

当 ABS 项目遭遇新型冠状病毒肺炎疫情

作者：李虎桓 | 钱乐

一场突如其来的新型冠状病毒肺炎疫情（以下称“疫情”/“本次疫情”），不仅影响了中国传统春节，打乱了每个人的工作计划及安排，其势必对金融市场及金融产品运行造成影响，而 ABS 项目亦无法幸免，特别是对存量 ABS 项目¹尤为明显。

一、疫情对存续期 ABS 项目的影响

结合汉坤律师近期协助客户应急答复及处理 ABS 项目存续期管理突发事件经验，当前疫情对于存续期 ABS 项目的具体影响集中体现为，**部分存续期 ABS 项目遭遇其“转付日”、“兑付日”落入疫情存续期而导致 ABS 项目出现无法及时转付或兑付的情形**。根据汉坤律师经验，导致上述问题的主要原因为：

1. **“先天不足”**。尽管 ABS 项目基本逻辑为以“基础资产”所产生现金流为基础的结构化金融产品，其现金流应当直接归入“监管账户”或“托管账户”，但实际情况是绝大多数的 ABS 产品因为各种各样的实际困难，现金流无法直接归入“监管账户”或“托管账户”，需要设置“资产服务机构”（通常即“原始权益人”）履行人工转付，即按照一定的归集频率由资产服务机构将“基础资产”所产生的现金流从原始权益人“收款账户”向“监管账户”或“托管账户”进行转付。然而受到疫情影响该等归集转付安排可能无法按时完成；
2. **“产品设置”**。根据交易所指南及 ABS 产品归集转付一般安排，通常情况下 ABS 产品的归集转付频率为“按月”或“按季度”²，由于大多数 ABS 产品具有良好增信安排而采用“按季度”归集转付现金流，具体而言通常按照“1、4、7、10 月月末日”、“2、5、8、11 月月末日”或“3、6、9、12 月月末日”作为核算日/计算日，相应于核算日/计算日之后（兑付日之前）归集并转付现金流。根据目前公布的有关公开信息，本次疫情导致春节假期从 2020 年 1 月 31 日延长至 2 月 2 日

¹ 根据资产证券化分析网（CNABS）数据，截至 2019 年度，广义 ABS 项目（含信贷资产证券化、企业资产证券化、资产支持票据）累计发行总量为 80,856 亿，存量 39,052 亿。

² 以融资租赁类 ABS 产品为例，根据《深圳证券交易所融资租赁债权资产支持证券挂牌条件确认指南》第 13 条规定，“基础资产现金流未直接回款至专项计划账户的，应当由资产服务机构或管理人指定的机构负责基础资产现金流归集，且自专项计划设立之日起，基础资产回款归集至专项计划账户的周期应当不超过 1 个月。资产服务机构或管理人指定的机构可以根据专项计划的约定，提高资金归集频率。原始权益人资信状况良好，且专项计划设置担保、差额支付等有效增信措施的，现金流归集周期可以适当延长，但最长不得超过 3 个月”，上交所及其他品类基础资产亦有类似规定。

（国务院批准的特殊假期）以及自2月3日起至各地政府规定的“复工日”³。有鉴于此，若ABS产品对应的“转付日”或“兑付日”落入2月3日起至“复工日”期间⁴（下称“复工期”）的，则可能受到不利影响。

二、疫情对存续期ABS项目影响之分析与建议

若有ABS产品的“转付日”、“兑付日”恰巧落入复工期的，由于资产服务机构无法复工导致无法核算有关现金流并及时转付该怎么办？同时，ABS项目计划管理人多数云集在北京、上海、广州、深圳，2月9日24时前无法完成临时信息披露的怎么办？根据汉坤律师经验分析及建议如下：

1. 资产服务机构受疫情影响无法履行归集转付义务的属于“不可抗力”⁵

“法律规定”：根据《民法总则》第180条、《合同法》第117条第2款，不可抗力是指“不能预见、不能避免且不能克服的客观情况”。

“司法实践”：当前，最高人民法院尚未正式发布关于如何处理此次“新冠肺炎”疫情相关合同纠纷的司法文件。本次疫情爆发情形与2003年非典疫情爆发情形相似，最高人民法院以及地方法院在处理与“非典”疫情相关合同纠纷时的下述司法实践观点（有较多法院判决支持）具有较大参考意义。

