

ONC Lawyers
柯伍陳律師事務所



境外投资者在香港的争议解决

伍兆荣律师
ONC柯伍陈律师事务



讲者简介: 伍兆荣律师

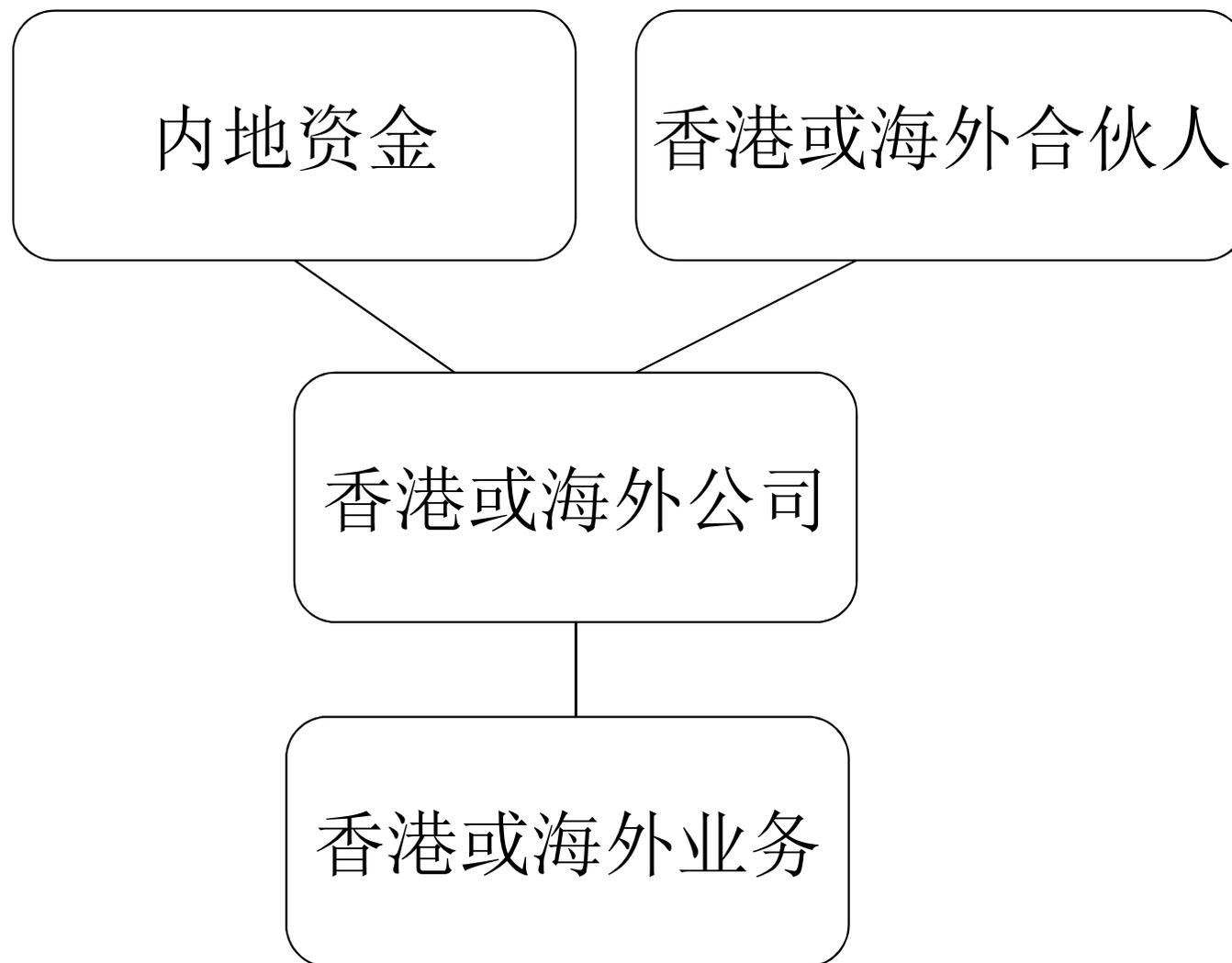
- 伍律师的专业范围主要是商业诉讼，尤其是涉及公司及股东纠纷的案件。他经常代表清盘人、接管人及破产管理人，为此类清盘从业员提供法律意见。伍律师是香港会计师公会重组及清盘学院主办的清盘法律课程的讲者及导师，他亦经常获邀出席为律师及商业机构而设的培训研讨会担任讲者。
- 1986 香港大学（荣誉）法律学士 香港会计师公会重整及破产管理
1987 香港大学法律专业证书 专项学会执行委员会委员
1997 香港大学法律硕士 海外律师认许资格试主考员
1989 香港执业律师 香港会计师公会纪律小组成员
2009 认可调解员 亚洲专利代理人协会会员

