

<http://doi.org/10.30510/pssci.2024.478944.1078>

The condition of commitment in international commercial contracts

Majid Hasannejad¹

Sain Tahoni Alamdari ²

Jalal Rajabi Khasvan ³

Received: 16 April 2023

Reception: 22 June 2023

Abstract

If the parties to the contract have agreed that the obligee will pay a certain amount in case of non-fulfillment of the obligation or delay, proof of loss will not be necessary in this case, and in the event of the obligee's breach, the obligee can ask him to pay the said amount, which is called the obligation; Although he was not harmed. The freedom of the parties in arranging private contracts in some cases with restrictions is accepted as a general principle in all legal systems. However, the application of this general principle regarding the condition of commitment, unlike other contractual conditions, has been restricted and even the legal systems that give the most credit to the agreements of the parties, in this regard, have preferred the public interests over the personal interests of the contracting parties and have interfered in private relationships. . By examining different legal systems in this article, it can be concluded that there are three major approaches regarding the validity of such a condition. The first approach is to not recognize and cancel such conditions, and the second approach is to accept the validity of such conditions with restrictions, and the last approach is to accept the validity of these conditions without restrictions. Based on this, the present research with a descriptive-analytical method examines the last three approaches, following other legal systems, in pursuit of accreditation under such conditions with limitations.

Key words: pledge, international commercial contracts, public order. Send feedback

¹Academic staff (instructor), Faculty of Social Sciences, Department of Law, Payam Noor University, Tehran (Responsible author)

² PhD student, private law department, University of Tehran

³. Senior expert in international trade law and basic lawyer of a court

شرط وجه التزام در قراردادهای تجاری و سیاسی بین‌المللی

مجید حسن نژاد^۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۱/۲۷

صائن طاحونی علمداری^۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۳/۲۷

جلال رجبی خاصوان^۳

چکیده

هرگاه طرفین عقد توافق کرده باشند که متعهد، در صورت عدم اجرای تعهد یا تأخیر، مبلغ معینی بپردازد، اثبات ضرر در این صورت لازم نخواهد بود و متعهدله در صورت تخلف متعهد، می‌تواند تأدیه‌ی مبلغ مزبور را که وجه التزام نامیده می‌شود از او بخواهد، اگرچه هیچ ضرری به وی نرسیده باشد. آزادی طرفین در تنظیم قراردادهای خصوصی در برخی موارد با تقییداتی به‌عنوان اصل کلی در همه نظام‌های حقوقی پذیرفته شده است. اما اعمال این اصل کلی در خصوص شرط وجه التزام برخلاف سایر شروط قراردادی مقید به قیودی شده است و حتی نظام‌های حقوقی‌ای که بیشترین اعتبار را برای توافقات طرفین قائل هستند، در این خصوص مصالح عمومی را بر منافع شخصی متعاقدین ترجیح داده و در روابط خصوصی مداخله کرده‌اند. با بررسی نظام‌های حقوقی مختلف در این مقاله می‌توان استنباط کرد سه رویکرد عمده در خصوص اعتبار چنین شرطی وجود دارد. رویکرد نخست عدم شناسایی و ابطال چنین شرطی است و رویکرد دوم پذیرش اعتبار چنین شرطی همراه با قیودی و رویکرد آخر پذیرش اعتبار بی‌قید این شرط است. بر این اساس، پژوهش حاضر با روش توصیفی-تحلیلی به بررسی سه رویکرد اخیر، به پیروی از سایر نظام‌های حقوقی در پی اعتباربخشی به چنین شرطی با لحاظ قیودی است.

واژگان کلیدی: وجه التزام، قراردادهای تجاری بین‌المللی، نظم عمومی.

^۱ هیات علمی (مریی) دانشکده علوم اجتماعی، گروه حقوق، دانشگاه پیام نور، تهران

(نویسنده مسئول: Hasannejad_m@pnu.ac.ir)

^۲ دانشجوی دکتری، گروه حقوق خصوصی، دانشگاه تهران saen.thn.almdr@gmail.com

^۳ کارشناس ارشد حقوق تجارت بین الملل و وکیل پایه یک دادگستری J.rajabi64@gmail.com

هر چند اصل لزوم وفای به عهد و حرمت تأخیر در پرداخت دیون از اصول مسلم حقوقی است اما امروزه به دلایل گوناگونی مدیون در پرداخت دین تأخیر می کند که عمده ترین علت آن صرفه اقتصادی مدیون در عدم تأدیه و سست شدن ابعاد اخلاقی عدم وفای به عهد است. تأخیر در اجرای تعهد یا نقض تعهد ممکن است در هر قراردادی اتفاق افتد و موجب ضرر قابل توجهی برای طرف دیگر تعهد گردد. راهکارهایی در اکثر نظامهای حقوقی در اختیار متعهدله گذاشته شده است تا به موجب آنها، الزام به ایفای تعهد یا فسخ قرارداد در صورت نقض تعهدات را بخواهد. اما در اکثر موارد صرف الزام به ایفای تعهد یا فسخ قرارداد نمی تواند جبران خسارت کامل متعهدله تلقی گردد. بدین خاطر، متعاقدین در زمان تنظیم قرارداد شروطی را درج می کنند تا متعهد در صورت عدم ایفای تعهدات خویش باید مبلغ مورد توافق را در حق متعهدله پرداخت نماید. این امر موجب می شود تا طرفین به هر علتی از بار تعهدات خود شانه خالی نکنند و به آنچه متعهد شده اند عمل نمایند. از طرف دیگر، میزان خسارت پرداختی نیز توسط آنها مشخص می شود و نیازی به رجوع به مرجع حل و فصل اختلافات و تعیین میزان خسارت وارده نیست.

شرط وجه التزام در نظام حقوقی رومی ژرمنی و شرط خسارت مقطوع در نظام حقوقی کامن لا از موارد مهم راهکارهای اتخاذ شده در نظامهای حقوقی مختلف جهت ایجاد سازوکارهای لازم برای مطالبه خسارت تعیین شده می باشند. در صورتی که هدف از درج شرط وجه التزام تهدید یا تحذیر متعهد باشد، چنین شرطی مطابق قاعده منع درج شروط کیفری^۱ در قراردادهای خصوصی در حقوق انگلیس و کلاً حقوق کامن لا غیر نافذ خواهد بود. اما در صورتی که هدف از درج شرط وجه التزام تخمین خسارت واقعی^۲ وارده به متعهدله باشد، چنین شرطی معتبر خواهد بود و به آن خسارت مقطوع یا خسارت تقویم شده یا خسارت پیش بینی شده می گویند. البته صرف ذکر اسم وجه التزام یا خسارت مقطوع موجب

1 . Rule against Penalty Clauses
2 . Genuine pre-estimate of damage

ابطال یا اعتبار به آن شرط در حقوق کامن‌لا یا سایر نظام‌های حقوقی نخواهد شد. با این وجود، اصولاً زمانی که قانون حاکم بر قرارداد قانون یکی از کشورهای کامن‌لا باشد، از عبارت خسارت مقطوع استفاده می‌شود و در صورتی که قانون حاکم، قانون یکی از کشورهای تحت نظام حقوقی رومی ژرمنی باشد، از عبارت وجه‌التزام استفاده می‌شود. از این حیث، مهم مفهومی است که از این شرط استنباط می‌گردد، نه اسمی که برای آن شرط گذاشته می‌شود. در مورد پیشینه تحقیق نیز باید ادعان نمود هر چند پژوهش‌های با عناوین نزدیک به موضوع حاضر کار شده است که از آن جمله می‌توان به موارد زیر اشاره کرد: ربیعی اسکینی (۱۳۶۷)، در پژوهشی با عنوان «وجه‌التزام در قراردادهای بین‌المللی»، به بررسی اصل وفای به عهد در کلیه نظام‌های حقوقی جهان پرداخته و معتقد است و به موجب این اصل هر کس مکلف است امری را که متعهد انجام آن بوده به مرحله اجرا درآورد و یا از انجام امری که موظف به ترک آن بوده خودداری کند. وی در ادامه تنها به مقایسه وجه‌التزام در نظام‌های حقوقی بیگانه و ایران پرداخته و هیچ اشاره‌ای به وجه‌التزام در قراردادهای تجاری بین‌المللی نکرده است. علی خسروی فارسانی و شاهپور بیرانوند در پژوهشی با عنوان «مقایسه تطبیقی وجه‌التزام و خسارت تنبیهی» (۱۳۸۹)، به بررسی تطبیقی وجه‌التزام و خسارت تنبیهی در نظام‌های حقوقی جهان پرداخته و بر این باور است در نظام حقوقی ایران، خسارت تنبیهی فقط در دعاوی بین‌المللی و در رفتار متقابل مورد حکم قرار می‌گیرد، لذا، در دعاوی داخلی باید از نهادهایی چون وجه‌التزام، خسارت معنوی، خسارت تأخیر تأدیه و یا حتی دیه استفاده کرد؛ با این وجود، در بعضی موارد هیچ‌یک از این نهادها جایگزین کاملی نمی‌باشند و در حقوق داخلی ایران نیاز به تأسیس نهاد خسارت تنبیهی احساس می‌شود. سیروس شهریاری و حمید میری در مقاله‌ای با عنوان «نگرشی حقوقی و فقهی به برخی از اعمال حقوقی در راستای شناسایی میزان توجه به جنبه‌ی منصفانگی شرط یا قرارداد» (۱۳۹۵)، معتقد است با نگرشی به حقوق خارجی، فقه و حقوق داخلی در می‌بایم که در پشت پرده رویارویی با برخی اعمال حقوقی ویژه همچون قراردادهای ربوی، وثیقه، شروط کیفری و شروط عدم مسئولیت رگه‌هایی از نگرش به منصفانگی

