

پژوهشهای حقوقی

شماره ۹

هزار و سیصد و هشتاد و پنج - نیمسال اول

مقالات

- فراز و فرود حقوق هسته ای جمهوری اسلامی ایران : از شورای حکام تا شورای امنیت
- تشکیل قرارداد در فضای سایبر
- قانون قابل اجرا در حمل و نقل هوایی: بررسی سوانح هوایی فوکر ۲۸ (۱۳۷۳) و سی - ۱۳۰ (۱۳۸۴)
- ممنوعیت حجاب اسلامی در اروپا از نظر موازین حقوق بشر
- جبران خسارات وارده به جمهوری اسلامی ایران به دلیل حملات غیرقانونی ایالات متحد به سکوهای نفتی

موضوع ویژه : حقوق سرمایه گذاری در ایران

- بررسی قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴ و تأثیرات آن بر بازار سرمایه ایران
- موافقتنامه راجع به اقدامات سرمایه‌گذاری مرتبط با تجارت (موافقتنامه تریمز) و آثار حقوقی الحاق ایران به آن
- ابعاد حقوقی انتقال فناوری از طریق سرمایه گذاری خارجی
- سرمایه‌گذاری خارجی در چارچوب قراردادهای ساخت، بهره برداری و انتقال با نگاهی بر
- قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۱
- نظام حمایت از سرمایه گذاران از رهگذر طرح پرداخت غرامت به آنان در حقوق اتحادیه اروپا

نقد و معرفی

- مصلحت اندیشی هیأت عمومی دیوانعالی کشور در واگذاری رسیدگی برخی جرائم اطفال به دادگاه کیفری استان
- چارچوب حقوقی قطعنامه ۱۶۹۶ شورای امنیت در مورد برنامه هسته‌های جمهوری اسلامی ایران
- نظارت جهانی بر اجرای حقوق بشر: از کمیسیون تا شورای حقوق بشر سازمان ملل متحد





http://jlr.sdil.ac.ir/article_44506.html

سرمایه‌گذاری خارجی در چارچوب قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و انتقال بانگهی بر قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۱

مریم ابراهیمی*

چکیده: استقبال چشمگیر کشورها، خصوصاً کشورهای در حال توسعه از اجرای پروژه‌های صنعتی و زیربنایی به شیوه بی.اوتی، موجب شده است تا نقش این روش در به ثمر رساندن اینگونه طرحها، هر روز نسبت به گذشته پررنگ‌تر شود. لذا با توجه به اینکه شیوه بی.اوتی یکی از ابزارهای حیاتی توسعه طرحهای زیربنایی تلقی می‌شود و از طرفی تنگناهای حقوقی، مسائل اقتصادی و ملاحظات سیاسی همواره بر این شیوه تأثیر منفی داشته‌اند، بررسی و شناسایی این شیوه به منظور ارائه راهکارهای مناسب ضروری به نظر می‌رسد. از اینرو شناسایی برخی اجزاء و عناصر این شیوه که ساختار حقوقی آن را تشکیل می‌دهند، موضوع مقاله حاضر می‌باشد.

کلیدواژه‌ها: بی.اوتی، شرکت پروژه، موافقتنامه پروژه، دولت میزبان، قرارداد

مقدمه

رشد چشمگیر اقتصادی کشورهای در حال توسعه و تغییر نگرش آنها، موجب شده است تا توجه جدی دولتها به توسعه طرحهای زیربنایی و پروژه‌های صنعتی معطوف شود، چرا که رشد اقتصادی مطلوب در این کشورها بدون سرمایه‌گذاری کلان در زمینه طرحهای زیربنایی و صنایع مادر ممکن نخواهد بود. این در حالی است که

* کارشناس ارشد حقوق خصوصی از دانشگاه تهران

دولتها سرمایه لازم برای تأمین مالی این پروژه‌ها را در اختیار ندارند و با وجود افزایش تقاضا در این بخشها، منابع مالی دولت نمی‌تواند پاسخگوی اینگونه نیازها باشد.

از آنجا که تسلط و کنترل بر طرحهای زیر بنایی با منافع ملی و امنیت داخلی کشورها مرتبط می‌باشد، لذا دولتها تمایل دارند به نحوی رفتار کنند که در عین حفظ منافع عمومی و حفظ تسلط و کنترل بر این پروژه‌ها، بتوانند از توانایی بخش خصوصی داخلی و خارجی، در توسعه اینگونه طرحها نیز بهره‌مند شوند. یکی از ایده‌های نو در این زمینه استفاده از شیوه بی.او.تی. است. بی.او.تی. (B.O.T.) مخفف سه واژه Build، Operate و Transfer، و به معنای «ساخت، بهره‌برداری و واگذاری» می‌باشد. این عبارت که به مراحل اصلی پروژه‌ای که تحت این قالب به اجرا در می‌آید اشاره دارد، شیوه‌ایست که از تجارب نظام آنگلوساکسون ناشی شده است^۱ و در سنوات اخیر نقش فزاینده‌ای در زمینه اجرا و تکمیل پروژه‌های صنعتی و امور زیربنایی ایفا نموده است. این روش به بخش خصوصی امکان می‌دهد تا در پروژه‌های زیر بنایی و عمومی مشارکت کند، بدون اینکه این پروژه‌ها بطور کامل از کنترل دولت خارج و یا مالکیت آنها کلاً به بخش خصوصی واگذار شوند. در این شیوه که نتیجه مذاکرات طولانی طرفین است، شرکت مشترک یا کنسرسیومی^۲ از سرمایه‌گذاران، که پس از برنده شدن در مناقصه یا انتخاب، اقدام به تشکیل شرکتی جهت اجرای پروژه می‌نمایند، با دولت یا نماینده‌اش (که به عنوان مثال می‌تواند یکی از وزارتخانه‌ها یا سازمانهای متولی امر زیربنایی باشد)، توافق می‌نماید که در یک پروژه زیربنایی سرمایه‌گذاری نماید. در این روش شرکت مزبور که آن را شرکت

^۱ Samy Abdel Baki, "Les Project Internationaux de Construction menés Selon la Formule B.O.T., Droit égyptien - Droit francais", Tome 2, *Thèse pour Le Doctorat en Droit de L'Université de Paris 1*, Pantheon-Sorbonne, 2000, p. 662.

^۲ کنسرسیوم سازمانی است که توسط دو یا چند شرکت ایجاد شده که با هم همکاری می‌کنند تا به عنوان شخصی واحد، برای منظور مشخص و محدودی فعالیت کنند... باید به ساختار مالی، توزیع منافع و... مسؤلیتهای کنسرسیوم، به عنوان یک مجموعه، در مقابل دولت خارجی یا طرف قراردادی دیگر، توجه خاصی مبذول داشت. کلايو ام. اشمیتوف، *حقوق تجارت بین‌الملل*، ج ۱، ترجمه بهروز اخلاقی و دیگران، تهران، انتشارات سمت، چاپ اول، ۱۳۷۸، صص ۸-۵۲۷.

پروژه^۳ می‌نامیم و سرمایه‌گذاران سهامدار آن هستند، با هزینه و منابع مالی خود یا آنچه تعهد تأمین آن را دارد، تأسیسات موضوع پروژه را احداث و راه‌اندازی کرده و در یک دوره معین که دوره امتیاز^۴ نامیده می‌شود، بهره‌برداری و نگهداری از منافع آن را بر عهده می‌گیرد. علاوه بر این، مسئولیت تأمین شرایط مطلوب، همچنین ریسکهای مهم پروژه را نیز، بر عهده دارد. در طول این مدت سرمایه و سود شرکت پروژه از محل فروش محصول یا اخذ عوارض، مستهلک می‌گردد. وام‌دهندگان نیز موافقت می‌کنند که تسهیلات مالی اعطاء شده را، منحصرأ از محصولات تولیدی پروژه استیفا کنند (تأمین مالی پروژه‌ای). در پایان دوره نیز، غالباً کلیه تأسیسات احداثی با کلیه لوازم آن به واگذارکننده پروژه انتقال می‌یابد.

هرچند با توجه به اصل آزادی قراردادهای مطرح در ماده ۱۰ قانون مدنی، نفوذ قراردادهای مجموعه بی.او.تی. مورد تأیید حقوقدانان است، لیکن قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی با حمایت از این شیوه، مهر تأییدی بر صحت آن نهاده است. ماده ۳ قانون مزبور تسهیلات و حمایت‌های خاصی را برای سرمایه‌گذاری‌های خارجی در کلیه بخشها در چارچوب سه روش از جمله بی.او.تی.، البته با شرایطی قائل شده است. این اقدام قانونگذار هرچند کافی نیست اما گام مؤثری جهت حمایت از این شیوه و شاید مقدمه‌ای برای وضع قوانین بعدی در این زمینه می‌باشد.

یک پروژه بی.او.تی. موفق نتیجه برنامه‌ریزی صحیح و تحقق هر یک از مراحل فوق در قالبهای خاص و دقیقی که تعبیه شده می‌باشد. شناسایی و بررسی این قالبها که ساختار اصلی سرمایه‌گذاری به این شیوه را تشکیل می‌دهد، موضوع اصلی این مقاله می‌باشد.

مهمترین ارکان در یک پروژه بی.او.تی. عبارتند از: شرکت پروژه^۲ موافقتنامه امتیاز^۳ مجموعه قراردادهای پروژه و^۴ پروسه انتقال پروژه. البته نقش دولت میزبان در این میان قابل انکار نیست و از اهمیت فوق‌العاده‌ای برخوردار است.^۵ از آنجا که بررسی هر یک از موضوعات فوق خود مقاله جداگانه‌ای را

^۳ Project Company.

^۴ Concession period.

^۵ برای مطالعه بیشتر نک: عبدالحسین شیروی، «دلایل استفاده از قراردادهای B.O.T. و نقش دولت

می‌طلبند، لذا در مقاله حاضر در دو گفتار صرفاً به بررسی مختصر «شرکت پروژه» و «مجموعه قراردادهای پروژه» می‌پردازیم. در گفتار جداگانه‌ای نیز مواد مرتبط با این شیوه سرمایه‌گذاری در قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۱ مطالعه خواهد شد.

گفتار اول - شرکت پروژه

این مرحله پروژه را باید از مهمترین و اساسی‌ترین عناصر اجرای یک پروژه بی.او.تی. دانست که جهت راهبرد صحیح پروژه، حصول منافع و نهایتاً موفقیت پروژه، بدیهی و ضروری به حساب می‌آید.

