

Эмануэле Ремини

ЮРИДИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ ДОЛГОСРОЧНЫХ ДОГОВОРОВ ПОСТАВКИ С ОГОВОРКОЙ «БЕРИ ИЛИ ПЛАТИ» НА РЫНКЕ ПРИРОДНОГО ГАЗА

Статья посвящена анализу долгосрочных договоров поставки. Автор исследует природу договоров с оговоркой «бери и плати». В центре внимания отношения, возникающие на рынке природного газа.

Ключевые слова: договор поставки, оговорка «бери и плати».

Emanuele Remini

LEGAL ASPECTS OF LONG-TERM SUPPLY CONTRACTS WITH THE CAVEAT «TAKE OR PAY» AT MARKET OF NATURAL GAS

The article is devoted to analysis of long-term supply contracts. The author explores the nature of contracts with take-or-pay contracts. The focus of the relations arising in the natural gas market.

Keywords: Supply contract, The «take-or-pay» contracts.

1. Как известно, в газовой отрасли оговорка «бери или плати» очень часто включается в тексты многолетних соглашений о поставке (речь идет о временных рамках от 20 до 25 лет, а иногда и свыше 30 лет).

2. Исторически оговорка «бери или плати» наряду с долгим сроком договоров поставки была оправдана — за пределами Соединенных Штатов, в которых газовая промышленность, несомненно, более либерализована и менее скована необходимостью импортировать большой объем газа по гигантским трубам (*трубопроводам*) из-за границы (в особенности после обнаружения собственных источников — так называемых *сланцевых газов*), всегда привязана к так называемым *spot*-рынкам, не зависящим от цены на нефть, — тем, что поставщику газа необходимо было рассчитывать на заранее установленную экономическую прибыль, чтобы быть уверенным в своей способности возместить значительные капиталовложения в добычу и обработку газа.

3. В частности, оговорка «бери или плати» работает таким образом, что значительная доля цены продажи должна быть выплачена независимо от того, будет ли весь предусмотренный договором объем газа отобран покупателем, и налагает на продавца обязательство в любом случае предоставить покупателю этот объем газа, позволяя, таким образом, предотвратить риск массового отключения газа даже в экстренных случаях, как случилось в Европе в феврале 2011 г.

Буквальное содержание типичной оговорки «бери или плати» обычно сводится к следующему: «Продавец обязуется продать и передать в месте добычи определенный минимальный объем природного газа, а покупатель обязуется купить, потребить и оплатить установленный объем газа или же оплатить определенную сумму в случае,

Эмануэле Ремини — профессор коммерческого права, Государственный университет Милана, Италия, 20122, Милан

Emanuele Remini — IProfessor of commercial law, The State University of Milan, Milan, 20122, Italy

если установленный объем газа не будет отобран (обычно такая сумма составляет 85 % от полной цены продажи), с соблюдением сроков и условий, установленных настоящим договором.

4. Эта мера, как уже говорилось, является, наряду с долгосрочностью договора, элементом экономической стабильности и безопасности для продавца, который, как правило, несет повышенные затраты на добычу и транспортировку газа, порой через газопроводы, пересекающие территории нескольких государств.

Вместе с тем оговорка «*бери или плати*» компенсирует тот факт, что покупатель — посредством механизма переговоров, который действует и в отношении опциона, — имеет право, но не обязанность периодически согласно условиям договора и в порядке предварительного уведомления, предусмотренного договором, направлять собственную заявку на поставку газа (такая заявка в англосаксонской лексике газовой отрасли названа термином «*Nomination*»).

5. С чисто юридической точки зрения при наличии оговорки «*бери или плати*», если минимальный оговоренный объем газа не отобран покупателем, такое обстоятельство не трактуется как неисполнение, в той или иной форме, обязательств последним, поскольку наиболее значимая часть цены продажи (как правило, повторим, это 85 %) оплачивается в любом случае. Следовательно, в таких затруднительных обстоятельствах продавец не может прибегнуть к каким-либо способам расторжения договора. Речь идет об установленном пороге терпимости, уравновешенном (в основном, как мы увидим) стабильностью вознаграждения в течение всего многолетнего периода поставки.