شرط یا قرارداد دیده می‌شود. توجه به رکن انصاف در این نمونه‌ها گاه یکی از مبانی اصلی رویارویی است و گاه جنبه فرعی دارد همچنان که در شرط کیفری و قرارداد ربوی حالت نخست دیده می‌شود. نویسنده هیچ اشاره به نحوه وجه التزام در قراردادهای تجاری بین المللی ندارد. جلال رجیبی خاصوان، نیز در کتابی با عنوان «شروط قراردادهای تجاری بین‌المللی در نظر و عمل» (۱۴۰۱)، به صورت کلی به بررسی قراردادهای تجاری بین المللی و شروط آن پرداخته و تنها در این کتاب اشاره‌ای مختصر به شرط وجه التزام در قراردادهای تجاری بین المللی دارد. حال با در نظر گرفتن عدم موارد اشاره شده در پژوهش‌های ذکر شده، در این پژوهش تلاش شده است با بررسی شرط التزام در نظام‌های حقوقی مختلف موارد عدم اعتبار چنین شروطی را برشمرده و آثار عدم اعتبار آن‌ها مورد بررسی قرار گیرد.

۱. مفهوم وجه التزام

واژه وجه التزام یک واژه مرکبی است که از ترکیب دو کلمه وجه و التزام ساخته شده است. وجه به معنی چهره، کیفیت، راه، طریق، پول، مبلغ و التزام به معنی بر خود لازم گرفتن کاری را و ملزم شدن می‌باشد. بدین ترتیب وجه التزام را می‌توانیم در معنای حقوقی به معنی تعهد به پرداخت پول یا شیوه اجبار بدانیم. (پاشاکی، ۱۳۸۸: ۶۳) و در تعریف حقوقی می‌توان آن را چنین تعریف نمود. هرگاه طرفین عقد توافق کرده باشند که متعهد، در صورت عدم اجرای تعهد یا تأخیر، مبلغ معینی بپردازد، اثبات ضرر در این صورت لازم نخواهد بود و متعهد له در صورت تخلف متعهد، می‌تولند تأدییه‌ی مبلغ مزبور را که وجه التزام نامیده می‌شود از او بخواهد، اگرچه هیچ ضرری به وی نرسیده باشد. (صفایی، ۱۳۸۴: ۲۰۹) در تعریف دیگر از وجه التزام گفته شده است: توافقی است که به موجب آن طرفین میزان خساراتی را که در صورت عدم اجرای قرارداد یا ایجاد ضرر باید پرداخته شود از پیش تعیین می‌کنند. (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۳۱۲) به شرط وجه التزام شرط کیفری نیز اطلاق می‌شود چرا به اعتقاد برخی از حقوق‌دانان این شرط در پی مجازات متعهدی که به تعهد خویش عمل

نکرده است. عبارت خسارت مقطوع یا خسارت تقویم شده^۱ در نظام حقوقی کامن‌لا توافقی است، که به موجب آن طرفین خسارت وارده از سوی طرف متخلف را در صورت نقض قرارداد معین می‌کنند. هم شرط وجه التزام و هم شرط خسارت مقطوع، خساراتی هستند که به صورت معین شده^۲ در قرارداد درج می‌شوند و اما در خسارت مقطوع مبلغی که در قرارداد درج می‌شود نباید سرسام‌آور^۳، غیرمعقول^۴ یا گزاف^۵ باشد و تشخیص این امر با دادگاه یا هر مرجع رسیدگی‌کننده می‌باشد.

اساساً در تعریف حقوقی و ظاهر شروط وجه التزام و خسارت مقطوع تفاوتی وجود ندارد و در هر دو میزان خسارت وارده برای نقض تعهد معین می‌شود. اما تفاوتی که این دو را از هم به صورت سنتی جدا می‌کند، نحوه تعیین میزان خسارت می‌باشد، به طوری که تعیین میزان خسارت مقطوع همراه با ضوابط خاصی است که بر اساس این ضوابط خسارت معین شده با میزان خسارت وارده انطباق داشته باشد. در حالی که در تعیین میزان وجه التزام اصولاً اراده طرفین حکم‌فرماست و نیازی به تعیین واقعی میزان خسارت نیست که در مباحث آتی به این موضوع بیشتر خواهیم پرداخت.

۲. وضعیت حقوقی شرط وجه التزام در نظام‌های حقوقی

بحث از شرط وجه التزام بدون پرداختن به رویکرد نظام‌های مختلف حقوقی نسبت به این شرط کاری بس عبث است چرا که همه شروط اعتبار خویش را از قانون حاکم بر قرارداد به عاریه می‌گیرند. لذا صرف تجزیه و تحلیل یک شرط بدون در نظر گرفتن الزامات قانون حاکم و در عالم خلأ راه به بادیه رفتن است و هیچ کمکی به درک آن شرط نمی‌کند. بنابراین ابتدا اعتبار شرط وجه التزام را در دو نظام شاخص حقوقی یعنی انگلیس به عنوان نماینده حقوق

1. Liquidated / Ascertained damages
2. Fixed sum
3. Extravagant
4. Unconscionable
5. Exorbitant

کامن‌لا و فرانسه به‌عنوان نماینده حقوق رومی ژرمنی بررسی می‌کنیم و در ادامه به واکاوی شرط وجه‌التزام در حقوق ایران می‌پردازیم.

۱.۲ حقوق انگلیس

در حقوق انگلیس تعیین مقدار مشخص خسارت موجب افزایش شفاف‌سازی در قرارداد می‌شود، به طوری که طرف متخلف در صورت تخلف پیشاپیش مسئولیت و عواقب تخلفش را می‌داند و متوجه است چقدر باید خسارت پرداخت کند و دیگر نیازی به بررسی میزان تقصیر یا خسارت وارده به طرف مقابل و مشکلات مربوط به تقویم پولی^۱ خسارت وارده نیست. اما از طرف دیگر، دادگاه‌ها تمایلی به تجویز چنین شرطی در صورتی که مبلغ تعیین شده بیش از خسارت وارده باشد، ندارند. از این‌رو، در حقوق انگلیس شروط کیفری معتبر نیست.

شرط کیفری از دیدگاه این نظام حقوقی شرطی است که هدف از آن تهدید قانونی^۲ طرف متخلف به پرداخت مبلغ مشخصی می‌باشد و کارکرد آن بازدارندگی^۳ طرف متخلف می‌باشد نه جبران خسارت وارده به متعهدله. اما در شرط خسارت مقطوع هدف طرفین تعیین خسارت واقعی برای نقض قرارداد می‌باشد. در این شرط در زمان معامله متعاملین بر اساس عوامل و فاکتورهای در دسترس پیشاپیش تلاش می‌کنند تا خسارت واقعی ناشی از نقض قرارداد را تخمین بزنند. با این وجود، اینکه چه شرطی کیفری یا خسارت مقطوع است بستگی به تفسیر صورت گرفته از آن شرط و اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد در زمان انعقاد آن دارد. (Edwin Peel, 2015, 129-20)

یک قاضی انگلیسی به نام «لوپس»، در خصوص وجه افتراق شرط کیفری و خسارت مقطوع، چنین اظهارنظر نموده است: «هرگاه قصد طرفین از تنظیم شرط، تضمین اجرای قرارداد از طریق تعیین مبلغی به صورت «جریمه»^۴ باشد، در این صورت وجه معین شده جنبه تنبیهی دارد؛ اما چنانچه قصد طرفین ارزیابی و تعیین وجه التزام در قراردادهای بین‌المللی پیشاپیش خسارات ناشی از عدم اجرای قرارداد باشد، موضوع شرط،

1. Quantification

2. In terrorem

3. Deterrent effect

4. Fine

تعیین مقطوع خسارت تلقی خواهد شد.»

از رأی مزبور چنین استنباط می‌شود که مهم نزد قاضی، قصد متعاملین است که با مطالعه مجموع محتویات قرارداد و بررسی اوضاع و احوال حاکم بر آن، استنتاج می‌گردد. مهم این نیست که طرفین چه اصطلاحاتی در شرط گنجانده‌اند؛ حتی نگارش الفاظ «جریمه» یا «تعیین مقطوع خسارات» مانع آن نخواهد بود که قاضی سعی کند اراده واقعی طرفین را به نحوی که بیان شد احراز کند. ولی آنچه را که این رأی مشخص نمی‌کند این است که در چه زمان می‌توان به‌درستی اعلام نمود که مبلغ وجه التزام جنبه «جریمه» دارد و به لحاظ تنبیهی بودنش، قبل از ترتیب اثر نیست؟ و به این سؤال، قاضی دیگر به نام «لرد داندین»^۱ تا حدودی پاسخ گفته است. (Tyre 1915, 79) به نظر وی، در واقع، در موارد زیر، شرط باید «جریمه» به حساب آید:

«- هرگاه مبلغ تعیین شده آنقدر «اغراق آمیز» یا «نامعقول» باشد که از آخرین حد خسارت ممکن و قابل اثبات فراتر رود؛

- هرگاه موضوع قرارداد، پرداخت مبلغی وجه نقد بوده و وجه التزام بیشتر از مبلغ مزبور باشد؛

- وقتی که در قبال حوادث متفاوت که منجر به خسارات متفاوت می‌شوند، مبلغ واحدی معین شده باشد که در صورت وقوع، تمام یا هریک از آن‌ها قابل پرداخت باشد.

