

国际工程承包中的设备和材料所有权转移

吕文学 孟友瑞

内容提要 本文以 FIDIC 合同条件中工程设备和材料所有权条款,以及普通法为基础,结合英国 JCT 合同和 NEC3 合同的相关条款约定,针对涉及雇主、承包商以及分包(供应)商的设备和材料所有权与付款的关系进行分析,特别是对容易引起争议的合同终止情形下设备和材料所有权的确定进行了详尽分析,建议在合同中对设备和材料所有权转移时间及具体的流程做出更详尽的约定,以避免此类争端。

关键字 设备和材料 所有权 国际工程

根据国际咨询工程师联合会(FIDIC)合同(1999年第一版)第7.7款(工程设备和材料的所有权)，“从下列时间的较早者起,在符合工程所在国法律规定的范围内,每项工程设备和材料都应无留置权和其他阻碍地成为雇主的财产:(a)运至现场时;(b)当按照第8.10款(暂停时对工程设备和材料的支付)的规定,承包商有权得到相当于工程设备和材料的价值的付款时”。本款虽然对设备和材料的所有权做出了约定,但在处理此类问题时,还需要与合同的其他条款共同阅读和解释。

在国际工程承包中,特别是

在“设计—采购—施工/交钥匙(EPC/T)”承包模式下,承包商需要采购大量工程设备和材料,对设备和材料的所有权转移管理涉及雇主、承包商、分包(供应)商等多个参与方。如果处理不当,可能会发生这样的情形:雇主履行了对承包商的付款义务,而承包商却未支付款额给其分包(供应)商。一旦这种情形出现,雇主将陷入一种不公平的境地。而且这种局面可能进一步恶化,如果承包商随后被破产清算,而货物的合法所有者(即分包商或供应商)带着法院的指令来到雇主现场要求收回其货物,因为他们意识到不太可能从破产的承包商那里获得付款,因此不愿意放弃货物所有权。在这种情况下,雇主很可能最终要支付两次货款。由此便产生了如何保护各方利益的关键问题。

一、国际工程中设备和材料所有权转移过程

工程设备和材料所有权的转移过程如图1所示。承包商与分包(供应)商签订采购合同,分包(供应)商按合同约定向承包商交付货物(即工程设备和材料),承包商向雇主交付货物,而雇主有义务对其得到的货物予以支付。从角色来看,承包商既是买方又是卖方,他既要对雇主承担卖方的合同责任,又要对分包(供应)商承担买方的合同责任。由此可以看出,分包(供应)合同为主合同的一部分,必须服从主合同的约定,甚至有些主合同的内容必须写入分包(供应)合同。

(一)货物所有权转移与付款条件

根据 FIDIC 合同第 7.7 款(工程设备和材料的所有权)的约



定,货物所有权的转移是以(a)货物运抵现场或(b)承包商有权利得到雇主的等价值付款为前提条件。本款从货物的所有权转移视角,对所有权与付款的关系做出了约定,但本款并未对付款时间做出明确说明。

但必须注意的是,根据本款约定,在发生所有权转移时,承包商可能实际上并未得到雇主的付款。依据第 7.7 款(a)项,货物运抵现场,雇主已经获得所有权,但承包商此时可能并未得到付款,而依据第 7.7 款(b)项,一旦承包商有权得到付款,即发生所有权转移,此时承包商也没有得到付款或得到全部付款。

由此可以看出,设备和材料所有权的转移与付款之间存在微妙的关系,而很多时候所有权的转移在合同中约定的并不明确,而且在实践中还存在适用法律的问题,设备和材料当时所处状态也会影响所有权的确定。

(二) 货物、付款与所有权转移

根据 FIDIC 的 EPC 合同(银皮书)第 14.5 款(拟用于工程的工程设备和材料),承包商有权利获得尚未运到现场的设备和材料的期中付款,为此必须具备的条件包括:

1. 相关的设备和材料在工程所在国,并已按雇主的指示标明是雇主的财产;或

2. 承包商已向雇主提交保险的证据,以及经雇主批准的实体按批准的格式签发的,数额和币种与该项付款相同的银行担保。

该条款从工程价款的支付视

角,对所有权与付款的关系做出了约定,是对第 7.7 款关于付款时间的补充。雇主一旦完成支付,设备和材料的所有权即转移给雇主。对于第二种情形,设备和材料可能不在工程所在国,因此要求承包商提供一份担保还是很有必要的,当然担保的格式和提供担保的实体必须事先得到雇主批准。

FIDIC 的《施工合同条件》(新红皮书)和《生产设备和设计建造合同条件》(新黄皮书)在第 14.5 款(拟用于工程的工程设备和材料)约定的内容与 EPC 合同存在差异。这两本合同条件都没有在该款中提及“标记为业主财产”的内容,但仍可根据第 7.7 款实现所有权的转移。三本合同条件共同的支付条件是,设备和材料必须已经处于工程所在国。只不过新红皮书和新黄皮书将生产设备和材料分为已经运到现场和正在运往现场的途中两种情形,详细说明承包商获得付款的条件。

(三) 工程暂停时货物所有权的转移

FIDIC 编制的 EPC 合同(银皮书)第 8.10 款(暂停时对工程设备和材料的支付),对出现工程暂停时,尚未运到现场的工程设备和(或)材料的所有权转移与承包商获得业主付款的权利间的关系做出了约定,其中包括两个条件:一是工程暂停超过 28 天;二是承包商已按业主要求,将这些工程设备和(或)材料标记为业主的财产。

本款是对第 7.7 款(b)的补

充,只要承包商采取行动按照第 7.7 款(b)的要求使得设备和材料成为业主的财产,就有权在 28 天内得到业主的付款。做出这种约定可能是因为当地法律的原因,但本款并未说明立即得到付款。究其原因,暂停有时只是几天,并不影响支付。

如果承包商没能遵守第 7.7 款或业主没有付款,或因其他原因导致合同终止,承包商只能根据第 14.5 款主张自己得到付款的权利。

二、合同终止时货物的所有权问题

如果合同正常履行,通常不会涉及设备和材料所有权的转移问题,可一旦出现合同终止(包括由雇主终止、由承包商终止,以及因不可抗力终止)的情形,这个问题就会出现。

合同终止包括两种情形:一是合同履行完毕,终止合同;二是履行合同过程中发生了导致合同终止的情形,中途终止合同。合同终止可能因多种原因产生,如承包商(或雇主)破产、严重违反合同等。本部分主要关注承包商采购的货物在合同终止时的所有权转移和付款,并不关注导致合同终止的原因。

设备和材料所有权的转移与分包合同的转让存在一定的关联关系。根据 FIDIC《施工合同条件》第 4.4 款(分包商)(d)段,每个分包合同应包括如下两项内容:雇主有权要求,按照第 4.5 款(分包合同权益的转让)(如有或适用时),或者;按照第 15.2 款

(由雇主终止)的约定终止合同时,将分包合同转让给雇主。一旦这两项内容写入分包合同,对分包商而言,这两类转让将是强制性的。

FIDIC 新红皮书的第 4.5 款(分包合同权益的转让)是指分包商的义务超出了缺陷通知期限,工程师在该期限到期前,指示承包商将此类义务的权益转让给雇主。除非在转让中另有规定,在转让生效后,承包商对分包商实施的工程,不再对雇主负责。由此看出,本款与雇主提出的终止并没有直接关系,而处理与终止合同相关的转让问题则主要依据第 15.2 款。根据该款,终止合同后,承包商应立即尽最大努力遵从工程师(或雇主)的指示,将任何分包合同转让给雇主。但这种意思的表达取决于雇主,雇主掌握主动权。如果他想用同一分包商继续施工,则应考虑分包合同的转让或就转让问题与分包商直接展开谈判。由此出现了两种情形:一是雇主继续雇用该分包商施工,则分包合同不会终止,继续履行完成即可;二是雇主不再雇用该分包商,分包合同将终止,此时将涉及已经运到现场的、运输途中的、或正在制造中的设备和材料的所有权转移问题。国际工程标准合同范本通常将设备和材料所处的状态分为两种情形进行处理:在现场内和在现场外的设备和材料。

