

International Engineering Contracts and Law Responses to COVID-19

Guang Yang*, Kecheng Huo, Huizhao Shi

China Petroleum Pipeline Engineering Co., Ltd. International, Langfang Hebei
Email: *158225488@qq.com

Received: Apr. 24th, 2020; accepted: May 26th, 2020; published: Jun. 15th, 2020

Abstract

The global outbreak of COVID-19 has affected the performance of international engineering contracts severely and may trigger a series of contract disputes. This paper gives an in-depth analysis of whether and how the COVID-19 epidemic applies to force majeure clauses in contracts. In order to successfully exercise the relief rights under the force majeure clause, the contractor should promptly perform the obligation of notification and minimizing any loss within the contract period. According to the owner's response measures, the contractor should actively apply other contract claim clauses to the owner to claim for time limit and cost. The process of judging contract claims and remedies is established, and some suggestions and countermeasures are put forward accordingly to protect the interests of the contractor.

Keywords

International Engineering, COVID-19, Force Majeure, Countermeasure

*通信作者。

新冠疫情下的国际工程合同及法律应对

杨光*, 霍克成, 时会召

中国石油管道局工程有限公司国际事业部, 河北 廊坊
Email: *158225488@qq.com

收稿日期: 2020年4月24日; 录用日期: 2020年5月26日; 发布日期: 2020年6月15日

摘要

全球范围内爆发的新型冠状病毒肺炎疫情对国际工程合同履行造成严重影响,可能引发一系列合同纠纷。本文深入解析了新冠肺炎疫情能否适用及如何适用合同不可抗力条款约定,为成功行使不可抗力条款项下的救济权利,承包商应在合同约定期限内及时履行通知和减损的义务。针对业主方应对措施,承包商应积极运用其它合同索赔条款,向业主开展工期与费用索赔。为切实维护好承包商利益,制定了合同索赔及救济判断流程,并据此提出了相关建议与对策。

关键词

国际工程, 新冠肺炎, 不可抗力, 应对措施

Copyright © 2020 by author(s), Yangtze University and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

2020年1月底湖北省武汉市爆发了“新型冠状病毒肺炎”(简称:新冠疫情或COVID-19),2020年1月23日武汉采取封城措施,随着疫情的扩散和蔓延,中国在2月初采取了全国封城措施,要求人员居家隔离,各行业停工停产,避免人员流动和聚集。中国通过两个半月的艰苦抗疫,疫情得到了有效控制。但随着疫情的传播和发展,世界各国均陆续爆发了新冠疫情,面对疫情世界各国均根据疫情的实时发展情况采取了相关措施和政策,这对于从事国际工程建设的相关企业造成了较大影响。本文以纳米比亚鲸湾油库及管道项目作为依托,通过对工程所在国所采取的相关措施及项目合同规定进行分析,旨在为新冠疫情的合同和法律应对提供参考。

2. 新冠疫情对工程项目的影

响的潜在影响是多方面显现的,例如:

国内劳动力和物资供应短缺造成的潜在影响。中央政府和地方政府延长了春节假期,即使假期过后由于封锁隔离的要求,也不能及时开工复产。因此,项目所需的设备物资生产周期增长,各个物资都面临延迟交货的违约情况。即使交货后,设备物资的运输效率受到交通封锁各项检查,影响了运输的效率。对于一些紧急的物资,由于疫情导致的封航封国,无法进行空运,只能采取海运的措施,从国内运输到非洲各国家的海运时间基本为30~60天,纳米比亚的海运时间通常为45~60天到达现场,这对现场的项

目执行效率和项目工期产生了较大的影响。

除此之外，各国政府应对疫情的各项政策和相关举措也会造成较大的影响。例如，外国港口可能颁布禁止货物卸载的禁令、派驻项目所在国的中国工人和员工可能无法及时办理工作签证、或者针对来自中国的人员实施长时间的隔离措施等。这些政府行为将对海外承包商执行和完成合同项下工程造成严重影响。就纳米比亚来说，目前是禁止疫情所在国人员进入纳米比亚，停止了外来人员的签证办理及所在国人员的签证续签办理，目前造成大量人员签证过期，属于非法滞留状态，据了解这也是非洲国家各企业人员面临的普遍问题，相信后续项目所在国应该会有相关政策解决类似的问题。

受新冠疫情的影响，纳米比亚项目面临着项目签约供货商停工、延迟交货，设备材料无法按时生产和运输，项目所需人员无法动迁和返迁，工作签无法办理和续签以及工程所在国“封锁隔离”“封航封国”政策等问题制约。

