

董事在公司开始陷入财困时的职责

2020年4月

在新型冠状病毒（COVID-19）为全球企业带来挑战之际，不少行业的公司收入急剧下降，一些企业甚至面临业务完全停顿。上述两种情况均增加了企业无力偿债的可能性（或至少收到债权人的还款要求而公司却未必有能力还款）。在本简报中，我们探讨董事在公司可能无力偿债时应考虑的一些问题。这些考虑因素不仅适用于香港注册公司的董事，亦适用于在香港联交所（联交所）上市的非香港注册公司及其附属公司。

董事职责：潜在冲突及应注意事项

香港注册公司及香港上市公司的董事（不论是执行或非执行董事）均有责任在执行他们的职务时运用合理的谨慎、技巧和努力¹。他们的行为必须符合一名假设的合理努力并具备符合合理预期的一般知识、技巧和经验的人在相同情况下执行该公司的相同职能的准则（此乃一项客观的测试标准）。董事亦必须运用其本身的一般知识、技巧和经验以履行职责。如果董事在特定领域具有较高的技能水平（例如具备会计或法律专业资格），则其行为也将参照其自身技能进行主观评定。

根据普通法，一家公司的董事的基本职责是向整体股东负责，以促使该公司在财务上达

致成功及实现其他目标。然而，如果该公司的财务状况恶化，该公司债权人的利益会变得更为重要。因此在艰难时期，如何在冲突发生时平衡各方的利益变得至为重要。

当一家集团陷入财困时，其最终股东将不再是该集团经济上的首要受益人。债权人会向集团旗下与他们签约的个别公司追讨债务，而不是向整个集团追讨债务。集团的最终股东将不能决定如何在集团公司之间分配资产和负债。集团旗下每家公司的董事会有义务考虑该公司债权人的利益，而不是为母公司的整体利益服务。此外，他们须要向他们所任职董事的公司负责，而不是向整个集团负责。因此，董事在考虑和批准向没有足够资产偿还债务的另一家集团公司提供任何财务援助时务必保持谨慎。即使该等财务援助将有助解除另一集团公司乃至整个集团的财务危机，且符合最终股东的最佳利益，董事亦必须审慎应对。在处理相关事宜时，董事必须在其任职的公司的董事会层面考虑该公司的处境并分析该等事宜。

如果某人同时担任集团旗下多家公司的董事，这种冲突的影响将变得更加直接。

¹分别根据《公司条例》（第622章）第465条及《上市规则》第3.08条的规定。

如果董事无法证明自己是在每家公司的独立基础上考虑其职责和责任，董事的责任风险就会增加。如集团中的关键决策者（例如股东及母公司董事会的董事）对附属公司董事会施加过多的控制权，他们亦可能以“幕后”或“实际上的”董事身份面临就附属公司所采取的行动的申索。

继续营商的风险

除了职责上的潜在冲突外，董事亦应注意公司陷入财困时继续营商所带来的风险。继续营商可能引致一些香港破产制度下的后果。

欺诈营商

香港的破产法尚未引入“破产交易”的概念（见下文），这点与英格兰和威尔士不同。但是，如在一家公司清盘的过程中，该公司的任何业务看似是意图欺诈该公司的债权人或任何其他人的债权人或是为了任何欺诈目的，则董事（及任何知情而参与以前述方式经营该业务的人）可能须要就欺诈营商承担责任²。其中一个例子是其在知情情况下使一家无力偿债的公司将其资产转让予关联方，从而避免该等资产落入债权人手上。

值得注意的是，根据英国判例法，在判定某人是否欺诈营商的“知情及参与的一方”时，不必证明该人具有欺诈债权人的直接意图或证明他知道该公司已无力偿债。只要能证明该人对公司的情况视而不见便已足够，也就是说只要能证明该人怀疑公司已参与欺诈营商，但为免对此事知情而故意放弃查询就足够³。因此，尽管某人（例如非执行董事）可

能没有直接参与管理有关的无力偿债的公司，亦对公司事务没有实际了解，但如果他有理由怀疑公司参与欺诈营商而对公司事务没有积极过问，他仍须承担责任。

如发现某人知情及参与欺诈营商，若法院认为恰当，可宣布该人须按法院指示而就公司的所有或任何债项或其他债务承担无上限的个人责任。同时，他也可能因刑事罪行而被定罪，及处以无上限的罚款及/或最多五年的监禁。如果他是董事的话，则可能额外被颁令取消董事资格。

