



德恒律师事务所
DeHeng Law Offices

全国工商联一带一路信息平台 关于国际贸易、境外投资和国际工程的常见法律问题

贾辉

德恒律师事务所 合伙人/律师
一带一路服务机制 秘书长

2021年3月

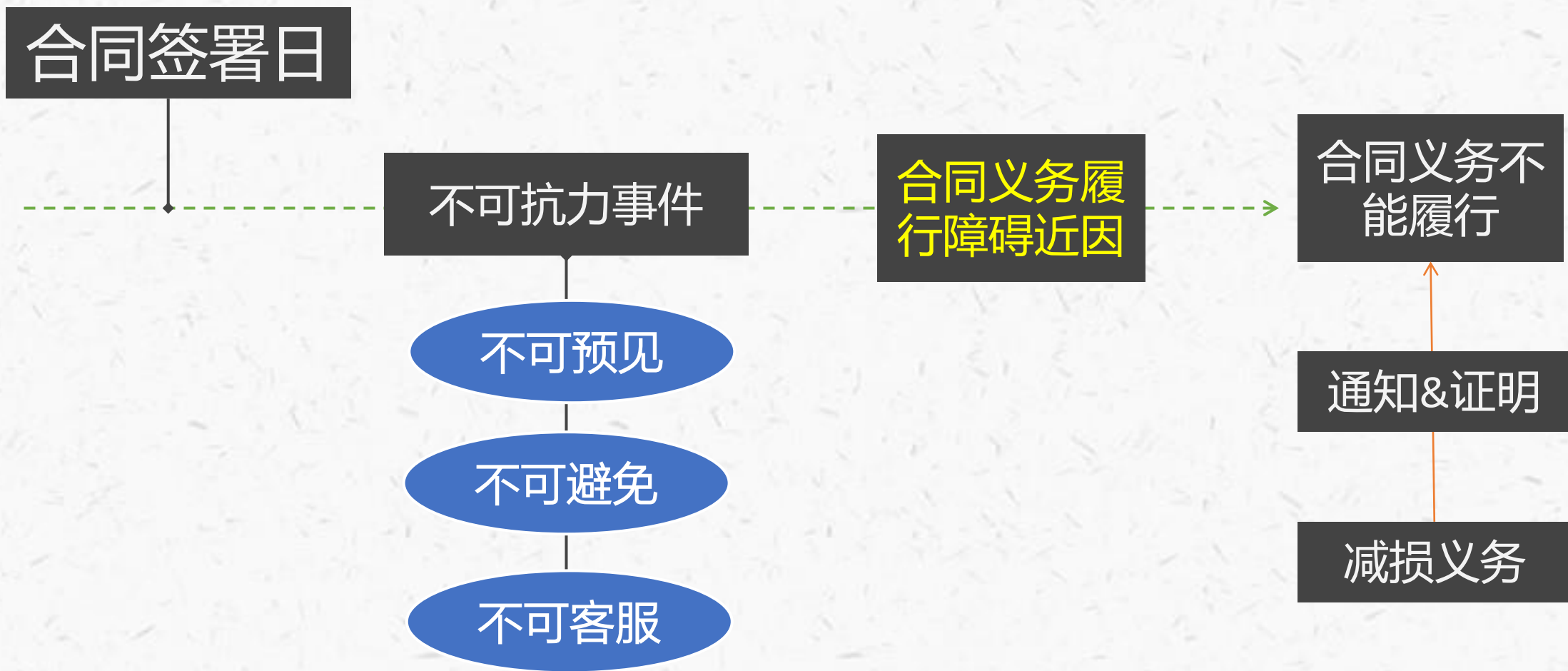


PART 01 国际贸易相关法律问题

中国关于不可抗力构成的主要法律要点

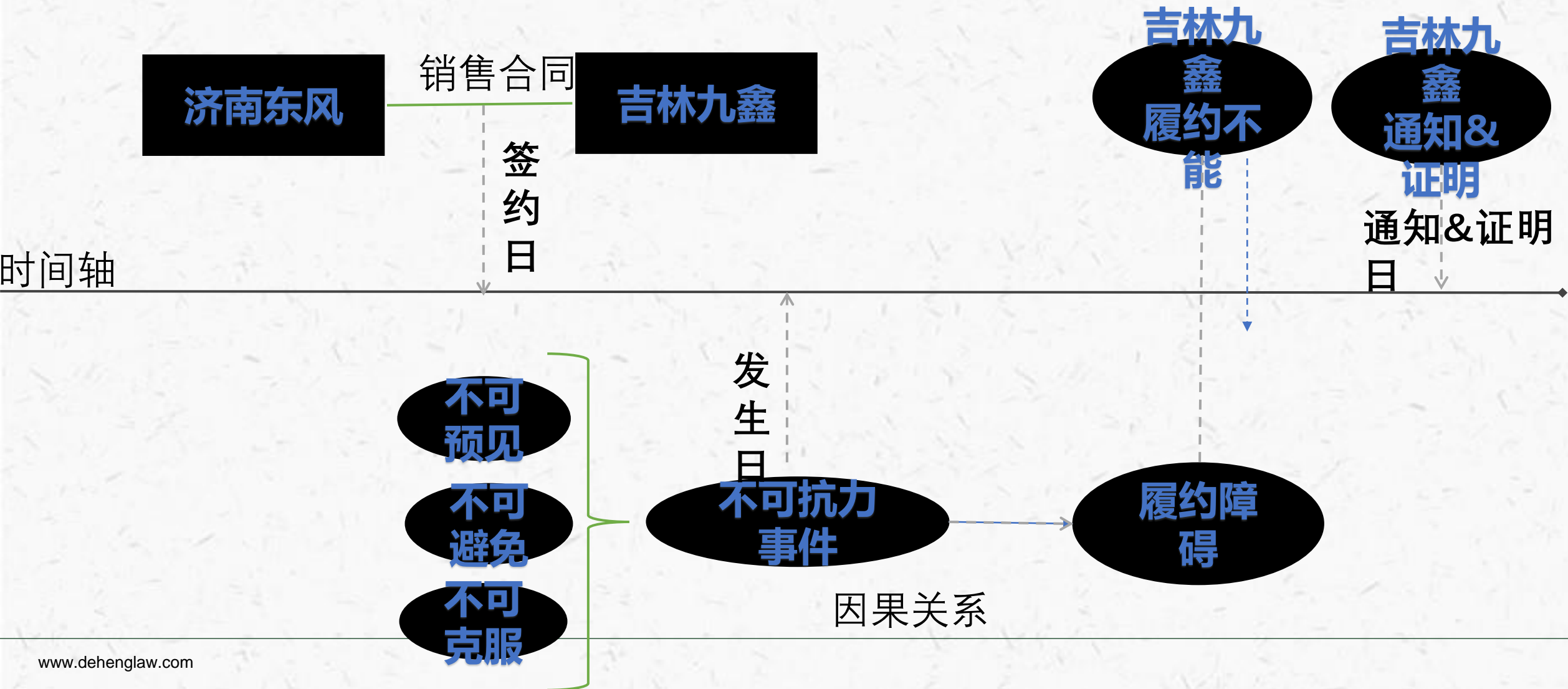


德恒律师事务所
DeHeng Law Offices



- 如何确定国际贸易合同不可抗力条款是否涵盖新冠疫情？
- 答：此次新冠疫情在不可抗力的分类上属于重大疫情。国际贸易中重视双方的“意思自治”，因此应首先核查合同文本，若合同中不可抗力条款以列举式规定将重大疫情纳入不可抗力，则我们认为，可以认定新冠疫情包含于不可抗力条款中；若未以列举式将重大疫情列入，则须查阅合同中约定适用的准据法，如果适用的法律明确规定重大疫情属于不可抗力，也可以直接援引；如果合同无相关约定，而买方是《联合国国际货物买卖公约》的缔约国，则可以援引适用《公约》第79条第1款的规定。
- 本次新冠疫情是否属于国际贸易中普遍认可的不可抗力，目前各国并无统一的意见，联合国卫生组织也未出台相关决议，要根据“不可预见、不能避免、不能控制”这三个准则，并结合国际贸易合同中关于不可抗力、适用法律等的约定予以有效确定。
- 不可抗力不能成为逃避合同义务的借口，要分析是否因此次肺炎疫情无法履行合同，下列三种情形均不适用不可抗力。（1）疫情发生后合同才订立的；（2）疫情发生前已经迟延履行行的；（3）疫情与不能履约无直接因果关系。

案例： 济南东风制药厂与吉林九鑫药业集团有限公司代理销售合同纠纷
上诉案 （（2004）民二终字第163号）



案例：济南东风制药厂与吉林九鑫药业集团有限公司代理销售合同纠纷 上诉案（（2004）民二终字第163号）



德恒律师事务所
DeHeng Law Offices

