



## بررسی حقوقی مشوق های قانون و آیین نامه اجرایی تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی (۱۳۸۱) در سرمایه گذاری مستقیم خارجی و ترتیبات قراردادی

ولی رستمی<sup>۱</sup>، مرتضی اصغرنیا<sup>۲</sup>، محسن نیک بین<sup>۳</sup>

تاریخ دریافت: ۹۲/۷/۱۰ ..... تاریخ پذیرش: ۹۲/۱۱/۳

### چکیده:

حقوق سرمایه گذاری خارجی، به عنوان یکی از مهم ترین مباحث حقوق تجارت بین المللی، مدت زیادی است که توجه قانونگذاران داخلی کشورها را به خود جلب نموده است. به موازات این تلاش ها، جامعه ی بین المللی نیز به سمت ایجاد موافقت نامه هایی برای یکسان سازی قواعد متشتت سرمایه گذاری خارجی حرکت نموده است. لذا، از یک سو نهادهای حاکمیتی (قوای مقننه و مجریه) با وضع قوانین و مقررات مربوطه و مورد نیاز در داخل کشورها و از سوی دیگر نهادهای بین المللی تخصصی از طریق انعقاد موافقتنامه های تسهیل کننده سرمایه گذاری خارجی، در سطح بین المللی همواره می کوشند تا بر میزان رونق سرمایه گذاری خارجی به انحاء مختلف بیفزایند. جمهوری اسلامی ایران نیز به عنوان یکی از کشورهای سرمایه پذیر خصوصاً در حوزه ی نفت و گاز، اولین قانون حمایتی خود را با عنوان «قانون راجع به جلب و حمایت سرمایه های خارجی» در سال ۱۳۳۴ به تصویب رسانده است؛ قانونی که در سال ۱۳۸۱ و با تصویب «قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی» عملاً منسوخ گردید. مقاله حاضر در پی پاسخگویی به این پرسش است که تا چه حد می توان مشوق های در نظر گرفته شده در قانون اخیر و آیین نامه ی اجرایی آن را در جلب سرمایه گذاری خارجی موفق دانست؟ در این پژوهش، برای پاسخ به این پرسش، از آمارهای رسمی موجود در حوزه ی سرمایه گذاری خارجی استفاده شده است.

### واژگان کلیدی:

مشوق های سرمایه گذاری، سرمایه گذاری مستقیم، ترتیبات قراردادی، ساخت بهره برداری و واگذاری، بیع متقابل، قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی (فیپا)، ریسک سیاسی.

۱ نویسنده مسئول: دانشیار گروه حقوق عمومی دانشگاه تهران. Vrostami@ut.ac.ir

۲ دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه تهران.

۳ دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق تجاری اقتصادی بین المللی، دانشگاه تهران.



## مقدمه:

برای انسان امروز، عدم امکان خودبستگی و فقدان مزیت مطلق امری بدیهی محسوب می شود. تفاوت های جغرافیایی، تفاوت های موجود در میزان سرمایه ی کشورها و تفاوت در کمیت و کیفیت منابع انسانی، برخی از موانع خودبستگی محسوب می شوند. در گذشته با نبود وسایل حمل و نقل آسان و فراگیر، تجارت خارجی امری طاقت فرسا به شمار می آمد. از این رو کشورها می کوشیدند که تا حد امکان، نیازهای اقتصادی خود را با تکیه بر توان داخلی خود برطرف کنند. محصولات داخلی بعضاً با کیفیت پایین تر و هزینه ی بیشتری از کالاهای وارداتی تولید می شدند. از سوی دیگر به علت مشکلات تجارت خارجی، معمولاً میزان تولید و مصرف داخلی در حالت تعادل بود؛ بنابراین مازاد اندکی از اقتصاد متصلب گذشته، حاصل می شد که به سختی می توانست موجبات رشد و توسعه ی کشورها را فراهم نماید. به همین جهت، این دور باطل، نتیجه یی جز بازتولید ناکارآمدی و فقر برای ملل جهان در پی نداشت. اما با پیشرفت نسبی کشورها و طرح فن آوری های نوین و همچنین تسهیل ارتباطات، کشورها توانستند از پدیدار شدن امکان تجارت بین المللی به منافع و سود بسیاری دست یابند. با رواج روز افزون تجارت بین المللی، نیاز به وجود قوانین و مقررات ثابت در حوزه ی تجارت خارجی احساس می شد. این اهمیت در سده بیستم و با مطرح شدن ریسک های سیاسی حاصل از ملی کردن، سلب مالکیت و مصادره ها بیش از پیش رخ نمود. آغاز وحشت سرمایه گذاران خارجی را می توان در انقلاب اکتبر شوروی (۱۹۱۷ میلادی) مشاهده نمود که با حوادث دیگری چون انقلاب دهقانی چین (۱۹۴۹ میلادی) و انقلاب کوبا (۱۹۵۹ میلادی) دنبال شد. از این رو کشورهای زیادی برای اعتمادسازی بین المللی در پی تصویب قوانین تشویقی و حمایتی از سرمایه گذاری خارجی و ایجاد نهادهای مربوط به آن برآمدند. به طور مثال قانون توسعه ی صنعتی ایرلند، قانون شرکت توسعه ی صنعتی جامائیکا (۱۹۵۲ میلادی) و قانون مرکز سرمایه گذاری هند (۱۹۶۰ میلادی) در این مورد قابل ذکر هستند. (United Nations, 1973, p.37)

در کشور ایران نیز این نیاز از سال های دور همواره احساس می شده است. از این رو در سال ۱۳۳۴ قانون راجع به جلب و حمایت سرمایه های خارجی در مجلس شورای ملی وقت مورد تصویب قرار گرفت. نقایص موجود در این قانون و آیین نامه ی اجرایی آن (مصوب سال ۱۳۳۵ هجری شمسی) تا سال ۱۳۸۰ و تصویب قانون جدید توسط مجلس شورای اسلامی به طول انجامید. نهایتاً نیز یکسال بعد (۱۳۸۱ هجری شمسی)، مجمع تشخیص مصلحت نظام قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی (فیپا)، را به تصویب رساند. مدتی بعد نیز آیین نامه اجرایی این قانون توسط هیأت وزیران

1 Surplus

2 FIPPA: Foreign Investment Promotion and Protection Act (2002)



تصویب و نحوه اجرای آن پیش بینی و مشخص گردید. این تحقیق با رویکردی حقوقی به دنبال بررسی و تبیین اهداف، ابزارها و شیوه های به کارگیری مشوق های ارائه شده در قانون و آیین نامه اجرایی مذکور است. از این رهگذر برآنیم تا در این مقاله نقش این مشوق ها را در جذب و حمایت از سرمایه گذاری خارجی مورد مطالعه و بررسی قرار دهیم. در اهمیت این نوشتار همین بس که تا به حال مشوق های در نظر گرفته شده در قانون و آیین نامه اجرایی فیپا، با توجه به تأثیرات متعدد قابل تحقق آن ها در بخش های مختلف جامعه، به خوبی مورد توجه و تدقیق قرار نگرفته است. از این رو این مقاله که در قالب دو گفتار و چهار مبحث و نهایتاً بیان نتیجه گیری تدوین شده است، کاملاً نوآورانه و کاربردی محسوب می شود. در گفتار نخست، مشوق های عام و تسهیلات قانون تشویق و حمایت خارجی مورد بررسی اجمالی قرار گرفته و در گفتار دوم نیز به بررسی و مطالعه مشوق های قانون مورد بحث در حوزه ی سرمایه گذاری مستقیم و ترتیبات قراردادی پرداخته خواهد شد.

