אמריקאי שביצע השקעות רבות במדינת ישראל. קבוצת סבן נשלטת על ידי מר חיים סבן אשר, מעבר להשקעותיו בישראל, ביצע פעולות פילנתרופיה רבות במדינת ישראל. קבוצת סבן היא תאגיד אמריקאי ואין זה סביר שדווקא תאגידים אמריקאים יסבלו מנחיתות בכל הקשור לברור מחלוקות שיש להם עם המדינה. נראה שדווקא מקרה זה – גם בשל שיקולים שאינם משפטיים – מתאים במיוחד לברור במסגרת בוררות.

הדברים הוסברו בהרחבה בחילופי המכתבים שמצורפים למכתבי זה ולכן לא אאריך.

לאחרונה נודע לקבוצת סבן כי מדינת ישראל מוכנה לבחון מחדש את עמדתה בנושא הסכסוך שבין קבוצת סבן לבינה על מנת למצוא לו פתרון הולם.

ולחסכים לברר את הסכסוך שבין קבוצת סבן לבינה בפני פורום בוררות מוסכם.

קבוצת סבן הייתה והינה נכונה לקיים דו-שיח עם המדינה בדבר פתרונות אפשריים למחלוקת שבין הצדדים, לרבות בדבר מנגנונים אפשריים לפתרון.

לכן, נציגי קבוצת סבן ואני מבקשים לקיים פגישה עמך כדי להציג בפניך את עמדתה וכדי לבחון יחד עמך דרכים לקידום ברור המחלוקות שבין מרשתי למדינה.

בכבוד רב,
האלן פפר
ראובן בכר, עו"ד
פישר (FBC & Co.)

תאריך: 12.12.2018
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

בהמשך לפגישה שקיימנו ביום 15.11.2018, ובהתאם לבקשתך, הריני להעלות על הכתב את עיקרי הדברים אותם התבקשנו למסור בשם מרשתנו, SCG Communication Ventures LLC ["SCG"], במסגרת הפגישה האמורה, ואשר בבסיסם הצעה להסכים על פורום משפטי מתאים לבירור טענותיה של מרשתנו נגד מדינת ישראל.

1. מרשתנו הינה חברה פרטית המאוגדת בדלוואר, ארה"ב, והיא מחזיקה במרבית מניותיה של ס.ב. ישראל טלקום בע"מ, בעלת השליטה בחברת פרטנר תקשורת בע"מ ["פרטנר"]. SCG הנה חלק מקבוצת חברות המצויות בשליטת מר חיים סבן, איש עסקים ישראלי-אמריקאי ["מר סבן" ו-"קבוצת סבן", בהתאמה]. את מר סבן – כמו גם את פעילותו הפילנטרופית הענפה לטובת המדינה, דומה כי אין צורך להציג. לבד מפעילותו העסקית בישראל, על אודותיה נפרט בקצרה להלן, היה מר סבן מעורב לאורך השנים במגוון רחב של מיזמים פילנטרופיים ובגיוס תרומות לגופים שונים הקשורים למדינה, לרבות צבא ההגנה לישראל, ביה"ח סורוקה ואיפא"ק, ואף פעל רבות, ובאופן אפקטיבי, לקידום ולחיוזם של יחסי ישראל-ארה"ב.

2. החל משנת 2004, השקיעה קבוצת סבן - המתמחה בהשקעות בתחום המדיה, הבידור, התקשורת והחדשנות - סכומי כסף גדולים בחברות ישראליות בתחום הבידור והתקשורת. כך, בין היתר, רכשה קבוצת סבן אחזקות בחברת "שידורי קשת בע"מ", כמו גם את גרעין השליטה בחברת "בזק". לאחר שהוסיפה ורכשה, בשנת 2013, את גרעין השליטה בפרטנר, באמצעות מרשתנו, המשיכה קבוצת סבן בביצוע השקעות נוספות בחברות הזנק ישראליות רבות, ביניהן איירון סורס, פלייבאז ועוד.