- 当事人双方签订药品销售合同，代理方在“非典”疫情期间未能按约完成销售，本应按约承担赔偿责任，但鉴于履行合同期间，**非典疫情的爆发严重影响了销售行为，符合不可抗力的构成，故应免于承担违约责任。**



中国买方如何通知境外卖方并主张新冠疫情为不可抗力，如何主张免责？

答：国际贸易合同中，发生不可抗力一方应**及时通知另一方**，以便采取有效措施最大化的防止各方损失的扩大。

■关于通知时间

- 通知时间的有效掌握是发生不可抗力一方主张免责的重要前提，但具体通知时间的要求视合同的不同情形而异。通知应当**“及时”**，原则上当事人应当在疫情及相关防控措施对其履行合同造成影响后的尽短时间内发出通知。考虑到邮政、快递等业务在春节和疫情期间可能出现暂停、延缓等情况，应注意通过电子通讯等手段及时通知。若国际贸易合同中具体约定了**通知时间**，则发生不可抗力一方应在合同规定时间内通知对方；若国际贸易合同中未明确约定通知时间，则需要具体根据国际贸易合同的准据法进行具体确定。

■关于通知内容

- 通知的内容应**至少包括发生不可抗力、不可抗力导致不能履行合同两大方面**。此外，还可视情况在通知中加入**对合同履行的预期、愿与对方协商解决合同履行障碍等方面的内容**。

■ 免责范围与程度应与不可抗力的影响相适应

- 如果不可抗力的发生仅仅是对**部分合同义务的履行产生影响**，则免责范围一般应限于该部分合同未履行而产生的违约责任，而非整个合同的违约责任；如果不可抗力的发生仅导致合同在一定期间内不能履行，则免责范围一般应限于迟延履行产生的违约责任，而非不再履行合同；如果不可抗力仅是其中一个因素，有其他原因共同导致合同不能履行，则应按照原因大小确定部分免责的程度。
- 需特别提示的是，受新冠肺炎疫情不能履行的国际贸易合同，**当事人可向中国国际贸易促进委员会（下称“中国贸促会”）申请办理与不可抗力相关的事实性证明**（网址：<http://www.rzccpit.com>），以提供境外相对方或为应对潜在纠纷准备证据。不过也需注意的是，中国贸促会证明在国际上虽具有较高权威性，但在发生跨境纠纷时，并不当然免去当事人提供其他证据证明受到不可抗力影响的责任，故当事人仍应注重收集和提供其他证据。

