

《公司(企業拯救)條例草案》委員會
有關在無力償債情況下營商的條文
及澳洲和英國的經驗

本文件載述《公司(企業拯救)條例草案》(條例草案)內有關在無力償債情況下營商的建議條文的目標對象，以及澳洲及英國實施相若條文的經驗。

條文的目標對象

2. 凡公司進行清盤，而該公司的清盤人信納該公司曾在無力償債情況下營商，公司清盤人便可向法院申請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。

3. 就該等條文而言，“在無力償債情況下營商”指該公司在已無力償債即無能力償付到期應付而尚欠的債項後招致債項或債務。“負責人”指該公司的董事或影子董事；或在很大或實質程度上涉及主持該公司業務或事務的該公司的經理，而他知道或理應知道該公司的償債能力狀況。

4. 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) 該負責人當時對公司的無力償債情況有所規定的認知，且未有採取步驟防止在無力償債情況下營商。

5 如該負責人令法院信納，他已採取所有他應採取的步驟，以將公司債權人的可能損失減至最低，法院不得發出該項宣布。此外，如該負責人是公司的高層管理人員，並且令法院信納在無力償債情況下營商之前，他已發出指明的通

知，而該通知是發給該公司的董事局的，並述明該公司正在或即將在無力償債情況下營商，則法院亦不得作出該項宣布。

6. 此外亦有一條條文，意指凡在針對負責人而提起的法律程序中，有證明提出而令法院信納公司開始清盤當日之前的12個月內的任何一日(“起算日”)，該公司無力償債，或未能備存妥當帳目，則除非有相反證明指出，否則須在該等法律程序中推定該公司自起算日起至(並包括)該公司開始清盤當日一直是無力償債的。

7. 凡法院就某負責人或前任負責人作出宣布，則法院可命令該人向有關公司繳付法院認為恰當的賠償。

澳洲的經驗

8. 在澳洲，有關無力償債情況下營商的條文於一九九三年制定，並載於《澳洲法團法》第 588G 條。該條文適用於下述情況—

- (a) 當公司招致債項，而某人正擔任該公司的董事；以及
- (b) 當時該公司無力償債，或招致該債項後變得無力償債，或當時招致包括該債項的多個債項後變得無力償債；以及
- (c) 當時有合理理由懷疑該公司無力償債或會變得無力償債，視屬何情況而定；以及
- (d) 當時該法例剛生效或已生效。

《澳洲法團法》也有一條與香港條例草案內推定條文相若的條文(見上文第 6 段)。

9. “無力償債”一詞的定義是無力償付所有到期應付的債項。澳洲有一些就第 588G 條的措辭而作出的司法判決，與“無力償債”的定義及“招致債項”的涵義有關。這些判決顯示，法院傾向於將不同因素列入考慮之列；認為在債項到期時償付的能力，並非簡單例行地考慮資產是否超過債務，便可斷定。現將部分判決載述如下—

- (a) *Bank of Australasia 訴 Hall*(1907)4 CLR 1514：問題不在於債務人如獲給予時間，能否以資產償付債項(資產負債表測試)，而是在於他現時是否有實際可用的款項以償付債項；
- (b) 在 *Rees 訴新南威爾斯銀行*(1964)111 CLR 210 一案中，有能力償債並非單單視乎手頭的現金，而亦包括其他因素，例如透過將資產出售或抵押以籌措資金的能力；
- (c) 在 *Sandell 訴 Porter*(1966)115 CLR 210 一案中，無力償債並非指暫時的現金周轉困難，而亦必需考慮有關債務人的所有情況；以及
- (d) 在 *Dunn 訴 Shapowloff*(1978)ACLRC 159 一案中，法院在解釋“償債能力”一詞時採用了按實際商業情況進行的測試：“什麼會構成償債能力須視乎每個個案的事實而決定，當中要考慮的因素包括公司資產和債務及其性質，以及公司活動的性質和狀況後。”

香港法院很可能會以上述由澳洲法院作出的判決為先例，以決定某公司是否無力償債。

10. 澳洲的法例訂有刑事和民事兩方面的訴訟，以針對董事(而香港的條例草案則訂明對負責人採取民事訴訟)。若董事在明知、故意或罔顧後果的情況下，容許公司在無力償債情況下營商，而且是為了從中取利而作出不誠實行為，或意圖欺騙或詐騙某人，該名董事即犯了刑事罪行，一經定罪，會被禁止在五年內管理公司。最高刑罰為罰款 200,000 澳元及／或監禁五年。

11. 民事罰則與刑事罰則相若，但董事的資格不會自動取消。董事也可能會被命令作出賠償。

12. 有關在無力償債情況下營商的條文只針對董事。清盤人，或在有限的情況下，債權人也可對董事提出起訴，要求賠償。澳洲證券及投資事務監察委員會亦有權就在無力償債情況下營商採取行動。澳洲的評論員注意到，澳洲證券及投資事務監察委員會的新主席近期對在無力償債情況下營商採取強硬態度。此外，只要得到清盤人或法院同意，債權人亦

