



导读

本期述评介绍三个英国法院的最新案例。其中第一和第二个案例都涉及GAFTA合同中的“出口禁令”条款（Prohibition Clause）。Bunge SA v Nidera BV案涉及出口禁令的颁布和卖方无法履约是否必须具有实际上的因果关系，而Seagrain LLC v Glencore Grain BV案主要针对何种政府的命令才能构成“出口禁令”条款中要求的禁令。总的来说，卖方要援引“出口禁令”条款解除合同并非易事。

第三个案例“ETA v PMEPL”涉及仲裁条款中关于“友好协商”等前置性规定的效力问题。该案表明，如果双方在合同中约定，提起仲裁前应进行友好协商，那么一方在未经善意、友好协商的情况下提起仲裁，将导致该仲裁程序的无效。但是，这只是高等法院的判决，而且和此前的其他高等法院判决不一致，因此，在这一点上，只能说尚无定论。

关于GAFTA合同中“出口禁令”条款的最新案例

Grain and Feed Trade Association (“GAFTA”)，即谷物与饲料贸易协会，是一家国际性的贸易组织，在86个国家拥有1,400多会员单位。GAFTA会员从事谷物、动物饲料、豆类等商品从生产到最终消费各个环节的贸易活动。

GAFTA制订了一系列谷物与饲料贸易的标准合同，最近有两个案件涉及GAFTA 48格式和GAFTA 49格式中的

Prohibition条款的解释问题，且均上诉至英国上诉法院。这两个案例分别是Bunge SA v Nidera BV和Seagrain LLC v Glencore Grain BV。英国上诉法院对GAFTA格式条款的判决，具有重要意义，值得关注。

Bunge SA v Nidera BV

在Bunge SA v Nidera BV案中，Bunge向Nidera出售25,000吨俄罗斯milling wheat，价格条款为FOB Novorossiysk。买卖合同并入了GAFTA 49标准合同条款。双方最终约定的交货期为2010年8月23至30日。

2010年8月5日，买方Nidera指定了载货船舶。同日，俄罗斯政府颁布出口禁令，即在2010年8月15日至12月31日期间，禁止从俄罗斯出口包括小麦在内的一些农产品。8月9日卖方Bunge宣布，根据GAFTA 49格式中第13条（即Prohibition条款）的规定，合同已经在8月5日自动解除。该条款内容如下：

"PROHIBITION

In the case of prohibition of export, blockade or hostilities or in case of any executive or legislative act done by or on behalf of the government of the country of origin of the goods, or of the country from which the goods are to be shipped, restricting export, whether partially or otherwise, any such restriction shall be deemed by both parties to apply to this contract and to the extent of such total or partial restriction to prevent fulfilment whether by shipment or by any other means whatsoever and to that extent this contract



大成律师事务所 2014年8月

or any unfulfilled portion thereof shall be cancelled. Sellers shall advise Buyers without delay with the reasons therefore and, if required, Sellers must produce proof to justify the cancellation."

Nidera认为Bunge无权解约，因此，Bunge的行为反而实际上构成了毁约（repudiation）。Nidera随后在GAFTA下设的仲裁庭提起仲裁，要求Bunge根据合同第20条（Default Clause）的约定，赔偿合同价与市场价间的差额3,062,500美元。

本案的主要争议问题为：

- (1) 俄罗斯政府的出口禁令是否导致合同自动终止（automatically cancelled）；
- (2) 如果对上述问题的答案是否定的，则买方是否可以索赔损失？

GAFTA仲裁庭认为，政府关于出口禁运的命令通常不是一成不变的，相反，经常会在颁布后不久即对该命令作出修改甚至予以废止。基于此，仲裁庭认为，Bunge无权在俄罗斯政府颁布禁令后即解除合同，其行为确实构成了毁约。关于损失问题，仲裁庭认为，双方对违约赔偿已经在第20条中有明确约定：如果作为守约方的买方购入替代货物，则以合同价与购入价的差价作为赔偿金额；如果买方没有购入替代货物，则以违约日的市场价与合同价之间的差价作为赔偿金额。仲裁庭支持了Nidera的全部赔偿请求。

案件逐级上诉到英国高等法院及上诉法院，GAFTA仲裁庭的裁决均得到维持。上诉法院的Moore-Bick大法官指出，GAFTA第13条要求政府命令实际对涉案货物产生了限制出口（restricting export）的效果；仅仅发布一道限制出口的命令并不足够。换言之，在政府的禁令和卖方无法出口货物的事实之间必须存在因果关系。本案中，Bunge在解除合同的时候，装运期还没有到期，因此，政府的禁令不可能实际导致其无法出运货物。

