

浅议建筑施工企业银行保函风险识别及应对策略

苏雪云

中国水利水电第十二工程局有限公司

DOI:10.18282/ej.v1i1.4

[摘要] 银行保函作为施工企业一个重要的融资渠道,不仅给企业业务发展起到了经济杠杆作用,也为企业带了一定的风险,本文针对银行保函有效期风险、索赔风险、转让风险、注销风险等,提出了相应的应对措施,有利于提高风险管理水平,保障承包商的利益,降低工程施工项目的实施风险。

[关键词] 建筑施工; 银行保函; 保函风险

随着经济的发展和建设的需要,银行保函业务依靠着信用度高、灵活、快速等特点,在建筑施工企业投标、合同签订过程中扮演着无法替代的角色,发挥了至关重要的作用,与此同时,银行保函作为一种信用工具,因其涉及范围广,包含的因素多,具有诸多潜在的风险因素,本文就建筑施工企业银行保函的特点、风险进行分析学习,进而提出应对措施,以便降低银行保函的实施风险。

1 建筑施工企业银行保函的特点

1.1 按银行保函和基础合同的关系可以分为从属性保函和独立性保函

从属性保函源于基础交易合同,同时又依附于基础交易合同,保函赔付条款的约定要受到基础交易合同的制约。保函的法律效力随着基础交易合同的存在而存在,随着基础交易合同的变化、灭失而变化、灭失。

独立保函源于基础交易合同,但又不依附于基础交易合同,保函的赔付条不受基础交易合同的制约,保函本身具有独立的法律效力。在独立保函项下,当受益人提出索赔要求时,担保银行只在形式上审查受益人提供的索赔文件是符合保函条款的相关约定,而不管保函申请人是否存在违约事实或保函申请人是否同意,担保银行就必须承担赔付责任。

1.2 以银行信用作为建筑施工企业承接合同及合同实施作保证

由银行出具保函,将商业信用转化为银行信用,以银行信用作保证,更容易于为施工合同双方当事人所接受。

1.3 保函纳入银行的授信管理,方便了施工企业保函的申办

施工企业特别是大型施工企业承接的施工合同较多,需要提供的合同担保也相应较多,保函办理比较频繁。在授信额度范围内,施工企业可以循环使用银行授予的保函额度。

2 建筑施工企业银行保函的风险

建筑施工企业银行保函大多是独立保函,保函中往往含有无条件、不可撤销的字样,承诺在受益人提出书面请求后即向受益人承担无条件付款责任,为见索即付保函。建筑施工企业银行保函实务中常见的风险可以归纳为四个方面:

2.1 保函有效期风险

保函一般需要有确定的有效期,避免保函有效期敞口风险。保函有效期风险主要有以下3个情况:

(1) 保函有效期缺失保函成立的先决条件。保函中的先决条件可以确保保函在其满足之前不生效,从而确保先决条件成就之前不被受益人要求付款。因此保函成立的先决条件对于承包人来说是十分重要的。如在签订施工合同前被受益人要求提交履约保函或在拿到工程预付款前被受益人要求提交预付款保函,这样的保函实际上就缺失了担保的先决条件,存在这诸如合同尚未签字生效或预付款尚未收妥却遭到受益人恶意索赔的风险隐患。

(2) 到期日不确定。保函条款中没有设置确定的到期日,而是以“承包商完全履行基础合同义务”或“业主出具认可保函到期、同意注销保函的说明”为保函有效期截止时间。这种类型的保函,由于无法确定有效期到期日而使承包商的合同义务的履行与银行的担保责任的履行在期限上趋于无限,属于期限完全敞口的保函,风险无法预判,这是承包商和银行都需要抵制的条款类型。

(3) 无条件延期。保函条款有确定的到期日,但同时又对保函的延期做了规定,这种情况实际上存着有效期敞口风险。例如,招标文件里对投标保证金有效期的规定,“本保证担保的保证期间为该工程的投标有效期(或延长的投标有效期)后28日,延长投标有效期无须通知我方”。在这类保函中,虽然规定了到期日,但延期条款的表述导致保函的有效期实际上是不确定的,其实际效果就使得该保函成了一份没有时间限制的保函。因此,无论是对承包商还是担保银行而言,这类保函也具有较大风险,应该注意规避。

2.2 保函索赔风险

保函的索赔风险是由于承包商对保函的独立性认识不足引起的。保函对索赔条件的规定往往比较模糊,例如,“银行在收到你方(受益人)以书面形式要求付款时,银行不要求你方出具证明或说明理由”。由于保函的独立性,担保银行不会对承包商是否履行基础合同进行实质审核,而是仅需对保函条款的规定进行形式审核,银行就应向业主付款,最终承包商要承担保函的损失。