- 中国国际贸易促进委员会为受到疫情影响的外贸企业出具不可抗力证明能否使企业在国际贸易中获得免责？
- 答：根据《中国国际贸易促进委员会章程》第八条第（六）项规定，为企业出具人力不可抗拒证明是中国贸促会的职责。在国际贸易合同项下出现不可抗力事件时，**我国外贸企业通过向中国贸促会提出申请，并获得其出具的不可抗力证明或其它类似商事证明书**，确实有助于企业在商务活动中更为快捷和高效地向境外相关方解释和阐明不可抗力事件及其影响的具体情况，进而有利于其后续进一步主张不可抗力的免责事宜。
- 此外，相比于企业自身出具的情况说明（亦或由公证机构出具的公证文书），**由中国贸促会出具的该等证明文书在境外国家和地区更容易获得相关机构和当事方的认可和接受**。换言之，其在域外的法律效力和被认可度更高。实际上，中国贸促会出具的与不可抗力相关的事实证明**已得到全球200多个国家和地区的政府、海关、商会和企业的普遍认可，在域外具有广泛的执行力**。



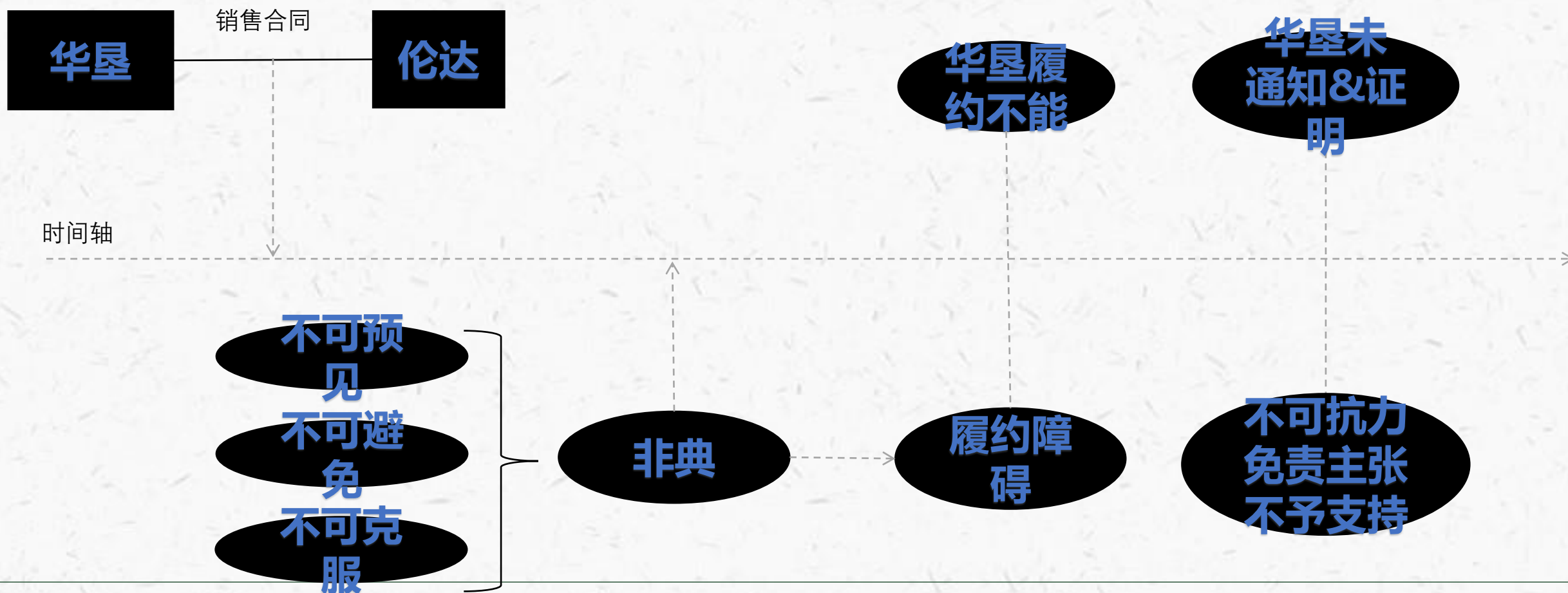
通知&证明方面案例：华垦国际贸易有限公司与山西伦达肉类工业有限公司买卖合同纠纷案

案件概述：2003年，原告山西伦达肉类工业有限公司（以下简称“山西伦达”）利用世行贷款发展小规模肉牛项目，由农业部对外经济合作中心委托中化建国际招标有限责任公司进行招标，被告华垦国际贸易有限公司（以下简称“华垦公司”）中标，由华垦公司为山西伦达提供牛屠宰生产线及相关设备并负责安装。“非典”疫情期间，华垦公司未按期履行合同义务，山西伦达要求华垦公司承担违约责任。一审法院判决华垦公司山西伦达违约金，驳回山西伦达要求华垦公司支付承诺利息费用诉讼请求。华垦公司不服一审判决，向山西省高级人民法院提起上诉。

争议焦点：华垦公司是否存在违约问题。华垦公司能否基于“非典”这一不可抗力事件主张免责？

裁判观点：关于华垦公司上诉所称的2003年发生“非典”这一不可抗力事件，应予免责问题。根据双方合同的约定和《合同法》第118条的规定，因不可抗力不能履行合同的应当及时通知对方，并应该在合理期限提供证明。本案中，华垦公司并未举证证明通知山西伦达不能履行合同，且“非典”期间并未封锁交通、限制货物交易，故对华垦公司这一上诉理由，本院不予采信。

