

بررسی اعتبار و کارایی شرط دریافت یا پرداخت در قراردادهای فروش ال ان جی^۱

سید نصرالله ابراهیمی^۱، کیمیا دانایی^{۲*}

۱. استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

۲. دانشجوی دکتری حقوق نفت و گاز دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۰۵/۲۷؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۱۱/۲۶)

چکیده

به دلیل نیاز پروژه‌های ال ان جی به سرمایه‌گذاری‌های عظیم، اغلب تأمین‌کنندگان مالی بدون اطمینان از یک جریان درآمدی ثابت برای بازگشت سرمایه، به تأمین مالی اقدام نمی‌کنند. اصلی‌ترین ابزاری که این اطمینان را برای فروشندگان و تأمین‌کنندگان مالی فراهم می‌آورد، درج شرط دریافت یا پرداخت^۲ در قرارداد است. به همین دلیل امروزه شرط دریافت یا پرداخت به یکی از مفاد اساسی قراردادهای بیع ال ان جی تبدیل شده است. در نظام‌های حقوقی مختلف تردیدهایی نسبت به اعتبار این شرط مطرح شده که نیازمند تعمد و پاسخگویی است. علاوه بر این، به نظر می‌رسد این شرط در قالبی که امروزه در اغلب قراردادهای رواج دارد، یعنی بررسی و تعیین آن براساس میزان سالیانه قراردادی تحویل ال ان جی، نمی‌تواند هدفی را که فلسفه پیش‌بینی این شرط در قراردادها بوده است برآورده کند. بررسی اعتبار این شرط در نظام‌های حقوقی مختلف به علاوه بررسی دلایل ادعای ناکارآمدی آن و پیش‌بینی راه‌حلی برای فائق آمدن بر این مشکل، موضوع مقاله حاضر است.

واژگان کلیدی

تأمین مالی، تعهد دریافت یا پرداخت، شرط دریافت یا پرداخت، قرارداد فروش ال ان جی، میزان سالیانه قراردادی.

1. Liquefied Natural Gas.

* . E-mail: Kimia.danaei@gmail.com

2. Take or Pay Clause.

مقدمه

در اکثر قراردادهای بیع داخلی و بین‌المللی، خریدار براساس مقتضیات تجاری خود تقاضای خرید و تحویل کالایی را می‌دهد. در مقابل، به همان نسبتی که کالا از طریق فروشنده به وی تحویل می‌شود، مبلغ قرارداد محاسبه و خریدار مکلف می‌شود آن را به فروشنده بپردازد. اما به دلیل ماهیت خاص قراردادهای ال ان جی، فروشنده ترجیح می‌دهد خریدار - حتی در صورت تحویل نگرفتن همه یا بخشی از محصول - تمام یا بخشی از قیمت قرارداد را پرداخت کند. توضیح اینکه، به دلیل ماهیت پیچیده و زنجیره‌ای این پروژه‌ها و نیاز آن‌ها به سرمایه‌گذاری‌های اساسی، عموماً تأمین‌کنندگان مالی پروژه بدون اطمینان از این موضوع که یک قرارداد بلندمدت فروش (عموماً بین ۲۰ تا ۲۵ سال) منعقد شده است و ضمن آن تضمین‌های کافی برای الزام خریدار به ایفای تعهداتش وجود دارد، به سرمایه‌گذاری در پروژه و تأمین مالی آن اقدام نمی‌کنند.

از اصلی‌ترین تضمین‌هایی که در این خصوص به مرور زمان در این قراردادها پیش‌بینی، توسعه و رواج یافته، شرط دریافت یا پرداخت به نفع فروشنده است؛ یعنی خریدار، درخصوص میزان مشخصی از محصول مکلف شود حتی در صورت تحویل نگرفتن ال ان جی، بابت آن پرداخت کند. بنابراین، گفته می‌شود امروزه یکی از خصوصیات اصلی قراردادهای طولانی‌مدت در این صنعت، وجود شرط دریافت یا پرداخت است (M.polo, C.Scarpa, 2013: 64).

با وجود رواج این شرط، هنوز هم در نظام‌های حقوقی مختلف تردیدهایی نسبت به آن وجود دارد. به‌خصوص زمانی که خریدار به موجب این شرط مکلف به پرداخت می‌شود، سعی خواهد کرد با تمسک به راه‌های مختلف از این مسئولیت‌شانه خالی کند. از رایج‌ترین این راه‌ها زیر سؤال بردن اعتبار این شرط است. از این رو، در این مقاله پس از بررسی مفهوم، ضرورت و ساختار این شرط و چگونگی تعیین میزان مورد تعهد دریافت یا پرداخت که پایه بررسی‌ها هم درخصوص اعتبار و هم کارایی این شرط است، اعتبار شرط در نظام حقوق نوشته و کامن‌لا و ایرادهایی که معمولاً در این خصوص مطرح شده است و اعتبار آن در حقوق ایران بررسی می‌شود.

از اعتبار شرط که بگذریم، یکی دیگر از موضوعات اساسی بحث کارایی این شرط است. یعنی در صورتی که بتوانیم اعتبار شرط را ثابت کنیم، باید بدانیم آیا شرط توانسته است هدف یا اهدافی را که فلسفه پیش‌بینی آن در این قراردادها بوده است برآورده کند یا خیر؟ به همین دلیل پس از بررسی اعتبار شرط به موضوع بررسی دلایل ناکارآمدی آن و پیش‌بینی راه‌حلی برای افزایش این کارآمدی به منظور نزدیک شدن به فلسفه‌ای که سبب پیش‌بینی چنین شرط قراردادها بوده است پرداخته خواهد شد.

۱. مفهوم و میزان مورد تعهد در شرط دریافت یا پرداخت

۱.۱. مفهوم شرط دریافت یا پرداخت

در قراردادهای خرید و فروش ال ان جی دو ریسک اساسی یعنی ریسک قیمت^۱ و مقدار^۲ وجود دارد که به آن ریسک تقاضا^۳ نیز گفته می‌شود. شرط دریافت یا پرداخت با الزام خریدار به پرداخت مبلغ مشخصی برای مقدار معینی از ال ان جی صرف نظر از اینکه نیاز واقعی او هر ساله به چه مقدار خواهد بود، این ریسک را به سمت خریدار سوق خواهد داد (S.Masten, K.J.Crocker, 1985: 1084).

به موجب این شرط خریدار متعهد می‌شود تا میزان مشخصی، ال ان جی تحویل بگیرد یا اینکه، تا آن میزان مشخص مبلغ آن را مطابق قرارداد به فروشنده بپردازد. در واقع مطابق این شرط تعهد خریدار از نوع تعهد جایگزینی یا تخییری است که با اجرای یکی از دو تعهد ذکر شده خریدار به تعهدات خود عمل کرده است.^۴

1. Price Risk.
2. Quantity Risk.
3. Demand Risk.

۴. یکی از شروط دیگری که کارکردی شبیه شرط دریافت یا پرداخت دارد و در برخی موارد ممکن است جایگزین آن شود شرط دریافت و پرداخت (Pay & Take) است. در شرط دریافت و پرداخت، خریدار در برابر فروشنده مکلف می‌شود، تا هم گاز تولید شده را تحویل بگیرد و هم بابت آن پرداخت کند. حال اگر خریدار از تحویل گرفتن اجتناب کند، ناقض قرارداد شمرده می‌شود و لازم است به جبران خسارت بپردازد. این جبران در این حالت معمولاً برابر است با تفاوت قیمت بازاری ال ان جی که خریدار باید تحویل می‌گرفت و از تحویل آن خودداری کرده است. اما در شرط دریافت یا پرداخت چنانکه خواهد آمد، خریدار تکلیفی به قبض و دریافت ندارد و دریافت نکردن از سوی او نقض قرارداد محسوب نخواهد شد.