## ۱- بررسی مشوق های عام و تسهیلات قانون و آیین نامه تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی

### ۱-۱- مشوق های عام

به طور کلی، بخش اصلی مشوق های قانون و آیین نامه اجرایی فیپا را مشوق های عام تشکیل می دهند. مشوق های عام در آیین نامه اجرایی تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی (۱۳۸۱) به معنای تشویقاتی آمده است که هم سرمایه گذاری مستقیم خارجی (FDI) و هم سرمایه گذاری تحت ترتیبات قراردادی را در بر می گیرد. نکته ی مهمی که به عنوان یکی از نقایص این قانون و آیین نامه به چشم می خورد، قرار دادن عنوان ترتیبات قراردادی در مقابل عنوان سرمایه گذاری مستقیم است. اصطلاح سرمایه گذاری مستقیم در مقابل سرمایه گذاری در سبد سهام (Foreign Portfolio Investment) جعل شده و قرار دادن آن در برابر ترتیبات قراردادی این مسئله را به ذهن متبادر می سازد که سرمایه گذاری تحت ترتیبات قراردادی، از جمله ی سرمایه گذاری های غیر مستقیم هستند؛ حال آنکه این تصور، باطل بوده و سرمایه گذاری تحت ترتیبات قراردادی نیز در زمره ی سرمایه گذاری های مستقیم به شمار می روند (شیروی، ۱۳۸۹، ۴۴۴). تفاوت اصلی میان سرمایه گذاری مستقیم و غیر مستقیم این است که در سرمایه گذاری مستقیم، سرمایه گذار دارای حد بالایی از کنترل و نظارت، در مدیریت پروژه خود است؛ در حالی که در سرمایه گذاری غیر مستقیم،



سرمایه گذاران به انتخاب نماینده برای تصمیم گیری بسنده می کنند. البته در این روش نیز هر چند مدیریت سرمایه گذار مشهود نیست، لیکن سرمایه گذار می کوشد بر تصمیم گیری های نمایندگان در مجامع شرکت تجاری، نظارت داشته باشد. (Razin and Sadka, 2007, p.15)

**ماده ۴ آیین نامه اجرایی تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی در بند (الف) خود، به بیان ویژگی ها و تسهیلات مشترک در نظر گرفته شده برای سرمایه گذاری خارجی پرداخته و عنوان می دارد:**

۱. سرمایه گذاران خارجی از رفتار یکسان با سرمایه گذاران داخلی برخوردارند.
۲. ورود سرمایه نقدی و غیرنقدی خارجی صرفاً براساس مجوز سرمایه گذاری انجام می گیرد و به مجوز دیگری نیاز نیست.
۳. حجم سرمایه گذاری خارجی در هر مورد تابع هیچ گونه محدودیتی نیست.
۴. سرمایه خارجی در قبال ملی شدن و سلب مالکیت تضمین می شود و سرمایه گذار خارجی در این موارد حق دریافت غرامت را دارد.
۵. انتقال اصل سرمایه، سود سرمایه و منافع حاصل از به کارگیری سرمایه به صورت ارز و حسب مورد به صورت کالا به ترتیب مندرج در مجوز سرمایه گذاری میسر است.
۶. آزادی صادرات کالای تولیدی بنگاه اقتصادی سرمایه پذیر تضمین شده و در صورت ممنوعیت صادرات، کالای تولیدی در داخل به فروش رسیده و حاصل آن به صورت ارز از طریق شبکه پولی رسمی کشور قابل انتقال به خارج می باشد.»

همانطور که ملاحظه می گردد، این مشوق ها برای دو دسته سرمایه گذاری مستقیم و ترتیبات قراردادی در نظر گرفته شده است. لذا مهم ترین موارد این ماده را می توان در قالب اصول سه گانه ذیل به طور خلاصه مورد توجه قرارداد:

### **– اصل رفتار ملی**

اصل رفتار ملی به عنوان یکی از اصول اساسی در موافقتنامه تأسیس و دیگر موافقتنامه های سازمان جهانی تجارت مورد توجه قرار گرفته است. نکته مهم در باب اصل رفتار ملی، به رفتار های خارجی (و یا دارای عنصر خارجی) ناظر است. بدین معنا که کشورها نمی بایست در ارتباط با اتباع کشورهای خارجی رفتاری تبعیض آمیز و سخت گیرانه تر از رویه ی داخلی با اتباع خود داشته باشند. بدیهی است که اصل اخیر متضمن این برداشت نیست که کشورها نمی توانند امتیازات بیش تری به اتباع خارجی داده و در مقابل، سخت گیری بیش تری نسبت به اتباع خود داشته باشند (Matthews, 2002, p.47).



چرا که اصل رفتار ملی به عنصر خارجی اشاره داشته و نسبت به محیط و اتباع داخلی کشورها بی تفاوت است. علی رغم اشاره ی قانون و آیین نامه فیپا به اصل رفتار ملی در ماده ۸ قانون و بند نخست از بخش (الف) ماده ۴ آیین نامه اجرایی، تبصره ی ماده ۲ قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی، یکی از بزرگ ترین تبعیض های ممکن را در حق سرمایه گذار خارجی مقرر داشته است. در این تبصره آمده است: «قانون مربوط به [راجع به] تملک اموال غیرمنقول اتباع خارجی مصوب ۱۳۱۰،۳،۱۶ کماکان به قوت خود باقی می باشد. تملک هر نوع زمین به هر میزان به نام سرمایه گذار خارجی در چارچوب این قانون مجاز نمی باشد.» این تبصره، مخالف صریح اصل رفتار ملی به شمار می آید و نکته جالب قانونی است که به آن استناد شده است. با نگاهی اجمالی به نخستین ماده ی قانون راجع به تملک اموال غیر منقول اتباع خارجی (۱۳۱۰)، متوجه عدم ارتباط این قانون با سرمایه گذاری خارجی خواهیم شد. چرا که این قانون، صرفاً تملک اراضی زراعی را مورد توجه قرار داده است. در این ماده می خوانیم: «هر تبعه خارجه مکلف است در ظرف سه ماه از تاریخ اجرای این قانون صورت املاک مزروعی خود را با تعیین محل و مشخصات آن به دفتر محکمه بدایتی که مال غیر منقول در حوزه آن واقع است در مقابل رسید تسلیم نموده و در همان موقع نیز مقومی کتباً معرفی نماید.

تبصره توابع و متعلقات املاک مزروعی از قبیل قنوات چشمه سارها باغات مراتع و طواحین و امثال آن در حکم ملک مزروعی است.» از همین رو این قانون نمی تواند مستند خوبی برای تبصره ماده ۲ قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی (۱۳۸۱) قرار گیرد. شاید به علت نامتعارف بودن همین تبصره است که هیئت وزیران، ماده ۳۴ را در آیین نامه اجرایی تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی (۱۳۸۱) پیش بینی کرده است.

در این ماده آمده است: «در مواردی که انجام سرمایه گذاری خارجی منجر به تشکیل شرکت ایرانی گردد، تملک زمین به نام شرکت متناسب با طرح سرمایه گذاری به تشخیص سازمان مجاز می باشد.» در باب این ماده می توان به دو نکته اساسی اشاره نمود:

### نخست.

بر اساس این ماده، تملک زمین توسط سرمایه گذار خارجی، تنها در صورت تشکیل شرکت ایرانی مقدور است. پرسش اساسی تر این است که مقصود و مراد قانونگذار از شرکت ایرانی چیست؟ در پاسخ، برخی شارحین قانون تجارت، دو ویژگی برای شرکت های ایرانی در نظر گرفته اند:

۱ در ایران تشکیل شده و مرکز اصلی آن نیز در ایران باشد.

۲ در خارج از ایران تشکیل شده ولی مرکز اصلی آن در ایران باشد. البته مشکلی در اینجا بروز می کند و آن مغایرت ماده ۱ قانون ثبت شرکت ها (۱۳۱۰) و ماده ۵۹۱ قانون تجارت (۱۳۱۱) است.



در قانون اول، چنین شرکتی خارجی محسوب شده حال آن که قانون تجارت با اصالت دادن به اقامتگاه، این شرکت‌ها را ایرانی می‌شناسد. برای حل این مغایرت برخی نویسندگان، نظریه‌ی منسوخ شدن ماده ۱ قانون راجع به ثبت شرکت‌ها توسط ماده ۵۹۱ قانون تجارت (۱۳۱۱) را ارائه کرده‌اند (اسکینی، ۱۳۸۷، ۷۶). با این تحلیل، اگر اقامتگاه مرکز مهم امور یک شرکت سرمایه‌گذار در ایران باشد و در ایران ثبت شود، مشکلی در ایرانی بودن آن پیدا نمی‌شود و می‌تواند به مانند اشخاص حقوقی ایرانی البته متناسب با طرح سرمایه‌گذاری به تملک اموال غیر منقول بپردازد. البته تا به امروز نیز کنسرسیوم‌های سرمایه‌گذار، با توجه به ماده ۲۲۰ قانون تجارت و برای فرار از مسئولیت تضامنی، به صورت یکی از شرکت‌های مندرج در قانون تجارت و با معرفی اقامتگاه به ثبت می‌رسند.

