

CHARAKTER PRAWNY KLAUZULI „TAKE OR PAY”. POLEMIKA Z ORZECZENIEM SĄDU NAJWYŻSZEGO Z 26 KWIECZNIA 2007 R.



Tomasz Srokosz, radca prawny,
partner w kancelarii Krupa Srokosz Patryas,
stowarzyszonej z kancelarią Salans



Małgorzata Brzońska, aplikantka radcowska,
prawnik w kancelarii Krupa Srokosz Patryas,
stowarzyszonej z kancelarią Salans

Sąd Najwyższy w orzeczeniu z 26 kwietnia 2007 r., w sprawie pod sygnaturą akt II CSK 544/06 odpowiedział na pytanie o znaczenie i rolę klauzuli „take or pay” (bierz lub płać) w kontraktach obrotu gazem ziemnym. W pierwszej kolejności SN odniósł się do możliwości kwalifikacji klauzuli jako kary umownej, a następnie określił, na czym polegają zobowiązania pieniężne i niepieniężne odbiorcy gazu zgodnie z klauzulą „bierz lub płać”. Poniżej przedstawiamy rozwinięcie tezy SN oraz częściową polemikę.

Omawiana teza Sądu Najwyższego brzmi:

Klauzula „take or pay”, stosowana w umowach sprzedaży gazu, może być w stosunkach między przedsiębiorcami krajowymi traktowana jako kara umowna, jeżeli taki charakter przypisały jej strony umowy. W każdym wypadku ocena charakteru i skutków stosowania tej klauzuli powinna być dokonywana z uwzględnieniem treści stosownego postanowienia umowy. Użycie oryginalnej formuły angielskiej oraz fakt jej zastosowania w profesjonalnych stosunkach obrotu gazem ziemnym przemawiają za związaniem z tym postanowieniem takiego znaczenia, jakie jest przyjęte w tej dziedzinie. Zresztą zastosowana w okolicznościach sprawy klauzula „take or pay” jest w swoim działaniu bardziej rygorystyczna niż kara umowna. Stanowi ona wyraz rygorystycznie rozumianej zasady pacta sunt servanda oraz zasady realnego wykonania zobowiązań. Zakłada bowiem powstanie obowiązku zapłaty już w związku ze zgodnym z umową zaoferowaniem spełnienia świadczenia przez kontrahenta, tzn. w związku z faktem gotowości spełnienia świadczenia. Jeżeli druga strona nie odbierze świadczenia, to i tak powstaje po jej stronie obowiązek zapłaty kwoty ustalonej w umowie. Do powstania obowiązku zapłaty nie mają znaczenia przyczyny nieodebrania zaoferowanego „świadczenia. Twierdzenia o ekwiwalentnym charakterze obowiązków wynikających z klauzuli „take or pay” przeczą idei tej klauzuli i w żaden sposób nie mogą być podzielone.

Podzielając wnioski Sądu Najwyższego, że klauzula „*bierz lub płac*” nie jest co do zasady karą umowną (chyba, że strony nadadzą jej taki charakter), uważamy, że obowiązki stron umowy dostawy gazu, wynikające także z klauzuli „*bierz lub płac*” mają jednak charakter ekwiwalentny. Dlatego kwalifikacja klauzuli dokonana przez Sąd Najwyższy, jest zbyt kategoriyczna.

