

הסכמי הגנת השקעות בין-לאומיות והשפעתם על המרחב הרגולטורי בישראל

דוד שריקי*, תומר ברודי** ויורם הפטל***

מערך ההסכמים בדבר הגנת ההשקעות הבין-לאומיות מהווה ערוץ חשוב של השפעת הגלובליזציה המשפטית על המדיניות הציבורית בישראל ובעולם. מדובר באלפי אמנות, רובן דו-צדדיות, המעניקות למשקיעים זרים (בדרך-כלל חברות רב-לאומיות) הגנות משפטיות המגובות על-ידי מערכות יישוב סכסוכים בין-לאומיות מחייבות. הלגיטימציה הדמוקרטית של הסכמים אלה, ושל מנגנון יישוב הסכסוכים הקבוע בהם בפרט, מוטלת בספק, שכן מחד גיסא, יש בהם כדי לצמצם את המרחב הרגולטורי של המדינות, תוך האצלת סמכויות שיפוטיות לטריבונל בוררות עצמאי אשר לוקה לעיתים בחוסר שקיפות ובאחריותיות מוגבלת, ומאידך גיסא, תרומתם לעידוד השקעות זרות מוטלת בספק. לישראל יש קרוב לארבעים הסכמי הגנת השקעות, אשר יש בהם כדי להשפיע על המרחב הרגולטורי שלה. השפעה זו באה לידי ביטוי באופן בולט בעקבות איומיה של נובל אנרג'י, חברת אנרגייה בין-לאומית, לפתוח בהליכי בוררות נגד ישראל על רקע גיבוש מתווה הגז, וזאת כאשר השקעתה המקורית לא נשענה על הגנה בין-לאומית משפטית.

במסגרת מאמר זה נציג מדד שנועד לבחון את המרחב הרגולטורי שנגזר מהסכמי הגנת השקעות, ונטען כי המרחב הרגולטורי שנגזר מרוב הסכמיה של ישראל מצומצם למדי. עוד נטען כי בשנים האחרונות מסתמנת מגמה

* בוגר תואר ראשון ותואר שני במשפטים מהאוניברסיטה העברית בירושלים, ומשמש כיום עוזר משפטי לשופט בבית-המשפט העליון.

** פרופסור בפקולטה למשפטים ובמחלקה ליחסים בין-לאומיים, הקתדרה למשפט ציבורי ובינלאומי על-שם בסי ומיכאל גרינבלט, האוניברסיטה העברית בירושלים

*** פרופסור במחלקה ליחסים בין-לאומיים, הקתדרה על-שם גיאנקרלו אליה ולורי ללימודי שלום ושיתוף-פעולה אזורי, האוניברסיטה העברית בירושלים.

המחברים מודים לבועז פלישמן אללוף ולאלעד ולר מצוות הסכמי השקעות וסחר באגף הכלכלן הראשי במשרד האוצר, לעו"ד דנה דאיבוג, ממונה באשכול משפט בין-לאומי כלכלי במחלקה למשפט בין-לאומי בייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים, לניר דויטש, עורך-דין במחלקה למשפט בין-לאומי בייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים, לשופט האנונימי וכן למערכת כתב-העת **משפט וממשל** על הערותיהם המועילות על טיוטות קודמות של המאמר. האמור במאמר משקף את דעות המחברים בלבד. המאמר מבוסס, בין היתר, על מחקר שנערך בתמיכתה האדיבה של הקרן הלאומית למדע (מענק מחקר 1117/17). המאמר התקבל לפרסום במהלך חודש מרץ 2019. מאז חלו כמה התפתחויות שאינן באות לידי ביטוי במאמר.

עולמית של הגדלת המרחב הרגולטורי שנגזר מהסכמי הגנת השקעות. מגמה דומה מצטיירת אף כאשר בוחנים את ההסכמים שכרתה ישראל בעת האחרונה. אולם, כפי שיומחש בין היתר באמצעות ניתוח של שני סכסוכים משפטיים שנוגעים לישראל, הסכמי הגנת ההשקעות של ישראל, ובעיקר אלה שנכרתו עד לפני כעשרים שנה, עלולים עדיין לפגוע במרחב הרגולטורי שלה, ולהוביל להליכי בוררות יקרים וארוכים שייתכן שייפתחו נגדה בעתיד. על רקע זה נטען כי אם המדינה אכן מעוניינת להגדיל את המרחב הרגולטורי שנגזר מהסכמיה בדבר הגנת השקעות, יש לבחון את האפשרות להתאים גם את הסכמיה הישנים למגמה החדשה המאפשרת לה מרחב רגולטורי גדול יותר.

מבוא. א. בורריות בין-לאומיות של משקיעים נגד מדינות והשלכותיהן על החופש הרגולטורי של מדינות. ב. מדד המרחב הרגולטורי בהסכמי הגנת השקעות: באיזו מידה מדינות שואפות לגמישות? ג. הסכמי הגנת ההשקעות של ישראל והשפעתם על המרחב הרגולטורי של המדינה; 1. סקירה סכמתית: התפתחותם של הסכמי הגנת ההשקעות של ישראל; 2. מקרי-בוחן: כיצד הסכמי הגנת השקעות של ישראל עשויים להשפיע על המרחב הרגולטורי של המדינה? ד. סיכום.

מבוא

ערוץ חשוב של השפעת הגלובליזציה המשפטית על המדיניות הציבורית הוא מערך ההסכמים בדבר הגנת ההשקעות הבין-לאומיות. מדובר באלפי אמנות המעניקות למשקיעים זרים (לעיתים חברות רב-לאומיות) הגנות משפטיות המגובות על-ידי מערכות יישוב סכסוכים בין-לאומיות מחייבות.¹ הלגיטימציה הדמוקרטית של מערך זה מוטלת בספק, שכן באמצעות הסכמים בין-לאומיים אלה משקיע זר יכול לעקוף את המערכת המשפטית של המדינה המארחת, ולאכוף זכויות אשר במקרים מסוימים עשויות לעלות על אלה המוענקות למשקיעים מקומיים, וכל זאת כאשר במדינות רבות, וביניהן ישראל, האמנות נכרתות על-ידי הרשות המבצעת.² איום התביעה הבין-לאומית עלול לצמצם את מרחב התמרון של המדינה באימוץ רגולציה במגוון תחומי מדיניות.

1 ראו בהרחבה ANDREW NEWCOMBE & LLUÍS PARADELL, LAW AND PRACTICE OF INVESTMENT TREATIES: STANDARDS OF TREATMENT 1–2 (2009). לדיון במאפייניהם של משקיעים זרים הזוכים בהגנה באמצעות הסכמים אלה ראו, למשל, Alexander Gebert, *Legal Protection for Small and Medium-Sized Enterprises Through Investor-State Dispute Settlement: Status Quo, Impediments, and Potential Solutions*, in SMALL AND MEDIUM-SIZED ENTERPRISES IN INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 291, 292–294 (Thilo Rensmann ed., 2017). ראו גם שביט מטיאס והילה אקרמן "הסכמי סחר בינלאומיים ומנגנוני יישוב סכסוכים" **משפט בינלאומי** 675, 707 (רובי סיבל ויעל רונן עורכים, מהדורה שלישית, 2016).

2 THE BACKLASH AGAINST INVESTMENT ARBITRATION: PERCEPTIONS AND REALITY (Michael Kyla Tienhaara, *Regulatory Chill and the* ; (BACKLASH : להלן) Waibel et al. eds., 2010)

במסגרת מאמר זה נציג מדד שנועד לבחון את המרחב הרגולטורי המדינתי (state regulatory space – SRS) שנגזר מהסכמי הגנת השקעות, ועל-ידי כך מאפשר להשוות בין הסכמים שונים ולהצביע על מגמות במדיניותן של מדינות כלפי עיצובם וניסוחם של הסכמים אלה.³ את המרחב הרגולטורי המדינתי אנו מגדירים כיכולת של המדינה לחוקק וליישם רגולציה בתחום או נושא נתונים. המרחב הרגולטורי הנגזר מהסכמי הגנת השקעות נמדד על-ידי בחינת תוכנם של סעיפי ההסכם וניתוח היקף ההתחייבויות שהמדינה נטלה על עצמה במסגרתם. מטבע הדברים, ככל שההתחייבויות הכלולות בהסכם משמעותיות יותר, המרחב הרגולטורי של המדינה מצטמצם, שהרי אימוץ מדיניות שסותרת את ההתחייבויות הללו עלול לחשוף את המדינה לבוררות.

בתוך כך נבחן את המרחב הרגולטורי המדינתי שנגזר מעשרות הסכמי הגנת השקעות שישראל צד להן, באמצעות ניתוח אמפירי-כמותני של המידע הטקסטואלי של הסכמים אלה ("text as data" – "טקסט כנתונים"). באמצעות מדד זה נמחיש תמורות משמעותיות שחלו במדיניותה של ישראל ביחס להסכמים אלה בשלוש תקופות מרכזיות.⁴ במהלך שנות התשעים

Threat of Arbitration: A View from Political Science, in EVOLUTION IN INVESTMENT TREATY LAW AND ARBITRATION 606 (Chester Brown & Kate Miles, eds., 2011) (להלן: Tienhaara, *Regulatory Chill in a Warming World: The Threat*; (*Threat of Arbitration to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement*, 7 TRANSNAT'L ENVTL. L. Julia G. Brown, *International* ; (Tienhaara, *Warming World* : (להלן: 229, 237–238 (2018) *Investment Agreements: Regulatory Chill in the Face of Litigious Heat*, 3 W. J. LEGAL STUD. 25 (2013); Stephan W. Schill, *Do Investment Treaties Chill Unilateral State Regulation to Mitigate Climate Change?*, 24 J. INT'L ARB. 469 (2007); Susan D. Franck, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions*, 73 FORDHAM L. REV. 1521 (2005) על מנגנוני אשור של הסכמי הגנת השקעות ראו, למשל, Yoram Z. Haftel & Alexander Thompson, *Delayed Ratification: The Domestic Fate of Bilateral Investment Treaties*, 67 INT'L ORG. 355 (2013). באשר להליך אשורן של האמנות הבין-לאומיות של ישראל ראו, למשל, תומר ברודי וגיל-עד נועם "על מעורבותו המעשית של המחוקק בכריתת אמנות בין-לאומיות: כיצד הכנסת נהגת, וכיצד תנהג?" **משפט ועסקים** ט 175 (2008).

3 על מתודולוגיה זו ראו גם Tomer Broude, Yoram Z. Haftel & Alexander Thompson, *The Trans-Pacific Partnership and Regulatory Space: A Comparison of Treaty Texts*, 20 J. INT'L ECON. L. 391 (2017); Alexander Thompson, Tomer Broude & Yoram Z. Haftel, *Once Bitten, Twice Shy? Investment Disputes, State Sovereignty, and Change in Treaty Design*, 73 INT'L ORG. 859 (2019); Tomer Broude, Yoram Z. Haftel & Alexander Thompson, *Who Cares About Regulatory Space in BITs? A Comparative International Approach*, in Broude, Yoram Z. Haftel & Alexander Thompson, *When Do States Renegotiate Investment Agreements? The Impact of Arbitration*, 13 REV. INT'L ORG. 25 (2018) (להלן: Haftel & Thompson, *When Do States Renegotiate?*).

4 לדיון בהסכמי הגנת השקעות של ישראל ראו גם Arie Reich, *Israel's Foreign Investment Protection Regime in View of Developments in Its Energy Sector*, 19 J. WORLD INVESTMENT & TRADE 41 (2018); Efraim Chalamish, *An Oasis in the Desert: The Emergence of Israeli Investment Treaties in the Global Economy*, 32 LOY. L.A. INT'L & COMP. L. REV. 123

ועד לאימוץ המודל של הסכמי הגנת ההשקעות בראשית שנות האלפיים כרתה ישראל כמעט שלושים הסכמי הגנת השקעות שהמרחב הרגולטורי שנגזר מהם מצומצם למדי. בראשית שנות האלפיים, עם אימוץ המודל החדש של הסכמי הגנת ההשקעות, ניתן להבחין שהסכמיה של ישראל החלו לאפשר למדינה מרחב רגולטורי גדול מעט יותר. התפנית המשמעותית ביותר בהסכמיה של ישראל חלה בשנת 2013, עם כריתת הסכם אזור סחר חופשי (להלן: אס"ח) עם קולומביה, שמבקש להניח תשתית לעידוד סחר והשקעות בין-לאומיים בין המדינות באמצעות הסדרתם של מגוון נושאים, כגון סחר בטובין ובשירותים, שכלל פרק הגנת השקעות.⁵ הסכם זה מאפשר לצדדים לחרוג מהתחייבויותיהם להגנה על השקעות זרות משיקולים בטחוניים וחברתיים שונים, וסעיפיו המהותיים מנוסחים באופן שמאפשר מרחב רגולטורי גדול יותר מזה שנגזר מהסכמיה הקודמים של ישראל. שנים מספר לאחר-מכן כרתה ישראל הסכם הגנת השקעות עם יפן, אשר מאפיינים רבים בו דומים לאלה שבהסכם עם קולומביה.⁶ עם זאת, הבדלים משמעותיים אחדים בין ההסכם עם יפן לבין ההסכם עם קולומביה עשויים להעיד כי מדיניותה של ישראל כלפי הסכמי הגנת השקעות טרם התקבעה. מחד גיסא, ההסכם עם יפן כולל התחייבויות רחבות מאלה הכלולות בהסכם עם קולומביה, באופן שמצמצם את המרחב הרגולטורי של המדינה. מאידך גיסא, סעיף יישוב הסכסוכים שבין משקיע למדינה בהסכם עם יפן מגביל את סוג הסעדים שטריבונל בוררות עשוי להעניק למשקיע, ובכך מצמצם את היכולת לאכוף את ההסכם על-ידי משקיע זר, וממילא מעניק למדינה מרחב רגולטורי גדול יותר. לצד שינויים בנוסחם של הסכמי הגנת ההשקעות, החליט משרד האוצר לאחרונה לשנות את מדיניותו ולכרות הסכמי הגנת השקעות גם עם מדינות מפותחות, במטרה לעודד השקעות זרות. כך או כך, הנתונים שנציג מעידים כי ההסכמים עם קולומביה ועם יפן מבשרים על מדיניות שמותירה למדינה מרחב רגולטורי גדול יותר מזה שנגזר מהסכמיה הקודמים של ישראל.

הגדלת המרחב הרגולטורי של המדינה בהסכמים שהיא כורתת להגנת השקעות מבורכת בעינינו, ועולה בקנה אחד עם המגמה הכללית בשנים האחרונות, שבמסגרתה מדינות פועלות להגדלת המרחב הרגולטורי שלהן בהסכמיהן. עם זאת, יש לתת את הדעת לכך שהמרחב הרגולטורי שנגזר מהרוב המוחלט של הסכמיה של ישראל מצומצם יחסית. כפי שנרחיב בחלקו השלישי של מאמר זה, איומיה של נובל אנרג'י בהליכי בוררות על רקע גיבוש מתווה הגז ממחישים את האפשרות שמשקיעים זרים מתוחכמים יעשו שימוש בהסכמי הגנת ההשקעות הקיימים כדי לצמצם את המרחב הרגולטורי של המדינה. בתוך כך, פרשת *Ampal v. Egypt* ממחישה כיצד הסכמים ללא חריג בטחוני, דוגמת אלה שכרתה ישראל בשנות התשעים, עלולים לחשוף אותה להליכי בוררות גם כאשר המדינה מפעילה שיקול-דעת בטחוני בתקופות רגישות.

