

АКТЫ ГОСУДАРСТВЕННЫХ ОРГАНОВ КАК ФОРС-МАЖОР В ДОГОВОРАХ МЕЖДУНАРОДНОЙ КУПЛИ-ПРОДАЖИ НЕФТИ И ГАЗА

Маша Мишкович^a

DOI: 10.22394/2070-8378-2023-25-4-110-118

^a Российская академия народного хозяйства и государственной
службы при Президенте Российской Федерации

Аннотация: В статье исследуется влияние актов государственных органов на исполнение обязательств по договорам международной купли-продажи нефти и газа. Представляют ли такие акты обстоятельства непреодолимой силы (форс-мажора), на которые договаривающиеся стороны могут ссылаться, чтобы освободиться от исполнения договорных обязательств и от договорной ответственности? Проведен анализ арбитражных и судебных решений по спорам, возникающим по данному вопросу с 1970-х годов. Особую актуальность вопрос приобрел в 2022 году, когда был принят Указ Президента Российской Федерации № 172 от 31 марта 2022 года «О специальном порядке исполнения иностранными покупателями обязательств перед российскими поставщиками природного газа». Уже вынесено первое арбитражное решение, в котором данный акт государственного органа квалифицируется как форс-мажор. Ответ на вопрос о том, являются ли акты государственных органов обстоятельствами форс-мажора в договорах международной купли-продажи нефти и газа, не является однозначным, так как зависит от обстоятельств каждого конкретного случая. В арбитражных разбирательствах, где сделан вывод о том, что акты органов государственной власти в отношении государственных предприятий не могут являться обстоятельствами непреодолимой силы, арбитры руководствовались договорными положениями и распределением риска непредвиденных событий между договаривающимися сторонами.

Ключевые слова: форс-мажор, акты государственных органов, продажа нефти и газа, договоры международной купли-продажи

Дата поступления статьи в редакцию: 19 августа 2023 года.

ACTS OF PUBLIC AUTHORITIES AS FORCE MAJEURE IN INTERNATIONAL OIL AND GAS SALES CONTRACTS

RESEARCH ARTICLE

Masa Miskovic^a

^a a Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration

Abstract: The article investigates the influence of acts of public authorities on the fulfillment of obligations under international oil and gas sales contracts. The author considers whether such acts may constitute hardships (force majeure) that can be invoked by contracting parties to exempt themselves from the fulfillment of contractual obligations or contractual liability. The article analyses arbitration and court decisions on disputes arising in this area since the 1970s. The issue became particularly relevant in 2022, when Presidential Decree of March 31, 2022, No. 172 «On Special Procedure for the Fulfillment by Foreign Buyers of Obligations to Russian Natural Gas Suppliers» was adopted. There is already the first arbitral decision on this issue, which has qualified this act as force majeure. The question of whether acts of public authorities constitute circumstances of force majeure in international oil and gas sales contracts is not unambiguous, as it depends on the circumstances of each specific case. In arbitrations where it was found that government actions about state-owned businesses couldn't be considered a force majeure, the arbitrators looked at the terms of the contract and the way the risk of unforeseeable events was divided between the contracting parties.

Keywords: force majeure, acts of state authorities, oil and gas sales, international sales contracts

Received: August 19, 2023.

Введение

Договоры международной купли-продажи нефти и газа обычно заключаются на срок от 20 лет и более. Как долгосрочные договоры, они особенно чувствительны к различным изменениям в международной экономической среде, сложной и полной неопределенностей [Ferrario, 2017. Р. 3]. Торговля энергией имеет стратегическое значение, поэтому различные дестабилизирующие факторы, возникающие в период действия договоров в сфере энергетики, оказывают существенное влияние не только на конкретные договорные отношения, но и на национальные стратегические интересы. [Kovačević, 2005. Р. 596].

Поводом к написанию данной статьи послужило решение арбитражного суда *ad hoc* в Стокгольме от 14 ноября 2022 года, в котором Указ Президента Российской Федерации № 172 от 31 марта 2022 года «О специальном порядке исполнения иностранными покупателями обязательств перед российскими поставщиками природного газа», устанавливающий новые правила торговли российским трубопроводным газом с «недружественными» странами в рублях (далее – Указ), был оценен как обстоятельство непреодолимой силы (форс-мажор). Необходимо определить, являются ли акты государственных органов обстоятельствами непреодолимой силы, особенно в договорах международной купли-продажи нефти и газа, или же это обстоятельство, квалификация которого зависит от особенностей каждого конкретного случая.

Спор возник между финской энергетической компанией «Газум» (Gasum) и российским ООО «Газпром экспорт», дочерним предприятием ПАО «Газпром». Компании заключили долгосрочный договор с оплатой в евро на поставку природного газа, срок действия которого истекает 31 декабря 2031 года.