《最高人民法院关于在防治传染性非典型肺炎期间依法做好人民法院相关审判、执行工作的通知》（法[2003]72号，2003年6月11日生效）第三条第（三）款：“……因政府及有关部门为防治‘非典’疫情而采取行政措施直接导致合同不能履行，或者由于‘非典’疫情的影响致使合同当事人根本不能履行而引起的纠纷，按照《中华人民共和国合同法》第一百一十七条（即不可抗力条款）和第一百一十八条的规定妥善处理。”；《正确处理“非典”疫情构成不可抗力免责事由案件》（北京市第二中级人民法院课题组）“尽管医学专家对非典型肺炎的症状、成因等存有不同的看法，但从法律上分析，我们认为，非典型肺炎作为一种突发性的异常事件、一种世界范围内爆发的疫情，不仅当事人不能预见，而且具有广博医学知识的医学专家也无法预见；从其爆发至今，还没有有效的方法阻止其传播，甚至还没有确定确切的传染源；尽管有许多非典型肺炎病人经过治疗病愈出院，但到目前医学界还没有确定确切有效的治疗方法，因此，这种异常的事件，至少在目前，是人类无法预见、不可避免、不能克服的客观存在，其性质属于法律上规定的不可抗力事件，是一种自然灾害。”

“合同约定”：以交易所ABS产品为例，通常情况下交易条款中包含如下约定：

- (1) 《计划说明书》相关约定：“**不可抗力风险**”在专项计划存续期间，若发生政治、经济与自然灾害等方面的不可抗力因素，从而可能会对专项计划资产和收益产生不利影响。“**防范措施**”：为降低不可抗力可能对专项计划资产和收益产生的不利影响，在发生不可抗力事件时，管理人将与相关各方积极沟通、配合，采取各种合理可行的措施履行相关义务，降低不可抗力事件造成的不利影响。同时，根据需要，管理人与相关各方磋商，决定是否终止专项计划或根据不可抗力事件

³ 根据目前各地方政府发布的通知，在2月2日国定假期结束之后，进一步要求辖区内企业（涉及保障城市运行必须、疫情防控必须、群众生活必须及其他涉及重要国计民生的企业除外）延迟复工时间，例如：北京、上海、广东、浙江、重庆、福建、江苏、安徽、云南、山东、江西、贵州、河南、辽宁、黑龙江、河北、内蒙复工时间不早于2月9日24时；湖北复工时间不早于2月13日24时。

⁴ ABS产品通常对有关“转付日”、“兑付日”遭遇法定假期的情形明确规定予以顺延，同时尽管本次国务院规定延长春节假期不属于法定假期，但亦可参照法定假期的规定顺延。故此有关复工期间主要是2月3日起至“复工日”止的期间。

⁵ 本节部分内容参考汉坤律师事务所微信公众号：《“新冠肺炎”疫情与履约纠纷（一）：不可抗力与情势变更》有关内容。

对专项计划的影响免除或延迟相关义务的履行，并提请有控制权的资产支持证券持有人大会通过。

- (2) 《标准条款》相关约定：“**不可抗力事件**”：“不可抗力”是指本协议各方不能合理控制、不可预见或即使预见亦无法避免的事件，该事件妨碍、影响或延误任何一方根据本协议履行其全部或部分义务。该事件包括但不限于地震、台风、洪水、火灾、瘟疫、战争、政变、恐怖主义行动、骚乱、罢工以及新法律或国家政策的颁布或对原法律或国家政策的修改等；“**不可抗力事件通知**”：如发生不可抗力事件，遭受该事件的一方应尽最大努力减少由此可能造成的损失，立即用可能的快捷方式通知对方，并在 15 个工作日内提供证明文件说明有关事件的细节和不能履行或部分不能履行或需延迟履行本协议的原因。合同各方应在协商一致的基础上决定是否延期履行本协议或终止本协议，并达成书面合同。“**不视为违约**”：如果发生不可抗力，致使一方不能履行或迟延履行本协议项下之各项义务，则该方对无法履行或迟延履行其在本协议项下的任何义务不承担责任，但该方迟延履行其在本协议项下义务后发生不可抗力的，该方对无法履行或迟延履行其在本协议项下的义务不能免除责任。不可抗力事件消除后，受不可抗力阻止的一方应尽快向其他方发出不可抗力事件消除的通知，而其他方收到该通知后应予以确认。

