

CHARLTONS

易周律师行



通讯 - 香港法律

2017年5月

借壳持牌、核心职能主管及高级管理层的法律责任

根据证券及期货事务监察委员会（证监会）的规定，愿意支付溢价来收购现有持牌法团以“借壳持牌”的买方不能避免责任及法律责任，因任何参与持牌法团管理的人士都必须为其违规行为承担法律责任，而证监会可行使其纪律处分权力制裁他们。

证监会认为，持牌法团的高级管理层包括（除其他成员外）：

- a. 法团的董事；
- b. 法团的负责人员；及
- c. 核心职能主管。

证监会于 2017 年 4 月 18 日落实核心职能主管制度。持牌法团递交其核心职能主管资料及其组织架构图的期限是 2017 年 7 月 17 日，向证监会递交须获发牌为负责人员的某些核心职能主管的申请期限是 2017 年 10 月 16 日。

“借壳持牌”

证监会执行董事梁凤仪女士于 2017 年 5 月 4 日发表有关 证监会因时制宜的监管策略之演讲¹。梁女士于该演讲中概述

¹ http://www.sfc.hk/web/TC/files/ER/PDF/Speeches/Julia_04052017_chi_r.pdf

有愈来愈多来自内地，且在香港的证券业并无任何经验的人士寻求在香港成立或收购经纪行及资产管理公司。梁女士说明：“一些业务规模小及不活跃的公司以数百万元的代价在市场放售。这些安排还包括以每月数万元的薪金聘请两名纯粹在名义上担任负责人员而无需到办公室上班的人士。”

梁女士亦继续说明：“控制该公司的非持牌人或许以为，他们可以管理公司而无须为其行为承担任何后果。这是一种误解，因为任何参与管理持牌法团的人士都必须为其违规行为承担法律责任，而证监会可行使其纪律处分权力惩处他们。若法团和受雇负责人员并非真正经营受规管活动的业务，证监会可以撤销他们的牌照。”

上述现象表明，买方可能愿意支付溢价来收购现有持牌法团以“借壳持牌”：

- a. 以避免申请新牌照涉及的若干时间及成本；或
- b. 因其忧虑其可能不符合领牌资格标准；或
- c. 因其欲避免持牌人（尤其负责人员）须承担的责任及潜在的法律风险。

然而，正如梁女士的演讲所指出，买方不能避免责任及法律

CHARLTONS

易周律师行

通讯 - 香港法律

2017年5月

责任, 因为任何参与管理持牌法团的人士都必须为其违规行为承担法律责任, 而证监会可行使其纪律处分权力来制裁他们。

“高级管理层”的涵义

证监会于 2016 年 12 月 16 日发布《致持牌法团有关加强高级管理层问责性的措施的通函》² (该《通函》) 旨在:

- a. 表明证监会对于谁人应被视为持牌法团高级管理层成员的看法;
- b. 提升高级管理层对其监管责任及潜在法律责任的认知;
- c. 表达证监会一般预期高级管理层的若干成员应寻求证监会核准他们成为负责人员;
- d. 概述持牌法团董事会 (董事会) 的若干角色及责任; 及
- e. 就持牌法团 (或申请牌照的法团) 应在人力资源及组织架构方面呈交的资料, 提供更多指引。

根据该《通函》, 证监会认为, 持牌法团的高级管理层包括 (除其他成员外):

- a. 法团的董事;
- b. 法团的负责人员; 及
- c. 核心职能主管。

以上三种类别的职位不一定要分别由不同人士担任。例如, 某人可同时担任持牌法团的董事、负责人员及核心职能主管。

董事

《证券及期货条例》(香港法例第571章) (证券条例) 附表1对“董事”所作的定义包括幕后董事, 及身居董事职位的人 (不论该人实际职衔为何)。证券条例对“幕后董事”所作定义为在法团董事惯于或有义务按照某人的指示或指令行事的情况下, 指该人, 但如某人以专业身分提供意见而董事按该等意见行事, 则该人不得仅因此而视为幕后董事。

负责人员

负责人员是证券条例第126条规定的获核准为负责人员以监管其所隶属的持牌法团受规管活动的持牌代表。

核心职能主管

根据该《通函》, “核心职能主管”一词指获持牌法团委任为 (单独或连同其他人) 主要负责管理该法团以下任何职能 (称为核心职能) 的人士:

- i. 整体管理监督
- ii. 主要业务
- iii. 营运监控与检讨
- iv. 风险管理
- v. 财务与会计
- vi. 资讯科技
- vii. 合规
- viii. 打击洗钱及恐怖分子资金筹集

² <http://www.sfc.hk/edistributionWeb/gateway/TC/circular/openFile?refNo=16EC68>

关于核心职能的详细解释, 请参阅本法讯附录。

CHARLTONS

易周律师行

通讯 - 香港法律

2017年5月

在决定某人是否某项特定核心职能的核心职能主管时，持牌法团应考虑该名人士在该项核心职能上的表面或实际权力。例如，若某人具备以下一项或多项特质，便可能是某项特定核心职能的核心职能主管：