در بیشتر قراردادهای خرید و فروش ال ان جی که شرط دریافت یا پرداخت در آن‌ها پیش‌بینی شده، ذکر می‌شود که خریدار بعداً حق خواهد داشت میزانی را که بابت آن پرداخت صورت گرفته است، اما به وی تحویل نشده را مطابق شرایطی که در قرارداد مقرر است تحویل بگیرد که به آن حق جبران^۱ می‌گویند و میزانی را که نسبت به آن خریدار این استحقاق را می‌یابد مقادیر جبرانی^۲ می‌نامند (S.Scott Gaille, 2008: 161).

خریدار در سال بعد زمانی می‌تواند برای تحویل مقادیر جبرانی تقاضا دهد که میزان ال ان جی که به موجب شرط دریافت یا پرداخت برای آن سال مکلف به تحویل آن است تحویل گرفته باشد. همچنین، در اکثر قراردادهایی که شرط دریافت یا پرداخت ذکر می‌شود حق گرفتن مقادیر جبرانی در آینده نیز برای خریدار پیش‌بینی می‌شود، اما وجود این دو با یکدیگر ملازمه‌ای ندارد و ممکن است در قراردادی شرط دریافت یا پرداخت پیش‌بینی شود بدون اینکه به وجود حق جبران اشاره شود (M.polo, C.Scarpa, 2013: 65).

۱.۲. ضرورت درج شرط دریافت یا پرداخت در قراردادهای فروش ال ان جی

در بخش مقدمه به اختصار به ضرورت درج این شرط در قراردادهای فروش ال ان جی اشاره شد. در تکمیل آن باید گفت ماهیت این پروژه‌ها به گونه‌ای است که از سرمایه‌گذاری انجام‌شده تنها می‌توان برای یک هدف خاص استفاده کرد و نمی‌توان آن را به امر دیگری اختصاص داد. در این موارد، خریدار ممکن است به دلیل آنکه فروشنده سرمایه‌گذاری هنگفتی کرده و هزینه‌های سرمایه‌ای بالایی را برای پروژه‌ای متحمل شده که تنها برای همان هدف خاص قابل استفاده است، از این موقعیت سوءاستفاده کند و به رفتارهای فرصت‌طلبانه^۳ دست بزند. از این رو، برای سرمایه‌گذاران توجیه اقتصادی ندارد که با تکیه بر قراردادهای کوتاه‌مدت به سرمایه‌گذاری در چنین پروژه‌هایی اقدام کنند (A.Creti, B.Villeneuve, 2003: 5). به همین علت برخلاف سایر منابع طبیعی که به طور کوتاه‌مدت فروخته می‌شوند، قراردادهای خرید و فروش ال ان جی عموماً طولانی‌مدت و بالای بیست سال است. اما بلندمدت بودن قرارداد به تنهایی برای سرمایه‌گذار توجیه‌کننده نیست، وی

1. Make up Right.
2. Make Up Quantity
3. Opportunistic Behavior.

همچنین نیاز دارد اطمینان یابد که برای میزان مشخصی از ال ان جی همواره درآمد ثابتی خواهد داشت و نسبت به آن تعهد قطعی وجود دارد. از این رو، در این قراردادها فروشنده تمایل ندارد تنها زمانی پرداخت به او صورت گیرد که خریدار برای تحویل ال ان جی به وی تقاضا دهد وگرنه فروشنده همواره با این ریسک مواجه خواهد بود که شاید روزی خریدار گاز یا ال ان جی نخواهد.

بنا به دلایل ذکرشده، فروشنده تمایل دارد برای فائق آمدن بر این ریسکها، خریدار را مکلف کند درخصوص مقدار مشخصی از ال ان جی تعهد دهد که حتی اگر آن را دریافت نکند بابت آن پرداخت کند. از این رو، در جهت پاسخ به نیاز بالا، به تدریج شروط دریافت یا پرداخت^۱ راه خود را به قراردادهای طولانی مدت خرید و فروش ال ان جی باز کردند. البته باید گفت در تمام قراردادهایی که از دهه ۱۹۶۰ منعقدشده این شرط پیش بینی نشده است، بلکه در برخی قراردادها تنها تعهد معمول برای خرید در قرارداد وجود دارد (P.R.Weems, 2005: 3).

۳.۱. میزان مورد تعهد دریافت یا پرداخت

یکی از مفاهیم اساسی در قراردادهای خرید و فروش ال ان جی، میزان سالیانه قراردادی^۲ است. میزان سالیانه قراردادی، میزانی است که فروشنده مکلف است طی یک سال قراردادی به خریدار تحویل دهد (رحیمی، ۱۳۸۶: ۱۹۳). میزان دریافت یا پرداخت سالیانه معمولاً به صورت درصدی از میزان سالیانه قراردادی تعیین می شود. این درصد اکثراً بین هفتاد تا صد درصد میزان سالیانه قراردادی است و در صورتی که میزان دریافت یا پرداخت سالیانه براساس بخشی از سال تعیین شود، این درصد هم به همان نسبت تعدیل خواهد شد (H.Longgley, B.Botts, 2014: 67).

در اغلب موارد این درصد طی سالهای مختلف قرارداد یکسان است. در برخی موارد این میزان به درخواست خریدار در سالهای اولیه قرارداد پایین است و به مرور با توسعه بازار خریدار در سالهای بعد افزایش می یابد، اما فروشنده ممکن است با این موضوع

1. Take or Pay.
2. Annual Contract Quantity (ACQ).

موافق نباشد و یک درصد ثابت را ترجیح دهد یا تمایل داشته باشد در سال‌های اولیه پروژه به دلیل هزینه‌های سنگین سرمایه‌گذاری، جریان درآمدی بالاتری از پروژه داشته باشد. در مقابل خریدار نیز ممکن است مشکلی از نظر بازار نداشته باشد و نیازهای عملیاتی تحویل این میزان از ال ان جی را ایجاب کند، اما این نگرانی را داشته باشد که فروشنده در سال‌های پایانی قرارداد انگیزه کافی برای تولید نداشته باشد و به دلیل اینکه قرارداد برای او فاقد توجیه اقتصادی می‌شود درصد فسخ آن برآید (P. Robbets, 2014: 209-210).

به همین دلیل، خریدار معمولاً به دنبال این است که درخصوص شرط دریافت یا پرداخت برای خود تعدیل‌هایی پیش‌بینی کند. از سوی دیگر، فروشنده نیز به دنبال این است که درخصوص میزان سالیانه قراردادی برای خود تعدیل ایجاد کند. از آنجا که این دو تعهد در مقابل هم قرار می‌گیرند، لذا در صورتی که این شرط به نفع فروشنده پیش‌بینی شده باشد خریدار نیز انتظار دارد که این شرط درخصوص میزان تعهد دریافت یا پرداخت نیز پیش‌بینی و او بتواند تعهد خود را تا درصد مشخصی کاهش دهد. این موضوع به خصوص در مواردی که طرفین قرارداد قدرت چانه‌زنی برابر دارند بیشتر مصداق دارد. برای مثال، در بسیاری از قراردادهایی که از سال ۲۰۰۰ به بعد بسته شده است خریداران توانسته‌اند به طور سالیانه^۱ و متوسط ۱۵ درصد انعطاف‌پذیری کاهش‌ی برای خود پیش‌بینی کنند (S. Farmer, 2006: 44).

