

مقالات



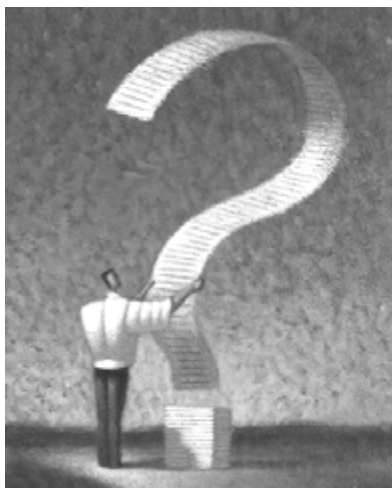
آیا قراردادهای سرمایه‌گذاری دو جانبه باعث بهبود سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی می‌شوند؟

بخش اول

ماری هال وارد - دریمبر

(Mary Hallward-Driemeier)

امضای قراردادهای سرمایه‌گذاری دوجانبه است. نتایج این تحقیق زمانی اهمیت پیدا می‌کند که می‌بینیم اولاً تعداد این قراردادها رو به افزایش است، ثانیاً تعداد شکایت‌های قانونی نشان می‌دهند حقوقی که به سرمایه‌گذار خارجی اعطا می‌شود، نه تنها از حقوق سرمایه‌گذاران داخلی بیشتر است بلکه امکان اجرای اصلاحات را توسط سیاستگذاران بسیار محدود کرده و دامنه تعهدات آنها را زیاد می‌کند. رسمی کردن روابط، حمایت در برابر مشکلات بی‌ثباتی و توجه سیاستگذاران به شرایط ذکر شده در قراردادها عوامل بسیار مهمی در تنظیم قراردادهای سرمایه‌گذاری دوجانبه به شمار می‌آیند.



قراردادها همچنین نشان می‌دهد که این قراردادها فقط مکمل حقوق مالکیت داخلی و نظام قانونی کشورها بوده‌اند و نقش جایگزینی آنها را ندارند. ایجاد حقوق مالکیت جدید و جایگزین شدن قانونی بهتر، تنها انگیزه کشورهای در حال پیشرفت برای

چکیده

با توجه به اینکه قراردادهای سرمایه‌گذاری دوجانبه ابزار مهمی در جذب سرمایه‌گذاری خارجی محسوب و بشمار می‌آیند، تعداد این قراردادها در کشورهای در حال پیشرفت رو به افزایش است. هدف این مقاله ارزیابی کلی و تجربی قراردادهای سرمایه‌گذاری دوجانبه (BIT)⁽¹⁾ و نقش آنها در افزایش جریان سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی در کشورهای طرف قرارداد است. تا سال ۲۰۰۰، نیمی از سرمایه‌گذاری مستقیم کشورهای عضو سازمان همکاری و توسعه اقتصادی (OECD) در کشورهای در حال پیشرفت از طریق قراردادهای سرمایه‌گذاری دوجانبه صورت می‌گرفت. چنین رقمی فقط نشانگر افزایش تعداد کشورهایی است که با یکدیگر طرف قرارداد شده‌اند ولی نشانه توسعه سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی در کشورهای میزبان نیست. نتایج بررسی این

مقدمه
 ”حتی برخی از طرفداران سرسخت نفتا (NAFTA) نیز بر این باورند که در هر

سه کشور وکلای باهوش و اخلاقی، به گونه‌ای کاملاً نامحسوس، در حال تدوین قوانین ضد مصادره می‌باشند“ (Business Week، شماره یک ماه آوریل، سال ۲۰۰۲)

”یک وکیل کانادایی در سخنرانی خود درخصوص فصل ۱۱ قرارداد نفتا اظهار داشت: آنها می‌توانند پلوتونیوم مایع در غذای بچه‌های ما بریزند اگر شما آن را قدغن کنید شرکت سازنده یک شرکت آمریکایی است و شما باید به آنها غرامت بپردازید.“ (بیل مویر، ۵ فوریه سال ۲۰۰۲)

”اکنون قراردادهای سرمایه‌گذاری به جای ایجاد حفاظی برای فعالیت‌های دولتی به شمشیری علیه این فعالیت‌ها تبدیل شده است.“ (رابرت آزینیان، اول نوامبر ۱۹۹۹).

