

# 开曼群岛公司 股东争议及运用 法院程序退出投资

注：

本文基于毅柏律师事务所（Appleby）合伙人 Eliot Simpson 律师于 2014 年 10 月 28 日在“宏杰集团 2014 年国际法律环境中的海外公司股东和董事权益保障研讨会”所做专题演讲《离岸公司股东争议及运用离岸法院程序退出投资》整合、编辑而成。为区分不同司法管辖区的各自侧重，录入本文时集中于开曼群岛公司股东争议及其解决方式，因此与演讲 PPT 略有不同。谨对 Eliot Simpson 律师为本文所做出的贡献，特此致谢！

开曼群岛，一个远在北美及加勒比海地区的小岛。也许你没听说过它，但没关系；你肯定对百度、阿里巴巴、分众传媒、人人网、奇虎 360 等中国 Top 的互联网公司耳熟能详，开曼群岛就是这些公司在中国境外投资和上市的注册“圣地”。可以不夸张地说，中国企业到境外投资、上市，开曼公司是最终控股主体的不二选择，颇有点“境外公司哪里最强？开曼群岛帮你忙”的意味。

开曼群岛何以能够在众多境外金融中心（Offshore Financial Centers，简称

“OFCs”）中独树一帜？

因为，这里有超过 1,900 家的共同基金（互惠基金）和接近 600 家的银行和信托公司。世界上 50 家最大的银行中就有 45 家在开曼群岛有分行和分支机构。开曼群岛证券交易所是世界上国际证券交易所中发展最快的一个。开曼群岛受到权威信贷评级机构穆迪的肯定，其政府债券评级为 Aa3，展望为稳定。此外，开曼群岛公司亦可以在美国、香港和新加坡的股票交易所上市。

.....



## 开曼群岛的各级法院系统

### 枢密院司法委员会（Judicial Committee of the Privy Council）

此上诉机构于 1833 年由英国议会成立，至今仍然是大多数英联邦（包括开曼群岛）的最终上诉法院，是英联邦国家的终审法院。

### 上诉法院（Court of Appeal）

它是大法院的上诉法院。如同大法院一样，上诉法院是一个高等“记录”法院（Superior Court of Record<sup>2</sup>）。但是上诉法院不同于大法院的是，上诉法院是由法规和宪法创造的，而不使用固有的司法管辖权（Inherent Jurisdiction）。

### 大法院（Grand Court）

它是受理下级法院或者其他法庭上诉的法院，是高等法院的第一审记录法院，拥有无限制的刑事与民事权利管辖权。主要分为以下三个分院：

- ▶ 海事分院（Admiralty Division）：专门处理海事方面案件
- ▶ 家庭分院（Family Division）：解决家庭因结婚和离婚引发的案件
- ▶ 金融服务分院（Financial Service Division）：专门处理金融案件

### 即决法院（Summary Court）

行使民事和刑事的管辖权，但民事管辖权在索赔金额上不能超过 20,000 美元。即决法院亦处理家庭暴力等家庭纠纷。

### 死因调查庭（Coroner Court）

主要调查那些不合理的突然死亡或者因暴力而引发的死亡案件，详情请见：<https://www.judicial.ky/courts/coroners-court>。

注释：

2 它意味着所有的法律诉讼都是被记录的。

## | 法院之外和法院之内

即便拥有如此得天独厚的投资和金融环境，但只要是投资就难免会存在着风险，更何况素以情况复杂、充满不确定性而著称的境外投资。当中国投资者在境外遭遇投资风险后，该如何运用开曼公司及当地法律来尽可能地控制风险，以保障投资回报？

通常，这可以从两个层面予以考虑：

一是，法院之外 — 这主要是指从商业运作的角度来考虑，主要包括出售业务、出售股份、首次公开发售（Initial Public Offering, 简称“IPO”）、私有化或合并等方面的安排。