میزان سالیانه قراردادی در بسیاری از موارد ممکن است موضوع تعدیل قرار گیرد که حاکی از موقعیت‌های مشخصی است که فروشنده ال ان جی را تحویل نداده یا خریدار از تحویل خودداری کرده یا اینکه بیش از میزان مورد تعهد دریافت یا پرداخت برای آن سال تحویل گرفته شده یا به دلیلی میزان تعهد فروشنده کاهش یافته است. برای مثال، به دلیل فورس‌ماژوری که برای خریدار یا فروشنده به وجود آمده است، میزان سالیانه تغییر کرده است. همان‌طور که اشاره شد، میزان مورد تعهد دریافت یا پرداخت، متناسب با میزان سالیانه قراردادی و به‌منزله درصدی از آن تعیین می‌شود. از این رو، تغییر و تعدیل میزان سالیانه، موجب تغییر در میزان مورد تعهد دریافت یا پرداخت خواهد شد (H. Longgley, B. Botts, 2014: 77). تفاضل بین میزانی که مورد تعهد خریدار برای دریافت یا پرداخت

1. Buyers' Downward Flexibility Quantity.

بوده با میزانی را که خریدار واقعاً تحویل گرفته و بابت آن پرداخت کرده است، کسری سالیانه^۱ نامیده می‌شود.

لذا، خریدار در صورت تحویل میزانی کمتر از میزان سالیانه قراردادی موظف است معادل میزان کسری سالیانه ضرب در قیمت قرارداد به فروشنده پرداخت کند که این در واقع بدهی خریدار به فروشنده خواهد بود (D. Rogers, M. White, 2013: 7-8).

۲. اعتبار شرط دریافت یا پرداخت

در نظام‌های حقوقی مختلف برخی از حقوق دانان در صحت شرط دریافت یا پرداخت تردید کرده‌اند. در این بخش به بررسی اعتبار این شرط در نظام حقوق نوشته، حقوق کامن‌لا و در نهایت حقوق ایران پرداخته خواهد شد.

۲.۱. اعتبار شرط در نظام حقوق نوشته

تردیدهایی که در آثار برخی نویسندگان کشورهای حقوق نوشته نسبت به صحت و اعتبار شرط دریافت یا پرداخت مطرح شده، از آنجا ناشی شده است که به موجب حقوق اکثر این کشورها تعهد خریدار مبنی بر پرداخت، باید در لحظه انعقاد قرارداد سبب^۲ داشته باشد در غیر این صورت تعهد صحیح و قابل اجرا نخواهد بود، لذا در قراردادهای تجاری سبب تعهد متعهد وجود تعهدی در مقابل آن از سوی متعهدله است و در غیر این صورت تعهد طرف دیگر هم بدون سبب و در نتیجه باطل است (شعاریان، ۱۳۹۳: ۲۲۶).

در حقوق فرانسه براساس ماده ۱۱۳۱ قانون مدنی این کشور، تعهد بدون سبب یا مبتنی بر سبب نامشروع باطل است. رویه قضایی فرانسه از این هم فراتر رفته و فقدان بخشی از سبب را در سرنوشت قرارداد مؤثر می‌داند. در این خصوص ایرادی که از سوی برخی حقوق دانان مطرح شده این است که وقتی در قرارداد شرط دریافت یا پرداخت درج می‌شود، سبب تعهد خریدار در فرضی که هیچ محصولی تحویل نگرفته است چیست و چگونه می‌توان آن را توجیه کرد؟

1. Annual Deficiency.
2. Cause.

یکی از پاسخ‌هایی که به این سؤال داده شده این است که فروشنده نوعی قرارداد فروش انحصاری با خریدار منعقد کرده و متعهد شده است تا محصول تولیدی را به خریدار دیگری نفروشد. بنابراین، تعهد فروش انحصاری نوعی عوض است. یکی دیگر از استدلال‌هایی که در این خصوص ارائه شده است وجود حق جبران برای خریدار است به این معنا که حقی که خریدار بعداً برای تحویل گرفتن آن جی - که بابت آن پرداخت کرده، اما تحویل نگرفته است - دارد، خود عوض است. از نظر منتقدان دلیل اول به این سبب نمی‌تواند پذیرفته شود که موارد متعددی ممکن است یافت شود که در آن‌ها چنین حق انحصاری وجود نداشته است. دلیل دیگر یعنی وجود حق جبران که خریدار بعداً بخواهد اعمال کند نیز نمی‌تواند پاسخی برای اشکال مطرح‌شده باشد، زیرا وجود شرط دریافت یا پرداخت ملازمه حتمی با وجود حق جبران ندارد. این موضوعی است که مورد تأیید دادگاه‌های امریکا و انگلیس نیز قرار گرفته است (D. Rogers, M. White, 2013: 6).

در پاسخ به اشکال ذکرشده باید گفت اینکه بگوییم در مقابل تعهد ذکرشده عوضی وجود ندارد، ساده‌اندیشانه است. تعهد فروشنده به اختصاص ظرفیت مورد توافق به خریدار و اینکه فروشنده باید آماده باشد تا این میزان از آن جی را به خریدار تحویل دهد عوضی است که در مقابل این تعهد قرار می‌گیرد. تعهد فروشنده به آماده‌سازی و تحویل آن جی تا میزان سالیانه قراردادی است و اگر نتواند این میزان را تحویل دهد، به مسئولیت ناشی از کسری و قصور در تحویل منجر خواهد شد. این در حالی است که میزان آن جی مورد تعهد خریدار به موجب شرط دریافت یا پرداخت معمولاً کمتر از میزان سالیانه قراردادی است، زیرا همان‌طور که گفته شد این میزان معمولاً بین هفتاد تا صد درصد میزان سالیانه قراردادی است.

در بررسی‌هایی که در رویه قضایی سیستم حقوق‌نویسته در خصوص شرط دریافت یا پرداخت صورت گرفته است، یک رأی در خصوص بررسی اعتبار شرط در سال ۲۰۰۵ از سوی یکی از دادگاه‌های تجدیدنظر^۱ صادر شده است که ضمن معتبردانستن شرط، استدلال خواننده را که ممکن است این شرط جنبه کیفری به خود بگیرد رد کرده و حکم به پرداخت به نفع فروشنده برابر میزانی در شرط داده است. در این خصوص باید گفت

1. Court of Appeal of Angers.

ملاحظه قوانین و مقررات بخش انرژی در فرانسه نیز بر اعتبار این شرط در نظام حقوقی این کشور صحه می‌گذارد (Paris Energy Series, 2013: 7).

۲.۲. اعتبار شرط دریافت یا پرداخت در کامن‌لا

در حقوق کامن‌لا، ادعایی که از سوی بعضی خریداران برای زیر سؤال بردن این شرط مطرح شده این است که آن را یک شرط کیفری^۱ تلقی کرده و مشمول قاعده منع استفاده از شرط کیفری در قرارداد دانسته‌اند. به منزله یکی از مظاهر نظم عمومی، در حقوق انگلیس گفته می‌شود شرطی که هدف یا اثر آن وادار کردن یکی از طرفین قرارداد به اجرا و شبیه نوعی مجازات باشد، از سوی دادگاه‌ها غیر قابل اجرا شناخته خواهد شد. در حقوق قراردادهای انگلیس اصل بر این است که هر یک از طرفین قرارداد باید این آزادی را داشته باشد که بتواند به تعهدات قراردادی خود عمل نکند مشروط بر اینکه خسارت طرف مقابل را بپردازد. بنابراین، شرطی که یکی از طرفین را در صورت نقض، مکلف به پرداخت مبالغ سنگین خسارت کند و بدین وسیله بخواهد مانع نقض قرارداد از سوی وی شود، به دلیل محدود کردن آزادی فرد معتبر نخواهد بود. در مقابل شروط کیفری، خسارت مقطوع^۲ قرار دارد که براساس آن طرفین به دنبال تخمین واقعی خسارتی هستند که ممکن است در صورت نقض به طرف مقابل وارد شود و جنبه بازدارندگی ندارد و از این رو مانعی برای اجرای آن‌ها وجود نخواهد داشت (پاسبان، ۱۳۹۳: ۱۸).

