



تأمین و تضمین امنیت مالی صنایع در حوزه انرژی به وسیله

قواعد و مقررات تضمین کننده سرمایه گذاری معاهده منشور انرژی

دکتر نادر مردانی، عضو هیئت علمی دانشکده حقوق دانشگاه شیراز، Mardani@shirazu.ac.ir

حمیده بهمنی بهلولی، کارشناسی ارشد حقوق بین الملل دانشگاه شیراز، Hamideh.Bahmani@yahoo.com

چکیده

سرمایه گذاری خارجی از مهم ترین عوامل تأمین مالی صنایع می باشد که به دلیل اهمیت استراتژیک و ریسک بالای آن به خصوص در حوزه انرژی، نیازمند چارچوبی حقوقی برای تأمین امنیت و تضمین سرمایه گذاری های انجام شده می باشد تا با ایجاد یک بازار مبتنی بر تجارت و سرمایه گذاری آزاد، نیاز سرمایه گذاران مبنی بر تضمین امنیت سرمایه ی آنان، همچنین تولیدکنندگان بر وجود بازاری رقابتی و دایمی تأمین شود. معاهده منشور انرژی یک ابزار حقوقی بسیار کارآمد در عرصه ی بین المللی است که با هدف تأمین نیاز روزافزون کشورهای صنعتی به تأمین انرژی کافی، و نیاز تولیدکنندگان انرژی به توسعه ی امکانات برای دستیابی بهتر به بازاری رقابتی و مداوم شکل گرفته است. منشور در خصوص سرمایه گذاری خارجی قواعدی را مقرر نموده است که نه تنها در جذب سرمایه گذاری خارجی مؤثر می باشد، بلکه امنیت سرمایه گذاری را بوسیله ی استانداردهای بین المللی رفتار با سرمایه گذار خارجی با ایجاد توازن منصفانه بین حاکمیت کشور میزبان و حق مالکیت سرمایه گذار و قواعد حل و فصل اختلافات منحصر به فردی تضمین می نماید؛ که مجموعه ی این قوانین که با هدف حمایت از دارایی های سرمایه گذاران و همچنین رعایت انصاف و عدالت با آنهاست که منجر به کاهش میزان ریسک سیاسی و ایجاد نظم و انضباط در امور اداری و تعدیل اقدامات غیرواقعی بینانه و حمایت های بی مورد از شرکت های داخلی کشورهاست. تمامی این عوامل در راستای تأمین و تضمین امنیت مالی صنایع در حوزه انرژی بعنوان مهم ترین عامل در توسعه و گسترش حقوق انرژی می باشد. در این پژوهش علاوه بر تشریح قواعد حاکم بر سرمایه گذاری در منشور انرژی، تأثیر این قواعد در تأمین مالی صنایع از طریق این سند حقوقی بررسی خواهد شد.

تأمین مالی صنایع، تضمین سرمایه گذاری، معاهده منشور انرژی

مقدمه

تجارت و سرمایه گذاری بستر لازم برای انجام فعالیت های اقتصادی است که تأمین مالی پروژه های سرمایه گذاری از مسایل مهم قواعد سرمایه گذاری است و این امر بی شک به میزان امنیت اقتصادی کشور میزبان بستگی دارد. امنیت اقتصادی عبارت است از ایجاد یک فضای حقوقی، اجتماعی و سیاسی که در چارچوب آن طرح های سرمایه گذاری و فعالیت های اقتصادی بتواند از آغاز اجرا تا مرحله بهره برداری، و پس از آن تا پایان کار بدون اخلاص و آشفتگی های بیرونی انجام شود. تجربه نشان می دهد بدون اعطای تسهیلات ویژه و فقط با تأمین امنیت و ثبات اقتصادی، زمینه های جذب سرمایه های خارجی فراهم شده و در این راه موفقیت های چشمگیری حاصل خواهد شد.^۱ سرمایه گذاری و به دنبال آن تأمین مالی در شرایطی انجام می گیرد که اطمینان از نبود مخاطرات محیطی در مورد اصل سرمایه و سود سرمایه وجود داشته باشد. چنانچه این بستر همراه با قواعد اطمینان آوری نباشد سرمایه گذار نمی تواند با اطمینان خاطر نسبت به تأمین مالی پروژه های مورد نظر اقدام نماید. بنابراین بایستی قواعد سرمایه گذاری بعنوان بستر لازم برای تأمین مالی همراه با قواعد تضمین کننده باشد تا سرمایه گذار با آسودگی خاطر اقدام به سرمایه گذاری نماید. حامل های انرژی بعنوان حیاتی ترین عامل در تداوم رشد اقتصادی کشورهای صنعتی قلمداد می شود و از سوی دیگر اقتصاد کشورهای تولیدکننده انرژی نیز بر اساس بازار رقابتی و دایمی انرژی تأمین می شود. بنابراین سرمایه گذاری در بخش انرژی، نیازمند چارچوبی حقوقی است که علاوه بر ایجاد یک بازار مبتنی بر تجارت و سرمایه گذاری آزاد و تأمین امنیت و تضمین سرمایه گذاری، نیاز تولیدکنندگان بر وجود بازاری رقابتی و دایمی همچنین حاکمیت کشورها بر ذخایر و منابعشان نیز تأمین شود. این وابستگی متقابل منشأ شکل گیری معاهده منشور انرژی بعنوان یک ابزار حقوقی بسیار کارآمد در عرصه بین المللی شد تا با هدف تأمین نیاز روزافزون کشورهای صنعتی به تأمین انرژی کافی و تضمین امنیت سرمایه گذاری آنان، و نیاز تولیدکنندگان انرژی به توسعه امکانات برای دستیابی بهتر به بازاری رقابتی و مداوم فعالیت نماید. این پژوهش برآن است تا با تحلیل حقوقی قواعد سرمایه گذاری معاهده منشور انرژی، این منشور را به عنوان بستری مناسب برای سرمایه گذاری مطمئن و به دنبال آن تضمین امنیت تأمین مالی پروژه معرفی نماید.

