

# 如何应对不可抗力通知被拒?

■ 本报记者 钱颜

日前,荷兰皇家壳牌有限公司和道达尔公司发展声明,拒绝接受中国一家液化天然气买家的不可抗力通知。在新冠肺炎疫情暴发以来,这是首次有国际级能源供应商公开反对买家试图退出合约。

中国贸促会商事法律服务中心法律顾问唐怡在接受《中国贸易报》记者采访时表示,“从目前的新闻报道来看,还不能确定中国的液化天然气买家具体以何种理由发出不可抗力通知,以及基于该通知提出了何种主张。我们推测这一事件主要涉及中国买家是否有权主张因疫情导致的相关问题构成不可抗力,是否有权因此拒绝履行义务、解除合同等。”

“对于新冠肺炎疫情带来的商业风险,全球各行业都在密切关注。”道琼斯公司风险合规专家石龙新告诉记者,中国买家的举动或引发业内人士对中国进口商、出口油品的从业者利用不可抗力条款回避长期合约义务的担心。

在唐怡看来,国际货物买卖中,

不可抗力事件的发生很常见。各国法律规定细节不同,但是总体来讲,一个事件构成不可抗力需满足三大要件:“不能合理的控制”“不能合理的预见”“不能避免或不能克服”。中国企业提出不可抗力免责甚至解除合同的主张,是否能被客户接受,将来是否可能被法院或者仲裁庭支持,取决于合同条款的约定和准据法的规定。企业应事先评估合同条款,如在国际油气买卖中,大多数合同都有“照付不议”的条款,买方很难主张不可抗力拒绝付款。如合同条款约定不明,应查看准据法的规定。目前,已有93个成员国签署的《联合国国际货物销售合同公约》对障碍事件和法律后果有详细的规定,各国向联合国贸法会报送的很多案例也具有很强的指导性。除此之外,企业要主张因不可抗力免除违约责任,还需要证明因不可抗力原因导致企业的确不能履行合同。

“不可抗力因素并非必然导致合同解除。如果不可抗力只是致使合同暂时不能按期履行,则当事人

不能解除合同,在不可抗力事件消失后,应当继续履行合同。”石龙新举例说,美国一家州联合贸易公司与美国大西洋船运公司基于《海牙规则》签订了运输合同,由后者负责从德克萨斯运送一批小麦到伊朗。合同中规定,装运船只应按通常和习惯的路线航行,且合同中无有订立不可抗力条款。通常的路线是走苏伊士运河,但装运船只从德克萨斯出发后的6天,埃及政府与以色列开战,并封锁了苏伊士运河。结果,船只不得不绕道非洲大陆的好望角。大西洋船运公司为多花的费用及时间提出起诉,声称合同中只是要求以通常和习惯的路线航行,致使承运人因路线变得更远而负担了额外费用。哥伦比亚联邦上诉法院没有支持大西洋船运公司的诉求,认为大西洋船运公司途经好望角并没有使合同履行变得商业上不可行,单独增加成本不能构成商业不可行,大西洋船运公司可以通过保险应对这一突发事件。

针对此类情况,外贸企业应做

好哪些准备以对抗风险?唐怡建议,一是尽快根据合同条款的约定和准据法的规定审慎评估能否主张不可抗力免责。

二是及时通知对方并注意保留证据。在通知时,建议附上不可抗力事件相关证明并妥善保存相关证据。三是如遇原材料企业、上游供货商供货困难等情况,应尽快寻找替代货源。因原材料企业不能供货,在国际贸易中通常不被认为构成不可抗力。因此,如企业了解到上游原材料、上游供货商企业供货困难,建议尽快寻找替代货源,并保存已采取降低损失相关措施的证据。

四是密切关注有关疫情动态的官方文件,在障碍消除后应尽快履约。不可抗力免责有效期是障碍存续期间。企业应密切关注政府相关文件,一旦疫情得以控制或可以复工,如果合同尚未解除,也未与客户达成新的约定,应尽最大可能继续履行合同义务。