6. Все так же в рамках многолетних договоров поставки, которые являются предметом нашего изучения, существуют — наряду с вышеописанной оговоркой «*бери или плати*», которая, несомненно, является их отличительной чертой, — и другие согласованные условия, которые хорошо вписываются в рамки долгосрочных отношений, уравновешенных сложившейся негибкостью установленной цены продажи, традиционно привязанной к цене на нефть и, таким образом, нечувствительной к механизмам ценообразования, типичным для свободного рынка, в которых пересекаются спрос и предложение для каждого отдельного товара. (Это те типичные для так называемых *spot*-рынков механизмы, которые в Соединенных Штатах, по причине большей либерализации сектора и меньшей необходимости в импорте продукта, всегда были правилом и начинают появляться также на европейских рынках, в так называемых континентальных *хабах*, где перераспределяются излишки газа, которые образовались в результате избыточного предложения, возникшего в результате экономического кризиса и меньшей потребности североамериканского рынка сбыта вследствие все того же упомянутого «*бума нетрадиционных источников газа*».)

Оговорки, на которые мы будем ссылаться в первую очередь, — это, все так же пользуясь англосаксонской лексикой, типичной для таких форм купли-продажи, «*Make Up*» и «*Carry Forward*».

Первая оговорка позволяет покупателю производить отбор газа в том числе и в установленные договором периоды, следующие за оговоренным, при условии оплаты разницы от полной цены продажи (обычно 15 %), не подвергаясь штрафам или иным договорным последствиям любого рода.

Вторая оговорка, работающая прямо противоположно первой, позволяет покупателю в любой оговоренный период производить отбор газа в объеме, превышающем согласованный, с обязательством компенсировать избыточное количество посредством

отбора, в том числе меньших объемов по сравнению с предусмотренными оговоркой «*бери или плати*», в течение последующих договорных периодов.

Оба этих условия имеют своей целью смягчить — преимущественно в интересах покупателя (который традиционно является более слабой стороной в договоре) — жесткие рамки оговорки «*бери или плати*», заявляемой, как правило, продавцом.

7. Необходимо, однако, добавить, что большие сроки договоров поставки, содержащих оговорку «*бери или плати*», делают возможным существенное изменение оговоренных сценариев, в рамках которых взаимодействуют покупатель и продавец, в период срока действия договора.

В том числе и за пределами североамериканского континента (и в значительной степени в Европе) начинают все чаще появляться *spot*-рынки, на которых предлагаются, зачастую на краткосрочной основе, более выгодные для покупателя цены (а в последнее время особенно) по сравнению с ценами, используемыми в рамках многолетних договоров поставки (как правило, защищенных коммерческой тайной), содержащих оговорку «*бери или плати*», что происходит вследствие сочетания совокупности разнородных факторов.

Среди таких факторов особо заслуживают упоминания: технические инновации (удешевляющие добычу и транспортировку газа) и более высокая конкурентоспособность предложения (возникающая благодаря все большему предложению газа на упомянутых рынках), освобождающая, таким образом, механизм формирования цен на природный газ от влияния котировок нефти, привнося, таким образом, способы эмансипации газового рынка посредством повышения доходности, не подверженной влиянию какой-либо другой категории ресурсов.

Наличие сценариев такого рода неизбежно мотивирует покупателей уклоняться от исполнения обязательств, приводимых в первоначальных договорах с оговоркой «*бери или плати*», с целью извлечения выгоды из более привлекательных возможностей, предоставляемых рынком, все менее скованным и все более либеральным, в том числе по причине того, какой точки зрения придерживается правительство того или иного государства (в Италии именно это и происходит: президент Организации по регулированию электроэнергии и газа недавно официально высказался за отказ от договоров «*бери или плати*», где цены двойной нитью связаны с ценами на нефть).

