

ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟ ΠΕΙΡΑΙΩΣ

Σχολή Οικονομικών, Επιχειρηματικών και Διεθνών Σπουδών

Τμήμα Διεθνών και Ευρωπαϊκών Σπουδών

ΠΜΣ: «Ενέργεια: Στρατηγική, Δίκαιο και Οικονομία»

ΔΙΠΛΩΜΑΤΙΚΗ ΕΡΓΑΣΙΑ

**Η ΜΕΤΑΒΟΛΗ ΤΩΝ ΣΥΝΘΗΚΩΝ ΣΤΟ ΠΛΑΙΣΙΟ ΜΑΚΡΟΧΡΟΝΙΑΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ
ΠΩΛΗΣΗΣ ΚΑΙ ΠΡΟΜΗΘΕΙΑΣ ΦΥΣΙΚΟΥ ΑΕΡΙΟΥ
ΕΙΔΙΚΟΤΕΡΑ ΖΗΤΗΜΑΤΑ ΑΝΑΘΕΩΡΗΣΗΣ ΤΗΣ ΤΙΜΗΣ**

Φοιτήτρια:
Σαρρή-Κουτσοδόντη Αικατερίνη
(ΑΜ: MED 14030)

Επιβλέπων Καθηγητής:
Νικόλαος Φαραντούρης

Πειραιάς, 2016

Η Σαρρή-Κουτσοδόντη Αικατερίνη βεβαιώνω ότι το έργο που εκπονήθηκε και παρουσιάζεται στην υποβαλλόμενη διπλωματική εργασία είναι αποκλειστικά ατομικό δικό μου. Όποιες πληροφορίες και υλικό που περιέχονται έχουν αντληθεί από άλλες πηγές, έχουν καταλλήλως αναφερθεί στην παρούσα διπλωματική εργασία. Επιπλέον τελώ εν γνώσει ότι σε περίπτωση διαπίστωσης ότι δεν συντρέχουν όσα βεβαιώνονται από μέρους μου, μου αφαιρείται ανά πάσα στιγμή αμέσως ο τίτλος.

Σαρρή-Κουτσοδόντη Αικατερίνη

ΕΥΧΑΡΙΣΤΙΕΣ

Με την ολοκλήρωση της παρούσας διπλωματικής εργασίας, θα ήθελα να ευχαριστήσω τους ανθρώπους που με βοήθησαν, με συμβούλεψαν και μου στάθηκαν σε όλη τη διάρκεια της εκπόνησης.

Πρώτα απ' όλα ευχαριστώ τον επιβλέποντα καθηγητή μου κ. Ν. Φαραντούρη. Μέσω των γνώσεων, των συμβουλών του και της συνεχούς ενθάρρυνσης και υποστήριξης που μου παρείχε, συνέβαλε καθοριστικά στην πραγμάτωση αυτής της μελέτης.

Επιπρόσθετα, θα ήθελα να ευχαριστήσω τον κ. Αντ. Καραμπατζό, Επίκουρο Καθηγητή στη Νομική Σχολή Αθηνών, για τις οξυδερκείς και γόνιμες παρατηρήσεις του οι οποίες συνέβαλαν τα μέγιστα στην εκκίνηση της επιστημονικής μου έρευνας.

Ακόμη, θα ήθελα να ευχαριστήσω και τους καθηγητές που μετέχουν στην Τριμελή Επιτροπή αξιολόγησης κ. Π. Λιάκουρα και κ. Χ. Χατζηεμμανουήλ.

Τέλος, θα ήθελα να εκφράσω τις ειλικρινείς ευχαριστίες μου προς τους γονείς μου που με ενθάρρυναν και με στήριζαν συνεχώς καθόλη τη διάρκεια του Μεταπτυχιακού Προγράμματος.

ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ

ΠΕΡΙΛΗΨΗ.....	9
ΚΕΦΑΛΑΙΟ 1ο - ΕΙΣΑΓΩΓΗ.....	11
1. Αντικείμενο και Στόχοι.....	11
2. Μεθοδολογία.....	11
3. Δομή.....	12
ΚΕΦΑΛΑΙΟ 2ο - ΜΑΚΡΟΠΡΟΘΕΣΜΕΣ ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ ΦΥΣΙΚΟΥ ΑΕΡΙΟΥ.....	13
1. Γενικά.....	13
2. Ορισμός.....	15
3. Δομές Τιμολόγησης.....	15
3.1. Σταθερή τιμή.....	16
3.2. Δείκτης τιμολόγησης.....	16
3.3. Αντικατάσταση Δείκτη τιμολόγησης.....	16
3.4. Διμερής τιμολόγηση.....	17
3.5. Κλιμακωτή τιμολόγηση.....	17
3.6. Τιμολόγηση σε σχέση με άλλα εμπορεύματα.....	18
4. Οι τρεις πιθανές καταστάσεις της αγοράς.....	18
5. Gas Price Formulae.....	21
5.1. Οι στόχοι.....	21
5.2. Η λειτουργία.....	21
ΚΕΦΑΛΑΙΟ 3ο - Η ΜΕΤΑΒΟΛΗ ΤΩΝ ΣΥΝΘΗΚΩΝ.....	23
1. Εισαγωγή.....	23
2. Το είδος της μεταβολής.....	24
3. Η νομοθεσία.....	25
ΚΕΦΑΛΑΙΟ 4ο - ΡΗΤΡΕΣ ΑΝΑΘΕΩΡΗΣΗΣ ΤΙΜΗΣ.....	27
1. Προέλευση.....	27
2. Εξέλιξη.....	28
3. Φιλοσοφία.....	29
4. Σύνταξη και ερμηνεία.....	30

5. Είδη αναθεώρησης.....	31
6. Περιεχόμενο.....	32
7. Παράδειγμα.....	32
ΚΕΦΑΛΑΙΟ 5ο - ΤΟ ΓΕΝΕΣΙΟΥΡΓΟ ΓΕΓΟΝΟΣ.....	35
1. Περιεχόμενο.....	35
1.1. Εξειδίκευση ή γενική περιγραφή;.....	35
1.2. Προβλεψιμότητα μεταβολής.....	36
1.3. Η φύση των επιπτώσεων.....	37
1.4. Η έκταση της μεταβολής.....	38
1.5. Η ανάληψη κινδύνων.....	39
1.6. Η φύση του αιτήματος.....	41
1.7. Συναίνεση και τροποποίηση.....	41
2. Επίκληση.....	42
ΚΕΦΑΛΑΙΟ 6ο – ΑΝΑΘΕΩΡΗΣΗ.....	45
1. Διαδικασία.....	45
2. Μεθοδολογία.....	45
3. Εμπειρογνώμονας v. διαιτητή.....	46
4. Η εξουσία των διαιτητών.....	47
5. Δικαστικές και διαιτητικές αρχές.....	48
5.1. Υπόθεση: Gas Natural Aprovechamientos, SDG, S.A. v Atlantic LNG Co of Trinidad and Tobago, 2008.....	48
5.2. Υπόθεση: Esso Exploration & Production UK Limited v Electricity Supply Board (2004 Comm).....	50
5.3. Υπόθεση: RWE v Gazprom (ICC Arbitration).....	51
ΚΕΦΑΛΑΙΟ 7ο - ΚΡΙΤΗΡΙΑ ΕΝΕΡΓΟΠΟΙΗΣΗΣ ΤΗΣ ΑΝΑΘΕΩΡΗΣΗΣ.....	53
1. Αλλαγές στις οικονομικές συνθήκες.....	53
1.1 Το στοιχείο του χρόνου – μεταβολές εντός της περιόδου επανεξέτασης.....	54
1.2. Το στοιχείο της βαρύτητας της μεταβολής.....	56
1.3. Αλλαγή πέρα από τον έλεγχο των μερών.....	57
1.4. Γεωγραφικό στοιχείο – αλλαγές στη χώρα ή στην αγορά του αγοραστή.....	57
2. Αλλαγές στην αξία του αερίου.....	58
2.1. Η αξία του φυσικού αερίου στην αγορά του αγοραστή.....	59

2.2. Technical market value v. obtainable market value.....	60
3. Οικονομική εμπορευσιμότητα του φυσικού αερίου.....	62
3.1. Ως ιδιαίτερο γενεσιουργό γεγονός.....	63
3.2. Ως εγγυημένο περιθώριο κέρδους.....	64
4. Non-price terms.....	65
ΚΕΦΑΛΑΙΟ 8ο - ΕΡΓΑΛΕΙΑ ΑΝΑΘΕΩΡΗΣΗΣ ΤΟΥ ΤΥΠΟΥ ΤΗΣ ΤΙΜΗΣ.....	67
1. Γενικά.....	67
2. “Value the change rather than valuing the gas”.....	67
3. Κλιμακωτή φόρμουλα.....	68
4. Ποσόστωση του δείκτη τιμών.....	68
5. “The S curve”.....	69
6. Μακροχρόνιοι Δείκτες τιμών αγοράς.....	70
7. “Fairly operating formula”.....	71
ΚΕΦΑΛΑΙΟ 9ο - Η ΡΗΤΡΑ ΔΥΣΚΟΛΙΑΣ.....	75
1. Γενικά.....	75
2. Παράδειγμα ρήτρας.....	76
3. Η έννοια του “hardship” υπό την έποψη των εθνικών νομοθεσιών.....	77
3.1. Οι παραδοχές του common law.....	77
3.2. Οι παραδοχές του civil law.....	79
3.2.1 Αραβικό δίκαιο.....	79
3.2.2 Ευρώπη.....	81
3.2.3. Σκανδιναβικές χώρες.....	83
3.2.4. Νότια Αμερική.....	83
3.2.5. Ανατολική Ευρώπη.....	84
3.2.6. Άπω Ανατολή.....	84
3.3. Η ρύθμιση του ελληνικού Αστικού Κώδικα.....	85
ΚΕΦΑΛΑΙΟ 10ο - ΑΝΩΤΕΡΑ ΒΙΑ ΚΑΙ “FRUSTRATION”.....	87
1. Ιστορική αναδρομή / Προέλευση.....	87
1.1 Ανωτέρα βία.....	87
1.2. Το δόγμα της απογοήτευσης.....	89
2. Το ανέφικτο και η Αδυναμία – Η προσέγγιση των ΗΠΑ.....	90

3. Τα δόγματα και οι επιπτώσεις τους.....	91
3.1. Ανωτέρα Βία.....	91
3.2. Frustration.....	92
4. Τα δόγματα και η παρουσία τους σε συμβάσεις φυσικού αερίου.....	93
4.1. Η ανωτέρα βία.....	93
4.2. Η “frustration” στις διεθνείς συμφωνίες.....	96
5. Case studies.....	96
5.1. US decision: Ergon-West Virginia v. Dynegy Marketing & Trade.....	96
5.2. Alcoa of Australia Ltd v Apache Energy Ltd.....	97
5.3. Η έννοια των «εύλογων προσπαθειών»: η άποψη του Εφετείου της Αυστραλίας.....	99
ΚΕΦΑΛΑΙΟ 11ο - ΑΛΛΑ ΕΠΑΝΟΡΘΩΤΙΚΑ ΜΕΤΡΑ.....	103
1. Ρήτρες οικονομικής δυσπραγίας (“economic hardship clauses”).....	103
2. Ρήτρα αναδιαπραγμάτευσης των αρχικών συμβατικών όρων.....	103
3. Το «λάθος» (“mistake”).....	105
4. Σιωπηροί Όροι (“Implied Terms”).....	105
5. Third party offer.....	106
ΚΕΦΑΛΑΙΟ 12ο - ΝΕΕΣ ΤΑΣΕΙΣ ΣΤΙΣ ΜΑΚΡΟΠΡΟΘΕΣΜΕΣ ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ.....	109
1. Εναλλακτικές, μη-δομικές αλλαγές στην τιμολογιακή φόρμουλα.....	109
2. Αύξηση ευελιξίας.....	109
3. Εισαγωγή νέων όρων.....	110
4. Νέα μακροπρόθεσμα συμβόλαια.....	110
ΚΕΦΑΛΑΙΟ 13ο - ΕΠΙΛΟΓΟΣ – ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΑ.....	113
ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ.....	115
1. Βιβλία – Άρθρα.....	115
2. Λοιπές Πηγές.....	119

ΠΕΡΙΛΗΨΗ

Τα τελευταία χρόνια βασικά χαρακτηριστικά της αγοράς φυσικού αερίου παγκοσμίως είναι η ευμεταβλητότητα των τιμών του πετρελαίου και η συναφής προσπάθεια αποσύνδεσης της τιμής του αερίου από αυτές, η απελευθέρωση της αγοράς αερίου και η παγκοσμιοποίηση αυτής, οι γενικότερες επιπτώσεις της παγκόσμιας οικονομικής κρίσης, η αύξηση της ζήτησης για ενέργεια υψηλότερης ποιότητας, στοιχεία που δείχνουν ότι οι μεταβολές στην προμήθεια και τη ζήτηση του φυσικού αερίου στις διάφορες περιοχές του κόσμου έχουν πιο άμεση επίπτωση στις τιμές απ' ό,τι παλαιότερα.

Το προπεριγραφόμενο διεθνές εμπορικό περιβάλλον υπόκειται σε νέες ισχυρές δυνάμεις που καθιστούν δυσκολότερη την προσαρμογή της σχετικά άκαμπτης, oil-linked, τυπολογίας της τιμής του φυσικού αερίου των μακροχρόνιων συμβάσεων. Αυτό έχει ως αποτέλεσμα οι εταιρείες φυσικού αερίου να έρχονται αντιμέτωπες με σημαντικά οικονομικά προβλήματα και ως εκ τούτου να αποζητούν την ριζική αναδιαπραγμάτευση της τιμής των συμβάσεών τους, καταφεύγοντας πολλές φορές ακόμα και στη διαιτητική επίλυση των εν λόγω διαφορών.

Σκοπός, λοιπόν, της παρούσας εργασίας είναι να εξετάσει τα μέσα που έχουν οι συμβαλλόμενοι σε μακροχρόνιες συμβάσεις πώλησης και αγοράς φυσικού αερίου προκειμένου να αναπροσαρμόσουν την τιμή της σύμβασης σε περίπτωση που κατά τη διάρκεια λειτουργίας της παρουσιαστούν γεγονότα που ανατρέπουν την αρχική συμβατική ισορροπία.

ΚΕΦΑΛΑΙΟ 1ο

ΕΙΣΑΓΩΓΗ

1. Αντικείμενο και Στόχοι

Αντικείμενο της παρούσας Διπλωματικής είναι να εξετάσει τις δυνατότητες που έχουν τα συμβαλλόμενα μέρη (ήτοι ο παραγωγός και ο προμηθευτής) σε μια μακροχρόνια σύμβαση πώλησης και αγοράς φυσικού αερίου να αντιμετωπίσουν τις δυσκολίες που θα προκύψουν σε περίπτωση που παρουσιαστούν μεταβολές στις συνθήκες λειτουργίας της οι οποίες επηρεάζουν τον ειδικότερο όρο της σύμβασης περί της τιμής. Ειδικότερα, είναι δυνατό να αναθεωρηθεί η τυπολογία της τιμής; Υπό ποιές προϋποθέσεις και κριτήρια και με ποιά μέσα; Ποιός είναι ο ρόλος της διαιτησίας σε αυτή τη διαδικασία; Υπάρχουν άλλες νομικές βάσεις στις οποίες μπορεί να βασιστεί η επανεξέταση της τιμής πέρα από τη σχετική συμβατική ρήτρα;

2. Μεθοδολογία

Η χρήση της περιπτωσιολογικής ανάλυσης (case studies) ως ερευνητικής μεθοδόδου είναι ιδιαίτερα διαδεδομένη, ειδικά στον ακαδημαϊκό χώρο, και από πολλούς αντιμετωπίζεται ως η πλέον ενδεδειγμένη μέθοδος για να δώσει κανείς απαντήσεις σε καίρια ερευνητικά ερωτήματα. Το πλεονέκτημα της εν λόγω μεθόδου έγκειται στο ότι τα πορίσματα που εξάγονται από τη μελέτη της κάθε περίπτωσης καταγράφονται, αλληλοσυμπληρώνονται και εν τέλει συγκρίνονται προκειμένου να εξαχθούν περαιτέρω συμπεράσματα.

Στην παρούσα μελέτη, λοιπόν, πέρα από τη βιβλιογραφική ανασκόπηση του πραγματευόμενου ζητήματος, γίνεται προσπάθεια και για παράθεση συγκεκριμένων υποθέσεων που έχουν απασχολήσει διαιτητικά ή φυσικά δικαστήρια, καθώς και ενδεικτική μνεία συγκεκριμένων νομοθετικών ρυθμίσεων από διάφορες χώρες ανά τον κόσμο για την πληρέστερη ανάλυση του θέματος της μεταβολής των συνθηκών.

3. Δομή

Η δομή της παρούσας διπλωματικής διαρθρώνεται ως εξής:

Αρχικά, παρουσιάζεται η περίληψη της εργασίας, όπου αναφέρονται συνοπτικά τα βασικά της σημεία.

Στο πρώτο κεφάλαιο, το οποίο αποτελεί την εισαγωγή, συγκεκριμενοποιούνται ο σκοπός και το αντικείμενο της παρούσας εργασίας, καθώς και η ερευνητική μεθοδολογία που θα χρησιμοποιηθεί.

Ακολούθως, στο δεύτερο κεφάλαιο, γίνεται αναφορά στα χαρακτηριστικά των μακροχρόνιων συμβάσεων φυσικού αερίου, στις συμβατικές προβλέψεις περί τιμής και στις πιθανές καταστάσεις στις οποίες ενδέχεται να βρίσκεται η αγορά φυσικού αερίου, καθώς επίσης παρουσιάζεται η συνήθης τυπολογία της τιμής στις εν λόγω συμβάσεις, οι στόχοι και η λειτουργία της.

Στο τρίτο κεφάλαιο μελετάται η έννοια της μεταβολής των συνθηκών.

Στο αμέσως επόμενο, τέταρτο, κεφάλαιο εξετάζονται ενδελεχώς οι ρήτρες αναθεώρησης τιμής (ήτοι η προέλευση, η εξέλιξη, η φιλοσοφία τους, η σύνταξη και η ερμηνεία, τα είδη, το περιεχόμενο).

Το πέμπτο κεφάλαιο πραγματεύεται το περιεχόμενο και τη πρακτική χρησιμότητα του γενεσιουργού της μεταβολής, και συνακόλουθα της αναθεώρησης, γεγονός, ώστε στο αμέσως επόμενο (έκτο) κεφάλαιο να παρουσιαστεί η διαδικασία της αναθεώρησης και των συναφών με αυτή ζητημάτων.

Το έβδομο κεφάλαιο αναλύει τα κριτήρια βάσει των οποίων ενεργοποιείται η διαδικασία αναθεώρησης της τιμής, ενώ το όγδοο τα μέσα με τα οποία αναθεωρείται η τιμολογιακή φόρμουλα.

Στα επόμενα τρία κεφάλαια (ένατο, δέκατο και ενδέκατο) εξετάζονται τυχόν άλλα διορθωτικά μέτρα που μπορούν να εφαρμοστούν πέραν της ρήτρας αναθεώρησης της τιμής (όπως είναι οι ρήτρες δυσκολίας, η ανωτέρα βία, το δόγμα της “frustration”, άλλες ειδικότερες ρήτρες).

Στο δωδέκατο κεφάλαιο παρουσιάζονται οι νέες τάσεις στις μακροπρόθεσμες συμβάσεις φυσικού αερίου.

Στο δέκατο τρίτο και τελευταίο κεφάλαιο εξάγονται τα συμπεράσματα από την παρούσα έρευνα.

ΚΕΦΑΛΑΙΟ 2ο

ΜΑΚΡΟΠΡΟΘΕΣΜΕΣ ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ ΦΥΣΙΚΟΥ ΑΕΡΙΟΥ

1. Γενικά

Ιστορικά, έχουν συναφθεί μακροχρόνια συμβόλαια για την πώληση και την αγορά φυσικού αερίου με τις εν λόγω συμβάσεις να έχουν διάρκεια δεκαπέντε ή και περισσότερα έτη. Αυτές οι μακροπρόθεσμες συμβάσεις παρέχουν βεβαιότητα στους επενδυτές ότι θα είναι σε θέση να ανακτήσουν τα μεγάλα ποσά των κεφαλαίων που συνήθως απαιτούνται για την κατασκευή και λειτουργία των εγκαταστάσεων παραγωγής φυσικού αερίου, καθώς επίσης παρέχουν σταθερότητα στους αγοραστές, επιτρέποντάς τους να δεσμευτούν για την αγορά μιας σταθερής ποσότητας αερίου που μπορεί στη συνέχεια να μεταπωληθεί¹.

Πιο αναλυτικά, προκειμένου τα μέρη να αντιμετωπίσουν τον κίνδυνο της υπεραπλούστευσης της σύμβασης, συνάπτουν μακροχρόνιες συμβάσεις για δύο βασικούς λόγους οι οποίοι αντικατοπτρίζουν το υψηλό επίπεδο ανησυχίας αναφορικά με την κατανομή του κινδύνου².

Πρώτον, από την πλευρά του πωλητή, μια μακροχρόνια σύμβαση εγγυάται την αγορά του προϊόντος για ένα καθορισμένο χρονικό διάστημα. Το γεγονός αυτό παρέχει μια αξιόπιστη ταμειακή ροή στον πωλητή και αποτελεί κίνητρο για την χρηματοδότηση σημαντικών επενδύσεων σε υποδομές που απαιτούνται για την ανάπτυξη των φυσικών πόρων. Ως αποτέλεσμα, οι μακροπρόθεσμες συμβάσεις έχουν διαδραματίσει βασικό ρόλο στην υλοποίηση επενδύσεων στην βιομηχανία της ενέργειας και των φυσικών πόρων, παρέχοντας ασφάλεια και σιγουριά τόσο στους επενδυτές όσο και τους χρηματοδότες τους για την πραγματοποίησή τους. Οι μηχανισμοί διασφάλισης αυτού του σταθερού συμβατικού

¹ “The existence of an appropriately priced long-term sales contract yielding substantial revenues from a creditworthy customer commonly provides the lender with the security required to underpin the repayment of borrowed funds, and the assurance that the project that is intended to generate the required revenues will be viable for the term of the borrowings. The borrowing company is correspondingly assured that it will not thereby become financially over-extended. Confidential evidence as to a number of contracts for sale of gas and for pipeline haulage of gas over the last few years suggest that 15 years is not uncommon for a long term contract that underpins such financing”, Australian Competition Tribunal, AGL Cooper Basin Natural Gas Supply Arrangements, 1997.

² L. Chiam, V. Ahuja, Long-term Supply Contracts – Time for Review, 2006, p. 150.

περιβάλλοντος εκδηλώνονται συνήθως με τις ρήτρες “Take or Pay”³ (ToP) και τις ρήτρες μεταβλητής τιμολόγησης⁴ (“variable pricing clauses”).

Δεύτερον, από την πλευρά του αγοραστή, ένα μακροπρόθεσμο συμβόλαιο εγγυάται την προμήθεια του προϊόντος για ένα καθορισμένο χρονικό διάστημα. Αυτή η βεβαιότητα είναι συχνά απαραίτητη για την δικαιολόγηση επενδύσεων σε εγκαταστάσεις παραγωγής εκ μέρους του αγοραστή (λ.χ. περιπτώσεις όπου το προϊόν θα χρησιμοποιηθεί ως πρώτη ύλη ή ως μία ενεργειακή πηγή) ή σε υποδομές διανομής στην κατάντη αγορά. Σε αυτό το επίπεδο συναντάμε ως συμβατική υποχρέωση προμήθειας εκ μέρους του πωλητή την αποκαλούμενη Ετήσια Συμβολαιοποιημένη Ποσότητα⁵ (“Annual Contract Quantity” – ACQ).

Αναπόφευκτα, η βεβαιότητα που εξασφαλίζει η προσχώρηση σε μια συμβατική σχέση για μια εκτεταμένη χρονική περίοδο οδηγεί σε απώλεια ελαστικότητας, δημιουργώντας μια ένταση μεταξύ «ευελιξίας και προσαρμοστικότητας σε μεταβολές των συνθηκών αφενός και στη βεβαιότητα για την απόκτηση του οφέλους από την άλλη»⁶.

Στο σημείο αυτό, είναι σημαντικό να σημειωθεί εξ αρχής ότι δεν υπάρχει ενιαία νομική αντιμετώπιση της ανάγκης για κατανομή του κινδύνου στις μακροχρόνιες συμβάσεις. Κι αυτό γιατί κάθε σύμβαση είναι μοναδική, ειδικά σχεδιασμένη για να ταιριάζει στα συμφέροντα των ενδιαφερομένων μερών, και επομένως όποιο νομικό θέμα ανακύπτει στα πλαίσια λειτουργίας της αντιμετωπίζεται ad hoc από τα μέρη βάσει των προβλέψεών της και της εκάστοτε συντελούμενης μεταξύ τους διαπραγμάτευσης⁷.

³ Η ρήτρα Take or Pay έχει την έννοια ότι ο αγοραστής είναι υποχρεωμένος είτε α) να παραλάβει και να καταβάλει το τίμημα για μία ήδη προσυμφωνηθείσα ελάχιστη ποσότητα φυσικού αερίου είτε β) σε περίπτωση που ο αγοραστής δεν παραλάβει την ποσότητα αυτή, είναι υποχρεωμένος να καταβάλει τη διαφορά του τιμήματος μεταξύ της συμφωνηθείσας ποσότητας αερίου και αυτής που πραγματικά παρελήφθη. Με άλλα λόγια, η συγκεκριμένη ρήτρα θα μπορούσε να περιγραφεί και ως «take and pay or pay» ρήτρα. Από την άλλη πλευρά, όμως, η ρήτρα εμπεριέχει και θεσπίζει και την υποχρέωση του προμηθευτή να εξασφαλίζει την επάρκεια και τη διαθεσιμότητα μιας προκαθορισμένης ποσότητας αερίου προς τον αγοραστή.

Η εν λόγω συμβατική ρήτρα απαντάται σε περιπτώσεις μακροπρόθεσμων συμβάσεων και στοχεύει στην κατανομή του κινδύνου από την παραγωγή και τη διάθεση του φυσικού αερίου μεταξύ του πωλητή και του αγοραστή, προκειμένου να αντιμετωπίσει εν μέρει το πρόβλημα της έλλειψης ευελιξίας που έχουν εγγενώς οι μακροπρόθεσμες συμβάσεις.

⁴ Οι συμβάσεις μπορεί να προβλέπουν είτε σταθερή είτε μεταβλητή τιμή πώλησης/αγοράς ενός προϊόντος. Μια μεταβλητή τιμή είναι, βέβαια, έγκυρη μόνο αν μπορεί να προσδιοριστεί. Για το σκοπό αυτό προβλέπονται οι παράμετροι που χρησιμεύουν ως βάση για τον καθορισμό της μεταβλητής τιμής και συνήθως αποτελούν αντικειμενικά κριτήρια. Οι συμφωνίες αγοράς συχνά περιέχουν τη ρήτρα “earn-out” σύμφωνα με την οποία μέρος της τιμής καθορίζεται με βάση τα κέρδη που πραγματοποιήθηκαν περαιτέρω από τον αγοραστή.

⁵ Πρόκειται για την ποσότητα του αερίου που καθορίζεται στο συμβόλαιο αγοράς για ένα έτος. Ορισμένα δικαιώματα, όπως το “make-up gas” και η ρήτρα “take or pay”, μπορεί να χρειαστεί να ληφθούν υπόψη, ανάλογα με την ποσότητα του φυσικού αερίου που εν τέλει παραλαμβάνεται σε σχέση με τη συμβολαιοποιημένη ποσότητα.

⁶ LW Newman, ‘Problems with Long Term Contracts: A Practical Viewpoint’ (1986) AMPLA Yearbook, 487.

⁷ Βλ. P. Bobeff, ‘Long-Term Contracts for the Sale of Mineral Commodities’ (1991) AMPLA Yearbook 335, 338 όπου αναφέρει το συμπέρασμα του καθηγητή Daintith: “there is certainly no such

Αυτό το είδος, λοιπόν, των μακροπρόθεσμων συμβολαίων προβλέπουν συνήθως μια φόρμουλα για τον υπολογισμό της τιμής του φυσικού αερίου κατά τη διάρκεια ισχύος της σύμβασης, λαμβάνοντας υπόψη τους παράγοντες της αγοράς. Πολλές συμβάσεις περιλαμβάνουν στην φόρμουλα αναφορές για την τιμή αγοράς του αργού πετρελαίου, συνδέοντας έτσι την τιμή του φυσικού αερίου με την αγορά πετρελαίου. Ωστόσο, παρόλο που οι τύποι αυτοί προσπαθούν να διευκολύνουν την προσαρμογή της τιμής του φυσικού αερίου σύμφωνα με τους όρους της αγοράς, υπάρχουν αναπόφευκτες δυσκολίες στην προσπάθεια να οριστεί μια τιμή ή η τυπολογία βάσει της οποίας αυτή θα προκύπτει, όταν η σύμβαση πρόκειται να διαρκέσει για μεγάλο χρονικό διάστημα.

Κατά συνέπεια, τα περισσότερα μακροπρόθεσμα συμβόλαια υγροποιημένου φυσικού αερίου περιλαμβάνουν μια ρήτρα αναθεώρησης τιμής (“price review clause”) που επιτρέπει στο ένα ή και στα δύο συμβαλλόμενα μέρη να κινήσουν τη διαδικασία επανεξέτασης του συμβατικού τύπου της τιμής σε περίπτωση απρόβλεπτων αλλαγών στην αγορά.

2. Ορισμός

Για τους σκοπούς του παρούσας εργασίας, ως μακροπρόθεσμη σύμβαση πώλησης και προμήθειας φυσικού αερίου νοείται η σύμβαση μεταξύ ενός επενδυτή/ιδιοκτήτη επιχείρησης παραγωγής φυσικού αερίου και ενός προμηθευτή φυσικού αερίου με διάρκεια ισχύος τουλάχιστον τρία χρόνια και με σκοπό την προμήθεια από τον πρώτο στον δεύτερο φυσικού αερίου. Ο προμηθευτής μπορεί να είναι: μια εταιρεία παροχής ηλεκτρικού ρεύματος η οποία παράγει ηλεκτρική ενέργεια από φυσικό αέριο, μια εταιρεία παροχής ηλεκτρικού ρεύματος η οποία αγοράζει αέριο για λογαριασμό ενός ανεξάρτητου παραγωγού ηλεκτρικής ενέργειας, μια εταιρεία παροχής φυσικού αερίου που αγοράζει αέριο με σκοπό τη μεταπώλησή του σε πελάτες λιανικής.

3. Δομές Τιμολόγησης

Κατά την εξέταση των εναλλακτικών μορφών τιμολόγησης που μπορεί να συναντήσει κανείς σε μια μακροχρόνια σύμβαση, πρέπει κανείς να έχει υπόψη του ότι δεν

things as a standard contract in the iron ore industry, and it is doubtful whether it can be even said that there is a typical one”. Βλ. επίσης J. W. McArdle, ‘Long-Term Gas Contracts: Past, Present and Future’ (1998) AMPLA Yearbook 165, 166.

υπάρχει μια σταθερή φόρμουλα⁸. Παρά το γεγονός ότι ορισμένες μορφές τιμολογιακής πολιτικής χαιρούν γενικής αποδοχής λόγω μακρόχρονης χρήσης τους, εντούτοις δεν υπάρχει κανένας λόγος να αναχθούν σε γενικό κανόνα. Αυτές, μάλιστα, μπορούν να εφαρμοστούν σε οποιοδήποτε αριθμό συνδυασμών ή εναλλακτικών λύσεων.

Πιο αναλυτικά, συναντώνται οι εξής εκδοχές⁹:

3.1. Σταθερή τιμή

Σε μια μακροπρόθεσμη σύμβαση, η σταθερή τιμή (“fixed price”) που έχει συμφωνηθεί μπορεί να αποκλίνει σημαντικά από την τιμή που διαμορφώνεται στην αγορά και γι’ αυτό θα πρέπει να χρησιμοποιείται, αν όχι καθόλου, σε συνδυασμό με μερικούς από τους άλλους μηχανισμούς τιμολόγησης που συζητούνται παρακάτω, οι οποίοι επιτρέπουν την «διόρθωση» της τιμής κατά τη διάρκεια λειτουργίας της σύμβασης.

3.2. Δείκτης τιμολόγησης

Εκτός από διάφορες ανωμαλίες που ενδέχεται να εμφανιστούν στην αγορά (όπως λ.χ. η προσωρινή απόκλιση της τιμής βάσης), ο δείκτης τιμολόγησης (ημερήσιος ή μηνιαίος, ανάλογα με την περίπτωση) εξασφαλίζει μια δίκαιη τιμή αγοράς/πώλησης σε οποιαδήποτε δεδομένη ημέρα ή μήνα σε ένα συγκεκριμένο σημείο παράδοσης. Όσον αφορά τις μακροπρόθεσμες συμβάσεις ειδικότερα, ένας δείκτης μπορεί να χρησιμοποιηθεί ως τιμή βάσης της σύμβασης, μαζί με άλλα στοιχεία προστιθέμενης αξίας.

3.3. Αντικατάσταση Δείκτη τιμολόγησης

Η τυχόν απώλεια του δείκτη που υιοθετεί η σύμβαση είναι ιδιαίτερος σημαντική σε μια μακροπρόθεσμη σύμβαση. Αν δεν αντιμετωπιστεί έγκαιρα και επαρκώς, η απώλεια του δείκτη μπορεί να οδηγήσει στο συμπέρασμα ότι η ίδια η σύμβαση είναι ανεφάρμοστη λόγω της αβεβαιότητας ενός από τους θεμελιώδεις όρους της (*essentialia negotii*). Το ζήτημα, βέβαια, καθίσταται λιγότερο σημαντικό τώρα που οι δείκτες φυσικού αερίου είναι ισχυρά

⁸ Lawson, *Natural Gas Contracts in Alberta, Selected Contracting Issues*, The Energy Group, 2001, p. 7.

⁹ *Ibid*, p. 7-10.

εδραιωμένοι στην αγορά. Σε κάθε περίπτωση, η απώλεια ενός δείκτη μπορεί να αντιμετωπιστεί μέσω της ρήτρας επαναπροσδιορισμού της τιμής.

3.4. Διμερής τιμολόγηση

Μερικές μακροχρόνιες συμβάσεις χρησιμοποιούν το λεγόμενο σύστημα τιμολόγησης δύο μερών με τη συμβατική τιμή να αποτελείται από τη χρέωση ζήτησης (“demand charge”) και τη χρέωση του προϊόντος ως εμπορεύματος (“commodity charge”).

Η χρέωση της ζήτησης (που αναφέρεται επίσης ως “reservation fee” ή ως “guaranteed inventory charge”) είναι πληρωτέα κάθε μήνα σε σχέση με μια συγκεκριμένη συμβατική ποσότητα φυσικού αερίου, ανεξάρτητα από την ποσότητα που πραγματικά παρελήφθει κατά τη διάρκεια αυτής της περιόδου. Η χρέωση της ζήτησης μπορεί να χρησιμεύσει για να εξασφαλίσει ότι κατά ένα ελάχιστο μέρος όλα τα έξοδα μεταφοράς και άλλα πάγια έξοδα του πωλητή καλύπτονται. Μπορεί, επίσης, να θεωρηθεί ως ένα ασφάλιστρο που καταβάλλεται από τον αγοραστή για να εξασφαλιστεί ότι απολαμβάνει μακροπρόθεσμη ασφάλεια εφοδιασμού.

Η συνιστώσα “commodity charge” είναι η πληρωτέα τιμή ανά μονάδα φυσικού αερίου που έχει στην πραγματικότητα παραληφθεί και μπορεί να βασίζεται σε οποιαδήποτε από τις άλλες δομές τιμολόγησης που εξετάζονται στην παρούσα ενότητα, δηλαδή την πάγια, την τιμαριθμική αναπροσαρμογή, την κλιμακωτή κ.λπ.

3.5. Κλιμακωτή τιμολόγηση

Για να αποφευχθεί τυχόν σύγχυση, γίνεται διάκριση μεταξύ του “index pricing” που βασίζεται σε έναν δημοσιευμένο δείκτη και των μηχανισμών τιμολόγησης που βασίζονται σε άλλους δείκτες εμπορευμάτων ή σε δείκτες τιμών καταναλωτή. Οι τελευταίοι αντιμετωπίζονται ως “escalators”.

Αυτοί οι δείκτες-escalators χρησιμοποιούνται για να προσαρμόσουν τις συμβατικές τιμές ανά τακτά χρονικά διαστήματα σε ένα συμφωνημένο πρότυπο. Οι “escalators” μπορεί να είναι ορισμένοι (ένα χρονοδιάγραμμα αυξήσεων των τιμών, είτε εκφρασμένο σε ποσοστά είτε σε απόλυτους όρους) ή αόριστοι (συνδεδεμένοι σε μια εξωτερική μεταβλητή ως πρότυπο αναφοράς, όπως ο δείκτης τιμών καταναλωτή ή άλλου εμπορεύματος ή ομάδας εμπορευμάτων).

3.6. Τιμολόγηση σε σχέση με άλλα εμπορεύματα

Η συσχέτιση της τιμής του φυσικού αερίου με την τιμή κάποιου άλλου εμπορεύματος (“commodity parity pricing”) χρησιμοποιήθηκε ιστορικά σε περιπτώσεις όπου τα μέρη δεν ήταν σε θέση να χρησιμοποιήσουν οποιοδήποτε άλλο αξιόπιστο σημείο αναφοράς. Κατά την έναρξη των εξαγωγών μεγάλης κλίμακας του канаδικού φυσικού αερίου προς τις αγορές των ΗΠΑ, ξεκίνησε σταδιακά και ο gas-to-gas ανταγωνισμός. Ο μόνος τρόπος για την αποτίμηση της αξίας του φυσικού αερίου ήταν η συσχέτισή του με τις πηγές ενέργειας που αντικαθιστούσε. Η εξέλιξη των δεικτών της αγοράς παρείχε έναν πιο άμεσο και απλό μηχανισμό τιμολόγησης.

Πιο αναλυτικά, ορισμένοι καταναλωτές έχουν τη δυνατότητα εναλλαγής μεταξύ φυσικού αερίου και ηλεκτρικής ενέργειας σχετικά εύκολα. Σε αυτές τις περιπτώσεις, μπορούν να διαπραγματεύονται την τιμή του φυσικού αερίου, έτσι ώστε να μην πληρώνουν τίποτα περισσότερο από το ισοδύναμό του σε ηλεκτρική ενέργεια. Εναλλακτικά, μπορούν να μειώσουν τις ποσότητες φυσικού αερίου που αγοράζουν και να στραφούν απ’ ευθείας στην ηλεκτρική ενέργεια. Βέβαια, σε αυτή την περίπτωση πρέπει να ληφθεί υπόψη και το τυχόν επιπρόσθετο κόστος που προκύπτει από “pollution credits”.

4. Οι τρεις πιθανές καταστάσεις της αγοράς

Είναι χρήσιμο στο σημείο αυτό να συνοψίσει κανείς τις τρεις πιθανές συνθήκες στις οποίες ενδέχεται να βρίσκεται η αγορά φυσικού αερίου και το πώς αυτές επηρεάζουν την τιμή¹⁰:

Ανεπάρκεια: Σε περίπτωση που το φυσικό αέριο βρίσκεται σε σπανιότητα, οι spot τιμές αυξάνονται πάνω από τις τιμές των μακροπρόθεσμων συμβολαίων, καθώς η ζήτηση ξεπερνά την προσφορά. Σε αυτό το σημείο, όλοι οι παίκτες, με εξαίρεση τους τελικούς αγοραστές του spot αερίου, έχουν κερδοφορία και γι’ αυτό δεν επιδιώκουν ριζικές αλλαγές στην εφαρμοζόμενη τιμολογιακή πολιτική. Τα τελευταία χρόνια, βέβαια, η ουσιαστική έλλειψη αερίου προέκυψε μόνο λόγω των εγγενών περιορισμών του συστήματος και όχι εξαιτίας ελλείψεως αποθεματικών.

«Η μέση οδός»: Στην Ευρώπη υπάρχει μια ενδιάμεση περιοχή μεταξύ έλλειψης και υπερπροσφοράς φυσικού αερίου, όπου η ισορροπία μεταξύ προσφοράς και ζήτησης μπορεί

¹⁰ A. J Melling, Natural Gas Pricing and Its Future, Europe as the Battleground, Carnegie Endowment, 2010, pp 34-35.

να διατηρηθεί με τις δράσεις των μεγάλων χονδρεμπόρων, αξιοποιώντας την ημερήσια και ετήσια ελαστικότητα που προβλέπεται στις μακροπρόθεσμες συμφωνίες αγοράς του φυσικού αερίου, σε συνδυασμό και με άλλα εργαλεία εξισορρόπησης του φορτίου. Με την μέση ετήσια ελαστικότητα του εμπορευόμενου όγκου να κυμαίνεται στο +/- 10 με 15%, για τους μεγάλους χονδρεμπόρους δεν υπάρχει φόβος εγκατάλειψης της «μέσης οδού».

Υπερπροσφορά: Έρχεται ένα σημείο όπου η προσφορά γίνεται σε τέτοιο βαθμό υπερβολική, ώστε να επιφέρει ρήγμα στη μέση οδό και να οδηγεί τις spot τιμές σε έναν φαύλο κύκλο. Το γεγονός αυτό αναπόφευκτα οδηγεί στην ανάγκη οι υφιστάμενοι φορείς στην βιομηχανία φυσικού αερίου στην Ευρώπη να λάβουν έκτακτα μέτρα για την αποκατάσταση της ισορροπίας στην αγορά. Τα μέτρα αυτά περιλαμβάνουν μεγάλες χρηματικές ποινές, διαπραγμάτευση τυχόν αναδιάρθρωσης των συμβάσεων, επιλεκτική διαπραγμάτευση για πτώση των τιμών ή ακόμα και πτώχευση όταν η αναδιαπραγμάτευση της τιμής είναι αδύνατη.

Όταν οι spot τιμές είναι υψηλότερες σε σχέση με εκείνες που προκύπτουν από το oil-indexation, οι μεγάλοι παραγωγοί μπορούν να πωλούν πρόσθετο αέριο στην αγορά χωρίς να διαταράσσεται ο πυρήνας των βασικών χονδρικών πελατών τους, όπως είναι η ENI, η GDF Suez και η Wingas. Πράγματι, αυτό είναι διπλά καλή είδηση για τους παραγωγούς, καθότι όχι μόνο μπορούν να πωλούν περισσότερο αέριο, αλλά μπορούν να κινητοποιήσουν εκ νέου διαπραγματεύσεις για υψηλότερες τιμές. Το πιθανό μειονέκτημα είναι ότι οι πελάτες ενδέχεται να είναι λιγότερο ικανοποιημένοι, ενώ μακροπρόθεσμα η ζήτηση μπορεί να υποφέρει.