(2010); תומר ברודי "הוא ימכור לך מרחב, השדה המוזהב: ריבונות המדינה והמשפט הכלכלי הבין-לאומי" פרלמנט 65 (2010) 7751/8170 www.idi.org.il/parliaments/7751/8170.

Free Trade Agreement Between the State of Israel and the Republic of Colombia, Isr.-Col., 5 Sep. 30, 2013 (להלן: הסכם האס"ח בין ישראל לבין קולומביה).

Agreement Between Japan and the State of Israel for the Liberalization, Promotion and 6 Protection of Investment, Isr.-Jpn., Feb. 1, 2017 (להלן: הסכם הגנת ההשקעות בין ישראל לבין יפן).

על רקע הדעות החלוקות באשר ליכולתם של הסכמי הגנת השקעות לעודד השקעות בפועל,⁷ המאמץ להגדיל את המרחב הרגולטורי בהסכמיה של ישראל ראוי בעינינו. עם זאת, ייתכן שהוא אינו מספק. על-מנת להגדיל את המרחב הרגולטורי שנגזר מהסכמי הגנת ההשקעות של ישראל, יש לפעול גם לשינוי ההסכמים הקיימים שנכרתו למן שנות התשעים. אומנם החל מאמץ מסוים לשינוי חלק מהסכמיה הישנים של ישראל כך שהמרחב הרגולטורי הנובע מהם יגדל,⁸ אך בד בבד, בשנת 2017, אושרר הסכם הגנת השקעות עם מיאנמר, שהמרחב הרגולטורי הנובע ממנו מצומצם יחסית.

בשורות הבאות נרחיב בנוגע להשפעתם של הסכמי הגנת ההשקעות של ישראל על המרחב הרגולטורי של המדינה. חלקו הראשון של המאמר יציג בתמצית מהם הסכמים להגנה על השקעות וכיצד הם עשויים להשפיע על המרחב הרגולטורי של מדינות. בתוך כך יכלול חלק זה התייחסות לאופן שבו הסכמי הגנה על השקעות עלולים לייצר אפקט מצנן (chilling effect), שימנע מדינות מלאמץ בעתיד מדיניות שעשויה לפגוע במשקיעים זרים. זאת, תוך הצגת השפעתם של הליכי הבוררות שנוהלו על-ידי חברת פיליפ מוריס על הרגולציה של אריות מוצרי טבק כדוגמה לאפקט המצנן שהסכמי הגנה על השקעות עלולים לייצר. חלקו השני של המאמר יוקדש להצגתו של מדד המרחב הרגולטורי, ויתאר כיצד המדד מחושב. חלק זה יציג גם מגמות עולמיות בהסכמי הגנה על השקעות תוך שימוש במדד זה, שיהוו בסיס מסוים להשוואה מול המגמות בישראל. חלקו השלישי של המאמר יוקדש לבחינת השפעתם של הסכמי הגנת ההשקעות שנכרתו על-ידי ישראל על המרחב הרגולטורי שלה. זאת, תוך הצגת התפתחותם ההיסטורית של הסכמי הגנה על השקעות של ישראל והתמורות שחלו במרחב הרגולטורי שנגזר מהסכמים אלה. בסופו של חלק זה יוצגו שני מקרים הממחישים כיצד הסכמי הגנת ההשקעות של ישראל עשויים להשפיע בפועל על המרחב הרגולטורי של המדינה: איומיה של נובל אנרג'י בהליכי בוררות על רקע גיבוש מתווה הגז, ופרשת *Ampal v. Egypt*.

7 שורה של מחקרים סטטיסטיים שנערכו בשני העשורים האחרונים מצביעים על העדר הסכמה מדעית באשר לקשר שבין הסכמי הגנת השקעות לבין כניסה של השקעות זרות למדינות החותמות עליהם. בעוד מחקרים מסוימים מצביעים על קשר חיובי מובהק בין שני המשתנים, אחרים אינם מוצאים קשר כזה, ומחקרים נוספים טוענים כי הקשר החיובי מתקיים רק בתנאים מסוימים. נראה שהמסקנות שאלהן הגיעו חוקרים שונים תלויות במדינות שנכללו במדגם, בהגדרה ובמדידה של המשתנים הרלוונטיים, וכן בשיטות הניתוח הסטטיסטיות שיושמו עליהם. לסקירה ולניתוח ביקורתי של ספרות זו ראו, למשל, Joachim Pohl, *Societal Benefits and Costs of International Investment Agreements: A Critical Review of Aspects and Available Empirical Evidence* (OECD Working Papers on International Investment 2018/01, 2018), <https://bit.ly/2YEUyt>.

8 אגף הכלכלן הראשי במשרד האוצר הסכמי השקעות וסחר – סיכום שנת 2017 בישראל ובעולם <https://bit.ly/3rj0QJf> (2018) 9–8.

א. בוררות בין-לאומיות של משקיעים נגד מדינות והשלכותיהן על החופש הרגולטורי של מדינות

הסכמי הגנת השקעות הם הסכמים בין שתי מדינות (או יותר) שנועדו להגן על השקעות במדינת אמנה אחת (להלן: המדינה המארחת – host state) שמקורן במדינת אמנה אחרת (להלן: מדינת-הבית – home state) מפני פעולות שהמדינה המארחת עלולה לנקוט נגדן.⁹ הסכמים אלה כוללים לרוב איסור הפליה של אותם משקיעים ביחס למשקיעים מקומיים (national treatment) או ביחס למשקיעים זרים ממדינות אחרות (most favored nation treatment); איסור הפקעה (expropriation) של השקעה באופן לא-ראוי וללא פיצוי נאות; חובת מתן יחס הוגן וצודק (fair and equitable treatment – FET); ועוד.¹⁰

ברוב הסכמי הגנת ההשקעות קיימות תניות בוררות-חובה המאפשרות למשקיעים ממדינת-הבית לפתוח בהליך של בוררות בין-לאומית נגד המדינה המארחת בגין הנזקים שנגרמו להם, לטענתם, כתוצאה מהפרה לכאורה של תנאי האמנה מצד המדינה שבה השקיעו.¹¹ זאת, באופן אוטונומי וללא צורך בקבלת אישור או תמיכה מצד מדינת-הבית. סכומי הפיצויים הנתבעים בהליכי הבוררות הללו נעים בין מיליוני דולרים ספורים ועד יותר ממיליארד דולר, ועלויות ההתדיינות עצמן עשויות אף הן להגיע לכדי כמה מיליוני דולרים.¹² מאפיין ייחודי זה – יישוב סכסוכים בין משקיע ממדינה אחת לממשלה של מדינה אחרת, המכונה לרוב investor-state dispute settlement – ISDS – חורג מהמבנה הווסטפלי המסורתי של המשפט הבין-לאומי, שלפיו כל מדינה נהנית מריבונות טריטוריאלית וחופשית לנהל את ענייניה בשטחה ללא התערבותם של גורמי חוץ.¹³ הסכמי הגנת השקעות מאפשרים למשקיע פרטי להעמיד את מדינותיה של המדינה המארחת ואת הרגולציות שהיא מאמצת לביקורתה של טריבונל בוררות בין-לאומי שאינו כפוף למדינה (בניגוד לבררת-המחדל של ניהול תביעה בבתי-משפט מדינתיים).

על רקע השאיפה להגן על משקיעים שפועלים במדינות זרות ולהקל תנועות הון בין מדינות ואף להגבירן, נכרתו בעשורים האחרונים הסכמי הגנת השקעות בין מדינות שונות בעולם,

9 ראו בהרחבה NEWCOMBE & PARADELL, לעיל ה"ש 1.

10 שם, בעמ' 43, 61.

11 שם, בעמ' 44–46.

12 DIANA ROSERT, THE STAKES ARE HIGH: A REVIEW OF THE FINANCIAL COSTS OF INVESTMENT TREATY ARBITRATION (International Institute for Sustainable Development, 2014), <https://bit.ly/3cDvKbo>.

13 ראו, למשל, ברודי, לעיל ה"ש 4; אלברטו אהרונוביץ "התפתחותה של סוגיית ההשקעות במשפט הבינלאומי וההגנה עליהן: בעקבות פסק הדין בעניין מפעל הנייר שעל שפת נהר אורוגוואי והארות על סוגיית ההשקעות בענף הנפט והגז בישראל" **מאזני משפט** ח 355 (2012). יצוין כי הסכמי הגנת השקעות כוללים לרוב גם מנגנון יישוב סכסוכים מדינתי, בדומה להסכמים בין-לאומיים רבים אחרים.

ומספר ההסכמים הללו הולך וגדל מדי שנה.¹⁴ אומנם, בשנות השישים והשבעים של המאה הקודמת היו אלה הסכמים שנכרתו בין מדינות מפותחות למדינות מתפתחות, במטרה להגביר את ההגנה המוענקת למשקיעים מהמדינות המפותחות. אולם למן שנות התשעים הסכמים אלה נכרתים גם בין מדינות מתפתחות לבין עצמן, ובשנים האחרונות גם בין מדינות מפותחות לבין עצמן.¹⁵ הסכמים אלה מגבירים את היקף ההגנה המוענקת למשקיעים זרים, ולכן נטען כי הם מקילים תנועות הון בין-לאומיות, ועשויים אף להגביר את היקף ההשקעות הזרות במדינות שהן צד להסכמים אלה. כמו-כן הם עשויים לסייע לרגולטורים, אשר מעוניינים לעיתים להטמיע צעדי מדיניות ליברליים במטרה לעודד השקעות זרות חרף התנגדותם של חלקים מסוימים בציבור וגורמי ממשל שונים, שכן אותם רגולטורים יכולים לטעון כי הם כבולים להתחייבויות הבין-לאומיות של המדינה.

אולם לצד גישות אלה, אשר מעודדות כריתה של הסכמי הגנת השקעות, יש המטילים ספק בתועלת המעשית הצומחת מהם. ראשית, כפי שכבר צוין, אין קונסנזוס מדעי לגבי הטענה שהסכמי הגנת השקעות אכן מגבירים תנועות הון בין מדינות.¹⁶ שנית, מחקרים אחדים מראים כי הסכמים אלה עלולים אף להביא לידי פגיעה בהיקף ההשקעות הזרות במדינות שהוגשה נגדן בוררות בין-לאומית, אולי בשל הפגיעה במוניטין של המדינה, המתלווה לעיתים לבוררות אלה.¹⁷ כמו-כן, בשנים האחרונות מתגברת הביקורת על השלכותיהם של הסכמים אלה על החופש הרגולטורי של מדינות. זאת, בעיקר בשל קיומו של מנגנון הבוררות המחייב שבהסכמים הללו, לצד ההתחייבויות העמומות שכלולות בהסכמים, אשר מפורשות לעיתים באופן שעלול להביא לידי צמצום משמעותי של החופש הרגולטורי של המדינה.¹⁸ הביקורת המרכזית מבוססת על הטענה שמנגנוני הבוררות הללו מצמצמים את יכולתה של המדינה לאמץ מדיניות ציבורית מחשש להליכי בוררות יקרים ובלתי-צפויים, באופן שאינו ראוי לדעת חלק מהמבקרים.¹⁹ ביקורת זו מתחזקת במיוחד לנוכח טענות שלפיהן טריבונלים לבוררות בין-לאומית בענייני השקעות אינם עקיבים בהחלטותיהם, ומפיקים החלטות סותרות, ושהבוררים מוטים לטובת משקיעים זרים ואינם מעניקים משקל ראוי לאינטרסים של המדינות שהן צד לסכסוך, ובכלל זה לשיקולים של משילות דמוקרטית.²⁰ ביקורות אלה יוצרות משבר

14 אולם בשנים האחרונות נדמה כי קצב כריתה ההסכמים החדשים הואט. ראו, למשל, U.N. CONF. ON TRADE & DEV., WORLD INVESTMENT REPORT 2017: INVESTMENT AND THE DIGITAL ECONOMY 111 (2017), http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017_en.pdf

15 ראו, למשל, Kenneth J. Vandeveld, *Model Bilateral Investment Treaties: The Way Forward*, 18 Sw. J. INT'L L. 307 (2011).

16 ראו לעיל ה"ש 7.

17 ראו, למשל, Todd Allee & Clint Peinhardt, *Contingent Credibility: The Impact of Investment Treaty Violations on Foreign Direct Investment*, 65 INT'L ORG. 401 (2011); Rachel L. Wellhausen, *Investor-State Disputes: When Can Governments Break Contracts?*, 59 J. CONFLICT RESOL. 239 (2015).

18 ראו, למשל, BACKLASH, לעיל ה"ש 2.

19 לדיון על כך ראו Tienhaara, *Threat of Arbitration*, לעיל ה"ש 2; Brown, לעיל ה"ש 2; Schill, לעיל ה"ש 2.

20 ראו, למשל, Franck, לעיל ה"ש 2.