طرح این موضوع که مبلغی که خریدار باید براساس شرط دریافت یا پرداخت به فروشنده بپردازد، شرط کیفری خواهد بود، احتمالاً از سوی خریداری که مکلف به پرداخت این مبلغ شده است مطرح می‌شود. البته مواردی نیز وجود دارد که با اینکه روابط بین طرفین به اختلاف کشیده شده و به دادگاه یا داوری رفته است، اما خریدار به چنین موضوعی به‌منزله دفاع متوسل نشده است.^۳

1. Penalty.

2. Liquidated Damages.

۳. برای مثال در پرونده Amoco v Tesside Gas، طرفی که مکلف بود مبلغ ناشی از شرط ارسال یا پرداخت (send or pay) را بپردازد، هیچ‌کجا به‌عنوان دفاع به این موضوع اشاره نکرد که این مقرره شرط کیفری بوده و از این‌رو لازم‌الاجرا نیست. این پرونده که مربوط به رزرو ظرفیت انتقال گاز در خط لوله مرکزی دریای شمال است،

در تعیین اینکه آیا شرط دریافت یا پرداخت یک شرط کیفری و غیرالزام الاجراست یا خیر؟ اولین موضوعی که رویه به آن پرداخته، این است که آیا مبلغی که خریدار مکلف است تحت این شرط به فروشنده بپردازد، خسارت بوده یا بدهی خریدار به فروشنده است؟ زیرا در حقوق انگلستان بین ادعا برای پرداخت خسارت با ادعایی که بابت بدهی مطرح می‌شود تفاوت وجود دارد. بر این اساس، بدهی مبلغ مشخصی پول است که به موجب توافق بین طرفین ثابت و از سوی یکی از طرفین به طرف دیگر در قبال انجام تعهدی مشخص یا وقوع حادثه یا شرایطی خاص قابل پرداخت است. خسارات در صورتی از سوی یکی از طرفین قابل مطالبه است که تعهدات قراردادی به طریقی جز موردی که تعهد به پرداخت مبلغی که بدهی تلقی می‌شود، نقض شده باشد (H. Beale, 2012: 26).

لذا در اکثر پرونده‌هایی که به موجب حقوق انگلیس اتخاذ تصمیم شده، گفته شده است در صورتی که شرطی، طرفی را مکلف به پرداخت مبلغ مشخصی از قبیل مبلغ قابل پرداخت به موجب شرط دریافت یا پرداخت کند، این پرداخت نمی‌تواند به استناد اینکه یک شرط کیفری است غیر قابل اجرا باشد، زیرا این قاعده تنها نسبت به خسارت قابل اجراست نه بدهی یکی از طرفین به طرف دیگر.

در اکثر قراردادهای خرید و فروش گاز یا ال ان جی که حاوی شرط دریافت یا پرداخت اند دو تعهد جداگانه وجود دارد؛ اولین تعهد مربوط به فروشنده است که گاز یا ال ان جی را برای خریدار آماده کند و دیگری مربوط به خریدار است که برای میزان محصولی که از سوی فروشنده آماده تحویل شده است پرداخت کند. بنابراین، پرداختی که

حاوی شرط ارسال یا پرداخت بود که از زمانی که خط لوله آماده برای ارسال گاز می‌شد تعلق می‌گرفت. طرفی که این ظرفیت را رزرو کرده بود هیچ‌گاه این شرط را مورد سوال قرار نداد با وجود اینکه ۴۵ میلیون دلار به موجب این شرط بدون چشم‌داشت و انتظار ارسال گاز پرداخت کرده بود.

Amoco (UK) Exploration Co and others v Teesside Gas Transportation Ltd[2001], All ER(Comm)

۱. برای نمونه می‌توان به پرونده‌های زیر اشاره کرد:

White and Carter (councils) Ltd v McGregor[1962], AC 413.

Euro London Appointments v Claessens International [200] EWCA Civ 385.

Office Fair Trading v Abbey National PLC and Others [200]EWHC 875(Comm).

به موجب شرط دریافت یا پرداخت صورت می‌گیرد، بدهی خریدار به فروشنده است که در ازای آماده‌سازی محصول برای تحویل به او مطابق قرارداد قابل پرداخت شده است. از این رو، همواره استدلال شده است که قاعده شرط کیفری نباید به طور کلی نسبت به این موضوع اعمال شود.^۱

با وجود مقبولیت و حکومت قاعده ذکر شده، دو پرونده در سال‌های اخیر در تشخیص ماهیت شرط دریافت یا پرداخت مطرح شد که هر دو نیز از سوی یک قاضی رسیدگی و موجب ایجاد تردید اساسی در این شد که آیا شرط دریافت یا پرداخت بدهی است یا خسارت؟

یکی از این پرونده‌ها، پرونده «ام اند جی پولیمرز»^۲ است. در این پرونده «ام اند جی پولیمرز» یک قرارداد تجاری طولانی مدت برای عرضه مواد شیمیایی با شرکت با مسئولیت محدود «ایمریز» منعقد می‌کند. این قرارداد حاوی شرطی بود که به موجب آن خریدار مکلف بود حداقلی از محصولات شیمیایی را هر ماه سفارش دهد و حاوی شرط دریافت یا پرداخت بود.

قاضی دادگاه عالی، به بررسی این موضوع پرداخت که آیا مبلغی که به موجب شرط دریافت یا پرداخت ادعای پرداخت آن شده، خسارت است؟ و آیا یک شرط کیفری و غیر قابل اجراست یا یک وجه التزام معتبر است و قابلیت اجرایی دارد.

ام اند جی پولیمرز مدعی شد که قواعد مربوط به شرط کیفری در این دعوا قابلیت طرح ندارد. عبارات به کاررفته در قرارداد، شرط دریافت یا پرداخت را متبادر می‌کند، اما از آنجا که تعهد به سفارش حداقلی از محصولات وجود داشت، این شرط از نظر ماهوی به شرط دریافت و پرداخت نزدیک‌تر است. با وجود اینکه قاضی برتون جی به این نتیجه رسید که مبلغ موضوع شرط، بدهی است نه خسارت، اما به بررسی این موضوع پرداخت که آیا یک

۱. در تأیید این نظریه می‌توان گفت در دعوی *Amoco (UK) Exploration Co and others v Teesside Gas* قاضی گفت فراهم کردن ملزومات انجام خدمات حمل گاز و وجود امکان استفاده برای فرستنده، موجب تحقق بدهی او می‌شود.

2. *M & J Polymers Ltd v Imerys Minerals Ltd* [2008], EWHC 344 (Comm).

شرط کیفری غیرلازم الاجراست یا خیر؟ که بعد از اعمال معیارهای مربوط به شرط کیفری به این نتیجه رسید که شرط، معتبر و لازم الاجراست (B. Holland, 2016: 3).

پرونده دیگر در این خصوص، پرونده شرکت با مسئولیت محدود «ای نیک»^۱ است. شرکتی که در زمینه ارائه خدمات فناوری اطلاعات فعالیت دارد و با یکی از بخش‌های دولتی برای ارائه خدمات فناوری اطلاعات و تأمین پرسنل مشاوره و پشتیبانی قراردادی منعقد می‌کند. مدت این قرارداد دو سال و نیم بود. در آن چنین آمده بود:

- مقام دولتی مکلف است حداقل ۵۰۰ روز طی قرارداد از شرکت ای نیک مشاوره دریافت کند.

- مقام دولتی سفارش خدمات را از طریق اعلامیه‌ای که برای شرکت صادر می‌کند به اطلاع او می‌رساند.

- مقام دولتی مکلف است برای هر روز حداقل ۸۵۰ دلار به شرکت بپردازد که تغییر در آن منوط به توافق طرفین به موجب اعلامیه سفارش خدمات است.

