



**股份有限公司股东名册
封闭期规定的问题及修订建议** 001/

地产项目债务重组法律实务 009/

**图解 | 世界银行合规调查与
制裁解禁2022年度报告及实务观察** 022/

**有限合伙人在减资后, 对因减资前
原因产生的合伙企业债务如何承担责任?** 039/

**审判研究: 企业如何合规签订无
固定期限劳动合同? —— 以上海地区为例** 049/



股份有限公司股东名册 封闭期规定的问题及修订建议

作者：郭克军 贾琛 魏海涛 罗鹭



《公司法》第139条第2款规定,除法律对上市公司股东名册登记另有规定外,股份有限公司股东大会召开前二十日内,不得进行股东名册的变更登记(以下简称“股东名册封闭期”或“封闭期”)¹。然而前述规定与我国公司实务早已脱节,在事实上已被架空:一方面,在监管机构的认可下,境内公众公司仅设置股权登记日而不设置封闭期;另一方面,虽然无法适用境内股权登记日相关规则,H股公司也往往在公司章程中规定有别于境内法规的封闭期安排。特别是对于H股公司,境内及香港的规则差异使得封闭期规定的问题更为突出。本文即以H股公司适用境内封闭期规定的冲突与实操为主要切入点,介绍封闭期规定的适用问题,并陈述笔者对于该规定的修订建议。

第一部分\ 股东名册封闭期规定及其适用情况

(一)境内关于股东名册封闭期的规定

经检索,与封闭期相关的境内规定主要如下:

名称	生效时间	相关内容
《公司法》	1993.12.29	<p>第139条 记名股票,由股东以背书方式或者法律、行政法规规定的其他方式转让;转让后由公司将受让人的姓名或者名称及住所记载于股东名册。</p> <p>股东大会召开前二十日内或者公司决定分配股利的基准日前五日内,不得进行前款规定的股东名册的变更登记。但是,法律对上市公司股东名册变更登记另有规定的,从其规定。</p>
《到境外上市公司章程必备条款》(以下简称《章程必备条款》)	1994.08.27	<p>第38条 股东大会召开前30日内或者公司决定分配股利的基准日前5日内,不得进行因股份转让而发生的股东名册的变更登记。</p>

1.股利分配基准日前亦有封闭期要求,本文相关分析可予参照,但限于篇幅不做进一步探究

国务院于2019年10月曾出具《国务院关于调整适用在境外上市公司召开股东大会通知期限等事项规定的批复》(国函〔2019〕97号),明确境外直接上市公司召开股东大会的通知期限、股东提案权和召开程序的要求统一适用《公司法》的规定,但对于封闭期规定未予明确。

此外,《章程必备条款》要求境外上市公司“应当在其公司章程中载明《必备条款》所要求的内容,并不得擅自修改或者删除《必备条款》的内

容”。即使按照上位的《公司法》规定将封闭期缩短为20日,基于《公司法》及《章程必备条款》的规定,H股公司对其H股股东名册仍需严格执行较长的封闭期要求²。

(二) 港股关于股东名册封闭期的规定

经检索,与封闭期相关的港股规则及相关香港法律主要如下:

名称	相关内容
香港联交所综合主板上市规则(以下简称“香港上市规则”)	<p>13.66(1)发行人于暂停办理其香港上市证券的过户或股东登记手续前,须按照以下规定公布有关上述暂停过户的安排:供股者须至少6个营业日前通知,其他情况则须至少10个营业日前通知。……如发行人选择不暂停过户而采用记录日期,本规定适用于记录日期。</p> <p>附录三20. 股东名册香港分册必须可供股东查阅,但可容许发行人按与《公司条例》第632条等同的条款暂停办理股东登记手续。</p>
《公司条例》	<p>632. 封闭成员登记册的权力</p> <p>(1)公司可在按照第(2)款发出通知后,将其成员登记册或该登记册内关乎持有任何类别的股份的成员的部分,封闭一段或多于一段期间,但在任何一年之中,封闭期合计不得超过30日。</p> <p>……</p> <p>(3)就任何一年而言,第(1)款所述的30日期间,可藉于该年内通过的公司成员的决议,予以延长。</p> <p>(4)第(1)款所述的30日期间,不得在任何年度延长一段超过30日的额外期间,或多于一段合计超过30日的额外期间。</p> <p>……</p>
香港联交所有关披露记录日期、暂停办理股份过户登记及交回股份过户文件之最后时限的指引	<p>记录日期及截止过户期:记录日期(Record Date)是发行人确定符合资格出席股东大会并在会上投票或领取股份权益的登记股东名单之日。在香港及其他尚有实物股票的证券市场,股份过户登记办理需时,发行人通常会公布在一段时间内(例如2008年9月1日至5日,包括首尾两天)暂停办理股东名册的任何股份过户登记,这段期间称为截止过户日期(Book Closure Period)。不过,也有部分发行人只需要一天时间,甚至在记录日期当天结束的时候,便能根据更新后的股东名册资料来确定符合资格的股东身份。</p>

2.按照A股监管口径,A+H上市公司就其A股股东名册无须设置封闭期

根据笔者与香港律师的沟通,香港联交所并未明确规定封闭期的天数,港股上市公司通常按照惯例及股份过户登记处的要求设置封闭期,最短不少于2个交易日。

(三) 法规冲突下H股公司的变通做法

基于上述规定,如严格执行境内封闭期规定,由于需要提前10个营业日公告暂停过户安排,H股公司需要提前1个月以上确定股东大会时间,严重影响决策效率;在较长的股东名册封闭期间,股票交易情况与股东名册记载情况可能发生较大差异,不便实施收购交易等行动,多次召开股东大会还可能突破30天(可经股东大会决定延长至60天)的封闭期上限。

考虑到种种潜在不利因素,许多H股公司并未严格执行境内的封闭期规定,而是“两害相权取其轻”,在其章程中设置了有别于《章程必备条款》的封闭期条款。



第二部分\

H股公司章程的封闭期条款实践操作及建议

按照类型划分,笔者对部分典型的封闭期条款摘录分析如下:

类型一:严格遵守《章程必备条款》封闭期要求

公司	章程相关内容
A公司	股东大会召开前30日内或者公司决定分配股利的基准日前5日内,不得进行因股份转让而发生的股东名册的变更登记。
B公司	股东大会召开前30日内或者公司决定分配股利的基准日前5日内,不得进行因股份转让而发生的H股股东名册的变更登记。A股股东名册的变更适用国内有关法律法规。

类型二：在公司章程中作出变通规定

公司	章程相关内容
C公司	法律、行政法规、其他规范性文件及公司股票上市地相关证券交易所或监管机构对股东大会召开前或者公司决定分配股利的基准日前，暂停办理股份过户登记手续期间有规定的，从其规定。
D公司	股东大会召开前30日内或者公司决定分配股利的基准日前5日内，不得进行因股份转让而发生的股东名册的变更登记。法律、行政法规、部门规章、规范性文件及公司股票上市地相关证券交易所或监管机构另有规定的，从其规定。
E公司	股东大会召开前20日内或者公司决定分配股利的基准日前5日内，不得进行因股份转让而发生的股东名册的变更登记。但是，法律对上市公司股东名册变更登记另有规定的，从其规定。
F公司	股东大会召开前30日内或者公司决定分配股利的基准日前5日内，不得进行因股份转让而发生的股东名册的变更登记。公司证券上市地证券监督管理机构另有规定的，从其规定。

无论是类型一还是类型二，据笔者了解及检索，H股公司并未因封闭期违反《公司法》或香港《公司条例》而受到处罚或接受监管问询的先例，

包括公司章程未做变通规定，但封闭期仅为5天左右的情形，如：

公司	相关情形
G公司	2022年前股东大会按照30天暂停过户，2022年起股东大会按照5天暂停过户，公司章程相关规定前后未发生变化，均为“股东大会召开前30日内或者公司决定分配股利的基准日前5日内，不得进行因股份转让而发生的股东名册的变更登记。公司证券上市地证券监督管理机构另有规定的，从其规定。”
H公司	公司章程规定为“股东大会召开前30日内或者公司决定分配股利的基准日前5日内，不得进行因股份转让而发生的股东名册的变更登记”，但实际按照5天暂停过户
I公司	公司章程对于封闭期的例外规定为“但是，法律对上市公司股东名册变更登记另有规定的，从其规定”，在法律并未另有规定的情况下，实际按照5天暂停过户

结合上述商业及监管实践，在封闭期相关的境内法律法规尚未修改的情况下，由于境外上市后的持续监管以上市地监管机构为主，笔者理解在公司章程中封闭期作出变通规定，允许设置较

短封闭期是最大程度兼顾合规性和实际需要³的做法。在此基础上，公司章程的表述应为设置较

3. 对于《公司法》封闭期要求与香港《公司法例》封闭期上限的冲突，现行规定并未提供明确的解决办法。由于境内外法律规则适用问题的复杂性，本文不展开论述，仅就监管实践而言，公司在境外上市后的持续监管以上市地监管机构及相关规则为主。

短封闭期提供充分的依据。

考察现有案例，C公司、D公司、E公司并未考虑到法律法规及上市地监管规则存在冲突的情况，相关条款的表述不甚恰当，建议参考F公司章程的表述，明确上市地监管规则另有规定的，从其规定，并可适当调整表述如下：

“股东大会召开前20日内或者公司决定分配股利的基准日前5日内，不得进行因股份转让而发生的股东名册的变更登记。公司适用的证券上市地法律、法规及监管规则，以及证券上市地证券监督管理机构另有规定的，从其规定。”



第三部分\

对《公司法》第139条第2款的进一步思考

与目前A股上市公司采用的股权登记日制度类似，股东名册封闭期的目的是确定出席会议、行使表决权等权利的股东。在证券登记及转让尚未电子化的时代，公众公司完成股份登记及变更股东名册可能耗费较长时间，股东名册封闭期制度的存在有其必然性及合理性⁴。但是，随着无纸化证券改革的推进，电子化的证券持有人名册实质起到了公众公司股东名册的作用，且通过与证券账户的连接近乎实时地反映股票变动，股东名册封闭期制度就逐渐变得不合时宜起来，逐步为各国或地区放弃。

笔者检索了美国、日本、台湾、香港的相关法规，美国示范商业公司法（MCBA，系美国律师协会起草的示范法，影响了美国多个州的公司法立法）早已删去曾有的封闭期规定，仅保留股权登记日（record date）⁵，美国的证券交易所亦仅要求设置股权登记日⁶；日本商法已删去封闭期与股权登记日择一实施的条文，现行会社法仅保留

4. 美国示范商业公司法（MCBA）关于封闭期及登记日规定的演变过程参见[美]罗伯特·W. 汉密尔顿. 公司法概要[M]. 李存捧, 译. 中国社会科学出版社, 1998:148-150及[美]罗伯特·W. 汉密尔顿. 美国公司法[M]. 齐东祥, 等译. 法律出版社, 2008:194-196

5. 参见https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/business_law/corplaws/2020_mbca.pdf

6. 如纽交所, 参见https://www.nyse.com/publicdocs/nyse/markets/nyse/NYSE_2022_Annual_Guidance_Letter.pdf

股权登记日(基準日)⁷;香港公司条例不强制要求封闭股东名册,且港股上市规则允许仅设置记录日期但不设置封闭期(截止过户期);仅台湾地区公司法规定了较长封闭期要求(股东常会开会前60日内、股东临时会前30日内)⁸。

我国《公司法》于1993年制定时即写入了封闭期规定:“股东大会召开前三十日内或者公司决定分配股利的基准日前五日内,不得进行前款规定的股东名册的变更登记”,并在2005年修订时将期限缩短为“二十日”及增加但书“但是,法律对上市公司股东名册变更登记另有规定的,从其规定”。

但有趣的是,境内公众公司长期以来并不执行上述封闭期规定^{9 10},而是依据《上市公司股东大会规则》¹¹等规定确定股权登记日,在股权登记日持有股票的股东有权出席股东大会并表决。有观点认为¹²,《证券法》第108条规定“证券登记结算机构根据成交结果,按照清算交收规则,与证券公司进行证券和资金的清算交收,并为证券公司客户办理证券的登记过户手续”,对上市公司股东名册的变更另有规定,因此无须执行封闭期规定。笔者理解这种观点略显牵强,严格而言,股权登记日制度目前并无明确的法律依据,只是监管机构已充分认可境内公众公司采用股权登记日。

因此,结合H股公司对封闭期规定的变通做

法来看,《公司法》第139条第2款长期以来处于实质空置的状态。

随着境外上市新规的临近,已经陈旧的《章程必备条款》即将完成其历史使命¹³,被空置的《公司法》第139条第2款似乎也同样失去了存在的必要。但《公司法》还需要对股权登记日的合法性作出回应,因为在股权登记日制度下,若登记日后新股东取得了股票,表决或红利分配发生在新股东持有该公司股票之后,其表决权或分红权就在事实上被延后了,这种对股东权利的限制正需要法律予以回应,而非仅规定于下位规范之中。

2021年底征求意见的《公司法(修订草案)》并未删改第139条第2款,似乎这条“过时”的规定并未引起立法者的注意,实属遗憾。在未来的二审稿中,笔者建议删除《公司法》第139条第2款的规定,并结合境内外已有的实践经验,将股权登记日相关规定置入《公司法》股东名册相关制度中,主要涉及如下内容:

(1) 股权登记日为确定股份有限公司股东及其持股身份的日期,于股权登记日在册股东有权行使相应权利或承担相应义务,具体日期通常

7. 参见<https://www.japaneselawtranslation.go.jp/en/laws/view/4135>

8. 参见<http://www.selaw.com.tw/LawArticle.aspx?LawID=J0080001>

9. 经检索,至少在2000年后,大部分沪深交易所上市公司未在股东大会通知明确封闭期相关内容,且其通知所载股权登记日与股东大会召开日通常相隔不超过20日

10. 封闭期规定空置的讨论还可参见范中超,《无纸化之后股份登记的异化与立法变革》[J].《证券法苑》,2011,5(02):952-953.

11. 新三板挂牌公司按照《全国中小企业股份转让系统挂牌公司治理规则》确定股权登记日,在该规定于2021年实施之前,并无专门针对新三板挂牌公司的股权登记日规定

12. 参见宋燕妮,赵旭东,等.《中华人民共和国公司法释义》[M].法律出版社,2018:279-280

13.《境内企业境外发行证券和上市备案管理办法(征求意见稿)》第二十四条:“……《关于执行(到境外上市公司章程必备条款)的通知》同时废止。”

由董事会决定。

(2) 股权登记日适用情形为确定出席股东大会的股东身份、确定参与红利分配及拆股的股东身份及法律规定的其他情形。

(3) 股权登记日与股东大会召开日期、除权除息日的间隔时间应设置合理上限,如目前境内上市公司股权登记日与会议召开日期间隔不得超过7个工作日。☞



郭克军
合伙人
资本市场部
北京办公室
+86 10 5957 2082
guokejun@zhonglun.com



贾琛
合伙人
资本市场部
北京办公室
+86 10 5957 2428
jiachen@zhonglun.com



魏海涛
合伙人
资本市场部
北京办公室
+86 10 5957 2429
weihaitao@zhonglun.com

地产项目债务重组法律实务

作者：邓福荣



房地产行业高速发展10余年,在“房住不炒”的宏观背景以及2020年8月“三道红线”政策后,因房地产业的发展模式及市场发展规律、政策执行力度、国家宏观调控等多方面的原因,房地产市场从2021年9月开始经历行业“缩表”的阵痛,不少大型房地产企业先后出现债务风险,面临诸多的困难处境,继而影响资金方、施工方、材料设备供应方及购房业主等多方主体。房地产市场影响国民经济及民生多个方面,在行业困境下,政府亦在监管、维稳、施救等多方面遇到难题。表面上看,各方主体皆可按政策与法律处理,但实操中,商业诉求与法律的平衡,经济效果与社会效果、法律效果的协调,社会资源的调度与节约,仍需探索最佳路径。

单纯的法律手段难以解决问题的情形下,笔者认为:房地产困境的解决,最终需要落实到具体的房地产项目庭外重组与盘活。开展全行业性的政策拯救或对大型地产公司进行全面的庭外重组盘活,需假以时日并多方共同努力。因此,结合近一年多的地产项目重组盘活经验,笔者希望从政府管理、商业诉求、法律实践等方面,为各方在房地产项目困境中破局提供些建议,达到解决具体房地产项目的实际问题,使项目价值最大化,最大程度实现各方利益诉求,从一定程度上缓解目前房地产困境。

本文仅就困境项目的成因、市场常见盘活方案等问题,从法律角度予以整理,请勿以此作为法律意见在实践中套用。

第一部分\

困境项目出现的背景

房地产行业经过十多年的快速发展之后,地产的金融属性、投资属性凸显。金融资源过度集中到地产行业,房价虚高,金融杠杆不断放大,行业资金的高成本传导至其他领域,导致房地产行业危机重重,如不加以调整,将对社会经济运行

甚至社会稳定带来重大不利影响。

2020年8月,中国人民银行(以下简称“央行”)、住房和城乡建设部(以下简称“住建部”)召开房企座谈会并约谈12家房企,明确了资金监测和融资管理规则——“三道红线”。“三道红线”之后,政府继续出台一系列政策收紧房地产融资。12月28日,央行与中国银行保险监督管理委员会(以下简称“银保监会”)发布《关于建立银行

业金融机构房地产贷款集中度管理制度的通知》(银发〔2020〕322号),根据银行业金融机构资产规模及机构类型,分档对房地产贷款集中度进行管理,规定了每家银行的“房地产贷款余额比率”和“个人抵押贷款余额比率”。

