

بررسی قراردادهای بین‌المللی ساخت، بهره‌برداری و واگذاری (BOT) و جایگاه آن در نظام حقوقی ایران

*

/ / / /

چکیده

قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و واگذاری یا بی.اوتی (BOT)، امروزه اهمیت بسزایی در نزد متخصصان حقوق و اقتصاد یافته است. کشورهای مختلف بویژه کشورهای در حال توسعه، این قراردادها را ابزاری کارآمد برای جذب سرمایه‌های خارجی و استفاده از مدیریت بخش خصوصی در طرح‌های زیربنایی می‌دانند. در این نوع از قراردادها، بخش دولتی، ساخت طرحی را به بخش خصوصی واگذار می‌کند و بخش اخیر پس از ساخت و بهره‌برداری از آن، مکلف است مالکیت طرح را به بخش دولتی مسترد نماید. برای موفقیت بی.اوتی، دولت باید بستر مناسب اقتصادی، سیاسی و بویژه حقوقی را برای سرمایه‌گذار خصوصی فراهم سازد. تنها متن قانونی موجود در نظام حقوقی ایران که به این قرارداد پرداخته است، قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی است که البته درباره بسیاری از جنبه‌های بی.اوتی ساکت است. برخی از مقررات داخلی ایران در خصوص این قرارداد، با مقرراتی از سازمان تجارت جهانی، مغایرت داشته و باید اصلاح شوند.

* دانشجوی دکترای حقوق خصوصی دانشگاه تهران و عضو مؤسسه مطالعات و پژوهشهای بازرگانی.

در این مقاله کوشیده‌ایم تا مفهوم، ماهیت، جایگاه، مراحل اجرایی و موضوعات حقوقی قراردادهای بی.اوتی را تشریح ساخته و موضع حقوق ایران را مورد بررسی قرار دهیم.



Archive of SID

مقدمه

نیازهای جهان جدید، حقوق را بر آن داشته است که متناسب با تحولات روزمره، نهادها و قالب‌های حقوقی تازه‌ای ایجاد کند تا از هدف اصلی خود که همانا نظم بخشیدن به روابط افراد اجتماع است، باز نماند. این گرایش در عرصه تجارت بین‌المللی با توجه به ویژگی‌ها و طبیعت خاص حوزه مزبور، شدیدتر و علنی‌تر بوده و پدیدار شدن قراردادهای تجاری جدید، یکی از جلوه‌های آن محسوب می‌شود. در بسیاری از این قراردادها، دو شخص حقیقی از دو کشور مختلف با یکدیگر رابطه حقوقی برقرار می‌کنند اما امروزه شاهد حضور فعال دولت و سازمان‌های دولتی نیز در این عرصه هستیم. در غالب موارد، دولت‌هایی که نیازمند انجام طرح‌های زیربنایی و عمرانی بوده و در عین حال از سرمایه و تخصص کافی برای اجرای آن بی‌بهره‌اند، می‌کوشند که با جلب سرمایه‌های خارجی، از دانش فنی و سرمایه خارجیان در بهره‌برداری طرح‌های مورد نیاز استفاده کرده و در مقابل، با حفظ حق نظارت خود بر فعالیت بخش خصوصی خارجی، پس از مدتی صاحب طرح شوند. برای این دست کشورها، قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و واگذاری^۱ یا بی.او.تی، مناسب‌ترین قالب حقوقی است. از این روست که کشورهای در حال توسعه درصدد برآمده‌اند تا با استفاده از بی.او.تی و مشارکت دادن بخش‌های خصوصی در بخش دولتی از مزایای آن برخوردار شوند و کشور ما نیز در این زمینه استثناء نیست. اهمیت و نقش این قراردادها در تجارت مدرن، نگارنده را بر آن داشت تا در قالب دو فصل به بررسی زوایای گوناگون این پدیده حقوقی-اقتصادی پرداخته و موضع حقوق ایران در قبال آن را تشریح کند.

۱. کلیاتی در باب قراردادهای بی.او.تی

در این قسمت از مفهوم، تاریخچه، اقسام، ماهیت حقوقی، مزایا و معایب بی.او.تی،

۱. در زبان حقوقی رایج، قراردادهای بی.او.تی را به قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و انتقال، ترجمه کرده‌اند اما از آنجا که در قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی ایران (مصوب ۱۳۸۱)، از لفظ واگذاری استفاده شده است، نویسنده نیز به جای واژه انتقال از لفظ واگذاری استفاده کرده است.

نقش دولت در موفقیت بی.او.تی و موضع قوانین کشورها در قبال این قراردادها صحبت شده است:

۱-۱. مفهوم قراردادهای بی.او.تی

بی.او.تی (BOT)، مخفف سه واژه (Build, Operate and Transfer) به معنای (ساخت، بهره‌برداری و واگذاری) است و به قراردادهایی اطلاق می‌شود که در آن، طرحی با مجوز دولت و از طرف دستگاه دولتی^۱، برای ساخت به یک شرکت خصوصی^۲ واگذار می‌گردد؛ پس از ساخت، امتیاز بهره‌برداری از طرح برای مدتی به شرکت سازنده داده شده و او مالک طرح و منافع حاصل آن می‌گردد و بعد از انقضای مدت قرارداد (که غالباً بین ۲۵ تا ۴۰ سال می‌باشد) مالکیت طرح به دولت طرف قرارداد انتقال می‌یابد. بدین ترتیب، شرکت خصوصی (که معمولاً خارجی هستند) تأمین مالی طرح زیربنایی را به عهده گرفته، آن را ساخته و پس از مدتی بهره‌برداری، مالکیت طرح را به‌طور مجانی یا معوض (که معمولاً مجانی است) به دولت منتقل می‌کند تا از آن به بعد، دولت به عنوان مالک، آن را در راستای منافع عموم مورد بهره‌برداری قرار دهد^۳. منعی وجود ندارد که در بی.او.تی یک طرح از جانب بخش خصوصی به بخش خصوصی دیگر واگذار شود اما از آنجا که در غالب این قراردادها، دولت به عنوان یکی از طرفین متعاقد قرار می‌گیرد، در تعریف ارائه شده، به دولت به عنوان یکی از ارکان اصلی تعریف اشاره شده است. همچنین لازم نیست که بخش سرمایه‌گذار یک بخش خارجی باشد و در نمونه‌هایی از قرارداد بی.او.تی طرح به بخش خصوصی داخلی واگذار شده است اما از آنجا که معمولاً بخش داخلی توان فنی و مالی لازم برای اجرای طرح را در اختیار ندارد لذا حضور سرمایه‌گذار خارجی در این دست قراردادها بسیار شایع است. انعقاد قراردادهای بی.او.تی به عنوان یکی از راهکارهای جلب سرمایه خارجی و بهره‌برداری از مدیریت کارآمد بخش خصوصی، مورد توجه ویژه

۱. در قراردادهای بی.او.تی غالباً به این طرف قرارداد، Principal گویند.

۲. به این طرف قرارداد معمولاً Concessionaire گفته می‌شود.

3. Sebastiaan C.M. Meheer, Spiro N. Pollais, BOT Contracts, (Nether lands: Delf University of Technology), p.23.

کشورهای در حال توسعه است؛^۱ از این رو طرح ساماندهی اقتصاد جمهوری اسلامی ایران (در سال ۱۳۷۷)^۲ به ضرورت استفاده از این قراردادها اشاره کرده است.

یکی از ویژگی‌های ممتاز این قرارداد در مقایسه با قراردادهای مشابه، مشارکت دو بخش دولتی و خصوصی است. به گفته یکی از متخصصان اقتصاد، «همان‌طور که امروزه شاهد گسترش واگذاری بخش‌های عمومی به بخش خصوصی هستیم، در آینده باید خود را آماده مشارکت بخش عمومی و خصوصی کنیم و قراردادهای بی.او.تی در نقطه مرکزی این توسعه اقتصادی قرار دارند».^۳

تعریف قراردادهای بی.او.تی، ممکن است باعث اختلاط آن با قراردادهای تأمین مالی طرح، قراردادهای اخذ وام بلندمدت^۴ و قراردادهای طراحی، تهیه تجهیزات و ساخت (EPC)^۵ گردد. لذا برای جلوگیری از این خلط باید به تفکیک آن‌ها پرداخت:

۱-۱-۱. قرارداد بی.او.تی و قرارداد تأمین مالی طرح

در قرارداد تأمین مالی طرح، وام دهنده کلاً یا بعضاً برای بازپرداخت وام به دارایی‌های آن واحد اقتصادی و منافی که از آن به دست می‌آید، تکیه می‌کند. هم در این قرارداد و هم در قرارداد بی.او.تی، بازپرداخت وام، منوط به سودآوری آن واحد اقتصادی است با

1. [Http:// www.Unido.Org/en/doc/3426](http://www.Unido.Org/en/doc/3426), p. 1.

۲. این طرح در سال ۱۳۷۷ از سوی سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی تهیه شده و در آن به مجموعه‌ای از سیاست‌ها که باید مبنای راهنمای ساماندهی اقتصاد کشور باشد پرداخته شده است. از جمله مهمترین اموری که در این سند بر آن تأکید شده است، می‌توان به موارد زیر اشاره کرد: ۱- نگاه اقتصادی - اجتماعی به امور اقتصادی، ۲- اولویت عدالت اجتماعی، ۳- مشارکت مردم، ۴- اهمیت و فوریت اشتغال، ۵- کاستن از بار تصدی دولت، ۶- اجرای کامل قانون عملیات بانکی بدون ربا. مباحث طرح، از سه بخش عمده تشکیل شده و شامل: ۱- دغدغه‌های خاطر مسئولان اجرایی کشور در خصوص مسایل اقتصادی جاری ۲- تصمیم‌های اجرایی کوتاه مدت ۳- سیاست‌های اقتصادی می‌شود.

3. [Http://www.bm.ust.hk/larryqiu](http://www.bm.ust.hk/larryqiu).

4. Project Financing Agreements.

5. Long-Term Loan Agreements.

۶. EPC مخفف Engineering و Procurement و Construction بوده و به قراردادی اطلاق می‌گردد که در آن، کارفرما، انجام امور طراحی، مهندسی، تهیه مصالح، مدیریت طرح و ساخت و نصب طرح را به پیمانکار عمومی واگذار می‌کند.

این تفاوت که در بی.او.تی.، بخش خصوصی باید علاوه بر اخذ وام، طرح را ساخته و اداره نماید و هزینه‌های این کار را از راه منافع و در آمد آن واحد اقتصادی مستهلک نماید در حالی که در قراردادهای تأمین مالی طرح، بازپرداخت وام و سود آن، از محل درآمد واحد اقتصادی بوده و قرض دهنده، نقشی در اداره و بهره‌برداری از واحد را ندارد.^۱

۱-۲-۱. قرارداد بی.او.تی. و قرارداد اخذ وام بلندمدت

از آنجا که در قرارداد بی. او. تی.، مخارج انجام شده برای ساخت و بهره‌برداری از طرح، در خلال مدتی طولانی مستهلک می‌گردد، ممکن این قرارداد را نوعی از قراردادهای وام بلند مدت بدانیم با این حال این دو با یکدیگر دارای تفاوتی اساسی هستند: اولاً: در قراردادهای وام، وام دهنده مسوولیتی در قبال ساخت و اجرای طرح ندارد ثانیاً: در قراردادهای وام بلند مدت، وام گیرنده متعهد به پرداخت اصل وام و سود آن است در حالی که در بی.او.تی. دولت پذیرنده، تعهدی مبنی بر تادیه بهای طرح نداشته و در آمد کافی برای آن را تضمین نمی‌کند و خطر سود آور نبودن طرح با سرمایه گذار بخش خصوصی است.