در این پرونده نیز که قاضی آن برتون جی بود، وی به این مورد پرداخت که آیا مبلغ ادعاشده خسارت است یا بدهی؟ و با بررسی‌هایی که انجام داد به این نتیجه رسید که مبلغ مورد درخواست، بدهی است نه خسارت. یکی از موضوعاتی که برتون جی را به سمت این تصمیم هدایت کرد این بود که وی استدلال شرکت ای نیک را پذیرفت؛ مبنی بر اینکه او آماده، مشتاق و قادر^۲ به ارائه خدمات برای پانصد روز طی دوره قرارداد است. با اینکه قاضی پذیرفت که مبلغ مورد ادعا بدهی بوده است، اما باز هم اعلام داشت که قاعده مربوط به شروط کیفری نیز اینجا اعمال می‌شود و پس از اعمال ملاک‌های آن قاعده به این نتیجه رسید که شرط مورد بحث شرط کیفری نبوده و معتبر و لازم الاجراست، اما موردی که قاضی در این پرونده نسبت به پرونده ام اند جی پولیمرز اضافه کرد این بود که قاعده مربوط به شروط کیفری نسبت به بدهی هم اعمال می‌شود.^۳

1. E-Nik Ltd v Department for Communities, [2012] EWHC, 3027 (Comm).

2. Ready, willing and able.

3. [2012] EWHC, 3027 (Comm) [22].

برتون جی اعلام می‌دارد که در اینجا یک نقض هم اتفاق افتاده است که آن قصور خریدار در سفارش پانصد روز سرویس مطابق قرارداد است و سفارش ندادن فروشنده نقض موازی قرارداد از سوی وی بوده است.

آنچه از این آرا برمی‌آید این است که در صورتی که نقض همزمان قرارداد هم رخ داده باشد، قاعدهٔ مربوط به شروط کیفری، به ادعاهای مربوط به بدهی هم تسری داده می‌شود. این موضوع موجب تردیدهایی درخصوص شرط دریافت یا پرداخت شده است.

قاضی برتون جی در پروندهٔ هلدینگ کاوندیش^۱ که در مرحلهٔ بدوی آن حضور داشت نیز با اشاره به پروندهٔ ام اند جی پلیمرز نظر قبلی خود را تأیید کرد و اظهار داشت یکی از توسعه‌هایی که من در شروط کیفری اعمال کرده‌ام مربوط به گسترش آن به ادعاهای مربوط به بدهی است. قاضی در این استدلال خود غیر از پروندهٔ ام اند جی پلیمرز به رأی دیگری نیز که در سال ۱۹۹۶ صادر کرده بود استناد کرد.^۲

این پرونده مورد تجدیدنظر قرار گرفت و مرجع استیناف متفاوت از قاضی برتون جی استدلال کرد و شروط کیفری را زیر سؤال برد و بیان داشت منطق عینی و قابل درک درخصوص شروط کیفری وجود ندارد. وقتی طرفین یک قرارداد تجاری با آزادی اراده و با قدرت چانه‌زنی برابر و حق دسترسی به مشاورهٔ حقوقی بر آن توافق کرده باشند، دلیلی ندارد اعتبار شرط را زیر سؤال ببریم. همچنین، دادگاه اعلام کرد فلسفهٔ پیش‌بینی شروط کیفری حمایت از حقوق مصرف‌کننده بوده است که بعداً این با پیش‌بینی‌هایی که در قوانین داخلی انگلستان و دستورالعمل‌های اتحادیهٔ اروپا صورت گرفته برآورده شده است؛^۳ بنابراین، این شروط دیگر نباید در قراردادهای تجاری اعمال شوند، زیرا اعمال آن نه تنها سودی همراه ندارد، بلکه به آثار منفی نیز منجر می‌شود. از آنجا که مشخص نیست این معیار چه زمان و چگونه اجرا می‌شود، راه را برای تصمیمات خودسرانه باز می‌کند (Ibid, 208: 2013). موضوع دیگری که دادگاه به آن پرداخته این است که حقوق وظیفه‌ای ندارد بررسی کند که تعهداتی که یک طرف بر عهده گرفته تا چه حد عادلانه است، بلکه آنچه

1. Cavendish Square Holding BV and Another v Talal El Makedessi, [2012] EWCA Civ 3582.

2. Lordsvale Finance Plc v Bank of Zambia[1996] QB 752.

3. Cavendish Square Holding BV and Another v Talal El Makedessi,[2015], UKSC 67.

قاعده شرط کیفری باید بررسی کند این است که جبران خسارتی که قرار است یکی از طرفین به دلیل نقض قرارداد از سوی طرف دیگر دریافت کند چقدر عادلانه است.

دادگاه بیان داشت زمانی که قرارداد حاوی تعهدی برای یکی از طرفین جهت انجام کاری است در صورتی که آن شخص آن کار را انجام ندهد باید مبلغ مشخصی به طرف دیگر بپردازد، تعهد به پرداخت پول یک تعهد ثانویه است که می تواند شرط کیفری باشد، اما اگر قرارداد (به طور صریح یا ضمنی) تعهد به انجام آن کار را مقرر ندارد، اما مقرر کند در صورتی که یکی از طرفین به تعهدش عمل نکند، مبلغ مشخصی به طرف دیگر پرداخت خواهد کرد، تعهد به پرداخت آن مبلغ یک تعهد اولیه مشروط است و نمی تواند شرط کیفری باشد.^۱

دادگاه همچنین به رویکردی که مدتی قبل از آن از سوی دادگاه عالی استرالیا اتخاذ شده بود اعتراض کرد. دادگاه استرالیایی در این پرونده اعلام کرده بود که حتی اگر ادعایی ناشی از نقض قرارداد نباشد باز هم ممکن است به قاعده شرط کیفری برای رهایی از مسئولیت استناد کرد.^۲

پس از تردیدهای بسیاری که در خصوص اعمال قاعده شرط کیفری پس از دو رأیی که از سوی برتون جی در سال های اخیر صادر شده بود وجود داشت، رأیی که از سوی دادگاه عالی انگلستان در سال ۲۰۱۵ صادر شد، این تردیدها را از بین برد و آن را قابل اعمال به مواردی که نقضی اتفاق نیفتاده است، ندانست. بنابراین، در مواردی که شرط دریافت یا پرداخت حاوی مقررهای به منظور انجام کاری برای خریدار نیست و در صورتی که یکی از طرفین تعهدش را انجام ندهد باید مبلغی را به طرف دیگر بپردازد، این تعهد اولیه و مشروط است و نمی تواند شرط کیفری باشد.

با توجه به آنچه بیان شد باید گفت در قراردادهای فروش ال ان جی برای اطمینان فروشنده از اینکه اعتبار شرط بعداً مورد تردید واقع نشود، شرط باید به گونه ای تدوین شود که این موضوع را به ذهن متبادر نکند که خریدار برای تحویل، تعهد داشته باشد، بلکه این

1. [2015], UKSC 67 [13].

2. John Andrews & Others v Australia and New Zeland Banking Group Limited [2012] HCA 30.

موضوع برای وی گزینه‌ای باشد که اگر تمایل داشت اعمال کند. همان‌طور که بیان شد، وجود حق جبران با شرط دریافت یا پرداخت ملازمه‌ای ندارد و در موارد متعددی ممکن است شرط وجود داشته باشد بدون اینکه چنین حقی برای خریدار پیش‌بینی شده باشد و دفاع دیگری در دست خواهد بود برای اینکه گفته شود مبلغی که پرداخت شده است بابت بدهی است نه جبران خسارت، زیرا خریدار نسبت به آن میزان محق می‌شود و می‌تواند در آینده آن را تحویل بگیرد.