汉坤分析：我们认为根据法律规定及司法实践，本次疫情构成“不可抗力”事件，尽管如此，但对于 ABS 项目的实际影响应当分具体情况进行讨论分析：

- 显然本次疫情不构成导致 ABS 产品不能存续之“不可抗力”范畴，因此不应当触发 ABS 项目所规定的“终止事件”。
- 若相关 ABS 产品的“转付日”、“兑付日”恰巧落入“复工期”的，则本次疫情所触发“不可抗力”将直接影响并作用于相对应的有关义务，作为现金流归集及转付义务主体“资产服务机构”可基于疫情所致不可抗力事件，相应延迟履行其现金流归集及转付的义务且不承担违约责任。所适用的条款依据为《标准条款》项下“不视为违约”条款，即“如果发生不可抗力，致使一方不能履行或迟延履行本协议项下之各项义务，则该方对无法履行或迟延履行其在本协议项下的任何义务不承担责任”。

汉坤建议：若发生“转付日”、“兑付日”恰巧落入“复工期”的，则建议执行以下步骤：

- 资产服务机构应当以复工期结束后的第一个工作日作为“临时转付日”进行上一计算期间（核算期间）基础资产所产生的现金流进行归集并转付，同时以“临时转付日”作为基点推算后续相关 ABS 节点及日期，最终结果会导致当期“兑付日”相应延迟（但下一转付日、兑付日不应受到影响）。
- 资产服务机构应当在复工期结束后的第一个工作日，向计划管理人、监管银行、托管银行发出不可抗力事件通知并获得该等机构的确认。

2. 计划管理人在本次疫情所致“不可抗力”事件中的应对

有鉴于计划管理人多数云集于北京、上海、广州、深圳，因此复工期结束日多为 2 月 9 日 24 时，相应第一个工作日为 2 月 10 日。受疫情影响，在 2 月 10 日之前，计划管理人因疫情所致不可抗力，其不具备履行部分 ABS 项目管理职能的客观条件，具体受影响职能主要为：

- (1) 作为计划管理人角色发出有关通知、指令；
- (2) 因疫情所致不可抗力触发“临时公告”义务。

汉坤建议：计划管理人在收到资产服务机构“不可抗力”通知情况下，或发行本次疫情可能导致 ABS 产品存在“重大事项”情形的，其应当于 2 月 10 日起 2 个交易日内履行相应的临时信批义务，即将有关该重大事项的情况向资产支持证券持有人作临时披露，说明事件的起因、目前的状态和可能产生的法律后果，并向交易所、中国基金业协会报告，重大事项处置完毕后 5 个工作日内向中国基金业协会提交报告，说明重大事项的处置措施及处置结果。

3. 本次疫情所致“不可抗力”与 ABS 项目券端兑付或者基础资产违约之间不存在因果关系

本次疫情的主要影响为春节法定假期之外国务院进一步适当延长了春节假期，同时各个地方政府延长了复工期，但该等不利影响一般情况下不会导致 ABS 项目基础资产现金流的减损或灭失。根据“不可抗力”需与违约行为之间存在“因果关系”的基本原理，汉坤认为本次疫情所致“不可抗力”一般情况下不能作为基础资产减损或灭失的免责及抗辩理由，相应亦不能作为 ABS 项目券端减少或免于兑付的免责及抗辩理由。但需要说明的是，基于前述讨论，由于本次疫情所致“不可抗力”可以作为推迟转付、兑付的依据和理由，由此客观上相较按期兑付而言，ABS 项目投资者因延迟收到相关兑付资金而存在一定延期利息损失。但根据“不可抗力”所致损失应由当事方自行承担的法律原理，投资者不能因此向计划管理人或资产服务机构进行追索。

三、结语

本次疫情属于法定“不可抗力”，但其一般情况下仅造成部分“转付日”及“兑付日”落入 2 月 3 日至复工日期间的 ABS 项目出现当期转付及兑付延迟的法律后果。同时，尽管本次疫情属于“不可抗力”但其一般情况下与 ABS 项目基础资产现金流及券端向投资者兑付本息没有因果关系，不能相应作为免责或抗辩的理由。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

李虎桓

电话： +86 21 6080 0295

Email: huhuan.li@hankunlaw.com