

香港交易所上市決策

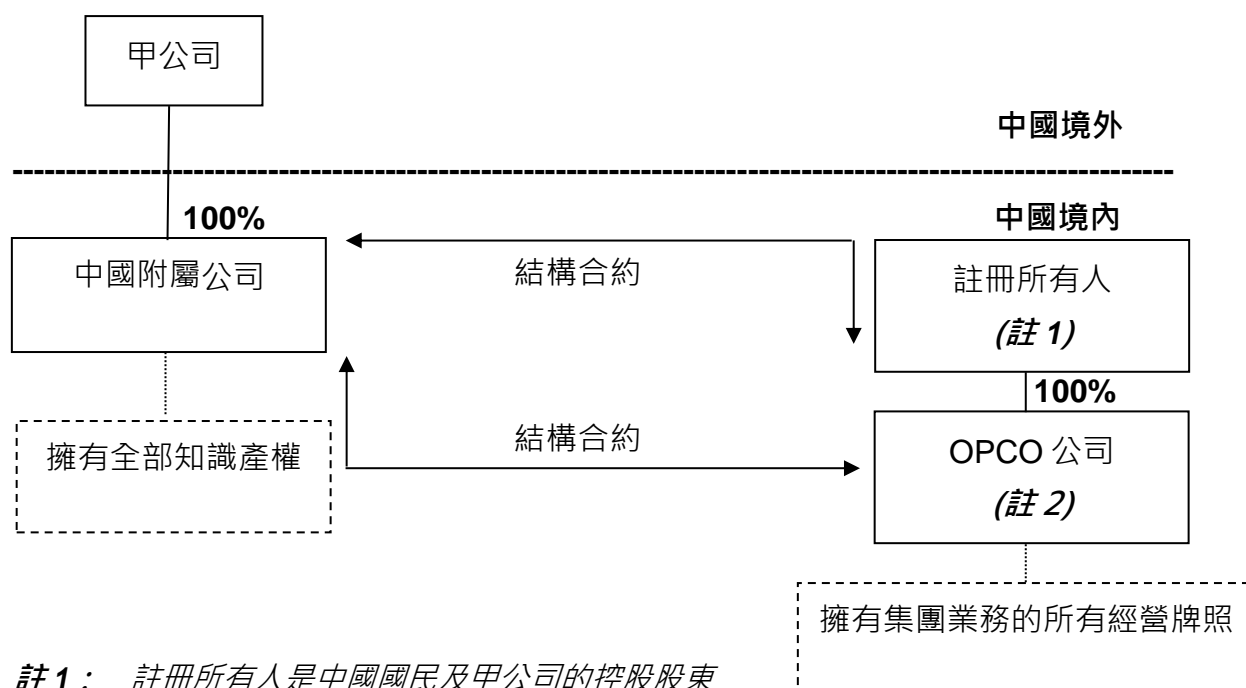
HKEX-LD43-3 (2005 第一季刊發、於 2011 年 11 月、2012 年 8 月、11 月及 12 月、2013 年 11 月、2014 年 4 月、2015 年 8 月、及 2018 年 2 月及 4 月更新)

摘要	
涉及人士	甲公司 – 主板上市申請人 集團 – 甲公司及其附屬公司 中國附屬公司 – 甲公司的附屬公司，其絕大部分業務在中國境內 OPCO 公司 – 由註冊所有人擁有及由甲公司透過合約安排控制的公司 註冊所有人 – OPCO 公司股東
事宜	甲公司、其中國附屬公司、OPCO 公司及註冊所有人之間有多項以合約為本的結構安排 (「合約安排」或「結構性合約」) 。由於甲公司在中國營業時是有關安排的其中一方，那究竟甲公司會否因為合約安排的相關法律問題而被視作不適宜上市？
上市規則	第 1.01 條及第 8.04 條
議決	聯交所確定合約安排不會導致甲公司不適宜上市

