

مروری بر جایگاه قرارداد BOT در نظام حقوقی ایران

امیر شایگان فر* - دکتر علی زارع**

چکیده

کشورهای در حال توسعه خصوصاً ایران با توجه به وضع کنونی اقتصادی و سیاسی برای تامین و اجرای طرح‌های کلان زیربنایی بدنبال جذب سرمایه‌های خارجی و هدایت سرمایه‌های بخش خصوصی و بکارگیری فن‌آوری‌های به روز و مدیریت کارآمد هستند. یکی از راهکارهای نوین برای انجام این مهم، استفاده از قراردادهایی موسوم به "بی‌او تی" یا ساخت بهره برداری و انتقال می‌باشد؛ بدنبال تصویب قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذار خارجی و ابلاغ سیاستهای کلی اصل ۴۴ قانون اساسی راه صحیحی برای واگذاری اداره بخش‌های بنیادین و زیربنایی کشور به بخش خصوصی ارائه شد. بدین ترتیب با توجه به اینکه نقش بسزای مشارکت سرمایه‌گذاران خصوصی و خارجی در ایران بر همگان آشکار است در این مقاله کوشیده‌ایم علاوه بر مروری بر مفهوم، ماهیت، جایگاه و بازیگران قراردادهای "بی‌او تی" به تبیین ابعاد مثبت و منفی و بررسی وضعیت کنونی حقوقی و حتی الامکان رفع موانع اجرایی بپردازیم. امید است این مقاله با فراهم ساختن زمینه‌ی فکری مناسب، جذب سرمایه‌گذاری خارجی و خصوصی را در ایران تسهیل نماید.

کلید واژگان: بی‌او تی "B.O.T"، ساخت، بهره برداری، سرمایه‌گذاری خارجی،

خصوصی سازی، حاکمیت از طریق "B.O.T"

فصلنامه مطالعات بین‌المللی (ISJ) / شماره ۶۶ / و

*. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات
**. استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات. دکتری تخصصی
حقوق تجارت alizare@srbiau.ac.ir

مروری بر جایگاه قرارداد BOT در نظام حقوقی ایران

امیر شایگان فر*

دکتر علی زارع**

دیباچه

امروزه تأمین مالی جهت انجام پروژه‌های زیر بنایی کشور و خصوصی سازی در این زمینه یکی از اهداف بزرگ کشورها خصوصاً کشورهای در حال توسعه می‌باشد. سرمایه‌گذاری در امور زیر بنایی به عنوان پیش نیاز و لازمی دستیابی به رشد اقتصادی و توسعه پایدار به عنوان اولویت‌های کشورهای در حال توسعه به شمار می‌آید. در این زمینه راهکارهای زیادی همچون بیع متقابل، بسته‌های قراردادی و ... وجود دارد که اخیراً استفاده از آنها جهت خصوصی سازی، جذب سرمایه‌های خارجی، دسترسی به تکنولوژی پیشرفته و مهارت‌های فنی و بهره مندی از مدیریت کارآمد سایر ممالک مورد توجه دولت ایران قرار گرفته است. یکی از گسترده‌ترین نوع بسته‌های قراردادی که منجر به جذب سرمایه‌گذاری

*. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات
**. استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات. دکتری تخصصی
حقوق تجارت alizare@sbiau.ac.ir

داخلی و خارجی می‌شود و کنترل و اقتدار دولت را بر پروژه‌های خود تضمین می‌کند. قراردادی موسوم به B.O.T (Build Operate Transfer) یا همان قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال است.

جهت ورود به بحث و بررسی مطالب ابتدا در فصل نخست به مفاهیم و کلیات پرداخته و در فصل دوم به احکام و آثار قرارداد خواهیم پرداخت.

۱. مفاهیم و کلیات

فصل اول این مقاله به مفاهیم و کلیات اختصاص دارد که در بخش اول کوشیده‌ایم. مروری بر پیشینه و همچنین مفاهیم سنتی و بنیادین قرارداد B.O.T داشته باشیم و بخش دوم به معرفی بازیگران اصلی و عوامل دخیل در قرارداد B.O.T می‌پردازد.

۱-۱. تحول تاریخی و مفاهیم B.O.T

در این قسمت ابتدا به بررسی سیر تحول تاریخی قراردادهای B.O.T می‌پردازیم و سپس مفاهیم سنتی و بنیادین آن را بررسی خواهیم نمود.

۱-۱-۱. سیر تحول تاریخی قرارداد

طبق بررسی‌های بعمل آمده در اکثر مطالب علمی اولین قراردادی که در قالب B.O.T منعقد گردید قرارداد احداث پروژه کانال سوئز بود^۱ که کمپانی‌های انگلیسی و فرانسوی با دولت مصر قرارداد احداث این کانال و بهره‌برداری از منافع آن به مدت ۹۹ سال و سپس انتقال پروژه به دولت مصر را منعقد نمودند، اما به نقل از برخی منابع^۲ اصطلاح B.O.T اولین بار در سال ۱۹۸۰ میلادی، و هنگامیکه دولت وقت ترکیه امتیاز چند نیروگاه را به مناقصه گذاشت، شکل گرفت. همچنین گروهی دیگر هم دهه ۸۰ را زمان شکل‌گیری این

