



大会

Distr.: Limited
6 October 2014
Chinese
Original: English

联合国国际贸易法委员会
第五工作组（破产法）
第四十六届会议
2014年12月15日至19日，维也纳

破产法

临近破产期间董事的义务：企业集团

秘书处的说明

目录

	段次	页次
导言	1-4	2
一. 义务的性质：建议 255-256（专家组）	5-8	2
A. 建议草案	--	2
B. 说明	5-8	4
二. 相互冲突的义务	9	5
A. 建议草案	--	5
B. 说明	9	6
三. 查明负有义务的当事方：建议 258	10-11	6
A. 建议	--	6
B. 说明	10-11	7



导言

1. 《贸易法委员会破产法立法指南》第三部分论述破产时对企业集团的处理，并提供了关于企业集团性质的背景；通过企业集团经营业务的原因；按所有权和控制权的概念，什么构成企业集团、以及企业集团的监管。《立法指南》第四部分论述临近破产期间董事的义务，讨论了该期间与董事义务相关的一些问题，特别是通过实行破产法而不是公司法来施加这一时期特有义务的理由。第三部分和第四部分都未述及作为企业集团一个或多个成员董事时可能对其义务产生影响的具体问题。

2. 第五工作组（破产法）第四十四届会议（2013 年）一致认为，处理临近破产期间企业集团公司董事的义务十分重要，因为这一领域明显存在难以处理的实际问题，解决办法将对高效破产制度的运作有很大益处。与此同时，工作组注意到，有一些需要认真考虑的问题，以便解决办法不妨碍经营业务的恢复，不会造成董事难以继续努力促进这种恢复，也不会影响董事因而过早地启动破产程序。鉴于这些考虑，工作组一致认为，例如由一个专家组非正式地采取今后的步骤将是有益的，专家组的任务将是审查如何可以将《立法指南》第四部分适用于企业集团情形以及可能需要处理的任何其他问题（例如董事对本公司所负义务与集团利益之间的冲突，以及管辖法律问题）。非正式专家工作组最迟将在 2014 年下半年届会之前向工作组报回有关情况（A/CN.9/798，第 23 段）。

3. 本工作文件由秘书处根据第五工作组请求与非正式专家组协商后编写。文件以《贸易法委员会立法指南》第四部分的有关建议（建议 255-266）为基础，指明了修订这些建议的方式，以具体处理企业集团情形中董事的义务。着重点是建议 255 和 256，其中列出了需要履行的义务，以及在集团情形中满足这些义务所需采取的合理步骤。对这些建议提出的修改可以附上相关的解释评注，以帮助读者理解修订后的建议，以及如何可加以适用。这些解释材料未包括在本文内，但只要工作组决定了采用什么方式拟订这一主题的案文草案之后，即可开始起草。

4. 设有提出修改的那些建议将可适用于集团情形（即建议 257 和 259-266），从而未列入下文所列的建议。提出了所起草的建议 258 对于集团情形是否合适的问题。至于术语，《立法指南》第四部分中使用的“公司”一词现已酌情改为“企业集团成员”等字样。

一. 义务的性质：建议 255-256（专家组）

A. 建议草案

1. 立法条文的目的

[这些条文处理公司作为一个企业集团成员时面临即将或不可避免破产的情形。]

这些条文述及在破产临近或不可避免时那些负责就一个企业集团成员的管理作出决定的人的义务，条文的目的是为了：

- (a) 保护[企业集团成员]债权人和其他利害关系人的合法利益；
- (b) 确保那些负责就一个企业集团成员的管理作出决定的人知道其在这些情形中的作用和职责；
- (c) 对于违背这些义务的情形提供适用的救济办法，这些救济办法可在破产程序启动后强制执行；
- [(d) 承认企业集团成员在企业集团中的地位影响到该集团成员应当如何管理从而应对其即将临近的或不可避免的破产，并承认那些负责就该企业集团成员的管理作出决定的人的义务，包括他们还负责就集团其他成员的管理作出决定的情形]；及
- [(e) 使企业集团成员能够以适当的方式加以管理，[该方式最终符合企业集团的最高利益][和作为该企业集团一部分该集团成员的最高利益][该方式将能实现企业集团价值最大化][同时确保该集团成员债权人和其他利害关系人的待遇不差于如果对集团个别成员实行某种解决办法时的待遇]]。

实施(a)-(e)款时，采用的方式不得：

- (a) 对[企业集团]经营业务的成功重整造成不利影响[考虑到实现企业集团价值最大化和促进企业集团整体上破产解决办法而可能带来的益处、该集团成员在企业集团中的地位和集团成员之间一体化的程度，对该企业集团成员经营业务的成功重整造成不利影响]；
- (b) 抑制参与对公司特别是那些陷入财务困境的公司的管理；或
- (c) 阻碍作出合理的商务判断或承担合理的商业风险。

