

CHARLTONS 易周律师行



通讯 - 香港法律

2019年7月

招商证券(香港)有限公司因保荐人尽职审查缺失 被证监会罚款2700万港元

引言

鉴于招商证券(香港)有限公司(“招商证券”)作为2009年在香港联合交易所有限公司(“联交所”)上市的中国金属再生资源(控股)有限公司(“中国金属”)上市申请的联席保荐人在进行中国金属首次公开招股保荐人的尽职审查中有所缺失,证券及期货事务监察委员会(“证监会”)对招商证券进行谴责,并处以总计2700万港币的罚款。此次纪律行动之前,证监会曾对另一位联席保荐人-UBS AG及UBS Securities Hong Kong Limited(统称为UBS)因其保荐人尽职审查缺失而对其进行处罚。因保荐人缺失进行的处罚仍在继续;2019年4月,证监会因四家投资银行在中国森林控股有限公司和天合化工集团有限公司的上市申请中违反其首次公开招股保荐人职责而对其作出记录性罚款。更多有关纪律行动信息,请参阅我们2019年4月的通讯。¹

在这个案中,招商证券和UBS在如下方面没有履行保荐人应进行充足合理尽职审查的责任:

1. 没有对声称在2007和2006年分别为中国金属最大和第二大客户的一家已撤销注册的公司进行合理尽职审查;
2. 没有采取合理措施核实中国金属供应商和客户是否存在/其身份;
3. 违反其作为保荐人对联交所做出的承诺,及/或在其保荐人声明中作出了不实陈述;
4. 没有遵守《联交所上市规则》和《上市规则第21项应用指引》(保荐人就首次上市申请进行的尽职审查)规定的保荐人监管要求。

此外,中国金属的申报会计师曾针对其附属公司收到的第三方付款事宜指出一些预警迹象,UBS没有对此进行跟进,亦没有就其针对上市申请的尽职审查保存适当的审核线索/书面记录。

尽管招商证券是在2008年11月才成为中国金属上市申请的联席保荐人,并且未参与之前UBS进行的尽职审查,但是每

¹ <https://www.charltonslaw.com/sfc-imposes-record-fines-for-sponsor-failures/>

位保荐人都负有对上市申请人进行尽职审查的独立责任。证监会认为，招商证券没有履行该项独立责任，特别是没有以专业的怀疑态度审阅UBS提供的尽职审查文件。

证监会纪律处分程序结果公告²和纪律行动声明³均载于证监会网站。

2013年10月前的保荐人尽职审查制度

但是与中国金属有关的尽职审查是在2013年之前实行的香港保荐人监管制度下进行的。之后，证监会才开始采用更加严格具体的尽职审查责任规定，也就是现在的《证券及期货事务监察委员会持牌人或注册人操守准则会则》（“《证监会操守准则》”）第17段。

在中国金属上市申请当时的首次公开招股保荐人的监管要求如下：

1. 《香港上市规则》第21项应用指引（保荐人就首次上市申请进行的尽职审查），其中列出联交所对保荐人尽职审查的期望，包括保荐人应详细记录其对尽职审查工作的计划，其后实际工作与原定计划的重大偏离，及其对上市申请人能否符合《上市规则》中的上市标准方面达致的结论；其中还列出与供应商和客户访谈/会见相关的若干典型尽职审查查询，是要对上市申请人的“业务表现和财务状况，业务计划过往表现（包括过往销售，收益及投资回报，与供应商协定的付款条款）行”进行评估，这评估通常包含“会见新申请人的主要供应商和客户，债权人及银行”。⁴
2. 《证监会操守准则》一般原则第2条（勤勉尽责），以及《企业融资顾问操守准则》第5.1条规定的职责-

² <https://sc.sfc.hk/gb/www.sfc.hk/edistributionWeb/gateway/TC/news-and-announcements/news/doc?refNo=19PR44>

³ <https://sc.sfc.hk/gb/www.sfc.hk/edistributionWeb/gateway/TC/news-and-announcements/news/openAppendix?refNo=19PR44&appendix=0>

⁴ 《香港上市规则》第21项应用指引第13b段

具备适当技能，小心审慎和勤勉尽责地行事，以市场诚信的最佳利益为依归。

3. 《企业融资顾问操守准则》第5.7段 - 合理地尽一切努力，协助客户确保向公众发放的文件都按照规定的准则拟备，并且没有遗漏或隐瞒任何重要资料。
4. 履行《企业融资顾问操守准则》第2.3段规定的备存适当的簿册及纪录职责。