همزمان با رشد سرمایه‌گذاری مستقیم در دو دهه اخیر، کشورهای در حال پیشرفت بسیاری در حال رقابت برای میزبانی اینگونه قراردادهای می‌باشند. علاوه بر عقد قراردادهای سازمانی به کمک پرداخت یارانه و پادش‌های مالیاتی، بسیاری از کشورها قراردادهای دوجانبه سرمایه‌گذاری را بهترین راه جذب سرمایه‌گذاران خارجی به خاک خود می‌دانند. طرفداران قراردادهای سرمایه‌گذاری دوجانبه معتقدند که این قراردادها بهترین راه جذب سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی است. اگرچه بررسی‌های بسیار اندکی برای نشان دادن این که آیا این قراردادهای ارتقای سرمایه‌گذاری را به همراه دارند یا خیر انجام شده است. همچنین توجه بسیار اندکی به مشکلات گسترش حقوق سرمایه‌گذار و تعهدات کشور میزبان نسبت به آنها شده است. دعوای حقوقی که اخیراً پس از عقد این قراردادها اقامه شده‌اند، نشانگر وسعت تعهدات کشورهای میزبان می‌باشند. دعوایی که پس از سرمایه‌گذاری‌های کلان مطرح شدند، اهمیت ارزیابی فواید این قراردادهای را بیشتر کرد. هدف این تحقیق بررسی این است که آیا منافع اینگونه قراردادهای محقق می‌شود؟ آیا این قراردادهای می‌توانند کمبودهای حقوق مالکیت داخلی را

جبران کنند؟ و آیا عقد اینگونه قراردادهای سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی را افزایش می‌دهند یا خیر؟

قراردادهای سرمایه‌گذاری دوجانبه (BIT) می‌توانند به عنوان ابزاری برای جذب سرمایه‌گذاری خارجی باشند. همیشه فرض بر این بود که کشورهایی که از حقوق مالکیت ضعیفی برخوردارند، می‌توانند میزبانان خوبی برای سرمایه‌گذاری خارجی باشند آن هم در صورتی که خود را به اجرای حقوق مالکیت سرمایه‌گذاران خارجی متعهد سازند. BIT می‌تواند مانند ابزار ایجاد تعهد

اگر سرمایه‌گذاران احساس کنند که در کشوری امکان پیروزی آنها در برابر کشور میزبان زیاد است و با این روش تضمین سرمایه‌گذاری آنها در مقابل ریسک‌های احتمالی زیاد می‌شود، امکان این که آنها در این کشورها برای دستیابی به موفقیت تجاری کمتر تلاش کنند، بیشتر می‌شود.

برای غلبه بر مشکلات بی‌ثباتی و نوسانات اقتصادی عمل کند. انگیزه کشور میزبان برای رعایت حقوق مالکیت سرمایه‌گذاران خارجی، جذب آنها به کشورش است ولی به محض این که هزینه‌های خاص تامین شد، کشور میزبان فقط تا آن حد این حقوق را رعایت می‌کند که مانع از ترک سرمایه‌گذاران خارجی شود. قرارداد سرمایه‌گذاری دوجانبه به همراه شیوه‌های حل اختلاف و قوانین جبران خسارت (در صورت مصادره) آن، مانند سد محکمی در برابر فعالیت‌های کشور میزبان قرار می‌گیرد که می‌تواند تاثیر معکوسی بر سوددهی سرمایه‌گذاری داشته باشد. اهمیت حقوق مالکیت و کیفیت نظام قانونی داخلی کشورها در مطالعاتی که در