2021年2月,国家自然资源部发布住宅用地分类调控文件,明确了重点城市要对住宅用地实行集中公告、集中供应,实施“两集中”土地使用权出让制度的22个重点城市,除包含北上广深4个一线城市外,还有南京等18个二线城市,该政策加剧了房地产企业拿地的资金集中度。3月26日,银保监会、住建部和央行联合发布《关于防止经营用途贷款违规流入房地产领域的通知》(银保监办发〔2021〕39号),提出加强经营用途贷款审查要求,从个人住房贷款方面(产品消费者资金)控制资金违规流入房地产。

多重调控政策的出台,对房企的融资能力和现金流管控能力提出了更高要求,长期依靠高周转、高杠杆进行发展的房地产行业开始“失速”,行业融资、供地、销售等,均逐步出现不同程度的同比、环比下降。部分房企因为融资困难、现金流紧张,出现信用危机甚至破产,购房业主观望情绪浓厚,新房销售不畅,整体房地产市场进入寒冬,部分头部房企陷入流动性危机。

2021年9月下旬,实施了一年多的各种紧缩政策后,政府开始出台相关政策,释放积极信号。

9月24日,央行货币政策委员会2021年度第三季度例会,提出“两个维护”,即维护房地产市场的健康发展、维护住房消费者的合法权益。9月29日,央行和银保监会联合召开房地产金融工作座谈会,进一步强调金融部门要准确把握和执行好房地产金融审慎管理制度,要求金融机构要配合相关部门和地方政府共同做到“两个维护”。10月20日,刘鹤副总理在2021年金融街论坛年会开幕式上书面致辞中,提出统筹做好金融风险防控,并指出目前房地产市场出现了个别问题,但风险总体可控,合理的资金需求正在得到满足,房地产市场健康发展的整体态势不会改变。11月,中央政治局会议,12月中央经济工作会议,均释放积极信号。央行、银保监会出台《关于做好重点房地产企业风险处置项目并购金融服务的通知》,鼓励银行稳妥有序开展并购贷款业务,重点支持优质的房地产企业兼并收购出险和困难的大型房地产企业的优质项目,之后一直到2022年上半年,包括支持AMC纾困房地产项目的政策多次释放利好信息。11月11日,人民银行与银保监会发布《关于做好当前金融支持房地产市场平稳健康发展工作的通知》(以下简称“《**十六条**》”),从房地产融资、保交楼金融服务、做好受困房企风险处置、住房金融消费等六个方面缓解房地产市场各主体资金紧张程度。

利好政策的出台,减缓了房地产行业失速的

情况,但并未有效解决困境房企的资金需求,房地产企业流动性困难仍然持续,房地产企业“暴雷”宣布债务违约的情形增加,自2021年下半年开始,很多地产公司陆续开始进行债务重组,个别大型房企进入破产重整边缘。截至2022年10月,已有十多家大型房地产公司进入庭外重组程序,部分公司在香港被提起清盘程序,地价、房价进一步下降,房地产去化周期延长一倍甚至更久,理财产品投资人收回投资心切,部分楼盘交楼困难,个别项目购房业主集体断供断贷,大型施工企业被拖累,诸多在建项目停建,预售楼款被掏空,大部分项目亏损导致无法再融资,工程

款、房屋买卖、房地产项目合作、房地产融资等方面的争议案件大幅上升。《十六条》的出台将有利于市场信心的建立并对行业提供实际的支持,但效果呈现需要数月时间。

在流动性整体不足和资源有限的背景下,纾困具体项目而不是救助整个地产集团公司,已经形成市场共识,从“保交楼、保稳定”及房地产金融稳定的角度看,市场需要对大量困境项目进行重组。

第二部分\

困境项目重组的基本原则

本文探讨的困境房地产项目,原则上需资大于债,或者通过政府行政赋能可以改善其资产平衡情况,以达到重组的基本条件。

困境房地产项目公司重组的主要原则有:

(一) **各方合意**。主要债权人与债务人同意并配合重组,原有债权人受偿顺序基本不变,用于重组盘活增量资金优先于所有资金兑付。

(二) **资产保护**。重组资产需要进行一定程度的资产保护措施(非逃废债),避免在重组过程中被其他关联公司或母公司的债务干扰,影响重组目标实现。

(三) **第三方操盘**。项目操盘原则上委托债务人以外的有实力的第三方,项目操盘共管,以恢



复各方对项目、对公司的信心。

(四) **行政赋能**。政府支持重组，在维稳、规划、自然资源、建设、金融等方面提供支持，提升项目价值，维护社会稳定、项目经营稳定，保障民生。

(五) **增量资金支持**。需要现有债权人或第三方提供项目后续发展资金的支持。

(六) **项目品牌更换**。在困境地产公司品牌严重受损的情况下，需第三方（操盘方或投资方）授予项目新品牌，增加项目品牌溢价、消费者信心，提高项目去化速度。

第三部分\

困境项目重组的法律尽职调查

困境项目受制于多个方面且难以突破的一个重要原因是：各方对于项目盘活的信息没有具体可见的信息予以支撑。各方主体对单个房地产项目情况客观上存在信息获取不平等、不对称，但救活项目必须是相关各主体协商一致，利益平衡，故原有的信息壁垒应该被打破，信息通过法律、财务、工程等由专业机构尽职调查，实现信息共享透明，解决各方互信问题，方便各方对自身在项目中的权益做到心里有底，从而适当让渡利益，支持项目重组方案，避免各方争相采取查封冻结措施、挤兑资产、项目烂尾的局面，从而形成各方同意的项目重组方案并使项目价值最大化。

(一) 项目尽职调查

尽职调查除一般性应该关注的事项外，对困境项目的尽职调查，可考虑从以下八个方面进行重点梳理：(1) 土地及房产基本信息及权利限制情况；(2) 项目货值与去化周期；(3) 项目成本及税负；(4) 项目共管情况；(5) 项目进度情况，含施工、预售等；(6) 已有债务种类、金额、已经支付开发资金、后续开发所需资金、时间；(7) 项目债权人、施工方、供应商等各方主要诉求；(8) 项目业态、容积率等主要规划指标调整空间。

项目尽调为项目重组方案服务，在尽调中需要对现状摸清，为方案涉及的问题提出解决路径。

首先，针对项目的不同情况其侧重点会有所不同，在调查土地及房屋权属时，要注重关注土地、在建工程等核心资产是否存在被其他债权人查封、冻结、抵押、质押等权利限制情形，另外应对土地及房屋权属的确定性进行验证。

其次，需特别关注房地产项目的货值、成本及税负情况，这直接影响投资人对项目盈利的经济测算，决定后续项目重组方案。项目货值，可从项目规划建筑面积、可售面积（分住宅、商铺、车库等各种业态）、自持面积、已售面积、应收销售款、已收销售款、在途回款、可售面积单价区间（分住宅、商铺、车库等物业类型）、平均单价预估、去化周期预估等相关可量化、较为具体、更为

直观的经济指标进行判断分析;商品房销售/预售许可证获取情况,如有分期开发,也应要求提供各期的取得情况,及尚未取得预售证的部分预计取得时间等资料信息。

第三,项目当前的进度情况以及共管情况。进度情况包括工程形象进度、项目已经取得的所有证照、是否达到当地预售条件(预售条件、实际进度)、预计完工日期(主体封顶、安装、装修等完成日期)、预计竣工备案日期(分期分业态),以及是否存在停工或预计将停工的情形,尚需工程款金额及支付时间等。项目共管情况表现为权属人对项目的掌控度,与项目公司融资、财务等情况相关联,可从目前公司账户共管、印鉴(公章财务章及法人章)、证照共管、项目流程及重要进度资料共管情况进行了解。

第四,就可能存在的项目解封方案尽调。实践中因部分房地产项目已被法院查封,故需了解包括各方解封的具体诉求,解封所需的担保措施。了解新增担保、资金封闭运行、账户及证照共管、进度控制、当地政府相关部门对项目的介入情况等。

第五,项目业态与容积率调整、相关配套调整空间等尽调,主要是在项目自身不能收支平衡时,为寻求政府行政赋能提供相应技术依据。

(二)项目公司尽职调查

就项目公司的尽调,应着重关注如下六个方面的内容:(1) 股东;(2) 公司融资及担保;(3) 债权债务;(4) 诉讼、仲裁及行政处罚;(5) 公司财务;(6) 项目公司股权质押。

第一,原有投资者即项目公司股东作为公司得以存在的核心要素,对其尽调显得尤为重要。困境下的房地产项目,普遍存在公司股权已质押给其他债权人,或被让与担保,公司暴雷后股权被其他债权人查封、冻结或采取其他司法强制执行措施、行政冻结措施,故需要由项目公司股东对前述事项予以说明,以判断公司控制权的稳定性及资产保护的难度。股东需就与其他合作方的合作情况,股权代持情况,合作方在项目中的权益(包括分红或对项目物业分成等)、对项目参与监管的情况,与其他股东是否存在纠纷或矛盾等进行说明并提供相应资料。

第二,公司融资及担保情况。应要求被尽调方提供尚未清偿的所有融资(包括融入、融出,包括与银行、其他金融机构、股东或其他任何第三方之间的融资行为,还包括以股权、收益权等的转让和回购等名义订立的融资合同)的清单及对外担保的清单,并就涉及到的合同、金额、余额、期限、担保措施等予以说明并提供相应资料。

第三,经营性债权债务情况。除前述融资资料外的债权债务,如应收款(包括其他应收款)、

应付款(包括其他应付款),以及股东及股东的关联公司与公司所有的债权、债务、担保及关联交易的清单,并就涉及到的相关情况予以说明并提供相应资料。

第四,法律诉讼及争议情况的情况。实践中,调查重点分为两块,一是已产生诉讼、仲裁及执行的调查,二是违约及违规情况的调查(即引发新诉讼及处罚的可能性)。

第五,公司财务部分情况,主要包括《企业信用报告》、最近一期的资产负债表、最近一年的财务审计报告以及是否存在资产负债表之外的重要的或有债权债务文件、资金往来情况,如或有担保等。

根据上述尽职调查结果,实现项目信息共享,打消债权人与投资人疑虑、树立市场对项目的信心,为后续各方主体就项目救活达成一致意见提供前提和基础。

第四部分\

困境项目重组方案

目前房地产项目庭外重组案例中,重组方案主要包括重组主体、资产保护、交易结构、行政赋能、项目操盘、资金投入、项目销售与招商运营、债务清偿等内容,对于城市更新项目,有一些特别注意事项。

(一)重组参与主体

重组参与主体主要包括投资人、债权人、债务人、代建人、政府等。

重组投资人是重组过程中的重要角色,通常包括新引进的投资人、现有债权人中的债权人等两类。具体根据对项目的信心、资金成本、引进效率等方面确定具体的投资者。新引进的投资者主要包括资产管理公司、房地产投资基金。现有债权人作为新投资人,有对项目了解、引进效率高的特点,但也有其自身资金使用限制方面的局限。新投资人则面临不熟悉项目、引进时间长的局限。

由于没有进入破产重整程序,庭外重组不受相关破产程序强制,所以项目公司债权人、项目公司及其实际控制人的主动积极参与、支持,对于重组成功至关重要。

代建人作为树立各方信心的重要角色,往往由央企、地方国企、公信力及操盘能力较强的地产公司等承担,代建方有可能输出自己品牌作为项目的新品牌,以增强市场对项目的信心,促进项目销售。如果项目公司自身市场声誉较好,亦可以考虑仍然由其操盘,但此种情形很难获得债权人及购房业主的充分信任,不能使项目溢价。

困境项目重组必须行政赋能时,政府则成为庭外重组不可或缺的重要参与方。

(二) 资产保护

房地产项目发生困境,其背后是整个地产集团公司的债务相互关联、资金混用、项目超融超调,因此,对项目资产采取保护措施就显得尤为重要,否则,重组过程中甚至重组成功后,大概率会发生因其他关联公司或实际控制人的债务,而将重组的项目公司重新拖入债务泥潭。

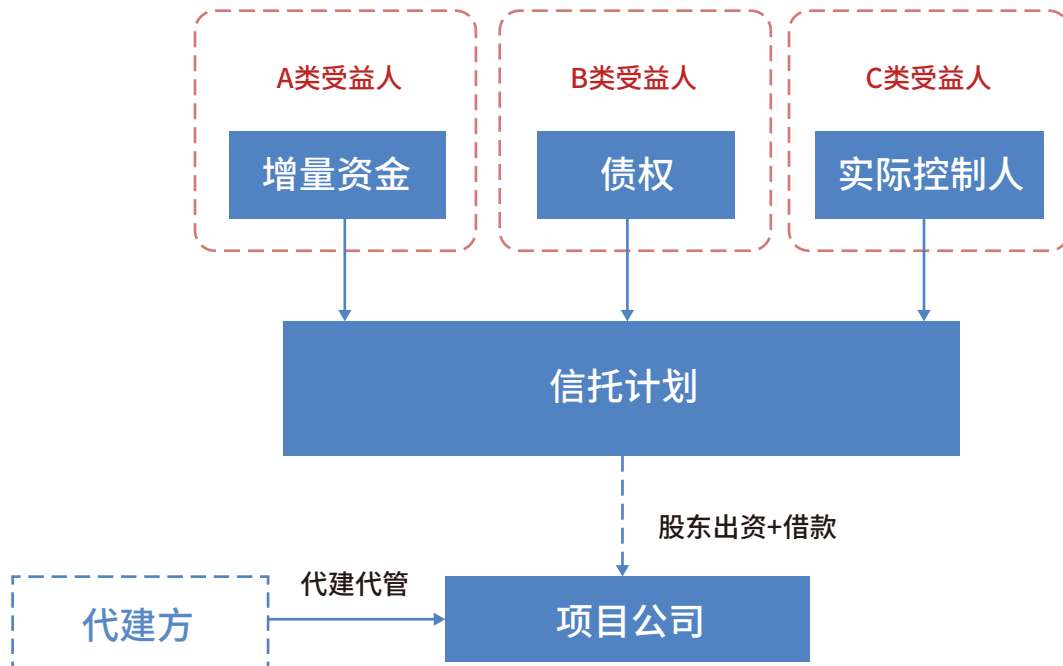
目前,采取资产保护的常用方式包括信托服务与设立SPV两种,其作用是通过信托服务或将股权过户给新设的SPV,使项目公司与项目公司原实际控制人及关联公司脱钩,不受关联公司债务拖累。

为避免逃废债嫌疑,项目公司原股东仍然在资产保护的交易结构中持有项目公司股权,但根据原债务顺序,原股东处于中间或劣后的受益人顺序,依然对项目享有相应权利。

(三) 重组交易结构

重组项目的交易结构,目前市场上通行的是信托服务结构与有限合伙作为SPV结构。但无论哪种交易结构,其目的是进行资产保护,不受项目公司原关联公司的债务影响、决策影响,同时方便债权清偿的顺序安排及投资者的加入。

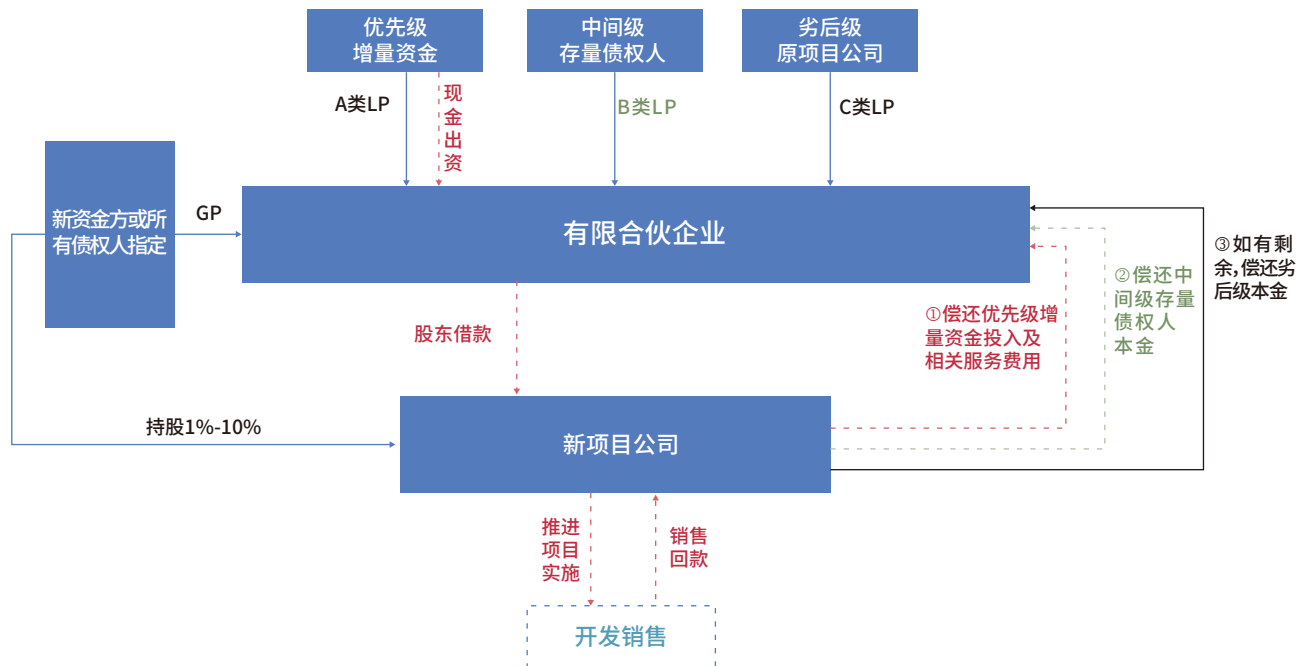
信托服务结构主要如下:



在重组过程中,应债权人要求,项目公司(或其母公司)作为委托人,将项目资产或项目公司股权作为信托财产委托信托公司设立财产权信托。在受益人中,根据项目情况,将资金投入方、现有债权人、债务人等安排优先、中间、劣后的受

益人多层级顺序,项目收益按受益人顺序分配,进而按照法定与约定的顺序实现债权。同一顺序中有两人或以上的,按照比例分配。

有限合伙结构如下:



在基金LP/GP层面,根据项目情况,将资金投入方、现有债权人、债务人等安排优先、中间、劣后的多层级顺序,项目收益按LP顺序分配,进而按照法定与约定的顺序实现债权。同一顺序中有两人或以上的,按照比例分配。

政府行政赋能,难以重组。行政赋能的具体内容见本文第五部分。

(四) 政府行政赋能

政府行政赋能是解决项目稳定、收支平衡、去化周期等重要措施之一,大多数困境项目没有

(五) 重组项目操盘

项目操盘通常由代建人承担,债权人与代建人共管代建章证照,债权人对操盘中的重要事项如项目定位、方案设计、进度控制、成本控制、工程发包及销售定价等有最后决定权。项目公司原股东虽劣后于其他债权人,有些项目因历史遗留

问题需要原股东继续协调帮助的,原股东或项目公司原管理人员继续参与项目操盘。债权人、原股东在项目操盘中的具体权利分配,需要根据项目情况确定,不能一概而论。代建人是受原股东与债权人委托操盘,其法律地位系代理角色。

(六) 增量资金与封闭运作

项目所需增量资金,来源于现有债权人的新投资或其他投资人的投资。增量资金额度视项目具体情况与需求确定,仅限于本项目必须使用的资金。《十六条》已经有支持金融机构对新增配套融资支持的规定,增量资金“后进先出”,且使用年限最长可达三年,同时明确了资金封闭运作,该资金封闭从项目微观上进行管理,与项目保护从项目宏观上隔离风险相辅相成,确保资金安全。

项目前期阶段,涉及缴纳地价或城市更新项目的前融,则因融资政策限制原因,资金来源渠道受限。如果土地来源于招拍挂的公开市场,则融资缴纳地价需要行政赋能许可。

另外,在资金投入中,有部分项目存在维稳资金的贡献,主要是在政府要求下,给予项目公司相关资金,之后支持其他兄弟公司保交楼、保稳定项目。该部分资金实际上是债权人及项目实际控制人各方对维稳相关任务达成的妥协。

(七) 项目销售

项目销售时点与销售定价,为各方意见容易分歧的问题。虽然价格销售越高、周期越短,是各方共同追求的目标,但由于对市场的判断,债权优先劣后不同,各方债权人关注点难以完全统一。尤其是增量资金债权人与有优先权的债权人,债权延期的成本及未来市场的不确定性,会促使他们希望尽早销售。作为劣后的原股东或实际控制人,也非常希望项目能在偿债后有余值分配,在现有市场下行的时候,希望延期销售以等待更好的行情。因此,在交易方案中对销售定价与销售时点如何确定,需要进行相应的约定。

项目销售资金管理,应当划入增量资金提供方参与共管的专用账户,在资金封闭与资产保护的大前提下,确保资金用于项目及增量资金的优先偿还。

(八) 项目债务清偿

项目开发完成后,按照交易方案确定的清偿顺序清偿债务。增量资金优先受偿(即后进先出),其次为项目有抵押权的债权,再次为普通债权,最后是股东权益。股权质押的债权,优先于股东,但如果无抵押增信措施,在项目公司的偿还层面,则与项目公司普通债权受偿顺序无异。

项目代建费用、工程款等,优先于所有债权,

代建费用优先其他债权源于重组协议的约定,工程款系法定优先债权。

项目开发完毕时债务依然无法全部清偿时,应部分债权人的要求,项目公司进入破产清算程序。

(九) 亏损项目重组

如果项目最终开发完毕亦出现亏损,则需要根据项目情况另行确定方案。如果项目条件及规划条件允许变更业态、容积率、增加学位等指标提升项目价值,且提升后能达到项目收支平衡,则需要行政赋能,之后重组。如果项目净值亏损且无法行政赋能,则可能依赖兄弟公司项目支持,确保交楼稳定,但无法偿还相关债务。《十六条》也规定了剩余货值销售回款不能覆盖专项资金(指纾困专项资金)与新增配套融资(增量资金)的情况下,已经明确还款来源的,可以提供资金。既不能获得行政赋能提升价值,又无兄弟公司利润支持或其他还款来源的项目,只能走向破产重整或破产清算程序,具体不在本文探讨。

(十) 争议解决对重组的辅助

困境项目基本都面临诉讼(仲裁)查封、冻结甚至拍卖执行,各类债权人因不同利益诉求采取力所能及措施对项目资产权利予以限制。在资产保护完成之前,参与重组的债权人可采取查封冻结措施对特定资产限制转让或被他人采取强制

措施,在资产保护完成之后再解除限制措施,释放项目,办理开发手续。

第五部分\

困境项目重组中的行政赋能

政府介入项目重组或施救方案的制定与实施,是困境项目后续能否顺利完成开发的重要保障。政府权威性高,执行力强,有利于调动资源,可短时间内集中资源处置局部风险,避免局部风险转化为全局风险。因此地方政府积极介入困境项目的风险化解,有利于提振社会和市场对困境项目化解危机的信心,争取重组的时间与空间。

在中央政府层面,一般通过政策调整(地产调控政策、金融监管政策)结合金融工具适当放松限制,比如银保监会敦促银行正常化房贷审批和房地产开发贷发放、债务融资政策放松等,一定程度上缓解房企的流动性压力。这些政策仅有利于行业困境的适当缓解,不对困境项目带来直接影响。

从地方政府角度,政府参与困境企业施救的首要任务是确保住房项目的后续建设和交付、保障购房者合法权益、保障农民工工资正常支付,实现“保稳定、保民生、保发展”。政府介入施救的部门一般包括维稳、自然资源、规划、住建、金融、国资等部门。主要对以下情形之一的项目介入重

组：(1) 项目出现难以交楼的风险；(2) 项目难以兑付工程款，进而拖欠农民工工资；(3) 项目涉及理财产品兑付风险，影响社会稳定；(4) 项目自身条件良好，但需要对其他出现困境必须救助的关联公司进行救助；(5) 其他无行政赋能难以重组的。

地方政府可以从以下方面介入困境企业的重组处理，以合适的方式对困境项目进行赋能：

(一) 协调金融债权人。协调金融债权在债权实现方式、时间等方面基于房企处理危机的宽松条件，带动其他债权人给予流动性危机处理的适当支持。

(二) 购买商品住房。向开发商购买商品住房作为保障房，一方面可以给困境企业带来一些现金流，另一方面可以增加保障房供应，缓解地方保障房的建设压力。

(三) 免除闲置违约责任。对于困境企业尚未开发的土地，可以考虑适当延长项目开发期限，豁免延期开工或竣工违约金以及免缴闲置费（如果不是单纯因企业原因导致闲置的情形）等。

(四) 改善预售监管制度。适当降低预售资金监管。有些地方政府在三道红线政策关于受限资金的基础上（以货币资金的三分之一或预售款项的20%，以孰高者计算为受限资金），进一步收紧预售资金监管，加剧项目资金的紧张。如果在政府监管情况下用于本项目盘活，则可适当放松监管尺度。条件成熟情况下，改革预售制度，避免预

售带来的不良后果。

(五) 政府规划赋能。对于尚未开发或未完成建设的项目，可以在符合上层规划的前提下，经企业申请按合法程序适当调整业态、容积率、保障房、教育等相关配套设施等规划指标，吸引有实力的投资者参与合作开发，提升项目市场价值及去化速度。

(六) 重组流程行政赋能。对于项目重组过程中的具体事务给予适当行政许可、登记方面的灵活安排，包括土地抵押登记与涂销登记、股权质押登记与注销登记、土地产权变更登记等，以满足项目用地及股权在遇到查封、抵押等多重权利限制时可有序实现协议一致的变更登记。

(七) 拆迁障碍行政赋能。在拆迁方面不能推进的城市更新/旧改项目，提高保障房比例后，政府通过征收手段协助解决拆迁问题，以加快项目开发，实现资金回流。

(八) 城市更新项目进度行政赋能。政府主管部门在城市更新项目立项、专项规划及实施主体确认等方面予以变通，确保被拆迁人及时得到补偿与回迁，维护社会稳定。促成项目/资产保护的顺利进行，维护投资人及债权人利益。

第六部分\ 结语

困境房地产项目重组是在房地产行业下行并遇到严重困难的情况下出现的,与传统的房地产不良资产项目盘活有本质不同。政府、各类债权人、债务人、施工方、投资人等多角色只有把蛋糕做大、适当放弃部分利益、承担社会责任等作为各方共同目标,方可重组成功。实践中的项目重组还会遇到更多更复杂的问题,做到社会效果、法律效果、经济效果三者协调统一,是重组需要兼顾的原则。重组能否最终取得成功,还需要《十六条》落地及市场企稳的支持。 ㊦



邓福荣
合伙人
公司业务部
深圳办公室
+86 755 3325 6868
dengfurong@zhonglun.com

图解 | 世界银行合规调查与制裁 解禁2022年度报告及实务观察

作者：傅长煜 伊向明 蒋宣 成豪 周越秦





近日,世界银行集团(The World Bank Group,简称“世行”)发布了《世界银行制裁体系2022财年年度报告》(简称“《2022年度报告》”)涵盖了2022财年世行合规调查、合规制裁、制裁解禁等主要工作情况,为中国企业参与世行及其他多边开发银行项目的合规管理工作提供了重要参考。

结合近年来处理世行及其他多边开发银行合规调查与制裁解禁案件的实务经验,本文对《2022年度报告》的核心内容进行摘要和梳理,分享世界银行制裁体系的最新动态和趋势。

第一部分\

2022财年世行合规调查的主要情况

(一)INT审查合规投诉与启动合规调查的案件数量

世行廉政局(Integrity Vice Presidency,简称“INT”)是世行制裁体系中的合规调查机构。2022财年,INT共收到3381份投诉,对其中330份投诉启动了初步调查程序,对其中48份投诉启动

了正式调查程序,完成了31个正式调查。调查结果显示,其中20个案件的被调查主体存在可制裁行为,并被进一步移送至第一级审查机构决定是否采取处罚措施。

2022财年,INT发起调查的力度有一定加强,表现为投诉向调查转化率的提高。具体而言,尽管INT收到的投诉和举报数量相较上一财年显著回落,由4311起下降至3381起,但“新启动的初步问询/调查”数量基本持平上一财年,“新

启动的正式调查”数量反而上升，且增幅达到20%。“完成的正式调查”的数量略有增长，从调

查实际开展情况的角度来看，INT本财年合规调查的绝对数量基本保持稳定。

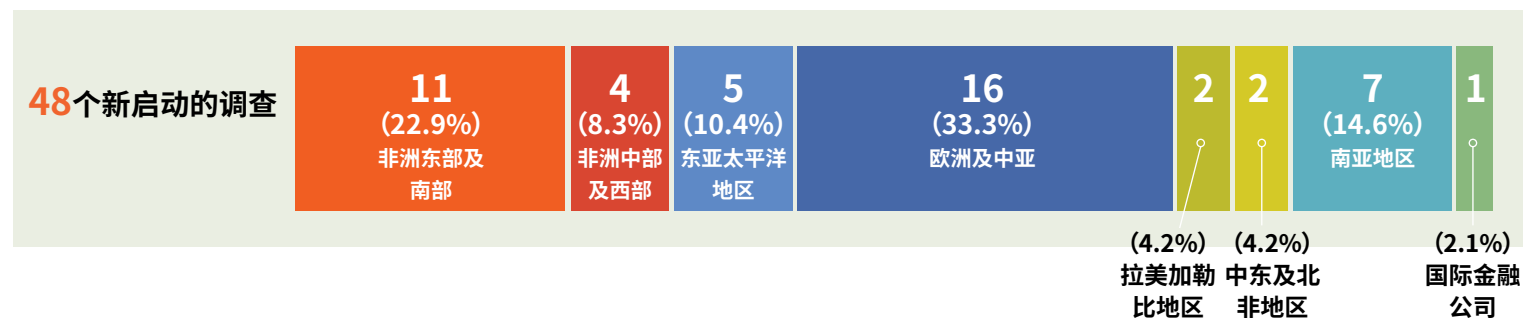
项目	2018财年	2019财年	2020财年	2021财年	2022财年
投诉审查	1426	2461	2958	4311	3381
新启动的初步问询/调查	379	384	429	347	330
新启动的正式调查	68	49	46	40	48
完成的正式调查	70	47	43	28	31
认定存在可制裁行为	48	36	33	19	20
认定可制裁行为的比例	68.6%	76.6%	76.7%	67.9%	64.5%

(二) INT启动合规调查的区域分布与调查耗时

如下图所示，在新启动调查的区域分布上，欧洲及中亚地区(33.3%)、非洲东部及南部地区(22.9%)、南亚地区(14.6%)在数量占比上位列

前三。东亚太平洋地区新启动调查数量的占比(10.4%)较上一财年(22.5%)有所下降，而欧洲及中亚地区启动调查数量的占比较上一财年(17.5%)大幅上升。

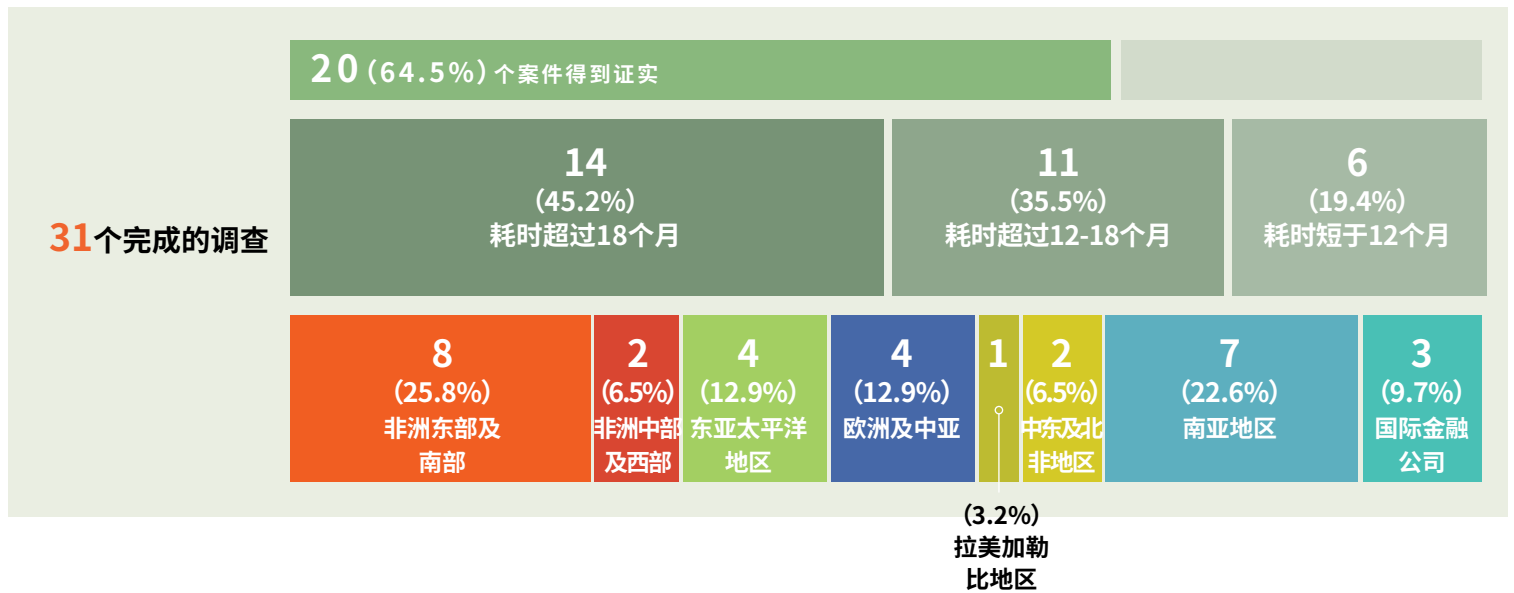
2022财年新启动外部调查的地区构成



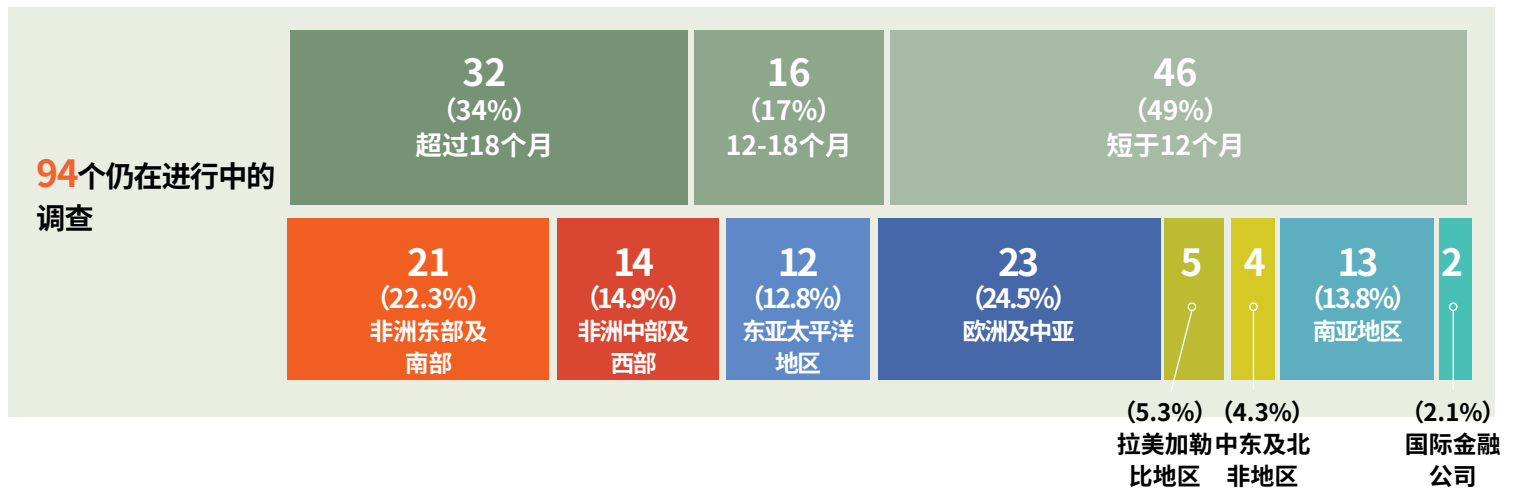
另外，就2022财年INT完成的31个正式调查而言，有45.2%的案件耗时18个月以上。完成调查的耗时总体上较上一财年（耗时18个月以上