逊值交易及以不公平优惠进行交易

在公司财困时，董事须就继续进行交易保持谨慎，因为在某些情况下，如果公司进入清盘程序，有关交易可能会被搁置。

根据《清盘条例》第 265D 条，当一家公司清盘时，清盘人可向法院申请命令去搁置该公司在开始清盘前五年内所订立的逊值交易，前提是该公司必须在进行该逊值交易时已无力偿债或因该逊值交易而变得无力偿债。逊值交易是指作出馈赠或在交易中该公司不收取任何代价或收取显著低于该公司提供的代价的价值的代价。

在这方面，值得注意的是根据英国判例法，即使公司向其股东派息并不表示公司与股东之间涉及任何协议或安排，但公司支付或分派给股东的股息亦可以属于《破产法》第 423 条所界定的“逊值”交易⁴。如果香港法院遵循英国法律的立场，则股息可能根据《清盘条例》第 265D 条被宣布为无效。另外，《公司

² 参阅《公司（清盘及杂项条文）条例》（《清盘条例》）（第 32 章）第 275 条。

³ 印度银行 v Morris [2005] 2 BCLC 328。

⁴ BTI 2014 LLC v Sequana SA [2019] EWCA Civ 112。

条例》对公司在没有足够的可供分配利润下进行分派亦有施加其他限制（可使分派变得违法）⁵。这意味着任何分派（不论以金钱或实物形式）必须在公司有足够的可分配利润下进行。因此，为避免派息遭质疑是否违法及/或构成逊值交易，如果公司有财困迹象，董事应谨慎判断是否建议就该财政年度进行派息。如果派息被裁定违法，涉及的董事可能就违反董事职责承担责任外，亦须对公司或债权人（若公司无力偿债）蒙受的损失负责。

无论如何，在考虑是否应根据第 265D 条搁置交易时，法院如信纳公司为经营其业务的目的真诚地订立有关交易，而且（在订立该交易时）有合理理由相信该交易会令该公司得益，则法院会考虑有关情况而不作出搁置交易的命令。

另一方面，如果在某交易中公司看似已向债权人或该公司的任何债项或其他债务的保证人或担保人给予不公平优惠，该交易亦可能被搁置。不公平优惠是指公司作出任何事情（或容受作出任何事情），而该事情的效果是令某人于该公司一旦进入无力偿债清盘程序时，其所处状况会优于假若公司没有作出该事情该人本会所处的状况。根据《清盘条例》第 266 条，清盘人可以向法院申请搁置在该公司开始清盘前两年内提供予与该公司有关联的人士（其员工除外）或在任何其他情况下在开始清盘前六个月内提供的不公平优惠，不论该不公平优惠是否属于正常交

易。同样值得注意的是，涉及给予这种不公平优惠的董事可能被取消董事资格。

取消资格令及其他制裁

除引起个人（民事或刑事）法律责任外，董事亦应注意若他们被裁定违反职责或涉及不当管理无力偿债的公司，有可能会被取消担任董事的资格。

根据《清盘条例》第 IVA 部，如果一家无力偿债公司的董事的行为（不论是单独或连同其他董事所作出的行为）使该名董事“不合适”关涉任何公司的管理⁶，法庭可对该名董事作出长达 15 年的取消资格令，禁止他担任董事或直接或间接以任何方式参与公司的发起、组成或管理。在考虑一名董事是否“不合适”时，法庭会考虑（其中包括）该董事是否违反其受信责任，以及其对于公司成为无力偿债及达成订立任何提供不公平优惠的交易（如上文所论述）的责任范围⁷。

此外，当一名董事被裁定须对欺诈营商负责或干犯了任何与公司的发起、组成、管理或清盘有关的可公诉罪行时，法庭亦可向他作出取消资格令⁸。

香港上市公司的执行董事及非执行董事如被裁定违反了他们向联交所作出的有关尽力遵守《上市规则》的承诺声明（包括符合香港法例就受信责任所确立的标准的责任，以及以应有技能、谨慎和勤勉行事的责任），亦可被施加制裁。此外，除《清盘条例》外，《证券及期货条例》第 214 条亦赋予证券及期货事务监察委员会（证监会）权力，当证监会

