



2020年5月

避免个人责任——濒临无力偿债境况的公司董事须知

对董事们而言，公司清盘可能是其以往不法行为报应不爽的审判日。如果无力偿债山雨欲来，有一些事项董事们应牢记在心，以免在无力偿债境况已不可避免时承担个人责任。

不公平优先权

有关不公平优先权的规定，可参见《公司（清盘及杂项条文）条例》第 266、266A 和 266B 条（第32章）（简称“条例”）。下列情况均构成公司对某人给予不公平优先权：

- 1) 此人为公司的债权人，或者是公司债务或负债的保证人或担保人；
- 2) 因为诉讼，此人所处境地优于假如公司进行清算的情况；以及
- 3) 公司有意让此人处于更优处境。请注意，如果对公司的合伙人给予不公平优先权，则对此意愿的推定将可以辩驳。

如果 (1) 在清盘即将启动之前的两年内对公司合伙人（如董事、影子董事或公司的其他高管），或是 (2) 在清盘启动之日前的六个月内对与公司无关联者给予不公平优先权，则构成不公平优先权的交易将作废，并可被法院命令搁置，从而将公司恢复到给予该不公平优先权之前的状态。

负责造成不公平优先权的董事亦将承担失职责任。更重要的是，即使在2年/6个月的法定期限之外给予不公平优先权，如果董事当时实际已经知道公司无力偿债，仍可能要承担法律责任——参考案例 *Moulin Global Eyecare* 诉 *Olivia Lee* 案(2014) 17 HKCFAR 466。在考虑公司是否无力偿债时，法院可在其认为合适的情况下，适用“现金流量检验”（即公司是否有能力偿还到期债务）或“资产负债表检验”（即比较公司的资产与负债）。

低估值交易

条例第 265D、265E、266B、266C 和 266D 条之下的相关规则将低估值交易定义为 (1) 无偿给予且无对应回报的赠送, 或 (2) 以明显低于其真实价值的价格达成的交易。如果在清盘即将启动之前的五年内进行了低估值交易, 且该交易是在公司无力偿债或导致公司无力偿债时达成, 则该交易可通过法院命令作废, 使公司恢复到未进行该低估值交易时的状态。

与不公平优先权的情况一样, 对低估值交易负责的董事可能要承担失职责任。不过, 如果董事能够证明公司是为了自身业务开展而善意地达成该交易, 并有合理理由认为该交易将令公司受益, 则法院可以批准该低估值交易。

欺诈交易

根据条例第 275 条, 如果公司在经营业务时意图欺诈公司的债权人或任何其他方的债权人, 或出于其他欺诈目的行事, 则所有涉事者都可能会不受限制地对公司的债务和法律责任承担个人责任。董事 (或任何其他方) 还可能被处以无上限罚款, 且最高可被判处 5 年监禁。该董事还可能被判处取消资格。

此领域内的典型案件是 *Aktieselskabet Dansk Skibsfinasiering* 诉 *Robert Brothers* 案 [2000] 1 HKLRD 568。此案中, 确认欺诈意图的检验采用主观标准。这意味着从事该业务者肯定是不诚实的个人。

这一高门槛与《物业转易及财产条例》(第 219 章) 第 60 条所规定欺诈处分的门槛形成鲜明对比。后者规定, 凡是意图欺诈公司债权人的财产处分均属无效。

终审法院在 *Tradepower (Holdings) Ltd* (清算中) 诉 *Tradepower (Hong Kong) Ltd* 及其他方一案 (2009) 12 HKCFAR 417 中认为“意图欺诈”是第 60 条中的一项客观标准。换言之, 只需证明公司在无力偿债时, 在没有对价的情况下进行财产处分, 以致公司债权人面临巨大风险无法全数收回其债项。

工资支付

在无力偿债的情况下, 雇员是优先债权人之一, 应向其支付任何未付工资。这意味着, 如果无力偿债的公司没有足够资金向所有无担保债权人支付全部应付款项, 则在支付给一般无担保债权人之前, 应将任何可用资金先用于全额支付给雇员。雇员亦可从香港的破产欠薪保障基金中获得特惠款项。同理, 公司陷入财务困境并不代表公司有权扣发、延发或拒发员工工资。

根据《雇佣条例》第 23 条, 工资可在发薪期限最后一天结束之前支付, 且必须在其之后 7 日内支付。雇主无合理辩解理由而故意违反第 23 条的行为构成犯罪, 且公司高管如同意、纵容或疏忽不支付工资的行为, 则根据《雇佣条例》第 64B 条亦犯下同样罪行。相关处罚为罚款 350,000 港元及监禁 3 年。

不过, 公司财务困难或无力偿债并不属于合理辩解理由, 正如 *HKSAR* 诉 *Li Fung Ching Catherine* 案 [2012] HKEC 807 中所体现的, 一名董事优先处理其他事项而非支付雇员工资, 以便帮助公司改善财务状况, 被裁定为无合理辩解理由不支付工资。

GALL

保存账簿和记录

《公司条例》(第622章)第373条规定了保存适当会计记录的责任,尽管该责任并非只存在于濒临无力偿债之时,但假如董事在公司无力偿债时未遵守这项规定,则其将变得很关键。根据该条例的规定,行为不当,未保存适当账簿和记录的董事可能会被取消资格。此外,法院还有权命令公司出示其记录和文件以供审查。

因此,董事必须在其任职期间内始终遵守保存适当会计记录的要求,并且如果公司即将无力偿债,董事应考虑这些记录是否完整并符合规定的标准。如公司遭遇清盘,且被发现公司在(1)清盘即将启动之前的两年内或(2)从公司成立到清盘启动期间(以较短者为准)未保存其中任何一段时期的会计记录,则该董事应属犯罪,可处以监禁和罚款。

同样,任何被清盘公司的前任或现任董事在清盘启动前出于欺骗任何人的意图,参与销毁、篡改、更改或伪造公司账簿、文件或证券,即属犯罪,并可处以监禁和罚款。

** This article was first published by Hong Kong Lawyer*

联系人:



陈琬琳 (Evelyn Chan)
合伙人
+852 3405 7671
evelynchan@gallhk.com



黄殷怀 (Adriel Wong)
见习律师
+852 3405 7638
adrielwong@gallhk.com



鲁懿行 (Jane Lu)
律师助理
+852 3405 7688
janelu@gallhk.com