3. מטרת רכישת גרעין השליטה בפרטנר על ידי מרשתנו הייתה, בראש ובראשונה, הפיכתה לחברה המתקדמת ביותר בתחום התקשורת בישראל, כאשר לולא נראה היה, כי קיימת התכנות ברורה להשגתה של מטרה זו, רכישת גרעין השליטה בפרטנר לא הייתה באה אל העולם מלכתחילה. בהתאמה, התכנית האסטרטגית של מרשתנו בכל הנוגע לפרטנר לא נקבעה בחלל ריק, כי אם הסתמכה באופן מוחלט על כך ששוק התקשורת הישראלי יתנהל באופן שוויוני, הוגן ותחרותי, וכי תמשכנה הרפורמות אשר בביצוען הוחל; ראש וראשון לכל, רפורמת השוק הסיטונאי אותה יום משרד התקשורת עוד בשנת 2012, והכל על מנת להבטיח התפתחות מרבית ומיטבית של התחרות באספקת שירותי תקשורת בישראל.

4. אולם, לדאבון הלב, המדינה, באמצעות הרגולטור האחראי, משרד התקשורת, דאגה שלא לאכוף את הרפורמות השונות אותן הגתה, ואשר היו מחויבות המציאות, כאשר כפועל יוצא מכך, נגרמו למרשתנו נזקים כבדים ביותר, תוצר ישיר של העיוות שנוצר בשוק התקשורת בשל מעשיה ומחדליה המכוונים של המדינה.

WWW.SHIBOLET.COM

5. יובהר ויודגש, כי עיוות זה לא היה תוצר גחמני של יד המקרה, בכל הכבוד, כי אם ולהבדיל הבדל היטב – תוצרה הישיר של מדיניות פסולה ומקוממת, אם לא למעלה מזה – אשר בבסיסה ניצבו, במקרה הטוב, התנהלות רשלנית באופן רבתי, ובמקרה הטוב פחות, ניסיון להיטיב עם גופים מסחריים מסוימים על חשבונם של אחרים, לרבות מרשתנו, ואף הציבור בכללותו.

6. אין זה המקום, בגדרי אכסניה מצומצמת זו, להיכנס לפירוט אודות שלל העוולות וההפסדים אשר נגרמו למרשתנו עקב מעשיה ומחדליה של המדינה בהקשרים האמורים, שכן עניינה של פנייתנו זו, כפי שהובהר בפגישה שהתקיימה בנושא וברישא למכתבנו זה, בהצעה להסכים על פורום משפטי מתאים לדון בטענות. יחד עם זאת, אזכיר להלן, באופן כללי בלבד, מספר דוגמאות בלתי ממצות להתנהלות זו של המדינה.

7. בראש ובראשונה, עסקינן בשורה של פעולות מצדו של הרגולטור, אשר נועדו להיטיב באופן מופגן ובוטה עם חברת "בזק", פעולות אשר היבטים שונים שלהן נבחנו בעבר על ידי הרשות לניירות ערך, משטרת ישראל ומבקר המדינה, ומצויות כיום על שולחנם של היועץ המשפטי לממשלה והממונה על הגבלים עסקים. בכלל זה יש לציין את הימנעותו של הרגולטור מאכיפת רפורמת השוק הסיטונאי על "בזק", תוך העלמת עין מהקשיים המכוונים ש"בזק" הציבה בפני מתחרותיה (לרבות מניעת גישה למקטעים הסופיים של התשתית הפסיבית וגביית תשלום עבור שקע ראשון; הימנעות משיווק פרטנר במסגרת ה"בנדל ההפוך"; יצירת מודל תמחור מעוות של מוצר התשתית, ועוד), כמו גם התעלמותו המוחלטת של המשרד מסירובה השערורייתי של "בזק", ככלל, לקיים את הוראות תיק השירות בנושא תשתיות פסיביות.

לא למותר לציין, כי בגין כישלונה המכוון של "בזק" לאפשר למתחרותיה, ביניהן פרטנר, לעשות שימוש כנדרש בתשתית התקשורת הפסיבית שלה, הודיעה הרשות להגבלים עסקיים על כוונתה להטיל עליה עיצומים כספיים בסך של כ-30 מיליון ₪ בקבעה, בין היתר, כי "דרכי פעולה אלה של בזק עלולות לפגוע בהתפתחות התחרות באספקת שירותי תקשורת. זאת משום שהקשיים שבזק הערימה עלולים להרתיע, לעכב ואף למנוע ממתחרות חדשות לפרוס רשתות תקשורת או להרחיב את פעילותן בתחום. בכך נמנעת מהציבור, או לכל הפחות נדחית, התפתחות של תחרות באספקת שירותי תקשורת שביכולתה לגרום לשיפור ניכר באיכות הרשת המסופקת ללקוחות ובמחירים של שירותי תקשורת שונים כמו טלוויזיה, אינטרנט וטלפניה ניידת".

