

دکتر منوچهر توسلی جهرمی *

قراردادهای بین‌المللی ساخت، بهره‌برداری و انتقال (BOT)

چکیده:

قراردادهای موسوم به «بی.او.تی» یا ساخت، بهره‌برداری و انتقال با وجود آنکه مدت زیادی از ظهور آنها در عرصه سرمایه‌گذاری و تجارت بین‌الملل نمی‌گذرد، بلااستقبال بسیاری از کشورها به‌ویژه کشورهای جهان سوم روبه‌رو شده‌اند. این قالب بیشتر برای اجرای پروژه‌های عظیم و زیربنایی که نیازمند بودجه هنگفت است مورد استفاده قرار می‌گیرد. شناخت خصوصیات اصلی این روش سرمایه‌گذاری و آگاهی از ابعاد حقوقی آن موضوع مقاله حاضر را تشکیل می‌دهد. بدین منظور ابتدا به معرفی اجمالی این گونه قراردادهای و مزایای آن برای دولت میزبان پرداخته و سپس چگونگی اجرای یک پروژه «بی.او.تی»، انواع قراردادهای و اطراف درگیر در پروژه و ارتباط آنها مورد بررسی قرار گرفته است.

واژگان کلیدی:

سرمایه‌گذاری خارجی، تأمین مالی، ساخت، بهره‌برداری و نگهداری، انتقال مالکیت، شرکت پروژه، ریسک، تضمین وام.

مقدمه

حقوقدانان نمی‌توانند نسبت به تحولات بازرگانی بین‌المللی که در پیشرفت و توسعه کشورشان مؤثر بوده و نیازمند مدد گرفتن از دانش حقوقی است بی‌اعتنا و برکنار بمانند. سرمایه‌گذاری در امور زیربنایی به عنوان پیش‌نیاز و لازمه دستیابی به رشد اقتصادی و توسعه پایدار از جمله اولویت‌های هر کشور به‌ویژه ممالک در حال توسعه است. بدون داشتن زیرساخت‌های مناسب و کافی نظیر جاده و پل‌ها و بنادر و نیروگاه‌ها و ...، در راه پیشرفت و شکوفایی اقتصادی جز گام‌هایی لرزان نمی‌توان برداشت. غالباً در کشورهای جهان سوم کارهایی از این دست به لحاظ اهمیت‌شان در انحصار دولت بوده است، گذشته از اینکه به‌طور معمول اطمینان و جاذبه اقتصادی برای بخش خصوصی در این عرصه کمتر است. با توجه به هزینه‌های جاری کلان، پرداختن به سرمایه‌گذاری در بخش‌های زیربنایی که نیازمند بودجه‌های هنگفتی است چون باری بردوش دولت‌ها سنگینی می‌کند. این امر که مستلزم اسقراض و نیز کاستن و حذف بودجه‌های سایر امور تحت تصدی است، پیامدهای منفی فراوان به همراه داشته، کشورها را به صرافت استفاده از امکانات سرمایه‌گذاری‌های خصوصی انداخته است. روش تازه موسوم به BOT یکی از راهکارهای جذب سرمایه خصوصی (که عمدتاً سرمایه خارجی مد نظر می‌باشد) در فعالیت‌هایی مثل احداث فرودگاه، جاده و نیروگاه است.

کشورهایی مانند ترکیه، هند، تایوان و ... به‌طور فزاینده‌ای به استفاده از این روش روی آورده‌اند و در کشور ما نیز در قانون اخیرالتصویب تحت عنوان «قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی» آمده است:

«ماده ۳- سرمایه‌گذاری‌های خارجی که براساس مفاد این قانون

پذیرفته می‌شوند از تسهیلات و حمایت‌های این قانون برخوردارند. این

سرمایه‌گذاری‌ها به دو طریق زیر قابل پذیرش هستند:

الف - سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی در زمینه‌هایی که فعالیت بخش

خصوصی در آن مجاز می‌باشد.

ب - سرمایه‌گذاری خارجی در کلیه بخش‌ها، در چارچوب روش‌های

«مشارکت مدنی»، «بیع متقابل»، «ساخت، بهره‌برداری و واگذاری» که

برگشت سرمایه و منافع حاصله صرفاً از عملکرد اقتصادی طرح مورد

بانک‌ها نباشد.

