

(香港董事學會用箋)

## 公司(企業拯救)條例草案(“條例草案”)

### 就諮詢文件作出的回應

第2(2)條 現宣布：在行使根據第6(1)或20(4)(d)條委任公司臨時監管人的權力時，可委任多於1名合資格人士為公司的臨時監管人，如該權力如此行使，則本條例的條文須按照經已顧及該項委任所需變通而解釋和具有效力。

本會明白，聘任臨時監管人的費用會從公司的財產中支付，而合資格獲委任為臨時監管人的人士，則必須是由破產管理署署長管理的認可專業人員備選團的成員。為此，本會認為，須委任多於1名臨時監管人的機會實際上微乎其微，因為合資格獲委任為臨時監管人的人士必須是獲得破產管理署署長核准的專業人士。本會認為，倘若須委任多於1名臨時監管人，應先獲得有關債權人或法院(視屬何情況而定)批准。

第6(1)條 在符合第7及8條的規定下，為了委任公司的臨時監管人以讓他審查能否向公司債權人提出一項關乎該公司的自願償債安排的方案，以及為了提出該方案(如能夠的話)，下述人士可委任一名合資格人士為公司臨時監管人——

- (a) 如公司尚未開始清盤——
  - (i) 該公司董事(而該項委任須藉以該等董事過半數票為此通過的決議作出)；或
  - (ii) 該公司成員(而該項委任須藉為此而召開的公司會議所通過的普通決議作出)；
- (b) 獲法院批准作出該項委任的公司的臨時清盤人；  
或
- (c) 獲法院批准作出該項委任的公司的清盤人。

第6(2)(a)條 現宣布：不論公司能否償付其債項，合資格人士仍可獲委任為該公司的臨時監管人

本會理解，實行法定企業拯救程序的目的，是讓臨時監管人在可行情況下制訂一個能保障債權人權益的自願償債安排方案。如果該公司有償付債項及債務的話，則委任臨時監管人(此舉會增加公司支出)可能根本並無需要，儘管實行臨時監管不免會損害公司的商譽及信譽，以致可能對公司造成負面影響。

然而，由於公司的董事或成員可以憑藉條例草案而委任臨時監管人，以致他們可能會濫用此項權力。本會認為，有關條文可予以修訂，訂明倘若臨時監管人由公司的董事或成員委任，他們必須證明，雖然公司在委任臨時監管人當時有能力償債，但他們有合理理由相信公司將會無力償債，或不能合理地指望公司可避免變成無力償債。

#### 第7(3)條

除了自願償債安排的其他條款外，方案須述明或以其他方式處理下述事宜 —

##### (g) 監管人的職責、權力及法律責任

本會察悉，自願償債安排的監管人只應從破產管理署署長管理的備選團成員中委出，而在大部分情況下，自願償債安排的監管人可能同時亦是臨時監管人。為加強自願償債安排的獨立性及公信力，應在條例草案中就自願償債安排監管人的收費率、職責、權力及法律責任等訂定規定或指引，因為條例草案已就臨時監管人的上述事宜作出規定。

#### 第13(5)條

除附表7的條文所指的法院的任何命令另有規定外，法院不得根據第(2)款將暫止期延長至超逾緊接有關公司的有關日期之後的6個月。

根據本會的經驗，一家無力償債的公司一般需要一段長時間與其債權人達成在自願償債安排下的協議。雙方需要利用這段時間進行多方面的工作，包括不斷進行磋商、擬備及提出債務重組的方案、在可能情況下注入新股本，以至採取“保持現狀”的安排等。因此，本會認為，暫止期的時限應留待公司、臨時監管人及有關的債權人共同商定。

#### 第14(3)條

凡公司的董事因與任何人交易而違反第(1)(a)款，則如有下述情況（但亦只有在下述情況下），儘管有該項違反，該董事、該公司及其臨時監管人均須受該項交易約束：該人就該項交易而言以真誠行事並付出良好代價；及該人基於該項交易以致其狀況有變或做出對本身有損的事情。