Η ανθεκτικότητα των oil-indexed αγορών ενάντια στη συνδυασμένη επίθεση των ελεύθερων εμπόρων, των ρυθμιστικών αρχών και της ΕΕ μπορεί να γίνει καλύτερα κατανοητή εξετάζοντας το μέγεθος του «ενδιάμεσου χώρου» και τις σχέσεις μεταξύ των παραγωγών και των κατεστημένων χονδρεμπόρων¹¹. Πρόκειται στην ουσία για την κατάσταση κατά την οποία οι κατεστημένοι χονδρέμποροι έχουν ένα αποτελεσματικό ετήσιο εύρος ευελιξίας στις μακροπρόθεσμες αγορές αερίου εξ αγωγών της τάξεως του +/- 10% έως 15%, μεταξύ του ελάχιστου τιμολογίου (Take or Pay) και της μέγιστης ετήσιας ποσότητας. Πρόσθετη ετήσια ευελιξία, αν και συνήθως πιο δυσλειτουργική στην εφαρμογή της, είναι διαθέσιμη μέσω του “make-up gas”¹². Οι oil-indexed συμβάσεις παρέχουν στους αγοραστής

¹¹ Ibid, p. 35.

¹² Σε μια προσπάθεια να διασφαλιστεί ότι ο αγοραστής θα έχει την ευκαιρία να διεκδικήσει εκ νέου το φυσικό αέριο που έχει ήδη πληρώσει στα πλαίσια εφαρμογής της ρήτρας ToP, αλλά που στην πραγματικότητα δεν έχει παραλάβει, ο μηχανισμός του “make-up gas” εξασφαλίζει ότι ο αγοραστής μπορεί να το παραλάβει εν τέλει σε μεταγενέστερο χρόνο (“the difference between take-or-pay quantity paid for by the Buyer and the quantity of gas actually taken, when the latter is less, shall be referred to as Make-up gas. This make-up gas may be taken by the Buyer in a subsequent period in chronological order in which it has accrued, and provided that the Buyer shall first have taken the

συνολικά μία εύχρηστη ευελιξία στον εμπορευόμενο όγκο της τάξης των +/- 60 δις κυβικών μέτρων/έτος.

Όσο η ευρωπαϊκή αγορά παραμένει στη μέση οδό, οι τάσεις μεταξύ των oil-indexed και των spot τιμών είναι διαχειρίσιμες, ενώ για μεγαλύτερες χρονικές περιόδους οι spot τιμές έχουν την τάση να ακολουθούν τις διακυμάνσεις της χονδρικής τιμής του πετρελαίου, ιδιαίτερα στην προθεσμιακή αγορά, επειδή οι πωλητές δεν είναι πρόθυμοι να πουλήσουν το φυσικό αέριο στη spot αγορά σε επίπεδα πολύ χαμηλότερα από το επίπεδο διακύμανσης των oil-indexed τιμών.

Ωστόσο, αν οι spot τιμές είναι χαμηλότερες από τις oil-indexed τιμές, αυτό δημιουργεί πρόβλημα στους παραγωγούς, καθώς οι πελάτες χονδρικής ζητούν στην περίπτωση αυτή την αναδιαπραγμάτευση των τιμών με στόχο χαμηλότερες τιμές. Οι μεγαλύτεροι παραγωγοί φυσικού αερίου έχουν, ωστόσο, τόσο την ικανότητα, μέσα από περιορισμούς της παραγωγής, όσο και ένα ισχυρό οικονομικό κίνητρο να «εξαφανίσουν» ποσότητες φυσικού αερίου από την spot αγορά, εφ' όσον υπάρξει υπερπροσφορά. Λόγω των ρητρών επαναδιαπραγμάτευσης των τιμών σε πολλές σημαντικές συμβάσεις, οι μεγάλοι πωλητές θα ήταν εξαιρετικά άφρονες να απορρίπτουν όγκους μη συμβολαιοποιημένου αερίου σε υπερπρομηθευμένες αγορές. Αυτό θα προκαλέσει αναπόφευκτα την ενεργοποίηση ρητρών αναδιαπραγμάτευσης τιμής γεγονός που μπορεί να υπονομεύσει τις μακροπρόθεσμες πωλήσεις του oil-indexed φυσικού αερίου. Με λίγα λόγια, οι μεγαλύτεροι παραγωγοί oil-indexed φυσικού αερίου έχουν ισχυρά κίνητρα να αρνηθούν την παρακράτηση αερίου από τις αγορές άμεσης παράδοσης.

Όταν υπάρχει υπερπροσφορά στην αγορά, οι μεγάλοι παραγωγοί μπορούν να κάνουν μια εξαίρεση και να πωλούν spot φυσικό αέριο σε βασικούς πελάτες τους. Μόλις ο πελάτης υπερβεί την ελάχιστη τιμολογιακή του υποχρέωση (βλ. ρήτρα ToP), είναι ελεύθερος να αγοράσει spot αέριο από οποιονδήποτε προμηθευτή και ο μακροπρόθεσμος προμηθευτής θα είναι συνήθως η καλύτερη επιλογή για να καλύψει αυτή την ανάγκη. Στην πραγματικότητα, οι μακροπρόθεσμες συμφωνίες δεσμεύουν τους πελάτες με μεγάλους παραγωγούς και δίνουν κίνητρο στον πωλητή να δημιουργήσει ένα άτυπο καθεστώς «προτιμώμενου πελάτη».

Annual Contract Quantity (ACQ) in that the subsequent period and the Make-up gas is taken within the first quarter of the subsequent contract year”).

5. Gas price formulae

5.1. Οι στόχοι

Η φόρμουλα της τιμής σε μακροπρόθεσμες συμφωνίες πώλησης φυσικού αερίου εξυπηρετεί μια σειρά συμφερόντων, τόσο για τον αγοραστή όσο και για τον πωλητή. Για την εξυπηρέτηση, ωστόσο, και των δύο, θα πρέπει να ικανοποιεί ταυτόχρονα¹³:

- την επιθυμία του πωλητή να μεγιστοποιήσει το κέρδος του έναντι της επιθυμίας του αγοραστή να ελαχιστοποιήσει τις δαπάνες του,
- την επιθυμία και των δύο πλευρών για δέσμευση, σε συνδυασμό με
- την (συχνά αντιτιθέμενη) επιθυμία να διασφαλιστεί η ευελιξία των συμβατικών ρυθμίσεων που σχεδιάζονται να διαρκέσουν πολλά χρόνια, και
- την επιθυμία και των δύο μερών να εξασφαλίσουν (ή και να αυξήσουν) μακροπρόθεσμα το μερίδιο αγοράς τους.

5.2. Η λειτουργία

Συχνά, σε αγορές που στερούνται επαρκών πληροφοριών σχετικά με τις τιμές του εμπορευόμενου στην αγορά φυσικού αερίου, τα μέρη υιοθετούν μια συμφωνημένη τιμή βάσης, την οποία συνδέουν με μια περιοδική τιμαριθμική αναπροσαρμογή (“periodic indexation”). Οι δε μακροπρόθεσμες συμβάσεις στην ηπειρωτική Ευρώπη συνήθως ανταποκρίνονται σε αυτό το μοντέλο.

Ο τύπος τιμαριθμικής αναπροσαρμογής έχει σχεδιαστεί με στόχο να ικανοποιήσει τους στόχους που περιγράφονται παραπάνω, κυρίως για να επιτραπεί στο φυσικό αέριο να παραμείνει ανταγωνιστικό¹⁴. Ως αποτέλεσμα, αξιοποιούνται συχνά μια σειρά από στοιχεία τα οποία προσδιορίζονται σε αναφορά με δεδομένα προερχόμενα από διεθνή Χρηματιστήρια Ενέργειας. Τα στοιχεία αυτά, ωστόσο, συχνά σταθμίζονται με βάση τον πληθωρισμό, ώστε η φόρμουλα να είναι πάντα ενήμερη για τις συνθήκες υπό τις οποίες το αέριο τελικά θα διατεθεί στο εμπόριο.

¹³ M. Polkinghorne, The Paris Energy Series No2: Predicting the Unpredictable, Gas Price Re-opens, June 2011, p. 2.

¹⁴ Βλ. Κεφάλαιο 7, παράγραφο 3.

Τα μέρη, επίσης, ενδέχεται να εισάγουν όρια ανώτατων και κατώτατων τιμών (“floor and ceiling prices”) στη σύμβαση ως μια μορφή προστασίας έναντι απρόοπτων γεγονότων που δύνανται να επηρεάσουν σημαντικά τη διακύμανση της τιμής. Ένας άλλος τρόπος εξομάλυνσης έναντι ακραίων διακυμάνσεων είναι η «καμπύλη S»¹⁵, σύμφωνα με την οποία οι συμβαλλόμενοι συμφωνούν ότι οι ρήτρες που ακολουθούν την τιμή του πετρελαίου θα σταθεροποιούν (“level-off”) την τιμή του αερίου όταν η τιμή του πετρελαίου αυξάνεται ή μειώνεται κατακόρυφα¹⁶.

Ένα παράδειγμα τύπου υπολογισμού της τιμής του φυσικού αερίου σε σύμβαση είναι το εξής¹⁷:

$$P = P_0 + 0.6 \times f_1 \times k_1 \times (GO - GO_0) + 0.4 \times f_2 \times k_2 \times (LSFO - LSFO_0)$$

Όπου:

P_0 – βασική τιμή σε λεπτά του ευρώ ανά kWh (€/kWh)

GO – τιμή πετρελαίου εσωτερικής καύσης σε €/τόνο χωρίς φόρους και δασμούς

LSFO – τιμή μαζούτ χαμηλού θείου με περιεκτικότητα σε θείο 1% ή λιγότερο σε €/τόνο χωρίς φόρους και δασμούς

F – «σημείο παράδοσης», συντελεστής προσαρμογής

K – ενεργειακοί συντελεστές μετατροπής

Πιθανοί άλλοι “comparators” στους οποίους μπορεί να βασίζεται η τιμή είναι επίσης: το πετρέλαιο εσωτερικής καύσης (GO), το πετρέλαιο χαμηλής περιεκτικότητας σε θείο (LSO), οι τιμές λιανικής ηλεκτρικού ρεύματος, ο άνθρακας, ο Gas to Gas ανταγωνισμός (π.χ. Ηνωμένο Βασίλειο).

¹⁵ Βλ. Κεφάλαιο 8, παράγραφο 5.

¹⁶ Αυτό είναι, κατά γενική ομολογία, πιο συχνό φαινόμενο για το υγροποιημένο φυσικό αέριο, όπως για παράδειγμα συμβαίνει στην περιοχή της βόρειο-ανατολικής Ασίας. Βλ. επίσης ECT Paper “Fostering LNG Trade: Developments in LNG Trade and Pricing.”: “One of the features of the Pacific Basin market was the development of “S curves” as a means of reducing price risk. As oil prices became more volatile, oil-linked pricing clauses posed significant risks to the original price expectations of the contracting parties. For the sellers, an oil price collapse risked making the venture unprofitable and suppliers became interested in some form of price floor. But as a trade off for granting such a shift in risk, buyers wanted upside protection. In simplest form this could be a core relationship (called the “slope”) where the linkage between oil and gas prices operated, but floor and ceiling prices could be added to offset risk. But more common is a change in the oil/gas price relationship – or slope – above and below certain price levels (“pivot points”)... Since the “S curves” limit price response in times when oil prices are high or low, they can have the effect of decoupling oil and gas prices when oil prices rise above the upper pivot point. Until the recent oil price collapse, suppliers were contesting S curves who argued that S curves were designed for “temporary” oil price volatility and high oil prices were the new norm.”

¹⁷ Παρεχόμενο από Morten Frisch in Current European Gas Pricing Problems: Solutions Based on Price Re-opener Provisions, 24 February 2010.

ΚΕΦΑΛΑΙΟ 3ο

Η ΜΕΤΑΒΟΛΗ ΤΩΝ ΣΥΝΘΗΚΩΝ

1. Εισαγωγή

Οι ποικίλες μεταβολές στην αγορά φυσικού αερίου – και η συνακόλουθη αυξημένη αστάθεια σε αυτή – έχουν προκαλέσει τα τελευταία χρόνια σημαντική αύξηση των διαφορών που ανακύπτουν για την αναθεώρηση της τιμής. Το φαινόμενο αυτό αναδεικνύεται μέσα από πολλά παραδείγματα: από την οικονομική ύφεση (ειδικά στην Ευρώπη) έως την ανάπτυξη εναλλακτικών ενεργειακών πρότζεκτ με αντικείμενο το αντισυμβατικό σχιστολιθικό αέριο στις Ηνωμένες Πολιτείες, από την απελευθέρωση πολλών αγορών ως την διαμόρφωση κόμβων φυσικού αερίου με αποτέλεσμα ριζικές μεταβολές στην παγκόσμια αγορά αερίου και στον ανταγωνισμό τόσο σε επίπεδο πώλησης όσο και σε επίπεδο προμήθειας φυσικού αερίου παγκοσμίως¹⁸.

Συνεπώς, καθίσταται εμφανές ότι η σωστή επίκληση και χρονική τεκμηρίωση των ανωτέρω πραγματικών είναι κεφαλαιώδους σημασίας προκειμένου ο εκάστοτε κρίνων (διαιτησία, διαμεσολαβητής, κάποιος τρίτος) να είναι σε θέση να διαμορφώσει άποψη περί των περιστάσεων και να αχθεί ασφαλώς σε κρίση.

Ειδικότερα, η έννοια της μεταβολής των συνθηκών περιλαμβάνει ένα ευρύ φάσμα κινδύνων. Στους συνήθεις υπόπτους περιλαμβάνονται η έλλειψη προσφοράς ή χρηματοδότησης, μια φυσική καταστροφή, η κατάρρευση της αγοράς, η είσοδος νέων ανταγωνιστών ή νέας τεχνολογίας στην αγορά. Κάθε ένα από αυτά μπορεί να έχει ως αποτέλεσμα το ένα μέρος της σύμβασης να μην είναι πλέον σε θέση να εκπληρώσει τις συμβατικές του υποχρεώσεις, ήτοι η παροχή μπορεί να είναι πρακτικά αδύνατο να εκπληρωθεί¹⁹.

Παραδοσιακά, υπό την εκδοχή της αυστηρής ερμηνείας μιας μακροχρόνιας σύμβασης, το ζημιωθέν συμβαλλόμενο μέρος έχει μία από τις εξής τρεις επιλογές:

¹⁸ T. Harriss (custody), *Gas Price Arbitrations: A Practical Handbook*, Globe Law and Business, 2014, p. 26.

¹⁹ L. Chiam, *ibid*, p. 161.

υπαναχώρηση, αξίωση καταβολής αποζημίωσης ή αναδιαπραγμάτευση των όρων της σύμβασης²⁰.

Βέβαια, ενώ υπάρχει αυξανόμενη αναγνώριση, τόσο από τους παίκτες της αγοράς όσο και από τα δικαστήρια, της ανάγκης για καθιέρωση μεγαλύτερης ευελιξίας σε περιπτώσεις μεταβολών των περιστάσεων, εν τοις πράγμασι τα δικαστήρια εμμένουν στην άποψη ότι ο διάδικος δεν έχει αξίωση αποζημίωσης μόνο και μόνο επειδή μια μακροπρόθεσμη σύμβαση έχει μετατραπεί σε μια «κακή συμφωνία» (“bad bargain”)²¹.

2. Το είδος της μεταβολής

Από την άλλη, ιδιαίτερες δυσκολίες ανακύπτουν κατά τον προσδιορισμό του εάν υπήρξε μια «ουσιώδης» (“material change”) ή «σημαντική» (“significant change”) αλλαγή στην αγορά. Η ενασχόληση με αυτή τη διαφοροποίηση στο στάδιο της σύνταξης της ρήτρας δύναται να μειώσει τις διαφωνίες που ανακύπτουν εξετάζοντας το κατά πόσον θα πρέπει να εφαρμοσθεί ένα αντικειμενικό ή υποκειμενικό κριτήριο ή να συμπεριληφθούν σημεία αναφοράς (“benchmarks”) για να εκτιμηθεί η σημασία και η σπουδαιότητα της μεταβολής [π.χ. σύνδεση αλλαγών με εξωτερικά κριτήρια, όπως είναι διάφοροι δείκτες (δείκτης τιμών λιανικής πώλησης, πληθωρισμός), οι τιμές (πετρελαίου/αερίου) ή οι πραγματικές δαπάνες (γενικά έξοδα, έξοδα μεταφοράς)].

Είναι σαφές, όμως, ότι προκειμένου να διαπιστωθεί αν υπήρξε «σημαντική» αλλαγή στην αγορά, είναι αναγκαίο να προσδιοριστεί με ακρίβεια τι συνιστά τη σχετική αγορά (“relevant market”) για τους σκοπούς της σύμβασης. Αυτό μπορεί να γίνει με αναφορά στη γεωγραφική θέση, τον χρήστη ή σε κάποιον άλλο παράγοντα.

Η σημασία αυτής της μεθοδολογίας τονίστηκε στην υπόθεση *Gas Natural v Atlantic*²², στην οποία ο προμηθευτής ζήτησε επανεξέταση της τιμής με την αιτιολογία ότι, ενώ η σύμβαση προέβλεπε δύο γεωγραφικές αγορές, ο αγοραστής προμήθευε εν τέλει μόνο την αγορά εκείνη η οποία του εξασφάλιζε την υψηλότερη τιμή προκειμένου να αυξήσει το κέρδος του. Σε αυτή την περίπτωση, και σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς των διαδίκων, οι διαιτητές επέβαλαν ένα αναθεωρημένο σύστημα τιμολόγησης δύο μερών που μεριμνά και για τις δύο γεωγραφικές αγορές.

²⁰ I. J. Hardingham, ‘Problems with Long Term Contracts: Change of Circumstances’ (1986) *AMPLA Yearbook* 474.

²¹ *Ibid.*

²² Αναλύεται περαιτέρω στο Κεφάλαιο 6, υπό 5.1.

Πρακτικά, βέβαια, μιλώντας, υπάρχει ελάχιστη καθοδήγηση μέσα στις ρήτρες σχετικά με το τι σημαίνει «σχετική αγορά». Αυτό δίνει με τη σειρά του αξιοσημείωτη ευελιξία στα μέρη, στους ειδικούς/πραγματογνώμονες, καθώς και στο διαιτητικό δικαστήριο να οριοθετήσουν το θέμα με διαφορετικούς τρόπους. Η ανάδειξη του ζητήματος μπορεί να γίνει με παράθεση ενδεικτικών ερωτημάτων, όπως:

Η ρήτρα αναφέρεται στην αγορά τελικού καταναλωτή (“end-user market”) στην οποία ο αγοραστής πουλά το προϊόν ή σε συγκεκριμένα τμήματα αυτής (π.χ. βιομηχανικούς καταναλωτές);

Η μήπως αφορά την αγορά του πωλητή;

Η και τις δύο αγορές;

Σε κάθε μία από τις ανωτέρω περιπτώσεις ποιά είναι η σχετική γεωγραφική αγορά;

Και τί τελικά συμβαίνει εάν (συνήθως ως αποτέλεσμα νέων ρυθμίσεων) τα γεωγραφικά όρια είναι ευρύτερα από αυτά που ίσχυαν κατά τη στιγμή κατάρτισης της σύμβασης;²³

Μια διαδικασία που συχνά παραβλέπεται είναι αυτή της χρονικής σύγκρισης η οποία συνήθως λαμβάνει χώρα μέσω πραγματογνωμοσύνης. Ειδικότερα, για να διαπιστωθεί αν έχει υπάρξει μια σημαντική αλλαγή στην αγορά απαιτείται η σύγκριση της σημερινής κατάστασης με μια ιστορική περίοδο (π.χ. από την ημερομηνία έναρξης της σύμβασης, την τελευταία αναθεώρηση των τιμών, ή κάποια άλλη συμφωνημένη ημερομηνία)²⁴. Ωστόσο, τα συμπεράσματα που προκύπτουν από την παρατήρηση των συνθηκών σε μια συγκεκριμένη ημερομηνία θα είναι συχνά ανεπαρκή, δεδομένου ότι είναι σχεδόν απίθανη η αντιπροσωπευτικότητα του δείγματος για το σύνολο της περιόδου. Αντίθετα, η εικόνα γίνεται ακριβέστερη αν τα στοιχεία προέρχονται από μια ευρύτερη περίοδο και παράλληλα γίνεται χρήση ενός μέσου όρου. Τέλος, είναι σύνηθες να έχει προσδιοριστεί στη σύμβαση ποιά χρονική περίοδος θα ληφθεί υπόψη για τυχόν συγκριτική επισκόπηση.

3. Η νομοθεσία

Μία ειδικότερη εκδοχή της μεταβολής των συνθηκών, που δύναται να διαταράξει την ισορροπία μιας σύμβασης, και δη μακροχρόνιας, είναι οι συχνές αλλαγές στη νομοθεσία με δυνητικό αποτέλεσμα την βλάβη είτε του αγοραστή είτε του πωλητή είτε και των δύο. Οι αλλαγές αυτές, μάλιστα, μπορεί να συμβούν πολλά χρόνια μετά την υπογραφή της σύμβασης.

²³ T. Harriss, *ibid*, p. 23.

²⁴ Βλ. παρ. 1.1, Κεφάλαιο 7.

Είναι σχεδόν αναπόφευκτο ότι το νομικό περιβάλλον που επικρατεί κατά τη στιγμή της σύναξης οποιασδήποτε μακροπρόθεσμης σύμβασης θα μεταβληθεί από σημαντικές αλλαγές στη νομοθεσία. Εκτός από τα συνήθη προβλήματα που σχετίζονται με τον κίνδυνο μεταβολής των περιστάσεων, οι αλλαγές στο νόμο εμφανίζουν δύο πιο συγκεκριμένες επιπλοκές.

Κατά πρώτον, οι μακροπρόθεσμες συμβάσεις συχνά συνδέονται, άμεσα ή έμμεσα, με κυβερνήσεις. Για παράδειγμα, πολλά ενεργειακά έργα συνοδεύονται από μια Κυβερνητική Συμφωνία μεταξύ του εργολάβου και του κράτους στο οποίο βρίσκονται διαθέσιμοι οι πόροι. Ως εκ τούτου, το κράτος θα είναι το ένα μέρος των σχετικών συμβάσεων μακράς διάρκειας (ή σημαντικών υποκείμενων συμβάσεων). Αυτό αυξάνει τον κίνδυνο ότι, μέσα από τους διαφορετικούς θεσμούς που απαρτίζουν το κράτος, το τελευταίο λαμβάνει κάθε φορά διαφορετικούς (και ενδεχομένως αντικρουόμενους) ρόλους. Συγκεκριμένα, ο εκτελεστικός βραχίονας που συνάπτει τις σχετικές συμβάσεις έρχεται σε αντίθεση με το ρόλο του νομοθετικού βραχίονα, για παράδειγμα, στο ζήτημα της ρύθμισης της βιομηχανίας ορυκτών²⁵.

Δεύτερον, αναγνωρίζοντας ότι η μεταβολή στο νόμο μπορεί να έχει αρνητικές επιπτώσεις στις υφιστάμενες εμπορικές συμφωνίες, οι περισσότερες σημαντικές νομοθετικές τροποποιήσεις περιλαμβάνουν κάποια μορφή μεταβατικών διατάξεων. Αυτές είναι συνήθως σχεδιασμένες να διατηρούν σε ισχύ ορισμένες ρυθμίσεις οι οποίες θα μπορούσαν αλλιώς να είχαν καταργηθεί άμεσα στο πλαίσιο της νέας νομοθετικής ρύθμισης. Παρ' όλ' αυτά, οι μεταβατικές αυτές διατάξεις έχουν ημερομηνία λήξης, πέρα από την οποία η παλαιά ρύθμιση πλέον δεν εφαρμόζεται. Επίσης, έχουν την τάση να καταρτίζονται πολύ περιπτωσιολογικά, περιλαμβάνοντας τεχνικές και σύνθετες προβλέψεις.²⁶

²⁵ Για περαιτέρω συζήτηση επί του κυρίαρχου κινδύνου βλ. P. Turner, 'Sovereign Risk' (1993) AMPLA Yearbook 135; A.J. Ray, 'Sovereign Risk: Commentary' (1993) AMPLA Yearbook 167; D. Gately, 'Sovereign Risk: Commentary' (1993) AMPLA Yearbook 173.

²⁶ L. Chiam, *ibid*, 2006, p. 166.

ΚΕΦΑΛΑΙΟ 4ο

ΡΗΤΡΕΣ ΑΝΑΘΕΩΡΗΣΗΣ ΤΙΜΗΣ

1. Προέλευση

Κατά τις πρώτες ημέρες της βιομηχανίας φυσικού αερίου στη Βόρεια Θάλασσα, ο μόνος τρόπος για τους ανάντι προμηθευτές, που συνήθως λειτουργούν σε κοινοπραξίες, για να στηρίξουν την αρχική τους επένδυση στην ανάπτυξη των κοιτασμάτων φυσικού αερίου, ήταν να προσχωρήσουν σε μακροχρόνιες συμφωνίες πώλησης φυσικού αερίου (δηλαδή για περιόδους 25 ή και περισσότερων ετών)²⁷.

Ωστόσο, η βιομηχανία φυσικού αερίου της Βόρειας Θάλασσας ήταν εν τη γενέση, και πολλοί ανάντι προμηθευτές δεν ήταν σε θέση ή δεν ήθελαν να κάνουν οι ίδιοι τις επενδύσεις, έτσι ώστε η συνηθέστερη πηγή χρηματοδότησης ήταν η τραπεζική. Οι τράπεζες με τη σειρά τους απαιτούν αξιόπιστες μακροπρόθεσμες ροές εισοδήματος για να εξασφαλίσουν ότι τα έργα είναι σε θέση να επιστρέψουν τα χρήματα που αυτές έχουν δανείσει: ήτοι μακροπρόθεσμες πωλήσεις αερίου δεσμευμένες σε μονοψωνιακούς αγοραστές σε γεωγραφικά χωρισμένες αγορές ικανοποιούν αυτή την απαίτηση.

Δεδομένης της νέας αγοράς για το φυσικό αέριο στην Ευρώπη, ο αγοραστής του φυσικού αερίου ήθελε να διασφαλίσει ότι θα μπορούσε να πωλήσει εν συνεχεία το φυσικό αέριο στους δικούς του πελάτες. Ωστόσο, παρ' όλο που είχε το μονοπώλιο στην γεωγραφική του περιοχή, θα έπρεπε να είναι σε θέση να ανταγωνιστεί άλλες πιθανές πηγές ενέργειας, όπως είναι ο άνθρακας ή το πετρέλαιο. Ήθελε να εξασφαλίσει, επομένως, ότι η τιμή που κατέβαλε στον ανάντι προμηθευτή για το φυσικό αέριο ήταν ανταγωνιστική. Την ίδια στιγμή, ο ανάντι προμηθευτής ήθελε να λάβει μια τιμή για το φυσικό αέριο που του εξασφάλιζε το υψηλότερο δυνατό έσοδο.

Ο μηχανισμός που εξασφαλίζει ότι οι στόχοι και των δύο πλευρών συναντιούνται ήταν διττός: αφενός, η σύνδεση της μηνιαίας τιμής του φυσικού αερίου με τις τιμές άλλων πηγών ενέργειας (οι οποίες μεταβάλλονται κάθε μήνα) και ως εκ τούτου παρακολούθηση αυτών των τιμών και αφετέρου ένας μηχανισμός αναθεώρησης των τιμών για απρόβλεπτες αλλαγές στην αγορά ο οποίος επέτρεπε η τιμή να προσαρμόζεται έναντι οποιωνδήποτε νέων δυνάμεων αναπτύσσονταν στη βάση της αγοράς.

²⁷ T. Harriss, *ibid*, p. 103.

Η αρχική τιμή που συμφωνούνταν ήταν (τουλάχιστον) σιωπηρά αποδεκτή από τα μέρη τα οποία ήταν ελεύθερα να διαπραγματευτούν και να κατανοήσουν τους οικονομικούς κινδύνους της συμφωνίας, γεγονός που επέτρεψε το αέριο να διατίθεται στην αγορά σε οικονομική τιμή από τον αγοραστή.

Μέσω του μηχανισμού αναθεώρησης των τιμών που χρησιμοποιήθηκε σε αυτές τις συμβάσεις δόθηκε έμφαση στις αλλαγές της αξίας του φυσικού αερίου που δεν είχαν γίνει αντιληπτές από την δυναμική αλλαγή στη ρήτρα τιμολόγησης. Ο μηχανισμός εξελίχθηκε χάρη στις συμφωνίες της δεκαετίας του 1960 για την πώληση φυσικού αερίου από το ολλανδικό κοιτάσμα “Groningen”. Η λογική αυτών των συμβάσεων ανάχθηκε σε βιομηχανικό πρότυπο κατά τη διάρκεια εκμετάλλευσης του νορβηγικού κοιτάσματος φυσικού αερίου “Norwegian Troll” τη δεκαετία του 1980.

Ειδικότερα, δεδομένου ότι οι πωλήσεις οργανώνονταν μέσω μιας κεντρικής επιτροπής, όλοι οι παραγωγοί και η Νορβηγική Κυβέρνηση ξεκίνησαν διαπραγματεύσεις, και την ίδια στιγμή οι αγοραστές οργάνωναν κοινοπραξίες για διαπραγμάτευση με τους Νορβηγούς πωλητές. Αυτό σήμαινε ότι άρχισε να χρησιμοποιείται μια τυποποιημένη μορφή συμφωνίας-σύμβασης, που περιελάμβανε μεταξύ άλλων και μια ρήτρα αναθεώρησης τιμών. Ακόμη και μετά το 2001, στον απόηχο της παρέμβασης της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, όσον αφορά την παραβίαση από κοινοπραξίες των κανόνων ανταγωνισμού της Ευρωπαϊκής Ένωσης, η διατύπωση παρέμεινε σταθερή και άρχισε να χρησιμοποιείται και από άλλους προμηθευτές (όπως από τη Ρωσία).

2. Εξέλιξη

Από τα μέσα της δεκαετίας του 2000, καθώς η πρόσβαση στις υποδομές μεταφορών κατέστη εφικτή και οι περιορισμοί στην αγορά συρρικνώθηκαν, ο πραγματικός αντίκτυπος της απελευθέρωσης της ευρωπαϊκής αγοράς φυσικού αερίου άρχισε να γίνεται αισθητός. Στο πλαίσιο αυτό, παίκτες της αγοράς φυσικού αερίου, με καθιερωμένες θέσεις σε αυτήν, αναγνώρισαν την πρόσθετη αξία των συμφωνιών μακροπρόθεσμης προμήθειας φυσικού αερίου, ήτοι τη δυνατότητα να αποθηκεύουν ή να προμηθεύουν αέριο έξω από την παραδοσιακή εμπορική σύμπραξη, καθώς και να μεταφέρουν φυσικό αέριο από περιοχές υπερπροσφοράς σε άλλες περιοχές όπου υπήρχε αυξημένη ζήτηση λόγω ελλείματος²⁸.

Επιπλέον, οι αναδυόμενοι μηχανισμοί διαπραγμάτευσης σε κόμβους πρόσφεραν υπηρεσίες τιμολόγησης, αλλά, δεδομένων των χαμηλών επιπέδων ρευστότητας,

²⁸ T. Harriss, *ibid*, p. 105

εξακολουθούσαν να υπάρχουν ευκαιρίες για χειραγώγηση (“arbitrage”) των τιμών. Έτσι, μερικοί αγοραστές και πωλητές άρχισαν να εμπορεύονται έξω από τις υφιστάμενες συμφωνίες προμήθειας, και αυτές οι ξεχωριστές συναλλαγές είχαν γενικά βραχυπρόθεσμο χαρακτήρα.

Ως εκ τούτου, νέες μορφές συμβάσεων αναπτύχθηκαν, αλλά και γι’ αυτές τις βραχυπρόθεσμες συμβάσεις (διάρκειας συνήθως για λιγότερο από ένα, και πάντως το πολύ μέχρι τρία έτη) οι κατευθυντήριες ήταν οι ίδιες, ήτοι να αποφευχθεί η καταστρατήγηση της επαναξιολόγησης των τιμών.

Δεδομένου, βέβαια, του βραχυπρόθεσμου χαρακτήρα των συμφωνιών, τα συμβαλλόμενα μέρη συμφώνησαν να μην συμπεριλάβουν μηχανισμό αναθεώρησης τιμών, καθώς ήταν σίγουροι ότι υπήρχαν μικρά περιθώρια για ενδεχόμενα απρόβλεπτα γεγονότα που θα μπορούσαν να υπονομεύσουν τον ήδη συμφωνηθέντα μηχανισμό τιμολόγησης. Ή, αν τελικά συμπεριλαμβάνονταν μηχανισμοί αναθεώρησης τιμής, αυτοί έτειναν να είναι λεπτομερείς και εξειδικευμένοι, καθώς τα εν λόγω γεγονότα θεωρήθηκαν ότι είναι προβλέψιμα, μολονότι η επίδραση στη διαμόρφωση των τιμών δεν ήταν και τόσο προβλέψιμη τελικά.

3. Φιλοσοφία

Δεν υπάρχει καμία προδιαγραφή για τις ρήτρες αναθεώρησης τιμής και κατ’ ανάγκη οι όροι τους ποικίλλουν. Ωστόσο, σε γενικές γραμμές, υπάρχουν δύο φιλοσοφικές προσεγγίσεις: η εξελικτική (“*evolutionary*”) και η επαναστατική (“*revolutionary*”). Βέβαια, μια ρήτρα αναθεώρησης τιμής μπορεί να περιέχει ένα μίγμα και των δύο προσεγγίσεων²⁹.

Η εξελικτική προσέγγιση δίνει μεγάλη σημασία στην αρχική συμφωνία των μερών. Αναγνωρίζει ότι τα μέρη πρέπει να επανέλθουν στην οικονομική ισορροπία που υπήρχε στην αρχή της συμβατικής του σχέσης, και αυτό αναμένεται να γίνει με την τροποποίηση όρων της σύμβασης ώστε να επανέλθει η αρχική οικονομική ισορροπία στο πλαίσιο της νέας πραγματικότητας που προκλήθηκε από τη μεταβολή των περιστάσεων.

Η επαναστατική προσέγγιση, από την άλλη μεριά, δίνει λιγότερο βάρος στην αρχική συμφωνία των μερών. Η σύμβαση αναθεωρείται για να προσαρμοστεί αμιγώς στις νέες συνθήκες. Η συνήθης πρόθεση είναι ότι οι διατάξεις της σύμβασης θα αλλάξουν και τα μέρη θα παραμείνουν μεν στις συμβατικές τους σχέσεις, αλλά υπό διαφορετικούς όρους από εκείνους που είχαν αρχικά συμφωνηθεί. Αν τα μέρη δεν μπορούν να συμφωνήσουν σχετικά

²⁹ T. Harriss, *ibid*, p. 146

με τους νέους όρους, αυτοί θα καθορίζονται από ένα τρίτο μέρος. Η προσέγγιση αυτή δεν αφορά, επομένως, τόσο την αλλαγή καθαυτή, αλλά σχετίζεται πιο πολύ με τη φύση και την επίδραση της επικρατούσας αγοράς, με αποτέλεσμα να δίδεται λιγότερο βάρος στην αρχική συμβατική ισορροπία.

Για μερικούς, άλλωστε, ένα μακροπρόθεσμο συμβόλαιο πώλησης και αγοράς φυσικού αερίου προσεγγίζεται καλύτερα ως ένα κοινωνιολογικό και όχι ως νομικό μόρφωμα λαμβάνοντας ως δεδομένη την αμοιβαία εμπιστοσύνη και προθυμία των μερών να μοιραστούν τους κινδύνους και τα συμφέροντα για επανακαθορισμό των όρων κατά τη μακρά διάρκεια ζωής της σύμβασης. Ένα συμβόλαιο με αυτά τα χαρακτηριστικά είναι το καταλληλότερο δεδομένων των δεσμεύσεων που απαιτούνται για μακροπρόθεσμη παραγωγή και διάθεση των προϊόντων πετρελαίου, μολονότι είναι ασυνήθιστο στο κοινό συμβατικό πλαίσιο.

Τελικά, δεδομένης της σχεσιακής φύσης μιας μακροχρόνιας σύμβασης πώλησης και αγοράς φυσικού αερίου, καθώς και της σημασίας των σχετικών επενδύσεων, η ρήτρα αναθεώρησης τιμών θα πρέπει να προβλέπει έναν μηχανισμό που ενθαρρύνει την ανακατανομή της αξίας της κοινής επιχείρησης, κατά τρόπο που να αντανακλά τον επιμερισμό των κινδύνων μιας μακροχρόνιας σύμβασης φυσικού αερίου.

4. Σύνταξη και ερμηνεία

Δεν υπάρχει πρότυπο ρήτρας αναθεώρησης τιμής. Τα μέρη διαπραγματεύονται κατά περίπτωση, ήτοι ad hoc, μια ρήτρα η οποία θα ανταποκρίνεται στις ιδιαίτερες συνθήκες της συμβατικής τους σχέσης και των συναλλαγών τους.

Μια γενική ρήτρα αναθεώρησης του επιπέδου των τιμών θα πρέπει να διακρίνεται από άλλες ρήτρες που προβλέπουν την αναθεώρηση άλλων όρων της σύμβασης για την αντιμετώπιση συγκεκριμένων θεμάτων ή γεγονότων, όπως για παράδειγμα είναι οι ρήτρες δυσκολίας (“hardship clauses”), οι οποίες επιτρέπουν την επανεξέταση αν ένας συμβαλλόμενος αντιμετωπίζει σημαντικές δυσκολίες ως αποτέλεσμα σημαντικής μεταβολής των περιστάσεων και μπορεί να περιλαμβάνει την επανεξέταση όλων των όρων της σύμβασης, κι όχι μόνο την τιμή, ή ακόμα και ρήτρες που αφορούν νομοθετικές ή φορολογικές μεταβολές³⁰.

Αντίθετα, οι ρήτρες αναθεώρησης των τιμών τείνουν να είναι γενικότερου χαρακτήρα και απαντούν περισσότερο σε τυχόν αλλαγές της αγοράς παρά σε ένα

³⁰ Αυτές οι περιπτώσεις μελετώνται αναλυτικά κατωτέρω υπό το Κεφάλαιο 9.

συγκεκριμένο θέμα. Δυσκολίες μπορεί να προκύψουν κατά τη σύνταξη και την ερμηνεία τους δεδομένων των μεγάλων αποκλίσεων μεταξύ των ρητρών, καθώς και τη σχετική σπανιότητα των διαθέσιμων στο κοινό δικαστικών ή διαιτητικών αποφάσεων.

5. Είδη αναθεώρησης

Η αναθεώρηση σε μια τυπική ρήτρα αναθεώρησης τιμής προβλέπεται είτε ως τακτική είτε ως έκτακτη είτε ως συνδυασμός και των δύο περιπτώσεων.

Στην τακτική-περιοδική αναθεώρηση τα μέρη συμφωνούν είτε ότι η τιμή θα αναθεωρείται αυτόματα σε συγκεκριμένα χρονικά διαστήματα κατά τη διάρκεια ζωής της σύμβασης (λ.χ. κάθε τρία χρόνια) ή σε συγκεκριμένα χρονικά σημεία-ορόσημα. Το πλεονέκτημα αυτής της μεθόδου είναι ότι το γενεσιουργό γεγονός (“trigger event”, βλ. αμέσως επόμενο κεφάλαιο) προκαλεί ομαλώς την αναδιαπραγμάτευση και αποφεύγονται τυχόν διαφωνίες ως προς το εάν έχει γίνει επίκληση της ρήτρας αναθεώρησης³¹. Ωστόσο, η μηχανική φύση μιας τέτοιας ενεργοποίησης πολλές φορές δεν συμβάλλει στην ομαλή και γρήγορη προσαρμογή σε αλλαγές της αγοράς που επηρεάζουν τη σύμβαση.

Για τον λόγο αυτό πολλές φορές τα μέρη, ειδικά στην περίπτωση μακροχρόνιων συμβολαίων πώλησης και αγοράς (“sale and purchase agreement - SPA”), προβλέπουν τη δυνατότητα έκτακτης αναθεώρησης της τιμής (“wildcard reviews”), εκτός της συνήθους περιοδικότητας και υπό ορισμένες προϋποθέσεις³². Πρόκειται στην ουσία για τη δυνατότητα επίκλησης ειδικών γεγονότων, πρόβλεψη που καθιστά ευκολότερη την προσαρμογή στα εκάστοτε νέα δεδομένα της αγοράς. Συγκεκριμένα, η ανασκόπηση των τιμών ενεργοποιείται εφόσον πρόκειται για γεγονός εκτός ελέγχου των μερών, το οποίο έχει προκαλέσει σημαντική αλλαγή στην αγορά και η αλλαγή αυτή είναι απρόβλεπτη^{33,34}.

³¹ Για παράδειγμα στην περίπτωση σύμβασης μεταξύ *Sonatrach-Distrigas* προβλέπεται ότι τα μέρη κάθε τέσσερα χρόνια θα συναντιούνται προκειμένου να συζητούν πάνω στο ζήτημα αναθεώρησης της συμβατικής τιμής. Με άλλα λόγια, το “trigger event” επισυμβαίνει αυτόματα με το πέρας του συμφωνημένου χρόνου και κανένα συμβαλλόμενο μέρος δεν χριεάζεται να αποδείξει δικαίωμα προς την κατεύθυνση της αναθεώρησης (T. Harriss, *ibid*, p. 14).

³² T. Harriss, *ibid*, p. 13-14.

³³ Πρόκειται για εκείνες τις περιπτώσεις ρητρών που απαιτούν το αιτούν την αναθεώρηση μέρος να αποδείξει συγκεκριμένη ποιοτική μεταβολή στην σχετική αγορά (λ.χ. μεταβολή στις οικονομικές συνθήκες) πριν την εξέταση του ζητήματος της αναθεώρησης. Η υπόθεση της *Atlantic LNG SPA* αποτελεί χαρακτηριστικό παράδειγμα. Η συμφωνία προέβλεπε ότι το επικαλούμενο τη μεταβολή μέρος έπρεπε να αποδείξει ότι: “...*economic circumstances in Spain beyond the control of the Parties, while exercising due diligence, have substantially changed as compared to what it reasonably expected when entering into this Contract ... and the Contract Price ... does not reflect the value of Natural Gas in the Buyer's end-user market.*” (T. Harriss, *ibid*, p. 14).

³⁴ Βλ. Κεφάλαιο 8.