實況摘要

1. 甲公司是於香港境外註冊成立。集團在中國經營業務，但中國規例限制外資參與其所屬行業。
2. 因此，集團並不擁有在中國經營有關業務所需的牌照。不過，集團採取「合約安排」，有關安排旨在取得第 4 段所列的各種權利。合約安排對甲公司、中國附屬公司、OPCO 公司及註冊所有人均有約束力。

3. 下圖所示概括有關合約安排：



註1：註冊所有人是中國國民及甲公司的控股股東

註2：OPCO 公司於中國成立

4. 保薦人表示，合約安排之設是專為賦予集團下列各項：

- a. 享有 OPCO 公司所有經濟利益、可管控 OPCO 公司的營運，及可防止資產價值流失予 OPCO 公司的股東的權利；
- b. 透過 OPCO 公司的轉讓獲得所有知識產權；
- c. 有權按現行會計原則把 OPCO 公司的財務業績綜合計算，一如集團的全資附屬公司一樣；
- d. 在中國法律批准下，有權以名義價格或預付金額購入 OPCO 公司的股權及 / 或資產；以及
- e. 透過註冊所有人擁有的 OPCO 公司股份，取得 OPCO 公司股份作為抵押品的優先權利，以此作為合約安排妥善運作的保證。

5. 保薦人確認甲公司已符合《上市規則》下所有上市條件（已取得的豁免除外），並

毋須因合約安排而更改有關確認。保薦人擬在上市文件內全面披露合約安排的詳情。

6. 甲公司的中國法律顧問發表意見表示：合約安排符合中國法例、規則及規定，包括那些適用於甲公司、中國附屬公司及 OPCO 公司業務的法例、規則及規定；同時亦符合中國附屬公司組織章程的規定。
7. 甲公司的申報會計師確認其有權按現行會計原則把 OPCO 公司的財務業績綜合計算，一如集團的全資附屬公司一樣。

考慮事宜

8. 由於甲公司在中國營業時，為甲公司、中國附屬公司、OPCO 公司及註冊所有人之間所訂合約安排的其中一方，那甲公司會否因為合約安排的相關法律問題而被視作不適宜上市？

適用的《上市規則》或原則

9. 《上市規則》第 1.01 條訂明「附屬公司」包括「任何根據適用的《香港財務匯報準則》或《國際財務匯報準則》，以附屬公司身份在另一實體的經審計綜合賬目中獲計及並被綜合計算的任何實體。」
10. 第 8.04 條訂明發行人及其業務必須是本交易所認為適合上市的業務。

分析

11. 聯交所按《上市規則》第 8.04 條的規定考慮甲公司是否適宜上市時，已審核集團的業務（包括合約安排的採用）是否符合所有適用的法例及規定。
12. 在審核過程中，聯交所繼續採用以披露為本的現有做法。據此，甲公司的保薦人及董事均須提出有力的資料證據，清楚證明甲公司實際上已真誠符合所有相關中國法例及規定。如甲公司能夠履行此責任，甲公司不會因為合約安排的理由而被當作不適宜上市。
13. 就這宗個案而言，聯交所採用下列的審核標準：
 - a. 嚴格詮釋《上市規則》及上市部政策；
 - b. 合約安排的設計應嚴限於達致上市申請人的業務目標，以及把與相關中國法規出

現衝突的可能性減至最低。上市申請人須盡可能證明已確實盡力遵守相關法規。如證據顯示相反情況，則合約安排被視作違反相關法規的風險當會較高；

- c. 聯交所將普遍審查與上市申請人有關的所有相關事實及情況，包括審查其合法及守規紀錄（如有）、管理機制及企業管治常規、其在維護股東權益方面的紀錄及財政資源，以確保上市申請人符合所有適用法規。如發現上市申請人的業務中有重大不明朗因素，聯交所將需要就有關安排尋求更大的保證；及
 - d. 如可以提供而又實際可行，上市申請人須向有關監管機構索取適當的監管確認。如沒有此等監管確認，上市申請人的法律顧問須作出聲明，表明根據其法律意見，其已採取所有能夠採取的行動或步驟以達到其當時的法律意見。聯交所諮詢上市申請人及保薦人後，亦可考慮接受其他相關形式的保證。
14. 根據保薦人所提交的意見（符合中國法律顧問及有關申報會計師的專業意見），甲公司已證明其已符合上述規定。因此，聯交所認為合約安排是合法及有約束力的，而且甲公司有能力確保合約安排的妥善運作。考慮到合約安排會在上市文件中作出詳細披露，聯交所裁定甲公司或其業務不會因為採用合約安排而被視作不適宜上市。