8. דוגמא נוספת עליה יש ליתן את הדעת בהקשר זה הינו הליך אישורו התמוה, לשון המעטה, של המיזוג בין חברת "בזק" ובין חברת yes, בניגוד לעמדת מנכ"ל משרד התקשורת, אבי ברגר. החלטתה של המדינה ליתן את ברכתה למהלך קלוקל וחסר היגיון זה, רק הגבירה את כוחו של מונופול "בזק", מבלי שזה נדרש למלא אחר המוטל עליו על פי רפורמת השוק הסיטונאי.

9. דוגמאות נוספות (ובלתי ממצות, כאמור), ניתן למצוא בפעולות ובמחדלים הבאים:

9.1. אי קבלת החלטה על מנגנון שלא יאפשר ל"בזק" ול"הוט" להפחית מחירים באופן שיסכן את המרווח הקמעונאי של ספקיות השירות ואי מניעת מבצעים במסגרתם המחיר הקמעונאי של בעלת התשתית לצרכן נמוך יותר מהמחיר הסיטונאי לבעלת התשתית;

- 9.2 החלתם של עשרות תיקונים צרכניים על חברות הרט"ן, אשר הכבידו מאוד על פעילותן העסקית במהלך השנים האחרונות, אולם לא על "בזק" ו"הוט";
- 9.3 העדר האכיפה של חובת פריסת הרשת על "גולן", אשר אפשרה לה להציע מחירים מתחת לעלות הכלכלית ופגעה באופן ישיר ביכולתה של פרטנר להתחרות ב"בזק", וככלל, גישתו הסלחנית של הרגולטור להפרותיה החמורות של "גולן" את הוראות רישיונה, תוך פגיעה קשה במפעילים האחרים, ביניהם פרטנר;
- 9.4 העדר אכיפה ועיכוב ביישום רפורמת השוק סיטונאי על "הוט", כאשר כפועל יוצא נאלצו החברות השונות לשווק את התשתית של "בזק", באופן שהגדיל את נתח השוק שלה והעצים את המונופול שהיא מחזיקה בו, ועוד.
10. מרשתנו פנתה לחברות ייעוץ כלכלי מהמובילות בעולם על מנת להעריך את הנזקים הכלכליים שנגרמו לה בשל ההתנהלות שפורטה לעיל, ובגין זו שקצרה היריעה מלפרטה לעיל. בהמשך לבדיקות שנערכו, מעריכה מרשתנו את הנזקים שנגרמו לה במאות מיליוני דולרים, לפחות. מובן שמרשתנו אינה יכולה להתעלם מכך.
11. בנסיבות אלה, גמרה מרשתנו אומר לתבוע את הכספים שנגרעו ממנה ואת הנזקים שנגרמו לה כפועל יוצא ממעשיו וממחדליו של הרגולטור האחראי. מטבע הדברים, להתדיינות מסוג זה תתלווה התעניינות תקשורתית רבה ביותר, הן בארץ והן בעולם. בשים לב לזהות מרשתנו, לטענות שיועלו על ידה ולעובדות הידועות עד כה בהקשרים שהובאו לעיל, נראה כי ניהול הליכים כאמור יגרום נזק בלתי מבוטל לשמה הטוב של המדינה ומוסדותיה, הן בקרב הציבור הרחב והן – ובפרט – בקרב ציבור המשקיעים הזרים. את זאת מבקשת מרשתנו, ומר סבן בפרט, למנוע.
- למרשתנו ולמר סבן אין כל עניין להציג את מדינת ישראל כמדינת עולם שלישי, אשר מנהלת את ענייניה על בסיס שיקולים בלתי ענייניים, הפוגעים פגיעה קשה במשקיעים זרים אשר השקיעו בה את מיטב כספם מתוך הנחה, כי מדובר במדינה מתוקנת ושומרת חוק.
12. בנסיבות אלה, מציעה מרשתנו, כי יוסכם בין הצדדים על פורום משפטי בינלאומי פרטי, בין אם בישראל ובין אם מחוצה לה, בו תידונה טענותיה של מרשתנו, והיו דברים מעולם. הסכמה שכזו, תאפשר לצדדים לנהל דיון משפטי בדלתיים סגורות. ניהול דיסקרטי כזה של ההתדיינות, יצמצם עד למינימום, ועשוי אף למנוע לחלוטין, את הנזק הצפוי למוניטין של מדינת ישראל כפועל יוצא מדיון בעובדות הרלבנטיות לענייננו. יודגש, כי מרשתנו נכונה לגלות גמישות מרבית על מנת שתושג מטרה זו.
13. ככל שתסרבו להגיע להסכמות בנושא, כי אז לא תיוותר בידי מרשתנו ברירה אלא לנקוט בהליכים המשפטיים המתאימים ולקדם את עניינה המשפטי, בין היתר בפורומים משפטיים בינלאומיים.
14. מרשתנו ממתינה, אפוא, לקבלת עמדתכם בנושא, בהקדם האפשרי. יובהר כי האמור לעיל מהווה את עיקרי הדברים בלבד ואין הוא ממצה את טענותיה של מרשתנו.