通知&证明方面案例：华垦国际贸易有限公司与山西伦达肉类工业有限公司买卖合同纠纷案



- 中国买方以新冠疫情为由拒绝接收到港货物的责任？
 - 答：此种情况下首先需证明新冠疫情已经构成不可抗力，使得买方无履行接受到港货物的可能。若不能证明此种情况下是否构成不可抗力或买方有履行的可能则需按照合同规定的违约条款承担违约责任。
 - 与出口企业不同，对进口方而言，本次疫情一般不会直接导致合同目的无法实现，故进口方正常情况下不直接要求解除合同；如果确实履行合同困难，企业应当积极与上下游企业协商解除或变更合同。但在特殊情况下，如货物特性、运送地点、时效性等导致合同受本次疫情影响的程度达到致使买方无法实现合同目的的，可在进行专业的法律分析后依法或依约行使合同解除权。

- 境外买方拒绝接受到港货物，中国卖方如何主张权利？
 - 答：新冠疫情下，在国际贸易中的境外买方的忧虑主要来自两个方面：**第一是担心中国的供货商因假期延长无法按时交付货物。第二是来自中国的货物是否安全，是否要取消订单，特别是一些动植物产品或制品。在此情况下，出口业务中的部分国外进口商如果此前并未支付任何的货款，可能会选择在目的港弃货。如果个别国家官方宣布禁止进口中国的部分产品，也可能造成大面积的部分产品被弃货在目的港。**
 - 假如境外买方以我国境内目前的疫情为由要求取消或者变更贸易合同，**那么其应提供证据证明这次疫情使其所在国实际出台了禁止性强制规定，或者这次疫情导致货物本身品质下降以致不符合合同约定，或者这次疫情导致出现了其它可以解除或变更合同的约定或法定事由。**否则，境外买方无权以这次疫情为由要求解除或者变更贸易合同。
 - 如果之后某些国家有管制措施，也需要看管制措施对合同履行的影响，**原则上讲，只有在当管制措施导致合同目的落空的时候境外买家才可以拒绝提货或取消订单。**因此当境外买方拒绝接收到港货物时，可以依合同主张违约责任。

由于境外买方所在国（地区）增加检疫、限制入境、关停班列、关闭口岸等管制措施，造成中方卖方交货迟延甚至不能交货，卖方能否免除责任？

- 答：首先应按照合同约定处理，特别是合同关于交付时点、风险转移等事项的约定，例如CIF、FOB合同项下，货物风险随着货物装运上船而转移给买方，此时买方所在国（地区）采取的管制措施便与卖方无关。如果合同没有约定，则须视合同所适用的法律的规定。
- 买方所在国（地区）采取的管制措施可能构成卖方履行合同的不可抗力，但仍需满足一定条件，例如：（1）管制措施在合同签订时还没有发布或实施，且卖方在订立合同时无法合理预见到进口方政府可能会采取管制措施；（2）卖方本身对于合同履行受到管制措施影响没有过错，如因卖方先前的迟延履行行为导致合同履行受到管制措施影响，则卖方不得主张免责；（3）卖方没有合理的替代手段解决管制措施对履约的影响，如果管制措施仅仅导致履约成本上升，卖方不得主张免责。如果满足这些条件，卖方可进一步根据合同所适用的法律寻求免责。

签约时间和法律后果方面案例



德恒律师事务所
DeHeng Law Offices

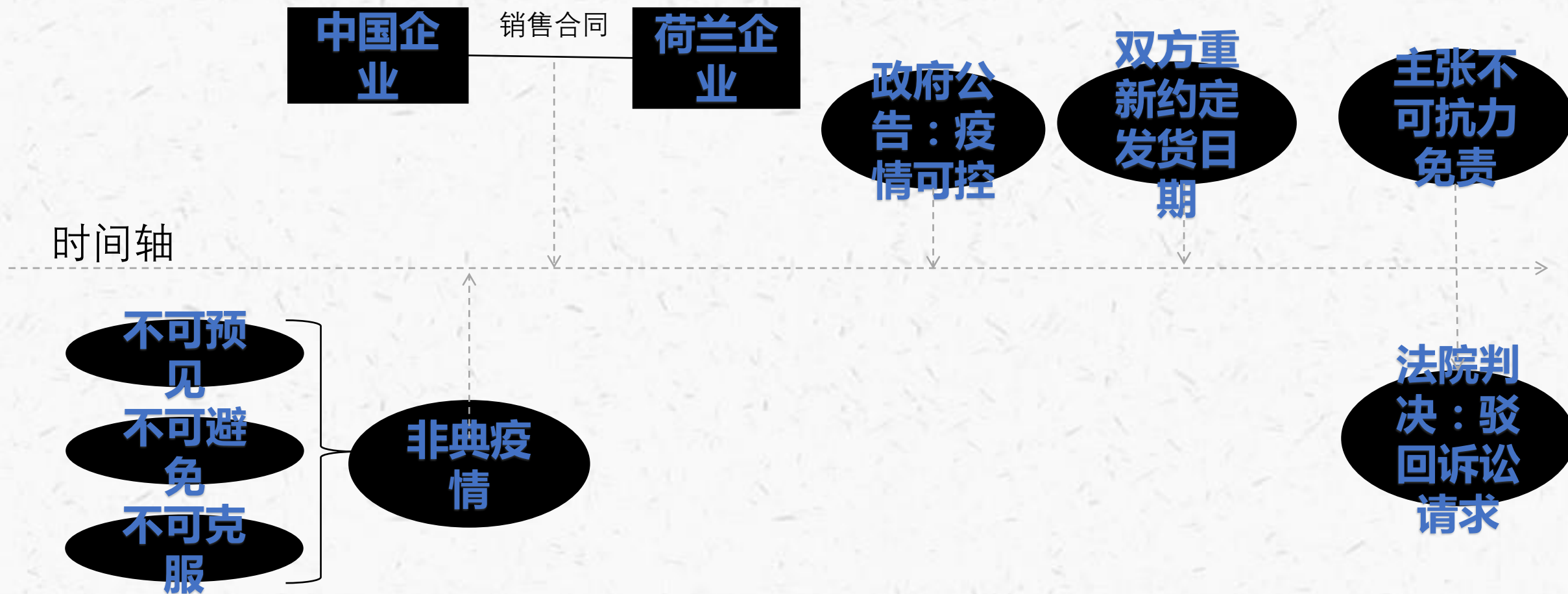
【案例】2003年6月，在某中国企业与某荷兰企业赖氨酸供货合同纠纷案中，仲裁庭最终认定：双方签署合同时，“非典”疫情已经发生2个月了，因此疫情并非“不能合理预见”。且2003年6月中国政府已发布公告，表示疫情得到了控制，2003年9月双方又约定新的发货日期。因此，“非典”疫情在本案中，不构成“障碍”。裁决驳回了中国企业关于不可抗力免责的主张。