- 在法团内身居某职位，而该职位的权力足以令该名人士对该项核心职能的执行施加重大影响；
- 有权力就该项核心职能作出决定（例如承担在预设范围或限额之内的业务风险）；
- 有权力就执行该项核心职能的特定部门、科组或职能单位分配资源或承担开支；及
- 有权力在高级管理层会议或与外界人士的会议等场合代表执行该项核心职能的特定部门、科组或职能单位。

持牌法团亦应考虑该名人士的资历。就此而言，证监会一般期望核心职能主管应：

- 直接向法团董事会或承担法团整体管理监督职能的核心职能主管汇报；及
- 对董事会或承担整体管理监督职能的核心职能主管所设定的业务目标的执行或成效负责。

核心职能主管不必是持牌法团的雇员。但是，由于他们在持牌法团内担当掌权职位，故不会是仅提供外判服务的外界人士。他们可以身处香港或海外。此外，视乎他们就法团业务所执行的特定职能而定，他们不一定是根据证券条例获发牌的人士。

但是，一般而言，证监会预期负责整体管理监督职能及主要业务职能的核心职能主管应为其所监督的受规管活动的负责人员。因为在大多数情况下，负责该等核心职能的核心职能主管都会积极参与或负责直接监督受规管活动的业务。不过，证

监会并没有要求这两项核心职能以外的核心职能主管须为负责人员。证监会亦无规定每名负责人员均须为核心职能主管。

根据该《通函》附录1，整体管理监督职能负责对法团整体营运的有效管理进行日常指导及监督。该等主要责任可能包括：

- 制订法团的业务模式及相关目标、策略、组织架构、监控措施及政策；
- 制订及推动稳健的企业管治常规、文化及道德操守；
- 执行经董事会批准的业务目标、策略及计划并监察其落实情况，及监察组织架构和监控措施的成效。

该职能的核心职能主管的例子：行政总裁、董事长。

主要业务职能负责指导及监督由一类或多类受规管活动组成的业务。该职能的核心职能主管的例子：投资总监、证券部主管、企业融资部主管、首席分析员、基金推广部主管。

核心职能主管制度的时间表

2017年4月18日	证监会开始接纳所有持牌法团及新法团牌照申请人提交的核心职能主管资料及组织架构图。
2017年7月17日	持牌法团经证监会电子服务网站提交有关其核心职能主管的资料及组织架构图的期限。
2017年10月16日	向证监会递交须获发牌为负责人员的某些核心职能主管的申请期限。

CHARLTONS

易周律师行

通讯 - 香港法律

2017年5月

证监会要求现有持牌法团经证监会电子服务网站提交其核心职能主管资料及其组织架构图。其后若有任何更改，亦应经证监会电子服务网站向证监会提交。

于2017年7月17日或之前须提交予证监会的核心职能主管资料之详情可参阅该《通函》“G部 - 董事会的角色及责任”以及“H部 - 提交管理架构的资料”。

若持牌法团对其核心职能主管的委任有任何更改(包括任何新委任或终止委任)，或其核心职能主管的详情有任何更改，应在该等更改发生后七个营业日内将更改的详情通知证监会。

持牌法团或法团牌照申请人的董事会应确保向证监会提交的资料是完整及准确的。根据证券条例第383或384条，任何人提供虚假或具误导性的资料以支持牌照申请，或就通知书提供虚假或具误导性的资料(视乎情况而定)，即属犯罪。

核心职能主管制度之分析

除非新的个人拥有人意图成为被动投资者，如其参与持牌法团的受规管活动，其或其代表将需向证监会申请牌照。进一步来说，如其或其代表为整体管理监督职能及/或主要业务职能的核心职能主管，则其须获核准为负责人员，而不考虑其是否获委任为董事。

在考虑现任或将出任整体管理监督职能的核心职能主管的负责人员申请时，证监会会就申请人能否通过《胜任能力的指引》内所载的行业经验要求而对申请人在业界的整体工作经历、拟进行的活动，以及持牌法团可运用的资源(包括系统及专业知识)等事宜作出全面评核。

如申请人已长时间担任高级职位管理某个监控或营运职能(例如风险管理、合规、财务或营运监控)，即使该名人士没有进行或直接监督该受规管活动的经验，亦可能获核准成为负责人员，惟须受适当的发牌条件所规限。一般在这种情况下，可能施加的发牌条件会规定该名人士应与另一名完全胜

任的负责人员共同行事。当积累了足够的受规管活动经验后，该名人士可根据证券条例第134(1)条申请宽免遵守该项发牌条件。

证监会将会根据具体事实考虑每宗要求成为负责人员的申请或要求宽免的申请。于任何情况下，董事、负责人员及核心职能主管均是高级管理层的成员，并对有关持牌法团的操守承担法律责任。

高级管理层的法律责任

根据证券条例第IX部，如某受规管人士犯失当行为或曾在任何时间犯失当行为，或被认为并非担任或留任同一类受规管人士的适当人选，则证监会可行使其纪律处分的权力，制裁该名人士。“受规管人士”一词指属或曾在有关时间属以下任何类别人士的人：

