

就二零零四年一月十二日潘松輝資深大律師、
林雲浩先生及陳靜芬女士所提交意見書的回應

A. 附表 4 第 4 段 — 在不公平損害的個案中採取清盤以外的補救方法

(1) 將適用範圍擴大至包括“非香港公司”

公司法改革常務委員會(常委會)在《企業管治檢討 — 關於第一階段檢討的建議諮詢文件》中提出多項建議，以加強股東補救方法。其中一項建議是容許海外公司成員可以根據《公司條例》現行第 168A 條，就不公平損害尋求補救方法。諮詢期所接獲的意見書顯示這項建議得到支持。根據常委會的建議，我們建議將第 168A 條的適用範圍擴大至涵蓋海外公司。

2. 鑑於第 168A 及 327 條之間的關連，令這兩項條文的適用範圍互相吻合，並因此將第 168A 條的適用範圍進一步擴大至包括非註冊公司，我們同意這做法看來合理。不過，我們注意到英國的情況，英國自一九八零年起有關清盤的條文便適用於非註冊公司，但不公平損害補救方法的條文卻不適用。我們不能確定這項安排的理據。將不公平損害條文的適用範圍擴大至包括非註冊公司後可能會產生什麼影響，這方面我們沒有實際經驗，因此我們建議在作出決定之前先徵詢常委會及利益相關者的意見，而這問題最好應留待下次修訂《公司條例》時加以處理。

3. 意見書建議應在適用於外地法團的有關各部中(即第 X 及 XI 部)加入新條文，使海外公司亦可採用不公平損害的補救方法，而不是修訂現行第 168A 條，原因是該兩部只涵蓋非法團組織及外地法團，包括海外公司。雖然這項建議只涉及格式方面的事宜，並不會改變擬議修訂的法律效力，但我們懷疑，將擬議修訂分散在《公司條例》有關各部中的做法是否便於參閱，特別是因為第 X 部適用於非註冊公司，當中涵蓋其他類型的組織(例如合夥組織)。讀者可能會被誤導，誤以為該等組織亦可採用不公平損害的補救方法(假設條例草案並無修訂第 168A 條，以將該條的適用範圍擴大至包括非註冊公

司)。此外，業界人士清楚知悉現行第 168A 條的規定，是關乎在不公平損害的個案中採取清盤以外的補救方法。因此，如果我們將所有修訂一併放在第 168A 條內，對讀者來說可能會更為方便，他們只要閱覽一項條文便可充分了解該條的適用範圍。

4. 我們認為在第 X 及 XI 部提供有關不公平損害的補救方法的相互參照的提述，並不便於參閱，因為這個做法會令讀者須向前翻以跳過一百項以上的條文，才找到有關補救方法的詳情。

(2) “提出”呈請

5. 為了與《公司條例》現行條文的字眼一致，我們同意，“made the petition”或“making a petition”或“a petition.....is made”的用語，應以“presented the petition”或“presenting a petition”或“a petition.....is presented”取代。

(3) 附表 4 第 4(3)段第 168A 條擬議第 (2A) 款

6. 在第一階段企業管治檢討中，常委會建議，現行第 168A 條須予修訂，訂明法院在成員受不公平損害的情況下，有權以採取補救方法的方式，判給成員賠償。這項建議的理據是，不管現行第 168A(2)條的適用範圍為何，關於法院可否根據該條文作出一項命令，把賠償判給成員，卻沒有清楚說明；而在上市公司方面，不能確定根據該條文可採取的補救方法是否周全，因為有關補救方法未必在任何情況下都切實可行。舉例來說，法院規定有關股東收購小股東的股份一事，未必切實可行。

7. 根據常委會的建議，我們建議加入第 168A(2A)及 168A(2C)條，以訂明法院在成員受不公平損害的情況下，除可採取其他補救方法外，亦可以判給成員損害賠償，作為另一種補救方法。這項建議本身不會違反普通法的原則，即有關成員不能就純粹反映公司損失的損失而提出起訴，因為這項建議不會改變申索的性質、構成新訴訟因由，或混淆個人申索與衍生申索的區別。