【评析】本案与湖北高院的判决一致，对于疫情的程度需要有国家科学判断的依据，特别针对目前疫情波动期间，企业主张疫情不可抗力免责的情况更需重视此部分内容。

签约时间和法律后果方面案例



德恒律师事务所
DeHeng Law Offices





PART 02 跨境投资相关法律问题

- 目前我国企业境外直接投资（ODI）的主要监管程序为商务部门、发改委及外汇部门的备案、核准或登记程序。
- 其中，投资主体属金融企业的，需获取行业主管部门的批复或无异议函；
- 投资主体属国有企业的，需取得国有资产监管部门的审批同意。

《关于进一步引导和规范境外投资方向的指导意见》（国办发〔2017〕74号）



德恒律师事务所
DeHeng Law Offices

禁止类投资项目

五、禁止开展的境外投资

禁止境内企业参与危害或可能危害国家利益和国家安全等的境外投资，包括：

- （一）涉及未经国家批准的军事工业核心技术和产品输出的境外投资。
- （二）运用我国禁止出口的技术、工艺、产品的境外投资。

（三）赌博业、色情业等境外投资。

- （四）我国缔结或参加的国际条约规定禁止的境外投资。
- （五）其他危害或可能危害国家利益和国家安全等的境外投资。

限制类投资项目

四、限制开展的境外投资

限制境内企业开展与国家和平发展外交方针、互利共赢开放战略以及宏观调控政策不符的境外投资，包括：

（一）赴与我国未建交、发生战乱或者我国缔结的双边条约或协议规定需要限制的敏感国家和地区开展境外投资。

（二）房地产、酒店、影城、娱乐业、体育俱乐部等境外投资。

（三）在境外设立无具体实业项目的股权投资基金或投资平台。

（四）使用不符合投资目的国技术标准要求的落后生产设备开展境外投资。

（五）不符合投资目的国环保、能耗、安全标准的境外投资。

其中，前三类须经境外投资主管部门核准。

鼓励类投资项目

三、鼓励开展的境外投资

支持境内有能力、有条件的企业积极稳妥开展境外投资活动，推进“一带一路”建设，深化国际产能合作，带动国内优势产能、优质装备、适用技术输出，提升我国技术研发和生产制造能力，弥补我国能源资源短缺，推动我国相关产业提质升级。

（一）重点推进有利于“一带一路”建设和周边基础设施互联互通的基础设施境外投资。

（二）稳步开展带动优势产能、优质装备和技术标准输出的境外投资。

（三）加强与境外高新技术和先进制造业企业的投资合作，鼓励在境外设立研发中心。

（四）在审慎评估经济效益的基础上稳妥参与境外油气、矿产等能源资源勘探和开发。

（五）着力扩大农业对外合作，开展农林牧副渔等领域互利共赢的投资合作。

（六）有序推进商贸、文化、物流等服务领域境外投资，支持符合条件的金融机构在境外建立分支机构和服务网络，依法依规开展业务。

- 2017年12月26日，国家发展和改革委员会（“国家发改委”）在其网站上正式发布《企业境外投资管理办法》（中华人民共和国国家发展和改革委员会令第11号）
- 2018年6月，国家发展和改革委员会（“国家发改委”）在其网站上发布《境外投资常见问题解答》
- 《境外投资敏感行业目录（2018年版）》
- 国家发展改革委关于发布企业境外投资管理办法配套格式文本（2018年版）的通知（发改外资〔2018〕252号）

发改委境外投资核准/备案



德恒律师事务所
DeHeng Law Offices

项目类型	中方投资额	投资主体直接开展的境外投资项目 (涉及境内投资主体直接投入资产、权益或提供融资、担保)	投资主体通过其控制的境外企业开展的境外投资项目 (不涉及境内投资主体直接投入资产、权益或提供融资、担保)
敏感类项目	无论大小	国家发改委核准	国家发改委核准
非敏感类项目	3 亿美元及以上	国家发改委备案	国家发改委大额非敏感类项目情况报告
	3 亿美元以下	中央企业:国家发改委备案 地方企业:省级发改委备案	无需履行核准、备案和报告事前程序