۱-۲-۳. قرارداد بی.او.تی و قرارداد ای. پی. سی.

در قرارداد بی.او.تی.، پیمانکار برای مدتی مالک طرح شده و هزینه اجرای طرح را از محل آن استهلاک می‌کند در حالی که در قرارداد ای.پی.سی.، رابطه کارفرما و پیمانکار تنها تا مرحله راه‌اندازی طرح بوده و با ساخت و راه‌اندازی، مالکیت بلافاصله به کارفرما منتقل می‌گردد و پیمانکار حق مالکیت و بهره‌برداری از طرح را ندارد.^۲

۱-۲. تاریخچه بی.او.تی

در مورد ریشه تاریخی بی.او.تی اختلاف نظر وجود دارد: برخی معتقدند که منشأ این قراردادها به سیستم اعطای امتیاز رایج در قرن ۱۹ و اوایل قرن ۲۰ باز می‌گردد که در آن، دولت امتیازاتی را در اختیار بخش خصوصی بویژه خارجی‌ها قرار می‌داد. در مقابل،

1. Ladbury & Nettle (1981), p.139.

2. Verveniotis (1994), p.55.

عده‌ای دیگر با رد این عقیده، بر این باورند که بی.او.تی با سیستم اعطای امتیاز تفاوت اساسی دارد چرا که اولاً: در قراردادهای اعطای امتیاز، بخش خصوصی تا حد زیادی فارغ از مکانیسم‌های نظارتی دولت بوده و در آن، قراردادهای متعددی از قبیل قرارداد بیمه - قرارداد ضمانت بانکی و.... منعقد نمی‌شد اما در قراردادهای بی.او.تی، دولت بر بخش خصوصی نظارت داشته و قلمرو حقوق و تعهدات را مشخص می‌سازد ثانیاً: قراردادهایی که در جریان اجرای بی.او.تی منعقد می‌گردند بسیار زیادند^۱ ثالثاً: استفاده از قرارداد بی.او.تی، برخلاف قراردادهای اعطای امتیاز، منحصر به معادن نبوده و در ساخت نیروگاه‌های برق و طرح‌های صنعتی نیز مورد استفاده قرار می‌گیرند. صرف‌نظر از این اختلاف نظر می‌توان گفت که اولین نمونه قرارداد بی.او.تی، به سال ۱۸۳۴ و قضیه توسعه کانال سوئز باز می‌گردد که به موجب آن، کشور مصر از طریق جذب سرمایه‌های اروپایی و استفاده از نیروی متخصص، سعی در گسترش این طرح داشت. در نیمه دوم قرن ۱۹، دولت‌ها برای گسترش راه آهن و جاده تصمیم به جذب کمک‌های مالی بخش خصوصی گرفتند اما به رغم موفقیت‌هایی که حاصل شد، بعد از مدتی دچار افول گردید زیرا بخش خصوصی تنها به شرط نرخ بالای بازگشت سود، حاضر به سرمایه‌گذاری در این بخش بود که این امر با توان مالی دولت و نیز منافع عمومی در دسترسی همگانی به این بخش تعارضی آشکار داشت. این افول تا اواسط قرن ۲۰ ادامه یافت تا اینکه افزایش ترافیک جاده‌ها، نیاز به توسعه بزرگراه‌ها و کمبود منابع مالی، دولت‌ها را بار دیگر به جذب سرمایه خصوصی وادار کرد اما این بار سیاست دول اروپایی نسبت به بخش خصوصی تغییر کرده و به جای واگذاری کامل بخش دولتی به بخش خصوصی، بر مشارکت این دو بخش در کنار یکدیگر تأکید می‌نمود. از این روست که ارنست و فام، دو تن از متخصصان خصوصی‌سازی، دهه ۱۹۸۰ را نقطه آغاز جدی فرآیندی دانسته‌اند که به مشارکت بخش‌های عمومی و خصوصی در راه‌اندازی و بهره‌برداری طرح‌های زیربنایی در راستای تأمین منافع عمومی توجهی خاص داشته است^۲ و بر مبنای این فرآیند قراردادهای بی.او.تی

1. UNIDO, Guide Lines for Infrastructure Development through BOT Projects, (Vienna: UNIDO Publications, 1996), p.23.

2. Naresimhan (1998), p.408.

را مشارکت (بخش عمومی و خصوصی)^۱ نامیده‌اند.^۲

۳-۱. اقسام بی.او.تی

پذیرش اصل حاکمیت اراده این امکان را به طرفین قرارداد می‌دهد که از بی.او.تی در شکل‌های مختلف استفاده نمایند. مطالعات نگارنده تاکنون به استخراج ۱۷ نوع قرارداد بی.او.تی منتهی شده است اما به رغم این تنوع و گونه‌گونی، تقریباً همه آن‌ها تابع قواعد عمومی حاکم بر قراردادهای معمول بی.او.تی هستند.^۳ از میان این هفده نوع، رایجترین آن‌ها عبارتند از:

۳-۱-۱. قرارداد ساخت، اجاره و انتقال^۴

در این نوع قراردادها، بخش خصوصی بعد از ساخت طرح، آن را برای مدتی به دولت یا بخش خصوصی اجاره داده و پس از انقضای مدت، طرح بطور مجانی به تملک دولت در می‌آید. اگر قرارداد اجاره میان بخش خصوصی سازنده و دولت باشد و طرفین توافق کنند که دولت در فواصل زمانی معین، اجاره بها پرداخته و پس از انقضای مدت، خود بخود مالک طرح شود با مکانیزمی مشابه اجاره به شرط تملیک مواجه هستیم.

۳-۱-۲. قرارداد ساخت، مالکیت و بهره‌برداری^۵

در این دسته قراردادها، بخش خصوصی پس از ساخت طرح مالک آن شده و می‌تواند بطور نامحدود از آن بهره‌برداری کرده و تعهدی به انتقال مالکیت به دولت بعد از مدت معین ندارد. هر چند نمونه این قرارداد در کشور ما نیز یافت می‌شود اما غالباً در کشورهایی رواج دارد که حساسیت کمتری در خصوص مالک شدن بخش خصوصی و عدم انتقال به بخش دولتی به خرج داده و تجربه انجام بی.او.تی‌های متعددی را دارند. در این نوع از بی.او.تی. هر چند دولت مالک طرح نمی‌شود اما تعهد می‌نماید که مقدار معینی از محصول تولید شده طرح را در فواصل زمانی مشخص خریداری کرده و به بخش

1. (Public- Private Partnership).

2. Sebastiaan C.M. Meheer, Spiro N. pollais, Op. cit, pp. 20-22.

3. See: Larry D. Qiu & Susheng Wang, BOT Contracts, (Hong Kong: kow Loon, 2004).

4. BRT (Build, Rent, Transfer) or BLT (Build, Lease, Transfer):

5. BOO (Build, Own, Operate)

خصوصی نیز اعطای یارانه کند.

۱-۳-۳. قرارداد ساخت، مالکیت، بهره‌برداری و فروش^۱

در این قرارداد، بخش خصوصی در پایان، متعهد به فروش طرح به دولت می‌شود. وجود این نوع بی.او.تی، در حقیقت رد نظر متخصصانی است که معتقدند طبیعت بی.او.تی اقتضا می‌کند که بخش خصوصی بعد از سال‌ها بهره‌برداری از طرح، مکلف است آن را بطور مجانی به دولت منتقل کند. یکی از تفاوت‌های این دسته از قراردادها با بی.او.تی معمول، در این است که در BOOS انتقال لزوماً در قالب فروش انجام می‌شود در حالی که در بی.او.تی این انتقال می‌تواند در قالب‌های حقوقی مختلف صورت پذیرد.

۱-۳-۴. قرارداد ساخت، مالکیت، بهره‌برداری و انتقال^۲

تفاوت این نوع قراردادها با بی.او.تی آن است که طرفین با افزودن قید مالکیت^۳، بر مالک شدن بخش خصوصی (که معمولاً در قالب کنسرسیوم عمل می‌کند) تصریح می‌نمایند. ممکن است گفته شود که این واژه، نشانگر آن است که کنسرسیوم لزوماً مالک طرح شده و می‌تواند با استفاده از مزایای مالکیت، آن را به اشخاص ثالث نیز منتقل نماید در حالی که در بی.او.تی تنها حق بهره‌برداری مطرح است؛ اما این عقیده پذیرفتنی نیست چرا که در بی.او.تی معمول نیز هرچند تنها از قید بهره‌برداری^۴ سخن به میان می‌آید اما بخش خصوصی با ساختن و راه‌اندازی طرح، مالک آن می‌شود و مفهوم مالکیت در واژه بهره‌برداری نیز نهفته است همچنانکه تبصره ماده ۳ قانون سرمایه‌گذاری خارجی با وجود ذکر کلمه «بهره‌برداری»، از مالکیت سخن گفته است. لذا ذکر واژه مالکیت^۵، تنها تصریح بر مالکیت کنسرسیوم داشته و در کشورهای مفید فایده است که بر مالک شدن بخش خصوصی خارجی بر طرح‌هایی زیربنایی دولتی، به دیده تردید می‌نگرند؛ وانگهی سخن گفتن از امکان انتقال طرح به شخص ثالث در BOOT با مقتضای توافق طرفین ناسازگار است زیرا بخش خصوصی متعهد شده است که بعد از دوران بهره‌برداری، مالکیت را به

-
1. BOOS (Build , Own , Operate , Sell).
 2. BOOT (Build, Own, Operate, Transfer).
 3. Own.
 4. Operate.
 5. Own.

دولت منتقل کند و این تعهد، مانع از امکان انتقال به اشخاص ثالث می‌شود. تفاوت احتمالی دیگری که ممکن است مطرح شود آن است که در این نوع قرارداد، اگر بخش خصوصی مثلاً برای ۴۰ سال مالک طرح است، می‌تواند برای مدت کوتاهتری آنرا به شخص ثالث منتقل کرده و قبل از انقضای مدت، آن را باز پس گیرد؛ اما این احتمال نیز بیانگر تفاوت این دو نخواهد بود چرا که این امکان در بی.او.تی هم میسر است. نتیجه آنکه میان این دو نوع قرارداد، تفاوت بنیادین دیده نمی‌شود و از منظر نگارنده، ذکر واژه مالکیت، تنها تصریح بر حق مالکیت بوده و جلوه‌ای از اصل حاکمیت اراده است.

