

May 2010

soundings

本期內容：退款保函——注意事項

退款保函——注意事項

退款保函是任何新造船合同的關鍵事項。作為擔保，它為買家於交船前所付款項提供了保障。該擔保目的在於確保買家在情況不利時回復到合同訂立之時的處境。

伴隨著市場衰退，退款保函的效用現在開始受到來自買家和船廠雙方的檢驗。合同解除時，需要考慮到問題是，退款保函到底是“見索即付”保函還是僅在滿足一定條件時方可啓動的保函。毫無意外，船廠以及保函背後的保險人會積極考慮，尋求能將其在保函下的風險敞口降至最低的途徑。

協會最近涉入的一起案件就要確定退款保函是否為見索即付保函。在RAINY SKY ([2009] EWHC 2624 (Comm))一案中，協會支持買家會員向韓國國民銀行(Kookmin Bank)索賠。除了涉案退款保函是否為見索即付保函這一爭議外，還出現了保函在船廠無力償債的情況下是否啓動的爭議。

船廠破產後，會員試圖追回已向船廠支付的約5500萬美元的交船前預付款。

銀行抗辯主張退款保函並不擔保交船前預付款，並進一步抗辯該保函並非“見索即付”保函，即要求銀行在收到真實（即非欺詐）索賠後立即付款的保函。會員則主張，如果保函不擔保交船前預付款，那將是“荒唐的，且很不符合商業常理”。在判決中，Justice Simon先生認同會員在這一問題上的主張“合乎情理、顯而易見地正確”。他進而裁決該保函為見索即付保函，並判令銀行立即向會員付款。

銀行現在正在向上訴法院上訴，對此管理人將繼續予以及時報導。

從本案看來，會員當前應當考慮未來如何起草退款保函，以確保保函的可執行性盡可能地清楚明確。

還需要考慮些什麼？

1. 管轄權

如果保函由韓國或中國的銀行簽發，那麼最好規定爭議應提交仲裁而非英國高等法院解決。這是因為在中國和韓國，可以依據《紐約公約》執行仲裁裁決，而要執行高等法院的判決，則相對沒那麼明確。

如果保函規定高等法院享有管轄權，那麼確保保函中有送達位址也很重要，這樣可以節省獲取域外送達許可及實施送達的成本和時間（該成本、時間可能相當可觀）。

2. 保函在何種情形下可以啓動？

退款保函，依其措辭，通常只有在造船合同約定解除時才可以啓動。



Refund guarantees – things to look out for

這就帶來一個難題——如果買家因船廠毀約性違約而終止合同，退款保函是否可以啓動？

例如，如果船廠在最後期限之前絕對清楚明確地表明他們不可能或不會如期完成造船，而買家因此選擇終止造船合同，那麼對於退款保函是否可以啓動就會出現爭議。爲此，謹慎起見，應特別確保退款保函在合同“終止”以及在行使合同解除/撤銷權的情形下均可以啓動。

同時也應當注意確保退款保函可以在其他一些買家無權解除或終止合同，但有權根據保函要求退款的情況下得以啓動。造船合同經常規定如出現無力償債情形（例如被納入韓國重整法監管下），買家有權要求退還預付款並不鮮見，但該規定並不賦予買家解除造船合同的權利。同時，船廠反而有權選擇繼續造船（即使沒有先期付款）並交付船舶。

3. 退款保函的失效

有時，退款保函規定如果買家違約，保函將於船廠撤銷造船合同時失效。但是，買家可能對合同撤銷的效力提出異議，在這種情況下，有必要訂立相應的條款規定，在針對船廠撤銷行爲的法律程式進行中且船廠撤銷行爲被認定錯誤（買家從而有權要求退款）時退款保函繼續有效。

進而言之，確保法律程式終結前退款保函始終有效也非常重要，因爲需要考慮上訴的可能性。

我們因此建議退款保函的措辭應當確保保函只有在不可上訴的裁決作出一定天數後——或如果上訴——在不可上訴的判決做出一定天數後才失效。

4. 利息

退款保函中的利息條款應當與造船合同中的利息條款相符。有時利率會根據買家解除合同的依據而有所不同。例如，有些合同中，如果合同解除系因容許範圍內的遲延，船廠會試圖不支付利息或少支付利息。

5. 不棄權條款

寫明規定退款保函不受造船合同變更或造船期限延長影響的不棄權條款很有必要。這樣就能確保在造船合同變更的情況下，退款保函依然有效——即使未獲得退款擔保人的同意。

6. Swift保函

近幾個月來對於Swift保函是否符合英國詐騙法(UK Statute of Frauds)——該法規定保函應由擔保人簽署——出現了爭議。常見情況是，通過Swift發送的退款保函都只由匯款行加密押，而沒有簽名，甚至授權簽字人的姓名都未出現。雖然這純屬技術領域（而且權威律師之間也意見相左），但至少Swift資訊中應當包含退款擔保銀行授權簽字人的姓名。

7. 費用

退款保函歷來都沒有對費用追償做出過規定。因此如果在對船廠提起仲裁程式的過程中產生費用，這些費用也只能向船廠追索，而不能向退款擔保人追索。很明顯，如果船廠無法履行合同義務，這樣的保函對買家並無益處。有觀點贊同費用應當作爲退款保函條款的一部分。保函提供人當然可能會主張買家和船廠之間的費用應當僅限於他們兩方之間。但是，如果退款保函提供人指示船廠對終止的合法性提出異議，則退款保函提供人必須承擔相應的費用。

當然，如果退款擔保人未盡其保函下的義務，依據英國法，針對該保函擔保人索賠的費用可以照常追索。