۱- خمیس جمل _ترجمه احمد جهانبخش_ ماهنامه المقاولین_جلد ۱۶ صص ۲۳-۲۶

۲- مرکز تجارت ایران_قرارداد B.O.T_آرشیو وبسایت

http://epouchy.awardspace.com/farsi/library/Business_F/BOT_contract.htm

پدیده در جهان غرب و دهه ۹۰ را دهه‌ی گسترش آن در کشورهای در حال توسعه دانسته‌اند. به هر تقدیر این قرارداد به طور رسمی از دهه ۸۰ تاکنون تحول بسیاری را در کشورهای جهان داشته و مورد تشویق دولتمردان قرار گرفته است. با گذشت زمان قراردادهای مشابهی بر مبنای این قرارداد به وجود آمده است که در جذب سرمایه‌گذاری داخلی و خارجی بسیار موثر می‌باشند.^۱

همچنین در ژانویه‌ی سال ۲۰۰۳ در خرطوم پایتخت سودان کنفرانسی در زمینه‌ی سیستم ساخت، راه اندازی و انتقال و همچنین راهکارهای مشابه آن برگزار شد^۲ که در ارائه‌ی مطالب مفید در مورد این قرارداد و سایر قراردادهای مشابه موثر واقع شد و در پایان هم کتابی با مطالب ارائه شده در این کنفرانس به چاپ رسید. به هر حال این قرارداد و قراردادهای مشابه هر روز در سرتاسر جهان در حال گسترش و بهبود می‌باشند.

۲- ۱- ۱. مفاهیم سنتی و بنیادین و مفهوم قرارداد B.O.T

قرارداد B.O.T نوعی پکیج یا بسته قراردادی محسوب می‌شود پس ابتدا به توضیح و تبیین مفهوم «بسته‌ی قراردادی» که مفهومی مهم می‌باشد می‌پردازیم. «بسته‌ی قراردادی: قرارداد جامع و واحدی است که شامل یک یا چند قرارداد و مستقل می‌شود که با قصد و هدف واحدی کنار هم قرار می‌گیرند و با جمع آنها قرارداد واحدی شکل می‌گیرد که دارای اثر خاص حقوقی می‌باشد»^۳

اینگونه قراردادها در حقوق ایران جزو عقود معین به حساب نمی‌آید بلکه معمولاً تحت ماده ۱۰ قانون مدنی و به طور تلویحی قانون حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۱ شکل می‌گیرد.

- مفهوم قرارداد B.O.T: قرارداد ساخت، بهره برداری، واگذاری ترجمه عبارت (Build-

۱- مانند قراردادهای B.O.O و B.O.O و B.T.O که مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۲- خمیس جمل- پیشین همان صفحه

۳- عرفانی - محمود - ۱۳۸۷ - شرح جلد اول حقوق تجارت - دانشگاه کرج - انتشارات جزیره

(Operate – Transfer) است که اختصاراً B.O.T نامیده می‌شود. B.O.T یک نوع بسته‌ی قراردادی است که در آن پروژه‌ای با مجوز دولت توسط یک شرکت خصوصی ساخته می‌شود و پس از ساخت برای مدتی معین، در ازای مخارجی که متقبل شده مورد بهره برداری آن شرکت قرار می‌گیرد و پس از انقضای مدت قرارداد، پروژه و حق استفاده از آن مجاناً به دولت طرف قرارداد انتقال می‌یابد.

همانطور که از ظاهر تعریف پیداست در قرارداد B.O.T، سه قرارداد در یک قرارداد گنجانده شده است، مرحله‌ی اول آن را ساخت پروژه با موافقت دولت یا بخش عمومی توسط سرمایه‌گذار داخلی و خارجی، تشکیل می‌دهد که عرفاً طی فرآیند مناقصه انجام می‌شود، سپس در مرحله‌ی دوم شرکت مزبور از پروژه بهره‌برداری می‌کند تا هزینه‌ها و سود خود را برداشت نماید و سپس در مرحله‌ی آخر آن را طبق مفاد قرارداد باز به دولت یا بخش عمومی انتقال می‌دهد، که با شکل‌گیری و اتمام این سه فرآیند قرارداد واحدی به نام B.O.T یا ساخت، بهره برداری و انتقال شکل می‌گیرد.

در ادامه برای درک مفهومی بهتر با مثال مطلب را توضیح می‌دهیم: یک سرمایه‌گذار داخلی یا خارجی جهت احداث آزاد راه ساوه – تهران با وزارت راه و ترابری قرارداد B.O.T منعقد می‌نماید و کلیه‌ی هزینه‌های ساخت را خود پرداخت می‌کند و پس از احداث، این سرمایه‌گذار حق دارد طی مدت مقرر در قرارداد مثلاً ۱۰ سال از تمام یا بخشی از منافع بهره مند شود، مثل عوارضی که از مسافران دریافت می‌کند، و پس از انقضای مدت مقرر، سرمایه‌گذار پروژه و تمام لوازم آن را به وزارت راه یا همان بخش دولتی برگرداند که از این پس وزارت مذکور از منافع و عوارض این آزاد راه بهره مند شود. باید دانست تعداد زیادی از این نوع قراردادها در کشور ما منعقد شده و می‌شود، همانند: قرارداد ساخت آزادراه تهران – ساوه، احداث واحد آب شیرین جزیره کیش نیروگاه گازی در اصفهان و فارس، پروژه سرخس و قرارداد ساخت میدان میوه و تره بار توسط سازمان میادین شهرداری با بخش خصوصی که در مباحث آتی مورد بررسی قرار خواهد گرفت و همینطور انعقاد این قرارداد در سایر ممالک مانند قرارداد ساخت ورزشگاه پاریس برای برگزاری بازی‌های جام جهانی ۱۹۹۸ توسط شهرداری پاریس با پیمانکار بخش خصوصی.