- در صورتی که از مجموع اوضاع و احوال چنین استنباط گردد که طرفین، حین تنظیم شرط پرداخت وجه التزام، به هیچ‌وجه قادر به تعیین مبلغ خسارت واقعی نبوده‌اند، مبلغی که به‌عنوان خسارت مقطوع توسط طرفین تعیین شده است قابل تنفیذ می‌باشد.» (اسکینی، ۱۳۶۷: ۴۷-۴۹)

موضوع پرونده فوق این بود که شرکت «دانلوپ» در کنار بستن قراردادی با خرده‌فروشان، شرطی در قرارداد می‌گنجانده که بر پایه‌ی آن، خریداران نمی‌بایست تأییرهای خریداری شده را زیر قیمت مشخصی به مصرف‌کنندگان به فروش برسانند و نیز حق صادر نمودن آن‌ها را ندارند. دلیل گنجاندن این شرط در قرارداد این بود که بنیان فعالیت دانلوپ، از راه فروش به خرده‌فروشان انجام می‌شد و اگر خرده‌فروشان می‌توانستند

1 . Lord Dunedin

تایرها را به زیر قیمت بفروش رسانند، در نتیجه، «دانلوب» بازار فروش خود را از دست می‌داد و یا سود آن کاهش می‌یافت. به‌عنوان ضمانت اجرای این شرط پرداخت مبلغ پنج پوند به ازای هر تایر فروخته شده زیر قیمت تعیین شده بود. مجلس اعیان این مبلغ را به‌عنوان شرط خسارت مقطوع شناخت و از معیار چهارم برای تأیید آن بهره‌جست با این گفتار که روشن است، فروش تایر به زیر قیمت تعیین شده سبب ورود زیان بسیاری بر خواهان می‌شود زیرا، این کار باعث کاهش شمار خریداران وی می‌شود. همچنین، با وجود این‌که در هنگام بستن قرارداد به گونه‌ی دقیق روشن نیست که از فروش هر تایر به زیر قیمت، چه میزان زیان به خواهان می‌رسد ولی، امری متعارف است که در چنین حالتی طرفین قرارداد به پیش برآورد زیان برخاسته از نقض قرارداد بپردازند به ویژه این‌که، مبلغ تعیین شده نیز گزاف به شمار نمی‌آید. استناد به معیار سوم و گفتن این مطلب که مبلغ مشخص شده با رخ دادن رویدادهای گوناگونی قابل پرداخت می‌گردد، منجر به کفیری قلمداد شدن شرط نمی‌گردد چرا که آنچه در قرارداد با خرده‌فروشان باز داشته شده است، تنها به یک‌گونه زیان که بر خواهان وارد می‌آید یعنی، از دست دادن خریدار ارتباط می‌یابد. به سخن رساتر، رویداد نقض قرارداد از سوی هر خرده‌فروشی پدیدآورنده‌ی یک‌گونه زیان خواهد بود نه زیان‌هایی که ممکن است برخی از آن‌ها بسیار و برخی اندک باشد. (شهریاری و میری، ۱۳۹۵: ۵۶-۵۷)

نظام حقوقی انگلیس به خاطر اینکه به آزادی طرفین در تنظیم مفاد قراردادی خویش احترام بسیاری قائل است به‌عنوان جذاب‌ترین قانون حاکم بر قراردادهای تجاری بین‌المللی شناخته می‌شود. (Gilles, 2014, 459) اما تنها شرطی که دادگاه‌های این کشور در زمان بررسی آن حساسیت خاصی دارند و درصدد اعمال یک نقش نظارتی بر آن هستند موضوع شرط وجه‌التزام است و دقیقاً بدین علت است که در قراردادهای تجاری تحت این نظام حقوقی متعاقدين با دقت اقدام به پیش برآورد واقعی ضرر^۱ می‌کنند. البته این حساسیت نسبت به شرط وجه‌التزام در قراردادهای تجاری بین‌المللی به مراتب نسبت به

1. Genuine pre-estimate of loss

قراردادهای داخلی به مراتب کمتر می‌باشند و دادگاه‌ها عموماً سعی نمی‌کنند که در روابط حقوقی طرفین مداخله کنند، چرا که قراردادهای تجاری عمدتاً بین اشخاصی منعقد می‌گردد که در حوزه کاری خودشان حرفه‌ای و متخصص هستند و قدرت چانه‌زنی طرفین معمولاً یکسان است مگر اینکه میزان چنین وجه‌التزامی «گزارف»، «غیرمعقول» و «اغراق‌آمیز» باشد که به این موضوع در یک پرونده (Murray, 2005, 963) توسط قاضی بوکستون ال جی^۱ اشاره شده است.

(Cordero-Moss, 2011, 161-163)

موضوع مهم دیگری که باید در اینجا باید بدان اشاره کرد محمل یا مجرای قاعده منع درج شروط کیفری در قراردادهای خصوصی است. این قاعده زمانی اعمال می‌شود که متعهد تعهدی را نقض^۲ کند و مجبور به پرداخت وجه نقد گردد. اما در صورتی که پرداخت وجهی مقید به حدوث حادثه یا اتفاق خاصی غیر از نقض قرارداد گردد، قاعده منع درج شروط کیفری محلی برای اعمال نمی‌یابد. از این رو، به استناد چنین قاعده‌ای نمی‌توان چنین شروط وجه‌التزامی را باطل نمود که به این موضوع در یک پرونده^۳ اشاره شده است. این پرونده از این لحاظ مهم بود که برای اولین ماهیت و اعتبار شرط دریافت یا پرداخت را حقوق انگلیس بررسی نموده است. مطابق با این شرط، خریدار متعهد به پرداخت ثمن یا بخشی از آن است، ولو اینکه واقعاً مبیع را دریافت نکند. معامله‌گران در صنعت گاز، پرداخت ثمن در مقابل قبض یا عدم قبض تمام یا بخشی از مبیع را اصطلاحاً «دریافت یا پرداخت^۴» نام نهاده‌اند.

داراب پور و فاضلی، ۱۳۹۵: ۱۲۰-۱۱۹) قاضی پرونده برای پی بردن به ماهیت این شرط با این سؤال روبرو بود که ماهیت شرط دریافت یا پرداخت یک شرط کیفری است یا جبران خسارتی است که به فروشنده یا ارائه‌کننده خدمات وارد آمده است. النهایه چنین نتیجه‌گیری می‌کند که شرط مورد بحث یک شرط کیفری نیست به خاطر اینکه پرداخت را منوط به حدوث اتفاقی می‌کند که ربطی به نقض تعهدات قراردادی ندارد و

- 1 . Buxton LJ
- 2 . Breach
- 3 . M & J Polymers Ltd v Imerys Minerals Ltd [2008] EWHC 344 (Comm)
- 4 . Take or pay

مقرر می‌دارد ماهیت این شرط جبران خسارت می‌باشد. (رجبی خاصوان،

۱۴۰۱: ۱۶۹-۱۶۸)

از این رو، در مواردی که قانون حاکم بر قرارداد قانون انگلیس یا قانون کشورهای کامن‌لا باشد، باید از درج خسارت «گراف»، «غیر معمول» و «اغراق‌آمیز» اجتناب کرد و خسارت مورد نظر باید از قبل برای هر تخریفی متمایز گشته و میزان آن واقعی پیش‌بینی شده باشد. چنانچه شرط قراردادی، برای اجرای تعهد اصلی جنبه تحذیری و ترساننده داشته باشد، شرط کیفری تلقی خواهد شد و در چنین مواردی گویی شرط خسارتی تصریح نگاشته است و متعهدله برای جبران خسارت باید اقامه دعوی نماید که میزان خسارت بر اساس نظر دادگاه تعیین خواهد شد که بدین خسارت، خسارت تقویم نشده یا غیر مقطوع^۱ می‌گویند.

