



حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در قراردادهای تجاری بین‌المللی با نگاهی به قانون تجارت ایران

آرزو کیانی‌مجاهد*^۱ رحیم باغبان^۲

۱. کارشناس ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد مشهد، مشهد، ایران.

۲. استادیار، دانشگاه آزاد اسلامی واحد مشهد، مشهد، ایران.

چکیده

از دیرباز در همه کشورهای جهان، جذب سرمایه‌گذاری خارجی از حیاتی‌ترین عواملی به شمار آمده که بر توسعه اقتصادی و آبادانی و ایجاد اشتغال مؤثر بوده است. جذب منابع مالی خارجی در انواع و اشکال گوناگون از اولویت‌های غالب کشورهای جهان بوده و به یکی از پیش‌نیازهای دستیابی به اهداف توسعه‌ای آن‌ها بدل شده است. در میان روش‌های مختلف تأمین مالی خارجی روش سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی یکی از کارآمدترین روش‌ها است. در کنار معایب و اشکال‌هایی که برای این روش وجود دارد، وجود آثار مثبت فراوان آن نظیر دسترسی به بازارهای صادراتی جدید، ارتقای سطح رقابت‌پذیری، انتقال دانش فنی و نوین مدیریتی به بنگاه میزبان و ایجاد امنیت اقتصادی، اصلاح نظام مدیریتی، تبادل تجربه‌های اقتصادی، تکنولوژی و فناوری جدید بر کسی پوشیده نیست. از این‌رو هدف از انجام این پژوهش بررسی حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در قراردادهای تجاری بین‌المللی مطابق با حقوق تجارت ایران می‌باشد. این نوشتار که براساس مطالعات کتابخانه‌ای انجام گرفته است، از نوع پژوهش‌های توصیفی - تحلیلی است و در طی پژوهش در پی پاسخ به این سؤال اصلی هستیم که چگونه و با چه استانداردهایی می‌توان در قراردادهای تجاری بین‌المللی میان حقوق سرمایه‌گذار و کشور میزبان توازن برقرار کرد؟ از این‌رو نتایج حاصل از این پژوهش حاکی از آن بود که نارسایی قوانین و مقررات تجاری موجود در ایران، نپذیرفتن قوانین و قواعد حاکم بر تجارت بین‌الملل، تفاسیر متفاوت از برخی اصول قانون اساسی و وجود اختلاف عقیده از جمله موانع سرمایه‌گذاری در قالب قراردادهای تجاری در کشور به حساب می‌آیند. همچنین عواملی مانند عدم عضویت ایران در مرکز بین‌المللی حل اختلاف‌های ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی، لزوم حل اختلاف میان دولت ایران و سرمایه‌گذار خارجی در خصوص تعهدهای دوسویه توسط دادگاه‌های ایران، ابهام‌های موجود در متن قانون در خصوص ایرادهای داور منجر به بی‌اعتمادی سرمایه‌گذاری خارجی و تأثیرگذاری سوء بر معامله‌ها و معاهده‌های بین‌المللی می‌شود. از این‌رو می‌توان با برطرف‌سازی چنین عواملی در قراردادهای تجاری بین‌المللی میان حقوق سرمایه‌گذار و کشور میزبان توازن ایجاد کرد.

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات: ۲۹-۴۳

اطلاعات نویسنده مسؤول

ایمیل:

kiani_lawyer@hotmail.com

سابقه مقاله:

تاریخ دریافت: ۹۹/۰۳/۱۲

تاریخ پذیرش: ۹۹/۰۶/۱۷

تاریخ انتشار: ۹۹/۰۷/۱

واژگان کلیدی:

سرمایه‌گذاری‌های خارجی، جذب

سرمایه‌گذار، قراردادهای تجاری

بین‌المللی، داور.

openaccess



مقدمه

جهانی‌شدن اقتصاد و منجر به رشد و توسعه تجارت بین‌الملل در سطح جهانی است و از عمده‌ترین عوامل پیوند نظام اقتصادی و اقتصاد داخلی کشورها به‌شمار می‌رود. از این‌رو سرمایه‌گذاری خارجی در قراردادهای تجاری بین‌المللی، به‌عنوان موتور محرکه توسعه اقتصادی، مورد توجه دولت‌ها است. (شیروی، ۱۳۹۲)

اهمیت این پدیده مالی در حوزه اقتصاد و تجارت بین‌الملل در بسیاری از کشورهای در حال توسعه آن‌گاه نمایان می‌شود که این قبیل کشورها به‌دلیل از فقدان منابع مالی و پولی داخلی خود رنج می‌برند و لاجرم تصمیم به جذب سرمایه خارجی با شکل‌های گوناگون آن گرفته و یا بهره‌گیری از منابع خارجی را برای اجرا و تداوم برنامه‌های توسعه اقتصادی و تجاری کشور خویش لازم و ضروری می‌بینند. علاوه بر این در حالت سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی شرکت‌های تجارت خارجی نظارت خود را در طول سرمایه‌گذاری حفظ می‌کنند و از نیروی متخصص خارجی نیز برای انجام عملیات نیز استفاده می‌کنند که این امر منجر به انتقال فناوری از کشورهای توسعه‌یافته به کشورهای در حال توسعه می‌شود. (راستی، ۱۳۸۹: ۲۵-۴۷)

موضوع جذب سرمایه و حضور سرمایه‌گذار خارجی به‌صورت شخص یا اشخاص حقیقی یا حقوقی در کشور دارای تأثیرهای مثبت و یا اثرات نامطلوب بوده که منجر به جلب توجه و نگاه ویژه اقتصاددانان و قانون‌گذاران می‌شود. سرمایه‌گذاری خارجی همواره تحت تأثیر عواملی از جمله عارضه‌های حقوقی کشورها بوده، قوانین حقوقی موجود می‌تواند تأثیر مثبت یا منفی بر روی آن داشته باشد، از این‌رو در گستره تجارت بین‌الملل این موضوع به‌لحاظ الزام‌های حقوقی همواره به‌صورت تخصصی مورد نظر و بررسی حقوق‌دانان در این حوزه قرار دارد.

افزایش نقش تجارت بین‌الملل در عرصه اقتصاد و همچنین افزایش جریان سرمایه بین کشورهای مختلف، سبب ارتقای نقش بازارهای مالی بین‌المللی در تأمین مالی شده است. با وجود این تغییرها در عرصه تجارت، ناکافی بودن رویکردهای منطقه‌ای و ملی برای مدیریت بازارهای سرمایه احساس می‌شود و برای

سرمایه‌گذاری خارجی از جمله مهم‌ترین مؤلفه‌های اقتصاد بین‌الملل در دوران معاصر محسوب می‌شود. کشورهای در حال توسعه، برای دسترسی به بازارهای جهانی و عبور از تنگناهای مالی داخلی به دنبال استفاده از سرمایه‌های خارجی بوده و هستند تا از این طریق ضمن رونق بخشیدن به اقتصاد خود بتوانند از مهارت و فناوری‌های جدید نیز در کشف و استخراج منابع طبیعی خویش و همچنین وضعیت اقتصادی خود بهره‌برداری کنند. سرمایه‌گذاران خارجی نیز با در اختیار داشتن دانش، فناوری، مدیریت و ظرفیت کافی، انگیزه کافی برای حضور در این کشورها را دارا هستند؛ زیرا این حضور اگرچه همراه با خطرها و ریسک‌های خاصی مواجه بوده و هست ولی در پایان کار، سودهای سرشاری را نصیب آنان می‌کند. (عسکری، ۱۳۹۴: ۳۹)

بیان مسئله

وجود روابط تجاری در میان انسان‌ها از قدمت تاریخی فراوانی برخوردار است و همواره افرادی برای کسب منافع و رفع نیازمندی‌های جامعه به این شغل پرداخته‌اند. تجارت بین‌المللی همان روابط تجاری، یعنی صادرات و واردات کالاها و خدمات بین کشورهای مختلف جهان است. از آنجایی که هیچ کشوری را نمی‌توان یافت که تمام ضروریات و نیازمندی‌های خود را بدون داشتن روابط تجاری به‌صورت احسن برآورده کند ضرورت تجارت بین‌الملل قابل درک است. بنابراین تمام کشورها ناگزیرند برای رفع نیازمندی‌های خود با سایر کشورها روابط تجاری برقرار کنند و به‌عبارت دیگر تجارت بین‌الملل ناشی از روابط عرضه و تقاضا برای کالا و خدمات بین کشورهای مختلف جهان می‌باشد. (شیروی، ۱۳۹۲)

رشد و توسعه تجارت بین‌الملل همواره به‌عنوان یکی از منافع مهم مورد توجه تمام کشورهای جهان بوده است. علاوه بر این توسعه تجارت بین‌الملل و سرمایه‌گذاری‌های خارجی تأثیر مضاعفی بر کشورهای در حال توسعه دارد. در شرایط کنونی جهان حاضر موضوع سرمایه‌گذاری خارجی از شاخص‌های مهم

ویژه بر خواسته‌های تجاری و مالی سرمایه‌گذاران خارجی تعبیه شده است. (حسیبی، ۱۳۹۰: ۴۳-۷۸)

بنابراین بهترین و مناسب‌ترین ابزاری که می‌تواند برای نظم‌بخشی حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در سطح بین‌المللی کاربرد داشته باشد معاهده‌های دوجانبه حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی است که ضمن سریع بودن انعقادشان و برخورداری از شفافیت لازم در عین حال حمایت‌ها و تضمین‌هایی را نیز برای سرمایه‌گذار خارجی پیش‌بینی می‌کنند. (حسیبی، ۱۳۹۰: ۴۳-۷۸)

از این رو در این پژوهش سعی بر آن داریم که با توجه به قانون تجارت ایران به بررسی حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در قراردادهای تجاری بین‌المللی، چالش‌ها و مشکلات پیش روی آن بپردازیم.