לגיטימציה סביב מנגנוני הבוררות הבין-לאומית בענייני השקעות, שמצריך רפורמה בהסכמי הגנת השקעות על-מנת להבטיח למדינות חופש רגולטורי נחוץ.²¹ אכן, כפי שיורחב בהמשך, בשנים האחרונות נדמה כי מדינות פועלות להגדלת המרחב הרגולטורי הנובע מהסכמיהן. הליכי הבוררות שנוהלו בשנים האחרונות על-ידי יצרנית הטבק פיליפ מוריס (Philip Morris), ממחישים את ההשפעה האפשרית של הסכמי הגנת השקעות על החופש הרגולטורי של מדינות. הליכים אלה התקיימו במסגרת מאמציה של פיליפ מוריס להביא לידי צמצום הרגולציה על עיצוב האריזות של מוצרי טבק. רגולציה זו נועדה לצמצם את התדמית השיווקית של מוצרי הטבק, וזאת במסגרת הניסיון להרתיע צרכנים פוטנציאליים – בעיקר צעירים – מעישון, בשל הנזקים הבריאותיים שהעישון מסב. זה יותר מעשור שארגון הבריאות העולמי (World Health Organization – WHO) מקדם מדיניות שנועדה לפגוע בתדמית השיווקית הנלווית למוצרי טבק ועישון (על מותגיהם), כדי לצמצם את היקפי העישון בעולם.²² במסגרת זו קרא הארגון למדינות לאמץ מדיניות שכופה שימוש באריזות אחידות למוצרי טבק (מדיניות ה-Plain Packaging).²³ מדינות נקראו לחייב שימוש באריזות טבק שיופיעו בהן אזהרות מילוליות וגרפיות גדולות הממחישות את הסכנות שנלוות לעישון, שצבע האריזה יהיה אחיד וזהה לכל מותגי הטבק, וששם המותג יוצג בתחתית האריזה בגופן אחיד שייקבע על-ידי המדינה וללא סמליל (לוגו). כן נקראו המדינות להחיל איסור לשווק סוגי סיגריות שונים תחת אותו מותג, בשל החשש שהם מייצרים רושם מוטעה שסוגים מסוימים (המתויגים תחת התווית "light", למשל) מזיקים לבריאות פחות מאחרים.²⁴ חברות הטבק התנגדו לרגולציה זו, והפעילו שדלנים בכמה מדינות כדי למנוע את החלטה, על-מנת להגן על התדמית השיווקית שנלווית לעישון מוצרי טבק, ובפרט לעישון מותגי סיגריות מובילים, דוגמת Marlboro, שבבעלותה של חברת פיליפ מוריס.²⁵ אחד ממנופי הלחץ שהפעילה פיליפ מוריס נגד מדינות שבחנו את האפשרות לאמץ את הרגולציה שכופה אריזות טבק אחידות או מדיניות דומה אחרת היה איום

- 21 ראו, למשל, U.N. CONF. ON TRADE & DEV., INVESTMENT POLICY FRAMEWORK FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT 83 (2015), https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf (להלן: UNCTAD, SUSTAINABLE DEVELOPMENT). לעמדות אחרות ראו, למשל, Charles N. Brower & Stephan W. Schill, *Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law?*, 9 CHI. J. INT'L L. 471 (2009).
- 22 ראו, למשל, WORLD HEALTH ORGANIZATION, TOBACCO CONTROL LEGISLATION: AN INTRODUCTORY GUIDE (D. Douglas Blanke & Vera da Costa e Silva eds., 2nd ed. 2004), https://www.who.int/tobacco/research/legislation/tobacco_cont_leg/en/.
- 23 WORLD HEALTH ORGANIZATION, PLAIN PACKAGING OF TOBACCO PRODUCTS: EVIDENCE, DESIGN AND IMPLEMENTATION 30 (2016), <http://apps.who.int/iris/handle/10665/207478> (להלן: WHO, PLAIN PACKAGING).
- 24 ש.ס.
- 25 ראו, למשל, Emily Dugan, *The Unstoppable March of the Tobacco Giants*, INDEPENDENT (May 29, 2011), <https://bit.ly/3oO3PYI>; Nick O'Malley, *A Hard Sell in a Dark Market: The Tobacco Industry Is Prepared to Fight Hard Against a New Wave of Regulation*, SYDNEY MORNING HERALD (Apr. 24, 2010), <https://bit.ly/3rhOK2X>.

בהגשת הליכי בוררות נגדן על בסיס הסכמי הגנת השקעות, בטענות של יחס לא-הוגן, הפקעת קניין רוחני והפליה.²⁶

אורוגוואי הייתה בין המדינות הראשונות שאימצה רגולציה שהגבילה באופן משמעותי את עיצוב אריזות הטבק, אם כי באופן מחמיר פחות ממדיניות ה-Plain Packaging²⁷, ואוסטרליה הייתה המדינה הראשונה שאימצה את מדיניות ה-Plain Packaging באופן מלא.²⁸ פיליפ מוריס הזדרזה לממש את איומה, ופתחה בהליכי בוררות נגד שתי המדינות.²⁹ תביעת הבוררות של פיליפ מוריס נגד אוסטרליה הוגשה במקביל לעתירה חוקתית של כמה חברות טבק לבית-המשפט הגבוה (High Court) האוסטרלי בנושא, שנדחתה,³⁰ דבר המדגיש את הפוטנציאל לעקיפת מערכות מדינתיות הטמון בבוררות ISDS. תביעת הבוררות נדחתה בסופו של דבר לאחר שנים מספר, מכיוון שהטריבונול קבע כי התביעה נעשתה תוך שימוש לרעה בזכות, שכן היא הוגשה על בסיס שינוי במבנה התאגידי של פיליפ מוריס, שכלל הקמת חברה-בת בהונג-קונג כדי ליהנות מהסכם הגנת ההשקעות שבין הונג-קונג לאוסטרליה, וזאת לאחר שדבר החקיקה המגבילה באוסטרליה כבר היה ידוע לפיליפ מוריס (תופעה המכונה "treaty shopping").³¹ תביעתה של פיליפ מוריס נגד אורוגוואי נדחתה לאחר כשש שנים,³² בסיומו של הליך משפטי שזכה במימון על-ידי תורם חיצוני בשל משאביה המוגבלים של אורוגוואי, שאף הובילו אותה בשלב מסוים לבחינת האפשרות להגיע לפשרה עם פיליפ מוריס ולבטל את המדיניות שאומצה.³³

טענותיה העיקריות של פיליפ מוריס בתביעתה נגד אורוגוואי היו שמדינה זו – כמדינה המארחת את ההשקעה – הפקיעה את זכויות התאגיד הרב-לאומי לשימוש בסממן-מסחר, ושהיחס שהוענק הפר את הדרישה להעניק למשקיעים זרים יחס הוגן וצודק (להלן: FET).³⁴ פיליפ מוריס טענה כי המדיניות שאימצה אורוגוואי צמצמה את יכולתה לעשות שימוש

-
- 26 ראו Matthew C. Porterfield & Christopher R. Byrnes, *Philip Morris v. Uruguay: Will Investor-State Arbitration Send Restrictions on Tobacco Marketing Up in Smoke?*, INV. TREATY NEWS (July 12, 2011), <https://bit.ly/3ayjc1Y>; Todd Weiler, *Philip Morris vs. Uruguay: An Analysis of Tobacco Control Measures in the Context of International Investment Law* (2010), <https://bit.ly/39NCoKI>.
- 27 ראו, למשל, Benedict Mander, *Uruguay's Smoking Laws Draw Tobacco Fire*, FIN. TIMES (May 10, 2014), <https://on.ft.com/3av1OLF>.
- 28 WHO, PLAIN PACKAGING, לעיל ה"ש 23, בעמ' 22–32.
- 29 Philip Morris Brands Sàrl v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Request for Arbitration, 19 Feb. 2010; Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12, Notice of Arbitration, 21 Nov. 2011.
- 30 JT International SA v. Commonwealth of Australia, (2012) 250 CLR 1.
- 31 Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility, 17 Dec. 2015.
- 32 Philip Morris Brands Sàrl v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, 8 July 2016 (להלן: פיליפ מוריס נ' אורוגוואי).
- 33 Valentina S. Vadi, *Global Health Governance at a Crossroads: Trademark Protection v. Tobacco Control in International Investment Law*, 48 STAN. J. INT'L L. 93, 98 (2012).
- 34 פיליפ מוריס נ' אורוגוואי, לעיל ה"ש 32, בעמ' 3.

בסימני-המסחר שלה על-ידי דרישה שגודלם לא יעלה על 20% משטח הפנים של חפיסת הסיגריות, ועל-ידי ביטול האפשרות להציג סוגים שונים של סיגריות. בהתאם לכך, לטענתה, אורוגוואי הפקיעה את סימני-המסחר שלה באופן לא-ראוי. טענת ה-FET התבססה על כך שמדיניותה של אורוגוואי הפרה את הציפיות הלגיטימיות של פיליפ מוריס שיתאפשר לה לעשות שימוש בסימני-המסחר שלה.³⁵

הטריבוונל דחה את טענת ההפקעה של פיליפ מוריס. זאת, בין היתר, מאחר שמדיניותה של אורוגוואי נועדה לשרת את בריאות הציבור ולכן חוסה תחת סמכויות השיטור של המדינה שהוכרו במשפט הבין-לאומי המנהגי (police powers), שלאורם יש לפרש את הסכם הגנת ההשקעות.³⁶ טענתה של פיליפ מוריס שלפיה אורוגוואי לא העניקה לה יחס הוגן וצודק נדחתה אף היא. הטריבוונל קבע כי רצף השינויים הרגולטוריים של אורוגוואי, שהגביל את האפשרות לשווק מוצרי טבק משיקולי בריאות, לצד הקונסנזוס הבין-לאומי בדבר נזקי העישון, לא יכלו לייצר ציפייה לגיטימית שאורוגוואי תימנע מלנקוט צעדים נוספים שיגבילו את שיווקם של מוצרי הטבק במדינה. לפיכך המדיניות שאימצה אורוגוואי, קבע הטריבוונל, לא הפרה את הדרישה ליחס הוגן.³⁷

אף שהליכי הבוררות בשני המקרים נדחו, יש בהחלט אינדיקציות לכך שבזמן התנהלותם הם גררו אפקט מצנן (chilling effect) על נכונותן של מדינות לאמץ רגולציות דומות על מוצרי טבק.³⁸ כך, לאחר פרסום החלטת הבוררות בעניין אוסטרליה הכריזו מדינות נוספות אחדות על כוונתן לאמץ מדיניות דומה לזו של אוסטרליה, וסמוך לאחר סיום ההליכים נגד אורוגוואי החליטו לפחות שש מדינות נוספות להחיל בפועל מגבלות דומות.³⁹ זאת, בעוד כמעט לכל אורך התקופה שבה התנהלו הליכי הבוררות נמנעו מדינות מלאמץ מדיניות מסוג זה. כך, למשל, בישראל נחקק חוק המורה על שימוש באריות אחידות לשיווק מוצרי טבק רק בחודש ינואר 2019.⁴⁰ חקיקה זו אומצה רק לאחר פרסום פסקי הבוררות בעניין פיליפ מוריס ולאחר החלטתו של מנגנון יישוב הסכסוכים של ארגון הסחר העולמי (World Trade Organization – WTO), אשר כפופה עדיין לערעור, שבמסגרתה נדחו תלונות נגד חקיקה דומה שאומצה באוסטרליה. עמדתם של משרד המשפטים ומשרד הכלכלה, שהוצגה במסגרת הדיון בוועדת הכנסת על הצעת החוק, הייתה שהחקיקה עולה בקנה אחד עם ההתחייבויות הבין-לאומיות של

35 שם, בעמ' 53–57.

36 שם, בעמ' 71–88.

37 שם, בעמ' 111–123.

38 ראו, למשל, Tienhaara, *Warming World*, לעיל ה"ש 2, בעמ' 237–238.

39 רשימה חלקית כוללת את המדינות הבאות: הונגריה – אוגוסט 2016; ניו זילנד – ספטמבר 2016; רומניה – אוקטובר 2016; נורווגיה – דצמבר 2016; סלובניה – פברואר 2017; ואירלנד – ספטמבר 2017. ראו, *Standardized or Plain Tobacco Packaging: International Developments*, TOBACCO-FREE KIDS (2020), <https://bit.ly/3czHafZ>. על ההתפתחויות באירלנד ראו, למשל, Aine McMahon, *Plain Cigarette Packaging Comes into Force*, IRISH TIMES (Sep. 30, 2017), <https://bit.ly/3aJJ4bF>. ראו גם Tienhaara, *Warming World*, לעיל ה"ש 2, בעמ' 237–238.

40 ס' 14 לחוק הגבלת הפרסומת והשיווק של מוצרי טבק (תיקון מס' 7), התשע"ט–2019, ס"ח 166.

ישראל.⁴¹ זאת, בעוד שהצעות חוק קודמות בנושא נזנחו לאורך השנים, בין היתר על רקע הליכי הבוררות הללו ובצל תלונה מקבילה של כמה מדינות נגד אוסטרליה במסגרת ארגון הסחר העולמי.⁴² השינוי בעמדתם של חלק מהמשרדים הממשלתיים לאחר פרסום פסקי הבוררות בעניין, ולפני הדיון בערעור על ההחלטה שהתקבלה בארגון הסחר העולמי, עשוי לשקף את האפקט המצנן שיצרו הליכי הבוררות.

על רקע הליכי הבוררות מול פיליפ מוריס, החלו אוסטרליה ומדינות נוספות לכלול בהסכמיהן להגנת השקעות חריג שקובע כי הוראות ההסכם אינן חלות על תחום הטבק, וזאת במטרה להגן על יכולתן להטיל רגולציה בתחום זה.⁴³ החשש מפני אפקט מצנן שייגרם כתוצאה מהסכמים כאלה על הרגולציה בתחום הטבק, והשינוי האמור בהסכמי הגנת ההשקעות שנועד להתגבר על חשש זה, ממחישים הן את ההשלכות שעשויות להיות להסכמים אלה על החופש הרגולטורי של מדינות והן את האפשרות לצמצם השלכות לא-רצויות מסוג זה באמצעות ניסוח זהיר של הסכמי הגנת השקעות. הפרק הבא יוקדש להצגת מתודולוגיה ייחודית שגובשה לשם בחינת המידה שבה ניסוחים שונים של הסכמי הגנת השקעות עשויים להשפיע על החופש הרגולטורי של מדינות. זאת, על-מנת לבחון בהמשך מגמות בהסכמי הגנת השקעות של ישראל לאור החופש הרגולטורי שהם מאפשרים.

ב. מדד המרחב הרגולטורי בהסכמי הגנת השקעות: באיזו מידה מדינות שואפות לגמישות?

במסגרת מאמר זה נבחן את המרחב הרגולטורי בהסכמי הגנת ההשקעות שישראל צד להן באמצעות ניתוח אמפירי-כמותני של המידע הטקסטואלי של הסכמים אלה ("text as data" – "טקסט כנתונים"). המתודולוגיה שבה נשתמש שואבת מגישה מחקרית שזוכה בתשומת-לב גוברת בשנים האחרונות, אשר מתייחסת לטקסט שמופיע בהסכמים כאל מידע שניתן לנתח בכלים כמותניים.⁴⁴

41 פרוטוקול ישיבה מס' 892 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-20, 60 (18.12.2018) ("לא מצאנו טענות של ממש ביחס למחויבויות בהסכם בינלאומי ספציפי שלכאורה החוק מפר").

42 ראו, למשל, משרד הבריאות דו"ח שר הבריאות על העישון בישראל 2016 89 (גרסה מתוקנת, 2018) www.health.gov.il/PublicationsFiles/smoking_2016.pdf; פרוטוקול ישיבה מס' 204 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-19, 4–7 (10.2.2014) (נציגת הלשכה המשפטית של משרד הכלכלה גרסה אז כי "עד שנקבל הכרעה מהמנגנון ליישוב סכסוכים, ב-WTO, דבר שכנראה לא יהיה בקרוב, אנחנו לא יודעים היכן הרוח נושבת", ולכן "אנחנו מודאגים מהכללת סעיף המסמיך את הנושא של אריזה אחידה").

43 ראו על כך, למשל, Sergio Puig & Gregory Shaffer, *A Breakthrough with the TPP: The Tobacco Carve-Out*, 16 YALE J. HEALTH POL'Y L. & ETHICS 327 (2017).

44 ראו, למשל, Wolfgang Alschner & Dmitriy Skougarevskiy, *Mapping the Universe of International Investment Agreements*, 19 J. INT'L ECON. L. 561 (2016); Yoram Z. Haftel & Alexander Thompson, *The Independence of International Organizations: Concept and Applications*, 50 J. CONFLICT RESOL. 253 (2006); James McCall Smith, *The Politics of Dispute Settlement Design: Explaining Legalism in Regional Trade Pacts*, 54 INT'L ORG.