۱-۳-۵. قرارداد ساخت، انتقال و بهره‌برداری^۱

تفاوت این نوع قرارداد با بی.او.تی معمول آن است که در بی.او.تی بخش خصوصی ابتدا مالک طرح شده و سپس آن را انتقال می‌دهد اما در این نوع مورد بحث، بخش خصوصی پس از انتقال به دولت می‌تواند از آن بهره‌برداری کند. هدف از انعقاد این قرارداد، آن است که طرفین می‌خواهند بر مالکیت دولت بر طرح و تأسیسات به محض اتمام آن تأکید کنند همچنین توافق می‌کنند که در قبال تعهدی که بخش خصوصی به دولت می‌دهد از امتیاز استفاده انحصاری طرح برای مدت معین بهره‌مند باشد (تقابل تعهدات قراردادی). امتیاز این نوع قرارداد در آن است که خطر ناشی از ورشکستگی کنسرسیوم که در بی.او.تی ممکن است بروز یابد، در قرارداد مورد بحث، برطرف می‌گردد. با این حال، باید توجه داشت که غالباً سازندگان طرح، قبول نمی‌کنند که با اتمام ساخت طرح، مالکیت را به دولت انتقال دهند لذا موارد انعقاد این نوع قراردادها بسیار محدود است.

۱-۳-۶. قرارداد ساخت، بهره‌برداری و تمدید انتقال^۲

در این قرارداد، توافق می‌شود که پس از ساخت و بهره‌برداری طرح، امکان تمدید مدت اعطای امتیاز به بخش خصوصی وجود داشته باشد. موارد فوق‌الذکر، رایج‌ترین اقسام بی.او.تی است اما مصادیق دیگری از آن را می‌توان

1. BTO (Build, Transfer, Operate)

2. BOR (Build, Operate, Renewal of Concession)

دید که شیوع کمتری دارند لذا از ذکر آن‌ها خودداری می‌شود.^۱

در حقوق ایران، قرارداد بی.اوتی با قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی برای نخستین بار وارد نظام قانونی شده و یکی از شیوه‌های سرمایه‌گذاری غیرمستقیم خارجیان در ایران بشمار می‌آید. مطابق بند ب ماده ۳ این قانون: «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.» تبصره همین ماده نیز مقرر می‌دارد: «مادام که سرمایه‌های خارجی موضوع روش‌های ساخت، بهره‌برداری 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 سرمایه‌پذیر توسط سرمایه‌گذار خارجی مجاز می‌باشد.» این تبصره بر حق مالکیت بخش خصوصی در بی.اوتی تصریح کرده و جای این پرسش را باقی می‌گذارد که چرا قانون‌گذار با وجود ذکر سه روش سرمایه‌گذاری غیرمستقیم در بند ب ماده ۳، فقط در مورد قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و واگذاری از اعمال حق مالکانه سخن گفته است؟ در پاسخ بدین پرسش می‌توان گفت که اولاً: در قراردادهای بیع متقابل ما شاهد تعهد بر بیع هستیم و نه ایجاد مالکیت؛ ثانیاً: در مشارکت مدنی وجود حق مالکیت شرکا بر سرمایه امری بدیهی بوده و قانونگذار به آن تصریح نکرده است ثالثاً: از آنجا که قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و واگذاری برای اولین بار در سال ۱۳۸۱ وارد نظام قانونی ما شده و نهاد حقوقی ناآشنایی بوده است و واژه بهره‌برداری نیز به ظاهر، حق انتفاع را به ذهن متبادر

۱. از دیگر شیوه‌های این قرارداد می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

- DCMF (Design, Construct, Manage, Finance) - MOT (Modernize, Operate/ Own, Transfer) and:
- ROO (Rehabilitate, Own, Operate).
- ROT (Rehabilitate, Own, Transfer).
- BOTT (Build, Operate, Train, Transfer).
- BO (Build, Operate).
- BT (Build, Transfer).
- RLT (Rehabilitate, Lease, Transfer).
- DOT (Develop, Operate, Transfer).
- CAO (Construct, Add, Operate).

می‌کند نه حق مالکیت را، قانونگذار برای رفع این اشتباه احتمالی بر ایجاد حق مالکیت برای سرمایه‌گذار خارجی تصریح کرده است.

پرسش دیگر آن است که آیا بند ب ماده ۳ قانون ناظر به تمام اقسام بی.او.تی است یا تنها ناظر به بی.او.تی معمول است؟

از دو زاویه می‌توان بدین پرسش پاسخ داد: از یک سو می‌توان با توجه به سوابق تاریخی، قانون را اینگونه تفسیر کرد که مقنن ایرانی به واگذاری امتیاز بخش دولتی به بخش خصوصی و در نهایت بازگشت مالکیت به دولت نظر داشته است. بر مبنای این تفسیر آن دسته از شیوه‌های بی.او.تی که در آن‌ها واگذاری نهایی به دولت وجود ندارد نظیر قراردادهای ساخت و بهره‌برداری، و قراردادهای مرمت، مالکیت و بهره‌برداری^۱، در نظام حقوقی ایران و جاهت قانونی ندارد. از سوی دیگر می‌توان چنین تفسیر کرد که چون در غالب قراردادهای بی.او.تی مدت بهره‌برداری بخش خصوصی بسیار طولانی بوده و در زمان واگذاری به دولت طرح تنها برای مدت کوتاهی قابل استفاده است لذا واگذاری در این دسته طرح‌ها در حکم عدم واگذاری بوده و تفاوت چندانی با آن ندارد. لذا قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری ایران ناظر به انواع بی.او.تی است.

از میان این دو تفسیر تفسیر دوم با رویه عملی سازگارتر است.

۴-۱. ماهیت حقوقی بی.او.تی

در برخی اشکال بی.او.تی، نمونه‌هایی از عقود سنتی را می‌توان یافت. برای مثال در قرارداد ساخت، مالکیت، بهره‌برداری و فروش، قرارداد بیع مورد استفاده قرار می‌گیرد یا در قرارداد ساخت، اجاره و انتقال، با جریانی مشابه اجاره به شرط تملیک مواجهیم؛ با این حال در میان عقود معین مذکور در قانون مدنی، نمی‌توان قالبی را دید که با قرارداد ساخت، بهره‌برداری و واگذاری، هماهنگ و منطبق باشد لذا برای تشخیص ماهیت حقوقی بی.او.تی باید راه دیگری را آزمود. در نوشته‌های حقوقی باب شده است که برای تعیین ماهیت حقوقی قراردادهای جهان مدرن، ابتدا سعی می‌شود که قرارداد را با یکی از عقود

1. BO.

2. Rehabilitate, Own , Operate(ROO).

سنتی قانون مدنی منطبق ساخته و در صورت عدم توفیق در این راه از ماده ۱۰ ق.م استفاده می‌کنند. اما نگارنده کوشیده است که راهکار دیگری را پیشنهاد دهد: می‌دانیم که منظور از عقد معین، عقدی است که نام، شرایط و آثار آن در قانون ذکر شده باشد^۱ و از آنجا که لفظ قانون در این تعریف، منحصر به قانون مدنی نیست لذا اگر نام، آثار و شرایط یکی از قراردادهای تجاری جدید در قوانین و مقررات کشوری ذکر شود، در بیان ماهیت حقوقی باید آنرا از اقسام عقود معین دانست. در مورد قرارداد بی.او.تی نیز باید گفت: نام این قرارداد در ماده ۳ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام و ماده ۳ آیین‌نامه اجرایی همین قانون تحت عنوان «قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و واگذاری» آمده است؛ آثار اصلی و مهم قرارداد مذکور نیز در قانون تصریح شده است زیرا مطابق تبصره ۱ ماده ۳ قانون فوق‌الذکر، با انعقاد قرارداد و راه‌اندازی طرح، بخش خصوصی می‌تواند به اعمال حق مالکانه دست زده و پس از انقضای مدت، ملزم است آنرا به دولت منتقل نماید؛ به برخی از شرایط انعقاد این عقد مانند نحوه خروج سود حاصل از طرح نیز در قانون فوق‌الذکر اشاره شده است. لذا در بیان ماهیت حقوقی آن می‌توان گفت که بی.او.تی یکی از اقسام عقود معین بوده و برای تعیین شرایط جزئی قرارداد می‌توان از ماده ۱۰ قانون مدنی بهره برد.

استناد به ماده ۱۰ ق.م ممکن است با این ایراد اساسی مواجه شود که مطابق ماده مزبور، «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آنرا منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است» و از آنجا که قرارداد بی.او.تی با اصل ۸۱ قانون اساسی راجع به منع واگذاری امتیاز به خارجیان مخالفت دارد، معتبر نیست و انگهی مطابق رویه غالب در دستگاه‌های دولتی ایران سرمایه‌گذار خارجی تنها می‌تواند تا سقف ۴۹ درصد مالک سهام شود. اما این ایراد وارد نیست چرا که منظور از واژه «مخالفت صریح قانون» مندرج در ماده ۱۰ ق.م، قوانین امری یا قوانین مرتبط با نظم عمومی است. یکی از مصادیق نظم عمومی، نظم عمومی اقتصادی است که بر پایه آن، قانونگذار مطابق مصالح اقتصادی جامعه به وضع

۱. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، چاپ پنجم، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۰)، ص ۹۵.

قانون می‌پردازد.^۱ از آنجا که مصالح اقتصادی امروز جامعه ما اقتضا می‌کند که ممنوعیت راجع به محدودیت مالکیت سرمایه‌گذار خارجی حذف یا دست کم تعدیل گردد، می‌توان دریافت که مفهوم نظم عمومی اقتصادی جامعه امروزی ما نسبت به مفهوم نظم عمومی ایران سال ۱۳۵۸ (سال تصویب قانون اساسی) تغییر بنیادین کرده است؛ گواه این مدعا، ماده ۳ آیین‌نامه اجرایی قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی است که اختصاص کل سهام به سرمایه‌گذار خارجی را مجاز دانسته است. همچنین مقررات راجع به تأسیس بیمه‌ها و بانک‌های خصوصی نیز نشان می‌دهد مصالح اقتصادی و به تعبیر دیگر نظم عمومی اقتصادی ما به سمت خصوصی‌سازی گرایش دارد. به علاوه بند ج ماده ۲ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی تصریح می‌کند که منظور از منع اعطای امتیاز به سرمایه‌گذار خارجی، حقوق ویژه‌ای است که او را در موقعیت انحصاری قرار دهد و مطابق مفهوم مخالف این بند، اعطای امتیازی که موجب موقعیت انحصاری سرمایه‌گذار خارجی نشود منعی ندارد؛ بند ب ماده ۳ همین قانون نیز که جزء متون رسمی قانونی ما محسوب می‌گردد بر صحت این دسته عقود صحه می‌گذارد. به علاوه در هیچکدام از قوانین قدیم و جدید سرمایه‌گذاری خارجی ایران سخن از محدودیت مشارکت بخش خارجی تا سقف ۴۹ درصد نشده است. با پذیرش این استدلال‌ها می‌توان گفت که قراردادهای بی.او.تی از مصادیق قراردادهای مخالف صریح قانون خارج شده و نهادی معتبر است.

