

"Take or pay": правовая определённость

Медведев А.Н.,
аудитор,
консультант по налогам и сборам I категории,
кандидат экономических наук

Договорное условие "Take or pay" («Бери или плати») упоминается в распоряжении Правительства РФ от 3 апреля 2013 г. № 511-р, под которым понимается, что покупателю требуется оплатить заранее согласованный объём ресурсов вне зависимости от того, поставлен он или ещё нет, однако данная конструкция не предусмотрена в Гражданском кодексе РФ и последствия расторжения договора с подобным условием.

В Определении Верховного суда РФ от 20 августа 2021 г. № 305-ЭС21-10216 по делу № А40-328885/2019 были рассмотрены условия договора "Take or pay" ("бери или плати") - под термином "Take or pay" стороны договорились понимать обязательство заказчика по отгрузке в адрес Таманского терминала навалочных грузов (морской торговый порт Тамань) гарантированного годового объема угля с корреспондирующей обязанностью заказчика оплатить стоимость перевалки непоставленного объема угля по ставке перевалки, определённой в договоре.

При рассмотрении данного дела в судах апелляционной и кассационной инстанций суды указали, что российское законодательство не регулирует договорную конструкцию с условием "Take or Pay" и правовые последствия её применения, в то же время данный принцип **не ограничивает заказчика в его праве отказаться от исполнения договора.**

Для практического применения крайне важна правовая позиция Верховного суда РФ по данному условию, которое само по себе не образует особый вид договора, подобный принцип взаимодействия сторон может быть частью различных договоров.

По своей правовой природе условие "Take or Pay", включённое сторонами данного спора в договор, состоит из двух обособленных, но тесно связанных между собой обязательств:

- первое обязательство ("take" или "бери") предполагает наличие у заказчика (покупателя) субъективного права получить от другой стороны (исполнителя, поставщика) определённый объём характерного исполнения за конкретный период времени, в то время как на другой стороне лежит корреспондирующая обязанность это исполнение предоставить. В силу принципа свободы усмотрения при реализации гражданских прав, автономии воли субъектов гражданского оборота (пункты 1, 2 статьи 1, пункт 1 статьи 2, пункт 1 статьи 9 ГК РФ) названное субъективное право может как реализовываться заказчиком, так и нет; судьба данного обязательства в рамках обозначенной договорной модели полностью зависит от воли и усмотрения управомоченной стороны (заказчика, покупателя);

- в рамках второго обязательства ("pay" или "плати") субъективное право принадлежит уже другой стороне (исполнителю, поставщику) и может быть ею реализовано независимо от осуществления контрагентом своего права в рамках первого обязательства. Таким образом, контрагент обязан заплатить оговоренную в соглашении сумму, даже если он не получил характерное исполнение со стороны исполнителя.

Следует заметить, что нарушение принципа возмездности обмена материальными благами в данном случае не происходит, поскольку заказчик получает встречное предоставление в виде дополнительных преимуществ, имеющих самостоятельную стоимость, например, резерв производственных мощностей под его нужды, внеочередное и гарантированное обслуживание в любое время, изъятие с рынков сбыта определённых объёмов услуг (товаров, работ) исполнителя специально под заказчика, снижение цены по сравнению с обычными заказчиками, фиксацию цены на длительный срок, приспособление производственной базы исполнителя под нужды заказчика, в том числе посредством капиталовложений в её реконструкцию, и т.п.).

В рамках договорной модели "Take or Pay" при отказе заказчика от получения характерного предоставления (от обязательства "бери") исполнение им обязанности в рамках обязательства "плати" может быть оценено как **плата за отказ от договора** (пункт 1 статьи 6, пункт 3 статьи 310 ГК РФ), исчисляемая из согласованного сторонами периода действия условия "Take or Pay".

Следует отметить, что в постановлении АС Московского округа от 23 марта 2021 г. по делу № А40-328885/2019, которое было оставлено Верховным судом РФ в силе, было отмечено, что указанный в договоре принцип "Take or Pay" ("бери или плати") является договорной конструкцией, направленной на уменьшение рисков и возможных финансовых потерь стороны-исполнителя - данная конструкция предусматривает обязанность одной стороны принять и оплатить услугу в установленном минимальном объёме, а при нарушении пределов исполнения другая сторона вправе требовать выплаты **неустойки**.

Вместе с тем следует отметить один нюанс: если поставок вообще не было, то, даже несмотря на наличие в договоре условия "take-or-pay", несостоявшийся покупатель ничего не должен платить другой стороне (см. постановление ФАС Московского округа от 5 сентября 2013 г. по делу № А40-145719/12-146-365).