ניתוח המידע הטקסטואלי של הסכמי הגנת השקעות מאפשר להצביע על תופעות ומגמות שקיימות במספר רב של הסכמים. כפי שהוסבר לעיל, להסכמי הגנת השקעות יש לרוב מבנה כללי דומה. עם זאת, ניואנסים מסוימים בכל סעיף, ועצם ההחלטה לכלול סעיף זה או אחר, עשויים להשפיע על המרחב הרגולטורי של המדינה. כך, למשל, הסכם שכולל התחייבות להימנע מהפקעה ללא פיצוי מטיל מגבלה רחבה יותר מאשר הסכם שאינו כולל מגבלה מסוג זה. אולם הסכם הקובע התחייבות כזו אך מחריג מהגדרת ההפקעה פעולות רגולטוריות מסוימות, כגון מקרים שבהם המדינה המארחת קובעת ומעניקה רשיון כפייה (compulsory license) לשימוש בפטנט השייך למשקיע זר (כעיקרון, בהקשר של תרופות ומצבי חירום בריאותיים, בהתאם להסכמי ארגון הסחר העולמי),⁴⁵ נוקט מעין דרך-ביניים. ההתחייבות להימנע מהפקעה ללא פיצוי אומנם מגבילה את המרחב הרגולטורי של המדינה, אך החריגים מעניקים גמישות רגולטורית בתחומים שבהם המדינה רואה לנכון לשמרה. באמצעות ניתוח המידע הטקסטואלי של הסכמי הגנת השקעות ניתן לייצר מדד שבוחר את מידת המרחב הרגולטורי כמושפע מכל סעיף בהסכם, ולסכם את ההשפעה היחסית של ההסכם בכללותו על המרחב הרגולטורי. הודות לכך ניתן להשוות בין המרחב הרגולטורי שנגזר מהסכמים ומסעיפים שונים שמופיעים בהם, ולהצביע על תופעות ומגמות ביחסן של מדינות למרחב הרגולטורי הנחוץ בהסכמי הגנת השקעות, בהתייחס למשתנים כגון גורמים גיאופוליטיים, גורמים פנים-מדינתיים, גורמים בין-זמניים או נסיון של מדינות ביישום ההסכמים.⁴⁶ על-מנת למדוד את המרחב הרגולטורי שנגזר מהסכמי הגנת השקעות, אנו עושים שימוש במתודולוגיה שפותחה בסיועם של כמה מומחים בתחום ואומצה במסגרת פרויקט של ועידת האו"ם לסחר ופיתוח (United Nations Conference on Trade and Development – UNCTAD).⁴⁷ פרויקט זה שואף למפות את כלל אלפי ההסכמים להגנת השקעות בעולם, תוך בחינת המאפיינים המרכזיים הקיימים בהם. זאת, על-ידי ציון קיומו או אי-קיומו של סעיף מסוים או של מרכיב מסוים בסעיף בכל אחד מההסכמים הללו. מכיוון שהמתודולוגיה שפותחה במסגרת פרויקט זה לא התמקדה באופן שבו הסכמי הגנת השקעות עשויים להשפיע על המרחב הרגולטורי של מדינות, ערכנו בהתאמות מסוימות, שנועדו לבטא באופן מיטבי את היקף המרחב הרגולטורי שנגזר מסעיפים שונים בהסכמי הגנת השקעות. סעיפים אשר קיימים באופן טיפוסי בהסכמי הגנת השקעות וכוללים התחייבויות מהותיות והוראות פרוצדורליות סוגו תחת תשעים ושלושה משתנים הללו קובצו לארבעים

(2000) 137. ראו גם גיליון 20 של ה-JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW, שהוקדש לנושא.

45 ראו, למשל, Agreement Between the Government of the State of Israel and the Government of the Republic of the Union of Myanmar, art. 5(2), Isr.-Mmr., Oct. 5, 2014.

46 מכיוון שהמבנה הכללי של הסכמי הגנת השקעות דומה, הם מתאימים במיוחד לניתוח טקסטואלי מסוג זה. ראו גם Todd Allee & Andrew Lugg, *Who Wrote the Rules for the Trans-Pacific Partnership?*, 3(3) RES. & POL. 1 (2016), <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/2053168016658919>. ניתוח מפורט של מגמות אלה חורג ממטרתו של מאמר זה, אך ראו את ההפניות לעיל בה"ש 3.

47 *Mapping of IIA Content*, U.N. Conf. on Trade & Dev., <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mappedContent#iiaInnerMenu>.

ושתיים קטגוריות, שנגזרות משמונה מאפיינים מרכזיים של הסכמי הגנת השקעות העשויים להשפיע על המרחב הרגולטורי של מדינות.

בכל אחת מארבעים ושתיים הקטגוריות הוענק להסכם הנבחן ציון שנע בין 0 ל-1, המבטא את היקף המרחב הרגולטורי שמתאפשר תחת קטגוריה זו בהסכם (כאשר 0 מבטא מרחב רגולטורי מוגבל במיוחד, ו-1 מבטא מרחב רגולטורי גדול במיוחד). אופן קביעת הציון השתנה בהתאם לקטגוריה. כך, בחלק מהקטגוריות נקבע הציון על-ידי בחינת התקיימותם של תבחינים בסיסיים מסוימים, בעוד בקטגוריות אחרות נקבע הציון על-ידי הענקת משקל יחסי למרכיבים ספציפיים בתוך אותה קטגוריה וסכימת הערכים יחד לכלל ציון סופי של הקטגוריה.⁴⁸ לשם המחשה נציג להלן את שמונת המאפיינים המרכזיים של הסכמי הגנת השקעות העשויים להשפיע על המרחב הרגולטורי של מדינות, תוך הצגת דוגמאות אחדות לאופן שבו נמדד המרחב הרגולטורי שנגזר מהסכמי הגנת השקעות בכמה קטגוריות נבחרות. מכלול זה יוצר את מדד המרחב הרגולטורי המדינתי (state regulatory space – SRS) של כל הסכם.

1. **מידת הגמישות שניתן לפרש הודות לקביעות מסוימות שמופיעות במבוא (preamble) להסכמים** – המבוא להסכמים בין-לאומיים בכלל, ולהסכמי הגנת השקעות בפרט, עשוי להשפיע על פרשנותם. בהתאם לכך, טריבונלים לבוררות בין-לאומית בענייני השקעות עשויים להתחשב בקביעות שמופיעות במבוא להסכם כאשר הם מפרשים את סעיפיו האופרטיביים. כאשר המבוא להסכם כולל הכרה במטרות מדיניות שדורשות הגנה על המרחב הרגולטורי של המדינה כדי לממשן, הדבר עשוי להוביל לפרשנות מצמצמת של סעיפי ההסכם עצמם. כך, למשל, כאשר במבוא להסכם יש הכרה בצורך בקידום פיתוחן של המדינות שהן צד לו, טריבונל עשוי להעניק משקל רב יותר לצורך לאפשר למדינה לאמץ רגולציה שתקדם מטרה זו בעיניה, גם אם הדבר עלול לפגוע במשקיע זה.⁴⁹ כך, כאשר המבוא להסכם הגנת השקעות כולל התייחסות (1) לזכותה של מדינה להחיל רגולציות נחוצות (right to regulate), (2) למחויבותן של המדינות שהן צד להסכם למטרות פיתוח בר-קיימא (sustainable development), (3) למחויבות לסטנדרטים חברתיים מסוימים, כגון זכויות אדם וזכויות עובדים, או (4) לשיקולים סביבתיים, אזי הדבר עשוי להשפיע על פרשנות ההסכם, כך שאימוץ מדיניות שמשרתת את השיקולים והמטרות הללו לא יהווה הפרה של ההסכם. לכן אזכור של כל אחת מארבע הדוגמאות הללו מעניק להסכם 0.25 נקודות תחת קטגוריה זו (כך שמבוא הכולל את כל המרכיבים הללו זוכה בערך 1 בקטגוריה זו).

2. **סוגי ההשקעות והמשקיעים הזרים שעשויים ליהנות מהגנת ההסכמים, והחרגות גורפות** – הסכמי הגנת השקעות כוללים לרוב הגדרות שמפרטות את סוגי ההשקעות שעליהן יחול

48 הקטגוריות השונות משוקללות באופן שווה. אומנם, השפעתן על המרחב הרגולטורי אינה צפויה להיות אחידה, אולם בשלב זה אין בידינו תיאוריה מבוססת באופן מספק אשר תאפשר הענקת משקלות שונים לכל קטגוריה.

49 ראו, למשל, Joseph Charles Lemire v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/08/18, Decision on Jurisdiction and Liability, 14 Jan. 2010, paras. 272–273, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0453.pdf>

ההסכם. ככל שההגדרה רחבה יותר, סעיפי ההסכם יחולו על מגוון רחב יותר של השקעות, ובהתאם לכך התחייבויותיהן של המדינות שהן צד להסכם יחולו על מגוון רחב יותר של מצבים. מכיוון שכך, החופש הרגולטורי של המדינה יצטמצם ככל שהגדרות אלה יהיו רחבות יותר. באופן דומה, מכיוון שההתחייבויות שבהסכמים חלות על השקעות של משקיעים זרים, הגדרת המונח "משקיע זר" עשויה להשפיע באופן משמעותי על היקף התחייבויותיהן של המדינות במסגרת ההסכם. לבסוף, החרגות של עניינים מסוימים מההסכם עשויות לאפשר למדינות מרחב רגולטורי גדול יותר. כך, למשל, החרגה של מכרזים ממשלתיים מכללי ההסכם עשויים לאפשר למדינות להעניק עדיפות ליצרנים מקומיים במסגרת המכרז. כמו־כן, החרגה של תחום המיסוי מההסכם עשויה להקל על מדינות להתאים את מדיניות המיסוי שלהן לצורכיהן מבלי לחשוש שהדבר יוליד תביעות בוררות רחבות־היקף.⁵⁰

3. **סעיפי אי־הפליה והתחייבויות לסטנדרטים מסוימים כלפי משקיעים זרים** – הסכמי הגנת השקעות כוללים לרוב סעיפי אי־הפליה יחסיים בין משקיעים זרים למשקיעים מקומיים (national treatment – NT) וכן בין משקיעים זרים ממדינות שונות (most favored nation – MFNT – treatment). כמו־כן הם כוללים לרוב סטנדרטים מוחלטים, כגון התחייבות להעניק למשקיעים זרים יחס הוגן וצודק (FET) והתחייבות להעניק להם "הגנה וביטחון מלאים" (full protection and security). ניסוח סעיפים אלה עשוי להשפיע באופן משמעותי על היקף ההתחייבויות של המדינות שהן צד להסכם. כך, למשל, היקף ההתחייבויות הגלומות בסעיף אי־הפליה משתנה בין הסכם להסכם בהתאם לקיומם של חריגים לסעיף, ובהתאם לשאלה אם הוא חל רק כלפי משקיעים שכבר ביצעו השקעה במדינה המארחת (post-establishment) או גם כלפי משקיעים שטרם ביססו את השקעתם במדינה המארחת (pre-establishment). מטבע הדברים, החלת התחייבות זו לאי־הפליה גם כלפי משקיעים שטרם ביססו את השקעתם במדינה המארחת מרחיבה את היקף ההתחייבות באופן משמעותי, ולכן מצרה את המרחב הרגולטורי של המדינה. בהתאם לכך, הסכמים שהתחייבות זו אינה מופיעה בהם כלל זוכים בציון 1 בקטגוריה זו, לסעיפים שחלים רק על משקיעים שכבר ביססו את השקעתם במדינה המארחת ניתן הציון 0.5, וסעיפים שחלים גם על משקיעים שטרם ביססו את השקעתם במדינה המארחת מקבלים את הציון 0. באשר להיקף המרחב הרגולטורי הנובע מסעיף אי־הפליה בין משקיעים זרים ממדינות שונות, המרכיב המשפיע כאן הוא קיומם של חריגים לסעיף זה, כגון החרגה של מדיניות מס מהסעיף, החרגה של הסכמי אס"ח והסכמים כלכליים אחרים מהסעיף, והחרגה של מנגנוני יישוב סכסוכים הקיימים בהסכמים אחרים מהסעיף. כל אחד מהחריגים הללו זוכה בציון 0.25, כך שסעיף שמחריג את שלושת התחומים הללו זוכה בניקוד 0.75, ואם אין בהסכם

50 לשם המחשה, במסגרת הדיונים על שינוי תמלוגי הגז בישראל, העלה נציג מטעם חברת האנרגיה נובל אנרג'י טענה שלפיה הסכם הידידות שבין ישראל לבין ארצות־הברית מגביל את יכולתה של ישראל לשנות את מדיניות המיסוי שלה. ראו פרוטוקול ישיבה מס' 320 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה־18, 54–55 (5.10.2010) (להלן: פרוטוקול ועדת הכלכלה 2010). ראו גם להלן ה"ש 57 ובחלק ג(א).

- סעיף אי-הפליה בין משקיעים זרים ממדינות שונות, מוענק בקטגוריה זו ציון 1. לבסוף, גם ניסוחים שונים של סעיפי ה-FET עשויים להשפיע על היקף המגבלות שהמדינות נוטלות על עצמן במסגרת מאפיין מרכזי זה.⁵¹
4. **סעיפי ההפקעה (expropriation) שבהסכמים, כמו-גם התחייבויות מהותיות אחרות** – השפעתם של סעיפי ההפקעה על המרחב הרגולטורי של המדינות עשויה להשתנות בהתאם לניסוחם. כך, למשל, קביעת חזקה שלפיה מדיניות שנועדה להגן על בריאות הציבור אינה מהווה הפקעה פסולה עשויה להותיר למדינה מרחב רגולטורי גדול יותר. לצד זאת, התחייבויות אחרות, כגון התחייבות להימנע מדרישות ביצוע מסוימות (performance requirements) או התחייבות להעניק למשקיעים זרים פיצויים בשל לחימה, עשויות להגביל את המרחב הרגולטורי של המדינות.
5. **ממשל תקין (good governance)** – חלק מהסכמי הגנת ההשקעות כוללים התחייבויות מסוימות שנועדו להבטיח ממשל תקין במדינות המארחות השקעות זרות. זאת, בין היתר, על-ידי הכרה בצורך לשמר אינטרסים של בריאות הציבור והגנת הסביבה, תנאי עבודה מינימליים ועוד. כללים אלה עשויים לאפשר מרחב רגולטורי גדול יותר למדינות לשם שימור אינטרסים אלה.
6. **גמישות ההסכם** – הסכמי הגנת השקעות רבים כוללים סעיף שעשוי לאפשר למדינות להימנע מלהעניק למשקיע מסוים את הטבות הנובעות מההסכם (denial of benefits) בכפוף לתנאים שונים. העיתוי וסוג המצבים שבהם יוכלו המדינות לעשות זאת עשויים להשפיע על המרחב הרגולטורי של המדינה.⁵² לצד זאת, חריגים מסוימים, כגון חריג המאפשר לגרוע מסעיפי ההסכם במקרה של צורך בטחוני משמעותי (essential security exception), עשויים להגדיל את המרחב הרגולטורי של המדינה.
7. **סעיפים מוסדיים והוראות סופיות** – מנגנונים שמאפשרים לצדדים לשאת ולתת ביניהם במקרה של מחלוקת עשויים לאפשר גמישות רחבה יותר ביישום ההסכם, ועשויים לחסוך את הצורך בפנייה למנגנון יישוב סכסוכים מחייב, כגון בוררות. בכך הם עשויים להגדיל את המרחב הרגולטורי של המדינות. קטגוריה זו כוללת גם סעיפים שמופיעים לרוב בסוף ההסכם וקובעים את המנגנונים לביטולו, שעשויים אף הם להשפיע על המרחב הרגולטורי

51 ראו, למשל, U.N. CONF. ON TRADE & DEV., FAIR AND EQUITABLE TREATMENT: UNCTAD SERIES ON ISSUES IN INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS II 17–29 (2012), http://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d5_en.pdf (להלן: UNCTAD, FET).