۱-۲. عوامل دخیل در قرارداد B.O.T

برای شکل‌گیری یک بسته‌ی قراردادی B.O.T عوامل بسیاری دخیل هستند همانند دولت پذیرنده‌ی سرمایه، کنسرسیوم یا همان سرمایه‌گذار و سهامداران - پیمانکاران - خریداران محصولات و بسیاری عوامل فرعی دیگر، در حالی که بخش عمومی یا دولتی که تمایل به شکل‌گیری یک پروژه با دخالت سرمایه‌گذاران دارد و همچنین حضور و قصد و تمایل سرمایه‌گذاران جهت انجام این پروژه، بازیگران اصلی یک قرارداد B.O.T را تشکیل می‌دهند.

۱-۲-۱. بخش عمومی یا دولتی و وظایف این بخش

دولت یا بخش عمومی طرف بسیار تأثیرگذار این پروژه می‌باشد که طرح اصل پروژه را در دست دارد و تمایل به انجام این پروژه توسط سرمایه‌گذاران خارجی یا داخلی حسب بررسی‌های انجام شده دارد. وظیفه‌ی بخش عمومی یا دولت این است که ابتدائاً لوازم و شرایط لازم جهت ترغیب سرمایه‌گذاران (اعم از داخلی و خارجی) در انجام یک پروژه با قرارداد B.O.T را به وجود آورد و هنگام انعقاد قرارداد باید مجوزها و تسهیلات لازم و کافی (مانند وام‌های بانکی) را جهت بهبود روند ساخت و بهره‌برداری سرمایه‌گذار به وجود آورد، همچنین اگر پروژه همانند پتروشیمی جنبه‌ی تولیدی داشت، بخش عمومی موظف است شرایط خریداری شدن محصولات این پروژه را نیز به وجود آورد تا سرمایه‌گذار متحمل ضرر نشود و نکته‌ی دیگر اینکه طبق قاعده‌ی لاضرر و اصل منع سوء استفاده از حق، دولت نباید پروژه‌ای موازی با پروژه‌ی مورد قرارداد با امکانات بهتر انجام دهد که موجبات ضرر سرمایه‌گذار را فراهم آورد.

پس همانطور که مشاهده شد بخش دولتی یا عمومی نقش اول و محوری قرارداد B.O.T و سایر قراردادهای مشابه را برعهده دارد. یکی از مباحث مهم بررسی نقش سرمایه‌گذار یا حامی مالی است که در ادامه به شرح آن می‌پردازیم.

۱-۲-۲. سرمایه‌گذاران و حامیان مالی (کنسرسیوم):

سرمایه‌گذار یا حامی مالی رکن دیگر قرارداد می‌باشد که یکطرف قرارداد B.O.T و

قراردادهای مشابه می‌باشد پروژه‌ی مدنظر دولت یا بخش عمومی را می‌سازد و طی مدت مقرر از آن بهره‌برداری می‌کند و طبق قرارداد آن را به دولت یا بخش عمومی واگذار می‌کند. سرمایه‌گذار یا حامی مالی می‌تواند بانک‌ها، شرکت‌ها و یا پیمانکاران داخلی یا بین‌المللی باشند که امروزه چند شخص اعم از حقیقی یا حقوقی، شرکت یا بنیادهایی را تحت عناوین مختلف مثل: کامپی^۱، کنسرسیوم^۲ تشکیل می‌دهند و در مناقصه‌های دولتی یا بخش عمومی شرکت می‌کنند و عمدتاً به دنبال انعقاد قراردادهای کلان B.O.T هستند.

پس زمانیکه این سرمایه‌گذاران با بخش عمومی یا دولت توافق نمودند و قرارداد مدنظر را منعقد کردند، در واقع سه قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال را در قالب یک قرارداد جامع B.O.T به انجام رسانده‌اند. همچنین لازم به ذکر است که مانند سایر قراردادهای مالی، بازدهی و سود پروژه بیشترین اهمیت را برای سرمایه‌گذاران دارد و منافع پروژه نقش حیاتی در انعقاد قرارداد B.O.T دارد.

۳-۲-۱. دیگر افراد دخیل در قرارداد

بخش عمومی و سرمایه‌گذار یا بخش خصوصی دو رکن اصلی قرارداد B.O.T می‌باشند، همانطور که در بخش اول در قسمت مفاهیم ذکر شد، دانسیتم که در بسته‌ی قرارداد B.O.T عوامل دیگری نیز وجود دارند که می‌تواند به صورت قرارداد مستقل یا قرارداد مرتبط فرعی وارد قرارداد اصلی B.O.T شوند اهم این عوامل عبارتند از:

الف) پیمانکار سازنده‌ی پروژه: اگر قرارداد B.O.T از نظر سرمایه‌گذار یا حامی مالی دارای ارزش و منافع زیاد باشد، معمولاً آنها قرارداد مستقلی با پیمانکار سازنده‌ی پروژه منعقد می‌کنند در اینصورت دو حالت به وجود می‌آید: در فرض اول پیمانکار تمام دستمزد خود را دریافت می‌کند و کاری به قرارداد اصلی B.O.T ندارد و خود سرمایه‌گذار تمام ریسک پروژه را تحمل می‌کند، در حالیکه در فرض دوم سرمایه‌گذار مایل به تقسیم ریسک و دخالت اشخاص خارجی از قرارداد از جمله پیمانکار سازنده در قرارداد

1- Company
2- Consortium

B.O.T می‌باشد، در این مرحله که پیمانکار ساخت در صورت تمایل می‌تواند در اصل قرارداد B.O.T و قراردادهای مشابه دخالت کند.