- a. 持牌人；
- b. 持牌法团的负责人员；或
- c. 参与持牌法团的业务的管理的人(不论该名人士是否持牌人)。

根据该通函，持牌法团的高级管理层的所有成员(即使并非持牌人)因参与持牌法团的业务的管理，故此均属受规管人士。如以上所述，证监会认为持牌法团的高级管理层包括其董事、负责人员及核心职能主管。

CHARLTONS

易周律師行

通讯 - 香港法律

2017年5月

如某持牌法团因作出某行为, 而犯失当行为或曾在任何时间犯失当行为, 而该行为是在参与该持牌法团的业务的管理的人的同意或纵容下发生, 或是可归因于该名人士的怠忽的, 则该名人士亦犯失当行为(证券条例第193(2)条)。作为持牌法团的高级管理层的成员, 其“应承担的首要责任, 是确保商号能够维持适当的操守标准及遵守恰当的程序”(《证券及期货事务监察委员会持牌人或注册人操守准则》第9项一般原则³)。该等人士, 包括董事、负责人员及核心职能主管在内, 均须对持牌法团的失当行为承担法律责任, 证监会亦有权对该等人士采取纪律行动。

证监会执行高级管理层的问责性

在2017年5月发布的执法通讯⁴中, 证监会述明其将继续运用证券条例所赋予其的所有执法权力, 以确保董事及高层人员对他们的行为负责。为了落实新的执法方针, 证监会成立了专责队伍, 协助其尽可能以具效率和效益的方式行事, 并于预期结果仍能产生作用时采取执法行动。因此, 持牌法团的高级管理层应完全知悉其法律责任及其将因持牌法团的任何违规及/或失当行为被证监会问责及承担法律责任。

3 <http://www.sfc.hk/web/TC/assets/components/codes/files-current/zh-hant/codes/證券及期貨事務監察委員會持牌人或註冊人操守準則/證券及期貨事務監察委員會持牌人或註冊人操守準則.pdf>

4 http://www.sfc.hk/web/TC/files/ER/Reports/Enforcement%20Reporter/Enforcement%20Reporter_CHI_24%20May%202017_final.pdf

CHARLTONS

易周律师行

通讯 - 香港法律

2017年5月

附录

就持牌法团而言,“核心职能”由以下八项职能组成:

核心职能	说明
整体管理监督	此职能负责对法团整体营运的有效管理进行日常指导及监督 主要责任可能包括: • 制订法团的业务模式及相关目标、策略、组织架构、监控措施及政策; • 制订及推动稳健的企业管治常规、文化及道德操守; • 执行经董事会批准的业务目标、策略和计划并监察其落实情况,及监察组织架构和监控措施的成效。 例子#: 行政总裁、董事长
主要业务	此职能负责指导及监督由一类或多类受规管活动组成的业务 例子#: 投资总监、证券部主管、企业融资部主管、首席分析员、基金推广部主管
营运监控与检讨	此职能负责: • 就法团的营运建立及维持完善及有效的监控制度; • 检讨法团上下有否遵从内部监控制度、及有关制度的完善程度和效用 例子#: 营运总监、营运部主管、内部稽核部主管

CHARLTONS

易周律师行

通讯 - 香港法律

2017年5月

风险管理	此职能负责识别、评核、监察及汇报法团的营运所引起的风险 例子#: 风险总监、风险管理部主管
财务与会计	此职能负责确保适时和准确地进行财务汇报及有关法团的经营业绩和财务状况的分析 例子#: 首席财务官、财务总监、财务董事
资讯科技	此职能负责设计、开发、操作及维护法团的电脑系统 例子#: 资讯总监、资讯科技部主管
合规	此职能负责: • 设立各项政策及程序, 以遵守法团营运所在的司法管辖区的法律及监管规定; • 监察法团在既定政策及程序方面的合规情况; • 向董事会及高级管理层汇报合规事宜 例子#: 合规总监、法律及合规部主管
打击洗钱及恐怖分子资金筹集	此职能负责建立及维持内部监控程序以免法团牵涉于洗钱活动或恐怖分子资金筹集 例子#: 防止金融罪行部主管、合规部主管

以上的职衔例子仅作说明用途, 并非详尽无遗。持牌法团无须委任具备相同职衔的人士为核心职能主管。然而, 法团应至少有一名人士管理上表所述的每项核心职能, 而持牌法团可采用任何其认为适当并与该核心职能主管的职位和职责相配的职衔。

CHARLTONS

易周律师行

Best Boutique Firm 2016

Asian Legal Business Awards

此通讯仅为提供相关资料信息之用，其内容并不构成法律建议及个案的法律分析。

此通讯的发送并不是为了在易周律师行与用户或浏览者之间建立一种律师与客户之关系。

易周律师行并不对可从互联网获得的任何第三方内容负责。

如果您不希望收到该法讯，请电邮
unsubscribe@charltonslaw.com 告知我们

香港皇后大道东43-59号
东美中心12楼
电话: 852 2905 7888
传真: 852 2854 9596
www.charltonslaw.com