۵-۱. مزایا و معایب بی.او.تی

الف) مزایا:

۱- یکی از مهمترین مزایای استفاده از قرارداد بی.او.تی برای دولت آن است که خطر اجرا و بهره‌برداری از طرح را به شرکت خصوصی سازنده طرح تحمیل می‌کند. در این نوع قرارداد، طرفین توافق می‌کنند که در قبال امتیازات اعطایی دولت، خطر اجرا به بخش خصوصی تخصیص یابد.^۲ بخش خصوصی نیز از نهاد بیمه برای تعدیل خطرات

۱. همان، ص ۱۶۶.

۲. توسلی جهرمی (زمستان ۱۳۸۱)، ص ۹۶.

- احتمالی تحمیل شده استفاده می‌کند. (البته تمام خطرهای مطرح در طرح بی.او.تی به بخش خصوصی نیست و ما در بخش‌های بعد به تفصیل از آن سخن می‌گوییم).
- ۲- واگذار کردن بخش عمومی به بخش خصوصی برای ساخت و بهره‌برداری از طرح، بهره‌مندی از مزایا و امتیازات بخش خصوصی یعنی کاهش هزینه، کاهش تشریفات اداری و بالتبع، سرعت در انجام کار را به همراه خواهد داشت؛ ضمن آنکه می‌توان از مدیریت کارای این بخش نیز استفاده کرد.
- ۳- استفاده از بی.او.تی، یکی از شیوه‌های مناسب انتقال تکنولوژی به کشور میزبان به شمار می‌آید.^۱
- ۴- در کشورهایی که واگذاری کامل بخش دولتی به بخش خصوصی، با مخالفت‌ها و تردیدهای فراوان روبروست، قرارداد بی.او.تی وسیله‌ای است برای مشارکت این دو بخش چرا که دولت از امتیازات بخش خصوصی استفاده کرده و حق نظارت و حق مالکیت نهایی را برای خود محفوظ نگه می‌دارد^۲ لذا نگرانی کشورهای مزبور در این زمینه تا حد زیادی مرتفع می‌گردد.
- ۵- در قراردادهای بی.او.تی اصلی به نام اصل حمایت از مشارکت‌کنندگان داخلی و اصل پشتیبانی از صنایع داخلی کشور میزبان حاکم است که براساس آن، شرکتی برای عهده‌دار شدن طرح در اولویت است که از نیروها و یا کالاها و خدمات کشور میزبان تا حد امکان استفاده نماید. در ایران، قانون حداکثر استفاده از توان فنی و مهندسی تولیدی و صنعتی اجرایی کشور در اجرای طرح‌ها و ایجاد تسهیلات به منظور صدور خدمات مصوب ۱۳۷۵ مجلس با نیت حمایت از مؤسسات و نیروهای داخلی وضع شده است. البته لازم به ذکر است که قانون مورد اشاره، با مقررات موافقت‌نامه اقدامات سرمایه‌گذاری مربوط به تجارت^۳ سازمان تجارت جهانی مغایرت دارد زیرا موافقت‌نامه مزبور هرگونه الزام سرمایه‌گذار خارجی به استفاده از نیرو و تجهیزات داخلی کشور میزبان توسط قوانین داخلی را منع کرده

۱. شیروی عبدالحسین، (زمستان ۱۳۸۰)، ص ۳۷.

2. Tiglo, Operate –Transfer Schemes, Far Eastern Review, 9July 1992, P.57

3. The Agreement on Trade-Related Investment Measures (TRIMS).

است. در نتیجه قانونگذار کشور ما در راه الحاق به سازمان تجارت جهانی باید قانون ۱۳۷۵ را اصلاح نماید. بنابراین امتیاز مذکور در بند ۵ ویژه دوران قبل از پیوستن دائم ایران به این سازمان است.^۱

۶- مزایای مطروح در ۵ بند، متوجه کشور میزبان و بخش دولتی است اما بخش خصوصی نیز می‌تواند از امتیازات بی.اوتی استفاده کند از جمله آنکه دولت در قبال تعهداتی که از بخش خصوصی می‌گیرد متقابلاً متعهد می‌شود که مشوق‌ها، تسهیلات و معافیت‌هایی را در اختیار بخش مزبور قرار دهند. این مشوق‌ها و معافیت‌ها معمولاً شامل کسر یا معافیت‌های مالی (مانند آنچه در ویتنام رخ داد)، ارائه کمک‌های مالی مستقیم و غیرمستقیم مانند عرضه زمین و ساختمان، پرداخت وام، تضمین وام‌های اخذ شده، تأمین سوخت، پرداخت یارانه و نیز مشوق‌های غیرمالی نظیر تضمین خرید محصول، برقراری سیاست گمرکی در راستای حمایت از سوددهی طرح و الزام شرکت‌های دولتی به خرید محصولات طرح می‌باشد.^۲

(ب) معایب:

- ۱- طرح بی.اوتی به رغم ظاهر ساده‌ای که دارد، دارای پیچیدگی‌ها و دشواری‌های فراوانی است که یکی از دلایل عمده آن، وجود افراد و قراردادهای بیشماری است که در بی.اوتی وجود دارد^۳ و ما در قسمت‌های بعد بدان‌ها می‌پردازیم.
- ۲- شرکت خصوصی گاه در قبال پذیرش خطر، مقرر می‌دارد که باید سود بیشتری به او بازگردانده شده و در برابر هر خطر، مشتری نهایی باید پولی بپردازد.
- ۳- از آنجا که اکثر کشورها تجربه زیادی در انعقاد این قراردادها ندارند گاه بی.اوتی خطراتی را برای آن‌ها بوجود آورده است از جمله خطر ایجاد انحصار در بخش خصوصی و فراموش شدن جنبه و طبیعت عمومی طرح زیربنایی. قانونگذار ما به منظور رفع این خطر در بند ب ماده ۲ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی مقرر داشته است که پذیرش سرمایه خارجی باید به منظور عمران و آبادی

۱. ایران در تاریخ ۵ خرداد ۱۳۸۴ به عضویت ناظر سازمان تجارت جهانی در آمد اما برای عضویت رسمی در این سازمان مکلف است قوانین مغایر را اصلاح یا حذف نماید.

۲. شیروی، همان منبع، صص ۳۶، ۳۷.

3. Jeffrey Hung and Rick Huijbregts, (1999), pp. 10 & seq.

بوده و منافع عمومی را تهدید نکنند.

۴- بخش خصوصی به هنگام تقبل طرح، بر مبنای فرضیات آغاز به کار می‌کند بدین معنا که از میزان درآمد و سیاست ارزی و گمرکی دولت میزبان و ثبات یا عدم ثبات قوانین آن اطمینان نداشته و براساس احتمالات عمل می‌نماید. البته مشاوران حقوقی و اقتصادی شرکت‌های خصوصی با بررسی‌های کارشناسانه فراوان از کشور سرمایه پذیر، درجه احتمالات را پایین می‌آورند اما این بررسی‌ها غالباً به اطمینان کامل منتهی نشده و درجه‌ای از احتمال در آن باقی می‌ماند. از این روست که در قراردادهای بی.او.تی، طرف خصوصی می‌کوشد تا خطر مربوط به تغییر سیاست ارزی یا قانونگذاری را بر دوش دولت میزبان تحمیل کند.

از آنچه گفتیم نتیجه می‌گیریم که چون غالب طرح‌های بی.او.تی، راجع به امور زیربنایی است که در کشورهای در حال توسعه معمولاً در انحصار دولت است لذا برای موفقیت آمیز بودن طرح بی.او.تی نباید از نقش دولت‌پذیرای سرمایه براحتی گذشت زیرا دولت است که امتیاز ساخت طرح را به کنسرسیوم اعطا می‌کند، تعهد به پرداخت محصولات طرح می‌کند، مشوق‌های مالی و غیرمالی در اختیار طرح قرار می‌دهد و سیاست ارزی، اقتصادی و گمرکی را معین می‌سازد. وانگهی دولت میزبان است که با ایجاد فضای امن قانونی و محدود کردن موارد مصادره و لغو و سلب مالکیت، می‌تواند برای سرمایه‌گذار خارجی اطمینان خاطر فراهم کند.

۶-۱. موضع قوانین کشورها در قبال بی.او.تی

دیدگاه قوانین داخلی کشورها در قبال قراردادهای بی.او.تی را می‌توان به سه دسته تقسیم کرد:

۱- دسته‌ای از کشورها دارای دیدگاهی مضیق بوده و با وضع قوانین متعدد می‌کوشند تا نحوه استفاده از این روش را با تعیین ضوابط و استانداردهای جزئی ساخت، بهره‌برداری، نظارت بر اجرای طرح، نحوه انتقال و حتی رعایت ضوابط محیط زیست دقیقاً مشخص سازند.^۱ این دیدگاه در برخی موارد اختلالاتی را در اجرا یا

۱. شیروی عبدالحسین، پیشین، ص ۴۸.

پیشبرد طرح ایجاد کرده است؛ برای مثال در طرح احداث یک تونل^۱ که از طرف دولت آلمان به شرکتی خصوصی^۲ واگذار شده بود، به خاطر دخالت نمایندگان دولت با مشکل روبرو شد.^۳

۲- برخی کشورها مانند چین، دارای موضعی انعطاف پذیر بوده و اجازه آزادی عمل برای انجام قراردادهای مختلف و اجرای طرح را به بخش خصوصی داده‌اند. مقررات نظارتی و محدودکننده در این کشورها اندک بوده؛ قانونگذار تنها به بیان چارچوب‌های کلی این قرارداد پرداخته و تعیین جزییات را به توافق طرفین واگذار کرده است.^۴

۳- برخی کشورها مانند مجارستان^۵ از موضعی بینابین برخوردارند به این معنی که از دادن آزادی وسیع به بخش خصوصی خودداری می‌کنند اما به تعیین ضوابط جزئی نیز نمی‌پردازند. در این شیوه هر چند دولت از تعیین جزییات می‌پرهیزد اما این به معنای آزادی مطلق بخش خصوصی در انعقاد هرگونه قرارداد و فعالیت جهت اجرای طرح نیست.^۶

اما در مورد موضع نظام حقوقی ایران نسبت به این دسته از قراردادها باید گفت: در ماده ۳ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی ایران سرمایه‌گذاری از دو طریق پیش‌بینی شده است: یکی سرمایه‌گذاری مستقیم تنها در زمینه‌هایی که فعالیت بخش خصوصی در آن مجاز می‌باشد و دیگری سرمایه‌گذاری غیرمستقیم از جمله در چارچوب «ساخت بهره‌برداری و واگذاری» که در کلیه بخش‌ها مجاز است. موضع قانونگذار ما ممکن است این سؤال را به ذهن آورد که چرا در چارچوب قراردادهای بی.اوتی حتی می‌توان در بخش‌های دولتی نیز اقدام به سرمایه‌گذاری کرد در حالی که سرمایه‌گذاری مستقیم با محدودیت همراه بوده و در بخش دولتی میسر نیست؟ به نظر می‌رسد ضرورت بخش خصوصی به تأمین اعتبار مالی طرح از منابع غیردولتی از یکسو و بازگشت مالکیت نهایی

۱. این تونل Wijkker نام داشت.