五是重视和解、调解等非对抗性

解决方式。从各国司法实践来看,企业主张不可抗力免责是非常艰难的,即使胜诉也需要经历“日持久、费用高昂的国际仲裁/诉讼。受影响企业应充分考虑与客户达成和解,做出一定的妥协,以节省争议解决成本。

六是商会等第三方出具的不可抗力证明很重要,但不应将其视为免责金牌。需要提醒企业的是,商会出具的证明是证明不可抗力事件客观事实(比如洪水、地震、疫情)是否实际发生的重要证据,但是一个事件是否构成不可抗力,当事人是否可以主张免责,除非当事人明确约定,否则只能由法院/仲裁机构予以认定。企业切不可认为取得了不可抗力证明就获得了免责金牌,耽误了履行其他约定或法定义务,在将来的诉讼/仲裁中处于被动地位。

七是及时寻求专业协助。处理疫情导致的不能履行合同的情况较为复杂,特别是涉外合同可能涉及适用国际公约或外国法律。建议企业及时寻求法律专业机构协助,将疫情对企业的冲击降至最低。

## 贸仲委倡议 落实疫情防控措施 为疫情防控贡献智慧

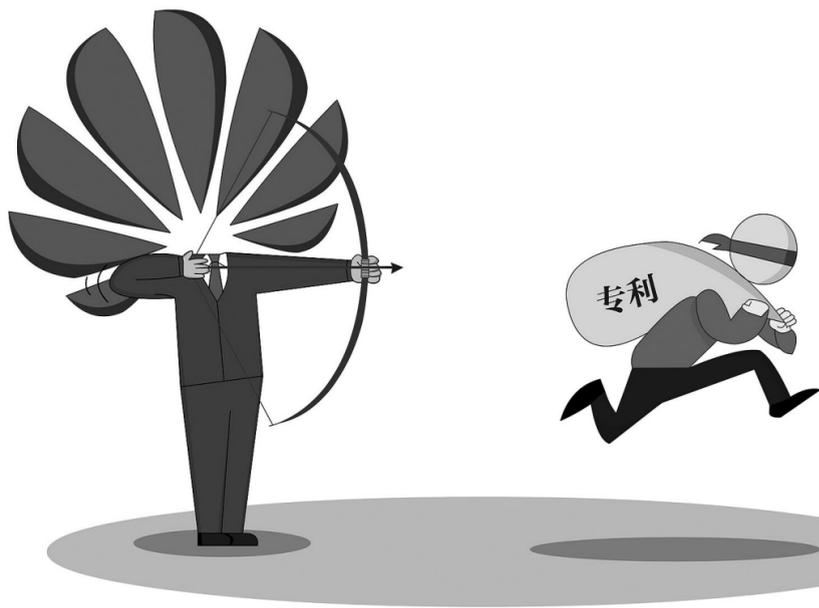
本报讯 2月9日,中国国际经济贸易仲裁委员会发布《贸仲委关于认真落实疫情防控措施 积极为疫情防控贡献智慧的倡议》。

倡议认为,新冠肺炎疫情防控是当前最重要的工作。疫情就是命令,防控就是责任。贸仲委认真贯彻落实习近平总书记重要指示精神,以及党中央、国务院决策部署,以及贸促会党组工作安排,研究制定了疫情防控工作方案和应急预案,努力保障仲裁活动安全、有序开展。

倡议提出,严格执行当地政府关于疫情防控的各项规定,自觉遵守贸仲委疫情防控期间有关临时措施。坚持科学防护、精准防护,加强自我约束,自觉抵制陈规陋习,倡导健康文明生活方式。不聚会、不串门、不扎堆,外出佩戴口罩,尽量不去人员密集场所,尽可能避免公共交通,最大限度预防交叉感染,切实保证身体健康。

倡议还提到,积极弘扬正能量。充分认识疫情防控的严峻复杂形势,切实增强紧迫感、责任感,保持政治定力,增强必胜信心,不信谣、不传谣、不造谣,不散布可能导致恐慌情绪的消息。进一步发挥仲裁员的身份优势,积极响应中央号召,听从统一指挥,多做疏导性工作,勇于同一切不利于疫情防控的言行作斗争,营造良好社会舆论环境,为身边人作出良好示范。