关于损害赔偿问题，Bunge争辩说，Nidera无论如何无权向其索赔损失，因为俄罗斯政府的禁令事实上在整个装运期内都是存在和有效的，因此，如果Bunge没有提早解约，它也完全可以在装运期届满后解约。因此，Nidera只能索赔名义上的损失。Moore-Bick大法官指出，在双方已经就违约赔偿作出明确约定的情况下（合同第20条约定了具体的赔偿方法），普通法下损害赔偿原则（包括Golden Victory案所确立的原则）不再适用，Bunge不能以违约后发生的事由来抵销或降低Nidera的索赔金额。

Seagrain LLC v Glencore Grain BV

在Seagrain LLC v Glencore Grain BV案中，双方于2010年7月6日签订了3000吨feed wheat的买卖合同。合同约定涉案小麦应来自乌克兰或俄罗斯，交易方式为C&F海法（Haifa）/阿什杜德（Ashdod）。装货期为2010年8月15日至31日。合同并入了GAFTA 48格式的Prohibition条款。此条款与上述GAFTA 49格式中的Prohibition条款几无差别。



在以上Bunge SA v Nidera BV案已经提及，在2010年8月5日，俄罗斯政府颁布了小麦等农产品的出口禁令，禁令期间为2010年8月15日到12月31日。因此，卖方Seagrain只能用乌克兰小麦来履行涉案合同。Seagrain认为，由于乌克兰海关在相关时间内采取一些措施（主要是加强对出口货物的检验，从而可能造成出口延误），实际上限制了小麦的出口，因此，依据合同中的Prohibition条款，其有权解除合同。Seagrain在9月2日通知买方Glencore解除合同。Glencore认为Seagrain无权解除合同，并随后向GAFTA仲裁庭提起了仲裁，要求Seagrain赔偿损失270,000美元（即合同价和违约日的市场价之间的差额）。

本案的争议焦点是，乌克兰海关加强出口货物控制的措施是否属于GAFTA合同Prohibition条款中restricting export（限制出口）的executive or legislative act（行政或立法行动）。

GAFTA仲裁庭支持了Glencore的索赔。仲裁庭认为，乌克兰海关的措施不是一项限制货物出口的措施；该项措施虽然会导致一定程度的出口延误，但是不足以构成Prohibition条款中的“限制出口的政府命令”。仲裁庭和法院（包括英国高等法院和上诉法院）一致认为，要构成Prohibition条款中的限制出口的政府命令，该项命令本身要具有限制出口的内容，或者说，它在本质上是一项限制出口的命令（in the nature of a formal restriction on exports）。如果某一项命令仅仅在实施后具有对出口产生不利影响的实际后果，它还并不足以构成Prohibition条款中的限制出口的政府命令。

简评

上述两案均涉及GAFTA格式合同中Prohibition条款的解释问题。总的来说，卖方要依赖该条款解除合同的难度比较大。

首先，不是任何具有限制出口的实际效果的政府命令都能构成解约理由。对于什么是Prohibition条款中restricting export的executive or legislative act，应做严格的解释，也就是说，只有那些具有限制出口的内容，或者说，在本质上是一项限制出口的命令的executive or legislative act才符合条件。比如，因举办大型体育盛会（如奥运会）政府发布了交通管制措施，虽然它在效果上可能造成出口的困难或延误，但应不属于Prohibition条款中的出口禁令。

第二，卖方所依赖的政府出口禁令与卖方不能履约之间必须存在因果关系，即该政府禁令应实际阻碍了合同的履行。卖方不能仅仅因为政府颁布了一项限制出口的禁令遽尔解除合同。因为政府的禁令可能是会随时调整的，过早解除合同反而会被视为毁约。

此外，GAFTA合同中的Default条款被视为是一条明确约定违约赔偿的条款，因此，在发生一方违约、合同无法履行的情况下，仲裁庭/法院将不再适用普通法下的损害赔偿原则，比如在确定损失数额方面，仲裁庭/法院将不会考虑违约后发生的事由。



“ETA v PMEPL” 仲裁管辖权案

争议解决条款 — “友好协商”作为提起仲裁的前提条件 —
此类约定的效力 — 仲裁庭的管辖权

基本案情

2007年10月20日，Emirates Trading Agency LLC (“ETA”)与Prime Mineral Exports Private Limited (“PMEPL”)签订了一份长期合同，约定由ETA向PMEPL购买铁矿石。由于ETA在连续两个装运年度 (shipment year) 没有依约履行合同，PMEPL于2009年12月1日发出解除合同通知，同时向ETA索赔45,472,800美元的违约金，称如果ETA未能在14天内支付违约金，PMEPL保留依照合同约定提起仲裁的权利。

双方在2009年12月1日至2日，2010年2月25日和2010年3月9日曾开会协商，同时双方也对争议进行了书面探讨，但是未能达成协议。PMEPL在2010年6月提起了仲裁。

合同的争议解决条款规定如下：

"In case of any dispute or claim arising out of or in connection with or under this LTC...the Parties shall first seek to resolve the dispute or claim by friendly discussion. Any party may notify the other Party of its desire to enter into ConsuLTction [sic] to resolve a dispute or claim. If no solution can be arrived at in between the Parties for a

continuous period of 4 (four) weeks then the non-defaulting party can invoke the arbitration clause and refer the disputes to arbitration."