- بررسی دخالت در قرارداد به نظر لازم است:

پیمانکار سازنده می‌تواند از طریق قرارداد E.P.C (Engineering Procurement Construction) یا همان (طراحی - مهندسی - تهیه مصالح و تجهیزات و ساخت و نصب و ...) در قرارداد B.O.T دخیل شود. به این صورت که پیمانکاران نیز با سرمایه‌گذاران قرارداد E.P.C را منعقد می‌کنند، به طوریکه در آن یا هیچ دستمزدی نگیرند یا دستمزد کمتری بگیرند اما در زمان بهره‌برداری پروژه از منافع آن بهره‌مند شوند مثلاً: تمام یا بخشی از هزینه‌های پیمانکاری را خود پیمانکار پردازد به شرط اینکه ۱۵ یا ۲۰ درصد از منافع زمان بهره‌برداری به وی تعلق گیرد، در اینصورت ریسک و منافع پروژه بین افراد بیشتری تقسیم می‌شود.

ب) پیمانکاران پس از ساخت یا بهره‌برداری و تعمیرات: این پیمانکاران افرادی هستند که پس از ساخته شدن پروژه در امر بهره‌برداری و تعمیرات تجهیزات پروژه دخالت دارند، این پیمانکاران نیز می‌توانند دستمزد خود را تمام و کمال دریافت کنند و در قرارداد اصلی دخالت نداشته باشند و در عین حال می‌توانند طی قراردادی دیگر، تمام یا بخشی از دستمزد خود را دریافت نکنند و در عوض در منافع پروژه شریک باشند (مثلاً ۱۰ یا ۱۵ درصد از منافع زمان بهره‌برداری). پس با این قرارداد می‌توانند در قرارداد B.O.T دخالت کمتر و در سود و ریسک آن شریک شوند.

ج) تمام افرادی که به نحوی از انحا در پروژه دخالت دارند: تأمین‌کننده‌ی ملزومات و خدمات، سازندگان تجهیزات و قطعات، مهندسین مشاور و طراح و حسب مورد سایر پیمانکاران فرعی که بخشی از پروژه را انجام می‌دهند می‌توانند قرارداد مستقلی داشته باشند به این معنی که تمام دستمزد خود را دریافت کنند و در قرارداد اصلی و منافع آن نیز دخالتی نداشته باشند و یا طی قراردادی در قرارداد B.O.T دخیل شوند و از تمام یا بخشی از منافع خود بگذرند، در عوض از قسمتی از منافع پروژه‌ی اصلی بهره‌مند شوند.

- امروزه پیمانکاران سازنده و پس از ساخت و تعمیرات و سایر اشخاص دخیل سعی

می‌کنند در قرارداد B.O.T شریک شوند و در آن سرمایه‌گذاری کنند و باید دانست این شیوه برای اجرا و بهره‌برداری از پروژه بسیار مطلوب می‌باشد و سرمایه‌گذاران و حامیان مالی نیز از این شیوه استقبال می‌کنند به این علت که از طرفی خطر و ریسک پروژه برای آنها کمتر می‌شود و کمتر هزینه می‌کنند و از طرف دیگر سایر پیمانکاران و افرادی که در پروژه و قرارداد دخیل می‌شوند تمام تلاش خود را جهت هر چه بهتر بودن مراحل ساخت، بهره‌برداری، نگهداری پروژه می‌کنند تا به نحو احسن انجام شود، چرا که خودشان نیز در آن سهمی دارند، و هنگامیکه تلاش بیشتر باشد طبعاً کل پروژه بهتر می‌شود و در نهایت به نفع همه‌ی ارکان و افراد دخیل اصلی و فرعی خصوصاً بخش عمومی یا دولتی (پذیرنده‌ی سرمایه) می‌باشد، چون بخش عمده‌ی استفاده از پروژه توسط آنان (بخش عمومی) صورت می‌گیرد.

۲. احکام و آثار قرارداد

فصل دوم این مقاله به احکام و آثار قرارداد اختصاص دارد که در بخش اول سعی بر شناخت جایگاه قرارداد B.O.T در حقوق موضوعه‌ی ایران است و بخش دوم به معرفی و بررسی اهم قراردادهای منعقد بر اساس B.O.T می‌پردازد.

۱-۲. جایگاه قرارداد B.O.T در حقوق موضوعه‌ی ایران

قرارداد B.O.T و قراردادهای مشابه در قوانین ایران وضعیت خاصی دارند، تنها قانونی که اینگونه قراردادها را پیش‌بینی نموده است. قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۱/۳/۴ و آئین‌نامه‌ی آن مصوب ۱۳۸۱/۶/۲۴ می‌باشد، قرارداد B.O.T در تبصره‌ی دوم ماده ۳ قانون پیش‌بینی شده است اما به طور کلی وضعیت حقوقی این قرارداد در قانون مذکور و آئین‌نامه‌ی آن مشخص نشده است و تعیین تکلیف قانونی و حقوقی و اطلاعات جامعی راجع به آن دست نداده است و تنها فرض خارجی بودن سرمایه‌گذار در آن پیش‌بینی شده است که مطابق این قانون سرمایه‌گذار خارجی ابتدا باید مراحل را جهت تأیید سرمایه‌گذاری وی در کمیسیون مندرج در این قانون انجام دهد و