6. Περιεχόμενο

Μια αποτελεσματική ρήτρα αναθεώρησης της τιμής περιέχει τα ακόλουθα στοιχεία:

Πρώτον, τα γεγονότα (“trigger events”) που θέτουν σε λειτουργία τον μηχανισμό αναθεώρησης τιμής (στο εξής γενεσιουργό γεγονός ή trigger event).

Δεύτερον, τη διαδικασία που πρέπει να ακολουθείται κατά τη διεξαγωγή της αναδιαπραγμάτευσης (συμπεριλαμβανομένου του τι θα συμβεί αν δεν επιτευχθεί συμφωνία).

Τρίτον, τη μεθοδολογία της επανεξέτασης (συμπεριλαμβανομένων των παραμέτρων για την τροποποίηση του τύπου της τιμής καθώς και πότε η τροποποίηση τίθεται σε ισχύ).

Η δε ανασκόπηση της τιμής ακολουθεί μια διαδικασία δύο σταδίων. Αφενός ένα μέρος πρέπει να αποδείξει ότι υφίσταται ανάγκη αναθεώρησης σύμφωνα με τις διατάξεις της ρήτρας. Αφετέρου, τα μέρη καθορίζουν το αν και το πώς η αναθεώρηση πρέπει να πραγματοποιηθεί και μέσω ποιάς διαδικασίας.

7. Παράδειγμα

Ένα γενικό πρότυπο-παράδειγμα ρήτρας αναδιαπραγμάτευσης τιμής σε μια σύμβαση φυσικού αερίου είναι η εξής:

α. Εάν οι περιστάσεις, που εκφεύγουν από τον έλεγχο των μερών, αλλάζουν σημαντικά σε σύγκριση με τις υποκείμενες στις ισχύουσες διατάξεις περί τιμών παραδοχές, κάθε συμβαλλόμενο μέρος έχει τη δυνατότητα προσαρμογής των διατάξεων των τιμών που αντικατοπτρίζουν αυτές τις αλλαγές. Οι προβλέψεις για την τιμή πρέπει, σε κάθε περίπτωση, να επιτρέπουν την οικονομικά αποδοτική εμπορία του αερίου βασιζόμενη στην υγιή λειτουργία της αγοράς.

β. Κάθε συμβαλλόμενο μέρος δικαιούται να ζητήσει την επανεξέταση των διατάξεων των τιμών για πρώτη φορά την 1η / μμ / εεεε και εν συνεχεία ανά τριετία.

γ. Κάθε συμβαλλόμενο μέρος παρέχει τις απαραίτητες πληροφορίες για να τεκμηριώσει τον ισχυρισμό του.

δ. Μετά από αίτηση για επανεξέταση της τιμής τα συμβαλλόμενα μέρη συνέρχονται για να εξετάσουν κατά πόσο η προσαρμογή των διατάξεων για την τιμή είναι δικαιολογημένη. Ελλείψει συμφωνίας εντός 120 ημερών, κάθε ένα από τα Μέρη μπορεί να παραπέμψει το θέμα σε διαιτησία σύμφωνα με τις διατάξεις της σύμβασης περί διαιτησίας.

ε. Εφόσον δεν έχει επιτευχθεί συμφωνία ή δεν έχει εκδοθεί διαιτητική απόφαση, όλα τα δικαιώματα και οι υποχρεώσεις που απορρέουν από τη συμφωνία – συμπεριλαμβανομένων των διατάξεων για την τιμή – εξακολουθούν να ισχύουν αμετάβλητα. Εκτός αν άλλως συμφωνηθεί ή αποφασιστεί με τη διαιτητική απόφαση, οι διαφορές από τη νέα τιμή πρέπει αναδρομικά να αποκατασταθούν συμπεριλαμβανομένου ενός επιτοκίου διαφοράς που υπολογίζεται με έναν συντελεστή ο οποίος αντικατοπτρίζει τις συνθήκες στη διεθνή αγορά χρηματοδότησης»^{35,36}.

³⁵ Υπό την αγγλόφωνη εκδοχή το παράδειγμα της ρήτρας έχει ως ακολούθως:

"a) *If the circumstances beyond the control of the Parties change significantly compared to the underlying assumptions in the prevailing price provisions, each Party is entitled to an adjustment of the price provisions reflecting such changes. The price provisions shall in any case allow the gas to be economically marketed based on sound marketing operation.*

(b) *Either Party shall be entitled to request a review of the price provisions for the first time with effect of dd/mm/yyyy and thereafter every three years.*

(c) *Each Party shall provide the necessary information to substantiate its claim.*

(d) *Following a request for a price review the Parties shall meet to examine whether an adjustment of the price provisions is justified. Failing an agreement within 120 days either Party may refer the matter to arbitration in line with the provisions on arbitration of the Contract.*

(e) *As long as no agreement has been reached or no arbitration award has been rendered all rights and obligations under the agreement – including the price provisions – shall remain applicable unchanged. Unless otherwise agreed or decided by the arbitral award, differences to the newly established price shall be retroactively compensated inclusive of interest on the difference calculated at a rate reflecting the conditions on the international financing market."*

³⁶ Kim Talus, *Research Handbook on International Energy Law*, Edward Elgar Publishing, Inc., 2014, p. 231., S. Farmer, "LNG Sale and Purchase Agreement" in *Liquefied Natural Gas*, Paul Griffin (ed.), 2006, p. 49, Βλ. επίσης ένα παράδειγμα από τη Γραμματεία του Χάρτη Ενέργειας (Energy Charter Treaty Paper, Putting a Price on Energy, October 18 2007 p. 161).

ΚΕΦΑΛΑΙΟ 5ο

ΤΟ ΓΕΝΕΣΙΟΥΡΓΟ ΓΕΓΟΝΟΣ

1. Περιεχόμενο

Ανεξαρτήτως του αριθμού των φορών που ο μηχανισμός ανασκόπησης της τιμής θα κληθεί σε εφαρμογή για τον επανακαθορισμό του ύψους της, το μέρος που κινεί την διαδικασία πρέπει να αποδείξει και την ύπαρξη του γεγονότος που την δικαιολογεί. Ως εκ τούτου, και προκειμένου η ρήτρα να καθίσταται πιο αποτελεσματική, το “trigger event” πρέπει να διατυπώνεται γενικά για να περικλύει όσο το δυνατόν περισσότερες περιπτώσεις οι οποίες ενδέχεται να έχουν σημαντική επίπτωση στην τιμή. Ωστόσο, και η υπερβολική γενικότητα μπορεί να δυσχεράνει την διαπίστωση σχετικά με το εάν έχει πράγματι λάβει χώρα το “trigger event”.

Η ανάλυση που αμέσως παρακάτω ακολουθεί βασίζεται σε και παρουσιάζεται υπό την εκδοχή των όσων προβλέπουν επιμέρους δικαιοϊκά συστήματα σε διάφορες χώρες εν είδει συγκριτικής επισκόπησης³⁷.

1.1. Εξειδίκευση ή γενική περιγραφή;

Το άρθρο 147 (2) του Αιγυπτιακού Αστικού Κώδικα, μαζί με πολλούς άλλους εθνικούς κώδικες της Βόρειας Αφρικής, προβλέπει ότι η εκδήλωση δεν πρέπει να είναι απαραίτητα εξαιρετική, αλλά αρκεί και μια «γενικότητα» αυτής. Αυτό σημαίνει ότι το γενεσιουργό γεγονός δεν πρέπει να είναι εξειδικευμένο, ειδικά για το πρόσωπο του οφειλέτη, αλλά να επηρεάζει μια ευρύτερη κατηγορία προσώπων. Έτσι, λ.χ. η ατομική πτώχευση του οφειλέτη ή η απεργία του προσωπικού του δεν θα θεωρείται συνήθως ως εξαιρετική περίπτωση στην οποία ο οφειλέτης μπορεί να στηρίξει αίτησή του για αναμόρφωση της σύμβασης λόγω δυσκολίας³⁸.

Ωστόσο, το αντίθετο φαίνεται να ισχύει βάσει του ουγγρικού δικαίου. Τα ουγγρικά δικαστήρια φαίνεται να δέχονται ότι το άρθρο 241 του Αστικού Κώδικα (που αντανακλά την

³⁷ T. Harriss, *ibid*, p. 70

³⁸ A. Sanhoury, *Al Waseet fi Sharh al Qanun al Madani*, 2008 ed., Vol 1, p. 532, para 420.

«αρχή της δυσκολίας») δεν μπορεί να εφαρμοστεί για την αναπροσαρμογή των συμβάσεων ώστε να αντιμετωπιστούν θεμελιώδεις αλλαγές στην οικονομική και κοινωνική πραγματικότητα που επηρεάζουν την πλειονότητα των οικονομικών φορέων. Σε μία απόφασή του, μάλιστα, το Ανώτατο Δικαστήριο εξήγησε ότι μια μεταβολή στη ζήτηση της αγοράς από μόνη της δεν θα μπορούσε να χρησιμεύσει ως λόγος για την τροποποίηση της σύμβασης, τη στιγμή που και τα δύο μέρη έχουν επηρεαστεί από την αλλαγή στην συγκεκριμένη περίπτωση.

1.2. Προβλεψιμότητα μεταβολής

Η έννοια του τι είναι προβλέψιμο θα ποικίλλει από περίπτωση σε περίπτωση και το ζήτημα των διακυμάνσεων των τιμών μπορεί να προκαλέσει διαφορετικές απόψεις από τη μία δικαιοδοσία στην άλλη. Το Ανώτατο Ομοσπονδιακό Δικαστήριο του Ιράκ, για παράδειγμα, έχει αποφανθεί ότι ο οφειλέτης δεν μπορεί να επικαλεστεί την αύξηση του γενικού επιπέδου τιμών των πρώτων υλών και των μισθών για να ζητήσει την τροποποίηση της σύμβασης, δεδομένου ότι «η αύξηση των τιμών είναι μια προβλέψιμη περίπτωση που δεν μπορεί να θεωρηθεί ως έκτακτο, γενικό ή απρόβλεπτο γεγονός»³⁹.

Ο νομικός Fred Fucci⁴⁰ αναφέρει⁴¹ ως παραδείγματα γεγονότων των οποίων η προβλεψιμότητα θεωρείται δυνατή, και ως εκ τούτου δεν δίνουν αφορμή για αξίωση αναθεώρησης της σύμβασης, τα εξής:

- οι αλλαγές στις τιμές αγοράς προϊόντων⁴²,
- η γενική δυσμενής οικονομική κατάσταση σε μια χώρα,
- οι διακυμάνσεις των συναλλαγματικών ισοτιμιών,
- η άρνηση μιας κεντρικής τράπεζας να χορηγήσει άδεια για πληρωμή σε ξένο νόμισμα, και

³⁹ Federal Supreme Court of Iraq, 7 Δεκεμβρίου 2009, Απόφαση υπ' αριθ. 1289.

⁴⁰ Ο Fred Fucci είναι δικηγόρος ο οποίος ειδικεύεται στη κατάρτιση και νομική υποστήριξη συμβάσεων για την απόκτηση, την ανάπτυξη και τη χρηματοδότηση πρότζεκτ παραγωγής ενέργειας.

⁴¹ Fred Fucci, "Hardship and Changed Circumstances as Excuse for Non-Performance of Contracts - Practical Considerations in International Infrastructure Investment and Finance", January 2007.

⁴² Ο Fucci αναφέρεται σε μια χαρακτηριστική υπόθεση για την υποστήριξη της θέσης του: "*In the ICC Award in Matter No. 2216 (1974), the case arose because a Norwegian company failed to perform a petroleum purchase agreement because the price of petroleum had gone down by more than half between the time of contract and scheduled delivery. The Tribunal did not permit an adjustment in the contract price on the basis of a hardship argument. This was not found to constitute a "bouleversement" of economic circumstances, but a simple fluctuation in market prices. In a commentary to this case by Yves Derains, then Secretary General of the ICC Court of Arbitration*". [Y. Derains, *Chronique des sentences arbitrales*, Chinet 1975, p. 921J, όπου επεσήμανε ότι για να γίνει αποδεκτό αυτό το είδος της διακύμανσης ως λόγος για την απαλλαγή από τη μη εκτέλεση της σύμβασης "would put in danger the security of transactions".

- οι ένοπλες εχθροπραξίες μεταξύ χωρών με παρελθόν ανταγωνισμού-αντιπαλότητας.

Ωστόσο, παρά τις ανωτέρω παραδοχές, επιβάλλεται η έρευνα να επικεντρωθεί όχι μόνο στο αν η ίδια η εκδήλωση ήταν προβλέψιμη, αλλά και στο αν η βαρύτητα αυτής ήταν δυνατό να προβλεφθεί. Όπως επισημαίνει ο ίδιος ο Fucci αργότερα στο άρθρο του, τα ακόλουθα γεγονότα φαίνεται να έχουν αποτελέσει γεγονότα «δυσκολίας» (και ως εκ τούτου ήταν εξ ορισμού απρόβλεπτα):

- η δεκαπλάσια αύξηση στην τιμή οφείλεται σε μια μετα-συμβατική αλλαγή λόγω κάποιας κυβερνητικής ρύθμισης (π.χ. επιβολή νέων κανονισμών ασφαλείας εξαιτίας των οποίων η κατασκευή ενός εργοστασίου απαιτεί εγκατάσταση πρόσθετου εξοπλισμού, και επομένως η εκπλήρωση της υποχρέωσης εκ μέρους του αναδόχου καθίσταται σημαντικά επαχθέστερη),
- μια ξαφνική υποτίμηση του νομίσματος μιας χώρας (ως νομίσματος πληρωμής) της τάξης του 80%,
- η εξαφάνιση της αγοράς προϊόντος (σε αντίθεση με τη συρρίκνωση αυτής).

Είναι σαφές, επομένως, ότι η κάθε περίπτωση πρέπει να αξιολογείται ad hoc.

1.3. Η φύση των επιπτώσεων

Ο καθηγητής Sanhoury⁴³ υποστηρίζει ότι, ενώ δεν υπάρχει κάποιο αντικειμενικό κριτήριο στην Αίγυπτο που να επιτρέπει σε κάποιον να ξέρει πότε η εκπλήρωση της υποχρέωσης έχει γίνει «υπερβολικά επαχθής»⁴⁴, την ίδια στιγμή φαίνεται να υπάρχει ένα στοιχείο αντικειμενικότητας, όταν δηλαδή εξετάζεται αν μια συγκεκριμένη περίπτωση θα μπορούσε να αποτελεί δυσκολία. Σύμφωνα με τον Sanhoury δεν φαίνεται να έχει σημασία ότι ο οφειλέτης διαθέτει σημαντικούς πόρους που θα του επέτρεπαν να αντισταθμίσει την ζημία χωρίς μεγάλο κόστος. Εάν ο οφειλέτης απειλείται με ζημία το ύψος της οποίας είναι μεγαλύτερο απ' όσο είναι συνηθισμένο να προκύπτει από μια τέτοια σύμβαση, η απαίτηση υπερβολικής επάχθειας πληρούται, ακόμη και αν μια τέτοια επιβάρυνση δεν είναι μεγάλη σε σχέση με τον συνολικό πλούτο του οφειλέτη⁴⁵.

Ωστόσο, αυτό φαίνεται να έρχεται σε αντίθεση με ορισμένες αρχές που ισχύουν στην ευρωπαϊκή ή αμερικανική έννομη τάξη. Εν είδει παραδείγματος, σε μια περίπτωση που

⁴³ Ο A. el-Razzak el-Sanhuri ήταν Αιγύπτιος νομικός, λόγιος και καθηγητής που συνέταξε τον αναθεωρημένο Αιγυπτιακό Αστικό Κώδικα του 1948. Ο Sanhuri επεδίωξε να αναδημιουργήσει έναν «καθαρό» ισλαμικό νόμο με τον εκσυγχρονισμό της σαρίαξ αξιοποιώντας το Δυτικό Αστικό Δίκαιο (κυρίως αμερικανικής και γαλλικής έμπνευσης).

⁴⁴ A. Sanhoury, *Al Waseet fi Sharh al Qanun al Madani*, 2008 Edition, Vol 1, pp. 535-536, para 420.

⁴⁵ Ibid.

απασχόλησε τα ελβετικά δικαστήρια, υποστηρίχθηκε ότι, αν από την επίδικη σύμβαση προέρχεται ένα μικρό μόνο μέρος των συνολικών εσόδων για τον πωλητή, θα ήταν δύσκολη η εφαρμογή της αρχής της δυσκολίας. Ο Fucci αναφέρει σχετικά:

“Therefore, it is possible to extract from this award another principle that a contract affected by a change in economic circumstances must represent a significant portion of a company's revenues for performance to be considered "unbearable". Other arbitral jurisprudence supports the theory that the standard for judging what is bearable is subjective. What is unbearable or "excessively onerous" for a relatively small company for which a particular contract represents a significant part of its revenues may be merely onerous and thus bearable for a large, well-finded company which does not risk serious financial difficulty as a result of continued performance of the contract”⁴⁶.

Εν τέλει, το ζήτημα αυτό δεν έχει διασαφηνιστεί πλήρως. Ακόμη και κατά το ελβετικό δίκαιο, πολλοί σχολιαστές εικάζουν ότι το γεγονός πως ένας συγκεκριμένος πωλητής έχει καταστραφεί, δεν είναι από μόνο του ικανή συνθήκη ώστε αυτός να προβάλει αποτελεσματικά ένα αίτημα βασιζόμενο σε κάποια δυσκολία⁴⁷.

1.4. Η έκταση της μεταβολής

Ένα παράδειγμα για το εύρος των δυσχερειών που θεωρείται δικαιολογημένο προέρχεται από το αλγερινό δίκαιο διαιτησίας της δεκαετίας του 1990. Στην περίπτωση αυτή, στο πλαίσιο της Επιτροπής των Ηνωμένων Εθνών για τους Νομικούς Κανόνες του Διεθνούς Εμπορίου (“International Trade Law Rules”), το δικαστήριο έπρεπε να αποφανθεί σχετικά με μία σύμβαση εκφρασμένη σε δολάρια που είχε συναφθεί μεταξύ μιας ιταλικής κατασκευαστικής εταιρείας και της Κυβέρνησης του Κουβέιτ για την κατασκευή νέας πρεσβείας στην Αλγερία. Η πλειοψηφία των τριών διαιτητών δέχτηκε ότι μια υποτίμηση της τάξης του 35% της αξίας του δολαρίου των ΗΠΑ σε σχέση με την ιταλική λίρα αποτελούσε μεταβολή των περιστάσεων που δικαιολογεί αποζημίωση για τον ανάδοχο (του οποίου το κόστος ήταν κατά κύριο λόγο εκφρασμένο σε ιταλικές λίρες). Ωστόσο, ο ένας διαιτητής θεώρησε ότι η υποτίμηση ήταν προβλέψιμη.

Τελικά, διαφορετικές περιπτώσεις έχουν οδηγήσει σε μια σειρά από φαινομενικά αντιφατικά αποτελέσματα. Αυτό οφείλεται στη μοναδική φύση της κάθε υπόθεσης, καθώς

⁴⁶ Fred Fucci, *ibid.*, p. 26

⁴⁷ Βλ. αντί πολλών H. Houtte, *Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda*, p. 113 4(5) TDM, Sept 2007 – όπου υποστηρίζει ότι, σύμφωνα με το ελβετικό δίκαιο, πρέπει κανείς να εξετάσει το κατά πόσο η εν λόγω εκδήλωση θα επηρέαζε κάποιον που βρίσκεται στη θέση του ενάγοντος.

και στην διαφορετική κάθε φορά δικαστική άποψη ως προς το πότε θα πρέπει να παρασχεθεί επικουρία.

Όπως είναι, άλλωστε, αναμενόμενο, υπάρχουν διαφοροποιήσεις και στο εσωτερικό της ίδιας της Ευρώπης. Οι ολλανδικές διατάξεις, μιλώντας για «το εύλογο ή τη δικαιοσύνη», εμφανίζονται αρκετά φιλελεύθερες όσον αφορά το γενεσιουργό της αναθεώρησης γεγονός⁴⁸. Ενώ άλλα συστήματα τείνουν να αντικατοπτρίζουν καλύτερα τις αρχές της UNIDROIT σύμφωνα με τις οποίες η μεταβολή πρέπει να είναι θεμελιώδης πριν μιλήσει κανείς για αλλαγή στη σύμβαση.

Άλλες χώρες έχουν επιδιώξει να κλείσουν αυτή τη συζήτηση μέσω της χρήσης ποσοστόσεων. Το Σουδάν, για παράδειγμα, εξετάζει τον απαιτούμενο βαθμό «πόνου», ο οποίος θεωρείται σημαντικός όταν η ζημία υπερβαίνει το ένα τρίτο της υποχρέωσης⁴⁹.

1.5. Η ανάληψη κινδύνων

Τόσο στο ευρωπαϊκό δίκαιο όσο και στην ευρωπαϊκή νομολογία ανακινείται συχνά η συζήτηση για τη σημασία της ανάληψης κινδύνων εκ μέρους των συμβαλλομένων (για παράδειγμα, η επιλογή του αμερικανικού δολαρίου ως νόμισματος της σύμβασης υποδηλώνοντας την ανάληψη κινδύνου για τις συναλλαγματικές ισοτιμίες)^{50,51}.

Πράγματι, αυτό αντανακλάται και στο άρθρο 6.2.2⁵² των αρχών της UNIDROIT⁵³. Αυτό έχει ενδιαφέρον να αντιπαρατεθεί προς τις αραβικές κωδικοποιημένες διατάξεις «περί

⁴⁸ Τούτου λεχθέντος, οι προπαρασκευαστικές εργασίες για τις ολλανδικές διατάξεις ορίζουν ότι αυτή η λύση θα πρέπει να εφαρμόζεται με φειδώ. Βλ. *Memorie van Toelichting* pp 228, 772-773; C. Van Zeben, J du Ron and M Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijke wetboek*, Boek 6, *Algenieen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Kluwer, Deventer, 1981, 967 at 972.

⁴⁹ Sudan, Article 117 of the Law of Civil Transactions: “1. If as a result of exceptional and unforeseeable events of a general character, the performance of the contractual obligation, without becoming impossible, becomes onerous in such as way as to threaten the debtor with exorbitant loss, the court may, according to the circumstances, and after taking into consideration the interests of both parties, reduce to reasonable limits the obligation that has become excessive. Any agreement to the contrary is void. 2. The obligation is not considered onerous unless the loss exceeds one-third of the obligation.”

⁵⁰ Σε μια υπόθεση που προέκυψε από την ασιατική οικονομική κρίση, ένα διαιτητικό δικαστήριο, που ασχολήθηκε με την καταστροφική διολίσθηση του ινδονησιακού “*turiyah*”, έκρινε, μεταξύ άλλων, ότι «με το να δεχτούν τα μέρη τιμολόγηση σε δολάριο ΗΠΑ και όχι σε ινδονησιακό “*turiyah*”, ανέλαβαν σαφώς τον κίνδυνο της υποτίμησης του τοπικού νομίσματος»: “*When stipulations like these appear in a long-term agreement like the ESC, with respect to which it is obvious that the surrounding circumstances may change dramatically during the life of the contract, one can only conclude that the allocation of risk is intentional, indeed emphatic.*”

⁵¹ T. Harriss, *ibid*, p. 73.

⁵² ARTICLE 6.2.2 (Definition of hardship):

δυσκολίας», οι οποίες σκοπό έχουν να παρακάμψουν τις συμβατικές διατάξεις που αρνούνται την κατάφαση περίπτωσης δυσκολίας (και στο σημείο αυτό προκύπτει συζήτηση ως προς το αν η κατανομή κινδύνων αποτελεί «αντίθετη συμφωνία» σε σχέση με τις προβλέψεις των κωδίκων)⁵⁴.

Σε περίπτωση που το εμπορευόμενο αγαθό συνιστά την πρώτη ύλη για ένα τελικό προϊόν (για παράδειγμα, το φυσικό αέριο που χρησιμοποιείται για την παραγωγή αμμωνίας ή ηλεκτρικής ενέργειας), τότε μέρος της τιμής μπορεί να συνδέεται με την τιμή αγοράς του τελικού αυτού προϊόντος. Αυτό δίνει στον πωλητή ένα μερίδιο στο περιθώριο κέρδους του αγοραστή του τελικού προϊόντος, ενώ συγχρόνως εξασφαλίζει ότι ο αγοραστής παραμένει ανταγωνιστικός, καθώς σημαντικό τμήμα της δικής του κοστολόγησης αυξομειώνεται βάσει της διακύμανσης της τιμής του τελικού προϊόντος.

Οποιοσδήποτε συνδυασμός κατώτατων, ανώτατων και ενδιάμεσων τιμών μπορεί να συμπεριληφθεί για να παράσχει στα μέρη την απαιτούμενη προστασία από μαζικές διακυμάνσεις στις τιμές της αγοράς. Οι πωλητές θα επιμένουν συχνά σε μια κατώτατη τιμή για να εμπνεύσουν στους χρηματοδότες του έργου εμπιστοσύνη ότι υπάρχουν επαρκείς ταμειακές ροές για να ανταποκριθούν στις υποχρεώσεις του χρέους τους. Αντίθετα, οι αγοραστές επιδιώκουν ανώτατες τιμές, ώστε να συνάδουν με την υψηλότερη σταθερή κοστολόγηση των κατάντοι συμβάσεων. Αυτές οι αντικρουόμενες τάσεις, ωστόσο, δύναται να αντιμετωπιστούν με τη χρήση εκπτώσεων και πιστώσεων που εφαρμόζονται όταν οι τιμές

There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and

- (a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract;
- (b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract;
- (c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and
- (d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party.

⁵³ Ο UNIDROIT (International Institute for the Unification of Private Law – Διεθνές Ινστιτούτο για την Ενοποίηση του Ιδιωτικού Δικαίου) είναι ένας διακυβερνητικός οργανισμός για την εναρμόνιση του ιδιωτικού διεθνούς δικαίου ιδρυθείς το 1926. Το έργο του περιλαμβάνει την κατάρτιση διεθνών συμβάσεων και την παραγωγή μοντέλου νόμων. Από το 2014 ο UNIDROIT έχει 63 κράτη-μέλη. Ειδικότερα, όσον αφορά τη νομοθετική πολιτική, ο UNIDROIT έχει καταρτίσει όλα αυτά τα χρόνια πάνω από εβδομήντα μελέτες και σχέδια. Πολλές από αυτές έχουν αναχθεί σε διεθνή εργαλεία, όπως είναι Διεθνείς Συμβάσεις, Μοντέλα Νόμων, Αρχές και νομικοί και συμβατικοί Οδηγοί. Στην περίπτωση δε των συμβάσεων, αυτές πολλές φορές επικυρώθηκαν από διπλωματικές διασκέψεις που συγκαλούνται από τα κράτη μέλη του UNIDROIT. Το έργο του UNIDROIT έχει, επίσης, χρησιμεύσει ως βάση για μια σειρά διεθνών πράξεων που έχουν εκδοθεί υπό την αιγίδα άλλων διεθνών οργανώσεων.

⁵⁴ Egypt, Article 147(2) of the Civil Code: “The contract makes the law of the parties. It can be revoked or altered only by mutual consent of the parties or for reasons provided for by the law. When, however, as a result of exceptional and unpredictable events of a general character, the performance of the contractual obligation, without becoming impossible, becomes excessively onerous in such way as to threaten the debtor with exorbitant loss, the judge may, according to the circumstances, and after taking into consideration the interests of both parties, reduce to reasonable limits, the obligation that has become excessive. Any agreement to the contrary is void.”, P. Fanner-S. Marshall, Translation of the Egyptian Civil Code, New World Publisher, p. 29.

υπερβαίνουν ένα κατώτατο ή πέφτουν κάτω από ένα κατώτατο όριο. Σε ορισμένες, μάλιστα, περιόδους, όπου οι αγορές χαρακτηρίζονται από ιδιαίτερα χαμηλές ή υψηλές τιμές, αυτοί οι μηχανισμοί αποδεικνύονται ιδιαίτερα αποτελεσματικοί για βραχυπρόθεσμες χρηματοδοτικές διευκολύνσεις προκειμένου για την αποσυμπίεση του ενός συμβαλλόμενου μέρους. Ωστόσο, αυτές οι τακτικές εγείρουν δύο μείζονα ζητήματα: αφενός θα ισχύει πάντα ανεξαιρέτως ένα ανώτατο όριο για τις πιστώσεις τις οποίες επωφελείται ο ένας συμβαλλόμενος και αφετέρου πώς τελικά θα προκύψει η εκκαθάριση στο τέλος της σύμβασης;

1.6. Η φύση του αιτήματος

Στον μηχανισμό επανεξέτασης ορισμένων ευρωπαϊκών και αμερικανικών συστημάτων περιλαμβάνεται η απαίτηση το μέρος που βρίσκεται στη μειονεκτική θέση να επιδιώκει πρώτα την καταγγελία της σύμβασης, κατάληξη που μπορεί στη συνέχεια να αποφευχθεί μόνο εάν το άλλο συμβαλλόμενο μέρος προτείνει την τροποποίηση αντ' αυτής⁵⁵. Ενώ θα μπορούσε κανείς να υποθέσει ότι στην πραγματικότητα οι διαφορές μεταξύ των αιτημάτων από τη μία για λύση της σύμβασης και από την άλλη για τροποποίηση αυτής θα μπορούσαν να είναι δυσδιάκριτες, εν τέλει υπάρχουν περιπτώσεις όπου το μέρος που αποζητά τη μείωση θα επιθυμεί συγχρόνως να διατηρήσει τη σύμβαση ζωντανή και κατά συνέπεια θα είναι απρόθυμο να προτείνει τον τερματισμό της, στον οποίο και θα καταφύγει εσχατολογικά.

1.7. Συναίνεση και τροποποίηση

Σύμφωνα με την ιαπωνική νομοθεσία, ενώ ορισμένοι συγγραφείς υποστηρίζουν ότι ένας δικαστής μπορεί να προσαρμόσει τη σύμβαση ενάντια στη βούληση των μερών, η γνώμη της πλειοψηφίας φαίνεται να είναι ότι αν, μετά από αίτηση για αναπροσαρμογή, το άλλο μέρος την αρνείται, η σύμβαση πιθανότατα θα λυθεί. Αυτό θα μπορούσε κάλλιστα να έρχεται σε αντίθεση με την κατάσταση σε πολλές άλλες χώρες, στην οποία η δυνατότητα του

⁵⁵ Brazil, Article 478 of the Civil Code: "For contracts of continuing or deferred performance, if the performance by one of the parties becomes excessively onerous, providing an undue advantage to the other, and as a result of extraordinary and unforeseen events, the disadvantaged party may request the termination of the contract. The effects of a judgment of termination shall be retroactive, to the date of the summons". Article 479 of the Civil Code: "Termination can be avoided if the defendant agrees to modify equitably the terms of the contract". Article 480 of the Civil Code: "If, in a contract, the obligations of performance apply only to one of the parties, such party may request that its obligations be reduced or modified as to its performance in order to avoid excessive burden".

δικαστηρίου να τροποποιήσει μια συμφωνία δεν φαίνεται να περιορίζεται από τις απόψεις των μερών⁵⁶.

2. Επίκληση

Πέραν της ανάγκης σωστού και πλήρους ορισμού του γενεσιουργού γεγονότος στο κείμενο της σύμβασης, τα μέρη πρέπει να είναι ιδιαίτερα προσεκτικά όσον αφορά τον τρόπο επίκλησης αυτού όταν αξιώνουν μια αναδιαπραγματέυση της τιμής. Οι ρήτρες αναθεώρησης συνήθως προβλέπουν ότι το μέρος που επιδιώκει την ανασκόπηση πρέπει να κοινοποιήσει στον αντισυμβαλλόμενο του μια «Ειδοποίηση» (γνωστή ως “price review notice”) με την οποία προσδιορίζει το/τα “trigger event(s)” που θεωρεί ότι καθιστούν αναγκαία την έναρξη διαπραγματεύσεων. Από τη στιγμή που η Ειδοποίηση αυτή έγκυρα έχει συνταχθεί και γνωστοποιηθεί στο άλλο μέρος, οι αντισυμβαλλόμενοι υποχρεούνται να προσέλθουν σε διάλογο, για μια προκαθορισμένη συνήθως περίοδο, στο τέλος της οποίας αν τα μέρη απέτυχαν να συμφωνήσουν, η διαφορά παραπέμπεται σε διαιτησία κατά τους ειδικότερους ορισμούς της σχετικής ρήτρας όπως αυτή περιέχεται μέσα στη σύμβαση (“arbitration clause”).

Γίνεται, επομένως, αντιληπτό ότι ο τρόπος επίκλησης του “trigger event” είναι κομβικής σημασίας ιδιαίτερα στην τελευταία αυτή περίπτωση, αν δηλαδή η υπόθεση οδηγηθεί τελικά σε διαιτητική επίλυση⁵⁷.

Πιο αναλυτικά, ένα ζήτημα που μπορεί να ανακύψει στο επίπεδο της διαιτησίας είναι το κατά πόσον το “trigger event”, πάνω στο οποίο το αιτούν μέρος βάσισε την παραπομπή της υπόθεσης στη διαιτησία, έχει σωστά αποσαφηνιστεί στην «Πρόσκληση/Ειδοποίηση» για αναθεώρηση της τιμής. Σε διαφορετική περίπτωση ελλοχεύει ο κίνδυνος να θεωρηθεί ο λόγος «μη ταυτοποιημένος» (“unidentified”), άρα απαράδεκτος (“inadmissible”) και τελικά το διαιτητικό δικαστήριο να στερείται εν τοις πράγμασι δικαιοδοσίας.

Χαρακτηριστικό παράδειγμα αποτελεί μια διαιτησία του International Chamber of Commerce (ICC) στην Υπόθεση υπ’ αριθ. 9812⁵⁸. Το αίτημα του προσφεύγοντος επικαλούταν την επίπτωση του επικείμενου φόρου στο φυσικό αέριο (“*impact of the forthcoming gas tax*”⁵⁹) πάνω στην τιμή του εν λόγω αγαθού ως μοναδικής σχετικής οικονομικής μεταβολής για την αξίωσή του περί αναθεώρησης της τιμής. Εντούτοις, στην

⁵⁶ T. Harriss, *ibid*, p. 74.

⁵⁷ T. Harriss, *ibid*, p. 15.

⁵⁸ ICC Case 9812 (*ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol 20/2, 2009) Final Award, σελ. 74.

⁵⁹ *Ibid*.

«Αναγγελία» για διαιτησία ο προσφεύγων παρέθετε πλειάδα άλλων συνθηκών, συμπεριλαμβανομένων μεταβολών στο οριακό κόστος του επεξεργασμένου αερίου, αλλαγές στις κινήσεις των τιμών του πετρελαίου σε σχέση με τις τιμές σε γειτονικές χώρες, τη μείωση του ασφαλίστρου του φυσικού αερίου.

Στην δε απόφασή του το Διαιτητικό Δικαστήριο διέκρινε: *“new changes which do fall within the scope of the original price review request and therefore cannot be considered in the arbitration; and additional or different substantiation in support of the [price review] request which form part of the arbitration”*⁶⁰. Το Δικαστήριο, επίσης, εξήγησε ότι κάθε γεγονός ενδεικτικό της προκληθείσας μεταβολής του οποίου δεν γίνεται ειδική μνεία στην αρχική αναγγελία για αναθεώρηση πρέπει να βρίσκεται *“within the scope of the request for price review; and sufficiently connected to the identified circumstance(s)”*⁶¹.

Εντούτοις, οι υποτιθέμενες μεταβολές εκ μέρους του προσφεύγοντος (εκτός της εισαγωγής φόρου στο αέριο) δεν αναφέρονταν στην αρχική «Πρόσκληση» για ανασκόπηση της τιμής ούτε συνδέονταν (ως συναφή ζητήματα) με τον φόρο στο φυσικό αέριο. Εχόντων έτσι των πραγμάτων, το Δικαστήριο έκρινε εαυτόν αναρμόδιο για την κρίση επί των εν λόγω θεμάτων.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Ibid.

ΚΕΦΑΛΑΙΟ 6ο

ΑΝΑΘΕΩΡΗΣΗ

1. Διαδικασία

Μια τυπική ρήτρα αναθεώρησης τιμής συνήθως παρέχει στα μέρη ένα χρονικό περιθώριο για να καταλήξουν σε συμφωνία σχετικά με την αναθεώρηση της τιμής, και εάν δεν μπορεί να επιτευχθεί τέτοια συμφωνία εντός αυτής της προθεσμίας, η διαφορά παραπέμπεται στη διαιτησία. Μια ρήτρα αναθεώρησης τιμής μπορεί, επίσης, να περιλαμβάνει την απαίτηση ότι τα μέρη θα έχουν υπαγάγει νωρίτερα τη διαφορά τους σε διαμεσολάβηση ή σε άλλη μορφή εναλλακτικής επίλυσης διαφορών. Ωστόσο, σχεδόν ποτέ δεν θα προβλέπει προσφυγή στην τακτική δικαιοσύνη. Εντούτοις τα μέρη μπορούν να αμφισβητήσουν μια διαιτητική απόφαση ενώπιον των δικαστηρίων⁶².

Ενώ οι προσπάθειες για την επίλυση κάθε διαφοράς που προκύπτει σχετικά με την αναθεώρηση της τιμής μέσα από φιλειρηνικές διαδικασίες πρέπει να ενθαρρύνονται, τα μέρη οφείλουν ταυτόχρονα να διασφαλίζουν (ιδίως όταν η σύμβαση προβλέπει περιοδικές επανεξετάσεις) ότι τέτοιες διαδικασίες δεν θα διαρκούν τόσο ώστε ένας απρόθυμος συμβαλλόμενος να επιμηκύνει τη διαδικασία για χρονικό διάστημα που να ταυτίζει χρονικά εν τέλει την επίλυση της διαφοράς με την επόμενη τακτική αναθεώρηση της τιμής.

2. Μεθοδολογία

Μια αποτελεσματική ρήτρα αναθεώρησης τιμής θα καθορίσει τη βάση επί της οποίας θα πρέπει να γίνει η ανασκόπηση του τύπου της τιμολόγησης, και ιδίως, εάν υπάρχουν όρια σχετικά με τη φύση ή τους όρους του αναθεωρημένου τύπου τιμολόγησης. Όταν μια ρήτρα

⁶² Η αμφισβήτηση αυτή στο ελληνικό δίκαιο επιτυγχάνεται είτε με αγωγή ακύρωσης είτε με αγωγή ανυπαρξίας της διαιτητικής απόφασης. Στην πρώτη περίπτωση οι λόγοι είναι η τυχόν ακυρότητα της διαιτητικής συμφωνίας, η έκδοση απόφασης μετά την παύση ισχύος της συμφωνίας, ο ορισμός διαιτητών κι επιδιαιτητή κατά παράβαση των όρων της διαιτητικής συμφωνίας, η υπέρβαση της εξουσίας που τους παρέχει η διαιτητική συμφωνία ή ο νόμος, η αντίθεση προς τις διατάξεις της δημόσιας τάξης ή προς τα χρηστά ήθη. Στην δεύτερη περίπτωση οι λόγοι εξαφάνισης είναι: αν δεν συννομολογήθηκε συμφωνία διαιτησίας, αν η απόφαση εκδόθηκε επί αντικειμένου που δεν μπορούσε να υπαχθεί στη διαιτησία ή αν η απόφαση εκδόθηκε σε διαιτητική δίκη που έγινε κατά ανύπαρκτου φυσικού ή νομικού προσώπου (βλ. Ευ., Μπαλογιάννη, Χ., Απαλαγάκη (επ.), Διαγράμματα Πολιτικής Δικονομίας, Η Πολιτική Δικονομία σε πίνακες, 2η έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη, 2012, σελ. 459-465).

αναθεώρησης διατυπώνεται σκοπίμως αόριστα, μπορεί να οδηγήσει σε απρόβλεπτα, και ίσως ανεπιθύμητα, αποτελέσματα (βλ. για παράδειγμα τις αποφάσεις Gas Naturals v Atlantic και RWE v Gazprom (αναλύονται περαιτέρω υπό 5.1 και 5.3 αντίστοιχα)).

Η επιβολή κατευθυντήριων γραμμών και ορίων έχει μεγαλύτερη σημασία, εφ' όσον μια διαφορά παραπεμφθεί στη διαιτησία ή σε κάποια άλλη εναλλακτική μορφή επίλυσης διαφορών. Κατά τη στιγμή της σύνταξης της σύμβασης, τα μέρη πρέπει να μεριμνήσουν ώστε να συμπεριληφθούν οι παράμετροι και τα όρια της εξουσίας αυτού που λαμβάνει εκάστοτε την απόφαση για την αναθεώρηση του υφιστάμενου τύπου τιμολόγησης.

Τα μέρη θα πρέπει, επίσης, να εξετάσουν την ημερομηνία κατά την οποία μια νέα τιμολογιακή δομή μπορεί να τεθεί σε ισχύ, αν αυτό δηλαδή θα είναι από την ημερομηνία της κοινοποίησης προς το άλλο μέρος της «Πρόσκλησης», η οποία προ-απαιτείται για την αναθεώρηση, από την ημερομηνία της απόφασης, είτε σε μια ημερομηνία σχετιζόμενη με τις αλλαγές στην αγορά.

3. Εμπειρογνώμονας v. διαιτητή

Η πλειονότητα των διαφορών που δεν μπορούν να επιλυθούν από τα μέρη επιλύονται με διαιτησία. Βέβαια, ενώ υπάρχουν αρκετοί πειστικοί λόγοι ώστε οποιαδήποτε αναθεώρηση να διεξάγεται από έναν ειδικό (αν μη τι άλλο με την αιτιολογία ότι η διαδικασία μπορεί να είναι ταχύτερη και φθηνότερη τη στιγμή που ένας εμπειρογνώμονας έχει την απαραίτητη γνώση της βιομηχανίας και της αγοράς), τα μέρη τείνουν να καταφεύγουν στη διαιτησία για λόγους εκτελεστότητας της εξ αυτής προκύπτουσας απόφασης.

Κάθε διαιτητικό δικαστήριο που εξετάζει μια ρήτρα αναθεώρησης τιμών θα πρέπει κατ' αρχάς να εξακριβώσει αν οι προϋποθέσεις του “trigger event” πληρούνται, και αν ναι ποιά είναι η έκταση της αρμοδιότητάς του για την επίτευξη μιας αναθεωρημένης φόρμουλας.

Κατά τη διάρκεια της διαιτησίας οι απόψεις εμπειρογνομόνων αξιοποιούνται σε μεγάλο βαθμό, ιδιαίτερα για την κρίση αν έχει ιδρυθεί λόγος αναθεώρησης, καθώς και για την αξιολόγηση ύπαρξης μιας σημαντικής/ουσιώδους μεταβολής στην αγορά.

