

肯尼亚保函风险防控

作者：植俊杰、黄丽燕、郑小梅

肯尼亚是东非第一大国，是撒哈拉以南经济基础较好的国家之一，在东共体甚至非盟均有一定话语权。2017年5月，中肯关系提升为全面战略合作伙伴关系，两国经贸已深度融合：中国是肯尼亚的第一大贸易伙伴、第一大工程承包商来源国、第一大贷款提供国，两国在各领域合作均走在中非合作前列，肯尼亚已成为中国“一带一路”倡议在非洲的重要支点。根据商务部统计数据，2018年中国企业在肯尼亚新签承包工程合同140份，新签合同额37.89亿美元，完成营业额43.53亿美元。受欧洲国家“重返非洲”以及美国“繁荣非洲”等战略的影响，较多项目得到国际援助或贷款支持，如世界银行、国际货币基金组织、欧洲发展银行、法国开发署等。

国际保函对推动中肯双边贸易、投资、基础设施联通具有重要作用，本文尝试分析保函文本特点、肯尼亚法律法规，从而提出风险防控建议。

一、保函文本特点

保函类型主要集中在承包工程项下的投标保函、预付款保函和履约保函，保函开立语言为英语，保函条款大多比较规范，但需注意以下几点：

（一）保函普遍需要转开。

一方面，为避免不同国家的法律冲突、管辖权等法律问题，同时

为方便索赔，肯尼亚业主希望由其认可的当地银行开立保函，另一方面，为保护国内金融市场，非洲各国金融监管部门普遍要求保函需通过当地金融机构转开。

本土银行（如肯尼亚商业银行）转开费用相对较低，在 1%左右，还会收取 10%的金融服务消费税。

（二）保函开立币种一般为美元/欧元或肯尼亚先令。

国内开出的反担保函币种为美元/欧元，而主保函的币种为肯先令的错币种开立情况较为常见。由于业主使用肯尼亚先令向承包商支付预付款及进度款，因此部分保函开立币种为肯尼亚先令。转开保函项下，实务中通常由转开行向受益人赔付肯尼亚先令，反担保行再向转开行赔付等值美元/欧元，反担保函中一般会约定以肯尼亚先令按索赔时的汇率折算美元/欧元赔付。因此当肯尼亚先令升值时，汇率风险由反担保行及承包商承担。

（三）国际惯例与适用法律。

肯尼亚业主及肯尼亚银行对 URDG758 接受程度较高，绝大多数反担保函及主保函可以适用 URDG758，且通常不对适用法律另行约定。转开保函项下如主保函适用 URDG758，意味着主保函适用法律为肯尼亚法律，由肯尼亚有管辖权的法院专属管辖，因此存在法律风险和司法风险。一般保函到期或收到转开行解责电文后正常办理注销手续。

（四）保函具有固定到期日及含有减额条款。

承包工程项下履约保函到期日一般覆盖至质保期结束，并且约定担保行收到工程验收证明副本或者完工证明副本后担保金额自动递

减；预付款保函到期日一般覆盖至工程完工，并约定担保金额随工程进度款支付和预付款的扣还而递减，但在保函执行过程中，启用减额条款主动进行保函减额的情形较少。

（五）保函被担保人是中中联合体或中肯联合体。

为满足业主对项目的技术标准要求及政府对本地化的政策要求，存在由两个或两个以上企业组成联合体共同承包工程的情形。当承包商为联合体时，部分业主要求以联合体名义开立保函，只要其中一方违约，业主都可以启动索赔。

二、肯尼亚法律体系及工程承包相关法律法规

（一）肯尼亚特色的法律体系

肯尼亚法律体系以英国普通法为基础建立，属于普通法系统。其法律体系由肯尼亚成文法、肯尼亚普通法与衡平法原则、英国普通法与衡平法原则构成，并继受了少量当地部落法和伊斯兰法。

民商事法律领域，尽管肯尼亚继受了较多前宗主国英国的普通法和衡平法原则，但肯尼亚法院多次确认英国判例无法在肯尼亚直接适用，只是在案情相同时有说服力的借鉴作用。根据肯尼亚法庭的解释，越高级别的英国法院作出的判例对肯尼亚审判的说服力越强。

（二）外国诉讼判决在肯尼亚的执行

肯尼亚法庭一般认可当事人在商事合同中选择肯尼亚以外的外国法院的排他性管辖条款。但外国法院的判决在肯尼亚的执行需要符合互惠原则（reciprocal）。根据 Foreign Judgments Act，互惠国家的法院做出的判决，在满足以下条件时，可以不经肯尼亚高等法院