۱- مفهوم سرمایه‌گذاری خارجی

بحث در مورد سرمایه‌گذاری و اختلاف‌های ناشی از آن، بدون شناخت مفهوم سرمایه‌گذاری و حد و حدود آن ثمری ندارد. معاهده‌های مربوط به مودت، بازرگانی و دریانوردی که در گذشته میان دولت‌ها منعقد می‌شد، به مضامین مالکیت، حقوق و منافع اشاره داشتند ولی در دوران حاضر عبارت سرمایه‌گذاری جای این واژگان را پر کرده است. عبارت سرمایه‌گذاری ریشه در اقتصاد دارد، اما ظهور و بروز آن در قراردادهای بین‌المللی حقوق دانان را ناگزیر به ارائه تعریف حقوقی از آن کرده است. (حسیبی، ۱۳۹۴: ۴۶)

از این رو در این پژوهش حاضر ابتدا به بررسی تعریف و مفهوم سرمایه‌گذاری خارجی پرداخته و به صورت اجمالی طرق سرمایه‌گذاری خارجی را مورد بررسی قرار داده‌ایم و در ادامه به معرفی قراردادهای تجاری بین‌المللی، خواهیم پرداخت.

۱-۱- تعریف سرمایه‌گذاری

سرمایه‌گذاری به معنای افزایش سرمایه و یا به عبارت دیگر افزایش ظرفیت و سودآوری اقتصادی است. این عبارت به معنای اخص، شامل مواردی است که هدف از اختصاص

رفع این کاستی‌ها، اقتصاد جهانی به استانداردهایی نیاز دارد که در سطح بین‌المللی پذیرفته شده باشند.

حداقل استاندارد بین‌المللی به عنوان یک قاعده عرفی حقوق بین‌المللی در مورد نحوه رفتار دولت با بیگانگان در کشور میزبان موجود است که بسیاری از دانشمندان حقوق بین‌الملل معتقدند که در صورت عدم وجود معاهده‌های دوجانبه بین دولت‌ها در زمینه حمایت مناسب از سرمایه‌گذاری‌های خارجی، حداقل استاندارد بین‌المللی به عنوان یک قاعده عرفی الزام‌آور در حقوق بین‌المللی حمایت‌های لازم و مناسب را از سرمایه‌گذاران خارجی به عمل آورد. (Dolzer & Schreuer, 2008)

در اثر تحولات بین‌المللی دولت‌ها به این نقطه مشترک رسیدند که باید در حقوق بین‌المللی استانداردهایی به عنوان حداقل‌ها ایجاد شود و دلیل آن این بود که با گسترش هر چه بیشتر تجارت بین‌المللی و سرمایه‌گذاری خارجی این امر واضح شد که وحدت و برابری وضعیت حقوقی اتباع و بیگانگان در کشورها امری کارساز نبوده و به صورت مناسبی از حقوق بیگانگان حمایت نمی‌شود. از این رو لزوم ایجاد استانداردهای جهانی در این زمینه که دولت‌ها موظف باشند آن‌ها را در خصوص بیگانگان رعایت کنند ضروری به شمار رفته و رفتاری پایین‌تر از این حداقل‌ها به هیچ‌وجه مورد قبول نبوده و به منزله عمل متخلفانه بین‌المللی محسوب می‌شود.

اما بررسی محتوا و مصادیق حداقل استاندارد بین‌المللی و چالش‌های آن نشان می‌دهد این قاعده به عنوان یک استاندارد کلی و مبهم توانایی و ظرفیت لازم برای حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی را نداشته و وجود تضمین‌های معاهده‌ای برای حمایت مناسب از سرمایه‌گذاران در کشورهای میزبان امری لازم و ضروری است. با توجه به این نقیصه و چالش‌هایی که در رابطه با حداقل استاندارد بین‌المللی وجود دارد معاهده‌هایی با عنوان "معاهدات دوجانبه تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی" مطرح و ایجاد شده است و روزبه‌روز بر اهمیت این معاهده‌ها نیز افزوده می‌شود. چراکه مقررات این معاهده‌ها ضمن توجه دقیق به حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی مشخصاً با تأکید

همچنین آرای صادره از مراجع داوری خود نه تنها نشان‌دهنده اهمیت قراردادهای در حقوق امروزی است، بلکه آیین‌های تمام‌نما از تبلور اندیشه‌های قضایی در روابط تجاری بین‌المللی محسوب می‌شود. (عسکری، ۱۳۹۴: ۲۱)

هر قرارداد تجاری که آن را افراد برای انجام اعمال تجاری خود منعقد می‌کنند، جنبه الزامی دارند و موظف به انجام آن هستند. در قراردادهای بین‌المللی تفاوتی با قراردادهای داخلی وجود ندارد و تنها تفاوت آن در وجود طرفین در تابعیت‌های مختلف و از کشورها است که اتباع آنچه در قالب شخص حقیقی و چه در قالب شخص حقوقی، اقدام به انعقاد قرارداد با یکدیگر می‌کنند، برای همین منظور قرارداد بین‌المللی دارای یک عنصر خارجی است؛ پس قرارداد بین‌المللی عبارت است از: قراردادی که در آن اشخاص با تابعیت‌های مختلف از کشورهای دیگر اقدام به تنظیم قرارداد خصوصی بین خود می‌کنند.

به عبارت دیگر قرارداد بین‌المللی را می‌توان هر نوع توافقی دانست که با وصف داد و ستد کالا، خدمات، مبادله محصول‌های فکری، موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری، اعطای امتیاز یا قراردادهای خدمات حرفه‌ای و مشابه آن در روابط تجاری بین‌المللی منعقد می‌شود. (حبیبی، ۱۳۹۴: ۳۸)

۲- قراردادهایی که بیشتر رایج هستند

۲-۱- بی. او. تی (BOT)

اصطلاح روش و قرارداد بی. او. تی (B.O.T) از اوایل دهه سال ۱۹۸۰ میلادی یعنی زمانی که دولت ترکیه امتیاز احداث چندین نیروگاه را به مناقصه گذاشت به آن شکل به کار بردند و سپس به رسانه‌های ملی راه یافت. البته در کشور ایران نیز از سال ۱۳۷۳ مقدمات جذب سرمایه خارجی به روش بی. او. تی (B.O.T) در توسعه نیروگاه‌های دولت توسط توانیر آغاز شد. در چنین قراردادهایی دولت به‌عنوان کارفرما و دولت سرمایه‌پذیر و خریدار نهایی محصول‌ها و یا خدمات حاصل از اجرای پروژه محسوب می‌شود و طرف دیگر قرارداد به‌عنوان سرمایه‌گذار تلقی می‌شود. هم‌اکنون یکی از طرق شایع و عملی جذب

سرمایه در یک دوران معین افزایش میزان آن باشد. (عسکری، ۱۳۹۴: ۴۶)

۲-۲- مفهوم سرمایه‌گذاری خارجی

انجام سرمایه‌گذاری خارجی از حیث مفهوم با یک معامله تجاری تفاوت دارد. یک معامله تجاری تبادل هم‌زمان مبیع و ثمن است، اما سرمایه‌گذاری خارجی نیازمند همکاری درازمدت کشور سرمایه‌پذیر و سرمایه‌گذار است. اصولاً هدف اصلی سرمایه‌گذاران استفاده از کشور میزبان برای تأمین منابع اساسی لازم برای سرمایه‌گذاری، از منابع خارج از موضوع سرمایه‌گذاری ضمن برگشت سرمایه اولیه و کسب نرخ معقول سود است. (زمانی و حبیبی، ۱۳۹۳: ۲۹)

سرمایه‌گذاری خارجی در مفهوم اقتصادی آن با مواردی همچون جابجایی منابع مالی، پروژه‌های نسبتاً طولی‌مدت، درآمدهای منظم، مشارکت مطلق یا نسبی صاحبان سرمایه و مدیریت پروژه و خطرهای سرمایه‌گذاری عجین شده است. واژه سرمایه‌گذاری ابتدا بدون آنکه از لحاظ حقوقی تعریف شده باشد مورد استفاده قرار می‌گرفت. اما با گذشت زمان تعریف این واژه با اعمال محدودیت‌هایی بر مفهوم آن پدیدار گشت.