مبحث اول - اقدامات سرمایه‌گذار پیش از تشکیل شرکت پروژه

در پاسخ به دعوت برای شرکت در مناقصه، گروهی از سرمایه‌گذاران، معمولاً شرکت مشترک یا کنرسیومی را جهت ارائه پیشنهاد تشکیل می‌دهند. اعضای کنرسیوم در این مرحله از نظر تقسیم هزینه‌ها، نقش هریک از اعضا و ساختار بالقوه پروژه، به یک توافق مقدماتی می‌رسند که معمولاً آن را، «توافق اولیه کنرسیوم»^۶ می‌نامند. اصولاً متعهدین ابتدایی، برای ارائه پاسخ به پیشنهاد دولت و یا پیشنهاد یک پروژه بی.او.تی. که تاکنون درخواستی نسبت به آن از طرف دولت صورت نگرفته است، اقدام به انعقاد چنین قراردادی می‌نمایند. این توافق متعهدین، برای اشتراک اولیه ایشان در هزینه‌های ضروری برای مطالعات امکان‌سنجی، استخدام مشاوران، تهیه پیشنهادهای و سایر اقدامات اولیه تنظیم می‌گردد و طرفین قرارداد را درگیر تعهدات مختلفی می‌نماید. یکی از این تعهدات، تعهد ارائه میزان مشخصی از سرمایه سهامی^۷، در شرکت پروژه به هنگام شکل‌گیری می‌باشد. همچنین ممکن است در این مرحله توافق نمایند که حمایت‌های اضافی دیگری به شکل سهام احتیاطی یا وام‌های فرعی احتیاطی^۸، در صورت ضرورت و به منظور

← در موفقیت این پروژه‌ها، مجله مجتمع آموزش عالی قم، زمستان ۱۳۸۰، ش ۱۱، سال سوم.

6 Preliminary Consortium Agreement.

7 Equity Capital.

8 Stand-by Subordinated loans.

تکمیل پروسه تأمین مالی فراهم نمایند.^۹ تکالیف، اختیارات و میزان تعهدات این گروه را قرارداد منعقد فیما بین تعیین می‌نماید.

توافق اولیه کنسرسیوم، همچنین حاوی بخشهای مختلف پروژه می‌شود که برخی اعضا قصد انجام آن را دارند (بخشهایی از قبیل مرحله ساخت، تهیه تجهیزات، بهره‌برداري و نگهداري). البته این قرارداد باید حاوی شرطی باشد که در صورت عدم توانایی یکی از اعضا، کنسرسیوم حق مذاکره با سایر اشخاص عضو یا غیرعضو را بر اساس قیمت رقابتی بازار داشته باشد. همچنین قرارداد باید متضمن این امر باشد که در راستای تأمین و حفظ منافع اقتصادی پروژه، شرکت بتواند در برخی موارد یک یا چند عضو را اخراج نماید.

علاوه بر موارد خروج اختیاری یک عضو، ضروری است موارد و میزان هزینه ناشی از اخراج یکی از اعضا که باید توسط سایر اعضا پرداخت شود نیز، در قرارداد پیش‌بینی شود. در صورت بروز چنین مواردی، به منظور حفظ اطلاعات محرمانه، ضروری است شرط قراردادی مناسبی، در توافق اولیه کنسرسیوم یا قرارداد فرعی دیگری پیش‌بینی شود.

کنسرسیوم خود مطالعات امکان‌سنجی را با جزئیات بیشتری انجام می‌دهد، که عامل بسیار مهمی برای تصمیم‌گیری و جذب منابع مالی محسوب می‌گردد. سپس به منظور تهیه پیشنهاد شرکت در مناقصه، درصدد عقد قراردادهای مقدماتی با وام‌دهندگان بالقوه، سرمايه‌گذاران، پیمانکاران و تأمین‌کنندگان تجهیزات بر می‌آید. متعاقباً پیشنهاد خود را آماده و تسلیم دستگاه مناقصه‌گذار می‌نماید. در صورتی که کنسرسیوم پیشنهاددهنده، پس از ارزیابی دولت میزبان به عنوان برنده انتخاب شود گام بعدی انعقاد قرارداد (موافقتنامه) سهامداران است.^{۱۰}

موافقتنامه تأسیس شرکت پروژه که اصطلاحاً، قرارداد سهامداران نیز نامیده می‌شود، میان برندگان مناقصه که مؤسسين شرکت پروژه خواهند بود، منعقد می‌شود و در واقع مفاد اصلی اساسنامه شرکت مذکور را دربرمی‌گیرد. در این قرارداد مواردی همچون اقدامات لازم برای ایجاد شرکت، سهم هریک از اشخاص

⁹ UNIDO, *Guidelines for Infrastructure Development through Build- Operate- Transfer (BOT) Projects*, Vienna, 1996, p. 211; hereinafter "Guidelines".

¹⁰ Shareholders Agreement.

در انجام این اقدامات و هزینه‌های مربوطه، نحوه مدیریت و کنترل شرکت و مسائلی از این قبیل پیش‌بینی می‌شود^{۱۱} این مقطع مناسبترین زمان، برای تشکیل شرکت پروژه است.

مبحث دوم - تشکیل شرکت پروژه

برندگان در مناقصه ظرف مدت زمان از پیش تعیین شده‌ای، موظفند مقدمات ساخت پروژه را فراهم آورند، اما پیش از آن لازم است ابتدا روابط خود را تنظیم نمایند و تا حدود حقوق و تعهدات هریک تعیین شود، لذا در این جا با شکلی از مشارکتهای تجاری (Joint Venture) مواجه خواهیم بود.

پیچیدگی پروژه‌های بی.اوتی.، طرفهای قراردادی متعدد در آن و تأمین مالی پروژه، معمولاً سرمایه‌گذاران را به سوی انتخاب مشارکت تجاری شرکتی (حقوقی) سوق می‌دهد. این شرکتها در قالب یکی از شرکتهای با شخصیت حقوقی که معمولاً با اشتراکات فراوانی در حقوق موضوعه کشورهای مختلف پذیرفته شده‌اند سامان می‌یابد، مانند انواع هفتگانه شرکتهای تجاری در حقوق تجارت ایران، که البته معمولاً حسب نوع فعالیت مشترک، گستردگی موضوعی و زمانی کار، میزان اعتماد شرکا به یکدیگر، بیشتر شرکت با مسؤولیت محدود یا شرکت سهامی خاص، به عنوان قالب مناسب انتخاب می‌شوند. چنانچه شرکای J.V. دارای تابعیتهای مختلف بوده و به تأسیس شعبه مشترکی در قالب یکی از شرکتهای با شخصیت حقوقی بپردازند، اصطلاحاً به آن شعبه مشترک، شرکت فراملی می‌گویند.^{۱۲}

علی‌الاصول، شرکا برای انتخاب قالب شرکتی مشارکت خود آزادند، اما در برخی کشورها قانون سرمایه‌گذاری خارجی، صراحتاً شرکت خاصی را برای مشارکت طرفین و به عنوان یک امر الزامی معرفی می‌کند، مانند چین که شرکت با مسؤولیت محدود را پیش‌بینی کرده^{۱۳} و یا رومانی که تنها شرکت سهامی و یا با

^{۱۱} منوچهر توسلی جهرمی، «قراردادهای بین‌المللی ساخت، بهره‌برداری و انتقال»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، زمستان ۱۳۸۱، ش ۵۸، ص ۱۰۱.

^{۱۲} فرهاد امام، حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در ایران، تهران، نشر یلدا، چاپ اول، ۱۳۷۳، ص ۱۱.

^{۱۳} The Law Of The Peoples Republic Of China ON Chinese Foreign Joint Ventures.

Visit the site: www.chinatoday.com

مسئولیت محدود را جایز دانسته است.^{۱۴} دلیل این امر سهولت ساماندهی امر خطیر سرمایه‌گذاری خارجی و ایجاد زمینه و امکان نظارت بیشتر دولت، بر حسابها و فعالیت شرکت مشترک می‌باشد. در قوانین ایران در این زمینه محدودیتی وجود ندارد. از آن جا که شرکتهای مشترک (J.V.C.)^{۱۵} که برای اجرای پروژه‌ها تشکیل می‌شوند، از نوع شرکتهای تک‌منظوره (S.P.V.)^{۱۶} هستند و شخصیت شرکای عضو در آن برای طرف قرارداد، یعنی دولت میزبان مهم است، به شرکتهای شخص نزدیکترند تا شرکتهای سرمایه، لذا قالب شرکت با مسئولیت محدود برای آن مناسب‌تر است، در اروپا نیز بیشتر این شرکتها در قالب مسئولیت محدود تشکیل می‌شوند.

در هر صورت این شرکت یا با امکانات، سرمایه و کارمندان متعلق به خود و بطور مستقل از شرکا به تجارت و بازاریابی می‌پردازد^{۱۷} یا برعکس، نقش محدود و مشخصی را تحت نظارت و کنترل روزمره مالکان خود، ایفا می‌نماید. مانند انجام تحقیق، منبع‌یابی و تهیه مواد اولیه برای ارائه به مالکان. ممکن است شرکت مشترک برای این تشکیل شود که به عنوان یک هویت مستقل طرف حساب کارفرما جهت انجام پروژه و نیز پیمانکاران قرار گرفته^{۱۸} و یا اینکه وسیله‌ای^{۱۹} برای اتحاد شرکا، جهت به دست آوردن شرکتی در مالکیت ثالث و به منظور تقسیم سرمایه و مسؤولیتهای مربوطه صورت گیرد. اخیراً نیز شاهد به کارگیری اینگونه قالبها برای امور تجارت الکترونیکی (E-Commerce Venture) می‌باشیم.^{۲۰}

^{۱۴} فرهاد امام، پیشین، ص ۱۳۶.

^{۱۵} Joint Venture Company.

^{۱۶} Special Purpose Vehicle.

^{۱۷} مانند مشارکت Exxon و Shell در سال ۱۹۹۸ برای تجارت روغن و سوخت در سرتاسر جهان و همکاری در زمینه‌های تحقیق و توسعه ساخت، بازاریابی و فروش به نسبت ۵۰-۵۰ که با اعطای حقوق مالکیت معنوی مربوطه به J.V. همراه بود.

^{۱۸} Project Vehicle.