مجوز سرمایه‌گذاری، پروانه کار، پروانه‌ی اقامت و سایر موارد دریافت کند (مواد ۳ و ۴ قانون و مواد ۱۲ تا ۱۵ آئین نامه) و به طور تلویحی در مورد سایر قراردادهای مشابه B.O.T که بحث عدم انتقال و نهایتاً مالکیت سرمایه‌گذار مطرح است در ماده ۱۱ آئین نامه آمده است که: واگذاری حقوق مالکانه با تأیید هیأت مندرج در قانون می‌باشد، البته ذکر این نکته هم لازم است که با توجه به این قانون و آئین نامه‌ی مذکور سرمایه‌گذار باید خارجی باشد و چنانچه سرمایه‌گذار داخلی باشد این قرارداد مطابق ماده ۱۰ قانون مدنی صورت می‌گیرد. مبحث جایگاه حقوقی این قرارداد در حقوق ایران خود محل مباحث جدی و مقالات مفصل است و در اینجا به طور اجمالی می‌توان گفت که چون قانون مذکور مطالب را به طور روشن پیش‌بینی نکرده است و به طور کلی بیان داشته است که سرمایه‌گذار خارجی ابتدا باید مراحل قانون مذکور را طی کند و سپس اقدام به انعقاد قرارداد نماید و چون تعریف خاصی از آن در قانون وجود ندارد عموماً تعهدات و وظایف را براساس ماده ۱۰ قانون مدنی تنظیم می‌نمایند و باید دانست این ماده ۱۰ است که در ارتباط با این نوع قرارداد نقش کلیدی ایفا می‌کند البته تا جائیکه مخالف نظم عمومی و مندرجات اجباری قانون تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۱ نباشد، در عین حال به نظر می‌رسد که با توجه به سکوت قانون منعی در ارتباط با سرمایه‌گذاری داخلی به طور جدی وجود ندارد و او می‌تواند قرارداد B.O.T را با استناد به ماده ۱۰ قانون مدنی در حدود مقررات منعقد نماید و همچنین امتیازات بیشتری در ارتباط با سایر قراردادها نسبت به سرمایه‌گذاری خارجی دارد. کمالینکه امروزه انعقاد این قرارداد با حضور سرمایه‌گذار داخلی رو به افزایش است. از نمونه‌های مبتلابه آن می‌توان به انعقاد قرارداد سازمان میادین شهرداری با سرمایه‌گذاران داخلی جهت ساخت میدان میوه و تره بار اشاره کرد. به طوری که ابتدا سرمایه‌گذار درخواست خود را مبنی بر اعلام آمادگی جهت ورود به مذاکرات اولیه به سازمان میادین تقدیم کرده و پس از بررسی و ارزیابی شرایط، سرمایه‌گذار از دو طریق وارد مذاکرات می‌شود. اول از طریق طرح مناقصه، که مبتنی بر وضع کنونی سرمایه‌گذار و شرکت در مراسم مناقصه است، این روش مطابق اصل و عدالت است، و دیگری از طریق طرح تشریفاتی جذب سرمایه‌گذار، که مبتنی بر سابقه و توانایی افراد است، این روش خلاف اصل به صورت استثنایی و شخصی‌گرایی انجام می‌شود.

سرمایه‌گذار پس از احراز صلاحیت در مرحله مذاکرات توسط سازمان میادین و انعقاد قرارداد، به طرفیت معاونت طرح و توسعه فنی سازمان مذکور شروع به ساخت پروژه می‌کند، اما پس از ساخت و از زمان شروع به کار (بهره‌برداری)، این معاونت بازرگانی سازمان میادین است که طرف سرمایه‌گذار قرار می‌گیرد و وظیفه نظارت بر حسن بهره‌برداری را از طریق نصب نمایندگان خود بعهدہ دارد. پس از انقضای مدت بهره‌برداری سرمایه‌گذار، انتقال فیزیکی پروژه به معاونت بازرگانی صورت می‌گیرد و نهایتاً این نهاد است که از این پس حق بهره‌برداری از کل پروژه را داراست.

حال نظر اکثر دکتین حقوق تجارت وضع قوانین بهتر و محکمتری در زمینه‌ی اینگونه قراردادها در کشورمان است که هم مخالف نظم عمومی و اخلاق نباشد و هم ورود سرمایه‌های خارجی را به کشورمان تسهیل نماید، چرا که قانون مذکور در اغلب زمینه‌ها مسکوت است و در سایر زمینه‌ها نیز فرآیند پیچیده‌ای در ارتباط با سرمایه‌گذاری خارجی خصوصاً انعقاد قرارداد B.O.T دارد.

- البته باید دانست مراجع قانونی در کشورهای میزبان که به جلب سرمایه از طریق B.O.T روی آورده‌اند، رویکردهای مختلفی برای اعمال کنترل خویش انتخاب کرده‌اند، در یک نگرش کلی می‌توان این رویکردها را به سه گونه‌ی موسع، بینابین و مضیق تقسیم نمود، در کشورها با رویکرد موسع یا باز، انعطاف بیشتری در قبال سرمایه‌گذاری خارجی به عمل آمده و بیشترین آزادی عمل در انعقاد قرارداد را دارند؛ اما دولت‌هایی که در امر قانونگذاری نگاه مضیق را برگزیده‌اند همانند: کشورمان ایران، با وضع مقرراتی سعی می‌کنند تا قواعد حاکم بر نحوه‌ی بکارگیری این روش را به طور دقیق تعیین و کنترل نمایند، به طور مثال پیش‌بینی موارد زیر حاکی از وضع مقررات مضیق برای سرمایه‌گذاری به روش B.O.T می‌باشد:

- تعیین استانداردهای ساخت، بهره‌برداری و نگهداری - نظارت بر اجرای پروژه - لزوم استفاده از کالاها و مصالح ساخت داخل و یا پیمانکاران داخلی - رعایت ضوابط زیست محیطی - تعیین حداکثر مدت مالکیت خصوصی بر پروژه - پرداخت مالیات، عوارض و دستمزد در طول دوره بهره‌برداری - تعیین شرایط فسخ و تعدیل قرارداد.