(一)已经运到现场的设备和材料

对进入现场的设备和材料,承包商已经根据第 7.7 款(a)放

弃其所有权,即这些设备和材料的所有权已经转移给雇主,雇主有义务向承包商支付。但根据第 15.4 款(终止后的付款)的约定,直到提交最终报表[见 FIDIC 新红皮书第 14.11 款(最终付款证书的申请)]后才能确定雇主的实际损失,即缺陷通知期满前雇主将不再向承包商支付任何费用。分包商(或者其他债权人)可能因为没能及时得到承包商的付款,而从现场运走设备和材料。在这种情况下,又会分成两种情况:已经安装到永久工程上的设备和材料;和仅仅放在工程上或者是放在工程旁边的设备和材料。

1. 已经安装到永久工程上的设备和材料

对于已经安装到永久工程上的设备和材料,在合同中没有任何明确的条款约定时,普通法的立场是,因为设备和材料已经安装到永久工程上,所有权将转移给不动产的所有者。在建设工程合同情境下,这些设备和材料将成为雇主的财产。请注意,雇主也许不是不动产权的所有者,在这种情形下,当雇主的利益在这份不动产中的时候,这些设备和材料同样会变成雇主的财产,不允许承包商要求归还或者移动这些设备和材料。当然,雇主也有义务就这些设备和材料向卖方做出支付。

2. 未安装到永久工程上的设备和材料

对于仅仅放在工程上或者是放在工程旁边的没有安装的设备

和材料,根据普通法的规定,现场材料的所有权将通过当事人的意愿转移。因此,在合同中应对这种情形下的双方意愿做出约定,否则将按照普通法的下列规则做出推定,以确定当事人的意愿,并据此确定所有权的归属。

规则一:如果货物被特定化,而且货物没有条件限制,不管什么时候付款和交货,所有权都将在合同成立的时候转移。

规则二:如果货物被特定化,并且卖方有义务让自己的货物处于可交付状态,当货物处于这种可交付状态,并且已经通知了买方时,货物的所有权将会转移。

规则三:如果货物被特定化,并且卖方有义务对自己的货物进行称重、测量、测试或者采取一些行动来确定货物的价格,当卖方已经完成这些行动,并且通知了买方时,货物的所有权将被转移。

规则四:如果货物被特定化并且买方准备批准货物,当买方明确表示批准时,或者买方保留了货物但是并没有在规定的时间内或合理的时间内发出拒绝通知时,货物所有权将发生转移。

规则五:如果货物是未确定的,或者通过描述来出售的未来货物是处于可交付状态并且无条件地符合合同(为向买方移交目的,卖方将货物交付给承运人或者受托人,并且不保留货物的处置权利),那么当买方或者卖方表达同意时,货物的所有权将发生转移。

货物的所有权转移给雇主之后,如果承包商破产了,那么承包商只能获得以一个债权人的身份去索要价款的权利,而雇主也应该履行付款义务。

许多合同都包含一个“Retention of Title Clause”条款,也称为所有权保留条款(Retention of Title Clause)。作为一种最低限度的情况,卖方可以暂时保留货物的所有权,直到其收到货物的全部款项,或者当买方不能付清货物的全部货款时,卖方可以保留货物所有权以索回货物,并在其他交易中卖出(在这种情况下,卖方获得了重新卖出的权利),即卖方可以保留处理货物的权利。这种情形属于FIDIC合同中的留置权(Lien)。