زمینه رشد و سرمایه‌گذاری انجام شده مورد بررسی قرار گرفته است (Loido-Zobiton, Kraay, Kaufmann Robinson, Johnson, ۱۹۹۹، Stein and Acemoglu ۲۰۰۱، Daude ۲۰۰۱). تنها عامل نگرانی سرمایه‌گذاران، کسب درآمد و کنترل درآمد حاصل از سرمایه‌گذاری است. مطالعات موجود تاثیر حقوق مالکیت را با توجه به تفاوت‌های میان کشورها در مدت زمان مشخصی مورد بررسی قرار می‌دهد. سنجش کیفی حقوق مالکیت (یا نظام قانونی) براساس ارزیابی‌های کیفیتی است و زمان، تاثیری بر روی آن ندارد. مطالعات اخیر بر روی BIT فواید بیشتری نسبت به مطالعات قبلی دارند. اول این که، قراردادهای سرمایه‌گذاری دوجانبه و پیامدهای آنها ابزار سنجش دقیق‌تری را برای مطالعه اهمیت حقوق مالکیت فراهم می‌آورند. دوم، این گونه مطالعه براساس تغییرات ایجاد شده در طول زمان است نه تغییرات میان بخشی. توجه به دگرگونی‌های ایجاد شده در طول زمان درخصوص حقوق مالکیت سرمایه‌گذاران ابزار سنجش دقیق‌تری را برای ارزیابی چگونگی تاثیر حقوق مالکیت بر سرمایه‌گذاری فراهم می‌آورد.

در حالی که قرارداد سرمایه‌گذاری دوجانبه می‌تواند ابزار مهم ایجاد تعهد باشد، ماهیت این تعهد با توجه به شرایط ذکر شده در قراردادهای BIT تغییر می‌کند. هدف اصلی اکثر مطالعات انجام شده این بود که آیا قراردادهای سرمایه‌گذاری دوجانبه تحقق می‌یابند یا خیر. ولی درخصوص قدرت حقوق مالکیتی که در این قراردادها اعمال می‌شود، مطالعات بسیار کمی انجام شده است. تا به امروز به مساله وسعت حقوقی که در یک قرارداد سرمایه‌گذاری دوجانبه در نظر گرفته می‌شود و این که آیا این حقوق می‌تواند انگیزه سرمایه‌گذاران را تغییر دهد و یا تضمینی برای سرمایه‌گذاران خارجی بیش از تضمین سرمایه‌گذاران داخلی و یا بیش از تضمین مورد نیازشان برای ورود به بازار

سرمایه‌گذاری فراهم آورند، توجهی نشده است. این نگرانی‌ها ریشه در بحث‌های قانونی دارند که پس از صدور آرای دادگاه‌هایی که اخیراً در خصوص چگونگی اجرای حقوق مالکیت قراردادهای BIT در برابر آمریکا و کانادا تشکیل شده‌اند، مطرح می‌گردند^(۲). مقاله حاضر با استفاده از این بحث‌های قانونی، قراردادهای سرمایه‌گذاری دوجانبه را مورد ارزیابی دقیق قرار می‌دهد و به آینده کشورهای در حال پیشرفت که میزبان بسیاری از قراردادهای سرمایه‌گذاری دوجانبه می‌باشند، نظر دارد.

قرارداد سرمایه‌گذاری دوجانبه چیست؟

قراردادهای سرمایه‌گذاری دوجانبه از کشوری به کشور دیگر فرق می‌کند در کل، و وجه اشتراک زیادی میان این قراردادها در خصوص تعریف آنها از سرمایه‌گذاری خارجی و اصول آن، انتقال سرمایه، سلب مالکیت، و روش‌های حل اختلاف وجود دارد. از آنجایی که هسته مرکزی قراردادهای BIT تضمینی است که این قراردادها در خصوص حقوق مالکیت به سرمایه‌گذاران می‌دهند، بررسی این حقوق از اهمیت بسیاری برخوردار است. با بررسی انبوه پرونده‌های قانونی، مشخص می‌شود که نه تنها حقوق مالکیت سرمایه‌گذاران خارجی بسیار زیاد و تضمین شده است، بلکه این حقوق بسیار اساسی و بنیادی‌تر از انتظار ماست.