۳.۲. اعتبار شرط دریافت یا پرداخت در حقوق ایران

از بررسی‌هایی که درخصوص شرط دریافت یا پرداخت انجام شد، به نظر می‌رسد از نظر ماهوی، تعهدی که به موجب این شرط برای خریدار به وجود می‌آید از نوع تعهد تخییری^۱ است. دکتر کاتوزیان در تعریف تعهد تخییری بیان می‌دارد تعهدی با چند موضوع گوناگون است که یکی از آن‌ها باید اجرا شود. در این تعهد شمول طلب بر موضوع‌های آن از نوع عام بدلی است، زیرا سرانجام بر یکی از آن‌ها تعلق می‌گیرد و تمیزدهنده موضوع نهایی به طور معمول انتخاب متعهد است (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۵۷). اعتبار تعهد تخییری در آثار برخی نویسندگان ما با تردید مواجه شده است. برای مثال، دکتر امامی آن را باطل دانسته است (امامی، ۱۳۴۷: ۲۱۴). تردید در اعتبار تعهد تخییری از آنجا مایه می‌گیرد که در حقوق ما کافی نیست تا موضوع تعهد معلوم باشد و از آن رفع ابهام شود، بلکه باید معین نیز باشد و التزام به یکی از دو امر به شکل تردید باطل است. اما تحلیل دقیق‌تر نشان می‌دهد که میان تعهد مجهول و مردد با آنچه تخییری نامیده می‌شود تفاوت وجود دارد. در تعهد مبهم یا مردد طلبکار به درستی نمی‌داند که چه بر ذمه بدهکار است و در مطالبه از او به دشواری می‌افتد، اما در التزام تخییری اوصاف دو موضوع مورد تعهد مشخص و معین است و انتخاب‌کننده نیز معلوم است. بنابراین، هیچ ابهام و تردید نامتعرفی باقی نمی‌ماند.

1. Alternative Obligation.

۲. بر این اساس بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی یکی از شرایط اساسی صحت معاملات را معین‌بودن موضوع آن می‌داند. همچنین، ماده ۲۱۶ بیان می‌دارد «مورد معامله باید مبهم نباشد مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است».

در حقیقت آنچه به تعهد آسیب می زند غرر ناشی از معاوضه است نه قابلیت تعیین فرد موضوع تعهد. قابلیت تعیین برای اجرای آن کافی است. چنانکه در فروش مال کلی یا مقدار معین از کلی متساوی الاجزا یا ضمان یکی از چند دین هیچکس تردیدی ندارد (همان: ۱۵۸-۱۶۰). از این رو، تعهدات تخییری و در نتیجه آن اعتبار شرط دریافت یا پرداخت در حقوق ما با ایرادی مواجه نیست و نمی توان اعتبار آن را در قرارداد زیر سؤال برد.

شایان یادآوری است در قراردادهای فروش گاز طبیعی که ایران منعقد کرده نیز این شرط به نفع فروشنده پیش بینی شده است و خریداران در صورت تحویل نگرفتن به پرداخت مکلف شده اند.

۳. ناکارآمدی شرط دریافت یا پرداخت و راه حل های کارآمدسازی آن

۳.۱. دلایل ناکارآمدی شرط دریافت یا پرداخت

همان طور که گفتیم، تعهد خریدار برای دریافت یا پرداخت مبلغ در شرط دریافت یا پرداخت، تعهد تخییری است (P.Griffins, 2003: 21). با تسویه حساب مبالغ ناشی از شرط دریافت یا پرداخت در پایان سال، فروشنده مکلف می شود مقادیر جبرانی را طی سال بعدی قراردادی به خریدار تحویل دهد. به نظر می رسد توافق بر شرط دریافت یا پرداخت به این شکل و بر مبنای سالیانه، دارای آثار منفی است که شاید فروشندگان به آن توجه کافی نداشته اند. برخی از مهم ترین این آثار به این شرح اند:

جریان نقدینگی فروشنده و مواجهه او با ریسک اعتباری خریدار: ممکن است خریدار طی یک سال هیچ میزانی از ال ان جی را تحویل نگیرد و به جای آن مبلغی را که مطابق شرط باید بپردازد پرداخت کند. نتیجه این خواهد شد که فروشنده به جای اینکه یک جریان درآمدی ثابت و پیوسته طی قرارداد داشته باشد یک بار در آخر سال به او پرداخت صورت خواهد گرفت. این امر برای فروشنده بسیار مخرب خواهد بود و موجب می شود که نتواند به درستی به تعهداتی که از تأمین مالی پروژه ناشی می شود عمل کند (P. Robberts, 2014: 214). در قراردادهای خرید و فروش ال ان جی نیز این موضوع معمول نیست که فروشنده بخواهد تضمینی را که به طور بالقوه معادل ارزش یک سال تحویل ال

ان جی است از خریدار مطالبه کند به خصوص که عموماً خریداران شرکت های بزرگ و معتبرند.^۱

عدم جبران خسارات ناشی از قصور در تحویل: به موجب شرط دریافت یا پرداخت که بر مبنای سالیانه است، در صورت خودداری خریدار از تحویل گیری، وی تا آخر سال مکلف به پرداخت به فروشنده نخواهد بود، این در حالی است که فروشنده ممکن است هزینه های متعددی متحمل شده باشد. توضیح اینکه، فروشنده ممکن است به تولید ال ان جی بپردازد، آن را بارگیری و برای خریدار تا ترمینال محل تخلیه حمل کند و بابت حمل و هزینه های بندر مبالغی را متحمل شود، اما خریدار می تواند محموله را بازگرداند و این امر نقض قرارداد از سوی خریدار نخواهد بود و به جبران خساراتی که فروشنده از این بابت متحمل شده است مکلف نیست (D. Rogers, D. Phua, 2015: 3).

مشکلات اجرایی شرط دریافت یا پرداخت: اگر خریدار طی یک سال ال ان جی تحویل نگیرد، تنها حقی که فروشنده دارد این است که تا پایان سال قراردادی صبر کند، سپس به موجب شرط دریافت یا پرداخت برای پرداخت مبالغ صورت حسابی برای خریدار بفرستد. اما از نظر عملی، آیا فروشندگان با علم به اینکه چنین صورت حساب هایی ممکن است به ورشکستگی خریدار منجر و به طور بالقوه موجب خاتمه یافتن قرارداد شود، آیا باز هم به صدور چنین صورت حساب هایی اقدام می کنند، یا اینکه فروشنده سعی در بازسازی و تعدیل تعهدات خریدار در خصوص مقادیر برای پیشگیری از بروز چنین نتایجی می کند. در عمل در صنعت ال ان جی، صدور چنین صورت حساب هایی به دلیل مشکلات عملی به ندرت اتفاق افتاده است و جنبه استثنایی دارد (Ibid: 4).

۱. باید گفت این ریسک امروزه با تغییراتی که در صنعت و دنیای تجارت ال ان جی اتفاق افتاده است بیشتر شده است. تعداد خریداران نسبت به گذشته به شکل قابل توجهی بیشتر شده است و به علاوه همه آنها دارای اعتبار بالا و با سابقه معاملات قبلی نیستند. این گزینه نیز که از خریداران خواسته شود معادل مبلغی که از تعهد دریافت و پرداخت در یک سال قراردادی برای آنها ایجاد می شود تضمین بسپارند راه حلی واقع گرایانه نخواهد بود، زیرا این خریداران عمدتاً قادر نیستند چنین تضامینی را که بتواند ریسک فروشنده برای پرداخت ناشی از شرط دریافت یا پرداخت را برای یک سال پوشش دهد فراهم کنند.