因为设备和材料所有权的转移涉及雇主、承包商和分包(供应)商,如果主合同的条款约定:运送到现场的但是还没有安装的设备和材料,没有雇主(或工程师)的同意是不能移出现场的。这样的条款除非列入分包(供应)合同,否则可能不会对一个不是主合同当事人的分包(供应)商产生约束作用。因此FIDIC合同第7.7款(a)段直接将运往现场的材料的所有权划归雇主。同样,承包商在没有获得雇主(或工程师)同意的条件下,是无权将材料移出现场的。尽管如此,如果这层意思未写入分包(供应)合同,则同样存在上述问题。

当然,对承包商的施工设备而言,因为其特殊性在FIDIC合同第4.17款(承包商设备)中单独做出了约定,即承包商设备作为本工程的专用设备,没有工程师的事先同意,承包商不能将其施工设备移出现场。在早期的FIDIC合同条件中是这样约定的:当承包商的施工设备进入现场后,其所有权立即转移给雇主,

在完成合同后,雇主再释放施工设备的所有权给承包商。

必须注意,尽管设备和材料的所有权由承包商转移给雇主,但承包商因承担对整个工程的照管责任而必须在其照管期间对设备和材料的损失或损害承担责任。

(二)现场外的设备和材料

雇主对处于现场外(包括运输途中和正在制造中)的设备和材料的控制能力相对处于弱势地位,而且这些设备和材料可能并未被查明或确定是该工程施工中需要的。在这种情况下,普通法的规定是,对于在施工现场以外的设备和材料,所有权由双方商定,可依据前述的五个规则协商。

2005年的JCT(The Joint Contracts Tribunal)设计及建造合同的第2.22款解决了材料在现场外的所有权转移问题。根据这个条款,如果工作项(Items)是表列工作项(Listed Items),表列工作项被定义为材料、货物及或预制物品而包含在工程中,并且被雇主列入提供给承包商的表单中,而且是作为雇主要求的附件,那么,这类工作项的所有权应该归雇主所有。根据JCT合同第4.15款,这些工作项应包括在期中付款中。然而,承包商还必须承担起直到此类材料被运到、安置到工程上或放到其旁边时的全部风险。

在NEC3的70.2条款下,设备和材料在现场外,但是已经由监理工程师做了标记,则雇主对设备和材料拥有承包商对该设备和材料拥有的任何权利。对设备

和材料做出标记是指合同中对此类设备和材料约定在到达现场前可以进行支付,而承包商已经准备好设备和材料以及标记所需要的资料,此时监理工程师可对设备和材料进行标记(见NCE3条款71.1)。最好的做法是将整个标记的过程在合同中明确列出,以便承包商准备好相关的工作。

从上述三个合同条件的条款内容对比中可以看出,FIDIC合同条件关于所有权转移的内容约定更具体。而且FIDIC合同(银皮书)中约定的现场外货物进行支付的前提条件是提供一份等额的担保,更加保护了雇主的利益。当然,对已经运到工程所在国,正在运往现场途中的设备和材料是否必须提供担保则取决于雇主的决定。

本文分析了国际工程承包中的设备和材料的所有权问题,这些问题的发生往往与合同的终止有关,包括主合同的终止和分包(供应)合同的终止。无论怎样,签订合同时处理此类问题的一个主要原则还是从最大程度上减少双方的综合损失,而不是只考虑一方的利益,忽略他方的利益。在一些履行完毕的国际工程承包合同中,在竣工移交时,雇主也常常要求承包商提供一份弃权声明,即要求承包商(包括其全部分包商和供应商)书面声明其放弃工程留置权。由此看出,所有权转移在国际工程承包合同中的重要性。

(作者单位:天津大学管理与经济学部。本研究为“中交一公局海外公司工程项目管理国际化体系研究与构建”课题内容。)