البته صرف پیش‌بینی موارد فوق لزوماً به معنی سختگیری نمی‌باشد زیرا از این جهت که نقش قواعد تکمیلی قرارداد را ایفا می‌کند، رفتار حقوقی و مذاکره‌ی طرفین را تسهیل می‌نماید. به قول برخی از اساتید حقوق تجارت^۱ این نوع سرمایه‌گذاری در ایران برخلاف سایر کشورهای در حال توسعه مانند ترکیه، به علت لزوم تقبل خطر بیشتر توسط سرمایه‌گذار خارجی، چندان رشدی نداشته است. در حالیکه ایران می‌تواند با تعدیل قوانین و ضوابط سختگیرانه‌ی مربوطه و وضع قوانین بهتر باعث کاهش ریسک این قراردادها و پیشرفت کشورمان در زمینه سرمایه‌گذاری خارجی به خصوص اینگونه قراردادها بشود که نقش بسیار مهم و حیاتی در اقتصاد کشور ایفا می‌کند، چنان که با مطالعات صورت گرفته کشورهای همچون آلمان و ژاپن در مشارکت بازرگانی بین‌المللی به خصوص این قبیل قراردادها قابلیت انعطاف بیشتری برای جلب سرمایه‌های خارجی دارند و همین امر موجب پیشرفت فراوان آنها در این زمینه شده است. امید است وضعیت حقوقی کشورمان در این زمینه بهبود یابد تا بتوانیم از تجارب و فناوری سایر کشورها بهره‌مند شویم.

۲-۲. اهم قراردادهای منعقدہ براساس B.O.T

در این قسمت مهمترین قراردادهای منعقدہ بر اساس B.O.T شامل سه قرارداد B.O.O.T و B.O.O و B.T.O مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۲-۲-۱. قرارداد B.O.O.T:

اصطلاح BOOT که مختصر عبارت (Build – Ownership – Operat Transfer) می‌باشد، یعنی قرارداد ساخت، مالکیت، بهره برداری و انتقال. در این قرارداد که بسیار مشابه B.O.T است یک عامل اضافی به اسم Ownership یا همان مالکیت وجود دارد به این معنا که کنسرسیوم یا سرمایه‌گذار پس از ساخت پروژه، در ابتدا مالک پروژه می‌شود و این مالکیت امتیاز اصل تسلیط را در حدود متعارف برای وی ایجاد می‌کند یعنی در طول مدت

۱- عرفانی - محمود - حقوق تجارت بین الملل جلد پنجم - صفحه ۱۵ - ۱۶ - ۱۳۸۹ - انتشارات جنگل

بهره برداری مالک پروژه می‌باشد و می‌تواند از تصرفهای مالکانه در پروژه بهره‌بردار باشد. تصرفهای متعارف، به این شرط که رکن دوم قرارداد یا همان بخش عمومی یا دولتی، سرمایه‌گذار را از این امر منع نکرده باشد یا شرط خلاف آن وجود نداشته باشد. وانگهی سخن از امکان انتقال طرح به شخص ثالث در BOOT به میان می‌آید که با مقتضای توافق طرفین ناسازگار است زیرا بخش خصوصی متعهد شده است که بعد از دوران بهره‌برداری مالکیت را به دولت منتقل کند و این تعهد مانع از انتقال پروژه به اشخاص ثالث می‌شود. البته در مقابل بیان داشته‌اند که این امکان میسر است که سرمایه‌گذار پروژه را برای مدت کوتاهی به شخص ثالث منتقل کرده و قبل از انقضای مدت قرارداد اصلی آن را باز پس گیرد البته بحث انتقال باید به تأیید هیأت مذکور در م ۱۱ آئین نامه قانون سرمایه‌گذاری برسد البته این سختگیری‌ها راجع به سرمایه‌گذار خارجی است چرا که سرمایه‌گذار داخلی به نسبت مشکلات کمتری پیش رو دارد.

قرارداد BOOT در قوانین ایران پیش‌بینی نشده است و براساس ماده ۱۰ قانون مدنی تنظیم می‌گردد.

با وجود بیان تفاوت‌های قرارداد BOT و BOOT، بعضی معتقدند که میان این دو و قرارداد تفاوت بنیادین دیده نمی‌شود و ذکر واژه مالکیت (Owrrship) تنها تصریح بر حق مالکیت بوده و جلوه‌ای از اصل حاکمیت اراده است.

۲-۲-۲. قرارداد B.O.O

اصطلاح B.O.O که مختصر (Build Ownership – Operate) است یعنی: ساخت، مالکیت و بهره‌برداری. اینطور که از ظاهر این بستی قرارداد پیداست قرارداد انتقال در این بستی قراردادی جایی ندارد، در واقع در این نوع قراردادها بحث انتقال به بخشی عمومی یا دولت ارزشی ندارد و سرمایه‌گذار پس از ساخت مالک محسوب شده و حق هر گونه تصرف در پروژه را دارد. البته به نظر می‌رسد دولت می‌تواند شرط کند که مثلاً سرمایه‌گذار در مدت معین نوع پروژه را از بین نبرد یعنی آن را تخریب نکند و سایر موارد مشابه، معمولاً انتقاد بر این نوع قرارداد به این دلیل وجود ندارد که پروژه ارزش مالکیت

برای دولت یا بخش عمومی ندارد بلکه نیاز عمومی نسبت به ایجاد آن وجود دارد و بخش عمومی وقت و سرمایه‌ی کافی برای احداث آن را ندارد و البته صرف نبود سرمایه علت انعقاد این پروژه نیست و علل متعدد دیگر هم دارد مثل تشویق سرمایه‌گذار. مثلاً: مرکز شهر تهران نیاز به پارکینگ عمومی دارد و شهرداری هم به علل مذکور قدرت اجرای پروژه را ندارد و طی قرارداد B.O.O اقدام به جذب سرمایه‌گذار می‌کند، سرمایه‌گذار آن را می‌سازد و مالک محسوب می‌شود.