的案件占比50%）有所缩短，但调查周期仍然较长。80.7%的案件调查耗时在12个月以上。

2022财年完成的外部调查的耗时及地区构成



2022财年仍在进行中的外部调查的时间跨度及地区构成



(三) INT调查方式、策略与机构的新变化

受新冠疫情的持续影响,旅行限制仍然是INT在全球范围内开展调查工作的主要限制性因素。为应对上述挑战,在调查方式上,**远程访谈、远程审计已经成为了INT调查工作的常态**,并将继续为后疫情时代的调查工作带来更多变化。目前,在远程调查手段的辅助下,INT正在进行的调查达94个。

INT对调查策略也在进行重大调整。为期5年(2022-2026财年)的INT策略革新计划(INT Strategy Update)于本财年正式启动,INT对未来调查工作的优先事项做出了调整与转变。具体而言,INT策略更新计划主要针对调查工作的以下三个方面:

1.推动既往“举报投诉驱动型”的调查方式**向“风险驱动型”的调查方式转变**。这意味着,**未来五年INT在调查工作中,针对重点项目主动发起审查、调查的积极性将有所提升**。大量的调查资源将被优先集中于可能对世行造成最大风险的项目;在一项具体调查中,调查资料将被集中于帮助被调查机构识别并减轻其最重大风险的事项。

2.向世行运营部门提供及时和可操作的合规预防支持,采用更结构化的方法,以便及早识别和减轻欺诈和腐败风险。

3.开发INT知识管理流程、产品,识别并总结

INT调查发现的广泛存在的合规问题,为今后的世行资助项目提供更多与项目设计、项目管理以及其他诚信风险管控有关的经验与教训。

为配合INT策略更新计划开展,INT将包括投诉处理、审计与数字取证、数据实验室、风险分析、预防性服务的一系列工作小组统一划归到预防、风险和识别管理单位(Prevention, Risk, and Knowledge Management unit,简称“PRKM”)。各工作小组在PRKM框架下的紧密合作,将使INT的调查工作更加体系化、专业化。例如,就数据分析而言,新的数据管理框架与工具将能实现系统分析、主题跟踪,从而为INT的调查提示优先事项,并为运营部门提供有针对性的预防建议。

调查资源的集中化、风险识别方式的结构化、调查工具的数字化和调查辅助机构的专门化,以及INT对于远程调查方式熟悉程度的不断提高,可能使INT调查效率进一步提升,调查所需时间周期进一步缩短。

第二部分\

2022财年世行合规制裁的主要情况

(一) OSD合规制裁案件数量

资格暂停和除名办公室(The Office of Suspension and Debarment,简称“OSD”)是世行

制裁体系中的第一级审查机构,负责审核INT的调查结果,决定是否对调查对象采取制裁措施。首席资格暂停和除名官(Chief Suspension and Debarment Officer,简称“SDO”)是OSD的主要负责人。

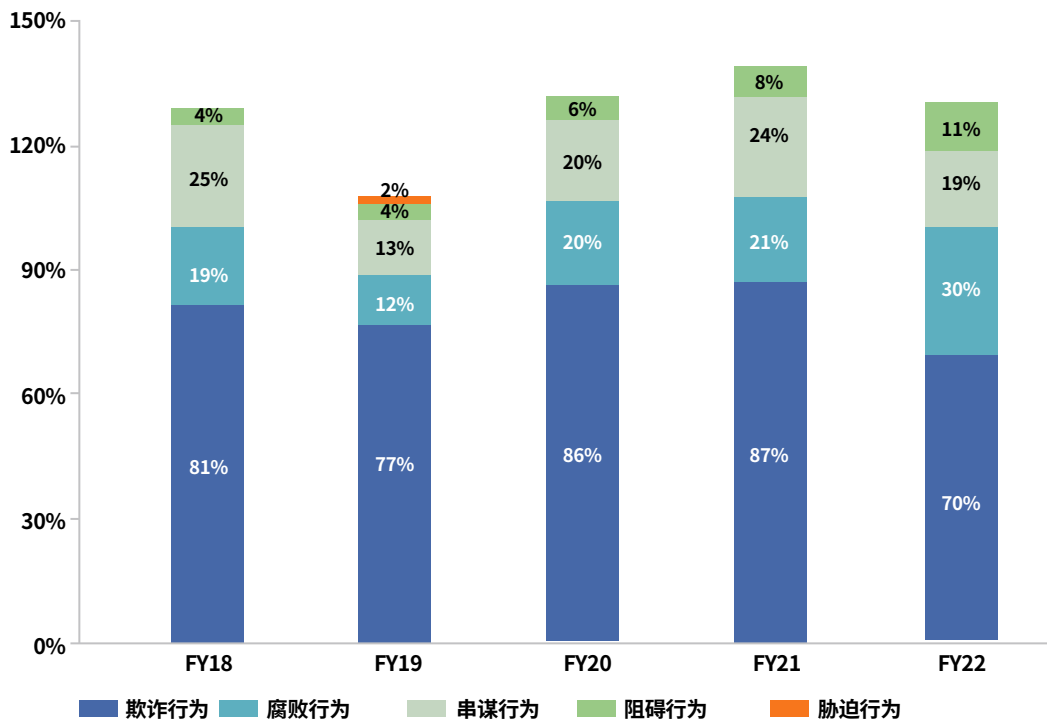
2022财年,INT向OSD提交了18个制裁案件及12个和解案件,OSD审查了其中15个制裁案件及全部和解案件。在15个制裁案件中,SDO认定有8个案件存在至少1项证据不足,并将案件退回INT。SDO在2022财年共计在14个案件中做出了制裁程序通告,对包括14家企业和6名个人在内的20名调查对象采取了暂停资格措施。2022财年内,20名调查对象的申诉期届满,其中

11名调查对象未提出申诉,世行已对这11名调查对象实施了SDO建议的制裁措施。

(二) OSD认定违规行为的类型

就OSD处理的违规行为类型而言,近5个财年(2018-2022财年,下文同),OSD最终认定存在一个或多个违规行为的案件中,欺诈行为总体上始终占绝对多数;而腐败行为、串谋行为被认定的比例均在20%左右。就2022财年而言,认定欺诈行为的占比较往年有所下降,但仍是常见的违规行为类型(70%),而2022财年OSD处理腐败行为的占比则显著提升至30%(部分案件中存在多项违规行为)。

2018-2022财年OSD审查制裁及和解案中各类违法行为所占比例



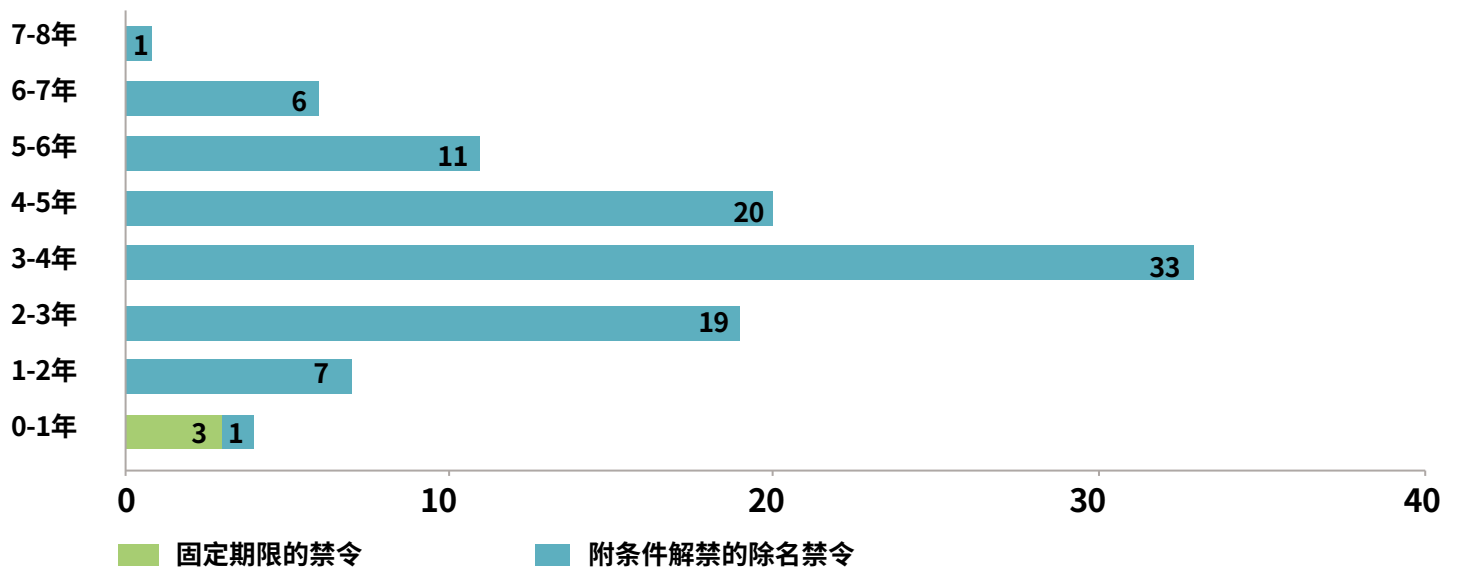


(三) OSD制裁期限

就制裁期而言,近5个财年,在SDO的102起采取除名制裁的案件中,接近70%的制裁期超过

3年,这对被除名制裁对象参与多边开发银行业务将造成严重影响,也会严重损害这些企业的声誉和其他国际业务开展。

2018-2022财年SDO施加禁令的类型及期限
(共计102个禁令)

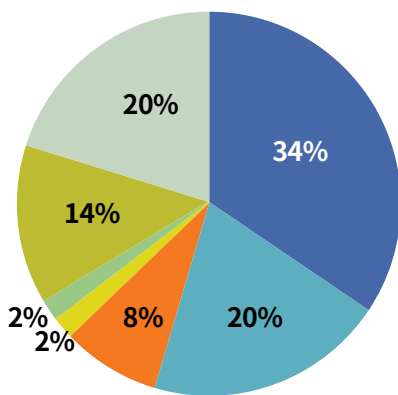


(四) OSD制裁及和解案件中调查对象的地域分布

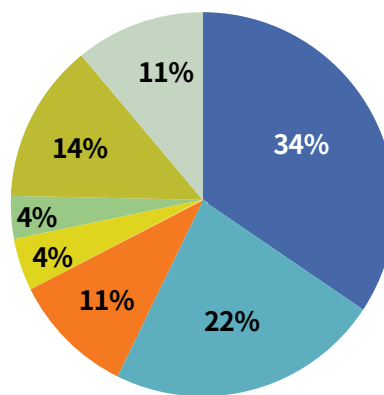
制裁案件发生的重点区域,与世行投资和

资金使用的重点区域呈现一致性,被制裁的主体也来自**亚洲(东亚和南亚)、撒哈拉以南的非洲**的企业和个人为主。

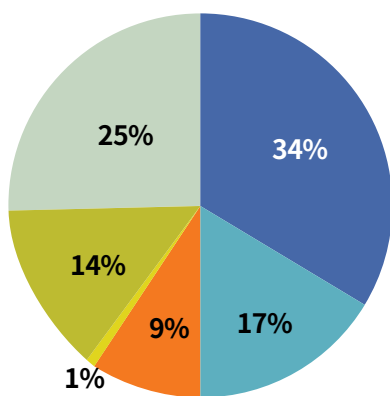
2018-2022财年被SDO及Sanction Board制裁的调查对象的地区分布(110名调查对象)



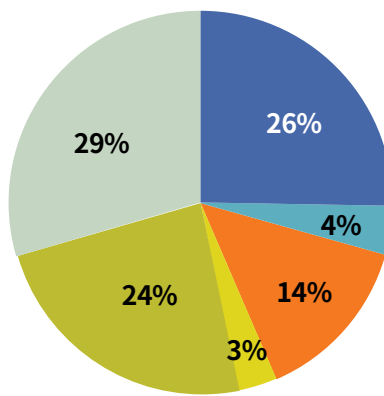
2018-2022财年和解结案的调查对象的地区分布(103名调查对象)



2018-2022财年被SDO及Sanction Board制裁的违规行为的地区分布(161个案件)



2018-2022财年和解结案的违规行为的地区分布(126个案件)



■ 东亚及太平洋
■ 欧洲及中亚
■ 拉美及加勒比

■ 中东及北非
■ 北美

■ 南亚
■ 撒哈拉以南的非洲

(五) OSD制裁中的加重及减轻情节认定情况

在OSD对案件进行审查时, 是否存在加重/

减轻情节会对最终的制裁种类及期限产生重大影响。根据世行《制裁准则》(Sanctioning Guidelines), 加重/减轻情节主要如下:

《制裁准则》中规定的加重情节

加重幅度	加重情节
1-5年	A. 违规行为的严重程度 1. 违规行为反复出现 2. 违规行为手段复杂 3. 在违规行为中起核心作用 4. 管理层在违规行为中起作用 5. 与政府对象或世行工作人员合谋从事违规行为
1-5年	B. 违规行为的危害性 1. 对社会公共安全与福利造成损害 2. 对项目的危害程度高
1-3年	C. 干扰调查 1. 在调查过程中从事干扰行为 2. 胁迫证人或给证人付费
10年	D. 被判定违规的既往历史 此前受过制裁或其他处罚

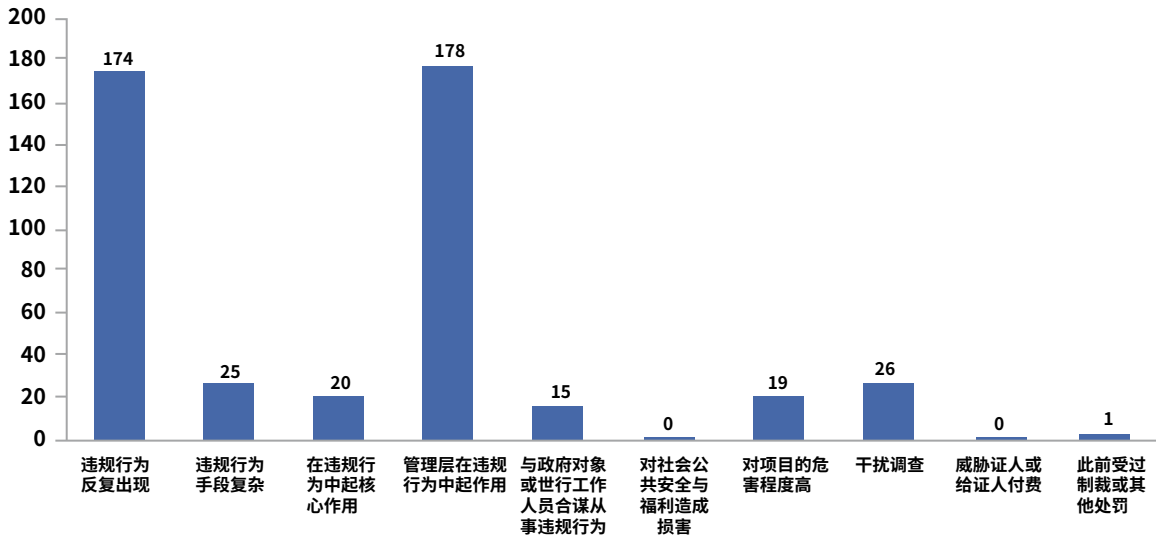
《制裁准则》中规定的减轻情节

减轻幅度	减轻情节
可达25%	A. 违规行为中起次要作用
可达50%, 在特殊情况下更高	B. 主动修正不正当行为 1. 暂停不当行为 2. 对涉事人员采取内部行动 3. 实施有效的合规计划 4. 进行赔偿或经济补偿
可达33%, 在特殊情况下更高	C. 配合调查 1. 提供支持与合作 2. 开展内部调查 3. 认罪或承担责任 4. 进行自我约束