哪些类型的境外投资项目需要备案？哪些需要核准？

答：实行核准的范围是投资主体直接或通过其控制的境外企业开展的敏感类项目。实行备案管理的范围是投资主体直接开展的非敏感类项目，也即涉及投资主体直接投入资产、权益或提供融资、担保的非敏感类项目。

- **敏感类项目**包括：涉及敏感国家和地区的项目；涉及敏感行业的项目。
- **敏感国家和地区**包括与我国未建交的国家地区；发生战争、内乱的国家地区；根据我国缔结或参加的国际条约、协定等，需要限制企业对其投资的国家地区；其他敏感国家和地区。
- **敏感行业**包括：武器装备的研制生产维修；跨境水资源开发利用；新闻传媒；根据《国务院办公厅转发国家发展改革委商务部人民银行外交部关于进一步引导和规范境外投资方向指导意见的通知》（国办发〔2017〕74号），需要限制企业境外投资的行业：（1）房地产（2）酒店（3）影城（4）娱乐业（5）体育俱乐部（6）在境外设立无具体实业项目的股权投资基金或投资平台。

《境外投资敏感行业目录（2018年版）》所称“房地产”具体指哪些境外投资活动？

- 答：《目录》所称“房地产”，主要是指以下两类境外投资活动：（1）从境内投入资产、权益或提供融资、担保等，在境外新建或并购住宅、商业地产项目以及并购用于建设住宅或商业地产的土地；（2）从境内投入资产、权益或提供融资、担保等，在境外新建或并购房地产企业、向境外既有房地产企业增加投资、投资境外房地产信托基金等。

《目录》所称“房地产”，不包括以下六类境外投资活动：（1）投资物业管理、房地产中介服务；（2）新建或并购企业自用的办公场所、员工宿舍等；（3）投资用于实体产业的基础设施建设和建筑开发，例如产业园、科技园、仓储物流园等；（4）建筑企业以获取工程承包合同为目的，对拟承建的项目进行小比例投资；（5）已依法依规取得发展改革部门核准文件或备案通知书，但尚未完成的项目；（6）既不涉及境内投入资产、权益，也不涉及境内提供融资、担保等，全部从境外募集资金的项目。

《境外投资敏感行业目录（2018年版）》所称“酒店”具体指哪些境外投资活动？

答：《目录》所称“酒店”，主要是指以下境外投资活动：从境内投入资产、权益或提供融资、担保等，新建或并购星级酒店、旅游度假村、商务酒店、一般旅馆等。

《目录》所称“酒店”，**不包括以下四类**境外投资活动：（1）投资**不持有酒店物业资产的酒店管理业**；（2）投资**不含住宿的餐饮业**；（3）已依法合规取得发展改革部门核准文件或备案通知书，但尚未完成的项目；（4）既不涉及境内投入资产、权益，也不涉及境内提供融资、担保等，全部从境外募集资金的项目。

《境外投资敏感行业目录（2018年版）》所称“在境外设立无具体实业项目的股权投资基金或投资平台”具体指哪些境外投资活动？

答：《目录》所称“在境外设立无具体实业项目的股权投资基金或投资平台”，主要是指以下境外投资活动：从境内投入资产、权益或提供融资、担保等，在境外设立无具体实业项目的股权投资基金或投资平台。

《目录》所称“在境外设立无具体实业项目的股权投资基金或投资平台”，**不包括**以下两类境外投资活动：（1）既不涉及境内投入资产、权益，也不涉及境内提供融资、担保等，**全部从境外募集资金的股权投资基金或投资平台**；（2）境内金融企业**已取得国内金融监管部门批准的情况下**，在境外设立无具体实业项目的股权投资基金或投资平台。

境内企业收购一笔境外企业持有的资产，但该资产实际是位于我国境内的一块土地，此种情况是否属于境内企业开展的境外投资活动？

答：如果交易过程中，境内企业发生了《企业境外投资管理办法》（国家发展改革委令第11号）第二条规定的投资活动（如收购持有该土地的境外企业等），则属于境内企业开展的境外投资活动。

若交易过程完全在我境内进行，且未发生《企业境外投资管理办法》（国家发展改革委令第11号）第二条规定的投资活动，则不属于。

境内企业所控制的境外企业进行境外发债，境内企业对其发债行为提供担保，不涉及敏感国家、地区和敏感行业，是否需要在发展改革部门备案？

答：如果境外发债募集资金用于《企业境外投资管理办法》（国家发展改革委令11号）第二条规定的境外投资活动，则境外发债为境外投资的资金来源。根据《企业境外投资管理办法》第十三条和第十四条，境内企业需在发展改革部门就境外投资项目进行核准或备案。

如果境外发债募集资金并未用于境外投资活动，则不适用于《企业境外投资管理办法》（国家发展改革委令11号）。

- 2018年1月25日，商务部、人民银行、国资委、银监会、证监会、保监会、外汇局共同发布了《对外投资备案（核准）报告暂行办法》（商合发[2018]24号）
- 2017国务院办公厅转发国家发展改革委商务部人民银行外交部关于进一步引导和规范境外投资方向指导意见的通知（国办发〔2017〕74号）
- 2014年9月6日，商务部发布《境外投资管理办法》（商务部令2014年第3号）

商务部境外投资核准/备案



德恒律师事务所
DeHeng Law Offices

分类	主管部门
任何境内企业的境外投资，凡涉及敏感国家和地区、敏感行业	商务部核准
中央管理企业的境外投资，但不涉及敏感国家和地区、敏感行业	商务部备案
地方企业的境外投资，但不涉及敏感国家和地区、敏感行业	省级商务部门备案
境外企业的境外再投资	向原核准或备案商务部门报告

