



冠状病毒时期：争取时间以应对不确定性

冠状病毒 (COVID-19) 的经济后果将在未来几年内显现。对于面临生死攸关决策的企业来说，时间成为了帮助他们度过这场风暴的最宝贵商品。下面，我们团队列出了一些全球面临的、与成功应用该项原则相关的问题。

2020 03 20

随着全球经济以前所未有的速度恶化，收入流枯竭，美元对其他货币大幅升值，企业必须做出关键决策以确保生存。债务和其他合同义务堆积如山，员工回家隔离，商业前景一片黯淡。在可预见的未来，冠状病毒 (COVID-19) 将造成惨烈的经济后果。对许多企业来说，保留现金变得至关重要。时间成为了能够帮助企业渡过风暴的珍贵商品。

赢得时间对企业保持运营至关重要，而准备好在与贷款人或其他交易对手的贷款项下援引不可抗力，则可以显著提高企业取得积极的商业成果、并在日后的诉讼案件中赢得有利地位的胜算。

流行病作为不可抗力

以纽约州或英国法律为准据法的大多数商业协议都包含一个不可抗力条款（不可抗力 (force majeure) 的意思是“更高的力量”），当发生任何一方都无法控制的、不可预见行为或困难，且此等情形严重妨碍、迟滞或阻碍合同义务的履行时，该条款可被援引以免除一方或双方的义务。

这类条款有时将流行病作为免除一方的履行、中止一方的义务的理由。这类条款还可能针对危机设定一个持续时间方面的限制，如果超过这个时间，任何一方都可以终止协议，且通常不会受到惩罚。

一个困难是，不可抗力条款通常不包含明确的表述，说明一方何时可以援引不可抗力。合同中也可能根本没有不可抗力条款。冠状病毒 (COVID-19) 流行病是现代史上的一个独特事件，我们缺乏明确的标准，以确定冠状病毒 (COVID-19) 流行病是否构成不可抗力事件。不可抗力这一抗辩的力度取决于合同中的措辞、合同的性质和情形、以及交易对手的情形。

法院尚未就瘟疫或流行病是否构成不可抗力事件形成明确的指引。

例如，根据纽约州法律，确定某个流行病是否构成不可抗力需要经过一个复杂的分析过程，因为流行病会引发不同的事件（例如，股市下跌、“政府的行为”、政府的封锁条例、公众的恐慌等），法院会认为，每一个事件都有不同程度的可预见性，对于当事人实际履行义务而言，其可控性也各不相同。因此，纽约州的法院在分析不可抗力案件时，很可能会考虑促使援引不可抗力的一方中止合同义务履行的各种情形。

英国法院有过确认流行病属于不可抗力事件的先例，但这取决于相关案件的具体事实。根据英国法律，如果法院认定流行病造成的事实情况超出了各方的合理控制范围，并且没有任何其他因素阻止援引方履行义务，则“超出合理控制范围”的一般性措辞是充分的。

巴西的法院也有过确认流行病和瘟疫事件（例如H1N1）属于不可抗力事件的先例。巴西法院所关注的、不可抗力事件的要素是它的不可避免性，以及它是否源于某个自然事件，如地震、洪水、以及该案中的流行病。

不可抗力被写入了阿根廷《民法典》，并被定义为无法预见或已经预见但无法阻止的事件。全球流行病还可能触发另一种被称为“情势变更”的法律理论被援引，根据该条款，在情势发生变化的情况下，只要紧急情况持续存在，履约就可以被延迟，但一旦不可预见的事件过去，援引方即应恢复其原初义务的履行。

为援引不可抗力做好准备

成功援引不可抗力的门槛很高。可以想见，如果贷款人和其他商业交易对手方自己不寻求被免除履行义务，他们会强烈反对另一方援引不可抗力。因此，在任何司法辖区援引不可抗力理论（无论是通过谈判还是通过诉讼或仲裁）之前，您都必须精心地为此打好基础，以最大限度地提高胜算。

发生争议的合同的准据法将决定冠状病毒 (COVID-19) 流行病是否构成不可抗力事件。即使合同不包含不可抗力条款，协议的准据法也可以提供救济。

为在不可抗力诉讼中胜诉，不同司法辖区的法律要求存在很大的差异。由于存在这种差异，根据事实和合同的准据法量身设计策略非常重要。例如，纽约州只在履行变得确实不可能（而不仅仅只是不切实际）的情况下才允许免除履行义务，这通常要求一方证明合同标的物或合同履行手段已灭失，导致义务的履行变得不可能。而加州则允许在履行变得“不切实际”的情况下援引不可抗力，“不切实际”的意思是履行的成本将是过度的、不合理的。

关键点：如果公司拥有以纽约州法律或英国法律为准据法的合同，那么，在商业解决方案变得不可行的情况下，有益的做法是积极主动地为援引不可抗力做好准备，以尽可能提高未来诉讼的胜算。对于那些必须节约现金以确保生存的公司来说，在与贷款人的合同项下成功援引不可抗力可能是唯一可行的选择。

KOBRE & KIM

高博金是一家专注于争议解决与调查的无利益冲突Am Law 200律师事务所，我们经手的案件经常涉及欺诈和违法行为。

我们是唯一一家为复杂的跨境债权债务纠纷提供全面整合服务的律所。我们的一体化团队由前美国联邦检察官、香港律师、英国律师和大律师（包括御用大律师）以及离岸司法辖区律师组成，这使我们具备了独一无二的优势，代表争议的任何一方执行先发制人的策略。此外，我们采用无冲突服务模式，这使得我们能保持独立性，随时准备针对几乎任何机构提起诉讼。

我们代理的许多案件都涉及紧密协调的跨境诉讼，我们能够在美国、拉丁美洲、欧洲中东和非洲、亚洲和主要离岸金融中心司法辖区直接代理客户进行诉讼，或者与当地律师合作代表客户。