

或取或付合同 (Take-or-pay Contract) 是由项目公司与项目产品的买主订立的长期销售合同。根据这一协议, 买方同意支付一定金额的款项, 即使买方没有获取合同项下的产品或劳务, 也不论卖方(项目公司)是否交货或提供劳务, 买方都必须按期支付约定的最低金额的款项。在此, 买方不是为了取得项目产品或劳务而付款, 而是为了获取项目产品或劳务的“期望”(Expectation)而付款。或取或付合同在石油、天然气和矿产等自然资源工业开发项目中得以广泛运用。

或取或付合同近似于一种纯法律性的拟构。事实上, 它可以被理解为项目产品的买主(一般为项目主办人, 或者其它第三人)以长期购货合同向贷款人提供的间接担保, 其本质在于确保贷款人拥有一定的收回其贷款的现金来源。只要在合同存续期间, 不管发生何种情由, 无论是卖方部分供货, 或供货有缺陷, 或者根本没有供货, 甚至经济情况恶化, 买方都必须承担无条件支付约定的最低金额款项的义务。

或取或付合同签订后, 项目公司按照他同贷款人订立的借贷协议的规定, 将合同项下的权益让与贷款人。只要项目一完工, 亦即当项目经营能力达到预先估定的标准后, 合同即行生效。有鉴于此, 贷款人一般要求项目举办人在借贷协议上向他提供完工担保 (Completion Guarantees), 并将该担保合同转让给贷款人。贷款人凭此可在项目无法完工时向担保人起诉, 索求赔偿。

另外, 贷款人还应考虑到项目公司所在地的法令、法规, 确认或取或付合同转让的合法

国际项目融资中的「或取或付」合同

王
顺
康

性。贷款人必须考虑当地法规对合同转让的某些形式的要求, 如合同的转让必须注册或公告等, 以免有关强制性规定使贷款人的担保权益化为乌有。

采用或取或付合同具有如下优点:

(1) 卖方(项目公司)签订或取或付合同后将该合同的权益转让于第三方的贷款机构, 一定程度上确保了贷款人的贷款的安全偿还。因为合同所规定的买方应支付的最低金额相当于偿还贷款以及该项目的经营费用所需的金额, 这样, 贷款人就有了一定的现金来源作为其收回贷款的保证。

(2) 买方无须在其资产负债表 (Balance Sheet) 上载明该项债务, 也就是说, 买方不必将其所承担的合同义务作为一项负债列入财务报告中。实际上, 买方成了对项目公司享有股权的股东。

(3) 每个项目合伙人在项目开发初期即可精确地估算出其义务范围, 并对此可以完全信赖。因为合同在存续期间, 其义务是固定不变的, 即便市场价格发生波动, 或发生其它类似的在一般情况下可能导致重新评估合伙人义务的事件时, 仍然如此。

(4) 采用或取或付合同, 贷款人可以接受无追索权 (Non-recourse) 形式的融资, 因为贷款人拥有了或取或付合同项下的现金收入作为其贷款的担保。

尽管或取或付合同具有上述优点, 但必须注意的是, 与之有关的法律的不确定性也会导致某些风险因素。

由于或取或付合同违背了传统的买卖合同惯例及其法律规定(例如, 传统的买卖合同一般

要以卖方交货作为买方支付贷款的对流条件,卖方如果不交货或违约,买方就可以解除其付款义务,甚至要求损害赔偿,而在或取或付合同中,买方必须承担无条件付款义务,即使项目公司不能交货或交付有缺陷的,不符标准的产品,买方仍须按合同的规定付款),而且,各国法律对买卖双方的某些义务存在着不同的强制性规定,这样就必然产生有关合同解释和强制执行等复杂的法律问题。因此,为避免买方寻求法律保护,以卖方(项目公司)不履行合同或违约为理由而撤消合同或减少应付的价金,贷款人一般要求项目公司在合同中规定,买方不是为取得卖方产品或劳务而付款,而是为“期望”取得在该合同生效时的产品或劳务而付款,换言之,即使卖方不提供约定的货物或劳务,买方仍需按合同付款,不得采用一般商业抗辩拒绝付款,这是或取或付合同最基本的特点。为此,贷款人可能要求卖方向买方提供某种与交货或劳务无关的东西,作为买方付款的约因(Cause)或对价(Consideration),以满足某些国家(尤其是英美法系国家)的法律对对价的要求,以使该合同具有约束力并可依法强制执行。

除此之外,贷款人还会要求卖方(项目公司)排除普通合同中所应承担的默示担保义务,如有关商品的所有权、商品的适销性的担保等。即使卖方所交货物并非合同所规定的货物,买方也不得要求替换;对有缺陷或不合格的产品也不得要求降低货价,这也就排除了卖方的基本违约责任。

最后,贷款人还会要求项目公司在合同中对合同落空(Frustration)或不可抗力的范围加以限制并明确规定,以免采用含义广泛的不可抗力条款时,使得买方得以对其范围作出广义的或扩大的解释,藉以逃避其付款义务。

总之,贷款人采取这一系列限制性措施,都是为了排除买方撤销合同或减少价金的可能性,也即为了排除买方(项目主办人,或者其他第三人)推卸其担保责任的可能性,藉以确保其贷款的回收。但是,以上这些限制责任的规定在法律上是否有效,还得取决于借贷契约所适用的准据法,因此,贷款人一般都要求适用其本国法或其它有利于或取或付合同的解释并符合贷款人切身利益的法律,以保证其贷款的回收,减少其投资风险。

