

Коллегия адвокатов «Регионсервис» – признанный межрегиональный лидер в вопросах правовой защиты бизнеса

www.regionservice.com

ЭНЕРГЕТИЧЕСКИЙ «TAKE OR PAY»¹

20.07.2023

[Законопроект «О внесении изменений в Федеральный закон «Об электроэнергетике» \(об особенностях установления цен \(тарифов\) на электрическую энергию в регионах Дальнего Востока и Арктической зоны Российской Федерации\)»](#)

I. ЧТО ТАКОЕ «TAKE OR PAY»?

«Take or pay» («бери или плати») представляет собой договорную конструкцию, по которой должник (покупатель, заказчик) вправе потребовать от кредитора (поставщика, исполнителя) определенный объем исполнения в виде товаров, работ или услуг за конкретный период времени («take»), а кредитор – оплаты, независимо от того, воспользовался должник предоставленным ему правом на получение исполнения («pay»).

Данная конструкция чаще всего используется в договорах с крупными постоянными заказчиками, покупателями и очень распространена в зарубежных юрисдикциях. Она позволяет сторонам регулировать риски изменения рыночной конъюнктуры таким образом, что при снижении спроса на товары, работы и услуги должник все равно должен будет уплатить кредитору фиксированную плату по договору, а при увеличении спроса – гарантировано получит товары, работы и услуги и по заранее установленной цене.

К сожалению, в нормах российского права эта конструкция прямо не закреплена, ее применение вызывает бурные дискуссии не только в судебной практике, но и в научном сообществе, в связи с чем она не пользуется популярностью в российских контрактах.

Большой шаг в сторону признания правомерности использования такой конструкции в договорах и допустимости отказа от договора, заключенного с условием «take or pay» сделал Верховный суд РФ². В одном из рассмотренных им дел была высказана позиция, что

¹ Материал подготовлен исключительно в информационных целях и не является юридической консультацией или заключением.

² Определение Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 20.08.2021 № 305-ЭС21-10216 по делу № А40-328885/2019.

«take or pay» является принципом взаимодействия сторон, который может быть частью различных договоров (его суть была описана нами ранее), а в случае отказа должника от получения предоставления может быть также оценено как плата за отказ от договора.

Должник вправе отказаться от реализации принадлежащего ему права и освободить кредитора от встречной обязанности, так как осуществление субъективных прав находится полностью в его воле, но отказаться от исполнения обязанности по оплате должник не может. В ином случае, исполнение такой обязанности ставится в зависимость от желания должника («заплачу, если захочу»), что противоречит природе и понятию обязательства как правоотношения, накладывающего бремя на обязанное лицо, от которого оно может освободиться только надлежащим исполнением.

II. НОВЫЕ ВОЗМОЖНОСТИ

13.07.2023 Госдума РФ в первом чтении приняла проект федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон от 26.03.2003 № 35-ФЗ «Об электроэнергетике».

Законопроектом предлагается дополнить ст. 37 федерального закона положением, в соответствии с которым участники рынка смогут заключить договоры купли-продажи электрической энергии с условием об обязанности покупателя оплатить стоимость всего заявленного им объема электрической энергии независимо от фактического объема потребления.

При этом предлагается два варианта оформления условия «take or pay»:

- покупатель вправе частично или полностью отказаться от договора, уплатив, помимо цены потребленной электроэнергии, сумму, установленную за отказ от договора (единовременным платежом или периодическими платежами, взимаемые по договору);
- покупатель обязан произвести единовременный платеж или вносить периодические платежи по договору, независимо от объема потребленной электрической энергии.

Действующая редакция закона предоставляет покупателю право отказаться в одностороннем порядке от исполнения договора при условии оплаты только стоимости потребленной до момента расторжения договора электрической энергии.

На целесообразность данных изменений указал Комитет Государственной Думы по энергетике, отметив, что они направлены на обеспечение взаимного хеджирования рисков как производителей электрической энергии за счет гарантированного объема выручки, так и потребителей, которые смогут зафиксировать объемно-ценовые параметры энергоснабжения на протяжении срока окупаемости крупных инвестиционных проектов, что упростит процесс привлечения заемного финансирования и позволит осуществлять эффективное планирование параметров экономической модели таких проектов. Принятие данных норм будет способствовать эффективной реализации мероприятий инвестиционного проекта по освоению Баимской рудной зоны, а также обеспечит запуск других инвестиционных проектов в Арктической зоне Российской Федерации.

С целью анализа востребованности договорной конструкции «take or pay», оценки экономических последствий, связанных с изменением порядка взаимодействия субъектов электроэнергетики, Комитет предлагает апробировать изменения в «пилотном» режиме, например, только на территории технологически изолированных территориальных электроэнергетических систем. В текущей редакции законопроекта возможность заключения договора по принципу «take or pay» распространяется на всех покупателей и поставщиков розничных рынков электрической энергии в Российской Федерации.

III. ВЫВОДЫ

Прямое закрепление в законе возможности конструирования правоотношений по принципу «take or pay» следует оценить положительно.

Во-первых, условие позволит распределить риски сторон таким образом, что поставщик электроэнергии будет уверен в размере полученной выручки, а покупатель на стадии заключения договора зафиксирует объем и цену поставляемой энергии на весь прогнозируемый период.

Во-вторых, закрепление в законе обязанности покупателя по оплате стоимости всего заявленного им объема электрической энергии, независимо от той модели, которую выбрали стороны, не позволит недобросовестным покупателям отказаться от договора и в судебном порядке требовать снижения установленной в договоре платы за отказ от договора. А возможность включения «take or pay» по модели абонентского договора и вовсе исключит возможность немотивированного одностороннего отказа от договора, придав отношениям сторон максимальную стабильность.

В-третьих, прямое закрепление такой конструкции позволит безопаснее заключать сделки не только в сфере электроэнергетики, но и в иных сферах, поскольку это снизит риск оспаривания таких сделок (условий), как противоречащих существу законодательного регулирования.

Яна Кизилова

Руководитель практики «Энергетика и природные ресурсы», адвокат
y.kizilova@regionservice.com
Тел.: +7(3842) 34 90 08



Александр Личман

Юрист практики «Энергетика и природные ресурсы», адвокат
a.lichman@regionservice.com
Тел.: +7(3842) 34 90 08