Stan sprawy

Spór pomiędzy stronami dotyczył prawie wyłącznie kwalifikacji prawnej klauzuli „*bierz lub płac*” wpisanej do umowy o dostawę gazu zawartej pomiędzy stronami. Ustalenie, jaki charakter ma klauzula „*bierz lub płac*” pozwalałoby konsekwentnie na określenie skutków prawnych jej naruszenia przez powódkę. W umowie odbiorca zobowiązał się do odbioru minimalnych ilości gazu w kolejnych latach obowiązywania Umowy. Sąd pierwszej instancji zakwalifikował klauzulę „*bierz lub płac*” jako abuzywną. Z taką kwalifikacją nie zgodził się sąd drugiej instancji, oceniając klauzulę „*bierz lub płac*” jako karę umowną. Jako podstawę kasacji powódka wskazała właśnie naruszenie prawa materialnego poprzez niewłaściwe zastosowanie art. 483 K.c. a to poprzez ocenę klauzuli „*bierz lub płac*” przez pryzmat orzecznictwa SN ukształtowanego dla instytucji kary umownej. Ponad to powódka zarzuciła naruszenie prawa materialnego poprzez uznanie przez Sąd Apelacyjny, że do klauzuli „*bierz lub płac*” określającej zobowiązania odbiorcy gazu ziemnego nie stosuje się zasady ekwiwalentności świadczeń umownych oraz naruszenie prawa materialnego poprzez pominięcie przy ocenie sprawy przepisów o zobowiązaniach przemiennych (art. 365 K.c.), którymi zdaniem skarżącej są świadczenia odbiorcy gazu ziemnego zgodnie z klauzulą „*bierz lub płac*”.

Ocena prawna:

Niniejsza ocena orzeczenia SN oparta jest na poniższych założeniach:

- klauzula „*bierz lub płac*” powinna zostać w pierwszej kolejności poddana ocenie na podstawie wykładni literalnej,
- zobowiązania odbiorcy wynikające z klauzuli „*bierz lub płac*” stanowią zobowiązania przemiennie,
- zobowiązania odbiorcy i dostawcy gazu wynikające z klauzuli „*bierz lub płac*” są zobowiązaniami ekwiwalentnymi.

Wykładnia językowa klauzuli „*bierz lub płac*”

Ze względu na anglojęzyczne pochodzenie omawianej klauzuli, jej wykładnia polegać będzie w pierwszej kolejności na tłumaczeniu, a następnie analizie gramatycznej tłumaczenia. Proponujemy wstępnie poddanie analizie oryginalnego brzmienia klauzuli. Definicje zostały przywołane za popularnymi publikatorami ekonomicznymi (anglojęzycznymi), i tak:

- under a take or pay contract a buyer is obliged either:
 - (a) to take delivery of and pay for an agreed minimum quantity of gas in the course of a year; or
 - (b) in the event that the Buyer does not take that quantity, to pay for the difference between the agreed quantity of gas and that actually taken¹,
 - agreement between a buyer and seller in which the buyer will still pay some amount even if the product or service is not provided²,
 - buyer-seller agreement where the buyer's obligation to pay is unconditional whether or not the purchased goods or services are delivered or taken³,
 - link the owner of the production facilities (typically for the extraction or transformation of energy products) and the future users whose need for the product is more or less urgent. The users agree to pay a certain amount that will cover both interest and principal payments, irrespective of whether the product is delivered and of any cases of force majeure⁴,
 - a provision that penalize the buyer for not purchasing (taking) a minimum quantity of output over some period of time⁵

Język angielski został przywołany celowo, gdyż każde tłumaczenie zmieni pierwotne wyjaśnienia, jednak poniżej przedstawiamy tłumaczenia na język polski klauzuli „take or pay”:

- Na podstawie umowy *take or pay* Kupujący jest zobowiązany:
 - a. do odbioru gazu oraz zapłaty za jego ustaloną minimalną ilość w przeciągu roku, albo
 - b. w przypadku, gdy nie odbierze ustalonej ilości gazu, do zapłaty różnicy pomiędzy ustaloną ilością gazu, a faktycznie odebraną¹,
- porozumienie pomiędzy kupującym a sprzedawcą, na podstawie której kupujący zobowiązany jest do zapłaty nawet, jeżeli towary lub usługi nie zostały dostarczone²,
- umowa pomiędzy kupującym, a sprzedawcą, gdzie zobowiązanie kupującego do zapłaty nie jest uwarunkowane odbiorem lub dostarczeniem towarów lub usług³,
- powiązanie właściciela infrastruktury (zazwyczaj wydobywczej lub przetwórczej dla nośników energii) i przyszłych użytkowników, których zapotrzebowanie na produkty jest kluczowe. Użytkownicy zgadzają się zapłacić ustaloną kwotę, która pokryje zarówno płatności z tytułu kwoty głównej jak i odsetki, bez względu na to czy produkty zostały dostarczone i niezależnie od siły wyższej⁴,
- postanowienie o ukaraniu kupującego za nieodebranie ustalonej minimalnej ilości gazu w ustalonym przedziale czasu⁵.