- مفاهیم سرمایه گذاری و سرمایه گذار در منشور انرژی

به منظور تبیین قواعد سرمایه گذاری ابتدا بصورت اجمالی به تعریف سرمایه گذاری و سرمایه گذار می پردازیم. معاهده منشور انرژی، خود در مقام تعریف مفاهیم کلی مورد استفاده در متن برآمده (ماده ۱) و با ایجاد ارتباط میان مفاهیم مورد نظر بسیاری از ابهامات در خصوص مفاهیم و قلمرو اعمال مقررات ناظر بر سرمایه گذاری را از میان برده است. از جمله دقت در ارتباط مفاهیم «سرمایه گذاری»، «فعالیت اقتصادی در بخش انرژی»، و «مواد و محصولات انرژی» می تواند حوزه و چشم انداز معاهده را روشن سازد. قبل از هر چیز ذکر این نکته لازم است که علت بیان موسع معاهده در تعریف عبارات این بخش، تعیین حدود و ثغور سرمایه گذاری، تأکید بر این امر است که فقط سرمایه گذاری های انجام شده در قالب مفاهیم و رعایت شرایط لازم در این معاهده (بخش سوم) است که مورد حمایت قرار گرفته و از ضمانت اجرای مقرر در ماده ۲۶ و ۲۷ (داوری بین المللی) برخوردار خواهند شد.

مطابق بند ۶ ماده ۱ معاهده: «هرگونه دارایی که به صورت مستقیم و غیر مستقیم تحت مالکیت یا کنترل یک سرمایه گذار باشد»^۲

بند ۸ ماده ۱ در مورد فعالیت سرمایه گذاری مقرر می دارد: «انجام سرمایه گذاری یا سرمایه گذاری کردن عبارت است از تحقق سرمایه گذاری های جدید، تحصیل تمام یا بخشی از سرمایه گذاری های موجود، یا به جریان انداختن آنها در زمینه های مختلف از فعالیت سرمایه گذاری» این ماده اشاره به سرمایه گذاری مستقیم و غیرمستقیم دارد، قید «سرمایه گذاری های موجود» به این معناست که سرمایه گذاری ای از قبل وجود داشته و سرمایه گذار با سرمایه گذاری کردن در آن، به فعالیت اقتصادی می پردازد،

مانند بورس یا خرید سهام شرکت‌های موجود در کشور سرمایه‌پذیر. با عنایت به تعاریف ارائه شده ملاحظه می‌گردد که معاهده، مانند دیگر معاهدات دوجانبه‌ی حمایت از سرمایه‌گذاری، دایره‌ی شمول خود را با عنوان «هرگونه دارایی» گسترش داده است که گسترده‌ترین مفهوم ممکن را از سرمایه‌گذاری ارائه می‌کند و هر چیزی را که حتی به صورت غیرمستقیم تحت مالکیت و یا کنترل سرمایه‌گذار باشد در برمی‌گیرد.

نکته‌ای باید ذکر شود این است که در ماده‌ی ۱۰ منشور که به موضوع تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری پرداخته است، پس از بیان اینکه طرف‌های متعاقد بایستی از سرمایه‌گذاری‌های سرمایه‌گذاران در قلمروشان حمایت نموده رفتار مقرر شده در منشور را اعمال کنند (در بخش‌های بعدی به تفصیل در خصوص این حمایت‌ها و اصول رفتاری سخن گفته خواهد شد)، مدیریت، نگهداری، استفاده، بهره‌برداری یا واگذاری سرمایه‌گذاری‌ها را نیز در زمره و وابسته به سرمایه‌گذاری دانسته و اینگونه فعالیت‌های مرتبط با سرمایه‌گذاری را همانند سرمایه‌گذاری مورد حمایت قرار داده است. این در حالی است که در برخی از کشورها خارجیان نمی‌توانند مالکیت یا مدیریت صد درصد یک بنگاه یا شرکت اقتصادی را داشته باشند. در این کشورها حداکثر سهام خارجیان در یک شرکت تجاری مشخص شده که در بسیاری از موارد زیر ۵۰ درصد است. برخی از این کشورها این محدودیت را تنها در مورد مالکیت سهام یا سهم‌الشرکه بنگاه‌های اقتصادی اعمال می‌کنند در خصوص مدیریت آن محدودیت خاصی اعمال نمی‌کنند. در حالی که برخی دیگر از این کشورها محدودیت مزبور را حتی در مورد مدیریت نیز اعمال می‌کنند و به شرکای داخلی و خارجی اجازه نمی‌دهند که مدیریت بنگاه اقتصادی مزبور را کلاً به خارجیان محول نمایند.^۳ بنابراین بر اساس مقررات این منشور نه تنها اینگونه فعالیت‌ها با هیچگونه محدودیتی مواجه نیست بلکه همانند خود سرمایه‌گذاری‌ها از حمایت منشور برخوردار می‌باشد. اعمال رفتار مناسب و حمایت از این فعالیت‌های مرتبط با سرمایه‌گذاری در بند ۷ ماده ۱۰ مورد تأکید قرار گرفته است.

مفهوم سرمایه‌گذار

بند ۷ ماده‌ی ۱ منشور سرمایه‌گذار را از دو جنبه بررسی نموده است، طرف متعاهدی که به صورت مستقیم سرمایه‌گذاری نموده است و متعاهدی که از طریق دولت ثالث اقدام به سرمایه‌گذاری نموده است.

الف) در ارتباط با کشور عضو منشور عبارت است از:

(۱) یک شخص حقیقی که واجد حق شهروندی یا دارای تابعیت آن بوده یا کسی که بر طبق قانون قابل اعمال در قلمرو آن کشور عضو، بطور دایم در آنجا اقامت دارد.

(۲) یک شرکت یا سازمان دیگری که بر طبق قانون قابل اعمال (ضوابط یا مقررات قانونی در آن کشور عضو) تأسیس شده باشد.

