

开曼 2021 年公司法(修正案)推出新的公司重组制度 - 对中资企业跨境重组的积极意义

作者: 通力律师事务所 | Gateley

前言

出于投融资、税务、贸易等考量,多年来,大量中资企业在英属开曼群岛(以下简称“开曼”)注册了公司实体。开曼的法律框架为包括中资企业在内的大量外国公司提供了投融资平台的机会和可能,包括在国际主流股票交易所上市、设立特殊目的公司、成立投资基金等。

开曼《公司法》是其法律框架中至关重要的组成部分,为公司实体的一系列运作提供了制度基础。2021 年底,开曼议会在公报上公布了《2021 年公司法(修正案)》([Companies \(Amendment\) Act, 2021 \(gov.ky\)](#)),其中包含了新的公司重组制度。这一公司重组制度的确立,为在开曼注册的中资公司跨境重组提供了明确的法律依据,具有积极意义。

一. 《2021 年公司法(修正案)》出台背景

在本修正案前,开曼并没有与英国破产管理程序或美国《破产法》第 11 章程序类似的正式重整制度。陷入困境的公司只可选择任命临时清盘人(provisional liquidator),且只有任命了临时清盘人,才可获得延期偿债的效果,让公司获得喘息。开曼法院在举行清盘呈请听证(hearing)后,会签发相关指令(court order),确认临时清盘人或正式清盘人的委任,亦为公司重组的协议安排(scheme of arrangement)提供便利。仅提交清盘呈请并不会自动获得启动延期偿债的效果。

.....
如您需要了解我们的出版物,
请联系:

Publication@llinkslaw.com

开曼的制度制定者已经认识到，此前这种所谓软性、低干涉型的临时清盘程序(“soft” or “light touch” provisional liquidation)很难促成公司有效重组，毕竟，通常意义上清盘是公司死亡的同义词，而重组才可以赋予公司重生的机会。正因如此，开曼此次系统修订了公司法，推出了新的公司重组制度。

《2021 年公司法(修正案)》于去年年底颁布，但相关公司清盘规则(Companies Winding Up Rules)的配套修订耗时半年有余，现该法案于 2022 年 8 月底正式生效。

二. 新重组制度简介

新制定的重组制度规范体现了以债务人拯救为核心的导向，取代了此前的所谓软性、低干涉型的临时清盘程序，鼓励陷入危机的公司积极采取拯救措施。

(一) 程序启动

当公司出现无法偿还债务或很可能丧失偿还债务能力情况下，拟向债权人提出协商方案或偿债安排时，公司即可向开曼法院申请委任具备专业资质的人员作为重组官(restructuring officer “RO”)，参与公司重组，此为公司进行重组的开端。除上市公司外，公司董事可代表公司向开曼法院提出重组呈请(petition)，无需经公司股东决议(members resolution)或公司章程中对此授权有明文规定。这在很大程度上降低了公司启动重组的难度，有利于公司在出现危机时及时寻求重组。

(二) 重组官

1. 重组官的任命、变更与换免

如上所述，重组官可由公司董事提出申请，并由开曼法院就有关呈请进行听证(hearing of the petition)以作出是否任命的决定。在开曼法院听证之前，公司可申请法院任命临时重组官(interim RO)，开曼法院可径行审理委任临时重组官的申请(the application is heard without notice)。在公司面临巨大债务压力的情况下，这一点尤为关键。

在重组官被任命后，重组官以及公司、债权人、出资人、从事受监管业务的公司的主管机构(authority)等各方可以向开曼法院申请重组官委任令的更改或撤销(variation or discharge of the order appointing a RO)。同样基于上述主体的申请(重组官自身除外)，开曼法院可以决定重组官的免职和替换(removal and replacement)，并要求被免职的重组官在一定期限内提供报告与账目(a report and accounts)，从而保障工作衔接的顺利进行。

2. 重组官的任职要求

新重组制度要求重组官为合格的专业破产从业人员(qualified insolvency practitioner)，且将其视为法院执行官(court officer)，赋予了重组官法律意义上的特殊地位。当重组官人数超过

一人时, 有权共同或单独行事(acting jointly and severally)。更具突破意义的是, 外国从业人员亦有权以非唯一重组官的身份参与重组, 此为开曼域外重组从业人员提供参与路径。此外, 该重组制度对重组官的履职设立了纠纷解决机制, 在重组官行使职能的过程中出现任何问题, 重组官、公司的债权人(包括或有或潜在债权人)、公司的出资人均有权申请法院进行裁判。

(三) 自动中止制度及治外法权效力

公司提交委任重组官的呈请(the presentation of a petition for a RO)后, 即可自动触发所有债务追偿中止(stay)的效果, 即启动延期偿债程序。在未事先取得开曼法院许可的情况下, 任何针对该公司的诉讼或仲裁程序均不得展开或继续。这一效果与我国《企业破产法》中规定的法院受理破产申请后中止执行、中止诉讼以及法院不予受理针对要求债务人清偿的诉讼类似。开曼采取了这一自动冻结的立法取向, 给与了债务人尽早启动重组的动力。