倡议要求,充分发挥专业特长。提前谋划,加强综合分析研判,按照专业化、专门化、精细化要求,妥善应对疫情期间、后疫情时期各类争议纠纷。进一步发挥仲裁在社会公共治理中的独特作用,广泛深入参与贸仲委组织开展的重点行业疫情法律风险防范调研活动,积极建言献策,贡献真知灼见,进一步推动国家治理体系和治理能力现代化。(来源:贸仲委)



制图 耿晓倩

据路透社报道,华为近日宣布在美国德克萨斯州东区和西区法院向美国运营商Verizon提起诉讼,请求Verizon对其网络中使用的十几项专利支付费用,同时要求Verizon就其专利侵权行为对华为进行赔偿。(周玲)

## 美国《外国投资风险审查现代化法案》今日生效

本报讯(记者 钱颜)2月13日,美国《外国投资风险审查现代化法案》(FIRRMA)正式生效。

记者了解到,早在2018年8月,美国总统特朗普就签署了FIRRMA法案,目的是扩大美国对外投资委员会(CFIUS)对外国投资的审查范围并修改审查程序。经过漫长的试行及征求意见过程,法案正式版本于今年年初出炉。该法案分为两个单独的条例,第一个条例涉及常规投资,第二个条例涉及房地产交易。

据外国媒体报道,该法案的

设立主要出于担心中国利益集团收购美国公司可能威胁到国家安全。

智达跨境风险合规委员会委员戴子军告诉《中国贸易报》记者,法案扩大了CFIUS对外国投资的审查范围。尤其在关键技术方面,为了适应不断变化和出现的技术,法案的正式版本没有列明关键技术的完整清单,而是根据美国商务部的出口管制技术清单来定义关键技术范围。关键技术包括美国军需品清单、商业管制清单上的某些项目和出口管制

改革法案识别和管制的新兴与基础技术等。

戴子军介绍说,法案也将2018年关键技术试点计划中提到的27个敏感行业作为附录列出。如果一项交易导致一家从事敏感行业,且生产、设计、测试、加工、制造或开发关键技术的美国企业受外国投资者控制,或外国投资者以非被动、非控股少数股权形式投资此类美国企业,交易方必须向CFIUS提交申报文件。

法案还规定,涉及以下外国投资时,交易方在交易时需提交

强制性声明,并附上交易信息:交易涉及“关键技术”;外国投资者在涉及“关键技术”“关键基础设施”“敏感个人数据”的美国业务上持有重大权益,而外国政府持有该外国投资者重大权益。

此外,美国选择澳大利亚、加拿大以及英国作为“例外国家”,即这些国家的投资者在美国的投资将不属于管辖投资。

“此条款其实是美国出于对这三个国家政府的信任,希望达成一个由美国政府和该国政府的双向合作,以确保该国投资者

在美国的投资不会涉及任何美国国家安全问题。美国将针对例外国家设置一些政府层面的监管要求,CFIUS将在接下来的时间具体细化这些要求并予以例外国家两年的宽限期。根据美国财政部的指示,美国将来可能会扩大例外国家范围,以使更多国家的投资者受益。”戴子军表示,未来希望在美国投资的中国投资者,需持续关注美国关于外国投资强制申报范围法规的变化,以避免未进行申报而产生的风险和损失。

## 币值低估或成美反补贴调查新武器

■ 李烨 李吏 岑家祯

2月4日,美国商务部正式公布《关于反补贴获利及专向性认定的修订》(“修订案”),对现行反补贴行政法规中关于获利计算和专向性认定的条款做出修订。该修订案的生效日期为2020年4月6日,并适用于4月6日之后发起的反补贴调查或复审。

