



联合国国际贸易法委员会

第五工作组（破产法）

第三十一届会议

2006年12月11日至15日，维也纳

破产中公司集团的处理办法

秘书处的说明*

[一. 术语和二. 导言，载于 A/CN.9/WG.V/WP.74；三. 破产的开始：国内问题，载于 A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1]

目录

	段次	页次
四. 导言	1-29	2
A. 导言	1-4	2
B. 对启动破产程序的管辖权	5-12	3
C. 法律冲突	13-14	5
D. 提供启动后融资	15-22	5
E. 对外国程序的承认	23-25	7
F. 法院与管理人之间的合作	26	8
G. 下一步怎么办?	27-32	8
H. 可供审议的问题：对公司集团的国际处理办法	33	10

* 本文件因需最后协商而迟交。



四. 国际问题

A. 引言

1. 从国际范围来看，虽然已经针对跨国界破产问题制定了各种模式，但在公司集团的处理问题上总是不能令人满意。霍夫曼爵士担任联合王国上议院议长时曾经审议过联合王国是否应当加入《欧洲破产程序公约》¹的问题，但委员会当时就指出了该公约在处理公司集团这种最为常见的企业经营模式方面的失败。该公约于2000年5月29日成为关于破产程序的《第1346/2000号欧洲理事会条例》，但还是未能处理这一问题。在对后来成为《贸易法委员会跨国界破产示范法》的案文进行辩论时，集团问题仍然是“可望而不可及”。后来在制定《贸易法委员会破产法立法指南》时，由于认识到对公司集团展开讨论会大大影响《指南》其余部分的进度，《指南》只对公司集团问题作了篇幅有限的介绍，而没有提出任何建议。

2. 欧洲理事会的这个条例于2002年5月31日生效，当天KPN Quest公司即宣告破产，这个广为报道的案子显示出公司集团涉及多个国家时所面临的主要问题之一。KPN Quest是一个电信集团，拥有全欧洲的和连接美国的电缆通信。主要电缆通信采用环状结构：就全欧洲环状网络而言，环状网络的法国部分由一家法国子公司拥有；德国部分由一家德国子公司拥有，依此类推。荷兰母公司破产时，众多子公司都必须在其注册地法域的法院申请保护。程序的进行无人能够协调，结果该公司实际上被肢解。关于其他跨国界国际案件的讨论也将证明现有制度的缺陷：一方面是对公司管理采用传统的单独法人实体做法并考虑到这种做法对破产的影响，另一方面则要能够为了债权人的利益而实现价值最大化目标的方式在跨国界情形下促进针对某一集团或其中一部分的破产程序，而这两者之间往往都存在着明显的矛盾之处。

3. 在A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1号文件的论述中对在国内情况下公司集团的处理问题提出了一些问题，这些问题也可以放在跨国界的情况下加以讨论，一是关于对设在不同国家的公司集团成员启动程序问题，二是关于这些程序的管理问题。关于债务人申请启动程序的资格，各个法域可能有不同的标准，所使用的程序种类也可能不一样。举例来说，并非所有法域都在重组方面建立了非常完善的程序，即使是在建立了此种程序的法域之间也存在着不同做法。例如，有些法域可以提供一种重组形式，准许债务人继续保留控制权，而有些法域则不准许这样做。有些法域可能为便于重组而准许采用各种类型的启动后融资办法，而另一些法域则不准许这样做（下文详述）。关于启动效力的规则会有差异（例如，可以使用哪些类型的中止措施以及对谁适用），同样，其他方面的规则也会有差异，例如破产代表对撤销破产之前发生的交易的权力以及重组计划的谈判、批准和执行等。

4. 如上文所述，承认公司集团这一现实并对其在国内情况下的处理办法提供全面规则的法律并不多见，更不要说是涉及跨国界情形的法律了。鉴于现代商

¹ 1995年11月23日开放供签署。

务中公司集团无处不在，近年来涉及跨国公司集团破产的情形不断增多。对国内情况下公司集团破产的处理会遇到不少问题，而如果一个或多个债务人是某一跨国集团的一部分，每个债务人又是分布在不同法域的单个人实体，在不得不对其单独提起程序时，所遇到的问题不知道要增加多少倍。在不同法域对互相关联的公司同时启动程序，不一定有利于实现总体计划，这是因为各种破产法之间存在着诸多差异，而且还需为协调这些不同的法律制定相关的程序。自 1991 年麦斯威尔案²以来，跨国界破产方面的记录突出反映了在管理数个并行程序方面遇到的问题，也反映出有必要考虑那些已经制定和采用的有创意的解决办法。以下论述就跨国界破产情况下公司集团的处理提出了一些具体相关的问题。