Poniżej wyłącznie polskie brzmienie klauzuli („bierz lub płać”). Jedna z dyrektyw interpretacyjnych stosowanych w prawoznawstwie, związana zarówno z semantyką, jak i z

¹ International Energy Law & Taxation Review, July 2000

² www.investorwords.com

³ www.businessdictionary.com

⁴ www.vernimmen.com

⁵ C.Schultz, Modeling take or pay contract decision, Decision Science, 1997

syntaktyką języka prawnego stanowi: ustalaj znaczenie wyrażen prawnych w taki sposób, by żadne ich fragmenty nie okazały się zbędne⁶. W świetle powyższego klauzula „bierz lub płać” zawiera nakaz zamienny dwóch świadczeń skierowany do odbiorcy. Zastosowana forma gramatyczna wskazuje na równowartość tych świadczeń. W przeciwnym wypadku formuła brzmiałaby: „jak nie weźmiesz to zapłacisz (karę)”. Powyższa interpretacja wyklucza możliwość kwalifikacji „bierz lub płać” jako kary umownej stanowiącej konsekwencje nieodebrania gazu. Opcja „płać” nie jest bowiem konsekwencją uchybienia w realizacji opcji „bierz” ale alternatywą. Odbiorca może odebrać gaz za określoną kwotę lub zapłacić jej część rezygnując z odbioru gazu. Wybór należy do odbiorcy w każdym stadium obowiązywania umowy.

„Bierz lub płać” jako zobowiązanie wzajemne

Podzielając stanowisko SN, że klauzula „bierz lub płać” nie jest karą umowną natomiast precyzuje obowiązki odbiorcy, uważamy, że pomimo pewnej modyfikacji relacje stron zachowują charakter zobowiązań wzajemnych.

Umowa jest wzajemna, gdy obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej. Ponadto to taki stosunek, w którym oprócz tego, że każda ze stron zobowiązuje się do świadczenia, to także uznaje zarazem świadczenie drugiej strony za odpowiednik, ekwiwalent swojego świadczenia⁷. Zarówno obiektywna ocena wartości świadczeń, jak i wyobraźnia stron co do ich wzajemnej relacji nie musi być decydująca, ważne jest natomiast to, że to same strony w drodze czynności prawnej wprowadzają ekwiwalentność pojmowaną jako funkcjonalne sprzężenie tych świadczeń, z których jedno ma nastąpić w zmian za otrzymanie drugiego⁸. Dokonywana przez obie strony ocena świadczeń, przez odniesienie wartości jednego do wartości świadczenia wzajemnego, stanowi przesłankę sprzężenia.

Zasada wzajemności świadczeń znajduje pełne zastosowanie w analizie klauzuli „bierz lub płać”. Świadczeniu dostawcy odpowiada obowiązek zapłaty wynagrodzenia, a zatem korelacja obowiązków stron nie budzi wątpliwości. Natomiast w przypadku, gdy z przyczyn leżących po stronie odbiorcy gaz nie zostanie odebrany, mimo utrzymywania po stronie dostawcy stanu gotowości przez cały okres obowiązywania klauzuli, świadczeniem odpowiadającym jest obowiązek zapłaty kwoty odpowiadającej części umówionego wynagrodzenia.