دولت‌های طرف قرارداد نیز در خصوص تعریف سرمایه‌گذاری مذاکره می‌کنند و طبق بند ۱ ماده ۲۵ کنوانسیون ۱۳۶۵ واشنگتن صلاحیت ایکسید محدود به اختلاف‌های ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی است و از این‌رو تعریفی از سرمایه‌گذاری خارجی در آن به چشم نمی‌خورد. به همین دلیل معاهده‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری نیز به جای اینکه به ماده ۲۵ کنوانسیون واشنگتن ارجاع دهند، اغلب در صدر مفاد خود به ارائه تعریف مفهوم سرمایه‌گذاری مبادرت می‌کنند. (عسکری، ۱۳۹۴: ۴۸)

۳-۱- مفهوم قراردادهای تجاری

قراردادهای تجاری به‌عنوان ابزار مهم انتقال سرمایه در روابط تجاری همچنان نقش اساسی خود را در صحنه بین‌المللی حفظ کرده‌اند. کمتر رابطه تجاری را می‌توان سراغ گرفت که در آن قرارداد نقش عمده‌ای را بازی نکند. نگاهی گذرا به رویه قضایی کشورهای خارجی نیز که در زمینه تعارض قوانین وجود دارد،

قرارداد بی. او. تی (B.O.T) طرح به بخش خصوصی داخلی واگذار شده است، اما از آنجا که معمولاً بخش داخلی توان فنی و مالی الزامی برای اجرای طرح را در اختیار ندارد، از این‌رو حضور سرمایه‌گذار خارجی در این دست قراردادهای بسیار دیده می‌شود. انعقاد قراردادهای بی. او. تی (B.O.T) به‌عنوان یکی از راهکارهای جلب سرمایه خارجی و بهره‌برداری از مدیریت کارآمد بخش خصوصی، مورد توجه ویژه کشورهای در حال توسعه است.

۱-۲-۲- ماهیت حقوقی قراردادهای بی او تی (B.O.T)

در میان عقود معین مذکور در قانون مدنی، نمی‌توان قالبی را دید که با قرارداد ساخت، بهره‌برداری و واگذاری، هماهنگ و منطبق باشد.

در بحث‌های حقوقی باب شده است (صادقی، ۱۳۸۵: ۱۳۲-۱۳۳) که برای تعیین ماهیت حقوقی قراردادهای جهان جدید، اولاً تلاش می‌شود که قرارداد را با یکی از عقود سنتی قانون مدنی منطبق ساخته و در صورت عدم توفیق در این راه از ماده ۱۰ ق.م استفاده می‌کنند.

منظور از عقد معین، عقدی است که نام، شرایط و آثار آن در قانون ذکر شده باشد و از آنجا که لفظ قانون در این تعریف، منحصر به قانون مدنی نیست، در بیان ماهیت حقوقی باید آن را از اقسام عقود معین دانست.

در مورد قرارداد بی. او. تی (B.O.T) نیز باید گفت: نام این قرارداد در ماده ۳ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۱ و ماده ۳ آیین‌نامه اجرایی همین قانون آمده است. از این‌رو در بیان ماهیت حقوقی آن می‌توان گفت که بی. او. تی یکی از اقسام عقود معین بوده و برای تعیین شرایط جزئی قرارداد و آثار آن می‌توان از ماده ۱۰ قانون مدنی بهره برد. (صادقی، ۱۳۸۵: ۱۳۳)

۱- طرفین اصلی قراردادهای بی او تی (B.O.T)

دولت سرمایه‌پذیر: یکی از طرف‌های اصلی قرارداد بی. او. تی دولت است که در قلمرو خود اجازه می‌دهد تا یک شرکت، ساخت یک پروژه زیربنایی و تأمین مالی آن را تقبل کرده و

سرمایه‌های خارجی، جذب فناوری، دسترسی به مدیریت کارآمد انعقاد قراردادهای بی. او. تی (B.O.T) است و اخیراً نیز استفاده از قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و واگذاری به‌منظور خصوصی‌سازی و جذب سرمایه‌های خارجی دسترسی به فناوری‌های پیشرفته و مهارت‌های فنی و بهره‌مندی از مدیریت کارآمد و مفید مورد توجه دولت ایران نیز قرار گرفته است. قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی بر ورود و جلب و جذب منافع و سرمایه‌های خارجی از طریق قراردادهای بی. او. تی یعنی قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و انتقال تأکید کرده است. (نیکخواه‌سرنقی، ۱۳۹۵)

۱-۱-۲- مفهوم قرارداد بی. او. تی B.O.T

قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و واگذاری اصطلاحاً در حقوق جدید بی. او. تی (B.O.T) گفته می‌شود بی. او. تی (B.O.T) مخفف سه واژه Transfer, Operate, Build است و به قراردادهایی گفته می‌شود که در آن، پروژه‌ای با مجوز دولت و از طرف دستگاه دولتی، برای ساخت به یک شرکت خصوصی واگذار می‌شود؛ (شیروی، ۱۳۹۴: ۱۲۷) پس از ساخت، امتیاز بهره‌برداری از طرح برای مدتی به شرکت سازنده داده شده ولی او مالک طرح و منافع حاصل نمی‌شود و بعد از پایان مدت قرارداد مالکیت طرح به دولت طرف قرارداد انتقال می‌یابد. بدین ترتیب، شرکت خصوصی که معمولاً خارجی هستند تأمین مالی طرح زیربنایی را به‌عهده گرفته، آن را ساخته و پس از مدتی بهره‌برداری، مالکیت طرح را به‌طور مجانی یا موعوض به دولت سرمایه‌پذیر منتقل می‌کند تا از آن به بعد، دولت یا سازمان مناطق آزاد تجاری و صنعتی به‌عنوان مالک، آن را در راستای منافع عموم مورد بهره‌برداری قرار دهد. منعی وجود ندارد که در قرارداد بی. او. تی یک طرح از جانب بخش خصوصی به بخش خصوصی دیگر واگذار شود، اما از آنجا که در غالب این قراردادها، دولت به‌عنوان یکی از طرفین متعاقد قرار می‌گیرد، در تعریف ارائه شده، به دولت به‌عنوان یکی از ارکان اصلی تعریف اشاره شده است. همچنین الزامی نیست که بخش سرمایه‌گذاری بخش خارجی باشد و در نمونه‌هایی از

مراحل به صورت مختصر مورد بررسی قرار می‌گیرد. (شپروی، ۱۳۸۰:۱۳۰)

الف: مرحله ساخت: اولین تعهدی که به موجب قرارداد بی. او. تی (B.O.T) برای سرمایه‌گذار ایجاد می‌شود، اجرای پروژه و مرحله ساخت است، زیرا عدم ساخت پروژه یا تأخیر در ساخت پروژه و عدم تکمیل به موقع آن یا ساخت پروژه با کیفیت و کارائی نامناسب، اثرات و تبعات منفی بر دوره بهره‌برداری می‌گذارد؛ از جمله اینکه پروژه و عرضه کالاها و خدمات به مشتریان و مصرف‌کنندگان با خلل مواجه می‌شود و همچنین بازپرداخت وام و بهره آن و بازگشت سرمایه و سود آن را با اشکال روبه‌رو می‌کند.

ب: مرحله بهره‌برداری: مرحله دیگر از قرارداد بی. او. تی، مرحله بهره‌برداری است که با عنایت به مدت زمان این دوره و همچنین اهمیت حقوق و تعهدهای طرفین، شاید بتوان آن را مهم‌ترین مرحله این قرارداد دانست. در این مرحله سرمایه‌گذار با بهره‌برداری از پروژه، به دنبال دستیابی به مبالغی است که در مرحله ساخت، سرمایه‌گذاری کرده است. در قرارداد بهره‌برداری و نگهداری دولت سرمایه‌پذیر متمایل است اطمینان حاصل کند بعد از واگذاری پروژه، کار بدون وقفه و با معیارهای مندرج در قرارداد ادامه می‌یابد. بدین منظور دولت مزبور تعهد بهره‌برداری و نگهداری از پروژه را برای مدت معینی که در قرارداد در خصوص آن توافق شده، به سرمایه‌گذار منتقل می‌کند. در همین دوره سرمایه‌گذار مجاز است اموال، امکانات و تجهیزات پروژه را به منظور تأمین مالی، در گرو و رهن وام‌دهندگان بگذارد که این امر در تأمین مالی پروژه، به سرمایه‌گذار کمک می‌کند.

