



公司及并购法律评述
2019 年 8 月

上海
上海市银城中路 68 号
时代金融中心 16 楼和 19 楼
邮编: 200120
电话: +86 21 3135 8666
传真: +86 21 3135 8600

北京
北京市建国门北大街 8 号
华润大厦 4 楼
邮编: 100005
电话: +86 10 8519 2266
传真: +86 10 8519 2929

香港
香港中环皇后大道中 5 号
衡怡大厦 27 楼
电话: +852 2592 1978
传真: +852 2868 0883

伦敦
1F, 3 More London Riverside
London SE1 2RE
United Kingdom
T: +44 (0)20 3283 4337
D: +44 (0)20 3283 4323

www.llinkslaw.com

SHANGHAI
16F/19F, ONE LUJIAZUI
68 Yin Cheng Road Middle
Shanghai 200120 P.R.China
T: +86 21 3135 8666
F: +86 21 3135 8600

BEIJING
4F, China Resources Building
8 Jianguomenbei Avenue
Beijing 100005 P.R.China
T: +86 10 8519 2266
F: +86 10 8519 2929

HONG KONG
27F, Henley Building
5 Queen's Road Central
Central, Hong Kong
T: +852 2592 1978
F: +852 2868 0883

LONDON
1F, 3 More London Riverside
London SE1 2RE
United Kingdom
T: +44 (0)20 3283 4337
D: +44 (0)20 3283 4323

master@llinkslaw.com

简析中国法下照付不议条款的合法性

作者: 潘永建 | 朱晓阳 | 黄文捷

照付不议条款虽符合能源化工行业的惯例, 但该条款在某些情形下存在违法风险。本文中, 通力合规服务团队结合执业经验及重要案例对照付不议条款的合法性问题进行剖析。

一、 何为照付不议条款

照付不议条款(Take-or-Pay)原为天然气供应、电力供应等大宗能源合同中的常见条款。以天然气供应合同为例, 照付不议条款的主要内容: 在卖方履行照供不议义务的前提下, 买方在特定时期内需按照双方约定的照付不议量采购并接收货物; 买方的采购量未达到照付不议量的, 买方仍然应当补足采购量或就量差部分支付货款。买方补足的采购量为补提气量, 根据合同约定可以在规定时间内按产生顺序完成补提。

照付不议条款的核心是买方无条件和不可撤销的付款义务, 其本质是将买卖双方绑定, 从

For more Llinks publications, please contact:

Roy Guo: +86 21 3135 8756
Publication@llinkslaw.com

如您需要了解我们的出版物,
请与下列人员联系:

郭建良: +86 21 3135 8756
Publication@llinkslaw.com

通力律师事务所
www.llinkslaw.com

免责声明: 本出版物仅代表作者本人观点, 不代表通力律师事务所的法律意见或建议。我们明示不对任何依赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。

简析中国法下照付不议条款的合法性

而使得买卖双方共担市场风险、平衡双方经济利益、稳定供求关系。在天然气供应中，照付不议条款的核心是买方无条件和不可撤销的付款义务，其本质是将买卖双方绑定，从而使得买卖双方共担市场风险、平衡双方经济利益、稳定供求关系。在天然气供应中，卖方往往需要投入巨大的生产、运输、设施建设、设备安装等成本，为降低这些风险，照付不议条款应运而生。在天然气供应产业链中，上游与中游的照付不议条款时常会转移到中游与下游，以确保产业链的顺利发展。由于买方在照付不议条款下的付款义务，项目经营收入的现金流为项目融资贷款的偿还提供了可靠保证，照付不议合同成为能源项目融资的一种间接担保形式，同时也降低了能源项目的融资成本。¹

照付不议条款符合能源化工供应等行业之惯例。但是，买方在该条款下的付款义务十分严格，买卖双方的权利义务看似并不对等。并且，该条款的排他性质加上其他限制性的条款以及卖方的市场地位有可能产生排除竞争的效果。因此，照付不议条款可能存在违法风险。

二、 以合同自由为原则

根据合同法的合同自由原则，在不违反法律强制性规定的前提下，合同当事人可以依照自己的意思来订立、履行、变更和终止合同。合同自由原则同时对应民法的私法自治原则，即法律确认民事主体在民事活动中的意思自治，保障民事主体的自由意志。根据这一原则，合同当事人原则上可以自行约定合同的内容和形式；同时，依法成立并生效的合同属于合同双方的真实意思表示，对双方具有法律约束力。《合同法》第四条即规定，当事人依法享有自愿订立合同的权利，任何单位和个人不得非法干预。