۲. شرکت مزبور Dobhol Power نام داشت.

3. Ir Sebastiaan and Spiro Pollais, Op. cit., pp. 20 & seq.

4. [Http://rru.worldbank.Org/Documents/Toolkits/Highways/2-carac/23/233.Htm](http://rru.worldbank.Org/Documents/Toolkits/Highways/2-carac/23/233.Htm).

۵. مانند قرارداد بی.اوتی راجع به اجرای طرح M1/M15 Toll Motorway در مجارستان.

6. 15- [Http://rru.worldbank.Org/Documents/Toolkits/Highways/2-carac/23/235.Htm](http://rru.worldbank.Org/Documents/Toolkits/Highways/2-carac/23/235.Htm).

طرح به دولت در بی.او.تی قانونگذار را به اتخاذ موضعی بازتر نسبت به سرمایه‌گذاری مستقیم برانگیخته است. اما این موضوع به تنهایی نظام حقوقی ایران را در ردیف کشورهای با موضع باز قرار نمی‌دهد زیرا هر چند قانونگذار ما در قانون به تعیین جزئیات این قرارداد پرداخته و تنها به بیان قواعد کلی آن اکتفا کرده و علی‌الظاهر، تکمیل دیگر قواعد و اصول حاکم بر بی.او.تی را به توافق خصوصی طرفین و انهداده است (مستفاد از ماده ۱۰ ق.م.)، اما بخش خصوصی در اجرای طرح و انعقاد قراردادهای مربوط به آن با محدودیت‌هایی از قبیل رعایت نظامات دولتی در قرارداد بیمه و قراردادهای پیمانکاری روبروست. به علاوه با توجه به بند ج ماده ۸۵ برنامه سوم توسعه اقتصادی کشور، طرح‌های بی.او.تی که از تسهیلات مالی خارجی استفاده می‌کنند باید از سوی شورای اقتصاد تصویب شده و دارای توجیه فنی، اقتصادی و مالی داشته باشند. همچنین میزان استفاده از آن طرح در داخل کشور با توجه به ظرفیت‌ها، امکانات و توانایی‌های داخلی و با رعایت قانون «حداکثر استفاده از توان فنی و مهندسی تولیدی و صنعتی و اجرایی کشور در اجرای طرح‌ها و ایجاد تسهیلات به منظور صدور خدمات مصوب ۱۳۷۵/۱۲/۱۲» و نیز رعایت شرایط زیست محیطی در اجرای هر یک از طرح‌ها باید به تصویب شورای اقتصاد برسد. بنابراین با توجه به مجموع قوانین و نظامات حقوقی ایران می‌توان ایران را در صف کشورهای گنجانده که موضعی مضیق اتخاذ نموده‌اند.

۲. موضوعات حقوقی مطرح در قراردادهای بی.او.تی

۲-۱. مراحل اجرای طرح بی.او.تی : برای اجرای طرح بی.او.تی باید هشت مرحله مختلف طی شود^۱:

۲-۱-۱. تصمیم دولت برای واگذاری امتیاز طرح به بخش خصوصی

در این مرحله دولت ابتداً به تعریف طرح^۲ و انتخاب شیوه تأمین مالی^۳ و انجام مطالعات امکان‌سنجی اولیه پرداخته^۴ و مدیر و تیم اجرایی طرح به عنوان نماینده کارفرما معرفی می‌گردند.

1. UNIDO, Op. cit., p. 22.
2. Identify project.
3. Finance.
4. Preliminary Feasibility Study.

۲-۱-۲. آمادگی دولت برای انجام مناقصه^۱

دولت برای تعیین پیمانکارانی که تخصص و تجربه لازم برای ورود به مناقصه را دارند، سنجش‌های اولیه را انجام داده و سپس با توجه به مشاوران حقوقی کار آزموده‌ای که در اختیار دارد، اسناد مناقصه را تهیه می‌کند. قرارداد طرح نیز تنظیم می‌شود که با توجه به طولانی بودن مدت آن باید با دقت تهیه شود. در اسناد مناقصه، معیارهایی که دولت به عنوان کار فرما برای انتخاب برنده مناقصه و انتخاب پیمانکار لحاظ می‌کند، ذکر می‌شود.

۲-۱-۳. اعلام آمادگی شرکت کنندگان^۲

در این مرحله که شاهد حضور پیمانکاران داخلی نیز هستیم، شرکت کنندگان پس از انجام مطالعات اولیه پیشنهاد خود را از طریق سرگروه اعلام کرده و در جستجوی یک یا چند شریک دیگر هستند تا با یکدیگر طرح را بر عهده گرفته و در قالب یک کنسرسیوم فعالیت کنند. امتیاز واگذاری طرح به بخش خصوصی از طریق مناقصه آن است که امکان حضور این بخش را فراهم می‌سازد اما از آنجا که گاه جریان مناقصه طولانی و پرهزینه شده و به دلایل متعدد تمدید می‌شود با انتقاد روبروست.

۲-۱-۴. مرحله گزینش^۳

در این مرحله، دولت پیشنهادها را براساس معیار اعلام شده ارزیابی کرده و در نهایت برنده مناقصه و مراتب واگذاری طرح به او اعلام می‌شود. در این مرحله و قبل از انتخاب نهایی اگر در اسناد مناقصه، رفع ابهام یا تعدیلی صورت پذیرد به اطلاع شرکت کنندگان می‌رسد.

۲-۱-۵. ایجاد مقدمات اجرای طرح^۴

در حد فاصل اعلام شدن برنده مناقصه و شروع طرح، اقدامات زیر انجام می‌گردد: تأسیس شرکت طرح در زمان مقرر، آوردن درصد معین سرمایه اولیه ضروری برای اعطای تسهیلات بانکی، تهیه نهایی و امضای متن قرارداد و ام، قرارداد ساخت و خرید تجهیزات، قرارداد بیمه و قرارداد خرید محصول.

-
1. Government Preparation for Tendering.
 2. Sponsors Preparation to Bid.
 3. Selection Stage.
 4. Development.

۲-۱-۶. مرحله اجرا^۱

در این مرحله، شرکت طرح، عملیات اجرایی را به پیمانکاران واگذار می‌کند و عملیات مزبور شامل ساخت و نصب تجهیزات و تأسیسات می‌باشد. در این مرحله، آزمایش نیز صورت می‌گیرد و در صورت تأیید، گواهی قبولی صادر می‌شود.

۲-۱-۷. مرحله بهره‌برداری^۲

مطابق مفاد قرارداد، بهره‌برداری از طرح تا مدت معین در اختیار شرکت طرح بوده و در خلال این مدت، انتقال تکنولوژی و آموزش کارگران و نیروهای دولت میزبان صورت می‌پذیرد. در این مرحله می‌توان بر اصلاح یا تغییر تکنولوژی در صورت دادن اطلاع قبلی توافق کرد.

۲-۱-۸. مرحله واگذاری^۳

براساس تعهد قراردادی و تضمینات از پیش اخذ شده، شرکت طرح ملزم به انتقال طرح به دولت است. در این مرحله سرمایه‌گذاران به سود مورد نظر خود دست یافته و اعتبار اخذ شده و سود آن مستهلک شده است و مالکیت به دولت یا دستگاه دولتی منتقل می‌شود. ممکن است این پرسش مطرح شود که با توجه به طولانی بودن مدت بهره‌برداری، آیا در زمان واگذاری، طرح مورد نظر هنوز از قابلیت استفاده برخوردار است؟ در پاسخ باید گفت که دولت در قبال اعطای امتیاز بلندمدت به بخش خصوصی از او تعهد می‌گیرد که در زمان انتقال، طرح باید درصد معینی از بازدهی را دارا باشد (تقابل تعهدات). البته شرکت طرح نیز در مقابل دادن این تعهد، از دولت تعهد می‌گیرد که بعد از انتقال تا مدت معین، دولت متعهد به خرید قطعات از شرکت طرح باشد. همچنین قید می‌شود که طرفین، حق افشاء اطلاعات محرمانه را ندارند (تقابل تعهدات). انتقال گاه در یک مرحله و گاه در چند مرحله و بصورت عرضه سهام در بازار بورس دولت میزبان انجام می‌شود.

-
1. Implementation.
 2. Operation.
 3. Transfer.

۲-۲. قراردادهای مطرح در طرح بی.او.تی

یکی از ویژگی‌های بارز قراردادهای بی.او.تی که باعث تمایز آن از قراردادهای دیگر و در عین حال، پیچیدگی بی.او.تی می‌شود، قراردادهای متعددی است که در خلال اجرای طرح منعقد می‌گردد. مهمترین قراردادهای مطرح در این طرح عبارتند از:

۲-۲-۱. قرارداد تأسیس شرکت طرح^۱

این قرارداد که به قرارداد سهامداران^۲ معروف است میان برندگان مناقصه و مؤسسين شرکت طرح منعقد شده و چارچوب و دیدگاه کلی اساسنامه شرکت است به تعبیر دیگر اساسنامه شرکت طرح بر مبنای این موافقت‌نامه تهیه و تنظیم می‌گردد. مفاد این قرارداد عبارتند از: اقدامات لازم برای ایجاد شرکت، سهم هر یک از شرکاء در انجام اقدامات و هزینه‌ها، نحوه مدیریت و کنترل شرکت و.....

۲-۲-۲. قرارداد اعطای تسهیلات

این قرارداد میان شرکت طرح و وام‌دهنده بر سر اعطای وام بسته می‌شود. وام‌دهنده می‌تواند یک نهاد مالی فراملی نظیر بانک جهانی یا یک بانک تجاری باشد. این قرارداد بقدری دارای اهمیت است که می‌توان از آن به شاه‌رگ حیاتی طرح بی.او.تی نام برد از این رو وام‌دهندگان می‌کوشند تا براساس نیاز شدیدی که شرکت طرح به حمایت مالی آن‌ها دارد در انعقاد قرارداد نفوذ داشته و خطر باز پرداخت وام‌ها را به حداقل برسانند. از جمله راهکارهایی که وام‌دهندگان بدان متوسل می‌شود، انعقاد قراردادهای وام جداگانه با همه طرف‌های قرارداد است تا از گسسته شدن سایر قراردادها در صورت نقض یا تخلف شرکت طرح جلوگیری کنند. همچنین وام‌دهندگان تضمینات کافی را از وام‌گیرندگان دریافت می‌کنند.

۲-۲-۳. قرارداد اعطای طرح یا قرارداد اعطای امتیاز^۳

این قرارداد میان دولت و شرکت طرح منعقد شده و براساس آن، شرکت مجاز به

1. Project Company or Joint Venture Company Agreement.

2. Share Holders' Agreement.

3. Concession Agreement.

تأسیس و نصب تجهیزات لازم به مشخصات تعیین شده می‌گردد. اگر طراحی طرح توسط دولت انجام نشده باشد (همچنانکه در برخی شیوه‌های بی.اوتی مانند قراردادهای «طراحی، ساخت، تأمین مالی و بهره‌برداری»^۱، طراحی توسط بخش خصوصی انجام می‌شود)، دولت می‌تواند در مفاد قرارداد اعطای طرح، حق بررسی و تأیید را برای خود مقرر دارد. برای اتمام به موقع طرح نیز جریمه تأخیر روزانه یا ماهانه تعیین می‌شود. در این قرارداد دولت متعهد به برقراری سیاست ارزی و قانونی ثابت و اعطای تسهیلات می‌گردد.