的再行审查，直接获得承认和执行：外国判决作出之日起六年内，该判决已在肯法院登记或在肯法院上诉；肯法院需要的诉讼文书均递交肯法院；外国判决不违反肯公共政策；外国判决不涉及惩罚性利息；外国判决非因欺诈获得。

因我国与肯尼亚未建立承认对方判决的互惠关系，故我国法院判决不能直接获得肯尼亚法院的承认和执行，申请执行人需在肯尼亚法院重新提起诉讼。

（三）外国仲裁裁决在肯尼亚的执行

肯尼亚 1989 年加入了《纽约公约》，公约缔约国仲裁机构作出的仲裁裁决可以较为方便的获得肯尼亚法院的承认，但仍需按照肯尼亚当地执行程序进行执行。目前《纽约公约》缔约国已达到 158 个，中国是缔约国之一。

（四）肯尼亚担保法

肯尼亚担保法规定担保合同是主合同的从合同，担保人承担第二性责任，担保人享有债务人在基础交易合同下的抗辩权，担保合同的金额、期限、担保人赔付条件均应取决于基础交易情况，基础交易合同构成实质变更时将会解除担保人的责任。

担保法进一步规定担保合同受益人向担保人索赔时无需先行要求债务人履行债务，也无需先行对债务人提起诉讼；除非担保合同另有约定，受益人索赔时向担保人提交一份正式的违约通知即可；担保合同应当清晰地对担保有效期作出约定，当担保失效时，正本保函无需退回担保人以使其失效；存在受益人欺诈或滥用索赔权的情形下，

诉讼当事方可以向法院申请临时禁令，一旦法院判决受益人构成欺诈或滥用索赔权，担保合同将不予执行，受益人将受到惩罚。

担保法并未提到独立担保的形式，但允许在担保合同中约定排除担保人基础交易合同下的抗辩权。

（五）肯尼亚对外国公司承包当地工程的规定

1、实行许可制度。外国承包商可承包公开发包的任何工程项目，但必须经批准登记注册，并被肯尼亚有关部门认定企业资质后，方可承包由肯尼亚政府、企业或国际组织发包的工程项目。工程建设过程、验收等条件可参照国际咨询工程师联合会（FIDIC）施工合同条件。

2、招标方式与本地化要求。政府所有发包项目必须通过媒体（主要是报纸）发布招标信息，进行公开招标。需要注意的是，肯尼亚对承包工程的本地化要求逐渐提高。《2014 建筑管理条例》要求外资承包商至少应将其合同工程金额的 30%交由当地分包商或与当地分包商联营合作，且同一外资企业同一时间段内只能在肯尼亚境内实施一个同类工程项目。2016 年 4 月又进一步要求外国承包工程必须与本地公司合资，且本地公司占股需达到 30%-70%¹。此外，肯尼亚政府或国有企业机构的采购、服务和项目至少 40%应从当地采购。

3、PPP/BOT 模式处于探索阶段。中国承包商目前在肯尼亚以 EPC 总承包模式为主，BOT 模式崭露头角。2017 年中肯合作的旗舰项目“内罗毕-蒙巴萨”铁路由中国交通建设股份有限公司承建并顺利完工，肯尼亚铁路局与中国交建签订了运营委托协议，将铁路运管权交由中

¹占股需达到 30%-70%的要求目前未完全得到执行。

国交建负责，合同期限 10 年。肯尼亚《2012 年公私合营法》规定：允许私营企业以建设-经营-移交(BOT)方式承接基础设施建设项目，允许私营企业通过融资、建设、经营和维护开展 BOT 建设项目，并在 BOT 规定期限届满前移交给政府管理部门。该法案规定 BOT 期限不得超过 30 年，公私合作领域包括电站、港口、机场、铁路、公路、供水和灌溉等。

4、在吸收外资方面态度积极开放。根据《外国投资保护法》规定，肯尼亚对外商投资实行国民待遇，除法律禁止的行业外，都允许外商投资。2017 年政府出台诸多外资企业税收优惠政策，设立投资一站式服务中心。

三、保函业务风险防控建议

综上所述，企业和银行可从以下几方面做好保函业务风险防控：

(一) 注重项目事前调查评估。

1、企业在选择工程承包项目时应符合肯尼亚当前国家发展战略，优先选择能源、公路、铁路、港口、通讯、住房领域，优先选择国际金融机构援助的项目，对于业主支付能力较弱的项目，应从传统的 EPC 模式向 EPC+F，EPC+I 的模式转换，应争取要求提供付款保函、中信保买方信贷保险项下的出口买方信贷、中信保出口延付合同再融资保险下的应收账款融资、中信保海外投资（债权）保险项下的项目融资等方式来保障企业利益。