在当时而言，保荐人没有需要对客户和供应商进行访谈/会见的明确责任，更不用说以某些特定方式安排该类访谈/会见。这随着2013年10月《证监会操守准则》第17段的实施而有所改变。第17.6(f)条包含保荐人会见主要业务持份者（包括申请人的客户和供应商）的详细要求。其中包括在进行会见时，保荐人应：

1. 确定接受会见者的真实身份（包括确定接受会见者的身份及其他相关资料），以确定接受会见者具有适当的权限和知识接受会见；
2. 直接与选定会见的人士或实体进行会见，尽量减少让上市申请人参与其中；
3. 进行深入的讨论，就提出的所有问题取得充分的回应，并就任何不完整或未如理想的回应或尚待处理的事项进行跟进；及
4. 识别在会见过程中发现的任何不寻常情况，例如并非在接受会见方的注册或营业地址（如上市申请人的办公室）进行会见及接受会见方不愿合作。

证监会2012年12月份发布了关于2013年保荐人监管制度的《有关监管首次公开招股保荐人的咨询总结》⁵，其中很明确

⁵ <https://sc.sfc.hk/gb/www.sfc.hk/edistributionWeb/gateway/TC/consultation/openConclusionAppendix?refNo=12CP1&appendix=0>

CHARLTONS

易周律师行

通讯 - 香港法律

2019年7月

地表示该监管制度只适用于2013年10月1日或之后呈交上市申请的保荐人。⁶ 在招商证券一案以及证监会最近针对渣打证券(香港)有限公司, 摩根士丹利亚洲有限公司以及Merrill Lynch Far East Limited采取的纪律行动中, 我们似乎可以发现, 虽然《证监会操守准则》第17.6(f)段在相关上市申请提交之时尚未生效, 但是保荐人的行为(至少在与进行会见相关的事宜上)仍然是根据该条规定来判断的。此外, 还有一些针对UBS和招商证券的批评, 例如没有核实: (a)会见是否有在客户营业地点进行; 或(b)接受会见方的身份定以确定接受会见方是否有权参与会见。这些批评似乎直接套用了第17.6(f)条的规定。

事实

UBS于2008年6月2日向联交所提交了中国金属的首次上市申请。招商证券于2008年11月成为联席保荐人, 并连同UBS于2009年2月24日提交第二次上市申请。

中国金属是一家中国大陆的废金属回收公司, 在广东省, 江苏省和香港都有回收加工设施。其于2009年6月22日在香港联交所主板上市, 但是其股票于2013年1月停牌, 而原讼庭于2015年2月应证监会的申请, 颁令将中国金属清盘。

第一项违反: 对已撤销注册的客户的尽职审查不足

对中国金属首次上市申请的尽职审查过程中, UBS发现作为中国金属2007年最大客户, 2006年第二大客户和2005年第七大客户的A公司已于2007年3月被撤销注册。但是在中国金属向联交所呈交的首次上市申请和第二次上市申请以及在上市招股章程中也包含的主要客户名单中却显示中国金属2007年最大客户和2006年第二大客户是另一家公司, 即B公司。证监会证实UBS在其尽职审查中已知晓A公司于2007年3月被撤销注册这一事实, 并且知晓从中国金属提供的销售文件显示A公司在被撤销注册之后继续与中国金属的全资附属公

司Central Steel (Macao Commercial Offshore) Limited (Central Steel Macau) 中环钢铁(澳门离岸商业服务)有限公司(“中环钢铁澳门”)签订销售合约。

虽然在尽职审查中出现了以下预警迹象, 但是UBS显然还是接受了中国金属的解释, 即B公司与A公司由同一实益拥有人拥有, 而B公司自A公司被撤销注册后一直以A公司的名义与中环钢铁澳门签订合同:

1. UBS于2008年初委托编制的一份的报告对A公司作为中国金属最大客户的身份表示怀疑, 因A公司从未进行任何活跃业务运作, 亦从未报告任何重大交易;
2. UBS于2008年3月获得的A公司和B公司的公司注册文件不支持两家公司存在上述声称的关联之说;
3. 中国金属的内地律师于2008年4月初曾告知UBS外国法律顾问: 即使A公司和B公司有关联, 已撤销注册的公司也无权签订任何业务合约, 亦不应在撤销注册后进行任何业务运作;
4. 中国金属的内地律师于2008年4月底进一步告知UBS: 他们并未发现任何法律依据以支持B公司为中国金属最大客户之一的说法; 及
5. 中国金属向UBS提供的交易文件显示: 当时从中国金属及其子公司采购废金属的实体是A公司。