یکی از مفاد قراردادهای BIT که در میان اکثر آنها مشترک می‌باشد، این است که سرمایه‌گذار می‌تواند در صورت انجام اقداماتی که باعث سلب مالکیت شرکت شود، از کشور میزبان شکایت کند. در اینجا یادآوری دو نکته مهم است:

اول اینکه، اعطای حق به سرمایه‌گذاران خاص برای شکایت از دولت، خود به معنی بسط حقوق سرمایه‌گذار است. در بسیاری از موارد دولت می‌تواند مصونیت حکومتی بگیرد و سیستم قضایی را دست خالی

بگذارد. راه دیگر نیز این است که با همکاری دولت کشور سرمایه‌گذار، از سرمایه‌گذار حمایت سیاسی به عمل آید. اگرچه ممکن است به دلیل اینکه فرآیند سرمایه‌گذاری، روندی سیاسی پیدا کند چنین حمایتی به عمل نیاید. در عوض با انعقاد BIT کشور میزبان رضایت می‌دهد که اختلافات ایجاد شده در دادگاه حل و فصل شود.

نکته دوم، تعریف سلب مالکیت است. قراردادهای سرمایه‌گذاری دوجانبه شرایط قانونی بودن سلب مالکیت و پرداخت غرامت را مشخص می‌کنند. جمله‌بندی این مفاد ممکن است در قراردادهای مختلف، متفاوت به نظر آید ولی همه این قراردادها بر سر شرایط کلی این مفاد توافق دارند. دارایی‌ها فقط در صورتی می‌توانند مورد مصادره قرار بگیرند که استفاده از آنها عمومی شود؛ همه به طور یکسان از آن استفاده کنند، غرامت پرداخت شود؛ و مصادره روند قانونی داشته باشد. در میان شرایط ذکر شده، فقط پرداخت غرامت است که پیامدهای زیادی به همراه دارد. این که برای پرداخت غرامت باید شرایطی وجود داشته باشد، جای بحث نیست. ولی چگونگی این شرایط همواره اختلاف نظر ایجاد کرده است. معیارهای استاندارد پرداخت غرامت عبارتند از "پرداخت سریع، کافی و مفید غرامت" یا "پرداخت غرامت به اندازه ارزش کامل دارایی" یا فقط ذکر "پرداخت غرامت". پرداخت غرامت عبارت است از پرداخت ارزش بازاری سرمایه‌گذاری قبل از اینکه سلب مالکیت رسماً اعلام شود. در بعضی قراردادها پرداخت غرامت بسیار واضح بیان شده است (برای مثال، در BIT چین و سوئد آمده است "هدف پرداخت غرامت این است که سرمایه‌گذار در وضعیتی قرار گیرد که اگر سلب مالکیت یا ملی شدن صورت نگرفته بود، سرمایه‌گذار در همان موقعیت قرار داشت") ولی در برخی دیگر این امر بسیار مبهم بیان شده و چالش‌های زیادی را برای دادگاه‌ها و سیاستگذاران در ارزیابی تأثیرات BIT به وجود آورده است.

رویدادهای ملی شدن دهه ۱۹۷۰ موارد زیادی از سلب مالکیت را به وجود آوردند. اخیراً "سلب مالکیت‌های غیرمستقیم"، "سلب مالکیت‌های تدریجی"، و همچنین این مساله که آیا ارزش مصادره‌ها به اندازه‌ای است که خسارت پرداخت شود، از اهمیت زیادی برخوردار شده‌اند. شروط جدید مصادره معمولاً در کشورهای اعمال می‌شوند که ارزش سرمایه‌گذاری در آنها تا حد زیادی کاهش پیدا می‌کند. بسیاری از قراردادهای BIT تاکید کرده‌اند که مصادره نه تنها شامل اقداماتی است که معادل یا برابر سلب مالکیت باشد بلکه اقداماتی را که کاهش ارزش سرمایه‌گذاری را به همراه داشته باشد نیز، شامل می‌شود.^(۳)

