

“九民纪要”撑腰 上市公司“被担保”免责率显著提升

■本报见习记者 吴晓璐

控股股东、实际控制人等通过资金占用、违规担保等方式损害上市公司利益，一直以来都是监管部门查处的重点。去年11月份,《全国法院民商事审判工作会议纪要》(简称《纪要》),也是法律界俗称的“九民纪要”)发布,对上市公司违规担保合同的效力认定,制定了统一裁判标准,弥补行政手段的局限,也有助于从源头遏制上市公司违规担保。

据统计,自《纪要》发布以来,共发生7单涉及上市公司违规担保判决,这些判决判定担保协议无效,其中,5单判决判定公司无需承担任何责任。

近日,证监会对会计师在上市公司资金占用和违规担保中的审计要点,也提出针对性要求。业内人士认为,目前,从源头到中介,再到最后的审判,打击违规担保的多方合力正在形成,预计未来资本市场将形成良好的担保生态,有助于上市公司高质量发展。

违规担保协议无效

“《纪要》是最高法在总结全国商事审判经验的基础上,为了指导全国法官在处理同类案件时作为法律适用参照,目的是规范法官统

一裁判尺度,整体提高司法公信力。”北京市信证律师事务所创始合伙人季境对《证券日报》记者表示。

上述5单上市公司被判无责的案件中,*ST天马的微弘保理借款合同纠纷案就是其中一例。去年12月初,*ST天马收到了微弘保理借款合同纠纷案一审判决,公告显示,公司相关违规担保协议被判无效,公司无需对案件债务承担担保责任。

“这起担保是控股股东违规操作的,没有走任何内部流程,更没有经过股东大会的审议。另外,公司是上市公司,所有规则和信息都可以在公告里查询,债权人若有心查一下,就会知道担保事项有没有通过内部的审核。”*ST天马董秘办相关人士在接受《证券日报》记者采访时表示。

据*ST天马公告,被担保方为公司实际控制人控制的公司,是上市公司关联方。根据公司章程,上市公司对其提供担保须经股东大会表决批准。北京市朝阳区人民法院的判决书显示,*ST天马章程及披露的相关信息均为公开信息,债权人微弘保理公司均可以查询到上述信息。“现没有证据证明在借款当时微弘保理公司对此进行了形式审查,也没有证据证明天马轴承公司(*ST



天马)对当时的担保行为经过了股东大会批准,故该《借款及保证协议》对天马轴承公司不发生法律效力。”

据《证券日报》记者梳理,这是*ST天马在2019年收到的第三份违规担保合同无效、公司无责的判决书。此前2单违规担保案件被判公司无责,皆因被担保方为上市公司关联方,对外担保没有经过股东大会审议通过,故对*ST天马不发生法律效力。

季境表示,《纪要》以担保合同双方善意为切入点,既包括债权人谨慎审查义务,又包括上市公司的

依法、依章决策义务。同时,还要求控股股东或实控人不得实施过度支配与控制。

业内人士认为,《纪要》对上市公司对外担保是否必须经过公司董事会或董事会决议作出了统一认定,同时也规定债权人具有审查义务,有助于从源头上遏制上市公司违规担保的发生。

推动公司完善内控

“防范上市公司违规担保,根本上依赖于上市公司治理及内部控制的健全和完善。”毕马威中国相关业

务负责人在接受《证券日报》记者采访时表示,对于违规担保,一方面是预防,一方面是处罚。需要加大检查力度并且严肃处罚,要使上市公司控股股东、实控人“不敢做”,提高违法成本和惩处力度可以起到更重要的防治作用。

去年11月份,证监会副主席阎庆民表示,提高上市公司质量方面要强化精准监管,紧盯财务造假、资金占用、违规担保等行为,净化市场环境。近日,《证券法》修订通过,新《证券法》的信息披露章节中,也增加了上市公司需及时披露对外担保的相关规定。

业内人士认为,《纪要》和新《证券法》为打击上市公司违规担保行为,提供司法和法律保障,弥补了行政手段的局限,也将倒逼上市公司加强内控,优化资本市场担保生态,进一步提高上市公司质量。

此外,毕马威中国相关业务负责人表示,近日,证监会发布的《会计监管风险提示第9号——上市公司控股股东资金占用及其审计》,从上市公司治理层面,到资金管理、担保业务、投资管理等在内的具体业务层面,点明需重点关注的关键内部控制要点,将推动上市公司完善内部控制,也有益于监管机构加强外部监督,进而推动上市公司质量的提升。