52 חלק מסעיפי ה-denial of benefits מנוסחים כך שכל מדינה רשאית לסרב להעניק למשקיע את הטבות הקבועות בהסכם ללא צורך בהסכמתה של המדינה האחרת, בעוד הסכמים אחרים דורשים את הסכמת המדינות. כמו-כן, חלק מההסכמים מאפשרים למנוע את הטבות ההסכם ממשקיע שאין לו פעילות עסקית משמעותית (business operations substantive) במדינת-הבית, ואילו חלק מההסכמים מאפשרים למנוע את הטבות ההסכם ממשקיע הנמצא בבעלותו של אדם ממדינה שלישית שלמדינה המארחת אין יחסים דיפלומטיים עימה. כל אחד מהמרכיבים הללו משפיע על הערך שמוענק לסעיף במדד המרחב הרגולטורי, ומשקלו של כל אחד הוא שלישי נקודה (כך שאם לפי ההסכם למדינות יש שיקול-דעת עצמאי למנוע את הטבות ההסכם מהמשקיע הזר, וניתן לעשות זאת הן בשל שיקולים של העדר יחסים דיפלומטיים והן בשל העדר פעילות עסקית משמעותית במדינת-הבית, מוענק לסעיף הציון 1).

של המדינות שהן צד להסכם. כך, למשל, הסכמי הגנת השקעות רבים כוללים סעיפים הקובעים כי גם לאחר ביטול ההסכם הוא ימשיך לחול לתקופה של שנים אחדות ביחס להשקעות שבוצעו כאשר ההסכם היה תקף (סעיפים אלה מכונים סעיפי sunset או survival, מאחר שהם מותירים את התחייבויות ההסכם על כנן גם לאחר ביטולו). סעיפים אלה נועדו להבטיח יציבות מסוימת למשקיעים הזרים, אך הם עשויים להגביל לתקופה ממושכת את יכולתן של המדינות שהן צד להסכם לנקוט צעדי מדיניות שאינם עולים בקנה אחד עם ההתחייבויות שקבועות בו, וזאת גם לאחר קבלת החלטה לסגת מההתחייבויות הללו על-ידי ביטול ההסכם.⁵³

8. **סעיפי ה-ISDS שמאפשרים למשקיע זר לפתוח בהליכי בוררות נגד המדינה המארחת בשל טענות להפרת ההסכם** – כפי שהוסבר בפרק הקודם, מנגנוני ה-ISDS מעוררים חשש משמעותי שהסכמי הגנת השקעות עלולים לצמצם את המרחב הרגולטורי של מדינות. זאת, בגלל עצם ההיחשפות לתביעות בין-לאומיות יקרות בגין פעולות ממשלתיות, ובגלל היקפה של היחשפות זו. מכיוון שכך, היקף הסמכות המוענקת למנגנון הבוררות (כאחד ממאפייני ה-ISDS) עשוי להשפיע על המרחב הרגולטורי של המדינה. סעיפים שקובעים את מנגנוני ה-ISDS עשויים להיות מורכבים, ולכן המרחב הרגולטורי שנובע מהם נמדד באמצעות תשעה משתנים שונים. לדוגמה, חלק מהסכמי הגנת השקעות מגבילים את סמכות השיפוט המוענקת לבוררות על-ידי החרגה של תחומים מסוימים או קביעה שהליך הבוררות יוגבל רק לטענות מסוימות. הסכמים שאינם כוללים הגבלות מסוג זה מצמצמים את המרחב הרגולטורי של מדינות במידה הרבה ביותר – מכיוון שכל מדיניות ממשלתית עלולה להיות כפופה לביקורת של מנגנון הבוררות המחייב – ולכן מקבלים במשתנה זה את הציון 0. לעומת זאת, הסכמים שכוללים חריגים לסמכותו של מנגנון הבוררות מאפשרים מרחב רגולטורי גדול יותר, ולכן מקבלים את הציון 0.75 במשתנה זה, בעוד הסכמים שאינם כוללים מנגנון ISDS כלל מאפשרים את המרחב הרגולטורי הגדול ביותר תחת קטגוריה זו, ולכן זוכים בציון 1 במשתנה זה.

השימוש במדד המרחב הרגולטורי מסייע להבחין במגמות שונות ביחסן של מדינות כלפי הסכמי הגנת השקעות בהקשר זה. כפי שנדגים בפרק הבא, מדיניותה של ישראל כלפי הסכמי הגנת השקעות והמרחב הרגולטורי שנגזר מהם עולה באופן כללי בקנה אחד עם מגמות אזוריות ועולמיות.

כך, בחינה של מדד המרחב הרגולטורי הממוצע בכ-2,700 הסכמי הגנת השקעות (שמהווים יותר מ-80% מסך ההסכמים הקיימים) שנכרתו משנות השישים ועד 2017 מגלה מגמה עקיבה של צמצום המרחב הרגולטורי של מדינות בהסכמי הגנת השקעות עד לראשית שנות האלפיים: בעוד מדד המרחב הרגולטורי הממוצע ב-142 הסכמים שנבדקו מבין אלה שנכרתו בשנים

53 ראו James Harrison, *The Life and Death of BITs: Legal Issues Concerning Survival Clauses and the Termination of Investment Treaties*, 13 J. WORLD INV. & TRADE 928 (2012); Gisela Bolívar, *The Effect of Survival and Withdrawal Clauses in Investment Treaties: Protection of Investments in Latin America*, in REGIONALISM IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 162 (Leon E. Trakman & Nicola W. Ranieri eds., 2013).

1959–1979 עומד על 0.375, הממוצע ב-203 הסכמים שנכרתו בשנים 1980–1989 עומד על 0.250, ואילו ב-1,783 הסכמים שנכרתו בשנים 1990–2004 הוא עומד על 0.215. עם זאת, זה יותר מעשור ניתן להבחין שהמרחב הרגולטורי בהסכמי הגנת השקעות הולך וגדל מחדש. כך, מדד המרחב הרגולטורי הממוצע ב-567 הסכמים שנבדקו מביין אלה שנכרתו בשנים 2005–2017 עומד על 0.275. כפי שנטען בפרק הבא, ניתן להצביע על מגמה דומה גם בהסכמיה של ישראל להגנת השקעות.

כמורכב, השוואה באמצעות מדד המרחב הרגולטורי בין ההסכמים שנוהל לגביהם משא-ומתן מחדש לשינוי תנאיהם לבין ההסכמים החדשים שנכרתו לבסוף מגלה כי מדינות ערכו שינויים משמעותיים בסעיפים מהותיים – למשל, כאלה שעוסקים בהגדרות של השקעות ומשקיעים, בגמישות ובהחרגות בטחוניות.⁵⁴ לעומת זאת, נראה שהן נטו פחות להגדיל את המרחב הרגולטורי הנובע מפרקי ההסכם הנוגעים במנגנון יישוב הסכסוכים המחייב.⁵⁵ באופן דומה, כפי שנרחיב להלן, היקף המרחב הרגולטורי שנגזר מפרקי ה-ISDS המופיעים בהסכמי הגנת השקעות שישראל צד להן לא השתנה באופן משמעותי בשנים האחרונות, על-אף השינויים שחלו ביתר סעיפי ההסכמים.

לצד זאת, מנייתוחים סטטיסטיים על הקשר שבין מספר הליכי ה-ISDS נגד מדינות לבין מדד המרחב הרגולטורי של הסכמי השקעות חדשים שהן כורתות ושל הסכמים קיימים שהן משנות עולה כי ככל שמדינות נחשפות להליכי בוררות ISDS במידה רבה יותר, הן נוטות לפעול להגדלת המרחב הרגולטורי שנגזר מהסכמיהן. זאת, באמצעות ביטול הסכמים קיימים או עריכת שינויים מוסכמים בהם על-ידי משא-ומתן מחדש.⁵⁶ ישראל אומנם טרם נתבעה בהליך בוררות ISDS, אך כפי שנציע בהמשך, ייתכן שהאיומים בהליכי בוררות של נובל אנרג'י נגד ישראל סביב גיבוש מתווה הגז השפיעו על ניסוחם של הסכמי הגנת השקעות שכרתה ישראל בשנים האחרונות.⁵⁷

U.N. CONF. ON TRADE & DEV., UNCTAD'S REFORM PACKAGE FOR THE INTERNATIONAL INVESTMENT REGIME (2018), <https://bit.ly/3ri1bvH> 54

שם; Broude, Haftel & Thompson, *Who Cares?* לעיל ה"ש 3. 55

Haftel & Thompson, *When Do States*; 3 לעיל ה"ש 3; Thompson, Broude & Haftel 56
Renegotiate? לעיל ה"ש 3; Lauge N. Skovgaard Poulsen & Emma Aisbett, *When the Claim His: Bilateral Investment Treaties and Bounded Rational Learning*, 65 WORLD POL. 273 (2013).

57 איומים מפורשים מצד נציגי נובל אנרג'י לשימוש במנגנוני יישוב סכסוכים שקיימים בהסכמים בין-לאומיים עלו סביב הדיון על שינוי תמלוגי הגז בשנת 2010, אם כי אז האפשרות שהועלתה הייתה שארצות-הברית תפתח בהליכים נגד ישראל על בסיס הסכם הידידות (Friendship, Commerce and Navigation) שבין המדינות, ולא במסגרת סכסוך ISDS שמבוסס על הסכם הגנת השקעות רגיל. ראו על כך פרוטוקול ועדת הכלכלה 2010, לעיל ה"ש 50, בעמ' 54–55. בשלב מאוחר יותר ניכר מעמדתו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה אבי ליכט, במהלך דיוניה של ועדת הכלכלה על מתווה הגז, כי התעורר חשש שנובל אנרג'י פועלת לביסוס תשתית משפטית לפתיחה בהליכי ISDS על בסיס הסכם הגנת השקעות שבין ישראל לבין קפריסין. ראו פרוטוקול ישיבה מס' 98 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-20, 60 (29.11.2015) (להלן: פרוטוקול ועדת הכלכלה 2015) ("אם המתווה הזה לא יעבור, אנחנו מצויים בחשיפה לבוררות בין-לאומית... אחת החברות בשרשור של נובל היא חברה קפריסאית, לכן היא עושה שימוש בהסכם הסחר שלנו

לבסוף, כאשר משווים בין מדינות דומות באותן שנים, ניתן להבחין שהסכמי אס"ח הכוללים פרק השקעות מאפשרים בממוצע מרחב רגולטורי גדול יותר מהסכמי הגנת השקעות דו-צדדיים. כך, בעוד מדד המרחב הרגולטורי הממוצע בכ-2,700 הסכמי הגנת ההשקעות שנבדקו עומד על 0.23, מדד המרחב הרגולטורי הממוצע ב-68 הסכמי האס"ח שנבדקו עומד על 0.45. ישראל כרתה לפני שנים אחדות הסכם אס"ח ראשון שכולל פרק השקעות עם קולומביה, ובהתאם למגמה העולמית, המרחב הרגולטורי שנגזר ממנו גדול מהממוצע בהסכמי הגנת ההשקעות של ישראל. ישראל נמצאת במשא-ומתן עם כמה מדינות נוספות לכריתת הסכמי אס"ח שצפויים להיכלל בהם פרקי השקעות. אם פרקים אלה יהיו דומים לפרק שבהסכם בין ישראל לקולומביה או להסכם ההשקעות של ישראל עם יפן, אזי המרחב הרגולטורי שינבע מהם צפוי להיות גדול יותר מהממוצע בהסכמיה של ישראל עד כה.

בפרק הבא נתמקד בהסכמי הגנת השקעות שישראל היא צד להן, ונבחן את התמורות שחלו במרחב הרגולטורי שנגזר מהם באמצעות המתודולוגיה שהוצגה בפרק זה.

ג. הסכמי הגנת ההשקעות של ישראל והשפעתם על המרחב הרגולטורי של המדינה

פרק זה ינתח את התמורות המרכזיות שחלו בהסכמי הגנת ההשקעות של ישראל ואת השינויים שחלו במרחב הרגולטורי המדינתי הנובע מהם. חלקו הראשון של הפרק יסקור באופן סכמתי את התפתחותם של הסכמי הגנת ההשקעות של ישראל. לאחר סקירה זו יוצג ניתוח מפורט של השינויים שחלו במדד המרחב הרגולטורי של הסכמי הגנת ההשקעות של ישראל לאורך התקופות השונות, תוך השוואה למגמות בעולם. לבסוף יוצגו דוגמאות אחדות שניתן ללמוד מהן כיצד הסכמי הגנת ההשקעות של ישראל עשויים להשפיע בפועל על המרחב הרגולטורי של המדינה.

1. סקירה סכמתית: התפתחותם של הסכמי הגנת ההשקעות של ישראל

למן תחילת שנות השבעים כרתה ישראל כמה עשרות הסכמי הגנת השקעות. שני הסכמי ההשקעות הראשונים של ישראל שונים באופן משמעותי מאלה שבאו בעקבותיהם, בין היתר בשל עצם העובדה שהם נכרתו עם מדינות מפותחות שהיקף ייצוא ההון שלהן משמעותי. הסכם הגנת ההשקעות הראשון של ישראל נכרת עם גרמניה בראשית שנות השבעים.⁵⁸ ההסכם חל רק על השקעות שהוענק להן אישור על-ידי המדינה, והיקף ההגנה שהוענקה מתוקפו מצומצם יחסית: לא נקבע בו מנגנון יישוב סכסוכים בין המשקיע לבין המדינה, בדומה לכל

מול קפריסין... יש לנו סיכון משפטי בכך שהמתווה לא יתקדם. זה סיכון משמעותי וצריך לקחת אותו בחשבון לאור ההתנהלות". ראו גם ליאור גוטמן "נובל שוב מאיימת בבוררות שתעכב את פיתוח לווייתן" **כלכליסט** (6.9.2015) www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3668686,00.html; עמירם ברקת "נובל נערכה מראש לתביעה משפטית נגד ישראל – מה סיכוייה?" **גלובס** (7.9.2015) www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001067151

58 עמ' זאת, מבירור עם משרד האוצר עולה כי ההסכם בתוקף, ככל הנראה, רק למן שנות השמונים.