B. 对启动破产程序的管辖权

5. 《贸易法委员会立法指南》指出，债务人必须与一国有足够的关联，才能将其置于该国破产法的管辖之下。在许多情况下，由于债务人是该国的国民或居民，而且将通过在该国登记或注册的法律实体开展其经济活动，不会产生破产法的适用问题。但是，当债务人与一国的关系并不确定时，破产法就会采用不同的标准，其中包括，债务人的主要利益中心是否在该国，债务人的营业所是否在该国，或者债务人是否在该国拥有资产。

1. 主要利益中心

6. 《欧洲条例》以主要利益中心为标准，确定应当在欧洲联盟的什么地方启动“主要”程序。《贸易法委员会跨国界破产示范法》（《示范法》）也使用了主要利益中心这一概念，不过略有不同，以表明这些程序可以为援助目的而被视为构成外国“主要”程序。重要的是，《示范法》承认这些程序作为主要程序的地位会发生变化，因此，承认令可能也需作出相应的修改或终止。

7. 无论是《贸易法委员会示范法》还是《欧洲理事会条例》都没有界定这个词；不过，《欧洲理事会条例》说明部分第 13 条明确指出，该词应当对应于“债务人经常对其利益进行管理，因此可以被第三方查明的地方”。《贸易法委员会示范法》第 16 条第 3 款和《欧洲理事会条例》第 3 条还规定，债务人的注册办事处，或者在涉及个人时该人的惯常住所，应被推定为主要利益中心，除非能够证明主要利益中心在他处。

8. 关于“主要利益中心”这一概念以及如何解释这一概念，已经有不少著述，而且主要都涉及《欧洲理事会条例》。虽然该条例对有关注册办事处的推定作了规定，但在确定主要利益中心时如何权衡这一要素和其他应当予以考虑的因素，一直是欧盟近年一些案例所涉及的问题。本说明的目的并不是详细回顾这一术语的解释的发展变化过程；一些涉及主要利益中心的考虑的案例已经

² 该案涉及美国和联合王国。美国纽约南区破产法院，案号 91 B 15741（1992 年 1 月 15 日），和高等法院衡平法庭公司分庭，案号 0014001（1991 年 12 月 31 日）。

列入贸易法委员会以前的文件（见 A/CN.9/580，第 58-79 段，A/CN.9/579，第 8-17 段）。

9. 欧洲法院在其 2006 年 5 月对欧洲食品 IFSC 有限公司一案³的判决中作出以下主要结论：关于一个公司的主要利益中心是在其设有注册办事处的成员国的推定，只有在可以由第三方查明的客观因素能够证明主要利益中心设在他处的情况下才能推翻。法院并没有审议这些因素可能是什么因素，而是指出，主要利益中心可以是在一个没有注册办事处的地点，例如，公司不是在设有注册办事处的成员国开展业务。相反，如果公司是在其设有注册办事处的成员国的境内开展业务，那么仅凭其经济选择受另一成员国内的母公司的控制或可能受其控制，并不足以推翻第 3 条中的推定。法院强调，在根据该条例建立的确成成员国法院管辖权的制度中，每个构成单独法人实体的债务人应当由本国的法院管辖。

10. 在欧洲法院的这一判决之前，对有关案例的判决认为，足以推翻这一推定的一些因素涉及以下方面：子公司在财务、管理和决策方面的依赖程度；母公司与子公司之间的财务安排，包括资本化、银行账户所在地和财会做法；在提供技术和法律文件以及签署合同方面的职责分工；产品设计、推销、定价和交付的实施地点；以及行政管理职能的实施。欧洲法院这一裁决对这些因素的相关性和给予这些因素的权重有何影响，还有待观察。