“萝卜章”违规担保法律效力认定明晰 金盾股份还款责任被免除

■本报记者 吴文婧

近年来,上市公司控股股东、实际控制人违规担保、占用资金的情况频频发生,导致上市公司质量降低,投资者利益受损。

金盾股份也曾因控股股东、实控人利用伪造的公章提供违规担保而陷入泥潭,公司被一系列“假公章”引发的诉讼案件缠身,原本正常的经营一度受到波及,二级市场股价也遭遇股民“用脚投票”,上市公司和公司的投资者都深受其害。

需要关注的是,金盾股份被牵涉的一系列案件中,曾出现了“对‘假公章’签订的合同效力问题的裁判尺度不统一而出现不同审判结果的情况”。

2019年11月14日,最高人民法院印发了《全国法院民商事审判工作会议纪要》(简称《纪要》),为合同、担保等领域的疑难争议问题送上了一把尺子,不仅为统一裁判思路,也对提高上市公司质量,保护资本市场投资者具有重要意义。2020年1月2日晚间,金盾股份发布的公告显示,该公司此前被判决承担还款责任的判决已经被上级人民法院裁定撤销。

违规担保合同效力难界定 上市公司利益受损

2018年年初,金盾股份原实控人周建灿伪造上市公司公章、冒用上市公司名义借款及提供担保后坠楼身亡,将“烂摊子”丢给了并不知情的金盾股份。公司因此所涉及的四宗案件在河南长葛市人民法院被起诉。

2018年8月份,长葛法院一审

判决金盾股份要承担原告起诉金额的还款责任;金盾股份随后上诉至许昌市中级人民法院,2019年7月份,金盾股份二审被判驳回上诉,维持原判。

据记者了解,上述四宗案件一审与二审的判决均认为:“周建灿作为金盾股份时任董事长、实控人、控股股东,在《保证借款合同》中签字并加盖被告公司印章及法定代表人个人名章,基于周建灿的权力外观,已足以让原告产生合理信赖。无论周建灿所持公司印章真伪,不影响涉案合同对金盾股份的约束力,公司都应承担还款责任。”

不过,记者注意到,金盾股份涉及其余同类案件基本由原告主动撤诉,或原告的起诉被驳回。

在2019年11月份,金盾股份收到了浙江省杭州市中级人民法院下发的《民事判决书》,判决驳回由原告中财招商对金盾股份的诉讼请求。

杭州中院的判决结果显示:“作为一家上市公司,金盾股份对外担保的决策程序及决策结果属于应当公开披露的事项,中财招商完全可以通过查询公司公告发现并无相关信息,并进一步与公司核实,但显然中财招商在订立合同时并未对公司的章程、董事会及股东大会决议等与担保相关的文件进行审查,而直接接受周建灿代表公司作出表示,其并未尽到合理审查义务,并无合理理由相信周建灿有代理权,不属于善意相对人。”

对此,有法律人士向《证券日报》记者表示,审判实践中裁判口径与尺度不一,不利于相关案件的审理。处理结果的不同,也会影响司法公信力。

《纪要》明确界定 债权人善意认定标准

最高人民法院于2019年11月份印发的《纪要》,对公司对外担保的合同效力进行了明确,尤其是关于公司为他人提供担保的合同效力问题。

值得一提的是,《纪要》提出区分订立合同时债权人是否善意分别认定合同效力:债权人善意的,合同有效;反之,合同无效,并具体规定了债权人善意的认定情形。

业内人士指出,《公司法》第16条规定的公司对外担保效力问题历来是实务中纷纷扰扰的难题,《纪要》第17条-22条专门就此作出了规定。

与此同时,经过了长达700多天的审判,2020年1月2日晚间,金盾股份公告称,已收到河南省高级人民法院下发的民事裁定书,裁定撤销河南省长葛市人民法院一审判决、许昌市中级人民法院二审判决,驳回了长葛四宗案件的起诉。河南省高院判决认为:“对于公司印章被伪造案,上虞区公安分局正在立案侦查中,该刑事案件可能影响到对案涉合同效力的判断。”