本讲座重点

- 内地企业资金在香港成立离岸公司（包括BVI公司，开曼或香港公司）作为投资工具遇上争议时的解决方法



典型结构



一个典型案例

- 内地合伙人
 - 投资一千万美元
 - 四成控股
- 香港合伙人
 - 注入澳大利亚的开矿权
 - 六成控股
- 投资工具：由BVI控股的澳大利亚子公司来持有开矿权



法律文件

- 收购协议：内地合伙人购入BVI公司的四成股分的条款
- 股东协议：规范股东之间的权利与责任



收购协议的基本条款

- 注资的先决条件：完成尽职调查，获得相关法律意见书
- 声称和保证
- 实际控制人（即香港合伙人）的个人担保
- 争议解决机制



股东协议的基本条款

- 业务范畴
- 少数股东获取信息的权利
- 企业管治
 - 委任董事的决定权
 - 董事数目，委任董事的规则，法定人数
 - 少数股東在重大事請上的否決權
 - 出售或抵押公司资产，更改章程，重大借贷或投资，聘请高级职员，更改股本金额或业务性质，结束公司等
- 竞业限制
- 违反股东协议时，强制转让股份的机制
- 派息安排
 - 股本储备／派息 比例



股东协议的基本条款（续）

- 融资责任
 - 对外融资
 - 内部融资
- 退股机制
- **争议解决机制**





一個实例:香港法还是内地法管辖?

*First Laser Ltd v Fujian Enterprises (Holdings)
Co Ltd*

FACV 6/2011, [2012] HKEC 946



- FEHC 是一家香港公司，作为福建省人民政府在香港的”窗口公司”
- First Laser是一家澳门公司
- FEHC与First Laser计划在一个光电子投资项目中合营，于是FEHC与First Laser在香港签订一份合作经营协议（“First Laser协议”），当中FEHC同意将若干国内公司的股份转让予First Laser
- 其后，FEHC违反了First Laser协议下的责任，没有将若干内地公司的股份转让予First Laser



- 因此，First Laser在香港控告FEHC
- 另一边厢，FEHC却在内地取得最高人民法院的判决，指First Laser协议无效，因为有关协议涉及内地企业股权变更，有关协议必须取得内地机关批准
- First Laser协议并没有列明管辖法律，香港法院在本案中就First Laser协议的管辖法律作出审判
 1. 法官采用普通法中法律冲突的原则，分析协议与香港的关连是否最为紧密
 - 虽然First Laser协议在香港签订，但争议的主体是一家内地公司的股份，其转让必须取得内地机关的批准，协议的履行部分必须在内地进行
 2. 法官亦考虑到最高人民法院的判决，包括判决的范畴（如其审理的争议点是否与本案重叠），最后裁定First Laser协议由内地法律管辖，香港法院须跟从国内法院的判决。

如何草拟调解争议条文？

- 管辖权：香港法院／内地法院
- 管辖法律：香港法／内地法
- 解决机制：调解／仲裁／诉讼





仲裁

- 好处
 - 在香港境外（包括内地）执行比较容易
 - 灵活程序：仲裁各方可采用特定或自定的仲裁规则而无须严格跟从划一的法院规则
 - 一般比较快捷（如只有一名仲裁员）
 - 保密
- 缺点
 - 仲裁员和场地费用须由双方 (或败诉一方) 承担
 - 上诉机会有限