ج: مرحله واگذاری: در قرارداد بی. او. تی (B.O.T) پس از پایان دوره بهره‌برداری، سرمایه‌گذار پروژه را در شرایط عملیاتی و به صورت رایگان به شرکت دولتی طرف قرارداد منتقل می‌کند. در واگذاری پروژه، سرمایه‌گذار تعهدهایی نیز به منظور بهره‌برداری مطلوب دولت میزبان از پروژه به عهده دارد. مانند: آموزش پرسنل محلی، تهیه وسایل و قطعات یدکی مورد نیاز، واگذاری حقوق معنوی، ضمانت‌هایی برای تجهیزات، نقشه‌های

پس از ساخت برای مدتی از آن بهره‌برداری کند. در عمل یکی از نهادهای دولتی مسؤلیت پروژه را به عهده می‌گیرد و در نهایت پروژه به آن نهاد منتقل می‌شود.

- شرکت پروژه یا کنسرسیوم: طرف دوم قرارداد بی. او. تی B.O.T تعدادی کارگزار خصوصی است که در یک شرکت با عنوان شرکت پروژه متشکل شده و به طور مشترک مسؤلیت تأمین مالی، ساخت، اجرا و بهره‌برداری از پروژه را تقبل می‌کنند. - سهامداران: اشخاص حقیقی و یا حقوقی هستند که بخشی از سرمایه مورد نیاز برای پروژه را از طریق خرید سهام تأمین می‌کنند. - پیمانکاران: پیمانکاران ممکن است متعدد باشند که بر حسب مورد ممکن است وظیفه مطالعات ابتدایی پروژه، ساخت پروژه، عرضه ماشین‌آلات، ابزار و مصالح مورد نیاز برای ساخت پروژه، نصب ماشین‌آلات، بهره‌برداری، عرضه مواد اولیه و دیگر مایحتاج برای بهره‌برداری و غیره را به عهده گیرند.

خریداران محصولات: کسانی که در نهایت محصول‌های پروژه به آن‌ها فروخته می‌شود ممکن است مصرف‌کنندگان نهایی یا شرکت‌های خصوصی یا دولتی باشند که به طور تضمینی خرید محصول‌ها را قبول کرده‌اند. (شپروی، ۱۳۸۰:۳۴)

ارکان اساسی قراردادهای بی او تی:

یک قرارداد بی. او. تی (B.O.T) دارای ارکان اساسی زیر است:

۱. دولت به شرکت پروژه امتیاز احداث یک پروژه اقتصادی را اعطا می‌کند.
۲. دولت امتیاز بهره‌برداری از پروژه اقتصادی و زیربنایی ساخته شده را برای مدت معینی به شرکت پروژه واگذار می‌کند.
۳. شرکت پروژه مسؤول تأمین مالی پروژه است.
۴. شرکت پروژه مسؤول ساخت پروژه است.
۵. مسؤولیت بهره‌برداری از پروژه در مدت مقرر به عهده شرکت پروژه است.
۶. شرکت پروژه منافع بدست آمده در آن مدت را به ازای هزینه‌های انجام شده محاسبه می‌کند.
۷. پس از انقضای مدت مقرر، پروژه به طور رایگان به دولت مزبور منتقل می‌شود.

قرارداد بی. او. تی (B.O.T) بنا بر آنچه که بیان شد، دارای سه مرحله ساخت، بهره‌برداری و واگذاری است که هر یک از این

که باید براساس قرارداد "جوینت ونچر" حل شوند. پس به‌طور کلی می‌توان گفت که جوینت ونچر مبتنی بر یک قرارداد است.

۲. فعالیت مشخص: "جوینت ونچر" برای یک فعالیت خاص و مشخص تشکیل می‌شود و معین‌بودن زمینه فعالیت کفایت نمی‌کند؛ بلکه باید به‌خصوص با ابعاد اقتصادی و جغرافیایی خاص مدنظر باشد.

۳. کنترل مشترک: در چارچوب یک "جوینت ونچر"، طرفین با همکاری یکدیگر فعالیت خاصی را پیش می‌برند. در واقع دخالت فعال طرفین در اداره "جوینت ونچر" از وجوه ممیزه آن است. چنانچه یکی از طرفین با وجود مشارکت در تأمین سرمایه و سهیم‌شدن در سود از مشارکت فعال در مدیریت امتناع کند، نمی‌توان روابط ایجاد شده را با عنوان "جوینت ونچر" تحلیل کرد. همین امر "جوینت ونچر" را از شرکت‌های سهامی، که در آن بسیاری از سهام‌داران پس از تأمین بخشی از سرمایه شرکت در مدیریت شرکت نقش فعالی ایفا نمی‌کنند، متمایز می‌کند.

۴. شراکت در نفع و ضرر: نسبت این شراکت فاقد اهمیت است. آنچه مهم است اصل شراکت است. به این ترتیب در مواردی که یک طرف به درخواست دیگری و در مقابل دریافت اجرت، قسمتی از فعالیت را انجام می‌دهد، نمی‌توان چنین رابطه‌ای را "جوینت ونچر" نامید. همین امر جوینت ونچر را از روابط پیمانکاری فرعی Sub-Contracting متمایز می‌کند.

۵. قالب حقوقی: همان‌طور که گفته شد؛ در یک "جوینت ونچر" روابط طرفین بیش از هر چیز بر مبنای قرارداد فی‌مابین استوار می‌شود؛ اما این بدان معنی نیست که «جوینت ونچرها» در هیچ قالب حقوقی خاصی قرار نمی‌گیرند. بر حسب محل تشکیل ممکن است "جوینت ونچر" از قالب‌های حقوقی مختلفی مانند شرکت تجاری یا مشارکت، استفاده کند یا فقط براساس قراردادی که تحت قوانین محل به رسمیت شناخته شده به فعالیت بپردازد. به هر حال قالب برگرفته شده اعم از اینکه فقط یک قرارداد باشد یا شکل دیگری داشته باشد باید از بین نهادهای حقوقی کشور میزبان انتخاب شود. (ناجی، ۱۳۸۲: ۲۳)

طراحی، دفترچه‌های راهنمایی و راه‌اندازی و حفظ و نگهداری و غیره. (نیکخواه‌سرنقی، ۱۳۹۵: ۲۳)

۱-۲- مزایای استفاده از قراردادهای بی. او. تی (B.O.T)

عمده‌ترین دلایل و مزایای استفاده از قراردادهای بی. او. تی (B.O.T) در مناطق آزاد تجاری و صنعتی ایران جذب سرمایه‌های بخش خصوصی به‌طرف طرح‌های زیربنایی اقتصادی، سرازیر کردن تکنولوژی و فناوری‌های جدید به‌سوی کشور و مناطق آزاد تجاری و صنعتی از طریق اعطای لیسانس‌ها و مجوزهای تولید و انتقال مهارت فنی و آموزش و بهره‌مندشدن از یک مدیریت کارآمد برای اداره و بهره‌برداری از پروژه‌های زیربنایی است. (شیروی، ۱۳۸۰: ۳۳)

۲-۲- جوینت ونچر (Joint Venture)

Joint Venture اصطلاحی است انگلیسی که در زبان حقوقی و اقتصادی کشور ما به‌همان لفظ به‌کار رفته است. بعضی‌ها باتوجه به اینکه این اصطلاح برای اولین مرتبه در قراردادهای نفتی مورد استفاده قرار گرفته است آن را در مقابل قرارداد امتیاز (Concession) قرار داده و از آن به قرارداد مشارکت تعبیر کرده‌اند. Joint Venture الزاماً قرارداد نیست و گاه ماهیت حقوقی شرکت را به خود می‌گیرد.

به‌عبارتی "جوینت ونچر" به‌نوعی از همکاری تجاری گفته می‌شود که طی آن طرفین، مدیریت فعالیت خاصی را به‌نحو مشترک به‌عهده می‌گیرند و در سود و زیان حاصله شریک می‌شوند. می‌توان مهم‌ترین ویژگی‌های "جوینت ونچر" را در موارد ذیل خلاصه کرد:

۱. رابطه قراردادی: "جوینت ونچر" در هر صورت براساس یک قرارداد استوار می‌شود؛ حتی در مواردی که در قالب یک شرکت تجاری سازماندهی می‌شود که در این صورت اصل تشکیل شرکت، روابط شرکا با شرکت و معامله‌هایی که احتمالاً بین آنان صورت می‌گیرد، قواعد درخصوص نقل‌وانتقال سهام، منع رقابت شرکا با شرکت، نحوه و میزان افزایش سرمایه در آینده، نحوه حل اختلاف‌ها و موارد خاتمه همکاری، همه از مسائلی هستند

۲-۲-۱- عناصر تشکیل دهنده مشارکت تجاری بین‌المللی

(J.V)

۲-۲-۱-۱- طرفین قرارداد

با قبول این مطالب که (J.V) ماهیت قراردادی دارد باید قائل به همکاری دو یا چند شخص برای تشکیل آن باشیم حال اینکه این اشخاص می‌توانند اشخاص حقیقی یا حقوقی مانند شرکت‌ها و بانک‌ها و نهادها و مؤسسات باشند.