Согласно Указу о переходе на оплату за газ в рублях, оплата поставок природного газа, осуществляемых после 1 апреля 2022 года, производится в рублях по тем внешнеторговым контрактам, заключенным с иностранными лицами, по которым поставка осуществляется в иностранные государства, совершающие «недружественные действия» в отношении Российской Федерации, российских юридических и физических лиц, а также в случае, если местом регистрации иностранных лиц является такое иностранное государство. Кроме того, Указом запрещается дальнейшая поставка природного газа российским поставщиком иностранным лицам, если срок оплаты поставленного газа наступил и иностранный покупатель не произвел оплату, произвел частичную оплату или произвел оплату в иностранной валюте и/или на счет в банке, не являющемся уполномоченным банком в соответствии с Указом (только «Газпром-банк»), если поставка осуществляется в государства,

осуществляющие «недружественные действия» в отношении Российской Федерации, российских юридических и физических лиц.

Когда «Газпром экспорт» потребовал от «Газума» оплату за газ в рублях, а не в евро, как это было предусмотрено договором, «Газум» отказался и инициировал арбитраж *ad hoc* в Стокгольме. После чего в мае 2022 года «Газпром экспорт» остановил поставку природного газа в Финляндию.

В арбитражном решении от 14 ноября 2022 года присутствуют в том числе три значимых пункта. Во-первых, «Газум» обязан выплатить «Газпром экспорту» 300 млн евро за поставленный природный газ и неисполнение обязательства «бери или плати» (англ. *take or pay*), а также проценты за несвоевременную уплату цены. Указанный платеж, согласно решению арбитража, должен быть произведен в евро, как это предусмотрено договором. «Бери или плати» – это положение в договоре купли-продажи (чаще всего в энергетических договорах), по которому покупатель обязуется купить у продавца заранее оговоренное количество товара в определенном периоде, как правило, на ежегодной основе (англ. *annual contract quantity* – ACQ), либо обязуется выплатить продавцу определенную сумму даже тогда, когда не купил указанное количество товара [Ferrario, 2017. Р. 3]. Во-вторых, решено, что указ о переходе на оплату за газ исключительно в рублях представляет собой форс-мажор и дает «Газуму» право расторгнуть договор. В-третьих, суд обязал договаривающиеся стороны продолжить переговоры для решения проблемы, независимо от права «Газума» на расторжение договора, особенно в связи с дальнейшими поставками природного газа¹.

Форс-мажор в договорах международной купли-продажи нефти и газа

Договоры международной купли-продажи нефти и газа очень уязвимы к непредвиденным обстоятельствам и изменениям экономического, политического и правового характера. В сфере энергетики влияние государства и государственной политики выражено в гораздо большей степени, нежели в других отраслях экономики. В связи с тем, что договоры в сфере энергетики являются обычно долгосрочными договорами, риск возникновения непредвиденных обстоятельств, влияющих на исполнение договорных обязательств, в период их действия существует практически всегда. Поэтому акты государственных органов, вступающие в силу в период действия дол-

1 <https://gazpromexport.ru/presscenter/press/2638/>; <https://www.gasum.com/en/About-gasum/for-the-media/News/2023/gasum-has-terminated-its-pipeline-natural-gas-supply-contract-with-gazprom-export>

Международный опыт

госрочных договоров, могут существенно повлиять на (не)выполнение договорных обязательств. В юридической доктрине говорят о «вмешательстве государства в исполнение договорных обязательств» [Barysheva, 2018. P. 73].

Актуальный сегодня вопрос о том, являются ли акты государственных органов обстоятельствами непреодолимой силы, на которые договаривающиеся стороны могут ссылаться в течение срока действия договора, появился в судебно-арбитражной практике еще в семидесятих годах двадцатого века.

Хорошо известные и широко применяемые Принципы международных коммерческих договоров (UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016)² играют важную роль и в сфере договоров международной купли-продажи нефти и газа. Существуют примеры в арбитражной практике, когда третейские суды применяли Принципы UNIDROIT в связи с невозможностью исполнения договорных обязательств, учитывая, что в договоре не было определения обстоятельств непреодолимой силы и не содержалось положение о применимом праве³ [Barysheva, 2018. P. 72].

В Принципах UNIDROIT перечислены три примера событий с разъяснением того, на какие из них договаривающиеся стороны могут ссылаться как на обстоятельства форс-мажора, чтобы освободиться от договорной ответственности. А, производитель из страны X, продает атомную электростанцию компании В из страны Y. По условиям договора А обязуется удовлетворить все потребности станции в уране в течение десяти лет по фиксированной цене на этот период, выраженной в долларах США и оплачиваемой в Нью-Йорке. Происходят следующие события:

1. Через пять лет произошла девальвация валюты страны Y, упав до 1 % ее стоимости по отношению к доллару на момент заключения договора. В не может освободиться от ответственности, поскольку стороны договора распределили этот риск в договорных положениях об уплате цены.

2. Через пять лет правительство страны Y ввело валютный контроль, который не позволяет В осуществлять платежи в любой валюте, кроме валюты страны Y. В освобождается от обязательства платить цену в долларах, а А имеет право расторгнуть договор на поставку урана.