Na mocy art. 555 k.c. do umowy o dostarczanie paliw i energii stosuje się przepisy o sprzedaży rzeczy, a zatem przy jej wykonywaniu należy brać pod uwagę zarówno przepisy ogólne o zobowiązaniach, wzajemne obowiązki stron umowy, przepisy o nienależytym wykonaniu zobowiązań, a także szczegółowo określony w art. 554 k.c. termin przedawnienia. Przepisy Dyrektywy 2033/55/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczącej wspólnych zasad rynku

⁶ J. Nowacki, Z. Tobor, *Wstęp do prawoznawstwa*, Zakamycze 2000, s. 223

⁷ Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz do artykułów 1-534. Pod redakcją prof. E. Gniewka, s. 1249

⁸ Z. Radwański, *System Prawa Prywatnego*, T. III, część 1, s. 372

wewnętrznego gazu ziemnego i uchylającą dyrektywę 98/30 WE wdrożonej przepisami ustawy Prawo energetyczne, w art. 21 oraz art. 27 posługują się określeniem „kontrakt take or pay”, co dodatkowo wskazuje na fakt, że klauzula „*bierz lub płać*” stanowi ekwiwalentne świadczenie odbiorcy gazu ziemnego za obiektywną gotowość do dostawy gazu a nie „surogat odszkodowania” za niewykonanie zobowiązania.

W ramach zobowiązania odbiorcy i dostawcy możliwe są trzy potencjalne sytuacje:

1. dostawca utrzymuje stan gotowości, dostarcza gaz, a odbiorca gaz odbiera;
2. dostawca utrzymuje stan gotowości, jednak ze względu na przyczyny leżące po stronie odbiorcy, gaz nie zostaje odebrany;
3. z przyczyn leżących po stronie dostawcy gaz nie zostaje dostarczony, (co oczywiste odbiorca gazu nie odbiera).

Pomijamy sytuacje opisane w punkcie 1 i 3, gdyż zarówno sama sprzedaż gazu, jak i odpowiedzialność dostawcy z powodu nienależytego wykonania zobowiązań uregulowane są w k.c. oraz Prawie energetycznym. Klauzula „*bierz lub płać*” znajduje zastosowanie w przypadku, gdy dostawca utrzymuje stan gotowości, jednak ze względu na przyczyny leżące po stronie odbiorcy lub innych nie leżących po stronie dostawcy, gaz nie zostaje odebrany.

Zobowiązanie przemienne

Przepis art. 365 k.c. definiuje zobowiązanie przemienne jako jeden stosunek zobowiązaniowy obligujący dłużnika (odbiorca gazu) do spełnienia jednego z dwóch lub więcej świadczeń. Możliwość dokonania wyboru przez dłużnika musi być rozpatrywana w świetle stwierdzenia, że alternatywność świadczeń oznacza pełną równorzędność, z punktu widzenia zaspokojenia wierzyciela, każdego z wymienionych w umowie zachowań do pełnego zaspokojenia wierzyciela. Żadne z zdefiniowanych świadczeń nie jest traktowane jako podstawowe, a inne jako zastępcze. Zatem istnienie alternatywnie oznaczonych świadczeń oznacza, że są one traktowane równorzędnie z punktu widzenia swej mocy zaspokojenia interesu wierzyciela – treść zobowiązania przemiennego od początku jego powstania zakłada możliwość zachowania dłużnika w jeden z kilku określonych sposobów, przy czym żadna z wchodzących w grę alternatyw nie jest a priori traktowana jako podstawowa, a inne jako zastępcze⁹. Istotnym warunkiem zobowiązania przemiennego jest określenie świadczeń alternatywnych już w treści zawieranej umowy. W stosunku tym istnieje jedna wierzytelność, mimo że może ona być zaspokojona przez jedno z dwóch lub więcej świadczeń¹⁰. Nie ma przeszkód, aby wobec wyraźnych postanowień umownych dla częściowego spełnienia świadczenia również stosować przepisy właściwe dla zobowiązań przemiennych. Świadczenia muszą być określone jako różne,

⁹ K. Pietrzykowski, Kodeks Cywilny. Komentarz. Tom I, Warszawa 1997, s.660

¹⁰ W. Czachórski, Zobowiązania. Zarys wykładu. Wydanie VIII zmienione, Warszawa 2003, s. 110

a różnice mogą dotyczyć zarówno charakteru świadczenia, jego przedmiotu, jak i wreszcie sposobu wykonania świadczenia¹¹.