تبصره ۱- مادام که سرمایه‌گذاری 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 باقی‌مانده بر بنگاه اقتصادی سرمایه‌پذیر توسط سرمایه‌گذار خارجی مجاز می‌باشد. همچنین در تبصره ۲ ماده ۲ آئین‌نامه اجرایی این قانون می‌خوانیم:

«در مورد سرمایه‌گذاری‌های خارجی در چارچوب روش‌های «ساخت، بهره‌برداری و واگذاری» در بخش‌ها و رشته‌هایی که قانوناً در اختیار بخش دولتی قرار دارد، اعمال حق مالکانه بر بنگاه سرمایه‌پذیر در دوره قرارداد توسط سرمایه‌گذار خارجی مجاز است. منظور از حق مالکانه حقی است که سرمایه‌گذار خارجی به اعتبار آن حسب مورد حق مالکیت بر اموال و اداره و بهره‌برداری از بنگاه سرمایه‌پذیر در دوره قرارداد را به دست می‌آورد و سرمایه‌گذار خارجی می‌تواند حقوق مکتسبه را با تأیید هیأت به دیگری واگذا نماید. انتقال حقوق مالکیت و یا بهره‌برداری، در این گونه سرمایه‌گذاری‌ها حسب مورد الزامی است.»

با عنایت به جدید بودن این رویه و کمبود نسبی اطلاعات و منابع در این زمینه کوشش کرده‌ایم ماهیت و خصوصیات اصلی این‌گونه قراردادها را هر چند به‌طور اجمال مورد کاوش قرار دهیم.

الف- «بی. او. تی» چیست؟

BOT کوتاه شده سه واژه Build, Operate and Transfer و یا Build, Own and Transfer به معنای «ساخت، بهره‌برداری و انتقال» و یا «ساخت، تملک و انتقال» است (۱) و به مراحل اصلی پروژه‌هایی که تحت این قالب به اجرا در می‌آیند اشاره دارد.

با وجود ساز و کار نسبتاً پیچیده، BOT مبنای ساده‌ای دارد. یک شرکت خصوصی با دولت یا مؤسسه عمومی توافق می‌کند که در یک پروژه زیر بنایی سرمایه‌گذاری نماید. روش کار بدین ترتیب است که شرکت مزبور (که آن را شرکت پروژه می‌نامیم و سرمایه‌گذاران سهامدار آن

بیست ساله که دوره امتیاز نامیده می‌شود مالک عین یا منافع آن بوده بهره‌برداری و نگهداری از آن را بر عهده دارد. در طول این مدت سرمایه و سود شرکت پروژه از محل فروش محصول یا اخذ عوارض مستهلک می‌گردد. در پایان دوره نیز غالباً مالکیت تأسیسات احداثی با کلیه لوازم آن به دولت یا مؤسسه طرف قرارداد انتقال می‌یابد.

برای تحقق هر یک از مراحل فوق شرایط و قالب‌های خاص و دقیقی تعبیه شده است که در این نوشتار بدان خواهیم پرداخت. در اینجا باید یادآور شویم که روش فوق الذکر می‌تواند با تغییراتی به اجرا درآید که با اسامی متفاوتی نامیده می‌شوند، از جمله:

BOO (Build, Own and Operate) ساخت، تملک و بهره‌برداری

BLT (Build, Lease and Transfer) ساخت، اجاره و انتقال

BTO (Build, Transfer and Operate) ساخت، انتقال و بهره‌برداری

طراحی، ساخت، تأمین مالی و بهره‌برداری

DBFO (Design, Build, Finance and Operate)

MOT (Modernize, Own and Transfer) نوسازی، تملک و انتقال

ROO (Rehabilitate, Own and Operate) بازسازی، تملک و بهره‌برداری

ROT (Rehabilitate, Own and Transfer) بازسازی، تملک و انتقال

چنانکه ملاحظه می‌شود برخی روش‌های فوق از حیث تقدم و تأخر زمانی مراحل اصلی اجرای پروژه با یکدیگر تفاوت دارند و در بعضی موارد انتقال مالکیت به‌عنوان یکی از اهداف تلقی نمی‌شود.

اگرچه بحث ما بر پروژه‌های «ساخت، بهره‌برداری و انتقال» متمرکز است، اما باید به‌خاطر داشت که روش‌های یاد شده تا حد زیادی از اصول و قواعد مشابه تبعیت می‌کنند.

شکل ۱ نمودار کلی عوامل درگیر در اجرای پروژه به روش فوق‌الذکر را بیان می‌دارد. در انتخاب روش BOT باید به این ساختار کلی توجه نموده و کلیه عوامل مذکور را در نظر داشت.

