

年利達律師事務所提交的意見書

《2003 年公司（修訂）條例草案》

本備忘錄中載明了年利達關於其對已於 2003 年 6 月 25 日交立法會審議的《2003 年公司（修訂）條例草案》的意見。

概括地說，我們支持《條例草案》所載的各項建議。我們注意到，其中許多建議是上次諮詢時的議題，而且我們曾就其中的某些建議提出過具體意見。因此，我們僅就我們認為是會引起關注的問題進行討論。我們的意見分為四個部分，與《條例草案》的四個附表相對應。

甲. 對附表 1 的意見 — 關於招股章程

1. 概括地說，我們歡迎附表 1 所載的建議，我們認為這將有助於廓清現行制定法框架，特別是在豁免招股章程相關規定方面。

重售限制

2. 對於第 38AA 條和 342AB 條所規定的重售限制，我們有下述意見：
 - 這項限制與《公司條例》第 41（2）條現有的關於防止規避的規定重疊了。我們並沒有見到任何需以新的條文來約束的迫在眉睫的有危害的行為或第 41（2）條尚未涵蓋的任何不當行為。
 - 我們也未見到其他普通法地區的制定法中有任何類似的試圖以這種方式規範二級市場的規定，可能其他普通法地區均認為不存在需要如此處理的實質性問題。
 - 我們關注的是，這項規定某種程度上講是新的，因為對證券購買人施加了限制，可處以罰款。香港法例在這方面與其他司法管轄區有個共同點，那就是通過發行人和中介人來監管投資要約；最終的購買人一般並未納入監管範圍。
 - 特別是，我們並不清楚這項規定擬適用的範圍。其適用於利用“任何文件……以向公眾出售或發出要約而向公眾出售股份或債權證”時，可能意味着（舉例而言）某一已向一組潛在投資者發出了一份條款書的買方，必須要考慮一下該等投資者是否已構成了“公眾”。這項限制與附表 17 所載的首次發行可以得到的豁免之間如何互動，也不明確。

關於招股章程中警示性說明的要求

3. 附表 17 所載的全部豁免，除其中一項外，只有在關於警示性說明的各項要求均滿足時方可以獲得。對於這樣的規定，我們有下述意見：
 - 我們質疑上述警示性說明要求實際上是否能保障投資者，尤其是就已獲得豁免的要約而言。強調一下公開發行中的某些風險，我們是贊同的。但是，舉

例而言，對於發行高面額證券而享有的豁免，我們質疑上述警示性說明要求是否有用。

- 問題是這一要求可能會導致某些要約因遺漏警示性說明而喪失權利從而不能獲得豁免。對於非以香港為重點的國際性發行來說，這點尤其值得關注，因為發行人和其法律顧問可能不熟悉香港法例。例如某歐洲公司發行歐元債券，其只能在文件印刷工作完成後方可作出關於向特定的香港投資者發出要約的決定。在這種情況下，上述要求祇會造成行政上的困難，而不會實質上增加對投資者的保障。
- 我們並沒有看到有任何其他普通法地區是爲了受益於上述豁免安排而明確規定須用警示性說明的，可能該等司法管轄區認爲就豁免適用公開發行相關規定的發行而言投資者不需要這樣的保障。國際資本市場肯定會認爲上述規定屬於對市場的過度而又不必要的監管。

關於招股章程雙重文本的規定

4. 對於《公司條例》附表 20 所載的關於招股章程雙重文本的規定，我們在第 1 部分第 8 段論述時已詳細討論過。招股章程內容須每隔 12 個月更新一次這一規定是大家希望看到的，但這一規定應有足够的靈活性，以適應公司兩份年報公佈時間之間可能會相隔 13 至 14 個月這一事實。