二是，法院之内 — 这主要是指从法律层面的角度来考虑，主要包括协议安排、少数股东诉讼、公司清算、衍生诉讼等方面的合规安排。

在本文中，我们将主要从“法院之内”（即法律层面）来看看当开曼群岛公司股东之间出现争议时该如何通过法律和法院来保障股东权益。

## | 公司法 VS 公司清盘法规

开曼群岛的法律是普通法和成文法的混合体，以英国法律为基础，呈现出古老与现代共存的鲜明特色。

作为领先的境外金融中心，开曼群岛的公司法、破产法、银行法、信托法、保险法和其他相关法例都是非常现代的成文法。其它领域，比如家庭法，则非常的古老，以至于在现代社会时常会遇到难题。

还有一些领域的法律，比如国际法，则基本由位于伦敦的英国外交和联邦事务部（Foreign and Commonwealth Office）予以规管。开曼群岛法律的主体部分由普通法组成，并一直在其境内和其他普通法司法管辖区与时俱进。

在这些开曼群岛的法律体系中，对公司股东争议规管的法例主要是：

开曼公司法 — 最早的开曼公司法颁布于 1961 年，已经有 53 年的历史，并于 2013 年 10 月 11 日最新修订生效，对不同类型的开曼公司进行规管，包括：本土公司、非本土公司、豁免公司、外国公司、



有限期公司、有限合伙公司、有限合伙豁免公司和信托。

其中豁免公司是最为常见、也是国际投资者最为常用的一种公司形式。豁免公司的活动必须在开曼群岛以外的地方进行，但公司可拥有岛内外的投资项目。本文所说的开曼公司，即是指开曼豁免公司。

开曼公司法以英国的普通法为基础，像很多其他境外金融中心一样做了一定的简化。但是，相比 BVI 的公司法，开曼公司法则较为复杂，理念也较为现代，对股东、债权人和公众等利益方权利与义务的平衡保护更加到位。

**开曼公司清算条例** — 开曼公司的清算条例主要根据开曼公司法（2009）第 155 条制定，最近更新日期为 2010 年 3 月 1 日。在最新修订的开曼公司法（2013）版本中，主要于第 V 部予以呈现，其标题为“公司和法团的清算”（Winding up of Companies and Associations），主要由以下内容构成：

- ◆简介（Introduction）
- ◆法庭清算（Winding up by Court）
- ◆官方清算人（Official Liquidators）
- ◆法庭的主要权力（General Power of the Court）
- ◆自愿清算（Voluntary Winding up）
- ◆基于法庭监督的清算（Winding up Subject to the Supervision of the Court）
- ◆欺诈犯罪（Offences of Fraud, etc.）
- ◆基本条款（General Provisions）
- ◆公司解散（Dissolution of a Company）
- ◆破产规则和条例（Insolvency Rules and Regulations）

而在最新的开曼群岛清算条例（2010）中则通过 25 个命令（Order）的方式进行了细化，并附录了公司清算过程中可能用到的

各种表格形式，总计达 162 页，各种规定非常详细。

## | 解决股东争议的相关法律

开曼群岛的公司法和清算条例总计 245 条，英文版有厚厚的 168 页，涉及公司从设立到运营、再到解散的方方面面。在这里，我们将介绍对股东争议解决的相关法律：

1. 法律实体层面 —
  - a. “异议者的权利”（第 238 条）
  - b. “协议安排和重组”（第 86 条）
2. 法律操作层面 —
  - a. 获取公司资料的权利
  - b. 公平公正的清算
  - c. 衍生诉讼
  - d. 不公平损害诉讼

**法律实体层面** — 主要由开曼公司法的“第 XVI 部 - 合并及整合条文”下的“异议者的权利”<sup>3</sup>（第 238 条）和“第 IV 部 - 公司和法团管理和行政”下的“协议安排和重组”<sup>4</sup>（第 86 条）来予以规管。

现在，我们就来具体看看开曼公司法赋予了股东什么样的权利以保障自己的利益。

### ▶ “异议者的权利”（第 238 条）

根据开曼公司法所注册的公司，其附属公司股东 / 成员有权对公司的兼并或合并表示异议，且所持有股份有权获得公平对价。

如欲行使此等权利，股东 / 成员应当在兼并或合并投票前向附属公司提出书面反对意见。提出反对意见时，须同时提交一份“若兼并或合并决议获得投票通过，附属公司须按照股东建议的对价回购其所持有股份”的声明。

