

公司并购实务中的七大关键问题及解决方案

公司并购业务是律师业务中的高端业务，涉及的专业问题较多、涉及的社会问题比较复杂，需要律师具备良好的协调能力、沟通能力和运作能力，同时需具备深厚的社会经验和扎实的法律专业知识。公司并购包括股权并购和资产并购。**公司并购一般是指收购方收购目标公司 50% 以上股权的收购行为，低于 50% 的收购行为只能算是股权转让，不能算是严格意义上的公司收购。**资产收购因为税负等原因，一般最终还要采取股权收购的方式，故本文以股权收购为主，兼谈其他收购，供大家学习和交流。本方主要股权收购中的疑难问题，对于一般性问题，不再赘述。

一、员工安置问题

员工安置是公司并购中的头等大事，既关系到员工的个人利益，也关系到目标企业的顺利交接以及社会的稳定，所以收购方务必做好员工的安置。**常见的做法是，全盘接收目标公司的全部员工。私营企业的员工对企业的依附性较小，故在私营企业的收购中，员工安置的问题不大。**而对于有国企背景企业的收购，则需特别慎重。因为，这些企业的员工对企业和国家有一种莫名其妙的依赖，他们将自身的生存、荣辱几乎全押在企业身上，对企业的要求也高，“五金”（养老、医疗、失业、住房、工伤）必须全部买齐。而不少私营企业，连“三金”都没买，“五金”更是奢侈。有国企背景的员工，一旦自身利益受损，要么上访、要么静坐示威，给企业、给政府带来很大压力。所以，对该类员工的安置工作一定要做细。几个大的原则，供大家参考：

- 1、所有员工原则上全部接收，原工资、福利待遇保持不变，并给过渡期，一般控制在两个月（或更长时间）以内，以保证收购的顺利进行；
- 2、过渡期结束后，所有留下来的员工，一律竞争上岗，重新签订书面劳动合同；
- 3、在 2008 年 1 月 1 日《劳动合同法》实施之前，以及该法实施后至收购基准日之前，未签书面劳动合同的，要求目标公司一律补签书面劳动合同，以避免双倍赔偿的问题；
- 4、原则上，收购方不主动开除任何员工，以避免可能支出的经济补偿金；
- 5、特殊员工，比如“三期”中的女职工，以及工伤、工亡员工，特殊对待，以保证企业的稳定和收购的顺利进行。

二、债权债务问题

对于债权问题，目标公司的原股东更为关注，一般不会出现。出现最多的是债务问题。**一般情况下，收购方与原股东会股权收购协议中约定：基准日之前的债务由原股东承担，基准日之后的债务由新股东（收购方）承担。**此种约定，**实质上是目标公司将自己的债务转让给了原股东或新股东，是一份债务转让协议。**债务转让，需经债权人同意。故，此种约定在没有债权人同意的情况下，是无效的。虽然此种约定对外无效，但在新老股东以及目标公司之间还是有法律约束力的。实务中，收购方一般会采取让老股东或第三人担保的方式进行约束。

或有债务，是收购方关注的另外一个债务问题。实务中有以下几种处理方式：

1、分期支付股权收购款。即，在签订股权转让合同时，付一部分；办理完工商变更登记后，再付一部分；剩余部分作为或有债务的担保。

2、约定豁免期、豁免额。例如，约定基准日后两年零六个月内不出现标的在 X 万元以下的或有债务，则原股东即可免责。约定豁免额，以体现收购方的收购诚意；约定豁免期两年，是考虑到诉讼时效，而六个月是体现一个过渡期。

3、约定承担或有债务的计算公式和计算比例。需要指出的是，原股东承担的或有债务，一般是以原股东各自取得的股权收购款为限的。

企业与员工之间形成的债务问题也要妥善处理。由于种种原因，企业可能向员工有借款，或员工名为持股，实为借贷，内部债券等等，这些问题务必妥善处理，否则就容易滑向非法集资的泥潭，很可能导致刑事犯罪的发生。

三、土地、房产问题

公司收购，一般都是收购方看中了目标公司的土地、房产等重大财产，或者是看中了目标公司的许可证、资质证等经营许可手续，否则不会收购。经常会遇到目标公司的净资产是零甚至是负数，但收购方竟愿意出高价收购的情形，其用意就在于此。通过股权收购的方式，收购方节省了大量的土地增值税、房产税、营业税等税收，避免了资产收购需要支付的巨额税费，同时也便于目标公司的顺利交接。

土地和房产一般遵循的是“房地一体”的原则，即房产证与土地使用权证登记的是同一人。但实务中往往出现“房地分离”的情形。“房地分离”并不违法，值得探讨的是如何解决房与地之间的使用权问题。实务中，有的采取“回赎”的方式，有的采取维持现状的方式。