به جای اینکه اختلاف‌های ایجاد شده در دادگاه‌های محلی حل و فصل شوند که سرمایه‌گذاران خارجی اعتمادی به آنها ندارند، قراردادهای BIT شیوه‌های خاص حل اختلاف را مشخص می‌کنند. یکی از راه‌حل‌های متداول برای رسیدگی به این گونه اختلاف‌ها، ارجاع پرونده به ICSID (مرکز بین‌المللی حل اختلافات سرمایه‌گذاری) است که زیر نظر بانک جهانی اداره می‌شود. اتاق بازرگانی بین‌المللی و UNICTRAL (کمیسیون سازمان ملل متحد در امور تجارت بین‌المللی) نیز می‌توانند در این زمینه کمک بزرگی باشند. در جریان روند حل اختلاف سه داور انتخاب می‌شود (معمولاً دو داور توسط طرفین دعوی و یک داور نیز توسط ارگان انتخاب شده برای حل اختلاف). این شیوه حل اختلاف روبه‌های معمول قضایی ندارد و اجباری هم برای علنی بودن یا انتشار نتیجه دادگاه وجود ندارد.^(۴)

امکان تجدید نظرخواهی از رای نهایی دادگاه و یا ارجاع آن به دادگاه عالی یا نظام قضایی داخلی کشورها وجود ندارد. ماهیت این گونه حل اختلاف‌ها آزادی عمل زیادی در تصمیم‌گیری نهایی ایجاد می‌کند و این امر خود موجب می‌شود که سرمایه‌گذاران با پشتکار بیشتری دعوای قضایی خود را دنبال کنند.

با اینکه قراردادهای BIT زمینه‌ساز موارد زیادی از سلب مالکیت است، حجم اختلاف‌های ایجاد شده تا چند سال گذشته بسیار کم بود. ولی در طول چند سال اخیر تعداد پرونده‌ها افزایش چشمگیری یافته است. ICSID که در طول چهار دهه فقط به ۶۰ پرونده رسیدگی کرده بود، در حال حاضر بیش از ۴۰ پرونده در دست دارد. این افزایش می‌تواند ناشی از افزایش تعداد قراردادهای BIT و همچنین افزایش تعداد اختلاف‌های ایجاد شده بر سر فصل ۱۱ قرارداد نفتا باشد. بسیاری از منتقدان از این موضوع نگران می‌باشند که سرمایه‌گذاران از قوانین و شروط مصادره و پرداخت غرامت به عنوان تضمینی در مقابل ریسک‌هایی استفاده کنند که همه شرکت‌ها و سازمان‌ها در روند طبیعی راه‌اندازی یک تجارت ممکن است با آنها روبرو شوند.

شرایط قرارداد نفتا حق مالکیتی را به سرمایه‌گذاران واگذار می‌کند که اگر سرمایه‌گذاری آنها دچار مشکل شد، متحمل هیچ ضرری نشوند و بتوانند سود مورد نظرشان را به دست آورند. اگرچه وسعت قوانین مصادره هنوز مشخص نیست ولی زبان این قرارداد به گونه‌ای است که حق مالکیت بیشتری را برای سرمایه‌گذاران خارجی نسبت به سرمایه‌گذاران داخلی در نظر می‌گیرد.

همزمان با شناسایی راه‌های قانونی حل اختلاف‌های ایجاد شده در قراردادهای BIT، انتخاب کشور طرف قرارداد نیز از اهمیت بسیاری برخوردار است. اگر سرمایه‌گذاران احساس کنند که در کشوری امکان پیروزی آنها در برابر کشور میزبان زیاد است و با این روش تضمین سرمایه‌گذاری آنها در مقابل ریسک‌های احتمالی زیاد می‌شود، امکان این که آنها در این کشورها برای دستیابی به موفقیت تجاری کمتر تلاش کنند، بیشتر می‌شود. همچنین این سرمایه‌گذاران فقط به دلیل قدرت‌شان در اختلاف‌های سرمایه‌گذاری جذب این کشورها می‌شوند نه به دلایل

اقتصادی. اینگونه شرکت‌ها بسیار علاقمندند موقعیت‌هایی را دنبال کنند که بتوانند در اختلاف‌های ایجاد شده پیروز شوند. این موارد ممکن است نادر باشند ولی شکایت‌های مطرح شده به اندازه کافی بزرگ می‌باشند که توجه مذاکره‌کنندگان قراردادهای BIT را به اهمیت قوانین مربوط به مصادره و پرداخت غرامت در این قراردادها جلب کنند.