^{۱۹} Aquasiation Vehicle

^{۲۰} Ian Hewitt, *Joint Venture*, London, Sweet & Maxwell, 2nd ed., 2001, p. 88.

مبحث سوم - تعهدات شرکت پروژه

شرکت پروژه که نمود خارجی شخصیت سرمایه‌گذاران است، تعهداتی بر عهده دارد، که در یک پروژه بی.او.تی. به دو دسته تعهدات عام و خاص تقسیم می‌شوند:

الف - تعهدات عام: تعهدات عام آن دسته از تعهداتی هستند که هر سرمایه‌گذار، صرف‌نظر از نوع و موضوع فعالیتش، همچنین شیوه و قالب انتخابی، بر عهده دارد؛ مانند رعایت قوانین داخلی دولت میزبان، همسویی با اهداف و سیاستهای دولت میزبان، اجتناب از فعالیتهای واجد فساد مالی، رعایت قوانین زیست محیطی و غیره. رعایت مقررات کشورهای میزبان از طرف شرکت پروژه یک مسأله بنیادی به شمار می‌آید. هدف از چنین شرطی، بیان این مطلب نیست که اینگونه شرکتها مبادرت به اعمال غیرقانونی می‌نمایند. اگر چنین اعمالی صورت پذیرد، دولتها می‌توانند با استفاده از قوانین و مقررات موجود، از فعالیتهای مزبور جلوگیری به عمل آورند. منظور از رعایت قوانین محلی این است که شرکت پروژه باید قوانین کشور میزبان را، نسبت به قوانین کشور خود یا هر کشور دیگری، ارجح قلمداد نماید. یکی دیگر از اصول مهم، تلاش شرکت پروژه در جهت حصول مقاصد کشوری است که در آن به فعالیت مشغول است. چنین اهدافی می‌توانند شکلی کلی، مانند برنامه‌های اقتصادی و اجتماعی داشته باشند و یا اهداف خاصی مانند استخدام و آموزش اتباع، گسترش تجارت، پیشرفتهای صنعتی و غیره را در برگیرند. برخی اهداف دولت میزبان برای استخدام و آموزش اتباع خود به شرح زیر خلاصه می‌شود: آموزش و استخدام کارمندان ملی به گونه‌ای که بعد از انتقال، علاوه بر امکان بهره‌برداری و نگهداری پروژه، مهارت طراحی و ساخت پروژه‌های مشابه را نیز کسب نموده باشند.

ب - تعهدات خاص: در یک پروژه بی.او.تی. تعهدات خاص شرکت، مربوط به مراحل مختلف اجرای پروژه می‌شود. به عنوان مثال تعهد به اجرای قرارداد (مرحله ساخت)، راه‌اندازی و بهره‌برداری از پروژه، انتقال تکنولوژی و انتقال مالکیت تعهد شرکت پروژه مبنی بر ساخت تأسیسات براساس نوع و کیفیت مورد توافق در قرارداد ساخت، از جمله این تعهدات می‌باشد. علاوه بر تراضی طرفین که اصول حاکم بر این نوع تعهدات را تعیین می‌نماید، چهره‌ای از قانون کشور میزبان در خصوص اصول مهندسی و ساختمانی نیز، بر این قراردادها حاکم می‌گردد. تعهد دیگر

شرکت، ساخت تأسیسات در زمان‌بندی مشخص می‌باشد. این تعهد نقش مهمی را در موفقیت پروژه ایفا می‌نماید، چرا که عدم اجرای پروژه در برنامه زمانی از پیش تعیین شده، موجب تأخیر در بهره‌برداري و سایر قراردادهای مرتبط همچون قرارداد خرید محصول و متعاقباً عدم کسب در آمد مناسب خواهد شد.

راه اندازی و بهره‌برداري از پروژه، مرحله دوم تعهدات اجرایی شرکت است. در این قسمت شرکت پروژه مهمترین تعهدات خود در مقابل وام‌دهندگان و دولت میزبان را ایفا می‌نماید. تعهداتی که بر مبنای قراردادهای مربوط به تأمین مالی و نیز قرارداد خرید تضمینی محصول و غیره شکل می‌گیرد. شروط مربوط به نگهداری و تعمیر تأسیسات و تجهیزات پروژه نیز از اهمیت به سزایی برخوردارند. معیارهای راه‌اندازی، اصول تعمیر و نگهداری، اصول تعمیرات کلی دوره‌ای امکانات پروژه، اصول مراقبت و کنترل پروژه، ارائه خدمات به استفاده‌کنندگان پروژه و...^{۲۱}

انتقال کامل پروژه به دولت میزبان، جزء آخرین تعهداتی است که شرکت در مقابل دولت میزبان به عهده دارد. به موجب این تعهد در پایان زمان امتیاز اعطایی، شرکت کلیه حقوق راجع به اموال خود را به دولت میزبان انتقال می‌دهد. انتقال کامل و بدون کاستی پروژه، به دولت میزبان معمولاً منوط به شرایطی می‌شود که از جمله مهمترین این شروط، جریان منظم نقدینگی پروژه و شرایط مطلوب تجهیزات و امکانات پروژه می‌باشد.

انتقال تکنولوژی از طریق پروژه‌های مربوط به امور زیربنایی فرآیند پیچیده‌ای است، زیرا نه تنها شامل خدمات، تجهیزات و شیوه تولید می‌گردد، بلکه ایجاد توانایی تولید و تحقیق و فعالیتهای مربوط به توسعه طرح، در مدت زمان طولانی را نیز شامل می‌شود. حجم قابل توجهی از تکنولوژی و خط تولید به دنبال سرمایه خارجی وارد کشور می‌شود.^{۲۲}

چون بهسازی تکنولوژی سبب افزایش عواید می‌شود، چالشی که کشور میزبان

²¹ Guidelines, *op. cit.*, p. 232.

^{۲۲} برای مطالعه بیشتر نک:

B.N. Batasali, *Transfer of Technology Among the Developing Countries*, Tokyo, Asian Productivity Organization, 1972; H. Robock Stefan, *International Technology Transfer Process*, Washington D.C., National Academy of Sciences, 1980.

با آن مواجهه است اطمینان یافتن از این امر است که در توافق پروژه و سایر قراردادهای ذریبط، شرکت پروژه ملزم به انتقال کامل تکنولوژی و تمامی اصلاحات آن بر پروژه، در طول دوره توافق شود. میزان و نحوه انتقال فناوری به سرشت ویژه هر پروژه بی.او.تی. و دقتی که دولت میزبان در طراحی و پیکربندی پروژه به کار می‌برد، بستگی می‌یابد. همچنین این دولت است که قواعد گزینش فناوری را در یک پروژه بی.او.تی. تعیین می‌کند.

گفتار دوم - مجموعه قراردادهای پروژه

یک پروژه بی.او.تی. در برگزیده تعداد مهمی از توافقات قراردادی میان طرفین است. معمولاً آن چه در همه پروژه‌های بی.او.تی. ملاحظه می‌شود، قرارداد پروژه می‌باشد. سایر قراردادها نوعاً در همه انواع متون دیگر قراردادهای تجاری وجود دارند. به هر حال آن چه مهم می‌باشد این است که هیچیک از قراردادهای پروژه بی.او.تی. مجزا نمی‌باشند و همه این قراردادها باید با یکدیگر هماهنگ باشند، چرا که حقوق و تکالیف و ریسک‌های هریک از طرفین را مشخص می‌نمایند.

مبحث اول - موافقتنامه پروژه (امتیاز)^{۲۳}

موافقتنامه پروژه که در بعضی از کشورها قرارداد امتیاز نامیده می‌شود، مبنایی‌ترین قرارداد بین دولت میزبان و شرکت پروژه محسوب می‌شود که به تبع آن شرکت پروژه در ساخت و بهره‌برداری پروژه (برای مدت معینی) مجاز می‌گردد و معیارهای امتیاز مورد نظر تبیین می‌شود. این موافقتنامه (موافقتنامه اصولی)، شروط اساسی لازم برای ساخت و اجرای پروژه را شامل می‌شود، حقوق و تعهدات شرکت پروژه و دولت میزبان را ترسیم و توصیف می‌کند و سندی است که ریسک مربوط به پروژه را شناسایی نموده و آن را بین دولت میزبان و شرکت پروژه تقسیم می‌نماید. همچنین میزان و نحوه حمایت دولت میزبان تبیین، مکانیسم و شرایط انتقال پروژه و زمان خاتمه دوران امتیاز، در آن پیش‌بینی می‌گردد. نکته مهم دیگر اینکه قرارداد پروژه باید شروطی را در رابطه با امور مالی، تجاری، و تضمین لازم جهت تمهید فاینانس

²³ License Agreement

پروژه در برداشته باشد.

موافقتنامه و ساير قراردادهای نشأت گرفته از آن را می‌توان بطور کلی یک مجموعه قراردادی دانست. بدین معنی که گروهی از قراردادها در یک متن تشکیل می‌شوند و تماماً علت و اعتبار خود را از یک قرارداد کلی، اخذ می‌نمایند. لذا در مقام تفسیر کلیه قراردادهای دست دوم پروژه، به عنوان مرجع و دلیل اصلی به کار می‌رود. در این امر شکی نیست که در فرض بطلان قرارداد پروژه، ساير قراردادها بدون علت می‌گردند و ادامه آنها (فرضاً قرارداد ساخت به دلیل امکان مخالفت دولت میزبان)، فایده‌ای دربرنخواهد داشت، اما در فرض ابطال قراردادهای زیرمجموعه مانند ساخت یا خرید محصول، امکان جایگزینی آنها با قرارداد دیگر وجود دارد.