兼并或合并获投票通过 21 天内，附属公司须给每一位提出书面反对意见的股东 /

注释：

3 Section 238 – Rights of Dissenters.

4 Section 86 – Arrangements and Reconstructions.

成员发出书面通知。若股东 / 成员对附属公司所发出的书面通知有异议，须在接下来的 20 天内提出书面异议，包括：

- (a) 姓名和地址；
- (b) 异议股东的股数和股份类别；
- (c) 针对其持有股份所认为的公平对价。

提出书面异议的股东 / 成员，其对异议股份的任何权利在被以合理对价支付前都将会停止。

书面异议指定的日期届满后 7 天内，或兼并 / 并购在金融管理局登记后 7 天内（以日期靠后者为准），附属公司 / 存续公司或合并后公司须对每一位异议股东 / 成员发出书面要约，同意在要约发出后 30 天内，以公司认为公平的特定价格回购相应股份。如果异议股东 / 成员同意要约，公司将会在指定日期内支付价款。

如果在指定日期内公司和异议股东未达成一致，那么，在指定日期届满后 20 天内：公司（和任何异议股东）向法院提起呈请，以求确定异议股东所持有股份的公允价值。

聆讯呈请后，法院将会确定异议股东所持有股份的公允价值，并考虑其他利益的公允度，在此基础上由公司支付给有异议股东。任何提出异议的股东，可以参与公允价值确定的全过程。

无论该公司是否根据开曼群岛法例而成立，该呈请所引致的法庭判决结果和其他法庭审判结果，都可以在开曼群岛得到执行。

#### ► “协议安排和重组”（第 86 条）

公司<sup>5</sup>与其债权人或股东（任何类别的股东）之间建立的妥协或安排，或公司正在被清算，法院可颁令召开会议。

若价值 75% 以上的股东 / 债权人（或

#### 注释

5 在此处，所谓“公司”包括任何将被清算的公司；此处的安排也包含公司合并后的不同类别股份的合并、分立或者同时进行合并分立。



## 开曼大法院批准赛维 LDK 的安排计划

信息来源：北极星太阳能光伏网

2014 年 11 月 7 日，开曼群岛大法院批准了赛维 LDK 及其子公司赛维 LDK 硅化学科技有限公司（简称“赛维 LDK”）的开曼群岛安排计划，这两个公司的开曼计划均已在其 2014 年 10 月 16 日举行的债权人会议上获批准。

2014 年 10 月 17 日，赛维 LDK（处于临时清算状态）及其联合临时清盘人 Zolfo Cooper Limited (Cayman) 及 Eleanor Fisher 宣布，开曼群岛大法院批准了赛维 LDK 的安排计划，这表明赛维 LDK 的海外重组又迈出了重要的一步。

赛维 LDK 是一家曾经在美国上市的企业（纽交所上市代码：LDK），为领先的垂直一体化光伏（PV）产品制造商。赛维 LDK 的公司注册地在开曼群岛，主要生产基地位于中国江西省新余市高新技术产业园区，美国子公司则位于加利福尼亚的桑尼维尔，可谓是一家真正意义上的跨国企业。

但目前赛维 LDK 处于临时清算状态，其重组计划由开曼和香港两部分组成。随着开曼部分重组计划获得开曼大法院的通过，赛维 LDK 的关注重点将是推动香港高等法院批准其香港部分的安排计划。

开曼和香港的重组计划将成为赛维 LDK 在美国破产重组的重要依据。据悉，美国破产法院将于 2014 年 11 月 21 日举行听证会，考虑确认重组预定计划及认可赛维 LDK 的开曼群岛和香港的安排计划。