۲.۲ حقوق فرانسه

تنظیم مواد مربوط به شرط وجه التزام در حقوق فرانسه تحت تأثیر مکاتب فلسفی زمان خویش بوده است. قانون مدنی ۱۸۰۴ فرانسه در زمانی تصویب نظم فلسفی و اقتصادی جدیدی در آن کشور ظهور کرده بود که قائل به اصالت فرد یا همان فردگرایی^۲ بودند. لذا در این فضای فلسفی و با توجه به آزادی افراد در تنظیم قراردادهای خویش و اصل لزوم قراردادهای ماده ۱۱۵۲ تنظیم گردید تا متعاقدين با آزادانه میزان وجه التزام را مشخص کنند و دست محاکم نیز جهت مداخله در امر افزایش یا کاهش میزان آن بسته شد. علی‌رغم اینکه در خصوص ماهیت وجه التزام یا شرط کیفری در حقوق فرانسه جای بحث و تأمل می‌باشد ولی آنچه مسلم است شرط کیفری در رم قدیم که قانون قدیم فرانسه نیز تحت تأثیر آن بوده است واقعاً جنبه کیفر داشته، و برای مجازات متخلف در نظر گرفته می‌شد و هیچ ضرورتی نداشت تناسب و تعادل بین خسارت وارده و مبلغ تعیین شده رعایت گردد. (حسن نژاد، ۱۴۰۲: ۱۰۶) مطابق ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی فرانسه «هرگاه در قرارداد مقرر شده باشد که هر یک از طرفین به تعهد خود عمل نکند، مبلغی به‌عنوان خسارت بپردازد، طرف دیگر استحقاق

مبلغی بیشتر و یا کمتر از آنچه شرط شده نخواهد داشت^۱». از طرف دیگر، به موجب ماده ۱۲۲۹ همین قانون وجه التزام عبارت بود از جبران ضرر و زیانی که متعهد از عدم انجام تعهد اصلی متحمل می‌شود^۲. برخی از محاکم از این ماده استنباط کردند که چنانچه وجه التزام به‌عنوان جبران خسارت تعیین شده باشد، قاضی حق دارد میزان آن را تغییر دهد؛ اما، دیوان عالی فرانسه با توجه به ماده ۱۱۵۲ اصل عدم اختیار قاضی در تغییر مبلغ وجه‌التزام را مدت‌ها در این نظام حقوقی مورد تأکید قرار داد. (Miller, 2004, 85-86)

گسترش سرمایه‌داری صنعتی و توسعه اقتصادها در سطح گسترده، قوه مقننه فرانسه را به فکر اعمال برخی از اصلاحات و تغییرات در قانون مدنی این کشور انداخت. تولید و توزیع انبوه از طریق شبکه‌های جهانی نیاز به این تغییرات را دو چندان می‌نمود. استفاده تجار از قراردادهای استاندارد که بدون مذاکره تک‌تک مواد آنها منعقد می‌گشتند، تئوری انعقاد قرارداد با نیاز افراد را به حاشیه راند و رخدادهای بی‌شماری که تعادل اقتصادی قراردادها را به هم می‌زدند، موضوعاتی نبودند که در قانون مدنی این کشور پیش‌بینی شده باشند. لذا ماده ۱۱۵۲ ابزاری جهت کیفر متعهدین ناآگاه و بی‌ملاحظه که غالباً مصرف‌کنندگان بودند، گشت و دادگاه‌ها نیز قدرتی جهت جلوگیری از چنین سوءاستفاده‌هایی نداشتند. گسترش قراردادهای اجاره به تملیک و اجاره کوتاه‌مدت در آن زمان بستر مناسبی برای درج شروط وجه‌التزام گزاف و غیرمعمول فراهم نمود. در سال ۱۹۷۵ قانون‌گذار به‌منظور سد راه سوءاستفاده‌کنندگان و انطباق بین قانون و انصاف بندی را به ماده ۱۱۵۲ اضافه می‌کند تا محاکم بتوانند در میزان وجه‌التزام مداخله نموده و آن را کم یا زیاد کنند. مطابق این بند «آشکارا گزاف یا مضحک [کم] باشد، تعدیل یا افزایش دهد و هرگونه

1 . Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre.

2 . La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale

شرط خلاف، بلااثر تلقی خواهد شد^۱، و به اعتقاد برخی از حقوقدانان، در سال ۱۹۷۵، وجه التزام، جنبه‌ی اجبارکننده و جزایی خود را از دست داده و به صورت خسارت پیش‌بینی شده درآمد. (خسروی فارسانی و بیرانوند، ۱۳۸۹:۱۳۶)

در سال ۲۰۱۶م قانون مدنی فرانسه دوباره اصلاح گردید و مواد ۱۱۲۹ و ۱۱۵۲ سابق جای خود را با اصلاحاتی به بند ۵ ماده ۱۲۳۱ جدید داد. بر اساس این بند:

- هرگاه در قرارداد مقرر شود که در صورت عدم انجام تعهد توسط یکی از طرفین مبلغی به‌عنوان ضرر و زیان پرداخت شود، طرف دیگر استحقاق مبلغی بیشتر و یا کمتر از آنچه شرط شده نخواهد داشت.

- دادگاه به ابتکار خویش می‌تواند میزان وجه التزام مورد توافق را در مواردی که مقدار آن آشکارا گزاف یا مضحک [کم] باشد، تعدیل یا افزایش دهد.

- در مواردی که تعهدی به صورت جزئی انجام شده باشد، میزان وجه التزام مورد توافق ممکن است توسط دادگاه، حتی به ابتکار عمل خود، متناسب با مزیتی که اجرای جزئی برای بستانکار فراهم کرده است، کاهش یابد، بدون این‌که تأثیری در اجرای بند قبل داشته باشد.

- هرگونه شرط مخالف با دو بند قبلی، بلااثر تلقی خواهد شد^۲.

همان‌طور که دیده می‌شود، ممنوعیتی در درج شرط خسارت مقطوع و وجه التزام در نظام حقوقی فرانسه وجود ندارد. البته به نظر می‌رسد با توجه به حق تعدیل میزان وجه التزام از سوی دادگاه، قانون‌گذار کشور فرانسه به طرفی رفته است که مفهوم وجه التزام را به مفهوم خسارت مقطوع نزدیک کند و به وجه التزام‌های غیرواقعی ترتیب اثر ندهد. اما برخلاف این ظاهر، وجه التزام مورد نظر ماده فوق صرفاً مبالغ گزاف و

1 . Néanmoins, le juge peut modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite.

2 . Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre. Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire

ناچیز است و نیازی به برآورد واقعی خسارت نیست.

۳.۲ حقوق ایران

سابقه تاریخی اقتباس ماده ۲۳۰ ق.م. ایران به ماده ۱۱۵۲ ق.م. فرانسه برمی‌گردد، مطابق این ماده قانونی «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف متخلف مبلغی به عنوان خسارت تأدیه نماید حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه که ملزم شده است محکوم کند». هر چند این ماده اقتباسی از قانون مدنی فرانسه می‌باشد ولی مفهوم وجه التزام در فقه اسلامی مورد اشاره قرار گرفته است و شرع نیز بر اعتبار آن صحه گذاشته است و در تفسیر ماده فوق نیز به عمومات آیه شریفه «اوفاوا بالعقود» و قاعده فقهی «المؤمنون (المسلمون) عند شروطهم» و اصل صحت قراردادها و عدم منع شارع اشاره می‌شود. در حقوق ایران تفکیکی فیما بین وجه التزام و خسارت مقطوع صورت نگرفته است و ماده ۲۳۰ ق.م. به آزادی اراده متعاملین توجه ویژه‌ای داشته است. به طوری که هیچ حد و مرزی جهت تعیین خسارت معین ننموده است.

در مواد مختلفی چون مواد ۱۵۰۹ و ۲۵۱۷ قانون مدنی و مواد ۳۸۶ و ۳۸۷ ق.ت. به نحوی به موضوع وجه التزام اشاره شده است، بدون اینکه عنوانی به نام وجه التزام در قانون مدنی یا تجارت ذکر گردد. قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰/۱۲/۲۶ از نخستین قوانینی است که در آن واژه وجه التزام استفاده شده است. مطابق تبصره ۲ ماده ۳۴ این قانون

۱. در اجاره حیوان ممکن است شرط شود که اگر موجر در وقت معین محمول را به مقصد نرساند مقدار معینی از مال الاجاره کم شود.
۲. مفاد ماده ۵۰۹ در مورد متصدیان حمل و نقل نیز مجری خواهد بود.
۳. اگر مال التجاره تلف یا گم شود متصدی حمل و نقل مسئول قیمت آن خواهد بود مگر اینکه ثابت نماید تلف یا گم شدن مربوط به جنس خود مال التجاره یا مستند به تقصیر ارسال کننده و یا مرسل الیه و یا ناشی از تعلیماتی بوده که یکی از آنها داده‌اند و یا مربوط به حوادثی بوده که هیچ متصدی مواظبی نیز نمی‌توانست از آن جلوگیری نماید قرارداد طرفین می‌تواند برای میزان خسارت مبلغی کمتر یا زیادتر از قیمت کامل مال التجاره معین نماید.
۴. در مورد خسارات ناشیه از تأخیر تسلیم یا نقص یا خسارات بحری (آواری) مال التجاره نیز متصدی حمل و نقل در حدود ماده فوق مسئول خواهد بود. خسارات مزبور نمی‌تواند از خساراتی که ممکن بود در صورت تلف شدن تمام مال التجاره حکم به آن شود تجاوز نماید مگر اینکه قرارداد طرفین خلاف این ترتیب را مقرر داشته باشد.