قرارداد B.O.O نیز در قوانین ایران پیش‌بینی نشده است و طبق م ۱۰ قانون مدنی منعقد می‌شود و چنانچه سرمایه‌گذار خارجی باشد بحث انتقال آن باید به تأیید هیأت مذکور ماده ۱۱ آئین نامه مذکور برسد و در مورد سرمایه‌گذار داخلی چنین موردی وجود ندارد.

۲-۲-۳. قرارداد B.T.O:

اصطلاح B.T.O مختصر عبارت (Build – Transfer – Operat) یعنی ساخت، انتقال و بهره برداری. در این نوع قرارداد سرمایه‌گذار به محض پایان ساخت یا اتمام قرارداد یا طی مراحل قرارداد تا اتمام آن، مالکیت پروژه را به دولت منتقل می‌کند و سپس به مدت معین و طی توافقات صورت گرفته در قرارداد، اقدام به انتفاع از منافع پروژه می‌نماید تا هزینه‌ها جبران و سود کافی به دست آید، با این حال غالباً سازندگان طرح (سرمایه‌گذاران) قبول نمی‌کنند که با اتمام ساخت طرح، مالکیت را به دولت انتقال دهند، به همین دلیل مورد انعقاد این نوع قرارداد بسیار محدود است، و هدف اصلی از انعقاد این قرارداد تأکید بر حاکمیت و مالکیت دولت بر طرح‌ها و تأسیست زیر بنایی است.

قرارداد BTO نیز طبق ماده ۱۰ قانون مدنی منعقد می‌شود چرا که در قوانین ایران پیش‌بینی نشده است.

۳. سخن پایانی: نظرات، نتیجه‌گیری و جمع بندی

در آخر بر انتقادات و پیشنهادات بیان شده توسط دکترین در جهت بهبود رویه‌ی علمی تأکید شده است و پس از جمع بندی مبحث آخر نوبت به نتیجه‌گیری از مطالعه این مقاله می‌رسد.

۱-۳. نظرات، انتقادات و پیشنهادات به مراحل مختلف قرارداد B.O.T

انتقادات و پیشنهادات به مراحل مختلف قرارداد BOT و سایر قراردادهای مشابه، خود مبحث جامعی است که توضیح مفصل آن دارای مطالب مهمی است که مقالات متعددی را به خود اختصاص می‌دهد، همانطور که پیشتر گفتیم در این مقاله سعی شد تا به طور کلی و مختصر اشاره‌ای گذرا به اهم مطالب داشته باشیم. مبحث انتقادات و پیشنهادات در واقع نوعی توضیح عوامل کاهش ریسک در این قرارداد به شمار می‌آید که نقش کلیدی در استفاده‌ی عملی از قرارداد B.O.T دارد.

- به طور کلی بایستی قوانینی شکل بگیرد که ورود سرمایه‌گذار خارجی و پذیرش سرمایه‌گذار داخلی را تسهیل کند البته به طور متعارف یعنی نه به گونه‌ای که سایر مصالح اقتصادی کشور به خطر بیافتد و نه به حالت کنونی که فرآیندی پیچیده و طولانی به ویژه برای سرمایه‌گذار خارجی دارد، چرا که سرمایه‌گذار خارجی به علاوه بر بحث تأیید کمیسیون مندرج در ماده ۱۱ آئین نامه مذکور، باید موافقت نامه‌ها و ضمانت نامه‌های متعددی اخذ کند.

همانطور که پیش‌تر بحث شد موضع قوانین کشورها در این خصوص به سه دسته‌ی مضیق، موسع و میانه تقسیم می‌شود، از آنجا که انعقاد و اجرای قرارداد B.O.T در ایران با تشریفات و نظارت خاص دولتی همراه است، موضع نظام حقوقی ایران راجع به این موضوع، جزو دسته‌ی مضیق قرار می‌گیرد، که این دیدگاه با مقتضیات دنیای تجارت امروز سازگار نیست.

- نکته اول اینکه سرمایه‌گذار و پیمانکار در مرحله‌ی قبل از ساخت باید از کارشناس‌های متخصص در ارتباط با موضوع پروژه و سایر عوامل فرعی (حتی شرایط کشورها، خصوصاً کشورهای در حال توسعه) و عوامل طبیعی بهره‌بردار تا در پیش‌بینی هزینه‌ها و مدت زمان ساخت و ... دچار مشکلات جدی بعدی نشود و با بررسی تمام عوامل بتواند سطح پروژه را ارتقا و سطح ریسک‌ها را کاهش دهد، چرا که در غیر اینصورت با شرایط کنونی، در صورت ضرر اقدام علیه خود کرده است.

- نکته دوم هم اینکه دولت یا بخش عمومی بهتر است ضمن دریافت تضمینات کافی،

برای اجرای هر چه بهتر پروژه، متخصصین مجربی را نیز جهت نظارت بر حسن اجرا و ارزیابی مراحل مختلف بگمارد تا هنگام انتقال، پروژه مستهلک و ناکارآمد نشده باشد تا دیگر برای بخش عمومی بی‌فایده باشد.

- نکته‌ی آخر هم اینکه سرمایه‌گذار یا کنسرسیوم با توجه به سطح پروژه بهتر است عوامل فرعی شامل پیمانکاران، مهندسين و سازندگان فرعی را در پروژه سهیم کند چونکه با این کار در واقع آنها را در ریسک پروژه نیز شریک کرده است و این ریسک دیگر فقط برای یک نفر نیست بلکه بین افراد مختلف تقسیم شده است.