ب) در ارتباط با یک دولت ثالث عبارت است از: یک شخص حقیقی یا سازمان دیگری که با تغییرات لازم، شرایط مقرر در پاراگراف «الف» را برای یک طرف متعاقد (کشور عضو) محقق ساخته است. بعنوان مثال یک شرکت آلمانی (عضو معاهده) که سهامداران عمده‌ی آن اتباع کشور دیگری (مثلاً چین، آمریکا و...) که عضو معاهده نیستند، باشد و بخواهد در یک کشور عضو مانند ژاپن سرمایه‌گذاری کند. بر اساس تعریف مزبور مفهوم سرمایه‌گذاری هم شامل اشخاص حقیقی و هم اشخاص حقوقی می‌گردد. شخص حقیقی سرمایه‌گذار به شخصی گفته می‌شود که در یکی از کشورهای عضو معاهده اقامت دایم داشته یا تابعیت یکی از آنها را داشته باشد. مفهوم اقامت دایم و شرایط کسب تابعیت در هر یک از کشورهای عضو توسط قانون داخلی خود آنها تعیین می‌شود و معاهده در این خصوص دخالتی ندارد. شخص حقوقی سرمایه‌گذار چه دولتی و چه خصوصی به شرطی در چارچوب مقررات معاهده می‌گنجد که طبق قانون داخلی حاکم در هر یک از کشورهای عضو با رعایت مقررات تشکیل شده باشد. در واقع معاهده با این ارجاع به حقوق داخلی، بسیاری از اختلاف نظرات موجود در خصوص معیار تعیین

تابعیت یا اقامتگاه شخص حقوقی مانند معیار کنترل مؤثر^۱ یا فعالیت اقتصادی واقعی^۲ و ... را بر طرف ساخته است. عبارت «سازمان» که در کنار شرکت آمده چیزی غیر از مفهوم مصطلح شرکت است. به نظر می‌رسد این عبارت مفهوم عامی بوده و هر نوع شعبه، نمایندگی، بنگاه، مؤسسه یا نهاد دیگری که شخصیت حقوقی داشته و به فعالیت تجاری در بخش انرژی مشغول باشد، شامل آن می‌شود.

قواعد حاکم بر سرمایه‌گذاری

مقررات حمایت از سرمایه‌گذاری منشور، در بخش سوم منشور تدوین شده است. هدف مقررات این است که شرایط منصفانه‌ای برای سرمایه‌گذاری‌ها در بخش انرژی ایجاد نماید و بدین وسیله ریسک‌های غیرتجاری مرتبط با اینگونه سرمایه‌گذاری‌ها محدود شود. منشور حمایت از سرمایه‌گذاری را به دو مرحله تقسیم نموده است، و برای هر یک حمایت‌های مختلفی پیش‌بینی کرده است، مقررات مربوط به پیش از سرمایه‌گذاری در ابتدا به صورت «نرم» رژیم مقررات تشویق برای پیش از سرمایه‌گذاری، در حالی که منشور مقررات «سخت» را برای رژیم پس از سرمایه‌گذاری پیش‌بینی کرده است با هدف الزام دولت‌های متعاهد.^۴ در این مبحث قواعد حاکم بر سرمایه‌گذاری را طی دو بخش جداگانه ابتدا در مقطع پیش از سرمایه‌گذاری و سپس در مرحله پس از انجام سرمایه‌گذاری مورد مطالعه قرار می‌دهیم. لازم به ذکر است که الزامات مثبت رفتاری اصولاً در مرحله بعد استقرار سرمایه‌گذاری اعمال می‌گردند، در حالی که الزامات منفی هم در مرحله‌ی قبل از سرمایه‌گذاری و هم در مرحله‌ی بعد از آن مطرح می‌باشند.

- مقررات پیش از سرمایه‌گذاری

بند ۱ ماده ۱۰ مقرر می‌دارد: «هر طرف متعاهد، بر اساس مندرجات این معاهده، برای سرمایه‌گذاری سرمایه‌گذاران دیگر دول متعاهد در قلمرو خود شرایطی منصفانه، پایدار، عادلانه، مطلوب و شفاف را ایجاد می‌نماید.» یعنی دول متعاهد باید «بهترین تلاش‌ها» را جهت ایجاد شرایط فوق بعمل آورند. در ادامه بند ۲ همین ماده مقرر می‌دارد: «هر طرف متعاهد تلاش خواهد نمود، جهت سرمایه‌گذاری سرمایه‌گذاران دیگر دول عضو در قلمروش رفتار موصوف در بند ۳ (مطلوب‌ترین رفتار از میان رفتار ملی و رفتار ملت‌های کامله الوداد) را اتخاذ نماید.» منشور حمایت خود را به مرحله‌ی پیش از سرمایه‌گذاری نیز تعمیم و گسترش داده و بند ۴ راجع به معاهده‌ی تکمیلی نیز در پی آن است که تعهد مندرج در بند ۳ (مطلوب‌ترین رفتار و عدم تبعیض) را به مرحله‌ی پیش از سرمایه‌گذاری سرایت دهد. پیش‌بینی حمایت پیش از سرمایه‌گذاری از ابتکارات منشور است، و شاید دلیل نرم بودن و غیرالزام آور بودن آن به دلیل همین بدیع بودن آن است، تا دولت‌ها بتوانند با به مرور زمان این حمایت را اعمال کنند و در طول زمان به عرف و رویه تبدیل شده که در آن صورت الزام آور خواهد شد. براساس بند ۷ ماده ۱ همین که زمینه‌ها و شرایط لازم جهت سرمایه‌گذاری توسط دولت سرمایه‌پذیر اعلام شد دیگر آن کشور نمی‌تواند بین اتباع خود با سرمایه‌گذاران خارجی و یا بین سرمایه‌گذاران کشورهای مختلف خواه متعاهد و خواه غیر متعاهد (ثالث) تبعیض قائل شود. بند ۶ ماده ۱۰ نیز به امضاکنندگان معاهده این امکان را می‌دهد که آگاهانه و ارادی خود را متعهد به یک تعهد الزام آور در مورد رفتار ملی و مطلوب‌ترین رفتار در مرحله‌ی پیش از سرمایه‌گذاری سازند.