《2022年度报告》披露, 2010年12月至2022年6月期间, SDO共计对472名调查对象适用了加重情节, 其中最常见加重情节为“管理层在

违规行为中起作用”, 共适用178次; 次常见的加重情节则为“违规行为反复出现”, 共适用174次。

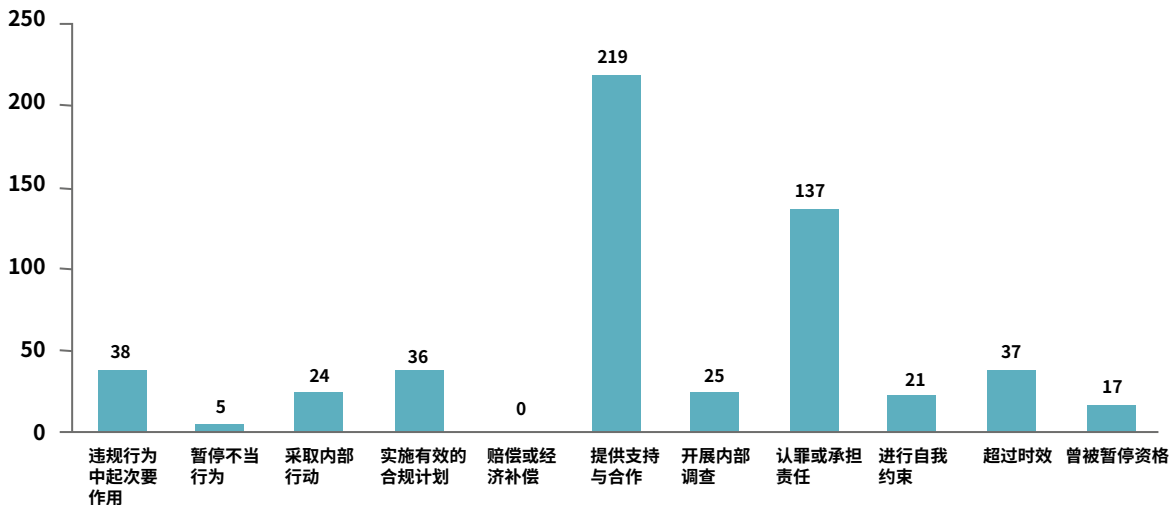
SDO适用加重情节的情况 (472名调查对象) (2010.12.16-2022.06.30)



相同期间内, SDO共计对472名调查对象适用了减轻情节, 在适用的减轻情节中, “提供支持

与合作”最为常见, 共适用219次; 其次则为“认罪或承担责任”, 共适用137次。

SDO适用《世行制裁指南》中从轻情节的情况 (472名调查对象) (2010.12-2022.6)



因此,在应对世行调查时,企业在调查初期就应注意尽量避免出现加重情节,积极争取减轻情节。例如,企业可选择积极配合调查,主动向INT提供支持与合作,迅速开展内部调查并与INT分享事实证据和调查结果,如果确实存在违规行为,可以主动承认并承担责任、进行自我约束等,以争取减轻制裁。

第三部分\

2022财年世行制裁委员会裁决最新动向

世界银行制裁委员会(WBG Sanctions Board, 简称“**制裁委员会**”)是世行的第二级制裁机构。在制裁审理过程中,如果调查对象对OSD发出的制裁通知有异议,可以以书面“回应书”(Response)的形式向制裁委员会申诉,OSD则将相应答辩。制裁委员会的“决定”(Decision)具有终局性且立即生效,无论是调查对象还是OSD,都不能针对制裁委员会的决定再进行申诉。

(一) 制裁委员会处理案件的基本情况

2022财年内,20名调查对象的申诉期届满,其中9名调查对象在期限届满前向制裁委员会提出了申诉;此外,制裁委员会于本财年共对6名企业或个人实施了制裁措施。在制裁委员会对

申诉案件进行审查时,也会应调查对象、INT的申请或自行决定召开听证会,对双方进行询问,有时也可能有证人出席。在2022财年审查的申诉案件中,有25%的案件召开了听证会。

近年来,越来越多的企业选择在向制裁委员申诉时聘请外部律师,2022财年,50%的申诉案件有外部律师参与。

(二) 制裁委员会代表案例解读

制裁委员会作出的裁决具有终局性,往往对全案证据进行细致、全面地审查与分析,相关案例对于理解世行制裁体系具有很强的参考价值。2022财年,制裁委员会作出的关于“雇主免责事由”的第137号裁决,以及关于“代理费披露要求”的第136号裁决值得关注,分享如下。

1. 关于雇主责任以及“不良雇员”的免责事由

世行在责任主体认定上,采用了普通法中的“雇主责任原理”(the doctrine of respondeat superior),即,作为调查对象的公司需要为其股东、员工、授权代表的违规行为承担责任。因此,在员工出于为雇主服务的目的而实施了其职务范围内的不当行为时,制裁委员会会相应地对雇佣该员工的公司实施制裁。在认定雇主责任时,无需考虑雇主是否授权、同意或知晓员工的不当行为,而只需考虑该不当行为是否属于员工职务范围之内。

尽管如此，在雇主责任项下公司也存在“不良雇员”抗辩(the rogue employee defense)，即**实施不当行为的员工完全违反了公司的特定政策或制度**。为适用该免责事由，**公司须证明**：(1) 已实施了充分的内部管控制度以阻止或发现被指控的不当行为产生；(2) 实施不当行为的员工有意规避了相应的内部管控制度；(3) 公司已对该员工就不当行为实施了有效的纪律处分。

在第137号裁决中，制裁委员会**驳回**了调查对象的“不良雇员”抗辩，对其实施了为期三年的附条件解禁除名禁令。制裁委员会认定的事实显示，对于其雇佣的顾问有可能以公司名义作出虚假陈述，**公司确实已识别出该行为存在风险，但公司并未进一步实施任何管控制度以控制该风险，这反映出公司的疏忽大意**。最终，制裁委员会认为该公司尽管制定了部分(有关风险识别的)内部管控制度，但并无充分证据证明内部管控制度在该公司的有效实施，不认可其“不良雇员”抗辩。

2.关于代理费的披露义务范围的认定

世行资助项目的招标文件往往对投标人有一系列的信息披露要求，如果投标人未能充分履行其披露义务，便有被认定为构成欺诈行为之风险。对于商业代理等第三方的费用支付，往往被列为重要需披露事项之一。2022财年中，制裁委员会在第136号裁决中阐明了世行关于代理费的

披露义务范围的认定标准。

该案中，调查对象被INT指控未能在世行采购项目中披露其曾向某一商业代理支付的佣金。调查对象表示收取佣金的第三方并不是其代理，因而无需进行披露。制裁委员会认为，**披露义务的核心要求是发现并阻止世行资助项目中的任何可能的腐败关系，而腐败关系并不仅仅出现在传统的“被代理人—代理人”关系中，事实上，在向任何与项目有关的第三方支付佣金时，即可能产生腐败风险，相关费用支付应予以披露。调查对象对“代理”一词的狭义理解并不正确，违反了其披露义务。**

通过第136号裁决，制裁委员会明确了世行可以对任何项目参与方、受益方进行严格审查，以杜绝潜在腐败风险，并且，世行对于商业代理、第三方也采用实质性认定标准，而试图逃避披露义务的行为存在构成欺诈行为的

第四部分\

避免或减轻世行制裁的成功实践

(一) 进行有效澄清和申辩

OSD规定，在SDO发出制裁程序通知的30日内，调查对象可以提交书面解释澄清材料，2022财年中，有调查对象向OSD提交的解释材料得到了认可，SDO也相应减轻了拟采取的制裁

措施。可见,在INT启动问询或调查程序后,及时委托专业律师制定并实施专业应对方案,进行有效澄清解释,有的放矢地提供证据材料,十分有必要。

同时,如前所述,对世行合规调查予以配合合作、承认或接受违法行为,是调查对象争取减轻制裁的主要事由。因此,在触发INT合规调查后,被调查企业一方面需要沉着应对,配合INT的工作,另一方面,要充分评估,在难以避免被制裁的情况下,尝试争取较轻的制裁结果。

(二) 向制裁委员会申诉

如前所述,如果经过INT调查和OSD审查,当事人仍对拟实施的制裁措施不服,可以向制裁委员会提出申诉,由其复核。

2018~2022财年,制裁委员会在其复核的全

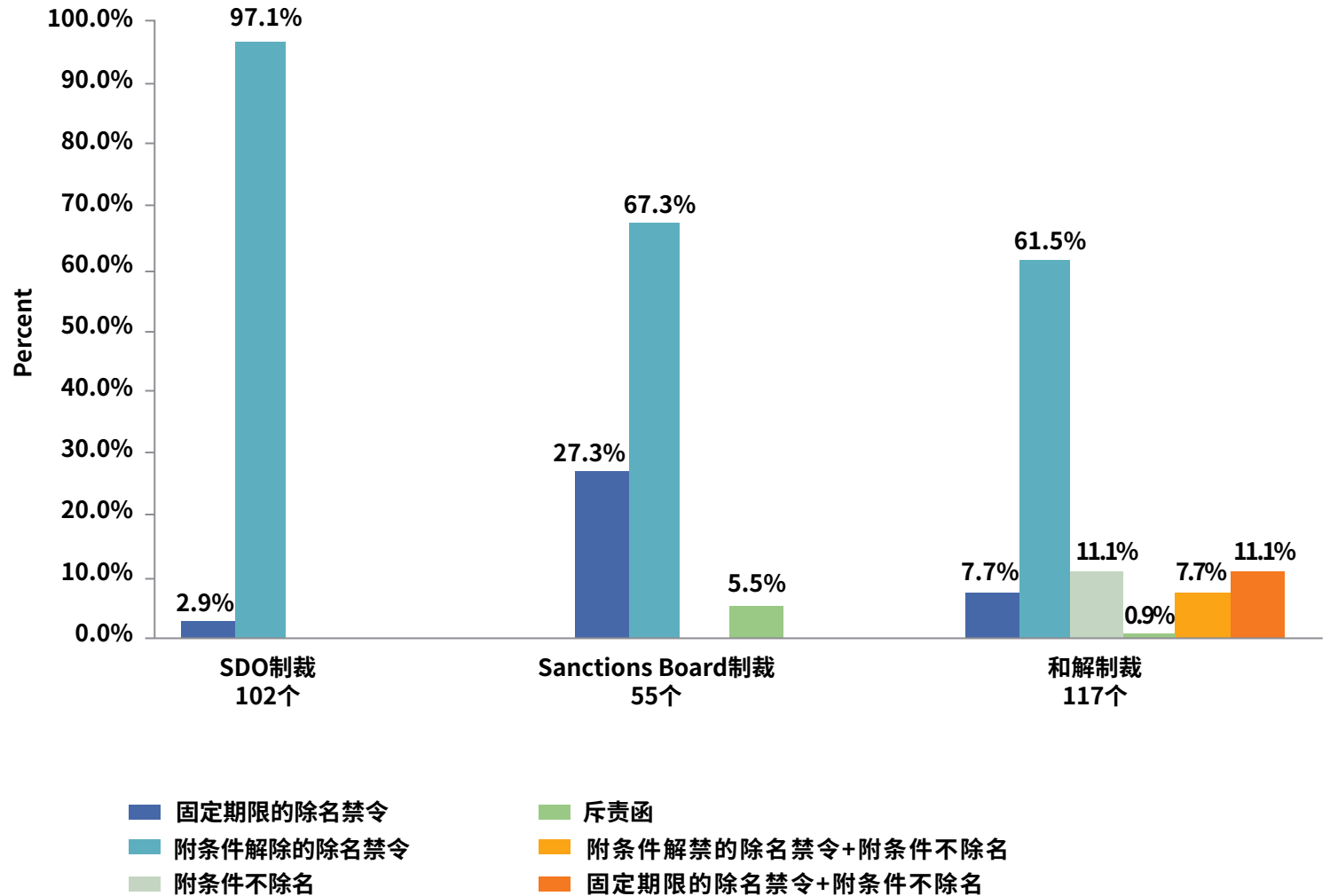
部39个申诉案件中,有98%的调查对象仍被认定对被指控的不当行为负有责任,有2%的调查对象被认定无责任,从而被免于制裁;有54%的调查对象获得了减轻制裁措施,缩短除名禁令期限,在不少案件中,即便制裁委员会最终决定予以制裁,也更多地采用斥责函、附解除条件的除名禁令等相对轻于SDO惯用的固定期限除名禁令的制裁措施。

也有9%的调查对象原拟被采取的制裁措施未发生变更。尤其值得提示的是,世行制裁委员会并不遵循“申诉不加重处罚”原则,制裁委员会在审查程序中独立判断,不受OSD在先建议的制裁措施的制约。这意味着,提起申诉的调查对象要承担一定风险——提起申诉的调查对象中,有36%最终被制裁委员会建议采取重于OSD建议的制裁措施。



2018-2022年间已实施的制裁

2018-2022财年SDO、Sanctions Board制裁及和解案件中各类制裁措施的比重
(共计274起案件)

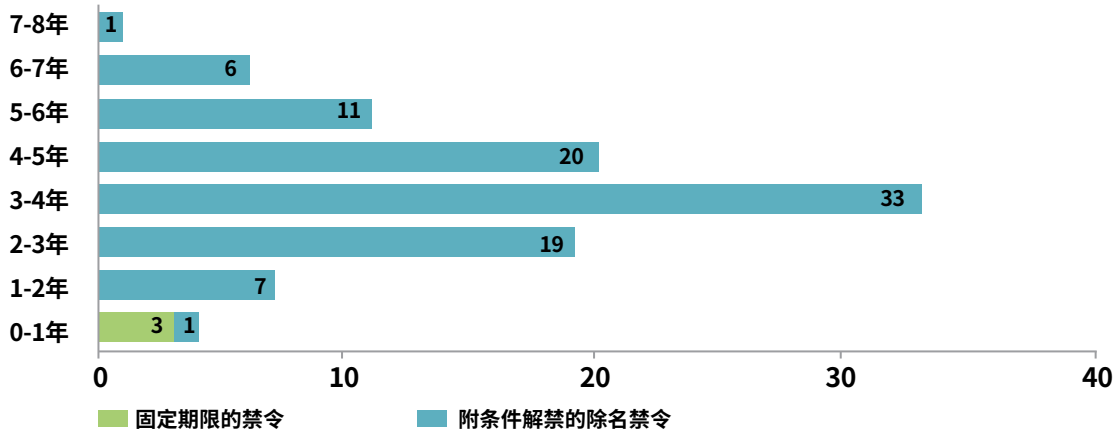


(三) 磋商和解

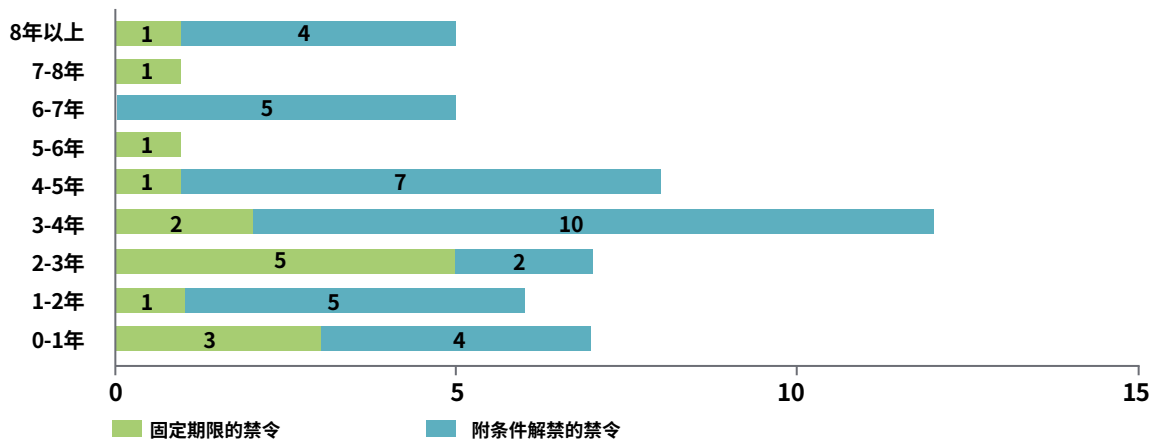
近年来,越来越多的当事人选择通过和解程序来解决调查案件。将当事人在和解协议项下接受的制裁措施类型,与SDO和制裁委员会直接作出的制裁措施类型相比较,后者以“固定期限

的除名禁令”和“附解除条件的除名禁令”占绝大多数;和解结案的案件中,附条件不除名、斥责函、附条件不除名组合措施等出现的频率大大提高。此外,和解结案的案件中,制裁期限也往往相对较短。

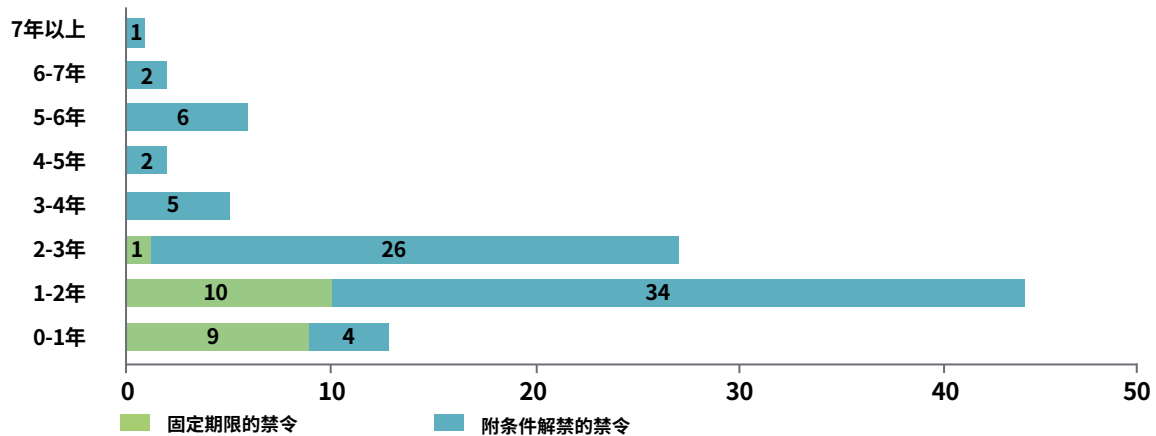
2018-2022财年SDO施加禁令的类型及期限
(共计102个禁令)