3. Через пять лет мировой рынок урана был дестабилизирован группой спекулянтов. Цена урана на мировом рынке увеличилась в десять раз по срав-

нению с договорной ценой. А не освобождается от обязательства по поставке урана, учитывая, что этот риск можно было предвидеть в момент заключения договора.

Для темы данной статьи значение имеет второй пример как единственный, в котором указывается обстоятельство, которое можно считать форс-мажором. Это акт государства (государственного органа) как обстоятельство непреодолимой силы, оправдывающее неисполнение договорного обязательства и дающее право стороне, не получившей исполнение, расторгнуть договор.

Акты государственных органов как форс-мажор

Акты государственных органов (указы, постановления и иные нормативные правовые акты), вводящие определенный запрет в связи с исполнением договорных обязательств, во многих правовых системах могут представлять собой так называемую «последующую незаконность» (англ. *supervening illegality*) для стороны, которая должна выполнить договорное обязательство. Они принимаются как обстоятельства форс-мажора, освобождающие от исполнения договорного обязательства, если выполнено и условие непредотвратимости конкретного события [Moysidou, 2021. P. 42].

В различных правовых системах принято, что основными условиями, которые должны быть выполнены, чтобы определенное обстоятельство считалось форс-мажором, являются внешние обстоятельства, непредсказуемость, неконтролируемость (непредотвратимость) и причинно-следственная связь между событием и неисполнением договорного обязательства [Berger, Behn, 2019–2020; Brunner, 2009; Radišić, 2018; Фишич, 2022].

Помимо часто обсуждаемого условия непредотвратимости события, в судебной и арбитражной практике также анализировался внешний характер события. В некоторых арбитражных решениях Международного арбитражного суда Международной торговой палаты в Париже (англ. *International Court of Arbitration – ICC*) суд посчитал, что условие внешнего характера события в случае актов государственных органов не выполнено, если речь идет о государственном предприятии, которое должно выполнить договорное обязательство. Следовательно, оно не может ссылаться на акт государственного органа в качестве обстоятельства непреодолимой силы⁴.

А именно, в разбирательстве анализировались два договора купли-продажи сырой нефти и нефтепродуктов, заключенных в 1974 и 1975 годах между алжирской государственной компанией и го-

2 <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf>

3 См.: арбитражное решение Международного арбитражного суда Международной торговой палаты в Париже (ICC) № 11265 от 2003 года.

4 См.: арбитражные решения ICC № 3099 и 3100 от 30 мая 1979 года.

сударственным предприятием другой африканской страны. Алжирский продавец поставил нефть, но покупатель не оплатил цену вовремя по всем счетам-фактурам, поэтому продавец подал иск и потребовал выплату неуплаченной цены. Покупатель указал, что у него достаточно средств для оплаты, но он не может получить разрешение Центрального банка на оплату в долларах США, имея в виду правила валютного контроля, принятые в его стране после заключения договора. Доводы покупателя заключались в том, что отказ Центрального банка разрешить перевод денежных средств в иностранной валюте представляет собой форс-мажор, оправдывающий невыполнение договорных обязательств [Fucci, 2007. P. 27]. Состав арбитража в данном случае рассматривал вопрос о том, можно ли отказ Центрального банка дать разрешение на перевод денежных средств в иностранной валюте считать событием, носящим внешний характер, чтобы покупатель мог сослаться на него как на форс-мажор.

В этих арбитражных решениях представлена преобладающая позиция международной арбитражной практики об отсутствии внешнего характера акта государственного органа, когда речь идет о государственных предприятиях. Существуют и другие арбитражные решения ICC, в которых состав арбитража не принял доводы государственного предприятия о том, что форс-мажором является решение Министерства энергетики (которое его надзирает) об отказе в выдаче разрешения на импорт предмета договора с иностранной компанией [Fucci, 2007. P. 28–29].

Вышеупомянутые арбитражные решения ICC от 1979 года основаны на решении Кассационного суда Франции от 15 апреля 1970 года по делу Air France. Крупнейшая авиакомпания Франции, государственное предприятие, ссылаясь на действия Министерства общественных работ как на непредсказуемое и непредотвратимое «вмешательство» третьего лица, которое оправдывает невыполнение договорных обязательств. Кассационный суд Франции отклонил эти доводы, объяснив, что связь между государством и должником является препятствием, чтобы «государственное вмешательство» считалось самостоятельным актом, допускающим освобождение от исполнения договорного обязательства. «Если бы доводы Air France были приняты, компаниям, подлежащим надзору, было бы слишком легко освободиться от своих обязательств. Фактически в отношении третьих лиц такая компания и государство представляют одно и то же лицо; вмешательство государственного органа, который «органически связан» с нормальным функционированием компании, не представляет собой событие внешнего характера, на которое компания может сослаться по отношению к тре-

тым лицам и договорным сторонам», – говорилось в решении суда [Fucci, 2007. P. 28].