Tak skonstruowana klauzula „*bierz lub płac*”, określa dwa alternatywne świadczenia odbiorcy. Nie ma wątpliwości, iż w zakresie zgodnego zamiaru stron istniała wola do zabezpieczenia interesów dostawcy poprzez gwarancję zapłaty ceny za gaz odebrany lub jej części odpowiadającej różnicy w gazie odebrany i zakontraktowany. Z zasady, że w zobowiązaniu przemiennym istnieje tylko jedna wierzytelność, mimo że może być spełniona przez jedno z kilku wskazanych świadczeń, z których każde zwalnia dłużnika w zupełności, wynika, że przy wykonaniu zobowiązania musi nastąpić koncentracja, czyli przekształcenie się zobowiązania przemiennego w zobowiązanie o jednym, określonym świadczeniu. Sprecyzowanie tego świadczenia następuje w drodze decyzji osoby uprawnionej¹². W omawianym przypadku wybór świadczenia następuje przez czynności faktyczne. Odbiorca albo odbierze zakontraktowany gaz w określonej ilości i terminie albo automatycznie po upływie terminu i wygaśnięciu uprawnienia do odbioru przyjmuje obowiązek zapłaty części ceny. Wyboru takiego odbiorca może dokonać także przed upływem terminu do odbioru zakontraktowanego gazu. Ponieważ z chwilą dokonania wyboru zniweczeniu ulega to, co nie zostało wybrane tak, że pozostaje tylko to, co zostało wybrane - świadczenie wybrane należy traktować tak, jak gdyby było ono ab initio jedynym świadczeniem, do którego dłużnik był zobowiązany¹³.

Umowne zobowiązanie odbiorcy gazu na charakter przemienny: możesz odebrać zakontraktowany gaz zgodnie z harmonogramem dostaw lub spełnić świadczenie pieniężne w kwocie odpowiadającej części ceny np. 50 % ceny. W europejskich umowach poziom „*bierz lub płac*” zawiera się przeciętnie w granicach 60-90 procent rocznej ilości kontraktowej. Przemienność świadczenie w postaci zapłaty za nieodebrany gaz (w innej wysokości niż cena gazu) nie jest formą odszkodowania na wypadek, gdyby odbiorca gazu nie wykonał podstawowych swoich zobowiązań, natomiast należy do kategorii zobowiązań odbiorcy gazu.

Obowiązki stron umowy dostawy gazu w zakresie opcji „płac”

Wbrew stanowisku SN uważamy, że roszczenie dostawcy w przypadku opcji „płac” wymaga wykazania po stronie dostawcy obiektywnej możliwości świadczenia jako odpowiednika a jednocześnie ekwiwalent opłaty ponoszonej przez odbiorcę. Przeciwnie jeżeli po stronie dostawcy nie było gotowości świadczenie np. dostawca sprzedał zakontraktowany gaz osobie trzeciej, to nie można uznać jego roszczenia z tytułu klauzuli „*bierz lub płac*” o zapłatę. Podwójne opłacenie możliwości (gotowości) dostawy gazu wiązałoby się z zarzutem bezpodstawnego wzbogacenia po stronie dostawcy gazu. Tak więc samo umowne zaoferowanie

¹¹ W. Czachórski, Zobowiązania. Zarys wykładu. Wydanie VIII zmienione, Warszawa 2003, s. 111

¹² W. Czachórski, Zobowiązania. Zarys wykładu. Wydanie VIII zmienione, Warszawa 2003, s. 111

¹³ A. Doliwa, Charakter wyboru świadczenia w zobowiązaniu przemiennym, Monitor Prawniczy, 1999/7/19, artykuł, numer publikacji LEX20341

dostawy bez zagwarantowania jej realizacji (w postaci utrzymania urzędów, pracowników, a przede wszystkim utworzenie rezerwy zatrzymanej dla potrzeb konkretnego odbiorcy) nie powoduje powstania roszczeń z tytułu klauzuli „*bierz lub płać*”.

