

Верховный Суд РФ рассмотрел условие “take-or-pay” в российских договорах

6 сентября 2021 г.

Верховный Суд РФ («ВС») подробно рассмотрел важную, в первую очередь, для рынка поставок и оффтейков сырьевой продукции, конструкцию “take-or-pay” («бери или плати») в договорах по российскому праву, а также разъяснил последствия одностороннего отказа заказчика (покупателя) от такого договора¹.

Условие Take-or-Pay

Данная конструкция наряду с зеркальным условием “deliver-or-pay” («поставляй или плати») часто используется на практике, к примеру, в договорах металлургических, энергетических, нефтяных и газовых компаний, производителей различной сырьевой продукции, включая контракты оффтейка (контракты поставки будущей продукции). Такое условие, однако, может быть применимо не только к договорам поставки и оффтейка, но и, к примеру, к договорам оказания услуг, как в рассматриваемом Определении.

В российских договорах соответствующая обязанность заплатить в случае невыборки или недопоставки, как правило, структурируется через (i) неустойку или в качестве (ii) коррекции цены. Однако при структурировании обязанности оплаты через неустойку возникают риски снижения такой выплаты судом в порядке ст. 333 ГК РФ².

Применительно к условию “take-or-pay” также возможно рассмотреть использование (i) альтернативных (факультативных) обязательств (ст. 308.1–308.2 ГК РФ), (ii) абонентского договора (заказчик (покупатель) вносит фиксированную плату и получает от исполнителя (продавца) исполнение по требованию) (ст. 429.4 ГК РФ) или (iii) отказа от договора с обязательством уплатить определенную сумму за такой отказ.

¹ [Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 20 августа 2021 г. № 305-ЭС21-10216 по делу № А40-328885/2019](#) («Определение»).

² См., к примеру, Решение Арбитражного суда Новосибирской области от 05 июля 2017 г. по делу № А45-4715/2017; Решение Арбитражного суда Новосибирской области от 07 августа 2017 г. по делу № А45-3134/2017; Постановление Шестого арбитражного апелляционного суда от 23 июля 2020 г. № 06АП-819/2020 по делу № А73-22344/2019.

Институт возмещения потерь по российскому праву (аналогичный ему инструмент *indemnity*, среди прочих, применяется для формулирования условия “*take-or-pay*” в договорах по английскому праву) не применим к данной ситуации, поскольку российское право прямо исключает возможность установить обязанность возместить потери, связанные с нарушением обязательства возмещающей стороной (т.е. невыборкой или недопоставкой) (п. 1 ст. 406.1 ГК РФ).

Тем не менее, ввиду отсутствия устоявшейся судебной практики, договоры, включающую модель “*take-or-pay*” по российскому праву³, продолжают вызывать вопросы с точки зрения структурирования такого условия, и ВС сделал важный шаг, подробно проанализировав природу такого условия, указав на возможность включения условия “*take-or-pay*” в качестве платы за отказ от договора⁴.

Обстоятельства Дела

ООО «ОТЭКО-Портсервис» («оператор») и швейцарская компания Капробен (*KAPROBEN HANDELS AG*) («заказчик») заключили договор, по условиям которого оператор гарантировал заказчику за согласованное в договоре вознаграждение осуществить комплекс работ и услуг в отношении экспедирования, перевалки, хранения и накопления каменных углей, перемещаемых за границу РФ, а также выполнить другие работы и услуги в процессе перевалки.

В свою очередь, заказчик обязался своевременно предъявлять оператору уголь для перевалки в соответствующих объемах и оплачивать оператору неустойку на недопоставленный объем угля по ставке перевалки, определенной договором (принцип “*take-or-pay*”). Заказчик немотивированно отказался от договора в одностороннем порядке, о чем уведомил оператора. Оператор посчитал такой отказ заказчика неправомерным и обратился в суд.

³ В связи с неопределенностью конструкций “*take-or-pay*” или “*deliver-or-pay*” в российском праве, соответствующие сделки иногда структурируются по английскому праву, где могут использоваться самые разные подходы для применения условий “*take-or-pay*” или “*deliver-or-pay*”, среди которых могут быть, к примеру, (i) заранее оцененные убытки (“*liquidated damages*”); (ii) обязательство по возмещению потерь (“*indemnity*”); (iii) альтернативные обязательства (“*primary and secondary obligations*”); и (iv) корректировка цены.

⁴ При структурировании положения “*take-or-pay*” важно принимать во внимание все условия и фактические обстоятельства сделки и отношений сторон, включая вопросы реализации конкретного проекта, определение количества и цены продукции или услуг, налоговые, таможенные и иные вопросы. В зависимости от всех этих и иных факторов решение о юридической квалификации данного условия для каждой сделки может отличаться.

Позиция Верховного Суда

- Заказчик вправе в одностороннем порядке расторгнуть договор оказания услуг, это право предоставлено ему законом (п. 1 ст. 782 ГК РФ), и такое право на расторжение императивно, его нельзя ограничить / исключить договором.

Однако такое право заказчика на расторжение договора может быть обусловлено выплатой заказчиком определенной стороны платы за отказ, и такая плата не противоречит безусловному праву заказчика отказаться от договора⁵.