Комментируя дело Air France, французский профессор Пьер Майер указал, что доводы о внешнем характере действия актов государственных органов, осуществляющих надзор за государственными предприятиями, не могут быть приняты, так как такой акт для государственного предприятия представляет собой «процесс принятия собственных решений», даже когда они представлены как внешнее событие [Fucci, 2007. P. 28]. Такое же мнение об отсутствии внешнего характера действия государственных актов в случае государственных предприятий высказывает и немецкий профессор Клаус Петер Бергер⁵.

Этот аргумент использовался составом арбитража в делах об отказе Центрального банка дать разрешение на перевод денежных средств в иностранной валюте государственному предприятию, рассматривая акт государственного органа не как обстоятельство непреодолимой силы, а как внутреннее событие должника. Вышеупомянутая аргументация оспаривается, учитывая, что должник никак не мог повлиять на решение Центрального банка. Иными словами, решение Центрального банка рассматривалось как «внутреннее событие», то есть собственное решение должника, несмотря на то, что решение было принято другим лицом – государством, которое договаривающейся стороной не является. Однако в комментарии Пьера Майера указывается, что такими доводами суд не отрицает различие между правосубъектностью государства и государственного предприятия, а, скорее, следует считать, что тот, кто заключает договор с «поднадзорным субъектом», не готов согласиться с тем, что государство может в любой момент освободить его от выполнения договорных обязательств [Fucci, 2007. P. 28].

Этот вопрос также рассматривался в арбитражном решении Himpurna, которое касалось индонезийского энергетического проекта и тридцатилетнего соглашения о продаже электроэнергии от 1994 года между государственной энергетической компанией Индонезии PLN (покупатель) и американской государственной компанией Himpurna California Energy, которая обязалась построить четыре геотермальных блока и продавать энергию в течение 30 лет⁶. Из-за финансового и валютного кризиса в Индонезии в

5 См.: Berger K.P. Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. 2003. No. 36. P. 1347–1380.

6 См., например: Арбитражное дело *Himpurna California Energy Ltd. v. PT. (Persero) Perusahaan Listrik Negara [PLN]* и решение от 4 мая 1999 года. *Van den Berg A.J. Yearbook Commercial Arbitration. Kluwer Law International*. 2000. No. 25.

Международный опыт

1997 и 1998 годах президент издал указы об отмене большого количества энергетических проектов. Государственная компания PLN заявила о своей независимости от государства и ссылаясь на указы президента как на форс-мажорные обстоятельства. Однако арбитражный суд пришел к выводу, что PLN не может быть освобождена от ответственности, ссылаясь на акты государственного органа, так как PLN и государство не могут считаться отдельными субъектами в вышеуказанных обстоятельствах, особенно учитывая то, что «воля PLN полностью подчинена воле государства». Кроме того, договор купли-продажи энергии содержал положение, согласно которому только инвестор (продавец) может ссылаться на действие (акт) индонезийского государственного органа как на форс-мажор. Это договорное положение арбитражный суд толковал как прямо выраженное принятие покупателем риска государственных решений, которые могут повлиять на исполнение им договорного обязательства.

Однако в некоторых случаях арбитражный суд принимает точку зрения о существовании самостоятельной (отдельной) правосубъектности государственных предприятий и государства; в этом случае решение государственного органа может представлять собой форс-мажор, на который ссылается государственное предприятие. Например, решение ICC № 2478 от 1974 года, в котором арбитражный суд пришел к выводу, что отзыв правительством Румынии разрешения на экспорт у государственного продавца и экспортера нефти представляет собой форс-мажор не только по договору, но и «согласно общим принципам права»⁷. Аналогичным образом британская Палата лордов (в функции Верховного суда) сочла, что в случае государственных предприятий должно быть сделано разграничение между правосубъектностью государства и государственного предприятия. Поэтому постановила, что польское государственное предприятие Rolimpex, экспортер сахара, может ссылаться на отзыв разрешения на экспорт, который был сделан польским Министерством внешней торговли, как на форс-мажорное обстоятельство, чтобы оправдать невыполнение договорных обязательств⁸.

Изучив арбитражные решения, в которых сделан вывод о том, что акты органов государственной власти в отношении государственных предприятий не могут являться обстоятельствами непреодолимой силы, можно утверждать, что в этих обстоятельствах арбитры не занимали принципиальную позицию, а руководствовались договорными поло-

жениями и распределением риска непредвиденных событий между договаривающимися сторонами [Fucci, 2007. Р. 30]. Вопрос о (не)зависимости государственного предприятия от государства следует решать в каждом конкретном случае, рассматривая основные условия, которые должны быть выполнены, чтобы то или иное обстоятельство считалось форс-мажором – внешний характер, чрезвычайность и непредотвратимость. Наличие форс-мажора в актах государственных органов, когда речь идет об исполнении договорных обязательств государственных предприятий, является вопросом, который должен решаться с учетом всех обстоятельств конкретного случая, в частности, степени независимости государственного предприятия от государства (доля государства в капитале, назначение членов органов управления, надзор, определяется ли тариф государством, является ли государственное предприятие по существу инструментом государственной политики и тому подобное).