Pewnym elementem oceny klauzuli w opcji „płać” jest jej kwalifikacja podatkowa jako usługi, z którą organy podatkowe związały obowiązek podatkowy w zakresie podatku od towarów i usług. Minister Finansów wyjaśnił:

„Gotowość dostaw gazu podlega opodatkowaniu VAT również na gruncie przepisów o podatku od towarów i usług obowiązujących od dnia 1 maja 2004 r. Według art. 8 ust 1 ustawy z 11 marca 2004 r. przez świadczenie usług rozumie się każde świadczenie na rzecz osoby fizycznej, osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej które nie stanowi dostawy towarów. W przypadku klauzuli „bierz lub płać” po stronie dostawcy występuje świadczenie polegające na gotowości dostaw gazu w uzgodnionych ilościach o charakterze odpłatnym”¹⁴.

Ponieważ zakres obowiązków dostawcy związany z opcją „bierz” jest oczywisty, wyjaśnienia wymaga kwestia jego obowiązków przy opcji „płać”. Naszym zdaniem nie wystarczy samo „zaoferowanie” świadczenia w postaci dostawy ale konieczna jest jego technologiczna, ekonomiczna i prawna możliwość realizacji. Innymi słowy w przypadku braku gotowości dostawcy do dostawy (w tym także z przyczyn od niego niezależnych) zwłoka odbiorcy jako wierzyciela nie powoduje powstania roszczenia z tytułu opcji „płać”.

Reasumując istnieją cztery możliwości relacji finansowych pomiędzy stronami:

- opcja „bierz” - dostawca oferuje a odbiorca odbiera gaz i płaci cenę,
- odbiorca jest gotowy do przyjęcia dostawy ale dostawca nie może jej zrealizować – nie powstaje wtedy roszczenie o zapłatę za gaz,
- opcja „płać” – dostawca jest gotowy do świadczenia a odbiorca nie odbiera i płaci cenę za gotowość określoną jako część ceny za dostawę
- odbiorca nie jest gotowy do przyjęcia dostawy ale także dostawca nie może jej zrealizować – nie powstaje wtedy roszczenie o zapłatę ceny z tytułu klauzuli „*bierz lub płać*”.

Wydawać może się, że ostatnia z opcji jest trudna do wykazania przez odbiorcę ze względu na chroniącą go tajemnicę przedsiębiorstwa, jednak biorąc pod uwagę przepisy Prawa Energetycznego oraz wydanych na jego podstawie przepisów wykonawczych o bezpieczeństwie energetycznym, można żądać na drodze sądowej wykazania przez przedsiębiorstwo energetyczne gotowości do realizacji zobowiązania w każdym czasie obowiązywania klauzuli¹⁵.

¹⁴ Interpretacja Indywidualna Ministra Finansów z 29 stycznia 2008 r. nr IL 1/443-356/07-2/BP

¹⁵ Rozporządzenie Ministra gospodarki, pracy i polityki społecznej z 6 kwietnia 2004 r. w sprawie szczegółowych warunków przyłączenia podmiotów do sieci gazowych, ruchu i eksploatacji tych sieci (Dz.U. z dnia 4 maja 2004 r.)

Szczególnie istotna jest gotowość przedsiębiorstwa do dostawy gazu pochodzącego ze złóż naturalnych, w tym przypadku poziom zapasów złoża jest łatwy do monitorowania i wykazania, że zarezerwowana dostawa została sprzedana trzeciemu podmiotowi, tym samym dostawca nie zachował gotowości świadczenia.