根据合同自由原则和《合同法》第四条等规定，合同中约定的照付不议条款体现了买卖双方处置各自权利义务的意思表示，法律和行政、司法实践通常予以支持。例如，在翔鹭石化股份有限公司与林德气体(厦门)有限公司供用气合同纠纷案²中，林德气体要求翔鹭石化就最低购买量的差额支付全额货款的诉讼请求得到了法院的支持。在南京中油恒燃石油燃气股份有限公司等公司上市发行会议审核的过程中，发审委未质疑照付不议条款的效力，而仅就发行人是否按合同约定执行照付不议条款进行了询问并重点关注发行人的违约风险。

三、 合法性问题

尽管有上述分析，照付不议条款的合法性在某些情形下仍可能存疑。

1. 公平原则

作为合同法的基本原则之一，公平原则对合同效力的影响重大。法院在审理因照付不议条款引发

简析中国法下照付不议条款的合法性

的争议时，会从各方面进行综合考虑，以判断双方权利义务是否公平。

照付不议条款不因其约定买方的照付不议义务而属于显失公平的条款。显失公平的合同在订立之初就存在双方权利义务明显不对等、违反等价有偿原则的情形。与此不同，照付不议条款具有一定的商业合理性。尽管如此，如果合同双方的市场地位及谈判地位严重不对等，导致照付不议条款约定的数量、价格、赔偿责任等内容严重不合理时，则仍可能因违反公平原则导致照付不议条款显失公平，从而相对方可以有权要求法院或仲裁机构对该条款进行变更或撤销。

即使照付不议条款不被认定为显失公平，供货方也未必能够根据照付不议条款主张其在该条款下约定的全部权利。在普莱克斯(上海)工业气体有限公司与长兴凯鸿新型墙体材料有限公司买卖合同纠纷案³中，根据被告长兴凯鸿与原告普莱克斯签订的《产品供应协议》，被告应向原告每月采购不低于约定最低量的氧气，被告在任何月度的实际采购量低于该最低量的，被告应当按照最低购买量乘以产品单价支付价款；《产品供应协议》同时约定提前解除协议的违约金为协议剩余月度乘以每月最低购买量乘以产品单价。该协议约定的履行期限从 2011 年 3 月 31 日起至 2016 年 3 月 30 日止，但被告从未达到每月最低采购量的要求，且被告自 2013 年 9 月起便停止向原告采购并自此开始拖欠货款。原告于 2014 年 4 月 30 日行使合同解除权。截至合同解除之日，根据《产品供应协议》，被告已拖欠原告氧气产品价款共计 1,770,629.71 元。原告请求法院判决被告向其支付最低采购量差量的价款共计 1,770,629.71 元，并向原告偿付因被告根本违约导致合同提前解除而产生的违约金 1,336,760 元。经审理，法院判决被告向原告赔偿货款 419,359 元及违约金 307,455 元。

上述案例中，法院认可了原被告双方之间签订的《产品供应协议》下照付不议条款的效力。但是，法院并未完全根据原被告约定的照付不议条款约定的违约金数额进行判决，而是综合考虑合同履行情况、行业利润等因素，在计算赔偿货款时扣除了原告的成本等因素，以避免原告实际获得的赔偿远高于其可得利益。原告主张的货款为 1,770,629.71 元，即 2013 年 9 月至 2014 年 4 月 30 日期间内被告应当向原告采购的货款；法院支持的货款金额酌定为 419,359 元，即被告仅需支付最低采购量差额货款的 23%。同样地，原告主张违约金 1,336,760 元，即合同解除后剩余月度内被告应当向原告采购的价款；法院对此项诉讼请求仅支持 307,455 元。

2. 不可抗力

不可抗力是合同法规定的法定免责事由。因不可抗力不能履行合同的，违约一方可以根据不可抗力的影响部分或者全部免除责任。在照付不议合同中，不可抗力可能减轻或免除买方的付款义务或卖方的供货义务。根据合同法，不可抗力是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。照付不议合同对不可抗力的定义范围往往不限于法定范围，甚至可能包括一些可以预见的情形，例如法律变更、征收征用等。约定不可抗力的范围通常由双方谈判确定。