Несмотря на то, что отправной точкой является разделение (различие) правосубъектности государства и государственного предприятия, ссылка государственного предприятия на акты государственных органов своей страны как на обстоятельства непреодолимой силы в порядке обоснования невыполнения договорных обязательств не должна приниматься как общее правило во внешнеэкономических договорах. Подобная практика открыла бы пространство для освобождения государственных предприятий от исполнения договорных обязательств и от договорной ответственности в любой момент, что представляло бы большую правовую неопределенность для инвесторов.

Когда речь идет об Указе об оплате за газ в рублях, *ad hoc* арбитражный суд в Стокгольме пришел к выводу, что Указ как акт государственного органа (президента) в данном случае представляет собой форс-мажор, дающий право финской компании «Газум» расторгнуть договор. В соответствии с Указом «Газпром экспорт» обязан прекратить поставку природного газа иностранным лицам, если срок оплаты наступил и оплата в рублях не произведена полностью, произведена частично или в иностранной валюте и/или на счет банка, не являющегося уполномоченным банком в соответствии с пунктом 16 Указа «О специальном порядке исполнения иностранными покупателями обязательств перед российскими поставщиками природного газа». Арбитражный суд обязал «Газум» выплатить «Газпром экспорту» 300 млн евро, в которые входят цена за поставленный до тех пор газ, проценты за просрочку и компенсация за неисполнение обязательства «бери или плати». При этом оплата указанной суммы по арбитражному решению должна быть произведена в евро, как это

7 https://www.trans-lex.org/202478/_/icc-award-no-2478-in-1974-yca-1978-at-222-et-seq-/

8 <http://www.uniset.ca/other/cs3/1979AC351>

было предусмотрено в договоре, но за все будущие поставки (после вступления Указа в силу) оплата будет производиться в рублях. Однако Указ считается форс-мажором, на основании которого «Газум» имеет право расторгнуть договор на поставку природного газа⁹. Арбитраж также обязал договаривающиеся стороны провести переговоры для решения спорного вопроса о будущих поставках газа и будущей оплате¹⁰.

Последствия форс-мажора в соответствии с УНИДРУА Принципами

УНИДРУА Принципы предусматривают, что основными последствиями наступления обстоятельств непреодолимой силы являются освобождение от исполнения договорного обязательства и освобождение от договорной ответственности, то есть ответственности за ущерб, причиненный неисполнением договорного обязательства (при том условии, что другая сторона своевременно извещена о форс-мажоре). Иногда наступление обстоятельств непреодолимой силы будет полностью препятствовать исполнению договорного обязательства, но иногда оно будет носить временный характер, и в последнем случае последствием применения обстоятельств непреодолимой силы все-таки будет отсрочка по выполнению договорного обязательства, то есть продление срока для его исполнения [UNIDROIT, 2016. P. 241]. В дополнение к двум вышеупомянутым основным последствиям ссылки на форс-мажор статья 7.1.7 в пункте 4 УНИДРУА Принципов также предусматривает последствия для стороны договора, которая не получила выполнение договорного обязательства – право прекратить договор, право приостановить исполнение своего договорного обязательства и право требовать уплаты процентов годовых.

При применении существенного изменения обстоятельств (лат. *rebus sic stantibus*) УНИДРУА Принципы поощряют (повторные) переговоры между договаривающимися сторонами с целью восстановления нарушенного договорного равновесия путем изменения и адаптации договора к новым обстоятельствам, чтобы избежать его расторжения. Несмотря на то, что существенное изменение обстоятельств, как правило, влечет за собой изменение, а форс-мажор ведет к расторжению договора, в УНИДРУА Принципах обращается внимание на то, что в случае долгосрочных договоров, с учетом их продолжительности, характера договорных отношений и возможных больших начальных инвестиций, расторжение договора

должно представлять собой крайнюю меру, поэтому договорные отношения должны быть продолжены, когда это возможно, даже в случае форс-мажора. В случае долгосрочных договоров, таких как договоры купли-продажи нефти и газа, особенно важно найти механизм устранения образовавшегося договорного неравновесия, а не расторгать договор, учитывая, что эти договоры значимы не только для конкретных сторон, но и для других хозяйствующих субъектов и населения¹¹.

Последствия форс-мажора в соответствии с ИСС модельной оговоркой о форс-мажоре

Имея в виду то, что в международной торговле нефтью и газом обстоятельства, представляющие собой форс-мажор, могут иметь серьезные последствия для выполнения договорных обязательств, в такие договоры часто включается оговорка о форс-мажоре (англ. *force majeure clause*) [Barysheva, 2018. P. 68]. Учитывая существенные различия в определении форс-мажора в разных национальных законодательствах, в международной торговле, часто используются модельные (типовые) оговорки о форс-мажоре с целью преодолеть различия, существующие в разных правовых системах, и предусмотреть решения, независимые от особенностей национального законодательства [Brunner, 2009. P. 4]. Для оказания помощи договаривающимся сторонам в процессе переговоров и в разработке и формулировании договорной оговорки о форс-мажоре Международная торговая палата (ИСС) создала типовую оговорку о форс-мажоре (и существенном изменении обстоятельств) и рекомендует ее использование в международных торговых договорах¹².