التزام کامل به شروط قراردادی مربوط به اجرای تعهدات در پروژه بی‌اوتی. دارای اهمیت ویژه‌ای می‌باشد، چرا که کوتاهی احد طرفین در پایبندی به قرارداد، هم برای طرف دیگر و هم برای وام‌دهندگان تبعات مالی مهمی در پی خواهد داشت. غیرممکن یا دشوار بودن تأمین مالی مجدد پروژه، متعهدین پروژه را در مقابل عیوب پروژه، تأخیر در اجرای تعهدات و دیگر کوتاهی‌های ممکن در ساخت پروژه، آسیب‌پذیر خواهد نمود. به منظور جلوگیری از عواقب این امر ضروری است مقرراتی در رابطه با تبیین تعهدات و تبعات ناشی از عدم اجرای آنها، وضع گردد. همچنین قرارداد پروژه، این امکان را برای وام‌دهندگان ایجاد می‌کند که در صورت کوتاهی هریک از طرفین (دولت میزبان و یا شرکت پروژه)، حقوق و تعهدات شرکت پروژه را رأساً به اجرا گذارند.^{۲۴}

موافقتنامه پروژه همچنین باید متضمن مقرره‌ای باشد که هنگام نقض اساسی قرارداد توسط دولت یا شرکت پروژه یا عدم امکان اجرای قرارداد برای مدت طولانی، قرارداد خاتمه پیدا کند.^{۲۵} در کنار شروط مرتبط با خاتمه قرارداد، مقرراتی هم در رابطه با پرداخت خسارتی با مبلغ مقطوع^{۲۶} به شرکت پروژه، وجود خواهد

²⁴ Graham D. Vinter, *Project Finance*, London, Sweet & Maxwell, 1998, p. 235.

^{۲۵} خاتمه قرارداد پروژه، ممکن است تحت عنوان مقررات مربوط به بازخرید (Buy out) در قرارداد پروژه درج گردد.

²⁶ lump Sum.

داشت. میزان پرداخت بستگی به علت خاتمه قرارداد دارد، یعنی به تبع خاتمه قرارداد به علل اقدام دولت، فورس ماژور و یا اقدام شرکت پروژه، مبالغ متفاوتی برای خاتمه پرداخت خواهد شد. در صورت پرداخت خسارت، تجهیزات پروژه به دولت انتقال داده می‌شود.

مبحث دوم - قرارداد ساخت^{۲۷}

شکل و ساختار قرارداد ساخت، در پروژه‌های بی.اوتی. شباهت زیادی با قراردادهای مرسوم در زمینه ساخت پروژه‌های صنعتی یا امور زیربنایی دارد. پیمانکار پروژه با همان تعهدات و خطراتی که پیمانکاران در پروژه‌های مرسوم با آن مواجه می‌گردند، روبرو است. با وجود این، ارتباط قرارداد ساخت با چارچوب پیچیده سایر قراردادهای، به خصوص موافقتنامه پروژه و نیز منافع گوناگون و متضاد اعضای پروژه، ممکن است بطور قابل ملاحظه‌ای، موجب تمایز آن از سایر قراردادهای مرسوم گردد.^{۲۸}

قرارداد ساخت، یکی از قراردادهای مهمی است که شرکت پروژه، سرمایه‌گذاران، وام‌دهندگان و همچنین دولت میزبان را درگیر نوع خاصی از خطرات می‌نماید. هرگونه نقض اساسی به وسیله پیمانکار، ممکن است موجب بی‌اعتباری و بی‌ثمر شدن مطالعات امکان‌سنجی و طرح‌ریزی‌های اولیه که برای حصول اطمینان از قابلیت دوام پروژه شده‌اند، گردد. وام‌دهندگان در وهله اول به هزینه، جدول زمانی و ضمانت‌های مربوط به تکمیل در طول دوران ساخت توجه دارند. در عوض شرکت پروژه سعی می‌کند که تا حد امکان مقادیر زیادی از این ریسک را، به پیمانکاران ساخت تحمیل کند و یا در صورت امکان به بیمه‌گران واگذار کند.

متعهدین باید از این امر مطمئن شوند که تأخیر در انجام ساخت و اضافه شدن هزینه، کاملاً کنترل خواهد شد و نیز مسئولیت ریسک این اتفاقات از قبل مشخص شده است. گرچه خطرات ساخت، معمولاً به شرکت پروژه و نهایتاً به پیمانکاران ساخت تحمیل می‌شوند، لیکن ممکن است عواقب سیاسی تأخیر در ساخت،

²⁷ The Construction Agreement.

²⁸ Guidelines, *op. cit.*, p. 243.

گریبانگیر دولت گردد. لذا دولت میزبان سعی می‌نماید مانع ایجاد اوضاع و احوالی همچون افزایش بی‌رویه قیمت^{۲۹} یا عیوب فنی^{۳۰} شود^{۳۱} و خاستگاه این حق کنترل نیز شروط مندرج در قرارداد پروژه است که بر مبنای قوانین داخلی تنظیم می‌شود. شروط اساسی که درج و بررسی آنها در قرارداد ساخت ضروری به نظر می‌رسد، عبارتند از زمان بندی مناسب برای ساخت، حصول کیفیت و کمیت مشخص، نحوه قیمت‌گذاری و پرداخت، تعریف حوزه کارها و معیارهای مسئولیت، امکان واگذاری به پیمانکاران فرعی، قابلیت دستیابی به قطعات و لوازم یدکی و در نهایت تضمین.

مبحث سوم - قرارداد بهره‌برداری و نگهداری^{۳۲}

اتمام ساختمان پروژه، منطقاً محل ورود به مرحله جدیدی از پروژه را فراهم می‌نماید که مرحله بهره‌برداری و تعمیر و نگهداری نامیده می‌شود. قرارداد بهره‌برداری و نگهداری عبارت است از عقدی که تعهدها و مسئولیتهای شرکت پروژه و تعهدهای بهره‌بردار را در رابطه با بهره‌برداری از تجهیزات، بیان می‌کند. اکثر شرکت‌های پروژه در این برهه زمانی اگر خود تجربه‌هایی در زمینه راه‌اندازی و تعمیر و نگهداری نداشته باشند، پیمانکاری را به کار می‌گمارند که شرکت مجربی در زمینه راه‌اندازی و بهره‌برداری از پروژه باشد. بهره‌بردار باید هرچه زودتر به پروژه آورده شود و ترجیحاً از سرمایه‌گذاران پروژه باشد و البته بهره‌بردار از قبل طرف مشورت تمامی جنبه‌های ساخت پروژه واقع گردد چرا که این امر مطمئناً در توانایی بهره‌بردار، در نگهداری و بهره‌برداری پروژه مؤثر خواهد بود.

قرارداد بهره‌برداری و نگهداری، باید با دیگر اسناد قرارداد بهره‌برداری و نگهداری هماهنگ بوده و با همه الزامات قانونی مطابق باشد. در صورت حذف برخی الزامات قانونی از قرارداد بهره‌برداری و نگهداری، شرکت پروژه باید درج و رعایت آن را، یا با اقدام خودش و یا با اقدام بخشی غیر از بهره‌بردار مهیا کند. این

²⁹ Cost-Overrun.

³⁰ Technical Defect.

³¹ Guidelines, *op. cit.*, p. 245.

³² Operation and Maintenance Contract (O & M).

قرارداد حقوق و تکالیف شرکت پروژه و کاربر را در مقابل هم تعریف می‌نماید.^{۳۳} تنظیم صحیح آن و ایجاد درآمد مناسب در پروژه، از جمله عوامل مهم موفقیت پروژه است، درآمدی که می‌توان از آن سرمایه‌های آورده را مسترد نمود، سود مناسبی برداشت کرد و سرانجام نسبت به ایفای بدهی شرکت پروژه اقدام نمود. در قراردادهای بهره‌برداری و نگهداری معمولاً موضوعات ذیل درج می‌گردند: حیطه خدمات کاربر، مسئولیتهای شرکت پروژه، میزان غرامات هنگام ورود خسارت، بیمه مسئولیت و جبران خسارت، کوتاهی و قصور و نحوه جبران آن، حل اختلاف، قانون حاکم. همچنین استانداردهای تعمیر و نگهداری و نیز شرایط دولت میزبان همچون موارد استخدام، آموزش افراد محلی و انتقال تکنولوژی باید در این قراردادها درج شود و نیز ضروری است که اطمینان حاصل شود که حقوق و تکالیف طرفین قراردادهای ساختمان، تجهیزات و نیز راه‌اندازی و تعمیر و نگهداری در تطابق یکدیگر و تکمیل‌کننده هم می‌باشند.

مبحث چهارم - قرارداد تأمین مالی

در یک تعریف مختصر می‌توان تأمین مالی را جمع‌آوری و هدفمند کردن منابع مالی مورد نیاز، جهت اجرای یک پروژه دانست.^{۳۴} این عمل معمولاً ممکن است از طریق سازمانهای تخصصی و بانکها یا از طریق سرمایه‌گذاری شرکتها صورت پذیرد. از آنجا که منطقاً اعطای امتیاز بدین دلیل صورت می‌گیرد که منابع مالی ایجاد پروژه از سوی شرکت پروژه تأمین گردد و از طرفی به دلیل حجم زیاد سرمایه مورد نیاز، بعضاً حتی شرکتها سرمایه‌گذار نیز، راساً قادر به تأمین مالی مورد نیاز نمی‌باشند، تأمین مالی در پروژه‌های بی.او.تی. اهمیت فوق‌العاده‌ای دارد. شیوه‌های تأمین مالی قابل استفاده در کشورهای در حال توسعه، بعد از توافقنامه برتون - وودز در سال ۱۹۴۴ تغییرات عمده‌ای نموده است. قبل از توافق مذکور تأمین مالی محدود به وامهای دو یا چند جانبه و کمک سایر دولتها و وامهای تجاری به دولتهای در حال توسعه بود. همچنین وام‌دهندگان متمایل به متعهد نمودن

³³ *Ibid*, p. 259.

³⁴ Philip R. Wood, *Project Finance, Subordinated Debt and State Loans*, London, Sweet & Maxwell, 1995.

دولت‌ها و تحمیل خطرات بر آنها بودند تا بخش خصوصی وام دادن در قبال دارایی‌های شرکت به تنهایی، گام مهمی برای کشورهای در حال توسعه بود. با اینحال مشکل تأمین مالی پروژه‌ها ادامه داشت و اگر یک پروژه در کشوری در حال توسعه با شکست مواجه می‌شد، کل دارایی شرکت در معرض خطر قرار می‌گرفت. نیاز شرکتها برای محافظت خود در مقابل چنین خطراتی منجر به پیشرفت بیشتر نحوه فاینانس پروژه‌ها و استفاده از شیوه تأمین مالی پروژه‌ای گردید.^{۳۵}

ماهیت اصلی تأمین مالی پروژه‌ای^{۳۶} این است که وام‌دهندگان منحصرأ بر مبنای ارزش و استعدادهای خود پروژه اقدام به تأمین مالی می‌نمایند. بطور نوعی در این نوع تأمین مالی، یک شرکت پروژه مستقل توسط متعهدین پروژه و برای اجرای آن تأسیس می‌شود. تأمین مالی در پروژه‌های بی.او.تی.، مانند تأمین مالی پروژه‌ای، بر مبنای اموال و دارایی‌های پروژه صورت می‌پذیرد. وام‌دهندگان با اعتماد به جریان نقدینگی و مجموعه تضمینات پروژه و نه حتی اموال مادی پروژه مبادرت به اعطای وام می‌نمایند، چرا که اموال مادی پروژه‌های زیر بنایی، سودی نسبی و نه چندان با اهمیت برای وام‌دهندگان دارند. همچنین بسیاری از دارایی‌های ثابت زیربنایی فقط هنگامی که ساخته شده و در محل پروژه نصب شوند، ارزش می‌یابند. برخی از خصایص تأمین مالی در بی.او.تی. به شرح ذیل برشمرده شده است:

۱- این طریقه مستلزم خطر و ریسک مجرد و مخصوص به خود می‌باشد که معمولاً به وسیله جریان درآمد پروژه تعریف و معنا می‌شود.