2. 立法条文的内容

义务

255（专家组）. 关于破产的法律应当指明，从建议 257 所述时间点开始，按建议 258 所指明的人员将有义务适当顾及[其作为董事所属] 企业集团成员和集团其他成员的]债权人和其他利害关系人的利益，并采取合理步骤：

- (a) 避免破产；及
- (b) 破产不可避免的，尽量缩小破产的范围[及其对该企业集团成员和集团其他成员债权人和其他利害关系人的影响][，同时考虑到实现企业集团价值最大化和促进企业集团整体上破产解决办法而可能带来的益处、该企业集团成员在企业集团中的地位以及企业集团成员之间一体化的程度]。

256（专家组）. 就建议 255（专家组）而言，合理的步骤[除建议 256 所列的步骤之外，还]可包括：

- (a) 评估企业集团成员[和企业集团]目前的财务状况[，以查明如果考虑采用企业集团整体上的解决办法，是否可保全或创造更大的价值]；
- (b) [考虑其作为集团成员对集团其他成员的财务和其他义务，应当与企业集团其他成员达成什么交易，以及启动后融资的可能来源及其是否可供使用]；
- (c) 召集[与企业集团总部和其他成员的]股东会议[，讨论如何安排对集团个别成员和集团成员整体上破产解决办法进行的分析，其中应考虑到准据法问题]；
- (d) [评估其所属企业集团成员的债权人和其他利益关系人在企业集团整体上的破产解决办法中是否待遇更好些，并协助执行这一解决办法]；
- (e) 独立了解所属企业集团成员[和企业集团]目前和当前持续中的财务状况；
- (f) 寻求专业咨询建议，包括[独立的]破产或法律咨询建议；
- (g) 举行和参加与债权人的非正式谈判；例如自愿重组谈判，¹[无论是为整个企业集团还是为企业集团若干成员举行的]；
- (h) 考虑[在企业集团情形中]经营业务的结构和职能，以审查其生存能力和减少开支；
- (i) 不代表所属企业集团成员对可能撤销的那些种类的交易作出承诺，除非[达成这种交易]有合适的商业理由[，包括企业集团情形下的商业理由]；及
- (j) 启动或请求启动正式的重整程序或清算程序。[如启动正式的程序，则考虑应当在哪个法院启动程序，是否可以或是否适宜与企业集团其他相关成员联合申请，²以及破产程序是否应当在程序上加以协调³。]

B. 说明

(a) 目的条款

5. 本目的条款以《贸易法委员会立法指南》第四部分建议 255 和 256 的目的条款为基础。提出的增加部分列在方括号中，用意是指出企业集团情形可能对义务的性质和履行义务的方式产生的影响。增添了来自《立法指南》第三部分建议 214 和 217 的措词，以提请注意这种情形。虽然董事的首要义务与其在其中任职的集团个别成员相关，但仍有可能需要考虑到附加因素，例如，所属集团成员在企业集团中的地位、集团成员之间一体化的程度，以及实现企业集团价值实现最大化和促进集团整体上破产解决办法而可能带来的益处。

¹ 《立法指南》，第一部分，第 2-18 段。

² 《立法指南》，第三部分，建议 199-201。

³ 《立法指南》，第三部分，建议 202-210。

(b) 建议 255（专家组）

6. 建议 255 直接提及临近或不可避免面临破产的集团成员的董事义务。在企业集团情形下，有义务避免或特别是尽量缩小破产的影响，这一义务可能需要考虑到集团特定成员以外的因素。例如在有些情形中，保全集团成员价值和债权人和其他利益关系人的利益的最佳方法将是促成对企业集团整体上（或集团其中某部分）更广泛的解决办法，并参与其中。在这种情况下，董事依然保持对其所任职的集团成员的首要义务，董事将需要确保其债权人和其他利益关系人的待遇在为整个集团采用的解决办法中不差于如果实行集团单独成员的解决办法。这些设想列在修订后的建议中；需要考虑的具体步骤列在建议 256（专家组）中。可能引起义务发生冲突的情形，在新的一条建议草案（见下文）中论述，例如临近或不可避免破产的集团成员的董事，同时也是集团另一成员的董事，或在集团另一成员中担任执行官或管理职务。

