

国际 LNG 购销合同照付不议条款分析探究

洪 浩（中海石油气电集团有限责任公司，北京 100028）

摘要：鉴于天然气项目开采风险大、前期投入高且成本回收慢等特点，照付不议条款作为风险分担机制及融资担保机制，在天然气行业中广泛应用。本文在对照付不议的含义、产生原因、条款机制介绍的基础上，分析研究英美法项下照付不议条款性质及司法实践，结合国际 LNG 购销合同照付不议条款执行情况，对中国新兴采购主体的 LNG 国际采购提出了建议，以期借鉴。

关键词：国际 LNG；购销合同；照付不议

0 引言

在天然气行业里，从上游气源开始，衔接中游接收站及管网，延至下游终端用户，照付不议条款贯穿整个行业的产业链条，一直是合同谈判及执行的重点。

在行业实践中，买方受市场影响经常难以执行照付不议，该条款在合同执行过程中的履约比例并不高。在英美法项下，司法实践普遍认为，照付不议条款属于双方意思自治的范围，根据照付不议条款支付款项的行为应认定为履约行为，并非惩罚性条款。卖方往往出于商务关系及未来合作考量，愿意与买方在遵循对价原则基础上协商替代解决方案。

1 照付不议条款概述

1.1 照付不议条款的含义

照付不议是由英文“Take-or-Pay”翻译而来，是指买方未能按照合同约定提取货物时仍需支付货款的合同条款。该条款是在 20 世纪 70 年代由壳牌石油公司最早在国际能源销售合同中应用，逐渐发展为国际大宗能源贸易合同中的常见条款。^[1]

在照付不议合同项下，买方应在整个合同期内，按照合同约定持续不断地购买货物并向卖方支付货款。若买方违反合同约定停止从卖方接收货物，则必须根据照付不议条款的约定向卖方支付货款。照付不议条款可以保证卖方在合同年内只要未出现供应方面的约定情形（如短供、不合格气等），那么无论买方是否提货，都能够获得连续收取货款的权利。

1.2 设置照付不议条款的原因

天然气生产项目前期开发技术复杂且勘探投入高，项目投产后需长时间保持平稳运行且成本回收慢。天然气行业的这些特点使得天然气生产项目公司（以下简称“生产项目公司”）十分注重买方长期稳定提气及持续规律回款。因此，生产项目公司有较强的意愿与买方签署包含照付不议条款的长期购销合同。^[2]

同时，对于天然气生产所需的大量资金，若生产项目公司未与买方订立含有照付不议条款的长期购销合同，则一般适用传统的融资贷款方式，即生产项目公司的投资人以自由资产对贷款进行担保和偿还，银行可对生产项目公司的投资人行使追索权。若生产项目公司能够与买方订立含有照付不议条款的长期购销合同，由于银行看重生产项目公司未来赚取稳定利润的能力，生产项目公司自身可

作为向银行贷款的法律主体，并以生产项目运营后获得的收益偿还银行贷款，银行不再保留对生产项目公司投资人的追索权。由于可以极大降低融资贷款成本，含有照付不议条款的长期购销合同成为生产项目公司进行天然气销售的首选。^[3]

2 英美法项下国际 LNG 购销合同照付不议条款分析

随着国际 LNG 购销合同灵活性逐渐增加，照付不议条款结构和模式也逐渐完善，目前国际 LNG 购销合同照付不议条款有年度对账和单船计算两种结算模式。在英美司法实践中，通常认为照付不议条款在性质上属于买卖双方的商务安排，不属于“惩罚性条款”。在国际 LNG 购销合同执行中，买卖双方关于照付不议的争议较多，但实际执行该条款相对较少，双方通常会采取谈判的方式解决无法按期接卸船货的问题。

2.1 国际 LNG 购销合同照付不议机制

目前，在贸易实践中照付不议条款主要有以下两种模式：

2.1.1 年度对账模式

年度对账模式主要针对点对点合同，其计算的基础是考虑到上浮、下浮灵活性以及其他调整项以后的年度调整合同量（AACQ, Adjusted Annual Contract Quantity）。如果年度实际接卸总量小于年度调整合同量，买方则需要按照年度平均价格支付对应欠提货量货款，即照付不议款。在支付照付不议款后，买方通常会获得提取相应欠提货量的权利，但由于卖方补交欠提货量的义务程度仅为“合理努力”，买方很有可能在合同期结束时也无法提取该部分欠提货量。

如前所述，买卖双方在 LNG 国际贸易中的地位趋于平等化，部分买方在谈判中也提出合同期满后延长期限，以完成剩余补提或期限届满后仍未实际补提则由卖方进行退款等更加灵活的补提机制。

2.1.2 单船结算模式

与年度对账模式不同，单船结算模式主要针对资源组合合同，单船结算模式是按照单船结算，并且没有补提机制。

在买方预计或实际无法接卸船货的情况下，买方可以先与卖方进行友好协商，对无法接卸的船货进行再次安排提取。如果买卖双方无法对该船货达成其他安排，则卖方可在市场上尽合理努力寻求其他买家出售该船货物，买方

仅补足差价即可。但如果卖方无法找到新买家,买方则需要支付全部货款。基于买方地位的提高,部分买方在谈判中也提出要设置补足差价的赔偿上限、将卖方“合理努力”义务程度转变为“最大努力”、明确再次销售的价格应该是合理范围内最高价格等买方保护机制。

当然,上述两种机制也有一些排除因素,买方在一些情况下即便未提取船货也可免除相关照付不议责任,例如卖方原因未能交付的货量、不合格气、不可抗力等。这些排除因素使得照付不议条款结构更加完整,也更加合理化。