商务部境外投资核准/备案



德恒律师事务所
DeHeng Law Offices

监管措施	商务部3号令	发改委11号令
核准	<p>敏感国家和地区：未建交的国家、受联合国制裁的国家</p> <p>敏感行业：涉及出口中华人民共和国限制出口的产品和技术的行业、影响一国（地区）以上利益的行业</p>	<p>敏感国家和地区：与我国未建交，发生战争、内乱，根据我国缔结或参加的国际条约、协定等需要限制投资的国家 and 地区，其他敏感国家和地区</p> <p>敏感行业：武器装备、跨境水资源利用、新闻传媒、根据我国法律法规和调控政策需要限制投资的行业</p>
备案	其他境外投资情形	<p>中央管理企业直接开展的非敏感性项目</p> <p>地方企业直接开展的非敏感性项目</p>

案例：中铝并购力拓失败案



- 2009年6月5日，中国铝业公司确认中铝并购力拓案失败。
- 中国铝业公司与力拓集团原于2009年2月12日联合宣布签署战略合作协议，中铝公司与力拓集团合作共投入195亿美元，其中约72亿美元用于认购力拓集团发行的可转债。转股后，中铝公司在力拓集团整体持股比例将由目前的9.3%增至约18%。
- 2009年3月16日，澳大利亚外国投资审查委员会在澳洲证券交易所发布公告，称将延长对中铝与力拓195亿美元交易的审查时间，在原定的30天审查期基础上，再增加90天。最终，力拓集团董事会撤销了对2009年2月12日宣布的双方战略合作交易的推荐。
- 东西方舆论却普遍认为该笔并购交易的失败主要源于政治风险。

案例：中集集团收购荷兰博格工业公司



- 2006年3月初，欧盟委员会宣布，对中集集团计划收购博格的交易展开反垄断调查，主要怀疑中集集团在全球罐式集装箱这个细分产品上的市场份额过高，超过50%。
- 中集集团最终迫于欧盟委员会反垄断审查的阻力，不得不终止收购。
- 之后，中集集团与博格的股东经过重新谈判，决定将标准罐箱业务（三家罐式集装箱企业）自拟并购的Burg Industries B.V.进行剥离，然后再并购Burg Industries B.V.100%股权。



PART 03 国际工程相关法律问题

- 联合体投标风险

- a) 该类法律风险主要表现在设计单位与施工单位组成联合体参与EPC工程总承包项目投标，设计单位仅负责项目设计或部分设计工作，而整个项目中设计工作所占比重较小。按照招投标法等现行法律规定，采用联合体形式投标的，联合体成员就中标项目向招标人承担连带责任，设计单位连带责任风险较大。
- b) 对策：因联合投标，联合体成员之间须承担连带责任，故联合体成员，特别是在拟投标项目中所占工作量较小的一方联合体成员（以下简称“风险方”），在选择联合体形式投标前，应严格考察联合体其他方的资产、信誉、类似项目业绩情况等，评估联合体其他方的履约能力。
- c) 联合体其他方通过履约能力评估，投标前联合体成员之间签署联合体协议，要明确联合体成员之间的工作分工、风险及责任范围等。如联合体其他方承包范围内的工作难度较大的，建议风险方要求该联合体成员落实有效履约担保措施。
- d) 项目中标、工程总承包合同签署时，就总承包合同内容，联合体成员之间签署联合体协议补充协议，具体明确工程总承包合同项下联合体成员之间的具体工作范围、权利义务及责任等。
- e) 工程总承包合同实施过程中，风险方须密切关注联合体其他方的经济状况，并加强对项目的管理，发现重大问题及时落实止损措施，控制连带责任风险。

- 工程承包范围约定不明确的风险

- a) 该类法律风险主要表现在EPC工程总承包项目采用固定总价合同模式下未能具体明确项目承包范围，或者未具体划定发承包双方的工作界限，多采用“等”字模糊约定，或者在合同中增加具有扩张解释的口袋条款（如“施工图设计中应考虑而实际未考虑的但直接影响使用功能的细部工程，均属于承包商承包范围”）。
- b) 对策：因项目采用固定总价模式确定合同价款，且合同价款包含的风险因素较多，如工程承包范围不确定，EPC工程总承包商合同价款风险较大。
 - 1. 投标前仔细踏勘项目现场，弄清楚项目的边界条件及项目所在地周边的地理、环境条件。
 - 2. 签署工程总承包时，在工程总承包合同中具体明确合同的承包范围，如工程承包范围难用文字详尽描述的，将工程量清单、图纸、技术说明等作为合同附件，或者采用反推模式约定（如合同范围不包括XXXX），尽量避免采用“等”字模糊约定，尽量避免对合同范围作扩张解释。
 - 3. 尽量选择国家推荐的合同示范文本与发包人签署总承包合同。
 - 4. 在总承包合同中，对EPC工程总承包商违约责任（如违约金、赔偿金、罚款等）设定最高限额，最大限度地减轻因工程承包范围不明确带来的违约风险。

- 合同价款与支付风险

该类法律风险主要表现在绝大部分总承包合同周期较长，而合同价格采用固定总价模式，且合同总价中包含合同履行过程中的一切风险因素，合同履行过程中EPC工程总承包商调整合同价格的权利较少。此外，发包人签署合同时往往利用其强势地位迫使EPC工程总承包商接受较为苛刻的付款条件，并取消了合同中发包人逾期付款的违约责任条款。