۲-۲-۱-۲- آورده

آورده یکی از عناصر تشکیل دهنده شرکت به‌ویژه J.V است. بنابراین هریک از طرفین قرارداد باید آورده خود را به صورت پول، کار، دانش و یا هنر به فعالیت در مشارکت تجاری اختصاص دهند.

۲-۲-۱-۳- تقسیم سود و زیان

منفعت موردنظر «J.V» منفعتی است که بین طرفین آن مشاع باشد، از این رو قراردادی که به موجب آن هریک از طرفین، منفعت جداگانه‌ای کسب نماید ولو اینکه فعالیت مشترکی انجام دهند «J.V» تلقی نمی‌شود.

۲-۲-۱-۴- کنترل مشترک بر امور مشارکت تجاری

کنترل مشترک بر امور مشارکت تجاری یکی از ویژگی‌های مشارکت تجاری است یعنی اینکه طرفین قرارداد به صورت مشترک بر مشارکت تجاری کنترل دارند. در مورد میزان کنترل اتفاق نظر وجود ندارد. در مشارکت تجاری حق کنترل می‌تواند به صورت برابر برای طرفین قرارداد پیش‌بینی شده باشد.

۲-۲-۳- خدمات مهندسی (E.P.C)

EPC براساس یک تعریف کلی شامل سه بخش عمده طراحی و مهندسی (Engineering)، تأمین کالا (Procurement) و اجرا (Construction) است و به قراردادی گفته می‌شود که به موجب آن کارفرما امور طراحی، مهندسی، تهیه مصالح و تجهیزات، مدیریت طرح، اخذ مجوزهای لازم، ساخت و نصب پروژه را به پیمانکار عمومی واگذار می‌کند.

این عملیات گاه به صورت ترکیبی و در قالب یک قرارداد واحد و گاه به صورت قراردادهای جداگانه انجام می‌شود. در این نوع قراردادها پیمانکار متعهد می‌شود که کارهای طراحی، مهندسی، تهیه مصالح، انبارداری، تأمین نیروی انسانی، ماشین‌آلات، انتقال فناوری، آموزش نیروهای کارفرما و عملیات ساخت‌وساز را برعهده گیرد و به نحو متقابل، کارفرما درخصوص تأمین محل موردنیاز به منظور اجرای پروژه، ارائه اطلاعات و ضوابط جاری در محل اجرا مانند ضوابط محیط زیست یا ضوابط درخصوص کاربری زمین و بررسی مدارک تسلیمی پیمانکار در موقع مقتضی متعهد می‌شود.

قراردادهای EPC را قراردادهای کلید در دست نیز می‌نامند، زیرا پس از انجام عملیات درخصوص نصب و تکمیل ساخت و آزمایش‌ها و بازرسی‌های فنی، کارفرما تنها با فشاردادن یک کلید، از پروژه موردنظر بهره‌برداری می‌کند. معمولاً در طرح‌های عمرانی و زیربنایی، تنها یک قرارداد EPC منعقد می‌شود، اما در طرح‌های پیچیده و بسیار بزرگ مانند قراردادهای نفتی بالای ۱۰۰ میلیارد ریال در ایران، چندین قرارداد EPC منعقد شده و کل طرح به یک پیمانکار واگذار نمی‌شود، چراکه اولاً در صورت واگذاری کل طرح به یک پیمانکار عمومی سرعت کار پایین می‌آید ثانیاً هزینه اجرای طرح بسیار افزایش می‌یابد. (صادقی و گودرزی: ۱۳۸۴)

۲-۳-۱- ویژگی‌های EPC

۱. پیمانکار دارای آزادی عمل بیشتری در زمینه انتخاب تجهیزات و تکنیک‌های اجرایی است و همچنین وابستگی خاصی به فعالیت‌های دیگران و پیروی از برنامه زمان‌بندی آنها ندارد.
۲. سرعت در این پروژه‌ها بیشتر است و با انجام سریع کار، پرداخت‌های موردانتظار نیز به موقع می‌بایست انجام شود.
۳. زمان در این نوع قراردادهای اهمیت خاصی برخوردار است و باید طبق تعهدات، طرفین بدان متعهد باشند. به دلیل تعیین جریمه برای هریک از طرفین در صورت نقض تعهدات، اطمینان از تاریخ اتمام پروژه بسیار بالا است.

چنین قراردادی اغلب به صورت معوض منعقد و ذی‌نفع (لیسانس‌گیرنده) متعهد به پرداخت مبلغی پول می‌شود که معمولاً در قالب اقساط پرداخت می‌شود.

البته اینکه در تعریف گفته‌شده عوض واگذاری حق، پول است به‌خاطر غلبه عرفی آن می‌باشد، یعنی اغلب در این قراردادها عوض معامله به صورت پول است و الا هیچ ایرادی ندارد که عوض به صورت غیرپول باشد.

از قرارداد لیسانس نکاتی قابل استخراج است که به ذکر آن می‌پردازیم:

۱. عقد لیسانس در مفهوم کلی آن یکی از عقود مشروع است. زیرا با قانون و مقرره خاصی در تعارض نیست. البته این بیان در مفهوم کلی عقد لیسانس است. یعنی لیسانس دانش فنی یا علامت تجاری یا اختراع نوعاً یک عقد مشروع است، مثل عقد بیع، اجاره. اما اگر عقد بر روی لیسانس یک فناوری نامشروع و غیرقانونی باشد موردپذیرش نیست. برای مثال اگر عقد بر روی انتقال دانش ساخت مواد مخدر صنعتی باشد موردپذیرش نیست. همان‌گونه که قانون‌گذار در ماده ۳۴۸ ق.م.بیع چیزی را که خریدوفروش آن قانوناً ممنوع است را باطل اعلام کرده است.

۲. عقد لیسانس از آنجا که در قوانین موضوعه ایران تعریف نشده، هم‌چنین «ماهیت آن با هیچ‌یک از عقود معین ق.م.کاملاً مطابق نیست» یک عقد نامعین بوده و مشمول ماده ۱۰ ق.م.است.

۳. از آنجا که عقد لیسانس یک قرارداد است، باید قواعد عمومی قراردادها در مورد آن رعایت شود.

۴. «لیسانس یک عقد عهدی است» زیرا در آن چیزی به ملکیت در نمی‌آید. آنچه موضوع قرارداد واقع می‌شود اجازه استفاده از یک دانش فنی یا یک اختراع یا یک علامت تجاری است.

۲-۴-۱- انواع قراردادهای لیسانس

همان‌طور که گفته شد قرارداد لیسانس یکی از انواع قرارداد انتقال فناوری است. از طرف دیگر در تعریف عقد لیسانس گفته شد که یک حق انحصاری واگذار می‌شود. پس اگر بخواهیم انواع قراردادهای لیسانس را احصا کنیم باید بینیم در قرارداد انتقال فناوری در کجا یک حق انحصاری واگذار می‌شود.

۴. کارفرما و مشاوران باید به مهارت و تجارب پیمانکار اعتماد داشته باشند و در نتیجه به غیر از مواردی که پیمانکار از وظایف خود به صورت اساسی و کلی عدول می‌کند، لازم نیست در کار پیمانکار دخالت کرده و یا پیشنهادهای او را با تأخیر طولانی موردبررسی قرار دهد.

۵. فعالیت کارفرما و مشاوران وی بیشتر در فرایند مناقصه و نظارت عالی در طول طرح خواهد بود. به‌عنوان یک قانون کلی هر عیب و نقصی که در محدوده تعریف‌شده کار حادث شود مسئولیت پیمانکار خواهد بود و ریسک و مسئولیت اجرایی از کارفرما به پیمانکار منتقل می‌شود.

۶. یکپارچگی در خرید تجهیزات و کالا خصوصاً خریدهای خارجی، مدیریت آن را بسیار آسان‌تر کرده و به صرفه‌تر نیز صورت خواهد پذیرفت.