برابر بند ۴ ماده ۱۸ بعنوان یکی دیگر از مقررات حاکم در این مرحله: «طرفهای متعاهد متعهد می‌شوند که دسترسی به منابع انرژی را از طریق تخصیص غیرتبعیض‌آمیز مجوزها، امتیازات و قراردادهای جهت اکتشاف، استخراج و بهره‌برداری منابع انرژی بر اساس معیارهای انتشار یافته تسهیل نمایند.» این تعهد اگرچه از شمول مقررات بخش سرمایه‌گذاری خارج شده و در فصل چهارم معاهده (مقررات متفرقه) گنجانده شده است، با این وصف تبعیض قائل شدن میان اتباع کشورهای مختلف به آن شرط

¹ - Effective Control

² - Genuine Economic Activity

که به نحو مستمر، آشکار و ناموجه انجام پذیرد حتی در مرحله‌ی اعطای مجوزها و انعقاد قراردادهای نیز قابل پیگرد دانسته شده است. یعنی در مرحله‌ی اعطای مجوز که مربوط به مرحله‌ی پیش از سرمایه‌گذاری است نیز دولت‌ها مکلفند رفتار غیرتبعیض آمیز داشته باشند. تعهدات فاز پیش از انجام سرمایه‌گذاری موضوع قواعد نرم و منعطف معاهده هستند. لذا نقض تعهدات مندرج در معاهده که به مقطع پیش از انجام سرمایه‌گذاری مربوطند از شمول ماده ۲۶ خارج می‌باشند. زیرا این ماده (۲۶) فقط به اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری انجام شده می‌پردازد. یعنی مربوط به مرحله‌ی پس از سرمایه‌گذاری است. در حالی که پیش از انجام سرمایه‌گذاری تنها می‌توان با استفاده از ساز و کار مقرر در ماده ۲۷ تخلف دولت سرمایه‌پذیر از تعهدات معاهداتی را اثبات نمود.

- مقررات پس از سرمایه‌گذاری

وقتی دولتی اقدام به پذیرش سرمایه‌گذاری خارجی نمود و سرمایه‌گذاری مربوطه در آن کشور مستقر شد، گذشته از لزوم رعایت قاعده‌ی کلی حداقل استاندارد بین‌المللی، بایستی در برخورد با سرمایه‌گذاری چه در مرحله‌ی وضع قانون و چه در مرحله‌ی اجرا، استانداردهای مشخصی را رعایت کند که در ادبیات حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، به آن «استانداردهای رفتاری یا حمایتی» می‌گویند. این استانداردها عبارتند از: رفتار ملی، رفتار منصفانه و عادلانه، رفتارملت‌های کامله‌الوداد، التزام به توافقات و تعهدات قراردادی، اصل دسترسی به دادرسی عادلانه و تشریفات قانونی، و جامعتر از همه، اصل اعطای مطلوب‌ترین رفتار به سرمایه‌گذار خارجی. هرچند برخی از این استانداردها مانند رفتارملی و رفتارملت‌های کامله‌الوداد با نظام تجارت جهانی مشترک است، اما در حوزه‌ی سرمایه‌گذاری برای نخستین بار است که در قالب یک معاهده‌ی بین‌المللی گنجانده شده‌اند. نکته‌ای که به قواعد پس از سرمایه‌گذاری انسجام بخشیده و سرمایه‌گذار را مطمئن از انجام سرمایه‌گذاری می‌کند، آخرین جمله‌ی بند ۱۰ ماده‌ی ۱۰ می‌باشد که قید شده است که: «هر طرف متعهد دیگر تقبل کرده است، رعایت خواهد کرد». از سرمایه‌گذار یا یک سرمایه‌گذاری توسط یک سرمایه‌گذار از هر طرف متعهد دیگر تقبل کرده است، رعایت خواهد کرد». از جمله وظایف و تعهدات مهمی که در منشور انرژی به آن توجه بسیار شده است رعایت تعهدات در قبال قرارداد است. لازم به تذکر است که چنین تعهداتی به اشکال گوناگون در سایر قوانین بین‌المللی نیز وجود دارد تا به این وسیله قراردادهایی که با سرمایه‌گذاران خارجی منعقد می‌شود به رسمیت شناخته شده و دولت‌ها به تعهدات خود پایبند باشند. این بدان معناست که دولت یک کشور صرفاً با تکیه بر نفوذ و قدرت خود حق ندارد قراردادی را فسخ و یا سرمایه‌گذار را مجبور کند تا در مورد تغییر مفاد و شرایط قرارداد مجدداً به مذاکره با دولت بپردازد. قواعد حاکم پس از سرمایه‌گذاری را در دو قالب اصول رفتاری و تسهیلات و تضمینات سرمایه‌گذاری بررسی خواهیم نمود.

- اصل عدم تبعیض

یکی از این استانداردها که از استانداردهای پایه‌ای و اساسی رفتار با سرمایه‌گذار می‌باشد که به جرأت می‌توان گفت پایه‌ی سایر رفتارها و استانداردها نیز می‌باشد، اصل عدم تبعیض است. شرط عدم تبعیض به این معناست که اقداماتی که آسیبی به حقوق سرمایه‌گذار وارد می‌آورند، میان سرمایه‌گذار داخلی و خارجی یا میان سرمایه‌گذاری‌های خارجی، کمترین تفاوتی قائل نشوند.^۵ الزامات رفتاری سلبی و ایجابی همگی از اصل عدم تبعیض ناشی می‌شوند. اصول رفتاری از قبیل اصل رفتار منصفانه و عادلانه، اصل رفتار ملی، اصل رفتار ملل کامله‌الوداد، همگی با این هدف تدوین شده‌اند تا میان سرمایه‌گذار داخلی و سرمایه‌گذار خارجی تبعیض روا نشود. دولت‌های متعهد نه تنها در زمان رفتار با سرمایه‌گذاری بلکه در صورت بروز سلب مالکیت و مصادره‌ی اموال نیز ملزم به رعایت این اصول رفتاری می‌باشند. قائل نشدن تبعیض در معاملات یکی دیگر از تعهدات مهمی است که دولت‌های امضاکننده‌ی منشور انرژی باید به آن پایبند شوند، به این ترتیب که دولت یک کشور به هیچ وجه حق ندارد سرمایه‌گذار داخلی را به سرمایه‌گذار خارجی ارجحیت بدهد و یا حق ندارد میان سرمایه‌گذار خارجی تبعیض قائل شود.