根据开曼法律, 该等自动中止或暂停(the automatic stay or moratorium)具有治外法权效力(extraterritorial effect), 即: 在开曼群岛以外, 任何针对该公司的诉讼或仲裁程序亦不得展开或继续。当然, 在一些国家和地区, 开曼的重组程序在未获得司法承认的情况下该中止/暂停可能无法发生效力。因此, 债务人需审慎考量该公司可能面临债权人压力的那些相关司法管辖区是否可能需要采取必需的额外步骤或程序, 以确保债权人行权之诉讼或仲裁程序得以有效暂缓, 确保重组程序得以有效推进。

(四) 担保债权人受偿

有财产担保债权人利益在新重组制度中得到了较好的保护。规定中明确, 针对公司全部或部分资产拥有担保的债权人, 其仍有权对公司相应担保财产和资产强制执行担保, 而无需经法院许可(without the leave of the court), 也无需征询已获任命的重组官(without reference to the restructuring officer)。该规定与我国《企业破产法》重整章节中担保物权暂停行使的做法不同, 体现了更为强烈的有财产担保债权人利益保护取向。

(五) 重组计划表决

在重组程序中, 经重组官申请, 法院可召集公司与其股东(或各类别股东)或债权人(或各类别债权人)会议并作出相关指令。针对债权人与股东, 相关妥协或重组安排(the compromise or arrangement)表决通过的下限比例为 75%。需要指出的是, 就股东群体新公司法于第 86 条与第 91 条均已取消“数人头”测试, 仅以持有股份作为衡量标准, 而该测试在债权人协议所需的批准中仍继续保留。表决通过的重组计划(scheme of arrangement)经法院批准对公司、全体股东或某类别股东(视情况而定)、全体债权人或某类别债权人(视情况而定)均具有约束力, 作为一项破产程序可获得公司某些资产或业务所在地司法管辖区的外国法院的承认, 从而使重组计划得以有效执行。

(六) 公司重建与合并

新重组制度关于重建与合并的规定与原清盘程序的规定相一致，法院依据申请可对为了重建或合并的重组计划作出一系列规定。其中，当法院指令规定了财产或债务的转移时，相关财产或债务应相应转移至受让方(the transferee company)，该等财产上的押记(charge)将根据妥协或重组安排丧失效力。该等规定对于促进企业重生的相关安排有充分的激励作用。

三. 困境中资注册公司的应对之道

根据开曼新重组制度的规定，笔者认为在开曼注册的困境中资公司可以充分利用新制度缓解债务压力，为公司重组奠定良好基础。

(一) 财产保全与联动式重组

开曼新公司法在重组制度中规定了提交委任重组官的呈请后的自动中止制度，对于债务人的财产保全具有重要意义，但其纸面上的治外法权效力在事实上难以延伸至特定法域。以我国为例，在目前的司法实践中，债务人在境外发起的重组程序无法成为解除其国内财产保全措施或中止执行程序的直接依据。

目前，我国与开曼群岛间尚不存在共同缔结或参加的国际条约，且中国并非《联合国国际贸易法委员会 跨国界破产示范法》(<https://uncitral.un.org/zh/texts/insolvency/modellaw/cross-border-insolvency>)国家，对域外所启动的破产程序的承认案例仍属寥寥，在我国直接承认或执行开曼群岛法院作出针对中资注册企业的破产程序判决或裁定有一定难度。尽管如此，我国跨境破产协助制度的建设正在稳步推进，如 2021 年最高人民法院与香港特别行政区政府签署了《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和协助破产程序的会谈纪要》，为国内首份系统规定跨境破产协助事宜的文件，具有里程碑式意义。

在国内配套制度成熟之前，开曼群岛注册的困境中资公司应重点关注国内经营实体情况，在出现危机时及时向子公司住所地法院提出重整申请，从而适用国内破产制度对境内重要资产进行财产保全，通过联动式的“重组+重整”方式，尽最大可能保全公司有价值的财产。

(二) 债务化解与外国管理人参与

目前，开曼群岛的中资企业主要采取受外商投资限制的 VIE 架构和不受外商投资限制的股权控制模式在开曼群岛注册新企业。

VIE(Variable Interest Equities)架构又称协议控制模式，其构建方式是由境内经营实体的实际控制人在开曼群岛设立特殊目的公司(Special Purpose Vehicle，以下简称“SPV”)，再通过 SPV 在境内设立外商独资企业，并由该企业与境内经营实体签署独家业务合作协议、独家购买权协议、股权

质押协议、授权委托书等一系列法律文件，以达到实际控制境内经营实体、并将境内经营实体权益转移到境外 SPV 的最终目的¹。

股权控制模式，又称“直接持股模式”，是指以境外公司直接持有境内实体公司股权，这种模式下，一般由境内公司股东于开曼群岛设立 SPV，并由此 SPV 收购境内经营实体，这一模式主要是为满足公司境外上市之目的，最终以 SPV 之名义在境外上市。