8. По этой причине, кроме вышеописанных внутренних механизмов «сдерживания», в договорах с оговоркой «*бери или плати*» нового поколения зачастую предусмотрены двусторонние оговорки или же, как бы то ни было, присутствуют ссылки на внешние инструменты переговоров о пересмотре изначально предусмотренных цен.

Подобные предосторожности, являющиеся, в любом случае, инструментами переговоров, стали возможными, поскольку до сих пор не выработаны специальные индексы, которые бы учитывали количество сделок и их ликвидность и позволяли бы достоверно учитывать изменения цен на газ во времени. В то же время индекс колебания цены на нефть, на который ссылаются чаще всего, фактически оказался не способен отразить действительную погрешность цен и конкуренцию операторов газовой отрасли.

9. Ситуация с газом в Европе вследствие уменьшения объемов потребления традиционными странами-импортерами Старого континента, сложившаяся в последние годы главным образом из-за имевшего место экономического кризиса, а также вследствие уже упомянутого снижения потребления североамериканскими странами, сделала конкуренцию между операторами лишь мнимой.

Привязка цен к сделкам, совершаемым на европейских хабах, в перспективе (если это будет приветствоваться вышеупомянутыми итальянскими публичными властями) могла бы стать наилучшим решением, но на европейском рынке все еще слишком мало количество сделок, представляющихся в достаточной степени ликвидными и надежными. Следовательно, экономическая защита от риска колебания цен, которые не привязаны непосредственно к колебаниям, несомненно, более значительным, частым и «прозрачным», но зависят от цены на нефть, становится затруднительной.

Кроме того, нельзя не учитывать тот факт, что, как упоминалось ранее, договоры с условием «*бери или плати*» представляются более способными противостоять, в свете внутренней политики, рискам энергетических кризисов на национальном уровне, особенно в странах со значительным объемом импорта газа.

10. В этот совершенно особенный сценарий, если, согласно условиям сделки, преимущество главным образом на стороне покупателя, все чаще включается, в рамках договорных условий, в силу которых при определенных обстоятельствах возможен пересмотр цены по долгосрочным договорам с оговоркой «*бери или плати*», так называемая оговорка «*Market Economically Clause*».

На основе этой поговорки в период срока действия многолетнего договора поставки покупателю в большей степени должна быть гарантирована возможность поддерживать *устойчивую маржу*.

Время доказывания невыгодности отношений в определенный период лежит на той стороне, которая намеревается воспользоваться условием, позволяющим не случайным образом, а лишь при выполнении определенных условий пересмотреть изначально установленные выплаты.

Из этого следует, что в тех договорах, где заранее и с должным профессионализмом не предусмотрена ссылка на оговорку «*Market Economically Clause*», единственным рычагом, который может быть использован для противостояния невыгодным последствиям оговорки «*бери или плати*», не может оказаться довод о существенном изменении условий рынка.

Понятие, очевидно, связано с объективной оценкой, не берущей в расчет конкретные условия, в которых находятся контрагенты, работающие, пожалуй, исходя исключительно из «микроэкономических» или и вовсе из конъюнктурных соображений.

11. В любом случае — и это с точки зрения взаимодействия представляется наиболее важным аспектом перспективы, в которой, как правило, только покупатель признает, что находится в затруднительном положении из-за чрезмерного бремени платежей по причине недобора предусмотренного договором объема газа, — можно, таким образом, сформулировать наиболее важные вопросы, для того чтобы понять, нужно ли приступить, если это приведет к успеху, к процедуре пересмотра цен. Именно это происходит сейчас на большинстве фронтов внутри европейского рынка.

i. Произошли ли существенные с экономической точки зрения изменения в целом на рынке спроса на газ в указанный период?

ii. В случае положительного ответа затронули ли эти изменения непосредственно механизм формирования цены на газ на рынке спроса?

iii. В случае выполнения указанных предпосылок и выявления экономически обоснованной маржи у добросовестного и эффективного оператора на газовом рынке в перспективе покупателя остается ли у продавца пространство для маневра, достаточное для эффективной и, таким образом, выгодной для него реализации газа?

iv. Только при наличии всех этих условий станет возможным пересмотр, с вероятностью успешного исхода, формулы подсчета цены на газ, предусмотренной в действующей оговорке «*бери или плати*», на основе произошедших существенных изменений, оставляя как для покупателя, так и для продавца разумную маржу.