ب - مزایای استفاده از روش «بی.او.تی»

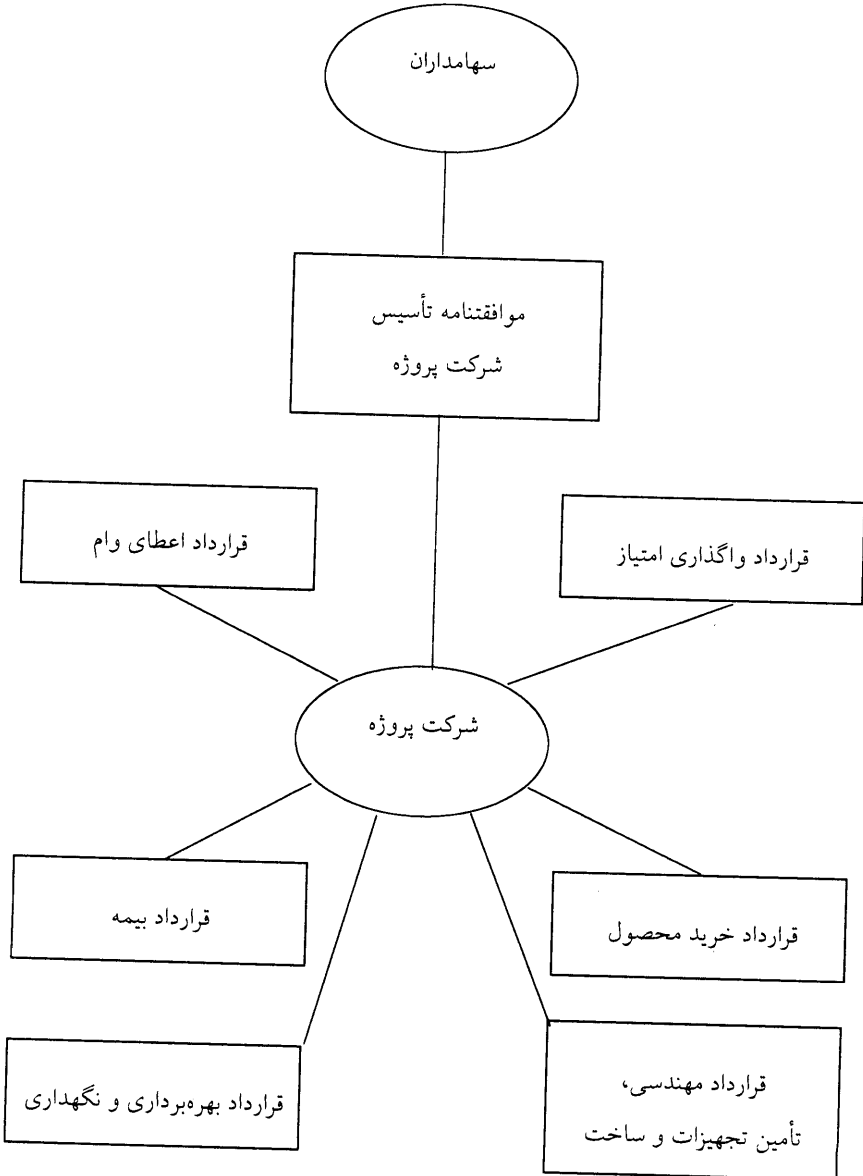
دولت و مؤسسات عمومی در به‌کارگیری این روش به‌منظور جلب سرمایه لازم برای اجرای طرح‌های بزرگ انگیزه‌های چندی می‌توانند داشته باشند. (۲) اولین و مهمترین مزیت آن است که

مسئولیت ساخت تأسیسات و همین‌طور بهره‌برداری و نگهداری از آنها به بخش خصوصی در تضمین بازده پروژه نقش به‌سزایی دارد. علاوه بر این، بهره‌گیری از سرمایه، امکانات و ابتکارات بخش خصوصی از یک‌سو کاهش هزینه‌های اجرایی و از سوی دیگر افزایش کارایی و نیز سرعت انجام کار را به دنبال خواهد داشت. استفاده از روش «بی.او.تی» زمینه مناسبی برای انتقال تکنولوژی و دانش فنی از کشورهای پیشرفته به ممالک در حال توسعه محسوب می‌شود. پیش‌بینی راهکارهای دقیق و کارآمد نظیر استفاده حداکثر از پیمانکاران داخلی و تجهیزات ساخت داخل همراه با آموزش افراد داخلی راه را برای جذب دانش فنی مربوطه هموار می‌سازد. البته باید به خاطر داشت که دقایق و ظرایف حقوقی در این مقوله از جمله نقش مالکیت‌های معنوی بحث جداگانه و مفصلی می‌طلبند. (۳)

حجم سرمایه‌گذاری که برای اجرای طرح‌های زیربنایی مورد نیاز است غالباً از عواملی است که دولت‌ها را به استفاده از روش «بی.او.تی» تشویق می‌کند. برای تأمین مالی این پروژه‌ها اکثر اوقات اخذ وام‌های کلان لازم می‌آید و در اینجاست که مؤسسات اعتباری بزرگ و با تجربه به منظور حصول اطمینان از بازگشت سرمایه و سود خویش، نظارت دقیق و کاملی را اعمال می‌کنند که همین امر عملی بودن پروژه و حسن اجرای آن را تضمین می‌نماید. از جمله مزایای یکی هم این است که بهره‌گیری از امکانات بخش خصوصی مستلزم خصوصی‌سازی مطلق و همه‌جانبه نیست و از نظر ملاحظات که برخی کشورها دارند، می‌توانند کنترل پروژه را در ید خویش باقی نگه داشته و آن را پس از مرحله ساخت و بهره‌برداری به خود منتقل نمایند.