鉴于此，承包商需考虑的主要有两个类别的影响：疫情对海外承包商供应链的直接影响和因中国和国外政府为控制疫情而采取的措施所造成的间接影响。此外，承包商还需考虑，一方面，他们如何就不可抗力提出索赔；另一方面，其应当如何应对下游供应商或分包商就不可抗力提出的索赔。

3. 新冠肺炎是否属于不可抗力

3.1. 怎样的事件才能作为提出不可抗力索赔的依据

大多数合同会通过比较宽泛的原则性描述配合一个非穷尽式的列举清单来定义不可抗力事件。部分合同还会列举一些不能算作不可抗力的事件。另外一些合同可能对不可抗力范围定义得非常的窄，仅以明确列出的事件为限。

通常不可抗力事件的清单可能会提及“瘟疫或流行病”。但目前爆发的新冠肺炎能否算作“流行病”？如果交由法庭或仲裁庭来解读，可能会有争议。到现在为止，世界卫生组织还只把当前的疫情称作“国际公共卫生紧急事件”。这个说法与“流行病”并不是同等涵义。

如国际工程承包合同 FIDIC 合同模版中，未明确将“传染病”列入合同的特殊风险或不可抗力事件条款。这类不可抗力条款没有列举到“传染病”情况，可能会为事后是否能将新冠肺炎疫情之类的传染病视为不可抗力带来争议。如果合同中没有将上述事件(疫情本身或者政府措施)列举为不可抗力事件，则承包商需要依赖合同定义的认定不可抗力的原则。例如，纳米比亚项目主合同就是使用的 FIDIC 银皮书，对不可抗力的定义和描述是：

19.1 Definition of Force Majeure [1]

In this Clause, “Force Majeure” means an exceptional event or circumstance:

- (a) which is beyond a Party’s control,
- (b) which such Party could not reasonably have provided against before entering into the Contract,
- (c) which, having arisen, such Party could not reasonably have avoided or overcome, and which is not substantially attributable to the other Party.

Force Majeure may include, but is not limited to, exceptional events or circumstances of the kind listed below, so long as conditions (a) to (d) above are satisfied:

- (i) war, hostilities (whether war be declared or not), invasion, act of foreign enemies,
- (ii) rebellion, terrorism, revolution, insurrection, military or usurped power, or civil war,
- (iii) riot, commotion, disorder, strike or lockout by persons other than the Contractor’s Personnel and other employees of the Contractor and Subcontractors,
- (iv) munitions of war, explosive materials, ionising radiation or contamination by radio-activity, except as

may be attributable to the Contractor's use of such munitions, explosives, radiation or radio-activity, and
(v) natural catastrophes such as earthquake, hurricane, typhoon or volcanic activity.

由此条款可见对认定相关事件和情形是否是不可抗力时需要同时满足以下条件:

- 异常的/exceptional;
- 受影响一方不能合理控制的;
- 受影响一方在签订合同时不能合理防备的;
- 受影响一方不能合理避免或克服; 且
- 不主要归因于对方。

如果是此类的定义, 则本次新冠肺炎疫情和/或政府采取的应对措施应当符合。尽管世界各国对新冠肺炎在中国爆发、蔓延的情况有海量的分析和报道, 大家大致均可以比较深入的了解到新冠肺炎情况, 但是, 如果要将新冠肺炎作为具体合同履行中的不可抗力事件, 相关承包商还是需要申请有关机关出具专门的证明。据悉, 中国对外经贸活动的不可抗力证明通常由中国国际贸易促进委员会出具, 但这类证明书是否能被境外法院或仲裁机构采纳还要看具体情况, 合同中如果明确约定出具不可抗力证明的机构并按合同约定的方式出具了证明还是可以得到法院或仲裁机构的认可, 这样是有助于主张不可抗力情形的确立。

从纳米比亚项目出发, 项目部也就此情况与业主方的律师进行了沟通和交流, 从个人的观点上, 业主方律师认可新冠肺炎属于不可抗力的情形。但是, 从承包商的角度, 并不是确认了不可抗力事件就达到了满意的结果, 要想获得豁免履约的救济, 甚至获得一定的补偿, 还需要开展细致的后续工作。

3.2. 通知义务

不可抗力事件的确认及相关救济权利通常会以通知的发送为前提条件, 这是国际合同中的惯例。例如, FIDIC 银皮书第 19.2 款规定, 受影响方必须在知道或应该知道构成不可抗力的有关事件或情况后 14 天内向业主发出通知。同时, 如果承包商希望就有关事件或情况索赔额外费用和/或工期延长, 则还需在知道或应当知道该有关事件或情况发生的 28 天内向业主发出索赔通知。