可就在無力償債情況下營商，向董事採取法律程序。可收回的數額不得超過債權人所蒙受的損失和損害，一般來說相等於所欠的債項。

13. 關於免責理由，《澳洲法團法》第 588H 條已訂定條文。其中包括一

- (a) 有合理根據預期公司有能力償債；
- (b) 從他人得悉公司有能力償債的消息；
- (c) 董事沒有參與公司的管理工作；以及
- (d) 已採取合理步驟避免招致債項。

澳洲法院看來有不同方式來處理這些問題，對於某些個案，法院採取較寬容的方式，而另一些個案，則採取較為嚴謹的方式¹。

14. 自從在一九九三年訂立關於在無力償債情況下營商的條文以來，在無力償債情況下營商的案件為數不多，而首次的法院判決則是於一九九七年宣布。澳洲方面的評論指出，清盤人不常援用這些條文，原因是公司內部往往缺乏足夠資金展開及持續進行法律程序，或確保足以支付清盤人的開支及費用。然而，評論亦指出，鑑於澳洲證券及投資事務監察委員會所採取的行動及訴訟所需資金籌募的安排，過去數年，針對在無力償債情況下營商的訴訟案件有所增加。

¹ 看來有三種處理方式。採用所謂寬容方式的法院認為，“有合理理由預期公司有能力償債”的字句須融合主觀和客觀考慮因素。董事可能需要證明“在以他所知的全部現有情況下，他沒有理由，也沒有合理根據的想法預期公司無力償付所有到期應付的債務，或公司如招致該債項則無力償付所有到期應付的債項”。[Carruthers J 在 *Pioneer Concrete Pty Ltd 訴 Ellston* (1985)10 ACLR 289。]第二個為法院採用而且較為嚴格的處理方式是，是否有合理理由預期公司無力償付所有債項，須視乎董事在有關時間知道的事情而定，而法院會客觀考慮預期想法的理由[Hodgson J 在 *3M Australia Pty Ltd 訴 Kemish*(1986)4 ACLC 192-3]。第三個處理方式是，董事只有在證明他沒有合理理由相信公司無力償債的情況下，才可以提出免責理由。[Ormiston J 在 *Statewide Tobacco Services Ltd 訴 Morley* (1990)8 ACLC 371。]

英國的經驗

15. 在英國，關於不當營商的條文載於《1986年無力償債法令》第214條。概括而言，構成不當營商的情況如下：公司董事在應該知道不能指望公司可避免因無力償債而進行清盤的情況下繼續營商，以及未有採取行動盡量減低損失，而該公司其後須進行清盤。

16. 只有進行清盤的公司的清盤人，才可就不當營商採取行動，而有關行動限於針對董事的民事訴訟。如清盤人能證明，在展開清盤行動前的某一個時間，公司董事知道或理應斷定，不能合理地指望公司可避免在無力償債情況下清盤，則第214條即須實施。就該條而言，公司進行清盤時，如其資產不足以償付債項、其他債務及清盤費用，則該公司是在無力償債情況下進行清盤。由於採取這個處理方式，英國法例無須訂定與香港的條例草案相若的推定條文(見上文第6段)。

17. 這個處理方式有異於上文第4段所述者(關於公司在已無力償債後招致債項，以及負責人對公司的無力償債情況有所規定的認知，且未有採取步驟防止在無力償債情況下營商)。

18. 如法院認為，公司董事理應斷定無力償債情況下營商是無可避免的，而該公司仍繼續經營，則法院必須信納公司董事之後會採取其應採取的所有步驟，以將公司債權人的可能損失減至最低，否則即屬不當營商，而為了債權人的利益，法院可能會命令公司董事對公司產資作出補償。

19. 關於免責理由，董事若能證明在斷定或理應斷定其公司難免因無力償債而清盤後，已採取一切步驟，以將債權人的損失減至最低，則可免負責任。

20. 英國法例沒有具體列明“一切步驟”會包括什麼，但訂定了準則，以衡量董事作為兼具以下能力的“盡合理程度的努力的人”的行為—

- (a) 一名盡合理程度的努力的董事假定最少應有的能力；以及
- (b) 該董事的能力。

香港的條例草案採取相若的處理方式。

21. 英國首宗見報案件為 **Produce Marketing Consortium Ltd [1989] 5 BCC 569**，其後為 **DKG Contractors Ltd [1990] BCC 903** 及 **Purpoint Ltd [1991] BCC 121**。在每宗案件中，董事均須對公司資產支付一筆補償額，其中沒有證據顯示有任何不誠實的成分。這些決定令清盤人及債權人均感鼓舞。

22. 不過，在九十年代，英國法院對多宗案件的判決有所改變。尤其是 **M C Bacon Ltd (No.2) [1990] BCC 430** 及 **Oasis Merchandising Services Ltd [1997] 1 All ER 1009** 兩案。在該兩案中，除非公司債權人願意提供財務支持，否則為針對不當營商的申索籌措資金會有困難。在上述兩案中，法院基本上決定，如有關不當營商的申索被判敗訴，清盤人不能要求從公司資產中撥付款項，作為清盤開支，以償還其招致的費用或由法院命令他支付的費用；他不能將提出不當營商訴訟的權利轉讓予另一人，而由第三者斥資讓他提出申索，並不合法。這一方面，有關法例，正不斷建立法理。

財經事務局

二零零一年十一月三十日