הסכמי הגנת ההשקעות המוקדמים של גרמניה, שהייתה חלוצה בתחום. ההסכם השני של ישראל נכרת עם צרפת בראשית שנות השמונים, אך ישראל הודיעה על ביטולו בשנות התשעים.⁵⁹

לבד משני ההסכמים הללו ניתן להצביע על שלוש תקופות מרכזיות מבחינת עיצובם של הסכמי הגנת ההשקעות של ישראל: התקופה שקדמה לאימוצו של מודל הגנת ההשקעות בשנת 2003; התקופה שלאחר אימוץ המודל ועד לכריתת הסכם האס"ח עם קולומביה בשנת 2013; והתקופה הנוכחית, למן כריתת הסכם עם קולומביה, שבמהלכה נדמה שישראל מגבשת מדיניות חדשה כלפי הסכמי הגנת השקעות. כפי שנפרט להלן, תהליך זה טרם הסתיים, ולכן קשה לאפיין בבהירות את מדיניותה הנוכחית של ישראל כלפי הסכמי הגנת השקעות.

(א) משנות התשעים ועד לראשית שנות האלפיים: הסכמיה הראשונים של ישראל

התקופה הראשונה כוללת הסכמים שנכרתו בשנות התשעים ובראשית שנות האלפיים.⁶⁰ הסכמים אלה נכרתו עם מדינות שבמועד כריתת הסכמים היו מדינות מתפתחות, והעניקו למשקיעים הגנה רחבה יחסית ללא חריגים מפורשים. כך, למשל, הסכמים אלה אינם כוללים חריג בטחוני שמאפשר למדינה המארחת לגרוע מהתחייבויות ההסכם בשל צורך בטחוני משמעותי. מכיוון שכך, הסכמים אלה עשויים לצמצם את המרחב הרגולטורי של המדינות אפילו בתרחישי קיצון (בכפוף לדיני המשפט הבין-לאומי הכלליים).⁶¹ הסכמים אלה תאמו את המגמות העולמיות באותה תקופה. ישראל השתלבה במגמה העולמית ששררה למן סוף שנות השמונים, שבמסגרתה מדינות כרתו מספר הולך וגדל של הסכמי הגנת השקעות.⁶² עם זאת, המרחב הרגולטורי שנגזר מהסכמיה של ישראל מתקופה זו נמוך מהממוצע בעולם. כך, מדד המרחב הרגולטורי הממוצע ב-1,783 הסכמים שנבדקו מבין אלה שנכרתו בין 1990 ל-2004 עומד על 0.215, בעוד מדד המרחב הרגולטורי הממוצע ב-32 הסכמיה של ישראל שנכרתו באותה תקופה עומד על 0.188 בלבד. מנקודת-מבטה של ישראל, ההגנה הרחבה יחסית שהוענקה בהסכמים אלה למשקיעים נבעה, ככל הנראה, מכך שהם נכרתו עם מדינות שהיו

59 כך עולה מבירור עם משרד המשפטים. עם זאת, ייתכן שתקפותה של הודעת הביטול שנויה במחלוקת. ראו Reich, לעיל ה"ש 4, בעמ' 43-44.

60 מראשית שנות התשעים ועד לאימוצו של מודל הגנת ההשקעות בשנת 2003, כרתה ישראל 29 הסכמים – כולם עם מדינות שהיו מדינות מתפתחות בעת כריתת ההסכם. המדינות שעמן נכרתו ההסכמים הן הונגריה, פולין, בולגריה, לטביה, אסטוניה, אוקראינה, אוזבקיסטן, ליטא, סין, טורקמניסטן, גיאורגיה, ארגנטינה, קזחסטן, אלבניה, הודו, טורקיה, מולדובה, צ'כיה, אורוגוואי, סלובניה, רומניה, קפריסין, קוריאה הדרומית, סלובקיה, ארמניה, תאילנד, אל-סלוודור, בלרוס וקרוואטיה.

61 ראו בהמשך את הדיון בפרשת *Ampal v. Egypt* באשר לאופן שבו טריבונל בורות בענייני השקעות עשוי לבקר את השיקולים הבטחוניים של המדינה. יצוין כי כאשר מתקיימות דרישות הנחיצות (necessity), מדינה עשויה להיות רשאית לחרוג מהתחייבויותיה הבין-לאומיות, ובפרט מהתחייבויותיה על-פי הסכמי הגנת השקעות. ראו, למשל, RUDOLF DOLZER & CHRISTOPH SCHREUER, PRINCIPLES OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 186 (2nd ed. 2012).

62 ראו, למשל, Kenneth J. Vandeveld, *Model Bilateral Investment Treaties: The Way Forward*, 18 Sw. J. INT'L L. 307, 307-308 (2011).

מדינות מתפתחות באותה עת, ומטרתם הייתה להגן על משקיעים ישראלים שפעלו במדינות אלה, ולא למשוך השקעות זרות לישראל.⁶³

(ב) 2012–2004: אימוץ מודל של הסכמי הגנת השקעות

התקופה המשמעותית השנייה בעיצובם של הסכמי הגנת ההשקעות של ישראל החלה בראשית שנות האלפיים, כאשר ישראל החליטה לעצב מודל שימש אותה לצורך כריתה של הסכמי הגנת השקעות. בתקופה של תהליך עיצוב זה, משנת 2000 ועד לאימוץ המודל בשנת 2003, הקפיאה ישראל את רוב המשאים-ומתנים שניהלה לכריתת הסכמי השקעות, כדי לאפשר הערכה מחודשת של מדיניותה.⁶⁴ בסופו של דבר כלל מודל זה התחייבויות מוגבלות בהשוואה להסכמי הגנת ההשקעות הקודמים שכרתה ישראל, ואלה מאפשרות מרחב רגולטורי גדול יותר מהסכמים שנכרתו בעבר. הדבר הושג הן על-ידי שינוי ניסוחם של חלק מהסעיפים וההגדרות שבהסכם והן על-ידי הכללת חריגים שלא הופיעו קודם לכן, כגון החריג הבטחוני.⁶⁵ אף שהמרחב הרגולטורי שנגזר מהסכמים אלה גדול מזה שנגזר מהסכמיה הקודמים של ישראל, הוא עדיין מצומצם במעט מהממוצע העולמי באותה תקופה. מדד המרחב הרגולטורי הממוצע ב-567 הסכמים שנבדקו מבין אלה שנכרתו בשנים 2004–2012 עומד על 0.239, בעוד מדד המרחב הרגולטורי הממוצע של ישראל בשנים אלה עומד על 0.218. ישראל החלה לכרות הסכמי הגנת השקעות בהתאם למודל זה החל בשנת 2004,⁶⁶ והמשיכה לעשות כן עד לכריתת הסכם האס"ח עם קולומביה בשנת 2013, שכלל פרק השקעות מפורט.⁶⁷ ההבדלים בין הסכמי הגנת ההשקעות שקדמו לאימוץ המודל לבין אלה שבאו בעקבותיו עשויים לבטא את רצונה של ישראל לצמצם את החשיפה המשפטית הנובעת מהסכמי הגנת ההשקעות שהיא כורתת, ולהבטיח לעצמה מרחב רגולטורי מסוים. עם זאת, גם לאחר אימוץ המודל המשיכה ישראל במדיניות של כריתת הסכמי הגנת השקעות עם מדינות מתפתחות בלבד.⁶⁸

- 63 ראו, למשל, עורד בונה "הסכמי הגנה על השקעות חוץ והקשר הישראלי" הרבעון הישראלי למסים 45, 104 (1999); Chalamish, לעיל ה"ש 4, בעמ' 131–134. ראו גם את ביקורתו של אריה רייך על מדיניות זו: Reich, לעיל ה"ש 4, בעמ' 45–47.
- 64 ראו גם Chalamish, לעיל ה"ש 4, בעמ' 138–139. בשנת 2003 נכרתו הסכמי הגנת השקעות עם מונגוליה ואתיופיה לא על-פי המודל החדש, בשל המשא-ומתן המתקדם שהתנהל עם מדינות אלה לפני הקפאת השיחות בשנת 2000.
- 65 לניתוח מפורט של סעיפי הגנת ההשקעות שהתבססו על מודל זה ראו Chalamish, לעיל ה"ש 4, בעמ' 159–204. ראו גם Reich, לעיל ה"ש 4, בעמ' 47–52.
- 66 ראו גם Chalamish, לעיל ה"ש 4, בעמ' 138.
- 67 חודשים אחדים לאחר כריתת ההסכם עם קולומביה נכרת הסכם הגנת השקעות בין ישראל לבין מיאנמר, אשר זהה כמעט למודל של הסכמי הגנת ההשקעות של ישראל מראשית שנות האלפיים. ניתן להניח שהמשא-ומתן לכריתת הסכם זה החל זמן מה קודם לכן, ושייך למעשה לתקופה השנייה בתהליך התפתחותם של הסכמי הגנת ההשקעות של ישראל. זאת, הן בשל תוכנו והן בשל ההשקפה שהוא נועד לשרת בעיקר משקיעים ישראלים בחו"ל. ראו, למשל, אגף הכלכלן הראשי במשרד האוצר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 8.
- 68 למן שנת 2004 כרתה ישראל שישה הסכמי הגנת השקעות המבוססים על המודל שאומץ בשנת 2003. הסכמים אלה נכרתו עם המדינות הבאות, שכולן מתפתחות: סרביה ומונטנגרו, דרום-אפריקה, גואטמלה, אזרבייג'ן, אוקראינה ומיאנמר.

(ג) למן שנת 2013: תקופת-ביניים לקראת גיבושו של מודל הגנת השקעות חלופי?

הסכם האס"ח שנכרת עם קולומביה בשנת 2013 בישר על תחילתה של תקופה חדשה – שמצויה עדיין בהתהוות – בעיצוב הסכמיה של ישראל. פרק ההשקעות בהסכם עם קולומביה חורג באופן משמעותי מהמודל של הסכמי הגנת ההשקעות שעוצב בראשית שנות האלפיים. שנים מספר לאחר מכן, בשנת 2017, נכרת הסכם הגנת השקעות בין ישראל ליפן, אשר שונה באופן משמעותי מהמודל האמור, אך גם מפרק ההשקעות שבהסכם האס"ח עם קולומביה. כמו-כן, על-פי משרד האוצר, במהלך שנת 2018 תוכנן להשיק מודל חדש להסכמי הגנת ההשקעות העתידיים של ישראל,⁶⁹ אם כי תהליך גיבושו של מודל זה לא הושלם עד כתיבת מאמר זה.

בתוך כך, בשנים האחרונות ניתן להבחין בשלושה שינויי מדיניות מרכזיים במסגרת הסכמיה של ישראל להגנת השקעות. ראשית, ישראל מעניקה כעת עדיפות לכריתת הסכמי אס"ח שכוללים פרקי השקעות לצד פרקים אחרים שמכילים התחייבויות נוספות, בעיקר בתחום הסחר, במקום לכרות הסכמי הגנת השקעות עצמאיים, כפי שנהגה עד לכריתת הסכם עם קולומביה.⁷⁰ מגמה זו משתלבת במגמה העולמית של הכללת פרקי הגנת השקעות במסגרת הסכמי אס"ח. כמו-כן, כפי שנמחיש בהמשך, המרחב הרגולטורי שנגזר מהסכם האס"ח עם קולומביה גדול מזה שנגזר מיתר הסכמיה של ישראל, וגם זאת בהתאם למגמה העולמית, שבמסגרתה פרקי הגנת השקעות הכלולים בהסכמי אס"ח מאפשרים בממוצע מרחב רגולטורי גדול יותר מהסכמי הגנת השקעות העומדים בפני עצמם. כך, מדד המרחב הרגולטורי הממוצע בכ-2,700 הסכמי הגנת השקעות שנבדקו דומה למדד המרחב הרגולטורי הממוצע בכ-44 הסכמי הגנת השקעות שנכרתו על-ידי ישראל; ומדד המרחב הרגולטורי הממוצע בכ-68 הסכמי האס"ח שנבדקו דומה למדד המרחב הרגולטורי בהסכם האס"ח בין ישראל לקולומביה. שנית, משרד האוצר רואה כיום בהסכמי הגנת השקעות כלי למשיכת השקעות זרות לישראל, ומטרתם העיקרית כבר אינה רק הגנה על משקיעים ישראלים בחו"ל.⁷¹ לבסוף, לנוכח הסכמי הגנת ההשקעות של ישראל עם קולומביה ועם יפן, ייתכן שניתן להבחין במגמה של אימוץ ניסוחים המאפשרים למדינה מרחב רגולטורי גדול יותר מזה שנבע מהסכמיה הקודמים של ישראל, בדומה למגמה השוררת בעולם. כך, מדד המרחב הרגולטורי בהסכמיה של ישראל עם קולומביה ויפן עומד על 0.412 ו-0.401, בהתאמה, בעוד המדד הממוצע מאימוץ המודל ועד לשנת 2012 עמד כאמור על 0.218.

המרחב הרגולטורי הגדול יחסית שנגזר מהסכמים עם יפן וקולומביה נובע מכמה הבדלים משמעותיים שקיימים בהסכמים אלה ביחס להסכמיה הקודמים של ישראל. כך, למשל, המבוא להסכמים מתייחס למחויבותן של המדינות לשיקולים חברתיים שלא הופיעו בהסכמיה הקודמים של ישראל; הגדרת ההשקעות שסעיפי ההסכמים חלים עליהן מצומצמת בהשוואה להסכמים קודמים; בניגוד לעבר, ההסכמים כוללים חריגים שנועדו לאפשר למדינות חופש

69 אגף הכלכלן הראשי במשרד האוצר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 1.

70 ש.ם.

71 ש.ם.

פעולה יחסי בהגנה על אינטרסים ציבוריים שחורגים מהצורך הבטחוני, כגון שיקולים של בריאות הציבור; והתחייבויות המהותיות בהסכם מנוסחות באופן שעשוי לייצר מחויבויות מצומצמות מבעבר. לדוגמה, בניגוד להסכמיה הקודמים של ישראל, הסעיפים המגדירים התחייבויות להעניק למשקיעים זרים יחס הוגן וצודק (FET) קובעים כי התחייבות זו היא בהתאם לדין הבין-לאומי המנהגי. מקביעה זו משתמע שהתחייבות זו אינה מוסיפה על הנדרש על-פי הדין הבין-לאומי המנהגי, אלא רק קולטת אותו למסגרת האמנתית. לכן יש הטוענים כי ניסוח הסעיף באופן זה עשוי לצמצם את היקף ההתחייבות להעניק למשקיעים "יחס הוגן וצודק", ובכך להעניק למדינות מרחב רגולטורי גדול מזה שנבע מהסכמיה הקודמים של ישראל.⁷² לצד זאת, סעיף הבוררות בהסכמים, שמאפשר למשקיע זר לפתוח בהליך בוררות, מפורט יותר באופן משמעותי בהשוואה להסכמיה הקודמים של ישראל. בין היתר, לראשונה בהסכמיה של ישראל נקבעו תנאים להתיישנות, שלפיהם ניתן לפתוח בהליכי בוררות ISDS רק בתוך שלוש שנים מהיום שבו נודע למשקיע על פעולה של המדינה המארכת שמהווה הפרה לכאורה של ההסכם ועל הנזק שנגרם לו כתוצאה מכך.⁷³ קביעה זו מצמצמת את החשיפה המשפטית שנובעת מסעיף ה-ISDS בהשוואה לסעיפים שאינם כוללים סעיף התיישנות מסוג זה, ולכן מאפשרת מרחב רגולטורי גדול יותר בהשוואה להסכמים הקודמים.