15. מובן שאין באמור במכתבנו זה ובמה שלא נאמר בו כדי לפגוע בכל זכות ו/או טענה השמורות כולן עם מרשתנו.

16. כמוסכם בינינו, התכתבות זו נעשית במסגרת מו"מ, הנה חסויה, והיא לא תוצג בשום הליך משפטי.



רכבו רב,
 יוסף בנקל, עו"ד
 שבלת עם ראב"ד, מגריזו, בנקל ושות'
 עורכי דין ונוטריונים



משרד התקשורת

היועצת המשפטית

י"ח בשבט תשע"ט

24 בינואר 2019

ס-ן: 5000-2100-2019-043410

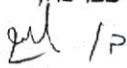
לכבוד
מר יוסי בנקל, עו"ד
שבלת ושות'
שד' שאול המלך 37
תל אביב-יפו

שלום רב,

הנדון: פניית קבוצת סבן בנושא השקעה בפרטנר תקשורת בע"מ

סמך: מכתבך מיום 12 בדצמבר 2012 (15125/1)

בחנו את פנייתך שבסמך.
מבלי להתייחס לגופן של הטענות העולות מפנייתך, ומבלי לגרוע מהטענות השמורות לצדדים, לא מצאנו בסיס להיעתר להצעתכם להסכים על פורום משפטי בינלאומי פרטי לבירור טענות מרשתתכם נגד מדינת ישראל.

בברכה,

דנה נויפלד
היועצת המשפטית

העתק:

מר נתנאל (נתי) כהן, המנהל הכללי, משרד התקשורת
עו"ד מאיר לוין, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט כלכלי), משרד המשפטים
עו"ד רועי שיינדורף, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט בין-לאומי), משרד המשפטים
עו"ד תמר בנתורה, עוזרת ראשית ליועצת המשפטית, משרד התקשורת

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 24.1.2018, הריני להשיב בדברים כדלקמן:

1. בפתח הדברים, נבקש לציין, כי תמונה בעניינו 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 מהצעותיה 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 שילקחו בחשבון על ידו טרם החלטתו ביחס להעברת הסכסוך לפורום דיון חלופי, בינלאומי ופרטי.
4. כפי שבוודאי 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 (מתוכם 36 בתוקף, נכון להיום) ביחס למדיניות כלפי משקיעים זרים חדית (ולחלף: "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 דנא 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 הפלייה 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 תמונה 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 העלום 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.² 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.*”³ 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.⁴ 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*”,⁵ but nevertheless concluded that:

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

³ VCLT, Article 31.1.

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

⁵ *Emilio Agustin 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.⁶

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.**”⁷

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*”;⁸
- 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*”;⁹
- 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*

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

⁷ 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).

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

⁹ *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”¹⁰;

- 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”;¹¹
- 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);¹²
- 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;¹³

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

¹¹ *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).

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

¹³ 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*”;¹⁴
- 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.¹⁵

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

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

¹⁵ *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."¹⁶

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.

¹⁶ 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.”¹⁷

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.**”¹⁸ 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.¹⁹ 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

¹⁷ FCN Treaty, Article VII.

¹⁸ 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.

¹⁹ 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



משרד התקשורת

היועצת המשפטית

י"א באדר ב' תשע"ט

18 במרץ 2019

ס-ן: 5000-2100-2019-044595

לכבוד
מר יוסי בנקל, עו"ד
שבלת ושות'
שד' שאול המלך 37
תל אביב-יפו

שלום רב,

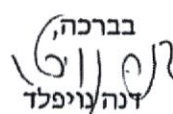
הנדון: השקעת קבוצת סבן בפרטנר תקשורת בע"מ

סמך: מכתבך מיום 12 בדצמבר 2018 (15125/1)

מכתבנו מיום 24 בינואר 2019 (5000-2100-2019-043410)

מכתבך מיום 26 בפברואר 2019 (15125/1)

קיבלנו את פנייתך מיום 26 בפברואר 2019 ונעדכןך בתום בחינתה בהקדם האפשרי והכל בשים לב לכך שאנו מצויים לקראת מועד הבחירות.