با توجه به اینکه دوره بهره‌برداری در این‌گونه پروژه‌ها طولانی است و گاه پانزده الی بیست سال به طول می‌انجامد و به دلیل جدید بودن این روش می‌توان گفت هنوز به‌طور کامل امتحان خود را پس نداده است و قضاوت نهایی در مورد برتری‌ها و کاستی‌های این روش در مقایسه با سایر روش‌های سرمایه‌گذاری پس از بررسی نمونه‌های عملی ممکن خواهد بود. آنچه مسلم است شبکه روابط قراردادی و ویژگی‌های منحصر به فرد آن، لزوم بررسی و دقت در جنبه‌های حقوقی این روش را آشکار می‌سازد.

شکل ۱- نمودار یک پروژه BOT



ج - انواع رویکردهای قانونی

مراجع قانونی در کشورهای میزبان که به جلب سرمایه از طریق روش «بی.او.تی» روی

این رویکردها را به سه گونه موسع، مضیق و بینابین تقسیم نمود. در رویکرد موسع انعطاف بیشتری در قبال سرمایه‌گذاری خارجی به عمل آمده و بیشترین آزادی عمل برای عقد قرارداد و اجرای پروژه تأمین می‌شود. اما اگر دولت‌ها نگاه مضیق را برگزینند، با وضع مقرراتی سعی می‌کنند قواعد حاکم بر نحوه به‌کارگیری این روش را به‌طور دقیق تعیین نمایند. به عنوان مثال، پیش‌بینی موارد زیر حاکی از وضع مقررات مضیق برای سرمایه‌گذاری به روش «بی.او.تی» خواهد بود:

- تعیین ضوابط و استانداردهای ساخت، بهره‌برداری و نگهداری
 - حق استفاده از زمین، جاده و سایر تسهیلات لازم برای ساخت و راه‌اندازی پروژه
 - نظارت بر اجرای پروژه
 - لزوم استفاده از کالاهای ساخت داخل و یا پیمانکاران داخلی
 - اقدامات لازم برای انتقال تکنولوژی و آموزش افراد داخلی
 - نحوه انتقال پروژه
 - رعایت ضوابط زیست محیطی
 - حداکثر مدت مالکیت خصوصی بر پروژه
 - پرداخت مالیات، عوارض و دستمزد در طول دوره بهره‌برداری
 - فسخ و تعدیل قرارداد
- لازم به ذکر است که صرف پیش‌بینی موارد فوق لزوماً به معنی سخت‌گیری نخواهد بود، چه می‌توان در بسیاری موارد مقررات تشویقی و حمایتی را نیز افزود. وضع مقررات تفصیلی این حسن را دارد که نقش قواعد تکمیل‌کننده قرارداد را ایفا می‌کند و از این جهت کار طرفین مذاکره را تسهیل می‌نماید.

د- مراحل اجرایی یک پروژه «بی.او.تی» (۴)

اگر بخواهیم روند معمول پیاده شدن یک پروژه را به روش «ساخت، بهره‌برداری و انتقال» از ابتدا تا انتها مرور کرده باشیم می‌توان هشت مرحله را به شرح زیر نام برد:

- ۱- تصمیم دولت: در اولین گام باید پروژه را تعریف نموده و شیوه تأمین مالی یا فاینانس

انتخاب شود. پس از انجام مطالعات امکان‌سنجی^۱ اولیه، مدیر پروژه و تیم اجرایی او که به منزله نماینده کارفرما خواهد بود معرفی می‌گردد.

۲- آمادگی دولت برای مناقصه: معمولاً یک ارزیابی اولیه برای تعیین پیمانکارانی که تخصص و تجربه لازم برای ورود به مناقصه را دارند به عمل می‌آید. سپس باید اسناد مناقصه را تهیه نمود که نقش مشاورین حقوقی مجرب و کارآزموده در این مورد غیر قابل انکار است. قرارداد پروژه که مهم‌ترین بخش از اسناد مناقصه است با توجه به طولانی بودن مدت قرارداد باید با دقت کامل تنظیم شود. در اسناد مناقصه معیار کارفرما برای ارزیابی پیشنهادها و انتخاب برنده ذکر می‌شود.