مطابق بند ۷ ماده‌ی ۱۰ معاهده: «هر طرف متعهد در قلمرو خود نسبت به سرمایه‌گذاری‌های سرمایه‌گذاران طرف‌های متعهد دیگر و فعالیت‌های مرتبط آنها از جمله مدیریت، نگهداری، استفاده، بهره‌مندی یا واگذاری، رفتاری را اتخاذ خواهد کرد که نامطلوب‌تر از رفتار متخذ در قبال سرمایه‌گذاری‌های سرمایه‌گذاران خود، ... نباشد». بر اساس استاندارد رفتاری ملی با سرمایه‌گذار خارجی همان رفتاری می‌شود که با اتباع داخلی سرمایه‌گذار. معیار اصل رفتار ملی دلالت بر رفتار غیرتبعیض‌آمیز تا جایی دارد که رفتار با سرمایه‌گذار نامطلوب‌تر از رفتاری که با سرمایه‌گذاری سرمایه‌گذار داخلی اعمال می‌شود، نباشد. ^۶ برابر بند ۱۰ منشور: «هر طرف متعهد بر طبق شرایط این معاهده به تشویق و ایجاد شرایط باثبات، منصفانه، مطلوب و شفاف برای سرمایه‌گذاران طرف‌های متعهد دیگر برای سرمایه‌گذاری در قلمرو خود خواهد پرداخت. چنین شرایطی شامل تعهد به اتخاذ رفتاری منصفانه و عادلانه در همه‌ی زمان‌ها نسبت به سرمایه‌گذاری‌های سرمایه‌گذاران طرف‌های متعهد دیگر خواهد بود ...» این استاندارد جزء اساسی‌ترین استانداردهای رفتاری محسوب می‌شود که حداقل معیارهای مطلوب مانند انصاف و عدالت را برای حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی طبق معیارهای پذیرفته شده حقوق بین‌الملل در سرزمین دولت میزبان فراهم می‌کند. در ادامه ماده‌ی مزبور مواردی ذکر کرده که در واقع به عنوان مصادیق و آثار اعمال این استاندارد مطرح بوده و در زمره‌ی تعهدات دولت میزبان می‌باشند: «... همچنین این سرمایه‌گذاری‌ها از حمایت و امنیت پایدار بهره‌مند خواهد بود و هیچیک از طرف‌های متعهد به هیچ طریق با اتخاذ اقدامات تبعیض‌آمیز و غیرمعقول به مدیریت، نگهداری، استفاده و بهره‌مندی یا واگذاری این سرمایه‌گذاری‌ها خدشه‌ای وارد نخواهد کرد. در هیچ مواردی نسبت به این سرمایه‌گذاری‌ها رفتاری اتخاذ نخواهد شد که نامطلوب‌تر از رفتار خواسته‌شده در حقوق بین‌الملل، از جمله تعهدات قراردادی باشد. هر طرف متعهد تمام تعهداتی را که در مورد یک سرمایه‌گذاری یا یک سرمایه‌گذار توسط یک سرمایه‌گذار از هر طرف متعهد دیگر تقبل کرده است، رعایت خواهد کرد». جمله‌ی چهارم بند ۱ ماده‌ی ۱۰ بیان می‌کند: «سرمایه‌گذاری‌ها در هیچ موردی نبایستی رفتاری اتخاذ شود که نامطلوب‌تر از رفتار خواسته‌شده در حقوق بین‌الملل، از جمله تعهدات قراردادی باشد.» در این ماده منشأ رفتار اصل کامله الوداد «حقوق بین‌الملل، از جمله تعهدات قراردادی» عنوان شده است.

- اصل اعطای مطلوب‌ترین رفتار

یکی از مهم‌ترین مزایای معاهده نسبت به دیگر معاهدات در حوزه سرمایه‌گذاری، اصل اعطای مطلوب‌ترین رفتار از میان تمام استانداردهای رفتاری به سرمایه‌گذار خارجی است. در بند ۷ ماده‌ی ۱۰ صراحتاً به این موضوع اشاره شده است: «هر طرف متعهد در قلمرو خود نسبت به سرمایه‌گذاری سرمایه‌گذاران متبوع طرف‌های متعهد دیگر و فعالیت‌های مرتبط آنها از جمله مدیریت، نگهداری، استفاده، انتفاع و واگذاری، رفتاری را اتخاذ خواهد کرد که نامطلوب‌تر از رفتار متخذ در قبال سرمایه‌گذاری سرمایه‌گذاران تبعه هر طرف متعهد دیگر یا هر دولت ثالث و فعالیت‌های مرتبط آنها، هر کدام مطلوب‌ترین است، نباشد». ملاحظه می‌گردد که مقررات معاهده ابتدا در صدر بند ۱ ماده‌ی ۱۰ به رفتاری منصفانه و عادلانه و در ادامه به رعایت حداقل استاندارد رفتاری و در بندهای دیگر به رفتار ملی، رفتار ملل کامله الوداد برای اعضای متعهد یا حتی غیرمتعهد و در نهایت از میان همه‌ی آنها بر رعایت مطلوب‌ترین رفتار تأکید می‌ورزد. براین اساس دولت میزبان متعهد است از میان تمام این استانداردهای رفتاری هر کدام که برای سرمایه‌گذار نسبت به سرمایه‌گذاری او مطلوب‌ترین است، بدون قید و شرط اعمال نماید.

تسهیلات سرمایه‌گذاری خارجی

آخرین موضوع مهم در مرحله پذیرش سرمایه‌ی خارجی، اعطای تسهیلات مالی به سرمایه‌گذاران است، کشوری که به دنبال جذب سرمایه‌گذاری خارجی و بهره‌مندی از منافع آن است، تسهیلات و امتیازات ویژه‌ای در این خصوص به سرمایه‌گذاران خارجی اعطا می‌کند و با این کار سعی دارد بستری مناسب‌تر برای سرمایه‌گذاری فراهم کرده و ریسک مربوط به آن را برای سرمایه‌گذاران خارجی، کاهش دهد. بدین ترتیب باعث سودآورتر شدن فعالیت‌های سرمایه‌گذاری در کشور خود نیز خواهد