## دوم.

آیین‌نامه اجرایی تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی، مصوبه هیئت دولت برای اجرای قانونی است که توسط مجلس شورای اسلامی و مجمع تشخیص مصلحت نظام به تصویب رسیده است. بنابراین بدیهی است که آیین‌نامه اجرایی هرگز نمی‌تواند ناقض قانون باشد؛ با این حال پیش‌بینی ماده ۳۴ آیین‌نامه برای اجرای تبصره ماده ۲ قانون (۱۳۸۰) بسیار عجیب بوده و نشان‌دهنده‌ی عدم هماهنگی قانونگذار و مجری امر است. البته ناگفته پیداست که در آیین‌نامه مذکور نیز، اصل رفتار ملی به تمامه مورد توجه قرار نگرفته و با پیش‌بینی عبارت «متناسب با طرح سرمایه‌گذاری به تشخیص سازمان» سخت‌گیری‌های بی‌قاعده‌ی کماکان بر تملک اموال غیر منقول توسط خارجیان سایه افکنده است. امری که با توجه به عزم کشور برای الحاق به سازمان جهانی تجارت می‌بایست مورد بازنگری قرار گیرد.

## — اصل عدم محدودیت حجم سرمایه‌گذاری

بند ۳ از بخش (الف) ماده ۴ آیین‌نامه اجرایی، هر گونه محدودیت مقداری را در حجم سرمایه‌گذاری خارجی مردود دانسته است. این امر تشویق بسیار با اهمیتی است که در آیین‌نامه پیش‌بینی شده و می‌تواند حجم بالایی از سرمایه را به کشور جذب کند. اما علیرغم پیش‌بینی این تشویق در آیین‌نامه، بند (د) از ماده ۲ قانون حمایت و تشویق سرمایه‌گذاری خارجی (۱۳۸۰)، با در نظر گرفتن سقف عرضه‌ی کالاهای تولیدی منتج از سرمایه‌گذاری خارجی در بازار داخلی، برای تولیدات سرمایه‌گذاران خارجی ایجاد محدودیت کرده است. در این بند می‌خوانیم: «سهم ارزش کالا و خدمات تولیدی حاصل از سرمایه‌گذاری خارجی موضوع این قانون نسبت به ارزش کالا و خدمات عرضه شده در بازار داخلی در زمان صدور مجوز، در هر بخش اقتصادی از بیست و پنج درصد (۲۵٪) و در هر رشته، از سی و پنج درصد (۳۵٪) بیشتر نخواهد بود... سرمایه‌گذاری خارجی جهت تولید کالا و





خدمات برای صدور به خارج از کشور به جز نفت خام از این نسبت‌ها معاف است». با در نظر گرفتن این بند، قانونگذار به زعم خود کوشیده، اجازه تسلط بر بازار داخلی را به سرمایه گذار خارجی ندهد. بر این اساس سرمایه گذار باید به جای فروش کالاهای تولیدی خود در بازار داخلی به فکر صدور آن‌ها باشد. به بیان دیگر، با گنجاندن این بند، قانونگذار در پی قاعده سازی برای جلوگیری از انحصار و حمایت از رقابت بوده است؛ حال آن که سرمایه گذار خارجی علاوه بر استفاده از نیروی کار ارزان، به کسب سهم مناسب از بازار کشور سرمایه پذیر نیز به مثابه یک انگیزه می‌نگرد. پرسش اساسی این است که با وضع چنین محدودیتی، آیا به واقع از بازار داخلی حمایت خواهد شد یا این که در عوض، بازار داخلی تشویقی برای ناکارآمدی خود خواهد یافت؟ برخی از اندیشمندان اقتصاد توسعه، به دلیل همین بازتولید ناکارآمدی، محدودیت‌هایی از این دست را بر نمی‌تابند؛ آنان معتقدند که هدفی که برای این محدودیت‌ها ذکر می‌شود، مبهم و سفسطه آمیز است (سالواتوره، ۱۳۸۹، ۳۷۲). حال اگر قانونگذار از یک سو، محدودیت مقداری را از حجم سرمایه گذاری حذف و سوی دیگر دسترسی سرمایه گذار را به بازار داخلی محدود کند، سرمایه گذار مجبور به تقبل هزینه‌های حمل و نقل برای صادرات محصول است؛ امری که قطعاً در تصمیم اولیه او برای سرمایه گذاری در کشور هدف مورد توجه قرار می‌گیرد.

### — اصل پوششی ریسک های سیاسی

شاید بتوان از مشوق های مرتبط با ریسک سیاسی به عنوان مهم ترین مشوق های سرمایه گذاری در دنیای امروز یاد کرد. هر چند مدت زیادی از ربع سوم قرن بیستم و دهه ی انقلاب‌ها گذشته است، اما هنوز سرمایه گذاران وجود ریسک های سیاسی را به عنوان یکی از موانع سرمایه گذاری به شمار می‌آورند و از دولت های سرمایه پذیر می‌خواهند که در مقابل این ریسک‌ها تضمینات اطمینان بخش و کافی به آن‌ها ارائه دهند. اصلی ترین ریسک های سیاسی، ریسک سلب مالکیت (Expropriation)، مصادره (Confiscation) و ملی شدن (Nationalization) هستند. از این میان، برخی ملی شدن را از همه ی ریسک‌ها مهم تر به شمار می‌آورند (Surnarajah, 2004, p.239).

مرز برخی از این اصطلاحات با یکدیگر کاملاً مشخص نیست. لیکن به صورت خلاصه باید گفت که ملی شدن، پدیده ای با پس زمینه ی سیاسی است که بیش از شخصیت سرمایه گذار، خود مال دارای اهمیت است؛ حال آن که مصادره ماهیتی جزایی داشته و می‌تواند به عنوان مجازات جرایمی از قبیل سوء استفاده مالی، اختلاس، خیانت و یا همکاری با نیروهای خارجی مورد استفاده قرار گیرد (حدادی، ۱۳۷۶، ۱۰۶). اما آن چه که همواره مورد نظر سرمایه گذاران بوده، علاوه بر خود تهدید، اقدامات دولت می‌زبان برای پرداخت خسارات احتمالی آنان است. علمای حقوق بین الملل



کوشیده اند تا برای سلب مالکیت از سرمایه گذاران خارجی شرایط و قواعدی در نظر بگیرند. به طور مثال گفته شده است که:

سلب مالکیت می بایست با توجه به اهداف عمومی انجام گیرد.

این عمل می بایست بدون تبعیض انجام شود.

عمل سلب مالکیت می بایست با توجه به قوانین مربوطه و براساس مقررات انجام شود.

گرامت کامل باید پرداخت گردد (Subedi, 2008, p.74).

این امر در ماده ۹ قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی مورد توجه قرار گرفته است. در این ماده آمده است:

«سرمایه گذاری خارجی مورد سلب مالکیت و ملی شدن قرار نخواهد گرفت مگر برای منافع عمومی، به موجب فرآیند قانونی، به روش غیر تبعیض آمیز و در مقابل پرداخت مناسب غرامت به مأخذ ارزش واقعی آن سرمایه گذاری بلافاصله قبل از سلب مالکیت».

در اهمیت موضوع ریسک های سیاسی و خصوصاً ملی شدن و سلب مالکیت بیان همین یک نکته کافی است که تقریباً تمامی دعاوی که به مرکز بین المللی حل و فصل دعاوی سرمایه گذاری (ICSID: International Centre for the Settlement of Investment Disputes) تحت عنوان موافقتنامه های دوجانبه ی سرمایه گذاری ارجاع می شوند، مربوط به ادعای مسئولیت دولت می زبان در مورد سلب مالکیت بدون پرداخت غرامت هستند (ibid, p. ۱۲۰). نکته ی مهمی که در اینجا مشاهده می شود، موضوع پرداخت ارزش واقعی سرمایه گذاری پیش از ملی شدن است. به نظر نمی رسد که غرامت مقرر شده در ماده ۹، عدم النفع را نیز در بر گیرد. حال آن که عدم النفع مسلم قابل پرداخت بوده و می بایست از سوی دولت پرداخت گردد و این امر به دادخواست جداگانه ای از سوی سرمایه گذار موکول نشود. این کاستی قانون نیز می تواند در میزان مشارکت سرمایه گذاران خارجی در ایران به نحو منفی تأثیر گذار باشد.