“该四宗案件的最大争议在于周建灿的行为是否构成表见代理。河南高院撤销一审、二审判决,说明一审、二审法院认定周建灿的行为构成表见代理是错误的。”一名职业律师向《证券日报》记者表示。

“在表见代理的构成要件中有一条为‘第三人须为善意且无过失’。金盾股份为上市公司,公司历年财务报告审计报告、公司章程、公司联系方式等信息均是公开的,周

建灿并非金盾股份法定代表人,并无当然代表上市公司对外签订合同的权利,在明知借款不是付给上市公司的情况下,也没有联系金盾股份核实真伪,不能认定原告为善意无过失,表见代理不能构成。”该律师向记者解释称。

对于《纪要》的颁布,金盾股份董秘管美丽告诉《证券日报》记者,在上市公司对外担保的效力认定方面,主要的法律依据是《公司法》第16条规定。《纪要》颁布之前,各地各级法院因对该条规定的理解和适用不一致,造成同案不同判的情况屡有发生。

“《纪要》的颁布,对该法条的解释和适用进行了统一,尤其在善意和非善意的认定标准上规定比较清晰,可以给各地各级法院作为裁决此类案件提供统一的标准和尺度,对于提升上市公司质量和保护投资者利益在一定程度上而言都具有重要意义。”管美丽如是说。

制度有望持续完善 上市公司内控亟须规范

同时,管美丽向《证券日报》记者直言,上市公司作为公众公司,只要严格履行了对章程、财务报告等的信披义务,上市公司董事会和监事会也未对违规担保等进行审议且未有信息披露,就不能认定上市公司违规担保存在过错,毕竟违规担保系实控人或董事长或法定代表人的个人越权行为所致,而非公司行为,个人越权行为的后果不能让千万股民来承担。

据了解,在实践中,包括金盾股份等很多家上市公司并非被用于提供违规担保,而是被用于以上市公

司名义单独或共同借款,并采取委托收款方式,由出借人将借款打给控股股东、实控人等,该种情形导致无法适用《公司法》第16条。

有业内人士指出,对于控股股东、实控人以上上市公司名义借款,并采取委托收款方式,由出借人将借款直接打给控股股东、实控人,仍有法院根据合同相对性原则判决上市公司承担责任,但从上市公司角度而言,该情形实质上和违规担保一样,都是严重损害上市公司利益的情形。《纪要》第23条虽然规定了“债务加入准用担保”,但目前仍无法院根据该条列上市公司免责,仍有判决上市公司担责的案例出台。

管美丽表示,如果上市公司今后不是被用于提供违规担保,而是被用于以上上市公司名义借款或共同借款,则《纪要》有关担保的规定将形同虚设,希望最高法院能适时出台补充规定,解决《纪要》的不足。

当谈及公司在未来如何避免违规担保问题情况的发生时,管美丽向记者介绍称,金盾股份已经就此建立了一系列内控制度并落实到位,以切实保障公司的可持续发展与维护公司投资者的利益。

“对外担保方面,金盾股份除了在公司章程以及对外担保管理制度中明确规定了对外担保的权限和审批流程,还就公章保管和使用方面也专门制订了相关制度,可以有效避免公司印章被用于违规担保等事项。”管美丽坦言,“很多上市公司的违规担保,公章都是真的。周建灿之前的一系列担保行为都需要通过伪造上市公司公章来实施,足以证明公司在这个方面的内控起到了一定作用。”

违规担保现内控漏洞 ST远程加快企业“防火墙”设置

■本报见习记者 李亚男

上市公司控股股东、实际控制人通过关联交易、违规担保、占用资金等现象多有发生,上市公司及中小投资者却在不知情的情况下承担了损失。

上游财经专家顾问江瀚在接受《证券日报》记者采访时表示,“如今,对于上市公司大股东占用资金、违规对外担保等,上市公司可以有更多的制度为依托,合法维护自身权益。”

上市公司设立“防火墙”

近期,ST远程违规担保的诉讼事项有了最新进展。上市公司、上市公司原董事长夏建军与杭州力卓金属材料有限公司(以下简称“力卓金属”)民间借贷纠纷一案中,公司被判无罪。

