

## Litigation funding in British Virgin Islands liquidations: practical guidance for liquidators - Simplified Chinese

Insights - 05/06/2023

在BVI, 目前并没有监管第三方诉讼资金的立法框架。直到最近, 由于缺乏这样的框架, 许多人认为针对助讼和包揽诉讼的限制在实际层面上仍然运作, 以阻止诉讼当事人从第三方筹集资金来进行起诉或抗辩。在 *Crumpler v Exential Investments Inc* (BVIHC(COM) 2020/0081; 2020年9月29日) 中, Jack 法官澄清, 第三方资助的安排在BVI是可行的。

这方面的先例虽然有限, 但目前看来, 并非所有诉讼资金都一定会获得法院批准。尽管第三方诉讼资助不再与法律抵触, 但法院仍负有责任防止带有自利性质的诉讼鼓励。因此, 诉讼资助必须是负责任的, 也就是说, 它不得将对诉因的起诉控制权让予给出资人, 并且出资人必须有能力负担与其资助诉讼金额相等的不利成本。(参见 *Leremeieva v Estera Corporate Services (BVI) Ltd* (BVIHCM 2017/0118; 2019年4月4日))

在清盘的情况下, 无论公司有偿付能力还是资不抵债, 清盘人都可能需要考虑为诉讼寻找资金来源。本文将探讨清盘人在这种情况下的可行选择, 根据BVI法律清盘人有什么职责、该如何考虑这些选择, 以及清盘人可以采取哪些实际步骤来保障他们的地位。

### | 受信责任

清盘人是法例下的独特产物。他们在很多方面就像债权人团体的受托人(尽管没有托管财产)。根据 2003 年《破产法》任命的清盘人为法院代表, 但根据 2004 年《商业公司法》任命时, 则并非如此。清盘人支配着他们的委托人, 但无论是商业公司法和破产法任命的清盘人, 都仅是公司的代理人。尽管难以将清盘人一一分类, 但一如大众所知, 他们对公司和债权人团体均负有受信责任。在清盘中, 清盘人的受信责任, 无论是商业公司法还是破产法任命的清盘人, 都包括以诚实和合理的方式行事, 以及以公司和公司债权人整体的最大利益为头等义务。

### | 对债权人的谨慎责任

清盘人应行使自己的独立判断，并利用他们的知识和经验做出商业和行政决定。但是，如果清盘人决定在清盘中出售公司的资产，则他们对交易的时机和估值亦负有谨慎责任。

在 *Brewer v Iqbal* [2019] BCC 746 案中，英国高等法院裁定管理人因未有听取公司经营相关（且高度专业化）行业的专家建议而违反了注意义务，其具体表现为：

- 未能在出售前对公司资产进行适当估值
- 未能通过适当的广告宣传将这些资产推向市场

清盘人在行使其权力时拥有高度的自由裁量权，但 *Brewer* 提醒，该等自由裁量权并非毫无限制。专业建议并不总是必要的，但在某些情况下，未能取得此类建议足以使清盘人的决策过程受到质疑。

## 厘清诉因

假设所有 BVI 清盘都以相同方式运作是不正确的。根据不同的立法，可以有多种对公司任命清盘人的方式。清盘甚至可能在其过程中从一种形式过渡到另一种形式。因此，清盘人在以其被任命的公司的名义开始任何诉讼前，应仔细考虑自身的确切身份和权力。

在根据《破产法》进行的强制清盘中，任命公司清盘人的法院命令通常会规定，清盘人必须获得法院批准才能以公司的名义代表公司开始、继续、中止或辩护任何法律程序。然而，《破产法》实际上并没有这样的明文规定；尽管这是通常的做法，法院有权酌情决定是否批准此等诉求。因此，法院任命的清盘人必须谨慎审视任命他们的法院命令，以确定职责范围内的哪些权力需要进一步法院批准。这些命令通常不会要求清盘人在开始法律程序之前取得法院批准。

如果清盘人在行使权力之前必须获得法院批准，则是否行使该权力的决定权实际上已交给法院（参见 *Greenhaven Motors Limited* [1999] BCC 463 和 *Phoenix Group Foundation v Jackson* (BVIH CMAP 2020/0019; 2020 年 11 月 17 日)）。因此，实际上，在大多数强制清盘中，是否提起诉讼以及为诉讼提供资金的问题皆由法院裁定。

只要满足相关的法定要求，公司的股东也可以根据《破产法》对公司任命清盘人。这种形式的清盘毋须公司资不抵债才能启动，但重点是，这不应与《商业公司法》规定的自愿清盘相混淆。由于公司股东根据《破产法》并非通过法院命令，而是通过股东决议任命清盘人，此类清盘人无需法院批准，即可启动法律程序。同样地，《商业公司法》第 207 条规定的自愿清盘人的权力并不要求自愿清盘人在行使任何权力（包括提起诉讼的权力）之前寻求法院批准。

有时，清盘可能以《商业公司法》下的自愿清盘开始，但清盘人后来发现公司资不抵债。在这种情况下，清盘人必须将破产视作《破产法》下的破产，并将《破产法》适用于该项清盘工作。由于清盘人同样不经法院命令任命，故此亦不受开始诉讼之前寻求法院批准的要求所限。