۲-۲-۴. قرارداد خرید محصول^۲

منبع درآمد شرکت طرح، محصول یا خدماتی که در نتیجه اجرای طرح عرضه شده و استهلاک سود و هزینه‌ها نیز از همین منبع خواهد بود.

۲-۲-۵. قرارداد ساخت^۳

در طرح بی.اوتی، غالباً یک قرارداد کلید در دست^۴ وجود دارد که قرارداد طراحی، تهیه تجهیزات و ساخت^۵ نامیده می‌شود. منظور از قراردادهای کلید در دست، قراردادهایی است که طی آن، یک طرح، طراحی و ساخته شده و کارفرما تنها با فشار دادن یک کلید، آنرا به راه می‌اندازد. در این قرارداد، مسئولیت و خطر کیفیت محصول و اتمام کار با پیمانکار بوده و شرکت طرح نقش کارفرما را دارد. در حقیقت شرکت، تعهد خود در ساخت طرح را با انعقاد قرارداد ساخت و از طریق پیمانکاران، انجام می‌دهد^۶. در تهیه این قرارداد به این نکته توجه می‌شود که حقوق و تعهدات پیمانکار در برابر شرکت طرح حتی‌الامکان منطبق با تعهدات شرکت طرح در برابر دولت در قرارداد اعطای طرح باشد تا با انجام تعهدات پیمانکار، تعهدات شرکت در برابر دولت نیز مطابق مفاد تعهد انجام شود^۷.

1. DBFO.

2. Off- Take Agreement.

3. Construction Agreement.

4. Turn key.

5. EPC.

6. The new FIDIC EPC BOT Contracts, in : Http :// 66. 102. 9. 104/ searc / BOT-pdf- nov 99. asp+ BOT+ sample + contracts & hl= en & ie = UTF, P. 3..

7. Ibid.

۲-۲-۶. قرارداد بهره‌برداری و نگهداری^۱

هدف از انعقاد این قرارداد، ایجاد اطمینان برای شرکت طرح نسبت به ادامه بی‌وقفه کار و نگهداری از تجهیزات و انجام کار مطابق معیارهای تضمین شده است.

۲-۳. مسئله خطر^۲ در قراردادهای بی.او.تی

در قراردادهایی که یک طرف آن به عنوان سرمایه‌گذار بخش خصوصی وارد عمل می‌شود بویژه اگر این سرمایه‌گذار، خارجی باشد، مسئله خطر کاملاً مورد توجه مشاوران حقوقی و فنی بخش خصوصی است. متعدد بودن طرفین متعاقد در قرارداد بی.او.تی و اینکه چه کسی خطر را متحمل می‌شود، بر اهمیت مسئله می‌افزاید^۳. بطور کلی اهم خطرهایی که ممکن است در جریان طرح بی.او.تی پیش آید عبارتند از:

- ۱- خطرهای مالی نظیر خطرهای مالیاتی^۴، محدودیت‌های صادرات و واردات، کوتاهی در صدور مجوزهای لازم و لغو امتیاز.
- ۲- خطرهای قانونی نظیر تغییر در قوانین و مقررات یا تأخیر در ارزیابی خسارت.
- ۳- خطرهای تجاری نظیر خطر تورم^۵، خطر مربوط به نرخ یا خطر مربوط به مبادله و تسعیر ارز خارجی.
- ۴- خطرهای سیاسی نظیر وقوع انقلاب یا شورش در کشور میزبان و تغییر حکومت.
- ۵- خطر مربوط به انجام مقدمات طرح نظیر تأخیر در برنامه‌ریزی^۶ یا خطر ناشی از اخذ مجوز.
- ۶- خطرهای مربوط به ساخت و یا تکمیل طرح نظیر تأخیر در کار، فورس ماژور.
- ۷- خطرهای مربوط به بهره‌برداری نظیر خطرهای فنی، خطر مربوط به تقاضا و عرضه، ایجاد خسارت یا تلف شدن تجهیزات طرح، خطر مربوط به مسئولیت.

-
1. Operation and Maintenance Agreement.
 2. Risk.
 3. Paolo Lombardo, BOT Construction, in : [Http://www.Dbia.Org/cc-secure/pubdetail.Asp? Pub](http://www.Dbia.Org/cc-secure/pubdetail.Asp?Pub).
 4. Taxation Risks.
 5. Inflation Risks.
 6. Planning Delay Risks.

برای برقراری عدالت در تعهدات، طرفین خطرها را بین خود تقسیم می‌کنند^۱ و ترتیب تقسیم نیز غالباً بدین گونه است که چون دولت، مکلف به ایجاد بستر مساعد در کشور خود برای توفیق طرح می‌باشد، چهار دسته خطر اول را می‌پذیرد اما خطرهای پنجم تا هفتم بر شرکت طرح تحمیل می‌شود و شرکت مزبور نیز در برابر خطرات احتمالی، قرارداد بیمه امضا می‌کند که یکی از قراردادهای متداول در بی.او.تی است.

قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی ایران تنها به برخی از این خطرات اشاره کرده و مسئولیت ناشی از آن را بر بخش دولتی تحمیل کرده است. مطابق ماده ۹ این قانون، سرمایه‌گذار خارجی مورد سلب مالکیت و ملی شدن قرار نمی‌گیرد مگر با شرایط ویژه قانونی آن هم در مقابل پرداخت مناسب غرامت به مأخذ ارزش واقعی آن سرمایه‌گذاری بلافاصله قبل از سلب مالکیت. با این حال در مورد خطراتی که در این قانون نیامده است طرفین می‌توانند با استفاده از ماده ۱۰ ق.م. و توافق قراردادی تعیین تکلیف نمایند.

۲-۴. تضمین وام‌ها

چنانکه در صفحات پیش گفتیم، قرارداد اعطای وام یکی از ارکان اصلی و پیشبرنده طرح بی.او.تی است و چنانکه اشاره شد، مؤسسات وام‌دهنده، تضمیناتی را برای باز پس‌گیری وام‌های اعطا شده از شرکت طرح می‌گیرد. یکی از شیوه‌های تضمین آن است که شرکت در کشور همسایه، یک حساب امانی افتتاح کرده و درآمدهای حاصل از طرح را به آن واریز نماید. شیوه دیگر این است که کلیه سهم‌الشرکه شرکای شرکت، وثیقه تادیه وام قرار گیرد تا در صورت عدم پرداخت دیون، وام‌دهنده مالک شرکت گردد. غالب مؤسسات وام‌دهنده برای خود نسبت به تمام اموال شرکت، قائل به حق رهن بوده و یا ممکن است در قرارداد شرط کنند که در بیمه‌نامه‌های مختلف، نام وام‌دهنده باید به عنوان ذینفع درج شود^۲. وام‌دهنده در ضمن قرارداد می‌تواند شرطی به نام «شرط ورود به قرارداد»^۳ را بگنجاند که مطابق آن، در صورت کوتاهی پیمانکار یا شرکت طرح در اجرای

۱. توسلی جهرمی منوچهر، پیشین، صص ۱۰۵-۱۰۶.

2. Nielsen (1997), p.196.

3. Step in – Clause.

طرح، وام دهنده یا نماینده او برای جلوگیری از توقف طرح و در راستای پرداخت وام، خود راساً اجرای کار را بر عهده گیرد. در مورد امکان رجوع وام دهنده به اموال شرکت باید گفت که گاه وام دهنده تنها اعتبار و پشتوانه وام را در دارایی و ارزش طرح جستجو می‌کند و نه خارج از آن؛ که به این نوع، وام بدون حق رجوع می‌گویند. گاه نیز برای وام‌دهنده حق رجوع محدود پیش‌بینی شده است که مطابق آن، وام‌دهنده تنها بر اموالی که در قرارداد تعیین شده است مثل سهم شرکت می‌تواند دست بگذارد و بالاخره در نوع دیگر، وام دهنده می‌تواند حق رجوع کامل به کلید اموال شرکت را داشته و اموال مزبور را به مثابه وثیقه دین خود می‌داند.

۲-۵. تعهدات طرفین

طرفین قرارداد بی.او.تی می‌کوشند تا در قبال تعهدی که می‌دهند، تعهدی از طرف مقابل بگیرند. برای مثال دولت در قبال اعطای امتیاز بلندمدت به بخش خصوصی، این تعهد را به نفع خود می‌گیرد که در زمان انتقال، طرح باید درصد معینی از بازدهی مطلوب را داشته باشد یا اینکه شرکت طرح در قبال تعهد به داشتن بازدهی طرح، دولت را متعهد می‌سازد که تا مدت معین، قطعات مورد نیاز طرح را منحصراً از شرکت خریداری نماید. در آن دسته از قراردادهای بی.او.تی که بخش خصوصی متعهد می‌شود ابتدا مالکیت را منتقل کرده و سپس از آن بهره‌برداری می‌کند، در مقابل از این حق برخوردار می‌شود که دولت، بستر استفاده انحصاری شرکت از طرح را فراهم سازد. به علاوه دولت در بی.او.تی معمول، در قبال مالک دانستن شرکت بر طرح، شرط اعطای تضمینات کافی برای انتقال به دولت پس از انقضای مدت را در قرارداد گنجانده و شرکت را مکلف به ارائه آن (که غالباً به صورت ضمانت‌نامه بانکی است) می‌نماید. همچنین دولت در قبال ایجاد بستر اقتصادی و حقوقی مناسب و اعطای مشوق‌ها و معافیت‌ها، از شرکت تعهد می‌گیرد که از بستر ایجاد شده برای بوجود آوردن انحصار به نفع بخش خصوصی سوء استفاده نکند. وانگهی دولت در قبال اعطای یارانه و پرداخت هزینه کارگران، شرکت را متعهد می‌سازد که از بخشی از نیروی دولت میزبان بهره برده و آنان را آموزش دهد. در بحث تقسیم خطر هم تلاش دو

طرف بر حفظ تعادل قراردادی بوده و نقض اساسی تعهدات قراردادی، به ذینفع حق فسخ می‌دهد. صرف نظر از تقابل تعهدات قراردادی می‌توان تکالیف مندرج در قرارداد بی.اوتی را به دو دسته کلی زیر تقسیم کرد:

الف) تعهدات مشترک:

شامل اعتماد به اطلاعات ناشی از اسناد ارائه شده، تعهدات مربوط به همکاری مشترک و تضمین‌های مربوط به پرداخت نامناسب و مانند آن.

ب) تعهدات مختص یکی از طرفین قرارداد:

که خود به دو دسته تقسیم می‌شود:

۱) تعهدات مختص دولت: شامل ایجاد بستر مناسب برای موفقیت شرکت طرح و اعطای مشوق‌های مالی و غیرمالی و معافیت‌های مالیاتی. ۲) تعهدات مختص شرکت طرح: شامل ساخت تأسیسات مطابق نوع و کیفیت مورد توافق، ساخت در زمان مقرر، تکلیف به پرداخت خسارت ناشی از نقض تعهد قراردادی، رعایت قوانین داخلی کشور میزبان، راه‌اندازی طرح و انتقال مالکیت و تکنولوژی و حق اختراعات به دولت، رعایت حداقل استانداردهای زیست محیطی و مانند آن.