⁵ 《公司条例》第 297 条。

⁶ 《清盘条例》第 168H 条。

⁷ 《清盘条例》附表 15 第 II 部。

⁸ 《清盘条例》第 168E 条、168G 条及 168L 条。

认为（其中包括）一家上市公司的业务或事务的经营或处理方式涉及对该公司或其成员作出亏空、欺诈、不当行为或其他失当行为，证监会会有权申请对该上市公司的董事作出取消资格令。我们之前曾刊发另一份简报论述《证券及期货条例》第 214 条的执法情况 - 请参见[此处](#)。

未来的改革

多年来社会上一直有声音要求改革香港的破产管理制度。在 2001 年，一份建议引入较灵活和追上时代并包含企业拯救程序的破产管理制度的草案首次被提出。然而，即使经过在 2009 年及 2013 年进行的多轮公众咨询后，该草案仍有待更新及重新提呈立法会审议。最新的预期是经更新的草案将会在进行最后一轮公众咨询后在 2020-2021 年度的立法会会期上半部分获落实引入。

值得注意的是，在各项建议改动中，政府拟引入一项权力，使清盘人可以在下述情况下要求宣布一家公司的“负责人”（即董事或幕后董事）须就公司在“无力偿债情况下营商”负上法律责任：(i) 负责人知道或理应知道公司已无力偿债，或不能合理地指望公司可避免变成无力偿债；及(ii) 他们未能避免公司在无力偿债情况下营商。如该项宣布的要求获得批准，负责人有可能须为在无力偿债情况下营商的公司的债务负上个人法律责任。

董事职责的转授

最后，尽管一般而言，由于董事会不可能单独执行所有职务，因此其可以将某些职责转授予其他人，但是董事（不论是全体或个人）须对运用其技能和独立判断以实现良好的企业管治负上最终责任，而此等最终责任不得被转授与其他人。

特别是非执行董事虽然没有负责公司的日常运作，但他们必须确保公司有适当和有效的系统及控制措施去处理公司的潜在风险和在不寻常状况。此外，他们应对执行董事和管理人员拟作出的决定予以独立判断和监察，而非盲目相信和附和他们的决定。

结语

在这段艰难时间，董事（包括非执行董事）应时刻留意他们所管理的公司的财务状况。董事应考虑采取的一些实际行动包括：

- 持续监察公司的事务及政策，对获得的财务和业务信息保持警惕和质疑，并且定期审阅和了解公司的财务报表、提出问题以及在有必要时寻求进一步资料（包括有关公司的现金流、现金储备及应付账款的资料），藉此保持对公司财务状况的掌握；
- 有关同一集团下各附属公司之间的潜在冲突，在面临财政压力时应考虑以下步骤：
 - 及早检讨集团架构：评估董事兼任不同公司的董事职务的情况在财务状况恶化时会否引起任何利益冲突及 / 或导致有必要实施重组程序；
 - 在有需要时另行寻求独立法律意见：评估公司现有法律及专业顾问的委聘（在经济情况良好时，同一律师可能经常为集团内不同公司的董事提供法律意见）是否意味着集团内个别公司的董事有需要就他们的个人法律责任另行寻求独立法律意见；及
 - 记录适当层级董事会所作出的决策：确保有妥善保存的记录以证明董事考虑过哪些做法最符合公司及其贷款人

的利益，而非仅按母公司的指示或以集团的整体利益为行事依归。保存这些记录可为相关董事提供保障，亦可减少同一公司集团内的其他人被认为是幕后或实际董事的风险。

- 当有迹象显示公司可能陷入无力偿债的处境，应注意如本文所述在该情况下有可能出现的责任冲突，以及对公司继续营商所产生的风险；

- 香港上市公司的董事亦应保持警觉，留意公司最近期财务状况会否产生《证券及期货条例》第 XIVA 部下的任何披露责任。有关披露责任的进一步论述，请参阅我们早前的[简报](#)。

欲了解更多新型冠状病毒对贵司业务影响的信息，请咨询您日常的司力达联系人。



白礼仁
合伙人

T +852 2901 7206

E peter.brien@slaughterandmay.com



莫宜咏
合伙人

T +852 2901 7201

E wynne.mok@slaughterandmay.com