乙. 對附表 2 的意見 — 關於集團賬目

對香港抵押證券市場的影響

1. 我們對附表 2 的主要意見，是現有的建議修訂內容很可能會對香港抵押證券市場的發展產生負面影響，原因是“附屬公司”的定義擴大後，將專門實體合併處理，這一做法將減少資產證券化的吸引力。
2. 我們注意到，對《公司條例》項下“附屬公司”定義的建議修訂內容在 2003 年 4 月首次曝光時，香港按揭證券有限公司和香港資本市場公會便已提出了上述顧慮。我們還注意到，財經事務及庫務局在《2003 年公司（修訂）條例草案》隨附的《立法會簡要說明》中表示¹，政府會密切留意國際發展趨勢，特別是《國際會計準則》的最新發展，必要時會在《條例草案》頒佈之前對《條例草案》作出改善，以確保《條例草案》符合香港的發展需要和一些其他的要求。
3. 鑒於爲進行證券化而成立的專門實體的賬目合併處理問題現階段仍未有定論，要研訂出一套用於處理有關問題的國際公認的原則似乎不是短期內可以辦到的。因此，我們認爲現階段較爲可取的做法是在附表 2 的修訂內容中明確規定，新修訂的內容不適用於證券化交易，特別是不適用於專門實體。如果能在《條例草案》中作出這項明確規定，證券化交易便暫時不會受到因爲可能適用經擴大後的“附屬公司”定義而產生的不明朗因素影響；此一“除外處理”將會提供喘息的空間，讓市場有足夠的時間和機會研究在參考了國際發展趨勢和經驗之後提出的任何管轄證券化交易和專門實體的建議修訂內容的影響。

¹ 2003 年 6 月 12 日《立法會簡要說明》第 8 段。

附表 2 第 17 條 — 《公司條例》新增的附表 23

4. 在附表 23 的第 2 (1) (c) 條和 2 (4) 條中，擬引入根據企業設立文件或一份“控制權合同”中的規定，按對該企業施加“主要影響”的權利由誰來行使來確定母公司／附屬公司關係這一概念。儘管上述規定是按《1989 年英國公司法》關於“附屬公司”定義的修改內容制定的，但重要的是應當澄清對於香港企業（例如通過共同控制）來說，是否一家以上的實體可以對該企業施加“主要影響”。（我們注意到，附表 23 中沒有等同於《1985 年英國公司法》第 258 (4) 條和第 260 條關於“參與權益”的規定）。另外，在實踐中，“控制權合同”（定義見附表 23 第 2 (4) 條），對於英國公司來說不是常見的，而這與歐洲公司（例如德國公司）更有關些。歐洲公司常常與附屬公司訂立控制權合同。因此，香港法例下的“控制權合同”的含義似乎需要作出進一步明確。

附表 2 第 2 條和第 4 條 — “關於真實而公平地反映的規定凌駕其他規定”

5. 我們注意到，附表 2 第 2 條和第 4 條加入了“關於真實而公平地反映的規定凌駕其他規定”的條文，以確保《公司條例》能更好地適應不斷演變的會計報告要求。我們雖然不反對加入該等條文，但是擔心新訂的第 124 (4A) 條和 126 (5) 條在賦予董事行使“關於真實而公平地反映的規定凌駕其他規定”的酌情權的同時並未作出更為具體的指引，也沒有如英國的同類法例般規定祇有在“特殊情況下”才可運用酌情權²，有可能給此項酌情權的行使造成困難或產生不明朗因素。
6. 因此，我們建議香港會計師公會就凌駕條文的適用問題提供實用的指引，而附表 2 第 2 條和第 4 條的建議修訂內容應待上述指引制訂後才生效。

丙. 對附表 3 的意見 — 關於海外公司及法團成立程序

附表 3 第 1 (2) 條和第 42 條 — “營業地 ”

1. 《條例草案》附表 3 所載的建議旨在簡化對第 XI 部“海外公司”（將改稱“非香港公司”）的註冊規定，並提高對此類公司的披露要求。我們大致支持此等建議，並注意到大部分此等建議一旦實施，將不會大幅增加第 XI 部所述公司的合規費用和負擔。
2. 不過，我們認為對“營業地點”的新定義會產生問題或不確定性，令人難以判斷某家非香港公司是否需要根據《公司條例》第 XI 部的規定註冊。
3. 《公司條例》第 322 條規定，該條例第 XI 部適用於所有在香港設有“營業地點”的在香港境外註冊成立的公司。現有的第 341 (1) 條將“營業地點”定義為包括“股份過戶處或股份登記處，以及任何用作製造或儲存任何貨品的地方，但不包括該公司不用作處理任何產生法律義務的業務的地點”。
4. 《條例草案》附表 3 第 1 (2) 條和第 42 條載明的“營業地點”的新定義祇規定營業地點不包括銀行在獲得香港金融管理局（“金管局”）的批准而設立或維持經營的本地代表辦事處，而未對“非香港公司”在何種情況下會被視為在香港設有“營業地點”這個問題提供其他指引。