2.3 保函转让风险

保函项下的权利是否可以转让成为承包商及银行审核保函风险的关注重点。有些业主发布的招标邀请书中列明“业主有权在不取得银行书面同意的情况下,将保函项下的权利转让给业主相关方”,事实就是指保函可以进行转让且不需要通知或得到银行的同意,意味着银行基于保函所承担的义务将脱离主合同的债务独立转让。由于无法明确保函转让的风险,担保银行一般不接受此类条款,要求承包商与业主协商删除相关内容。在业主强势的情形下,协商结果往往是业主直接拒绝修改相关内容。最终担保银行把风险转嫁给承包商,要求承包商向银行出具承诺书,获取银行法务通过转让条款审核,再出具银行保函,承包商则成为风险的最终承担者。

2.4 保函注销风险

保函注销与保函有效期紧密相关。建筑施工企业银行保函原件中一般都有一条规定:“当本保函失效后,保函原件应退还我行”,因此,有些银行不管保函是不是已经过了担保期限,都要求申请人退回保函原件,才能注销保函。实际情况是,有的受益人在承包人合同义务履行完毕后仍不退回保函原件,其理由是保函原件需要存档保管。有的承包商对于保函疏于后期管理,保函到期甚至项目解散都没有想到去要回保函原件。导致保函在担保银行虽未注销但实际上已经失效,而在受益人处依然有效。失效保函滞留受益人手中,难以规避受益人恶意索赔的风险。

3 建筑施工企业银行保函风险的应对策略

从建筑施工企业银行保函的操作实务来看,在业主信用较好,项目顺利进行的情况下银行保函风险对承包商的威胁不大。但风险一旦引发,承包商面临的损失将是巨大的。因此,提高风险意识,加强保函管理,完善保函条款,降低保函索赔的可能性,能有效地保障承包商的利益。

3.1 明确保函担保期限,杜绝敞口风险

在保函中设置明确的保函生效日和到期日。

(1) 保函生效日设置,履约保函有效期起始日的描述为“自上述合同生效日起”,预付款保函有效期起始日的描述为“自承包人收妥预付款之日起”,投标保函有效期起始日的描述为“自投标人递交投标文件之日起”。

(2) 保函到期日设置:即使业主要求将保函到期日与基础合同条件联动,也可以根据合同条款推测具体日期并将该日期作为到期日写入保函。例如,“保函的有效期自保函开立之日生效,业主签发最终验收证书之日 X 年 X 月 X 日。如

果在工程执行过程中发现截至该日无法达成验收证书签发条件,则可以经合同双方协商确定保函延期。同时保函中不应设置自动延期条款,但可以设置类似“如需延期,则须在保函到期前 X 天由业主申请办理延期”等条款。

3.2 明确保函索赔条件,降低索赔风险

保函文本应该规定具体的索赔单据条件。这些索赔单据包括但不限于索赔通知书、第三方出具的承包人违约的证明、法律或司法文件。如果受益人坚持保函文本仅列明索赔通知书一种单据,承包人应要求在保函文本中明确受益人的索赔通知书应附有受益人关于承包人违约事项的声明。

3.3 明确禁止保函转让,防范转让风险

如果合同条款允许保函转让的,应该引起承包商的重视。在合同谈判阶段,承包商应该力争在合同条款中做出相应修改,即合同条款明确禁止保函项下权利(包括索款权和收益权)转让给第三人,并将该意思表示写入保函文本。在协商不成的情况下,至少也要与受益人达成将保函转让的限制性条款,即保函转让必须得到担保银行的同意。因为保函转让不仅增加了承包商的风险,由于保函转让引起索款权的转移以及引起提交单据人的改变亦可能增加担保银行的风险,所以一般情况下担保银行都不会同意保函转让。

3.4 明确保函失效条件,减少注销风险

为了确保保函能顺利注销,减少相关风险,在保函中设置保障条款是一种有效的手段,例如,追加“到期后 30 日内业主必须退还保函原件”及“到期后不论业主是否退还原件保函自动失效”等描述。

综上所述,大多数保函受益人提供的保函文本无形中加重了建筑施工企业的义务。对于建筑施工企业来说,最有保障的是要求受益人修改保函格式,以保护自身的利益,将保函风险降到最低甚至不存在。但在受益人不同意的情况下,承包商应该在风险与收益中做出权衡与取舍,采取切实有效的防范措施,既不能一味的坚持自己的意见,也不能为了发展业务过分满足受益人的不合理要求,损害自身利益。

[参考文献]

[1]朱倩.论银行独立保函业务的风险管理[D].对外经济贸易大学,2017,(6):35.

[2]于静.浅析银行保函业务信用风险的有效防范[J].科技经济导刊,2017,(13):263.

[3]邢慧环.试析银行保函业务在实务操作中的关注点[J].中国管理信息化,2015,18(21):133-134.