В типовой оговорке ИСС перечислены так называемые презюмируемые события форс-мажора (англ. *presumed force majeure events*). Когда в договорах предусматривается оговорка о форс-мажоре, это обычно делается двояко: либо указывается перечень событий, представляющих собой форс-мажор, либо форс-мажор формулируется широко, чтобы охватить различные события (англ. *catch-all clause*). На практике в договорах появляется и третья возможность: кроме перечня событий, которые представляют собой форс-мажор, описательно указывается в более широкой формулировке, какие события будут пред-

9 <https://www.kommersant.ru/doc/5669769>

10 <https://www.gasum.com/en/About-gasum/for-the-media/News/2023/gasum-has-terminated-its-pipeline-natural-gas-supply-contract-with-gazprom-export/>

11 См., например: Мишкович М. Существенное изменение обстоятельств в договорах международной купли-продажи нефти и газа. *Государственная служба*. 2022. № 4. С. 36.

12 <https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2020/03/icc-forcemajeure-hardship-clauses-march2020.pdf>

Международный опыт

ставлять форс-мажор¹³. Презюмируемые (предполагаемые) форс-мажорные обстоятельства означают, что сторона, ссылающаяся на форс-мажор, не обязана доказывать первые два условия (что нарушение договора было вне ее контроля и что оно было непредвиденным), поскольку они предполагаются для указанных событий. Однако третье условие (что последствия нарушения не могли быть разумно предотвращены или преодолены) должно быть доказано стороной в каждом случае. Если бы произошло событие, которое не указано в перечне событий, представляющих форс-мажор, договаривающаяся сторона должна была бы доказать, чтобы сослаться на форс-мажор, что все три условия соблюдены.

В перечне «презюмируемых» форс-мажорных обстоятельств в ICC типовой оговорке четко указаны акты государственных органов (англ. *act of authority*), как законные, так и незаконные, а также соблюдение любого закона или указа как форс-мажорные обстоятельства. Стороны договора могут в перечне событий предусмотреть дополнительные предполагаемые события форс-мажора, а также могут удалить отдельные события (например, исключить акты государственных органов) из перечня предполагаемых событий, представляющих собой обстоятельства форс-мажора.

Типовая форс-мажорная оговорка ICC не создана для договоров в области энергетики, но она может представлять собой начальный шаг, то есть проект, который будет адаптирован к конкретному энергетическому договору. Практика использования типовых оговорок в энергетических договорах является несколько противоречивой, учитывая специфику энергетических договоров и различные ожидания договаривающихся сторон в отношении последствий форс-мажора [Barysheva, 2018. P. 79]. В дополнение к типовой оговорке ICC о форс-мажоре в сфере энергетики также используются типовые договоры Ассоциации международных энергетических переговорщиков (англ. *Association of International Energy Negotiators – AIEN*)¹⁴. В отличие от типовой оговорки ICC о форс-мажоре, типовые договоры AIEN¹⁵ часто предусматривают более высокий «порог» в отношении особых условий, касающихся невозможности выполнения договорных обязательств, но, как и типовая оговорка ICC, содержат обширный список средств правовой защиты, доступных стороне, которая ссылается на форс-мажор: неисполнение договорного обязательства, то есть освобождение

от его исполнения и от договорной ответственности, продление срока для исполнения договорного обязательства, адаптация, то есть изменение договора и расторжение договора в связи с продолжительностью форс-мажора, который длится определенное время [Barysheva, 2018. P. 79].

Типовая оговорка ICC о форс-мажоре предусматривает те же правовые последствия ссылки на форс-мажор, что и УНИДРУА Принципы: отсрочка исполнения договорного обязательства на время действия форс-мажора и освобождение от ответственности за ущерб, возникший в результате неисполнения обязательства. Прекращение договора в качестве третьего последствия предусмотрено, если продолжительность препятствия такова, что оно лишает договаривающуюся сторону того, на что она рассчитывала на основании договора. Какой должна быть продолжительность форс-мажорного обстоятельства, чтобы сторона считалась существенно лишенной того, что она разумно ожидала от договора, является фактическим вопросом, но оговорка предусматривает период в 120 дней, если стороны не договорились об ином. Поэтому, если обстоятельство, представляющее собой форс-мажор, длится более 120 дней, каждая из сторон имеет право расторгнуть договор. Однако даже в связи с обстоятельствами непреодолимой силы расторжение договора должно быть «ультима рацио» (лат. *ultima ratio*), тогда как отсрочка исполнения договорного обязательства является правилом [Berger, Behn, 2019–2020. P. 113].

Следует иметь в виду, что оговорки о форс-мажоре необходимо согласовать со спецификой энергетических договоров. Последствия форс-мажора будут зависеть от конкретных договорных положений. Поэтому в долгосрочных энергетических договорах положение о форс-мажоре необходимо формулировать таким образом, чтобы предусмотреть непредвиденные события и их правовые последствия [Barysheva, 2018. P. 78].