简析中国法下照付不议条款的合法性

计算最低采购量差额时，买方因不可抗力不能提取的货物数量可以从最低采购量中扣除。在中国铝业股份有限公司贵州分公司、贵州广汇天然气有限公司供用气合同纠纷案⁴中，被告贵州铝业的西片区因政府实施城市规划调整而于 2015 年度停产，法院认定该事件对贵州铝业而言属于不可抗力，因而该年度该片区的用气量可免于照付不议的义务。该案中，法院根据公平原则，以原告当年应收而未收的合同价款乘以当年的平均净利润率计算得出原告因被告违反照付不议条款而遭受的损失。

3. 反垄断法

照付不议条款本身并不一定存在反竞争的效果，但是该条款若与合同中其他限制性条款以及供货方的强势市场地位相结合，则可能违反反垄断法。

照付不议条款规定的照付不议量通常是以买方的实际需求量为基础计算的。如果约定的照付不议量与买方需求量基本等同，买方在约定的期限内完成照付不议量后，便无需再向其他供应商进行采购。即使照付不议的采购量并没有占到买方需求量的全部(例如只占 60%)，但由于产品的转换成本、产品的配适性和稳定性等因素，买方将剩余需求量转向其他供应商进行采购的可能性大大降低。因此，照付不议条款实质上可以限定买方只与该卖方进行交易，达到锁定买方需求、并事实上限定买方只与该供货方进行交易的效果。若卖方在相关市场具有支配地位，照付不议条款的这种客户需求锁定效果可能在相关市场产生排除、限制竞争的效果。供货方可能因此受到反垄断法下滥用市场支配地位行为的行政处罚，也可能需要承担反垄断法下的民事责任。

市场支配地位是指经营者在相关市场内具有能够控制商品价格、数量或者其他交易条件，或者能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场能力的市场地位。认定经营者是否具有市场支配地位时，通常考虑的因素有：经营者在市场上具有某种优势(如市场份额、技术、资源、资金等优势)、经营者在市场上不受其他经营者竞争的威胁与影响、经营者在市场竞争中取得了独立控制市场产品价格和供应的能力。具有市场支配地位的经营者可能为了维持或增加其在相关市场的竞争能力而利用其支配地位实施排除或限制竞争的行为，此即为滥用市场支配地位，通常表现为向交易相对方实施不公平的交易条件，包括掠夺性定价、拒绝交易、限定交易、搭售、价格歧视等。其中，限定交易这一滥用市场支配地位行为与照付不议条款的联系最为紧密。

在伊士曼(中国)投资管理有限公司滥用市场支配地位案⁵中，当事人伊士曼(中国)投资管理有限公司与六家直销客户签订了含有最低采购量条款和照付不议条款的醇酯十二成膜助剂销售协议。最低采购量条款约定了买方的最低年度采购量；照付不议条款则约定，买方若未能达到该最低年度采购量，应当于补救期内就差额下达订单并付款或补足差量的货款。上海市市场监督管理局认定：(1)当事人(伊士曼公司)在本案相关市场具有支配地位；(2)涉案照付不议条款产生了客户需求锁定的效果；(3)当事人实施照付不议条款产生了明显的反竞争效果。在认定涉案照付不议条款的需求锁定和反竞争效果时，上海市市场监督管理局列出如下理由：涉案照付不议条款约定的照付不议

简析中国法下照付不议条款的合法性

量占客户总需求的绝大部分(当事人与直销客户签订的六份协议约定的年度最低采购量均达到签约客户醇酯十二成膜助剂实际年需求量的 60%以上,其中有五份协议约定的年度最低采购量达到签约客户醇酯十二商品实际年需求量的 80%以上),加上转换成本、产品适配性、产品质量稳定性等因素,以及照付不议违约责任的约定,当事人的照付不议条款锁定了相关市场内具有一定影响力客户的大部分需求。当事人与客户又约定了最惠国待遇条款及补充折扣条款,进一步锁定了客户需求;不仅如此,当事人锁定的客户对相关产品的需求稳定,锁定部分的需求占市场总需求较高比例(以 2015 年为例,当事人通过上述两种协议锁定的客户需求量约占当年市场总销量的 20%以上),且被锁定需求部分的市场进入障碍极高,当事人实施照付不议条款和最惠国待遇条款限制了客户与其他竞争对手的交易,进而对相关市场产生了明显的排除、限制竞争效果。当事人的行为构成《反垄断法》第十七条规定的“没有正当理由,限定交易相对人只能与其进行交易或者只能与其指定的经营者进行交易”的滥用市场支配地位行为,上海市市场监督管理局就该行为对伊士曼处以 24,378,711.35 元的罚款。