Επιπλέον, ένας διαιτητής, και ιδιαίτερα ένας νομικά καταρτισμένος διαιτητής, είναι πιθανό να ψάχνει για αντικειμενικά κριτήρια, είτε ρητά αναφερόμενα είτε υπονοούμενα από τους όρους της συμφωνίας και τις διατάξεις περί αναθεώρησης τιμής. Αντίθετα, ένας εμπειρογνώμονας, και ιδιαίτερα ένας επαγγελματίας, είναι απίθανο να ξεκινά από την ίδια αφετηρία. Θεωρεί ότι ένα σημαντικό μέρος του έργου του είναι να εκτιμά σύμφωνα με την εξειδικευμένη γνώση του για το φυσικό αέριο και να καταλήγει σε μια νέα φόρμουλα η οποία

θα συνεχίσει να θέτει μια δίκαιη τιμή στο μέλλον. Δεν θα λάβει υπόψη και άλλα κριτήρια, παρά μόνο αν λάβει ρητή εντολή να το πράξει.

Για τους παραπάνω λόγους, ορισμένες ρήτρες αναθεώρησης, που προβλέπουν την προσφυγή σε έναν εμπειρογνώμονα, ορίζουν εκτεταμένα, και μερικές φορές περιοριστικά, τα κριτήρια που καλείται ο ειδικός να εφαρμόσει. Ωστόσο, υπάρχουν κίνδυνοι σε αυτήν την προσέγγιση. Οι προϋποθέσεις υπό τις οποίες η κρίση του ειδικού μπορεί να αναθεωρηθεί ή και να αμφισβητηθεί είναι περιορισμένες, και σε ορισμένες περιπτώσεις πολύ τεχνικές. Από τη μία, εάν ο εμπειρογνώμονας απομακρύνεται συνεχώς από τις κατευθυντήριες που του δόθηκαν με την εντολή, το όλο εγχείρημα μπορεί να είναι κενό περιεχομένου. Από την άλλη πλευρά, αν ο εμπειρογνώμονας ακολουθεί επιφανειακά τα καθορισμένα κριτήρια, αλλά επιτρέπει η δική του γνώμη να καθορίσει το αποτέλεσμα, τότε το «αδικημένο» μέρος έχει περιορισμένες επιλογές αντίδρασης⁶³.

4. Η εξουσία των διαιτητών

Από τη στιγμή που το διαιτητικό δικαστήριο εξετάζει το κατά πόσον πληρούνται οι προϋποθέσεις για την επαναδιαπραγμάτευση της τιμής, λειτουργεί εντός των ορίων που όρισαν τα μέρη για την παραπομπή της διαφοράς σε διαιτησία. Αν το δικαστήριο κρίνει ότι οι προϋποθέσεις δεν πληρούνται, τότε η συμφωνία θα πρέπει να παραμείνει σε ισχύ και να συνεχίσει να εφαρμόζεται κανονικά. Αν, όμως, η απόφαση του δικαστηρίου είναι ότι ικανοποιούνται οι συνθήκες αναθεώρησης, θα πρέπει να αναλάβει περαιτέρω δράση και να προβεί στον εκ νέου προσδιορισμό της τιμής.

Στο σημείο αυτό εγείρεται το ερώτημα σχετικά με το πως το δικαστήριο θα προχωρήσει στον καθορισμό του τρόπου με τον οποίο θα αναθεωρηθούν οι όροι της συμφωνίας. Ειδικά δε στην περίπτωση που η ρήτρα σιωπά αναφορικά με τα κριτήρια που θα πρέπει αυτό να εφαρμόσει. Έχει πράγματι σε αυτή την περίπτωση η διαιτησία την εξουσία να επιβάλει στα μέρη όρους στους οποίους αυτοί δεν μπόρεσαν να συμφωνήσουν;

Κάποιοι ισχυρίζονται ότι η παραπομπή σε διαιτησία δεν μπορεί από μόνη της να θεωρηθεί επαρκής συνθήκη για την επιβολή εκ μέρους του δικαστηρίου μιας νέας φόρμουλας, και ότι εν προκειμένω απαιτείται η ρητή συναίνεση των μερών για τη χορήγηση της εξουσίας στον διαιτητή να αναπροσαρμόσει τη σύμβαση. Ωστόσο, αυτή η άποψη δεν φαίνεται να αντιπροσωπεύει την επικρατούσα τακτική.

⁶³ T. Harriss, *ibid*, p. 130.

Όπως έχει επισημάνει, άλλωστε, ο P. Bernardini, “*the evolution is certainly in the direction of considering that the arbitrator’s role, particularly in contracts of long duration, embraces more and more functions which do not strictly partake of a purely jurisdictional nature but aim at regulating a contractual element with a view of securing the stability of the contract*”⁶⁴.

Φυσικά, αν η ρήτρα επαναδιαπραγμάτευσης εξηγεί λεπτομερώς τα κριτηρία που πρέπει να διέπουν την διαιτητική κρίση, ο διαιτητής έχει την απαραίτητη εξουσία να τα εφαρμόσει και να οδηγηθεί σε ένα αποτέλεσμα το οποίο είναι αποδεκτό από τα μέρη.

5. Δικαστικές και διαιτητικές αρχές

Όπως αναφέρθηκε ανωτέρω, οι διαφορές σε σχέση με τις ρήτρες για αναθεώρηση της τιμής αντιμετωπίζονται ως επί το πλείστον μέσω εμπιστευτικής διαιτησίας, λόγω του απορρήτου των πληροφοριών, λαμβάνοντας κιάλας υπόψη τα σημαντικά χρηματικά ποσά που συνήθως διακυβεύονται. Ωστόσο, τα τελευταία χρόνια, ορισμένες από αυτές τις υποθέσεις έχουν κριθεί από τα δικαστήρια της Αγγλίας και της Νέας Υόρκης σε συνέχεια προκλήσεων που προέκυψαν από διαιτητικές αποφάσεις, οι οποίες έχουν δημιουργήσει ορισμένες διαφωνίες. Ειδικότερα⁶⁵:

5.1. Υπόθεση: Gas Natural Aprovechamientos, SDG, S.A. v Atlantic LNG Co of Trinidad and Tobago, 2008

Με απόφαση που εκδόθηκε από το United States District Court (Southern District New York) στις 16 Σεπτεμβρίου 2008, ο Επαρχιακός Δικαστής επιβεβαίωσε τη διαιτητική απόφαση που εκδόθηκε στο πλαίσιο διαφοράς αναθεώρησης των τιμών μεταξύ της Gas Natural και της Atlantic LNG και απέρριψε την πρόταση της Atlantic να εξαφανίσει τη διαιτητική απόφαση.

Η διαφορά προέκυψε από ένα εικοσαετές συμβόλαιο πώλησης υγροποιημένου φυσικού αερίου μεταξύ της Atlantic ως παραγωγού LNG και μιας ισπανικής εταιρείας που ήταν προκάτοχος της Gas Natural. Στη σύμβαση προβλεπόταν ότι η Gas Natural μπορεί να μεταφέρει ΥΦΑ στις εγκαταστάσεις παραλαβής της στην Ισπανία ή σε μια οποιαδήποτε

⁶⁴ P. Bernardini, “The Renegotiation of the Investment Contract”, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, vol. 13, n° 2 (1998),

⁶⁵ Περιεχόμενες σε: McNairChambers, LNG Price Review Disputes, p. 5.

εγκατάσταση στην Αγγλία. Παρά το γεγονός ότι η Gas Natural είχε απεριόριστο δικαίωμα σύμφωνα με τη σύμβαση να μεταφέρει ΥΦΑ στην Αγγλία, κατά τη χρονική στιγμή που η σύμβαση συνετάχθει, τα μέρη ανέμεναν ότι το ΥΦΑ θα καταναλωνόταν στην Ισπανία, και έτσι η φόρμουλα τιμολόγησης της σύμβασης ήταν συνδεδεμένη με την ευρωπαϊκή αγορά ενέργειας.

Η σύμβαση περιείχε την εξής ρήτρα αναθεώρησης τιμής:

“If at any time either Party considers that economic circumstances in Spain beyond the control of the Parties, while exercising due diligence, have substantially changed as compared to what it reasonably expected when entering into this Contract or, after the first Contract Price revision under this Article 8.5, at the time of the latest Contract Price revision under this Article 8.5, and the Contract Price resulting from application of the formula set forth in Article 8.1 does not reflect the value of Natural Gas in the Buyer’s end user market, then such Party may, by notifying the other Party in writing and giving with such notice information supporting its belief, request that the Parties should forthwith enter into negotiations to determine whether or not such changed circumstances exist and justify a revision of the Contract Price provisions and, if so, to seek agreement on a fair and equitable revision of the abovementioned Contract Price provisions in accordance with the remaining provisions of this Article 8.5”⁶⁶.

Μετά την έναρξη λειτουργίας της σύμβασης, η αγορά φυσικού αερίου της Ισπανίας απελευθερώθηκε σε σημαντικό βαθμό και έτσι η τιμή του ισπανικού φυσικού αερίου μειώθηκε. Κατά συνέπεια, η αγορά της Αγγλίας έγινε πιο ελκυστική και η Gas Natural συνήψε μια μακροπρόθεσμη συμφωνία μεταπώλησης όλου του ΥΦΑ στην Αγγλία και έτσι δεν παρέδωσε υγροποιημένο φυσικό αέριο στην Ισπανία (τουλάχιστον από τον Οκτώβριο του 2002). Στις 21 Απριλίου 2005, η Atlantic κοινοποίησε στην Gas Natural την βούλησή της για αναθεώρηση της κοστολογικής φόρμουλας της σύμβασης. Μετά από την αποτυχία των μερών να συμφωνήσουν, η διαφορά παραπέμφθηκε σε διαιτησία σύμφωνα με τους όρους της σύμβασης.

Στην τελική απόφαση που εκδόθηκε στις 17 Ιανουαρίου 2008, και αφού διαπιστώθηκε ότι οι απαιτήσεις για αναθεώρηση της τιμής πληρούνταν, το Διαιτητικό Δικαστήριο καθιέρωσε ένα σύστημα διπλής τιμολόγησης. Το ένα σκέλος του διατηρούσε την ισπανική φόρμουλα τιμολόγησης που περιερχόταν στη σύμβαση, αλλά αναθεώρησε τις συνιστώσες της τιμής βάσης. Στο δεύτερο σκέλος προσέθεσε ένα παράρτημα προσαρμογής για την αγορά της Αγγλίας (“New England Market Adjustment”) που αφορούσε τρίμηνα εντός των οποίων περισσότερο από ένα συγκεκριμένο ποσοστό του ΥΦΑ, που όρισε στην

⁶⁶ McNairChambers, *ibid*, p. 5.

απόφασή του, μεταπωλείται για παράδοση στην Αγγλία. Αυτό το σύστημα τιμολόγησης τέθηκε σε ισχύ αναδρομικά από τις 21 Απριλίου 2005, ημερομηνία κατά την οποία η Atlantic είχε κοινοποιήσει στην Gas Natural τη θέλησή της για αναθεώρηση της τιμής, και έτσι οδηγήθηκε στην καταβολή ενός ποσού ύψους πάνω από 70 εκατομμυρία δολάρια για την περίοδο από την 21 Απριλίου 2005 μέχρι και την 31 Δεκεμβρίου 2007.

Στην περίπτωση αυτή, η επιβολή μιας ιδιαίτερης δομής τιμολόγησης θεωρήθηκε ως ένα ιδιαίτερα σημαντικό βήμα. Αφ' ης στιγμής το Δικαστήριο έκρινε ότι συνέτρεχε λόγος ενεργοποίησης της διάταξης για αναθεώρηση, επέβαλε τη δική του δομή προνομιακής τιμολόγησης, την οποία κανένα από τα μέρη δεν είχε αιτηθεί. Επομένως, η διαιτητική αυτή απόφαση καταδεικνύει τους κινδύνους που υπάρχουν σε περίπτωση που η διαιτησία αυθαίρετα διεξάγει αναθεωρήσεις τιμών ελλείψει προϋποθέσεων και παραμέτρων που να έχουν συμφωνηθεί από τα συμβαλλόμενα μέρη.

5.2. Υπόθεση: Esso Exploration & Production UK Limited v Electricity Supply Board (2004, Comm)

Στις 31 Μαρτίου 2004, το Ανώτατο Δικαστήριο της Αγγλίας εκδίδει την απόφασή του στην υπόθεση Esso Exploration & Production UK Limited v Electricity Supply Board με την οποία απέρριψε την ένσταση που είχε διατυπωθεί από την ESB σχετικά με έλλειψη δικαιοδοσίας εκ μέρους της διαιτησίας.

Στις 27 Νοεμβρίου 1997, η Esso και η ESB συνήσαν σύμβαση για πώληση και αγορά φυσικού αερίου σε ετήσια βάση για μια περίοδο 15 ετών με έναρξη την 1^η Οκτωβρίου 1999. Η σύμβαση αυτή περιείχε ρήτρα αναθεώρησης τιμής και ανέκυψε διαφορά μεταξύ των συμβαλλομένων ως προς την έννοια της εν λόγω ρήτρας. Η Esso θέλησε να παραπέμψει τη διαφορά σε διαιτησία, αλλά η ESB αμφισβήτησε τη διεθνή δικαιοδοσία των διαιτητών με το αιτιολογικό ότι ορισμένες προϋποθέσεις για την έγκυρη παραπομπή στη διαιτησία δεν είχαν ικανοποιηθεί.

Το ζήτημα, λοιπόν, ήρθε ενώπιον του Ανωτάτου Δικαστηρίου της Αγγλίας από την Esso με αίτημα την κατάφαση της αρμοδιότητας του Δικαστηρίου να επιλύσει τη διαφορά.

Πιο αναλυτικά, η σύμβαση προέβλεπε ότι η τιμή αναθεωρείται (τακτικά) και προσαρμόζεται κάθε έξι μήνες με αναφορά σε τέσσερις δείκτες: την τιμή του πετρελαίου εσωτερικής καύσης ("gasoil"), την τιμή του μαζούτ χαμηλού θείου, την τιμή του φυσικού αερίου και το ποσοστό του πληθωρισμού στην Ιρλανδία, όπως αυτός αντικατοπτρίζεται στον βιομηχανικό δείκτη τιμών χονδρικής πώλησης.

Επιπλέον, μια άλλη ρήτρα επέτρεπε στα μέρη να αξιούνουν έκτακτη αναθεώρηση κατόπιν ανακοίνωσης (“price review notice”). Ωστόσο, η ανακοίνωση αυτή δεν μπορούσε να γίνει από τον πωλητή, εκτός εάν «... επαρκώς ικανοποιείται η προϋπόθεση με βάση την καλή πίστη η Χρέωση Ενέργειας ... να είναι κατά το χρόνο της Ανακοίνωσης της εν λόγω αναθεώρησης ογδόντα πέντε τοις εκατό (85%) ή μικρότερη από το Μέτρο Σύγκρισης»⁶⁷. Ως δε Μέτρο Σύγκρισης ορίζεται η τιμή αγοράς του φυσικού αερίου που υφίσταται κατά την ημερομηνία που γίνεται η Ανακοίνωση.

Τον Νοέμβριο του 2002, η Esso απέστειλε επιστολή στην ESB ζητώντας επανεξέταση της χρέωσης η οποία εν τέλει απορρίφθηκε από την ESB με βάση το σκεπτικό ότι η Esso είχε βασίσει την τιμή της αγοράς στις τιμές ετήσιων (12 μηνών) συμβολαίων και όχι μακροχρόνιων.

Δεδομένου ότι τα μέρη δεν μπορούσαν να συμφωνήσουν ορίστηκαν διαιτητές. Η ESB αμφισβήτησε τη δικαιοδοσία των διαιτητών για το λόγο ότι αφού ο υπολογισμός της τιμής αγοράς της Esso ήταν ελαττωματικός, η Ανακοίνωση για αναθεώρηση των τιμών ήταν άκυρη και ως εκ τούτου οι διαιτητές στερούνταν δικαιοδοσίας.

Στην Αίτησή της ενώπιον του Ανώτατου Δικαστηρίου της Αγγλίας η Esso υποστήριξε ότι οι υποχρεώσεις εμπιστευτικότητας στις μακροπρόθεσμες συμβάσεις σημαίνουν ότι τα μέρη γνώριζαν ότι η λήψη αυτών των πληροφοριών της αγοράς θα είναι δύσκολη, και κατά συνέπεια η τιμή αγοράς σαν κι αυτή που είχε χρησιμοποιηθεί από την ίδια ήταν κατάλληλη. Εντούτοις, ο δικαστής Moore-Bick απέρριψε το επιχείρημα αυτό, κρίνοντας ότι οι διαιτητές δεν έχουν δικαιοδοσία και απέρριψε την προσφυγή της Esso⁶⁸.

5.3. Υπόθεση: RWE v Gazprom (ICC Arbitration)

Στις 27 Ιουνίου 2013, το Διαιτητικό Δικαστήριο του Διεθνούς Εμπορικού Επιμελητηρίου (ICC) επεκύρωσε μερικώς το αίτημα της RWE για αναρύθμιση του τύπου της συμβατικής τιμής σε μακροπρόθεσμο συμβόλαιό της με την Gazprom Export.

Όπως είναι αναμενόμενο σε μια τέτοια περίπτωση, τα πλήρη στοιχεία της διαιτησίας, και ειδικότερα η επίμαχη σύμβαση, οι ισχυρισμοί των διαδίκων και η απόφαση δεν είναι δημοσίως διαθέσιμα.

⁶⁷ “... it is reasonably satisfied in good faith that the Energy Charge ... is at the time of giving such Price Review Notice eighty five per cent (85%) or less than the Comparator”

⁶⁸ McNairChambers, *ibid*, p. 6.

Ωστόσο, ένα δελτίο τύπου που εκδόθηκε από την RWE παρείχε σημαντικές λεπτομέρειες σχετικά με την υπόθεση. Ειδικότερα, ανέφερε το δελτίο Τύπου: «Στην οριστική του απόφαση το Δικαστήριο επεδίκασε στην RWE επιστροφή των πληρωμών που πραγματοποιήθηκαν από τον Μάιο του 2010 και προσάρμοσε τον τύπο της τιμής αγοράς της σύμβασης εισάγοντας την τιμαριθμική αναπροσαρμογή της αγοράς φυσικού αερίου, η οποία, σύμφωνα με το διαιτητικό δικαστήριο, αντικατοπτρίζει τους σχετικούς όρους στην αγορά φυσικού αερίου κατά το χρόνο της αναθεώρησης των τιμών, ήτοι τον Μάιο του 2010»^{69,70}.

Ελλείπει περαιτέρω πληροφοριών, σχολιαστές χαρακτήρισαν την απόφαση RWE κατά Gazprom ως «μία σημαντική και δυνητικά ανησυχητική απόφαση για τον απλούστατο λόγο ότι τα συμβαλλόμενα μέρη της σύμβασης προμήθειας φυσικού αερίου δεν συμφώνησαν να συνδέσουν τη συμβατική τιμή με τις spot τιμές. Αντίθετα, συμφώνησαν να τη συνδέσουν με τις τιμές του πετρελαίου⁷¹.

⁶⁹ “In its final award, the tribunal awarded RWE a reimbursement for payments made since May 2010 and adjusted the purchase price formula of the contract by also introducing a gas market indexation, which according to the arbitral tribunal reflects the relevant conditions on the gas market at the time of the price revision in May 2010.”

⁷⁰ Natural Gas Europe, Arbitration Court Rules in Favour of RWE on Price Revision with Gazprom, 28 June 2013.

⁷¹ “a significant and potentially alarming award, for the simple reason that the parties to the gas supply contract did not agree to link the contract price to gas spot prices: they agreed to link it to oil prices, for better or for worse.”

ΚΕΦΑΛΑΙΟ 7ο

ΚΡΙΤΗΡΙΑ ΕΝΕΡΓΟΠΟΙΗΣΗΣ ΤΗΣ ΑΝΑΘΕΩΡΗΣΗΣ

Όπως προαναφέρθηκε, ο κύριος σκοπός της αναθεώρησης των τιμών είναι να αποκατασταθεί η ισορροπία μιας μακροπρόθεσμης συμφωνίας πώλησης φυσικού αερίου, αν αυτή έχει διασαλευθεί. Παρά το γεγονός ότι η διατύπωση της ρήτρας αναθεώρησης τιμής αναφέρεται στα κριτήρια που πρέπει να πληρούνται προκειμένου ένα μέρος να αξιώσει την αναδιαπραγμάτευσή της (η οποία και οδηγεί σε αναπροσαρμογή των σχετικών διατάξεων), εντούτοις, τα κριτήρια αυτά δεν είναι τόσο απλά όσο φαίνονται^{72,73}. Σε αυτό το κεφάλαιο, εξετάζουμε, λοιπόν, τα στοιχεία που πρέπει να διαγνωστούν, ώστε να καθοριστεί αν τα κριτήρια αυτά πληρούνται.

1. Αλλαγές στις οικονομικές συνθήκες

Μια τυπική ρήτρα αναθεώρησης τιμών απαιτεί κατ' αρχάς οι οικονομικές συνθήκες να έχουν αλλάξει σε σύγκριση με ό,τι προβλέπεται στις διατάξεις της σύμβασης για την τιμή. Έτσι, τα μέρη θα πρέπει να προσδιορίσουν:

- τις αλλαγές που έχουν επέλθει στις οικονομικές συνθήκες, και
- το βαθμό κατά τον οποίο αυτές οι αλλαγές δεν αντανακλώνται στις διατάξεις της σύμβασης για την τιμή⁷⁴.

Σε γενικές γραμμές, δεν υπάρχει περιορισμός ως προς το είδος των αλλαγών στο οποίο πρέπει ένα μέρος να βασιστεί για την ανασκόπηση της τιμής⁷⁵. Αυτές μπορεί να ποικίλουν από τη γενική οικονομική κατάσταση ή τις συνθήκες που επικρατούν στην αγορά μέχρι τις προβλέψεις μιας ειδικής νομοθεσίας. Συνήθως, η ρήτρα αναθεώρησης περιέχει ρητή

⁷² T. Harriss, *ibid*, p. 36.

⁷³ Ένα παράδειγμα μιας τυπικής ρήτρας αναθεώρησης τιμής μπορεί να βρεθεί σε αποφάσεις του 1999 και του 2007 σε “Extracts from ICC Arbitral Awards: Price Setting and Price Revision in the Energy Sector” στο: ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol 20/2, 2009, p.p. 69-70, 94-95.

⁷⁴ Παρόμοια προσέγγιση υιοθετήθηκε σε δύο δημοσιευμένες αποφάσεις του ICC: Final Award in Case 9812, August 1999 και Final Award in Case 13504, January 2007, “Extracts from ICC Arbitral Awards: Price Setting and Price Revision in the Energy Sector”, στο: ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol 20/2, 2009, p.p. 70-71, 96.

⁷⁵ G. Block, “Arbitration and Changes in Energy' Prices: A Review of ICC Awards with respect to Force Majeure, Indexation, Adaptation, Hardship and Take-or-Pay Clauses”, στο: ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol 20/2, 2009, pp59-60.

απαίτηση ότι η αλλαγή πρέπει να έχει κάποιο αντίκτυπο στην αγορά ενέργειας συνολικά ή συγκεκριμένα επί της αξίας του φυσικού αερίου.

Αν και δεν υπάρχει περιορισμός στο είδος των αλλαγών επί των οικονομικών συνθηκών, υπάρχουν ορισμένες περαιτέρω απαιτήσεις που πρέπει να ικανοποιηθούν. Έτσι, το αιτούν μέρος πρέπει να αποδείξει ότι η μεταβολή των οικονομικών συνθηκών:

- έχει πραγματοποιηθεί εντός της περιόδου επανεξέτασης,
- είναι σημαντική,
- παρουσιάστηκε στη χώρα ή την αγορά του αγοραστή, και
- βρίσκεται έξω από τον έλεγχο των μερών.

Παρά το γεγονός ότι οι απαιτήσεις αυτές μπορεί να φαίνονται απλές, πολλές φορές τόσο τα μέρη όσο και τα δικαστήρια δυσκολεύονται να τις διαγνώσουν.

Κάθε ένα από αυτά τα στοιχεία μπορεί να εκληφθεί ως υπαγόμενο σε μία από τις κάτωθι παραμέτρους:

1.1 Το στοιχείο του χρόνου – μεταβολές εντός της περιόδου επανεξέτασης

Για να προσδιοριστεί αν έχει υπάρξει μια αλλαγή στις οικονομικές συνθήκες, το σημείο στο οποίο επήλθε η μεταβολή πρέπει να προκύπτει από τη σύγκριση δύο χρονικών σημείων. Αυτό καθορίζεται από τη λεγόμενη «περίοδο επανεξέτασης» (“review period”)⁷⁶.

Όπως αναφέρθηκε παραπάνω, η ρήτρα αναθεώρησης τιμής θα καθορίσει αφενός πότε ένα μέρος μπορεί να ζητήσει επανεξέταση της τιμής και αφετέρου το χρόνο που αυτή η τιμή θα τεθεί σε ισχύ. Οριοθετεί, επίσης, και το χρονικό διάστημα το οποίο αφορά η αναθεώρηση. Η περίοδος επανεξέτασης αρχίζει να τρέχει από την ημερομηνία της προηγούμενης αναθεώρησης μέχρι την ημερομηνία της τρέχουσας⁷⁷.

Το ίδιο ισχύει και όταν ένα μέρος έχει κινητοποιήσει τον μηχανισμό της έκτακτης αναθεώρησης. Σε αυτή την περίπτωση, το τέλος της εξεταζόμενης περιόδου καθορίζεται από την ημερομηνία έναρξης ισχύος της έκτακτης αναθεώρησης⁷⁸, ενώ η αρχή της εξεταζόμενης

⁷⁶ T. Harriss, *ibid*, p. 37.

⁷⁷ Για παράδειγμα αν σε μία σύμβαση έχει συμφωνηθεί η πρώτη επανεξέταση της τιμής να λάβει χώρα την 1η Οκτωβρίου 2007 και κάθε επόμενη κάθε τρία χρόνια, αν ένα μέρος ζητήσει την επανεξέταση με ισχύ από την 1η Οκτωβρίου 2010, η περίοδος αναθεώρησης εκτείνεται από την 1η Οκτωβρίου 2010 και μέχρι την 1η Οκτωβρίου 2013.

⁷⁸ Βλ. ανωτέρω Κεφάλαιο 4, παράγραφο 5.

περιόδου προσδιορίζεται από την ημερομηνία έναρξης ισχύος της προηγούμενης αναθεώρησης των τιμών⁷⁹.

Έτσι, η υπό εξέταση περίοδος παίζει σημαντικό ρόλο για την ανασκόπηση, καθώς ορίζει το χρονικό διάστημα κατά το οποίο θα πρέπει να έχουν επισυμβεί οι αλλαγές στις οικονομικές συνθήκες. Παραδοσιακά, η γενική προσέγγιση στο θέμα αυτό ήταν πολύ αυστηρή: η αλλαγή έπρεπε να έχει συμβεί εντός της περιόδου επανεξέτασης. Ωστόσο, πλέον υπάρχει κάποια ευελιξία σε αυτόν τον τομέα, ιδίως μετά το ξέσπασμα της οικονομικής κρίσης το 2008 και αφότου οι ευρωπαϊκές spot αγορές έχουν εξελιχθεί σε αγορές υγροποιημένου φυσικού αερίου.

Σήμερα, το μεγαλύτερο μέρος του φυσικού αερίου πωλείται σε προθεσμιακή βάση (“forward markets”) έναντι «μελλοντικών» τιμών για παράδοση σε μεταγενέστερο χρονικό σημείο, το οποίο μπορεί να είναι μέχρι και αρκετά χρόνια αργότερα. Κατά συνέπεια, υπήρξαν πολλές συζητήσεις σχετικά με το πότε μια αλλαγή σε αυτές τις «μελλοντικές» τιμές του φυσικού αερίου μπορεί να θεωρηθεί ότι εμπίπτει στην τρέχουσα υπό εξέταση περίοδο. Ποιά ημερομηνία λαμβάνεται υπόψη; Η ημερομηνία παράδοσης και πληρωμής, η ημερομηνία έναρξης της προθεσμιακής πώλησης, ή μήπως οποιαδήποτε ημερομηνία στο μεσοδιάστημα; Και σε σχέση με ποιά τιμή βάσει της σύμβασης των μερών συγκρίνεται η προθεσμιακή πώληση;

Να σημειωθεί βέβαια ότι, ακόμα κι αν η αλλαγή συμβεί εκτός της υπό εξέταση περιόδου, μπορεί και πάλι να γίνει επίκληση αυτής αν τα αποτελέσματά της σημειώθηκαν εντός αυτής. Ένα τυπικό παράδειγμα αποτελεί η ψήφιση νέων νομοθετικών μέτρων τα οποία τίθενται σε ισχύ σε μεταγενέστερη ημερομηνία⁸⁰. Αν, όμως, αυτά τεθούν σε ισχύ μετά την υπό εξέταση περίοδο, τότε η αλλαγή αυτή θα μείνει εκτός της περιόδου επανεξέτασης. Ωστόσο, καθώς οι συμμετέχοντες στην αγορά συνήθως ξεκινούν να προσαρμόζονται, εν όψει εφαρμογής μιας νέας νομοθετικής ρύθμισης, πριν από την έναρξη ισχύος αυτής, η προσαρμογή της συμπεριφοράς τους μπορεί να χαρακτηριστεί ως μεταβολή των οικονομικών συνθηκών κατά την υπό εξέταση περίοδο καθώς επηρεάζει την αξία του αερίου.

Σε κάθε περίπτωση, ο κίνδυνος μιας αλλαγής που λαμβάνει χώρα μεταξύ δύο περιόδων θα πρέπει ανά πάσα στιγμή να αντιμετωπιστεί. Με την ίδια λογική, το αιτούν μέρος δεν μπορεί να επικαλεστεί την ίδια αλλαγή δύο φορές.

⁷⁹ Στο ίδιο υπό τη σημ. 77 παράδειγμα: Όταν ενεργοποιείται μια έκτακτη αναθεώρηση λ.χ. την 1η Ιανουαρίου 2011, η περίοδος αναθεώρησης διαρκεί από την 1η Οκτωβρίου 2010 έως την 1η Ιανουαρίου 2011. Αν ενεργοποιηθεί έγκαιρα, η επόμενη περίοδος αναθεώρησης θα διαρκέσει από την 1η Ιανουαρίου έως 2011 έως 1η Οκτώβρη του 2013.

⁸⁰ Βλ. παρ. 3, Κεφάλαιο 3.

Επιπρόσθετα, η σημασία της περιόδου επανεξέτασης αποδεικνύει γιατί ένα μέρος μπορεί να επιλέξει την έκτακτη αναθεώρηση αντί της τακτικής. Συνήθως, αυτό συμβαίνει όταν η σοβαρότητα των επιπτώσεων των αλλαγών στις οικονομικές συνθήκες δεν επιτρέπουν στο αιτούν μέρος να περιμένει μέχρι την επόμενη αναθεώρηση. Εναλλακτικά, ένα μέρος μπορεί να υιοθετήσει μια πιο ευκαιριακή προσέγγιση του ζητήματος, προσπαθώντας στην ουσία να «εκμεταλλευτεί» μια ξαφνική και ίσως προσωρινή αλλαγή στην αγορά, με στόχο να αξιώσει μια έκτακτη αναθεώρηση.

Όταν συνδυάζει κανείς το στοιχείο του χρόνου με την απαιτούμενη μεταβολή στις οικονομικές συνθήκες, ο αιτών πρέπει να αποδείξει ότι οι αλλαγές αυτές συνέβησαν στην υπό εξέταση περίοδο και, επιπλέον, ότι αυτές δεν έχουν συμπεριληφθεί στις προβλέψεις της σύμβασης για την εξέλιξη της τιμής. Αυτό προσδιορίζεται με σύγκριση της κατάστασης στην οποία βρισκόταν η αγορά κατά την έναρξη και κατά το τέλος της εξεταζόμενης περιόδου. Η τελικώς παρατηρούμενη αλλαγή θα πρέπει να συγκριθεί με την μεταβολή στην τιμή της σύμβασης, όπως αυτή προσδιορίζεται κατά την έναρξη και το τέλος της υπό εξέταση περιόδου.

1.2. Το στοιχείο της βαρύτητας της μεταβολής

Η ρήτρα αναθεώρησης τιμών προβλέπει ότι οι οικονομικές συνθήκες θα πρέπει να έχουν αλλάξει σημαντικά σε σύγκριση με ό,τι αντικατοπτρίζεται στις συμβατικές διατάξεις σχετικά με την τιμή. Ο όρος «σημαντικά» φαίνεται να χρησιμεύσει ως ένα ελάχιστο όριο, διασφαλίζοντας ότι η αλλαγή έχει επαρκές βάρος για να δικαιολογήσει την αναπροσαρμογή της τιμής⁸¹.

Πότε, όμως, μπορεί μια αλλαγή να κριθεί σημαντική; Η ρήτρα αναθεώρησης δεν περιέχει καμία περαιτέρω ποσοτικοποίηση του κριτηρίου αυτού και αφήνει τους διαδίκους και το δικαστήριο χωρίς ιδιαίτερη καθοδήγηση ώστε να διαγνώσουν αν αυτή η απαίτηση έχει τηρηθεί. Η αναφορά στις διατάξεις της τιμής ενδεικνύει ότι η «σημαντικότητα» έχει σχέση με τη μεταβολή της αξίας του αερίου. Αλλά ποιά μεταβολή στην αξία είναι σημαντική; Για παράδειγμα, μια μείωση της τάξεως του 0,01€/KWh μπορεί να μη φαίνεται σημαντική, αλλά στο πλαίσιο μιας μακροχρόνιας συμφωνίας πώλησης φυσικού αερίου και δεδομένων των εξαιρετικά μεγάλων ποσοτήτων που πωλούνται, αυτή η φαινομενικά μικρή αλλαγή είναι σίγουρα σημαντική.

⁸¹ T. Harriss, *ibid*, p. 39.

Αυτό που είναι σαφές είναι ότι η απαίτηση της «σημαντικότητας» δεν έχει την πρόθεση να μετατρέψει τη ρήτρα αναθεώρησης τιμής σε μια ρήτρα επιείκειας⁸². Ωστόσο, αναγκάζει το δικαστήριο να εξετάσει αν η φύση και η έκταση της αλλαγής δικαιολογούν την αναθεώρηση και εν τέλει την αναπροσαρμογή. Αυτό πρέπει να αξιολογείται, βέβαια, για κάθε περίπτωση χωριστά.

1.3. Αλλαγή πέρα από τον έλεγχο των μερών

Προκειμένου να αποφευχθεί η κακή χρήση της ρήτρας αναθεώρησης τιμής, αυτή συνήθως υποδεικνύει ότι οι αλλαγές στις οικονομικές συνθήκες θα πρέπει να βρίσκονται πέρα από τον έλεγχο των μερών (ή, τουλάχιστον, του συμβαλλόμενου μέρους που ζητεί την αναθεώρηση). Έτσι, η ρήτρα απαιτεί τα μέρη να μην γνώριζαν και να μην ήταν σε θέση να επηρεάσουν τις αλλαγές που επικαλούνται. Ωστόσο, κατ' αρχήν, αυτό δεν θα πρέπει να εμποδίσει το αιτούν μέρος να επικαλεστεί τις αλλαγές που προκλήθηκαν, κατά τους ισχυρισμούς του, από το άλλο μέρος⁸³.

Εντούτοις, ερωτήματα εγείρονται σχετικά με τις κρατικές οντότητες και τους εν γένει παίκτες της αγοράς που υπόκεινται σε κανονιστική δράση. Δηλαδή, τότε μπορεί να θεωρείται ότι έχουν τον έλεγχο ορισμένων αλλαγών; Μονοπώλια ή παραγόντες της αγοράς με δεσπόζουσα θέση σε αυτή που έχουν δύναμη επιβολής τιμών, δεν μπορεί να θεωρηθούν υπεύθυνοι για ορισμένες εξελίξεις στην αγορά; Παρά το γεγονός ότι τα ερωτήματα αυτά έχουν σημαντική αξία, η εκτενής σήμερα νομοθεσία περί ανταγωνισμού και οι σχετικοί κανονισμοί έχουν δημιουργήσει μια πιο φιλελεύθερη αγορά φυσικού αερίου, όπου δεν υπάρχει παίκτης με δυνατότητα ελέγχου των μεταβολών σε αυτήν. Ως εκ τούτου, τα δικαστήρια συνήθως διαπιστώνουν ότι οι αλλαγές κείνται πέραν του ελέγχου των μερών.

1.4. Γεωγραφικό στοιχείο – αλλαγές στη χώρα ή στην αγορά του αγοραστή

Η ρήτρα επανεξέτασης της τιμής περιλαμβάνει, επίσης, ένα γεωγραφικό στοιχείο υπό την έννοια ότι η αλλαγή πρέπει να έχει συμβεί στη χώρα ή την αγορά του αγοραστή. Σχετική πρόβλεψη δεν έχουν, βέβαια, όλες οι ρήτρες αναθεώρησης, αν και πολλές αναφέρονται σε

⁸² P. Roberts, *Gas Sales and Gas Transportation Agreements, Principles and Practice*, Sweet & Maxwell, 3rd edn, 2011, p. 189.

⁸³ T. Harriss, *ibid*, p. 39.

μια συγκεκριμένη χώρα ή περιοχή στην οποία δραστηριοποιείται παραδοσιακά ο αγοραστής⁸⁴.

Το ερώτημα, ωστόσο, σχετικά με το πώς να ερμηνεύσει κανείς αυτό το γεωγραφικό περιορισμό παραμένει. Σε γενικές γραμμές, η ερμηνεία είναι αυστηρή. Όταν η ρήτρα επανεξέτασης τιμής αναφέρεται σε μια συγκεκριμένη χώρα, η κύρια εστίαση βρίσκεται στις αλλαγές που έχουν συμβεί στη χώρα αυτή. Εάν δεν υπάρχει σαφής οριοθέτηση της γεωγραφικής περιοχής, τα μέρη έχουν την τάση να επικεντρώνονται στις αλλαγές που σημειώθηκαν στη χώρα στην οποία ο αγοραστής πωλεί το μεγαλύτερο μέρος του φυσικού αερίου που αγοράζει.

Αν και η γεωγραφική αυτή εκτίμηση μπορεί να ήταν σχετικά απλή στο παρελθόν, σήμερα θέτει μια σειρά ζητημάτων στην αγορά του φυσικού αερίου. Πιο αναλυτικά, τα σύνορα «ξεθωριάζουν» καθώς οι εταιρείες φυσικού αερίου επεκτείνουν τις δραστηριότητές τους σε διάφορες χώρες, οι τοπικές αγορές φυσικού αερίου συγχωνεύονται (“merging”), ενώ τα τελευταία χρόνια spot αγορές έχουν αναδυθεί σε όλη την Ευρώπη. Οι εξελίξεις αυτές εγείρουν προβλήματα σχετικά με τον ορισμό της χώρας ή της αγοράς του αγοραστή, και δημιουργούν προκλήσεις για τα συμβαλλόμενα μέρη και τους διαιτητές. Σε κάθε περίπτωση, το στοιχείο του χρόνου, ήτοι η υπό εξέταση περίοδος, μπορεί να φανεί ιδιαίτερος επιβοηθητική και σε αυτό το επίπεδο.

2. Αλλαγές στην αξία του αερίου

Όπως προαναφέρθηκε, κατ’ αρχήν, ένας διάδικος μπορεί να στηριχθεί σε οποιοδήποτε είδος μεταβολής των οικονομικών συνθηκών, υπό την προϋπόθεση ότι πληρούνται οι απαιτήσεις που συζητήθηκαν παραπάνω. Ωστόσο, οι περισσότερες ρήτρες αναθεώρησης τιμής περιέχουν ειδική αναφορά στη μεταβολή της αξίας του φυσικού αερίου.

Στην ενότητα αυτή, εξετάζουμε δύο ερωτήματα που εγείρονται όταν ένα μέρος ζητήσει την αναθεώρηση τιμής με βάση τη μεταβολή της αξίας του φυσικού αερίου. Το συμπέρασμα που προκύπτει είναι ότι «η αξία του φυσικού αερίου» (“the value of gas”) αναφέρεται (i) στην αξία του στην αγορά του αγοραστή, με ή χωρίς αναφορά στην αγορά τελικού χρήστη και (ii) στην αξία που μπορεί να λάβει, άμεσα ή έμμεσα, από μια συνετή και αποτελεσματική επιχείρηση φυσικού αερίου. Πιο αναλυτικά⁸⁵:

⁸⁴ T. Harriss, *ibid*, p. 40.

⁸⁵ *Ibid*.

2.1. Η αξία του φυσικού αερίου στην αγορά του αγοραστή

Έχουμε ήδη συζητήσει το γεωγραφικό στοιχείο που περιλαμβάνεται στην ρήτρα αναθεώρησης τιμών, αναφερόμενο στη χώρα ή την αγορά του αγοραστή στην οποία πρέπει να έχει επέλθει η αλλαγή. Εντούτοις, η ρήτρα αναθεώρησης τιμής εγείρει ερωτήματα και σχετικά με το επίπεδο της αγοράς (“market level”) που πρέπει να λαμβάνεται υπόψη για τον προσδιορισμό της αξίας του φυσικού αερίου. Το ζήτημα αυτό περιστρέφεται γύρω από τα δύο διαφορετικά επίπεδα της σημερινής αγοράς φυσικού αερίου και συγκεκριμένα την αγορά των τελικών χρηστών και τη χονδρική αγορά⁸⁶.

Όταν συνήφθησαν οι περισσότερες ευρωπαϊκές μακροπρόθεσμες συμφωνίες πώλησης φυσικού αερίου, η αλυσίδα εφοδιασμού με φυσικό αέριο ήταν σχετικά απλή και αποτελείτο από μερικούς μόνο βασικούς παίκτες. Οι παίκτες της αγοράς φυσικού αερίου αγόραζαν το αέριο από τους παραγωγούς με μακροπρόθεσμες συμφωνίες και πουλούσαν «προς τα εμπρός» σε ποικίλους τελικούς χρήστες: σε μεγάλους βιομηχανικούς καταναλωτές, σε σταθμούς παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας από φυσικό αέριο, σε πελάτες μεσαίου ή μικρού βεληνεκούς. Πωλούσαν, επίσης, αέριο στα νοικοκυριά μέσω τοπικών εταιρειών διανομής. Καθώς υπήρχε μόνο μια σχετικά μικρή προσαύξηση στην τιμή του φυσικού αερίου, οι εταιρείες διανομής λειτουργούσαν κατά βάση ως μεσάζοντες.