BIT شرکت Azinian و دولت مکزیک مثال جالبی در این زمینه است. از یک طرف حکم بر این شد که قرارداد به ابزاری برای جبران پیامدها و عملکردهای ضعیف تبدیل نشود. در این قرارداد آمده است:

”یک سرمایه‌گذار خارجی که تحت حمایت نفتا قرار دارد می‌تواند با یک مسوول دولتی قرارداد منعقد کند و ممکن است این مقام دولتی از قرارداد سرپیچی کند ولی سرمایه‌گذار نمی‌تواند با رجوع به قرارداد نفتا از وی شکایت کند. در همه جای دنیا این امر کاملاً بدیهی است که اشخاصی که با مسوولان دولتی طرف قرارداد می‌شوند ممکن است با شکست روبرو شوند و حتی ممکن است دادگاه نیز شکایت آنها را قبول نکند. هدف قرارداد نفتا این نبوده است که پوشش حمایتی برای سرمایه‌گذاران در برابر این‌گونه شکست‌ها فراهم آورد.“

از طرف دیگر، با توجه به مسایل دیگر، شاکیان این پرونده نیز معتقد بودند که این قرارداد می‌تواند برای آنها نیز آسایش و آرامش به همراه داشته باشد.

لازم به ذکر است که حقوق حمایت شده در یک BIT دو طرفه است. حقوقی که به سرمایه‌گذاران کشور A که در کشور B سرمایه‌گذاری می‌کنند از آن برخوردارند، معادل حقوق سرمایه‌گذاران کشور B است که در کشور A سرمایه‌گذاری می‌کنند. اگرچه در عمل همواره عدم تقارن زیادی در این خصوص وجود داشته است و جریان سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی که توسط قراردادهای BIT پوشش داده می‌شوند،

معمولاً یک سویه می‌باشند. در مواردی که جریان سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی دو سویه باشد کشورها برای عقد قراردادهای BIT تمایلی نشان نمی‌دهند. اینگونه قراردادهای میان کشورهای ثروتمند سازمان همکاری و توسعه اقتصادی بسیار کم است. قراردادهای BIT میان کشورهای ثروتمند سازمان همکاری و توسعه اقتصادی بسیار متداول است ولی این کشورها فقط با کشورهای در حال پیشرفت چنین قراردادهایی را منعقد می‌کنند. در این حالت کشورهای سازمان همکاری و توسعه اقتصادی به دنبال تضمین حقوق شرکت‌های خود در کشورهای دیگر می‌باشند در حالی که همان حقوق را در مرزهای خود به شرکت‌های کوچک نمی‌دهند.

زیرنویس‌ها:

1) Bilateral Investment Treaty.
۲) قراردادهای سرمایه‌گذاری دوجانبه به خصوص قراردادهایی که آمریکا و کانادا در آنها مطرح می‌باشند اخیراً در بین صاحب‌نظران قانونی از اهمیت زیادی برخوردار شده‌اند. برای مثال، حقوق مالکیتی که در قرارداد نفتا اعمال شده مطابق حقوقی است که در اصلاحیه پنج قانون اساسی آمریکا به آن اشاره شده است.

۳) برای مثال، در BIT ژاپن و مصر اینطور آمده است: ”مصادره، ملی شدن، ایجاد محدودیت، یا هرگونه اقدامی که پیامدهای آن معادل سلب مالکیت، یا ملی شدن باشد، تحت عنوان مصادره مطرح خواهد شد.“

۴) برخی کشورها مدارک مربوط به اختلاف‌های سرمایه‌گذاری به وجود آمده را برای اطلاع عموم منتشر می‌کنند. برای مثال، قانون آزادی اطلاعات در ایالات متحده آمریکا ایجاب می‌کند که اینگونه مدارک منتشر شوند. اگرچه این امر برای همه کشورها صادق نیست.

ادامه دارد