۳- آمادگی شرکت‌کنندگان: در بیشتر موارد دو یا چند شرکت‌کننده که توان اجرای پروژه را به‌طور جمعی بهتر ارزیابی می‌کنند، تصمیم به همکاری در قالب یک کنسرسیوم و یا یک شرکت می‌گیرند. ایشان نیز مطالعات امکان‌سنجی رابه نوبه خود انجام داده و عنداللزوم در جستجوی شریک بالقوه بر می‌آیند. در نهایت پیشنهاد خود را از طریق سرگروه خود ارائه می‌دهند.

۴- انتخاب: ارزیابی پیشنهادها بر اساس معیارهای اعلام شده صورت می‌گیرد. مرسوم این است که در این مرحله چنانچه رفع ابهام یا تعدیلی در اسناد مناقصه مد نظر باشد، به اطلاع شرکت‌کنندگان می‌رسد. پس از اتمام ارزیابی و تعیین برنده مراتب و واگذاری پروژه به برنده اعلام می‌شود.

۵- مقدمات اجرا: در فاصله اعلام برنده و شروع کار اقدامات زیر باید انجام گیرد. شرکت پروژه باید در موعد مقرر تأسیس گردد و مبلغ سهامی که توافق شده نیز تأدیه شود. به‌طور معمول بین ۱۰ تا ۳۰ درصد سرمایه لازم برای اجرای پروژه از طریق آورده سهامداران تأمین می‌شود و این یکی از شروط بانک‌ها برای اعطای تسهیلات محسوب می‌شود. متن قرارداد وام، قرارداد ساخت، قرارداد خرید تجهیزات، قرارداد خرید محصول، قرارداد بیمه و قرارداد بهره‌برداری و نگهداری نیز باید نهایی شده و به امضا برسد. در مذاکره و تنظیم هر یک از این قراردادها نقش مشاورین فنی، مالی و حقوقی کاملاً نمایان است.

۶- اجرا: عملیات اجرایی بر عهده پیمانکاران فرعی قرارداد است، هر چند مسئولیت پیمانکار اصلی در مقابل شرکت پروژه باقی خواهد بود. این عملیات شامل ساخت تأسیسات و

نصب تجهیزات بوده و در صورت موفقیت‌آمیز بودن آزمایشات، گواهی قبولی^۱ صادر می‌شود. ۷- بهره‌برداری: پس از اتمام ساخت تا مدتی که مورد توافق قرار گرفته است، بهره‌برداری و نگهداری از تأسیسات موضوع پروژه بر عهده شرکت پروژه خواهد بود. انتقال تکنولوژی در خلال این مدت تکمیل گردیده و کارگران و متخصصین کشور میزبان آموزش‌ها و اطلاعات لازم را دریافت می‌کنند.

۸- انتقال: در آخرین مرحله و پس از اینکه دوره امتیاز به انتها می‌رسد، که در این مدت علی‌الاصول اعتبارات اخذ شده و سود آنها مستهلک گردیده و سهامداران شرکت پروژه نیز به سود مورد نظر دست یافته‌اند، مالکیت پروژه به دولت یا مؤسسه عمومی منتقل می‌شود. در زمان انتقال باید بازده محصول در حد معینی که از قبل تضمین گردیده قرار داشته باشد.

ه - بازیگران اصلی و روابط حقوقی حاکم میان ایشان

تعدد اطراف درگیر در پروژه‌ای که تحت روش تأمین مالی «بی. او. تی» اجرا می‌شود، چنانکه در شکل شماره ۱ نشان داده شده است، یکی از خصوصیات این روش به شمار می‌آید. تنظیم روابط حقوقی که باید میان این اطراف در راستای هدفی واحد یعنی اجرای به‌موقع پروژه برقرار گردد، نیازمند استفاده از قالب‌های قراردادی مجزا و در عین حال هماهنگی است که در زیر به مرور مهم‌ترین آنها می‌پردازیم. (۵)

توافق‌نامه تأسیس شرکت پروژه: این توافق‌نامه که اصطلاحاً قرارداد سهامداران^۲ نیز نامیده می‌شود، میان برندگان مناقصه که مؤسسين شرکت پروژه خواهند بود امضا می‌شود و در واقع مفاد اصلی اساسنامه شرکت مذکور را در برمی‌گیرد. در این قرارداد مواردی همچون اقدامات لازم برای ایجاد شرکت، سهم هریک از اشخاص در انجام این اقدامات و هزینه‌های مربوطه، نحوه مدیریت و کنترل شرکت و مسائلی از این قبیل پیش‌بینی می‌شود. یک یا چندتن از سهامداران ممکن است در یکی از قراردادهایی که با شرکت پروژه بسته می‌شود ذینفع باشند، مثلاً ممکن است بخواهند پیمانکار ساخت یا بهره‌برداری باشند. این می‌تواند تعارض منافعی میان سهامداران ایجاد کند که باید در توافق‌نامه برای آن چاره‌اندیشی

شود.