۲-۳. نتیجه‌گیری و جمع‌بندی

در جمع‌بندی مطالب این قسمت همانطور که می‌دانیم با توجه به جایگاه ویژه‌ی سرمایه‌گذاری خارجی و نیاز کشور ما در این زمینه برای توسعه‌ی طرح‌های زیربنایی، اجرای موفق این قراردادها باید در اولویت قرار گیرد، پس برای اینکه یک طرح BOT موفق بوده و به نتیجه‌ی مطلوب برسد باید دارای شرایط زیر باشد:

- باید اجرای آن از نظر مالی تأمین شده باشد - خطرهای قابل هدایت باشد - دولت بستر مناسب اقتصادی، سیاسی و حقوقی را برای موفقیت طرح فراهم سازد - جریان مناقصه منصفانه باشد

- قراردادهای مرتبط در طرح B.O.T به دقت تنظیم شده باشد - مشارکت کنندگان در زمینه‌ی موضوع طرح دارای تجربه، تخصص و قدرت مالی کافی بوده و از پیمانکاران با تجربه استفاده نمایند - خطرهای ریسک‌ها میان ارکان اصلی و طرفین فرعی تقسیم شود - تضمینات کافی برای باز پس دادن مطلوب پروژه به دولت داده شود - ارکان اصلی یعنی بخش عمومی و بخش خصوصی نه بر پایه‌ی رقابت محض که براساس همکاری متقابل و مشترک به اجرا و پیشبرد طرح بیندیشند.

- و النهایه برخی از قوانین ایران که در شرایط کنونی در قراردادهای B.O.T اعمال می‌گردد نظیر بعضی مواد قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی، و همچنین 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 قواعد و قوانین مربوطه است. هدف از طرح این مباحث درک قواعد علمی و بررسی وجوه مثبت و منفی کاربردی این نوع قراردادها بود و سعی شد بر انتقادات و پیشنهادات و نظرات دکترین در جهت بهبود رویه‌ی عملی و کاربردی تأکید شود. امید است با طرح این مباحث و این قبیل مقاله‌ها بتوانیم گامی هر چند کوچک در جهت پیشرفت و اعتلای ایران اسلامی برداریم.

منابع و مأخذ

۱. عرفانی، محمود، ۱۳۸۹ حقوق تجارت بین‌الملل جلد پنجم، تهران، انتشارات جنگل
۲. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۰ قواعد عمومی قراردادها جلد اول چاپ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار
۳. کلائیوم، اشمیتوف، ترجمه دکتر بهروز اخلاقی، ۱۳۷۸ حقوق تجارت بین‌الملل جلد اول و دوم، تهران
۴. توسلی جهرمی، منوچهر، ۱۳۸۱، قراردادهای بین‌المللی ساخت، بهره برداری و انتقال B.O.T مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۸۵
۵. خسروزاده، علی اکبر، ۱۳۸۹، قرارداد B.O.T با چشم داشتی بر طرح‌های سرمایه‌گذاری در ایستگاه سرخس، دفتر امور سرمایه‌گذاری و اقتصادی
۶. خمیس جمل، عماد، ترجمه احمد جهانبخش، ماهنامه اخبارالمقاولین، شماره ۱۶ صص ۲۳-۲۶
۷. شیروی، عبدالحسین، ۱۳۸۰، پروژه‌های ساخت، بهره برداری، انتقال B.O.T، نامه مفید، شماره ۲۶
۸. شیروی، عبدالحسین، ۱۳۸۰، «دلایل استفاده از قراردادهای BOT و نقش دولت در موفقیت این پروژه‌ها»، مجله مجتمع آموزش عالی قم، سال سوم، شماره ۱۱
۹. صادقی، محسن، ۱۳۸۵ «بررسی قراردادهای بین‌المللی ساخت، بهره برداری و واگذاری BOT و جایگاه آن در نظام حقوقی ایران»، فصل نامه پژوهشنامه‌ی بازرگانی، شماره ۳۸
۱۰. عزیزی، فاطمه، ۱۳۸۶، تضمین‌های مقرر برای سرمایه‌گذاری خارجی به روش B.O.T در قوانین و مقررات ایران، مجله بررسی‌های اقتصاد انرژی، شماره ۱۱
۱۱. مداح، مجید، «BOT، فرصت‌ها و مخاطرات» مجله سیاسی، اقتصادی، شماره ۱۹۷
۱۲. معاونت برنامه‌ریزی و نظارت راهبردی رئیس‌جمهور، ۱۳۸۷، موافقتنامه ساخت، بهره برداری، واگذاری، نشریه شماره ۴۶۹ - <http://bpms.mporg.ir/tecfiles/Code469.pdf>
۱۳. هوشمندی، حمید، سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی در ایران، مجله سیاسی اقتصادی، شماره ۲۴۷، ۲۴۸
۱۴. احمدیان مقدم، فرید، ۱۳۸۰، بررسی جنبه‌های حقوقی قرارداد B.O.T، پایان نامه چاپ نشده، دانشگاه قم، صص ۶۳
۱۵. برزویی، عباس، ۱۳۸۵، وضعیت حقوقی قرارداد B.O.T همراه با مقایسه تطبیقی، رساله دکتری، چاپ نشده
۱۶. سازمان توسعه برق ایران، ۱۳۹۳، قرارداد B.O.T، آرشیو وبسایت <http://www.ipdc.ir/n-ghalebha.htm>
۱۷. مرکز تجارت ایران، ۱۳۹۳، آرشیو وبسایت http://epouchy.awardspace.com/farsi/library/Business_F/BOT_contract.htm