議決

15. 聯交所考慮甲公司的上市申請時，仍繼續採取以披露為本的監管方針。根據主要事實及所提出的中國法律意見，聯交所裁定甲公司已證明合約安排的合法性及甲公司能夠確保合約安排的妥善運作。只要甲公司在上市文件中適當披露合約安排及相關風險，聯交所認為甲公司及其業務是適宜上市的業務。

其後事態發展

16. 上市委員會在 2011 年檢討時確定可在全面考慮採納合約安排（普遍亦稱結構性合約或 VIEs）的原因後，以及在本上市決策的條件規限下，按個別情況接納合約安排的做法（**2011 年 11 月新增內容**）。

- 16A. 所有上市申請人無一例外（包括申請轉至主板的 GEM 上市公司），不論採用合約方式經營業務的收入或盈利或其他方面對上市申請人重要與否，均須嚴限其合約安排。這意味着除第 16B 及 16C 段所述外，上市申請人只可於必要的情況下以合約安排解決任何外資擁有權的限制，否則上市申請人必須直接持有 OPCO 公司的最大許可權益。為免生疑問，即使上市申請人可透過直接持有 OPCO 公司的股權而控制該公司（譬如直接

持有逾 50% 股權) · 該公司其餘不能由上市申請人直接持有的股權 · 仍可通過合約安排持有 (2013 年 11 月新增 · 於 2018 年 4 月修訂) 。

16B. 若 OPCO 公司因涉及外資擁有權而須取得批准及符合額外的資格標準 (「其他規定」) · 上市申請人必須符合該等其他規定。上市申請人須在呈交上市申請前先行尋求並取得直接持有 OPCO 公司的最大權益所需的監管批准 · 除非負責審批的監管機關確認 · 即使上市申請人符合其他規定 · 其亦因下列理由而不會或不能發出批准：

- a. 沒有批准的審批程序或指引；或
- b. 政策原因。

(第 16B 段於 2014 年 4 月新增 · 於 2018 年 4 月修訂)

16C. 若負責審批的監管機關並無提供明確程序或指引 · 而上市申請人能令聯交所信納其已按其法律顧問的意見於呈交上市申請前 · 合理評估所有適用規則的規定 · 調撥財務及其他資源並實行法律顧問的所有建議 · 則上市申請人可直接持有少於 OPCO 公司的最大許可權益。僅僅有意圖、承諾或計劃實行有關建議並不足夠 (2018 年 4 月新增內容) 。

17. 若並無外資擁有權的限制 · 上市申請人不得採用合約安排方式經營業務 (2011 年 11 月新增 · 於 2018 年 4 月修訂) 。

18. 除第 13 段所述事宜外 · 聯交所同時要求採用合約安排的上市申請人及 / 或其保薦人：

- a. 提供其在業務營運中採用合約安排的原因；
- b. 當法律允許上市申請人無須採用合約安排方式經營業務時 · 終止合約安排。OPCO 公司的登記股東必須承諾 · 在不抵觸相關法律及規例的前提下 · 在終止合約安排時 · OPCO 公司登記股東必須將其收到上市申請人在收購 OPCO 公司的股份時所付出的任何代價交回上市申請人；此承諾必須在上市文件內披露 (2013 年 11 月修訂內容) ；
- c. 確保合約安排：
 - (i) 包括一項授權文件 · 即 OPCO 公司股東授予上市申請人董事及其繼任人 (包括取代上市申請人董事的清盤人) 行使 OPCO 公司股東所有權力 (包括在股