قرارداد اعطای تسهیلات: شامل مواد و شرایطی خواهد بود که براساس آن وام دهندگان حاضر به اعطای وام به شرکت پروژه می‌شوند. وام‌دهندگان ممکن است بانک‌های تجاری و یا نهادهای مالی فراملیتی مانند بانک جهانی باشند. این قرارداد شاید مهم‌ترین مبنای اجرای پروژه باشد، چراکه بخش اعظم بودجه مورد نیاز برای اجرا از طریق وام تأمین می‌شود و به همین روی وام‌دهندگان نفوذ قابل ملاحظه‌ای بر نحوه تنظیم سایر قراردادهای خواهند داشت تا ریسک خود را به حداقل کاهش دهند. یکی از شروط معمول وام‌دهندگان این است که با همه اطرافی که وارد قرارداد با شرکت پروژه می‌شوند، قرارداد جداگانه و مستقیمی منعقد نمایند تا جلوی از هم پاشیدن سایر قراردادهای در صورت نقض یا تخلف شرکت پروژه گرفته شود.

قرارداد اعطای پروژه یا قرارداد امتیاز^۱: این قرارداد که میان یک دستگاه دولتی و شرکت پروژه منعقد می‌شود، شرکت مذکور را مجاز می‌سازد که تأسیسات مربوطه را با مشخصات تعیین شده ایجاد نماید. اگر دولت طراحی اصلی را ارائه نداده باشد ممکن است حق بررسی و تأیید طراحی را برای خود محفوظ دارد. همچنین برای تضمین اتمام به‌موقع کار مبلغی به‌عنوان جریمه تأخیر روزانه یا ماهانه تعیین خواهد شد. تعهدات دولت اغلب شامل در اختیار گذاشتن زمین و سایر تسهیلات مورد نیاز و نیز اعطای مجوزهای لازم می‌باشد. این امکان هم وجود دارد که چنین قراردادی با این عنوان اصلاً منعقد نشود و مفاد آن در قرارداد خرید محصول ادغام گردد.

قرارداد خرید محصول^۲: محصول یا خدماتی که در نتیجه اجرای پروژه عرضه می‌گردد، منبع درآمد شرکت پروژه بوده و استهلاک سود و هزینه‌ها از محل آن خواهد بود. اگر موضوع پروژه از قبیل احداث جاده باشد، این در آمد از محل اخذ عوارض جاده‌ای تأمین می‌شود که آن را می‌توان در همان قرارداد امتیاز پیش‌بینی نمود. در مواردی مانند احداث نیروگاه، لازم است خرید برق تولید شده در مدتی معین و با قیمت مشخص تضمین شود. خریدار متعهد می‌شود که میزان معینی از محصول تولید شده را خریداری و حتی در صورت عدم نیاز و عدم استفاده بهای آن را بپردازد.^۳ از سوی دیگر ضمانت اجرایی به صورت جریمه برای تأمین محصول به میزان تضمین

شده از سوی شرکت پروژه مورد توافق قرار می‌گیرد.

قرارداد ساخت^۱: در پروژه‌های «بی. او. تی» عموماً یک قرارداد کلید در دست^۲ خواهد بود که به آن قرارداد EPC یا مهندسی، تأمین تجهیزات و ساخت هم گفته می‌شود. مسئولیت و ریسک اتمام کار و به‌ویژه ریسک کیفیت بر عهده پیمانکار ساخت خواهد بود. در این قرارداد شرکت پروژه نقش کارفرما را ایفا می‌کند. بدیهی است وام دهندگان درباره جزئیات توافق و تعهدات پیش‌بینی شده اظهار نظر خواهند کرد. قانون حاکم بر قرارداد ساخت، تأثیر مستقیم بر تعهدات پیمانکار دارد و از این رو طرف‌های خارجی درباره جنبه‌های گوناگون این تأثیر اطلاعات لازم را کسب خواهند نمود. در تنظیم قرارداد ساخت معمولاً از روش موسوم به «مطابقت»^۳ استفاده می‌شود که منظور مطابقت با قرارداد امتیاز یا قرارداد خرید محصول است. هدف این است که حقوق و تعهدات پیمانکار ساخت در مقابل شرکت پروژه، حتی الامکان در راستای حقوق و تعهداتی باشد که شرکت پروژه در مقابل دولت دارد. این موارد می‌تواند شامل طراحی، جدول زمان‌بندی و جریمه تأخیر، تمدید مهلت، افزایش قیمت قرارداد، شرایط محل اجرا^۴، تغییر در مقادیر کار، فورس ماژور، فسخ و مواردی از این دست باشد.