在某些合同中, 未能在规定的时间内发出通知将导致丧失不可抗力条款项下的救济权利及向业主索赔的权利。在一些情况下, 上述“失权原则”还可能扩展到未能提交不可抗力事件的详情和影响, 但具体要求还取决于不可抗力条款的明确措辞。

另外一些合同会明确规定通知是主张救济的前提条件, 且未在规定期限内发送通知将导致索赔权的丧失。此外, 还有其它的情况, 例如, FIDIC 银皮书规定, 如果通知在 14 天的期限之后发送, 受影响的一方将只能在发送通知之后才能免除履约义务。

由此可知, 承包商知晓其就不可抗力发送通知和描述影响的具体义务、以及其供应商和分包商应当履行怎样的义务, 是非常重要的。不可抗力条款(或 FIDIC 项下的例外事件条款)和一般索赔条款可能都要求承包商发出通知。

3.3. 减损义务

大多数国际合同都会要求受不可抗力事件影响的合同方采取“合理措施”以减轻不可抗力事件带来的影响。如上所述, 判断是否采取了“合理措施”减损, 通常同是否属于一方“合理控制”的问题一并考虑。在国外的某可参考类似案例中, 法院判决: 只有原告采取了合理措施以避免或减轻不可抗力事件及其后果的情况下, 原告才能依赖将超出双方控制的事件定义为不可抗力事件之不可抗力条款。

对于实施海外工程项目的承包商来说, 已经采购的材料和设备现在可能无法运送, 且承包商可能也

无法采取措施减轻相关影响。但是就未来需要采购的材料和设备，承包商可能能够找到不受本次疫情影响的新供应商，这就需要承包商积极寻找相关替代资源去执行项目，如果由于此类替代资源成本超出了原合同内此部分的预算，认为可以通过举证告知业主要求变更和相应的补偿。总体来说，承包商想办法采取减轻影响的各项措施，持续推进项目执行的进度，才是保护自身及业主利益达到双赢的最有效手段。

3.4. 业主行为

许多业主会希望承包商自行采取相关措施来阻止新冠肺炎在其参与项目的员工中扩散，有些业主甚至会要求承包商采取某些业主认为必要的特别措施。承包商应考虑该业主要求的特别措施是否属于国际惯例中应对新冠肺炎疫情会采取的常规措施，还是其要求，特别是对项目的执行有重大影响的应对措施是否过分了？

如果业主的某项指示超出了承包商认为合理的范围，承包商应考虑其是否有可能依据不可抗力条款以外的合同条款索赔工期延长或额外费用，例如，业主的指示是否构成“变更(changes 或 variation)”或“业主干扰(employer prevention)”。如此，在承包商按照合同约定发送通知并遵守后续程序要求的前提下，除工期延长之外，承包商可能有机会依据这些合同条款获得窝工费补偿，因为在不可抗力索赔项下，通常没有索赔费用的权利。

4. 合同索赔及救济判断流程

如下图 1 所示，如果项目发生了各种问题，我们可以参考以下流程图来分析和判断此类问题属于何种情形，并依据合同和法律规定采取相关的措施及时提交书面证据和记录，以保障承包商的权益。