۲- عمل تأمین مالی، مستلزم وجود قراردادهای متعدد و مرتبطی می‌باشد که با اشخاص ثالث همچون، تهیه‌کنندگان، خریداران، مصرف‌کنندگان و نمایندگان دولتی که برای حمایت اعتباری از پروژه ضروری هستند، منعقد می‌شود.

۳- بازپرداخت وام‌های اعطایی به پروژه، از طریق جریان نقدینگی پروژه به صورتی که در قراردادهای تشکیل‌دهنده یا به نحوی که در برآورد درآمدها پیش‌بینی می‌شود، صورت می‌گیرد.^{۳۷} علی‌الاصول قراردادهای اعطای وام با شرکت پروژه و براساس تجارب آن در زمینه اجرای پروژه منعقد می‌گردد. وام‌دهندگان بطور ابتدایی

³⁵ *Ibid*, p. 197.

³⁶ Project Finance.

³⁷ Guidelines, *op. cit.*, p. 181.

برای کم کردن خطرات مربوط به عدم پرداخت، به قابلیت‌های اجرایی پروژه و نیز تضمین‌های موجود در پروژه اطمینان می‌کنند. ضمانت اجرای این قراردادها و قابلیت اعتماد به آنها، اهمیت بیشتری نسبت به ارزش سهام و دارایی‌های سهامداران پروژه دارد. همچنین زمان‌بندی برای تأمین مالی نیز اهمیت فراوانی جهت اجرای مناسب پروژه دارد.

مبحث پنجم - قرارداد خرید محصول^{۳۸}

همانطور که گفته شد، منبع درآمد شرکت پروژه و استهلاک سود و هزینه‌ها از محل عرضه و فروش محصول یا خدماتی خواهد بود که در نتیجه اجرای پروژه ایجاد می‌شوند. در پروژه‌های زیربنایی که موضوع عمده پروژه‌های بی.او.تی. هستند، دو نوع عمده از دریافت‌کنندگان کالا و خدمات را می‌توان شناسایی کرد. گروه اول، مصرف‌کنندگان غیرمعین و گروه دوم، گروهی مشخص از مصرف‌کنندگان اعم از دولت یا مصرف‌کنندگان مشخص نمونه بارز پروژه‌هایی که دارای مصرف‌کنندگان غیرمعین هستند، بزرگراه‌های مشمول عوارض می‌باشند. مشتریان شرکت پروژه اشخاص غیرمعین می‌باشند و درآمد پروژه در وهله اول، منوط به کامل بودن طرح و مطالعات دقیق اولیه می‌باشد. در این حالت رابطه قراردادی مکتوبی بین شرکت پروژه و مصرف‌کنندگان منعقد نمی‌گردد و اصل بر این است که ضوابط دولت میزبان در رابطه با نرخ‌گذاری تعیین‌کننده می‌باشد. بدیهی است در صورت عدم کفاف درآمد‌های پروژه خطر این امر توسط شرکت پروژه تقبل می‌شود و این نرخ‌گذاری معقول توسط دولت میزبان است که شرکت پروژه را ترغیب به قبول چنین ریسکهایی می‌نماید. اما در جایی که پروژه تولیداتی را در بردارد همچون یک نیروگاه، مصرف‌کنندگان ممکن است دولت میزبان، شرکتهای دیگر یا سایر خریداران تولیدات باشند.^{۳۹} در اینصورت نوعی از تضمین، جهت ارائه اطمینان به شرکت پروژه، در خصوص درآمدزایی تأسیسات ارائه می‌شود. توافق خرید انرژی^{۴۰} از عمده این نمونه‌هاست.

³⁸ Off-Take Agreement

³⁹ *Ibid*, p. 214.

⁴⁰ Power Purchase Agreement.

یک قرارداد خرید انرژی یا نیرو بر مبنای خرید تضمینی محصولات، تعهد بدون قید و شرط پرداخت ثمن در ازای دریافت حجم معینی از انرژی (به عنوان مثال الکتريسيته) می‌باشد^{۴۱}، خواه خریدار از آن استفاده کند یا نه. به عبارت دیگر این امر تعهدی به عهده خریدار می‌باشد که، در مقابل قابلیت و فعلیت موجود و بالقوه دستگاه مولد نیرو، ثمن مشخص را پرداخت نماید.^{۴۲}

در این قرارداد معمولاً شرکت باید حداکثر تا قبل از تاریخ بهره‌برداري تجاري^{۴۳} مندرج در قرارداد، ظرفیت قراردادی هر واحد را در دسترس خریدار قرار دهد و انرژی تولیدی را تحویل نماید. تعهد پرداخت حق‌الزحمه بابت ظرفیت تولیدی در دسترس و انرژی تولیدی نیز، از جمله وظایف خریدار است. در این تعهد خریدار ملزم می‌گردد، ماهانه تعرفه‌ای بابت ظرفیت در دسترس و برق تولید شده توسط نیروگاه پرداخت نماید.

مبحث ششم - قراردادهای فرعی

الف - قراردادهای بیمه

یکی از موضوعات مهم در اجرای پروژه‌های صنعتی با توجه به ریسک بالای بروز حوادث، تعیین حدود مسؤولیت کارفرما و پیمانکار، برای بیمه عملیات و همچنین تجهیزات و لوازم مورد استفاده است. البته انواع گوناگون بیمه‌های موجود ریسکهای بسیاری را تحت پوشش قرار می‌دهد، به نحوی که امروزه کمتر خطر و تهدیدی را می‌توان یافت که از شمول بیمه خارج باشد. علیرغم تنوع بسیار، قراردادهای بیمه در چند مقوله و تقسیم‌بندی کلی قرار می‌گیرند. قراردادهای بیمه براساس طبیعت تعهدات قراردادی بین بیمه‌گر و بیمه‌گذار، به بیمه خسارات و بیمه اشخاص تقسیم می‌شوند. بیمه‌های اشخاص معمولاً ارتباطی به میزان دارایی بیمه‌گذار و کسر دارایی وی در پی بروز خطر موضوع بیمه ندارند و طبق آنها بیمه‌گر متعهد می‌شود، در صورت بروز حادثه مبلغ مشخصی را به بیمه‌گذار یا ذینفع بیمه بپردازد. بیمه خسارات بر اصل جریان خسارات استوار است. مطابق این اصل ذینفع بیمه در هیچ

⁴¹ Take or pay contract.

⁴² *Ibid.*, p. 62.

⁴³ Commercial Operation Date (COD).

مورد نمی‌تواند بیش از خسارات وارده مبلغی دریافت نماید و بدین نحو بیمه موجب افزایش دارایی نمی‌شود. این بیمه تضمین‌کننده سطح دارایی، به واسطه ترمیم کسر دارایی مثبت و پرداخت ما به ازای افزایش دارایی منفی بیمه‌گذار است. بیمه خسارات، به دو بخش عمده بیمه اموال و بیمه مسؤلیت تقسیم می‌شود.^{۴۴}

ب- قراردادهای مشاوره^{۴۵}

در صورتی که دولت میزبان با مشکل فقدان متخصص داخلی در زمینه تمهیدات قراردادهای بی.او.تی. و مسائل مرتبط مواجه باشد، ناگزیر از استخدام مشاوران خارجی به منظور تعریف پروژه و تهیه پیشنهادهای اولیه است. در اینصورت از جانب دولت میزبان، قرارداد مشاوران جزء اولین قراردادها می‌باشد.

سه نوع متخصص معمولاً مورد نیاز خواهند بود: متخصصان فنی در بخشهای مرتبط صنعتی (به عنوان مثال نیرو، بندر، جاده‌ها، ارتباطات راه دور). مشاوران مالی به منظور اطلاع از منابع بالقوه سرمایه، ساختار مالی و اقتصادی، سرمایه‌های خارجی بازار سرمایه، مطالعات مقدماتی و سایر مسائلی که وام‌دهندگان به عنوان قسمتی از مجموعه قراردادهای امنیتی نیاز دارند. مشاوران حقوقی، به منظور ارائه مشاوره در تنظیم چارچوب حقوقی پروژه بی.او.تی.، تهیه پیش‌نویسها و اسناد نظارتی لازم و همچنین پایه‌ریزی اسناد قراردادی و نظارت بر تنظیم ضمانتنامه‌های پروژه.

گفتار سوم- قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی

همانطور که بیان شد بی.او.تی. یکی از شیوه‌های جذب سرمایه‌های خارجی و هدایت آن به سوی پروژه‌های زیربنایی می‌باشد. کسب موفقیت در جذب سرمایه‌های خارجی و تحصیل بهترین نتیجه از آن، نیازمند سیاستهای مناسب ملی است. بسیاری از کشورها برای سرمایه‌گذارانی که از این شیوه استفاده می‌نمایند، تسهیلات خاصی قائل شده‌اند. لذا شرکتها و سرمایه‌گذاران خارجی تمایل پیدا

^{۴۴} ایرج بابایی، حقوق بیمه، تهران، انتشارات سمت، چاپ اول، ۱۳۸۲، صص ۲۴-۲۵.

^{۴۵} Security Package.

