

第二章

公司為他人購入本身股份而給予資助

- 2.1 在《公司條例草案》中，我們已按照類似新西蘭《公司法》的方式精簡有關資助的條文，詳情載於《公司條例草案》第 5 部的摘要說明及第 5 部第 5 分部的條款擬稿。然而，我們希望就廢除禁止私人公司給予資助¹¹的規定，作為上述新資助規則以外的另一個選擇方案，徵詢公眾意見。

背景

- 2.2 《公司條例》第 47A 條廣泛地禁止香港公司(及其附屬公司)給予某一方(公司本身除外)資助以購入公司的股份。第 47C 條列出若干例外情況，而上市公司須受到特別限制(第 47D 條)。至於非上市公司，則有多一個例外情況，其先決條件是公司須通過償付能力測試，並須由股東藉特別決議給予批准(第 47E 條)¹²。禁止資助的其中一個目的，是防止公司及其附屬公司的資源被用作協助買家購入該公司的股份，因為這可能會損害沒有參與有關收購的債權人或股東的利益。
- 2.3 不過，有關資助的規則已變得十分複雜，而案例法對這項禁止也作出越來越廣義的詮釋，以致公司須花費大筆費用和開支去試圖理解有關規則，以確保公司沒有違規。在一些個案中，本着真誠為公司的利益參與交易但沒有覺察到這項禁止的董事，可能已違反法例，甚至他們自己也不知道已違法。我們相信，這問題與私人公司特別相關，因為這類公司擁有較少資源，未必能夠經常負擔得起尋求法律意見的費用。
- 2.4 公司進行不會造成損害的交易可能會因禁止資助的規定而受罰，這方面已引起一些關注。有一個案例可說明有關情況。某公司的附屬公司為公平地真正購入其控權公司的股份而支付了一小筆費用以擬備會計師報告，但這做法被視為違反禁止資助的規則而不合法¹³。這項購入股份的行動不但明顯地符

¹¹ 在本章所指的禁止給予資助，是指根據《公司條例》而禁止香港公司(或其附屬公司)為購入公司的股份而給予資助。這與《上市規則》有關提供“財務資助”的要求(如第十三、十四及第十四 A 章)不同；該處是就在一般意義上提供“財務資助”而施加的要求(例如授予信貸、借出款項、就貸款提供保證或作出擔保)，而並非只與購入公司本身股份有關。

¹² 如淨資產會因給予資助而減少，資助必須從可分派利潤中撥款提供。

¹³ *Chaston v SWP Group Ltd* [2003]1 BCLC675 一案。

合股東的利益，而且不會對公司造成損害，也不會增加債權人的風險¹⁴。然而，在這個案中，有關董事被裁定違反他們對公司的受信職責，並須個人負上把有關資助款項歸還公司的法律責任。從這個案可見，資助規則最難處理的問題，是如何確定有這類資助(有時可稱為“不覺察者的陷阱”)，而不是在確定有這類資助後如何作出處理¹⁵。事實上，如有關費用由控權公司支付，則大概不會有給予資助的問題出現¹⁶。

2.5 在二零零八年第三季進行的專題公眾諮詢¹⁷中，我們詢問，應否按照類似新西蘭《公司法》的方式精簡現行有關資助的條文。雖然回應者普遍認為不應原封不動保留現行條文，但對於應作出什麼修改卻意見分歧。有略多於半數的回應者建議，應按照類似新西蘭《公司法》的方式精簡現行有關資助的條文。有不少回應者贊成廢除禁止私人公司給予資助的規定(一如英國的做法)，以刪除繁複而費用高昂的程序。

2.6 我們已嘗試按照類似新西蘭《公司法》的方式，精簡有關資助的條文，詳情載於《公司條例草案》第 5 部第 5 分部和有關第 5 部的摘要說明。一般而言，如某公司通過償付能力測試，並遵從適用於下列三個情況的程序，該公司便可獲准給予資助¹⁸，不管資金的來源為何。這三個情況是：

(a) 資助金額不超逾股東資金的 5%(第 5.79 條)；

(b) 就給予資助取得股東的一致批准(第 5.80 條)；或

¹⁴ 見 Paul L Davies：《Gower and Davies' Principles of Modern Company Law》(倫敦：Sweet & Maxwell，第八版，二零零八年)第 347 頁第 13 至 30 段。

¹⁵ 見 Nigel Davies：“Financial Assistance: Time for a Little Recap and a Lot of Reform”，載於《香港律師》(二零零七年八月)第 49 至 55 頁；該文討論與資助規則有關的問題。

¹⁶ 有關費用之所以在“資助”的法定定義範圍內，只因該項資助屬於令公司淨資產關鍵性地減少的類別。由於有關附屬公司持有很少資產，因此有關費用與該附屬公司的資產相比，數額相當大，但若與有關控權公司的資產相比，數額則不大。因此，若控權公司支付了這些費用，有關資助就不會在“資助”的法定定義範圍內。見 Paul L Davies：《Gower and Davies' Principles of Modern Company Law》(倫敦：Sweet & Maxwell，第八版，二零零八年)第 346 頁附註 248。