跨境执行：仲裁裁决

- 《承认及执行外国仲裁裁决公约》（“纽约公约”）的成员
国同意互相承认外国的仲裁裁决为有效，并予以执行
- 因此，仲裁裁决比法院判决比较容易在外国执行
- 纽约公约成员国包括：中国，澳大利亚，美国，英国，新加坡，巴西，印度，俄罗斯，西班牙，法国及其它大部分主要国家共147个
- 中国香港行政区作为纽约公约的成员，香港法院一般会执行纽约公约的裁定，只在有限情况下才会拒绝执行其他成员国的仲裁裁决（如仲裁协议无效，仲裁方提供假证据等）



仲裁裁决

- 仲裁条例第84条指明 ,仲裁庭在仲裁程序中作出的裁决，不论是在香港或香港以外地方作出的，均可犹如具有同等效力的法庭判决般，以同样方式强制执行
- 1999年，内地与香港签订了“内地与香港特别行政区相互认可和执行仲裁裁决的安排”，使内地的仲裁可以在香港执行，香港的仲裁亦可以在内地执行，解决了纽约公约只限国与国之间执行的问题
- 仲裁条例第92至98条，列明与纽约公约仲裁相若的安排，容许由认可内地仲裁当局颁下的裁决在香港执行



调解

- 香港于2012年6月通过调解条例，并将于2013年1月起施行
- 调解是双方自愿共同委任调解员，协助双方解决问题或收窄争议
- 调解员并无权裁定对错，但调解达致的和解协议是有法律效力的，但仍须经法院执行
- 调解条例旨在不妨碍调解程序的灵活性的大前提下，为调解定下法律框架，让调解以条例作为依据进行
- 调解条例的适用范围包括任何（全部或部分）在香港进行的调解，或者协议中列明香港法律或调解条例使用于该调解的情况（调解条例第5条）
- 调解条例第8条列明调解通讯内容必须保密
- 外国律师或律师以外人士可在香港调解中提供协助或支援（调解条例第9条）

诉讼

- 好处
 - 诉讼费用可能较低
 - 有上诉机会
- 缺点
 - 在香港境外（包括内地）执行比较困难
 - 诉讼各方必须严格跟从划一的法院规则，不能采用特定或自定的仲裁规则
 - 需时一般较长
 - 公开审讯





执行法院裁决

- 香港与内地在2008年签订了《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人管辖的民商事案件判决的安排》（“安排”）
- 该安排使中港两地的法院判决可以交互承认和执行
- 然而，该安排的范畴颇窄：
 - 只限于有关商业合同的判决，合同必须指明香港或内地拥有专属司法管辖权
 - 只适用于命令“缴付一笔款项”的判决，而不适用于禁制令或强制履行令的判决或命令



除 (1)收购协议或 (2)股东协议内的条款外，投资者还有其它香港法律赋予的权利与保障



投资者在合同外的法定权利与保障

- 资产冻结令
- 申请委任公司接管人或临时清盘人
- 根据公司条例第168A条申请强制收购
- 根据公司条例第177(1)(f)条申请将香港公司清盘 或 第327(3)(c)条申请将海外公司清盘
- 香港警方（如涉及刑事欺诈）

以上权利与保障一般不受仲裁条文限制

资产冻结令

- 假如香港合伙人违反协议，并试图将资产转移以逃避赔偿责任，内地合伙人可以向香港法院申请资产冻结令将香港合伙人的资产冻结
- 申请可以单方面提出，以尽快获取临时性的资产冻结令，但被告方可提出撤销申请
- 申请人须向法院证明一旦发现资产冻结令的颁下并不恰当，申请人有足够资金向被告入赔偿





公司接管人/临时清盘人

- 假如发现公司的资产陷入险境（如有证据显示公司资产被滥用，而香港合伙人拒绝提供有关资料），内地一方可以向香港法院申请委任財產接管人/临时清盘人
- 在香港，接管人/临时清盘人是私人执业的专业人士（通常是注册会计师），以收费形式应申请人要求出任
- 委任申请可以单方面提出，以尽快进行聆讯，并获得法院批准