8. 雖然如此，我們現正考慮是否需要為了免生疑問而加入一項條文，以訂明當公司本身可就同一事件申索損害賠償時，則擬議第 168A(2A)及 168A(2C)條不得有賦權成員追索該等損害賠償的效力。

(4) 附表 4 第 4(3)段第 168A 條擬議第 (2B)款

9. 目前，現在成員根據現行第 168A 條進行申訴的期限並沒有限制。儘管如此，在根據第 168A 條提起的法律程序中，法院仍可考慮某些事宜，例如提起的法律程序已延誤多時、目前情況已有改變，以及就很久以前發生的事尋求補救的不公平情況等。我們認為應給予根據第 168A 條進行申訴的過去成員同等待遇。

(5) 附表 4 第 4(3)段第 168A 條擬議第 (2D)款

10. 我們現正進一步研究有關事宜，稍後會作出具體回應。

(6) 附表 4 第 4(4)段第 168A 條擬議第 (5C)款

11. 我們同意該條應予刪除。

B. 附表 4 第 5 段 — 第 IVAA 部：代表指明法團提起或介入法律程序

(1) 附表 4 第 5 段擬議第 168BB 條第 (1) (a)及 (2)款

(2) 附表 4 第 5 段擬議第 168BB 條第 (1) (b)款

12. 就第一階段的企業管治檢討而言，常委會知道 *Foss v Harbottle* 法則的主要例外情況（即“欺詐小股東”及“行為失當者對公司有控制權”）應用時所涉及的困難，例如難以從案例法抽出清晰的原則，並根據這些原則決定哪些失當行為可由大股東確認，亦難以找出在哪些情況下不宜這樣做。成員在香港展開衍生訴訟亦有其他實際困難，以致他們不欲展開這類訴訟，例如成員提出訴訟可能須承擔訟費，但卻沒有相應權利索取可能獲得的賠償。

13. 考慮到上述困難，常委會建議設立法定衍生訴訟，訂明不須為確定申請人能否代表公司提起衍生訴訟而進行“審訊內加審訊”，而股東大會的確認不能阻礙這類訴訟的提起。

14. 條例草案擬議第 168BA 至 168BI 條是以常委會的建議作根據，並已充分顧及相類司法管轄區（例如澳洲及新加坡）有關法定衍生訴訟的法例條文。一如相類司法管轄區的法例，擬議條文並沒有提述 *Foss v Harbottle* 法則的例外情況，理由是有關例外情況難以（如非不能的話）編纂為成文法則。事實上，正由於有關例外情況的難題及不確定之處，這些司法管轄區被認為需要設立法定衍生訴訟。儘管如此，條例草案建議法院在處理法定衍生訴訟時，（根據擬議第 168BD 條所訂剔除法律程序的機制，或根據擬議第 168BB(3) 條所訂的批予許可機制）考慮若干指導原則，例如有關方面是否真誠、公司的最佳利益，以及成員批准或追認的效力。

15. 為處理有關法定衍生訴訟的涵蓋範圍，以及其中沒有充足保障的關注，我們現正研究是否有必要—

- (a) 在擬議第 168BB(1) 條訂明，有關的法律程序應限於就（公司董事或曾是公司董事的人所觸犯的）欺詐、疏忽、失責行為、違反責任或其他失當行為追討損害賠償（與澳洲《2001 年證券及投資委員會法》第 50 條（載於附件 A）比較）；以及
- (b) 參照澳洲《2001 年法團法》第 237(3) 條（載於附件 B）加入新條文，以“界定”擬議第 168BD 及 168BB(3) 條所訂“最佳利益”的範圍，以致某公司與第三方之間的法律程序通常不會包括在法定衍生訴訟之內。

(3) 附表 4 第 5 段擬議第 168BC 條

16. 為協助成員展開衍生訴訟，我們同意常委會的建議，即法院不應為裁定申請人有否提出訴訟的理由而在“審訊內加審訊”（即無須許可便可提出法定衍生訴訟）。儘管如此，亦應有足夠的保障措​​施以避免任何瑣屑無聊的申索。送達通知規定的目的，是讓有關公司有機會考慮本身的權利及行動程序。舉例來說，該公司如認為擬提出的法定衍生訴訟並非真