Σήμερα, μέρος της αξίας του φυσικού αερίου έχει «κολλήσει» σε αυτό το ενδιάμεσο επίπεδο. Καθώς οι εταιρείες διανομής έχουν εν μέρει τη δυνατότητα να αγοράζουν φυσικό αέριο από τις ολοένα και πιο ρευστές spot αγορές και ταυτόχρονα οι καταναλωτές διστάζουν να αλλάξουν προμηθευτή και να επαναδιαπραγματευτούν την τιμή που πληρώνουν, αυτές εν τέλει έχουν επιτύχει να αγοράζουν σε χαμηλότερες τιμές αέριο σε σύγκριση με τις σχετικά υψηλές τιμές πώλησης⁸⁷.

Ως εκ τούτου, ο ορισμός του όρου «αγορά του αγοραστή» (ως σχετική αγορά, “relevant market”) έχει μεγάλη σημασία κατά τον προσδιορισμό της αξίας του φυσικού αερίου. Η τιμή του φυσικού αερίου μπορεί να διαφέρει ανάλογα με το επίπεδο της αγοράς στην οποία αναφέρεται. Οι αγοραστές ισχυρίζονται ότι, καθώς πωλούν φυσικό αέριο κυρίως σε επίπεδο χονδρικής, αυτή είναι η σχετική αγορά τους. Ωστόσο, ορισμένες ρήτρες αναθεώρησης κάνουν ρητή αναφορά στην αξία του φυσικού αερίου στην αγορά των τελικών χρηστών. Έτσι, βασιζόμενοι στην γραμματική ερμηνεία της σύμβασης, οι πωλητές ισχυρίζονται ότι η αγορά του τελικού χρήστη είναι η σχετική αγορά για τον αγοραστή.

⁸⁶ T. Harriss, *ibid*, p. 41.

⁸⁷ *Ibid*.

Την ίδια στιγμή, οι αγοραστές επικαλούνται και εκείνοι το γράμμα της σχετικής διάταξης, και ειδικότερα τη διάστιξη μεταξύ «άμεσου και έμμεσου», για να υποστηρίξουν ότι θα πρέπει να ληφθεί υπόψη η αξία του φυσικού αερίου σε επίπεδο χονδρικής. Αντίθετα, οι πωλητές ισχυρίζονται ότι από τη διατύπωση αυτή προκύπτει ότι η αξία του φυσικού αερίου περιλαμβάνει την αξία που λαμβάνεται σε επίπεδο χονδρικής πώλησης από τις εταιρείες διανομής όταν πωλούν φυσικό αέριο σε υψηλότερη τιμή στα νοικοκυριά τα οποία θεωρούνται μέρος της αγοράς των τελικών χρηστών. Οι πωλητές ισχυρίζονται ότι οι αγοραστές επιτυγχάνουν αυτήν την τιμή έμμεσα, μέσω των πωλήσεών τους στις εταιρείες διανομής (ιδιαίτερα αν ο αγοραστής είναι μέρος ενός ευρύτερου ομίλου εταιρειών που περιλαμβάνει και τις εταιρείες διανομής, η περίπτωση της λεγόμενης καθετοποίησης της επιχείρησης), η αξία των οποίων θα πρέπει επίσης να λαμβάνεται υπόψη στον υπολογισμό της αξίας του φυσικού αερίου στην αγορά του αγοραστή.

2.2. Technical market value v. obtainable market value

Κατά τον προσδιορισμό της αξίας του φυσικού αερίου, οι ρήτρες αναθεώρησης τιμής αναφέρονται όχι μόνο στην αξία που έχει αυτό στην αγορά του αγοραστή (δηλ. στην αγορά τελικού χρήστη), αλλά και στην αξία που μπορεί να λάβει (άμεσα ή έμμεσα) από μια συνετή και αποτελεσματική εταιρεία αερίου⁸⁸.

Αυτό το τελευταίο αντανακλά σαφώς ότι η ρήτρα επανεξέτασης τιμής αναφέρεται στην αντικειμενική αξία του φυσικού αερίου, αν και αυτό εξακολουθεί να αφήνει περιθώρια στον αγοραστή να στηρίξει τους υπολογισμούς του στις δικές του τιμές πώλησης, εφ' όσον ο αγοραστής μπορεί να θεωρηθεί «συνετός και αποτελεσματικός». Αυτό που, ωστόσο, προκαλεί πολύ περισσότερη συζήτηση είναι το ερώτημα του κατά πόσον η τιμή που αναφέρεται σε αυτό το τμήμα της ρήτρας αναθεώρησης είναι η τεχνική αξία του αερίου ή η τιμή που είναι δυνατόν να επιτευχθεί.

Όταν καταρτίστηκαν οι περισσότερες μακροπρόθεσμες συμφωνίες πώλησης φυσικού αερίου, δεν υπήρχε πραγματικός ανταγωνισμός στον κλάδο του φυσικού αερίου. Αντ' αυτού, το φυσικό αέριο ανταγωνιζόταν μόνο εναλλακτικά καύσιμα. Προκειμένου να διασφαλιστεί η μακροπρόθεσμη ανταγωνιστικότητα του φυσικού αερίου, η αξία του και, κατά συνέπεια, η τιμή του προσδιοριζόταν σε σχέση με εναλλακτικά καύσιμα για κάθε κατηγορία τελικού χρήστη και η τιμολόγησή του γινόταν σε σχέση με την καλύτερη εναλλακτική⁸⁹. Στις

⁸⁸ T. Harriss, *ibid*, p. 42.

⁸⁹ Η αρχή της αξίας της αγοράς εισήχθη το 1962 από τον Ολλανδό Υπουργό Οικονομικών Υποθέσεων, JW De Pous, ο οποίος δημοσίευσε ένα policy paper που αναφέρεται ως “Nota De Pious”

περισσότερες περιπτώσεις, η καλύτερη εναλλακτική λύση ήταν το πετρέλαιο και έτσι οι τιμές στις μακροπρόθεσμες συμβάσεις προμήθειας φυσικού αερίου συνδέονταν κυρίως αυτό⁹⁰. Η τιμή του φυσικού αερίου αντανακλά την αξία του στον τελικό χρήστη σε σχέση με τις δαπάνες που αυτός πραγματοποιεί για τη χρήση του πιο ελκυστικού εναλλακτικού καυσίμου. Αυτό αναφέρεται ως η «αρχή της αδιαφορίας» (“the indifference principle”) η οποία καθορίζει την τεχνική αξία του αερίου στην αγορά⁹¹. Σε μια εποχή που δεν υπήρχε gas-to-gas ανταγωνισμός, αυτή ήταν η μόνη αποδεκτή μεθοδολογία για τον προσδιορισμό της αξίας του φυσικού αερίου.

Ωστόσο, καθώς οι ρήτρες αναθεώρησης τιμών αναφέρονται στην αξία που αποκτά το φυσικό αέριο, τόσο τα μέρη όσο και τα δικαστήρια αναρωτιούνται σχετικά με την έννοια του όρου «αξία του φυσικού αερίου» και τη μεθοδολογία που πρέπει να ακολουθηθεί για τον υπολογισμό της. Ορισμένοι ισχυρίστηκαν ότι «η αξία του φυσικού αερίου» αναφέρεται στην αξία του στην αγορά (“market value”) ή στην εφικτή/δυνατή τιμή, δηλαδή στην τιμή που δύναται αυτό να λάβει «άμεσα ή έμμεσα». Υποστηρίζουν ότι η χρήση αυτής της διατύπωσης επιβεβαιώνει ότι η ρήτρα αναθεώρησης τιμής αναφέρεται στην αξία που μπορεί εν τοις πράγμασι να λάβει το φυσικό αέριο. Συναφώς, στην οριστική του απόφαση στην Υπόθεση υπ’ αριθ. 13504 το ICC έκρινε ότι:

“in the absence of a particular provision in the [Contract] as to the meaning of “the value of Natural Gas”, the Arbitral Tribunal considers that this expression should be interpreted as referring to the ordinary market value of gas, and that the market value of gas is to be determined on the basis of prices obtained or obtainable in actual transactions in the various market segments constituting the end-user market of the Buyer.

... The value obtained in the market is the payment/revenue/price which the supplier receives from the entirety of all end customers. The principle that any value determination under [the price review clause] has ultimately to be checked against and is finally determined

(Parliamentary Papers II, 1961/1962). Βλ. επίσης An. J. Melling, *Natural Gas Pricing and Its Future, Europe as the Battleground*, Carnegie Endowment, 2010, pp 16-17.

⁹⁰ EU Energy Sector Enquiry, January 10 2007, p.p. 101-104 και International Energy Agency, *Natural Gas Pricing in Competitive Markets*, 1998, p 32.

⁹¹ Σε δημοσίευσή του το 1998, ο Διεθνής Οργανισμός Ενέργειας αναφέρεται στην netback τιμή του φυσικού αερίου, η οποία προσδιορίζεται “on the basis of the weighted average value of the gas in competition with other fuels adjusted to allow for transportation and storage costs from the beach or border and any taxes on gas”, Βλ. επίσης Hans K Schneider and Walter Schulz, *Die Gaspreisbildung nach dem Anlegbarkeitsprinzip, Ein Beitrag zu ihrer wirtschaftspolitischen Beurteilung*, R Oldenbourg Verlag, Munich, 1977, ο οποίος ασχολείται με την Anlegbarkeitsprinzip («αρχή της αδιαφορίας») και την τιμολόγηση με βάση την τιμαριθμική αναπροσαρμογή.

*by the prices actually obtained or obtainable in the market was acknowledged by Respondent*⁹².

Η συζήτηση σχετικά με τη διαφορά μεταξύ της “technical market value” και της “obtainable market value” τροφοδοτήθηκε από διάφορες εξελίξεις της αγοράς, όπως την επιτυχημένη παραγωγή σχιστολιθικού αερίου από τις ΗΠΑ, την αύξηση του αριθμού των τερματικών σταθμών ΥΦΑ στην ηπειρωτική Ευρώπη και την οικονομική κρίση. Οι εξελίξεις αυτές έχουν προκαλέσει αύξηση της προσφοράς και μείωση της ζήτησης, γεγονός που στην Ευρώπη έχει οδηγήσει σε υπερπροσφορά φυσικού αερίου⁹³. Σε συνδυασμό με την αυξημένη ρευστότητα των spot αγορών, ο gas-to-gas ανταγωνισμός φαίνεται να εμφανίζεται σε διαφορετικό βαθμό σε πολλές βασικές ευρωπαϊκές αγορές.

Επιπλέον, οι εξελίξεις αυτές έχουν προκαλέσει μια διαφορά μεταξύ των τιμών του φυσικού αερίου που πωλείται σε κόμβους και των τιμών που υπόκεινται σε oil-indexation. Αυτές οι δύο τιμές έτειναν μέχρι σχετικά πρόσφατα να βρίσκονται σε παρόμοια επίπεδα μέσο- και μακρο-πρόθεσμα, όμως η κατάσταση έχει αλλάξει από το καλοκαίρι του 2009. Η επίδραση της εξέλιξης αυτής για τις πραγματικά εφικτές τιμές του φυσικού αερίου εξαρτάται από την εκάστοτε ειδικότερη αγορά στην οποία αφορά η σύμβαση.

Μετά από αυτές τις διαπιστώσεις, τα μέρη ισχυρίζονται ότι η διατύπωση της ρήτρας αναθεώρησης της τιμής επιτρέπει από τη μία την αποτίμηση της αξίας του φυσικού αερίου σε σχέση με τα εναλλακτικά καύσιμα και από την άλλη την αποτίμησή του σε σχέση με το φυσικό αέριο (“gas versus gas”). Ο gas-to-gas ανταγωνισμός επιτρέπει στα μέρη να καθορίζουν την αξία του φυσικού αερίου με βάση την τιμή που ο αγοραστής μπορεί πραγματικά να πουλήσει στην αγορά του, η οποία για την ώρα καθορίζεται από τις τιμές στην spot αγορά, και έτσι απομακρύνεται από την πιο τεχνική αγοραία αξία.

3. Οικονομική εμπορευσιμότητα του φυσικού αερίου

Συνήθως, η ρήτρα αναθεώρησης τιμών περιέχει μια ξεχωριστή παράγραφο που προβλέπει ότι σε κάθε περίπτωση οι προβλέψεις της σύμβασης για την τιμή θα επιτρέπουν στον αγοραστή να εμπορευέται με οικονομικά αποδοτικό τρόπο το φυσικό αέριο που αγοράζει. Αυτές οι ρήτρες «οικονομικής εμπορευσιμότητας» συνήθως λειτουργούν ως

⁹² Final Award in Case 13504, January 2007, σε: "Extracts from ICC Arbitral Awards: Price Setting and Price Revision in the Energy Sector", in ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol 20/2, 2009, p. 99.

⁹³ Βλ. Κεφάλαιο 2, παράγραφο 4.

ανώτατο όριο για τη νέα τιμή⁹⁴. Εκτός αν ορίζεται διαφορετικά, έχουν την τάση να μην εμποδίζουν έναν εμπειρογνώμονα ή τον διαιτητή από τον καθορισμό μιας τιμής κάτω από αυτό το όριο.

Η διάταξη αυτή αναφέρεται, επίσης, και ως “in any case clause” λόγω του ότι η γραμματική της απόδοση στο κείμενο της ρήτρας ξεκινά με αυτή τη φράση. Σε γενικές δε γραμμές, η διατύπωση αυτή θέτει δύο ερωτήματα σχετικά με την ερμηνεία της:

- Συνιστά η “any case clause” ιδιαίτερη περίπτωση “trigger event” για την αναθεώρηση της τιμής;
- Παρέχει εγγύηση ενός ελάχιστου κέρδους για τον αγοραστή;

3.1. Ως ιδιαίτερο γενεσιουργό γεγονός

Ένα επιχείρημα υπέρ της άποψης ότι η “in any case” ρήτρα αποτελεί μια ξεχωριστή βάση για αναθεώρηση της τιμής, αποτελεί το γεγονός ότι η εν λόγω φράση τοποθετείται στην αρχή της ρήτρας αναθεώρησης. Ωστόσο, όπως προκύπτει από την ίδια τη ρήτρα αναθεώρησης, η ανασκόπηση της τιμής απαιτεί οι οικονομικές συνθήκες να έχουν αλλάξει σημαντικά και αυτό συνιστά τον βασικό πυρήνα της αναδιαπραγμάτευσης. Η φράση «σε κάθε περίπτωση» θα μπορούσε απλώς να σημαίνει ότι οποιαδήποτε προσαρμογή των διατάξεων περί τιμής που αντικατοπτρίζει τις αλλαγές αυτές θα πρέπει να μην επηρεάζει εν τέλει την εμπορευσιμότητα του αερίου⁹⁵.

Στην περιορισμένη νομολογία που είναι διαθέσιμη, έχει γίνει αναφορά στην εξεταζόμενη ρήτρα και την ερμηνεία αυτής. Ειδικότερα, σε μία απόφαση του ICC του 1999, το διαιτητικό δικαστήριο έκρινε ότι:

“Therefore, the Arbitral Tribunal concludes that a consolidation of both paragraphs has to take place. Such a consolidation entitles the buyer to invoke Article 6.10(a)(2) [the in any case clause] if an application of Article 6.10(a)(1) leads to a result where he cannot economically market the natural gas. Accordingly, the second paragraph therefore works as a protection of the buyer against upward adjustments of the price considering his market situation.

⁹⁴ T. Harriss, *ibid*, p. 43.

⁹⁵ T. Harriss, *ibid*, p. 44.

... the Arbitral Tribunal has found that an allegation of 'non-marketability' ... cannot be used by the Claimants as an independent basis for its request for price review, but can only be invoked as a defence against the Respondents' request for price increase ...⁹⁶

Σε μία άλλη απόφαση του ICC, που εκδόθηκε το 2007, το διαιτητικό δικαστήριο δεν αποφάνθηκε επί του ζητήματος αν η ρήτρα “in any case” μπορεί να χρησιμεύσει ως ένα ξεχωριστό έναυσμα για αναθεώρηση της τιμής⁹⁷. Από την τρέχουσα νομολογία προκύπτει ότι αν ορισμένες αλλαγές στις οικονομικές συνθήκες απαιτούν κατ’ αρχήν ανοδική αναπροσαρμογή της τιμής της σύμβασης, ο αγοραστής μπορεί να αντισταθεί σε μια τέτοια εξέλιξη, εάν αυτό θα τον εμπόδιζε να εμπορευθεί αποτελεσματικά στην αγορά το φυσικό αέριο. Έτσι, η ρήτρα φαίνεται να χρησιμεύει ως μια μορφή διάταξης-δίχτυ ασφαλείας για τον αγοραστή, και όχι ως ένα ξεχωριστό έναυσμα για την αναθεώρηση της τιμής.

Δεν είναι, όμως, σαφές αν η «σε κάθε περίπτωση» ρήτρα παρέχει μεγαλύτερη προστασία στον αγοραστή. Μερικοί υποστηρίζουν ότι συνιστά ένα γενεσιουργό γεγονός που οδηγεί σε επανεξέταση της τιμής με αποτέλεσμα την αναπροσαρμογή αυτής, η τελικώς, όμως, διαμορφούμενη τιμή πρέπει όχι μόνο να αντικατοπτρίζει την αλλαγή που την προκάλεσε, αλλά επηρεάζεται και από την “any case clause”. Δηλαδή, η προσαρμοσμένη τιμή θα πρέπει να επιτρέπει στον αγοραστή την οικονομικά αποδοτική διάθεση του αερίου στην αγορά στην οποία δραστηριοποιείται. Σε διαφορετική περίπτωση θα πρέπει να γίνει συμπληρωματική αναπροσαρμογή μέχρι να επιτευχθεί αυτό το αποτέλεσμα.

Παρά το γεγονός, βέβαια, ότι η ερμηνεία αυτή της ρήτρας μπορεί να ακούγεται λογική για την πλευρά του αγοραστή, δεν υπάρχει, εντούτοις, στη διάθεση του κοινού κάποια απόφαση στην οποία το δικαστήριο να έχει αποφανθεί σχετικά.

3.2. Ως εγγυημένο περιθώριο κέρδους

Κανονικά, η “any case clause” δεν παρέχει επεξήγηση του όρου “economically market” (δηλαδή, «να πουληθεί [το αέριο] οικονομικώς αποδοτικά»). Ωστόσο, μερικοί αγοραστές υποστηρίζουν ότι η ρήτρα «σε κάθε περίπτωση» παρέχει ένα εγγυημένο περιθώριο κέρδους, καθότι το γεγονός ότι θα πρέπει να έχουν τη δυνατότητα να εμπορεύονται

⁹⁶ Final Award in Case 9812, August 1999, "Extracts from ICC Arbitral Awards: Price Setting and Price Revision in the Energy Sector", in ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol 20/2, 2009, pp72-73.

⁹⁷ Final Award in Case 13504, January 2007, "Extracts from ICC Arbitral Awards: Price Setting and Price Revision in the Energy Sector", in ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol 20/2, 2009, p. 97. Στην παράγραφο 101 της απόφασης, το δικαστήριο σημειώνει: “This clause is regarded by both Parties as a safeguard for the benefit of the Buyer”.

οικονομικά το αέριο σημαίνει ότι ο αγοραστής θα πρέπει πάντα να έχει ένα περιθώριο κέρδους. Με σαφήνεια, επομένως, η ρήτρα προβλέπει ότι στο τέλος το αέριο πρέπει να είναι εμπορεύσιμο⁹⁸.

Αυτό που είναι ασαφές είναι το κατά πόσο η ερμηνεία αυτή σημαίνει ότι το περιθώριο κέρδους θα πρέπει να είναι υφιστάμενο καθόλη τη διάρκεια της σύμβασης. Με βάση τη διατύπωση της σύμβασης, τα επιχειρήματα μπορεί να κατευθύνονται και προς τις δύο εκδοχές.

Πάντως, θα είναι χρήσιμο, τόσο για τους διαιτητές όσο και για τα ίδια τα μέρη, να καταφεύγουν στο ιστορικό της διαπραγμάτευσης της σύμβασης κατά το προσυμβατικό στάδιο, καθώς και σε τυχόν προγενέστερες αναθεωρήσεις της τιμής, για να εκτιμήσουν το κατά πόσον μπορεί να υποστηριχθεί ότι η ρήτρα «σε κάθε περίπτωση» παρέχει ένα περιθώριο εγγυημένου κέρδους.

Ως γενική σημείωση, επισημαίνουμε ότι, αν οι μεταβολές στις οικονομικές περιστάσεις άλλαξαν τις συνθήκες της αγοράς, θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι ο αγοραστής δεν μπορεί πλέον να δικαιούται το ίδιο περιθώριο κέρδους. Ωστόσο, το εάν ένας αγοραστής θα δικαιούται ένα συγκεκριμένο περιθώριο κέρδους εξαρτάται σε μεγάλο βαθμό από τα πραγματικά περιστατικά της κάθε υπόθεσης.

4. Non-price terms

Οι εμπορικοί όροι των μακροπρόθεσμων συμβάσεων πώλησης αερίου περιλαμβάνουν πολλές παρεπόμενες ρήτρες που επηρεάζουν την τιμή. Για τους σκοπούς της αναθεώρησης της τιμής, οι όροι που αφορούν την ποιότητα του φυσικού αερίου μπορούν να αγνοηθούν. Το αέριο που παραδίδεται σε περιφερειακές αγορές θα πρέπει να συμμορφώνεται με τα πρότυπα που καθορίζονται από τα συστήματα διανομής τρίτων μερών. Για το λόγο αυτό, είναι ασυνήθιστο οι συμβατικές προδιαγραφές ποιότητας να ποικίλουν σε μεγάλο βαθμό μεταξύ των συμβάσεων πώλησης φυσικού αερίου στο πλαίσιο μιας περιφερειακής αγοράς. Το αέριο που παραδίδεται σε υγροποιημένη μορφή (LNG) απαιτεί εκ νέου αεριοποίηση, το κόστος της οποίας πρέπει να λαμβάνεται υπόψη κατά τη σύγκριση των τιμών ΥΦΑ με την αξία του φυσικού αερίου που παραδίδεται σε αέρια κατάσταση. Ωστόσο, τα έξοδα επανααεριοποίησης είναι προβλέψιμα και αποτελούν μόνο ένα μικρό μέρος της συνολικής αξίας του φυσικού αερίου⁹⁹.

⁹⁸ T. Harriss, *ibid*, p. 44.

⁹⁹ T. Harriss, *ibid*, p. 54.

Για τους σκοπούς της αναθεώρησης των τιμών, άλλοι όροι, εκτός της τιμής, που αποτελούν σημαντικές παραμέτρους, είναι εκείνοι που ασχολούνται με τις υποχρεώσεις του αγοραστή στο πλαίσιο της ρήτρας «take or pay». Αυτοί μπορεί να διαφέρουν σημαντικά από τη μια σύμβαση πώλησης φυσικού αερίου στην άλλη. Η ευελιξία έχει ένα κόστος το οποίο τείνει να αντικατοπτρίζεται στην τιμή της σύμβασης. Ο αγοραστής που δικαιούται να έχει μεγάλες διακυμάνσεις στις προβλέψεις του από τη μια μέρα στην άλλη και να μεταβάλλει τις ποσότητες που χρειάζεται ακόμη και την τελευταία στιγμή θα αναμένουμε να πληρώσει περισσότερο απ' ό,τι κάποιος που απολαμβάνει λιγότερη ευελιξία.

Όροι άσχετοι με τη τιμή μπορεί να δημιουργήσουν δυσκολίες στο πλαίσιο αναθεώρησης της. Οι περισσότερες μακροπρόθεσμες συμβάσεις πώλησης αερίου είναι εμπιστευτικές. Ωστόσο, η πραγματική τιμή που καταβάλλεται, συχνά απαιτείται να γίνεται γνωστή (π.χ. για τελωνειακούς ή δασμολογικούς σκοπούς) και οι πληροφορίες που προκύπτουν εν συνεχεία γνωστοποιούνται σε εθνικές στατιστικές υπηρεσίες και σε άλλες προσβάσιμες στο κοινό βάσεις δεδομένων. Το ίδιο δεν ισχύει, ωστόσο, και για άλλους όρους πέραν της τιμής. Το αποτέλεσμα είναι ότι οι διαθέσιμες για σύγκριση πληροφορίες είναι περιορισμένες. Εξετάζοντας μόνο την τιμή, ενδέχεται να καταλήξουμε στο λανθασμένο συμπέρασμα ότι η συμβατική τιμή κινείται εκτός των δεδομένων της αγοράς, όπως αυτά αντικατοπτρίζονται στις στατιστικές που δημοσιεύονται. Αλλά μια εξήγηση για τη διαφορά αυτή μπορεί να είναι τελικά ότι η υπό κρίση σύμβαση περιλαμβάνει όρους, εκτός των τιμών, που ασκούν μεγαλύτερη ή μικρότερη επίδραση κατά τη διάρκεια της εξεταζόμενης περιόδου.

Σε πολλές περιπτώσεις, το δικαστήριο (διαιτητής ή εμπειρογνώμονας) πρέπει να λάβει μια απόφαση στη βάση ενός ελλιπούς συνόλου δεδομένων. Ως εκ τούτου, στην πράξη ο εμπειρογνώμονας καλείται να αξιολογήσει ενδείξεις που διαδραματίζουν σημαντικότατο ρόλο στην αξιολόγηση ζητημάτων όπως η αξία όρων εκτός της τιμής.

ΚΕΦΑΛΑΙΟ 8ο

ΕΡΓΑΛΕΙΑ ΑΝΑΘΕΩΡΗΣΗΣ ΤΟΥ ΤΥΠΟΥ ΤΗΣ ΤΙΜΗΣ

1. Γενικά

Είναι δυνατόν να έχουμε μια ρήτρα αναθεώρησης τιμών που, όταν ενεργοποιηθεί, θα αξιώσει από τα μέρη (και ελλείψει συμφωνίας από τον εμπειρογνώμονα ή τον διαιτητή) να ξαναρχίσουν το όλο εγχείρημα από μηδενική βάση. Μια τέτοια ρήτρα θα ήταν, βέβαια, δυσλειτουργική. Ένας από τους λόγους για τους οποίους αυτή η προσέγγιση δεν προτιμάται είναι ότι περιλαμβάνει μία περίπλοκη έρευνα, ακόμη και σε περιπτώσεις όπου η μεταβολή της αγοράς, η οποία αποτέλεσε το έναυσμα για την αναθεώρηση, θα μπορούσε να αντιμετωπιστεί με μια μικρή αναπροσαρμογή στην υπάρχουσα φόρμουλα. Τα μέρη, λοιπόν, καταφεύγουν συνηθέστερα σε αναδιαμόρφωση της φόρμουλας, της τυπολογίας βάσει της οποίας «βγαίνει» η τιμή. Οι τρόποι που χρησιμοποιούνται είναι διάφοροι¹⁰⁰:

2. “Value the change rather than valuing the gas”

Οι περισσότερες από τις ευρέως χρησιμοποιούμενες ρήτρες επανεξέτασης προσπαθούν με κάποιο τρόπο να συσχετίσουν μια αλλαγή της ενεργειακής αγοράς με την αναθεώρηση της τιμής. Με άλλα λόγια, προσπαθούν να εκτιμήσουν την αλλαγή καθαυτή, παρά να αποτιμήσουν την αξία του φυσικού αερίου (“value the change rather than valuing the gas”). Αναγνωρίζουν, επίσης, ότι η όλη διαδικασία είναι πιθανό να είναι ανεφάρμοστη, εκτός αν δίνεται στον διαιτητή ή τον εμπειρογνώμονα αρκετά ευρεία διακριτική ευχέρεια ως προς το περιεχόμενο της αναθεώρησης. Τα δε συμβατικά κριτήρια αναμένεται να λειτουργήσουν αρκετά καλά ως κατευθυντήριες γραμμές, αλλά κάθε προσπάθεια να υπαγορεύσουν την αναθεώρηση των τιμών με έναν μηχανιστικό τρόπο είναι σχεδόν απίθανο να λειτουργήσει δίκαια σε όλες τις διαφορετικές περιστάσεις υπό τις οποίες μπορεί να χρειαστεί να εφαρμοστεί¹⁰¹.

¹⁰⁰ T. Harriss, *ibid*, p. 131.

¹⁰¹ T. Harriss, *ibid*, p. 132.

Υιοθετώντας, λοιπόν, μια ρήτρα η οποία εκτιμά την μεταβολή καθαυτή, ήτοι ως γεγονός, παρά το πώς αυτή αποκρυσταλλώνεται στην τιμή του φυσικού αερίου και η οποία δίνει στον εμπειρογνώμονα ή τον διαιτητή κάποια διακριτική ευχέρεια ως προς το πώς να εκτελέσει το έργο του, αυτή εν τέλει αποκτά σημαντικό βάρος. Για τους σκοπούς της εν λόγω μεθόδου, θεωρείται ότι η φόρμουλα τιμολόγησης ενσωματώνει μια προκαθορισμένη τιμή βάσης η οποία στη συνέχεια υπόκειται σε τιμαριθμική αναπροσαρμογή σε σχέση με τις αλλαγές στις τιμές των άλλων ενεργειακών προϊόντων.

3. Κλιμακωτή φόρμουλα

Δεν είναι ασυνήθιστο μια κλιμακωτή φόρμουλα (“escalation formula”) να έχει σχεδιαστεί κατά τέτοιο τρόπο ώστε να εξομαλύνει τις μεταβολές στην τιμή της σύμβασης. Διάφορες τεχνικές είναι διαθέσιμες για το σκοπό αυτό¹⁰². Ένας δωδεκάμηνος κινητός μέσος όρος του δείκτη τιμών του πετρελαίου παρέχει κάποια εξομάλυνση, αλλά ταυτόχρονα ενδέχεται να εισάγει στη διαδικασία ένα φαινόμενο χρονικής υστέρησης (“time lag effect”) που σημαίνει ότι η τιμή της σύμβασης θα είναι εκτός φάσης σε σχέση με τις εξελίξεις στην αγορά. Βέβαια, αυτή η τεχνική δεν είναι τελικά και τόσο άδικη υπό την προϋπόθεση ότι η αγορά κινείται προς τα επάνω ή προς τα κάτω (και vice versa) κατά την περίοδο χρήσης αυτής της τυπολογίας. Η χρονική καθυστέρηση θα ωφελεί τον αγοραστή για κάποιο διάστημα και τον πωλητή για κάποιο άλλο. Σε κάθε περίπτωση, ο διαιτητής ή ο εμπειρογνώμονας ενδέχεται να διατηρήσουν αυτό το είδος μηχανισμού στην υπάρχουσα συμφωνία, εφ’ όσον μπορεί να ωφελεί και τις δύο πλευρές.

4. Ποσόστωση του δείκτη τιμών

Μια άλλη μορφή εξομάλυνσης είναι να περιοριστεί το ποσοστό των μεταβολών του δείκτη τιμών που υιοθετείται από τη σύμβαση. Αυτό θα μειώσει τις επιπτώσεις των αυξομειώσεων της αγοράς ενέργειας¹⁰³. Όπως και με τους κινητούς μέσους όρους, έτσι και σε αυτή την περίπτωση αναμένεται ότι τα οφέλη και τα βάρη μοιράζονται αναλόγως με το αν η αγορά κινείται προς τα επάνω ή προς τα κάτω (και vice versa), ενώ το εύρος διαπραγμάτευσης της αγοράς παραμένει επικεντρωμένο γύρω από την αρχικώς

¹⁰² T. Harriss, *ibid*, p. 132.

¹⁰³ T. Harriss, *ibid*, p. 132.

συμφωνηθείσα τιμή βάσης. Ωστόσο, ενδέχεται να προκύψουν προβλήματα εάν η αγορά κινείται μόνιμα σε ένα χαμηλότερο ή υψηλότερο εύρος διαπραγμάτευσης.

Αν το πέρασμα του δείκτη τιμών του πετρελαίου στην συμβατική τιμή του φυσικού αερίου είναι σκόπιμα τεχνητά χαμηλό, μπορεί να υποστηριχθεί ότι δεν υπάρχει ανάγκη για αναθεώρηση τιμής μόνο και μόνο επειδή η αγορά κινείται σε μόνιμη βάση υψηλότερα ή χαμηλότερα από το εύρος διαπραγμάτευσης. Η προκύπτουσα επιφύλαξη του πωλητή και του αγοραστή είναι αναγκαία συνέπεια του κόστους ευκαιρίας τους. Το επιχείρημα αυτό μπορεί να αντιμετωπιστεί με κάποιο σκεπτικισμό όταν τα στοιχεία δείχνουν ότι κατά το χρόνο σύναψης της σύμβασης η τιμή βάσης και η κλιμάκωση¹⁰⁴ αυτής σχεδιάστηκε κατά τρόπο ώστε να διανέμει τα οφέλη από την εξομάλυνση μεταξύ των μερών. Μια εναλλακτική άποψη είναι ότι αν η αναθεώρηση τιμών ενεργοποιείται και η αγορά έχει μετακινηθεί σε ένα μόνιμα υψηλότερο ή χαμηλότερο εύρος διαπραγμάτευσης, η τιμή βάσης πρέπει να οριστεί εκ νέου για να ταιριάζει με το νέο εύρος διαπραγμάτευσης. Βέβαια, σε πολύ ασταθείς και απρόβλεπτες αγορές μπορεί να παρουσιαστούν δυσκολίες.

5. “The S curve”

Μια άλλη τεχνική εξομάλυνσης είναι η «καμπύλη S» (“*the S curve*”), που ονομάστηκε έτσι από την οπτική της αναπαράσταση, όταν η συμβατική τιμή του φυσικού αερίου υπολογίζεται βάσει των τιμών του πετρελαίου¹⁰⁵. Η βασική λογική του τύπου εδράζεται μεταξύ δύο σημείων καμπής που τοποθετούνται στα ανώτερα και κατώτερα όρια του αναμενόμενου εύρους διαπραγμάτευσης του δείκτη τιμών του πετρελαίου. Ανάμεσα σε αυτά τα σημεία, η συμβατική τιμή του φυσικού αερίου παρακολουθεί τις αλλαγές της τιμής του πετρελαίου. Στα άνω και κάτω άκρα, η επίδραση των ακραίων κινήσεων της τιμής του πετρελαίου μειώνεται χάρη σε έναν παράγοντα «χαμηλής διέλευσης» που περιέχεται στον τύπο.

Για τους σκοπούς της αναθεώρησης των τιμών, αυτό το είδος της ρύθμισης θέτει ειδικά προβλήματα. Εάν μια αλλαγή στην αγορά ενέργειας λαμβάνει χώρα μόνιμα εκτός των σημείων καμπής (είτε προς τα πάνω είτε προς τα κάτω), απαιτείται η εκ νέου ρύθμιση των σημείων καμπής ώστε να ταιριάζουν στη νέα πραγματικότητα της αγοράς.

¹⁰⁴ Πρόκειται, δηλαδή, για μια κλιμακωτή φόρμουλα που ενσωματώνει έναν δείκτη «χαμηλής διέλευσης» (“*a low pass through factor*”) ο οποίος περνά στη συμβατική τιμή ορισμένο μόνο μέρος της μεταβολής των τιμών των δεικτών των άλλων ενεργειακών προϊόντων.

¹⁰⁵ T. Harriss, *ibid*, p. 133.

Φυσικά, τα μέρη μπορούν να προβούν σε μια υποθετική πρόβλεψη, λ.χ. φάσματος εικοσαετίας, για τη σχέση μεταξύ των τιμών του πετρελαίου και του φυσικού αερίου. Στην περίπτωση αυτή, θα μπορούσε κανείς να ισχυριστεί ότι δεν υπάρχει ανάγκη να αλλάξει ο τύπος τιμολόγησης λόγω των αλλαγών στις αξίες αυτές.

Μία εναλλακτική ανάλυση είναι ότι μια εσκεμμένη εικοσαετής εικασία σχετικά με τη σχέση τιμών πετρελαίου και φυσικού αερίου είναι ασυμβίβαστη με την ενσωμάτωση μιας ρήτρας αναθεώρησης τιμής. Σε μια σύμβαση που ενσωματώνει μια ρήτρα αναθεώρησης, ο στόχος μπορεί να είναι η παρακολούθηση της εξέλιξης της τιμής του φυσικού αερίου, γνωρίζοντας ότι η άσκηση αυτή δεν μπορεί ποτέ να είναι τέλεια, και ότι και οι δύο πλευρές είναι πρόθυμες να δεχθούν ένα στοιχείο ανακρίβειας. Τελικά, πολλές διαιτησίες αναθεώρησης τιμών αφορούν ζητήματα βαθμού: Πόσο η εκ της υφιστάμενης μεθόδου προκύψασα τιμή παρέκκλινε από την αντικειμενική αξία του φυσικού αερίου; Τι πρέπει να γίνει για επανέλθει η συμβατική τιμή; Τι πρέπει να γίνει για να αποτραπεί η μελλοντική απόκλιση της τιμής από την αντικειμενική αξία του φυσικού αερίου;

6. Μακροχρόνιοι Δείκτες τιμών αγοράς

Σε συνέχεια των ανωτέρω, ένας συνήθης μηχανισμός που εξασφαλίζει ότι η τιμή αντικατοπτρίζει τις συνθήκες της αγοράς είναι και η χρήση ενός μακροχρόνιου δείκτη τιμολόγησης, όπως αυτός δημοσιεύεται σε ένα ενεργειακό Χρηματιστήριο ή σε ένα περιοδικό του κλάδου¹⁰⁶.

Ωστόσο, οι δείκτες αυτοί, λόγω του αναδρομικού χαρακτήρα τους, δημοσιεύονται σε τριμηνιαία βάση ή στο τέλος μιας μεγαλύτερης σε διάρκεια περιόδου. Αυτό μπορεί να οδηγήσει σε πρακτικές δυσκολίες ως προς το ποιά τιμή καταβάλλεται στον ενδιάμεσο χρόνο και γεννά την ανάγκη μηχανισμών προσαρμοσμένων πληρωμών.

Σήμερα στην ηπειρωτική Ευρώπη η μέθοδος τιμολόγησης με βάση το πετρέλαιο (“oil-indexation”) παραμένει η κυρίαρχη μέθοδος για τη μακροπρόθεσμη αναπροσαρμογή της τιμής της σύμβασης. Παρά το γεγονός ότι οι spot αγορές έχουν εξαπλωθεί σε όλη την βορειοδυτική Ευρώπη, υπάρχουν μεγάλες περιοχές, όπου οι spot αγορές παραμένουν σε εμβρυακό στάδιο και οι συνθήκες δεν είναι ακόμη κατάλληλες για την ανάπτυξή τους.

Ταυτόχρονα, η συρρίκνωση της χρήσης της τιμαριθμικής αναπροσαρμογής της τιμής του πετρελαίου έχει προβλεφθεί για το μεγαλύτερο μέρος των συμβάσεων της τελευταίας δεκαετίας, ωστόσο οι νέες συμβάσεις πετρελαίου προσαρμόζονται στα νέα δεδομένα, ενώ οι

¹⁰⁶ T. Harriss, *ibid*, p. 133.

παρατάσεις συμβάσεων είναι ακόμα υπό διαπραγμάτευση. Η πίεση για τη διατήρηση της τιμαριθμικής αναπροσαρμογής της τιμής με βάση το πετρέλαιο δεν έρχεται πάντα από τους πωλητές, καθώς και ορισμένοι αγοραστές προτιμούν το oil-indexation, ενώ πολλές εταιρείες έχουν στο χαρτοφυλάκιό τους συμβάσεις τόσο “oil-indexed” όσο και “market-based”.

Η σύμβαση θα πρέπει, επίσης, να περιλαμβάνει ένα μηχανισμό τυχόν αντικατάστασης του χρησιμοποιούμενου δείκτη, εάν ο ήδη επιλεγμένος διακοπεί, ή ακόμα και τον τρόπο υπολογισμού και εκτίμησης των ουσιωδών αλλαγών που μέλλεται να προκύψουν από αυτόν.

Λόγω της εμπορικής ευαισθησίας των θεμάτων τιμολόγησης, είναι δύσκολο να συγκεντρώσει κανείς μια ολοκληρωμένη μελέτη των χρησιμοποιούμενων δεικτών στον τομέα της ενέργειας. Ωστόσο, είναι σπάνιο μια μακροπρόθεσμη συμφωνία προμήθειας να συνδέεται αποκλειστικά και μόνο με έναν δείκτη τιμών της κατάντη αγοράς. Πιο συχνή είναι μια σταθερή τιμή που συνδέεται με τον Δείκτη Τιμών Καταναλωτή ή ίσως με τμήμα τιμής που συμπλέει με έναν δείκτη. Σε κάθε περίπτωση, δεν υπάρχει αμφιβολία ότι μια ακμάζουσα αγορά εμπορευμάτων ενισχύει διαπραγματευτικά τον πωλητή.

7. “Fairly operating formula”

Στα διάφορα παραδείγματα που δίνονται παραπάνω, ένα επαναλαμβανόμενο χαρακτηριστικό είναι η έννοια του υφιστάμενου τύπου που λειτουργεί κάθε φορά «δίκαια» στην τρέχουσα συγκυρία της αγοράς. Οι περισσότεροι τύποι κλιμάκωσης έχουν σχεδιαστεί ακριβώς κατ’ αυτόν τον τρόπο, να λειτουργούν δηλαδή δίκαια τόσο για τον αγοραστή όσο και για τον πωλητή στο πλαίσιο της αγοράς στην οποία είχαν αρχικά συμφωνηθεί¹⁰⁷. Η αίσθηση αυτή δικαιοσύνης θα είναι εμφανής από τον τρόπο με τον οποίο οι παράγοντες του τύπου (π.χ. κινητοί μέσοι όροι, δείκτες χαμηλής επίδρασης και οι καμπύλες S) θα αποφέρουν οφέλη και επιβαρύνσεις και για τα δύο μέρη στο πλαίσιο της αρχικής συμφωνίας. Η αναθεώρηση των τιμών επιτρέπει στον τύπο να συνεχίζει να λειτουργεί δίκαια στο εκάστοτε τρέχον πλαίσιο της αγοράς.

Δεν αποκλείεται, βέβαια, να υπάρχουν εξαιρετικές περιπτώσεις, όπου είναι σαφές, από το πλαίσιο εντός του οποίου ο τύπος είχε αρχικά συμφωνηθεί να λειτουργεί, ότι η τιμολογιακή φόρμουλα επρόκειτο να είναι σκόπιμα μονόπλευρη. Αυτές οι περιπτώσεις είναι πιο προβληματικές. Υπάρχει, βέβαια, το επιχείρημα ότι ο ευεργετούμενος από αυτή τη μονομέρεια έχει δεσμευτεί σε αυτή την ωφέλεια μέχρι την επόμενη αναθεώρηση της τιμής.

¹⁰⁷ T. Harriss, *ibid*, p. 133.