## ۲-۱- تسهیلات

در کنار آن چه که ماده ۴ آیین‌نامه اجرایی، «مشوق‌های عام» نامیده است، در طول مواد قانون فیپا، به مواردی برمی‌خوریم که علی‌رغم این که مشخصاً در زمره مشوق‌های عام نیامده‌اند، اما تسهیلاتی هستند که برای ایجاد انگیزه سرمایه‌گذاران خارجی و تمایل بیشتر آن‌ها به سرمایه‌گذاری، طراحی شده‌اند. به بیان دیگر آن که بر خلاف مشوق‌ها، که اساساً وظیفه‌ی جذب سرمایه و سرمایه‌گذار خارجی را دارند، مواردی نیز وجود دارد که صرفاً تسهیل‌کننده‌ی روند سرمایه‌گذاری بوده و به خودی خود دارای قابلیت انگیزشی برای سرمایه‌گذار نمی‌باشند. برای مثال، ماده ۱۸ قانون مورد اشاره چنین مقرر می‌دارد: «خروج آن بخش از سرمایه‌گذاری که در چارچوب مجوز سرمایه‌گذاری به کشور وارد شده اما به کار گرفته نشده باشد، از شمول کلیه قوانین و مقررات ارزی و صادرات و واردات مستثنی می‌باشد». یا در ماده ۲۰ همین قانون آمده است که: «دستگاه‌های اجرایی ذی‌ربط مکلفند در خصوص تعهدات متقابل در چارچوب صدور روادید، اجازه اقامت، صدور پروانه کار و اشتغال حسب مورد برای سرمایه‌گذاران، مدیران و کارشناسان خارجی برای بخش خصوصی مرتبط با سرمایه‌گذاری‌های خارجی مشمول این قانون و بستگان درجه یک آن‌ها براساس درخواست سازمان اقدام نمایند». لذا، اگر چه روشن است که این موارد نمی‌توانند در تصمیمات سرمایه‌گذار تأثیر زیادی بگذارند؛ ولی می‌توانند روند سرمایه‌گذاری را تسهیل نماید. با توجه بیشتر، بر مبنای معیار این مبحث، اشارات بند ۲ و ۵ از بخش (الف) ماده ۴ آیین‌نامه اجرایی پیش گفته نیز مبین ویژگی‌های تسهیلی قانون فیپا خواهد بود.



## ۲- بررسی مشوق های خاص قانون و آئین نامه تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی برای سرمایه گذاری مستقیم و ترتیبات قراردادی

### ۲-۱- بررسی مشوق های

#### در نظر گرفته شده برای سرمایه گذاری مستقیم خارجی

بی تردید تشویق سرمایه گذاری های مستقیم خارجی یکی از عوامل کلیدی در سیاستگذاری صنعتی کشورهای در حال توسعه، در دنیای امروز محسوب می شود (UNCTAD, 2006, p.10). از این رو قانونگذاران این کشورها همواره کوشیده اند تا برای جلب سرمایه گذاری مستقیم خارجی به عنوان یکی از روش های اصلی سرمایه گذاری، مشوق هایی در نظر گیرند. در این گفتار ابتدا کوشش شده است که مباحث مربوط به این نوع سرمایه گذاری در سه بند ارائه شود. لذا ابتدا به تعریف سرمایه گذاری مستقیم خارجی می پردازیم و سپس با بیان مشوق های خاص قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی، به بررسی میزان تأثیر مشوق های این قانون در جذب سرمایه گذاری مستقیم خواهیم پرداخت.

#### - تعریف سرمایه گذاری مستقیم خارجی

سرمایه گذاری یکی از ویژگی های گریزناپذیر زندگی امروز است. سرمایه داران همواره در تلاشند تا با تحصیل منافع، از جریان سرمایه های راکد خود در یک روند تجاری، میزان سرمایه ی خود را افزایش دهند. آنان برای کسب منافع بیش تر به روش های متعدد سرمایه گذاری خارجی روی آورده اند. یکی از این روش ها، سرمایه گذاری مستقیم خارجی است. در قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی تعریفی از سرمایه گذاری مستقیم خارجی وجود ندارد و فقط به ویژگی های آن پرداخته شده است. بنابر تعریف آنکتاد (UNCTAD) سرمایه گذاری مستقیم، روشی است که متضمن قرارداد طولانی مدت یک بنگاه خارجی (بنگاه مادر) برای کنترل و کسب منافع از یک فعالیت اقتصادی در کشور می زبان است (UN, 2003, p.2). سرمایه گذاری مستقیم خارجی یکی از مهم ترین روش های سرمایه گذاری در کشورهای در حال توسعه است. در این نوع سرمایه گذاری، سرمایه گذار خارجی با حضور فیزیکی در محل (کشور می زبان) مسئولیت مالی، کنترل و اداره واحد را مستقیماً به دست می گیرد (سیدنورانی، ۱۳۷۳، ۳۸). این نوع سرمایه گذاری، خرید یا ساخت یک کارخانه و یا توسعه ی امکانات موجود از قبیل دارایی ها، کارخانجات و تجهیزات را شامل می شود (برخورداری، ۱۳۸۶، ۸).

جان دنینگ (John Dunning)، مهم ترین انگیزه های سرمایه گذاران را برای سرمایه گذاری مستقیم ۱ آمارهای موجود از سرمایه گذاری خارجی در ایران که در این پژوهش بدان اشاره شده است، در تاریخ ۸۹/۱۲/۱۷ از سازمان سرمایه گذاری، پژوهش و همکاری های اقتصادی بین المللی (UNCTAD) استخراج کرده است. OLI: Ownership advantages, Locational advantages and Benefits of Inward Investment



(ternalization) بیان می نماید (Neuhaus,2006,142). در این الگو، دانینگ به سه امتیاز به مثابه انگیزه های نهایی برای سرمایه گذاری مستقیم خارجی اشاره می کند:

### ۱. مزیت مالکیت:

مالکیت امتیازهایی از قبیل علامت تجاری، حق اختراع، اسرار تجاری، فن آوری تولید و مهارت های شغلی، سرمایه گذار خارجی را به ورود مستقیم به پروژه های خارجی دعوت می کند. حال اگر سرمایه گذار، از این مزایا بهره نمی برد، لازم بود تا آن ها را از بازار تهیه کند؛ همین امر، ورود سرمایه گذار را به روش سرمایه گذاری مستقیم، پرهزینه تر و با احتمال موفقیت کم تر می نمود.

### ۲. مزیت درونی سازی:

اموری از جمله تولید کالا توسط شخص تولید کننده به جای شراکت و یا انعقاد قراردادهای لیسانس، این امکان را برای تولید کننده فراهم می کند که بتواند منافع خود را به حد اکثر برساند.

### ۳. مزیت محلی:

عواملی از جمله وجود مواد خام، دستمزدهای پایین، عوارض و تعرفه های ویژه در کشورهای مقصد، افراد را به سرمایه گذاری مستقیم در آن کشورها سوق می دهد. مزیت محلی، مهم ترین علت رغبت سرمایه گذار خارجی به روش سرمایه گذاری مستقیم در کشور مقصد است. البته روشن است که این عوامل در کنار انگیزه های دیگر معنا می یابد؛ به بیان دیگر، سرمایه گذاری خارجی زمانی تحقق می یابد که هر سه مزیت مالکیت، درونی سازی و مزیت محلی برای سرمایه گذار وجود داشته باشند.

## ب. مشوق های در نظر گرفته شده برای روش سرمایه گذاری مستقیم

سرمایه گذاری مستقیم خارجی ۲۸٪ سرمایه گذاری های زیربنایی در کشورهای در حال توسعه را از (۲۰۰۸-۱۹۹۶) تشکیل داده است؛ حال آن که سرمایه گذاری بخش خصوصی داخلی، در این کشورها تنها ۲۳٪ بوده است (UNCTAD,2011,p.4). این امر نشان از اهمیت سرمایه گذاری مستقیم خارجی در تسریع روند رشد کشورهای در حال توسعه است. سرمایه گذاری مستقیم خارجی علاوه بر سرمایه، معمولاً منابع فراوانی از جمله فن آوری تولید، مهارت های سازمانی و مدیریتی، دانش بازاریابی و حتی دسترسی به بازار از طریق شبکه های بازاریابی بنگاه های تجاری چند ملیتی را به کشورهای در حال توسعه و کمتر توسعه یافته منتقل می کند (Correa and Kumar,2003,p.13). البته این نوع سرمایه گذاری بسیار طولانی مدت بوده و همواره احتمال مداخله دولت در آن وجود دارد. از این رو ریسک بالقوه ی سرمایه گذاری مستقیم در حوزه ی صنایع زیربنایی همواره مورد توجه سرمایه گذاران بوده است. اتحاد نامبارک ریسک تجاری بالا و ضعف شدید در حوزه ی نهادی