## 可行选项

如果清盘人无需法院批准便可采取行动，当他们发现清盘中的公司有针对第三方的诉因时，将有高度的自

由裁量权来决定该怎么做,但这种自由裁量权仍须接受仔细审查。清盘人的商业判断可能包括考虑潜在被告是否有足够的资产遵从法院判决,或者诉讼的潜在不利成本的数额会否超过索赔的最大可能回报。

公司是否有资金支援一项法律行动,是左右清盘人决定的重要因素。如果清盘人有资金可以用来追索,他们可以合法地这样做,前提是他们:

- 经过适当的商业判断
- 设身处地,是否会以同样的方式拿自己的金钱冒险
- 密切监察产生的费用,以确保能对法院提供合理解释

## 按兵不动

清盘人可能会果断地判定,从法律风险的角度,或是从最大可回收数额对比估计支出的角度,寻求索赔几乎没有或完全没有任何经济意义。话虽如此,无论清盘人进行了何种分析,他们都必须知道,如果他们沒有做出合情合理的明文决定,他们将承担无法履行对公司及其债权人的受信责任的风险。

如果清盘人为《商业公司法》任命的自愿清盘人,或为股东根据《破产法》所任命,他们仍不得不经思索地接受任命他们的人的意见。(参见 *Brewer v Iqbal* [2019] BCC 746。)

## 转让行动权利

有种观点认为,如果存在可能的诉因,但清盘人决定不代表清盘财产采取行动,清盘人将诉讼的全部转让给出资人以换取出资人一笔款项也无不合理。<sup>[1]</sup>如果出资人同意,这将增加公司的资产,但即使找不到出资人,清盘人也可以证明他们已尝试变现公司的资产(即便没有成功)。

从 BVI 的角度来看,这种方法的困难在于, BVI 法律下的转让只在衡平法有效,而非在法例上有效。<sup>[2]</sup>要这样做,但凡受让人基于该诉因提出申索,转让人均必须加入该些诉讼。<sup>[3]</sup>这种复杂性,以及受让人为了提出申索可能必须申请恢复公司,都可能大大降低这种方法的商业价值和吸引力。

## 请求债权人出资

债权人通常是最易想到的诉讼资金来源。如果基于该诉因提出的申索有可能获得任何赔偿,债权人通常会预期受益人,但这不代表债权人必然乐意投放更多资金,尤其在诉讼由清盘人而非债权人控制的情况下。

理论上,人们可能预期优先债权人会以斥资诉讼,作为利用其优先地位的一种手段。但是, BVI 的具优先权的申索仅限于:

- 无薪雇员(价值不超过 10,000 美元)
- 拖欠 BVI 社会保障委员会的款项(范围和金额有具体限制)
- 应缴付给金融服务委员会的款项(价值不超过 20,000 美元)
- 任何拖欠 BVI 政府的未缴税款、执照费用或许可费用(最高价值 50,000 美元)

在商业角度上，要从这些债权人那里获得资金的想法毫不现实。

BVI的立法并没有为想要资助破产诉讼的债权人提供任何额外奖励。因此，BVI公司的债权人需要像其他潜在出资人一样平衡风险和回报。

## 清盘人自资

在某些情况下，清盘人的所属公司会自资清盘诉讼。在更直接或价值更低的清盘中，这通常是最实际的处理方式。留意，这个选项完全是自愿的，但由于它是一个很普遍的选择，清盘人应注意它在诉讼成本方面带来的风险。

法院在判给诉讼费用时，会考虑到“纯出资人”和“商业出资人”之间存在区别这一点。纯出资人是指只想为诉讼本身资助诉讼的人。如果诉讼失败，纯出资人（例如，在“不胜诉不收费”的基础上从事工作的法律从业者）通常不会受到不利费用命令的约束。商业出资人是指从诉讼中获取商业利润的人。如果商业出资人为诉讼提供资金并且该商业出资人将从诉讼中受益，则商业出资人即使是非当事方，也可能在诉讼失败的情况下承担胜诉方的费用。这种伴随的风险满足了商业出资人的潜在利益。当然，这仍需要遵守费用自由裁量的总体规则，除了非当事人费用命令。

在*Burnden Holdings (UK) Ltd v Fielding* [2019] Costs LR 2061 中，清盘人的公司资助了诉讼的一部分。如果胜诉，该公司将收回其所提供资金的 2.25 倍。这种安排使该公司成为商业出资人，而不是纯出资人，因此法院裁定需要承担因诉讼失败而产生的部分不利费用。

如果一家公司资金不足，清盘人的公司根据回收的一定百分比获得报酬，则可以大致界定该公司为诉讼提供资金。这是《破产法》允许的[4]，并且英国判例法认为这种形式的资助本身不会使公司成为商业出资人。

虽然BVI的判决没有处理过这个问题，但目前尚不清楚BVI法院会根据什么对这些原则提出异议。2000年《民事诉讼规则》允许法院将诉讼费用判归一名非诉讼当事人（《民事诉讼规则》第 64.10 条）。因此，在BVI，出资人可能面临不利成本裁决的风险，而清盘人公司可能在付出时间之余，还会面临与*Burnden*案的清盘人公司相同的风险。