בברכה,

דנה ויפלד
היועצת המשפטית

העתק:

מר נתנאל (נתי) כהן, המנהל הכללי, משרד התקשורת
עו"ד מאיר לוי, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט כלכלי), משרד המשפטים
עו"ד רועי שיינדורף, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט בין-לאומי), משרד המשפטים
עו"ד תמר בנתורה, עוזרת ראשית ליועצת המשפטית, משרד התקשורת



משרד התקשורת

היועצת המשפטית

ט' בתמוז התש"פ
1 ביולי 2020

לכבוד
עו"ד יוסף בנקל
ראב"ד, מגריזון, בנקל ושות'
רח' ברקוביץ' 4
תל-אביב-יפו

ח"י,

הנדון: מכתבך בנוגע להשקעה במרטנר תקשורת בע"מ

1. קיבלנו את מכתבך מיום 26.02.2019. בטרם נתייחס לגופם של דברים, נבקש להתנצל על העיכוב במתן המענה הנוכחי.
2. ממכתבך האמור, וממכתב קודם ששלחת ביום 12.12.2018 באותו עניין (לגביו נענית ביום 24.1.2019) עלה כי מרשתת, SGC Communication Ventures LLC (להלן: "קבוצת סבן"), מציעה למדינת ישראל להסכים לקיום הליך בוררות בין-לאומית לבירור טענותיה בדבר התנהלות בעבר של משרד התקשורת, אשר, לפי הנטען, השפיעה על השקעותיה בישראל. עוד משתמע מהמכתב, כי במידה ומדינת ישראל לא תסכים לקבל הצעה זו, הרי שעומדת בפני מרשתת האפשרות לקיום הליך בוררות בין-לאומית באשר לטענותיה על בסיס אמנת הידידות מסחר וספנות בין ישראל לארצות הברית (להלן: "אמנת הידידות").¹
3. לאחר בחינה מעמיקה של הטענות במכתבך הנזכרים לעיל הריני להשיבך, על דעתו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט בין-לאומי), כי מדינת ישראל אינה מוצאת לנכון לקבל את הצעתך לקיום הליך בוררות בין-לאומית על פי המתווה שהצעת.
4. מבלי למצות את טענות המדינה בעניין, לאחר עיון מעמיק בחוות הדעת שצרפת וניתוחה, אשר ממנו לא עלתה תמיכה בטענותיך ביחס לפרשנות הסכם הידידות בין ישראל לארה"ב, כמו גם בפסיקה הרלבנטית ומקורות נוספים בספרות המקצועית, עמדת המדינה היא שאין בסעיפי אמנת הידידות בכדי להוות בסיס להסכמה מצידה לקיום הליך בוררות בין-לאומית מול מרשתת. בפרט, יודגש כי המדינה אינה רואה בסעיף ה-MFN באמנת הידידות שהוזכר במכתבך, בין אם באופן עצמאי ובין אם בשילוב עם כל מחויבות בין-לאומית הסכמית אחרת של מדינת ישראל, משום בסיס להסכמה כאמור.
5. לאור האמור לעיל אין אנו מוצאים לנכון להיענות לבקשות המפורטות במכתבך, וזאת תוך שמירה על כל הזכויות והטענות העומדות למדינת ישראל בנדון ובכלל.

¹ ברית ידידות מסחר וספנות בין ישראל וארצות הברית של אמריקה כ"א 34, 15 (נחתמה ביום 23 באוגוסט 1951 בושינגטון).

6. אין באמור לעיל בכדי להוסיף או לגרוע מכל טענה או עמדה של מדינת ישראל בנוגע למחויבויותיה ו/או סמכויותיה בדין הפנימי ובמשפט הבין-לאומי.

בכבוד רב,

ארי 1611

דנה נויפלד

היועצת המשפטית

העתקים:

המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט בינלאומי)

המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט כלכלי)

היועץ המשפטי למשרד החוץ

היועץ המשפטי למשרד האוצר

מנכ"לית משרד התקשורת