11. 一位著述者提出，法国在欧洲法院这一判决之前裁定的案子表明，一些法院已经受到某些做法的影响，即在许多情况下更实际的做法是把集团破产案合并起来，然后放在已经对母公司启动程序的国家处理。⁴在举例说明时提到了在其他成员国设有子公司的法国母公司。另外，可以说欧盟其他一些法域的法院也有这种情况，它们在适当情况下也已采用主要利益中心的标准，从而把某一破产集团的各个组成部分放在了一个国家进行管理。这些案例涉及的都是欧盟成员国，也有涉及成员国和非成员国（如瑞士）的案例。据认为这些案例取得了比较好的效果，原因是，协调起来更有效，而且为集团的所有成员指定了同一个破产代表，等等。但是，能够在多大程度上采用这种做法，还取决于是否存在一些因素，可以据此确定所有集团成员的主要利益中心都是在同一个成员国。这些因素并非总是存在的，在集团的两个或多个成员破产时，可能需要在不同的法域对这些不同的集团成员启动程序。

2. 资产的存在和营业所的存在

12. 《贸易法委员会立法指南》⁵对这两种标准都作了讨论。《贸易法委员会示范法》和《欧洲理事会条例》都对“营业所”一词作了界定，但略有区别，在

³ C-341/04；可查 <http://eur-lex.europa.eu>。欧洲食品有限公司于 1997 年在爱尔兰注册，在都柏林设有注册办事处。是一个在意大利注册的公司— Parmalat SpA 的独资子公司，其主要营业目标是 Parmalat 集团的各公司提供金融贷款。

⁴ Jean-Luc Vallens, Eurofenix, 2006 年夏季，第 10-11 页。

⁵ 《贸易法委员会立法指南》，第二部分第一章，第 15-18 段。

这两个文书中，在债务人设有营业所的地方启动的程序是次要程序或非主要程序；但在《条例》中，这些程序限于对位于该国的债务人的资产进行清算。

《示范法》并不承认以资产的存在为根据启动的程序，但承认在有些情况下可能有必要在当地启动程序处理此种资产，条件是债务人已经参与在其他地方启动的主要程序（第 28 条）。

C. 法律冲突

13. 《贸易法委员会破产法立法指南》对于在破产程序涉及位于不同国家的当事人或资产的情况下所产生的一些法律冲突问题作了论述，指出，虽然破产程序一般是由启动这些程序所在国的法律管辖，但许多国家都对这一法律的适用作了例外处理。

14. 在涉及跨国企业时也会遇到法律冲突方面的难题。例如，其中一个难题就是母公司的责任问题。母公司对子公司的责任可以根据子公司组建地所在国的法律来确定。但这种做法未必能反映集团作为一个整体的统一性，因为这将由于子公司的所在地而使子公司的债权人处于不平等的境地。但是，如果根据母公司注册地法域的规则来确定责任，又会导致管辖权范围的扩大，可能令其他法域无法接受。如果母公司自愿承担国外子公司的债务，但不涉及其他方面，这个问题可以在一定程度上得到解决。工作组似应考虑如何在今后有关公司集团的工作中处理法律冲突问题以及可以在这方面采取的步骤。

D. 提供启动后融资

15. A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1 提到《立法指南》承认有必要在国内范围促进启动后融资的提供。该文件还指出，许多法域要么限制在破产情况下提供新的资金，要么没有具体涉及新提供的资金的问题或者在破产情况下偿付这些资金的优先顺序。在提供新的资金方面存在着种种结构性障碍，其中包括：没有法定授权；破产代表或债务人的董事或高管人员对此种融资可能造成的债务承担个人赔偿责任；对融资交易适用撤销规定；在为启动后融资提供优先权方面涉及的种种问题；由于倾向于清算而不是重组，造成此种融资问题难以解决。⁶国内破产法中存在的这些结构性障碍使得在跨国界破产情况下提供和保护启动后融资具有极大的不确定。无论是为启动后融资提供优先权，还是为启动后融资提供担保，各国法域在做法上都有差别。另外还有适用法律的问题以及在公司集团内部如何使用启动后融资的问题。例如，公司集团中某个破产成员获得的启动后融资能否由该集团的另一个成员使用以及在什么情况和条件下可以使用？公司集团的非债务人成员能否在启动程序后借款并允许集团中已经破产的