東大會上表決、簽署會議紀錄以及將文件送交有關公司註冊處存檔等)。OPCO 公司股東應確保授權文件不帶任何潛在利益衝突。若 OPCO 公司股東是上市申請人的人員或董事，授權文件應授予該上市申請人，而就合約安排作出的行動必須由該些並非 OPCO 公司股東的上市申請人的人員或董事決定；

(ii) 載有解決爭議的條款：

- 訂定仲裁條款，以及給予仲裁員權力作出以 OPCO 公司的股份或土地資產作為補償的頒令、禁制令（如為進行業務或為強制轉讓資產需要）或 OPCO 公司的清盤令；
- 在等待組成仲裁庭期間或在適當情況下，給予所屬司法權區的法院權力，使其有權頒布臨時措施以支持仲裁的進行，並應為此列明香港法院、上市申請人註冊成立地、OPCO 公司註冊成立地以及上市申請人或 OPCO 公司主要資產所在地為具司法管轄權；及

(iii) 涵蓋處理 OPCO 公司資產的權力，即不單單涵蓋管理其業務的權利及取用收入的權利。此旨在確保清盤人在按合約安排行事時，能為上市申請人的股東或債權人取得 OPCO 公司的資產。

(第 18 段於 2011 年 11 月新增)

18A. 若相關法律及規例具體訂明不容許外商投資者使用任何協議或合約安排去控制或營運個別限制外商投資業務（譬如中國的網絡遊戲業務，受中國新聞出版總署第 13 號通知¹規管），法律顧問對合約安排的意見中必須包括一項正面確認，確定有關合約安排的使用並不違反該等法律及規例，或確定有關合約安排不會在該等法律及規例下被視為失效或無效。此法律意見須有適當監管機構作出的保證支持（如可能），以證實有關合約安排的合法性（**2013 年 11 月新增內容**）。

19. 在全部或部分業務中使用合約安排的上市申請人應在其上市文件披露以下關於合約安排的資料：

¹ 中華人民共和國新聞出版總署、國家版權局及全國「掃黃打非」工作小組辦公室 2009 年 9 月 28 日聯合發布的《關於貫徹落實國務院〈「三定」規定〉和中央編辦有關解釋，進一步加強網絡遊戲前置審批和進口網絡遊戲審批管理的通知》（新出聯[2009]13 號）（不時修訂）

- a. 有關 OPCO 公司登記股東的詳情，並確認上市申請人已採取適當安排保障其在 OPCO 公司登記股東身故、破產或離婚時的利益，以避免於執行合約安排時可能遇上的實際困難。
- b. 上市申請人對於處理上市申請人與 OPCO 公司登記股東之間的潛在利益衝突的安排，尤其是這些股東本身具上市申請人職員及董事的身份。
- c. 何以董事相信授予上市申請人於 OPCO 公司獲得重大控制權及經濟利益的每份結構性合約均可根據有關法律及規例有效執行。
- d. 上市申請人作為 OPCO 公司主要受益人所承擔的經濟風險；上市申請人分佔 OPCO 虧損的方式；上市申請人必須向 OPCO 公司提供財務支持的條件及情況，及其他可令上市申請人面對虧損的事件或情況。
- e. 截至現時為止，上市申請人有否在根據合約安排透過 OPCO 公司經營業務的過程中遇到任何監管機關的干涉或阻礙。
- f. 於行使對 OPCO 公司之收購權時之限制，並以獨立之風險因素解釋這些限制，以及闡釋此等股權轉讓仍可能涉及巨額資金及費用。
- g. 在「法定及一般資料」一節內將合約安排列作重大合約，並把合約安排登載於上市申請人網站 (**2012 年 11 月修訂內容**)。
- h. 在「概要」一節內以公司架構圖表展示合約安排及運作模式，及利便投資者檢視及理解有關安排。
- i. 披露就合約安排相關的風險所購買之任何保險之詳情，或清楚披露這些風險未有任何保險涵蓋 (**2012 年 12 月新增內容**)。
- j. 若上市申請人在 OPCO 公司以外尚有從其他附屬公司取得收入，則須獨立披露從結構性合約所產生的收入 (**2013 年 11 月新增內容**)。
- k. 若 OPCO 的營運在中國境內，須披露由中國法律顧問作出的正面確認，確定有關合約安排不會在中國合同法下被視為「以合法形式掩蓋非法目的」而定作無效 (**2013 年 11 月新增內容**)。