Повторные переговоры как следствие форс-мажора

Средства правовой защиты в типовых оговорках и типовых договорах показывают, что форс-мажор является не только обстоятельством, которое приводит к расторжению договора, но может быть и «спусковым крючком» для повторных переговоров [Barysheva, 2018. P. 79]. Повторные переговоры (англ. *renegotiations*) часто происходят в случае изменения обстоятельств в (долгосрочных) энергетических договорах.

В сфере энергетики договоры представляют собой так называемые «каскадные», или «пирамидальные», договоры (англ. *cascade / pyramid contracts*). Это означает, что в случае договоров купли-продажи

13 <https://www.wilmerhale.com/en/insights/client-alerts/20200227-revisiting-force-majeure-and-dispute-resolution-clauses-in-light-of-the-recent-outbreak-of-the-coronavirus>

14 <https://www.aien.org/about-aien/>

15 <https://www.aien.org/model-contracts/>

нефти и газа имеется несколько взаимосвязанных договоров, и неисполнение обязательств по одному договору и расторжение этого договора влекут за собой ряд серьезных последствий для всех других взаимосвязанных договоров¹⁶. Иными словами, говорится о «каскаде отрицательных последствий для множества участников экономических отношений» [Габов, 2020. С. 13]. Практикующие юристы уже подчеркивали серьезность ссылки на форс-мажор тех должников, которые находятся в так называемой цепи поставок (англ. *supply chain*) [Robertson, Secomb, Elliott, 2020].

Повторные переговоры договаривающихся сторон, как правило, предусмотрены в договорной оговорке о существенном изменении обстоятельств, и это особенно рекомендуется для долгосрочных договоров, где целью должно быть не расторжение договора, а продолжение договорных отношений при адаптации к новым обстоятельствам [UNIDROIT, 2016. Р. 242]. Однако в долгосрочных договорах стороны могут установить, что даже в случае наступления форс-мажора они будут заинтересованы в продолжении деловых отношений и с этой целью проведут повторные переговоры.

Обязательство договаривающихся сторон вести повторные переговоры не означает их обязательства достичь соглашения. Следовательно, если стороны в ходе повторных переговоров не придут к соглашению об изменении договора, это не будет являться нарушением договорного обязательства повторных переговоров. Как отмечается в юридической доктрине, «даже в случае лояльных переговоров и желания пересмотреть договор вполне возможен настойчивый отказ одной из сторон от изменения договора»¹⁷. Неисполнение обязательства будет существовать только тогда, когда договаривающиеся стороны отказываются вступать в повторные переговоры, даже если договор их предусматривает¹⁸.

Изменение обстоятельств (правовых, экономических, общественно-политических), происходящее после заключения договора международной купли-продажи нефти и газа, может являться существенным изменением обстоятельств, форс-мажором или тем и другим одновременно. Если на одно и то же событие можно ссылаться как на существенное изменение обстоятельств, так и на форс-мажор,

сторона может выбрать, на что из перечисленного будет ссылаться. Как правило, форс-мажор будет использоваться для оправдания неисполнения договорного обязательства, а существенное изменение обстоятельств – если целью является проведение повторных переговоров для «сохранения контракта в силе», но на новых условиях [UNIDROIT, 2016. Р. 222]. Однако стороны могут предусмотреть продолжение договорных отношений всегда, когда это возможно, даже в случае форс-мажора, оставляя за собой право расторгнуть договор в качестве крайней меры [UNIDROIT, 2016. Р. 242].

В договорах международной купли-продажи нефти и газа рекомендуется, чтобы стороны в договоре предусмотрели конкретные шаги, то есть действия, которые подразумевает договорное обязательство по ведению повторных переговоров, чтобы договор не был расторгнут, а остался в силе, приспособивая его к новым обстоятельствам [Al-Emadi, 2011. Р. 17].

В деле «Газум» против «Газпром экспорта» после решения арбитража, обязывающего стороны провести повторные переговоры, договаривающиеся стороны пытались вести переговоры, чтобы решить проблему, связанную с дальнейшими поставками и оплатой газа, но не смогли урегулировать возникшую спорную ситуацию в срок, установленный арбитражным судом. Поэтому 22 мая 2023 года «Газум» расторг долгосрочный договор купли-продажи (поставки) природного газа с «Газпром экспортом»¹⁹. Прекращение данного долгосрочного договора поставки природного газа привлекло особое внимание, учитывая, что Финляндия и Россия с исторической точки зрения заключили самые длительные договоры на поставку природного газа, рассчитанные на пять десятилетий²⁰. Кроме того, теперь возникает вопрос: повлияет ли указанное решение арбитража на другие европейские компании, которые планировали подать исковое заявление в арбитраж по поводу оплаты за газ в рублях?

Заключение

Договоры международной купли-продажи нефти и газа являются, как правило, долгосрочными договорами, причем часто заключаются на срок от двадцати лет и более. Почти неизбежно, что в течение их действия произойдут определенные события экономического, политического и/или правового характера, которые повлияют на выполнение договорных обязательств. Одним из таких событий являются акты государственных органов, препятствующие исполнению договорных обяза-

16 Zaccaria E.C. The Effects of Changed Circumstances in International Commercial Trade. *International Trade and Business Law Review*. 2004. No. 6. P. 135–182.