۷. پیمانکار EPC، شرکتی است که در عین برخورداری از توان مالی مناسب در سه زمینه متفاوت مهندسی E، تدارکات P و اجرا C دارای تجربه و توانمندی کافی باشد. در حال حاضر پیمانکاران داخلی که این سطح از توانمندی، تجربه و ریسک‌پذیری را دارا باشند به ندرت وجود دارند. در کشور ما اجرای پروژه‌های بزرگ به روش EPC مسائل و مشکلات خاصی دارد که برخی از آنها شامل موارد ذیل می‌باشد:

- فقدان دانش مدیریت پروژه به صورت حرفه‌ای.
- فقدان پیمانکاران عمومی با قابلیت مدیریت پروژه‌های با گردش مالی بالا.
- تغییرات و نوسانات زیاد در سیستم اداری و قانون‌گذاری کشور.
- ضعف سیستم مالی کشور.

۲-۴-۲- لیسانس

عقد لیسانس در قوانین کشورهای مختلف تعریف نشده است. پس به‌ناچار باید از دکتترین حقوقی استفاده کرد که قرارداد لیسانس را این‌گونه تعریف کرده‌اند: عقد لیسانس قراردادی است که به موجب آن مالک انحصاری یک حق، بهره‌برداری، انتفاع از تمام یا بخشی از آن حقوق را به شخص دیگری واگذار می‌کند.

می‌شود که تولیدات یا فرآورده‌های شرکت دیگر را بفروشد و در برابر آن مبلغی دریافت کند که به این مبلغ، مبلغ فرنچایز می‌گویند. (بینش، ۱۳۸۴)

در بسیاری موارد تولیدکنندگان، کارخانه‌داران، سرمایه‌داران و صاحبان حقوق مالکیت معنوی، مانند حق اختراع، علائم شناخته‌شده تجاری و ... به‌جای آنکه مستقیماً اقدام به فعالیت و تجارت در کشور خاصی کنند، اقدام به اعطای پروانه فعالیت به افرادی دیگر، معمولاً ساکن و فعال در همان سرزمین، می‌کنند. این شیوه برای صاحب مالکیت معنوی دارای دو امتیاز ویژه است: اول اینکه سرمایه موردنیاز برای فعالیت در منطقه جدید را گیرنده پروانه تأمین می‌کند و صاحب حق هیچ‌گونه سرمایه‌گذاری در این‌باره نمی‌کند و دوم اینکه ریسک فعالیت تجاری هم برعهده گیرنده پروانه است و مشکلاتی، از جمله شکست در بازاریابی، اعتبار مشتریان و غیره به دارنده حق ارتباط مستقیم پیدا نمی‌کند. یکی از شایع‌ترین روش‌های اعطای پروانه، روش اعطای امتیاز فعالیت تجاری یا قرارداد فرانسیز است. (کلایوم اشمیتوف، ۱۳۷۸)

شاید بتوان شایع‌ترین و جهانی‌ترین محصول‌های تولیدشده و خدمات ارائه‌شده تحت فرانسیز را نوشابه‌های کوکاکولا و غذاهای آماده‌ی رستوران‌های مک دونالد آمریکایی دانست.

با توجه به تعاریف به‌عمل آمده می‌توان ویژگی‌های کلی فرانسیز را چنین بیان کرد:

۱. اساس فرانسیز بر پایه مالکیت حقوقی است که دارای ارزش عادی و تجاری است، موردحمایت قانون قرار دارند و به‌طورکلی، با عنوان حقوق مالکیت فکری و معنوی طبقه‌بندی می‌شوند.

۲. قرارداد فرانسیز قراردادی است مستمر، با یک همکاری دوجانبه در طول حیات آن، مدیریت و اجرا از سوی گیرنده امتیاز و ترسیم راهبرد فنی و کیفی و مشاور، و حمایت از سوی اعطاکننده امتیاز.

۳. دانش تجربی که جزئی ثابت در تمامی تعاریف است، به‌معنای آموخته‌ها، تجربه‌ها، نتایج آزمایش‌ها، یافته‌های علمی،

مواردی که در قراردادهای انتقال فناوری یک حق انحصاری واگذار می‌شود عبارت‌اند از: واگذاری اختراع، دانش فنی، واگذاری علامت تجاری که این سه مورد مهم‌ترین مصادیق قرارداد لیسانس می‌باشند.

۲-۴-۱-۱- لیسانس اختراع

منظور این است که یک طرف چیزی را اختراع کرده و طرف دیگر متقاضی استفاده از آن می‌باشد. در اینجا بین مخترع و متقاضی استفاده قرارداد لیسانس منعقد می‌شود. به این صورت که مخترع متعهد می‌شود که آن اختراع را در اختیار متقاضی قرار دهد و طرف دیگر که متقاضی استفاده از اختراع است نیز تعهدهایی را برعهده می‌گیرد که در ادامه خواهد آمد.

۲-۴-۱-۲- لیسانس علامت تجاری

علامت تجاری یا برند، رنگ، تصویر و نشانه‌ای است که نشان‌گر یک محصول یا خدمت می‌باشد و برای تمایز آن محصول یا خدمت از دیگر محصولات و خدمات مشابه به‌کار می‌رود. علامت تجاری در صورت ثبت‌شدن، دارای اعتبار حقوقی است و موردحمایت قانون قرار می‌گیرد. در لیسانس علامت تجاری محصول تولیدی توسط طرف لیسانس‌گیرنده با نام تجاری طرف لیسانس‌دهنده عرضه می‌شود.

۲-۴-۱-۳- لیسانس دانش فنی

دانش فنی به مجموعه‌ای از اطلاعات سودمند و مهارت‌های مرتبط با طراحی، ساخت و عملیات، که برای تولید محصول یا خدمات مشخص لازم باشد گفته می‌شود. در اینجا قرارداد لیسانس به این صورت منعقد می‌شود که لیسانس‌دهنده متعهد می‌شود تمام یا بخشی از دانش فنی ساخت یک ابزار خاصی را در اختیار لیسانس‌گیرنده قرار دهد و لیسانس‌گیرنده هم در مقابل، تعهدهایی را برعهده می‌گیرد.

۲-۵- فرانسیز

فرنچایز (Franchise) یا حق امتیاز که با نام‌های فرداد، برترانه یا فرانسیز نیز شناخته می‌شوند گونه‌ای از کسب و کار است که بر پایه آن به یک شرکت اختیار داده

گیرنده پرداخت می‌شود و در طول حیات قرارداد نیز اعطاکننده به‌طور مستقر مبلغی به‌عنوان حق‌التألیف دریافت می‌کند.

۱۰. شهرت جهانی، معروفیت نام و علامت تجاری، سابقه، میزان تولید و سرمایه‌ی صاحب اصلی امتیاز، تبلیغات وی نقش بسیار مهمی در تعیین ارزش قرارداد و همچنین موقعیت آینده‌ی گیرنده‌ی امتیاز دارد.

نتیجه‌گیری

با توجه به اینکه این پژوهش با محوریت حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در قراردادهای تجاری بین‌المللی با نگاهی به حقوق تجارت ایران انجام گرفته است درخصوص فرضیه‌ی اصلی این پژوهش می‌توان گفت که: سرمایه‌گذاری خارجی تأثیر مثبتی بر رشد اقتصادی کشورهای درحال توسعه دارد. امروزه، سرمایه‌گذاری، از واجبات ملی و بین‌المللی به‌شمار می‌رود که دولت‌های سرمایه‌فرست و سرمایه‌پذیر و به‌تعبیر بهتر، کل جامعه‌ی بین‌المللی به اهمیت آن واقف شده‌اند؛ سرمایه‌گذاری خارجی از مهم‌ترین عوامل پیوند نظام اقتصادی و اقتصاد داخلی کشورها به‌شمار می‌رود و جذب آن به رشد و پویایی اقتصادی کشورها علی‌الخصوص کشورهای درحال توسعه کمک به‌سزایی می‌کند.

مزایای پذیرش قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی در کشور به‌لحاظ اقتصادی شامل موارد زیر می‌شود:

۱- کمک به رشد و توسعه اقتصادی ۲- افزایش سهم صنعت در تولید ملی ۳- افزایش شمار شهرنشینان ۴- افزایش ثروت و رفاه مردم جامعه ۵- افزایش اشتغال و افزایش فرصت‌های شغلی ۶- توسعه فناوری و مهارت‌های مدیریتی ۷- ارتقای کیفیت تولیدات و افزایش توان صادراتی کشور.

در این پژوهش با توجه به مطالعات، این‌گونه بیان شد که جذب سرمایه و حضور سرمایه‌گذار خارجی به‌صورت شخص یا اشخاص حقیقی یا حقوقی در کشور ایران دارای تأثیرهای مثبت بر اقتصاد کشور می‌باشد.