证监会认为, UBS没有以专业怀疑态度面对中国金属提供的其客户是B公司而非A公司的说法。且UBS本应对尽职审查中发现的各项预警迹象进行跟进审查。证监会发现招商证券没有履行其尽职审查的独立责任去彻底掌握和了解中国金属的情况及核实招股章程中披露的信息。证监会找不到任何证据显示, 在出现多项预警迹象后, 招商证券有进一步进行尽职审查, 以核实中国金属与A公司及/或B公司之间的交易是否属实。

⁶ 证监会2012年12月12日《有关监管保荐人的咨询文件的咨询总结》第45段

第二项违反：对第三方付款的尽职审查不足

在UBS担任中国金属的独家保荐人期间，中国金属的申报会计师曾向中国金属提供了（并抄送到UBS）一些信息，内容是关于六名客户曾使用银行本票及/或透过第三方汇款向中环钢铁澳门支付款项。通过第三方付款方式向中环钢铁澳门支付的款项总计约4,750万美元。尤其是：

1. 其中有一名通过第三方向中环钢铁澳门付款的客户，亦同时代表另外三名客户支付款项。之后发现，该名客户实际上是B公司，而UBS当时已经知道B公司涉及有关A公司被撤销注册等事宜作册。没有证据显示UBS曾对中国金属或其客户进行跟进，以查明该项付款安排的依据。鉴于UBS已经知道与B公司相关的A公司被撤销注册事宜，证监会认为UBS当时本应警觉并对该付款安排做跟进调查。
2. UBS在一名内地中国客户通过香港的第三方支付公司支付款项事宜上，没有听从其内地律师的建议，即索取交易资料，核实该客户和中国金属之间的交易是否属实。相反，UBS要求内地律师在假设交易属实的情况下提供法律意见。证监会认为，UBS本应采取措施，了解采用第三方支付的原因，并核实该客户和中国金属之间的业务关系是否属实。
3. UBS没有采取任何措施去了解另外一位客户与第三方支付人之间的关系，亦没有核实付款安排的真实性。

第三项违反：对中国金属供应商及客户的尽职审查不足

在提交中国金属第二次上市申请之前，UBS曾与中国金属的所有供应商进行电话访谈，招商证券亦与两名供应商进行了电话访谈。但没有证据显示UBS或招商证券曾核实受访供应商代表的电话号码及/或身份。

一些上述客户访谈/会见采用面对面形式，其余则通过电话进行。证监会对客户访谈/会见进行了调查，发现如下异常情况：

1. 访谈/会见记录没有显示面对面会见的地点，以及UBS及/或招商证券是否曾采取措施核实访谈/会见地点是否为相关客户处所；
2. 没有证据显示UBS及/或招商证券曾采取措施核实受访客户代表的身份，以确认他们具有适当的权限接受访谈/会见；及
3. UBS准备的访谈/会见记录大都相当不完整，在许多个案中大多数问题并没有回答的记录。此外UBS也没有对客户就未有回答的问题作出跟进。

证监会认为，UBS不能向其证明现有对客户提供的信息与中国金属提供的信息及客户自己的公司资料息进行核实及/或比对。

总结

综上所述，证监会认为：UBS和招商证券都没有进行充足合理的尽职审查，因而违反了相关监管要求。

证监会在决定对招商证券的处罚时，已将招商证券如下缺失纳入考虑：

1. 招商证券没有履行其重要职能，即抱着提问求证心态进行批判性评估，并特别注意一些与中国金属及其联席保荐人提供的信息可靠性受到质疑的预警迹象；
2. 招商证券没有履行如下独立责任：进行适当尽职审查及/或批判性地审阅中国金属及其联席保荐人提供的存在矛盾或令信息身的可靠性受到质疑的文件及资料。

证监会也考虑到：招商证券表现合作，接受证监会的纪律行动及监管关注事项，也同意委托独立的检讨机构，以检讨与其进行保荐人业务有关的政策、程序和常规。

CHARLTONS

易周律师行

Boutique Transactional Law Firm of the Year 2017
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