- Хотя условие “*take-or-pay*” прямо и не урегулировано российским законодательством, но в силу принципа свободы договора стороны вправе создавать различные договорные конструкции, выходя за рамки обозначенных в ГК РФ договорных моделей⁶.
- Право одностороннего отказа заказчика (покупателя) от договора само по себе не противоречит конструкции “*take-or-pay*”, поскольку заказчик вправе не только не пользоваться услугами исполнителя (поставщика), но и отказаться от них вовсе, что не может устранять обязанности заказчика (покупателя) по обязательству заплатить.
- В таком случае плата заказчика за непредоставление угля для перевалки в условиях “*take-or-pay*” может быть квалифицирована в качестве платы за отказ от договора (п. 3 ст. 310 ГК РФ), исчисляемой исходя из согласованного сторонами периода действия условия “*take-or-pay*”.
- По своей правовой природе условие “*take-or-pay*” состоит из двух обособленных обязательств:
 - (i) **обязательство “take” или «бери»** означает наличие у заказчика (покупателя) субъективного права получить от другой стороны (исполнителя, поставщика) определённый объём характерного исполнения (товар или услугу) за конкретный период времени, и данное субъективное право может реализовываться или не реализовываться исключительно по усмотрению заказчика (покупателя); и

⁵ Данный вывод ранее уже был сформулирован в п. 4 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16 «О свободе договора и ее пределах», где была высказана о том, что односторонний отказ стороны от договора возмездного оказания услуг, исполнение которого связано с осуществлением обеими его сторонами предпринимательской деятельности, может быть обусловлен необходимостью выплаты определенной денежной суммы другой стороне.

⁶ К тому же правовое регулирование, близкое к указанной модели, уже содержится в некоторых нормативных правовых актах российского законодательства (например, п. 5 и 16 Правил поставки газа в РФ, утвержденных постановлением Правительства РФ от 05 февраля 1998 г. № 162).

- (ii) **обязательство “pay” или «плати»** означает субъективное право уже второй стороны—исполнителя (поставщика) потребовать оплаты от контрагента даже в случае, если заказчик (покупатель) не воспользовался своим правом на получение согласованного объема исполнения (товара или услуги) от исполнителя (поставщика).
- Возмездность условия заключается в том, что заказчик получает важные дополнительные преимущества, имеющие самостоятельную стоимость, к примеру: (i) резерв производственных мощностей под его нужды; (ii) внеочередное и гарантированное обслуживание в любое время; (iii) изъятие с рынков сбыта определенных объемов услуг (товаров, работ) исполнителя специально под заказчика; (iv) снижение цены по сравнению с остальными заказчиками; (v) фиксацию цены на длительный срок; (vi) приспособление производственной базы исполнителя под нужды заказчика, в том числе посредством капиталовложений в её реконструкцию, и т.д.

При структурировании условия “*take-or-pay*” в качестве платы за отказ от договора важно учитывать, что такая плата **может быть снижена судом в случае очевидного несоответствия ее размера неблагоприятным последствиям**, а также в случае недобросовестного осуществления права требовать уплаты данной суммы в соответствующем размере⁷ по аналогии со снижением неустойки, когда условие “*take-or-pay*” формулируется через неустойку. К тому же плата за отказ от договора может быть снижена и в ситуации, когда стороны, осуществляющие предпринимательскую деятельность, обладают равными переговорными возможностями при согласовании такого условия⁸.

Дополнительному рассмотрению также подлежит вопрос о том, насколько выводы ВС в Определении применимы к условию “*deliver-or-pay*”, в соответствии с которым поставщик обязан заплатить покупателю определенную сумму в случае недоставки товара в согласованном объеме. Так, несомненно, что такое положение в силу принципа свободы договора может быть согласовано сторонами в соответствующем договоре, и выводы ВС о возможности использовать такое условие на основе принципа свободы договора полностью могут быть отнесены и к конструкции “*deliver-or-pay*”. Однако в Определении ВС указал, что “*take-or-pay*” состоит из права заказчика получить определенный объем товара и обязанности заказчика заплатить за такой объем, тогда как в “*deliver-or-pay*” содержится две обязанности на стороне поставщика—поставить определенное количество товара и заплатить покупателю, если

⁷ П. 16 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации об обязательствах и их исполнении».

⁸ Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 28 июня 2017 г. по делу № 309-ЭС17-1058, А07-27527/201.

это количество не поставлено. Мы полагаем, что “*deliver-or-pay*” можно также структурировать по тем же принципам, что и условие “*take-or-pay*”, несмотря на то, что в “*deliver-or-pay*” содержатся две обязанности, а не право и обязанность, как в “*take-or-pay*”, однако предстоит увидеть, воспримет ли судебная практика такой подход.

Таким образом, позиция Верховного Суда РФ может служить важным ориентиром при подготовке и согласовании договоров поставки, оффтейка, оказания услуг и иных соглашений, подчиненных российскому праву и включающих конструкцию “*take-or-pay*” или иные аналогичные конструкции (в том числе, “*deliver-or-pay*”), включая, в части структурирования обязанности оплаты в случае невыборки; прав сторон на односторонний отказ и его последствий; установления платы за расторжение при определенных условиях и пр. Однако вопросы юридической квалификации таких условий в конкретном договоре должны подлежать отдельному анализу в зависимости от всех условий и фактических обстоятельств сделки, и отсутствует какой-либо единый подход по структурированию, который можно было бы применить ко всем проектам.

* * *

Мы будем рады ответить на любые ваши вопросы по данной тематике.

МОСКВА



Алена Кучер
ankucher@debevoise.com



Вадим Коломников
vgkolomnikov@debevoise.com