قرارداد بهره‌برداری و نگهداری^۵: شرکت پروژه و سایر اشخاص درگیر مایلند اطمینان حاصل کنند در طول دوره امتیاز و خرید محصول، کار بدون وقفه و با معیارهای تضمین شده ادامه می‌یابد. شرکت پروژه تعهد بهره‌برداری و نگهداری از تأسیسات را که در مقابل دولت عهددار شده است به پیمانکار مربوطه منتقل می‌سازد. این پیمانکار باید حق داشته باشد در مورد طراحی تفصیلی پروژه اظهار نظر نماید، تا مطمئن شود که ملاحظات مربوط به بهره‌برداری و نگهداری مدنظر قرار گیرند.

و - برخی ملاحظات مهم حقوقی

در اینجا سه نکته اساسی را که به درک روشن تراز پروژه‌های ساخت، بهره‌برداری و انتقال کمک می‌کنند شرح می‌دهیم:

1- Construction Agreement.

2- Turnkey Contract.

3- Back to Back.

۱- انتقال مالکیت: چنانکه گفتیم در روش «بی.او.تی» بنا بر این است که مالکیت پروژه شامل کلیه تأسیسات و اسناد و ملزومات آن پس از پایان مدت قرارداد به دولت میزبان منتقل شود. این انتقال مالکیت و زمان و شرایط آن از ابتدا در قرارداد امتیاز و یا قرارداد خرید محصول مورد توافق قرار می‌گیرد. معمولاً به عنوان پیش‌شرط انتقال، برای بازدهی پروژه و کیفیت محصول ضوابط و استانداردهایی تعیین می‌شود. انتقال مالکیت می‌تواند به شیوه‌های مختلفی انجام پذیرد. ممکن است شرکت پروژه ملتزم گردد که پس از پایان دوره امتیاز کلیه سهام خود را یک باره و یا طی چند مرحله در بازار بورس کشور میزبان برای فروش عرضه نماید. همچنین ممکن است شرکت پروژه متعهد شود سهام خود را به قیمتی که پیشاپیش تعیین می‌گردد به دولت یا هر شخصی که از ناحیه او معرفی می‌شود واگذار نماید. در تعیین قیمت سهام باید عوامل مختلفی محاسبه شوند از جمله اینکه چه میزان از سرمایه و سود وام‌دهندگان و سهامداران بازگشته است.

یک راه حل در زمانی که کلیه هزینه‌ها و سودهای مورد انتظار مستهلک گردیده آن است که کل پروژه در مقابل پرداخت یک مبلغ ناچیز و نمادین (مثلاً یک دلار) به مالکیت دولت درآید.

با توجه به آنچه ذکر شد، در تحلیل حقوقی می‌توان گفت توافق بر انتقال مالکیت ممکن است بر حسب مورد به صورت شرط فعل و یا شرط نتیجه عملی گردد (ماده ۲۳۴ قانون مدنی).

۲- مسأله ریسک‌ها: از موضوعات مهمی که در روش‌های تأمین مالی «بی.او.تی» مطرح است، مسأله احصاء ریسک‌های موجود و تعیین طرفی است که در نهایت آن را تحمل خواهد نمود. این موضوع به‌ویژه با توجه به تعدد اشخاص و اطراف دخیل در اجرای طرح و پیچیدگی روابط میان ایشان از اهمیت زیادی برخوردار است. علاوه بر این، مذاکرات و تنظیم روابط حقوقی میان طرفین هر یک از قراردادهای چندگانه‌ای که منعقد می‌شوند باید در راستای جدول ریسک‌ها باشد که وزن و بار مسئولیت‌های هر شرکت‌کننده را در کل مشخص می‌سازد. این جدول می‌تواند به ترتیبی که در شکل شماره ۲ نشان داده شده است تنظیم گردد.

شکل ۲

دولت میزبان	سایر پیمانکاران	شرکت بیمه	شرکت پروژه	
				ریسک‌های سیاسی و قانونی: -۱ -۲ -۳
				ریسک تجاری کشور: -۱ -۲ -۳
				ریسک اجرا: -۱ -۲ -۳

به‌طور کلی می‌توان ریسک‌ها را به سه دسته سیاسی و قانونی، تجاری و ریسک‌های مربوط به اجرا تقسیم کرد. ریسک‌های سیاسی و قانونی از جمله شامل تغییر قوانین، ملی کردن و مصادره کردن، لغو امتیاز، محدودیت‌های صادرات و واردات، عدم امکان اخذ یا تمدید مجوزها، ریسک‌های مالیاتی و ریسک اجرای قانون و احکام دادگاه‌ها خواهد بود.