تعهداتی مانند تعهد به اعطای مشوق‌های مالی و غیرمالی، مخصوص فرضی است که دولت طرف قرارداد است اما در جایی که بخش خصوصی طرح را به بخش خصوصی دیگر واگذار می‌کند جای این پرسش را باقی می‌گذارد که وضعیت تسهیلات مورد اشاره چه خواهد بود؟ معمولاً قوانین کشورها در این زمینه حکم خاصی را مقرر نکرده و نظام حقوقی ایران نیز در این زمینه راهکاری ندارد. بنابراین می‌توان با استفاده از قواعد عمومی قراردادهای اصل حاکمیت اراده مقرر داشت که راهکار پیشنهادی طرفین در قرارداد میان آنان الزام آور است. در چنین مواردی غالباً طرف واگذار کننده طرح متعهد می‌شود که مجوزهای لازم را از دولت اخذ کرده و یا زمینه استفاده مجری طرح از تسهیلات دولتی را فراهم سازد. همچنین اصل حسن نیت اقتضا دارد که اگر بخش مجری بتواند با استفاده از جایگاه و موقعیت خود اخذ مجوزها را تسریع نماید طرف متعهد را در این خصوص یاری رساند.

۲-۶. خسارات

قواعد راجع به مسئولیت ناشی از نقض قرارداد و شروط کیفری در موافقت نامه طرح قید می‌شود. معمولاً بخشی از قرارداد بی.او.تی به این مقوله اختصاص یافته و در آن از موضوعاتی نظیر شرایط جبران خسارت، نفع از دست رفته به خاطر کوتاهی در اجرا، خسارت دیرکرد و تکلیف به کاهش خسارت سخن گفته می‌شود.^۱ این نکته را بیفزاییم که وجود حق فسخ قرارداد به خاطر نقض تعهد و اعمال این حق، مانع مطالبه خسارات وارد شده نخواهد بود. قواعد راجع به مسئولیت به رابطه قراردادی طرفین محدود نمی‌گردد و معمولاً آن‌ها به مسئولیت جبران خسارات وارده به اشخاص ثالث و استفاده‌کنندگان از تسهیلات طرح که هیچ رابطه‌ای با طرفین قرارداد ندارد، اشاره می‌کنند اما در صورت سکوت قرارداد نیز مسئله تابع قانون حاکم بر مسئولیت مدنی دولت میزبان خواهد بود. خطرهای مربوط به این نوع خسارات، معمولاً بر شرکت تحمیل می‌شود از این رو، بیمه خسارات مورد توجه ویژه شرکت است.

۲-۷. حل و فصل اختلافات

امتیازات غیرقابل انکار داوری و دیگر شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف^۲، طرفین قراردادهای بی.او.تی را بر آن داشته است تا به جای ارجاع اختلاف به محاکم دولت میزبان، از نهادهای جایگزین بویژه داوری استفاده کنند و این تمایل حتی در دولت طرف قرارداد نیز دیده می‌شود. مقاصد طرفین از انجام بی.او.تی که همانا کسب سود برای بخش خصوصی و مالکیت نهایی طرح و بهره‌برداری از آن در جهت منافع عمومی از سوی بخش دولتی به تنهایی کافی است تا آن‌ها به جای اتلاف وقت و هزینه در محاکم، درصدد حل سریع اختلاف احتمالی باشند. با این حال، استفاده از داوری در حل و فصل اختلافات ناشی از قرارداد بی.او.تی، در نظام حقوقی ایران ممکن است با دو ایراد اساسی مواجه شود. در این بخش از مقاله کوشیده‌ایم به طرح این دو ایراد و چگونگی برطرف کردن آن بپردازیم:

۱- ایراد نخست به اصل ۱۳۹ ق. اساسی بازمی‌گردد که مطابق آن ارجاع اختلافات

1. Paolo Lombardo, Op. cit., p. 148.

2. Alternative Dispute Resolution (ADR).

راجع به اموال عمومی از سوی دستگاه‌های دولتی به داوری و صلح را در فرض وجود طرف خارجی، منوط به تصویب هیأت وزیران و مجلس شورای اسلامی کرده است.^۱ ظاهر این اصل، سرمایه‌گذاران خارجی را در انعقاد بی.اوتی با طرف ایرانی دچار تردید می‌کند زیرا طرف خارجی تمایل ندارد برای رفع اختلافات خود با طرف ایرانی به دادگاه مراجعه کند یا رجوع به داوری که امروزه به شیوه معمول حل اختلافات بدل شده است را منوط به تشریفات طولانی مقامات ایرانی ببیند. در حقیقت وجود این مانع از منظر بخش خارجی، به منزله عدم بسترسازی حقوقی مناسب دولت ایران برای اجرای طرح تلقی می‌شود.

این ایراد به رغم ظاهر صحیحی که دارد وارد نیست چرا که دایره اعمال اصل ۱۳۹ قانون اساسی محدود به مواردی است که در آن‌ها دولت به عنوان نماینده عموم به اعمال حاکمیت می‌پردازد بنابراین در جایی که دولت به اعمال تصدی مشغول است _ و قرارداد بی.اوتی مصداق بارز آن به شمار می‌آید _ مانعی به نام اصل ۱۳۹ وجود نداشته و به اصطلاح موضوع تخصصاً از قلمرو این اصل خارج است. البته ممکن است ایراد شود که گاه در برخی قراردادهای بی.اوتی نیز دولت به اعمال حاکمیت می‌پردازد ولی در پاسخ باید گفت که شمار این دسته قرارداد بسیار نادر است.

۲- ایراد دیگر به ماده ۱۹ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی باز می‌گردد که مطابق آن «اختلاف بین دولت و سرمایه‌گذاران خارجی در خصوص سرمایه‌گذاری‌های موضوع این قانون چنانچه از طریق مذاکره حل و فصل نگردد در دادگاه‌های داخلی مورد رسیدگی قرار می‌گیرد مگر آنکه در قانون موافقتنامه دوجانبه سرمایه‌گذاری با دولت متبوع سرمایه‌گذار خارجی در مورد شیوه دیگری از حل و فصل اختلافات توافق شده باشد.» چنانکه از ظاهر ماده بر می‌آید قانونگذار ما در میان شیوه‌های خصوصی و غیر قضایی حل اختلاف تنها از مذاکره سخن گفته و بلافاصله به شیوه قضایی اشاره کرده است. حتی بخش دوم همین ماده توافق طرفین اختلاف بر سایر شیوه‌های دوستانه از جمله داوری را منوط به وجود موافقت‌نامه دوجانبه میان ایران و دولت متبوع سرمایه‌گذار خارجی کرده

۱. برای مطالعه بیشتر در خصوص مشکلات اصل ۱۳۹ قانون اساسی ر. ک به: جنیدی لعیا، قانون حاکم بر داوری‌های تجاری بین‌المللی، (تهران: نشر دادگستر، ۱۳۷۶)، ص ۷۴ به بعد.

است. بنابراین چون مقررات این قانون نسبت به قراردادهای بی.او.تی منعقد شده در ایران نیز اعمال می‌شود در صورت عدم وجود موافقت‌نامه دو جانبه نمی‌توان از نهاد داوری به عنوان مکانیزم حل و فصل دعاوی بهره برد.

برای رفع این ایراد باید گفت که اولاً: خصوصیتی در شیوه مذاکره وجود ندارد و می‌توان از دیگر شیوه‌های دوستانه حل اختلاف نظیر سازش و میانجیگری نیز استفاده کرد همچنانکه صاحب‌نظران، تمام این شیوه‌ها را تحت یک عنوان واحد یعنی شیوه‌های جایگزین برای حل و فصل اختلاف، مورد مطالعه قرار می‌دهند. ثانیاً: اطلاق قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران (مصوب ۱۳۷۶/۶/۲۶) بیان‌گر این حقیقت است که ارجاع کلیه دعاوی تجاری بین‌المللی به داوری جز در چند مورد مصرح قانونی مجاز بوده و قانون سرمایه‌گذاری خارجی نیز در صدد محدود کردن دایره شمول قانون داوری نبوده است و انگهی در صورت تردید در تخصیص یک قانون توسط قانون دیگر اصل عدم تخصیص و اعمال قانون عام (قانون داوری تجاری) است. به علاوه مطابق اصول حاکم بر تفسیر قانون سکوت قانون خاص را می‌توان با استفاده از مقررات قانون عام جبران کرد. بنابراین رجوع به داوری در اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری و نیز قراردادهای بی.او.تی در حقوق ایران پذیرفتنی است.

۸-۲. خاتمه قرارداد بی.او.تی و وضعیت مالکیت طرح پس از آن

در قرارداد بی.او.تی غالباً ماده‌ای به خاتمه قرارداد به علل قهری یا ارادی اختصاص یافته و وضعیت مالکیت طرح پس از خاتمه، مشخص می‌شود. بطور کلی موارد خاتمه قرارداد را می‌توان به دسته‌های زیر تقسیم کرد: ۱- خاتمه قرارداد پس از انجام کامل تعهدات توسط طرفین و یا انقضای مدت؛ ۲- فسخ قرارداد به علت نقض اساسی تعهدات توسط یکی از طرفین: برای مثال هرگاه شرکت، در انجام موضوع قرارداد تأخیر غیرموجه نموده و یا به رغم تقصیر در اجرای تعهد، نتوانسته است در موعد مقرر به رفع تخلف اقدام کند یا در صورتی که دولت، سیاست ارزی، گمرکی یا قانونی خود را تغییر دهد. معمولاً اعمال فسخ باید قبلاً به اطلاع طرف رسیده اعلام مربوط به آن بصورت کتبی باشد. ۳- فورس ماژور.

1. Paolo Lombardo, Op.cit.

در فرض خاتمه قرارداد، شرکت مکلف است که هرگونه نقشه، سند یا اطلاعات فنی را به دولت تحویل دهد؛ همچنین در صورت ورود خسارت ناشی از تقصیر، باید خسارت مزبور را جبران نماید و در صورت عدم پرداخت، دولت به عنوان کارفرما می‌تواند از محل دارایی‌های شرکت یا ضمانت نامه حسن انجام کار یا وجه‌الضمان، آن را وصول کند. در مورد وضعیت مالکیت پس از فسخ قرارداد نیز باید گفت که برحسب توافق طرفین در قرارداد، ممکن است براساس زمان فسخ، وضعیت‌های مختلفی پیش بینی شده باشد برای مثال: اگر در طول اجرای فاز اول و قبل از بهره‌برداری از آن، قرارداد فسخ شود و شرکت مقصر باشد، دولت مسئول هیچگونه ضرری نیست و ضمانت‌نامه حسن انجام کار را می‌تواند به نفع خود ضبط کند. در این حالت دولت می‌تواند پس از ارزیابی، تجهیزات نصب شده را طبق قرارداد و مطابق نظر کارشناس مرضی طرفین خریداری و یا به شرکت واگذار نماید. اما اگر قرارداد در طول دوره بهره‌برداری بنا بر تقصیر شرکت فسخ گردد باید مالکیت تجهیزات را به نسبت دوره سپری شده از زمان بهره‌برداری به دولت (کارفرما) واگذار نماید. در این حالت دولت، باقی مانده تجهیزات شرکت را پس از ارزیابی (با توجه به سرمایه‌گذاری‌های انجام شده و وفق نظر کارشناس مرضی طرفین)، خریداری می‌نماید و مبلغ آن را براساس اقساط توافق شده در طول دوره باقی مانده از بهره‌برداری به عامل می‌پردازد. اما در صورتی که قبل از بهره‌برداری یا در طول دوره بهره‌برداری، قرارداد به خاطر تقصیر دولت نقض شود، مالکیت تجهیزات نصب شده و تأسیسات متعلق به شرکت است.