本會理解，依據條例草案第14條的規定，有關公司的董事不得履行他以該身份獲委予的職責或行使他以該身份獲賦予的權力。此外，根據條例草案附表4第2部，臨時監管人享有將有關公司任何董事或高級人員免職的權力。

由於臨時監管人及公司根據此條而可能須承擔法律責任，以致此條變相鼓勵臨時監管人將公司的董事免職，而有關董事實際上卻可能對公司的業務或該公司日後能否持續經營發揮舉足輕重的作用。因此，本會建議，臨時監管人必須先獲得債權人批准，並須闡釋將公司董事或高級人員免職的原因，才可享有將公司董事或高級人員免職的權力。

第19(2)(a)條 凡主要有保證債權人決定不同意公司的臨時監管人着手擬備方案，則暫止期於該臨時監管人在第(1)(c)款所述的地址接獲有關的次通知時立即終止。

基於委任臨時監管人的費用須由該公司支付，本會認為，倘若公司有一名主要有保證債權人，便應在委任臨時監管人前先獲得該主要有保證債權人同意，以減低該公司因其主要有保證債權人不同意臨時監管人着手擬備方案而招致的費用。

第26(1)條 當自願償債安排就有關公司而有效時 ——

- (a) 任何受該項安排約束的債權人均不得展開或繼續進行任何針對該公司的清盤法律程序；
- (b) 該公司的成員或董事不得通過或作出任何將該公司清盤的決議；
- (c) 任何受該項安排約束的債權人均不得委任該公司的接管人，但如已委任該公司的接管人，則該接管人不得行使該職位附帶的任何權力；
- (d) 任何受該項安排約束的債權人均不得採取任何步驟以強制執行或繼續強制執行以該公司財產作保的任何保證或收回在該公司管有下的貨品；及
- (e) 任何受該項安排約束的債權人均不得展開任何針對該公司的法律程序、判決執执行程序、扣押或其他法律上的程序。

本會雖然同意，上述條文將會令自願償債安排得以在沒有干預的情況下進行，但本會認為，條例草案應加入條文，容許受自願償債安排約束的各方，可以在出現若干情況後，例如在獲准實行自願償債安排的日期或提出申請的日期後情況有所改變，根據上文所述條文向法院申請豁免受自願償債安排約束。

附表4第2部 臨時監管人的權力 ——

- 1. 委任任何代理人或僱用任何人以進行任何業務，以及將該代理人或僱員免任的權力。
- 2. 委任律師、專業會計師或其他有專業資格的人以協助履行職責和行使權力，以及將獲委任者免任的權力。

一如上文所載，臨時監管人的費用，包括其就委任任何代理人所花的費用，將會由該公司承擔。由於臨時監管人的最終目的，就是要為整體有關公司的債權人而保存該公司的財產，故此本會認為，條例草案應當規定臨時監管人必須申明其委任有關代理人或僱員的理由及好處，並須於委任有關人士前先經有關債權人批准。倘能在條例草案引入一般性的規定，訂明臨時監管人須在預先設定的金額範圍內行事，相信有助進行企業拯救程序，亦能令臨時監管人容易與有關債權人達成共識。

- 附表4第4(1)部 公司的臨時監管人 ——
- a. 凡在以該身分履行職責和行使權力時，須以該身分為合約、債項及其他債務負上法律責任，他有權就所有該等合約、債項及債務；及
  - b. 有權就他的酬金及所有合理費用、訟費及收費，而從該公司的財產中獲得彌償，但有關合約、債項及債務，以及有關酬金及合理費用、訟費及收費的彌償，以不可歸因於他的失當行為或疏忽者為限。