2019年,美国财政部将中国列为汇率操纵国,今年年初又取消了这一标签。但是,美国商务部一直在推动将币值低估纳入反补贴调查。最近几年,美国商务部使用的买方信贷补贴项目经过轮胎案、铝箔案和光伏案法院诉讼逐渐败下阵,试图寻求另一个政策工具,从而在每个针对中国的反补贴案件中能够计算较高的补贴率。

本次修订案主要从行政法规层面对美国现行反补贴的实体规则进行修订,用来解决币值低估作为补贴项目的法律障碍。修订主要涉及两个方面:第一,修改国内补贴专向性条款,即“在专向性的认定上,从事国际间买卖的企业(即同一经济体内部货物贸易领域的

企业)可以构成‘一组’企业”,填补了美国《1930年关税法》关于“一组”(“group”)定义解释的空白。第二,增加关于币值低估补贴项目的新条款,详细解释了只有认定一国货币存在低估,并且是由政府行为所致的低估,才会考虑计算其在货币兑换过程中存在获益。

关于一国货币价值是否被低估,修订案规定,在单一汇率体制下,将主要考虑涉案国家的实际有效汇率与均衡实际有效汇率之间的差异。具体而言,实际有效汇率是在一揽子货币的基础之上,将本国货币与贸易伙伴的双边实际汇率以贸易伙伴在本国对外贸易中的份额作为权重进行加权平均得出的汇率指标。一旦认定涉案国家货币价值被低估,美国商务部将进一步考察是否由政府行为所致。只有当货币价值的低估是由政府行为所致时,调查机关才能对币值低估作出肯定性认定。对于导致币值低估的政府行为,修订案并未给出明确的界定,美国商务部需要在后续的反补贴调查

实践中进行认定,特别是如何区分政府行为还是市场行为造成的币值低估是实践中需要解决的问题。另外,修订案明确将独立性和透明度纳入政府行为的考量,结合美国商务部一直以来对华反补贴调查政策,可能会以此理由认为中国人民银行关于中国汇率政策和措施构成政府行为。

对于专向性认定,本次修订案直接将币值低估所导致的补贴视为“国内补贴”,而非“出口补贴”。美国商务部通过对专向性认定标准的放松,为将来币值低估的国内补贴专向性认定铺平了道路。同时,美国商务部在公告中解释,并不排除在个案中认定币值低估项目为出口补贴。

根据修订案,美国商务部将进一步考察以下两种汇率的差别,以认定是否存在获益:一是符合均衡实际有效汇率的双边名义美元汇率(“基准汇率”),二是在相应的时间段内考虑所有关于政府行为对汇率影响的实际双边名义美元汇率(“实际汇率”)。若两者之间存在

差异,货币兑换所产生的获益金额通常为企业实际收到的汇兑金额与不存在上述差异的情况下企业应当收到的汇兑金额的差额。换言之,企业获得的利益通常等于币值低估而多收的本国货币的金额。

修订案还要求美国商务部在对汇率相关的政府行为进行认定时听取美国财政部的评估意见和结论。

不出意外,在4月6日之后发起的反补贴调查或复审中,美国商务部将开始调查币值低估项目,最开始的几个案子对于确立以后的实践尤为重要。就这一问题,中美将进行一次漫长的博弈。在此之前,美国商务部通过出口买方信贷项目,在反补贴调查中对中国企业凭空增加4.46%或10.54%的税率,之后通过轮胎案、铝箔案和光伏案历时4年的诉讼,美国商务部才逐渐败下阵来,但仍然没有系统性解决。对此,中方要有充分准备,从最初的案子开始,扎实做好案卷的积累,准备诉至WTO和美国法院。

关于是否存在币值低估,如何

确认均衡实际有效汇率和政府行为以及币值低估之间的因果关系,美国商务部的问卷有可能要求中国政府提供大量信息,特别是关于中国人民银行的货币政策和措施,以及美元和人民币兑换的基础数据。如果美国商务部认为中国政府不配合,那么将使用不利可获得事实(AFA),认定存在币值低估。从美国商务部以往的调查实践来看,这种可能性非常大。尽管如此,中方仍要扎实做好案卷的积累,因为不利可获得事实的使用需要满足严格的法律条件,出口买方信贷项目的法院诉讼胜利就是推翻了美国商务部基于的不利可获得事实。