על-אף נקודות הדמיון הללו, יש כמה הבדלים משמעותיים בין ההסכם של ישראל עם קולומביה לבין ההסכם שלה עם יפן, שבעטיים קשה לאפיין באופן ברור את מדיניותה הנוכחית של ישראל באשר להסכמי הגנת השקעות. כך, למשל, ההסכם עם יפן כולל – לראשונה בהסכמיה של ישראל – התחייבות להימנע מהטלת דרישות ביצוע (performance requirements),⁷⁴ כגון התניית הענקת הטבות ליצרן בכך שיצרוך תוצרת מקומית מסוימת. אומנם נקבעו חריגים לכך, אך ככלל סעיף זה עשוי לצמצם את המרחב הרגולטורי של המדינה במגוון תחומים, בפרט כאשר היא מעוניינת להעניק תמיכות לייצור מקומי. כמו-כן, ההסכם עם יפן מרחיב התחייבויות שהופיעו עד כה בהסכמיה של ישראל להימנע מהפליית משקיעים זרים ביחס למשקיעים מקומיים וביחס למשקיעים זרים ממדינות אחרות, בהחילו התחייבויות אלה גם כלפי משקיעים שטרם ביססו את השקעתם במדינה המארכת (pre-establishment), ולא רק

72 ראו, למשל, UNCTAD, FET, לעיל ה"ש 51, בעמ' 17–29; UNCTAD, SUSTAINABLE DEVELOPMENT, לעיל ה"ש 21, בעמ' 83; IOANA TUDOR, THE FAIR AND EQUITABLE TREATMENT STANDARD IN THE INTERNATIONAL LAW OF FOREIGN INVESTMENT 15–52 (2008). כנגד זה ראו Franck, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1589.

73 'ס' 10.12 (7) להסכם האס"ח בין ישראל לבין קולומביה, לעיל ה"ש 5, קובע כך: "An investor shall not submit a Notice of Dispute if more than three years have elapsed since the date the investor had knowledge or should have had knowledge of the alleged violation of the provisions of this Chapter, as well as of the alleged losses and damages". 'ס' 24 (7) להסכם הגנת ההשקעות בין ישראל לבין יפן, לעיל ה"ש 6, כולל קביעה דומה: "Notwithstanding paragraph 6, no claim may be submitted to arbitration under this Article if more than three years have elapsed from the date on which the claimant first acquired, or should have first acquired, knowledge of the breach alleged under paragraph 2 and knowledge that the claimant has incurred loss or damage".

74 'ס' 6 להסכם הגנת ההשקעות בין ישראל לבין יפן, שם.

כלפי משקיעים שכבר ביצעו השקעה במדינה המארחת (post-establishment). שינוי זה מגדיל את היקף ההתייבויות שנובעות מהסעיף, ולכן מאפשר מרחב רגולטורי מצומצם בהשוואה לסעיפים דומים בהסכמיה הקודמים של ישראל.⁷⁵ לעומת זאת, סעיף ה- ISDS בהסכם עם יפן מגביל את סוג הסעדים שטריבונל בוררות עשוי להעניק למשקיע.⁷⁶ שינוי זה בסעיף ה- ISDS בהסכם עם יפן, כמו גם שינויים נוספים שהגבירו את שקיפותו של מנגנון הבוררות, מעניקים למדינה מרחב רגולטורי גדול מזה שנגזר מהסכמיה הקודמים של ישראל.⁷⁷ כך, מדד המרחב הרגולטורי הממוצע בסעיפי ה- ISDS בהסכמיה הקודמים של ישראל עומד על 0.07, עם שונות קטנה בין ההסכמים, בעוד מדד המרחב הרגולטורי של סעיף ה- ISDS בהסכם עם יפן עומד על 0.28.

על רקע תמורות אלה, לפני כריתת ההסכם עם יפן התקבלה החלטת ממשלה שבה אושרו עיקרי ההסכם תוך הכרה באפשרות שסעיפיו יובילו לצמצום המרחב הרגולטורי של ישראל.⁷⁸ החלטה יוצאת-דופן זו התקבלה על רקע העובדה שההסכם כלל התייבויות חדשות שלא הוכללו בעבר בהסכמיה של ישראל, וכן לנוכח העובדה שבניגוד למדינות האחרות שעמן כרתה ישראל הסכמי הגנת השקעות, יפן היא יצואנית הון משמעותית, ואחת ממטרות ההסכם הייתה לעודד משקיעים יפנים לפעול בישראל.⁷⁹ כמו-כן, ייתכן שהחלטה משקפת חששות שגברו בקרב גורמי הממשל שהסכמי הגנת ההשקעות יובילו בעתיד להליכי בוררות שיגבילו את המרחב הרגולטורי של המדינה. זאת, בין היתר על רקע העובדה שפחות משנתיים לפני אימוץ ההחלטה התמודדה ישראל עם החשש שחברת נובל אנרג'י תפתח נגדה בהליכי בוררות על בסיס הסכם הגנת ההשקעות בין ישראל לבין קפריסין – חשש שהשפיע על אימוץ מתווה הגז.⁸⁰ להבנתנו, החלטת הממשלה משקפת מתח מובנה שקיים בקרב גורמי הממשל: מחד גיסא, גבר הרצון לעשות שימוש בהסכמי הגנת השקעות כדי למשוך השקעות זרות לישראל, ולכן אף נכרת הסכם הגנת השקעות עם מדינה עתירת-הון שכולל התייבויות אשר לא נכללו בהסכמיה הקודמים של ישראל; מאידך גיסא, נדמה שגברה המודעות לסיכון שנשקף מהסכמי הגנת השקעות על המרחב הרגולטורי של המדינה. כתוצאה מכך התקבלה החלטת ממשלה

75 הסעיפים חלים על "investment activities", שמוגדרים בס' 1(f) להסכם הגנת ההשקעות בין ישראל לבין יפן, שם, באופן הבא (ההדגשה הוספה): "the term 'investment activities' means: establishment, acquisition, expansion, operation, management, maintenance, use, enjoyment and sale or other disposal of investments"

76 ס' 24(13) להסכם הגנת ההשקעות בין ישראל לבין יפן, שם.

77 לדוגמה עדכנית באשר לאופן שבו סעיף התיישנות במנגנון ה- ISDS עשוי למנוע ממשקיע את האפשרות לטעון להפרת הסכם הגנת השקעות ראו *Ansung Housing Co., Ltd. v. People's Republic of China*, ICSID Case No. ARB/14/25, Award, 9 Mar. 2017, para. 122, <https://www.italaw.com/cases/5391> ("Ansung [the investor] submitted its dispute to ICSID and made its claim for purposes of Article 9(3) and (7) of the Treaty after more than three years had elapsed from the date on which Ansung first acquired knowledge of loss or (damage). The claim is time-barred and, as such, is manifestly without legal merit")

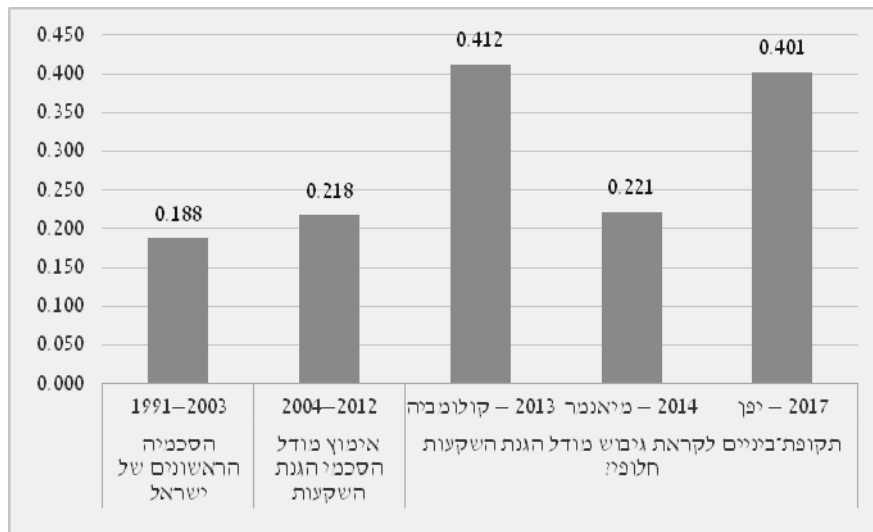
78 ס' 1 להחלטה 1437 של הממשלה ה-34 "הסכם בילטרלי בין ישראל לבין יפן לעידוד ולהגנה על השקעות" (4.5.2016) www.gov.il/he/departments/policies/2016_dec1437

79 אגף הכלכלן הראשי במשרד האוצר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 1, 7-8.

80 ראו לעיל ה"ש 57.

שהתירה באופן מפורש את כריתת ההסכם על־אף החשיפה הנובעת ממנו, והתחייבויות קיימות נוסחו באופן מצומצם בהשוואה לרוב ההסכמים שכרתה ישראל בעבר. יצוין כי על־פי משרד האוצר, בתקופה הקרובה ישראל צפויה לאמץ מודל חדש להסכמי הגנת השקעות, שצפוי לפתוח פרק נוסף בהליך עיצובם של הסכמי הגנת ההשקעות של ישראל.⁸¹

תרשים 1: מדד המרחב הרגולטורי הנגזר מהסכמיה של ישראל



2. מקרי־בוחן: כיצד הסכמי הגנת השקעות של ישראל עשויים להשפיע על המרחב הרגולטורי של המדינה?

חלק זה יציג שני מקרים משמעותיים שניתן ללמוד מהם כיצד הסכמי הגנת השקעות של ישראל עשויים להשפיע על המרחב הרגולטורי של המדינה. המקרה הראשון שייבחן הוא תגובת המדינה על החששות שנובל אנרג'י תפתח בהליכי בוררות בין־לאומיים נגד ישראל על רקע גיבוש מתווה הגז. כפי שנפרט להלן, מקרה זה ממחיש היטב כיצד עצם החשש מבוררות עשוי להשפיע על המדינה בעיצוב מדיניותה. המקרה השני שיוצג אינו עוסק בהסכמיה של ישראל, אלא בהליך בוררות שהתנהל נגד מצרים על רקע פעולות חבלה בצינור הגז שבין ישראל לבין מצרים. הליך בוררות זה ממחיש את האופן שבו הסכמי הגנת השקעות עשויים להטיל על המדינה המארחת חובות מרחיקות־לכת להגן על נכסיהם של משקיעים זרים. זאת, גם במציאות בטחונית מורכבת שניתן לטעון שדומה במאפייניה לזו שישראל מתמודדת עימה.

81 אגף הכלכלן הראשי במשרד האוצר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 1.

**(א) נובל אנרג' ומתווה הגז: צמצום המרחב הרגולטורי של המדינה בצל איום אפשרי
בבוררות בין-לאומית**

החל בשנת 2009 התגלו כמה מאגרי גז משמעותיים במימיה הכלכליים של ישראל. גילוי מאגרי הגז גרר כמה שינויים רגולטוריים, על רקע ההבנה שהרגולציה והמיסוי בתחום אינם מספקים את צורכי המדינה ואינם מקיימים את האיזונים הרצויים על-פי ראייתה.⁸² כך, שתי ועדות ששינסקי הובילו להעלאת המס על משאבי-טבע, וועדת צמח המליצה על הגבלת ייצוא הגז.⁸³ לצד שינויים רגולטוריים אלה חלו לאורך השנים כמה שינויים בעמדתה של רשות התחרות (לשעבר רשות ההגבלים העסקיים) בנוגע לפעילותן של השותפות בפיתוח מאגרי הגז המשמעותיים ביותר שהתגלו. לאחר העברת הזכויות במאגר תמר לחברת דלק קידוחים ולחברת האנרגייה האמריקאית נובל אנרג', בשנת 2006, קיבלו החברות הללו מן הממונה על התחרות באותה תקופה פטור מהסכם כובל במאגר תמר. כשנתיים לאחר גילוי מאגרי הגז, בשנת 2011, הודיע הממונה על התחרות כי הוא שוקל להכריז על הצדדים לשותפות בפיתוח מאגר הגז לווייתן – נובל אנרג', דלק קידוחים, אבנר ורציו – כצדדים להסכם כובל במאגר זה, וחדרשים מספר לאחר-מכן הוא הודיע שנובל אנרג', דלק קידוחים ואבנר הן מונופול במשק הספקת הגז הטבעי. על רקע זה פרסם הממונה על התחרות, במהלך שנת 2014, צו מוסכם שנועד לצמצם את שליטתם של נובל אנרג', דלק קידוחים ואבנר במשק הגז הטבעי המקומי. עם זאת, בעקבות שימוע ציבורי שנערך בנושא, חזר בו הממונה על התחרות מההסכמות שהתקבלו במסגרת הצו שפורסם. על רקע זה ועל רקע חששות של גורמים בממשל שחברות הגז יפתחו בהליכים משפטיים נגד המדינה, הוקם צוות בין-משרדי שנועד לקדם את פיתוח מאגרי הגז.⁸⁴

החששות מפני הליך משפטי נגד ישראל כתוצאה מהתנהלותה סביב פיתוח מאגרי הגז נבעו, בין היתר, מהאפשרות שחברת נובל אנרג' האמריקאית תפתח בהליכי בוררות בין-לאומית נגד ישראל על בסיס הסכם הגנת ההשקעות שבין ישראל לבין קפריסין.⁸⁵ זאת, ככל הנראה, באמצעות חברה-בת של נובל אנרג' שהתאגדה בקפריסין ואשר ייתכן שהייתה מעורבת בהשקעה בישראל.⁸⁶ המדינה העדיפה להימנע מסכסוך משפטי אפשרי, ולכן פתחה במשא-ומתן שבסופו אומץ במסגרת החלטת ממשלה "מתווה הגז", בהסכמת חברות הגז ולאחר שימוע ציבורי.⁸⁷ מתווה הגז נועד להביא לידי פיתוחם של מאגרי הגז על-ידי הגברת

82 ראו גם Reich, לעיל ה"ש 4, בעמ' 52–70.

83 בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פס' ד–ה לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם בנבו, 27.3.2016) (להלן: בג"ץ מתווה הגז). יצוין כי בעקבות שתי ההחלטות הללו הוגשו עתירות לבג"ץ על-ידי עמותות וארגונים חברתיים ועל-ידי חברות הגז עצמן, שנדחו לבסוף. ראו, למשל, שם.

84 שם, פס' ו לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין. ראו גם פרוטוקול ועדת הכלכלה 2015, לעיל ה"ש 57, בעמ' 11.

85 שם, בעמ' 60–62.

86 שם.