«مقصود از وجه التزام مذکور در این قانون وجهی است که در ضمن معامله اصلی یا هر نوع قرارداد و معامله دیگری مقرر شده و مدیون در صورت تأخیر تأدیه به طور مستقیم یا غیرمستقیم به تأدیه آن ملزم باشد».^۱ بر اساس ماده ۷۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ «در دعوی که موضوع آن وجه نقد است اعم از اینکه راجع به معاملات با حق استرداد یا سایر معاملات استقراضی یا غیر معاملات استقراضی باشد خسارت تأخیر تأدیه معادل صدی دوازده محکوم به در سال است و اگر علاوه بر این مبلغ قراردادی به عنوان وجه التزام یا مال الصلح یا مال الاجاره و هر عنوان دیگری شده باشد در هیچ مورد بیش از صدی دوازده سال نسبت به مدت تأخیر حکم داده نخواهد شد لیکن اگر مقدار خسارت کمتر از صدی دوازده معین شده باشد به همان مبلغ که قرارداد شده است حکم داده می شود».^۲ (مقصودی پاشاکی، ۱۳۸۸: ۵۱) بر اساس ماده فوق وجه التزام نمی توانست از بهره قانونی (۱۲ درصد طلب اصلی در سال) تجاوز نماید و هرگاه وجه التزام مقرر، از بهره قانونی تجاوز می نمود، دادگاه رسیدگی کننده و یا مأمور ثبت مکلف بود میزان وجه التزام را تا میزان بهره مزبور تنزل دهد.

بعد از پیروزی انقلاب اسلامی، با توجه به اصل چهل و نهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، معاملات ربوی به هر شکل ممنوع شد و تعیین هرگونه وجهی به عنوان خسارت ناشی از تأخیر در انجام تعهدی که موضوعش وجه نقد است، غیرمجاز تلقی گردید. پاره ای قوانین خاص گذشته نیز که صراحتاً اخذ خسارت تأخیر تأدیه را مجاز دانسته بودند، پس از تصویب قانون اساسی، در آن قسمت که مطالبه خسارت تأخیر تأدیه را مجاز دانسته بودند، غیرقابل اجرا اعلام گردیدند. شورای نگهبان نیز دریافت خسارت تأخیر تأدیه موضوع مواد ۷۱۲ و ۷۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی سابق را مغایر با موازین شرعی شناخت. اما در تعهداتی که موضوع آن ها وجه نقد نبود، درج وجه التزام معتبر شناخته شد. (اسکینی،

۱. به موجب ماده واحده (قانون اصلاح مواد ۳۴ و ۳۵ قانون ثبت اسناد و املاک) مصوب ۱۵ اسفند ماه ۱۳۱۲ (دوره نهم) مواد ۳۴ و ۳۵ تغییر یافته و بعداً به موجب شق دوم از ماده واحده مصوب ۲۶ مرداد ۱۳۲۰ (دوره دوازدهم) ماده ۳۴ اصلاحی هم تغییر یافته و به موجب شق سوم همین قانون ماده به عنوان ماده ۳۴ مکرر به تصویب رسیده.

۱۳۶۷: ۶۴-۶۵) برای نمونه در قرارداد فروش زمین با توجه به اعتبار ماده ۲۳۰ ق.م. طرفین می‌توانستند شرطی درج کنند که به موجب آن اگر مبیع مستحق الغیر درآید یا در تحویل مبیع تأخیری حاصل گردد، طرف متخلف مبلغی به‌عنوان وجه‌التزام به طرف دیگر بپردازد.

بدین ترتیب، بعد از انقلاب در تعهداتی که موضوع آن‌ها غیر وجه نقد بود، درج شرط وجه‌التزام با مانعی روبرو نبود، اما در خصوص تعهداتی که موضوع آن وجه نقد بود به خاطر نهی شارع از معاملات ربوی نظریات شورای نگهبان مانع اخذ مبلغی بیش از وجه نقدی مورد تعهد بود. تا اینکه با عنایت به ضروریات جامعه و افزایش میزان تورم و کاهش ارزش پول، قانون‌گذار در سال ۱۳۷۶ تبصره‌ای را به ماده ۱۰۸۲ ق.م. اضافه نمود^۱ که استثنائاً در مواردی که مهریه به‌صورت وجه بوده، زوجه حق مطالبه مهرالمسمی بر اساس شاخص بانک مرکزی به ارزش روز را خواهد داشت و به‌نوعی این تبصره آغازی بر قبول امکان مطالبه بیش از مقدار اسمی طلب بود و با عنایت به نظرات فقهای معاصر قانون‌گذار در ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹^۲ در همه دعاوی که موضوع آن دین و از نوع وجه رایج باشد با شروطی امکان مطالبه خسارت تأخیر تأدیه را پذیرفت. مطابق ماده فوق در دعاوی که موضوع آن دین و از نوع وجه رایج بوده، دادگاه با رعایت تناسب تغییر شاخص سالانه میزان خسارت وارده را محاسبه خواهد نمود، مگر اینکه طرفین به نحو دیگری مصالحه نمایند. مراد از مصالحه طرفین به نحو دیگری، با توجه به اینکه شورای نگهبان ابتدا مطالبه خسارت تأخیر تأدیه بانک‌ها را بر اساس شرط طرفین صحیح تلقی کرد، به نظر می‌رسد در صورت وجود قرارداد خصوصی بین طرفین راجع به میزان و نحوه خسارت تأخیر تأدیه،

۱. تبصره- چنانچه مهریه وجه رایج باشد متناسب با تغییر شاخص قیمت سالانه زمان تأدیه نسبت به سال اجرای عقد که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تعیین می‌گردد محاسبه و پرداخت خواهد شد مگر اینکه زوجین در حین اجرای عقد به نحو دیگری تراضی کرده باشند.

۲. در دعاوی که موضوع آن دین و از نوع وجه رایج بوده و با مطالبه داین و تمکن مدیون، مدیون امتناع از پرداخت نموده، در صورت تغییر فاحش شاخص قیمت سالانه از زمان سررسید تا هنگام پرداخت و پس از مطالبه طلبکار، دادگاه با رعایت تناسب تغییر شاخص سالانه که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تعیین می‌گردد محاسبه و مورد حکم قرار خواهد داد مگر این که طرفین به نحو دیگری مصالحه نمایند.

خسارت تأخیر تأدیه بر اساس توافق طرفین باید تعیین شود. (احمری، ذکائیان، ۱۳۹۱: ۴۳)

از زمان تصویب ماده مذکور در سال ۱۳۷۹ درج وجه‌التزام در قراردادهایی که موضوع آن‌ها وجه نقد بود، قانونی گردید و دادگاه‌ها به توافق طرفین اعتبار بخشیدند. اما در مواقعی طرفین وجه‌التزام‌های نامعقول و گزافی را در قراردادهای خود درج می‌نمودند که حکم بر آن‌ها شایبه ربوی بودن و خلاف اخلاق حسنه بودن و یا غیرشرعی بودن آن‌ها را تقویت می‌نمود. بدین ترتیب، محاکم در مواجهه با چنین وجه‌التزام‌هایی به چند دسته تقسیم شدند، گروه نخست، تعیین مبلغ وجه التزام بیش از میزان شاخص اعلامی از سوی بانک مرکزی را معتبر ندانستند ولی توافق بر کمتر از این میزان را نافذ دانستند، گروه دوم، تعیین وجه التزام به بیش از اصل خواسته یا همان تعهد مالی اصلی را جایز ندانستند، به عبارت دیگر، این گروه به وجه‌التزام‌های گزاف و غیرمعمول و غیرمنطقی ترتیب اثری ندادند و گروه آخر، تعیین وجه التزام را به هر میزان با توجه به توافق طرفین و اطلاق ماده ۲۳۰ ق.م. نافذ دانستند. این اختلاف بین شعب در صدور رأی، دیوان عالی کشور را مجبور به صدور رأی وحدت رویه نمود.

در این رأی مقرر گردیده است که با توجه به اینکه در خصوص اعتبار قانونی تعیین وجه التزام قراردادی در تعهدات مالی بیش از شاخص نرخ تورم اعلامی موضوع ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی از سوی دادگاه‌ها، آراء مختلف صادر شده بود، موضوع از طریق معاونت هیات عمومی دیوان عالی جهت صدور رأی وحدت رویه به ریاست دیوان عالی کشور گزارش و در جلسه ۱۳۹۹/۱۰/۱۶ هیات عمومی مطرح شد و بر اساس نظر اکثریت اعضای هیات عمومی دیوان عالی کشور با توجه به ذیل ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی و اطلاق ماده ۲۳۰ قانون مدنی، تعیین وجه التزام در تعهدات پولی گرچه بیش از شاخص نرخ تورم اعلامی باشد، معتبر است و دادگاه‌ها باید بر اساس توافق انجام شده رأی صادر کنند.

مشکلات ناشی از ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی فرانسه که در فوق مورد بررسی قرار دادیم در حقوق ایران نیز امروزه بروز نموده است، مخصوصاً با رأی وحدت رویه جدید موضوع بغرنج شده است و دادگاه‌ها به استناد این

رأی اقدام به تأیید وجه‌التزام‌هایی می‌کنند که بسیار گزاف و غیرمعقول هستند. البته به نظر می‌رسد نباید از رأی فوق چنین استنباط گردد که متعاقدین می‌توانند وجه‌التزام‌های گزاف یا غیرمعمول در قراردادهای خصوصی خود درج کنند و بدین ترتیب اقدام به مطالبه آن‌ها نمایند. آنچه از رأی فوق به دست می‌آید توافق بر مبلغی بیش از شاخص اعلامی بانک مرکزی معتبر و نافذ است و این موضوع به معنای تأیید درج وجه‌التزام‌های گزاف و غیرمعمول و غیرمنطقی نیست.