值得注意的是,在伊士曼案中伊士曼还与买方约定了最惠国待遇条款,该条款的存在进一步加强了伊士曼对于买方的锁定效果,也是反垄断执法机构认定伊士曼构成限定交易的滥用市场支配地位行为的一个重要因素。最惠国待遇条款(most-favored-nation clause, MFN)是一种最优条件条款,源于国际经济贸易关系中常见的一项制度。在长期经济贸易和商业实践的发展下,处于行业上下游的经营者约定“最优交易条件”的条款维持交易关系,即约定合同一方给予另一方的交易条件不会劣于其给予第三方的条件。与照付不议条款相同的是,最惠国待遇条款本身并不一定违反反垄断法,需要结合案件具体的情形分析其对竞争的影响。在伊士曼案中,上海市市场监督管理局认为,伊士曼给予交易方在最惠国待遇价格的基础上的额外折扣之大,伊士曼的竞争对手因财力不足几乎无法提供同等折扣。实践中,买方也确实被这样的交易条件牢牢锁定,仅仅向伊士曼进行采购,具有显著的限定效果。照付不议条款与最惠国待遇条款相结合,更加“坐实”了伊士曼滥用市场支配地位的事实。

此外,除具有市场支配地位的竞争者使用照付不议条款(包括照付不议条款与其他条款相结合)可能构成滥用市场支配地位外,针对交易相对方的限定交易的行为还有可能构成反垄断法下的纵向垄断协议。无论是否具有市场支配地位,经营者都应注意照付不议条款违反反垄断法的风险。

四、 小结

综上,根据合同自由原则,照付不议条款在大部分情形下均受到法律和行政、司法实践的支持。并且,照付不议条款有利于产业链稳定、风险分担及项目融资的诸多优点使其成为化工能源行业通行的行业惯例。然而在特殊情形下,法院可能会依照公平原则以及实际履行中出现的不可抗力对照付不议条款下约定的买卖双方义务进行调整。若卖方在相关市场具有支配地位,且照付不议条款的实施又在相关市场产生明显的排除、限制竞争效果时,照付不议条款将因违反反垄断法而使得卖方面临行政处罚及民事赔偿责任。

简析中国法下照付不议条款的合法性

如需进一步信息，请联系：

作 者	
潘永建 电话: +86 21 3135 8701 david.pan@linkslaw.com	
上 海	
俞卫锋 电话: +86 21 3135 8686 david.yu@linkslaw.com	刘贇春 电话: +86 21 3135 8678 bernie.liu@linkslaw.com
余 铭 电话: +86 21 3135 8770 selenashe@linkslaw.com	娄斐弘 电话: +86 21 3135 8783 nicholas.lou@linkslaw.com
钱大立 电话: +86 21 3135 8676 dali.qian@linkslaw.com	孔焕志 电话: +86 21 3135 8777 kenneth.kong@linkslaw.com
吴 炜 电话: +86 21 6043 3711 david.wu@linkslaw.com	潘永建 电话: +86 21 3135 8701 david.pan@linkslaw.com
姜 琳 电话: +86 21 6043 3710 elyn.jiang@linkslaw.com	
北 京	
俞卫锋 电话: +86 10 8519 2266 david.yu@linkslaw.com	刘贇春 电话: +86 10 8519 2266 bernie.liu@linkslaw.com
杨玉华 电话: +86 10 8519 1606 yuhua.yang@linkslaw.com	
香 港(与方緯谷律师事务所联营)	
俞卫锋 电话: +86 21 3135 8686 david.yu@linkslaw.com	吕 红 电话: +86 21 3135 8776 sandra.lu@linkslaw.com
伦 敦	
杨玉华 电话: +44 (0)20 3283 4337 yuhua.yang@linkslaw.com	

© 通力律师事务所 2019

免责声明：本出版物仅代表作者本人观点，不代表通力律师事务所的法律意见或建议。我们明示不对任何依赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。

简析中国法下照付不议条款的合法性

¹ 黄振中, 张晓粉: 《浅论国际能源贸易中“照付不议”合同的特点与新趋势》

² (2018)闽 02 民终 232 号

³ (2015)浦民二(商)初字第 1963 号

⁴ (2018)最高法民终 500 号

⁵ 沪市监案处字(2019)第 000201710047 号