و قانونگذاری کشورهای هدف، در کاهش دادن میزان این نوع سرمایه‌گذاری نقش مهمی ایفا می‌کند (UNCTAD, 2008, p.10). به جهت تعدد روش‌های سرمایه‌گذاری در دنیای کنونی، علاوه بر مشوق‌های عام که همه‌ی انواع آن‌ها را در بر می‌گیرد، در قوانین کشورها مشوق‌های خاصی نیز پیش‌بینی می‌شود. مهم‌ترین مقرره خاصی که در باب سرمایه‌گذاری مستقیم در قانون فیپا و آیین‌نامه آن وجود دارد، بیان دیگری از اصل رفتار ملی است؛ در بند (الف) از ماده ۳ قانون فیپا و بند (ب) از ماده ۴ آیین‌نامه اجرایی آن آمده است. در مقرره نخست، قانونگذار مقرر نموده است: «سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی، در زمینه‌هایی که فعالیت بخش خصوصی در آن مجاز می‌باشد» و در بند (ب) از ماده ۴ آیین‌نامه که ویژگی‌ها و تسهیلات خاص انواع سرمایه‌گذاری بیان شده، در مورد سرمایه‌گذاری‌های مستقیم خارجی آمده است:

«۱ سرمایه‌گذاری در کلیه زمینه‌های مجاز برای فعالیت بخش خصوصی امکان‌پذیر است. ۲ محدودیتی از نظر درصد مشارکت سرمایه‌گذاری خارجی وجود ندارد».

بخش اول از این بند همچون بند نخست از ماده ۳ قانون، حوزه‌ی فعالیت سرمایه‌گذاری مستقیم را محدود به چهارچوب حاکم بر بخش خصوصی دانسته است. شاید بهترین متن موجود که می‌کوشد حد و مرز بخش دولتی و خصوصی را مشخص سازد قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی (۱۳۸۶) است. هر چند در این قانون، تعریف دقیق و روشنی از بخش خصوصی ارائه نشده است، ولی تا جایی که امکان دارد به تحدید قلمروی آن پرداخته شده است: «قلمرو فعالیت‌های اقتصادی بخش غیردولتی به شرح زیر تعیین می‌شود: سرمایه‌گذاری، مالکیت و مدیریت در فعالیت‌های گروه دو ماده ۲ این قانون برای بخش‌های خصوصی، تعاونی و مؤسسات عمومی غیردولتی مجاز است». منظور از گروه ۲ مذکور در این ماده نیز، موارد مذکور در اصل ۴۴ قانون اساسی به استثناء مواردی مثل شرکت‌های مادر مخابراتی، معادن نفت و گاز، شرکت ملی نفت ایران و شرکت‌های استخراج و تولید نفت خام و گاز، شبکه‌های اصلی تجزیه و مبادلات و مدیریت توزیع خدمات پایه پستی، بیمه مرکزی و بیمه ایران، رادیو و تلویزیون، شبکه‌های اصلی انتقال برق، سازمان هواپیمایی و سازمان بنادر و... که در بخش سوم ماده ۳ قانون سیاست‌های کلی اصل ۴۴ به آن اشاره رفته است. همانطور که پیش از این اشاره شد، بخش اعظم فعالیت‌ها در بخش‌های زیربنایی کشورهای کمتر توسعه‌یافته و یا در حال توسعه از طریق سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی انجام می‌شود. حال آن که قانونگذار ما با ایجاد محدودیت در حوزه‌ی سرمایه‌گذاری مستقیم، خلاف مقتضای بین‌المللی این نوع سرمایه‌گذاری در سطح جهانی عمل کرده است.

با خارج نمودن حوزه‌ی نفت و گاز از خیل چهارچوب سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی، بیش‌ترین سرمایه‌گذاری در این حوزه (و معدن) تحت ترتیبات قراردادی انجام می‌گیرد؛ امری که در ادامه

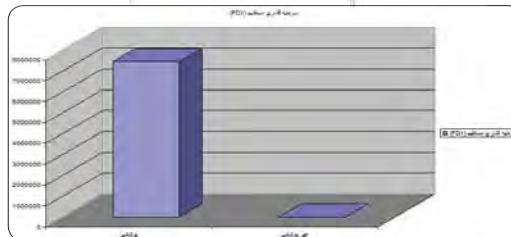


مورد مطالعه و بررسی قرار خواهد گرفت. امتیاز مهم دیگری که قانونگذار برای سرمایه گذاری مستقیم خارجی قائل شده است، عدم تحدید میزان مشارکت سرمایه گذاری خارجی در موضوع سرمایه گذاری است. به نظر می رسد این عدم تحدید، ریشه در بند اول مشوق های خاص دارد؛ به بیان دیگر، به علت میزان اهمیت بخش خصوصی، هیچ محدودیتی برای سرمایه گذاری در آن معقول به نظر نمی رسد.

### – تحلیل میزان تأثیر مشوق های سرمایه گذاری مستقیم

#### در جذب سرمایه خارجی از طریق بررسی آمارهای رسمی موجود

سازمان سرمایه گذاری و کمک های اقتصادی و فنی ایران مهم ترین ارگان جذب سرمایه گذاری خارجی و ارائه ی آمارها در این حوزه در ایران است. آمارهای این سازمان از سرمایه گذاری مستقیم خارجی در دو حوزه قابل بررسی است که به اختصار، به سرمایه گذاری پوششی و غیر پوششی تقسیم می شود. اطلاق عنوان پوششی به معنای در بر گرفتن پوشش ریسک سرمایه گذاری برای آن حوزه ی خاص است. بدین معنا که سرمایه گذار با تعهد به بند (ب) از ماده ۳ قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی، حمایت های این قانون را از سرمایه گذاری خود کافی دانسته و می پذیرد. اگر یک سرمایه گذار، حمایت های قانون سرمایه گذاری خارجی را در مورد ریسک ها و پرداخت غرامت خسارات نپذیرد به دنبال اخذ تضمین از دولت و یا بانک ها و یا شرکت های دولتی رفته و خواهد کوشید تا پوشش دهی ریسک را خارج از حمایت های قانونی به دست آورده و در تنگنای فرآیندهای قانونی و شکایات قرار نگیرد. از این رو پوشش قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی را نمی پذیرد. سرمایه گذاری مستقیم به طور کلی حدود ۲۷٪ از کل سرمایه گذاری خارجی در ایران را تشکیل می دهد.



نمودار شماره ۱، سرمایه گذاری خارجی مستقیم پوششی و غیر پوششی، ۱۳۸۸.  
منبع: سازمان سرمایه گذاری و کمک های اقتصادی و فنی ایران.



این نوع سرمایه‌گذاری اکثراً در بخش صنعت بوده و دارای ماهیتی پوششی است. این امر خود نشان دهنده‌ی این واقعیت است که حمایت‌های قانون توانسته است سرمایه‌گذاران خارجی با روش سرمایه‌گذاری مستقیم را تا حد امکان از بازگشت سرمایه و سود مورد نظرشان مطمئن سازد. البته بدیهی است با توجه به نقش روزافزون ترتیبات قراردادی در سرمایه‌گذاری‌های خارجی در ایران، نمی‌توان در همین مرحله از تحلیل توقف نمود و کیفیت حمایت‌های قانون در حوزه‌ی ترتیبات قراردادی را نادیده گرفت. لذا این رو در ادامه به بررسی این نوع از سرمایه‌گذاری خواهیم پرداخت.

## ۲-۲ بررسی مشوق‌های در نظر گرفته شده برای ترتیبات قراردادی

در این مبحث به بررسی یکی دیگر از روش‌های سرمایه‌گذاری خارجی به نام ترتیبات قراردادی و مشوق‌ها و حمایت‌های خاص آن در قانون و آیین‌نامه تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی خواهیم پرداخت.