۳. شرط وجه التزام در قراردادهای تجاری بین‌المللی

تأخیر در قرارداد مثل تحویل دیر هنگام مورد معامله یا تأخیر در اجرای پروژه توسط پیمانکار و نقض قرارداد مثل عدم انطباق کالا با نمونه یا نقض مقررات مالکیت فکری مواردی هستند که ممکن است در هر معامله‌ای اتفاق افتد. از این رو، درج شرط وجه‌التزام در قرارداد از اهمیت بسزایی برخوردار است. البته صرف تأخیر یا نقض قرارداد همیشه موجب استحقاق متعهدله به دریافت مبلغ مورد توافق نمی‌گردد و ممکن است پیش شرط‌هایی جهت استحقاق متعهدله مقرر گردد، که در ذیل به بررسی موارد بیان شده می‌پردازیم.

عدم انجام تعهد یا نقض تعهد در زمان مقرر معمولاً همراه با شرط وجه‌التزام است. چنین تأخیراتی معمولاً در قراردادهای ساخت‌وساز یافت می‌شود، ولی با این وجود، چنین شروطی در اغلب قراردادهای تجاری که موضوع آن‌ها انجام تعهدی باشد، دیده می‌شود. برای نمونه می‌توان به شروط ذیل اشاره نمود:

اگر پیمانکار نتواند کارها را در مدت زمان قرارداد به اتمام برساند، پیمانکار موافقت می‌کند که روزانه ۳۰۰ دلار به‌عنوان خسارت مقطوع جهت جبران زیان‌ها، هزینه‌ها و خسارات وارده به ملوک بپردازد، اما در هر صورت این مبلغ بیش از ۱۰ هزار دلار تجاوز نخواهد کرد.^۱

پیمانکار [باید در مدت تعیین شده کارها را به پایان برساند] وگرنه به

1 . If the Contractor fails to complete the work within the contract time, the Contractor agrees to pay the Owner \$300 per day as liquidated damages to cover losses, expenses and damages, not to exceed \$10,000

ازای هر روز تمدید مدت تعیین شده قرارداد، باید مبلغ ۲۵۰ دلار به عنوان خسارت مقطوع به کارفرما پرداخت نماید.^۱

البته در سایر قراردادها نیز ممکن است چنین شروطی گنجانیده شود، برای نمونه می توان به شرط ذیل که از نمونه های بسیار رایج در حوزه قراردادهای خرید و فروش کالاها است، اشاره نمود:

اگر به دلیل تقصیر فروشنده، مطابق با این موافقتنامه کالا در تاریخ تعیین شده، تحویل خریدار داده نشود، فروشنده موظف است خسارت مقطوع برای این تأخیر در تحویل را با نرخ های زیر به خریدار پرداخت کند:
الف) برای هر هفته کامل، خسارت مقطوع باید ۰.۵٪ از ارزش کالای به تأخیر افتاده باشد.

ب) کل مبلغ خسارت مقطوع فوق الذکر از ۲۵٪ قیمت کالاهای مورد تأخیر بیشتر نخواهد شد.

ج) پرداخت خسارت مقطوع فروشنده را از تعهد خود در تحویل مداوم کالا بری نمی کند.^۲

در نمونه ذیل، وجه التزام برای تخلفات جزئی و کلی تفکیک گشته است. هنگامی که از برنامه های زمانی تعیین شده در قرارداد تخطی شود، تأمین کننده و / یا پیمانکار به ازای هر هفته تأخیر، مشمول پرداخت وجه التزام، به میزان ۱٪ (یک درصد) ارزش قراردادی قسمت مورد تأخیر خواهد بود

- 1 . Design-Builder shall pay Owner two hundred fifty Dollars (\$250) as liquidated damages for each day that Substantial Completion extends beyond the Contract Substantial Completion Date
- 2 . If, due to the fault of the Seller, the goods have not been delivered at dates according to the delivery schedule as provided in this Agreement, the Seller shall be obliged to pay to the buyer liquidated damages for such delayed delivery at the following rates:
 - i) For each complete week, the liquidated damages shall be 0.5% of the value of the goods delayed
 - ii) The total amount of the above mentioned liquidated damages will not exceed 25% of the Price for the delayed goods.
 - iii) The payment of liquidated damages shall not release the Seller from its obligation to continuously deliver the goods.
- 3 . Edwin Peel, 'The Common Law Tradition: Application of Boilerplate clauses under English Law' in Giuditta Cordero-Moss (ed), Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law, Cambridge University Press, 2011, PP: 160-161

یا در صورتی که تأخیر به وجود آمده بر اجرای کل پروژه مترو تأثیرگذار باشد، [وجه التزام برابر با یک درصد] از ارزش کل قرارداد خواهد بود. تصمیم نهایی در این خصوص تماماً با صلاحدید سازمان خواهد بود.^۱

با نگاهی به این شروط می‌توان به چند نکته دست یافت. نخست اینکه اکثر این شروط در پی تعیین خسارت واقعی وارده بر متعهدله هستند و در پی تعیین وجه‌التزام یا خسارت مقطوع غیرواقعی یا گزاف نیستند. دوم اینکه اکثر این شروط سقفی را برای میزان خسارت وارده تعیین نموده‌اند. برای نمونه در شرط نخست تصریح گشته است: «... اما در هر صورت این مبلغ بیش از ۱۰ هزار دلار تجاوز نخواهد کرد». یا در نمونه سوم مقرر شده است: «کل مبلغ خسارت مقطوع فوق‌الذکر از ۲۵٪ قیمت کالاهای تأخیری بیشتر نخواهد شد». علت تعیین این سقف‌های مبلغی، عدم تجاوز میزان چنین خسارتی از حد معمول و معقول آن است، چرا که در این صورت، ممکن است با افزایش میزان خسارت محکمه چنین شرطی را باطل اعلام دارد. موضوعی که ممکن است در مورد شرط نمونه دوم تحقق یابد. سوم اینکه میزان وجه‌التزام یا به‌صورت مبلغی مشخص تعیین می‌گردد یا به‌صورت درصدی از بخش یا کل قرارداد که در نمونه‌های فوق مورد نخست و دوم حاوی مبلغی مشخص هستند و نمونه‌های بعدی بر اساس درصدی از قرارداد تعیین گشته‌اند. چهارم اینکه نقطه آغازین محاسبه وجه‌التزام باید در خود شرط تعیین گردد و در این خصوص ابهامی نباشد. برای مثال اگر برای تحویل کالا یا انجام کارها زمانی تعیین شده است، دقیقاً مقرر شود بعد از انقضای مدت تحویل کالا یا انجام کارها مطابق مواد معین شده در قرارداد یا برنامه زمانی مقرر در ضمیمه قرارداد. در مواردی ممکن است بعد از انقضای مهلت اجرای قرارداد یک مهلت ارفاقی^۲ برای متعهد مقرر گردد که در مهلت ارفاقی اگر تعهد خویش را به پایان رساند دیگر خسارتی پرداخت نمی‌کند اما اگر در این

-
- 1 . When time limits set by the contract are outpassed, the supplier and/or the contractor shall be subject to a penalty set as being 1% (one per cent) of the contractual value of the delayed part of each complete week of the delay, or of the total value of the contract if the delay affects the project of implementing the Metro. The Organization's decision regarding the choice is final, and belongs solely to its discretionary authority.
 - 2 . Grace period

مهلت تعهدات خویش را به پایان نرسلند از نقطه پایان مهلت قراردادی یعنی آغاز مهلت ارفاقی باید خسارت قراردادی را بپردازد. البته بسته به نوع توافق ممکن است آغاز خسارت از زمان پایان مهلت ارفاقی آغاز گردد. برای نمونه در شرط ذیل نقطه آغاز پرداخت خسارت از زمان انقضای مدت انجام تعهد معین شده است:

* پس از مهلت ارفاقی، تأخیر در نظر گرفته شده برای محاسبه از تاریخ تحویل قراردادی شروع می‌شود^۱.

پنجم اینکه، همان‌طور که از شروط گفته شده استنباط می‌گردد، مطالبه وجه‌التزام نیازمند رعایت تشریفات شکلی خاصی نیست و به محض تحقق تخلف قابل مطالبه می‌باشد، مگر اینکه طرفین شرایط شکلی خاصی را مقرر نمود باشند. دو شرط ذیل به بدین موضوع اشاره دارد:

* خسارت مقطوع در مواد ۳۹ و ۴۰ بلافاصله پس از تأخیر بدون اطلاع قبلی قابل اجرا است.^۲

* بعد از استحقاق دریافت مبلغ وجه‌التزام، چنین مبلغی توسط شخص الف بعد از درخواست خریدار که از طریق پست سفارشی ارسال خواهد شد، پرداخت می‌گردد^۳.

شرط دوم شرایط شکلی خاصی را برای مطالبه وجه‌التزام مقرر نموده است که در صورت عدم رعایت آن و رجوع مستقیم به محاکم، چنین خسارتی قابل مطالبه نخواهد بود.