تدارک مقادیر جبرانی: از جمله حقوقی که معمولاً به موجب شرط دریافت یا پرداخت برای خریدار ذکر می شود، حق وی برای دریافت مقادیری است که پرداخت بابت آن‌ها صورت گرفته، اما تحویل نشده است. موضوعی که باید توافق شود این است که این حق با چه شرایطی قابل اعمال است، آیا فروشنده وظیفه دارد به منظور تدارک مقادیر جبرانی برای خریدار منافع تجاری خود را به خطر بیندازد یا این موضوع فراتر از تلاش متعارف محسوب خواهد شد؟

موضوع دیگری که در این خصوص ممکن است مورد اختلاف خریدار و فروشنده واقع شود زمانی است که خریدار تقاضای تحویل مقادیر جبرانی را می کند، اما فروشنده قادر نیست آن‌ها را تحویل دهد. در این صورت آیا فروشنده باید پولی را که بابت این مقادیر گرفته است به خریدار بازگرداند یا خیر؟ باید گفت اگرچه اکثر قراردادهای خرید و فروش ال ان جی حاوی تعهدی برای بازگرداندن این مبلغ نیستند، اما این امر موضوعی است که به هر حال باید مدنظر فروشنده باشد به خصوص زمانی که خریدار از قدرت چانه‌زنی بالاتری برای پرداخت این مبلغ به خود برخوردار است (H. Longgley, B. Botts, 2014: 68).

۲.۳. کارآمدسازی شرط دریافت یا پرداخت

به نظر می رسد شرط دریافت یا پرداخت به شکلی که تاکنون رایج بوده است، یعنی تعیین و اجرای آن بر مبنای میزان سالیانه قراردادی، نمی تواند قصد طرفین را از درج این شروط برآورده کند. فلسفه این شرط در درجه اول حمایت از فروشنده و پیش‌بینی یک جریان ثابت درآمدی برای اوست. بنابراین، نباید انتظار داشت که این شرط بتواند از منافع خریدار حمایت کند (B. Bulama, 2017: 1). اما همان‌گونه که دیده شد، این شرط به شکلی که اکنون رایج است نتوانسته است از منافع فروشنده نیز حمایت کند.

پیش‌بینی شرطی که بتواند پاسخ‌گوی نیازهای ذکرشده به شکل مؤثری باشد ساده نیست، اما به نظر می رسد دلیل اصلی ناکارآمدی‌ها بنانهادن آن بر میزان سالیانه قراردادی است. از این رو، بهترین راه حل این است که به جای تعیین مسئولیت خریدار براساس

میزان سالیانه قراردادی، تحویل ال ان جی و اندازه‌گیری قصور و ناموفق بودن خریدار در تحویل براساس هر محموله^۱ تعیین شود. بر این مبنا، اگر خریدار به فروشنده اطلاع دهد که قادر به تحویل محموله در زمان تعیین شده نیست، در این صورت خریدار در برابر فروشنده برای پرداخت بهای چنین محموله‌ای در همان زمان مسئولیت خواهد داشت.

پیش‌بینی دیگری که این شرط باید داشته باشد این است که به فروشنده اجازه دهد محموله ال ان جی را که خریدار در تحویل آن قصور ورزیده است به خریدار دیگری بفروشد. در این صورت خریدار از محل سود خالص فروشنده مستحق دریافت پولی خواهد بود که به دلیل تحویل ندادن محموله به فروشنده پرداخت کرده است. تعیین این سود خالص، براساس عواید فروشنده ناشی از این فروش مجدد منهای همه هزینه‌هایی که برای انجام چنین بیعی متحمل شده است محاسبه خواهد شد.^۲ مزیت پیش‌بینی شرط به این گونه این است که خریدار مکلف می‌شود در صورت تحویل ندادن هر محموله نسبت به تسویه حساب با فروشنده اقدام و فروشنده مکلف نیست تا پایان سال قراردادی صبر کند. پس از آن نیز با محاسبه میزان ال ان جی تحویل گرفته شده میزان کسری را محاسبه و برای آن صورت حساب صادر کند.

یکی دیگر از مشکلاتی که به آن اشاره شد، این بود که فروشنده ممکن است زمانی که خریدار تقاضای تحویل مقادیر جبرانی را می‌کند، آمادگی تحویل دادن این میزان را نداشته باشد که معمولاً برای این حق محدودیت زمانی در نظر گرفته می‌شود. از این رو، خریدار ممکن است در چارچوبی که برای اعمال این حق در نظر گرفته شده است نتواند مقادیری را که برای آن‌ها پرداخت کرده، اما تحویل نگرفته است تحویل گیرد. لذا اگر به فروشنده این حق داده شود که بتواند ال ان جی را که خریدار تحویل نگرفته است بفروشد از چند

1. Cargo by Cargo.

۲. در چنین مواقعی ممکن است خریدار ترجیح دهد ابتدا فروشنده نسبت به فروش محموله اقدام کند و در صورتی که از محل عواید حاصل از فروش، قیمتی که خریدار موظف بود برای آن محموله بپردازد، حاصل نشد، آن‌گاه فروشنده حق داشته باشد برای مابقی به خریدار رجوع کند. باید گفت این امر قاعداً نباید مورد قبول فروشنده واقع شود و فروشنده تمایل ندارد از این طریق یک اعتبار اضافی درخصوص مهلت پرداخت به خریدار بدهد.

جهت هم برای فروشنده و هم برای خریدار بهتر است. اولاً فروشنده در صورتی که ال ان جی را تولید کرده باشد نگرانی ندارد که با آن چه کند. علاوه بر این، زمانی که فروشنده این ال ان جی را به فروش می‌رساند و پول آن را با خریدار با بدهی که از این بابت به او دارد تا حد ممکن تهاتر می‌کند، خریدار دیگر حقی برای دریافت این ال ان جی ندارد و در نتیجه فروشنده دیگر نگران تحویل ال ان جی به خریدار برای سال‌های بعد نخواهد بود. فایده دیگر این است که فروشنده ممکن است بتواند ال ان جی تحویل گرفته‌نشده را با قیمت بهتری در بازار به فروش برساند و سود بیشتری کسب کند.

بر این اساس، به نظر می‌رسد تعیین شرط دریافت یا پرداخت بر مبنای هر محموله، نه تنها می‌تواند تا حد زیادی مشکلات فروشنده به موجب اعمال شروط رایج دریافت یا پرداخت را برطرف کند، برای خریدار نیز در عمل مؤثرتر از تعیین شرط دریافت یا پرداخت بر مبنای میزان سالیانه است.

۴. نتیجه‌گیری

همواره در نظام‌های حقوقی مختلف تردیدهایی نسبت به شرط دریافت یا پرداخت وجود داشته است. اساسی‌ترین تردید در این خصوص در حقوق کامن‌لا مطرح شده است که گروهی مبلغ مورد پرداخت ناشی از شرط را خسارت دانسته و گاهی درصدد برآمده‌اند تا با تلقی آن به منزله یک شرط کیفری آن را باطل بدانند. آنچه به این تردیدها دامن می‌زد آرای متعارضی بود که از سوی دادگاه‌ها در این خصوص صادر می‌شد، اما رأی که دادگاه استیناف در سال ۲۰۱۵ در پرونده کاوندیش صادر کرد، گام بزرگی در جهت معتبرشناختن این شروط بود. دادگاه با این استدلال که پرداخت در شرط دریافت یا پرداخت نقض قرارداد نخواهد بود و شروط کیفری بر مواردی که نقضی اتفاق نیفتاده است قابل اعمال نیست، تردیدها را درخصوص اعتبار شرط از بین برد. بنابراین، در مواردی که شرط دریافت یا پرداخت حاوی مقرره‌ای به منظور انجام کاری برای خریدار نیست و تنها مقرر شود در صورتی که یکی از طرفین تعهدش را انجام ندهد باید مبلغی را به طرف دیگر بپردازد، این تعهد اولیه و مشروط است و نمی‌تواند یک شرط کیفری باشد.