2.2 英美法项下照付不议条款性质及司法实践

LNG 贸易最早在英国产生并逐步向全球发展,所以目前国际 LNG 购销合同的准据法一般选择英国法。虽然英美合同法在很大程度上尊重买卖双方的意思自治,但是其一般会禁止在合同中添加惩罚性条款 (penalty clause)。在英美法学界中,对于照付不议条款的性质主要有两种观点^[4]:

一种观点认为照付不议属于违约,因为合同中规定了在买方未按照计划提取货物时需要向卖方支付货款的责任,买方支付照付不议款时并未提取货物,而且不保证合同期内一定可以补提相关货量,因此,在这种观点下照付不议条款更倾向于被认定为“惩罚性条款”。

另一种观点认为照付不议属于履约行为,因为买方可以在正常提货并支付货款或者不提货但在支付货款后补提两种模式中选择,在这种观点下照付不议条款则会被认定为一般合同条款,属于买卖双方意思自治范围。

在 M&J Polymers Ltd v Imerysminerals Ltd 一案中,英国最高法院判决照付不议条款不属于“惩罚性条款”。英国最高法院认为照付不议条款主要目的并非是阻止违约,而是一种商务安排,并且该条款的存在并未达到压迫对方自由意愿的程度,应该属于双方意思自治的范围。另外,在 Conoco v Foxboro 案和 Export Credits Guarantee Dept v Universal Oil Products Co 案中,法院也认为照付不议条款为买卖双方提供了履约的选择空间,一方向另一方的付款行为是基于特定事实的发生,而非基于违约,只要仔细斟酌照付不议条款的措辞,就可以避免其被认定为“惩罚性条款”。

综上所述,在英美法的司法实践中,通常认为照付不议条款不属于“惩罚性条款”,而是一种商务安排,属于买卖双方意思自治范围,根据照付不议条款支付款项的行为应该认定为履约行为,而非违约后支付违约金的行为,未能提货而支付的货款,其性质不是违约金。

2.3 国际 LNG 购销合同照付不议条款执行情况

从近十年的国际 LNG 贸易来看,能参与到国际 LNG 贸易的主体大多都是经验丰富的大型国际或国内油气公司,这些公司通常有较强的履约能力、产业链的掌控能力、突发事件的应变能力且具备经验丰富的商务法律团队。在实践中,LNG 国际贸易的买卖双方对于照付不议条款实际产生纠纷并不多见,双方对于无法按照计划提取的船货通常会采取商务谈判的方式解决,即便无法对商务安排达成一

致,买方也可通过国际 LNG 购销合同项下转运等条款减少照付不议的发生或将照付不议风险传递至下游。在磋商阶段,双方仍会根据合同,结合双方的谈判地位和可接受的方案,在基本遵循对价原则的基础上,对货物提取做出重新安排。

3 对于中国新兴主体参与 LNG 国际采购的建议

当前,国家正在不断深化油气体制改革,发布了基础设施公平开放相关管理办法,越来越多的国内买家作为新兴主体涌入国际市场并开始独立的进行国际 LNG 采购,逐渐形成上游油气资源多元化、多主体、多渠道供应,中间管网统一高效集输,下游销售市场充分竞争的“X+1+X”的市场新格局。

由于多数企业缺乏国际 LNG 采购经验,部分企业体量较小、话语权不足,面对可能产生的照付不议风险承受力较低。基于前述对照付不议条款的论述,对中国企业参与 LNG 国际采购提出两点建议:

一是在国际 LNG 购销合同谈判中,要努力争取对于买方有利的条款,例如降低照付不议系数,增加照付不议条款的灵活性。对于背靠背交易,要特别注意上下游条款上的传递,例如照付不议认定时间、赔偿比例、补提机制等,从而保证风险在产业链中有效传递。

二是在国内天然气销售合同执行中,要注重计划的准确性。根据国内市场情况依据合同及时向上游资源供应方更新计划,尽可能减少照付不议的产生。国际 LNG 购销合同照付不议机制的基础是年度计划的有效执行。合同提气量是以经调整年度合同量为准、按年计算,因此,一旦出现未能提货,应在合同年内提取以补足欠提量,避免合同年结束后计算照付不议。

最后,值得思考的是,买方未能提气的原因部分是生产运营环节的问题,更多情况下是国际资源供应价格与国内市场价格倒挂所致。因此,需要重视国际 LNG 购销合同价格疏导机制。随着越来越多的国内用户参与到国际 LNG 采购中,可以考虑基于第三方天然气交易中心等机构逐步打造中国价格指数,推动国际 LNG 购销合同价格挂钩中国价格指数,更加真实、直接、有效反映国内市场端供需情况,提升中国企业在国际能源贸易中的话语权。中国价格指数的形成有利于国际采购和国内销售的顺价传递,一定程度上也可有效避免照付不议风险。

参考文献:

- [1] 黄振中,张晓粉.浅论国际能源贸易中照付不议合同的特点与新趋势[J].中外能源,2011,16(3):1.
- [2] 李树峰,王成龙,徐小峰,陈蕊.国际天然气市场照付不议条款变化趋势及中国企业应对建议[J].国际石油经济,2019,27(11):57+59.
- [3] 张云梁著,照付不议条款在跨国天然气贸易中的理解与应用[J].中阿科技论坛,2020(11):183-184.
- [4] 孙晔,张嘉,谭秋婕.天然气长期协议中的照付不议机制:国际经验与中国实践(一)[J].南方能源观察,2019(02).