ST远程方面认为,此项民事判决,将对公司维护全体股东的合法

权益、争取相关银行账户解封、恢复正常生产经营具有积极的推动作用,对公司推进其他相关诉讼的进展具有积极的借鉴意义。

追溯ST远程的违规担保事项,在2018年年报中,公司披露称,上市公司存在8笔违规对外担保事项。记者查阅公告了解到,上市公司违规担保事项形成的原因是在未经正常内部审批流程的情况下,公司原法定代表人、董事长夏建军(原实际控制人夏建统之兄)及当时公司公章保管人利用管理公章的职务之便,为原实控人及其关联方的融资行为或与债权人签订担保/借款协议,或对外签发无真实贸易背景的票据,或以子公司资金提供保证金。

在违规担保事项发生后不久,上市公司也公开发布了《关于公司担保能力限制的公告,董事会特别声明:“未经公司董事会、股东大会审议通过,公司不得为任何第三方提供任何形式的担保。”

接近上市公司的内部人士告诉

《证券日报》记者,“公司已将此事件作为内部控制治理的典型反面教材,向公司所有董事、监事和管理人员进行通报,并进行持续性的警示教育。”

“有法治作为依托,对上市公司较为有利。但同样如何使用,如何让上市公司不会出现类似担保责任,还得看上市公司的内部治理。”江瀚说道。

从ST远程看,上述接近公司人士称,“公司进一步加强了印章管理,按照公司《印章管理制度》的要求,切实规范用章行为,坚决落实‘专人保管、先审后用、后用登记’,对印章管理的监督持续化、常态化。”

江瀚表示,“上市公司如果本身内部控制设计了一道‘防火墙’,那么在避免上述违规事项上就更具有主动性。”

善意认定进一步明确

2019年11月份,最高人民法院

印发了《全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称“《纪要》”)明确了这一事项,列出7点对裁判尺度进行了规范。

有不具名律师告诉记者,“制度进一步明确了法定代表人越权代表签订担保合同时债权人是否系善意的认定,非善意情形下,该合同无效,上市公司无需承担责任,有助于减轻上市公司在对外担保方面的部分责任。”

在力卓金属民间借贷纠纷一案中,判定ST远程无责的原因中提到,由于上市公司为被告夏建军提供担保未经股东大会决议,原告力卓金属也未提供其尽到形式审查义务的证据,原告力卓金属对被告夏建军的越权代表行为不构成善意,上市公司无需承担保证责任。

违规担保事项爆出后,ST远程高度重视,积极采取了各种措施。接近上市公司的人士也向《证券日报》记者列举了公司方面的应对举措。据其介绍,一方面,公司组建

了强大的律师团队,大家分工合作,集中一切力量积极应诉,避免损失进一步扩大;另一方面,公司聘任了一名经验丰富的法务总监,把控诉讼的整体安排,对公司经营相关的合同签订及存在的诉讼案件进行风险把控,完善公司内部控制。

上述人士表示:“目前,各项违规担保的诉讼正在按程序推进中,除已经披露的之外,公司目前尚未发现新的违规担保。经过地方政府、各主要股东及公司员工的共同努力,公司目前的生产经营保持正常稳定。”

据记者了解,ST远程在多起案件中积极主动进行了维权。在与李恬静民间借贷纠纷一案中,上市公司便委派专业律师向郑州市中级人民法院申请撤销仲裁结果。在与正奇国际商业保理有限公司的票据追索纠纷中,上市公司亦向无锡市中级人民法院提出执行异议,并获得法院支持。

中介机构执业更有据可依 新规提示控股股东资金占用会计监管风险

■本报记者 徐天晓

2019年年末,证监会下发《会计监管风险提示第9号——上市公司控股股东资金占用及其审计》(以下简称“风险提示第9号”),总结控股股东资金占用形式及会计监管关注事项。在很多会计专家看来,这是促进中介机构进一步当好资本市场“守门员”,防范大股东资金违规占用的令人振奋的一步。

“这个文件可以说是正当其时、恰如其分,对于中介机构在审计股东资金占用问题时勤勉尽责有非常大的促进。”北京国家会计学院法人治理与风险控制研究中心主任郑洪涛教授对《证券日报》记者表示:“这一份文件,明确了中介机构在审计时责任的‘度’,使会计监管各方对于各自的立场有了明确的认知和预期,减少了中介机构与监管机构、上市公司之间的博弈,让相关方对中介机构职责有了明确的预期并能进行有效的衔接。”

郑洪涛表示,公司治理以及各类股东利益保护,需要不断深入和改进,新时代的新问题,要不断用新思维新方法应对。

大股东资金侵占频发 监管机构处罚“加码”