(中文翻译：任何由本合同引起或与本合同相关或在本合同项下的纠纷和索赔，……双方应当首先采取友好协商解决该纠纷和索赔。任何一方可以通知对方以协商的方式解决争议或索赔的意愿。如果双方在持续四周的时间内没有达成解决方案那么无过失方可以依据仲裁条款将争议提交仲裁。)

ETA认为，提起仲裁的前提条件是“进行了规定时间的协商” (“a requirement to engage in time limited negotiations”)。由于在PMEPL发出终止合同通知后双方并没有进行“连续四周的协商”，因此仲裁庭对该争议没有管辖权。PMEPL则认为，这一前提条件是“无法执行 (unenforceable)”的，因为要求双方进行协商的条件不够明确，因此不影响仲裁程序的启动。此外，即使该条件可执行，该条件也已经得到满足，因此仲裁庭具有管辖权。

仲裁庭支持了PMEPL的观点，裁定对本案具有管辖权。ETA向英国高等法院上诉，要求判决仲裁庭无管辖权。

高等法院判决

英国高等法院的Teare法官首先对合同的争议解决条款进行了解释。他认为，条款规定双方“应当”首先进行友好协商以解决该纠纷和索赔，其中“应当”一词的使用表明该义务的强制性。因此，进行友好协商是提交仲裁的前提条件。



大成律师事务所 2014年8月

Teare法官不同意ETA关于该条款要求双方“持续协商四周时间”的观点。他认为，该条款的真实含义是，如果在连续四周内双方协商不成即可以提起仲裁。

Teare法官进一步分析该条款是否为可执行的条款。尽管此前有不少高等法院的法官认为，仅仅约定友好协商不构成一条可执行的条款，Teare法官认为他无需受这些判决的约束；合同中约定双方应当在争议提交仲裁前的特定时间内进行友好协商以解决争议的条款具有可执行性。他认为，这样的条款是完整和明确的，以诚信、友好协商解决争议的义务具有确定的标准，即公平、诚实和坦率的进行协商以解决争议。此外，给争议解决条款中的这类协议赋予可执行性也符合公共利益，因为商业人士希望法院赋予其自由约定的义务以法律效力；同时，这类协议的目的是避免可能是昂贵且耗时的仲裁程序。

根据本案的事实，Teare法官认为，针对PMEPL索赔的协商从2009年12月1日开始持续到2010年3月9日，但没有达成任何解决方案。因此，2010年6月PMEPL将争议提交仲裁满足仲裁的前提条件，仲裁庭具有管辖权。

简评

在商业合同中，要求当事人在提交仲裁前进行友好协商（或进行调解）的争议解决条款屡见不鲜。在本案之前，英国法院的判决普遍认为，这样的条款是不可执行的。比如，在Sul America v. Enesa Engenharis [2012] 1 Lloyd's Reports 671中，争议解决条款规定“...prior to a reference to arbitration, they will seek to have the Dispute resolved

amicably by mediation”。英国法院认为，因为双方所约定的调解没有明确的程序，因而条款无法执行。又如，在Itex Shipping v. China Ocean shipping [1989] 2 Lloyd's Reports 522中，仲裁条款约定“...any dispute on this agreement will be settled amicably before it could be arbitrated”。英国法院认为友好协商和解缺乏合同条款所应具备的确定性，也是不可执行的。

但是，在一些其他国家，比如新西兰和新加坡，有法官认为，要求在提起仲裁前进行“友好协商”的解决争议条款是可执行的。在本案中，Teare法官所面对的争议解决条款实际上由两部分组成，第一、双方应善意地“友好协商”；第二、协商有一个期限，即四周。特别是有关期限的约定，增加了该条款的确定性。Teare法官尽管认同协商的善意与否有时难以判断，但是他坚持认为，是否已经尽到“友好协商”的义务在具体的案子中是可以认定的。他认为，当事人的明示约定应当得到尊重，况且这样的条款也符合公共政策的要求。

值得注意的是，Teare法官的判决是否会得到其他高等法院法官的认同和追随还很难说。因此，合同中约定在提起仲裁前双方应当首先进行“友好协商”的条款的效力如何并没有定论。对于约定了这类条款的合同当事人来说，一个务实的建议是，在决定提起仲裁之前必须展开善意的协商，否则提起的仲裁程序可能会被认为无效。对于希望仲裁权利不受任何前置条件的限制的当事人来说，则有必要在起草条款时避免加入“友好协商”之类的前置约定。

大成国际海事法律述评



Dacheng Shipping

大成律师事务所 2014年8月



陈卫东
上海分所合伙人
weidong.chen@dachenglaw.com



潘瑞
上海分所律师
rui.pan@dachenglaw.com

大成律师事务所
shipping@dachanglaw.com