(c) 建议 256（专家组）

7. 《立法指南》第四部分建议 256 对集团情形依然适用，该建议中所概述的一些步骤没有在此处重复列出，因为对于集团情形，无需加以修订。其他步骤则重复列出并加以扩大，还增加了一些新步骤，以不仅考虑到董事对其所任职的企业集团成员所需要采取的行动，还考虑到必然涉及集团总部和集团其他成员的行动，反映该集团成员在企业集团中的地位及其相对于集团其他成员的关系。

8. 在需要启动正式破产程序时，似宜对国内企业集团实行《立法指南》第三部分建议的其中一些机制，以便利进行涉及企业集团两个或多个成员的程序，在这种情形中，联合申请启动和实程序上的协调。

二. 相互冲突的义务**A. 建议草案****1. 立法条文的目的**

[关于义务冲突的条文目的是处理企业集团一个成员董事同时还在企业集团另一个或其他成员中担任该职务或管理层或执行官职务的情形，无论那是集团总部还是控股成员。这种情形在临近破产期可能引起对集团不同成员所负义务之间的冲突，而这又可能对采取必要步骤履行这些义务产生一定的影响。]

2. 立法条文的内容

256（专家组）之二. [关于破产的法律应当处理企业集团一个成员的董事同时还在企业集团另一个或其他成员中担任该职务[或管理层或执行官职务]而无论那

是集团总部还是控股成员]对集团这些不同成员[的债权人]所负义务之间在临近破产期发生冲突的情形。]

256（专家组）之三。 [破产法可指明，面临这种相互冲突义务的董事应当采取合理步骤管理这些冲突，包括获得咨询意见，确定这些不同义务的准确性质，向债权人和其他利益关系人披露可能导致这种冲突义务的情形，在这种冲突义务不能协调时指定另外一名董事，并在无任何其他可供选择的行动方法而实行辞职将不会使局面恶化的情况下辞职。]

B. 说明

9. 本建议草案处理的是在企业集团中常见的一种情形，其一个董事同时还在集团两个或多个成员中担任该职务，其中还常常包括集团总部在内。集团一个成员的董事同时还可能在集团另一个成员中担任管理层或执行官职位。这样的董事可能会发现集团不同成员的利益之间以及对集团不同成员所负的义务之间会发生冲突。这种冲突可能影响董事的能力，使其难以独立评估为解决集团这些成员中每个成员的财务困难而需要采取什么行动以及难以采取建议 256（专家组）中所概述的那些合理步骤。为了避免集团成员之间厚此薄彼的情形，破产法可指明，应当采取某些措施查明和管理这种利益冲突。这些措施可要求集团每个成员对建议 256（专家组）中概述的步骤给予充分的考虑，应以适当的方式管理冲突而使所涉及的集团成员的债权人不至于处于不利的地位，只有在辞职⁴将不会造成局面恶化的情况下才采用辞职作为一种解决办法，对集团若干成员负有义务的董事不能使用对集团一个成员所负的义务作为一种抗辩理由对抗对集团另一成员给予的待遇。

三. 查明负有义务的当事方：建议 258

A. 建议

1. 立法条文的目的

条文的目的是查明在建议 255 中负有义务的人员。

2. 立法条文的内容

负有义务的人员

258. 关于破产的法律应当指明建议 255 中所述的负有义务的人，其中可包括被正式任命为董事的任何人，以及行使实际控制权和履行董事职能的其他任何人。

⁴ 见《立法指南》，第四部分，第二章，第 27 段，其中在述及可供董事采用的抗辩办法时讨论了辞职。

B. 说明

10. 《贸易法委员会立法指南》第四部分局限于获正式任命的董事或行使实际控制权和履行董事职能的任何人。在第四部分的评注第二章第 15 段中，从广义上指出了谁可以包括在第四部分的范围内，例如那些就公司的管理负责做出、实际做出和应当做出关键决定的人，该段还列举了一系列关键职能。

11. 工作组似宜审议建议 258 关于企业集团情形的措词范围是否足够广泛，从而涵盖负有建议 255（专家组）所述义务的所有人；或审议是否应当提供任何进一步的指导作为考虑。评论者列举了一些法域，其中坚持单一实体概念，对相关法律作狭义解释，由此通常忽略企业集团的现实，因而导致证明标准非常高。因此，如果试图认定，例如视情况而定，企业集团总部等影子董事违反了例如建议 255（专家组）规定的那些义务，那可能是非常困难的，甚至是一种高度的揣测。⁵法院通常都十分谨慎使用法人人格和有限责任的概念来进行推论。一种办法可以是保留建议 258 的目前措词，并在评注中讨论可将此条文适用于企业集团的情形，特别是集团其他成员担任影子董事的情形。

⁵ Irit Mevorach, “在危机时刻企业原则对树立管理责任的作用”，《欧洲商业组织法评论》，14:471-496，第 486 页。