此外,补贴获益的计算是否合理,是否可以作为双重计算在倾销税率中进行调整等问题都是争论的焦点。应诉企业需做好事实提供和法律抗辩,争取在最初的几个案件中中将补贴获益计算方法控制在合理范围。

【作者单位:上海市锦天城(北京)律师事务所】

## 国知局不再颁发 纸质专利证书

本报讯(记者 钱颜)日前,国家知识产权局网站发布了关于电子专利证书和专利电子申请通知书电子印章相关事项的公告。公告称:对于授权公告日在2020年3月3日(含当日)之后的专利电子申请,国家知识产权局将通过专利电子申请系统颁发电子专利证书,不再颁发纸质专利证书。如有需要,电子申请注册用户可以通过专利电子申请网站提出请求,获取一份纸质专利证书。

记者了解到,自2020年2月17日起,国家知识产权局专利局、各专利代办处以及各知识产权保护中心快速维权中心不再提供专利电子申请通知书和决定的纸质副本。对于国家知识产权局已发出且没有签章的电子文件形式的通知书和决定,如有需要,电子申请注册用户可以通过专利电子申请网站提出请求,下载带有电子印章的通知书和决定。

此外,国家知识产权局专利局向各代办处发出通知,对新冠肺炎疫情防控期间的各项专利事务办理工作作出全面部署安排,确保疫情防控期间专利业务和相关服务工作不打烊,并建议各专利申请人及代理机构通过网络、邮寄等方式办理相关业务,避免人员聚集,为疫情防控作出努力。

专利代办处建议广大申请人和代理机构,在疫情防控期间尽量选择网上、邮寄等方式办理专利相关业务,避免人员聚集,确保有效遏制疫情传播。代办处工作人员会在线上为有需要的群体提供优质高效的电话咨询等服务,即使暂时不能线下相见,但与申请人和代理机构相关的专利事务,代办处都会照样办理业务。

## 贸易预警

### 美对华精制棕刚玉作出 第三次反倾销日落复审终裁

近日,美国国际贸易委员会投票对进口自中国的精制棕刚玉作出第三次反倾销日落复审产业损害肯定性终裁:裁定若取消现行反倾销措施,在合理可预见期间内,涉案产品的进口对美国国内产业造成的实质性损害可能继续或再度发生。根据终裁结果,本案现行反倾销措施继续有效。在该项裁决中,5名美国国际贸易委员会委员均投肯定票。

### 秘鲁对华涤纶面料 启动反倾销立案调查

近日,秘鲁国家竞争和知识产权保护局倾销、补贴和非关税壁垒委员会发布决议,应秘鲁贸易司申请,决定对原产于中国的100%涤纶面料发起反倾销立案调查。涉案产品为幅宽小于1.8米、单位克重在80克/平方米至200克/平方米之间的塔夫绸型本色、白色或染色的100%涤纶面料。决议自发布之日起生效。本案倾销调查期为2019年1月至2019年12月,损害调查期为2016年1月至2019年12月。

利益相关方应于本公告发布后的6个月内提供相关证据。根据有关条款规定,该期限可再延长3个月。

### 欧盟对铁或非合金钢焊缝管 再次启动反倾销日落复审调查

欧盟委员会近日发布公告,应欧盟焊管工业保护委员会的申请,对原产于中国、俄罗斯和白俄罗斯的铁或非合金钢焊缝管启动第二次反倾销日落复审立案调查。

2013年12月19日,欧盟对原产于中国、俄罗斯和白俄罗斯的铁或非合金钢焊缝管进行第一次反倾销日落复审立案调查,对乌克兰涉案产品进行第二次反倾销日落复审立案调查。2015年1月27日,欧盟对原产于中国、俄罗斯、白俄罗斯的铁或非合金钢焊缝管作出第一次反倾销日落复审肯定性终裁,对乌克兰涉案产品作出第二次反倾销日落复审肯定性终裁。

(本报综合报道)