2018-2022财年Sanctions Board施加制裁的类型及期限
(共计52个禁令;3个非禁令制裁除外)



2018-2022财年和解制裁的类型及期限
(共计100个禁令;14个非禁令制裁除外)



第五部分\

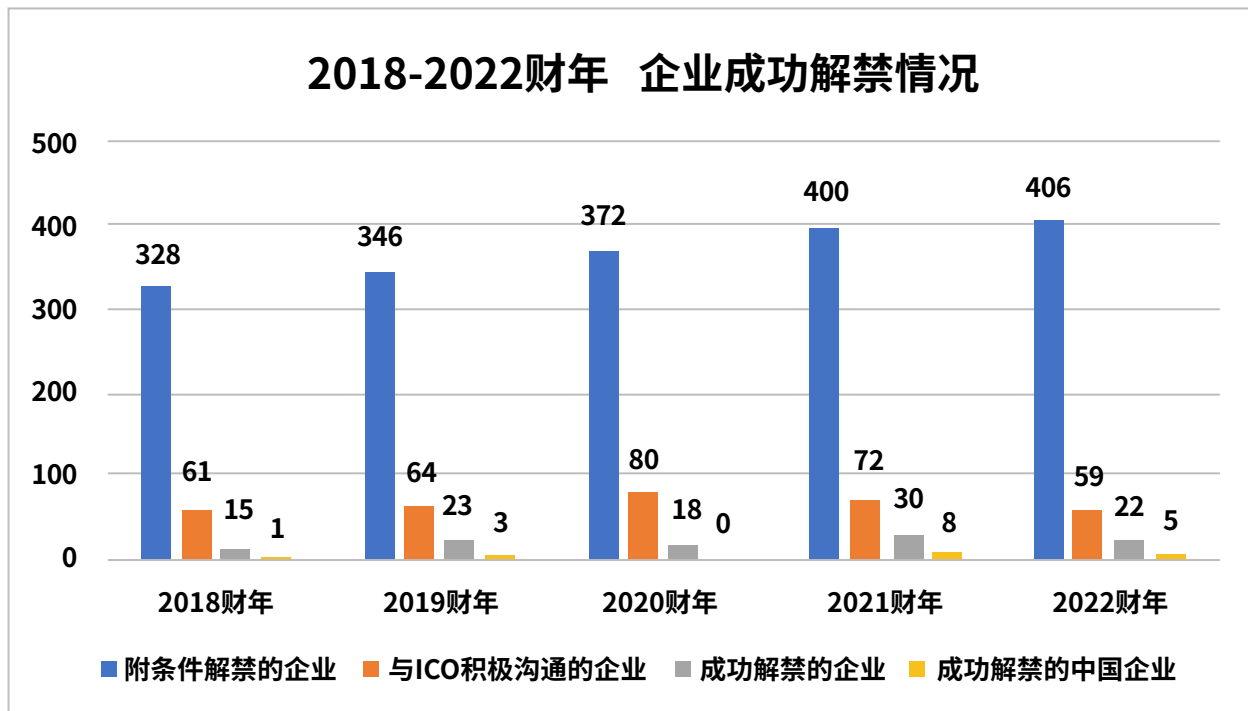
世行合规制裁解禁情况

如果企业工作出现疏漏，不幸因违规行为被世行制裁，仍然可以在世行规则下，通过积极、有效的合规管理提升工作实现制裁解禁，早日恢复参与世行和其他多边开发银行项目的资格以及企业声誉。

世界银行诚信合规办公室(The Integrity Compliance Office, 简称“ICO”)自2022财年开

始，向未主动与其进行接触的被制裁主体下发中期通告(interim notices)。中期通告通常在制裁期限过半时发出，包含有解禁条件，以鼓励被制裁主体与ICO积极接触以争取早日实现解禁。2022财年，ICO共下发62份中期通告，部分被制裁主体予以回应，并和ICO进行了接触。

近年来，越来越多的企业通过建设合规体系，与ICO积极沟通，成功实现解禁，其中也不乏中国企业身影。2022财年，59个主体与ICO积极沟通，其中22个主体实现解禁，包括5个中国主体。



在新冠疫情影响之下，ICO主要选择对被制裁主体进行虚拟现场考察，以评估其诚信合规制

度的实施情况。而在2022财年，ICO也进行了疫情以来的第一次实地现场考察。

实务工作中,我们也注意到,在中国企业的合规解禁远程沟通中,ICO也明确表示希望能够尽快恢复现场考察工作,有机会来中国,与企业相关人员面对面沟通。相信随着国际旅行限制的逐渐减少,未来合规解禁工作中,ICO将进行更多的现场考察和面谈。

第六部分\

总结与启示： 世行合规要求与我国“合规管理 强化年”

2022年作为中国企业的“合规管理强化年”,中国企业不仅需要响应国家政策的号召,支持和参与到国内企业合规管理体系的强化工作中去,还需更好地践行“一带一路”和世界经济建设者角色。

当前,新冠疫情仍旧在全世界范围内产生影响,以俄乌冲突为代表的地缘政治危机、能源危机也为世界经济发展蒙上阴霾,亚非拉等区域国家的政治、经济、社会的不稳定因素也在急剧增加,也大大增加了中国企业海外业务的合规风险。

这都要求中国企业切实提高合规管理水平,以“有效性”为标准建设并实施合规管理体系,落实反腐工作要求,加快建设具有全球竞争力的世界一流企业,防范和化解被外部主体调查

和制裁的风险。具体而言,在世行项目中要重点关注下述工作。

- **在事前预防层面**,更加充分地掌握和理解世行诚信合规与反腐制裁的标准,落实世行合规要求,提升企业合规管理水平、加强员工合规培训,实施有效的合规管理和控制,从根本上避免被调查和制裁。
- **在事中应对层面**,更加充分地了解世行投诉处理、启动调查和实施制裁的程序和手段,审慎制定应对计划和工作步骤,充分地回应和解释,行使在调查和制裁程序中的各项权利,争取最佳处理结果。
- **在事后解禁层面**,更加充分地把握世行的解禁标准,切实有效地改进合规工作方案,尽早制定解禁计划,争取提前解禁,顺利解禁,恢复企业参与世行及其他多边开发银行项目的资质。 ☒



傅长煜
合伙人
争议解决部
北京办公室
+86 10 5957 2085
fuchangyu@zhonglun.com



伊向明
合伙人
争议解决部
北京办公室
+86 10 5957 2087
yixiangming@zhonglun.com

有限合伙人在减资后,对因减资前原因产生的合伙企业债务如何承担责任?

作者:冯东 陈文翔



有限责任公司减资的情况下,减资股东对于公司因减资前的原因产生的债务如何承担责任的问题,在实务中较为明确。但是在有限合伙企业减资的情形下,有限合伙人对于有限合伙企业债务的承担问题,则缺乏权威的法源性规定。对此,本文以实务中的一则案例导入,基于法理并结合笔者的实务经验,尝试提出该问题的解决路径。

案例:

2016年,某有限合伙型私募基金注册成立,其中投资人甲作为有限合伙人认缴出资为5亿元,实缴出资额为2.5亿元。投资人乙作为有限合伙人认缴出资为5亿元,实缴出资额3亿元。管理人(普通合伙人)及其他投资人(其他有限合伙人)投资情况与题述问题无关,予以省略。

2017年,该有限合伙型私募基金,与被投资企业签订了投资额为10亿元的附条件、分期给付的《投资协议》。

2018年,由于市场环境变化及投资战略变化,以及投资项目面临失败,投资者与管理人共同决定减少投资。该有限合伙型私募基金通过合伙人大会决议进行减资,所有合伙人减资一半:

(1) 投资人甲减资2.5亿元,减资后认缴出资2.5亿元,因之前已实缴出资2.5亿元,后续不再需要投入资金;

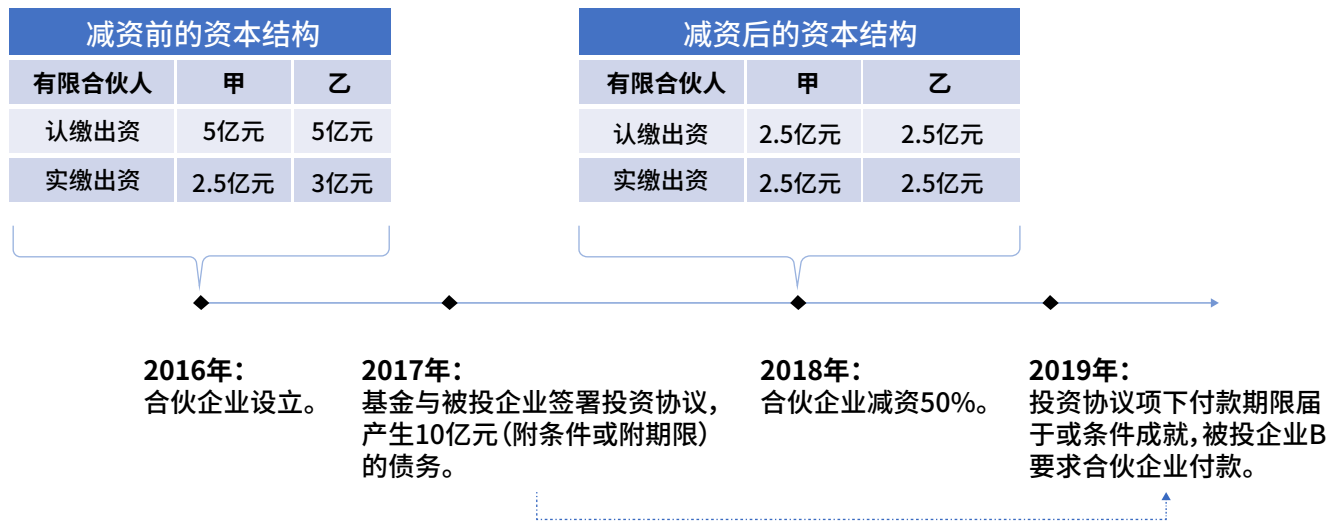
(2) 投资人乙减资2.5亿元,减资后认缴出资2.5亿元,由于之前已实缴出资3亿元,超出减

资后确定的认缴出资额,故投资人乙可从有限合伙企业取回0.5亿元,后续也不再需要投入资金。

2019年,私募基金投资的目标公司起诉私募基金,请求私募基金支付《投资协议》约定的10亿元投资款,并因此要求投资者甲、乙对私募基金的上述债务承担连带责任。

问题:投资者甲、乙是否需要以减资后确定的2.5亿元认缴出资之外的自有资产对有限合伙企业(私募基金)的上述债务承担连带责任?





第一部分\

问题的提出：在有限合伙企业发生减资的情况下，有限合伙人对合伙企业的债务在何种范围内承担责任？

依据《中华人民共和国合伙企业法》(2006修订,简称“《合伙企业法》”)第二条第三款的规定,“有限合伙人以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担责任。”但是,当有限合伙企业的认缴出资额因减资程序发生变化时,有限合伙人承担责任的范围是否以及如何相应改变?

针对该问题,基于《合伙企业法》前述规定以及一般法理可知,除非另有约定,在认缴出资额增加的情况下,不论该债务产生的原因发生于认缴出资额增加之前或之后,有限合伙人均需要以增加后的认缴出资额为限对合伙企业债务承

担责任;在认缴出资额因减资而减少的情况下,如果债务产生的原因发生于认缴出资额因减资而减少之后,有限合伙人也仅需要以减资程序确定的最新认缴出资额为限对合伙企业债务承担责任。但是,如果债务产生的原因发生于认缴出资额因减资而减少之前,有限合伙人是否仍然仅需要以减资确定的最新认缴出资额为限对合伙企业债务承担责任呢?

从《合伙企业法》第二条第三款“有限合伙人以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担责任”的文意来看,似乎并未要求减资的有限合伙人以其减资前的出资额为限承担责任,但是这种理解显然不利于有限合伙企业债权人利益的保护。而如果要求有限合伙人在减资后确定的认缴出资之外承担责任,则又有违“有限合伙人以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担责任”的法条文意,缺乏明确的法律依据,必然招致有

限合伙人的反对。例如,对于有限合伙型私募基金,有限合伙人认为自己仅仅是基金的投资人,如果突然被第三方要求以其已经通过减资方式取回的财产为私募基金的债务承担责任,在一定程度上突破了投资者进行基金投资活动的预期。

因此,实有必要从法律解释和适用的角度厘清在有限合伙企业减资的情况下,有限合伙人究竟在何种范围内对合伙企业因减资前原因产生的债务承担责任,以及为合理的责任范围寻找有说服力的法律依据及解释。

第二部分\

解释路径一:能否参照适用《中华人民共和国公司法》中有限责任公司减资的规定,以减资程序是否合法、是否通知债权人,作为有限合伙人是否以减资前的出资额承担责任的判断依据?

学理上有观点认为,我国《合伙企业法》“起步较晚,经验不够成熟,因此难免会存在缺漏”的问题,因此“有限合伙人的出资制度应当借鉴有限公司股东的出资制度”¹。实务中也普遍存在将《中华人民共和国公司法》(以下简称“《公司法》”)有限责任公司的出资制度参照适用于有限合伙企业的做法。

相应地,有观点认为,有限合伙人减资后责任承担的问题,也应当参考《公司法》的规定及司法实践中关于有限责任公司的做法,以是否尽到通知债权人及公告等义务为依据,认定减资主体是否需要对企业债务承担责任。

以下我们先简要说明有限责任公司的“违法减资”制度,再分析有限责任公司与有限合伙企业的异同:

1、有限责任公司在减资程序中,未妥为通知债权人的,减资股东需要在减资范围内对公司不能清偿的债务承担补偿责任。

《公司法》第一百七十七条第二款规定:“公司应当自作出减少注册资本决议之日起十日内通知债权人,并于三十日内在报纸上公告。债权人自接到通知书之日起三十日内,未接到通知书的自公告之日起四十五日内,有权要求公司清偿债务或者提供相应的担保。”

司法实践中,如果公司存在未妥为履行前述通知义务的事实,例如仅采取公告措施,而未单独通知已知债权人的,构成“违法减资”,可能被人民法院参照“抽逃出资”²或“未履行适当出

1. 参见杨建梅法官:《论我国有限合伙企业的立法缺陷与完善》,载《南昌大学学报(人文社会科学版)》2010年第41卷专辑,15-17页。

2. 《最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定(三)》(2020修正)第十二条:“公司成立后,公司、股东或者公司债权人以相关股东的行为符合下列情形之一且损害公司权益为由,请求认定该股东抽逃出资的,人民法院应予支持:(一)制作虚假财务会计报表虚增利润进行分配;(二)通过虚构债权债务关系将其出资转出;(三)利用关联交易将出资转出;(四)其他未经法定程序将出资抽回的行为。”

资义务”³的规定,认定减资股东需要承担补充责任,试举相关案例如下:

(1) 上海市第二中级人民法院作出的(2016)沪02民终10330号《民事判决书》(2017年第11期公报案例)中,该院认为:“公司未对已知债权人进行减资通知时,该情形与股东违法抽逃出资的实质以及对债权人利益受损的影响,在本质上并无不同。因此,尽管我国法律未具体规定公司不履行减资法定程序导致债权人利益受损时股东的责任,但可比照公司法相关原则和规定来加以认定。由于江苏博恩公司减资行为上存在瑕疵,致使减资前形成的公司债权在减资之后清偿不能的,上海博恩公司和冯军作为江苏博恩公司股东应在公司减资数额范围内对江苏博恩公司债务不能清偿部分承担补充赔偿责任。”

(2) 最高人民法院在其作出的(2017)最高法民终422号《民事判决书》中认为:“本案中,中储国投实业公司在未向曲阳煤炭物流公司履行通知义务的情况下,其股东中储国际控股公司经公司股东会决议减资退股,违反了公司资本不变和资本维持的原则,与股东未履行出资义务及抽逃出资对于债权人利益的侵害在本质上并无不同,一审法院依照《最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定(三)》第十三条第二款‘公司债权人请求未履行或未全面履行出资义务的股东在未出本息范围内对公司

债务不能清偿部分承担补充赔偿责任的,人民法院应予支持’的规定,判决中储国际控股公司应在减资范围内对上海昊阁公司欠付曲阳煤炭物流公司的债务承担补充赔偿责任,具有相应的事实和法律依据,并无不当。”

2、《公司法》与《合伙企业法》对减资程序的规定不同,有限责任公司“违法减资”制度不能类推适用于有限合伙企业。

如前所述,针对有限责任公司的减资,《公司法》明确规定了通知债权人的义务(通知债权人及发布公告),如果股东在减资时未履行相关义务造成债权人遭受损失的,减资股东存在明显的过错,在此情况下参照适用股东未履行出资义务及抽逃出资有关规定,判令减资股东承担责任并无不当。