Από την άλλη πλευρά, οι εμπειρογνώμονες ή και οι διαιτητές ενδέχεται να επιτρέψουν κάποια ανισορροπία στον τύπο και για το μέλλον, ιδιαίτερα αν η ανισορροπία προκύψει ανεξάρτητα από αλλαγές που έχουν επέλθει στην αγορά της ενέργειας κατά τη διάρκεια της υπό εξέταση περιόδου.

Σκοπός του τμήματος της εργασίας που ακολουθεί είναι να καταδείξει τα διορθωτικά μέτρα που μπορούν να εφαρμοστούν ανεξάρτητα από τυχόν ρήτρες αναθεώρησης τιμής και να εξετάσει πώς αυτά ενδέχεται να ισχύουν.

Το σημείο εκκίνησης – είτε με βάση τις αρχές του αστικού δικαίου είτε του common law – είναι ότι τα μέρη δεσμεύονται από τη συμφωνία τους (“pacta sunt servanda”). Ωστόσο, τα δικαστήρια διατηρούν συχνά ένα περιορισμένο δικαίωμα να παρεμβαίνουν σε περιπτώσεις όπου τα πράγματα αλλάζουν τόσο ριζικά ώστε η συμφωνία τελικά να μεταβάλλεται. Επίσης, ενώ τα μέρη είναι περισσότερο εξοικειωμένα με την έννοια της ανωτέρας βίας ως λόγου αναδιαπραγμάτευσης, άλλα διορθωτικά μέτρα ενδέχεται να αποδειχθούν ιδιαίτερα υποβοηθητικά. Αυτό είναι ιδιαίτερα εμφανές στις χώρες του civil law.

ΚΕΦΑΛΑΙΟ 9ο

Η ΡΗΤΡΑ ΔΥΣΚΟΛΙΑΣ

1. Γενικά

Η πλειοψηφία των μακροπρόθεσμων συμβολαίων φυσικού αερίου περιλαμβάνουν μια ρήτρα επιείκειας. Η ρήτρα αυτή, αναφερόμενη ως “hardship clause”, παρ’ ότι εκκινεί από την ίδια λογική με τη ρήτρα αναθεώρησης τιμής, εντούτοις διαφέρει από αυτή από πολλές απόψεις.

Κατ’ αρχάς να σημειωθεί ότι και οι δύο μηχανισμοί (αναθεώρησης και δυσκολίας) ασχολούνται με την ένταση, που ενυπάρχει σε κάθε μακροπρόθεσμη συμφωνία, μεταξύ των συγκρουόμενων στόχων της προβλεψιμότητας και της ευελιξίας. Αναζητούν τρόπους για την αντιμετώπιση του απροσδόκητου και ορίζουν ότι σε περίπτωση απρόβλεπτου γεγονότος, κείμενου πέρα από τον έλεγχο των μερών, το οποίο καθιστά μια υποχρέωση υπερβολικά επαχθή, η σύμβαση πρέπει να αναπροσαρμοστεί στα νέα αυτά δεδομένα. Είναι, όμως, οι βάσεις των δύο αυτών μέτρων οι ίδιες;

Στην περίπτωση της ρήτρας αναθεώρησης, ο σκοπός της επικεντρώνεται στη διατήρηση της σκοπιμότητας της σύμβασης, η οποία εξ αρχής προϋποθέτει τη δυνατότητα του αγοραστή να πουλήσει φυσικό αέριο στην τελική αγορά. Αντίθετα, οι “hardship clauses” δεν είναι τόσο στοχευμένες. Προορίζονται να εφαρμοστούν σε μεγάλη ποικιλία γεγονότων, με τη ματιά στραμμένη κατά βάση στη συνολική επίδρασή τους στη σύμβαση, και όχι τόσο με σκοπό την εμπορική βιωσιμότητα της συμφωνίας.

Επιπλέον, η ρήτρα δυσκολίας αντί να ενεργοποιηθεί σε μια συγκεκριμένη χρονική στιγμή, όπως συμβαίνει με τη ρήτρα αναθεώρησης τιμής, μπορεί να ενεργοποιηθεί ανά πάσα στιγμή, δηλαδή αμέσως μόλις μια συγκεκριμένη «δυσκολία» εμφανιστεί.

Περαιτέρω, μερικές συμβάσεις καθιστούν σαφές ότι η υποχρέωση που απορρέει από την ενεργοποίηση της ρήτρας δυσκολίας είναι η έναρξη συζητήσεων μεταξύ των συμβαλλομένων μερών για τη λύση του ανακύψαντος προβλήματος. Εάν δεν επιτευχθεί συμφωνία, το θέμα θα υπόκειται σε διαιτησία. Άλλες συμβάσεις είναι ασαφείς σε αυτό το σημείο.

Η ρήτρα, μάλιστα, προβλέπει συνήθως την επανεξέταση όλων των διατάξεων της σύμβασης και όχι μόνο της τιμής. Προφανώς η απλή απόκλιση της τιμής της σύμβασης από την τιμή της αγοράς δεν θα είναι αρκετή για να δικαιολογήσει την εφαρμογή της.

2. Παράδειγμα ρήτρας

Μια περιγραφή της αρχής της δυσκολίας (“the principle of hardship”) μπορεί να βρεθεί στις αρχές της UNIDROIT:

ARTICLE 6.2.1 (Contract to be observed)

Where the performance of a contract becomes more onerous for one of the parties, that party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provisions on hardship.

ARTICLE 6.2.2 (Definition of hardship)

There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and

(a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract;

(b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract;

(c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and

(d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party.

ARTICLE 6.2.3 (Effects of hardship)

(1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based.

(2) The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance.

(3) Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court.

(4) If the court finds hardship it may, if reasonable,

(a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed, or

(b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium.

Για λόγους σύγκρισης, ένα παράδειγμα της συνήθως χρησιμοποιούμενης φρασεολογίας σε ρήτρες αναθεώρησης της τιμής του φυσικού αερίου είναι:

“Either party may request a review of the method of determining the Contract Sales Price h set forth in clause X if it has a good faith basis for believing that, for reasons outside its control, there has been a material change in the value of imports into Y and/or re-gasified LNG in the Y gas market which is anticipated to have lasting effect.

If economic circumstances in the buyer's market have substantially changed as compared to that expected when entering into the contract for reasons beyond the parties' control and the contract price does not reflect the value of natural gas in the buyer's market”

¹⁰⁸

3. Η έννοια του “hardship” υπό την έποψη των εθνικών νομοθεσιών

3.1. Οι παραδοχές του common law

Σύμφωνα με τις παραδοχές του αγγλικού δικαίου δεν χωρεί μια μη συμβατικός συμφωνηθείσα τροποποίηση όρου σύμβασης βασιζόμενη μόνο στη μεταβολή των συνθηκών^{109,110}. Μοναδική συναφής εκδοχή είναι αυτή του δόγματος της “frustration”

¹⁰⁸ S. Farmer, "LNG Sale and Purchase Agreement" in Liquefied Natural Gas, Paul Griffin (ed), 2006, p. 49 Βλ. επίσης ένα παράδειγμα από τη Γραμματεία για το Χάρτη Ενέργειας (Energy Charter Treaty Paper, Putting a Price on Energy, October 18 2007 σε 161:

a) If the circumstances beyond the control of the Parties chance [sic] significantly compared to the underlying assumptions in the prevailing price provisions, each Party is entitled to an adjustment of the price provisions reflecting such changes. The price provisions shall in any case allow the gas to be economically marketed h, based on sound marketing operation.

(b) Either Party shall be entitled to request a review of the price provisions for the first time with effect of dd/mm/yyyy and thereafter even three years.

(c) Each Party shall provide the necessary information to substantiate its claim.

(d) Following a request for a price review the Parties shall meet to examine whether an adjustment of the price provisions is justified. Failing an agreement within 120 days either Party may refer the matter to arbitration U in line with the provisions on arbitration of the Contract.

(e) As long as no agreement has been reached or no arbitration award has been rendered all rights and obligations under the agreement – including the price provisions – shall remain applicable unchanged. Unless otherwise agreed or decided by the arbitral award, differences to the newly established price shall be retroactively compensated inclusive of interest on the difference calculated at a rate reflecting the conditions on the d international financing market.

¹⁰⁹ T. Harriss, *ibid*, p. 65.

¹¹⁰ Βλ. για παράδειγμα την υπόθεση Total Gas Marketing v Arco British Ltd [1998] 2 Lloyd's Rep 209 (House of Lords).

(έννοια αναμφισβήτητα ευρύτερη από την έννοια της ανωτέρας βίας¹¹¹) η οποία έχει ως αποτέλεσμα τον τερματισμό και όχι την τροποποίηση της υποκείμενης υποχρέωσης.

Στις Ηνωμένες Πολιτείες επικρατεί το δόγμα της “commercial impracticality” σύμφωνα με το οποίο το δικαστήριο μπορεί όχι μόνο να καταλήξει σε μια δίκαιη κατανομή των ζημιών, αλλά και να τροποποιήσει τη συμφωνία των μερών¹¹². Βέβαια, επί του πρακτέου, τα δικαστήρια είναι φειδωλά κατά την άσκηση των αρμοδιοτήτων αυτών¹¹³.

Η δε έννοια της ανωτέρας βίας ασχολείται μεν με το απρόβλεπτο, αλλά μέχρι ενός ορισμένου σημείου. Στη συνήθη περίπτωση, η επέλευση ενός γεγονότος ανωτέρας βίας έχει ως αποτελέσματα την αναστολή ή την παύση της εν λόγω συμφωνίας, αν και υπάρχουν περιπτώσεις όπου τα συμβαλλόμενα μέρη αναλαμβάνουν την υποχρέωση να διαπραγματευτούν νέους όρους. Άλλωστε, προϋποθέτει ότι η επιγενόμενη μεταβολή καθιστά την συμβατική απόδοση όχι απλά επαχθή, αλλά αδύνατη. Πάντως, σε αυτό το πλαίσιο, επικρατεί η τάση προβλήματα στην τελική αγορά να μην καθιστούν μια υποχρέωση αδύνατο να εκτελεστεί (κάτι που αποτελεί συνηθισμένο κριτήριο για το αν ένα γεγονός συνιστά ανωτέρα βία).

Ωστόσο, ενώ όσα ανωτέρω αναφέρθηκαν για την ανωτέρα βία την αφορούν ως συμβατικό φαινόμενο στο πλαίσιο του common law, η επιτυχής σύνταξη μιας ρήτρας ανωτέρας βίας μέσα στη σύμβαση μπορεί να οδηγήσει σε διαφορετικά αποτελέσματα. Δύο παραδείγματα το αναδεικνύουν αυτό. Το ένα αφορά τη χρήση της λέξης «εμποδίζω» (“hinder”). Είναι γενικά αποδεκτό, σύμφωνα με το αγγλικό δίκαιο, ότι, όταν μια ρήτρα αναφέρεται στην παρεμπόδιση εκπλήρωσης μιας υποχρέωσης, αυτό θεωρείται έλασσον σε σχέση με την αδυναμία. Όπως χαρακτηριστικά έχει λεχθεί: “*to place a merchant in the position of being unable to deliver unless he dislocates his business and breaks his contracts in order to fulfil one surely hinders delivery*”¹¹⁴. Έτσι, βλέπουμε ότι η χρήση της γλώσσας

¹¹¹ Davis Contractors v Fareham Urban DC (1956) σε Puelinckx AH, "Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprecision, Wegfall der Geschdfitsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances", J. Int'l Arb 1986, No 2, p. 50: “*frustration occurs whenever the law recognizes that without default of either party a contractual obligation has become incapable of being performed because the circumstances in which performance is called for would render it a thing radically different from which was undertaken by the contract... it was not this that I promised to do*”.

¹¹² Για μια γενική επισκόπηση του ζητήματος βλ. Fred Fucci, "Hardship and Changed Circumstances as Excuse for Non-Performance of Contracts - Practical Considerations in International Infrastructure Investment and Finance", provisional TDM, January 2007.

¹¹³ Βλ. *Aluminium Co of America v Essex Group Co* 499 F Supp 53 (1980) cited by Fucci (id) σελ. 2, Βλ. White & Peters, "A Footnote of Jack Dawson", Michigan Law Review 100, No 7. (202): 1973. Βλ. επίσης *Florida Power & Light Co v Westinghouse Electric Corp* (1981)), στην οποία το δικαστήριο επισήμανε: “*Generally, however, the fact that performance has become economically burdensome or unattractive is not sufficient for performance to be excused ... We will not allow a party to a contract to escape a bad bargain because it is burdensome*”.

¹¹⁴ *Tennants (Lancashire) Ltd v CS Wilson & Co Ltd* [1917] AC 495 at 510. Cited in Chitty on Contracts, 31st ed., para 14.146.

μπορεί να επιτρέψει στο δικαστήριο να παρεμβαίνει σε περιπτώσεις που δεν συνιστούν απαραίτητα αδυναμία εκτέλεσης.

Το άλλο είναι ένα παράδειγμα καθαρής λεξιπλασίας. Ενώ τα προβλήματα στην αγορά των τελικών χρηστών συνήθως δεν εμπίπτουν στις περιπτώσεις ανωτέρας βίας, υπάρχουν παραδείγματα που η προσωρινή, έστω, απώλεια των αγορών θα πρέπει να καλύπτεται από τη σχετική ρήτρα¹¹⁵.

3.2. Οι παραδοχές του civil law

Στο πλαίσιο του αστικού δικαίου η έννοια της δυσκολίας βρίσκεται σε έναν εκπληκτικά μεγάλο αριθμό συστημάτων και μπορεί να πηγάζει από διάφορες βάσεις.

3.2.1 Αραβικό δίκαιο

Σε πολλές αραβικές χώρες, η θεωρία της αναθεώρησης λόγω δυσκολιών βρίσκει τις ρίζες της στον ισλαμικό νόμο. Ως θρησκευτικό σύστημα, η “Sharia” αφορά πάνω απ’ όλα ερωτήματα ατομικής συνείδησης και καλής πίστης. Έτσι, η αξίωση του δανειστή να συμμορφωθεί ο οφειλέτης με μια εξέλιξη που δεν είχε καν προβλέψει είναι παράλογη και άδικη¹¹⁶.

Σύμφωνα με μια γενική αρχή του ισλαμικού νόμου, «η δυσκολία φέρνει την ανακούφιση» (“*hardship shall bring alleviation*”). Αυτή η γενική αρχή του ισλαμικού νόμου πηγάζει από την εκ Κορανίου αρχή ότι «ο Αλλάχ προτίθεται για την ευκολία σας, αλλά όχι για τις δυσκολίες σας»¹¹⁷.

Με βάση τα ανωτέρω οι νομικοί έχουν «κατασκευάσει» το «δόγμα της δικαιολογίας» (“*doctrine of excuses*” – “*i’dhar*”) σύμφωνα με το οποίο το θιγόμενο μέρος μπορεί να απαλλαγεί από την εκτέλεση των συμβατικών υποχρεώσεών του, ενώ η σύμβαση μπορεί να

¹¹⁵ Βλ. Kodiak 1981 Drilling Partnership v Delhi Gas Pipeline Corp, No 83-0-10260 (Bexor Co Tex 1984), cited in WJ Legg, “Natural Gas Contract Litigation in Oklahoma”, 11 Okla City UL Rev 63. 1986 at 78.

¹¹⁶ D. Rivkin, “Lex Mercatoria and Force Majeure”, in Transnational Rules in International Commercial Arbitration (ICC Publ No 480/4), 1993, p. 196.

¹¹⁷ “Allah intends for your ease and does not intend for your hardship”, Sahth al-Bukhdri, Vol 1, Book 4, N° 219.

λυθεί ή να τροποποιηθεί, εφ' όσον η απόδοση γίνεται επιζήμια λόγω εμφάνισης απρόβλεπτων καταστάσεων μετά τη σύναψη της σύμβασης¹¹⁸.

Το νομικό σύστημα της Αιγύπτου, που ακολουθείται και από άλλες αραβικές χώρες, ενέκρινε τη θεωρία της δυσκολίας κατά την ενσωμάτωση μεγάλου μέρους του γαλλικού αστικού κώδικα τη δεκαετία του 1940. Το άρθρο 147 (2) του αιγυπτιακού Αστικού Κώδικα ορίζει τα εξής:

“The contract makes the law of the parties. It can be revoked or altered only by mutual consent of the parties or for reasons provided for by the law.

When, however, as a result of exceptional and unpredictable events of a general character, the performance of the contractual obligation, without becoming impossible, becomes excessively onerous in such way as to threaten the debtor with exorbitant loss, the judge may, according to the circumstances, and after taking into consideration the interests of both parties, reduce to reasonable limits, the obligation that has become excessive. Any agreement to the contrary is void”¹¹⁹.

Στη Μέση Ανατολή, μπορεί κανείς να αναζητήσει στο Μπαχρέιν το άρθρο 130 του νομοθετικού διατάγματος 19/2001¹²⁰, στο Ιράκ το άρθρο 146 (2) του Αστικού Κώδικα¹²¹, στην Ιορδανία το άρθρο 205 του Αστικού Κώδικα¹²², στο Κουβέιτ το άρθρο 198 του Αστικού Κώδικα¹²³, στο Κατάρ το άρθρο 171 (2) του Αστικού Κώδικα¹²⁴, στη Συρία το άρθρο 148 του

¹¹⁸ A. Sanhoury, *Al Waseet fi Sharh al Qamm al Madani*, 2008 edition, Vol 1, pp525-526, para 416; J Whelan, *VAE Civil Code and Ministry of Justice Commentary*, pl56, para 2-0273.

¹¹⁹ Perrot Fanner and Sims Marshall, *Translation of the Egyptian Civil Code*, New World Publisher, p. 29.

¹²⁰ Bahrain, Article 130 of Legislative Decree 19/2001, promulgating the Civil Code of Bahrain: “When, however, as a result of exceptional and unpredictable events of a general character, the performance of the contractual obligation, without becoming impossible, becomes excessively onerous in such way as to threaten the debtor with exorbitant loss, the judge may, according to the circumstances, and after taking into consideration the interests of both parties, reduce to reasonable limits by lessening its extent or increasing its consideration, the obligation that has become excessive. Any agreement to the contrary is void”.

¹²¹ Iraq, Article 146 of the Civil Code: “1. When the contract is concluded, it becomes legally binding and can only be revoked or modified in accordance with the law or by the consent of both parties. 2. When, however, as a result of exceptional and unforeseeable events of a general character, the performance of the contractual obligation, without becoming impossible, becomes onerous in such as way as to threaten the debtor with exorbitant loss, the court may after taking into consideration the interests of both parties, reduce to reasonable limits the obligation that has become excessive if justice so requires. Any agreement to the contrary is void”.

¹²² Jordan, Article 205 of the Civil Code: “If as a result of exceptional and unforeseeable events of a general character, the performance of the contractual obligation, without becoming impossible, becomes onerous in such as way as to threaten the debtor with exorbitant loss, the court may, according to the circumstances, and after taking into consideration the interests of both parties, reduce to reasonable limits the obligation that has become excessive if justice requires. Any agreement to the contrary is void”.

¹²³ Kuwait, Article 198 of the Civil Code: “Where after and before completion of performance of the contract, general extraordinary circumstances arose which could not have been foreseen on the execution thereof, and which rendered the performance of the obligation arising therefrom oppressive, if not

Αστικού Κώδικα¹²⁵, στα Ηνωμένα Αραβικά Εμιράτα το άρθρο 249 του Αστικού Κώδικα¹²⁶ και την Υεμένη το άρθρο 211 του Αστικού Κώδικα¹²⁷. Ο Λίβανος έχει περιορίσει την εφαρμογή της αρχής αυτής σε διοικητικές (ή δημοσίου δικαίου) συμβάσεις (με τον ίδιο τρόπο όπως συμβαίνει και στη Γαλλία)¹²⁸.

3.2.2 Ευρώπη

Στην Ευρώπη, η θεωρία έχει υποχωρήσει σε σημαντικό βαθμό. Πρωτοεμφανιζόμενη στο ρωμαϊκό δίκαιο, η αρχή της “*rebus sic stantibus*” (δηλαδή, «η σύμβαση εξακολουθεί να είναι δεσμευτική εφ’ όσον τα πράγματα παραμένουν ως έχουν») απόλαυσε κάποια δημοτικότητα τον 18^ο αιώνα, αλλά έπεσε σε αχρησία τον 19^ο και επέστρεψε στο προσκήνιο στις αρχές του 20^{ου} αιώνα, όπως αποτυπώνεται και στην υπόθεση *Gaz de Bordeaux*¹²⁹.

impossible, to the debtor such as will threaten him with heavy loss, the judge may, after weighing the interests of both parties, reduce the oppressive obligation to a reasonable degree either by narrowing its extent or by awarding a balancing interest; any agreement otherwise shall be null”.

¹²⁴ Qatar, Article 171 of the Civil Code: “1. A contract is the law of the contracting parties and so cannot be revoked or modified except with the agreement of the parties or for such reasons as are prescribed by the law. 2. Notwithstanding, if any general, exceptional events occur that cannot be foreseen as a result of which fulfillment of the contractual obligation becomes, although not impossible, onerous for the debtor such that he is at risk of inclining a substantial loss, the judge may, according to the circumstances and after weighing up the interests of the parties, return such onerous obligation to a reasonable level. Any agreement to the contrary will be void”.

¹²⁵ Syria, Article 148 of the Civil Code: “The contract is the law of the parties. It can be revoked or altered only by the mutual consent of the parties or for reasons provided by the law. When, however, as a result of exceptional and unpredictable events of a general character, the performance of the contractual obligation, without becoming impossible, becomes excessively onerous in such a way as to threaten the debtor with exorbitant loss, the judge may, according to the circumstances, and after taking into consideration the interests of both parties, reduce to reasonable limits, the obligation that has become excessive. Any agreement to the contrary is void”.

¹²⁶ United Arab Emirates, Article 249 of the Civil Code: “When...as a result of exceptional and unforeseeable events of a general character, tire performance of the contractual obligation, without becoming impossible, becomes excessively onerous in such a way as to threaten the debtor with exorbitant loss, the judge may, according to the circumstances, and after taking into consideration the interests of both parties, reduce to reasonable limits, if justice requires so, the obligation that has become excessive. Any agreement to the contrary is void”.

¹²⁷ Yemen, Article 211 of the Civil Law: “The contract is legally binding on the contracting parties and it shall not be voided or modified without both parties' consent or for the reasons stipulated by the law, notwithstanding. If as a result of exceptional and unforeseeable events of a general character such as wars and catastrophes, the performance of the contractual obligation, without becoming impossible, becomes onerous in such as way as to threaten the debtor with exorbitant loss, stopping the debtor from proceeding with the contract, and that does not mean an increase or decrease in the prices, the Judge may, according to the circumstances, whether poverty, wealth or others, and after taking into consideration the interests of both parties, reduce the obligation that has become excessive to reasonable limits”.

¹²⁸ T. Harriss, *ibid*, p. 68.

¹²⁹ *Conseil d' Etat, Compagnie générale d' éclairage de Bordeaux*, Rec 125, concl Chardenet, March 301916, quoted in M Long, P Weil et al, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative* (2003) at 188-89.

Στην περίπτωση αυτή ο ανάδοχος για την παροχή φωτιστικού αερίου στο Μπορντό βρέθηκε προ του γεγονότος η τιμή του άνθρακα να τριπλασιαστεί. Το γαλλικό Conseil d'Etat (το ανώτατο διοικητικό δικαστήριο) τελικά αποφάνθηκε ότι η πώλη του Μπορντό θα πρέπει να αποζημιώσει τον ανάδοχο επί τη βάση αυτού του απρόβλεπτου γεγονότος¹³⁰. Ως αποτέλεσμα, το γαλλικό διοικητικό δίκαιο αναγνωρίζει την έννοια της δυσκολίας, αν και η ίδια αρχή δεν υπάρχει στο ιδιωτικό δίκαιο.

Άλλες χώρες, ωστόσο, έχουν προχωρήσει περισσότερο. Για παράδειγμα, το άρθρο 6:258 (συμπληρώνεται από το άρθρο 6:260) του Ολλανδικού Αστικού Κώδικα και το άρθρο 313 του Γερμανικού Αστικού Κώδικα¹³¹ αναφέρονται ρητώς στις επιπτώσεις απρόβλεπτων περιστάσεων στον εμπορικό τομέα, δίνοντας στο δικαστήριο την εξουσία να τροποποιεί ή να τερματίζει το συμβόλαιο. Ο δε Αυστριακός νόμος έχει παρόμοια προσέγγιση, αν και υπό διαφορετική βάση [όπως και στη Γερμανία, με βάση την λεγόμενη Wegfall der Geschäftsgndlage («εξαφάνιση της βάσης της συναλλαγής»)]. Παρόμοιες διατάξεις περιέχονται στον Πορτογαλικό και Ελληνικό Αστικό Κώδικα (άρθρα 437 και 388, αντίστοιχα)¹³². Στο ίδιο πνεύμα, το άρθρο 1467 του Ιταλικού Αστικού Κώδικα¹³³ παρέχει στα δικαστήρια την εξουσία να προσαρμόσουν τη σύμβαση στις νέες συνθήκες.

¹³⁰ Ibid, “Just as the Company cannot argue that it should not be required to bear any increase in the price ... it would be totally excessive if it is admitted that such increases are to be considered a normal business risk; on the contrary, it is necessary to find a solution that puts an end to temporary difficulties, taking into account both the general interest ... and the special conditions that do not allow the contract to operate normally ...; to this end it is necessary to decide, on the one hand, that the Company is required to provide the concession service and, on the other hand, that during this period it must bear only that part of the adverse consequences that a reasonable interpretation of the contract allows...”

¹³¹ Germany Section 313 of the Civil Code: “Interference with the basis of the transaction (1) If circumstances which became the basis of a contract have significantly changed since the contract was entered into and if the parties would not have entered into the contract or would have entered into it with different contents if they had foreseen this change, adaptation of the contract may be demanded to the extent that, taking account of all the circumstances of the specific case, in particular the contractual or statutory distribution of risk, one of the parties cannot reasonably be expected to uphold the contract without alteration. (2) It is equivalent to a change of circumstances if material conceptions that have become the basis of the contract are found to be incorrect. (3) If adaptation of the contract is not possible or one party cannot reasonably be expected to accept it, the disadvantaged party may revoke the contract. In the case of continuing obligations, the right to terminate takes the place of the right to revoke”.

¹³² Portugal, Article 437 of the Civil Code: “If the circumstances on which the parties based their decision to contract change unexpectedly, the burdened party has a right to terminate the contract, or to alter it according to fair judgment, as long as the requirement of the obligations which it assumed seriously affects the principles of good faith and is covered by the actual risks inherent in the contract”. Greece, Section 388 of the Civil Code: “Unforeseeable change of circumstances. If having regard to the requirements of good faith and business usages the circumstances on which the parties had based the conclusion of a bilateral agreement have subsequently changed on exceptional grounds that could not have been foreseen and the performance due by the debtor taking also into consideration the counter-performance has as a result of the change become excessively onerous the Court may at the request of the debtor and according to its appreciation reduce the debtor's performance to the appropriate extent or decide the dissolution of the contract in whole or with regard to its non performed part. If the dissolution of the contract has been decided the obligations to perform arising therefrom shall be

3.2.3. Σκανδιναβικές χώρες

Διατάξεις δυσκολίας απαντώνται σε διατάξεις νόμων και στη Σουηδία, τη Φινλανδία, και τη Δανία¹³⁴.

3.2.4. Νότια Αμερική

Στη Νότια Αμερική, οι Αστικοί Κώδικες της Αργεντινής, του Περού και της Παραγουάης προβλέπουν ρητά την αλλαγή των περιστάσεων ως λόγο για την απαλλαγή του πληγέντος μέρους της σύμβασης¹³⁵. Εξαιρέση στον κανόνα αυτό φαίνεται να είναι η Χιλή,

extinguished and the contracting parties shall be reciprocally obligated to restitute the performances by which each benefited pursuant to the provisions governing enrichment without just cause”.

¹³³ Italy, Article 1467 of the Civil Code: “In contracts with continuous or periodical execution or adjourned execution and in case that the obligation of one of the parties has become excessively onerous due to extraordinary and unpredictable events, the party who is obliged to such performance can demand the dissolution of the contract with the effects laid down in Art 1458. The dissolution cannot be demanded if the supervening onerosity is part of the normal risk of the contract. The party against which the dissolution is demanded can prevent this by offering to modify equitably the conditions of the contract.” Article 1468: “In the case contemplated in the preceding Article, if the contract is one in which only one of the parties has assumed obligations, he can demand a reduction in his performance or a modification of the manner of performance, sufficient to restore it to an equitable basis.”

¹³⁴ Sweden, Article 36 of the Swedish Contract Act: “A contract term or condition may be modified or set aside if such term is unreasonable with regard to the contents of the agreement, the circumstances at the time the agreement was entered into, subsequent circumstances and circumstances in general. Where a term is of such importance to the agreement that it would be unreasonable to demand the continued enforceability of the remainder of the agreement with its terms unchanged, the agreement may be modified in other respects or may be set aside in its entirety. Upon determination of the applicability of the provisions of the first paragraph special consideration shall be paid to the need for protection of the party which as consumer or otherwise, is in a position of inferiority in the contractual relationship. See also Article 36 of the Finnish Contracts Act and Article 36 of the Danish Contracts Act”.

¹³⁵ Peru, Article 2440 of the Civil Code: “Definition. In commutative contracts of continuous, periodic, or deferred performance, if performance becomes excessively onerous due to extraordinary or unforeseeable events, the aggrieved party may request a court to reduce or increase the consideration, such that the excessive burden will cease. If this were not possible due to the nature of the performance, the circumstances or if the defendant so requests, the court will order the termination of the contract. The termination shall not extend to the obligations already performed”.

Article 1441 of the Civil Code: “Scope of the excessive burden of the obligation. The provisions contained in Article 1440 apply: 1. To commutative contracts of immediate performance, when performance by one of the parties has been deferred due to a cause not attributable to such party. 2. To contracts of chance, when the excessive burden arises from causes that are extraneous to the risk inherent to the contract”.

Article 1442 of the Civil Code: “Excessive burden in contracts providing for performance by one party. Where only one of the parties undertook obligations under a contract, such party shall be entitled judicially to request the reduction of the obligation such that the excessive burden will cease. If the obligation cannot be reduced, the second paragraph of Article 1440 shall apply”.

όπου, όπως και στη Γαλλία, το δόγμα της δυσκολίας δεν γίνεται αποδεκτό από τα δικαστήρια πέρα από τις διοικητικές συμβάσεις.

3.2.5. Ανατολική Ευρώπη

Σχετικές προβλέψεις εντοπίζονται, επίσης, στη νομοθεσία Ανατολικών Ευρωπαϊκών χωρών. Για παράδειγμα, το άρθρο 709 (6) του Ρωσικού Αστικού Κώδικα του 1995 προβλέπει ότι ένας συμβαλλόμενος έχει το δικαίωμα να απαιτήσει την αύξηση της τιμής της σύμβασης που δεν περιέχει καμία ρήτρα κλιμάκωσης τιμών, όταν υπήρξε μια ουσιώδης αύξηση του κόστους των πρώτων υλών ή των παρεχόμενων υπηρεσιών από τρίτο μέρος. Η αναγκαία μεταβολή των συνθηκών ορίζεται στο άρθρο 451 του Κώδικα ως η μεταβολή των περιστάσεων την οποία αν τα μέρη μπορούσαν ευλόγως να προβλέψουν, η σύμβαση δεν θα έχει συναφθεί καθόλου ή θα είχε συναφθεί με σημαντικά διαφορετικό περιεχόμενο.

3.2.6. Απώ Ανατολή

Στην Ιαπωνία – αν και δεν υπάρχει νομοθετική πρόβλεψη για την περίπτωση της αλλαγής των συμβατικών συνθηκών – ένας δικαστής μπορεί να προσαρμόσει τη σύμβαση εάν διαπιστώσει μια απρόβλεπτη και σημαντική αλλαγή στις συνθήκες οι οποίες δεν οφείλονται σε υπαιτιότητα των μερών και υπό τις οποίες η συνέχιση λειτουργίας των συμβατικών υποχρεώσεων θα σήμαινε ευθεία παραβίαση των αρχών της καλής πίστης και της ισότητας.

Στο βιβλίο του “The Principle of Changed Circumstances in Civil Law (1926)”, ο Katsumoto Masaaki έδωσε τον ακόλουθο ορισμό:

“The rule states that when the circumstances releasing a legal act, creating a legal relation, change in an unforeseeable way alter the accomplishment of the act and before expiry of its consequences, due to the influence of facts not attributable to the parties, with the result that the creation of legal consequences in the original sense, or their continuation, is to

Article 1443: “Inadmissibility of the action for excessive burden. The action for excessive burden of the obligation shall not proceed when its performance is deferred due to fraud or fault of the aggrieved party”.

Article 1444: “Nullity of waiver of the action. Waiver of the action for excessive burden of the obligation shall be null and void”.

Article 1445: “Expiration of the action. The action for excessive burden of the obligation shall expire upon three months of the occurrence of the extraordinary and unforeseeable events referenced in Article 1440”.

be considered as unreasonable in the light of the rule of equity and good faith, then such legal consequences are to be adapted in equity and good faith”¹³⁶.

Στην Κίνα, η κατάσταση έχει ως εξής: Πριν από το 1993, το κινεζικό δίκαιο των συμβάσεων επέτρεπε είτε τη λύση της σύμβασης είτε την τροποποίησή της για λόγους ανωτέρας βίας ή για έναν αναπόφευκτο εξωτερικό προς τη σύμβαση λόγο που δεν προκλήθηκε από υπαιτιότητα των μερών.

Ενώ οι νέοι σύμβατικοί νόμοι που τέθηκαν σε ισχύ το 1993 και το 1999 δεν περιλαμβάνουν πρόβλεψη για την τροποποίηση της σύμβασης στην περίπτωση μιας τέτοιας μεταβολής των περιστάσεων, τα κινεζικά δικαστήρια συνεχίζουν να εφαρμόζουν τον προηγούμενο κανόνα σε έκτακτες περιστάσεις.

3.3. Η ρύθμιση του ελληνικού Αστικού Κώδικα¹³⁷

Σύμφωνα με το άρθρο 388 του ΑΚ¹³⁸ (Απρόοπτη μεταβολή των συνθηκών): *«Αν τα περιστατικά στα οποία κυρίως, ενόψει της καλής πίστης και των συναλλακτικών ηθών, τα μέρη στήριζαν τη σύναψη αμφοτεροβαρούς σύμβασης, μεταβλήθηκαν ύστερα από λόγους που ήταν έκτακτοι και δεν μπορούσαν να προβλεφθούν και από την μεταβολή αυτήν η παροχή του οφειλέτη, ενόψει και της αντιπαροχής, έγινε υπέρμετρα επαχθής, το δικαστήριο μπορεί κατά την κρίση του, με αίτηση του οφειλέτη, να την αναγάγει στο μέτρο που αρμόζει και να αποφασίσει τη λύση της σύμβασης εξολοκλήρου ή κατά το μέρος που δεν εκτελέστηκε ακόμη.*

Αν αποφασιστεί η λύση της σύμβασης, επέρχεται απόσβεση των υποχρεώσεων παροχής που πηγάζουν απ' αυτήν και οι συμβαλλόμενοι έχουν αμοιβαία υποχρέωση να αποδώσουν τις παροχές που έλαβαν κατά τις διατάξεις για τον αδικαιολόγητο πλουτισμό».

Το δε άρθρο 288 ΑΚ (Καλόπιστη εκπλήρωση παροχής) προβλέπει ότι: *«Ο οφειλέτης έχει υποχρέωση να εκπληρώσει την παροχή όπως απαιτεί η καλή πίστη, αφού ληφθούν υπόψη και τα συναλλακτικά ήθη».*

Οι προϋποθέσεις εφαρμογής της σχετικής διάταξης περί μεταβολής των συνθηκών του ελληνικού Αστικού Κώδικα είναι οι εξής¹³⁹:

1. Αμφοτεροβαρής σύμβαση.

¹³⁶ Igarashi, K. Keiyaku to jijohenko, 3rd ed, Tokyo, Yuhikiaku, 1983, pp147-148.

¹³⁷ Η ανάλυση που ακολουθεί προέρχεται σε σημαντικό βαθμό από εκπαιδευτικό υλικό του Καθηγητή κ. Αντ. Καραμπατζού που μας χορηγήθηκε στα πλαίσια της διδασκαλίας του μαθήματος «Διακρατικές και Εμπορικές Ενεργειακές Συμβάσεις» κατά τη διάρκεια του Μεταπτυχιακού Προγράμματος.

¹³⁸ Αστικός Κώδικας

¹³⁹ Γεωργιάδης Α.-Σταθόπουλος Μ., Αστικός Κώδιξ, Ερμηνεία κατ' άρθρον, νομολογία, βιβλιογραφία, άρθρο 388, 1978.

2. Μεταβολή των συνθηκών επί των οποίων κυρίως στήριξαν τα μέρη τη συναλλακτική τους απόφαση: Τέτοια περιστατικά μπορεί να αποτελούν λ.χ. η τρέχουσα αγοραστική δύναμη (πραγματική αξία) του νομίσματος, η στάθμη του τιμαριθμού, η δυνατότητα προμήθειας του αντικειμένου της παροχής από συγκεκριμένες αγορές κ.ά.

3. Μεταγενέστερη έκλειψη (όχι αρχίθην).

4. Συνδρομή έκτακτων και απρόβλεπτων γεγονότων: Τα γεγονότα αυτά μπορεί να έχουν είτε τοπικό καθαρά χαρακτήρα είτε γενικό, πλήττοντας ευρείες γεωγραφικές περιοχές, επηρεάζοντας δε τις νομικές και πραγματικές σχέσεις στο σύνολο της επικράτειας μιας χώρας και όχι μόνον, όπως λ.χ. σοβαρή και παρατεταμένη οικονομική κρίση, νομισματική υποτίμηση, πολεμική σύρραξη, περιβαλλοντική καταστροφή κ.λπ.

5. Υπέρμετρη επάχθεια: η αρχική ισορροπία μεταξύ παροχής και αντιπαροχής πρέπει να έχει διαταραχθεί τόσο σοβαρά, ώστε η εκπλήρωση της παροχής να παρίσταται πλέον για τον οφειλέτη μη αξιόσιμη (δηλαδή υπέρμετρα επαχθής), χωρίς όμως να είναι ανάγκη να επαπειλείται η οικονομική του καταστροφή.

Όσον αφορά δε τις απορρέουσες έννομες συνέπειες, με την εφαρμογή των ΑΚ 388-288 διανοίγεται στον δικαστή ένα ευρύ μεταρρυθμιστικό πλαίσιο, καθώς οι εν λόγω διατάξεις επιτρέπουν κατά βάση την αναπροσαρμογή του περιεχομένου ή, ως έσχατο μέσον, τη λύση μιας σύμβασης¹⁴⁰. Στο πλαίσιο δε της αναπροσαρμογής, τη μείωση ή αύξηση μιας παροχής, τον συνδυασμό μείωσης και αύξησης των παροχών, και πλειάδα άλλων μεταρρυθμιστικών μέτρων, όπως λ.χ. ο καθορισμός νέας προθεσμίας για εκπλήρωση της παροχής, η καταβολή αμοιβής ή τιμήματος σε δόσεις, κοκ.

Σε κάθε περίπτωση πρέπει να σημειωθεί ότι η ενεργοποίηση των διορθωτικών μηχανισμών των συμβάσεων (ήτοι η εφαρμογή των ΑΚ 388 και 288) έπεται της ερμηνείας της σύμβασης (ΑΚ 173 και 200). Διότι μπορεί ο εμφανισθείς κίνδυνος να ρυθμίζεται ήδη συμβατικώς από τα μέρη.

Η ανάληψη, ωστόσο, ενός συμβατικού κινδύνου γνωρίζει και ορισμένα όρια. Η προστασία της ΑΚ 388 μπορεί μεν κατ' αρχήν να υποχωρεί ενόψει μιας ειδικής συμφωνίας ανάληψης συγκεκριμένου συμβατικού κινδύνου, όχι όμως πάντοτε. Διότι ενδέχεται η δυσχέρεια να υπερβαίνει τελικώς κατά πολύ τον συμβατικώς αναληφθέντα κίνδυνο και να καθιστά έτσι επιτακτική την επέμβαση του δικαστηρίου (βλ. π.χ. τις ρήτρες σταθερής τιμής, όταν η αύξηση των τιμών προμήθειας ενός αγαθού υπερβαίνει κατά πολύ το αναμενόμενο μέτρο).

¹⁴⁰ Idem.

ΚΕΦΑΛΑΙΟ 10ο

ΑΝΩΤΕΡΑ ΒΙΑ ΚΑΙ “FRUSTRATION”

1. Ιστορική αναδρομή / Προέλευση

1.1 Ανωτέρα βία

Η ουσία της ανωτέρας βίας έγκειται στο γεγονός ότι τα μέρη δεν είναι σε θέση εξ αρχής να προβλέψουν ένα επιγενόμενο γεγονός το οποίο κατά τη διάρκεια της ζωής της σύμβασης μπορεί να παρουσιαστεί και να προκαλέσει τη δυσλειτουργία αυτής, ήτοι την αδυναμία εκπλήρωσης των συμβατικών υποχρεώσεων εκ μέρους ενός μέρους ή ακόμα και τη βίαιη διακοπή της¹⁴¹. Ως εκ τούτου, τα μέρη συμβάλλονται κάνοντας μνεία συγκεκριμένων κινδύνων. Ο καθηγητής David Yates¹⁴² ισχυρίζεται ότι η πραγματική λογική πίσω από την ανωτέρα βία είναι «η προσπάθεια να αποφευχθεί η εφαρμογή των όσων κατά το κοινό σύστημα δικαίου είναι το κάπως ασαφές δόγμα της απογοήτευσης (frustration)»¹⁴³.

Οι ρήτρες αυτές κατέχουν εξέχουσα θέση σε συμφωνίες όπως οι κατασκευαστικές συμβάσεις που περιλαμβάνουν συμβάσεις «με το κλειδί στο χέρι», δημόσια έργα, έργα υποδομής, ναυπηγο-επισκευαστικά έργα, συμφωνίες κοινοπραξιών, συμβάσεις μεταφοράς, συμβάσεις “production sharing”, καθώς και κάθε άλλη τέτοια συμφωνία μακράς διάρκειας. Είναι, αντιθέτως, μάλλον απίθανο να βρεθεί μια τέτοια ρήτρα σε συμφωνίες μικρής χρονικής διάρκειας οι οποίες εκ πρώτης όψεως αφορούν μια μεμονωμένη, «εφάπαξ» συναλλαγή, με τη συμμετοχή μερών που είναι πρόθυμα, λόγω της ισχύουσας εμπορικής πρακτικής, να αποδεχθούν τον σχετικό με τη συναλλαγή κίνδυνο «καταστροφής» που επηρεάζει την τελική απόδοση του πρότζεκτ.