کرده‌اند تا در پروژه‌های زیربنایی بی.او.تی. سرمایه‌گذاری کنند. یکی از اینگونه تسهیلات، مشوقها و تسهیلات مالیاتی است. از آنجا که سرمایه‌گذاران به درآمد حاصل از سرمایه‌گذاری بعد از کسر مالیات توجه دارند تا درآمد مطلق لذا چنانچه ضریب مالیات در کشوری بالا باشد، انتقال سرمایه به آن کشور و سرمایه‌گذاری در آن محل، حتی اگر دارای بازده بالایی باشد کاهش خواهد یافت، چرا که موجب بالا رفتن هزینه واحد سرمایه می‌شود.^{۴۶}

برخی کشورها، با وضع معافیت‌های مالیاتی برای سرمایه‌گذاری به شیوه بی.او.تی.، زمینه جذب سرمایه به این روش را تسهیل نموده‌اند. به عنوان مثال پروژه‌های بی.او.تی. در ویتنام برای چهار سال اول از پرداخت مالیات معاف هستند و در چهار سال دوم از پرداخت پنجاه درصد مالیات معاف می‌باشند. نرخ مالیات ده درصد برای درآمد کنسرسیوم (شرکت پروژه) منظور شده است و کنسرسیوم کاملاً از پرداخت مالیات تحویل و تحول پروژه معاف است.^{۴۷}

مشوقها و تسهیلات مالی، دسته دیگری از تسهیلاتی هستند که موجب سرمایه‌گذاری به شیوه بی.او.تی. می‌شوند. ارائه کمک‌های مالی مستقیم و غیرمستقیم دولت به شرکت پروژه، مانند عرضه زمین یا ساختمان^{۴۸}، پرداخت وام، تضمین وام‌های اخذ شده، تأمین بخشی از سرمایه، پرداخت یارانه برای کارگران یا برای تأمین سوخت و... از جمله این مشوقها هستند.

دسته‌ای دیگر از تسهیلات، مشوقها و تسهیلات غیرمالی هستند که شامل تضمین خرید محصولات، تضمین نرخ محصولات، برقراری سیاست‌های گمرکی، الزام شرکت‌های دولتی به خرید محصولات پروژه بی.او.تی. و... می‌شود. در همین

^{۴۶} احمدرضا انصاری، سرمایه‌های فیزیکی خارجی و روشهای جذب آن، تهران، معاونت امور اقتصادی وزارت امور اقتصادی و دارایی، چاپ اول، ۱۳۷۴، ص ۲۷.

^{۴۷} visit the site: www.vietnamese-law-consultancy.com

^{۴۸} در خصوص تملک زمین توسط سرمایه‌گذار خارجی، قسمت اخیر تبصره ماده ۲ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی مقرر می‌دارد: «تملك هر نوع زمین به هر میزان به نام سرمایه‌گذار خارجی در چارچوب این قانون مجاز نمی‌باشد». به منظور تعدیل این ماده و ارائه راهکاری برای امکان تملک زمین، بر اساس ماده ۳۴ آئین‌نامه اجرایی قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی «در مواردی که انجام سرمایه‌گذاری خارجی منجر به تشکیل شرکت ایرانی گردد، تملک زمین به نام شرکت متناسب با طرح سرمایه‌گذاری، به تشخیص سازمان مجاز می‌باشد».

خصوص ماده ۱ قانون شماره ۷۷۱۸ فیلیپین^{۴۹} در توصیف سیاست دولت در خصوص سرمایه‌گذاری خارجی مقرر داشته است که «چنین مشوقهایی (غیرمالی) در کنار انگیزه‌های مالی که توسط قانون فراهم می‌شود، باید فضای حکمرانی حداقلی دولت و تشریفات مرتبط با آن را فراهم آوردند و تضمینات خاص دولت در حمایت از بخش خصوصی را منجر شوند».

در ایران قانون خاصی در خصوص سرمایه‌گذاری به روش بی.او.تی. وجود ندارد و صرفاً قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۱ که به بیان قواعد کلی در خصوص سرمایه‌گذاری خارجی می‌پردازد، برای اولین بار به روش «ساخت، بهره‌برداری و واگذاری» اشاره نموده است. مطابق بند «ب» ماده ۳ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی، فقط سرمایه‌گذاری‌هایی در قالب بی.او.تی. حمایت می‌شوند، 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».^{۵۰}

بیشترین تسهیلاتی که در این قانون و آئین‌نامه آن برای سرمایه‌گذار خارجی در نظر گرفته شده است، تسهیلات غیرمالی است. صرف نظر از تسهیلاتی که برای کلیه انواع سرمایه‌گذاری‌های مورد حمایت قانون در نظر گرفته شده است، تسهیلات خاصی نیز برای سرمایه‌گذاری به شیوه بی.او.تی. وجود دارد که به آنها بطور خاص در ماده ۴ آئین‌نامه اجرایی اشاره شده است. لیکن بطور پراکنده در مواد دیگر نیز حمایت‌هایی به چشم می‌خورد که در این جا به بررسی مواد مرتبط می‌پردازیم.

۱- براساس تبصره بند «ب» ماده ۳ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی: مادام که سرمایه 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.

مطابق این تبصره قانونگذار برای سرمایه‌گذار، اطمینان خاطر ایجاد کرده که تا

⁴⁹ The Philippine BOT Law. Visit the site: www.botcenter.gov.ph

⁵⁰ چنین مقرره‌ای در ماده ۲۳ قانون سرمایه‌گذاری خارجی چین به شیوه بی.او.تی. نیز پیش‌بینی شده است.

زمانی که اصل سرمایه و سود مترتب بر آن را از درآمد دوره بهره‌برداری استیفا ننماید، همچنان مجاز به اعمال حق مالکانه‌اش نسبت به سهم سرمایه باقی مانده باشد. اولین نکته‌ای که در این ماده جلب نظر می‌نماید، کلمه «روشها» است که در ابتدای این بند به کار رفته است. در صورتی که کلمه «روش» عالمانه به صورت جمع به کار گرفته شده باشد، می‌توان از آن استنباط نمود که سایر شیوه‌های مشابه بی.او.تی، از جمله بی.او.او، بی.تی.او و غیره نیز مد نظر قانونگذار بوده‌اند. همچنین با توجه به عبارت «نسبت به سهم سرمایه باقی مانده»، به نظر می‌رسد قانونگذار بطور ضمنی به واگذاری تدریجی پروژه در دوران بهره‌برداری اشاره نموده است.

اما در حالی که از شیوه بی.او.تی. سخن به میان آمده، منظور از اعمال حق مالکانه چه می‌باشد؟ درست است که اصل سرمایه متعلق به سرمایه‌گذار است ولی هنگامی که آن را وارد «بنگاه اقتصادی سرمایه‌پذیر»^{۵۱} نمود، سرمایه دیگر در مالکیت وی نمی‌باشد. بطور کلی اعمال حق مالکانه توسط سرمایه‌گذار پس از ساخت پروژه در شیوه بی.او.تی. جایگاهی ندارد. حقی که سرمایه‌گذار دارد، حقی شبیه حق انتفاع است نه حق مالکیت، و سرمایه‌گذار صرفاً امتیاز استفاده از درآمد پروژه را در مدت معین برای استهلاك اصل سرمایه و سودش را دارا می‌باشد.

استفاده از عبارت «اعمال حق مالکانه» به نوعی موجب اختلاط دو شیوه بی.او.تی. و بی.او.او. نیز می‌شود، چرا که در شیوه اخیر سرمایه‌گذار پس از ساخت پروژه، مالک آن می‌شود و سپس به بهره‌برداری از آن می‌پردازد. استفاده از عبارت «اعمال حق مالکانه» در شیوه بی.او.او. مانعی ندارد ولی در این مورد استفاده از این عبارت موجب ایجاد امکان تفاسیر متعددی می‌شود.

در دفاع از این عبارت می‌توان گفت «حق مالکانه» به درستی در این ماده به کار گرفته شده، چرا که این عبارت از لحاظ معنی دقیقاً مطابق با «حق مالکیت» نمی‌باشد و حق انتفاع نیز یکی از مصادیق حق مالکانه است. ضمناً با توجه به عبارت «روشهای ساخت، بهره‌برداری و واگذاری» این تبصره شامل همه اقسام مشابه بی.او.تی. می‌شود و استفاده از این عبارت عام (اعمال حق مالکانه) صحیح می‌باشد و منصرف

^{۵۱} ماده ۱ آئین‌نامه اجرایی قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی: «بنگاه اقتصادی سرمایه‌پذیر: شرکت ایرانی جدید و یا موجود که سرمایه خارجی به یکی از روشهای مندرج در قانون، در آن به کار رفته باشد».

از برخی اقسام بی.اوتی. می باشد.

۲- اعمال تبعیض بین سرمایه‌گذاران داخلی و خارجی می‌تواند از عواملی تلقی شود که موجب کاهش تمایل سرمایه‌گذاران خارجی به سرمایه‌گذاری در کشورهایی شود که رفتار مساوی با اتباع خود و خارجیان ندارند. لذا مشخص نمودن وضعیت سرمایه‌گذاران خارجی دارای اهمیت می‌باشد.

بر اساس ماده ۸ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی، سرمایه‌گذاری‌های خارجی چه از طریق سرمایه‌گذاری مستقیم و چه در سه چارچوب مندرج در بند «ب» ماده ۳ صورت پذیرند، از کلیه حقوق، حمایتها و تسهیلاتی که سرمایه‌گذار داخلی از آنها برخوردار است، برخوردار خواهند بود و هیچ تبعیضی بین سرمایه‌گذاران داخلی و خارجی برقرار نمی‌باشد.

این ماده بطور مطلق قابل اجرا نمی‌باشد و با قیودی^{۵۲} مواجه است اما در ایجاد انگیزه برای سرمایه‌گذار خارجی بسیار مهم است، چرا که امکان رقابت بین طرفهای داخلی و خارجی را فراهم می‌آورد. در صورت فقدان این امر به عنوان مثال یارانهای که به سرمایه‌گذار داخلی پرداخت می‌شود و تأثیر آن بر قیمت نهایی محصولات یا خدمات، موجب می‌شود سرمایه‌گذار خارجی توان رقابت با سرمایه‌گذار داخلی را نداشته باشد. این ماده با توجه به اینکه خاص مؤخر است، قوانین مقدمی را که تسهیلات خاصی برای سرمایه‌گذار داخلی پیش‌بینی نموده بودند تخصیص می‌زند و همان حمایتها و مزایا را برای سرمایه‌گذار خارجی مقرر می‌نماید. چه در غیر اینصورت انگیزه‌ای برای سرمایه‌گذار خارجی باقی نمی‌ماند، و سرمایه‌گذار اصلی‌ترین انگیزه خود یعنی سود و بازدهی مورد انتظار در بازار داخلی کشور سرمایه‌پذیر را از دست می‌دهد.