其代表人)出席并投票通过,表示同意该等妥协或安排,且该等妥协或安排经法院批准后,会对所有债权人或股东(或相关类别的股东)以及公司具有约束力。

法院的判令及每份判令的副本须附在公司的章程组织大纲中,并在送达公司注册处后方才生效。

**法律操作层面** 一 基于上述法律实体层面赋予的权利,股东可以通过不同的方式来保障自己的权益。从法律操作的角度看,主要有以下四种途径:

#### 获取公司资料的权利

开曼公司的股东可以从公司注册处获取到公司存档的相关信息,比如,公司注册证书、备忘录和公司章程、注册代理机构的身份及其注册办公地址和可能存有董事人员的详情。

公司股东可以藉由法院命令通过公司注册处等公开的渠道查阅公司的会计账目、合同往来、资产债务等信息。通常,这些会计账目方面的信息须在公司注册处保存五年,只要在五年内都可以查询到相应信息。

作为普通法的司法管辖区之一,开曼公司法允许开曼公司股东藉由“Norwich Pharmacal 令”所体现的原则来获取诉讼前的信息披露。

“Norwich Pharmacal 令”又称“第三方披露令”,于1974年由英国法院的判例而得以确定。这是一个关于信息文档披露的法庭命令。“Norwich Pharmacal 令”在英国、香港、爱尔兰及其他普通法司法管辖区被广泛认可。

该法令赋予公司股东向被动牵涉犯罪行为“无辜”第三方(通常是注册代理机构或中介银行机构)获取文档或信息的权利,以应对诉讼。通常,要求被告的银行披露被告在银行的交易记录、银行流水等。而且,

一般会要求银行不得告知被告,以防其财产转移。

#### 公平公正的清算

开曼公司在五种情况下会被法院予以清算,分别是:

- (1) 公司通过特别决议,同意由法院将公司予以清算;
- (2) 公司注册后一年未开展业务;或已停止营业一年;
- (3) 公司章程约定的公司存续期间到期;或章程约定的任何公司清算情况出现;
- (4) 公司资不抵债;
- (5) 法院有合理理由相信将公司清算是公平公正的。

其中,第(5)种情况便是公平公正的清算。如属根据公平公正理据的呈请,呈请人必须在出具呈请的同时提交要求作出指示的传票。该等指示包括:

- ◆公司是否合适、有能力参与法律程序;
- ◆送达呈请书;
- ◆刊登呈请书广告(如有);
- ◆送达呈请的任何抗辩书;
- ◆文件证据、文件披露和文件查阅方面的指示。

公平公正的清算是普通法下很常见的一种清算形式,比如,香港和BVI都有此类清算的存在。



但开曼公司法并没有对何谓公平公正进行详细界定,其中的关键是说服法院让其相信将公司清算是公平公正的,因此这就需要提出呈请的股东搜集到足够的证据和信息。

对于信息的获取,我们在上面已有说明,此处不再赘述。





## 开曼群岛对清算的司法管辖权

信息来源：开曼群岛公司法（2013）

开曼公司法对何种类型的开曼公司具有司法管辖权做了明确的规定，并对文件如何送达、以及如何任命清算人等都做了相应的规定。

### 第 92 条 - 无偿债能力（现金流）或公平公正

根据开曼公司法注册的公司，在下述四种情况可予以清算：

- (a) 公司通过特别决议，同意由法院将公司予以清算；
- (b) 公司注册后一年未开展业务；或已停止营业一年；
- (c) 公司章程约定的公司存续期间到期；或章程约定的任何公司清算情况出现；
- (d) 公司资不抵债。

### 第 91 (d) 条 - 有关外国公司的清算令

一家公司注册于开曼群岛之外的世界其他地方，如果符合以下条件，也可以对其享有司法管辖权，并将其进行清算：

- 在开曼有财产；
- 在开曼有营运；
- 是有限合伙企业的普通合伙人；或
- 根据公司法第 IX 部注册。

开曼法院可以在清算呈请递交后且发出清算令前的任何时间，指定一位临时清算人或正式清算人。正式清算人必须是居住在开曼群岛的合资格持牌破产产业执业者。外国破产产业执业者也可以作为正式清算人，但需要与合资格破产产业执业者联席共同负责清算。