С последней точки зрения такие выражения, как «*рынок на условиях конкуренции*», «*обоснованный коэффициент доходности капиталовложений*», «*обоснованная маржа*», которые все чаще встречаются в текстах договоров, чаще всего составленных на английском языке, являются доказательством того факта, что в основе любого договора должна лежать — как если бы речь шла об основном и неотъемлемом принципе современного *lex mercatoria* — гарантия баланса между различными договорными положениями.

Нужно отметить, что на основе точки зрения, согласно которой условие о пересмотре цен должно иметь двусторонний характер, некоторые договоры содержат также специальное условие «*Profit-sharing clause*».

Это условие, которое позволяет и продавцу требовать пересмотра платы каждый раз, когда он сочтет, что покупатель получает — все также с применением на практике оговорки «*бери или плати*» — больше преимуществ, чем это было бы справедливо.

12. Переходя к анализу отраслевых этапов деятельности, необходимо отметить, что с хронологической точки зрения процедуры гипотетического пересмотра цен происходят обычно с учетом событий предшествующих трех лет; в то время как если речь идет об установлении новой цены, ей, как правило, пытаются придать стабильность минимум на последующие три года.

В обоих случаях присутствует период, достаточно длительный для того, чтобы оценить факторы, вызвавшие существенные изменения (например, развитие рынка газа, в том числе с точки зрения его либерализации; системная или структурная эволюция отрасли на макро- или микроэкономическом уровне; избыток или спад спроса и предложения, в том числе по политическим причинам (достаточно вспомнить ливийский кризис); более или менее длительные колебания цен на *spot*-рынках, преимущественно европейских, учитывая объемы, поставленные через посредников, и действительную ликвидность разных сделок), для проведения сравнения различных значимых данных по категориям объема и стоимости, а также для определения того, следует ли объединить их в некие *trends*, помимо прочего, в свете устойчивости бизнеса каждого контрагента.

13. Наконец, в случае если представляется возможным придерживаться мнения, что предпосылки для согласования цен включены в качестве ссылки в оговорку «*бери или плати*», наиболее щадящим способом урегулирования будет, очевидно, подход количественного определения «новой» цены.

С этой точки зрения, в случае если усилия, вложенные контрагентами в процесс переговоров, не привели к успешному результату, зачастую прибегают к международному арбитражу, в целях которого довольно часто выбирают Стокгольмский арбитраж.

При наличии таких затруднительных обстоятельств, для того чтобы сдерживать издержки и иметь возможность действовать более оперативно, зачастую прибегают к применению особых процедурных этапов.

Впрочем, на энергетическом рынке «спорный» момент в целом рассматривается не как патологический феномен, а как физиологическая фаза последоговорного этапа.

В связи с этим большее число лиц пользуется, не оставляя без внимания, однако, и риски, процедурой, известной в международной арбитражной практике как *бейсбольный арбитраж*.

Эта практика, в силу которой — посредством предварительного и спонтанного совместно достигнутого соглашения — каждая сторона заблаговременно предоставляет назначенной арбитражной коллегии собственное основанное на цифрах предложение по разрешению спора, а арбитражная коллегия ограничивается, при быстроте и изяществе процедуры, выбором одного предложения из двух написанных сторонами, без права внесения изменений.

Один из способов разрешения разногласий используется в том числе для сокращения разногласий, возникающих внутри *рынков* газа, и призван побудить каждую сторону представить арбитрам предложение по разумному и взвешенному урегулированию, не отягощенное излишними условиями и небрежением ко всем средствам, с пониманием того, что, если такое предложение не сработает, риск увидеть предложение контрагента принятым судьями сильно возрастет.

Статья поступила в редакцию 20 сентября 2013 г.