还需要注意的是，土地的用途是商业用途还是工业用途，土地的剩余使用期限，以及土地上是否存在抵押等。

以上土地均系国有土地，而农村集体建设用地是公司收购中另外一个棘手的问题。根据《土地管理法》第六十三条的规定：“农民集体所有的土地的使用权不得出让、转让或者出租用于非农业建设；但是，符合土地利用总体规划并依法取得建设用地的企业，因破产、兼并等情形致使土地使用权依法发生转移的除外”。也就是说，除了因破产、兼并等情形致使土地使用权发生转移之外，农村集体建设用地不得对外出租，不得流转。其原因在于，农村的建设用地系无偿划拨取得，在没有依法征为国有建设用地的情况下，是不能对外流转获取收益的。该法第八十五条特别指出：“中外合资经营企业、中外合作经营企业、外资企业使用土地的，适用本法；法律另有规定的，从其规定”。但实践中，为了节省成本，私营生产型企业大都租赁农村集体建设用地，有的甚至不是建设用地，而且租赁期限一租就是五十年甚至更长。

河南省根据实际情况，对农村集体建设用地能否流转、以及如何流转，做了一些突破性规定。《河南省国土资源厅关于进一步加强和规范农村集体建设用地使用管理的暂行意见》（豫国土资发【2009】52号）规定，农村集体建设用地在符合下列条件下的前提下，可以依法流转，即可以以租赁方式作为生产厂地：在土地利用总体规划确定的城市（含县城）建设用地范围外，符合乡（镇）土地利用总体规划和乡（镇）、村规划；符合产业政策和区域经济发展要求；经依法批准或者依法取得；权属明晰，界址清楚，持有合法的的土地权属证书；不得改变土地集体所有性质，不得擅自改变土地用途，不得损害农民合法权益。并且，土地的对外出租需经各农村集体经济组织村民会议 2/3 以上成员或 2/3 以上村民代表同意。在符合上述条件的前提

下，农村集体建设用地可以作为目标企业的生产厂地。

租地期限超过二十年的问题，一般采取两种方式解决。第一种，采取分别订立一份 20 年的租赁合同、两份附期限生效的租赁合同，即以“20+20+10”的方式解决。第二种，采取联营的方式，即农村集体经济组织与目标企业签订联营合同，目标企业一次性或分期支付联营费。第二种方式对于非上市企业，可以采取，但对于拟上市企业一般不要采取，其原因：一是上市企业对土地的使用有严格的要求，二是此种方式凭空增加了拟上市企业的关联方，人为的增加了企业上市的难度。

最近几年，煤炭经营许可证、药品经营许可证、网吧经营许可证等经营许可证特别难以获得审批，而通过收购股权的方式，顺利达到了收购方的预期目的。

四、股权收购价格

股权收购款的支付价格，有平价、低价、溢价以及零价格转让。实务中，个别工商登记机关对股权转让价格不干涉，听凭转让双方的真实意思。但大多数工商登记机关均以“注册资本非经法定程序，不得增加或减少”为由，要求平价转让，否则不予办理变更登记手续。为解决此种难题，**实务中，一般会制作两份股权收购协议，工商登记机关一份，股东自己留一份。提交给工商登记机关的是平价转让，股东自己留的是低价或溢价，甚至零价。**不过，提交给工商登记机关的协议上，一般会写上这样一句话，以做好两份协议的衔接：“此份股权收购协议，仅为办理工商登记所用。在股权收购过程中，双方可达成补充协议，补充协议与本协议不一致的，以补充协议为准”，工商登记机关对此特约条款，一般不作干涉。股东自己留存的股权收购协议中，也会在“鉴于条款”中列明：“本股权收购协议系提交给工商登记机关的股权收购协议的补充协议，两者不一致的，以本协议为准”。

上述两份“阴阳”合同的法律效力如何，尚有争议。笔者认为，对于内资收购来讲，“阴”合同系当事人的真实意思表示，也未损害第三人的合法权益，尽管不具有对抗第三人的效力，但在当事人之间是有法律约束力的，不应单纯以“协议未经备案”而确定其无效。

对于外资收购来讲，上述“阴”合同系无效合同。“阴”合同属于“阳”合同的补充协议，对股权转让的价格进行了实质性变更，违反了《最高人民法院关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定（一）》（法释〔2010〕9号，2010年8月16日起施行）第二条的规定，属于绝对无效的条款。该司法解释第二条规定：“当事人就外商投资企业相关事项达成的补充协议对已获批准的合同不构成重大或实质性变更的，人民法院不应以未经外商投资企业审批机关批准为由认定该补充协议未生效。前款规定的重大或实质性变更包括注册资本、公司类型、经营范围、营业期限、股东认缴的出资额、出资方式的变更以及公司合并、公司分立、股权转让等”。