### – تعریف ترتیبات قراردادی

ترتیبات قراردادی، عنوانی است که قانون تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی برای تعریف سه روش مطرح و پر کاربرد سرمایه‌گذاری مستقیم بیان نموده است. روش‌های مذکور اصولاً به واسطه فرآیند تأمین مالی، از سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی مجزا شده‌اند؛ این سه روش، بیع متقابل (Buyback)، ساخت بهره‌برداری و واگذاری (Build, Operate and Transfer) و مشارکت مدنی (Civil Partnership) هستند که در ماده ۳ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی (۱۳۸۱) پیش‌بینی شده‌اند. در بند (ب) از ماده ۳ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی در توضیح ترتیبات قراردادی آمده است:

«سرمایه‌گذاری‌های خارجی در کلیه بخش‌ها در چارچوب روش‌های «مشارکت مدنی»، «بیع متقابل» و «ساخت، بهره‌برداری و واگذاری» که برگشت سرمایه و منافع حاصله صرفاً از عملکرد اقتصادی طرح مورد سرمایه‌گذاری ناشی شود و متکی به تضمین دولت یا بانکها و یا شرکتهای دولتی نباشد» قابل پذیرش می‌باشند. در بخش زیر، به توضیح انواع روش‌های تحت عنوان «ترتیبات قراردادی» می‌پردازیم:

### بیع متقابل:

در قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی، تعریفی از هیچ یک از روش‌های موجود به عنوان ترتیبات قراردادی ارائه نشده است. تنها در آیین‌نامه چگونگی قراردادهای بیع متقابل غیر نفتی (۱۳۷۹) در تعریف قرارداد بیع متقابل آمده است: «بیع متقابل یا معاملات دو جانبه به





مجموعه ای از روشهای معاملاتی اطلاق می شود که به موجب آن سرمایه گذار تعهد می نماید تمام یا بخشی از تسهیلات مالی (نقدی و غیر نقدی) را برای تأمین کالاها و خدمات مورد نیاز، شامل کالاهای سرمایه ای یا واسطه ای یا مواد اولیه یا خدمات، جهت ایجاد، توسعه، بازسازی و اصلاح واحد تولیدی یا خدماتی در اختیار سرمایه پذیر قرار دهد و بازپرداخت تسهیلات، شامل اصل و هزینه های تبعی آن را از محل صدور کالا و خدمات تولیدی سرمایه پذیر دریافت کند». در اصل، تجارت متقابل شامل آن دسته از معاملاتی است که براساس آن، یک طرف معامله کالاها، خدمات، تکنولوژی، یا چیزهای با ارزش اقتصادی دیگر را به طرف دیگر می فروشد و متقابلاً تعهد می نماید که کالاها، خدمات، تکنولوژی یا چیزهای با ارزش اقتصادی دیگر را از طرف دیگر خریداری نماید (شیروی، ۱۳۸۳، ۸) (اشمیتوف، ۱۳۷۸، ۲۴۷). این روش سرمایه گذاری بیش تر در صنعت نفت کشور ما مورد استفاده قرار می گیرد و به علت اهمیت نفت به عنوان یک محصول استراتژیک، بیش ترین میزان سرمایه گذاری در ایران در موضوع نفت و از طریق قراردادهای بیع متقابل انجام می گیرد. گفتنی است که برای نخستین بار، مفهوم بیع متقابل در تبصره ۲۹ قانون بودجه سال ۱۳۷۳ در دو حوزه ی شیلات و نفت پیش بینی شد (ابراهیمی و شیروی، ۱۳۸۸، ۲۴۸). بر اساس آمارهای سازمان سرمایه گذاری و کمک های اقتصادی و فنی ایران، حدود ۷۱٪ از حجم سرمایه ی خارجی وارده در ایران از طریق روش بیع متقابل انجام می گیرد. از کل میزان سرمایه خارجی وارده در روش بیع متقابل، ۹۴٪ آن به بخش معدن (نفت و گاز و معادن دیگر) مربوط است. روشن است که به واسطه ی این حجم عظیم سرمایه که برای استخراج نفت و گاز به ایران وارد می شود سرمایه گذاران خواستار امتیازها و حمایت های بالاتری از موارد موجود در قانون و آیین نامه تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی باشند.

### ساخت، بهره برداری و واگذاری:

همان طور که از نام آن مشخص است، قرارداد بی.او.تی از سه بخش ساخت، بهره برداری و انتقال تشکیل می شوند. سرمایه گذار خارجی پروژه را آغاز کرده و شروع به ساخت می نماید. با اجرایی شدن هر بخش از کار، سرمایه گذار با بازگشت اصل سرمایه و سود خود رو به رو می شود. پس از استهلاک کامل سرمایه و دریافت سود مورد نظر توسط سرمایه گذار، پروژه به دولت می زبان (سرمایه پذیر) انتقال می یابد. قرارداد بی.او.تی مشتقات دیگری نیز دارد که در محیط بین المللی مورد استفاده قرار می گیرند. از این میان، (BOO: Build, Operate, Own) و یا (BTO: Build, Transfer, Operate) قابل ذکر هستند. برخی معتقدند که قراردادهای بی.او.تی از بازمانگان امتیازهای دوران استعمار هستند؛ لیکن تفاوت اصلی این قراردادها و کسب امتیاز، این است که نرخ سود قراردادهای بی او تی از پیش تعیین شده است (غمامی، ۱۳۸۶، ۲۲۸).



آن گونه که آمارها نشان می دهند، حجم سرمایه خارجی وارده از طریق قراردادهای ساخت، بهره برداری و واگذاری حدود ۰/۶٪ از کل میزان سرمایه گذاری خارجی در ایران بوده است. هرچند این حجم به نسبت حجم سرمایه گذاری از طریق قراردادهای بیع متقابل بسیار ناچیز است، قانونگذار می بایست با دادن امتیازات و تشویقات بیش تر، این نوع قراردادهای سرمایه گذاری را که اغلب در پروژه های عمرانی و غیر نفتی انجام می شوند، افزایش دهد.

نکته ای که در بی می ل نمودن سرمایه گذاران خارجی بی تأثیر نیست، موضوعی است که در تبصره ماده ۳ قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی آمده است. در این تبصره می خوانیم: «مادام که سرمایه خارجی موضوع روشهای «ساخت، بهره برداری و واگذاری» مندرج در بند (ب) این ماده و سود مترتب بر آن مستهلک نشده است، اعمال حق مالکانه نسبت به سهم سرمایه باقی مانده در بنگاه اقتصادی سرمایه پذیر توسط سرمایه گذار خارجی مجاز می باشد». از مفهوم مخالف این ماده می توان نتیجه گرفت که با اجرایی شدن هر بخش از پروژه و استهلاک سرمایه و سود سرمایه گذار خارجی، این سرمایه گذار دیگر مالکیتی بر پروژه نخواهد داشت. همانطور که اشاره شد در اواخر مرحله ی ساخت، بخشی از پروژه اجرایی شده و قطعاً درآمد زا خواهد بود. حال این درآمد زایی در اثنای کار می تواند موجب از بین رفتن حق مالکیت سرمایه گذار شود. این در حالی است که در روش معهود مالکیت پروژه نه به صورت تدریجی بلکه به صورت دفعی به دولت سرمایه پذیر منتقل می شود. پیش بینی انتقال تدریجی پروژه به دولت، آن هم در اثنای کار موجب ایجاد محدودیت برای سرمایه گذار خارجی شده و بر میزان سرمایه گذاری تأثیر مستقیم دارد.

### مشارکت مدنی:

قانون و آیین نامه اجرایی تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی، تعریفی از مشارکت مدنی ارائه نداده اند. اکنون پرسش این است که با توجه به ظاهر اصطلاح آیا می توان آن را مترادف با شرکت مدنی در نظر گرفت؟ در پاسخ باید گفت که مبدأ اصطلاح مذکور مشخص نیست. ولی احتمالاً منظور از شرکت مدنی شرکتی است که ویژگی های شرکت تجاری را نداشته باشد و بالطبع ثبت نیز نگردد. چنین موردی را در دنیای کنونی تنها می توان در جوینت ونچرهای بین المللی (IJVs: International Joint Ventures) یافت نمود. هرگاه دو بنگاه بخواهند از مزایای یکدیگر برای افزایش منافع خود بهره برند، با طیفی از پیشنهادهای حقوقی و اقتصادی رو به رو خواهند شد. ساده ترین شکل هم افزایی (Synergy) ایجاد جوینت ونچر و مشکل ترین آن، ادغام دو یا چند بنگاه است. جوینت ونچر بین المللی وجودی مستقل است که اهداف شرکت های موحد (Parent Companies) خود را برای مدتی معین در محیط بین المللی دنبال می کند (Depamphilis, 2010, p.23).