¹⁷ 見財經事務及庫務局：《股本、資本保存制度及法定合併程序諮詢文件》(二零零八年七月)第 3.35 至 3.41 段及《股本、資本保存制度及法定合併程序的諮詢總結》(二零零九年二月)第 48 至 51 段。文件載於 http://www.fstb.gov.hk/fsb/co_rewrite。

¹⁸ 禁止資助的規定有某些約制和例外情況(例如有關主要目的的例外情況、合法分派股息、在通常業務運作中或依據僱員股份認購權計劃借出款項)。在這些例外或豁免情況下給予資助不受禁止，因而無須藉通過第 5 部第 5 分部第 4 次分部所述的償債能力程序而獲得批准。這些例外情況見第 5 部第 5 分部第 3 次分部。

(c) 股東獲發有關資助的通告及准許股東向法院提出反對 (第 5.81 至 5.85 條)。

此外，在每個情況中，給予資助都必須符合公司的利益。

2.7 採用新西蘭的模式不能完全解決有關條文成爲“不覺察者的陷阱”這個問題，對私人公司來說尤其如此，因爲這類公司擁有較少資源，尋求法律意見的費用可能會對他們造成沉重負擔。雖然我們樂意聽取有關可如何進一步精簡資助規則的建議，但看來有理由重新考慮廢除有關私人公司的資助規則這個方案。在作出最後決定前，我們希望公眾就廢除對私人公司的資助限制這方案提出更多意見。

考慮因素

2.8 我們需要在以下兩方面取得合理的平衡：(a)解決“不覺察者的陷阱”這個問題(特別是對私人公司而言)；以及(b)維持對小投資者的保障(這一點與公眾公司特別相關)。

2.9 有人可能會認爲，只有廢除資助規則這個方案才能圓滿解決“不覺察者的陷阱”這個問題(特別是對私人公司而言)。精簡條文可簡化“清洗”程序，讓熟知有關規定的人受惠，但大概不會包括私人公司，因爲這類公司未必能夠經常負擔得起尋求法律意見的費用。

2.10 有些司法管轄區已選擇廢除有關禁止資助的規定。美國和加拿大一些省份(卑詩省、阿爾伯特、安大略和魁北克)早已廢除禁止資助的規定。加拿大聯邦《商業公司法》已在二零零一年全面廢除有關規定。英國也在較近期廢除了對私人公司的禁止資助規定，但對公眾公司的這項規定則予保留，主要原因相信是因爲歐洲共同體第二號指令對全面廢除這項規定造成阻礙¹⁹。

2.11 在考慮應否廢除有關私人公司的資助規則時，值得一提的是，禁止資助是一項成文法律上的發展，而不是由十九世紀的法官所闡明的作爲資本保存制度的一部分，因此對公司的法定資本未必會有任何影響。如某公司向人借出款項讓其收

¹⁹ 黃素玲：“The Financial Assistance Prohibition: Changing Legislative and Judicial Landscape”，載於《Singapore Journal of Legal Studies》(二零零九年)第 135 期第 142 頁。

購公司的股份，該公司的股本、股份溢價帳和資本贖回儲備²⁰都不會因有關貸款或其後的股份收購而有任何改變，而資助規則也未必會減少該公司的淨資產。如借款人有能力償還貸款，則該公司只是以一項資產(貸款)取代另一項資產(現金)，而前者更可能為公司賺取更高的回報率²¹。

2.12 在決定應否在法例中保留有關私人公司的資助規則前，我們須考慮兩個問題。第一，我們能否找到任何無法按其他公司法規則有效處理的問題？第二，即使找到問題或缺失，而該缺失只可以按資助規則處理，我們可否肯定，這個做法與打擊不會造成損害的交易相比，是利多於弊？

2.13 就第一個問題而言，有人可能會認為，其他較具針對性的法律條文(例如董事的受信職責和謹慎責任、為適當目的而行使董事權力的規定，以及小股東補救方法)現時足可處理以不智或不良的方式給予資助所造成的風險²²。

2.14 須注意的是，我們正考慮在《公司條例草案》中對這些條文作出多項改善，包括：

(a) 把董事須以謹慎、技巧和努力行事的責任編纂為成文法則；

(b) 加強在涉及董事及其有聯繫人士的關連交易等方面的企業管治；以及

(c) 加強有關股東補救方法的規則，包括改善權益受到不公平損害的補救方法和法定衍生訴訟的運作²³。

²⁰ 我們在《公司條例草案》第4部建議強制所有有股本公司採用無面值股份制度，過渡期不少於24個月。在無面值制度下，不會再有股份溢價和資本贖回儲備。詳情見第4部的摘要說明。