债权人或公司的股东亦可以根据第 104 (1) 条申请指定临时清算人：

- 这是一个显而易见的 (A Prima-Facie Case) 需要发出清算令的案子；且
- 指定一位临时清算人是必要的；以便于
  - (i) 防止公司资产的耗费或滥用；
  - (ii) 防止对小股东的打压；
  - (iii) 防止公司董事在管理或行为上的不当。

除了公平公正地将公司予以清盘外，根据开曼公司法第 95 (3) 条，法院还可对清盘令作出替代令，所涉及到的内容包括：

- 规管日后进行公司事务的命令；
- 规管公司停止作出或停止继续由呈请人所作申诉的作为的命令，或规定公司作出呈请人申诉公司遗漏作出的作为的命令；
- 授权呈请人以公司名义代表公司按法院可能指示的该等法律条款提起民事法律程序的命令；或
- 由其他股东或公司自身购买公司任何股东的股份作出规定的命令，以及若属于由公司自身购买股份的情况，公司的股本须随之相应削减。

### 不公平损害诉讼

不公平损害诉讼 (Unfair Prejudice Claims) 是指，如果股东可以向法院证明自己受到了不公平待遇，那么，他可以对其他股东提起不公平损害诉讼。不公平损害诉讼的“救济” (Remedy) 方式包括法院命令其他股东购买该股东的股份，或法院命令清算该公司。

和其他诉讼一样，开曼群岛对不公平待遇的诉讼也有很多规定。简单地说，股东应当是少数股东，对公司没有控制权，而大股东正在做有损于少数股东的事情。比如，无视小股东价值、不通知小股东就出售公司的主要资产等。

开曼公司对不公平损害诉讼的救济方式基本上有以下几种：

- (1) 要求公司或任何其他他人购买受到不公平损害股东的股份；
- (2) 要求公司或任何其他他人支付赔偿；
- (3) 为公司指定一位接管人；
- (4) 为公司指定一位清算人 (即清算公司)；
- (5) 其他救济方式 (如：修订公司记录、限制公司行为等)。

但在实际操作中，开曼公司真正进行不公

平诉讼的不多，法院有实际判例的更少。

大多数的案子都是通过仲裁或调解等其他方式来加以解决。这对客户来说未尝不是一件好事。毕竟，对中国客户而言，大老远跑到开曼法院打官司，其成本将非常高昂，反而不如仲裁或调解来得经济、便宜。

### 衍生诉讼

衍生诉讼制度源于英美普通法。在英国普通法时代，判例法固守公司法的大多数规则，严格限制少数股东的诉讼提起权，更不允许他们提起衍生诉讼，这就是著名的“Foss v.Harbottle 案”所确立的规则。

在该案中，少数股东要求公司对董事的不适行为提起诉讼，公司大多数股东在就此问题进行表决时做出不对董事起诉的决定。少数股东不服从该种决议，向法院提起诉讼，要求法院强制该董事对公司承担赔偿责任。

法院认为，该董事的不适行为虽然已使公司遭受损害，但该行为已经因为公司大多数股东的追认而对公司产生了约束力，因此，少数股东不得再对此种行为提起诉讼。法院驳回了少数股东的诉讼。由于该案第一次将是否追究不适行为人法律责任的权利赋予了占公司 51% 表决权的大多数股东，所以，该案的规则亦称为“大多数规则”。

Foss v.Harbottle 一案的规则后来被英美判例法不断地援引，适用于各种案件，并最终成为公司法上的基本规则，对现代各国公司法产生了广泛而深远的影响。但是，如果严格执行这一规则，否定股东的诉讼提起权，则势必将公司大多数股东置于一种绝对的、无可辩驳的地位，这是不公平的，也违反了公司大多数股东的意愿。

为此，英国普通法在确立大多数规则的同时，又通过判例的方式逐渐软化 Foss v.Harbottle 一案的立场，允许少数股东在例

外的情况下以原告的身份对不适行为人提起诉讼。这些例外情况有四种：

- (1) 公司所从事的行为是不法行为或越权行为；
- (2) 公司行为不是根据正当决议通过后实施的；
- (3) 股东的个人性权利受到侵犯时；
- (4) 公司大股东对小股东进行欺诈时。