شد. این تسهیلات می‌تواند شامل تخفیف‌ها و معافیت‌های مالیاتی، کاهش عوارض گمرکی و محدودیت‌های ارزی و امثال آن باشد. در خصوص اعطای تسهیلات مالی به سرمایه‌گذاران و یا سرمایه‌گذاری‌ها در منشور باید گفت، منشور هیچ امتیاز یا تسهیلات مالی برای سرمایه‌گذاران و یا سرمایه‌گذاری‌ها مقرر نکرده است و دولت‌ها ملزم به اعطای هیچ‌گونه امتیازی نیستند. چرا که منشور در پی استقرار یک الگوی رفتاری است و نه حاکمیت بر روابط تجاری و سرمایه‌گذاری در بخش انرژی. در همین راستا بایستی ذکر شود که در بعضی از معاهدات حمایت از سرمایه‌گذاری خواستار معافیت‌های مالیاتی برای سرمایه‌گذار می‌باشند یا ممکن است خواستار برقراری نرخ مالیاتی مقرر شده در معاهده باشند، اما همانطور که گفته شد، منشور خواستار تسهیلات معافیت مالیاتی نبوده و در قوانین داخلی کشورها دخالت نکرده و خواستار برقراری نرخ مالیاتی مشخصی نشده است.

جابجایی نیروی انسانی و استخدام پرسنل کلیدی

طبق بند ۱ ماده‌ی ۱۱: «هر طرف متعاقد، در چارچوب قوانین و مقررات خود در مورد ورود، اقامت و کار اشخاص حقیقی، درخواست‌های سرمایه‌گذاران متبوع دیگر طرف‌های عضو و پرسنل کلیدی تحت‌استخدام چنین سرمایه‌گذارانی، یا سرمایه‌گذاری‌های این سرمایه‌گذاران را برای ورود و اقامت موقت در قلمرو خود به منظور پرداختن به فعالیت‌های مرتبط با انجام، توسعه، مدیریت، نگهداری، استفاده، بهره‌برداری و انتقال سرمایه‌گذاری‌ها از جمله ارائه‌ی خدمات مشاوره‌ای و فنی کلیدی، باحسن نیت بررسی خواهد کرد». بر خلاف معاهدات دوجانبه‌ی سرمایه‌گذاری یا مقررات و قوانین داخلی کشورها که سرمایه‌گذار خارجی را ملزم به بکارگیری نیروی انسانی داخلی می‌نماید، معاهده نه تنها چنین مقرره‌ای را نپذیرفته بلکه به سرمایه‌گذار آزادی و حق استخدام نیروی خارجی داده است. بر این اساس آزادی ورود و جابجایی نیروی انسانی مورد نیاز از جمله حقوق مسلم سرمایه‌گذار خارجی محسوب می‌شود و دولت میزبان نیز مکلف به فراهم سازی زمینه‌ی اجرای این تعهد است. رعایت این تعهد در تمام دوره‌ی سرمایه‌گذاری لازم است و قبل از ورود نیروی انسانی خارجی به کشور سرمایه‌پذیر بایستی این موارد بررسی گردد.

به موجب بند ۲ ماده‌ی ۱۱: «هر طرف متعاقد به سرمایه‌گذاران متبوع هریک از دیگر اطراف معاهده که در قلمروش سرمایه‌گذاری کرده‌اند اجازه می‌دهد تا پرسنل کلیدی خود را به تشخیص خود بدون در نظر گرفتن ملیت یا تابعیت آنان استخدام نماید مشروط بر اینکه مجوز ورود، اقامت و کار آن نیروها در قلمرو کشور سرمایه‌پذیر صادر شده باشد و شرایط قرارداد استخدامی با شرایط و طول مدت اعتبار مجوزهای یاد شده هماهنگ باشد». یعنی سرمایه‌گذار خارجی در بکارگیری پرسنل متخصص مورد نیاز آزاد است و هیچگونه تکلیفی در بکارگیری اتباع دولت میزبان سرمایه‌گذاری ندارد. البته منشور در کنار این حق و آزادی‌ای که برای سرمایه‌گذار قائل شده است، قوانین و مقررات داخلی دولت میزبان را نادیده نگرفته و این حق را مشروط به قوانین داخلی کشور میزبان نموده است. سرمایه‌گذار بایستی الزام دولت میزبان را به تمدید مجوز اقامت و پروانه‌ی کار نیروی انسانی خود به صورت یک تعهد قراردادی با او مورد توافق قرار دهد.^۷

آزادی انتقالات سرمایه‌گذاری بین‌المللی

یکی از مهم‌ترین نگرانی‌های سرمایه‌گذار خارجی، امکان انتقال اصل و منافع و دیگر عایدات سرمایه‌گذار از کشور میزبان به کشور متبوع او می‌باشد. مطابق بند ۱ ماده‌ی ۱۴: «هر طرف متعاقد در خصوص سرمایه‌گذاری‌های سرمایه‌گذاران متبوع هر طرف متعاقد دیگر در قلمروش، آزادی انتقال در موارد سرمایه‌ی اولیه به اضافه‌ی افزوده سرمایه؛ برگشت یا سود سرمایه؛ پرداخت‌های مربوط به حل و فصل اختلافات و جبران خسارت و ... به خارج از قلمرو خود را تضمین خواهد کرد.»^۸ همانطور که مشاهده می‌شود، مصادیق گسترده و وسیعی را در بر می‌گیرد، برخلاف مقررات داخلی بعضی کشورها که موارد محدودی را اجازه‌ی انتقال می‌دهند از قبیل صرفاً اصل سرمایه و منافع آن، نه تمام عایدات حاصل از سرمایه‌گذاری.

علاوه بر لزوم قابل تبدیل بودن فوری ارزش مورد استفاده برای انتقال، برابر بند ۱۳ ماده‌ی ۱۴ معاهده، باید جدیدترین نرخ ارزش ملاک عمل قرار گیرد: «انتقالات با نرخ ارزش بازار در تاریخ انتقال و بر حسب نوع پولی که باید انتقال یابد، انجام خواهد گرفت. در صورت فقدان بازاری برای ارزش خارجی، نرخ مورد استفاده، جدیدترین نرخ اعلام شده در مورد سرمایه‌گذاری‌های وارد شده یا جدیدترین نرخ ارزش برای تسعیر ارزشها هرکدام که برای سرمایه‌گذار مطلوب‌تر باشد، خواهد بود».