²¹ 見 Paul L Davies: 《Gower and Davies' Principles of Modern Company Law》(倫敦: Sweet & Maxwell, 第八版, 二零零八年)第342頁第13至26段。

²² 英國公司法檢討督導小組也同意這個觀點; 見英國公司法檢討督導小組: 《Modern Company Law for a Competitive Economy: Developing the Framework》(二零零零年三月)第232至234頁。

²³ 見財經事務及庫務局: 《〈公司條例草案〉擬稿一第一期諮詢諮詢文件》“第二章: 加強企業管治”(二零零九年十二月), 特別是第2.4至2.7段及第2.22至2.24段。

此外，我們擬在有關企業拯救程序的立法建議中引入董事應防止公司在無力償債情況下營商的责任²⁴。有關在無力償債情況下營商的條文如獲通過，將可大力抑制董事批准會令公司資產減少以致損害債權人的資助。實施這些改善建議會令監管制度更加健全，可以應付現時按資助規則處理的風險。

2.15 至於第二個問題，正如英國公司法檢討督導小組指出，特別針對其中一種可能違反董事職責的情況或壓迫小股東的情況，似乎並不恰當，尤其是當這樣做可能會限制多類不會損害第三者而又對公司有利的交易²⁵。經考慮上文第 2.13 及 2.14 段所述的發展後，我們認為，廢除有關私人公司的資助規則的理據強而有力。廢除有關資助的限制會讓私人公司可以節省進行“清洗”程序所需的時間和費用，而又不影響公司為股東和債權人提供的保障。

2.16 公眾公司(包括上市及非上市公眾公司)方面的考慮因素或略為不同。常委會在二零零零年檢討《公司條例》時指出，訂立資助條文的理由，是防止收購方在槓桿式收購行動中掠奪公司，而主要的關注是收購行動成功後仍屬公司小股東的人士²⁶。如要為小投資者提供保障，我們應否進一步廢除有關公眾公司的資助規則，似乎值得商榷。此外，“不覺察者的陷阱”這問題對公眾公司來說不太相關，因為公眾公司在有需要時，應有資源支付尋求法律意見的費用。

2.17 看來有兩個適用於公眾公司的可行方案：

(a) 維持現狀，即除《公司條例》第 47C 及 47D 條列明的某些例外情況外，上市公司會繼續被禁止給予資助(大致與《公司條例草案》第 5 部第 5 分部第 3 次分部相同)，而非上市公眾公司在通過償付能力測試及由股東藉特別決議給予批准的情況下，可以給予資助(《公司條例》第 47E 條)；或

²⁴ 見財經事務及庫務局：《檢討企業拯救程序立法建議諮詢文件》“第六章：在無力償債情況下營商”(二零零九年十月)。

²⁵ 見附註 22 第 233 頁第 7.24 段。

²⁶ 見常委會：《公司法改革常務委員會報告—關於香港〈公司條例〉檢討顧問研究報告的建議》(二零零零年二月)第 9.92 段。另一方面，常委會也在該報告中提到現行條文的欠妥之處：條文不但繁瑣，而且難於應用，引致不必要的費用；條文有時導致對公司會有實益的交易未能完成；以及決意規避現行禁制的人士可達致這個目的。

- (b) 對上市及非上市公眾公司採用現時在《公司條例草案》擬稿第 5 部第 5 分部草擬運用償付能力測試的經簡化方法。

我們傾向採用(b)項所述的方案。然而，我們希望聽取公眾的意見，然後才作出最後決定。

- 2.18 另一方面，如有人認為資助限制仍是保障所有公眾及私人公司債權人和小股東利益的有效規管工具，我們亦歡迎就第 5 部第 5 分部的條款擬稿會否達到這個目的及能否進一步精簡，提出意見。

問題 1

- (a) 你是否贊成廢除對私人公司的資助限制？
- (b) 如你對(a)的答案是肯定的話，在顧及需要保障公眾公司小投資者的情況下，你認為以下哪一個規管上市及非上市公眾公司的方案較為可取：
- (i) 保留《公司條例》中有關上市及非上市公眾公司的現行規則(即除該條例第 47C 及 47D 條列明的某些例外情況外，上市公司不能給予資助)，而非上市公眾公司在通過償付能力測試及由股東藉特別決議給予批准的情況下，可以給予資助(《公司條例》第 47E 條)；
 - (ii) 按第 5 部第 5 分部的條款擬稿所述，運用償付能力測試精簡有關上市及非上市公眾公司的規則；或
 - (iii) 其他方案(請詳加說明)。
- (c) 如你對(a)的答案是否定的話(即你認為私人公司仍須受某些資助限制所規限)，你對第 5 部第 5 分部的條款擬稿有沒有任何具體意見？請詳加說明。