上市公司控股股东及关联方占用上市公司资金是资本市场高质量发展路上的痼疾。尽管监管机构在会计监管中对大股东违规占用上市公司资金保持严查,但是在经济下行压力加大的背景下,部分上市公司控股股东及关联方铤而走险,违规占用上市公司资金事件依旧多发。

控股股东或关联方违规占用上市公司资金,其根源在于上市公司内部控制不完善,部分上市公司的股东职业操守缺失,但部分中介机构未勤勉尽责也间接促进了违规占用的发生。“风险提示第9号”显示,针对上市公司控股股东资金占用,部分注册会计师在执业中未勤勉尽责,未结合上市公司及其环境、内部控制情况恰当地识别和评估资金占用方面的重大错报风险和舞弊风险等,未设计和执行恰当地应对措施,未发表恰当的审计意见以及相关结论。

因此“风险提示第9号”专门列举了股东资金占用的主要形式,对应的审计常见问题及会计监管关注事项以及执行细则。对中介机构工作进行了技术性的责任明确。如对担保审计程序,便列出了五条具体的监管关注事项,例如注册会计师应如何采取有效措施,核查上市公司是否存在未披露的担保情况。

“‘风险提示第9号’中列出的执行细则,我们过去在实际工作中基本也都会做,只是针对不同情况审计的‘穷尽’程度如何,有了这个文件后会更加清晰明确。”有在“四大”工作的资深审计人士对《证券日报》记者表示。

值得注意的是,近日证监会公布了《关于2019年度内部控制审计专项检查情况的通报》。监管机构抽取了28家会计师事务所执业的85个内部控制审计项目(含14个内部控制鉴证项目)进行检查,发现部分会计师事务所内部控制审计工作流于形式,控制测试执行不到位、关键审计证据缺失,审计意见不恰当等重要执业问题较为突出。根据检查情况,相关证监局已(拟)对20个审计项目的13家会计师事务所及40人次注册会计师采取了出具警示函的行政监管措施并记入诚信档案。

“内部控制审计质量不足是相对普遍的现象,这不仅是注册会计师一方面是否勤勉尽责的问题,更重要的还有审计当事各方的配合问题,这其中存在中介机构和公司之间利益切割的难题。在业务的压力下,一些中介机构可能会‘放水’。加大对内部控制审计的监管检查力度,加大对违规人员的处罚,可以起到有效的震慑作用。”有资深审计人士对《证券日报》记者表示。

审计质量 有赖配套制度出台

基本面看似健康的股票,突然被爆出大股东资金占用,股价随即下跌——这样的戏码在2019年曾经多次上演。担忧持有的股票是否被这只黑天鹅击中,或许是部分投资者内心的真实写照。

关于上市公司控股股东或关联方的占用,历来是审计的重点内容。“关联方交易”因为合并报表抵消,是做假账、人为操纵空间非常大的领域。尤其对于美化报表需求较高的上市公司而言,这是其“美颜”的一个比较重要的方面,也是审计漏洞出现较多的地方。”上述“四大”人士对记者指出。

“风险提示第9号”出台的背景之一是证券市场的中介机构因未勤勉尽责而密集收到处罚,但这一文件对资本市场中介机构是一个很好的消息。在郑洪涛看来,他可以从三个层面为中介机构带来好处。第一个是对股东占用、公司治理风险、内控治理体系给出了明确的依据,让中介机构可按章操作;第二个是对中介机构审计过程中的责任、深度、强度作了比较明确的风险提示,为中介机构界定股东在资金占用中所承担的责任提供了有效的依据,可以很好地保护中介机构;第三个是让相关机构对中介机构有一个正确的预期和衔接。整体来讲,文件可以对中介机构在审计股东资金占用问题时勤勉尽责有非常大的促进和细化。

郑洪涛对记者表示,“风险提示第9号”出台是非常棒的一步,但是其可操作性,以及实施的效果还会面临很大的挑战。其中一个重要的问题是其他监管机构配套措施能否跟进,若没有相关配套措施的话,审计机构很可能无法得到相关当事机构充分的配合。另一个是大股东职业操守的信用体系建设的问题。“大股东是资金占用的行为主体,只有加强整个社会信用体系建设,加强上市公司大股东的信用体系建设,才能最有效的防范上市公司控股股东资金占用的问题。”