然而,在有限合伙人企业减资的情形下,《合伙企业法》仅要求“按照合伙协议的约定或者经全体合伙人决定”履行程序。如(2017)沪0115民再17号《民事判决书》中,法院认为:“对于云贺企业要求陈鹏飞承担共同返还欠款的责任、支付利息的诉讼请求,陈鹏飞在有限合伙企业设立时实缴了出资,在减资时又经过工商登记部门的

3.《最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定(三)》(2020修正)第十三条第一款:“股东未履行或者未全面履行出资义务,公司或者其他股东请求其向公司依法全面履行出资义务的,人民法院应予支持。”

变更登记,减资过程合法,陈鹏飞作为有限合伙人,无需对合伙企业债务另行承担责任。”由此可知,有限合伙企业及其有限合伙人本来并无通知债权人的法定义务,即使有限合伙人的减资行为客观上对债权人造成了损害,也难以认定减资的有限合伙人对该结果存在过错,进而归责于有限合伙人。

此外,由于有限合伙企业采用混合的组织结构和责任承担方式,在有限合伙企业不能清偿债权人债务时,虽然有限合伙人仅以其出资额为限承担赔偿责任,但是尚有普通合伙人对债务承担无限连带责任。这是有限合伙企业与有限责任公司的制度设计在责任承担方面的本质区别。这种普通合伙人与有限合伙人责任承担模式的立法意图在于,既以有限合伙人的有限责任为有限合伙人隔离风险和责任,鼓励资本投入,又以普通合伙人的无限责任为债权人平衡风险,实现债权人保护。虽然在实务中,基于客观原因或结构设计,普通合伙人的连带责任事实上无法为有限合伙企业增信,但是,该制度设计上的差异同样为有限合伙人在减资情形下的责任承担问题上提供了更多抗辩的理由。

基于以上理由,本文认为,有限责任公司实务中以“是否妥为通知债权人”作为裁判减资股东是否承担连带责任的做法,在有限合伙人减资情形下是否对合伙企业债务承担补充责任的问题上无法参照适用。

第三部分\

解释路径二：能否参照《合伙企业法》中关于有限合伙人退伙的规定，以减资程序是否从合伙企业取回财产确定有限合伙人承担责任的范围？

虽然《合伙企业法》未对有限合伙人减资后的责任承担问题予以明确,但是《合伙企业法》第八十一条规定了有限合伙人退伙的情况下,对基于其退伙前的原因发生的有限合伙企业债务,以其退伙时从有限合伙企业中取回的财产承担责任。

本文认为,仅考虑资本属性,有限合伙人的退伙相当于“全部减资”,而“减资”相当于“部分退伙”,二者的资本属性高度相似。而由于有限合伙人责任承担的原则不同于普通合伙人,后者的责任具有一定的人身属性,而前者系纯粹因资本投入或资本投入的承诺而产生,因此有限合伙人的“减资”与“退伙”在资本属性层面的相似性,理论上应当导致相同的法律结果。更进一步,基于“举重以明轻”的法理,类似于“部分退伙”的“减资”,其法律后果不应当超出“退伙”的范围。

因此,虽然《合伙企业法》层面并无明确的规定,但是基于前述理论分析,我们认为可以将《合伙企业法》第八十一条“有限合伙人退伙时的责



任承担范围”参照适用于有限合伙人减资的情形。即，有限合伙人减资后，对基于有限合伙企业减资前的原因发生的有限合伙企业债务，以其剩余的认缴出资额及减资时从有限合伙企业中取回的财产为限承担责任。

以本文开篇的案例为例，由于投资人甲在减资时并未从有限合伙企业取回资产，因此仅以剩余的认缴出资额2.5亿元为合伙企业的债务承担责任；而投资人乙在减资时，已经从有限合伙企业取回了0.5亿元的资产，需要以剩余认缴出资额2.5亿元及取回的资产0.5亿元之和（合计3亿

元)为合伙企业的债务承担责任，即，投资人甲、乙作为有限合伙人，均以其减资前的实缴出资额为限，为合伙企业因减资前的原因产生的债务承担责任。

第四部分\

从区分“形式减资”与“实质减资”角度分析，对有限合伙人减资后的责任承担制度予以解释和完善。

1、区分“形式减资”与“实质减资”在有限责任公司减资问题实务上的理解与实践。

在公司资本制度领域，理论上将有限责任公司的减资区分为“实质减资”和“形式减资”两种类型。**实质减资**是指，在公司净资产充裕的情形下，为避免资金闲置，公司调减注册资本数字，将调减数字所对应净资产返还给股东，这种情况下不仅造成公司注册资本数字的减少，更重要的是其使得公司净资产部分流向股东；**形式减资**则是指，公司净资产未达到注册资本数字水平时，公司将注册资本数字向下调整，以便与当前的净资产状态相吻合，不发生现实资产的流动，只是注册资本数字的变化。⁴

4. 参见杜军：《公司资本制度的原理、演进与司法新课题》，载《法律适用》2014年第11期，2-12页。

有学术观点认为,实质减资应是公司资本充足原则重点限制的对象,因为这种减资使得公司的财产真实地流向了股东,公司的偿债能力真切地被削弱了,因此我国《公司法》第一百七十七条规定的通知债权人等减资程序针对的也是这种实质减资。但是,形式减资却不同,因为形式减资并没有导致公司的净资产变化,反而在一定程度上更正了注册资本与实缴资本之间的信息误差,甚至能够避免潜在债权人对公司偿债能力的误判。⁵

司法实践中也有类似的观点,认为形式减资情形下即便减资程序存在违法股东也不能参照抽逃出资处理。例如,最高人民法院在(2019)最高法民再144号《民事判决书》提出:“省农资公司虽将其登记出资由5000万元减至3000万元,但寒地黑土集团的权益并未因省农资公司的行为受到损害,资产总量并未因此而减少、偿债能力亦未因此而降低。省农资公司的行为不属于《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》第十二条规定的情形,不存在抽逃出资的行为,不应当被追加为被执行人。”

不过,由于“形式减资”与“实质减资”的区分并未在法律规则中确立,实务中也存在部分法院以“公司法并未明确区分”为由不支持“形式减资”的抗辩⁶,以及部分法院对以“形式减资”抗辩

的当事人科以较重的举证责任⁷的情况。

2、前述《合伙企业法》第八十一条的规定在有限合伙企业减资层面的适用,符合区分“形式减资”与“实质减资”的理论。

虽然,现有的关于“形式减资”与“实质减资”的讨论主要集中在公司法领域;但是,在合伙企业法领域,有限合伙人减资的情形在理论上同样可以作出“实质减资”和“形式减资”的区分,并予以分别处理:对于未造成合伙企业净资产减少的形式减资,由于未对债权人利益造成实际影响,构成“形式减资”,因此不能要求减资有限合伙人以形式减资的出资额对合伙企业债务承担责任;反之,对于造成合伙企业净资产减少的“实质减资”,则需要有限合伙人在补足合伙企业净资产减少的范围内,对合伙企业债务承担责任。

结合前文(第三部分)的论述,不难发现,参照适用《合伙企业法》第八十一条的规定处理有限合伙人减资事宜,即有限合伙人需要“以其减资后的认缴出资以及减资时从有限合伙企业中取回的财产承担责任”,事实上体现出区分“实质减资”与“形式减资”的理念。

5. 参见丁辉:《认缴登记制下公司减资制度研究》,载《河北法学》2017年第6期,180-190页。
6. 例如:重庆市高级人民法院的(2018)渝民终100号案例、广东省广州市中级人民法院的(2021)粤01民终1253号案例
7. 例如:上海市高级人民法院的(2020)沪民再28号案例、江苏省苏州市中级人民法院的(2019)苏05民终9614号、山东省青岛市中级人民法院的(2020)鲁02民终4803号案例、江苏省南京市中级人民法院的(2020)苏01民终11565号案例。

而且,由于《合伙企业法》第八十一条的存在,基于“举重以明轻”的法理(有限合伙人减资时的责任不应当大于退伙时的责任),在《公司法》领域不支持区分“形式减资”与“实质减资”,进而对减资股东科以更高义务和责任的的做法,在有限合伙人减资的实践中不应该存在。

3、“实质减资”与投资者缴付出资的期限利益。

区分“形式减资”和“实质减资”,一定程度上体现出对投资人缴付出资期限利益的保护。从该角度出发,“形式减资”的保护对象并不包括全部“未缴付的出资”,还应当加上“缴付期限未届至、缴付条件未满足”的限定。

如果减资的对象是“应缴未缴”的出资(例如已经到期但是拖欠未实缴的出资),则不论从股东或有限合伙人期限利益还是保护债权人利益的角度,股东或有限合伙人仍然应当在减资前应缴的出资范围内承担责任。⁸虽然此时减资的投资人并未从企业取回实体的“财产”,但是却免除了自身对企业已经到期的债务,实质上仍造成企业净资产的减损,构成“实质减资”。

因此,在本文开篇的案例中,投资人甲、投资人乙是否需要以原先未实缴的2亿元、2.5亿元为限足额为有限合伙企业的债务承担责任,还受到缴付期限是否届至、缴付条件是否满足的影响。

实务中,部分有限合伙型私募基金的《合伙协议》习惯性约定“按照执行事务合伙人不时向各合伙人发出要求其履行相应出资义务的提款通知,各合伙人按照该提款通知对合伙企业缴付实缴出资”,而对缴付期限不予以明确,这种约定可能会被认为违反《合伙企业法》第十八条关于合伙协议应当载明事项的规定,进一步导致有限合伙人的期限利益陷入不确定的状态,从而使在该等情况下,有限合伙人针对其部分认缴出资的减资也产生被主张或认为构成“实质减资”的风险。

第五部分\

有限合伙型私募基金减资相关风险的提示及实操参考

在大众将基金的风险隔离属性视为“常识”的背景下,投资者反而容易忽视特殊情况下有限合伙企业仍需以自有资产承担责任的⁸风险,以至于专业的投资机构在起草《合伙协议》或安排投资计划时,都可能忽视对该等风险的防控,进而导致发生预期之外的纠纷。

以本文开篇的案例为例,在投资战略变更或投资项目失败时,投资人可能希望赎回已经投入

8. 参见刘玉妹:《认缴资本制视野下公司减资制度的构建》,载《法律适用》2016年第7期,95-100页。

基金而尚未使用的资金用于其他途径,或者希望减少原先拟定的投资规模。在发生特定情形时,若相关资本运作上处理不善,投资人可能遇到“不期而至”的责任纠纷。

因此,为了更好地预防和应对本文所探讨的问题,控制投资风险,有限合伙企业(私募基金)的投资者可以从如下角度考虑对策:

1、在合伙协议/基金合同的安排上,对于认缴出资缴付的期限应当予以明确,以此确保有限合伙人享有清晰、明确的期限利益,以便后续灵活处理未实缴的认缴出资额。

2、避免在尚无资金使用的必要时,先行缴付出资,否则不但在商业层面会导致该部分资金的闲置,而且在风险隔离层面也使得该部分资金成为有限合伙企业经营的风险敞口。

第六部分\ 结语

基于以上讨论,我们认为,在判断有限合伙人在减资后,是否需要以减少的出资对合伙企业因减资前原因产生的债务承担责任时,理论上,应当先考虑减资行为是否涉及从合伙企业取回资产,如果取回资产的,则需要以取回的资产和减资后确定的认缴出资为限承担责任;如果未取回资产的,则需要进一步考虑减少的出资是否涉

及“应缴未缴”的出资,若涉及,则还需要在“应缴未缴”的范围内承担责任;除此以外,有限合伙人仅需以减资后确定的认缴出资为限,为有限合伙企业的债务承担责任。

以上系在缺乏权威法源性规定的情况下,笔者基于现有法律框架,结合实务经验及法学理论,对题述问题提出的合理解决路径及相关实务建议。 ☞



冯东
合伙人
争议解决部
深圳办公室
+86 755 3325 6979
fengdong@zhonglun.com

审判研究：企业如何合规签订 无固定期限劳动合同？ ——以上海地区为例

作者：张根旺 王昌璐



《劳动合同法》第十四条对用人单位与劳动者订立无固定期限劳动合同作出了规定,因《劳动合同法》第十四条第二款第(二)项的情形并不常见,因此本文仅讨论《劳动合同法》第十四条第二款第(一)和第(三)项的情形,即“劳动者在该用人单位连续工作满十年”及“连续订立二次固定期限劳动合同,且劳动者没有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形续订劳动合同的”。2009年3月,上海市高级人民法院出台了沪高法[2009]73号文,其中第四条为关于订立无固定期限劳动合同的指导意见,但是在司法实践中,在适用该条款时仍然存在诸多争议与疑问。因此,本文拟对上海地区¹签订无固定期限劳动合同中存在的典型疑难问题,结合相关判例进行研究,以期为用人单位在处理与劳动者签订无固定期限劳动合同时提供实操指引。

第一部分\

上海高院关于签订无固定期限劳动合同的相关意见

上海市高级人民法院《关于适用〈劳动合同法〉若干问题的意见》(沪高法〔2009〕73号)第四条为关于无固定期限劳动合同的规定,其中第(二)和第(四)项的规定如下:

(二)符合订立无固定期限劳动合同的条件,但当事人订立了固定期限合同的效力

劳动者符合签订无固定期限劳动合同的条件,但与用人单位签订固定期限劳动合同的,根据《劳动合同法》第十四条及《实施条例》第十一条的规定,该固定期限劳动合同对双方当事人具有约束力。合同期满时,该合同自然终止。

(四)用人单位与劳动者连续订立几次固定期限劳动合同以后,续订合同应当订立无固定期限合同

《劳动合同法》第十四条第二款第(三)项的规定,应当是指劳动者已经与用人单位连续订立二次固定期限劳动合同后,与劳动者第三次续订合同时,劳动者提出签订无固定期限劳动合同的情形。

就上述法条的文义可以看出,上海地区在与劳动者订立了二次固定期限劳动合同后,用人单位仍然享有是否与劳动者续订劳动合同的选择权,即只有满足(1)用人单位愿意与劳动者续订劳动合同;(2)劳动者提出签订无固定期限劳

1.因劳动法存在较强的地域属性,本文仅为上海地区之裁判研究汇总结果,请注意全国其他地区可能存在不同的法规及裁判口径。



动合同时,双方才应当订立无固定期限合同。如果在第三次订立劳动合同时,用人单位提出与劳动者订立固定期限劳动合同,劳动者未提出订立无固定期限劳动合同的,双方仍然可以订立固定期限的劳动合同。另外,在“劳动者在用人单位连续工作满十年”的情况下,劳动者与用人单位签订了固定期限劳动合同的,合同期满后,如果用人单位没有与劳动者续订劳动合同的意向,那么该固定期限的劳动合同在期满时终止,用人单位应当向劳动者支付经济补偿金。

第二部分\

在劳务派遣和直接雇佣并存的用工形式下,劳动者在劳务派遣单位的工作年限和签订劳动合同的次数是否构成签订无固定期限劳动合同的条件?

2014年1月,《劳务派遣暂行规定》出台以后,因规定了劳务派遣的用工范围和用工比例,很多原来采用劳务派遣形式进行用工的用人单位,将用工形式转变为直接与劳动者签署劳动合同。《劳动合同法实施条例》第十条规定,劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作的,劳动者在原用人单位的工作年限合并计算为新用人单位的工作年限。原用人单位已经向劳动者支付经济补偿的,新用人单位在依法解除、终止劳动合同计算支付经济补偿的工作年限时,不再计算劳动者在原用人单位的工作年限。

因此,在劳动者实际在同一用工单位工作但存在劳务派遣与直接用工两种情形时,涉及到续签劳动合同,尤其是签订无固定期限劳动合同的,对工作年限与签订次数是否应合并计算在司法实践中仍存在一定的争议。

(一)劳动者在劳务派遣单位工作后转为与用工单位直接签署劳动合同,在续订劳动合同时,劳动合同签订的次数是否应当合并计算?

案号	法院	案例名称	法院认为
案例1: (2019) 沪0106 民初 15529 号	上海市静 安区人民 法院	姚某与礼来苏州制 药有限公司上海分 公司劳动合同纠纷 一审民事判决书	原告虽自2007年4月5日起即在被告处工作,但此时双方并未签订劳动合同,而根据原告与外服公司之间劳动合同的约定,原告至被告处工作系外服公司的劳务派遣行为。 在《调整劳动关系三方协议书》中,原、被告及外服公司均对该劳务派遣行为予以认可,并确认2007年4月5日至2013年10月31日期间原告系与外服公司建立劳动关系。 因此,原、被告应自双方劳动合同的起始日,即2013年11月1日起建立劳动关系。原、被告之间仅订立过一份劳动合同,不存在连续订立二次固定期限劳动合同的情形。

(二) 劳动者在劳务派遣单位工作后转为与用工单位直接签署劳动合同,导致实际在同一用工单位工作一共满十年的,劳动者提出订立无固

定期限劳动合同的,用人单位是否应当与其签署无固定期限劳动合同?