Ο όρος «ανωτέρα βία» προέρχεται από το Αστικό Δίκαιο και έχει υιοθετηθεί από πολλά νομικά συστήματα συμπεριλαμβανομένης και της *lex mercatoria*. Η παρουσία του στο αγγλο-αμερικανικό δίκαιο των συμβάσεων μπορεί να αποδοθεί ευθέως στην επιρροή του

¹⁴¹ Thomas-Roberts G., “These fine distinctions do the law no good...”: Is there any major difference in the applicability of the doctrines of force majeure and frustration in international oil and gas agreements”, University of Dundee, p. 5.

¹⁴² Βρετανός δικηγόρος και ακαδημαϊκός.

¹⁴³ D. Yates, *Drafting Force Majeure and Related Clauses*, 186, 1990-1991: “an attempt to forestall the application of what in common law systems is the somewhat imprecise doctrine of frustration”.

γαλλικού Αστικού Κώδικα. Η ανωτέρα βία βασίζεται στην ιδέα ότι είναι δίκαιο να επιτραπεί σε ένα μέρος να «ξεφύγει» από τις συμβατικές του υποχρεώσεις όταν η ικανοποίηση αυτών των υποχρεώσεων γίνεται αδύνατη χωρίς υπαιτιότητα. Ενώ, όμως, στη γαλλική Νομολογία η εν λόγω έννοια είναι καθολικά εφαρμόσιμη, στο αγγλο-αμερικανικό σύστημα προβλέπεται μόνο το συμβατικά θεσπισμένο και αναγνωρισμένο δικαίωμα για αναστολή ή ελευθέρωση από τις συμβατικές υποχρεώσεις και για συγκεκριμένα προβλεπόμενους λόγους¹⁴⁴.

Οι σχολιαστές υποστηρίζουν ότι υπάρχει μεγάλη σχέση ανάμεσα στο δόγμα της απογοήτευσης και της ανωτέρας βίας. Ωστόσο, η γενική παραδοχή είναι ότι η έννοια της ανωτέρας βίας εφαρμόζεται ευρύτερα και πιο ευέλικτα. Ενδεικτικό αυτής της άποψης είναι η απόφαση *Jacobs v. Credit Lyonnaise*¹⁴⁵.

Στην υπόθεση αυτή, η καθής ισχυρίστηκε την ύπαρξη γεγονότος ανωτέρας βίας αφού απέτυχε να παραδώσει αποστολές καλαθιών λόγω της εμφάνισης πολέμου στην Αλγερία. Η τότε ισχύουσα στην Αλγερία γαλλική νομοθεσία δεν προέβλεπε για την ενάγουσα τη δυνατότητα να ζητήσει αποζημίωση «όταν λόγω μιας ανώτερης δύναμης (ανωτέρας βίας) ή ενός ατυχήματος ο υπόχρεος εμποδίζεται να παράσχει ή να κάνει εκείνο το οποίο είναι υποχρεωμένος»¹⁴⁶. Και αυτό γιατί ο Γαλλικός Αστικός Κώδικας προβλέπει ότι η ανωτέρα βία αποτελεί δικαιολογία για τη μη εκτέλεση μιας συμβατικής υποχρέωσης.

Το δικαστήριο στην Αγγλία διαπίστωσε, μεταξύ άλλων, ότι μπορεί μεν το γαλλικό δίκαιο να προέβλεπε απαλλαγή από την υποχρέωση αποζημίωσης, εντούτοις εφαρμοστέο δίκαιο ήταν το αγγλικό¹⁴⁷ και σύμφωνα με τις προβλέψεις του δεν υπήρχε αντίστοιχη αρχή (συμπεριλαμβανομένου του δόγματος «της απογοήτευσης»). Αν και δεν γεννάται αμφιβολία ότι ο πόλεμος που μεσολάβησε διατάραξε την ισορροπία της σύμβασης, εντούτοις δεν υπήρξε, κατά την κρίση του Δικαστηρίου, μεταβολή στο ζήτημα (“*was no destruction of the entire subject matter*”). Η σύμβαση δεν προέβλεπε λόγους ανωτέρας βίας και έτσι η καθής θεωρήθηκε υπεύθυνη και άρα υπόχρη σε αποζημίωση.

Το αποτέλεσμα της υπόθεσης αυτής ήταν αφενός να διαφανεί η ανάγκη της ρητής πρόβλεψης αυτών των περιπτώσεων και αφετέρου η εμφάνιση ρητρών ανωτέρας βίας στις αγγλικές συμβάσεις. Η εμφάνιση αυτών των συμβατικών διατάξεων προέκυψε ως μέσο για την παροχή αρωγής σε μια κατάσταση όπου η εκπλήρωση της υποχρέωσης καθίσταται αδύνατη.

¹⁴⁴ Westersund, L.A., Force Majeure Clauses in Construction Contracts 3

¹⁴⁵ (1884) 12 Q.B.D. 589 (C.A.) (Jacobs).

¹⁴⁶ Βλ. *ibid*: “when, by means of a superior force (force majeure) or an accident, the obligator has been prevented from giving or doing that which he was bound to give or do”.

¹⁴⁷ *Jacobs, Marcus & Co v. Crédit Lyonnais*, 1884, English Court of Appeal 12 QBD 589: “In the present case the contract was made in London between merchants carrying on their business in the city of London, and payment was to be made in London. Presumably, therefore, we should infer that this was an English contract, and intended to be governed by English law”.

1.2. Το δόγμα της απογοήτευσης

Σε γενικές γραμμές, το δόγμα της “frustration” ισχύει για όλες τις συμβάσεις, δεδομένου ότι δεν υπάρχει καμία κατηγορία συμβάσεων που να μην μπορεί θεωρητικά να «απογοητευθεί». Ωστόσο, η παραδοχή αυτή δεν ίσχυε ανέκαθεν, καθότι η πλειοψηφία των συμβατικών υποχρεώσεων θεωρούνταν απόλυτες. Αυτό σήμαινε ότι η επέλευση απρόβλεπτων γεγονότων δεν αποτελούσε δικαιολογία για τη μη εκπλήρωσή τους. Ενδεικτική αυτής της «απολυτότητας» των συμβάσεων είναι η περίπτωση *Paradine v. Jane*. Στην περίπτωση αυτή, όταν ο μισθωτής ενάχθηκε για μη πληρωμή του ενοικίου, προέβαλε μεταξύ άλλων τον ισχυρισμό ότι είχε τεθεί σε διαθεσιμότητα για μια περίοδο δύο ετών από τους εχθρούς του βασιλιά. Εντούτοις ο ισχυρισμός του δεν έγινε δεκτός.

Αντίθετα, στην υπόθεση *Taylor v. Caldwell*, ο Δικαστής Blackburn J. καθιέρωσε ό,τι σήμερα συνιστά το δόγμα της απογοήτευσης. Σε αυτή την περίπτωση, οι κατηγορούμενοι εκμίσθωσαν τους Κήπους του Surrey και το Music Hall όπου θα δίνονταν τέσσερις μεγάλες συναυλίες σε συγκεκριμένες μέρες του καλοκαιριού του 1861. Έξι ημέρες πριν από την πρώτη συναυλία, η αίθουσα καταστράφηκε από τυχαία πυρκαγιά, γεγονός που δεν επέτρεψε να πραγματοποιηθούν οι συναυλίες. Το δικαστήριο έκρινε, μεταξύ άλλων, ότι οι εναγόμενοι δεν υπείχαν υποχρέωση προς αποζημίωση για την διαφήμιση που είχε γίνει, για άλλες στρατηγικές μάρκετινγκ ή για διάφορα άλλα έξοδα, δεδομένου ότι η σύμβαση είχε εκκαθαριστεί, διότι “the parties must from the beginning have known that it could not be fulfilled unless...some particular specified thing continued to exist”¹⁴⁸.

Έκτοτε, το δόγμα της απογοήτευσης άρχισε να εφαρμόζεται όχι μόνο σε περιπτώσεις στις οποίες εκ πρώτης όψεως η εκπλήρωση κατέστη αδύνατη λόγω ενός γεγονότος, αλλά ακόμα και σε περιπτώσεις όπου δεν υπήρχε αδυναμία εκπλήρωσης παρά μόνο ματαίωση του εμπορικού στόχου ή του σκοπού της σύμβασης. Στην υπόθεση *Krell v. Henry* ο εναγόμενος μίσθωσε ένα διαμέρισμα στο Pall Mall για ορισμένες ημέρες κατά τις οποίες είχε προγραμματιστεί ότι θα περάσει η πομπή για τη στέψη του βασιλιά. Βέβαια, στη σύμβαση δεν αναφέρθηκε ότι ο πραγματικός σκοπός ήταν η παρακολούθηση της πομπής. Τελικά, ο σκοπός της σύμβασης διαψεύστηκε λόγω αναβολής της πομπής εξ αιτίας ασθένειας του Βασιλιά. Έτσι, έγινε, μεταξύ άλλων, δεκτό ότι “frustration applies not only to cases where the event which renders the contract incapable of performance is the cessation or non-existence of an express condition or state of things, going to the root of the contract, and essential to its performance”.

¹⁴⁸ Thomas-Roberts G., *ibid*, p. 7.

Ένας μη εξαντλητικός κατάλογος εκδηλώσεων που θεωρούνται πλέον ως «απογοητευτικά» γεγονότα είναι¹⁴⁹:

1. Σημαντικές δημόσιες «εκδηλώσεις», όπως οι παγκόσμιοι πόλεμοι και άλλες περιφερειακές συγκρούσεις,
2. Γενικές οικονομικές τάσεις, όπως ο πληθωρισμός και οι συναλλαγματικές διακυμάνσεις,
3. Επιγενόμενες παρανομίες, όπως η απαγόρευση εμπορικών συναλλαγών με τον εχθρό κατά τη διάρκεια του πολέμου,
4. Οι διοικητικές πράξεις,
5. Η φυσική αδυναμία η συνδεόμενη με την καταστροφή του αντικειμένου της σύμβασης,
6. Αλλαγές στις προσωπικές περιστάσεις του ενός από τα συμβαλλόμενα μέρη, όπως θάνατος ή ασθένεια.

2. Το ανέφικτο και η Αδυναμία – Η προσέγγιση των ΗΠΑ

Αξίζει να σημειωθεί ότι στις ΗΠΑ γίνεται από ελάχιστη έως καμία απολύτως αναφορά σε λόγους ανωτέρας βίας. Αντ' αυτού καθιερώθηκε ως έννοια το ανεφάρμοστο (“impracticability”) που απορρέει από το δόγμα της αδυναμίας απόδοσης (“impossibility”). Ο William Lyman αναφέρθηκε στο ανέφικτο υπό την αμερικανική εκδοχή λέγοντας: *“the rule, as often quoted, is that absent a contract provision to the contrary, where one agrees to do, for a fixed sum a thing possible to be performed, he will not be excused or become entitled to additional compensation, because unforeseen difficulties are encountered”*¹⁵⁰.

Στις ΗΠΑ, οι συμβάσεις για την πώληση των αγαθών υπόκεινται στο δόγμα του ανέφικτου στο πλαίσιο του Ενιαίου Εμπορικού Κώδικα¹⁵¹, εκτός αν οι όροι της σύμβασης περιορίζουν την εφαρμογή του. Στο πλαίσιο αυτής της «χαλαρής» εκδοχής περί αδυναμίας, ο ένας συμβαλλόμενος μπορεί να δικαιολογηθεί για τη μη εκτέλεση της συμβατικής του υποχρέωσης με τον ισχυρισμό ότι αυτή κατέστη ανέφικτη υπό περιστάσεις που εκφεύγουν από τον έλεγχό του. Βέβαια, θα πρέπει να σημειωθεί ότι τα δικαστήρια των ΗΠΑ δεν είναι πάντα συνεπή σε αυτό το δόγμα. Στις περιπτώσεις που τα μέρη επιθυμούν μεν να

¹⁴⁹ Thomas-Roberts G., *ibid*, p. 8.

¹⁵⁰ Thomas-Roberts G., *ibid*, p. 9.

¹⁵¹ C. Duval, *International Petroleum Exploration and Exploitation Agreements*, New York, USA, 2009, 320.

προστατευθούν από απρόβλεπτα γεγονότα ή περιστάσεις, αλλά δεν είναι σε θέση να διαπραγματευτούν σωστά τα στοιχεία που τα δικαιολογούν, θα πρέπει να επιλέγουν το δίκαιο ενός κράτους των ΗΠΑ που έχει υιοθετήσει μια μη τροποποιημένη εκδοχή του Ενιαίου Εμπορικού Κώδικα.

Η αδυναμία απόδοσης είναι ένα δικαστηριακό εύρημα το οποίο καθιερώθηκε για την αντιμετώπιση των ελαττωμάτων των συμβάσεων όταν τα ίδια τα μέρη δεν είχαν προβλέψει αυτό που τελικά συνέβη. Κατά την εφαρμογή του οι παράγοντες που λαμβάνονται υπόψη περιλαμβάνουν, μεταξύ άλλων, το κατά πόσον η ενδεχομενικότητα ήταν προβλεπτή, αν τα μέσα με τα οποία εκπληρώθηκε η σύμβαση είναι τελείως διαφορετικά από αυτά που είχαν συμφωνηθεί, αν ο διάδικος είχε προβλέψει ως ενδεχόμενη την περίπτωση που συνέβη και κυρίως κατά πόσον το κόστος της εκπλήρωσης είναι εν προκειμένω επαχθές. Αδυναμία δεν σημαίνει μόνο αυστηρώς αδυναμία, αλλά και το «μη πρακτικό» (“impractical”) λόγω των ακραίων και αδικαιολόγητων δυσκολιών ή εξόδων. Κατά δε τις παραδοχές του Ενιαίου Εμπορικού Νόμου «στο νομικό στοχασμό ένα πράγμα είναι αδύνατο όταν δεν είναι εφικτό, ενώ ένα πράγμα είναι ανέφικτο όταν αυτό μπορεί να γίνει με υπερβολικό ή παράλογο κόστος»¹⁵².

3. Τα δόγματα και οι επιπτώσεις τους

3.1. Ανωτέρα Βία

Η λεπτή διαφοροποίηση που υπάρχει μεταξύ της ανωτέρας βίας και της θεωρίας της “frustration” δεν είναι τόσο δριμυία όταν ανατρέξει κανείς στα αποτελέσματα και τις επιπτώσεις των δογμάτων αυτών. Παραδοσιακά, έχει θεωρηθεί ότι η ρήτρα περί ανωτέρας βίας συνδέεται μόνο με απρόβλεπτα γεγονότα (“unanticipated events”) και την αδυναμία (“impossibility”). Ωστόσο, στην πράξη οι διατάξεις για την ανωτέρα βία είναι ένα εργαλείο για την κατανομή του κινδύνου σε περίπτωση λανθασμένης πρόβλεψης (“risk of misprediction”), περίπτωση ιδιαίτερα συχνή σε μακροπρόθεσμες συμβάσεις.

Όταν δε συγκρίνεται με το δόγμα της “frustration” αναδεικνύεται η πρακτική της λειτουργικότητα και η χρησιμότητά της. Οι ομοιότητές τους έγκεινται στο γεγονός ότι και τα δύο δόγματα ασχολούνται με γεγονότα και συμβάντα πέραν του ελέγχου των συμβαλλομένων μερών. Ωστόσο, η “frustration” προϋποθέτει την ολική καταστροφή του

¹⁵² Βλ. Westersund, *ibid*: “thing is impossible in legal contemplation when it is not practicable; and a thing is impracticable when it can be done at an excessive and unreasonable cost”.

αντικειμένου της σύμβασης και, ως εκ τούτου, συνήθως οδηγεί στην οριστική απαλλαγή από όλες τις συμβατικές υποχρεώσεις.

Η ρήτρα ανωτέρας βίας επιτρέπει μεγαλύτερη ευελιξία, καθώς τα γεγονότα που τη συνιστούν προσδιορίζονται με πολύ μεγαλύτερη ακρίβεια και βεβαιότητα. Περαιτέρω, δεν απαιτεί την πλήρη «καταστροφή» του αντικειμένου της σύμβασης, προκειμένου να εφαρμοστεί. Χαρακτηρίζεται, μάλιστα, από μια εγγενή προσωρινότητα και αυτό επιτρέπει στα μέρη να διατηρήσουν το status quo της συμβατικής τους ρύθμισης μετά το πέρας του γενεσιουργού της κρίσεως γεγονότος. Τις περισσότερες φορές, μάλιστα, πρόκειται για έναν όρο που αποτέλεσε αντικείμενο διαπραγματεύσεων μεταξύ των μερών και για το λόγο αυτό έχει την τάση να αντιμετωπίζει την εκάστοτε απρόβλεπτη κατάσταση διατηρώντας σε ισχύ τη συμβατική σχέση των μερών, ήτοι τις συμβατικές τους υποχρεώσεις, συμπεριλαμβανομένων των πληρωμών, με μια προσωρινή αναβολή-παύση ορισμένων εξ αυτών.

Τέλος, η εν λόγω ρήτρα μπορεί να είναι δεσμευτική ως προς διαφορετικές συνέπειες, ανάλογα με τη φύση του γενεσιουργού γεγονότος. Αυτό πρακτικά σημαίνει ότι, εφ' όσον έχει συνταχθεί σωστά η ρήτρα ανωτέρας βίας, έχει τη δυνατότητα να ανταποκρίνεται με μεγαλύτερο βαθμό προβλεψιμότητας και με πιο δίκαιο τρόπο (διατηρώντας ομαλές τις σχέσεις μεταξύ των μερών) στις ίδιες εκδηλώσεις που αν καλούνταν σε εφαρμογή το δόγμα της “frustration” θα διαρρηγγύνονταν μόνιμα ολόκληρη η συμβατική σχέση.

3.2. Frustration

Ο καθηγητής David Yates στο άρθρο του “Drafting Force Majeure and Related Clauses”¹⁵³ εξέφρασε την άποψη ότι το ζήτημα της “frustration” σχετίζεται με τέσσερα βασικά ζητήματα. Το πρώτο είναι το κατά πόσον η εκτέλεση της σύμβασης έχει καταστεί νομικά ή πρακτικά αδύνατη από την κρινόμενη εκδήλωση, τη στιγμή που κανένα μέρος δεν έχει συμφωνήσει να φέρει τον εν λόγω κίνδυνο. Δεύτερον, το κατά πόσο νοσηματοδοτείται η εκτέλεση των συμβατικών υποχρεώσεων με βάση τους συμβατικούς σκοπούς των μερών όπως αυτοί προκύπτουν από την ίδια τη σύμβαση και τις εν γένει συνθήκες. Τρίτον, θα πρέπει το μέρος που καλεί σε εφαρμογή το δόγμα της «απογοήτευσης» να μην υπέχει ευθύνη για τα γεγονότα που σχετίζονται με την εκδήλωση της «απογοήτευσης». Και, τέλος, αν η μεταβολή των συνθηκών καθιστά απλώς την εκτέλεση της σύμβασης επαχθέστερη ή ακριβότερη, δεν χωρεί εφαρμογή του δόγματος¹⁵⁴.

¹⁵³ D. Yates, Drafting Force Majeure and Related Clauses, Journal of Contract Law, 1991, p. 186.

¹⁵⁴ Thomas-Roberts G., ibid, p. 12.

Σε κάθε περίπτωση οι συμβάσεις πρέπει να αναγνώσκονται ως σύνολο και σε περίπτωση που τα μέρη δεν παρέχουν επαρκείς αιτιολογίες για το «απογοητευτικό» γεγονός, επαφίεται στην δικαστική ή διαιτητική κρίση το αν τελικά η σύμβαση έχει μαιωθεί.

Δεν υπάρχει καμία αμφιβολία ότι η “frustration” συνεπάγεται την καταγγελία της σύμβασης αυτόματα μόλις συμβεί το «απογοητευτικό» γεγονός και γι’ αυτό το δικαστήριο θα θεωρεί λυθείσα τη σύμβαση ακόμη και αν οι διάδικοι για κάποιο χρονικό διάστημα είχαν συμπεριφερθεί όπως επιτάσσει αυτή η τελευταία, οσάν να εξακολουθούσε να υφίσταται. Επισημαίνεται, μάλιστα, για μια ακόμα φορά ότι η σύμβαση λύεται ανεξάρτητα από τη θέληση των μερών. Σύμφωνα δε με το εθνικό δίκαιο, τα δικαιώματα που είχαν δημιουργηθεί πριν την εμφάνιση του «απογοητευτικού» γεγονότος παραμένουν ενεργά, και τα μέρη απαλλάσσονται από μελλοντικές μόνο αποδόσεις.

Ο μεταρρυθμιστικός Νόμος [Law Reform (Frustrated Contracts Act 1943)]¹⁵⁵ θέσπισε, μεταξύ άλλων, ότι τα ποσά που οφείλονται για το πριν από το “frustrating event” διάστημα παύουν να είναι πληρωτέα. Τα δε ποσά που έχουν πράγματι καταβληθεί, εκ πρώτης όψεως, αποδίδονται και ο δικαιούχος μπορεί να διατηρήσει ή να ανακτήσει το ποσό από τις δαπάνες¹⁵⁶.

4. Τα δόγματα και η παρουσία τους σε συμβάσεις φυσικού αερίου

4.1. Η ανωτέρα βία

Οι ρήτρες ανωτέρας βίας σε συμβάσεις φυσικού αερίου είναι οι ίδιες που επικρατούν στις διεθνείς συμφωνίες και συνίστανται από δύο βασικά μέρη. Η ρήτρα πρέπει, κατ’ αρχάς, να περιέχει έναν κατάλογο εκδηλώσεων που θεωρούνται ως τα συστατικά στοιχεία της ανωτέρας βίας, σε συνδυασμό με μια γενικότερη μνεία διατύπωσης όπως «κάθε άλλο γεγονός πέραν του ελέγχου των μερών» (“any other event beyond the control of the parties”). Η δεύτερη πτυχή της ρήτρας ασχολείται με την επίδραση της ανωτέρας βίας και προβλέπει μια περίοδο «αναμονής» της τάξεως των 30 ημερών συνήθως. Σε περίπτωση που το περιστατικό

¹⁵⁵ Πρόκειται για νόμο του Κοινοβουλίου του Ηνωμένου Βασιλείου, ο οποίος καθορίζει τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις των μερών σε περίπτωση απογοήτευσης μιας σύμβασης. Τροποποιεί τις προηγούμενες διατάξεις του κοινού δικαίου σχετικά με την πλήρη ή μερική επιστροφή των προκαταβολών, όταν μια σύμβαση θεωρείται ότι είναι απογοητευμένη, καθώς επίσης εισάγει τη ρύθμιση ότι τα πολύτιμα οφέλη – εν αντιθέσει με τα οικονομικά – μπορούν επίσης να επιστραφούν.

¹⁵⁶ E. Peel, Treitel The Law of Contract, London, UK: Sweet and Maxwell, 2007

ανωτέρας βίας συνεχιστεί και μετά το πέρας αυτής της περιόδου κάθε μέρος έχει το δικαίωμα να καταγγείλει τη σύμβαση¹⁵⁷.

Οι συμβάσεις φυσικού αερίου είναι ως επί το πλείστον μακροπρόθεσμες συμβάσεις και απαιτούν πρόσθετη φροντίδα σε σχέση με τις συνέπειες της ανωτέρας βίας λόγω ακριβώς της διάρκειας της σχέσης των μερών. Όταν μια σύμβαση προμήθειας μέλλεται να διαρκέσει πολλά χρόνια, τα μέρη μπορεί να επιθυμούν να προβλεφθεί ότι οι συνέπειες ενός γεγονότος ανωτέρας βίας θα εξαρτηθεί από τη διάρκεια εκδήλωσής του. Ενδέχεται, μάλιστα, να προβλέπουν ότι σε περίπτωση γεγονότος ανωτέρας βίας, η διάρκεια της σύμβασης παρατείνεται κατά το ίδιο χρονικό διάστημα που αυτό διήρκησε ή εναλλακτικά ότι δύναται να καταγγελθεί η σύμβαση εφ' όσον το γεγονός συνεχίστηκε και μετά από μια καθορισμένη χρονική περίοδο¹⁵⁸.

Ως εκ τούτου, κατά τη σύνταξη των ρητρών ανωτέρας βίας σε μακροπρόθεσμες συμβάσεις φυσικού αερίου, ο συντάκτης πρέπει να διασφαλίσει ότι τα ακόλουθα τέσσερα βασικά στοιχεία είναι παρόντα:

Περιγραφή των γεγονότων που προκαλούν την ανωτέρα βία.

Όροι που καθορίζουν την διάρκεια αυτής της κατάστασης.

Πρόβλεψη για το πώς η δήλωση υπέρξεως ανωτέρας βίας πρέπει να ανακοινώνεται.

Περιγραφή των επιπτώσεων που το γεγονός ανωτέρας βίας θα έχει στις συμβατικές υποχρεώσεις των μερών.

Τα παρακάτω είναι μερικά παραδείγματα ρητρών ανωτέρας βίας που χρησιμοποιούνται στη βιομηχανία πετρελαίου και φυσικού αερίου¹⁵⁹:

Ένα Συμβόλαιο του 1998 του Μπαχρέιν ορίζει:

“Force Majeure” means any event or combination of events reasonably beyond the control of a Party including but not limited to, the events set out below:

i. Acts of God, explosions, earthquake, flood, fire, storm, epidemic and any other natural physical disaster or natural calamities;

ii. War (declared or undeclared) act of war, conditions, invasion, hostilities, embargo, blockage or any other enemy action; due to war;

iii. Revolution, rebellion, civil commotion, riot, insurrection, terrorist acts or the threat of terrorist acts, seizure or act of sabotage;

¹⁵⁷ Thomas-Roberts G., *ibid*, p. 10-11.

¹⁵⁸ J. R. Paulus-D. J. Meewig, *Force Majeure- Beyond Boilerplate*, 1999.

¹⁵⁹ Thomas-Roberts G., *ibid*, p. 14-15.

- iv. *Strike, lockout or other labour or industrial disturbance;*
- v. *Depletion, reduction, or insufficiency of reserves of , or a change in the characteristics of Crude Oil or Natural Gas or change in reservoir characteristics;*
- vi. *Rupture or explosion of or damage to, mechanical breakdowns or failure of equipment or wells, or accidents relating thereto;*
- vii. *Laws, regulations and acts of any State(including the State of Bahrain); or*
- viii. *Closing or unavailability of harbours, ports or other facilities required for transport or export of Crude oil or Natural Gas.”*

Στις Συμβάσεις-Πρότυπα του 2006 του Μαρόκο η ανωτέρα βία ορίζεται ως εξής:

“Any failure or delay by one of the Parties in the performance of any of its obligations under this Agreement, with the exception of obligations in respect of the payment of any amount due hereunder, shall be excused to the extent that it is attributable to an event of Force Majeure. For the purposes of this Agreement, an event of Force Majeure shall mean any event which is unforeseen, insurmountable or beyond the reasonable control of the Party affected, and which the Party affected cannot prevent or overcome by exercising due diligence in accordance to industry standards.”

Οι συριακές πρότυπες συμβάσεις του 2004 προβλέπουν:

“Force Majeure’ within the meaning of this Article 22 shall be any order, regulation or direction of the GOVERNMENT whether promulgated in the form of law or otherwise or any act of God, insurrection, riot, war(whether declared or undeclared) strike and other labour disturbances, fires, floods, or any other cause not due to the fault or negligence or COMPANY and CONTRACTOR or either of them, whether or not similar to the foregoing provided that any such cause is beyond the reasonable control of COMPANY and CONTRACTOR or either of them.”

Το “Angola Model 2006” περιέχει την εξής ρήτρα:

“If the Force Majeure restrains only temporarily the performance of a contractual obligation or the exercise of a right subject to a time limit, the time given in this Agreement for the performance of such obligation or the exercise of such right and for the performance or exercise of any right or obligation dependent thereon, and if relevant, the term of the Agreement, shall be suspended until the restoration of the status quo prior to the occurrence of the event(s) constituting Force Majeure, it being understood, however, that such suspension shall apply only with respect to the parts of the Contract Area which have been affected.”

4.2. Η “frustration” στις διεθνείς συμφωνίες

Η απουσία ρητρών περί “frustration” στις συμφωνίες φυσικού αερίου είναι αξιοσημείωτη. Κι αυτό γιατί όταν μια σύμβαση δεν περιέχει πρόβλεψη για ρήτρα ανωτέρας βίας ή για οποιαδήποτε άλλη ρήτρα επιείκειας (πράγμα σπάνιο), τα μέρη μπορούν να καταφύγουν στο δόγμα της «απογοήτευσης».

Η νομολογία παρέχει πολλά παραδείγματα εφαρμογής του δόγματος της «απογοήτευσης» όταν δεν είχαν προβλεφθεί διατάξεις ανωτέρας βίας. Αν και αυτές οι περιπτώσεις δεν αφορούν συμβάσεις προμήθειας φυσικού αερίου, εντούτοις αποκρυσταλλώνουν τη βούληση των δικαστηρίων να αποφανθούν σχετικά με τις πτυχές της θεωρίας της «απογοήτευσης» εν απουσία ρήτρας ανωτέρας βίας.

5. Case studies

5.1. US decision: Ergon-West Virginia v. Dynegy Marketing & Trade

Οι τυφώνες “Katrina” και “Rita” έπληξαν τις ΗΠΑ το 2005 καταστρέφοντας υποδομές πετρελαίου και φυσικού αερίου¹⁶⁰.

Στις 22 Ιανουαρίου 2013 το Εφετείο των Ηνωμένων Πολιτειών έκρινε ότι το clearing house φυσικού αερίου Dynegy Marketing & Trade δεν είχε συμβατική υποχρέωση έναντι των διυλιστηρίων Ergon Refining και Ergon-West Virginia να προσπαθήσει να εξασφαλίσει αέριο αντικατάστασης σύμφωνα με τις συμβάσεις πώλησης φυσικού αερίου (GSA) που είχαν συναφθεί μεταξύ τους κατόπιν επίκλησης περίπτωσης ανωτέρας βίας ως απάντηση στη ζημία από τους τυφώνες.

Η Dynegy, αρχικά, προσδιόρισε τους ανάντι προμηθευτές φυσικού αερίου που δήλωσαν «ανωτέρα βία» για την αντιμετώπιση των ζημιών που προκλήθηκαν από τους τυφώνες. Εν συνεχεία δήλωσε ότι βρίσκεται υπό καθεστώς ανωτέρας βίας στο πλαίσιο των συμβάσεων της με τα διυλιστήρια της Ergon αναγκάζοντας τα διυλιστήρια αυτά να αγοράσουν αέριο αντικατάστασης στην ελεύθερη αγορά με αυξημένο κόστος. Για να ανακτήσουν τα έξοδα αυτά τα διυλιστήρια μήνυσαν την Dynegy, ισχυριζόμενα ότι οι ρήτρες

¹⁶⁰ Η υπόθεση περιεχόμενη σε: Herbert Smith Freehills, Interruptions to gas supply recent case law, USA, March 2013.

ανωτέρας βίας που περιλαμβάνονταν στις συμβάσεις τους απαιτούν από την Dynegy να προσπαθήσει να εξασφαλίσει αέριο αντικατάστασης, κάτι το οποίο η Dynegy δεν έπραξε.

Πιο αναλυτικά, η σχετική ρήτρα της σύμβασης της Ergon Refining απαιτούσε από το μέρος που επικαλείται ανωτέρα βία να αποδείξει ότι είχε «αποκαταστήσει με κάθε εύλογη αποστολή» (“remedied with all reasonable dispatch”) το περιστατικό ανωτέρας βίας. Το δικαστήριο έλαβε υπόψη του τις απόψεις εμπειρογνομόνων οι οποίοι επιβεβαίωσαν ότι πρόκειται για πρακτική της βιομηχανίας φυσικού αερίου οι πωλητές να επικαλούνται λόγους ανωτέρας βίας, εάν το έχουν πράξει και οι ανάντι προμηθευτές, και έτσι έκρινε ότι η παροχή εκ μέρους της Dynegy μέρους μόνο φυσικού αερίου προς την Ergon Refining ήταν αρκετή για να ικανοποιήσει την απαίτηση για «εύλογη αποστολή».

Η ρήτρα ανωτέρας βίας στη σύμβαση της Ergon-West Virginia δεν περιείχε ανάλογη πρόβλεψη (“all reasonable dispatch”). Αντίθετα, απαιτούσε από το μέρος που επικαλείται τη ρήτρα ανωτέρας βίας να αποδείξει ότι το γεγονός ανωτέρας βίας ήταν τέτοιο που δεν ήταν δυνατό να ξεπεραστεί με άκρα επιμέλεια (“due diligence”). Μολονότι η Dynegy δέχθηκε ότι θα μπορούσε να βρεθεί φυσικό αέριο αντικατάστασης στην ελεύθερη αγορά, το Εφετείο έκρινε ότι ο προμηθευτής δεν είχε καμία υποχρέωση να παράσχει αέριο αντικατάστασης στην Ergon-West Virginia. Συνεπώς, η Dynegy δεν ευθύνεται για τις ζημίες από την αδυναμία της να παράσχει αέριο αντικατάστασης.

Αυτή η υπόθεση στην ουσία υπενθυμίζει στους συντάκτες των συμβάσεων να διατυπώνουν τις ρήτρες ανωτέρας βίας κατά τέτοιο τρόπο ώστε να εκφράζουν με σαφήνεια τις υποχρεώσεις των μερών σε σχέση με την αντικατάσταση του αερίου. Ειδικότερα, θα πρέπει να δοθεί προσοχή στα εξής:

1. εάν η παροχή (ήτοι το αέριο) πρέπει να προέρχεται από ορισμένη πηγή,
2. τι είδους υποχρεώσεις αντικατάστασης προκύπτουν και πότε, και
3. τις επιπτώσεις στην τιμή (σταθερή τιμή, ανώτατη τιμή ή πλήρης μετακύλιση κόστους).

5.2. Alcoa of Australia Ltd v Apache Energy Ltd

Η Alcoa, ιδιοκτήτρια και διαχειριστής των εργοστασίων αλουμίνας στην Δυτική Αυστραλία, ζητά αποζημίωση από τους Apache, Tap, και Kufpec (Αδειούχοι) οι οποίοι

απέτυχαν να παραδώσουν το συμβατικώς συμφωνηθέν αέριο μετά από έκρηξη στο νησί Varanus τον Ιούνιο του 2008¹⁶¹.

Οι εγκαταστάσεις επεξεργασίας πετρελαίου και φυσικού αερίου στο νησί Varanus, όπου γινόταν η επεξεργασία του αερίου που παρεχόταν στην Alcoa, υπέστησαν ζημιές μετά από έκρηξη σε αγωγό. Η Apache Energy ήταν ο φορέας εκμετάλλευσης του αγωγού σύμφωνα με τις ισχύουσες άδειες, ο οποίος ήλεγχε τη λειτουργία, τη διαχείριση και τη συντήρηση των εγκαταστάσεων στο νησί Varanus και ήταν ο διαχειριστής στο πλαίσιο των επιχειρησιακών συμφωνιών με τους δικαιοδόχους.

Η Alcoa ισχυρίστηκε ότι:

- η Apache Energy και οι λοιποί αδειούχοι δεν κατάφεραν να αποτρέψουν τη διάβρωση του αγωγού φυσικού αερίου ο οποίος τελικά διερράγη λόγω ανεπαρκούς συντήρησης ή επισκευής,
- η αδυναμία των αδειούχων να παράσχουν το συμβατικώς συμφωνηθέν φυσικό αέριο δεν θα μπορούσε να χαρακτηριστεί ως περίπτωση ανωτέρας βίας, καθώς το περιστατικό ήταν είτε υπό τον έλεγχο των κατόχων αδειάς ή θα μπορούσε να έχει προληφθεί ή ξεπεραστεί με ενέργειες επιμέλειας που αναμένονται από ένα λογικό και συνετό διαχειριστή.

Κατόπιν τούτων, η Alcoa αξιώνει αποζημίωση για:

- οικονομική ζημία για παράβαση των καθηκόντων μέριμνας από την Apache Energy ως διαχειριστή,
- παράβαση των νόμιμων καθηκόντων, και
- το κόστος για την αγορά εναλλακτικού φυσικού αερίου και τη δαπάνη για την αγορά ντίζελ λόγω μη διαθεσιμότητας του φυσικού αερίου.

Στις 20 Ιουνίου του 2012, ο Δικαστής του Ανωτάτου Δικαστηρίου της Δυτικής Αυστραλίας εξέδωσε απόφαση σχετικά με την αίτηση της Apache Energy και των αδειούχων να απορριφθούν οι αξιώσεις της Alcoa. Στην απόφασή του κατέληξε στο συμπέρασμα ότι οι επίμαχες απαιτήσεις της Alcoa για αποζημίωση εξ αιτίας παράβασης θεσπισμένης υποχρέωσης πρέπει να απορριφθούν.

Η Alcoa ισχυρίστηκε ότι οι συμβατικές ρήτρες που περιορίζουν την ευθύνη των αδειούχων για τυχόν αποτυχία παράδοσης μόνο σε καταβολή εφάπαξ αποζημιώσεων ήταν άκυρες και μη εφαρμοστέες. Ωστόσο, το Δικαστήριο έκρινε ότι το ζήτημα του κατά πόσον η Apache energy και οι αδειούχοι οφείλουν στην Alcoa καθήκον φροντίδας (“duty of care”),

¹⁶¹ Ibid.

καθώς και τα ζητήματα του ελέγχου, της ανάληψης ευθύνης και της ευπάθειας, θα πρέπει να καθοριστούν υπό το φως των πραγματικών περιστατικών που διαπιστώθηκαν κατά τη δίκη.

Αν ο ισχυρισμός αυτός αχθεί σε κρίση, πρέπει να παρασχεθούν διευκρινίσεις σχετικά με την αποτελεσματικότητα μιας τυποποιημένης ρήτρα ανωτέρας βίας, όπου οι πρακτικές συντήρησης του διαχειριστή, φέρεται να έχουν προκαλέσει τη διακοπή τροφοδοσίας. Επίσης, πρέπει περαιτέρω να αποσαφηνιστεί η σχέση μεταξύ των ρητών συμβατικών μηχανισμών κατανομής του κινδύνου και ενός ευρύτερου καθήκοντος επιμέλειας.

5.3. Η έννοια των «εύλογων προσπαθειών»: η άποψη του Εφετείου της Αυστραλίας

Το Εφετείο της Δυτικής Αυστραλίας πρόσφατα ανέτρεψε απόφαση του Ανωτάτου Δικαστηρίου σχετικά με την έννοια των «εύλογων προσπαθειών» (“reasonable endeavours”) στο πλαίσιο κρίσης του για μια συμφωνία προμήθειας φυσικού αερίου¹⁶².

Η απόφαση υποστηρίζει ότι οι ρήτρες περί «ευλόγου προσπάθειας» πρέπει να ερμηνεύονται στο πλαίσιο της ευρύτερης συμφωνίας των μερών και ότι το μέρος που καταβάλλει εύλογες προσπάθειες δεν μπορεί να έχει πλήρη διακριτική ευχέρεια ως προς το αν θα εκτελέσει τις σχετικές συμβατικές του υποχρεώσεις.

Πιο αναλυτικά, η διαφορά ανέκυψε μεταξύ της Electricity Generation Corporation Verve Energy και της Woodside Energy Ltd στο πλαίσιο της απότομης πτώσης της παροχής φυσικού αερίου στην αγορά της Δυτικής Αυστραλίας μετά την έκρηξη του 2008 στο εργοστάσιο επεξεργασίας φυσικού αερίου στο νησί Varanus.

Η Verve Energy ήταν ο αγοραστής στο πλαίσιο μιας μακροχρόνιας συμφωνίας προμήθειας φυσικού αερίου με τους συμμετέχοντες στη Κοινοπραξία North West Shelf (οι Πωλητές). Σύμφωνα με την εν λόγω σύμβαση:

- οι πωλητές ήταν υποχρεωμένοι να παρέχουν μια ελάχιστη ημερήσια ποσότητα φυσικού αερίου,
- εάν η Verve Energy χρειαζόταν επιπλέον αέριο, οι πωλητές ήταν υποχρεωμένοι να καταβάλουν «εύλογες προσπάθειες» ώστε να διαθέτουν το επιπλέον αέριο σε σταθερή βάση, και
- η υποχρέωση των πωλητών προσδιοριζόταν ως εξής: «Προκειμένου να προσδιορισθεί εάν είναι σε θέση να προμηθεύσουν πρόσθετο αέριο σε μια ημέρα, οι

¹⁶² Ibid.

πωλητές μπορούν να λαμβάνουν υπόψη όλες τις σχετικές εμπορικές, οικονομικές και επιχειρησιακές συνθήκες».

Η Verve Energy αγόρασε χωριστά αέριο από την Apache Energy η οποία δραστηριοποιούταν στο νησί Varanus, αλλά και αυτή η πηγή τροφοδοσίας περιορίστηκε ως αποτέλεσμα της έκρηξης.

Η μείωση της προσφοράς σήμαινε ότι οι πωλητές ήρθαν αντιμέτωποι με μεγαλύτερη ζήτηση από ό,τι ήταν σε θέση να ανταποκριθούν και οι αγοραστές πρόσφεραν τιμές υψηλότερες από αυτές που προβλέπονται στις συμβάσεις.

Κατόπιν των ανωτέρω περιστατικών, οι πωλητές ενημέρωσαν την Verve Energy ότι οι διαταραχές στον εφοδιασμό της Apache σήμαινε ότι δεν θα μπορούσαν να προμηθεύσουν την Verve με το επιπλέον αέριο που είχε ζητήσει. Αντ' αυτού, οι πωλητές προσφέρθηκαν να παράσχουν ισοδύναμη ποσότητα φυσικού αερίου στο πλαίσιο μιας νέας συμφωνίας βάσει της οποίας η Verve είχε την υποχρέωση να πληρώσει υψηλότερη τιμή για την διακοπτόμενη παροχή. Η Verve εισήλθε μεν στη νέα συμφωνία, αλλά διαμαρτυρόμενη.

Η κεντρική διαφορά στην υπόθεση ήταν αν παραβιάστηκε η υποχρέωση των πωλητών να καταβάλουν εύλογες προσπάθειες προκειμένου να παράσχουν το επιπλέον αέριο που ζητήθηκε βάσει της συμφωνίας. Η Verve ισχυρίστηκε ότι οι πωλητές ήταν υποχρεωμένοι να παράσχουν επιπλέον αέριο, αν τέτοιο αέριο υπήρχε. Οι δε προμηθευτές υποστήριζαν ότι η περιορισμένη προσφορά και η ζήτηση σε υψηλότερες τιμές ήταν εμπορικοί παράγοντες που είχαν δικαίωμα να λάβουν υπόψη τους προκειμένου να κρίνουν αν είναι ή όχι σε θέση να παράσχουν πρόσθετο αέριο.