以上架构的运营意味着注册于开曼的中资企业有着更为错综复杂的股权架构及债务结构，因此，在公司陷入困境需要进行清盘或重组时，面临着更为深层的利益博弈和合规挑战。在当前开曼公司法修改后，公司董事可以直接向法院呈请任命重组官，无需寻求公司股东的决议，这一程序的启动更加简便、快速，优于现有的“软性”临时清盘程序。同时，新重组制度允许外国从业人员担任重组官，更熟稔中国公司运作的中方专业人士入局更有利于债务问题的梳理，进而提高重组成功率。开曼《公司法(修正案)》及配套公司清盘规则生效实施后，开曼注册的中资企业可充分运用规则更好地启动程序化解债务危机。

(三) 业务重组

除债务纾困外，开曼注册的中资企业在境外重组过程中同样应重点关注业务重组事项。开曼公司法就重建与合并作出明晰的制度安排，有利于企业通过业务重组实现产业、资源整合。

目前市场上的大型重组包括以完善产业结构、培育核心竞争力和提升企业价值等作为重组目的的战略性重组，以及将行业相关上下游资产进行整合的专业化整合²。无论是以何种目的进行的重组、或采取何种具体方式作为重组路径，都需要公司提前布局，并对业务重组中的关键因素作出考量。中资企业应就企业未来发展制订切实可行的发展战略，并集中必要资源进行投入，避免定位不清、四处为战，导致企业发展再陷泥沼。

(四) 上市公司的特殊考虑

由于其税收中立(tax-neutral)特性及承袭英美法系的成熟公司制度等优势，自 20 世纪 90 年代以来，开曼就一直是一个广受欢迎的司法管辖区，用于拟在国际证券交易所上市之企业的注册地，也是众多中资公司海外上市的发行主体注册地。而对于每况愈下、增长停滞的上市公司，由于上市产生的一系列维护与合规成本，私有化成为困境上市公司的转身选择。此外，由于政策上的原因，如美国《外国公司问责法》(Holding Foreign Companies Accountable Act)的出台对中概股企业施加了严苛的监督限制，私有化似乎亦成为一些特定中资上市公司的“必经之路”。

¹ 《股权控制类和 VIE 协议控制类红筹架构的概述》，舒心企服，发布于 2021 年 10 月 24 日，<http://www.shuxinqifu.cn/VIE/217.html>。

² 《专访|孙晔：中资企业需提升环境、社会和公司治理意识》，南方能源观察，发布于 2022 年 4 月 26 日，<https://mp.weixin.qq.com/s/qfgHq7c8IBEfHfAJvIN-w>。

开曼新公司法关于股东“数人头测试”的取消将直接利好上市公司私有化。以港股为例，人数问题的规定曾对诸多注册于开曼的上市公司³私有化进程造成阻碍，现相关企业可以在综合考虑时间周期、私有化成本及可能面对的诉讼风险后更顺利地推进相关程序。

考虑到开曼公司是很多中资企业的境外投融资主体，甚至是上市主体，上述开曼公司法修订后推出的重组制度，将对中资企业跨境资产、债权债务、业务重组产生深远影响。通力律师将持续关注海外各司法管辖区法律法规和监管规定的重大变化，为中资企业提供有益的信息和观点分享。

³ 截至 2021 年 6 月，在香港证券交易所(HKSE)主板上市的 2,190 家公司中，67%是开曼群岛注册公司。

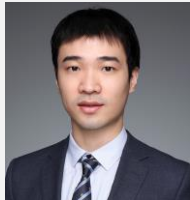
如您希望就相关问题进一步交流，请联系：



杨玉华
+86 10 8519 2266
+44(0)20 3283 4337
yuhua.yang@llinkslaw.com



任意
+86 21 6043 3788
amy.ren@llinkslaw.com



许国庆
+86 21 3135 8768
shawn.xu@llinkslaw.com

如您希望就其他问题进一步交流或有其他业务咨询需求，请随时与我们联系：master@llinkslaw.com

上海

上海市银城中路 68 号
时代金融中心 19 楼
T: +86 21 3135 8666
F: +86 21 3135 8600

北京

北京市朝阳区光华东里 8 号
中海广场中楼 30 层
T: +86 10 5081 3888
F: +86 10 5081 3866

深圳

深圳市南山区科苑南路 2666 号
中国华润大厦 18 楼
T: +86 755 3391 7666
F: +86 755 3391 7668

香港

香港中环遮打道 18 号
历山大厦 32 楼 3201 室
T: +852 2592 1978
F: +852 2868 0883

伦敦

1/F, 3 More London Riverside
London SE1 2RE
T: +44 (0)20 3283 4337
D: +44 (0)20 3283 4323



www.llinkslaw.com



Wechat: Llinkslaw

本土化资源 国际化视野

免责声明：

本出版物仅供一般性参考，并无意提供任何法律或其他建议。我们明示不对任何依赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。

© 通力律师事务所 2022