然而这些例外的情形并未包括衍生诉讼在内。

在美国，与英国 Foss v.Harbottle 一案等同的案件是后来的 Hawes v.City of Oakland 一案。该案亦像英国 Foss 一案那样，否定少数股东的诉讼提起权，除非该种诉讼符合判例法规定的严格规则。Hawes v.City of Oakland 一案出现后不久即引起美国学者的广泛争论。

争论的结果就是美国判例法废除了英国判例法确定的原则；允许少数股东提起衍生诉讼，这就是 1881 年制定的公平规则 94(Equity Rule 94)。该规则规定：



少数股东在为公司提起衍生诉讼时必须首先向公司所有的股东提出正式请求，要求他们对致害人提起诉讼。至此，衍生诉讼作为 Foss v.Harbottle 一案规则的例外情况才开始真正得到法律界的认可。



开曼公司法中没有专门的章节来对衍生诉讼予以明确的规管。但是作为英国的海外属地，开曼群岛“采用”（Adopted）了英国的普通法，也对普通法中的衍生诉讼予以承认。开曼群岛对衍生诉讼的认可，主要是藉由 Foss v.Harbottle 一案规则的例外情况而加以应用的。■



## 开曼群岛法院文件的送达和司法协助

鉴于绝大部分的开曼公司都是用作控股的境外公司（Offshore Company），并不在开曼群岛有真正的营业。因此，开曼的公司法和大法院规则（Grand Court Rules）对如何送达法律文件（特别是送达至开曼群岛以外的其他地区）做了非常明确的规定，详见大法院规则第 11 号令。

在全球范围内，国家或司法管辖区间的法律送达主要根据“海牙送达公约”来实现。海牙送达公约即《关于向国外送达民事和商事司法文书和司法外文书公约》，其英文为“The Convention on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters”。海牙送达公约于 1965 年 11 月 15 日拟定，并于 1969 年 2 月 10 日开始实施。

截止到 2014 年 9 月，签署海牙送达公约的成员共计 68 个。中国于 1991 年加入了海牙送达公约；开曼群岛尚不是海牙送达公约的成员<sup>6</sup>。因此，开曼群岛和中国之间尚不能根据海牙送达公约这一司法途径来送达。尽管开曼群岛不是海牙送达公约的成员，但亦有不少 OFCs 已经加入了海牙送达公约，包括巴巴多斯、巴哈马、塞浦路斯、卢森堡、马耳他、塞舌尔、瑞士等。

根据中国司法部网站的讯息，迄今为止与中国缔结司法协助条约、引渡和移管被判刑人的条约总计 63 个，其中，民商事司法协助的国家为 29 个，分别是：

法国、意大利、西班牙、保加利亚、泰国、匈牙利、摩洛哥、新加坡、突尼斯、韩国、阿联酋、波兰、蒙古、罗马尼亚、俄罗斯、土耳其、乌克兰、古巴、白俄罗斯、哈萨克斯坦、埃及、希腊、塞浦路斯、吉尔吉斯、乌兹别克、越南、老挝、立陶宛、朝鲜。

当我们在准备这篇方块知识的时候，在开曼群岛的法院官方网站发现了一个很有意思的事情：唯一出现在开曼群岛司法协助名单上的法例竟然是 92 年前（1922 年 8 月 5 日）扩展适用于开曼群岛的“Treaty Relating to Principles and Policies to be Followed in Matters Concerning China<sup>7</sup>”，要知道当时还是中华民国！这委实让人有些意外，但细细一想倒没有什么值得大惊小怪的——这不正好印证了我们上文所说的开曼法律的古老与现代并存吗？

注释：

<sup>6</sup> 来源：英文维基百科中“Hague Service Convention”词条，详见 [http://en.wikipedia.org/wiki/Hague\\_Service\\_Convention](http://en.wikipedia.org/wiki/Hague_Service_Convention)。

<sup>7</sup> 详见：<https://www.judicial.ky/home/director-of-public-prosecutions/conventions-and-treaties/multilateral-treaties>。