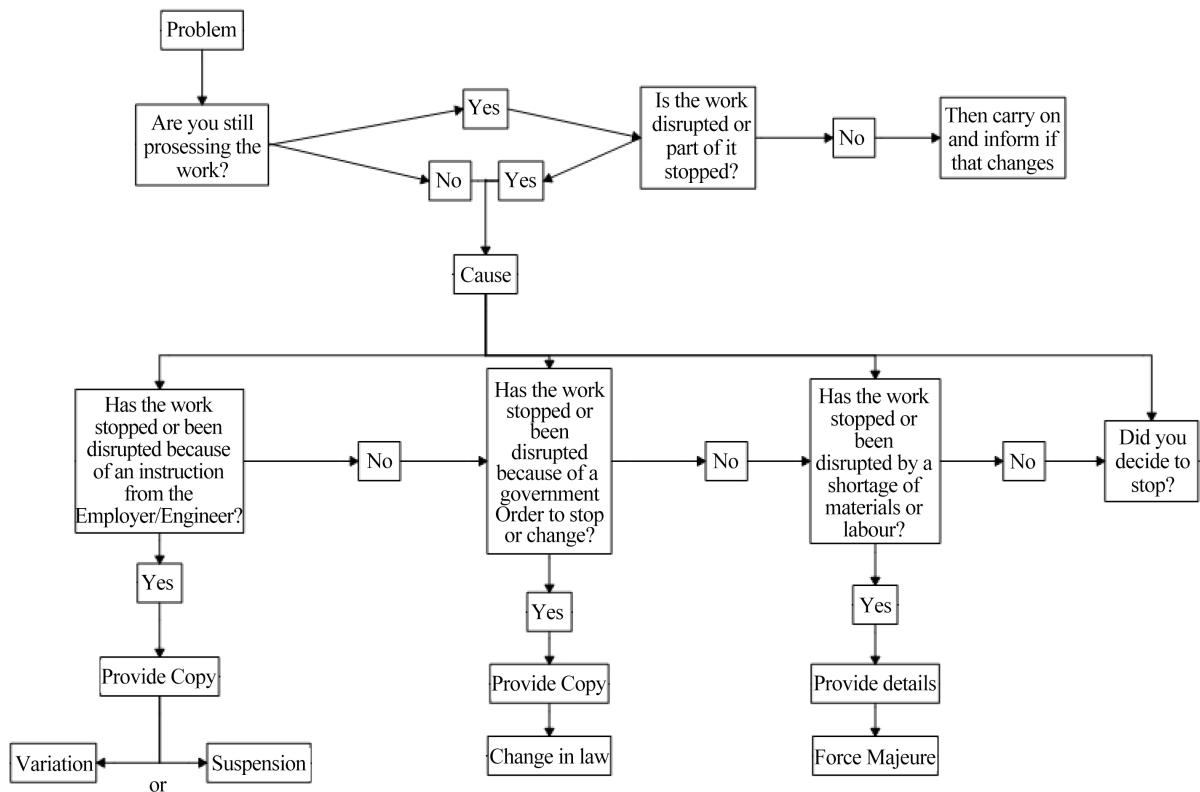


Figure 1. Contract claim judgment flow chart
图 1. 合同索赔判断流程图

根据以上流程，我们就纳米比亚项目所遇到的问题情况来举例进行说明。受到新冠疫情的影响，纳米比亚政府颁布了 lockdown 的封城法令，在 2020 年 3 月 27 日起，实施 lockdown 的规定。法令部分内容如下。



**GUIDELINES & REGULATIONS FOR 21-DAY LOCKDOWN
OF KHOMAS AND ERONGO REGIONS INCLUDING OKAHANDJA AND REHOBOTH**

1. When will the lockdown come into force?

- 1.1 The lockdown will begin at 23:59 on Friday 27 March, 2020 until 23:59 on 16 April, 2020.
- 1.2 The lockdown will remain in force for twenty-one (21) days.

通过流程图的分析，我们可以看到，此法令的相关内容符合上述流程第二种 change in law 的情形，并且停工对项目履行产生了较大影响，根据纳米比亚项目主合同的 FIDIC 银皮书第 13.7 款因法律改变的调整、第 8.4 款竣工时间的延长和第 20.1 款承包商的索赔，承包商是有权利获得工期及费用补偿的。

5. 建议与对策

新冠疫情仅仅是目前发生的事件的背景，目前的情况可能构成一连串的“触发事件”，不可抗力是基础应对策略，往往只能获得工期延长避免遭受业主的延期罚款等问题，属于比较基础的“防御动作”，但是如果承包商希望获得更好的补偿及有效的维护自身权益，那么就需要深入研究和考虑就其他触发事件可以适用的“升级的合同救济策略”相关情形，才能有效地保护承包商权益。“升级的合同救济策略”根据各个国家的政策不同，各个业主及监理的措施和要求不同，需要承包商根据具体情况具体分析和研究，找出相关适用的合同和法律依据制定相关合同救济策略。在纳米比亚项目所遇到的升级合同救济依据就是政府颁布的法令所形成的法律变更，从而及时向业主发出相关索赔变更通知及相关支持依据和报告文件。

经过多方调研了解，在疫情环境下，国际工程承包商的上级管理部门从疫情防控管理及 HSE 要求等角度出发，为了保证派往所在国的企业员工安全，均会采取一定的主动措施，例如“防疫保护措施”、“封闭管理”、“封闭施工”、“网格化管理及施工”、“隔离”甚至“停工”。这种措施如果采取，则需要十分谨慎，需要判断此类主动措施所带来的影响，这些措施尽量由业主或政府部门做出此类的要求，如果是承包商主动采取，这会对将来的索赔造成一定不利影响，业主会提出是由于承包商的主动措施造成的工期延误及损失，不但获得补偿较为困难，甚至会因此原因招致延期罚款。另外需要注意的是承包商须积极采取适当的防疫措施和减损措施并且要进行完整记录，用于将来与业主进行相关疫情影响谈判时可作为有效的证据保护自身权益。

参考文献

- [1] 国际咨询工程师联合会. Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects [M]. 北京: 机械工业出版社, 1999.