- مصادره

ایجاد امنیت حقوقی برای سرمایه‌گذار خارجی زمینه‌ساز جذب سرمایه‌گذاری است و این امنیت بیشتر در مسأله‌ی سلب مالکیت مخدوش می‌شود. گاهی دولت‌ها به استناد حق حاکمیت خود بر منابع طبیعی یکی از شیوه‌های سلب مالکیت مانند ملی کردن، مصادره یا توقیف اموال، مالکیت سرمایه‌گذاران را سلب می‌کنند. بر اساس ماده‌ی ۱۳ معاهده: «سرمایه‌گذاری‌های سرمایه‌گذاران متبوع دول متعاهد در قلمرو دول متعاهد دیگر، ملی یا مصادره نخواهد شد و یا مشمول اقداماتی که آثاری مشابه ملی کردن یا مصادره داشته باشد قرار نخواهد گرفت مگر در مواردی که چنین مصادره‌ای (سلب مالکیتی) دارای شرایط زیر باشد: الف. به منظور تأمین منافع عمومی انجام پذیرد؛ ب. تبعیض آمیز نباشد؛ ج. بر اساس فرایند قانونی صورت گیرد؛ د. با پرداخت خسارت فوری، کافی و مؤثر همراه باشد». حقوق بین‌الملل عرفی نیز در زمینه‌ی ملی‌سازی یا مصادره‌ی مشروع، بسیار پر بار بوده و شرایط مقرر در ماده‌ی ۱۳ را لازم می‌داند.^۹

در مورد مبنای محاسبه‌ی غرامت قسمت اخیر بند ۱۳ ماده‌ی ۱۳ معاهده چنین اشعار می‌دارد: «چنین غرامتی باید به میزان ارزش عادلانه‌ی سرمایه‌گذاری مصادره شده در بازار^۳، درست پیش از مصادره یا زمانی که مصادره قریب الوقوع به طریقی آشکار شده که بر ارزش سرمایه‌گذاری اثر گذاشته است که از این پس به عنوان تاریخ ارزیابی خوانده می‌شود». مبنای محاسبه‌ی ارزش عادلانه‌ی روز به این معنا است که اگر مال مصادره، مال منقول یا غیرمنقولی باشد که ارزش قابل تعیین در بازار دارد، مشکلی برای تعیین غرامت بروز نمی‌کند. اما چنانچه یک بنگاه اقتصادی یا امتیاز قراردادی متعلق به سرمایه‌گذار خارجی مصادره گردد آیا عدم النفع ناشی از این اقدام نیز قابل جبران است؟ طبق معاهده (بند ۱ ماده ۱۳)، کنوانسیون‌های بین‌المللی و حقوق بین‌الملل عرفی تردیدی در این خصوص وجود ندارد.

بحث دیگری که در ارتباط با سلب مالکیت مطرح می‌شود عبارت: «هر نوع اقدامات دیگر که از حیث آثار مشابه ملی سازی یا مصادره باشد» در بند ۱ ماده‌ی ۱۳ معاهده است. این مفهوم حمایت از سرمایه‌گذاری در مقابل مصادره به صورت عمده تنها علیه مصادره‌ی آشکار توسط دولت میزبان نیست، بلکه حمایت علیه «اقداماتی که اثر معادل ملی کردن یا مصادره دارد» انواع مختلفی از مصادره‌ی غیرمستقیم از قبیل مقررات افراطی یا مالیات بر بهره‌برداری یا برخورداری از سرمایه‌گذاری را نیز شامل می‌شود.^{۱۰}

در خصوص تقصیر دولت میزبان در پرداخت خسارت، منشور قائل به تفکیک شده و در دو حالت عدم تقصیر دولت میزبان و تقصیر دولت میزبان این قاعده را بررسی نموده است. صورت اول حالتی است که دولت میزبان سرمایه مستقیماً در ایجاد زیان وارده به سرمایه‌گذار مقصّر نیست و به نوعی حوادث زیانبار، خارج از اراده‌ی او ایجاد شده‌اند. بند ۱۲ ماده‌ی ۱۲ همین مورد را بیان می‌کند: «به استثنای موادی که ماده‌ی ۱۳ اعمال می‌شود سرمایه‌گذار متبوع هر طرف متعاهد در قلمرو طرف دیگر متعاهد، چنانچه به واسطه‌ی جنگ، یا هر نوع مناقشه‌ی نظامی، وضعیت فوق‌العاده‌ی ملی، شورش‌های مدنی یا سایر وقایع مشابه دچار زیان شود، طرف متعاهد اخیر در خصوص اعاده‌ی وضع به حال سابق، جبران خسارت، پرداخت غرامت و یا هر طریقه‌ی جبرانی دیگر، نسبت به آن رفتاری اتخاذ خواهد کرد که مطلوب‌ترین رفتار متخذ توسط این طرف متعاهد، در قبال هر سرمایه‌گذار دیگر اعم از سرمایه‌گذاران داخلی خود یا سرمایه‌گذاران خارجی تبعه‌ی دول متعاهد دیگر و سرمایه‌گذاران خارجی

³ - Fair Market value

تبعه‌ی دول ثالث باشد». این مقرر در واقع یکی از مصادیق عینی الزامات و استانداردهای مثبت رفتاری است که در میحث پیشین به آن اشاره کردیم. این همان اصل اعطای مطلوب‌ترین رفتار از میان رفتار ملی و رفتار ملل کامله الوداد مذکور در بند ۳ ماده‌ی ۱۰ است که در حوزه‌ی جبران خسارت وارد شده است. در این مقرر، هیچ‌گونه الزام مستقیمی برای دولت در جبران چنین خسارتی ایجاد نگردیده و تنها تکلیف دولت عضو معاهده، تسری دادن مطلوب‌ترین رفتار به سرمایه‌گذار خارجی دیده است. در حالت تقصیر دولت میزبان بند ۲ ماده‌ی ۱۲ معاهده حالتی را بیان می‌کند که زیان‌های وارده به سرمایه‌گذار مستقیماً ناشی از اقدامات دولت میزبان است. به موجب این مقرر: «قطع نظر از بند ۱ چنانچه سرمایه‌گذار متبوع یکی از دول عضو معاهده در هر یک از موقعیت‌های مندرج در بند ۱ در نتیجه ضبط یا تملک تمام یا بخشی از سرمایه‌ی وی به وسیله نیروهای نظامی یا مقامات؛ تخریب تمام یا بخشی از سرمایه‌ی وی به وسیله نیروهای نظامی یا مقامات دولتی یا مشروط بر اینکه چنین اتلافی لازمی آن وضعیت نباشد؛ متحمل زیانی گردد، مستحق اعاده‌ی وضع یا جبران خسارتی خواهد بود که در هر حال باید فوری، کافی و مؤثر باشد.^{۱۱} یعنی در این موارد که نیروهای نظامی یا مقامات دولتی سرمایه‌پذیر مستقیماً مقصر وقوع تخریب و یا ضبط دارایی‌های سرمایه‌گذار هستند، جبران خسارت فقط به صورت اعاده به وضع سابق و یا پرداخت فوری و مؤثر خسارت خواهد بود.