۹-۲. نحوه خروج سود حاصل از طرح بی.او.تی توسط سرمایه‌گذار خارجی

سیاست قانونگذار غالب کشورها در قبال سرمایه‌گذاران خارجی این است که انتقال سود حاصل از سرمایه‌گذاری در طرح بی.او.تی را مجاز می‌دانند چرا که در غیر این صورت، بخش خصوصی خارجی، تمایلی به سرمایه‌گذاری پیدا نمی‌کند برای تعیین موضع حقوق ایران نسبت به این مسئله و با توجه به فقدان قانون خاص راجع به قراردادهای بی.او.تی در کشور ما، ناگزیر باید به قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی رجوع کرد. این قانون با توجه به ضرورت ایجاد انگیزه در سرمایه‌گذاران خارجی، موضعی باز

اتخاذ کرده و در ماده ۱۳ خود مقرر داشته است: «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 (سرمایه گذاری خارجی) و بعد از انجام کلیه تعهدات پرداخت کسورات قانونی و تصویب هیأت و تأیید وزیر امور اقتصادی و دارایی قابل انتقال به خارج است.» ماده ۱۴ نیز بیان می‌دارد: «سود سرمایه گذاری خارجی پس از کسر مالیات و عوارض و اندوخته‌های قانونی با تصویب هیأت وزیران و تأیید وزیر امور اقتصادی و دارایی قابل انتقال به خارج است.» همچنین ماده ۱۵ اجازه انتقال حقوق ناشی از اختراع و دانش فنی و علائم تجاری به خارج را به سرمایه گذار خارجی می‌دهد با این حال معمولاً در قراردادهای بی.او.تی، بخش خصوصی خارجی متعهد می‌گردد که حقوق مزبور را پس از دوره بهره‌برداری، همراه با مالکیت طرح به طرف دیگر قرارداد منتقل کند. انتقال موضوعات مذکور در موارد ۱۳ تا ۱۵، با رعایت مفاد بند ب ماده ۳ این قانون قابل انجام است (ماده ۱۶) همچنین برای این انتقال باید ارز لازم تهیه شود که شیوه‌های تأمین ارز در ماده ۱۷ قانون پیش‌بینی شده است. مطابق این ماده: «تأمین ارز برای انتقالات موضوع مواد ۱۳، ۱۴ و ۱۵ به روش‌های زیر میسر است:

الف) خرید ارز از نظام بانکی

ب) از محل ارز حاصل از صدور محصولات تولیدی و یا ارز حاصل از ارائه خدمات
بنگاه اقتصادی که سرمایه خارجی در آن به کار گرفته شده است.

ج) صادرات کالاهای مجاز طبق فهرستی که در اجرای این بند به تصویب هیأت وزیران با رعایت قوانین و مقررات مربوطه می‌رسد.

تبصره ۳ این ماده نیز مقرر می‌دارد. «بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران مکلف است معادل ارزی وجوه قابل انتقال موضوع بند (الف) این ماده را با موافقت سازمان و تأیید وزیر امور اقتصادی و دارایی تأمین و در اختیار سرمایه گذار خارجی قرار دهد». با این حال خروج آن بخش از سرمایه خارجی که در چارچوب مجوز سرمایه گذاری به کشور وارد شده اما به کار گرفته نشده باشد از شمول کلیه قوانین و مقررات ارزی و صادرات و واردات مستثنی می‌باشد (ماده ۱۸).

جمع‌بندی و ملاحظات

- ۱- قراردادهای بی.او.تی در جهان اقتصادی امروز جایگاه ویژه‌ای در سرمایه‌گذاری خارجی یافته و کشور ما نیز برای توسعه طرح‌های زیربنایی خود نیازمند استفاده از آن است.
- ۲- برای اینکه طرح بی.او.تی، موفق بوده و به نتیجه مطلوب برسد باید اجرای آن از نظر مالی تأمین شده باشد، خطرهای قابل هدایت باشد، دولت بستر مناسب اقتصادی، حقوقی و سیاسی را برای موفقیت طرح فراهم سازد، جریان مناقصه منصفانه باشد، قراردادهای مطرح در طرح بی.او.تی به دقت تنظیم شده باشند، مشارکت کنندگان در زمینه موضوع طرح دارای تجربه، تخصص و قدرت مالی کافی بوده و از پیمانکاران با تجربه استفاده نماید، خطرات میان طرفین تقسیم شود، تضمینات کافی برای باز پرداخت وام به وام دهندگان داده شود و دو بخش عمومی و خصوصی نه بر پایه رقابت محض که براساس همکاری متقابل و مشترک به اجرا و پیشبرد طرح بیندیشند.
- ۳- موضع قوانین کشورها در خصوص این قراردادها به سه دسته مضیق، باز و میانه تقسیم می‌شود و از آنجا که انعقاد و اجرای بی.او.تی در ایران با تشریفات و نظارت خاص دولتی همراه است، موضع نظام حقوقی ایران در خصوص این موضوع، جزو دسته مضیق قرار می‌گیرد.
- ۴- برای اجرای قرارداد بی.او.تی، قراردادهای متعددی از جمله قرارداد واگذاری، قرارداد اعطای تسهیلات و..... منعقد می‌شود و این امر ضمن تسهیل اداره امور، باعث پیچیده شدن این قراردادها می‌گردد.
- ۵- دولت و بخش خصوصی به عنوان طرفین قرارداد می‌کوشند تا ضمن اعطای امتیازات به طرف مقابل، امتیازات متقابلی کسب نمایند. همین امر موجب می‌شود که مسئله تعهدات متقابل طرفین و مسئله خطر از جمله نکات مهم مندرج در قراردادهای بی.او.تی باشد.
- ۶- با توجه به ضرورت ایجاد انگیزه در سرمایه‌گذاران خارجی، قوانین اغلب کشورها از جمله ایران با اتخاذ موضعی باز، خروج سود حاصل از طرح را تجویز کرده‌اند.

۷- تنها متن قانونی موجود در حقوق ایران که به قراردادهای بی.او.تی پرداخته است قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی است که به برخی از قواعد کلی این نوع قراردادها اشاره کرده است لذا موارد سکوت قانون را باید به کمک اصل حاکمیت اراده و ماده ۱۰ قانون مدنی جبران نمود.

۸- حساسیت‌های خاصی که در کشور ما نسبت به واگذاری بخش دولتی به بخش خصوصی وجود دارد باعث ارائه تفاسیر محتاطانه از متن قانون سرمایه‌گذاری خارجی شده است. پیرو همین دیدگاه بند ب ماده ۳ این قانون شامل بی.او.تی‌هایی نیست که به واگذاری نهایی مالکیت طرح به دولت منتهی نمی‌شود. همچنین امکان استفاده از نهاد داوری در این قراردادها به سادگی میسر نیست. بی‌گمان این دیدگاه با مقتضیات دنیای تجارت امروز سازگار نیست.

۹- برخی از قوانین ایران که در شرایط فعلی در قراردادهای بی.او.تی اعمال می‌گردد نظیر قانون حداکثر استفاده از توان فنی و مهندسی، با مقررات سازمان تجارت جهانی مغایرت داشته و ایران در صورت الحاق به این سازمان مکلف به اصلاح اساسی آن است.

Archive

منابع

- توسلی جهرمی، منوچهر (۱۳۸۱)؛ "قراردادهای بین‌المللی ساخت، بهره‌برداری و انتقال"،
مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، زمستان، شماره ۵۸.
- جنیدی، لعی (۱۳۷۶)؛ "قانون حاکم بر داوری‌های تجاری بین‌المللی، نشر دادگستر، تهران.
- شیروی، عبدالحسین (۱۳۸۰)؛ "دلایل استفاده از قراردادهای بی.اوتی و نقش دولت در
موفقیت این طرح‌ها"، مجله مجتمع آموزش عالی قم، زمستان، شماره ۱۱.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰)؛ "قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، چاپ پنجم، تهران، شرکت
سهامی انتشار.
- Menheere Sebastiaan C.M., and Spiro N., Pollalis, BOT Contracts, Netherlands:
Delft University of Technology.
- Jeffrey Huang and Rick Huijbregts (1999); *Information Technology for project
Management in Build, Operate, and Transfer-Approach*, Harvard Design
School.
- Ladbury, Fox and Nettle (1981); "Current Legal Problems in Project Financing",
Australian Mining and Petroleum Law Journal, 3(1).
- Larry D. Qiu and Susheng Wang (2004); *BOT Contracts*, Hong Kong: know Loon.
- Narasimhan (1998); "Sustainable Development of Public/Private Partnership in
Major Infrastructure Projects Using Build Operate Transfer (BOT)",
International Construction law Review, 15(3).
- Nielsen, KR. (1997); "Trends and Evolving Risks in Design-Build, BOT and BOOT
Projects", *International Construction Law*.
- Tiglo (1992); "Operate-Transfer Schemes", *Far Eastern Review*, July.
- UNIDO (1996); *Guide Lines for Infrastructure Development through BOT Projects*,
Vienna: UNIDO Publications.
- Verveniotis (1994); "The Concession Agreement (BOT)", *International
Construction Law Review*, 11(1).
- [Http://www.Unido.Org/en/doc/3426](http://www.Unido.Org/en/doc/3426).

[Http://www.bm.ust.hk/larryqiu](http://www.bm.ust.hk/larryqiu).

[Http://rru.worldbank.Org/Documents/Toolkits/Highways/2-carac/23/233.Htm](http://rru.worldbank.Org/Documents/Toolkits/Highways/2-carac/23/233.Htm).

"The New FIDIC EPC BOT Contracts", Available at:
[Http://66.102.9.104/searc...../BOT-pdf-nov99.asp+BOT+sample+contracts&hl=en&ie=UTF](http://66.102.9.104/searc...../BOT-pdf-nov99.asp+BOT+sample+contracts&hl=en&ie=UTF).

Paolo Lombardo, "BOT Construction", Available at: [Http: //www. Dbia. Org/ cc-secure/ pubdetail. Asp? Pub](http://www.Dbia.Org/cc-secure/pubdetail.Asp?Pub).

Archive of SID