

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。

伴随着市场衰退，退款保函的效用现在开始受到来自买家和船厂双方的检验。合同解除时，需要考虑到问题是，退款保函到底是“见索即付”保函还是仅在满足一定条件时方可启动的保函。毫无意外，船厂以及保函背后的保险人会积极考虑，寻求能将其在保函下的风险敞口降至最低的途径。

协会最近涉入的一起案件就要确定退款保函是否为见索即付保函。在RAINYSKY ([2009] EWHC 2624 (Comm))一案中，协会支持买家会员向韩国国民银行(Kookmin Bank)索赔。除了涉案退款保函是否为见索即付保函这一争议外，还出现了保函在船厂无力偿债的情况下是否启动的争议。

船厂破产后，会员试图追回已向船厂支付的约5500万美元的交船前预付款。

银行抗辩主张退款保函并不担保交船前预付款，并进一步抗辩该保函并非“见索即付”保函，即要求银行在收到真实（即非欺诈）索赔后立即付款的保函。会员则主张，如果保函不担保交船前预付款，那将是“荒唐的，且很不符合商业常理”。在判决中，Justice Simon先生认同会员在这一问题上的主张“合乎情理、显而易见地正确”。他进而裁决该保函为见索即付保函，并判令银行立即向会员付款。

银行现在正在向上诉法院上诉，对此管理人将继续予以及时报导。

从本案看来，会员当前应当考虑未来如何起草退款保函，以确保保函的可执行性尽可能地清楚明确。

还需要考虑些什么？

### 1. 管辖权

如果保函由韩国或中国的银行签发，那么最好规定争议应提交仲裁而非英国高等法院解决。这是因为在中国和韩国，可以依据《纽约公约》执行仲裁裁决，而要执行高等法院的判决，则相对没那么明确。

如果保函规定高等法院享有管辖权，那么确保保函中有送达地址也很重要，这样可以节省获取域外送达许可及实施送达的成本和时间（该成本、时间可能相当可观）。

### 2. 保函在何种情形下可以启动？

退款保函，依其措辞，通常只有在造船合同约定解除时才可以启动。



## Refund guarantees – things to look out for

这就带来一个难题——如果买家因船厂毁约性违约而终止合同，退款保函是否可以启动？

例如，如果船厂在最后期限之前绝对清楚明确地表明他们不可能或不会如期完成造船，而买家因此选择终止造船合同，那么对于退款保函是否可以启动就会出现争议。为此，谨慎起见，应特别确保退款保函在合同“终止”以及在行使合同解除/撤销权的情形下均可以启动。

同时也应当注意确保退款保函可以在其它一些买家无权解除或终止合同，但有权根据保函要求退款的情况下得以启动。造船合同经常规定如出现无力偿债情形（例如被纳入韩国重整法监管下），买家有权要求退还预付款并不鲜见，但该规定并不赋予买家解除造船合同的权利。同时，船厂反而有权选择继续造船（即使没有先期付款）并交付船舶。

### 3. 退款保函的失效

有时，退款保函规定如果买家违约，保函将于船厂撤销造船合同时失效。但是，买家可能对合同撤销的效力提出异议，在这种情况下，有必要订立相应的条款规定，在针对船厂撤销行为的法律程序进行中且船厂撤销行为被认定错误（买家从而有权要求退款）时退款保函继续有效。

进而言之，确保法律程序终结前退款保函始终有效也非常重要，因为需要考虑上诉的可能性。

我们因此建议退款保函的措辞应当确保保函只有在不可上诉的裁决作出一定天数后——或如果上诉——在不可上诉的判决做出一定天数后才失效。

### 4. 利息

退款保函中的利息条款应当与造船合同中的利息条款相符。有时利率会根据买家解除合同的依据而有所不同。例如，有些合同中，如果合同解除系因容许范围内的迟延，船厂会试图不支付利息或少支付利息。

### 5. 不弃权条款

写明规定退款保函不受造船合同变更或造船期限延长影响的不弃权条款很有必要。这样就能确保在造船合同变更的情况下，退款保函依然有效——即使未获得退款担保人的同意。

### 6. Swift保函

近几个月来对于Swift保函是否符合英国诈骗法(UK Statute of Frauds)——该法规定保函应由担保人签署——出现了争议。常见情况是，通过Swift发送的退款保函都只由汇款行加密押，而没有签名，甚至授权签字人的姓名都未出现。虽然这纯属技术领域（而且权威律师之间也意见相左），但至少Swift信息中应当包含退款担保银行授权签字人的姓名。

### 7. 费用

退款保函历来都没有对费用追偿做出过规定。因此如果在对船厂提起仲裁程序的过程中产生费用，这些费用也只能向船厂追索，而不能向退款担保人追索。很明显，如果船厂无法履行合同义务，这样的保函对买家并无益处。有观点赞同费用应当作为退款保函条款的一部分。保函提供人当然可能会主张买家和船厂之间的费用应当仅限于他们两方之间。但是，如果退款保函提供人指示船厂对终止的合法性提出异议，则退款保函提供人必须承担相应的费用。

**当然，如果退款担保人未尽其保函下的义务，依据英国法，针对该保函担保人索赔的费用可以照常追索。**