نتیجه‌گیری

تأمین امنیت سرمایه‌گذاری خارجی بعنوان بستر تأمین مالی صنایع به دلیل اهمیت استراتژیک و ریسک بالای آن به خصوص در حوزه‌ی انرژی، به میزان امنیت اقتصادی کشور میزبان بستگی دارد. سرمایه‌گذاری و به دنبال آن تأمین مالی چنانچه در شرایط مناسب بر اساس چارچوبی حقوقی انجام گیرد هم نیاز کشورهای صنعتی به تداوم رشد اقتصادی تأمین می‌شود و هم اقتصاد کشورهای تولیدکننده‌ی انرژی به بازار رقابتی و دایمی. با توجه به اهمیت سرمایه‌گذاری در بخش انرژی و تأثیر آن بر روابط بین‌المللی کشورها و از آنجایی که معاهده‌ی منشور انرژی مهمترین و اولین معاهده‌ی چندجانبه‌ی حقوقی بین‌المللی است که اختصاصاً به بخش انرژی و تأمین امنیت سرمایه‌گذاری در درازمدت اختصاص یافته است، قواعدی را مقرر نموده است که نه تنها در جذب سرمایه‌گذاری خارجی مؤثر می‌باشد بلکه امنیت سرمایه‌گذاری را نیز با تقسیم مراحل سرمایه‌گذاری به پیش و بعد از سرمایه‌گذاری، تضمین می‌نماید؛ با این هدف که دولت‌ها در مورد شرایط ورود و سرمایه‌گذاری شرکت‌های خارجی آزادی عمل داشته باشند و پس از انجام سرمایه‌گذاری، به دلیل اینکه سرمایه‌گذار به میزان قابل توجهی در معرض ریسک‌های سیاسی و قوانین یکجانبه‌ی داخلی کشور میزبان قرار می‌گیرد بایستی قوانین سخت‌تری وضع شود تا حقوق او تضییع نشود. بعلاوه اینکه منشور با ابتکار الزام دولت‌ها به اعطای اصل مطلوب‌ترین رفتار از میان تمام استانداردهای رفتاری (اصل رفتار ملی، اصل دول کامله الوداد و ...) که با شرایط سرمایه‌گذار مناسب‌تر است به همراه ارائه‌ی تضمین‌هایی از قبیل عدم مصادره اموال سرمایه‌گذار، جبران خسارت و پرداخت غرامت، آزادی انتقال سرمایه‌گذاری و استخدام پرسنل کلیدی خارجی در کشور میزبان، سعی در جذب و تأمین امنیت سرمایه‌گذاری‌های سرمایه‌گذاران دارد. مجموعه‌ی این قوانین که با هدف حمایت از دارایی‌های سرمایه‌گذاران و همچنین رعایت انصاف و عدالت با آنهاست که منجر به کاهش میزان ریسک سیاسی و ایجاد نظم و انضباط در امور اداری و تعدیل اقدامات غیرواقعی بینانه و حمایت‌های بی‌مورد از شرکت‌های داخلی کشورهاست. تمامی این عوامل در راستای تأمین و تضمین امنیت مالی صنایع در حوزه‌ی انرژی بعنوان مهم‌ترین عامل در توسعه و گسترش حقوق انرژی می‌باشد.



مراجع

- ^۱ - کازرونی، علیرضا، سجودی، سکینه، اثر سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی و آزادی بازرگانی بر رشد اقتصادی ایران، پروتال علوم انسانی.
- ^۲ - برای اطلاع از موارد ذکر شده بعنوان سرمایه‌گذاری به متن معاهده‌ی منشور انرژی مراجعه شود: هاشمیان، مسعود، طارم سری، مسعود، متن معاهده‌ی منشور انرژی و ضمیمه آن، مؤسسه‌ی مطالعات بین‌المللی انرژی، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۴.
- ^۳ - شیروی، عبدالحسین، حقوق تجارت بین‌الملل، انتشارات سمت، تهران، ۱۳۹۱، ص ۴۵۱.
- ^۴ - Walde. W, Thomas, Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty- From Dispute Settlement to Treaty Implementation Arbitration International, Vol12, No4, 1996, p 437.
- ^۵ - کاشار، اولیویه، مترجم رسول رضایی، حقوق تجارت بین‌الملل، انتشارات مهرماه نو، چاپ اول، بهار ۹۰.
- ^۶ - Hober, Kaj, Oxford Journals, Journal of International Dispute Settlement, volume1, Issue1, Pp. 153-190
- ^۷ - Walde, W, Thomas, 1998, International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty, Legal Negotiating and Policy Implications for International Investors within Western Commonwealth of Independent States Eastern European Countries, 1998, p:298, Available at: <http://www.transnationaldispute.com>
- ^۸ - طارم سری، مسعود، هاشمیان، مسعود، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۴، همان، ص ۲۷.
- ^۹ Sornarajah, M, International Law on Foreign Investment, Cambridge University Press, United Kingdom, second edition, 2004, p:402.
- ^{۱۰} Hober, Kaj, Volume 1, Issue 1, Ibid, Pp. 153-190.
- ^{۱۱} Hober, Kaj, , volume1, Issue1, Ibid, Pp. 153-190.