در ریسک‌های تجاری کشور مسأله عدم امکان تبدیل ارز، کاهش ارزش پول، تورم و نرخ بهره مورد نظر است. و بالاخره مسائلی مانند ریسک تأخیر، هزینه‌های مازاد بر برآورد، فورس ماژور، خسارت وارد بر تأسیسات و ریسک‌های فنی تحت عنوان ریسک‌های اجرا مطرح می‌شوند. (۶)

۳- تضمین‌های وام: چنانکه اشاره شد، با توجه به تأمین بخش عمده هزینه‌های اجرای

خود را در کل ساختار پروژه اعمال نموده و ریسک خود را به حداقل رسانند. بدین منظور و به عنوان پیش شرط موافقت با اعطای تسهیلات راهکارهای گوناگونی جهت تضمین باز پرداخت اصل وام و بهره آن در پیش می‌گیرند.

یکی از این راهکارها آن است که مقرر می‌شود کلیه درآمدهای پروژه باید به یک حساب امانی که در یک کشور همسایه افتتاح می‌شود واریز و دیون شرکت پروژه به مؤسسه اعتباردهنده، از محل آن حساب پرداخت گردد. روش دیگر آن است که کلیه سهم‌الشرکه شرکاء در شرکت پروژه وثیقه اعتبار قرار گیرد. بدین ترتیب در صورت عدم باز پرداخت دیون، وام دهنده مالک شرکت پروژه خواهد شد.

اغلب بانک‌ها و مؤسسات اعتباری بین‌المللی در قبال اعطای وام برای خود حق رهن نسبت به تمامی اموال پروژه را طلب می‌کنند. همچنین ممکن است شرط شود در بیمه‌نامه‌های مختلفی که برای پروژه اخذ می‌گردد، نام وام‌دهنده نیز به عنوان ذینفع قید شود.

یکی از شروط مرسوم در قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و انتقال «شرط ورود به قرارداد» یا Step-in clause است. به موجب این شرط مقرر می‌گردد که چنانچه پیمانکار و یا شرکت پروژه در اجرای کار قصور ورزند، قبل از اینکه قرارداد در معرض فسخ واقع شود، وام‌دهنده یا نماینده او حق خواهد داشت اجرای کار را رأساً بر عهده گیرد تا پروژه با خطر توقف مواجه نگردد.

معمولاً در هنگام تعیین مدل تأمین مالی یا فاینانس درباره نوع وام از حیث حق رجوع وام‌دهنده تصمیم‌گیری می‌شود. به‌طور کلی سه نوع وام را از این لحاظ می‌توان تفکیک نمود. در وام بدون حق رجوع^۱ نهاد یا مؤسسه اعتباردهنده باید پشتوانه وام را تنها در دارایی‌ها و ارزش خود پروژه و موضوع وام جستجو کند و نه خارج از آن. برعکس، وام با حق رجوع کامل^۲ به قرض‌دهنده امکان می‌دهد که در صورت عدم باز پرداخت بدهی از کلیه اموال بدهکار به مثابه وثیقه دین استفاده کند.

نوع سوم عبارت است از وام با حق رجوع محدود^۳ که در آن وام‌دهنده تنها مجاز است بر روی آن بخش از اموال مدیون انگشت نهد که در قرارداد وام مشخص گردیده‌اند. برای مثال، در قرارداد وام میان شرکت پروژه و مؤسسه اعتباردهنده یا بانک اگر شرط شود که سهم‌الشرکه شرکا

وثیقه اعتبار باشد، وام با حق رجوع محدود خواهد بود. در حالی که وام با حق رجوع کامل برای سهامداران شرکت پروژه در قبال بازپرداخت تسهیلات اعطا شده نوعی مسئولیت تضامنی ایجاد می‌کند.

یادداشت‌ها:

- ۱- اگرچه در قانون و آئین‌نامه واژه واگذاری در مورد Transfer به کار رفته است، اما به نظر می‌رسد واژه «انتقال» در زبان حقوقی مناسب‌تر و شناخته‌شده‌تر است. چنانکه همیشه از انتقال مالکیت یا انتقال مبیع صحبت می‌شود.
- 2- See: UNIDO, *Guidelines for infrastructure Development through Build-Operate - Transfer (BOT) Projects*, Vienna, 1996. pp.5-8.
- ۳- برای مطالعه بیشتر از جمله رجوع شود به:
Michael Blakeney, *Legal Aspects of the Transfer of Technology to Developing Countries*, Oxford, ESC publishing, 1989.
- ۴- برای مطالعه تفصیلی این مراحل رجوع شود به:
UNIDO, *Op.Cit.*, pp. 19-27.
- 5- See: Joseph A. Huse, *Understanding and Negotiating Turnkey Contracts*, London, Sweet & Maxwell, 1997, pp. 446 et seq. John Scriven, Nigel Pritchard, Jeff Delmon, *A Contractual Guide to Major Construction Projects*, London, Sweet & Maxwell, 1999.
- 6- UNIDO, *Op.Cit.*, pp. 151 et seq.