- 附表4第4(2)部 即使其他法律(包括本條例除本條例第11(8)(b)或16條以外的其他條文)另有規定，根據第1條給予公司的臨時監管人的彌償須 ——
- a. 優先於對該公司提出的所有其他申索(不論是有保證或是無保證者)，以固定押記為保證的申索則除外；及
  - b. 以該公司的財產的留置權為保證，屬固定押記標的的財產則除外。

本會察悉，條例草案訂明，除公司臨時清盤人或清盤人外，公司的董事及成員亦可委任合資格人士出任公司臨時監管人，而其最終目的就是要為債權人的利益而保存該公司的財產。

本會認為，倘臨時監管人的彌償須優先於由有保證或無保證債權人提出的申索，則條例草案應規定，倘若委任臨時監管人一事由公司的董事或成員提出，必須獲得債權人的同意，理由是臨時監管人的費用最終將會影響該公司可供償還予其債權人的財產。

- 附表4第6(3)部 凡任何人真誠地並以良好代價與公司的臨時監管人進行交易，且該人基於該項交易以致其狀況有變或做出對本身有損的事情，則不論該臨時監管人是否在他的權力範圍內行事，該臨時監管人和該公司均須受到該臨時監管人的行動所約束。

臨時監管人的最終目的，是要為公司債權人的利益而保存該公司的財產。因此，本會認為，上述條文可能會令該公司須就臨時監管人的作為承擔法律責任，而不論該作為是否與該臨時監管人履行其職責有關。

因此，本會建議修訂有關條文，使其只涵蓋該臨時監管人以該身份作出的作為、其在履行該身份的職責和行使該身份的權力時的作為，以及不可歸因於臨時監管人的失當行為或疏忽者的作為。

#### 第295C(1)條

法院如信納下述所有條件均獲符合(亦只有在如此信納的情況下)，須宣布某負責人或前任負責人須就在無力償債情況下營商而負上法律責任 ——

- a. 有關公司在本條的生效日期當日或之後在無力償債情況下營商；
- b. 上述負責人或前任負責人是 在無力償債情況下營商之時出任負責人的；及
- c. 第(i)及(ii)節其中一節所述的情況存在 ——
  - i. 該負責人 ——
    - (A) 當時知道或理應知道公司是無力償債的；或
    - (B) 當時知道或理應知道不能合理地指望公司可避免變成無力償債；或
  - ii. 當時存在合理理由懷疑 ——
    - (A) 公司當時是無力償債的；或
    - (B) 不能合理地指望公司可避免變成無力償債，

而該負責人當時未有採取步驟防止在無力償債情況下營商。

#### 第295D(1)條

除第(2)款另有規定外，凡在根據第295C條提起的法律程序中，有證明提出而令法院信納在公司開始清盤當日之前的12個月內的任何一日(“起算日”)，該公司 ——

- (a) 無力償債；或
- (b) 違反第121(1)或(3A)條(不論是否有人就該項違反而被定罪)，

則除非有相反證明提出，否則須在該等法律程序中推定該公司自起算日至(並包括)該公司開始清盤當日一直是無力償債的。

據本會所知，修訂第295C條的目的，旨在確保債權人的利益獲得保障，以免該公司在已無力償債的情況下招致的任何進一步的法律責任影響到債權人的權益。儘管如此，根據擬議的第295C條及第295D條，本會察悉，凡該公司在公司開始清盤當日之前的12個月內的任何時間無力償債，負責人或前負責人將會當作須就

在無力償債情況下營商而負上法律責任，並須根據法院所裁定的款額向該公司作出賠償。

在這情況下，本會認為，此等條文將會令該公司的董事及高層管理人員在公司陷於無力償債邊緣時，亦不會致力繼續經營，以期能扭轉困局，拯救公司，原因是倘拯救程序未能成功推行，而針對該公司進行清盤的法律程序於12個月內展開，他們可能會被當作須負上法律責任。反之，即使公司所面對的困境可能只是由於市況出現短期而重大的逆轉情況所致，而倘若董事及高層管理人員致力拯救公司的話，公司的業務可能有機會重上軌道，但董事及高層管理人員卻仍然寧願委任臨時監管人，讓公司接受臨時監管。