2、谨慎选择合作伙伴，重点审查其工程施工能力和施工资质，评估其财务状况及资信情况。

3、充分了解肯尼亚政治、营商、法律情况，对项目的可行性进行充分论证。

4、对于 PPP²项目，由于 PPP 模式目前在肯尼亚运用范围较小，相关法律制度、合作机制、争议解决机制等均有待完善，因此企业在积极参与的同时应做好风险评估及风险防范措施。

（二）争取有利的合同条件。

1、施工标准尽量采用中国标准。

2、合理报价及设置工期。评估项目所在地的治安情况以及地理条件，在报价和协商工期时应将安保费用和施工难度纳入考虑范畴；避免在大选期间到当地开展项目，已开展的项目应做好紧急预案。报价时应考虑汇率风险（肯尼亚央行实施自由浮动汇率制度，2014 年至 2019 年肯尼亚先令贬值幅度达到 20%），工程款项尽量多争取人民币或美元的支付比例，在当地采购的材料尽量使用肯先令进行支付，降低汇率风险；在合同条款中尽量约定主保函和反担保函均采用人民币或美元开立，规避肯先令汇率波动导致的保函金额敞口风险，如主保函仍需使用肯先令开立，应在合同中争取反担保函采用人民币或美元开立并约定最大担保金额，反担保函金额可按当前肯先令汇率水平升值一定幅度折算，超出部分的汇率风险由转开行承担。

3、对于联合承包或存在分包的，应在合同中明确各承包方、分包商的工程执行范围、责任与义务。

² PPP(Public-Private Partnerships)是政府和社会资本合作模式。广义 PPP，是公共部门和私营企业为提供公共产品和服务而形成的合作伙伴关系。PPP 模式以政府授予私营部门特许经营权为特征，运作方式需具备“实质性运营”环节，包括 BOT(build-operate-transfer)、BOOT(build-own-operate-transfer)、TOT(transfer-operate-transfer)等多种形式。

（三）工程实施动态管理。

1、应经常性关注和了解肯尼亚的财政预算安排，上报中期支付报表后要及时跟进批复和拨款情况，争取及时拿到工程进度款。

2、动态管理外籍员工的工作许可证到期问题，及时提醒外籍员工办理展期。

3、密切关注肯尼亚当地的政治局势的发展变化、相关工程行业法律法规、税务结构变化，适时调整施工方案和管理策略。

（四）设置合理、清晰的保函条款。

普通法体系尊重当事人意思自治，因此保函条款将作为认定担保当事各方权责的首要法律依据。在审查保函条款时，应注意担保金额、效期、担保事项等与基础交易保持一致；在保函赔付、生效、失效、减额等关键条款上做到清晰、无歧义，主保函包含减额条件的反担保函也应相应加入减额条款；尽量适用 URDG758，尽量采用中国法律作为适用法律，如采用外国法律以英国法为首选；避免出现担保责任与基础交易变更相关联的措辞，避免影响保函独立性。

（五）做好保函开立后的跟踪管理。

对于具有减额条款的保函，银行应密切关注项目进度，满足条件后及时办理保函减额、解责。对于小币种保函应密切关注汇率波动情况，及时追加保证金等反担保措施。对于工程进度延误、工程款未能按时收回、保函展期等情况予以重视，妥善处置风险预警事件。

（六）关注肯尼亚独立保函的司法实践情况。

开往肯尼亚的保函几乎都是独立保函，因此应关注发生在肯尼亚

的独立保函纠纷案件，特别是上诉法院、最高法院做出的司法先例与判决，特别关注判决对独立保函属性认定标准、欺诈认定标准、相符索赔认定标准等关键问题的分析，确保我方开立的独立保函能够得到肯尼亚法律的保护和支持，防范法律风险和司法风险。

（七）选择资信良好的转开行，并与转开行保持密切联系。

肯尼亚本土银行方面，与国内银行合作较密切的是肯尼亚商业银行（肯尼亚最大的国有商业银行）、肯尼亚合作银行、肯尼亚公平银行；外资银行方面建议选择海外分支机构较多、国际评级较稳定的大型外资银行，如渣打银行、巴克莱银行、标准银行、花旗银行。