۳- ملی شدن بزرگ‌ترین تهدید برای سرمایه‌گذاران خارجی محسوب می‌شود. در حال حاضر بطور کلی پذیرفته شده که یک کشور حق دارد اموال خارجیان را ملی نماید مشروط بر اینکه موارد استثناء و شرایط مقرر را رعایت نماید. حق دولت برای سلب مالکیت اموال خصوصی نیز، استثنائی بر اصل محترم بودن مالکیت خصوصی

^{۵۲} یکی از این قیود عدم امکان تملک هر نوع زمین به هر میزان به نام سرمایه‌گذار خارجی است که، بر اساس قانون مربوط به تملک اموال غیرمنقول اتباع خارجی مصوب ۱۳۱۰/۳/۲۶ مقرر شده است و تبصره ماده ۲ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی نیز آن را تأیید کرده است.

است که فقط به لحاظ تقدم مصلحت عمومی جامعه بر منفعت فردی پذیرفته شده است. بنابراین اختیار دولتها برای سلب مالکیت از اموال خصوصی بی‌حد و حصر نیست، بلکه برای مشروعیت و قانونی بودن آن وجود شرایطی لازم است. اگر معیارهای یک سلب مالکیت مشروع اعمال نشوند و سرمایه‌گذاران در قبال خطر سلب مالکیت و ملی شدن حمایت نشوند، انگیزه لازم برای ورود سرمایه به کشورهای در حال توسعه (که به منظور انجام اصلاحات سیاسی و اقتصادی، مورد ملی شدن و سلب مالکیت اموال خارجیان، در آن کشورها بیشتر به چشم می‌خورد) را نخواهند داشت. سرمایه‌گذار باید مطمئن شود در صورتی که سرمایه‌اش با خطر ملی شدن مواجه شود، تضمینات مناسبی را در اختیار دارد. بدین منظور ماده ۹ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی مقرر می‌دارد: «سرمایه‌گذاری خارجی مورد سلب مالکیت و ملی شدن قرار نخواهد گرفت مگر برای منافع عمومی، به موجب فرآیند قانونی، به روش غیرتبعیض‌آمیز و در مقابل پرداخت مناسب غرامت به مأخذ ارزش واقعی آن سرمایه‌گذاری بلافاصله قبل از سلب مالکیت».

معیارهای شمرده شده در این ماده، معیارهایی هستند که در بسیاری از آراء دیوانهای داوری و قضائی بین‌المللی و همچنین نظرات نویسندگان حقوق بین‌الملل، در خصوص چگونگی تشخیص سلب مالکیت‌های قانونی از غیرقانونی برشمرده شده‌اند. به نظر می‌رسد قانونگذار در این ماده تضمینات مناسب و کافی برای سلب مالکیت مقرر نموده است، چرا که مطابق متن ماده، غرامت مناسب به مأخذ ارزش واقعی سرمایه‌گذاری، بلافاصله قبل از سلب مالکیت به سرمایه‌گذار پرداخت می‌شود. ضمناً چنانچه غرامت پرداخت شده، از نظر دولت مناسب بود، لیکن کلیه خسارات سرمایه‌گذار را پوشش ندهد، با پیش‌بینی تبصره ۱، این مشکل نیز قابل حل خواهد بود «تقاضای جبران خسارات وارده باید حداکثر در مدت یکسال پس از سلب مالکیت یا ملی شدن به هیأت تسلیم شود. همچنین در صورتی که اختلافاتی ناشی از سلب مالکیت یا ملی شدن بروز نماید، دادگاههای داخلی مرجع حل و فصل اختلافات خواهند بود مگر آنکه در موافقتنامه دو جانبه سرمایه‌گذاری منعقد با دولت متبوع سرمایه‌گذار خارجی، در مورد شیوه دیگری از حل و فصل اختلافات توافق شده باشد. (ماده ۱۹ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی).

۴- اغلب وامها و استقراضهای صورت گرفته برای تأمین مالی پروژه بی.او.تی. با ارز خارجی صورت می‌گیرند و طبعاً وام‌دهندگان انتظار دارند که بازپرداخت وامشان با همان ارز خارجی صورت بگیرد. از اینرو متعهدین خارجی و وام‌دهندگان، نیازمند این هستند که دولت تضمیناتی در خصوص تأمین ارز مورد نیازشان فراهم نماید. اجازه خروج اصل سرمایه و سود آن و تأمین ارز مورد نیاز، مشوق دیگر قانون می‌باشد. در صورتی که سرمایه‌گذار تمایل به خروج اصل سرمایه و منافع آن یا آنچه از اصل سرمایه باقیمانده از کشور داشته باشد.

ابتدا باید پیش آگهی سه ماهه‌ای به هیأت سرمایه‌گذاری بدهد. بعد از انجام کلیه تعهدات و پرداخت کسور قانونی و تصویب هیأت سرمایه‌گذاری، در صورت تأیید وزیر امور اقتصادی و دارایی، سرمایه و منافع مورد نظر قابل انتقال به خارج از کشور خواهند بود. سود سرمایه‌گذاری خارجی نیز به همین ترتیب، بدون نیاز به پیش آگهی و پس از کسر مالیات و عوارض و اندوخته‌های قانونی قابل انتقال خواهد بود. (مواد ۱۳ و ۱۴ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی).

البته موارد دیگری نیز به همین ترتیب قابل انتقال به خارج از کشور هستند، مانند پرداختهای مربوط به اقساط اصل تسهیلات مالی سرمایه‌گذاران خارجی و هزینه‌های مربوطه، قراردادهای حق اختراع، دانش فنی، کمکهای فنی و مهندسی، اسامی و علائم تجاری، مدیریت و قراردادهای مشابه در چارچوب سرمایه‌گذاری خارجی. مطابق ماده ۱۶، کلیه این انتقالات با رعایت مفاد بند «ب» ماده ۳ قابل انجام هستند.

ماده ۱۷ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی در خصوص نحوه تأمین ارز برای انتقالات فوق‌الذکر چنین مقرر داشته است: «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 بکار 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.

این مقرره، نسبت به مقررات گذشته که سختگیری‌های فراوانی در خروج ارز از کشور داشتند، گام مثبتی است و موجب کاهش نگرانی سرمایه‌گذاران در خصوص

امکان خروج سرمایه‌هایشان از کشور به صورت ارز می‌باشد.

مطابق تبصره ۲ این ماده «در مورد سرمایه‌گذاری‌های موضوع ماده ۳ چنانچه وضع قوانین یا مصوبات دولت، موجب ممنوعیت یا توقف اجرای موافقتنامه‌های مالی پذیرفته شده در چارچوب این قانون شود، زیان حاصل حداکثر تا سقف اقساط سررسید شده توسط دولت تأمین و پرداخت می‌گردد. حدود تعهدات قابل پذیرش توسط هیأت وزیران در چارچوب این قانون به تصویب می‌رسد». این تبصره به منظور حمایت سرمایه‌گذار، در مقابل اعمال حاکمیت دولت به معنی عام وضع شده است. اعمال حاکمیتی که ممکن است از طریق وضع قوانین توسط قوه مقننه و یا وضع مصوبات توسط قوه مجریه اعمال شود.

معمولاً تبصره یک ماده در توضیح، تفسیر یا ورود تخصیص بر آن ماده وضع می‌شود. در حالی که با توجه به مفاد ماده ۱۷ که به روشهای تأمین ارز برای انتقال سرمایه، سود یا اقساط مربوط به تسهیلات مالی می‌پردازد، مشخص نیست که جایگاه تبصره ۲ در ارتباط با این ماده چه می‌باشد. اما فارغ از ایراد شکلی فوق، منظور از «موافقتنامه‌های مالی پذیرفته شده» چه موافقتنامه‌هایی می‌باشد و طرفین آن چه کسانی هستند؟ مناسب بود قانونگذار این مورد را تبیین می‌نمود. ضمناً سرمایه‌گذار برای رسیدن به حق خود پروسه طولانی را در پیش رو دارد و آن تصویب تعهدات قابل پذیرش توسط هیأت وزیران است.

همچنین سؤال دیگری مطرح می‌شود. آیا «سقف اقساط سررسید شده» همواره تکافوی ضررهای سرمایه‌گذار را می‌نماید یا خیر سقف تعیین شده امنیت سرمایه‌گذاری را با مخاطره مواجه می‌سازد و بر ریسک سرمایه‌گذاری می‌افزاید؟ مقرر مشابیهی در ماده ۷ قانون اصلاحی سرمایه‌گذاری خارجی فیلیپین وجود دارد. مطابق این ماده در صورت فسخ یک طرفه قرارداد توسط دولت یا اقاله قرارداد، دولت موظف است کلیه هزینه‌های واقعی که در پروژه صرف شده‌اند، به علاوه نرخ معقولی از سود مترتب بر آن را که از نرخ تصریح شده در قرارداد بیشتر نباشد از روز فسخ، خاتمه یا انفساخ قرارداد، پرداخت نماید.

امکان دیگری که ماده ۱۷ فراهم نموده این است که اگر مجوز سرمایه‌گذاری معطوف به بندهای «ب» و «ج» باشد مجوز سرمایه‌گذاری به منزله مجوز صادرات تلقی می‌گردد و لذا سرمایه‌گذار از طی پروسه طولانی اخذ مجوز صادرات معاف

می‌شود. در همین خصوص ماده ۲۰ قانون سرمایه‌گذاری خارجی چنین به روش بی.اوتی. نیز پیش‌بینی نموده است: «دولت موظف است قابلیت تبدیل و انتقال ارز خارجی مورد نیاز برای بازگرداندن اصل و سود وامها و پرداخت سهم شرکت پروژه به کشورهای خارجی را تضمین نماید».