即使清盘人的公司决定它们可以或愿意资助一项诉讼，要求第三方出资人出示报价以确保债权人合理地尝试寻求最佳方案也是谨慎的做法。

## 第三方资助

如果清盘人考虑接受第三方提供的资金，情况便不仅仅是清盘人的商业常识所可以控制。英国上诉法院将一个没有法律资格的清盘人基于他对诉因的看法而作的决定描述为“最最差劲”[5]。因此，清盘人在决定是否邀请出资人参与时应寻求法律意见。

任何资助协议的条款都应该规定如果败诉会发生什么后果，清盘人应该谨慎地对出资人的财务状况进行所有必要的尽职调查。在英国，出资人通过“事后”保险为自己投保是很常见的。这种形式的保险在BVI不被禁止，但也不受监管。

## 费用保障

在BVI，法院有权根据《民事诉讼规则》第 24 部分的规定为一方当事人提供费用担保。第 24.3条 列出了法院在作出此类命令时可以考虑的因素。其中之一是“索赔人以外的其他人已经或同意分摊索赔人的费用，以换取索赔人可能追回的任何金钱或财产的一部分[.....]”。

在 *Hualon Corporation (M) SDH BHD (In Liquidation) v Marty Limited* 案中，原告未能向被告提供资助协议的副本被认为是支持向原告提供费用担保的一个因素 (BVIHC(COM) 2014/0090; 2016 年 1 月 20 日)。Farara 裁判官在他的判决中指出，这种失败“增加了原告无法或不愿支付或支付在这些诉讼中判给被告的任何费用的严重可能性。”

在 *Hualon* 案中，该公司处于接管状态，并在接管人和公司债权人的同意下由第三方提供资金。该公司是一家马来西亚注册公司。它未能遵从较早之前的成本命令，在BVI没有资产，资产负债表资不抵债，因此在任何情况下都有可能被颁布费用保证令。然而，该判决表明，如果一方要避免费用保证令，则需要出资人能够遵从不利费用命令的证据。

担保的数额和性质应为符合法院认为合适的条件 (《民事诉讼规则》第 24.2(4) 条)。在英国，有一种已经常规化的做法，即出资人支付的担保金额将限于出资人的出资金额，而BVI似乎也接受了这种做法 (参见 *Leremeieva v Estera Corporate Services (BVI) Ltd* ( BVIHCM 2017/0118; 2019 年 4 月 4 日))。

## 结论

BVI的清盘人必须意识到他们负有受信义务，并且必须始终以债权人整体的最佳利益行事。清盘人在变现公司资产时应做出独立的商业判断，但如果该资产是一个诉因，则应征求法律意见。对清盘人开放的融资选择范围很广，他们应该考虑所有的选择。没有任何一种选择是无风险的，但一个能够对任何支出负责、充分知情并且能够提供适当建议的清盘人将大大减少受到法院谴责的风险。

围绕融资的决定通常必须在困难的情况下做出，因为当时清盘人已经忙于获取有关公司资产和负债的基本信息，正在寻求法律建议和/或在多个司法管辖区的认可，以及正以其他方式试图保护公司资产。围绕资金的决策过程并不简单，需要仔细考虑和适当的建议。出资人、清盘人和法律从业者都在这一日益热门的领域中有一定的角色以确保最佳的实践。

[1] 并非所有诉讼因由都是可转让的，但允许就已转让的债务提起诉讼。

[2] 有许多有限且罕见的法定例外情况。

[3] *William Brandt's Sons & Co v Dunlop Rubber Tire Co Ltd* [1905] AC 454.

[4] 第 432 节。

[5] *Faryab v Smith* [2000] 12 WLUK 340 at [38]

## About Ogier

Ogier is a professional services firm with the knowledge and expertise to handle the most demanding and complex transactions and provide expert, efficient and cost-effective services to all our clients. We regularly win awards for the quality of our client service, our work and our

people.

## Disclaimer

This client briefing has been prepared for clients and professional associates of Ogier. The information and expressions of opinion which it contains are not intended to be a comprehensive study or to provide legal advice and should not be treated as a substitute for specific advice concerning individual situations.

Regulatory information can be found under [Legal Notice](#)

## Key Contacts



Kay Cheng 郑祈

Associate 律师

Hong Kong

E: [kay.cheng@ogier.com](mailto:kay.cheng@ogier.com)

T: [+852 3656 6148](tel:+85236566148)



Shane Quinn 盛锶

Senior Associate 高级律师

Hong Kong

E: [shane.quinn@ogier.com](mailto:shane.quinn@ogier.com)

T: [+852 3656 6067](tel:+85236566067)



Justin Davis 戴正霆

Partner 合伙人

Hong Kong

E: justin.davis@ogier.com

T: +852 3656 6141

## Related Services

Legal

Dispute Resolution

Corporate and Financial Services Disputes

## Related Sectors

Restructuring and Insolvency