仲裁协议会否影响临时清盘人的委任？

- 股东之间的仲裁协议并不必然影响法院行使委任临时清盘人的权力
- 在 *Joachim Wolfgang Starke v GFT Fashion Limited* HCCW 203/2003 一案中，合资公司的一方对公司提出清盘呈请，其后呈请人申请委任临时清盘人
- 反对清盘呈请一方申请将程序搁置，理由是双方之间事先达成仲裁协议，要求双方争议以仲裁解决
- 反对清盘呈请一方因此辩称案中的法官必须拒绝审理委任临时清盘人的申请
- 法院的判决：案中双方虽然达成仲裁协议，但法官仍有权审理委任临时清盘人的申请
- 鉴于是否委任临时清盘人的问题急切，法院认为应该即时审理申请，以保障公司资产；双方的其他争议，仍可按仲裁解决
- 考虑过案情及有关法律原则后，法官批准委任临时清盘人



申请强制收购股份

公司条例第168A条

- “(1) 指明法团的任何成员如投诉指明法团的事务现时正以或曾以不公平地损害普遍成员或任何部分成员(包括其本人在内)的权益的方式处理，则可根据本条藉提出呈请向法院申请作出一项命令…
 - (iv)…规定该指明法团的其它成员购买该指明法团的任何成员的股份或该指明法团本身购买该指明法团的任何成员的股份…”
- 指明法团即香港和在香港有业务的离岸公司



申请强制收购股份

- 公司条例第168A条下“不公平损害”的常见例子
 - 合资方被不适当或不公平地从管理层中排斥
 - 封锁公司财务信息
 - 违反股东协议
 - 管理层违反诚信

然而，如果股东协议已经列明强制收购股份的条款，法院会按该等条款而非s.168A处理

将境外公司强制清盘

- 香港公司
公司条例第177(1)(f)条
“ (1) 如有以下情况，公司可由法院清盘—
...
(f) 法院认为将公司清盘是公正公平的。”
- 离岸境外公司



离岸境外公司

- 法院可根据公司条例第327(3)(c)条 ,以“公正公平”为理由将离岸境外公司清盘
- 公司条例第327(3)(c)条
“ (3) 非注册公司可被清盘的情况如下—
...
(c) 如法院认为将公司清盘是公正公平的。”
- 非注册公司即非香港公司

可能构成“公正公平” 清盘理据的情况

- 股东会陷入僵局
- 合资一方被不适当或不公平地从管理层中排斥
- 公司无法正常运作
- 大股东严重违反股东协议



香港法院有没有权将BVI公司清盘？

- *Li Jianguo v Wei Wei and Gottinghen Trading Limited (HCCW740/2009)*
- 案情
 - Li和Wei为两家在香港注册的BVI和开曼公司的公司董事和股东，各占50%
 - 两家公司的业务与香港并无关系，Li和Wei也不是香港居民
 - 两家公司在香港并无办事处
 - BVI开了一个私人银行账户以方便作外汇风险管制与投资用途，开曼公司的户口曾经用作认购IPO股票作投资
 - 二人本为情侣／合作伙伴，后来闹翻
 - Li引用第327(3)(c)条申请以“公平公正”为理据将公司请盘

离岸公司清盘案要素：香港元素

- 判决
 - 法官拒绝行使第327(3)(c)条下的权利将公司请盘
 - 不同于香港公司，离岸境外公司超出香港的地域界限
 - 法院行使权力以”公平公正”的理据将离岸境外公司清盘前，必须确保有关案情与香港有足够强的连系
 - 在股东争议的个案中，法院考虑到公司的业务所在地，股东的背景与香港的关联，导致争议的事件是否在香港发生等
 - 公司在香港是否有资产只是其中一个相关的考虑因素，并不一定足以构成清盘的理据
 - 因此，案情与香港没有足够的关联



謝謝！

solutions • not complications