۵- بند «الف» ویژگی‌ها و تسهیلات مشترک را پیش‌بینی نموده است. در شماره ۲ این بند مقرر شده است «ورود سرمایه نقدی و غیرنقدی خارجی صرفاً براساس مجوز سرمایه‌گذاری انجام می‌گیرد و به مجوز دیگری نیاز نیست. این بند جهت کاهش بوروکراسی اداری و موانع پیش روی سرمایه‌گذار وضع شده است که منطقی به نظر می‌رسد. همچنین تجمع نمایندگان کلیه دستگاه‌های ذیربط در یک مکان، گام مثبتی جهت تسهیل و تسریع امور مربوط به پذیرش سرمایه‌گذاری خارجی می‌باشد. مطابق شماره ۳ این بند «حجم سرمایه‌گذاری خارجی در هر مورد تابع هیچگونه محدودیتی نیست». مسلماً این بند در مواردی به نفع کشور سرمایه‌پذیر است ولی اگر امکان رقابت صنایع داخلی را از بین ببرد کشور میزبان با مشکل مواجه می‌شود. البته این بند با توجه به بند «د» ماده ۲ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی که برای ارزش کالا و خدمات تولیدی حاصل از سرمایه‌گذاری خارجی سقف تعیین شده است تفسیر می‌شود. این سقف معادل ۲۵ درصد در هر بخش اقتصادی و ۳۵ درصد در هر رشته از نسبت سهم ارزش کالا و خدمات تولیدی حاصل از سرمایه‌گذاری خارجی، به ارزش کالا و خدمات عرضه شده در بازار داخلی در زمان صدور مجوز می‌باشد. سقف تعیین شده در این ماده در صورت ارزیابی، سقف حجم سرمایه‌گذاری خارجی را نیز تعیین می‌نماید. البته سرمایه‌گذاری خارجی جهت تولید کالا و خدمات برای صدور به خارج از کشور به جز نفت خام از این نسبتها معاف است.

شماره ۶ این بند مقرر می‌دارد: «آزادی صادرات کالای تولیدی بنگاه اقتصادی سرمایه‌پذیر تضمین شده و در صورت ممنوعیت صادرات، کالای تولیدی در داخل به فروش رسیده و حاصل آن به صورت ارز از طریق شبکه پول رسمی کشور قابل انتقال به خارج می‌باشد».

در صدر ماده آزادی صادرات تضمین شده، اما در انتهایش نقض غرض گردیده و چیز دیگری عنوان شده است. این شیوه تصویب آئین‌نامه موجب می‌شود

سرمایه‌گذار نتواند وضعیت خود را به درستی ارزیابی نماید. آیا بر درآمد ناشی از صادرات حساب کند یا خیر؟ بازارهای داخلی و خارجی یکسان نیستند که درآمد حاصل از آنها قابل مقایسه باشد. لذا هرچند در قسمت اخیر این شماره برای جبران ممنوعیت صادرات، خروج ارز حاصل از فروش محصول در داخل کشور پیش‌بینی شده است، لیکن این مسأله موجب سردرگمی سرمایه‌گذار و عدم امکان ارزیابی دقیق درآمد حاصله می‌شود.

بند «ب» این ماده ویژگی‌های و تسهیلات خاصی برای سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی بطور جداگانه و همچنین سرمایه‌گذاری در چارچوب ترتیبات قراردادی مقرر نموده است. در قسمت دوم این بند که مرتبط با سرمایه‌گذاری در چارچوب ترتیبات قراردادی است، دو ویژگی پیش‌بینی شده است که شماره ۱-۲ آن تکرار تبصره ۲ ماده ۱۷ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی می‌باشد. اما در شماره ۲-۲ آن پیش‌بینی شده است: «در روشهای ساخت، بهره‌برداری و واگذاری و مشارکت مدنی خرید کالا و خدمات تولیدی طرح مورد سرمایه‌گذاری توسط دستگاه دولتی طرف قرارداد در مواردی که دستگاه دولتی خریدار انحصاری و یا عرضه‌کننده کالا و خدمات تولیدی به قیمت یارانه‌ای باشد، در چارچوب مقررات قانونی تعیین می‌شود».

در این بند در واقع به قراردادهای "Take or pay" اشاره شده است. در پروژه‌های زیربنایی که امکان خرید محصولات پروژه توسط بخش خصوصی وجود ندارد و یا این امکان به دلیل مقررات خاص دولت در خصوص نظارت بر چگونگی توزیع محصول یا خدمت منتفی می‌باشد و یا اینکه توزیع محصول تولیدی توسط بخش خصوصی فقط با قیمت بالایی ممکن است که موجبات نارضایتی مردم را فراهم می‌نماید و محصول تولیدی در گذشته همواره با یارانه دولتی توزیع می‌شده، این تضمین انگیزه مناسبی برای سرمایه‌گذار ایجاد می‌نماید و با خیال آسوده‌ای نسبت به درآمد پروژه مبادرت به سرمایه‌گذاری می‌نماید.

البته دولت نیز باید با حسن نیت مبادرت به خرید محصول با قیمت عادلانه روز نماید و هنگام برقراری تضمین با توسل به عباراتی چون «در چارچوب مقررات قانونی» به کمترین قیمت ممکن خرید کالا و یا خدمات را تضمین ننماید، چرا که در اینصورت موجب کم‌رنگ شدن اثر حمایتی این مقرره و کاهش اعتماد سرمایه‌گذاران

می‌شود. در این راستا، اخیراً آئین‌نامه‌ای با عنوان «آئین‌نامه اجرایی شرایط و تضمین خرید برق موضوع بند «ب» ماده ۲۵ قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران»، به تصویب هیأت وزیران رسیده است.

نتیجه

افزایش آگاهی در خصوص ساختار پروژه‌های بی.اوتی. به شناسایی نقش دولت میزبان، شرکت پروژه و قراردادهای درگیر در یک پروژه بی.اوتی. بستگی دارد. در شرکت پروژه نوع و نحوه ارتباط و مشارکت سهامداران با یکدیگر، ماهیت حقوقی شرکت پروژه، تعهدات شرکت در مقابل دولت میزبان و تأمین‌کنندگان مالی پروژه، از اهمیت خاصی برخوردار است.

موافقتنامه پروژه یا قرارداد امتیاز، اساس و مبنای حقوق و تعهدات دولت و شرکت پروژه در مقابل یکدیگر محسوب می‌شود. شروط اساسی برای ساخت، نگهداری، بهره‌برداری و نهایتاً انتقال پروژه و تمهید مقدمات فاینانس پروژه که یکی از مهمترین ارکان یک پروژه می‌باشد، در این موافقتنامه صورت می‌گیرد. تنظیم چارچوب دقیقی برای این موافقتنامه از اثرات مشکلات محتمل‌الوقوعی که در پروژه‌های طولانی مدت به وجود می‌آیند خواهد کاست؛ لذا بررسی جوانب حقوقی و مالی آن از اهمیت به‌سزایی برخوردار است.

مجموعه قراردادهای پروژه که در واقع اهرمهای اجرایی موافقتنامه پروژه می‌باشند، علاوه بر اینکه از یکدیگر مجزا می‌باشند، باید کاملاً با یکدیگر هماهنگ بوده و یک هدف واحد را، یعنی اتمام پروژه بر اساس برنامه زمان‌بندی شده و شروع مرحله بهره‌برداری از آن و ایفای تعهدات شرکت پروژه از جمله در مقابل تأمین‌کنندگان مالی و وام‌دهندگان، دنبال نمایند. در تمام این قراردادها نحوه و چگونگی ایفای تعهدات شرکت پروژه و دولت میزبان علاوه بر نقش طرفهای قراردادی، در اجرای موفق آن حیاتی می‌باشد.

اجرای موفق یک پروژه بی.اوتی. در کشور ما به ترسیم دقیق ساختار آن و ارتباط اجزاء آن با یکدیگر وابسته است و این امر محقق نمی‌شود، مگر اطلاعات خود را در این زمینه افزایش داده و تدابیر لازم برای آموزش نیروهای داخلی در کلیه مراحل پروژه از جمله طراحی، ساخت، بهره‌برداری و انتقال تکنولوژی، اتخاذ

نمائیم. موانع مالی، اقتصادی، حقوقی و سیاسی باید شناسایی شوند و جهت رفع این موانع اقدام گردد. ریسک بالای سیاسی و اقتصادی در ایران علاوه بر تعدد مراجع تصمیم‌گیرنده و عدم قطعیت قراردادها حتی پس از انعقاد، همواره جزء دغدغه‌های اصلی سرمایه‌گذاران بوده است. ترس از ملی شدن و سلب مالکیت اموال، ضریب مالیاتی بالا برای سرمایه‌گذاران، امکان صدور دستور منع صادرات محصولات و یا خروج ارز، احتمال عدم دسترسی به مواد اولیه ضروری و سوخت خصوصاً در صورت انحصاری بودن عرضه آن در کشور و بسیاری موانع دیگر از جمله دغدغه‌های سرمایه‌گذاران می‌باشد که رفع هرکدام گام مثبتی جهت جذب سرمایه‌های خارجی می‌باشند.

استفاده از تجارب سایر کشورها خصوصاً کشورهایی که دارای مشابهتهای ساختاری در زمینه‌های حقوقی و مالی با دولت میزبان می‌باشند نیز از مناسب‌ترین راههای دستیابی به این مهم می‌باشد. لذا مطالعه تطبیقی و مبنایی در کشورهای موفق در اجرای پروژه‌های بی.او.تی. و تکمیل قوانین داخلی در اجرای مؤثر اینگونه پروژه‌ها کاملاً ضروری به نظر می‌رسد.

JOURNAL OF LEGAL RESEARCH

VOL. V, NO. 1

2006-1

Articles

- The Pros and Cons on Iran's Nuclear Rights: From IAEA Board of Governors to UN Security Council
- Formation of Contract at Cyberspace
- Applicable Law in Air Transport: Study of Fokker 28 and C-130 Crashes
- Prohibition of Islamic Headscarf in Europe from Human Rights Law Perspective
- Reparation for Damages Caused to Iran by Illegal Attacks of USA to the Iranian Oil Platforms

Special Issue: Investment Law in Iran

- Critical Analysis of Securities and Stock Exchange Act (2005) and Its Effects on Iranian Capital Market
- Study of Trade Related Investment Measures Agreement (TRIMs) and Legal Effects of Iran Accession to It
- Legal Aspects of Transferring Technology via Foreign Investment
- Foreign Investment in Context of B.O.T. Contracts and the Iranian Foreign Investment Promotion and Protection Act
- Investment Compensation Scheme in EU Law

Critique and Presentation

- Expediency of the General Board of the Supreme Court in Referring Juvenile Delinquency to County Criminal Courts
- Legal Context of 1696 Security Council Resolution on Iran's Nuclear Programme
- Universal Monitoring on Compliance with Human Rights: From UN Human Rights Commission to Council of Human Rights



S. D. I. L.

The S.D. Institute of Law

Research & Study