(第 19 段於 2012 年 8 月新增)

20. 在上市文件中有關合約安排的披露應遵循以下指導性原則：

- a. **章節之間的處理** — 為避免不同章節中之重複披露，例如合約安排所衍生的關連交易、OPCO 公司之綜合基準及合約安排之有關條款等等，有關合約安排的披露（風險因素除外）應整合成一個獨立章節。適當引述相關章節作參考應已足夠。
- b. **風險因素** — 將所有相關風險因素置於一個適合的標題下，例如「有關公司結構的風險」。此外，上市文件應至少包括以下與合約安排相關的風險因素：
 - (i) 政府或裁定合約安排不符合相關法規；
 - (ii) 合約安排未必能提供與直接擁有權相同效力的控制權；
 - (iii) 國內股東或會與上市申請人有潛在利益衝突；及
 - (iv) 合約安排或會被稅務機關裁定須繳付額外稅項。

(第 20 段於 2012 年 8 月新增，於 2013 年 11 月修訂)

中華人民共和國外國投資法草案

背景

21. 本上市決策部分建基於合約安排乃符合內地法律、規則及規例，以及結構性合約乃合法及具約束力的結論，上文第 6、13(d)、14 及 15 段可以證明。
22. 商務部於 2015 年 1 月就新的中華人民共和國外國投資法（「**外國投資法**」）公布草案（「**外國投資法草案**」）徵求意見稿後，市場對於以結構性合約持有受外資擁有權規限的內地業務權益是否合法及有效的疑慮有所增加。申請人如使用結構性合約持有內地業務權益，宜預先聯絡聯交所就少遇見的問題尋求非正式及保密指引（**2018 年 4 月修訂內容**）。

採取的措施（如有）

23. 由於外國投資法終稿的實施及措辭尚未確定，在中國有 VIE 業務的上市申請人應徵詢中國法律意見，再決定採取何等措施（如有）減低任何潛在風險。

24. 上市申請人決定採取措施與否，均須在上市文件中披露採取該做法的理由。
25. 若上市申請人決定採取某些措施，亦須在上市文件中加載適當的風險因素，列明由於外國投資法尚未定稿，其終稿的規定可能有別於外國投資法草案內列出的規則，有關措施未必有效。
26. 在中國有 VIE 業務的上市申請人亦應在上市文件中披露下列事項（並在「概要」及「風險因素」兩節中特別標明）：
- a. 指引信 HKEX-GL86-16 對外國投資法草案的描述及該法的實施狀況。
 - b. 風險因素，用於(i)解釋外國投資法草案現僅屬初稿；(ii)參引外國投資法草案的描述；(iii)指明若外國投資法最終生效而上市申請人不能符合該法的最終稿，上市申請人可能要出售結構性合約中的 VIE 業務；及(iv)指明若出售該等業務後上市申請人不再有可持續的業務，聯交所可將其除牌。
 - c. 聲明，若出現下列情況時上市申請人將會盡早披露：(i)外國投資法草案有變更而對上市申請人有重大不利影響；及(ii)外國投資法最終定稿實施，其終稿的明確描述及分析、上市申請人為完全符合外國投資法最終稿而採取且有中國法律意見支持的特定措施，以及外國投資法最終稿對上市申請人營運及財務狀況的任何重大影響。
27. 若上市文件顯示上市申請人將在上市後收購或設立 VIE 業務，聯交所將對上市申請人應用上述指引。

持續發展

28. 聯交所認識到外國投資法草案仍可能有變動，其將繼續留意有關發展，並在適當時更新本文件。

(第 23 至 28 段於 2018 年 4 月新增)