² 《1985 年英國公司法》第 226 (5) 條和 227 (5) 條。

5. 目前，某海外註冊成立的公司的代表辦事處會否被視為在香港設有“營業地點”這個問題，須根據有關個案的事實、按《公司條例》第 341（1）條對該術語的現有定義和案例法決定。
6. 我們不清楚對“營業地點”定義的建議修訂內容是否旨在擴大第 XI 部註冊規定的適用範圍，致使除了由正式持牌銀行根據金管局的批准維持經營的代表辦事處之外，所有海外註冊成立的公司的代表辦事處均需要註冊。如果這是修訂的意圖，我們認為應進一步研究此項建議的實施將會對成本和業務造成的影響。
7. 除此之外，我們認為將“營業地點”定義中的“股份過戶處或股份登記處”字眼刪去，可能會令人產生疑惑或難以確定一家在香港聯合交易所上市的 H 股公司如果除了按聯交所上市規則的規定在香港維持經營一個股份登記分公司之外在香港再無任何營業活動，該公司會否被視為在香港有營業地點，因而需要按第 XI 部的規定維持註冊。據我們所知，根據“營業地點”的現行定義，目前幾乎所有 H 股公司均是按第 XI 部的規定註冊的海外公司，而且其中部分公司實際上在香港沒有任何業務活動。
8. 爲了更好地了解第 XI 部的適用範圍，我們認為需要更清楚地說明建議修訂“營業地點”定義的原因。值得注意的是，《1985 年英國公司法》第 744 條將“營業地點”定義爲包括“股份過戶處或股份登記處”。

附表 3 第 38 條 — 非香港公司在香港不再設有營業地 時須送交通知

9. 我們注意到，附表 3 第 38 條將非香港公司在香港不再設有營業地點時須“立即”通知公司註冊處處長的規定明確爲須在公司不再於香港設有營業地點後的 7 天內通知公司註冊處處長。我們認為這項規定過於嚴苛，建議將通知期限延長至公司不再於香港設有營業地點後的 14 天內。

丁. 對附件 4 的意見 — 關於股東的補救方法

概覽

1. 《條例草案》的《解釋備忘錄》載明，附件 4 引入的修訂條文主要旨在加強股東在派生訴訟、就不公平損害提出的訴訟、關於查閱在香港成立爲法團的公司及非香港公司的記錄的法庭命令以及強制令方面根據《公司條例》可實行的補救方法。
2. 《條例草案》附件 4 建議的修訂條文一般將會實質地改善股東在香港可實行的補救方法。從公司的管治角度而言，該等修訂條文應會受到歡迎。特別是，其中一項修訂條文給予股東一項提出派生訴訟的權利，這使香港的公司法例與普通法司法管轄區（如澳洲、新加坡等）的法例相一致。
3. 《條例草案》將引入的一項重大變動是將不公平損害的補救方法和提出派生訴訟的法定權利擴大，使非香港公司的股東也可實行該等補救方法和享有該法定權利（上述非香港公司是指《公司條例》第 332 條目前所界定的“海外公司”，即該條例第 XI 部項下在香港以外成立爲法團但在香港設立營業地點的公司）。
4. 從公司的管治角度而言，將《公司條例》下可實行的經加強的補救方法的範圍擴大，使非香港公司的股東也可實行該等補救方法，這應受到歡迎。特別是現時已有不少經有效管理或在香港設有營業地點的公司，業界可能會認爲早便應該作出該等修訂。然

而，若非香港公司成立為法團的地方之法律並不確認或提供類似的股東權利／補救方法，則該等修訂條文的域外性可能會遭到反對。此外，如一家非香港公司的股東根據該等修訂條文所獲得的判決或命令可能須由外地法院對有關的非香港公司強制執行，則在執行該判決或命令上可能會遇到困難。