ویژگی اصلی این قرارداد مشارکت آن است که اقامتگاه حداقل یکی از شرکت های مادر، خارج از محل عملیات جوینت ونچر می باشد. این وجود جدید از طریق مشارکت حداقل دوشرکت بزرگ پدید می آید (Ott,2006,p.3). البته این نوع از مشارکت ها معمولاً به دو سنخ سهامی (Equity Joint Ven- tures) و غیر سهامی (Non Equity Joint ventures) تشکیل می شوند. البته مدل جوینت ونچرهای سهامی که از سهام داران تشکیل یافته است، خود به خود گرایش به ثبت این شرکت ها دارند. چرا که همانگونه که پیش تر گفته شد، بر اساس ماده ۲۲۰ قانون تجارت (۱۳۱۱) عدم ثبت شرکت ها به صورت یکی از شکل های مندرج در قانون تجارت موجب تضامنی شناخته شدن این شرکت ها از سوی قانونگذار خواهد بود. یعنی تضامنی بودن از حالت یک موضوع خلاف اصل، به اصل تبدیل شده و تمامی سهامداران تا حد دارایی خود مسئول تأمین ضرر احتمالی به دیان خواهند بود. مشخص است که هیچ سهامداری چنین ریسکی را تحمل نخواهد کرد. از این نوع جوینت ونچرهای سهامی در دنیا زیاد دیده شده است. مثلاً شرکت جنرال موتورز به عنوان یک شرکت سهامی داخلی و شرکت خودروسازی توپوتا به عنوان شرکتی خارجی جوینت ونچری با نام تجاری نامی (Nummi) ایجاد کردند که بر اساس قرارداد برای مدت دوازده سال تا سال ۱۹۹۸ در ایالات متحده فعالیت می نمود (Brown, ibid, p.37). به واسطه ی ریسک های مذکور برای سهامداران، مشارکت مدنی موضوع بند دوم از ماده ۳ قانون بیش تر مربوط به جوینت ونچرهای غیر سهامی است که تمامی سرمایه آن ها توسط شرکت های مادر تأمین می شود. براساس آمارهای سازمان سرمایه گذاری و کمک های اقتصادی و فنی ایران، حجم سرمایه ی خارجی وارده از طریق قرارداد مشارکت مدنی ۰/۲٪ از حجم کل سرمایه گذاری در ایران بوده است. لازم به ذکر است که بخش اعظم این سرمایه گذاری تحت پوشش ریسک قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی (۱۳۸۱) بوده است.

### – مشوق های در نظر گرفته شده برای ترتیبات قراردادی

چنانکه با بررسی مواد مختلف قانون فوق الذکر ملاحظه می گردد، به علت اهمیت سرمایه گذاری تحت ترتیبات قراردادی، قانون و آیین نامه تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی، تشویق و حمایت هایی را در مورد آن ها در نظر گرفته است. در بند دوم از قسمت (ب) ماده ۴ این آیین نامه در مورد ویژگی ها و تسهیلات خاص سرمایه گذاری خارجی تحت ترتیبات قراردادی آمده است:

« ۱۲ جبران زیان سرمایه گذاری خارجی ناشی از ممنوعیت و یا توقف اجرای موافقتنامه مالی بر اثر وضع قانون و یا تصمیمات دولت حداکثر تا سقف اقساط سررسید شده توسط دولت تضمین می شود.



۲۲ در روش‌های «ساخت، بهره‌برداری و واگذاری» و «مشارکت مدنی»، خرید کالا و خدمات تولیدی طرح مورد سرمایه‌گذاری توسط دستگاه دولتی طرف قرارداد، در مواردی که دستگاه دولتی خریدار انحصاری و یا عرضه‌کننده کالا و خدمات تولیدی به قیمت یارانه‌ای باشد، در چارچوب مقررات قانونی تضمین می‌شود».

مشوق اول اشاره به تأثیر ریسک قانونگذاری داخلی برای روند سرمایه‌گذاری دارد. در این بند، اشاره شده است که در صورت ممنوعیت یا توقف اجرای موافقتنامه مالی، حداکثر تا سقف اقساط سررسید شده، زیان سرمایه‌گذاری خارجی تضمین می‌شود. این موضوع در تبصره ۲ ماده ۱۷ قانون، و ماده ۳۰ آیین‌نامه اجرایی قابل مشاهده است. در توضیح می‌بایست اشاره کرد که علت مجزا شدن ترتیبات قراردادی از سرمایه‌گذاری مستقیم، بیش‌تر، معمول بودن روش‌های تأمین مالی در آن‌هاست. برای مثال در قرارداد بیع متقابل و یا ساخت، بهره‌برداری و واگذاری به علت حجم زیاد سرمایه‌ی مورد نیاز، شرکت‌ها بدون تأمین مالی و دریافت وام نخواهند توانست پروژه را به پیش برند. رویه جاری بدین صورت است که براساس توافق قبلی، شرکت پروژه در مراحل معین از کار، بخشی از وام را از مؤسسات مالی دریافت می‌دارد. حال اگر دولت سرمایه‌پذیر، موجب قطع این رویه و یا ممنوعیت آن که به مانند خون‌رسانی به بدن موجود زنده است شود تکلیف چیست؟ البته پاسخ این سؤال نمی‌تواند مرتبط با حمایت دولتی در این ماده باشد. چرا که در مرحله‌ی ساخت، قسطی از سوی شرکت پروژه پرداخت نمی‌شود. اما اگر در دوره بهره‌برداری و بازپرداخت وام، این توقف یا ممنوعیت بروز کند مشکل اساسی پیش می‌آید. اگر شرکت پروژه نتواند به دلیل ممنوعیت و توقف اجرای موافقتنامه مالی از سوی دولت، اقساط را پرداخت کند، مجبور می‌شود خساراتی را نیز علاوه بر اصل وام و سود آن پرداخت نماید. آیین‌نامه اجرایی با پیش‌بینی تضمین پرداخت اقساط حال شده توسط دولت، بیش از رویکرد تشویقی و حمایتی رویه‌ای محدود کننده داشته است. بالفرض اگر این مورد مصداق بیابد و در دوره بهره‌برداری از پروژه در اقدامی متقابل، دولت دست به تحریم بانک یا یک مؤسسه مالی که از اتفاق وام‌دهنده به یک شرکت پروژه که در ایران مشغول سرمایه‌گذاری بوده است بزند، بازپرداخت چند قسط از وام را می‌تواند تضمین نماید؟ ظاهراً این ماده در پی یادآوری این نکته است که دولت تنها وظیفه‌ی تضمین حداکثر تا سقف اقساط سررسید شده را دارد. استفاده از عبارت «اقساط سررسید شده» به جای «اقساطی که در نتیجه قانون محدود کننده، سررسید می‌شود» نشان‌دهنده محدودیت پایبندی دولت به این مشوق است. این امر برای سرمایه‌گذار، بسیار گران تمام می‌شود و از این رو در میزان سرمایه‌گذاری خارجی در ایران خصوصاً بی‌اوتی بسیار مؤثر به نظر می‌رسد. مشوق دوم موضوع خرید تضمینی محصولات تولیدی سرمایه‌گذار خارجی



تحت ترتیبات قراردادی را مورد بحث قرار می دهد که در جذب سرمایه گذاری خارجی مؤثر است. اما نکته ی مهم این است که سرمایه گذار خارجی به قوانین سرمایه گذاری به مثابه یک مجموعه و کلیت توجه می کند. از این رو نمی توان به وجود اندک مشوق های متناسب موجود در قانون تشویق و حمایت بسنده کرد. سرمایه گذار علاوه بر مشوق ها به محدودیت های سرمایه گذاری در کشورها نیز توجه می کند. در خود قانون و آیین نامه ی اجرایی در کنار وجود مشوق ها، محدودیت های فراوانی وجود دارد که بعضاً خلاف اصل رفتار ملی و به نوعی نقض غرض است. مثال هایی برای این رفتار قانونگذار وجود دارد که می تواند از موانع نامتعارف به شمار بیاید. در همین زمینه می توان ماده ۱۳ قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی را مورد توجه قرار داد. این ماده مقرر می دارد: «اصل سرمایه خارجی و منافع آن یا آنچه که از اصل سرمایه در کشور باقی مانده باشد با دادن پیش آگهی سه ماهه به هیأت و بعد از انجام کلیه تعهدات و پرداخت کسورات قانونی و تصویب هیأت و تأیید وزیر امور اقتصادی و دارائی قابل انتقال به خارج خواهد بود».

### – تحلیل میزان تأثیر مشوق های ترتیبات قراردادی

#### در جذب سرمایه ی خارجی از طریق بررسی آمارهای رسمی موجود

همانطور که پیش تر نیز بدان اشاره رفت، بیشترین حجم سرمایه خارجی تحت ترتیبات قراردادی و اختصاصاً از طریق قراردادهای بیع متقابل در حوزه نفت و گاز به کشور ما وارد می شود.



نمودار شماره ۲، میزان سرمایه گذاری خارجی در روش ترتیبات قراردادی؛ پوششی و غیر پوششی، ۱۳۸۸.