17 См.: Schmitthoff C.M. Hardship and Intervener Clauses. *Journal of Business Law*. 1980. P. 82–91.

18 См., например: Мишкович М. Существенное изменение обстоятельств в договорах международной купли-продажи нефти и газа. *Государственная служба*. 2022. № 4. С. 35–41.

19 <https://www.forbes.ru/biznes/489680-finskaa-gasum-rastorgla-kontrakt-na-postavku-gaza-po-truboprovodu-s-gazpromom>

20 <https://www.kommersant.ru/doc/5669769>

Международный опыт

тельств. Возникает вопрос: считаются ли такие акты форс-мажором, на который договаривающиеся стороны могут ссылаться, чтобы освободиться от исполнения договорных обязательств и от договорной ответственности?

Анализируя арбитражную и судебную практику, в которой рассматривался данный вопрос с семидесятых годов прошлого века, можно сделать вывод о том, что не следует принимать за общее правило, что акты государственных органов представляют собой обстоятельства непреодолимой силы, а в каждом конкретном случае следует рассмотреть с

учетом всех обстоятельств, выполняет ли акт государственного органа все условия, необходимые для признания определенного события обстоятельством форс-мажора. Принимая во внимание тот факт, что торговля энергией имеет стратегическое значение и что расторжение в связи с форс-мажором долгосрочного энергетического договора имеет далеко идущие («каскадные») последствия, в любом случае должны проводиться повторные переговоры, чтобы попытаться не расторгнуть договор, а сохранить его в силе с определенными изменениями и адаптацией к новым обстоятельствам.

Литература

- Габов А.В. Энергетическое право: вопросы становления и развития // Энергетическое право: модели и тенденции развития: Сборник материалов международной научно-практической конференции. Белгород: ИД «БелГУ», 2020. С. 6–15.
- Фишич В.А. Концепции форс-мажора и затруднений (hardship): сравнительный анализ. Юридическая наука. 2022. № 8. Р. 82–87.
- Al-Emadi T.A.A.Q. The Hardship and Force Majeure Clauses in International Petroleum Joint Venture Agreements. Oxford Student Legal Research Paper Series. 2011. No. 2. P. 1–16. In English
- Barysheva N. Force Majeure in Energy Arbitration: Predicting the Unpredictable. International Commercial Arbitration Review. 2018. No. 2. P. 67–85. In English
- Berger K.P., Behn D. Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study. McGill Journal of Dispute Resolution. 2019–2020. No. 4. P. 78–130. In English
- Brunner C. Force Majeure and Hardship under General Contract Principles. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009. In English
- Ferrario P. The Adaptation of Long-Term Gas Sale Agreements by Arbitrators. Kluwer Law International, 2017. 240 p. In English
- Fucci F.R. Hardship and Changed Circumstances as Excuse for Non-Performance of Contracts – Practical Considerations in International Infrastructure Investment and Finance. Oil, Gas and Energy Law Intelligence. 2007. No. 2. P. 1–43. In English
- Kovačević A. Trgovina energijom // Pravo energetike – Zbornik radova. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2005. P. 589–602. In Serbian
- Moysidou A.E. Changed Circumstances in Oil and Gas Contracts (master thesis). Athens: University of Piraeus, 2021. P. 70. In English
- Radishich J. Law on obligations. Nish: University of Nish – Faculty of Law, 2018. P. 461. In Serbian
- UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016. <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf>. In English

References

- Fishich V.A. Concepts of force majeure and hardship: a comparative analysis. Yuridicheskaya nauka. 2022. No. 8. P. 82–87. In Russian
- Gabov A.V. Energy law: issues of formation and development. Energy law: models and development trends // Collection of materials from the international scientific and practical conference. Belgorod: Izdatel'skiy Dom «BelGU», 2020. P. 6–15. In Russian

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ:

Маша Мишкович, доктор права (Сербия), ассистент кафедры гражданского права Белградского университета – юридического факультета, аспирант Института государственной службы и управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации (Российская Федерация, 119571, Москва, проспект Вернадского, 82). E-mail: mmishkovich-21@edu.ranepa.ru

Для цитирования: Мишкович М. Акты государственных органов как форс-мажор в договорах международной купли-продажи нефти и газа. *Государственная служба*. 2023. № 4. С. 110–118.

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR:

Masa Misković, Doctor of Sci. (Law, Serbia), Teaching Assistant at the Department of Civil Law of the University of Belgrade – Faculty of Law, graduate student at the Institute of Public Administration and Civil Service Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration (82, Vernadsky Prospekt, Moscow, 119571, Russian Federation). E-mail: mmishkovich-21@edu.ranepa.ru

For citation: Mishkovich M. Acts of public authorities as force majeure in international oil and gas sales contracts. *Gosudarstvennaya sluzhba*. 2023. No. 4. P. 110–118.