⁶ 关于 54 个法域启动后融资处理办法的比较性概括和矩阵表，参见国际破产协会网址 (<http://www.iiiglobal.org>)；另见 *Financing in Insolvency Proceedings*，破产管理专业人员国际协会，2006 年，涉及 12 个国家：澳大利亚、巴西、加拿大、德国、香港、印度、日本、荷兰、波兰、南非、英国和美国。

成员使用这些资金？在一些跨国界破产案中，与启动后融资有关的各种问题已经在跨国界规程中作了处理。⁷

16. 《立法指南》中的建议可能不足以处理在跨国界破产情况下的启动后融资问题。下文论述一些需要进一步审议的问题。

1. 启动后融资的授权

17. 《立法指南》提到由法院授权或者经债权人同意（建议 63），如果是在国内情况下，相关的法院和相关的债权人是很清楚的。但是，在公司集团破产的情况下，母公司和子公司可能位于不同法域，因此由不同的破产程序和不同的法律制度管辖，需要融资的可能是其中的一个子公司，也可能是多个子公司，在这种情况下就会产生若干问题。母公司从其所在法域获得的资金能否提供给设在另一法域的子公司？在这种情况下，是否需要母公司所在法域或子公司所在法域的法院的批准或债权人的同意，还是说这两个法域的法院的批准或债权人的同意可能都是必要的？一个法域能否批准会在另一个法域产生影响的启动后融资？这两个法域是否彼此承认对方下达的影响在这种情况下提供启动后融资的命令？

18. 《立法指南》指出，不同的法律对不同类型的债务规定了不同类型的授权。例如，破产代表在正常营业过程中发生的无担保债务可以不要求授权，而同样的债务如果是在正常营业过程之外发生则要求授权。要求出具担保或享有优先权的债务一般都要求得到法院的授权，在有些情况下还需取得债权人的同意，特别是如果启动后融资的优先权排在现有优先权的前面的话。在跨国界的情况下，对授权的要求应否取决于启动后融资的条件？

19. 《立法指南》还提到由破产代表获得的启动后融资。就上面的情形而言，他将是母公司的破产代表还是子公司的破产代表？另外，对于破产代表或母公司或子公司的高管人员和董事来说，是否牵扯到个人赔偿责任？

2. 启动后融资的优先权

20. 《立法指南》建议，破产法应当确定对启动后融资给予的优先权，启动后融资应当优先于享有破产管理费优先权的无担保债权人的债权。在跨国界情况下，哪些债权人的哪些债权将适用这种优先权？如果两个法域给予的优先权不一样，对授权问题会有何影响？

3. 启动后融资的担保

21. 《立法指南》还提到在启动后融资对现有债权人不享有优先权的情况下在未设保资产上或者在已设保资产上为启动后融资提供担保权的问题。《立法指

⁷ 见 Digest of Financing Provisions from Cross-Border Insolvency Protocols, 国际破产协会 (<http://www.iiiglobal.org>)。

南》还为提供一种优先于现有有担保债权人的优先权提出了应当遵循的程序。如果启动后融资涉及某一法域中的设保财产，另一法域的法院能否批准这一启动后融资？如果现有有担保债权人反对将这一财产设保，法院能否不顾这一反对仍然批准提供担保权以及在什么情况下可以这样做？

4. 程序转换

22. 在重组程序转换为清算程序的情况下可能产生的问题是，在重组程序中给予启动后融资的优先权，能否在其后的清算的程序中得到承认。《立法指南》建议承认这种优先权，但是在跨国界情况下如何处理这一问题？

E. 对外国程序的承认

23. 在那些不适用《欧洲理事会条例》的国家，对公司集团中位于不同国家的一个或多个成员公司的破产程序的协调结果，取决于外国程序能否得到承认，而且还取决于各种程序所涉及的当事人能否相互合作和协调。在已经采用《贸易法委员会跨国界破产示范法》的国家，⁸答案是比较直截了当的：程序如果是在债务人设有主要利益中心的地点启动，可以作为外国主要程序得到承认[第 17 条]，程序如果是在债务人设有营业所的地点启动，可以作为非主要程序得到承认。一旦下达承认令，对外国程序的特定援助即告生效，与各种程序相关的法院和破产代表将被授权相互合作和联络。但是，在还没有采用《示范法》的地方，则必须参照国内法律，其中许多法律并未载有与《示范法》中有关承认、援助、合作或协调的规定等同的条文。⁹在没有这种规定的情况下，要想取得协调的结果可能会耗费许多时间和资金，在有些情况下甚至是不可能的。