对策：

A. 详细调查发包人项目资金筹措等情况，源头上控制风险项目投标前，EPC工程总承包商须严格考察发包人的资产、资信和项目资金到位情况，评估发包人合同价款支付的履约能力，从源头上控制合同价款支付的风险。

B. 投标前或合同签署时锁定风险EPC工程总承包商在投标前，须仔细踏勘项目现场，弄清楚项目的边界条件及项目所在地周边的地理、环境条件，并在总承包合同中具体明确合同的承包范围、项目实施标准或要求。投标报价时，充分考虑上述条件因素，以及人力、机械、设备材料等价格上涨等因素对合同价款的影响。因合同价格固定，且合同价格包含的风险因素较多，如上述因素不充分考虑，EPC工程总承包商难以控制项目合同价款风险。

此外，针对需要进行审计结算的项目，建议EPC工程总承包商与发包人明确具体审计结算的范围，针对明确采用固定价格结算的内容，不得进行造价鉴定或审计结算，审计结算的范围应仅限于固定价格以外的内容，如工程变更等，避免工程结束EPC工程总承包商已承担项目了风险后，发包人通过审计结算核减EPC工程总承包商项目利润。

- 合同价款与支付风险

- C. 及时行使索赔救济权利

- (1) **定金罚则**。针对合同中有定金约定的，发包人违约后，EPC工程总承包商可以根据具体情况，选择适用违约金或者定金条款索赔。

- (2) **行使留置权**。针对发包人未按照合同约定支付相应勘察设计费用时，EPC工程承包商可以就勘察设计成果行使法定留置权，直至发包人支付相应勘察设计的费用。

- (3) **建设工程价款优先受偿权**。针对发包人逾期支付工程款，经EPC工程总承包商书面催告在合理期限（通常为56天）内仍未支付的，EPC工程总承包商可以就工程折价或拍卖的价款行使优先受偿权

- 保函索赔风险

- a) 该类风险，多体现在发包人要求EPC工程总承包商提交的合同保函（包括但不限于预付款保函、履约保函、质保保函等），**均为无条件、见索即付的独立银行保函**，EPC工程总承包商难以控制保函被恶意索赔的风险，且保函一旦被索兑，按照目前银行的信用管理体系，将对EPC工程总承包商的企业信用产生较大负面影响。
- b) 对策：A. EPC工程总承包商自身要提高风险防范意识，**要有无条件见索即付银行保函开出去就是现金的风险意识**。加强公司保函管理制度建设，切忌随意开立保函，保函到期后要及时收回，尽可能的减少保函被索赔的机会。
B. 在出具无条件、见索即付保函时，要根据项目情况有效采取相应风险控制措施。
 - (1) 严格按照法律规定的**种类及限额开具保函**，将风险锁定在限额内（根据最新国家法律法规及政策规定，投标保证金不得超过招标项目估算价的2%，履约保函额度不超过合同总价的10%，质量保函最高不超过结算总价的5%）。
 - (2) 恰当设定保函递减条款，**保函额度随着工程实施进度同比例或按照约定比例递减**，逐步减少保函索赔风险。
 - (3) 注意保函有效期，**明确约定保函的担保期限**，担保期限届满，保函担保责任解除。
 - (4) 注意保函期限的衔接，合理设置**履约保函与质保金或质保保函的担保期限**，避免担保期限出现重叠，增加保函索赔风险。
 - (5) 明确**约定保函的不可转让性**，避免发包人将保函转让给其他不特定对象。

使用调解解决“一带一路”投资争议



德恒律师事务所
DeHeng Law Offices



2016年10月18日 北京融商一带一路法律与商事服务中心暨一带一路国际商事调解中心挂牌。

一带一路服务机制拥有海内外商会协会28个，金融保险、安保、化险与资产处置服务机构与平台和律师、会计师、评估师、审计师、税务师、建筑工程咨询等机构和智库、研究与文化交流以及其他各类成员110个，**法律专家调解员421名。**



如何使用信息平台专业服务



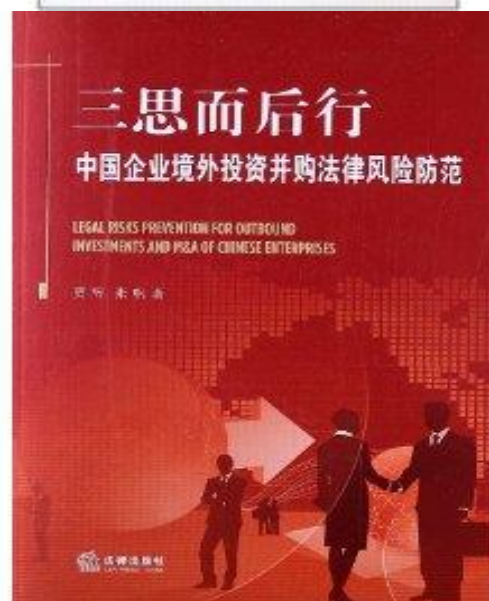
德恒律师事务所
DeHeng Law Offices

- 百度搜索“全国工商联一带一路信息服务平台”进入后，点击“专业服务”





THANK YOU FOR
LISTENING!



贾辉律师，北京德恒律师事务所合伙人，主要执业领域为并购和保险。贾辉律师是商务部国际投资法律事务入库律师，还兼任一带一路服务机制主席助理，新能源海外发展联盟 副秘书长，北京律师协会保险委员会委员，中国保险协会首席律师顾问团代表，中国保险资管业协会法律合规委员会委员。

Email: jiahui@dehenglaw.com