誠提出或不符合公司的最佳利益，則可根據擬議第 168BD 條向法院申請將該訴訟剔除。有別於為展開衍生訴訟而取得許可的規定，這個剔除機制只屬可在有需時使用的保障。值得注意的是，這項送達通知規定亦載於其他相類司法管轄區(例如澳洲及新加坡)有關法定衍生訴訟的法例條文。

17. 為應付緊急情況，例如需要發出禁制令以限制有控制權的人，使他們不能挪用公司的資產，我們亦已建議加入新條文，即擬議第 168BC(4)條，訂明法院可批予免除送達通知的規定。

附表 4 第 5 段擬議第 168BF 條第(1)(b)款

18. 鑑於意見書所載的意見，以及為了與《公司條例》下其他法律程序所採用的方法一致，我們同意在擬議第 168BF 條刪去“調解”的提述。

附表 4 第 5 段擬議第 168BH 條

19. 從草擬的角度來看，就法律程序採用“和解”一詞是恰當的(參閱《高等法院規則》第 34 號命令第 8(2)條規則)。

財經事務及庫務局
財經事務科
二零零四年二月

AUSTRALIAN SECURITIES AND INVESTMENTS COMMISSION ACT 2001

- SECT 50

ASIC may cause civil proceeding to be begun

Where, as a result of an investigation or from a record of an examination (being an investigation or examination conducted under this Part), it appears to ASIC to be in the public interest for a person to begin and carry on a proceeding for:

- (a) the recovery of damages for fraud, negligence, default, breach of duty, or other misconduct, committed in connection with a matter to which the investigation or examination related; or
- (b) recovery of property of the person;

ASIC:

- (c) if the person is a company—may cause; or
- (d) otherwise—may, with the person's written consent, cause;

such a proceeding to be begun and carried on in the person's name.

CORPORATIONS ACT 2001

- SECT 237

Applying for and granting leave

(1) A person referred to in paragraph 236(1)(a) may apply to the Court for leave to bring, or to intervene in, proceedings.

(2) The Court must grant the application if it is satisfied that:

- (a) it is probable that the company will not itself bring the proceedings, or properly take responsibility for them, or for the steps in them; and
- (b) the applicant is acting in good faith; and
- (c) it is in the best interests of the company that the applicant be granted leave; and
- (d) if the applicant is applying for leave to bring proceedings—there is a serious question to be tried; and
- (e) either:
 - (i) at least 14 days before making the application, the applicant gave written notice to the company of the intention to apply for leave and of the reasons for applying; or
 - (ii) it is appropriate to grant leave even though subparagraph (i) is not satisfied.

(3) A rebuttable presumption that granting leave is not in the best interests of the company arises if it is established that:

- (a) the proceedings are:
 - (i) by the company against a third party; or
 - (ii) by a third party against the company; and
- (b) the company has decided:
 - (i) not to bring the proceedings; or
 - (ii) not to defend the proceedings; or
 - (iii) to discontinue, settle or compromise the proceedings; and
- (c) all of the directors who participated in that decision:
 - (i) acted in good faith for a proper purpose; and
 - (ii) did not have a material personal interest in the decision; and
 - (iii) informed themselves about the subject matter of the decision to the extent they reasonably believed to be appropriate; and
 - (iv) rationally believed that the decision was in the best interests of the company.

The director's belief that the decision was in the best interests of the company is a rational one unless the belief is one that no reasonable person in their position would hold.

(4) For the purposes of subsection (3):

- (a) a person is a third party if:
 - (i) the company is a public company and the person is not a related party of the company; or
 - (ii) the company is not a public company and the person would not be a related party of the company if the company were a public company; and
- (b) proceedings by or against the company include any appeal from a decision made in proceedings by or against the company.

Note: *Related party* is defined in section 228.