案号	法院	案例名称	法院认为
案例2: (2020) 沪0115 民初 2984号	上海市浦 东新区人 民法院	史某与兼兴电子 (上海)有限公司 劳动合同纠纷一 审民事判决书	原告在2014年4月1日前的用人单位为案外人上海市对外服务有限公司,而被告系用工单位,并非原告的用人单位,虽然原、被告签署的《补充协议》明确原告在被告处的工作年限(工龄)从派遣单位派遣日起算,但该约定是指在计算原告的经济补偿金时将其在派遣单位的工作年限一并计算。因此,原告在派遣单位的工作年限不应按照同一用人单位连续计算在原用人单位的被告处。

从上述两个案例来看,法院认为,即使在劳动者由劳务派遣转变为与用工单位直接签署劳动合同时,三方签署约定三方间权利义务的协议,协议中约定“劳动者的工作年限(工龄)从派遣单位派遣日起算”,但是劳动者与派遣单位签订劳动合同的次数与用工单位直接签署劳动合同的次数不应当合并计算。另外,在计算“劳动者

在该用人单位连续工作满十年”时,也不应当将劳动者在派遣单位的工作年限合并计算至其在用工单位的工作年限。

笔者同意前述观点,其主要原因如下:(1)劳务派遣单位与用工单位并非同一单位,也并非关联企业,二者的行业与经营范围存在明显区别,不能视为是同一用人单位;(2)《劳动合同法

实施条例》第十条规定的是在计算经济补偿金时工作年限的承继计算,并未规定劳动合同订立的次数与年限也均可以合并计算,构成签订无固定期限劳动合同的条件。在法律没有明确规定的情况下,对法律的适用不宜做任意扩大解释;(3)派遣单位与实际用工单位也不存在恶意串通轮流与劳动者签订劳动合同以规避法律义务;(4)劳务派遣单位与劳动者订立劳动合同的期限普遍较短,如果将劳动者与劳务派遣单位和实际用工单位签订劳动合同的次数合并计算,将在一定程度上损害实际用工单位的自主经营权,最终可能损害劳动者的利益。

第三部分\

“劳动者已经与用人单位连续订立二次固定期限劳动合同后,与劳动者第三次续订合同时,劳动者提出签订无固定期限劳动合同的情形”中的“第三次”应当如何理解?

在司法实践中,有些用人单位与劳动者往往多次订立较短期限的劳动合同,如订立劳动合同的期限为1年或者2年。在订立了2次固定期限劳动合同之后,如果用人单位提出与劳动者续订劳动合同的,无论用人单位希望订立固定期限劳

动合同还是无固定期限劳动合同,只要劳动者提出订立无固定期限劳动合同的,那么用人单位就应当与劳动者订立无固定期限劳动合同。然而,在用人单位与劳动者签订2次以上固定期限劳动合同,比如签订了3次、4次固定期限劳动合同后,是否仍满足这里的“第三次”?即如果劳动者在第三次、第四次与用人单位签订了固定期限的劳动合同而未提出签订无固定期限劳动合同,此后是否还有机会再提出与用人单位签订无固定期限劳动合同?这里的“第三次”是指用人单位与劳动者前两次订立固定期限劳动合同后序数词第“三”次还是指只要双方签订了两次固定期限劳动合同后的任意“第三次”?沪高法[2009]73号文对此并未作出明确的释义,导致在司法实践中仍存在争议。

(一) 劳动者在同一用人单位工作已满十年

实践中,可能存在劳动者已在同一用人单位工作满十年,并且劳动合同已经订立两次以上的情形。如果劳动者已经满足在同一用人单位工作满十年的,那么无论固定期限的劳动合同签署过几次,劳动者提出或者同意续订劳动合同的,那么用人单位就应当与其订立无固定期限劳动合同。即劳动者一旦达到在同一用人单位工作满十年的条件,无论固定期限劳动合同签订了几次,均有权提出签订无固定期限劳动合同。除非

在满足该条件时,劳动者与用人单位订立了固定期限的劳动合同,那么根据沪高法〔2009〕73号

文第四条(二)的规定,用人单位有权在劳动合同到期时终止与劳动者的劳动合同。

案号	法院	案例名称	法院认为
案例3: (2020) 沪02民 终9761 号	上海市第二中级人民法院	L电气系统(上海)有限公司与朱某劳动合同纠纷二审民事判决书	双方在劳动合同法施行以后已经连续订立四次固定期限劳动合同,且朱某亦在L公司连续工作超过十年,符合订立无固定期限的法定条件,故在朱某明确提出订立无固定期限合同的情况下,L公司理当与之续订无固定期限劳动合同。
案例4: (2012) 闵民一 (民)初 字第 16095 号	上海市闵行区人民 法院	梁某诉上海A有限公司劳动合同 纠纷判决书	2002年7月1日,原告首次与被告签订劳动合同并实际进入被告处工作,期间双方多次续签固定期限劳动合同,最后一份固定期限劳动合同到期之日为2012年6月30日。 2012年6月30日是原告在被告处连续工作满十年之日,也是原、被告之间的最后一份劳动合同到期之日,现原告于2012年6月9日和2012年6月21日在最后一份劳动合同即将到期前两次以书面形式向原告提出合同到期后签订无固定期限劳动合同,已经在合理期间内向被告明确表示了工作满十年后与之签订无固定期限劳动合同的意思,在无其他法定事由解除与原告之间劳动合同的情况下,作为用人单位的被告依法应当与原告订立无固定期限劳动合同。

(二) 劳动者在用人单位工作未满十年

如果劳动者在用人单位工作未满十年,经过案例检索,上海地区法院偏向认为在连续签订二次以上固定期限劳动合同后,劳动者提出签订无固定期限劳动合同而用人单位决定不续签的,用人单位有权依法终止劳动合同。



案号	法院	案例名称	法院认为
案例5: (2019) 沪01民 终6522 号	上海市第一中级人民法院	黄某与上海海通国际汽车码头有限公司劳动合同纠纷案件二审民事判决书	海通公司与黄某已连续订立三次固定期限劳动合同, 黄某系在第四次续订合同时提出要求签订无固定期限劳动合同, 因此不符合法律规定的情形。 根据海通公司与黄某续签期限为2015年12月1日至2017年11月30日的劳动合同中约定双方的合同期限至2017年11月30日, 该固定期限劳动合同对双方当事人均具有约束力, 合同期满时, 该合同自然终止。
案例6: (2017) 沪02民 终 11094 号	上海市第二中级人民法院	沈某与大众汽车租赁有限公司劳动合同纠纷二审民事判决书	双方共签订四份《劳动合同》。连续订立二次固定期限劳动合同, 劳动者没有相关法律规定的禁止情形, 劳动者提出或同意续订劳动合同的, 除劳动者提出订立固定期限劳动合同外, 应当订立无固定期限劳动合同。这应当是指劳动者已经与用人单位连续订立二次固定期限劳动合同后, 与劳动者第三次续订劳动合同时, 劳动者提出签订无固定期限劳动合同的情形。 而沈某并不符合上述条件, 故沈某关于其已符合订立无固定期限劳动合同条件的陈述, 法院不予采纳。
案例7: (2021) 沪01民 终8083 号	上海市第一中级人民法院	粟某与竹中(中国)建设工程有限公司劳动合同纠纷二审民事判决书	根据《中华人民共和国劳动合同法》第十四条 第二款第(三)项的规定, 应当是指用人单位已经与劳动者连续订立二次固定期限劳动合同后, 与劳动者第三次续订合同时, 劳动者提出签订无固定期限劳动合同的情形。 本案中, 双方均认可第三份劳动合同实际为固定期限劳动合同, 由此可见竹中公司与粟某在第二份劳动合同到期后, 双方合意续签了第三份固定期限劳动合同, 竹中公司在第三份劳动合同即将期满时, 决定不再与粟某续签劳动合同, 即双方并未就再次续签劳动合同达成合意, 粟某再来提出要求签订无固定期限劳动合同, 不符合上述法律规定的情形。



笔者认为, 根据沪高法〔2009〕73号文第四条(二)和(四)以及上述判例, 劳动者在同一用人单位工作未满十年, 在劳动者与用人单位已经订立了二次以上固定期限劳动合同的情况下, 如果用人单位决定与劳动者不续签劳动合同的, 劳动者无权要求签署无固定期限劳动合同, 原固定期限的劳动合同可以在到期后依法终止。

第四部分\

**劳动者在同一用人单位工作未
满十年的情况下,连续签订二次
以上固定期限劳动合同后,用人
单位决定与劳动者续签固定期**

**限劳动合同,此时劳动者提出签
订无固定期限劳动合同的,用人
单位是否可以拒绝并依法终止
劳动合同?**

案号	法院	案例名称	法院认为
案例8: (2016) 沪0104 民初 23106号	上海市徐 汇区人民 法院	上海怡呈服装有 限公司与张某劳 动合同纠纷一审 民事判决书	双方已连续签订了三次固定期限劳动合同,并且按怡呈公司的陈述,在双方最后一份劳动合同到期前怡呈公司即提出与张某续签5年期的劳动合同,张某要求签订无固定期限劳动合同,此时怡呈公司应当与张某签订无固定期限劳动合同,张某不同意怡呈公司提出的签订5年期劳动合同,于法有据,故怡呈公司以双方在续签劳动合同的问题上不能达成一致为由终止双方劳动关系,缺乏法律依据。
案例9: (2014) 沪二中民 三(民)终 字第970 号	上海市第 二中级人 民法院	柏某与上海普利 特复合材料股份 有限公司劳动合 同纠纷二审民事 判决书	柏某于2008年6月进入普利特公司工作,双方签订过3份劳动合同,最后一份合同期限为2011年7月1日至2013年8月31日。上述劳动合同届满前,普利特公司提出续签劳动合同意愿,柏某要求签订无固定期限劳动合同,如果普利特公司不同意签订无固定期限劳动合同的,柏某有权要求普利特公司履行签订无固定期限劳动合同的义务。
案例10: (2018) 沪01民 终12075 号	上海市第 一中级人 民法院	程某诉上海紫燕 合金应用科技有 限公司劳动合 同纠纷一案二审 民事判决书	关于第三次固定期限劳动合同到期后,双方是否应当续签无固定期限劳动合同。 虽然紫燕公司在双方第三次固定期限劳动合同到期前向程某发出《劳动合同续签意向调查书》,征询程某关于续签劳动合同的意向,但从该意向调查书的内容来看,并不能得出紫燕公司已明确表示愿意与程某续签劳动合同的结论,故该意向调查书不能视为双方已就续签劳动合同事宜达成合意。 紫燕公司最终在第三次固定期限劳动合同到期时决定不再与程某续签劳动合同,并无不当,紫燕公司终止劳动合同的行为不应认定为违法。
案例11: (2012) 沪一中民 三(民)终 字第745 号	上海市第 一中级人 民法院	许某诉国联安基 金管理有限公司 劳动合同纠纷一 案	根据相关法律规定,劳动者已经与用人单位连续订立二次固定期限劳动合同后,与劳动者第三次续订劳动合同时,劳动者提出签订无固定期限劳动合同,应当订立无固定期限劳动合同。 本案中,许某虽提出签订无固定期限劳动合同,但双方已订立四次固定期限劳动合同,不符合规定的情形。因此,双方未就新劳动合同协商一致,公司可以终止劳动合同。

案号	法院	案例名称	法院认为
案例12 (2016) 沪01民 终13608 号	上海市第 一中级人 民法院	柴某诉广州星河湾物业管理服务有限公司上海分公司劳动合同纠纷一案二审民事判决书	<p>根据相关规定,劳动者符合签订无固定期限劳动合同的条件,但与用人单位签订固定期限劳动合同的,根据《劳动合同法》第十四条以及《劳动合同法实施条例》第十一条的规定,该固定期限劳动合同对双方当事人具有约束力。且劳动合同法第十四条第二款第(三)项的规定,应当是指劳动者已经与用人单位连续订立二次固定期限劳动合同后,与劳动者第三次续订合同时,劳动者提出签订无固定期限劳动合同的情形。</p> <p>现根据柴某、星河湾物业上海分公司已签订了四次劳动合同,但柴某现提出签订无固定期限劳动合同,并据此主张经济补偿金,缺乏依据,原审法院难以支持。</p> <p>《中华人民共和国劳动合同法》第四十六条第五项规定,除用人单位维持或者提高劳动合同约定条件续订劳动合同,劳动者不同意续订的情形外,依照本法第四十四条第一项规定终止固定期限劳动合同的,用人单位应当向劳动者支付经济补偿。星河湾物业上海分公司已经给其一张劳动合同续签意见表,其在表上勾选了不同意续签,因此柴某的上诉请求不符合应当支付经济补偿金的法律规定。</p>

上述案例8与案例9中,法院认为不管是第三次还是第四次签订劳动合同(只要满足连续“两”次及以上签订条件的),用人单位同意续签,劳动者提出签订无固定期限劳动合同的,那么用人单位应当与其签订无固定期限劳动合同。而在案例10、案例11和案例12中,法院则认为,在订立两次以上固定期限劳动合同后,劳动者无权再提出签订无固定期限劳动合同。如果用人单位提出与劳动者续订固定期限劳动合同,劳动者不同意续订固定期限劳动合同而提出与用人单位签订无固定期限劳动合同,双方未就新的劳动合同续订事宜达成合意的,用人单位仍有权单方终止劳动

合同。特别地,在案例12中,如果用人单位维持原条件与劳动者续订劳动合同,而劳动者不同意续签的,用人单位有权不向其支付经济补偿金。

笔者认为,上述判例存在差异的根本原因是法院对“第三次续订劳动合同”中“第三次”的理解不同。笔者倾向于赞成上述法院的第二种观点,即该“第三次”应为序数词的第三次,并非是任意连续两次签署固定期限劳动合同后的“第三次”,并且应区分劳动者是否在用人单位工作满十年,具体如下:

(1) **如果劳动者已经在用人单位连续工作满十年**,那么无论用人单位与劳动者续订过几次

固定期限劳动合同,用人单位是否愿意与其续签,续签的是固定期限劳动合同还是无固定期限劳动合同,只要劳动者提出签订无固定期限劳动合同的,在无其他法定事由解除与劳动者之间劳动合同的情况下,用人单位应当与劳动者订立无固定期限劳动合同。

(2) **如果劳动者在用人单位工作未满十年**,此时应当对这里的“第三次”予以明确。即劳动者只有在序数词的“第三次”与用人单位订立劳动合同的时候,才有权提出订立无固定期限劳动合同,此后劳动者无权再提出订立无固定期限劳动合同,并且

1、如果用人单位决定不续签,用人单位有权终止其劳动合同并向其支付经济补偿金;

2、如果用人单位提出续订固定期限劳动合同,而双方未就劳动合同的期限、内容等达成一致,用人单位仍可以终止劳动合同并向劳动者支付相应的经济补偿金;

3、如果用人单位提出以同等或更高的条件续订劳动合同,而劳动者不同意的,根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十六条第五项的规定,用人单位可以终止劳动者的劳动合同并不向其支付经济补偿金。

第五部分\

对用人单位签订无固定期限劳动合同的实操建议

综上所述,在上海地区的司法实践中,对用人单位与劳动者存在劳务派遣与直接雇佣两种用工模式的情况下,一般来说不支持将签订劳动合同的次数及工作年限合并计算,作为与实际用工单位签订无固定期限劳动合同的条件。

而劳动者与用人单位连续签订二次以上固定期限劳动合同之后,劳动者是否有权要求与用人单位签订无固定期限劳动合同仍然存在一定的争议。综合上述案例,如果用人单位和劳动者连续订立两次以上固定期限劳动合同的,用人单位享有“终止权”,如果用人单位无续订劳动合同的意向,可以单方面终止劳动合同,并向劳动者支付经济补偿金。但是如果用人单位希望与劳动者续订劳动合同,但仅有续订固定期限劳动合同意向的,用人单位需谨慎处理。因此,为了避免发生劳动争议,笔者对用人单位与劳动者续签劳动合同提出如下建议:

(1) **如果用人单位已经与劳动者签订两次以上固定期限劳动合同,但是劳动者在用人单位工作未满十年的**,建议用人单位审慎决定是否与劳动者续订劳动合同,如果有续订意向的,应考虑与其续订固定期限劳动合同或无固定期限劳

动合同。

a)如果用人单位决定续订固定期限劳动合同的,可能面临劳动者提出签署无固定期限劳动合同的要求。在目前司法实践存在争议的情况下,建议用人单位做好劳动者提出续订无固定期限劳动合同的预期,避免与劳动者就续订劳动合同的期限为固定期限还是无固定期限无法达成一致后产生争议。另外,应一并考虑劳动者在用人单位的工作年限与拟续订固定期限劳动合同总计是否将达到“十年”,一旦达到在用人单位工作满十年后,如果劳动者提出签订无固定期限劳动合同的,在无其他法定事由解除与劳动者劳动合同的情况下,用人单位应当与其签订无固定期限劳动合同。

b)如果用人单位决定不与劳动者续签的,应及时向劳动者发出终止劳动合同通知书并支付劳动者相应的经济补偿金。

(2) 如果用人单位已经与劳动者签订两次以上固定期限劳动合同,且劳动者在用人单位工作已满十年的,无论用人单位是否同意续订劳动合同及续订劳动合同为固定期限或无固定期限,如果劳动者提出与用人单位签订无固定期限劳动合同的,用人单位应当与其订立无固定期限劳动合同。但是,如果劳动者在用人单位工作已满十年,满足双方应当订立无固定期限劳动合同的条件,但是双方仍然订立固定期限劳动合同的,

用人单位仍然可以到期依法终止劳动者的劳动合同。 ☞



张根旺
合伙人
合规与政府监管部
上海办公室
+86 21 6061 3191
andersonzhang@zhonglun.com



中伦研究院出品



特别声明:以上所刊登的文章仅代表作者本人观点,不代表北京市中伦律师事务所或其律师出具的任何形式之法律意见或建议。未经本所书面授权,不得转载或使用该等文章中的任何内容,含图片、影像等视听资料。如您有意就相关议题进一步交流或探讨,欢迎与本所联系。