سازمان سرمایه گذاری و کمک های اقتصادی و فنی ایران

نمودار فوق حاکی از آن است که در حدود ۹۳٪ از سرمایه وارده خارجی از طریق قراردادهای بیع متقابل خارج از پوشش ریسک قانون تشویق و حمایت انجام گرفته و تنها ۷٪ از آن تحت پوشش ریسک قانون قرار دارند. حال، آیا ممکن است که سرمایه گذاران خارجی در حوزه‌ی مهم‌ترین دارایی کشور ما که سرمایه‌های کلانی به کشور وارد می‌کنند از ریسک‌های سیاسی نهراسند و با اعتماد به دولت، بدون تضمین وارد سرمایه‌گذاری شوند؟ روشن است که پاسخ منفی خواهد بود. از مفهوم بخش اخیر بند (ب) از ماده ۳ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی مشخص است که در سرمایه‌گذاری تحت ترتیبات قراردادی، بازگشت سرمایه و سود نمی‌تواند متکی به تضمین دولت، بانک‌ها و یا شرکت‌های دولتی باشد. در غیر این صورت، قانون تشویق و حمایت از این سرمایه‌گذاری‌ها حمایت نخواهد کرد. اما آمارها نشان می‌دهند که سرمایه‌گذاران حوزه ترتیبات قراردادی (خصوصاً بیع متقابل) ترجیح می‌دهند به جای این که تحت حمایت‌های قانون قرار بگیرند، از تضمین‌های دولتی شرکت نفت در مورد ریسک‌ها برخوردار شوند. این امر خود از نقیصه بزرگ در قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی پرده برمی‌دارد. بخشی از این نقصان توسط ماده ۶ قانون الحاق موادی به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (۱۳۸۴) حل شده است؛ اما این حمایت‌ها ناظر به بخش نفت و گاز نبوده فلذا این مشکل همچنان باقی است.

### نتیجه:

در مقاله حاضر تلاش گردید تا مشوق‌های مذکور در قانون و آیین‌نامه اجرایی تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی (۱۳۸۱) تا حد امکان مورد بررسی و تحلیل حقوقی قرار گیرد. چنانکه ملاحظه شد، از بررسی آمارهای موجود در سازمان «سرمایه‌گذاری و کمک‌های اقتصادی و فنی ایران» مشخص گردید که بیشترین حجم سرمایه‌گذاری وارده به ایران، به ترتیب متعلق به قراردادهای بیع متقابل، سرمایه‌گذاری مستقیم، روش ساخت بهره‌برداری و واگذاری و در نهایت مشارکت مدنی است. علی‌رغم حمایت‌های فراوانی که قانونگذار در قالب قوانین و مقررات متعدد از سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی انجام داده است، اما با این تفصیلات همچنان حجم سرمایه‌وارده از طریق این نوع سرمایه‌گذاری بسیار کمتر از روش بیع متقابل است. در این پژوهش روشن گردید که بخش اعظم سرمایه‌گذاری در حوزه بیع متقابل، خارج از پوشش ریسک قانون فیپا و متکی به تضمینات دولتی است. از این رو قانون مورد اشاره نتوانسته است برای این روش سرمایه‌گذاری، تضمینات کافی در نظر بگیرد و بی‌شک، این خود نقص و عیبی بزرگ در این مسیر محسوب می‌گردد.

جمهوری اسلامی ایران، برای عضویت در سازمان جهانی تجارت می‌بایست قواعد سرمایه‌گذاری خارجی خود را تا جای ممکن با الزامات موافقتنامه جنبه‌های تجاری اقدامات سرمایه‌گذاری





(تریمز) منطبق سازد. بنابراین، رفع تبعیض و ایجاد شفافیت در قواعد سرمایه گذاری خارجی جمهوری اسلامی ایران لازم و ضروری خواهد بود؛ به نحوی که از آن میان می توان به اصلاح وضعیت پوشش ریسک سیاسی در روش پرداخت غرامت و همچنین ساماندهی قواعد حاکم بر تملک اراضی توسط خارجیان به طور خاص اشاره نمود. سخن آخر آن که بر طرف نمودن مغایرت های موجود میان قانون و آیین نامه مورد بحث، از جمله مهمترین گام هایی است که با انجام آن از سوی قانونگذار می تواند در فرآیند شفاف سازی هر چه بیشتر و تحقق اهداف تقنینی مقنن موثر و راهگشا باشد.

### فهرست منابع و مآخذ:

#### الف) منابع فارسی:

۱. ابراهیمی، نصرالله و شیروی، عبدالحسین، (۱۳۸۸). «اکتشاف و توسعه می ادين نفتی ایران از طریق قراردادهای بیع متقابل»، مجله حقوقی بین المللی، انتشارات مرکز امور حقوقی بین المللی ریاست جمهوری، دوره ۲۶، شماره ۴۱.
۲. اسکینی، ربیعا، (۱۳۸۲). «حقوق تجارت: شرکت های تجاری»، تهران، انتشارات سمت، چاپ ششم.
۳. اشمیتوف، کلایو ام، (۱۳۷۸). «حقوق تجارت بین الملل»، جلد اول، ترجمه دکتر بهروز اخلاقی و همکاران، انتشارات سمت، چاپ نخست
۴. برخوردار، سجاد، (۱۳۸۶). «سرمایه گذاری خارجی در سبد مالی»، تهران، انتشارات مؤسسه تحقیقاتی تدبیر اقتصاد، چاپ نخست
۵. حدادی، مهدی، (۱۳۷۶). «شیوه های حمایت از سرمایه گذاری خارجی»، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق بین الملل دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
۶. «گزارش آمارهای سرمایه گذاری خارجی در ایران»، سازمان سرمایه گذاری و کمک های اقتصادی و فنی ایران، (۱۳۸۸).
۷. سالواتوره، دومینیک (۱۳۸۸). «تجارت بین الملل»، ترجمه دکتر حمیدرضا ارباب، تهران، انتشارات نشر نی، چاپ نخست.
۸. سید نورانی، سید محمدرضا، (۱۳۷۳). «تخمین تابع عرضه سرمایه گذاری مستقیم خارجی در ایران و آثار سرمایه گذاری مستقیم خارجی بر متغیر کلان اقتصاد ایران (۱۳۲۴-۵۴)»، فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد و مدیریت، شماره ۲۰.
۹. شیروی، عبدالحسین، (۱۳۸۳). «انواع روش های قراردادی تجارت متقابل»، فصلنامه اندیشه های حقوقی خصوصی، سال دوم، شماره ۷.



۱۰. شیروی، عبدالحسین (۱۳۸۹)، «حقوق تجارت بین الملل»، تهران، انتشارات سمت، چاپ نخست.
۱۱. غمامی، مجید (۱۳۸۶)، «تأمین مالی پروژه‌های ساخت، بهره برداری و انتقال (BOT)»، مجله حقوق تطبیقی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره جدید، شماره ۳.

### ب) منابع لاتین:

12. Brown, Robert L., *The Concise Guide to Mergers, Acquisitions and Divestitures*, (Palgrave Macmillan, New York, 2007).
13. Correa, Carlos and Kumar, Nagesh, *Protecting Foreign Investment: Implications of a WTO Regime and Policy Options*, First Edition, (Zed Books, London, 2003).
14. Depamphilis, Donald, *Mergers, Acquisitions and Other Restructuring Activities*, (Academic Press, New York, 2010).
15. Matthews, Duncan, *Globalizing Intellectual Property Rights: TRIPS Agreement*, (Routledge, London, 2002).
16. Neuhaus, Marco, *The Impact of FDI on Economic Growth*, (Physica Verlag, Leipzig, 2006).
17. Razin, Assaf and Sadka, Efraim, *Foreign direct investment: Analysis of Aggregate Flows*, (Princeton University Press, Princeton, 2007).
18. Subedi, Surya, *International Investment Law*, First Edition, (Hart Publication, Oxford, 2008).
19. Surnarajah, s, *The International Law on Foreign Investment*, (Cambridge, 2004).
20. UNCTAD, *Promoting TNC-SME Linkages to Enhance the Productive Capacity of Developing Countries* Firms, (UN, Geneva, 2006).
21. UNCTAD, *Foreign Direct Investment in LDCs*, (UN, Geneva, 2010).
22. UNCTAD, *Promoting Investment for Development* (UN, Geneva, 2011).
23. United Nations, *Manual on Investment Promotion Centers*, (UN, Geneva, 1973).
24. United Nations, *Investment Promotion and Enterprise Development Bulletin for Asia and Pacific*, (UN, New York, 2003).
25. United Nations, *Investment Promotion Provisions in International Investment Law*, (UN, Geneva, 2008).