Η απόφαση του Ανωτάτου Δικαστηρίου κατέληξε στο συμπέρασμα ότι οι πωλητές δικαιούνται να ακολουθήσουν τα εμπορικά τους συμφέροντα, καθώς η σύμβαση δεν τους εμπόδιζε να συνάπτουν συμβάσεις με τρίτους που τυχόν θα περιόριζαν την ικανότητά τους να ανταποκριθούν σε αιτήματα της Verve Energy για επιπλέον φυσικό αέριο, ενώ η φράση “able to supply” έπρεπε να ερμηνευθεί υπό το πρίσμα του δικαιώματος των πωλητών να λαμβάνουν υπόψη «όλους τους σχετικούς εμπορικούς, οικονομικούς και επιχειρησιακούς παράγοντες», οι οποίοι περιλαμβάνουν τη σχετική κερδοφορία της τιμής που προσφέρεται από άλλους πελάτες.

Ωστόσο, το Εφετείο ανέτρεψε την απόφαση του Ανωτάτου Δικαστηρίου καθότι έκρινε ότι, αν και οι πωλητές έχουν το δικαίωμα να λαμβάνουν υπόψη την εμπορική, οικονομική και επιχειρησιακή κατάσταση της αγοράς σε σχέση με την ικανότητά τους να προμηθεύουν αέριο, αυτό δεν τους δίνει την δυνατότητα να επιλέγουν να μην πωλούν επιπλέον αέριο στην Verve Energy σύμφωνα με τη σύμβαση που έχουν συνάψει μαζί της, επειδή θα μπορούσαν να πωλούν το φυσικό αέριο σε άλλους πελάτες σε υψηλότερη τιμή σε

διακοπτόμενη βάση. Βασικό στοιχείο της συλλογιστικής του Δικαστηρίου ήταν η γραμματική ερμηνεία της σχετικής ρήτρας, δηλαδή το γεγονός ότι η υποχρέωση του πωλητή να καταβάλει εύλογες προσπάθειες εκφράστηκε με υποχρεωτικότητα (“able” αντί “willing”).

Άλλωστε, η απόφαση υποστήριζε ότι οι πωλητές θα ήταν δικαιολογημένοι υπό το φως της σύμβασής τους με τη Verve Energy να αρνηθούν να της παράσχουν επιπλέον αέριο με τη δικαιολογία ότι οι συνθήκες της αγοράς απαιτούσαν από αυτούς να πωλούν φυσικό αέριο σε πελάτες που ήταν πρόθυμοι να προσφέρουν υψηλότερη τιμή από τη συμβατική, εάν δεν είχαν προβεί σε πρόταση για σύναψη νέας σύμβασης μαζί της. Αυτό, κατά το Δικαστήριο, αποδεικνύει ότι οι πωλητές ήταν σε θέση να εκπληρώσουν την υποχρέωσή τους, ήτοι να καταβάλουν εύλογες προσπάθειες για να πουλήσουν το φυσικό αέριο στο πλαίσιο της ήδη συναφθείσας σύμβασης. Συνεπώς, όταν οι πωλητές επέλεξαν να εισέλθουν σε μια νέα συμφωνία με τη Verve, είχαν ήδη και εξ αυτού του λόγου παραβιάσει την συμφωνία.

ΚΕΦΑΛΑΙΟ 11ο

ΆΛΛΑ ΕΠΑΝΟΡΘΩΤΙΚΑ ΜΕΤΡΑ

1. Ρήτρες οικονομικής δυσπραγίας (“economic hardship clauses”)

Δεν είναι ασυνήθιστο φαινόμενο η ύπαρξη ρητρών οι οποίες απαιτούν από τα μέρη να διαπραγματευθούν αλλαγές στη σύμβαση για την ανακούφιση των οικονομικών δυσχερειών που υπέστη ο ένας εκ των συμβαλλομένων. Οι οικονομικές δυσχέρειες μπορούν να ορίζονται είτε σε γενικές γραμμές ή να προσδιορίζονται πιο συγκεκριμένα (για παράδειγμα, ύπαρξη αρνητικών ταμειακών ροών για μια συγκεκριμένη περίοδο). Σε ορισμένες περιπτώσεις οι ρήτρες αυτές παρέχουν ειδικά δικαιώματα, όπως αλλαγές στις συμβατικές ποσότητες ή ακόμα και δικαίωμα τερματισμού της σύμβασης.

Ωστόσο, οι ρήτρες αυτές είναι συνήθως συμφωνίες που οδηγούν τα μέρη σε συμφωνία σε δεύτερο χρόνο (“agreements to agree”) έχοντας στο μεταξύ καθορίσει τη διαδικασία που θα ακολουθηθεί και η οποία κατά κανόνα εγγυάται ένα λειτουργικό αποτέλεσμα. Αξίζει, μάλιστα, να σημειωθεί ότι αυτές οι ρήτρες δεν ενδείκνυνται για δεσμευτική επίλυση της διαφοράς, καθώς κάτι τέτοιο απαιτεί συνήθως την μεσολάβηση ενός τρίτου μέρους το οποίο συνήθως θα προτείνει τη ριζική μεταβολή της σύμβασης.

2. Ρήτρα αναδιαπραγμάτευσης των αρχικών συμβατικών όρων

Απόρροια της αρχής της καλής πίστεως, ακόμη και αν δεν υφίσταται ρητή συμβατική πρόβλεψη, είναι το συνεργατικό πνεύμα μεταξύ των μερών¹⁶³, προπάντων όταν εμφανίζονται εμπόδια ή δυσχέρειες στην εκπλήρωση των υποχρεώσεων που απορρέουν από τη συμβατική τους σχέση¹⁶⁴.

¹⁶³ Το Ομοσπονδιακό Δικαστήριο δέχθηκε σιωπηρή υποχρέωση καλής πίστης στην υπόθεση Pacific Brands Sport & Leisure Pty Ltd v Underworks Pty Ltd [2005] Aust Contracts R 90-213 και στην υπόθεση Luce Optical v Budget Specs (Franchising) Pty Ltd [2005] FCA 1486 (20 του Οκτώβρη 2005). Στη Βικτώρια, υπήρξαν αρκετές περιπτώσεις υποχρέωσης καλής πίστης, αλλά το Εφετείο ακολούθησε μια πιο συνεκτική προσέγγιση στην υπόθεση Esso Australia Resources Pty Ltd v Southern Pacific Petroleum NL [2005] VSCA 228.

¹⁶⁴ Αντ. Καραμπατζός, Απρόβλεπτη Μεταβολή των Συνθηκών στην Αμφοτεροβαρή Σύμβαση, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα – Κομοτηνή 2006, σελ. 471 επ.

Αυτό ισχύει ιδίως στο πλαίσιο μακροχρόνιων συμβατικών σχέσεων οι οποίες είναι από τη φύση τους πάντοτε ατελείς, διότι δεν είναι αντικειμενικά δυνατόν να προβλεφθούν κατά την κατάρτισή τους όλοι οι κίνδυνοι που συνδέονται με την εκπλήρωσή τους.

Ειδικότερα, η αρχή της καλής πίστεως επιβάλλει στα μέρη ένα ειδικό συνεργατικό καθήκον σε περίπτωση σοβαρής μεταβολής των συνθηκών, δηλαδή μια υποχρέωση αναδιαπραγμάτευσης των αρχικώς συμφωνηθέντων όρων. Πρακτικά τα μέρη θα πρέπει να προσέλθουν σε διαπραγματεύσεις με την πρόθεση να εξεύρουν μία αμοιβαίως αποδεκτή και επωφελή λύση για το πρόβλημα που δημιουργήθηκε. Βέβαια, ενώ η προσχώρηση σε διαπραγματεύσεις με καλή πίστη συνεπάγεται την υποχρέωση να ενεργεί κάθε μέρος λογικά και έντιμα και όχι αυθαίρετα ή ιδιότροπα, δεν υπάρχει ταυτόχρονη απαίτηση από τα μέρη να ενεργούν αντίθετα προς τα έννομα συμφέροντά τους¹⁶⁵.

Σε πληθώρα μακροχρόνιων συμβάσεων απαντούν πράγματι ποικίλες συμβατικές ρήτρες αναδιαπραγμάτευσης, οι οποίες υποχρεώνουν τα μέρη, υπό ορισμένες προϋποθέσεις, να προσέλθουν σε διαπραγματεύσεις ώστε να επιτευχθεί η αλλαγή συγκεκριμένων συμβατικών όρων και να προσαρμοσθεί η σύμβαση στις νεοδημιουργηθείσες συνθήκες.

Παράδειγμα ρήτρας αναδιαπραγμάτευσης αποτελεί η εξής:

«Σε περίπτωση απρόβλεπτης μεταβολής των συνθηκών που διαταράσσει σοβαρά την οικονομική ισορροπία μεταξύ των παροχών, οι συμβαλλόμενοι υποχρεούνται να προσέλθουν σε σοβαρές, ειλικρινείς και έντιμες διαπραγματεύσεις, προκειμένου να επιτευχθεί μία αμοιβαίως ικανοποιητική αναπροσαρμογή του συμβατικού περιεχομένου. Κατά τις διαπραγματεύσεις, οφείλουν ειδικότερα οι συμβαλλόμενοι να παρέχουν αμοιβαίως τις αναγκαίες για την επιτυχή έκβασή τους πληροφορίες, να διατυπώνουν συγκεκριμένες, σοβαρές και εποικοδομητικές προτάσεις για την υπέρβαση της συμβατικής κρίσεως, να μη συμπεριφέρονται με διάθεση παρελκύσεως της συμβατικής εκκρεμότητας ή εξαπατήσεως του άλλου μέρους, να αποφεύγουν τη δημιουργία τετελεσμένων καταστάσεων που καθιστούν πλέον αδύνατη ή εξαιρετικά δυσχερή μία συμβατική τροποποίηση, όπως και γενικότερα να λαμβάνουν υπ' όψιν τους και τα συμφέροντα του άλλου μέρους. Θα πρέπει, επίσης, οι προσπάθειές τους να προσανατολίζονται σταθερά προς την αρχική συμβατική κατανομή των κινδύνων, με κύριο σκοπό την αποκατάσταση – στο μέτρο του δυνατού – της αρχικής οικονομικής ισορροπίας μεταξύ των παροχών»¹⁶⁶.

Να σημειωθεί ότι η ρητώς εκπεφρασμένη συμβατική πρόβλεψη της υποχρέωσης προς αναδιαπραγμάτευση είναι αναγκαία, καθότι η υποχρέωση αυτή δεν θα είναι πάντα δεδομένη.

¹⁶⁵ E. Peden, “When Common Law Trumps Equity: the Rise of Good Faith and Reasonableness and the Demise of Unconscionability” (2005) Journal of Contract Law 226, Gary Rogers Motors (Aust) Pty Ltd v Subaru (Aust) Pty Ltd (1999) ATPR 41-703, at 43-014.

¹⁶⁶ Αντ. Καραμπατζός, *ibid*, σελ. 503-504.

Άλλωστε, η συμβατική πρόβλεψη εμφανίζει το επιπρόσθετο πλεονέκτημα να μπορεί να διαγράφει το περιεχόμενο του συνεργατικού καθήκοντος (όρους, συνθήκες, προϋποθέσεις).

3. Το «λάθος» (“mistake”)

Η αμερικανική νομολογία υιοθετεί συχνά την αρχή του λάθους και της διόρθωσης αυτού (“principle of mistake and rectification”) η οποία μπορεί να εφαρμοσθεί και για την τροποποίηση μηχανισμών τιμολόγησης που δεν λειτούργησαν αποτελεσματικά¹⁶⁷.

Για παράδειγμα, στην υπόθεση *Aluminum Company of America v Essex Group, Inc.* το Δικαστήριο κλήθηκε να κρίνει μια σύμβαση προμήθειας αλουμινίου διάρκειας 21 χρόνων, ύψους εκατοντάδων εκατομμυρίων δολαρίων, η οποία περιείχε μία σύνθετη φόρμουλα τιμολόγησης συνδεδεμένη με πολλούς δείκτες, γεγονός που οδήγησε το δικαστήριο να χαρακτηρίσει τη δομή της φόρμουλας ως συνταχθείσας «με περισσότερη από τη συνήθη επιτήδευση και φροντίδα» (“with more than customary sophistication and care”). Παρ’ όλ’ αυτά, η μέθοδος αυτή τιμολόγησης απέτυχε να «προβλέψει» μια ραγδαία αύξηση στις δαπάνες του πωλητή που είχε ως αποτέλεσμα αυτός να υποστεί σημαντικές οικονομικές απώλειες προκειμένου να ανταποκριθεί στις συμβατικές του υποχρεώσεις.

Το Δικαστήριο, ενώ από τη μία θεώρησε ότι η τυχόν λανθασμένη πρόβλεψη εκ μέρους ενός διαδίκου για μελλοντικά γεγονότα δεν μπορεί να χαρακτηριστεί ως «λάθος» (“mistake”), έτσι ώστε να δικαιολογείται διόρθωση αυτού, συγχρόνως δέχθηκε ότι στην περίπτωση αυτή το τιμολογιακό καθεστώς συνιστούσε ένα αμοιβαίο λάθος. Κι αυτό γιατί αμφότερα τα μέρη γνώριζαν ότι ο πωλητής επεδίωξε την κατάρτιση μιας φόρμουλας η οποία θα καλύπτει το κόστος παραγωγής του και ένα εύλογο κέρδος και στο πλαίσιο αυτό κάθε συμβαλλόμενο μέρος «λανθασμένα» θεώρησε ότι το καθεστώς τιμολόγησης ήταν επαρκές για να εκπληρώσει το σκοπό αυτό.

4. Σιωπηροί Όροι (“Implied Terms”)

Θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι, στις περιπτώσεις που δεν υπάρχουν ρητοί όροι στη σύμβαση που να ρυθμίζουν το ζήτημα της μεταβολής των συνθηκών, πρέπει να υπονοείται ένας όρος που να εξασφαλίζει την αποτελεσματικότητα στη λειτουργία της

¹⁶⁷ L. Chiam, *ibid*, p. 165.

σύμβασης. Το επιχείρημα αυτό είναι, εντούτοις, εγγενώς προβληματικό¹⁶⁸. Η νομολογία καταδεικνύει σαφώς ότι τα δικαστήρια είναι απρόθυμα να δημιουργούν όρους που δεν καταγράφονται ρητά στη σύμβαση και ως εκ τούτου δεν έχουν συμφωνηθεί από τα μέρη¹⁶⁹.

Οι προϋποθέσεις για να υπονοηθεί ένας όρος είναι σαφώς καθορισμένες από το Ανώτατο Δικαστήριο στην υπόθεση *BP Refinery (Westernport) Pty Ltd v Hastings Shire Council*¹⁷⁰:

1. *“it must be reasonable and equitable;*
2. *it must be necessary to give business efficacy to the contract, so that no term will be implied if the contract is effective without it;*
3. *it must be so obvious that ‘it goes without saying’;*
4. *it must be capable of clear expression;*
5. *it must not contradict any express terms of the contract”*¹⁷¹.

Υπάρχει σαφής αρχή ότι, όταν μια σύμβαση είναι λεπτομερής και πλήρης (όπως συμβαίνει κατά κανόνα σε μακροπρόθεσμες συμβάσεις), είναι δύσκολο να συναχθεί πρόσθετος όρος. Το σημείο αυτό τονίστηκε στην υπόθεση *Codelfa Construction Pty Ltd v State Rail Authority of NSW*:

*“In many cases, what the parties have actually agreed upon represents the totality of their willingness to agree; each may be prepared to take his chance in relation to an eventuality for which no provision is made. The more detailed and comprehensive the contract the less ground there is for supposing that the parties have failed to address their minds to the question at issue...Accordingly, the courts have been at pains to emphasize that it is not enough that it is reasonable to imply a term: it must be necessary to do so to give business efficacy to the contract”*¹⁷².

5. Third party offer

Για λόγους πληρότητας, υπάρχουν, επίσης, στον τομέα του βιομηχανικού αερίου ρήτρες που αντιμετωπίζουν ζητήματα μεταβολών προερχόμενων από προσφορά τρίτου

¹⁶⁸ L. Chiam, *ibid*, p. 162.

¹⁶⁹ Βλ. για παράδειγμα *Codelfa Construction Pty Ltd v State Rail Authority of NSW* (1982), 337.

¹⁷⁰ Στις πηγές αναφέρεται ως: (1997) 180 CLR 266.

¹⁷¹ *Ibid*.

¹⁷² *Ibid*, 346.

μέρους. Ειδικότερα, οι ρήτρες αυτές παρέχουν στα μέρη το δικαίωμα να απαιτήσουν αυξημένη τιμή βάσει της προσφοράς ενός τρίτου μέρους:

“Negotiation initiated by the Seller

Seller shall have the right to request a renegotiation of the price for LNG if Seller has received a bona fide firm written offer from a third party to purchase a comparable quantity to the quantity of LNG that Buyer is committed to purchase hereunder, with similar terms and conditions, for a price that is at least X% higher than the then current price of LNG thereunder.

Negotiation initiated by the Buyer

Buyer shall have the right to request a renegotiation of the price for LNG if Buyer has received and presented to Seller a bona fide firm written offer from a third party offering to sell comparable quantities of LNG to Buyer pursuant to similar terms and conditions, and for a price that is at least X% lower than the current price of LNG purchased hereunder¹⁷³”.

¹⁷³ M. Frisch, Current European Gas Pricing Problems: Solutions Based on Price Re-opener Provisions, 24 February 2010, p. 5, 8.

ΚΕΦΑΛΑΙΟ 12ο

ΝΕΕΣ ΤΑΣΕΙΣ ΣΤΙΣ ΜΑΚΡΟΠΡΟΘΕΣΜΕΣ ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ

1. Εναλλακτικές, μη-δομικές αλλαγές στην τιμολογιακή φόρμουλα

Μία προσεκτική ματιά σε υποθέσεις αναδιαπραγμάτευσης τιμής επιβεβαιώνει ότι οι μη-Ευρωπαίοι προμηθευτές αντιστέκονται σε τυχόν δομικές αλλαγές των μηχανισμών διαμόρφωσης της τιμής. Ιδιαίτερα η Ρωσία, το Κατάρ και η Αλγερία προσπαθούν παραδοσιακά να διατηρήσουν την βασική ιδέα του “oil-indexation” στα μακροπρόθεσμα συμβόλαια προμήθειας¹⁷⁴. Η Gazprom πιο συγκεκριμένα έχει επανειλημμένως επιδιώξει να καταστήσει τις μειώσεις τιμών, τις προερχόμενες από μη-δομικές αλλαγές, πιο ελκυστικές σε σχέση με αυτές που προσφέρονται με την εισαγωγή της εν μέρει spot τιμολόγησης.

Σε μερικές περιπτώσεις, όπως λ.χ. στη συμφωνία μεταξύ Gazprom και E.ON το 2012, οι προμηθευτές συμφώνησαν σε μια εφάπαξ μείωση της τιμής. Σε άλλες υποθέσεις αυτοί χορήγησαν διαρκείς εκπτώσεις (της τάξεως του 7-10%) μέσω την αναπροσαρμογής των συνιστωσών της παραδοσιακής netback φόρμουλας η οποία, εντούτοις, διατήρησε τα βασικά χαρακτηριστικά της περιλαμβάνοντας και oil indexation. Πιο συγκεκριμένα, μειώθηκε η τιμή βάσης για το αέριο, προσαρμόστηκε η σχετική επιρροή άλλων πετρελαϊκών προϊόντων στη διαμόρφωση της τιμής, ενώ μειώθηκαν και οι συντελεστές που ορίζουν το ποσοστό επίδρασης αυτών των προϊόντων¹⁷⁵.

2. Αύξηση ευελιξίας

Ένα ακόμη αποτέλεσμα των αναδιαπραγματεύσεων των υπαρχουσών συμβάσεων είναι η μείωση του όγκου που συναλλάσσεται μέσω μακροπρόθεσμων συμβολαίων. Σε απάντηση προς τη δυσκολία των λιανοπωλητών να εμπορευτούν τις ποσότητες αερίου που ήταν συνδεδεμένες με τις τιμές του πετρελαίου, μερικοί εξαγωγείς επέτρεψαν μείωση της απαιτούμενης ελάχιστης ποσότητας που θα υποχρεώνονταν να αγοράσουν (“off take gas”)¹⁷⁶.

¹⁷⁴ L. Franza, Long-term Gas Import Contracts in Europe, The Evolution in pricing mechanisms, Clingendael International Energy Programme, CIEP Paper 2014 (8), p. 16.

¹⁷⁵ V. Soldatkin, Gazprom Adjusts Gas Prices for European Companies, Reuters, 17 January 2012.

¹⁷⁶ L. Franza, *ibid*, p. 17.

Αυτό πρακτικά επετεύχθη με μια εφραπαξ παρέκκλιση από τη ρήτρα ToP, με την χαλάρωση της Ελάχιστης Συμβολαιοποιημένης Ποσότητας (MCQ), καθώς και με περικοπές στην Ετήσια Συμβολαιοποιημένη Ποσότητα (ACQ)¹⁷⁷. Για παράδειγμα, το 2012 το κατώφλι της ρήτρας ToP μειώθηκε από 85 σε 75% σε συμβόλαιο μεταξύ της Eni και της Gazprom.

3. Εισαγωγή νέων όρων

Νέα δεδομένα εισήχθησαν στις μακροπρόθεσμες συμβάσεις όσον αφορά τη ρήτρα αναδιαπραγμάτευσης της τιμής, κυρίως εις όφελος των αγοραστών. Για παράδειγμα, η Eni και η Gazprom έχουν πλέον τη δυνατότητα να κινητοποιούν τον μηχανισμό ανασκόπησης τιμής οποιαδήποτε χρονική στιγμή και όχι κάθε τρία χρόνια¹⁷⁸. Η GdF, από την άλλη μεριά, έχει υιοθετήσει μια δυναμική προσέγγιση στο ζήτημα της τιμολόγησης επαναδιαπραγματευόμενη τις συμβάσεις της κάθε ένα με δύο χρόνια. Ειδικά στο σημερινό ευμετάβλητο ενεργειακό περιβάλλον είναι πολύ σημαντικό για τους Ευρωπαίους αγοραστές να μπορούν διαρκώς να κρατούν τις τιμές προμήθειας σε συμφωνία με τις τάσεις της αγοράς.

4. Νέα μακροπρόθεσμα συμβόλαια

Όσον αφορά τα νεο-υπογραφέντα συμβόλαια για πωλήσεις αερίου αγωγού στην Ευρώπη¹⁷⁹, διακρίνεται μια σαφής τάση για συντομότερης διάρκειας δέσμευση και η μετάβαση σε ολοκληρωτική τιμολόγηση με βάση το hub indexation¹⁸⁰. Πιο συγκεκριμένα, η διάρκεια ισχύος τους προβλέπεται πλέον για 10 με 15 χρόνια, χρονική έκταση αρκετά μικρότερη σε σχέση με τη διάρκεια ισχύος των ανάδοχων συμβολαίων (της τάξεως των 20-25 χρόνων)¹⁸¹. Ωστόσο, η υπογραφή συμβολαίων το 2013 μεταξύ Ευρωπαίων αγοραστών και του Αζερμπαϊτζάν διάρκειας 25 χρόνων ενδεικνύει ότι όταν απαιτούνται εγγυήσεις για την χρηματοδότηση μεγάλων έργων υποδομής, η διάρκεια ενός νέου συμβολαίου παραμένει ακόμα μεγάλη. Η τάση, πάντως, για συντομότερες συμφωνίες αφορά σχεδόν αποκλειστικά τα νέα συμβόλαια. Στην πραγματικότητα, δεν υπάρχουν σημάδια καθοδικών μετατροπών της

¹⁷⁷ Όπως στην περίπτωση συμβολαίου Sonatrach-Eni το 2013 (Eni, Sonatrach Reach Deals on Gas Supply Contracts, Argus Media, 28 May 2013).

¹⁷⁸ Ebergy Intelligence, “Eni Gets Joker from Gazprom”, 21 March 2012.

¹⁷⁹ L. Franza, *ibid*, p. 18.

¹⁸⁰ L. Franza, *ibid*, p. 10.

¹⁸¹ Central Europe’s Energy Security After Nabucco, Central European Policy Institute, 6 November 2013.

συμβατικής διάρκειας στα πλαίσια αναδιαπραγμάτευσης μιας ήδη καταρτισθείσας συμφωνίας.

Σχετικά δε με το ζήτημα της τιμολόγησης αξίζει να σημειωθεί ότι όλες οι νέες συμφωνίες φαίνεται να περιέχουν hub indexation έστω και εν μέρει. Για παράδειγμα, το Αζερμπαιτζάν επιβεβαίωσε ότι μέρος των εξαγωγών του από το κοιτάσμα Shah Deniz-2 θα τιμολογείται με βάση τον gas-to-gas ανταγωνισμό¹⁸², ενώ η Statoil υπέγραψε νέα “hub-linked” συμβόλαια προμήθειας με Ευρωπαίους αγοραστές¹⁸³.

Ως προς το υγροποιημένο φυσικό αέριο, η πλειοψηφία των Ευρωπαϊκών συμβολαίων προμήθειας είναι ακόμα συνδεδεμένα με το πετρέλαιο, με τον επιπρόσθετο περιορισμό ότι έχουν πολύ πιο μειωμένη ευελιξία σε σχέση με τα συμβόλαια αερίου αγωγού. Ο βασικός προμηθευτής LNG για την Ευρώπη, το Κατάρ, υπερασπίζεται σθεναρά το “oil indexation” στα μακροπρόθεσμα συμβόλαια. Για το μέλλον, ο Διεθνής Οργανισμός Ενέργειας (IEA) εκτιμά ότι το 80% του προμηθευόμενου LNG από υπο κατασκευή πρότζεκτ παγκοσμίως έχει ήδη συμβολαιοποιηθεί σε μακροπρόθεσμη βάση¹⁸⁴. Πολύ περισσότερο, οι αναδιαπραγμάτευση σε συμβόλαια προμήθειας LNG είναι λιγότερο συνηθισμένη σε σχέση με τα συμβόλαια αερίου αγωγού.

Παρομοίως δε με τα συμβόλαια αερίου αγωγού, η μέση διάρκεια ενός νέου μακροχρόνιου συμβολαίου LNG μειώνεται πλέον σε φάσμα 10-15 χρόνων¹⁸⁵. Ωστόσο, το μερίδιο του LNG που πωλείται στην Ευρώπη στην spot αγορά ή με βραχυπρόθεσμα συμβόλαια έχει μειωθεί τα τελευταία χρόνια εξαιτίας της αυξανόμενης ζήτησης από την Ασία. Μάλιστα, το Κατάρ στα νέα συμβολαία του με E.On, Centrica και άλλους Βρετανούς εισαγωγείς έχει εισάγει επιτυχώς την ρήτρα “put-option” σύμφωνα με την οποία το Κατάρ πωλεί αέριο στην Ευρώπη όταν η ζήτηση ή/και οι τιμές στην Ασία δεν είναι επαρκώς υψηλές, καθιστώντας έτσι την Ευρώπη εφεδρικό προορισμό¹⁸⁶.

¹⁸² Δήλωση από τον Elshad Nasirov (SOCAR) σε “Soon Shah-Deniz consortium will sign first contracts to sell gas to European consumers”, Caspian Oil and Gas, 28 August 2013.

¹⁸³ “Norway’s Statoil Signs Spot-indexed Natural Gas Deal with Wintershall”, ICIS, 20 November 2012.

¹⁸⁴ World Wide Outlook 2013, International Energy Agency (IEA)

¹⁸⁵ Συμβόλαια όπως Iberdrola-Dong (2010), Iberdrola-BP (2011), Rasgas-EDF (2012), Statoil-Wintershall (2013) έχουν διάρκεια 10-15 χρόνια.

¹⁸⁶ R. Tuttle, Shiryayevskaya, Qatar to Boost Europe LNG sales as Gas Trades-Year High, Bloomberg, 23 December 2013.

ΚΕΦΑΛΑΙΟ 13ο

ΕΠΙΛΟΓΟΣ – ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΑ

Είναι γεγονός ότι το ζήτημα των μεταβολών στις συνθήκες (και ειδικότερα στο ζήτημα της τιμής) σε συμβόλαια πώλησης φυσικού αερίου αποτελεί κατ' ουσίαν ζήτημα της βιομηχανίας και της αγοράς του φυσικού αερίου το οποίο απαιτεί την ανάλογη – εκ της βιομηχανίας/αγοράς προκύπτουσα – απάντηση. Ωστόσο, πολλές σύγχρονες συμβάσεις πώλησης και αγοράς φυσικού αερίου εξακολουθούν να έχουν “price-reopener clauses”, δεδομένης της μακροχρόνιας φύσης τους, και ως εκ τούτου πολλές από αυτές τις ρήτρες θα εξακολουθήσουν να καλούνται σε εφαρμογή και στο μέλλον.

Η αύξηση τα τελευταία χρόνια των συγκρούσεων στο συμβατικό χώρο του φυσικού αερίου πηγάζει από τις δυνάμεις της αγοράς οι οποίες υπονομεύουν την “oil-indexation” αναπροσαρμογή που περιέχεται σε πολλά μακροπρόθεσμα συμβόλαια ως αποτέλεσμα του διευρυνόμενου χάσματος σε σχέση με τις τιμές που διαμορφώνονται σε πιο ρευστές αγορές και οι οποίες ολοένα και διαδίδονται. Μια πιθανή προσέγγιση σε αυτό το πρόβλημα είναι η βιομηχανία να διαμορφώσει ένα αξιόπιστο και αναγνωρισμένο από τους παίκτες της αγοράς σύστημα τιμολόγησης ή ακόμα και επίλυσης των διαφορών, ώστε να βελτιώσει αυτά που από πολλούς θεωρούνται ως οι δυσκολίες του παραδοσιακού μοντέλου. Δεδομένων, μάλιστα, των σημαντικών ποσών που διακυβεύονται σε μακροπρόθεσμες συμβάσεις φυσικού αερίου και του αυξανόμενου αριθμού των επαναδιαπραγματεύσεων στην εξελισσόμενη αγορά, ίσως να ήρθε η ώρα για τη βιομηχανία να επανεξετάσει τις παραδοσιακές ρήτρες αναθεώρησης των τιμών και επίλυσης των διαφορών, ώστε να βελτιστοποιηθεί η σχετική διαδικασία.

Τελικά, οι ρήτρες αναθεώρησης των τιμών είναι διατάξεις περιέχουσες συχνά πολύπλοκους όρους και προϋποθέσεις εφαρμογής. Η πραγματικότητα αυτή αναδεικνύει και τη χρησιμότητα της προληπτικής νομικής ως πρόσφορο μέσο αποσόβησης αυτών των δυσκολιών. Πρακτικά αυτό σημαίνει ότι τα συμβαλλόμενα μέρη καλό θα ήταν να ενθαρρύνονται να προβαίνουν σε συμβατική κατανομή των κινδύνων σε περίπτωση επιγενόμενης δυσχέρειας προς εκπλήρωση των υποχρεώσεών τους. Η αντιμετώπιση μελλοντικών εμποδίων ήδη στο συμβατικό κείμενο δημιουργεί ένα ασφαλές συμβατικό περιβάλλον απομακρύνοντας τον κίνδυνο μιας ανεπιθύμητης από τα μέρη ρυθμίσεως απ' όπου κι αν αυτή προέρχεται.

ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ

1. Βιβλία – Άρθρα

- Arowolo O., ‘Abolition of Long-Term Contracts: The Implications and Options for Bankability in Energy Project Financing’, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 2006.
- Ashley P. - Holland B., Price review provisions: the origins, *GAR, Law Business Research*, August 2011.
- Augenblick M. - Rousseau A., Force Majeure in tumultuous times: Impracticability as the new impossibility, *The Journal of World Investment & Trade*, 2013.
- Berger K. P., “Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Negotiators”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, October 2003.
- Bernardini P., “The Renegotiation of the Investment Contract”, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 13, 1998.
- Block G., “Arbitration and Changes in Energy' Prices: A Review of ICC Awards with respect to Force Majeure, Indexation, Adaptation, Hardship and Take-or-Pay Clauses”, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol 20/2, 2009.
- Bobeff P., ‘Long-Term Contracts for the Sale of Mineral Commodities’, *AMPLA Yearbook* 335, 1991.
- Bracewell-Giuliani, Force majeure provisions in power purchase agreements, USA, May 2009.
- Chiam L., V. Ahuja, Long-term Supply Contracts – Time for Review, 2006.
- Derains Y., *Chronique des sentences arbitrales*, Chinet, 1975.
- Duval C. -H. Le Leuch, *International Petroleum Exploration and Exploitation Agreements*, 2nd ed., 2009.
- Duval C., *International Petroleum Exploration and Exploitation Agreements*, New York, USA, 2009.
- Ecinas Carl., Can A Borrower Use an Economic Downturn or Economic Downturn Event to Invoke The Force Majeure Clause In Its Commercial Real Estate Documents?, *Real Prop. Tr. & Est. L.J.*, 2011.

- Eisenberg M. A., The Role of Fault in Contract Law: Unconscionability, Unexpected Circumstances, Interpretation, Mistake and Non-performance, Michigan Law Review, Vol. 107, No. 8.
- Fanner P. - Marshall S., Translation of the Egyptian Civil Code, New World Publisher.
- Farmer S., "LNG Sale and Purchase Agreement" in Liquefied Natural Gas, Paul Griffin, 2006.
- Forji A. G., Drawing the Right Lessons from ICSID Jurisprudence on the Doctrine of Necessity, .Arbitration 44, 2010.
- Franza L., Long-term Gas Import Contracts in Europe, The Evolution in pricing mechanisms, Clingendael International Energy Programme, CIEP Paper, 2014.
- Freehills H. S., Interruptions to gas supply recent case law, USA, March 2013.
- Frisch M., Current European Gas Pricing Problems: Solutions Based on Price Re-opener Provisions, February 2010.
- Fucci Fr., "Hardship and Changed Circumstances as Excuse for Non-Performance of Contracts - Practical Considerations in International Infrastructure Investment and Finance", January 2007.
- Gately D., 'Sovereign Risk: Commentary', AMPLA Yearbook 173, 1993.
- Gillette Cl., Commercial Rationality and the Duty to Adjust Long-Term Contracts, .Minnesota Law Review, 1985.
- Groton J., The Big Challenges of Oil & Gas Sector: Dealing With Unexpected Events And Avoid Harmful Disputes, Quest MasterClass, 2014.
- Hardingham I., 'Problems with Long Term Contracts: Change of Circumstances', AMPLA, Yearbook 474, 1986.
- Harriss T. (custody), Gas Price Arbitrations: A Practical Handbook, Globe Law and Business, 2014.
- Hillman R. A., Court Adjustment of Long-Term Contracts: An Analysis under Modern Contract Law, Duke Law Journal, 1987.
- Hondius E. -Cr. Grogoleit, Unexpected Circumstances in European Contract Law, The Common Core of European Private Law, June 2014.
- Houtte H., Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda, September 2007.
- Jan van den Berg Al., The New York Arbitration Convention of 1958, The Hague, 1981.
- Kolo A., Wälde T.-W., "Renegotiation and Contract Adaptation in the International Investment Projects: Applicable Legal Principles & Industry Practices", Transnational Dispute Management, Vol. I, February 2004.
- Kurth An., Notes From The Field - An English Law Perspective On The Oil & Gas Market, United Kingdom, April 2014.

- Lauterpacht H., The function of law in the international community, The Lawbook Exchange, 2000.
- Lawson, Natural Gas Contracts in Alberta, Selected Contracting Issues, The Energy Group, 2001.
- Long M. - Weil P., Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative, 2003.
- McArdle J. W., 'Long-Term Gas Contracts: Past, Present and Future', AMPLA Yearbook 165, 1998.
- McKenna Cam., Oil and gas: no force majeure during field shut-in, USA, July 2014.
- Melling An. J., Natural Gas Pricing and Its Future, Europe as the Battleground, Carnegie Endowment, 2010.
- Nassar N., Sanctity of Contracts Revisited: A Study in Theory and Practice of Long-Term International Commercial Transactions, Martinus Nijhoff, 1995.
- Newman L., 'Problems with Long Term Contracts: A Practical Viewpoint', AMPLA Yearbook, 1986.
- O'Connor P. J., Allocating Risks of Terrorism and Pandemic Pestilence: Force Majeure for an Unfriendly World, 23 Constr. Law 5, 2003.
- Paulus J. R. - Meewig D. J., Force Majeure- Beyond Boilerplate, 1999.
- Peden E., "When Common Law Trumps Equity: the Rise of Good Faith and Reasonableness and the Demise of Unconscionability", Journal of Contract Law, 2005.
- Peel E., Treitel The Law of Contract, London, UK, Sweet and Maxwell, 2007.
- Pierce R. J., Natural Gas Regulation, Deregulation, and Contracts, Virginia Law Review, Vol. 68, No. 1, Jan. 1982.
- Polkinghorne M., The Paris Energy Series No2: Predicting the Unpredictable, Gas Price Re-openers, June 2011.
- Polkinghorne M., The Withholding of Documentary Evidence in International Arbitration: Available Remedies for Dealing with Uncooperative Parties, ADR & the Law, 20th ed., 2006.
- Puelinckx A.H., "Frustration, Hardship, Force majeure, imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances", J. Int'l Arb. 47, 1986.
- Radjai N. - Landbrecht J., Relevance of original bargain in gas price reviews, Energy & Natural Resources – Switzerland, International Law Office, August 2014.
- Ray A.J., 'Sovereign Risk: Commentary', AMPLA Yearbook 167, 1993.
- Rivkin D, "Lex Mercatoria and Force Majeure", Transnational Rules in International Commercial Arbitration (ICC Publ No 480/4), 1993.
- Roberts P., Gas Sales and Gas Transportation Agreements, Principles and Practice, Sweet & Maxwell, 3rd ed., 2011.

- Sanhoury A., Al Waseet fi Sharh al Qamm al Madani, 2008 edition, Vol 1.
- Schneider H. - Schulz W., Die Gaspreisbildung nach dem Anlegbarkeitsprinzip, Ein Beitrag zu ihrer wirtschaftspolitischen Beurteilung, R Oldenbourg Verlag, Munich, 1977
- Soldatkin V., Gazprom Adjusts Gas Prices for European Companies, Reuters, 17 January 2012.
- Talus K., Research Handbook on International Energy Law, Edward Elgar Publishing, Inc., 2014.
- Thomas-Roberts G., “These fine distinctions do the law no good...”: Is there any major difference in the applicability of the doctrines of force majeure and frustration in international oil and gas agreements”, University of Dundee.
- Turner P., ‘Sovereign Risk’, AMPLA Yearbook 135, 1993.
- Tuttle R., Shiryaevskaia, Qatar to Boost Europe LNG sales as Gas Trades at 7-Year High, Bloomberg, 23 December 2013.
- Wallack G., The Excuse Defense in the Law of Contracts: Judicial Frustration of the U.C.C. Attempt to Liberalize the Law of Commercial Impracticability, Notre Dame Law Review, 1979.
- Wheeler S. - Shaw J., Contract Law: Cases, Materials and Commentary, Oxford, UK, Oxford University Press, 1994.
- Yates D., Drafting Force Majeure and Related Clauses, Journal of Contract Law, 1991.
- Γεωργιάδης Α.-Σταθόπουλος Μ., Αστικός Κώδιξ, Ερμηνεία κατ’ άρθρον, νομολογία, βιβλιογραφία, 1978.
- Καραμπατζός Αντ., Απρόβλεπτη Μεταβολή των Συνθηκών στην Αμφοτεροβαρή Σύμβαση, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα – Κομοτηνή 2006.
- Μπαλογιάννη Ευ. - Απαλαγάκη Χ. (επ.), Διαγράμματα Πολιτικής Δικονομίας, Η Πολιτική Δικονομία σε πίνακες, 2η έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη, 2012.
- Νικ. Φαραντούρης (επιμ.), Ενέργεια: Δίκαιο, Οικονομία & Πολιτική, Νομική Βιβλιοθήκη, 2012.
- Φαραντούρης Νικ. - Κοσμίδης Τ. (επ.), Δίκαιο Υδρογονανθράκων, Νομική Βιβλιοθήκη, 2015.
- Φαραντούρης Νικ. (επ.), Ενέργεια: Δίκτυα και Υποδομές, Νομική Βιβλιοθήκη, 2014.
- Φαραντούρης Νικ. (επ.), Ενέργεια: Ναυτιλία & Θαλάσσιες Μεταφορές, Νομική Βιβλιοθήκη, 2013.

2. Λοιπές Πηγές

- ACCC, ‘Draft Determination: Application by certain companies ExxonMobil Group, Oil Search Group, the Mineral Resources Development Company Limited Group, and the Merlin Petroleum Company for authorisation in respect of the PNG Gas Project’, January 2006.
- Australian Competition Tribunal, Re: AGL Cooper Basin Natural Gas Supply Arrangements, 1997.
- Central European Policy Institute, Central Europe’s Energy Security After Nabucco, November 2013.
- Conseil d’ Etat, Compagnie générale d’ éclairage de Bordeaux, Rec 125, concl Chardenet, March 2003.
- Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, New York, June 1958.
- ECT Paper, “Fostering LNG Trade: Developments in LNG Trade and Pricing”, 2009.
- Energy Charter Treaty Paper, Putting a Price on Energy, October 2007.
- EU Energy Sector Enquiry, January 2007.
- Federal Supreme Court of Iraq, 7 Δεκεμβρίου 2009, Απόφαση υπ’ αριθ. 1289.
- ICC Force Majeure Clause 2003-ICC Hardship Clause 2003, ICC Publishing S.A., ICC Publication No. 650, February 2003.
- ICC International Court of Arbitration Bulletin, Final Award in Case 13504, January 2007, "Extracts from ICC Arbitral Awards: Price Setting and Price Revision in the Energy Sector", Vol 20/2, 2009.
- ICC International Court of Arbitration Bulletin, Final Award in Case 9812, August 1999, "Extracts from ICC Arbitral Awards: Price Setting and Price Revision in the Energy Sector", Vol 20/2, 2009.
- ICC International Court of Arbitration Bulletin. “Extracts from ICC Arbitral Awards: Price Setting and Price Revision in the Energy Sector”, Vol 20/2, 2009.
- International Energy Agency (IEA), World Wide Outlook 2013.
- International Energy Agency, Natural Gas Pricing in Competitive Markets, 1998.
- Vienna Convention on the Law of the Treaties