24. 由于这些原因，破产管理专业人员和法院首先从个别案件以及处理当事人面临的具体问题的需要着手，通过制定一些做法和程序大大促进了国际破产程序的协调与统一。在有关法域中，当事人谈判达成一些协定或“规程”并得到法院的批准。这些跨国界破产规程涉及种种问题，其中包括处理在平行跨国界程序中由于不同法律而引起的特殊争议，确立对有关案件一般审理的法律框架，并对一个国家破产财产的管理与另一个国家的破产财产的管理进行协调。贸易法委员会的 A/CN.9/580 号文件在第 18-48 段中讨论了跨国界规程的一些实例。

⁸ 大不列颠及北爱尔兰联合王国海外领地英属维京群岛（2005 年）、厄立特里亚和大不列颠（2006 年）、日本（2000 年）、墨西哥（2000 年）、黑山（2002 年）、波兰（2003 年）、罗马尼亚（2003 年）、塞尔维亚（2004 年）、南非（2000 年）、美利坚合众国（2005 年）采用了《示范法》。

⁹ 关于 39 个法域的法律的分析，见“Cross-Border Insolvency: A Guide to Recognition and Enforcement”，破产管理专业人员国际协会，2003 年。

25. 委员会在 2006 年第三十九届会议上决定，秘书处应当首先与法官和破产管理从业人员进行协商，着手进行汇编关于跨国界破产规程谈判和使用的实际经验。¹⁰

F. 法院与管理人之间的合作

26. 第四章是《示范法》所提供的法律框架的一个关键组成部分，通过明确授权法院在《示范法》所管辖的领域中开展合作并直接与外国对应人进行联系，填补了许多国内法中的空白。最主要的是，这种合作并不限于作出承认外国程序的判决之后的时间，因此，这种合作可以从最初接触时开始。另外，对于颁布国中的法院与外国代表之间的合作，以及颁布国中负责管理破产程序的人与外国法院或外国代表之间的合作，这一章也规定了授权。由于认识到许多法官和破产代表可能不熟悉合作概念，《示范法》第 27 条阐明了可能的具体合作方式。《欧洲理事会条例》中与此相类似的规定是第 31 条，该条对于《欧洲理事会条例》所说的“清算人”之间的合作和联络义务作了规定，但没有涉及法院之间或者法院与清算人之间的同样义务。在许多涉及公司集团的跨国界破产案中，关键是法院和破产代表能够而且乐于为确保主要程序和非主要程序的协调而开展合作和联络。

G. 下一步怎么办？

27. 鉴于国际上目前处理公司集团破产做法的现状，在各国破产法没有进一步趋同的情况下，特别是在缺乏处理公司集团的规则的情况下，除了促进《贸易法委员会示范法》之外，现在还能做那些工作促进对跨国界破产案的管理，是否有必要制定专门处理公司集团破产问题的立法条文并考虑将其补充到《示范法》中？《欧洲理事会条例》代表着一种经过扩大或许可以具体处理公司集团问题的机制，它直接适用于各参与成员国确保在一个管辖区启动的主程序在其他国家自动得到承认，同时具有一定的规定效力。为了便利管理，《条例》的实施势必导致成员国在一定程度上放弃主权。但是，如果是在欧盟这样的区域一体化集团之外，就可能要采取一种不同的做法。

28. 上文结合国内情况讨论了合并和共同管理，这两种做法或许也可以在跨国界案件中适用。其他建议所依据的是确立一种适用于公司集团的主要利益中心概念，这将有利于启动集团程序和管理破产程序。

1. 公司集团的主要利益中心

29. 关于上文提到的公司集团跨国界破产的处理问题，一个解决办法是确立“公司集团主要利益中心”的概念。在公司集团成员一体化程度提高而且集团基本上作为单一实体经营的情况下，这一点特别重要。对这个概念的界定可以参照在论及欧盟主要利益中心时所提到的一些问题，例如集团的政策、管理