می‌توان ادعا کرد که امروزه فاصله‌ی میان کشورهای توسعه‌یافته و کشورهای درحال توسعه در حال افزایش است، کشورهای

ابداع‌ها، اختراعات و... است که اعطاکننده‌ی امتیاز در طول فعالیت خود به آن‌ها دست‌یافته یا با آن‌ها مواجه شده است و باید آن‌ها را در هنگام انتقال فرانشیز به گیرنده‌ی امتیاز منتقل کند تا گیرنده‌ی امتیاز بدون نیاز به اینکه راه رفته را دوباره خود بیاماید، اقدام به فعالیت موفقیت‌آمیز کند.

۴. گیرنده‌ی امتیاز مجاز به انجام هیچ‌گونه تغییری در مورد فرانشیز نیست. حفظ یکنواختی محصول در سراسر بازارها از اهداف اصلی این روش است، به‌طوری که محصول‌های ارائه‌شده تحت فرانشیز با محصول‌های اصلی هیچ‌گونه تفاوتی ندارند و مصرف‌کنندگان قادر به تمیز بین این دو نیستند.

۵. گیرنده‌ی امتیاز پس از دریافت آن، جانشین اعطاکننده‌ی امتیاز در منطقه‌ی موردتوافق و دارای حق انحصاری در مورد آن می‌شود، و هیچ‌کس دیگری (جز در صورت توافق خلاف آن و یا با موافقت گیرنده) حق انجام آن فعالیت را در آن محدوده و سرزمین ندارد.

۶. ممکن است اعطاکننده‌ی امتیاز خود هیچ‌گونه سابقه‌ی فعالیت عملی در مورد فرانشیز موردنظر نداشته باشد. این امر بیشتر در مواردی پیش می‌آید که اعطاکننده‌ی امتیاز اقدام به طراحی سیستمی خاص برای بهره‌برداری می‌کند که می‌تواند شیوه‌ای نوین در امر تجارت اختراعی جدید، روشی نو در ارائه‌ی خدمات باشد.

۷. بازرسی و نظارت مستمر از سوی اعطاکننده‌ی امتیاز، هم حق و هم وظیفه اوست که باید به‌منظور حفظ استانداردها و شکل و کیفیت محصول انجام شود، تا کیفیت بد تولیدات و خدمات سبب آسیب به شهرت صاحب حق و همچنین خود حق مالکیت معنوی نشود.

۸. سرمایه‌گذاری اقتصادی طرح، برعهده‌ی گیرنده‌ی امتیاز است و اعطاکننده‌ی امتیاز (جز در موارد خاص) هیچ‌گونه تعهد مالی بر عهده نمی‌گیرد و بالطبع کلیه‌ی درآمد حاصل شده نیز متعلق به گیرنده‌ی امتیاز است.

۹. اعطای امتیاز از سوی صاحب حق در قبال عوض مالی صورت می‌گیرد، به این صورت که در قبال انتقال حقوق مالکیت معنوی، در ابتدا مبلغی به‌عنوان حق فرانشیز از سوی

در حال توسعه از سرمایه‌گذاری خارجی به‌عنوان روشی برای بهبود وضعیت اقتصادی بهره می‌جویند.

یکی از راه‌ها و روش‌های شایع و عملی جذب سرمایه‌های خارجی، جذب فناوری، دسترسی به مدیریت کارآمد و انعقاد قراردادهای بی. او. تی (B.O.T) است و اخیراً نیز استفاده از قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و واگذاری به‌منظور خصوصی‌سازی و جذب سرمایه‌های خارجی و دسترسی به فناوری پیشرفته و مهارت‌های فنی و بهره‌مندی از مدیریت کارآمد و مفید مورد توجه دولت ایران نیز قرار گرفته است. قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی بر ورود و جلب و جذب منافع و سرمایه‌های خارجی از طریق قراردادهای بی. او. تی یعنی قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و انتقال (B.O.T) تأکید کرده است.

در مورد جذب سرمایه‌گذاری خارجی هم باید گفت که نباید تمام بخش‌ها و رشته‌ها دارای اولویت یکسان باشند، بنابراین تعیین صنایع، رشته‌ها و کسب‌وکارهای هدف به‌عنوان اولویت جذب سرمایه‌گذاری خارجی و صرف منابع مالی و سیاست‌های تشویقی مناسب برای جذب سرمایه‌گذاری خارجی در بخش‌های اولویت‌دار و هدف می‌بایست در دستور کار قرار گیرد.

در نهایت بدیهی است که رژیم حقوقی حاکم بر قراردادهای تجاری بین‌المللی در ایران دارای آسیب‌هایی باشد که منجر به ضعف عملکرد سرمایه‌گذاری خارجی در کشور شده است، می‌توان گفت که در اقتصاد ایران آسیب‌شناسی رژیم حقوقی حاکم بر قراردادهای تجاری بر مبنای موضوعات اولویت‌دار و روش‌های اثرگذار بر جذب سرمایه‌گذاری خارجی امری ضروری است. تصویب قوانین ملی جذب و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی، عقد معاهده‌های دو یا چندجانبه سرمایه‌گذاری و قوانین موضوعه در این حوزه بسیار حائز اهمیت است و باید با کنترل این موارد به بهینه‌سازی این آسیب‌ها پرداخت.

در خصوص پرسش اصلی تحقیق که چگونه و با چه استانداردهایی می‌توان در قراردادهای تجاری بین‌المللی میان حقوق سرمایه‌گذار و کشور میزبان توازن برقرار کرد باید گفت: قوانین حاکم بر قراردادهای تجاری بر طبق قوانین کشورها

تنظیم می‌شود و در هر کشوری ممکن است متفاوت باشد و نباید در هیچ قراردادی قوانین کشورها نقض شود و در صورت نقض قوانین قرارداد تجاری محکوم به بطلان خواهد بود. از سوی دیگر گستره وسیع قوانین کشورها می‌تواند مشکل‌های وسیعی برای سرمایه‌گذاران خارجی ایجاد کند، بدین جهت که آگاهی کامل از قوانین و مقررات کشورهای مختلف برای انتخاب یک کشور به‌عنوان انتخاب مکانی برای سرمایه‌گذاری امر دشواری است. از این رو ضروری است که در قراردادهای تجاری بین‌المللی میان حقوق سرمایه‌گذار و کشور میزبان توازن برقرار باشد و مهم‌ترین اقدامی که در این زمینه می‌توان انجام داد اتخاذ رویه دآوری بین‌المللی در قراردادهای تجاری بین‌المللی است. البته کنترل و محدود کردن نقش دولت هم در این قراردادها به‌گونه‌ای که شرایط سرمایه‌گذاری خارجی بدون زیر سؤال رفتن حاکمیت تسهیل شود و اعتماد سرمایه‌گذاران برای سرمایه‌گذاری در کشور جلب شود بی‌تاثیر نیست (درواقع باید حقوق سرمایه‌گذار خارجی در قراردادهای تجاری بین‌المللی حفظ شود).

در خصوص اینکه چه استانداردها و قواعد حمایتی در قراردادهای تجاری بین‌المللی در زمینه سرمایه‌گذاری خارجی می‌تواند مورد استفاده قرار گیرد؟ باید این‌گونه بیان کرد که اهمیت سرمایه‌گذاری خارجی به‌عنوان معیاری برای رونق و توسعه هر کشور به‌ویژه از منظر کشورهای نیازمند توسعه، انکارناپذیر است. علاوه بر این سرمایه‌گذاری خارجی در کشورهای در حال توسعه با انتقال مستقیم یا غیرمستقیم سرمایه و فناوری و تخصص و مدیریت، زمینه حضور این قبیل کشورهای در حال پیشرفت را در اقتصاد و تجارت جهانی تقویت می‌کند. از این رو استفاده از مکانیسم‌های جذب سرمایه‌گذاری خارجی و توجه به حقوق سرمایه‌گذاران از جمله راهکارهای مؤثر و قوی در این مورد است و از اهمیت به‌سزایی برخوردار است. در این زمینه به مهم‌ترین مواردی که برای سرمایه‌گذاران خارجی قابل توجه است و تدوین قوانین و استانداردهای حمایتی در این حوزه می‌تواند منجر به افزایش جذب سرمایه‌گذاری

نحو کسب کند. به‌نحوی که از محل درآمد پروژه بتواند هم هزینه‌های انجام‌شده و هم سود متناسبی بدست آورد. از این رو در این زمینه سرمایه‌گذار نیز متعهد است از طریق اعطای معافیت‌ها و مشوق‌های مالیاتی - تأمین ارز - تضمین انتقال اصل و سود سرمایه برای سرمایه‌گذار و مواردی از این قبیل امکانات و شرایط را برای اجرای پروژه فراهم کند.

در مواردی نیز ممکن است اصل سرمایه و یا سود سرمایه‌گذار و یا خرید محصولات پروژۀ توسط سرمایه‌پذیر تضمین شود که بنابر مفاد قرارداد سرمایه‌پذیر باید به این تعهد عمل کند. از نظر حقوقی نقض هر یک از این تعهدات ضمن اینکه به طرف مقابل حق اقامه دعوا و الزام طرف متخلف به ایفای تعهد را می‌دهد، ضمانت‌اجراهایی چون فسخ و یا مطالبه خسارت‌ها را نیز به دنبال دارد.