„Bierz lub płać” jako rodzaj przedpłaty

Przechodząc na zasady ukształtowane w praktyce obrotu gospodarczego warto wspomnieć, że często spotykaną sytuacją jest wprowadzenie do umowy konstrukcji stosowanej w europejskim prawie energetycznym - „*make up gas*” oraz *carry forward gas*”:

- klauzuli „*make up gas*”, zgodnie z którą odbiorca gazu jest uprawniony do odebrania opłaconej, a nie odebranej w ramach rocznej ilości kontraktowej w latach następnych. To rozwiązanie jest zbliżone do instytucji przedpłaty, która umożliwiłaby przeliczenie kosztów z tytułu opłaty w ramach „*płać*” na kolejny okres rozliczeniowy, lub
- klauzuli „*carry forward gas*”, która umożliwia odbiorcy zaliczenie gazu odebranego w ilości przekraczającej roczną ilość kontraktową na poczet przyszłych zobowiązań wynikających z klauzuli „*take or pay*”¹⁶.

Klauzula „*make up gas*” ma zapewnić odbiorcy gazu ograniczone prawo do wykorzystania zakontraktowanej ilości gazu, a tym samym do wykorzystania zapłaconej opłaty z tytułu „*pay*” możliwość nabycia gazu w latach następnych. Typowe okresy zastrzeżone w ramach „*make up gas*” wynoszą od trzech do pięciu lat¹⁷.

Z kolei klauzula „*carry forward gas*”, która ma zapewnić odbiorcy możliwość zredukowania zakontraktowanej ilości gazu, jeżeli gaz odebrany przekracza zamówienie w danym roku, z jednoczesnym zapewnieniem zaliczenia opłat za gaz w przyszłości. Z kolei trzecia z najpowszechniejszych klauzul dodatkowych w umowach „*take or pay*”, tj. klauzula „*swing*” pozwala na dodatkowy, a zatem przekraczający zamówiony roczny wolumen, gazu w danym roku¹⁸

Wymagalność roszczeń: bierz lub płać

Zgodnie z omawianym orzeczeniem Sądu Najwyższego powstanie obowiązku zapłaty po stronie odbiorcy powstaje już w związku ze zgodnym z umową zaoferowaniem spełnienia świadczenia, tzn. w związku z faktem gotowości spełnienia świadczenia przez dostawcę gazu. Jednak inaczej kształtuje się wymagalność:

¹⁶ H. Konarski, Od biurka do kurka, Europejskie umowy sprzedaży gazu ziemnego, Rzeczpospolita z 28.10.2003

¹⁷ Brookes, A.F. Great expectations: assessing the contract damages of the take or pay producer. Texas Law Review, 1992

¹⁸ Neumann A. Globalization of the natural gas market. Presentation at the UE Conference INDES, Amsterdam, May, 2003

1. „bierz” – kiedy doszło do odbioru zakontraktowanej w umowie ilości gazu, a inaczej
2. „płać” – kiedy pomimo gotowości po stronie dostawcy gazu do jego dostarczenia, z przyczyn leżących po stronie dystrybutora zakontraktowana ilość gazu nie została odebrana.

Z chwilą nadejścia terminu do spełnienia świadczenia roszczenie wierzyciela wobec dłużnika staje się wymagalne. Zatem w odniesieniu do sytuacji opisanej w punkcie 1 („bierz”) należy uznać, że roszczenie dostawcy o zapłatę wynagrodzenia staje się wymagalne zgodnie z umową np. miesięcznie na podstawie wskazań przepływomierzy oraz po doręczeniu miesięcznej faktury za dostarczony gaz.

Inaczej kwestia dnia wymagalności roszczenia przedstawia się w przypadku, gdy mamy do czynienia ze świadczeniem w opcji „płać”. W takiej sytuacji mimo istnienia stanu gotowości po stronie dostawcy, odbiorca nie odebrał minimalnego zakontraktowanego wolumenu gazu. Umowa może określać zobowiązanie do odbioru minimalnej ilości gazu w okresach dłuższych niż miesiąc np. rocznych, co oznacza, że dopiero na koniec każdego roku można będzie stwierdzić czy odbiorca odebrał zakontraktowany gaz. Zatem termin do spełnienia świadczenia z tytułu opcji „płać” po stronie odbiorcy upływać będzie 31 grudnia każdego roku, co z kolei oznacza, że roszczenie o zapłatę kwoty odpowiadającej części ceny stanie się wymagalne na 1 stycznia roku następnego.