5. 以我們在上文第 4 段所述的意見為前提，茲在下文第 6 至 15 段就《條例草案》附表 4 所建議的修訂條文闡述我們的具體意見。

附表 4 第 1 至 3 條 — 查閱記錄

6. 如引入第 152FA 條的規定，將大大加強股東查閱香港及非香港公司的帳簿和記錄的權利。對於在某一司法管轄區（如英屬維爾京群島）成立為法團的非香港公司，如在該司法管轄區的法律下，該公司股東取得資料的權利受到限制或該項權利不存在，則該項修訂條文對該等股東來說將具有莫大的重要性。但是，就股東可查閱的“記錄”而言，業界可能會批評第 152FA 條所訂明的可供查閱的“記錄”範圍過大，因為如要在這方面作出平衡，只能經法院確定是否在已顧及有關的指明法團及申請人兩者的利益下屬恰當的目的而進行查閱（見我們在下文第 8 段對這方面所闡述的意見）。
7. 就“記錄”一詞的定義而言，根據附表 4 第 2 條所加入的第 152FA、152FB 及 152FD 條，“記錄”可能指公司擁有的並可供某一法團成員根據法庭命令查閱的每份文件。由於“記錄”一詞的定義不夠全面，法院亦有可能作出命令，允許查閱電子記錄（如電郵等）以及其他不僅涉及有關的指明法團還可能涉及其他第三方的機密性或價格敏感性資料。
8. 在法院決定是否作出命令而授權查閱記錄方面，第 152FA（2）條載明法院須確定申請是否真誠作出及是否“為了一項在已顧及有關的指明法團及申請人兩者的利益下屬恰當的目的”。雖然法院通常較易確定一項申請是否真誠作出，但在執行第二項要求時可能會遇到困難，因為就大部份（如非全部）的查閱申請而言，指明法團和申請人的利益必然大相逕庭。第 152FA（2）（b）款要求法院平衡上述兩者之間的不同利益，以確定所申請的查閱是否“屬恰當的目的”，對法院來說這將是一項頗為棘手的工作。
9. 如將第 152FA（2）款的條文與澳洲法例的相應條文相對照，後者是將“恰當的目的”限於與以下申請有關之目的：即申請許可代表公司提出派生訴訟或經法庭許可提起或介入該等訴訟。為提高就查閱記錄所引入的條文的有效性，我們建議一個可能較為適當的做法是參照《2001 年澳洲公司法》（見第 247A 條）的相應條文，更加明確地界定構成第 152FA 條項下的“恰當的目的”的有關範圍。
10. 附表 4 第 3 條建議加入的修訂條文亦包括第 152FC 條。該第 152FC 條訂明申請人可披露其根據第 152FA 條通過法院所作出的查閱令而取得的資料或文件的情況。現有的例外規定全部均較為明確。但是，我們建議在第 152FC（1）款中加入另一條文，訂明許可向申請人的律師或大律師披露資料或文件，以便申請人尋求法律意見。我們亦認為第 152FC（1）（a）款所載的例外規定，是否除刑事法律程序外還應加入民事法律程序。

附表 4 第 4 條 — 關於不公平損害的補救方法

11. 至於法院是否有權將損害賠償判給因不公平損害行為而招致損失的法團成員，《條例草案》附件 4 第 4 條所引入的修訂條文現已將上述疑慮消除。該等修訂條文亦填補了《公司條例》現有條文下的一個空白，因為根據《公司條例》，如法團的一名前成員確因其所投訴的行為而導致其不再成為股東，該成員在法庭上並沒有陳述權，以尋求該項濟助。在這方面，我們對建議的修訂條文沒有任何具體意見。

附表 4 第 5 條 — 派生訴訟

12. 《條例草案》附表 4 第 5 條所引入的修訂條文應可實現公司法改革常務委員會（“改革常委會”）在進行“第一階段”的“檢討”時所提出的目標和建議。第 5 條將引入的修訂條文理論上應可消除迄今仍存在的程序障礙。該等障礙使少數權益股東不欲就對公司所犯的過失提出派生訴訟。
13. 我們大致同意第 168BE 條訂明的條文。該條文規定，如指明法團的成員作出任何其宣稱的追認，法院須對該追認的效力和相關性作出考慮。然而，我們質疑是否有需要訂立第 168BE（2）（c）款的條文。如指明法團的成員就屬於派生訴訟標的之行為作出其宣稱的追認，為使法院能夠決定該項追認是否重要及有何重要性，我們認為第 168BE（2）條第（a）及（b）款的條文應可足以達到上述目的。我們所關注的是第（c）款的條文有可能被解釋為向股東施加一項法定責任，規定他們以其股東身份行使投票權時，須為公司的最佳利益行事。這將涉及公司法的徹底改革，而既然第（a）及（b）款的條文可使法院能夠確定是否可通過無利害關係的成員的投票來作出追認，我們認為無需加入第（c）款的條文。
14. 我們亦同意第 168BH 條載明的規定。該條規定須經法庭許可，方可中止或解決根據第 168BB（1）款提起或介入派生訴訟。

附表 4 第 6 條 — 強制令

15. 加入第 350B 條將可加強股東或受影響人士可實行的補救方法，以便就公司的不當行為尋求強制性濟助。這項條文應受到歡迎。如改革常委會在“第一階段”的“檢討”所作出的建議，該項修訂條文的範圍應擴大，以包括在香港以外成立為法團但在香港境外設有營業地點的公司，但應對第 350B（1）（g）款所指的“公司”作出修訂，代之以“指明法團”。

年利達律師事務所
2003 年 9 月 22 日