87 החלטה 476 של הממשלה ה-34 "מתווה להגדלת כמות הגז הטבעי המופקת משדה הגז הטבעי 'תמר' ופיתוח מהיר של שדות הגז הטבעי 'לווייתן', 'כריש' ו'תנין' ושדות גז טבעי נוספים"

הוודאות הרגולטורית, תוך קביעת תנאים רגולטוריים בכמה תחומים במשך הגז, כגון מיסוי, ייצוא, תמחור הגז ועוד. כדי להגביר את הוודאות מבחינת חברות הגז, נקבע במתווה כי הממשלה לא תיזום שינויים רגולטוריים בתחומי המיסוי, הייצוא והתחרות למשך עשור, ואף תתנגד להצעות חוק פרטיות שמבקשות להוביל לשינויים בתחומים אלה (להלן: סעיף היציבות).⁸⁸ החלטת הממשלה עוררה קשיים משפטיים מסוימים וביקורת ציבורית נרחבת על המתווה שהתגבש, בין היתר לנוכח התנגדותו של הממונה על התחרות למתווה. על רקע זה הוגש בג"ץ על חוקיות המתווה. רוב טענות העותרים נדחו, אולם בית המשפט קבע כי יש לפסול את סעיף היציבות, מאחר שהוא מגביל את החופש הרגולטורי של הממשלות הבאות. במסגרת קביעה זו אף רמזו חלק מהשופטים כי אם בעתיד יפנו חברות הגז לבוררות בין-לאומית כתוצאה מהפרת סעיף היציבות, ייתכן שחשיפתה המשפטית של המדינה תהיה רחבה מחשיפתה בדין הפנימי.⁸⁹

מהשתלשלות האירועים סביב מתווה הגז ניתן להצביע על שני אופנים מרכזיים שבהם הסכמי הגנת השקעות עשויים לצמצם את המרחב הרגולטורי של המדינה. ראשית, עצם האפשרות ליזום הליך בוררות נגד המדינה על בסיס ההסכמים הללו עשוי להגביר את נכונותה של המדינה להגיע לפשרה עם משקיע זר, ובכך לצמצם את חופש הפעולה שלה.⁹⁰ שנית, כפי שנרמז בבג"ץ **מתווה הגז**, ייתכן שהסיכון המשפטי הכרוך בהפרת הבטחות מנהליות, ובכלל זה הסכמות עם משקיעים זרים מסוג מתווה הגז, גבוה יותר במסגרת בוררות בין-לאומית מאשר במסגרת הדין הפנימי. מכיוון שכך, עצם קיומו של הסכם הגנת השקעות שמשקיע זר מסוים נהנה ממנו עשוי להגביר את מחויבותה של המדינה להבטחות מנהליות שהוענקו לו, ובכך לצמצם את החופש הרגולטורי שלה הנובע מהדין הפנימי. העובדה שהסכמי הגנת השקעות עשויים להגביר את מחויבותיה של ישראל על-ידי התייחסות לנקודות שאין להן ביטוי בחוק המקומי אף צוינה על-ידי הממונה על הסכמי השקעות בעבר במשרד האוצר, עודד בונה, כאחת הסיבות לכריתת הסכמי הגנת השקעות.⁹¹

יודגש כי עצם הרצון להימנע מהליך בוררות בענייני השקעות אינו ייחודי לישראל. הליכי הבוררות אורכים לרוב זמן רב, ועלויותיהם עלולות להגיע לכדי עשרות מיליוני דולרים. כמו-כן יש שטוענים כי טריבונלים מאמצים החלטות סותרות, ולכן הסיכון הכרוך בבוררות הוא רב. כל אלה מתמרצים מדינות להימנע מהליכי בוררות, ולנסות להגיע לפשרה עם משקיע זר שמאיים בהליך בוררות מסוג זה.⁹²

16.8.2015) www.gov.il/he/Departments/policies/2015_dec476. ראו גם בג"ץ **מתווה הגז**,

לעיל ה"ש 83, פס' יד לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

88 שם, פס' יטו לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

89 שם, פס' קיג לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין, פס' 9 לפסק-דינה של השופטת חיות, פס' 18 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן ופס' 8 לפסק-דינו של השופט פוגלמן.

90 על החשש לאפקט מצנן מסוג זה, ועל אופנים אחרים שבהם הסכמי הגנת השקעות עלולים לייצר צינון רגולטורי, ראו גם Tienhaara, *Warming World*, לעיל ה"ש 2, בעמ' 235–239.

91 בונה, לעיל ה"ש 63.

92 ראו גם Schill, לעיל ה"ש 2; David Chriki, *STRAPPING Down Regulatory Space with International Arbitration: A New Breed of International SLAPPs*, 51 GEO. J. INT'L L. 415 (2020); Lorenzo Cotula, *Do Investment Treaties Unduly Constrain Regulatory Space?*, 9

(ב) Ampal v. Egypt – פרשת צינור הגז ממצרים לישראל: החובה להגן על השקעות זרות

המיזם המשותף להובלת גז ממצרים לישראל, שהושק בראשית שנות האלפיים, נתקל בקשיים משמעותיים שנים אחדות לאחר שהחל. המשקיעים במיזם, שהן חברות שהתאגדו בארצות-הברית, נהנו מתנאי הסכם הגנת ההשקעות שבין מצרים לבין ארצות-הברית. לטענתן, בשנת 2008 החלה מצרים להתערב במיזם באופן שהוביל לבסוף להכשלתו. פעולותיה של מצרים כללו ביטול פטור ממס שהוענק לחברות אלה, עיכוב משלוחי גז והפרת תנאים נוספים בהסכם הובלת הגז כדי לגרום למשא-ומתן מחודש על תנאי ההסכם, כישלון של הרשויות במניעת תקיפות נגד צינור הגז על-ידי גורמי טרור, ולבסוף – ביטול ההסכם בשנת 2012. המשקיעים פתחו בהליכי בוררות נגד מצרים על בסיס הסכם הגנת ההשקעות שבין מצרים לבין ארצות-הברית, ובמהלכו נקבע כי מצרים הפרה כמה סעיפים בהסכם, אם כי טרם נקבע מה היקף הפיצויים שיהא עליה לשלם למשקיעים.⁹³

בין היתר קבע הטריבונל כי מצרים התרשלה בהגנה על צינור הגז, ובכך הפרה את התחייבותה על-פי הסכם הגנת ההשקעות להעניק למשקיעים זרים הגנה מלאה על נכסיהם (full protection and security). הטריבונל קבע כי לאחר שהתרחשו כמה תקיפות נגד צינור הגז, היה על מצרים לשנות את סידורי הביטחון בצפון חצי-האי סיני כדי להגן על צינור הגז. מכיוון שהדבר לא נעשה גם לאחר ארבע תקיפות נגד צינור הגז, שהתרחשו בזמן קצר יחסית, ראה בכך הטריבונל משום התרשלות של מצרים. כמו-כן הסתמך הטריבונל על כך שפחות משעה לפני הפגיעה החמישית בצינור הגז פנו חברות הגז לכוח צבאי סמוך במטרה למנוע פגיעה זו, לאחר שזיהו גורמים שפעלו באותם רגעים להנחת חומרי נפץ במקום, אך הכוח הצבאי סירב להגיע למקום. יצוין כי הקביעות הללו התקבלו אף שהטריבונל הכיר במציאות הבטחונית המורכבת בצפון סיני באותה תקופה, בשל פעילותם המשמעותית של גורמי טרור באזור ועל רקע ההפיכה שהתרחשה במצרים.⁹⁴

אף שהסכסוך בעניין זה לא התבסס על הסכם הגנת השקעות שישראל צד לו, הכרעת הטריבונל עשויה להיות רלוונטית גם להסכמיה של ישראל בעתיד, בשל הפרשנות שהעניק הטריבונל לסעיף ה-*full protection and security*. סעיף זה קיים בשישה מהסכמיה של ישראל, ובכלל זה בפרק ההשקעות שבהסכם האס"ח בין ישראל לקולומביה משנת 2013.⁹⁵ לנוכח

QUESTIONS INT'L L. 19, 21 (2014); Stephanie Bijlmaier, *Effects of Foreign Direct Investment Arbitration on a State's Regulatory Autonomy Involving the Public Interest*, 23 AM. REV. INT'L ARB. 245 (2012). יצוין כי משקיעים עשויים לא להיות מורתעים מהליכי בוררות מאחר שהליכים אלה עשויים להטיל על המדינה חובות רחבות יותר מאשר בדין הפנימי, ומאחר שבמצבים מסוימים ערך התביעה עשוי להיות גדול אף יותר מערך ההשקעה עצמה, גם אם הסכסוך יסתיים בפשרה. זאת, בין היתר, מאחר שגם בהשקעה עצמה גלום לעיתים סיכון משמעותי, והרווח מההשקעה אינו ודאי.

Ampal-American Israel Corporation and others v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/12/11, Decision on Liability and Heads of Loss, 21 Feb. 2017. 93

שם, פס' 283–291. 94

סעיף זה קיים בהסכמיה של ישראל עם קזחסטן, הודו (אף שהסכם בוטל לאחרונה), סלובניה, אל-סלברדור, בלרוס וקולומביה. 95

הפרשנות של הטריבוטל, משקיעים זרים שנהנים מהוראות ההסכמים הללו עשויים לטעון כי חלה על ישראל חובה מיוחדת להגן על השקעותיהם בתקופות מתיחות. זאת, במיוחד בהסכמים שבהם לא נקבע במפורש כי ההתחייבות להעניק הגנה על השקעות זרות אינה מצריכה הגנה רחבה יותר מזו המוענקת למשקיעים מקומיים.⁹⁶ על-כן דוגמה זו ממחישה כיצד הסכמי הגנת ההשקעות עשויים לצמצם את המרחב הרגולטורי של המדינה אף בנושאים בטחוניים.

ד. סיכום

הסכמי הגנת השקעות עשויים להגביל את המרחב הרגולטורי של המדינות שהן צד להסכם. מאמר זה הציג בתמצית את האופן שבו הסכמי הגנת השקעות עשויים לעשות זאת, והתמקד בניתוח הסכמי הגנת ההשקעות של ישראל. זאת, תוך אימוץ גישה של "טקסט כנתונים", המאפשרת להשוות בין הסכמי הגנת השקעות עם ניסוחים וסעיפים שונים מבחינת האופן שבו הם עשויים להגביל את המרחב הרגולטורי של המדינה. כפי שעולה מהניתוח שהוצג לעיל, המרחב הרגולטורי שנגזר מהסכמי הגנת ההשקעות של ישראל הלך וגדל למן שנות התשעים. אף שהמרחב הרגולטורי שנגזר מהסכמי הגנת ההשקעות שישראל כרתה לאחרונה גדול יחסית, עשרות הסכמי הגנת ההשקעות שנכרתו קודם לכן עודם בתוקף, ומטילים מגבלות משמעותיות על המרחב הרגולטורי של המדינה. אולם בד בבד הם גם מספקים הגנה וסעד משפטיים למשקיעים ישראלים הפועלים במדינות שאיתן יש לישראל הסכמים כאלה.

בתוך כך, הסכמיה של ישראל שנוסחו על-פי המודל של הסכמי הגנת ההשקעות שאומץ בראשית שנות האלפיים אינם כוללים חריגים שעשויים לאפשר למדינה לחרוג מהוראות ההסכם בשל שיקולים שאינם בטחוניים. כמו-כן, חלק מהסעיפים הכלולים בהם מנוסחים באופן רחב למדי, שנתון לפרשנות שעשויה להצר את חופש הפעולה של המדינה. הסכמיה של ישראל שנכרתו לפני כן מגבילים את המרחב הרגולטורי של המדינה במידה רבה אף יותר. כך, בין היתר, הסכמים אלה אינם כוללים חריג בטחוני. כפי שניתן להתרשם מעניין *Ampal v. Egypt*, הסכמים ללא חריג בטחוני, דוגמת אלה שנכרתו על-ידי ישראל בשנות התשעים, עלולים לחשוף אותה להליכי בורות גם כאשר המדינה מפעילה שיקול-דעת בטחוני בתקופות רגישות.

בעבר נטען כי הסכמי הגנת ההשקעות הישנים של ישראל נכרתו עם מדינות מתפתחות בלבד, וכי הן נועדו בעיקרם להגן על משקיעים ישראלים שפועלים במדינות אלה. לכן, נטען, הן אינן מצמצמות באופן משמעותי את המרחב הרגולטורי של המדינה.⁹⁷ עם זאת, בטענה זו

96 'ס' 10.3(c)(3) להסכם בין ישראל לקולומביה קובע כי "The 'Full protection and security' standard does not imply, in any case, a better police protection than that accorded to nationals of the Party where the investment has been made". לשם השוואה, הבהרה מסוג זה אינה קיימת בהסכם הגנת ההשקעות שבין ישראל לבין סלובניה משנת 1998, שם נקבע כי "Each Contracting Party shall protect investments made by investors of the other Contracting Party in accordance with its laws".

97 ראו לעיל ה"ש 63.

יש כמה קשיים. ראשית, משקיעים מתוחכמים עשויים לנצל את הסכמיה הישנים של ישראל על-מנת להצר את צעדיה. דוגמה לכך ניתן לראות באיומיה של נובל אנרג'י לפתוח בהליכי בוררות על רקע גיבוש מתווה הגז, תוך שימוש בהסכם הגנת ההשקעות שבין ישראל לבין קפריסין.⁹⁸ שנית, מעמדן של חלק מהמדינות שעימן כרתה ישראל הסכמי הגנת השקעות השתנה בעשורים האחרונים. כך, למשל, בשנות התשעים כרתה ישראל הסכמי הגנת השקעות עם קוריאה הדרומית וסין, שכיום מהוות יצואניות הון.⁹⁹ הסכמים אלה קדמו לאימוץ המודל של הסכמי הגנת ההשקעות של ישראל, והמרחב הרגולטורי שנגזר מהם מצומצם למדי.¹⁰⁰ בעוד יכולתם של הסכמי הגנת השקעות למשוך הון זר למדינה המארחת מוטלת בספק,¹⁰¹ הם עשויים לייצר מגבלות משמעותיות על המרחב הרגולטורי שלה. על רקע זה, המגמה המסתמנת מהסכמיה האחרונים של ישראל להגביר את המרחב הרגולטורי שנגזר מהם מבורכת בעינינו. עם זאת, הסכמיה הישנים של ישראל – אלה שנכרתו בשנות התשעים ובעשור הראשון של שנות האלפיים – מצמצמים עדיין את המרחב הרגולטורי של המדינה. אם המדינה אכן מעוניינת להגדיל את המרחב הרגולטורי שנגזר מהסכמי הגנת ההשקעות שהיא צד להם, אזי יש לבחון את האפשרות להתאים גם את הסכמיה הישנים למגמה זו.

98 ראו לעיל ה"ש 57.

99 ראו, למשל, FDI flows – OECD Data, OECD, <http://data.oecd.org/fdi/fdi-flows.htm>.

100 לשם השוואה, מדד המרחב הרגולטורי של הסכמים אלה עומד על 0.21, בעוד מדד המרחב הרגולטורי של פרק הגנת ההשקעות בהסכם האס"ח עם קולומביה עומד על 0.41.

101 ראו, למשל, Pohl, לעיל ה"ש 7. השוו לאגף הכלכלן הראשי במשרד האוצר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 8, שם נטען כי לאחר כריתתו של הסכם הגנת ההשקעות בין ישראל לבין יפן "גדל משמעותית סכום ההשקעות השנתי של חברות יפניות בישראל ומאז חתימת ההסכם ועד סוף 2017 נצבר לסך של כ-2 מיליארד דולר".