التهایه اینکه، مطالبه وجه‌التزام نیازمند اثبات ضرر یا خسارت خاصی نیست و صرف تخلف متعهد برای استحقاق آن کافی است. اما در صورت عدم درج چنین شرطی متعهدله باید وقوع خسارت از ناحیه متعهد در صورت تخلف را به اثبات برساند. (Fontaine, de Ly, 335-336)

1 . After the grace period, the delay taken into account for penalty calculation will start from contractual delivery date.

2 . The liquidated damages stated in Arts. 39 & 40 shall be applicable without notice, immediately after delay.

3 . The penalties, when applicable, will be paid by A upon request of the buyer submitted by registered mail.

۴. اعتبار شروط وجه التزام در نزد محاکم

درج شرط وجه التزام در قراردادهای بین‌المللی مخصوصاً در زمانی که قانون حاکم بر این قراردادها، قانون یکی از کشورهای تحت نظام حقوقی کامن‌لا می‌باشد، برای حقوقدانان تقریباً یک چالش بزرگ است که اگر به شروط بین‌المللی مندرج در این حوزه نگاه اجمالی بیندازیم، متوجه این قضیه می‌شویم که حتی حقوقدانان متخصص در این کشورها از ابطال یا عدم اجرای چنین شروطی در واهمه هستند. چرا که بعد از صرف هزینه‌های سرسام‌آور دادرسی چه در محاکم و چه در داوری‌ها، ممکن است به چنین شرطی اعتبار لازم داده نشود و متعهدله بعد از صرف هزینه و زمان نسبتاً مدید مجبور به طرح دعوی مطالبه خسارت غیر مقطوع گردد که این امر نیازمند صرف هزینه و زمان دوباره و ارجاع امر به کارشناسی جهت تعیین میزان خسارت وارده و اطلاله دادرسی است. بنابراین، حقوقدانان در زمان تنظیم شرط وجه التزام بعضاً چنان با توضیح و تبیین قضیه مبادرت به این مسئله می‌کنند که گویی در مقابل قاضی یا داور ایستاده‌اند و از موکل خویش دفاع می‌کنند. با یک نگاه به شروط ذیل می‌توان به دغدغه تنظیم‌کنندگان آن‌ها پی برد:

طرفین صریحاً موافقت می‌کنند که خسارت مقطوع تعیینی مطابق این قرارداد وجه التزام [شرط کیفری] محسوب نمی‌شود و طرفین، با حسن نیت در مورد این شرط مذاکره نموده‌اند و توافق کرده‌اند که میزان این خسارت مقطوع با توجه به ضرر پیش‌بینی شده ناشی از نقض قرارداد و مشکلات مربوط به اثبات ضرر و زیان یا عدم امکان دستیابی به روش دیگر جبران خسارت متعارف و منطقی است و همچنین طرفین هرگونه اعتراضی را نسبت به اعتبار یا قابلیت اجرایی این شرط از خود اسقاط نمودند!

این شرط در پی القای این مسئله به داور یا قاضی رسیدگی‌کننده به

1 . It is expressly agreed that Liquidated Damages payable under this Agreement do not constitute a penalty and that the Parties, having negotiated in good faith for such specific Liquidated Damages and having agreed that the amount of such Liquidated Damages is reasonable in light of the anticipated harm caused by the breach related thereto and the difficulties of proof of loss and inconvenience or nonfeasibility of obtaining any adequate remedy, are estopped from contesting the validity or enforceability of such Liquidated Damages.

موضوع است که این خسارت تعیینی به صورت شانسی و خودسرانه تعیین نگشته است و برای تعیین خسارت ساعت‌ها وقت صرف شده و طرفین بعد از انجام محاسبات لازم، اقدام به تعیین میزان خسارت برای ضرر مورد انتظار نموده‌اند. با توجه به معیار نخستی که لرد داندین در پرونده «دانلوپ» ارائه نموده است، مبلغ تعیین شده نباید آنقدر «اغراق‌آمیز» یا «نامعقول» باشد که از آخرین حد خسارت ممکن و قابل اثبات فراتر رود، این شرط اولاً در پی تفهیم این مسئله که تلاش‌های زیادی جهت برآورد واقعی خسارت شده است و ضرر پیش‌بینی شده مشخص شده است؛ ثانیاً به صورت کلی تعیین خسارت نشده و در خصوص آنچه ضرر مورد انتظار تلقی شده است، مذاکرات دقیقی شده است.

نمونه ذیل در پی ارجاع شرط به یکی دیگر از معیارهای مورد نظر لرد داندین است:

طرفین توافق می‌کنند که تعیین مقدار ضرری که ممکن است به سبب تقصیر شرکت ارائه دهنده خدمات در اجرای این توافق‌نامه به شرکت اپراتور سیستم برق مستقل و پرداخت‌کننده عوارض انتاریو وارد گردد، بسیار دشوار و غیرممکن است و هر مبلغی که در این موافقت‌نامه به عنوان خسارت مقطوع تعیین شده باشد، معادل هزینه یا خسارت وارده از یک برآورد واقعی از ضرری است که به شرکت اپراتور سیستم برق مستقل و پرداخت‌کننده عوارض انتاریو وارد خواهد شد و وجه التزام [شرط کیفری] نیست!

شرط فوق نیز به معیار چهارمی که در پرونده «دانلوپ» تصریح گشته است، اشاره دارد. به موجب این معیار: در صورتی که از مجموع اوضاع و احوال چنین استنباط گردد که طرفین، حین تنظیم شرط پرداخت وجه التزام، به هیچ وجه قادر به تعیین مبلغ خسارت واقعی نبوده‌اند، مبلغی که به عنوان خسارت مقطوع توسط طرفین تعیین شده است قابل تنفیذ

1. The Parties agree that the harm that would be suffered by the IESO and the Ontario ratepayer from the Service Provider's failure to perform under this Agreement would be extremely difficult and impracticable to quantify and that any amount set out in this Agreement as a liquidated damage, charge or set-off is a genuine pre-estimate of the harm that would be suffered by the IESO and the Ontario ratepayer and is not a penalty.

می‌باشد. در خود شرط دقیقاً این معیار گنجانیده شده است. لذا اظهار نموده‌اند، نباید چنین شرطی، شرط کیفری تلقی گردد و خسارت غیر معقولی نیز درج نشده است، بلکه سعی شده برآورد واقعی از خسارت محتمله ارائه گردد.

در خصوص خسارت مقطوع، به نحوی که در ماده ۹.۴ این قرارداد توصیف و مقرر گشته است، فروشندگان و خریدار بدین وسیله تصدیق و موافقت می‌کنند که خسارتی که ممکن است به علت تقصیر خریدار به فروشندگان وارد شود، به صورت دقیق قابل تعیین نیست، از این رو، خسارت مقطوع در تاریخ این قرارداد، برآورده معقول از این خسارت است و به قصد جبران خسارت وارده به فروشندگان تعیین شده است و نباید به عنوان وجه التزام [شرط کیفری] تفسیر شود.^۱

در شرط فوق نیز به مانند شرط قبل ابراز گردیده است که این شرط نباید یک شرط کیفری تلقی گردد. چون اولاً در زمان انعقاد قرارداد امکان تخمین میزان خسارت وارده ممکن نبوده است و ثانیاً آنچه به عنوان خسارت مقطوع تعیین شده است، صرفاً و باهدف جبران خسارت وارده می‌باشد و هدف تنبیهی نداشته است.

بنابراین، در زمان تنظیم شروط وجه التزام مخصوصاً در زمانی که قانون حاکم بر قرارداد، قانون یکی از کشورهای تحت نظام کامن‌لا باشد، به چند نکته باید توجه داشت، نخست اینکه در تعیین میزان خسارت دقت لازم به عمل آید و از درج خسارات اغراق‌آمیز و گزاف و حتی جزئی و ناچیز پرهیز نمود، آنچه مهم است تخمین واقعی^۲ از میزان خسارت است؛ دوم اینکه برای میزان خسارت سقف مشخصی تعیین گردد تا با ادامه تاخیرات در اجرای قرارداد و افزایش روز به روز میزان خسارت، مبلغ آن در دیدگاه محکمه گزاف تلقی نگردد؛ سوم اینکه در صورتی که در زمان انعقاد قرارداد تعیین میزان خسارت

1 . With respect to the liquidated damages as described and provided for in Section 9.4 hereof, Sellers and Buyer hereby acknowledge and agree that the damage that may be suffered by Sellers in the event of a default by Buyer hereunder is not readily ascertainable and that such liquidated damages as of the date hereof are a reasonable estimate of such damages and are intended to compensate Sellers for any such damage and are not to be construed as a penalty.

2 . Genuine pre-estimate

وارده ممکن نباشد، این موضوع در خود شرط درج گردد و در بکار بردن الفاظ نهایت دقت صورت پذیرد، تا هنگام خواندن شرط از سوی شخص ثالث احساس تنبیهی و تحذیری بودن شرط به وی القاء نشود که در این صورت گویا از اول طرفین بر چنین موضوعی توافق ننموده‌اند و شرط معتبر نخواهد بود.