لذا مهم‌ترین موضوعی که باید در تدوین شرط مدنظر داشت این است که از درج عباراتی که تعهد به تحویل گرفتن حداقلی از محصول را برای خریدار به ذهن متبادر کند

پرهیز شود تا مبدا تحویل نگرفتن خریدار نقض قرارداد تلقی شود و مبلغ موضوع شرط را خسارت نشان دهد. در حقوق نوشته نیز در دکترین تردیدهایی درخصوص این شرط به دلیل نبود سبب تعهد مطرح شده است که در پاسخ گفته شد تعهد فروشنده به اختصاص ظرفیت مورد توافق به خریدار و اینکه فروشنده باید آماده باشد تا این میزان از ال ان جی را به خریدار تحویل دهد عوضی است که در مقابل این تعهد قرار می گیرد. براساس حقوق ایران نیز باید گفت تعهدات مندرج در این شرط از نوع تعهد تخییری است و درخصوص صحت این گونه تعهدات بین نویسندگان اختلاف نظرهایی وجود دارد، اما نظر غالب بر صحت تعهدات تخییری است و با قائل شدن چنین ماهیتی برای این شرط، باید بر اعتبار آن در حقوق ایران نظر داد.

درخصوص کارایی این شرط در قراردادهای فروش ال ان جی نیز گفته شد که رویه غالب در تعیین مسئولیت خریدار به موجب شرط دریافت یا پرداخت آن است که این تعهد را براساس میزان سالیانه ال ان جی تعیین و ارزیابی می کنند؛ یعنی در پایان سال در صورتی که خریدار درصد تعیین شده از میزان سالیانه قراردادی را تحویل نگرفته باشد، معادل میزان تحویل گرفته نشده مکلف به پرداخت بر مبنای قیمت قراردادی می شود که چنان که گفته شد فروشنده برای تحقق مسئولیت خریدار و محاسبه و دریافت این مبلغ باید تا پایان سال قراردادی منتظر بماند که این موضوع نمی تواند فروشنده و تأمین کنندگان مالی را از یک جریان درآمدی ثابت و مستمر برای پروژه مطمئن کند. علاوه بر این، موجب بروز مشکلات متعدد از جمله مواجهه با ریسک اعتباری خریدار، ایجاد مشکل در تدارک و تحویل مقادیر جبرانی و مشکلات عملی و اجرایی در صورت اجرای شرط می شد که به آن ها پرداخته شد. لذا به نظر می رسد جایگزینی تعهد دریافت یا پرداخت بر مبنای میزان سالیانه ال ان جی با تعیین این مسئولیت بر مبنای هر محموله، همچنین قائل شدن به اختیار فروش محموله برای فروشنده در صورت تحویل نگرفتن آن از سوی خریدار در صورت وجود مشتری- و بازگرداندن مبلغ آن به خریدار پس از کسر خسارات، می تواند پاسخگوی نیازهای فروشنده باشد و از اشکالاتی که به آن ها اشاره شد پیشگیری و منافع خریدار را نیز بهتر تأمین کند.

منابع

الف) فارسی

۱. امامی، سیدحسین (۱۳۴۷). *حقوق مدنی*، جلد اول، چاپ سوم، تهران: انتشارات اسلامی.
۲. یاسبان، محمدرضا؛ رحمتی، پرویز و غریبی، سارا (۱۳۹۳). «تحلیل اقتصادی نهاد وجه التزام با تأکید بر نظام حقوقی کامن‌لا و رومی-ژرمنی»، دانش حقوق مدنی، سال سوم، شماره دوم، ۱۴-۲۸.
۳. شعاریان، ابراهیم و ترابی، ابراهیم (۱۳۹۳). *حقوق تعهدات: مطالعه تطبیقی طرح اصلاحی حقوق تعهدات فرانسه با حقوق ایران و اسناد بین‌المللی*، تهران: مؤسسه مطالعات پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
۴. رحیمی، غلامعلی (۱۳۸۶). *نگاهی به صنعت ال ان جی در جهان*، تهران: مؤسسه مطالعات بین‌المللی انرژی.
۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹). *نظریه عمومی تعهدات*، چاپ پنجم، تهران: میزان.

ب) انگلیسی

6. A.Creti, B. Villeneuve (2003). *Long Term Contracts and Take or Pay Clauses in Natural Gas Markets*, University of Toulouse.
7. B. Holland (2016). "Enforceability of Take - or - Pay Provisions in English Law Contracts", *Journal of Energy and Natural Resource Law*, Vol. 34.
8. B.Holland, Ph.S. Ashley (2013). "Enforceability of Take – or- Pay Provisions in English Law Contracts", *Journal of Energy and Natural Resource Law*, vol. 31.
9. B.Bulama (2017). Take or Pay Obligation in Natural Gas Contracts, Any Receipt for the Buyer?
10. Available Online At: https://www.academia.edu/11036248/Take_or_Pay_Obligation_in_Natural_Gas_Contracts_any_Respite_for_The_Buyer, Last visited, 7th January 2017, p. 1.
11. D. Rogers, M. White (2013). *Key Considerations in Take or Pay Contracts*, King and Spalding Energy Newsletter.

12. D. Rogers, D. Phua (2015). *Re-examining the Take-or-Pay Obligation in LNG Sale and Purchase Agreements*, King and Spalding Energy Newsletter.
13. Griffins, P. (2003). "Changing Markets and Contracts of the LNG Business", *Journal of Energy & Natural Resources Law*, Vol. 21, No.1.
14. H. Beale (2012). *Chitty On Contracts, Sweet and Maxwell*, 31st ed, Vol 1.
15. H. Longgley, B. Botts (2014). "International Gas and LNG Sales and Purchase Contracts", cited in: E. G. Pereira, *Brazilian Midstream and Downstream Oil and Gas*, Global Law and Business publication.
16. M. Polo, C. Scarpa (2013). "Liberalizing the Gas Industry: Take or Pay Contracts, Retail Competition and Wholesale Trade", *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 31.
17. P. Robberts (2014). *Gas and Lng Sales and Transportation Agreements: Principles and Practice*, Fourth Edition Sweet & Maxwell publication.
18. P. R. Weems (2016). *Evolution of Long Term LNG Sales Contracts Trends and Issues*, King and Spalding LLP, P.3.
available Online at:
<http://ksintranet.kslaw.com/Library/publication/evolutionoflngsales.pdf>,
last visited: 6th Dec 2016.
19. S. Farmer (2006). "LNG Sale and Purchase Agreements", Cited in: P. Griffin, *Liquefied Natural Gas, The Law and Business of LNG*, Global Business publication.
20. S. Masten, K. J. Crocker (1985). "Efficient Adaptation in Long Term Contracts: Take or Pay Provision For Natural Gas", *American Economic Review*, Vol. 75, No. 5, P. 1084.
21. S. Scott Gaille (2008). "The Use of Quantity Terms to Improve Efficiency and Stability in International Gas Sales and Purchase Agreements", *Energy Law Journal*, Vol. 29.
22. European commission (2013). *Take -or -Pay Conditions in Gas Supply Agreements*, The Paris Energy Series, No.7.

ج) رأی‌ها

23. Alfered McAlpine Capital Projects Ltd v Tilebox Ltd, 2005, EWHC 281(TCC), (2005) BLR 271 (QBD).
24. Amoco (UK) Exploration Co and others v Teesside Gas Transportation Ltd, 2001, All ER (Comm).
25. Cavendish Square Holding BV and Another v Talal El Makedessi, 2012, EWCA Civ 3582.
26. Cavendish Square Holding BV and Another v Talal El Makedessi, 2015, UKSC 67.
27. E-Nik Ltd v Department for Communities, 2012, EWHC, 3027 (Comm).
28. Euro London Appointments v Claessens International, 2009, EWCA Civ 385. John Andrews & Others v Australia and New Zeland Banking Group Limited, 2012, HCA 30.
29. Lordsvale Finance Plc v Bank of Zambia, 1996, QB 752.
30. M & J Polymers Ltd v Imerys Minerals Ltd, 2008, EWHC 344 (Comm).
31. Office Fair Trading v Abbey National PLC and Others, 2008, EWHC 875 (Comm).
32. White and Carter (councils) Ltd v McGregor, 1962, AC 413.

Archive SID