¹⁰ 见《大会正式记录，第六十一届会议，补编第 17 号》（A/61/17），第 209 段。

和财务决定是以什么方式并在什么地方作出的（另一种说法是，在什么地方履行集团的“总部职能”¹¹）以及第三方特别是债权人对这一所在地的看法。主要利益中心的概念将决定在哪个法域启动对公司集团或其一个或数个成员的主要破产程序以及将对启动和管理这一程序适用什么法律。如果采用这种做法取决于集团组合的紧密程度，那就必须确定一体化的必要程度。这将要求债权人对与其打交道的公司的各种关系进行调查，以确定其是否是集团的一部分。这可能导致在集团的主要利益中心所在地对破产的子公司启动主要破产程序，而不论在这一地点注册的母公司或其他子公司是否也处于破产状况，同时仍然需要在破产的子公司的注册地启动当地程序以处理该公司的业务和资产。

30. 另一种做法是把集团的主要利益中心视为母公司的主要利益中心，这样一来，所有子公司也将把它作为主要利益中心，启动程序的管理权将与注册地或注册办事处无关。

2. 实质性合并

31. 在集团的一体化关系密切，属于每个集团成员的资产和负债不易确定的情况下，采用跨国界实质性合并方法可能有助于集团程序的管理。然而，在跨国界情况下考虑这种补救办法，比在国内环境下复杂得多，因为它涉及适用什么破产法的问题、在跨国界情况下法院在多大程度上能够免于适用在国内案件中适用的规则、应当适用什么撤销规则、以及重组计划的谈判、批准和执行，等等。在跨国界案件中，这样的合并是不多见的。但是，这里可以以一些实际案例为例，说明当一个在不同法域设有子公司的一体化程度很高的集团破产时，在取得债权人同意的情况下，是把它当作单一实体进行管理的，而且这种做法的合法性从来没有在法院上检验过。¹²加拿大和美国之间的有些案例已经涉及合并的重组计划。

3. 共同管理

32. 另一种做法或许是采取措施，促进共同管理的更广泛使用。如上所述，关于涉及同一个公司集团若干成员破产案的共同管理问题，很少有哪个法域作出正式规定，但在一些法域之间的确有这种做法，如加拿大和美国。¹³共同管理并

¹¹ 见 Gabriel Moss, QC and Professor Dr. Christoph Paulus, *The urgent need for reform—what and when? Current trends in European Rescue and the Impact of the European Insolvency Regulation*, 2005年7月15日。

¹² *Bramalea* 一案涉及一家总部设在加拿大、各营业子公司设在加拿大和美国的公司，另外还涉及一些合伙关系和合资安排，Ziegel, J 所著 *Corporate Groups and Crossborder Insolvencies: A Canada-United States Perspective* 对此作了论述，7 *Fordham J. Corp & Fin. L.* 367。欧盟也有一些采用这种做法的实例。

¹³ 美国法律规定，一公司与原申请人有关联的（如果这种关系已经界定的话），应在同一个法院提出申请，条件是原申请人的住所、居住地、主要营业地或主要财产是在该法院所在的地区。申请提出后，法院可以就破产财产的共同管理下达命令（美国：《破产法》，第 28 款，1408）。

不要求就集团的主要利益中心作出正式裁决，如果采用《贸易法委员会示范法》将有利于采用共同管理，从而为跨国界合作和联络以及使用跨国界程序或其他机制处理不同法域之间的程序和管理问题提供立法框架。

H. 可供审议的问题：对公司集团的国际处理办法

33. A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1 对在国内情况下处理破产中公司集团的问题提出了一些供工作组审议的问题。除这些问题之外，工作组还应审议在国际情况下涉及的下列问题：

- (a) 对“公司集团”的界定以及这一概念在不同国家可能存在的差异；
 - (b) 对破产程序的使用，特别是可以通过对公司集团适用某种主要利益中心的概念等方式对公司集团启动单一程序的法域；
 - (c) 国际程序所提供的救济，包括共同管理和合并；
 - (d) 《贸易法委员会破产法立法指南》可能需要补充的有关启动后融资的条文。
-