为防止国有资产的流失，对于外资收购，审批机关（商务局）依据《外国投资者并购境内企业的规定》规定，都会要求提交目标企业的资产评估报告、净资产审计报告、法律意见书，且经“招拍挂”程序，以公允的价格收购目标企业，否则不予审批。

五、外资并购中注册资本的计算问题

关于注册资本，在资产并购的情形下，确定注册资本较简单，与所有新设外商投资企业一样，该并购

后新设外商投资企业的所有中外投资者的出资总额，即为企业的注册资本。在股权并购的情形下，由于目标公司的法人资格继续存在，因此注册资本的确定相对复杂。这里需要区分三种情况：

第一种，外国投资者仅购买目标公司原股东的股权，未认购企业的增资。这时，目标公司仅仅是股东和企业性质发生变化，其注册资本未变化。因此，并购后新设外商投资企业的注册资本就是其变更登记（由境内公司变为外商投资企业）前的注册资本额；

第二种，外国投资者不仅购买目标公司原股东的股权，而且还单独或其他投资者一同认购目标公司的增资。虽然股东变更不影响企业注册资本额，但由于目标公司还有增资，所以其所有者权益（净资产）会因该增资部分而增加，所以并购后新设外商投资企业的注册资本，应为“原境内公司注册资本与新增资额之和”，外国投资者与目标公司原其他股东，在目标公司资产评估的基础上，确定各自在外商投资企业注册资本中的出资比例；

第三种，外国投资者不购买目标公司原股东的股权，仅认购目标企业的增资。这时，目标公司同样会因该部分增资，导致其注册资本同步增加。所以，并购后新设外商投资企业的注册资本亦为“原境内公司注册资本与增资额之和”。需要指出的是，**在境内公司（目标公司）是股份公司的情况下，如果其以高于票面价值的方式“溢价”增发股票，其注册资本即股本总额应为原公司注册资本额与增发股票的票面总值之和。**也就是说在该情况下，《关于外国投资者并购境内企业的规定》中的“增资额”应为股份公司增发股票的票面值，而非“溢价”值。

在外资并购中，注册资本的计算，直接决定外方能汇入多少增资并购款，故异常重要。

六、外资并购中的关联交易问题

在外资并购中，关联关系披露是《关于外国投资者并购境内企业的规定》中交易双方的法定义务。**交易双方的不存在关联关系的声明及法律意见书也是报审批时的必备文件。**在做法律意见书时，要做好尽职调查，参照企业上市的要求，以《公司法》、《企业会计准则第 36 号——关联方披露（2006）》等法律、行政法规等为依据，穷尽所有关联关系。**一般的关联关系包括：股权、协议、人事安排等。**对法人股东，要穷尽到自然人股东；对自然人股东，要穷尽其三代以内的直系血亲、旁系血亲以及姻亲。同时，要求收购方、目标公司及股东、董、监、高出具不存在关联关系的保证。律师要调查目标公司的全部工商档案，还要求收购方提供经中国驻外使领馆认证的收购方的全部工商注册档案。

如果存在关联关系，则要披露，并遵守国家的相关税收、外汇法规；否则，出具不存在关联关系的法律意见书，顺利通过审批。

七、税收问题

公司并购中，主要税收包括以下几个方面：

1、营业税。《财政部国家税务总局关于股权转让有关营业税问题的通知》（财税〔2002〕191号）规定，“对股权转让不征收营业税”。2009年前后，国家税务总局拟对股权转让征收营业税，并要求工商登记机关配合，但实务中，因种种原因，该政策并未实际执行。

2、所得税。溢价，则征收个人所得税或企业所得税；平价、低价以及零资产转让，不存在所得税的问

题。内资并购的所得税问题一般较好解决，而外资并购比较复杂。特别是外国投资者并购原外国投资者的股权，涉及到外汇的汇出，又可能涉及到国际重复征税的问题，律师应提前策划好。有的企业利用“因私用汇”、设计费、双向抵销等不法手段规避税收，逃避外汇监管，应当予以禁止。

3、土地增值税、契税。股权收购很好地避开了土地增值税和契税。

八、其他

1、协调好与政府机关的关系。公司并购涉及到诸多国家机关，必须将相关问题提前向相关国家机关确认，并得到肯定答复。如有疑问，提前解决，否则任何一个问题的突然出现，都可能导致收购的失败。内资收购主要涉及工商、税务等部门，外资收购比内资收购多了商务、外汇、海关、发改委等部门。

2、与注册会计师、咨询公司的密切配合。选择人品好、专业知识扎实的注册会计师、工商顾问的合作，将使收购工作进程大大提前。而长期的合作，使双方配合非常默契。共同解决疑难问题的过程，也大大凝聚了团队。

以上系笔者在律师执业实践中总结的经验，肯定有不少疏漏之处，望同业、专注公司并购者及外商投资领域的同志提出宝贵意见，以便改正。