ملاحظات اخلاقی

ملاحظات اخلاقی مربوط به نگارش متن و نیز ارجاع به منابع رعایت گردید.

تقدیر و تشکر

از تمام کسانی که ما را در تهیه این مقاله یاری رسانده‌اند، کمال تشکر را دارد.

سهم نویسندگان

نگارش این مقاله بر اساس اصول نگارش مقالات حقوقی در تمامی مراحل تهیه پلان، جمع‌آوری منابع و نگارش توسط نویسنده صورت گرفته است.

تضاد منافع

این پژوهش فاقد هرگونه تضاد منافع است.

خارجی و حفظ حقوق سرمایه‌گذار خارجی در قراردادهای تجاری بین‌المللی شود اشاره خواهیم کرد: از جمله دغدغه‌های اصلی سرمایه‌گذار خارجی در قراردادهای تجاری بین‌المللی احترام به حقوق مالکیت وی - رفتار عادلانه و غیرتبعیض‌آمیز در کشور سرمایه‌پذیر - نوع موضع‌گیری قانون نسبت به سرمایه‌گذاری خارجی - سهولت خروج اصل و سود سرمایه از کشور - قوانین گمرکی و مالیاتی موجود - نحوه داوری و رسیدگی به مشکلات موجود می‌باشد که در این باره تدوین قواعد گمرکی ویژه برای سرمایه‌گذاران خارجی معافیت‌های مالیاتی ویژه و تسهیل قوانین ورود و خروج ارز و بهره‌گیری از رویه داوری بین‌المللی می‌تواند تا حدودی راهگشا باشد.

نتیجه دیگری که از این پژوهش بدست آمد این بود که هر قرارداد بین‌المللی سرمایه‌گذاری خارجی شامل تعهدها و مسؤولیت‌هایی برای طرفین یعنی سرمایه‌گذار خارجی و کشور سرمایه‌پذیر می‌باشند که عمل به این تعهدها و مسؤولیت‌ها لازمه صحت یک قرارداد تجاری بین‌المللی است و در واقع سبب حفظ حقوق سرمایه‌گذار خارجی در قراردادهای تجاری بین‌المللی می‌شود. این تعهدها و مسؤولیت‌ها بسته به نوع قرارداد منعقدۀ برای سرمایه‌گذار و سرمایه‌پذیر متغیر است. با این حال در یک چهارچوب کلی می‌توان گفت سرمایه‌گذار در طول مدت قرارداد خود بسته به نوع قرارداد تعهدهایی مانند مطلوبیت و کارایی پروژه در طول مدت بهره‌برداری - مدیریت کارآمد - بازپرداخت به‌موقع وام‌ها و تسهیلات دریافتی - عرضه مستمر کالا و خدمات پروژه - انتقال دانش و فناوری جدید و آموزش نیروهای بومی کشور سرمایه‌پذیر - پیش‌بینی و پذیرش ریسک‌های پروژه را به‌عهده دارد. در مقابل در دوره بهره‌برداری سرمایه‌گذار سعی دارد نتیجه سرمایه‌گذاری خود را به بهترین

منابع و مأخذ

الف. منابع فارسی

حقوقی ایران». *فصلنامه اقتصادی و بازرگانی*، شماره سی و هشتم.

- صادقی، محسن و گودرزی، حبیب (۱۳۸۴). «بررسی قراردادهای بین‌المللی طراحی، تهیه تجهیزات و ساخت با نگاهی به جایگاه آن در نظام حقوقی ایران». *مجله مطالعات حقوق خصوصی*، شماره دو.

- عسکری، پوریا (۱۳۹۴). *مؤسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی*. مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.

- کلایوام، اشمیتوف (۱۳۷۸). *حقوق تجارت بین‌الملل*. ترجمه دکتر بهروز اخلاقی، جلد اول، چاپ اول، تهران: سمت.

- ناجی‌فراز (۱۳۸۲). *جوینت ونچرهای ایرانی- خارجی و نکات حقوقی راجع به تشکیل آنها*. پایان‌نامه کارشناسی‌ارشد دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم تحقیقات.

- نیکخواه‌سرنقی، رضا (۱۳۹۶). «بررسی قراردادهای ساخت بهره‌برداری و واگذاری B.O.T در مناطق آزاد تجاری و صنعتی ایران». *مجله پژوهش‌های اخلاقی*، شماره سی.

ب. منابع انگلیسی

-Dolzer, R. Stevens, M (1995). *Bilateral Investment Treatie*. Kluwer Law International, The Hague.

- بینش، مسعود (۱۳۸۴). «اندیشه‌های فیلیپ کاتلر مقاله». *ماهنامه تدبیر*.

- حبیبی، محمود (۱۳۹۴). *تفسیر قراردادهای تجاری بین‌المللی*. چاپ دوم، تهران: میزان.

- حبیبی، به‌آذین (۱۳۹۰). «حداقل استاندارد بین‌المللی و حمایت از حقوق سرمایه‌گذاری خارجی». *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، شماره سی و سه.

- راستی، محمد (۱۳۸۹). «بررسی رابطه توسعه مالی و تجارت بین‌المللی در کشورهای در حال توسعه». *نشریه پژوهش‌های اقتصادی ایران*، دوره پانزدهم.

- شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۴). *قراردادهای بی‌اوتی تنظیم ساختار و قوانین حاکم*. چاپ دوم، تهران: میزان.

- شیروی، عبدالحسین (۱۳۸۰). «پروژه‌های ساخت، بهره‌برداری و انتقال B.O.T». *مجله مفید*، شماره بیست‌وششم.

- شیروی، عبدالحسین (۱۳۷۸). «تنظیم قرارداد داوری با توجه به قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران». *مجله مجتمع آموزش عالی قم*، شماره سه.

- شیروی، عبدالحسین (۱۳۸۰). «دلایل استفاده از قراردادهای بی‌اوتی و نقش دولت در موفقیت این پروژه». *مجله مجتمع آموزشی قم*، شماره یازدهم.

- صادقی، محسن (۱۳۸۵). «بررسی قراردادهای بین‌المللی ساخت، بهره‌برداری و واگذاری B.O.T و جایگاه آن در نظام



The Law of Foreign Investment in International Trade Contracts with a View to Iran's Trade Law

Arezoo Kiani Mojahed ^{1*}, Rahim Baghban ²

1. MA, Private Law, Mashhad Branch, Islamic Azad University, Mashhad, Iran.

1. Ph.D of Private law, Mashhad Branch, Islamic Azad University, Mashhad, Iran.

ARTICLE INFORMATION

Type of Article:

Original Research

Pages: 29-43

Corresponding Author's Info

Email: kiani_lawyer@hotmail.com

Article History:

Received: 01 Jun 2020

Accepted: 07 Sep 2020

Published online: 22 Sep 2020

Keywords:

Foreign Investment,
Attraction of Investor,
International Trade Contract,
Arbitration.

ABSTRACT

Attracting foreign investment has long been one of the most vital factors in all countries of the world, which has been effective in economic development and employment. Attracting foreign financial resources in different types and forms is one of the most important priorities of countries in the world and has become one of the priorities for achieving their development goals. Among different methods of foreign financing, foreign direct investment method is one of the most efficient methods. In addition to the flaws and drawbacks to this method, the existence of many positive effects such as access to new export markets, promotion of competitiveness, transfer of technical and new management knowledge to the host firm and creating economic security, reforming the management system, exchanging new economic experiences, technology and technology are not hidden to anyone. Therefore, the aim of this study was to investigate the rights of foreign investment in international commercial contracts in accordance with Iran's trade law. This paper, which has been conducted based on library studies, is a descriptive-analytical research and during this research, we are looking for answers to the main question of how and with what standards can be balanced between investor's rights and the host country in international trade contracts? The results of this study indicate that the failure of existing commercial laws and regulations in Iran, the failure of the laws and rules governing international trade, different interpretations of some principles of the constitution and the existence of disagreements of opinion are among the barriers to investment in the form of commercial contracts in the country. Also, factors such as Iran's non-membership in the International Center for Resolving Disputes a resulting from foreign investment, the necessity of resolving disputes between the Iranian government and foreign investors regarding bilateral commitments by Iranian courts, ambiguities in the text of the law regarding errors lead to the lack of trust in foreign investment and the impact of misconduct on international transactions and treaties.

openaccess



Cite this article as:

Kiani Mojahed, A & Baghban, R (2020). "The Law of Foreign Investment in International Trade Contracts with a View to Iran's Trade Law". *Legal Thoughts Journal*, 1(1): 29-43.