此外，為改善公司的償債情況，董事及高層管理人員可能會採用不同方法來紓緩現金周轉的壓力，例如裁減公司員工。當局建議引入條例草案的其中一個主要目的，就是要保留工作職位，但由上述情況而引起的後果卻與原有目的背道而馳。

因此，本會認為，應將第295D條中的條文範圍收窄至只適用於以下情況：公司在其開始清盤當日之前的12個月內的任何時間無力償債，並在該段時期內一直無力償債。這項規定可令董事及高層管理人員較願意為拯救公司而盡量嘗試力挽狂瀾。此外，如果董事及高層管理人員在盡力挽救公司之後的確出現轉機，但公司業務始終未能好轉，本會建議修訂的規定亦可認同這些人士為拯救公司所付出的努力。

除上文就條例草案的具體條文所提出的意見外，本會亦對條例草案及實際施行條例草案所構成的影響有以下意見。

據本會所知，條例草案旨在引入法定架構，處理某公司可能或最終將會無力償債的情況，並為僱員及債權人提供保障。政府所採取的盡量不干預市場政策，讓香港得以和其他國家一樣，享有自由營商環境的美譽。為此，本會關注，條例草案一經通過，會否令人以為政府藉條例草案干預香港的營商環境。條例草案“界定”何謂“無力償債”，又規定董事和高層管理人員須就在無力償債情況下營商負上法律責任，實際上等於為業務經營者的作為劃定界線。

此外，即使合資格人士將會是專業會計師或律師，但如果規定或期望臨時監管人能夠“入主”該公司，並全權接手掌管該公司的業務、財產及事務，在技術上會有困難。這是由於某些特定行業可能需要特定的技術知識、技能或經驗，又或者某些特定行業特別着重業務關係及客戶網絡。儘管本會贊同應在進行臨時監管期間委任獨立的第三者加入該公司，但臨時監管人應該負責監控該公司的運作，而非參與營運有關業務。

此外，按照現行的市場慣例，無力償債的公司可以在專業會計師、律師及註冊投資顧問等專業人士的協助下，按照所涉各方的意願，與其債權人作出自願償債安排。另一方面，處境已屬“無藥可救”的公司則會進行清盤。引入條例草案之後，實際上將會改變這個以市場為主導的程序，因為正如上文所述，經修訂的第295C及295D條將會對公司的董事及高層管理人員構成沉重壓力，令他們難以決定在必須保持公司持續經營的規定之下，他們應否致力拯救公司。

本會又關注，條例草案可能會促使以下情況出現：董事及高層管理人員若無法肯定致力拯救公司必定能夠取得成功，但按法例規定又必須維持公司持續經營的話，則董事及高層管理人員便會傾向於經常甚或過早委任臨時監管人，以求“保障”自己。一如上文所述，在通過條例草案後，只要有些微跡象顯示公司在償債能力方面出現問題，公司都可能寧願裁減僱員，以改善公司的現金周轉情況。此種濫用法例的情況，最終可能會令人對營商缺乏信心，原因是市場上會不斷湧現公司進行臨時監管及裁減僱員的消息。

不論是公營還是私營企業，拯救企業的其他常用方法林林種種，其中包括透過發行新股或供股來注入新的股本。如果有關公司為上市公司，則可透過認購新股來引入新的控股股東(即由所謂“白武士”提出善意收購行動，協助公司化解危機)，同時可按照《香港公司收購及合併守則》的規定提交清洗交易的寬免申請。然而，基於上述拯救企業方法所涉及的時間，加上採用這些方法亦未必能保證該公司可持續有力償債12個月或以上，故此條例草案可能會促使有關人士逐漸放棄採用其他常用方法來拯救公司。懇請商界人士、專業人員及立法會議員慎重考慮上文所述各項問題。