۵. نتیجه‌گیری

- شرط وجه‌التزام از شروطی است که معمولاً در قراردادهای تجاری بین‌المللی برای نقض تعهد یا تأخیر در انجام تعهد مقرر می‌شود. با توجه به پذیرش اصل آزادی طرفین در تنظیم قراردادهای خصوصی خویش، متعاقدین در زمان تنظیم میزان وجه‌التزام از آزادی کامل برخوردارند. البته کشورهای مختلف با درج مقرراتی محدودیت‌هایی را در این خصوص تدبیر نموده‌اند. لذا اعتبار این شرط بستگی به قانون حاکم بر قرارداد دارد.

- در نظام حقوقی انگلیس به علت وجود قاعده عدم امکان درج شروط کیفری در قراردادهای خصوصی درج هر مبلغ «گزارف»، «غیر معمول» و «اغراق‌آمیز» به‌عنوان وجه‌التزام غیر معتبر است. از این‌رو، متعاقدین بلید در زمان تنظیم شرط وجه‌التزام تمام تلاش خود را برای تعیین میزان واقعی خسارت در صورت بروز هرگونه نقض تعهدی بکار گیرند تا محاکم قضایی اقدام به ابطال مقرر آن‌ها ننمایند.

- در نظام حقوقی فرانسه تا قبل از اصلاحات ۱۹۷۵ در قانون مدنی این کشور، طرفین آزاد بودند هر مبلغی را در قرارداد خویش به‌عنوان وجه‌التزام درج کنند و دیوان عالی کشور فرانسه در برابر محاکمی که سعی در تعدیل میزان وجه‌التزام و یا کاهش یا افزایش آن داشتند، ایستاده بود و مطابق ماده ۱۱۵۲ قانون فوق هرگاه در قرارداد مبلغی به‌عنوان خسارت مشخص شود طرف دیگر استحقاق مبلغی بیشتر و یا کمتر از آنچه شرط شده نخواهد داشت. بعد از اصلاحات سال ۱۹۷۵ مفهوم وجه‌التزام به مفهوم خسارت مقطوع در حقوق انگلیس در این نظام حقوقی نزدیک شده است.

- در نظام حقوقی ایران با اقتباس از ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی فرانسه ماده ۲۳۰ قانون مدنی تحریر یافته است و مقرر شده میزان وجه‌التزام به توافق متعاقدین آن بستگی دارد و محکمه نمی‌تواند میزان آن را کاهش یا افزایش دهد و به استناد این ماده رأی وحدت رویه شماره ۸۰۵ هیأت عمومی دیوان عالی کشور درباره مجاز بودن تعیین وجه‌التزام بیشتر از شاخص تورم رسمی در سال ۱۳۹۹ صادر گردید. مطابق این رأی تعیین وجه‌التزام در تعهدات پولی گرچه بیش از شاخص نرخ تورم اعلامی

باشد، معتبر است. از ظاهر ماده فوق و رأی وحدت رویه نباید چنین استنباط گردد که می‌توان الزامات نظم عمومی و مقتضای نظم اقتصادی کشور را نادیده گرفت، چرا که تمام مقررات باید تابع این اصول باشند و مطابق ماده ۱۰ قانون مدنی قراردادهای خصوصی نباید برخلاف نظم عمومی تنظیم گردند، لذا وجه التزام نامتعارف و گزاف در نظام حقوقی ایران فاقد اعتبار قانونی است.

- در این شروط در قراردادهای بین‌المللی متعاقدین باید در پی تعیین خسارت واقعی وارده بر متعهدله باشند و در پی تعیین وجه‌التزام یا خسارت مقطوع غیرواقعی یا گزاف نباشند. دوم اینکه سقفی را برای میزان خسارت وارده تعیین نمایند وگرنه به مرور زمان و افزایش میزان وجه‌التزام چنین شرطی غیر معتبر خواهد بود. سوم اینکه میزان وجه‌التزام یا به‌صورت مبلغی مشخص تعیین گردد یا به‌صورت درصدی از بخش یا کل قرارداد و النهایه نقطه آغازین محاسبه وجه‌التزام باید در خود شرط تعیین گردد و در این خصوص ابهامی نباشد.

۶. پیشنهادها به قانون‌گذار ایران

مقررات مربوط به تعیین وجه‌التزام جزو مقرراتی هستند که با نظم عمومی جامعه ارتباط دارند وگرنه نظام‌های حقوقی وابسته به کامن‌لا یا رومی ژرمنی هیچ وقت مقرراتی را در رابطه با تحدید آزادی طرفین مقرر نمی‌نمودند. چرا که تعیین وجه‌التزام غیرمتعارف باعث به هم خوردن نظم اقتصادی در جامعه می‌شود و راه برای سوءاستفاده کلاهبرداران و رباخواران و متقلبین باز می‌کند.

به نظر می‌رسد ورود قانون‌گذار برای اصلاح ماده ۲۳۰ قانون مدنی ضروری و لازم می‌باشد که این امر با اضافه نمودن دو تبصره به ماده ۲۳۰ به ذیل ممکن است:

اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف متخلف مبلغی به‌عنوان خسارت تأدیه نماید حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آن چه که ملزم شده است محکوم کند.

تبصره: دادگاه به تشخیص خویش یا به درخواست هر یک از طرفین دعوی می‌تواند میزان وجه‌التزام را در مواردی که مقدار آن به وضوح گزاف یا کم باشد، کاهش یا افزایش دهد و توافق برخلاف این تبصره

باطل است.

ملاحظات اخلاقی

این نوشتار با در نظر گرفتن ملاحظات اخلاقی همچون صداقت، امانتداری در تحلیل متون و استناددهی نگارش شده است.

تقدیر و تشکر

از همه عزیزانی که مسیر را جهت تهیه و تدوین این نوشتار هموار کردند، سپاسگزارم.

سهم نویسندگان

کلیه مراحل این پژوهش اعم از جمع‌آوری، نگارش، تجزیه و تحلیل و استدلال پردازی از سوی نویسنده انجام شده است.

تعارض منافع

هیچ‌گونه تعارض منافی وجود ندارد.

منابع و مأخذ

فارسی:

- احمری، حسین؛ ذکائیان، پرویز. (۱۳۹۱). «مطالعه تطبیقی خسارت تأخیر تأدیه در فقه امامیه و قانون ایران و کنوانسیون ۱۹۸۰ وین»، فصلنامه مجله پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، دوره ۹، شماره ۳۰.
- اسکینی، ربیعا. (۱۳۶۷). «وجه التزام در قراردادهای بین‌المللی، مجله حقوقی بین‌المللی»، شماره ۹.
- باریکلو، علیرضا؛ حسن نژاد، مجید. (۱۴۰۱). «تحلیل اخلاقی جرمه دیرکرد در گردش پول»، فصلنامه اخلاق در علوم و فناوری، سال هفدهم، شماره ۱.
- حسن نژاد، مجید. (۱۴۰۲). تحلیل شرط جرمه دیرکرد در حقوق ایران و اروپا، تهران، انتشارات پژوهش‌های دانشگاه.
- خسروی فارسانی، علی؛ بیرانوند، شاهپور. (۱۳۸۹). «مقایسه تطبیقی وجه التزام و خسارت تنبیهی»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۳.
- داراب پور، مهرباب؛ فاضلی، مرجان. (۱۳۹۵). «بررسی اعتبار شرط دریافت یا پرداخت در قراردادهای بین‌المللی خرید و فروش گاز طبیعی»، مجله تحقیقات حقوقی، دوره ۱۹، شماره ۷۴.
- رجبی خاصوان، جلال. (۱۴۰۱). شروط قراردادهای تجاری بین‌المللی در نظر و عمل، چاپ اول، انتشارات جاودانه.
- شهریاری، سیروس؛ میری، حمید. (۱۳۹۵). «نگرشی حقوقی و فقهی به برخی از اعمال حقوقی در راستای شناسایی میزان توجه به جنبه‌ی منصفانگی شرط یا قرارداد»، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلام، دوره ۹، شماره ۱.
- صفایی، سید حسین. (۱۳۸۴). قواعد عمومی قراردادها، چاپ سوم، نشر میزان.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۵). قواعد عمومی قراردادها، جلد ۴، چاپ نهم، شرکت سهامی انتشار.
- مقصودی پاشاکی، رضا. (۱۳۸۸). «مطالعه تطبیقی وجه التزام» رساله دوره دکتری حقوق خصوصی. دانشگاه شهید بهشتی.

لاتین:

Dunlop Pneumatic Tyre Co. v. New Garage and Motor Co. Ltd, (1915) A.C. 79.

Edwin, Peel,(2015). Treitel on the Law of Contract, Sweet & Maxwell, Fourteenth Edition.

Gilles, Cuniberti,(2014). The International Market for Contracts - The Most Attractive Contract Laws, Northwestern Journal of International Law & Business, Vol. 34.

Giuditta, Cordero-Moss(ed),(2011). Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law, Cambridge University Press.

Lucinda, Miller,(2004). Penalty Clauses in England and France: A Comparative Study, Published online by Cambridge University Press, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 53, No. 1.

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

Marcel Fontaine, Filip de Ly,(2009). Drafting International Contracts: An Analysis of Contract Clauses, Transnational Publishers.

Murray v Leisureplay plc, (2005). EWCA Civ 963.