

企业并购中债权人 通知义务的法律问题

施幽静 孙加峰

摘 要: 企业并购会对包括债权人在内的利害关系人的利益发生重大影响。相对于企业股东、职工来说,债权人,特别是无担保债权人利益保护在企业合并中的利益保护机制不畅,所以应要求企业履行通知义务,以防止企业合并中的信息不对称和损害债权人利益的行为。本文从民商法角度讨论该通知义务的履行主体、通知方式和未通知的法律后果等问题。

关键词: 企业并购; 债权保护; 通知义务

中图分类号: F276.6 **文献标识码:** A **文章编号:** 1006-1894(2006)06-0044-04

企业兼并和收购涉及到相关利害关系人利益的结构性调整,按照法理,企业财产构成对债权人的一般担保,兼并和收购不仅导致企业财产的重组、置换等即期价值安排,从长远来讲企业的资产效益和规模也会发生变化。所以通过公告和通知的方式向债权人披露企业兼并和重组的事实并进而对债权人的利益进行安排非常重要。本文就公司兼并收购时通知债权人等有关法律问题进行论述。

一、债权人通知义务的理论基础

企业的债权人不同于股东,一方面没有股东会、股东代表诉讼等法定的程序和机制来了解和监督企业的经营;另一方面企业的重大经营活动实际上会影响到清偿债务的能力。债务企业在兼并收购关系中的角色无非是兼并方或被兼并方。作为并购方,一般市场化的兼并和收购均是付出对价的,因此,兼并收购方的财产必然会发生结构性的变动,这种变动客观上会影响其偿还债务的能力;若原来的债务人为被兼并的对象,其作为债务人的主体地位往往会消灭,所以法律上要求在企业兼并收购时应履行告知债权人的义务实际上就是对债权人在企业经营监督权缺位的补偿机制,披露企业兼并收购的信息以解决信息对称的问题。

企业间债权债务关系多为合同之债,根据合同法的原理在企业被兼并,失去企业的控制权甚至法人地位面临消灭时,从债权人一方有不安抗辩权,对债权人的通知义务就是告知债权人债务履行面临不确定因素,让债权人有机会在兼并收购行为实际发生前主张和安排自己的利益,这同时也是合同法上双方当事人诚信义务的具体表现和要求。

当然在兼并收购中,被兼并企业包括债权债务关系等实际经营和财产状况对兼并方来说

有权利了解,兼并方也希望通过向社会公开收购信息并合法对被兼并企业的利害关系人的利益进行重组和安排,以使交易确定和安全。

二、关于通知义务人的法律问题

在兼并收购法律关系中,涉及到多方利害关系人:收购企业及其股东方、目标企业及其股东、债权企业及其股东,债权的担保方等,在涉及审批程序时,政府一方往往也参与其中。通知义务由谁来承担呢?《公司法》规定“公司应当自作出合并决议之日起10日内通知债权人,并于30日内在报纸上至少公告3次。有的学者认为,应由合并方中的存续方来承担,笔者认为这种观点是不妥当的。因为从合并的种类来讲,在新设合并中本身就不存在存续公司,即使在吸收合并时,根据债的相对性原理,被吸收企业作为原来债权债务关系的当事人应向原债权人发出通知,而由与原债权债务关系无关的第三人单方面发出的通知,债权人没有领受的义务。这就如同在债权转让中也必须由原债权人通知债务人债权转让的事实,债权转让才发生效力一样,而非由新的债权人单独发出通知。因为在企业并购实践中,债权人与债务企业的关系属于并购企业内部的法律关系,与实施并购的企业无关。所以笔者认为应由原债务企业向债权人履行通知义务。因为通知仅仅在于披露债务企业将要被合并的事实,并不涉及到债权债务的承担和处置,所以应当由原债务企业承担为妥。《最高人民法院关于审理与企业改制相关案件若干问题的规定》中规定,企业兼并,被兼并企业应当在法定期限内书面通知债权人,无法通知的,应当依法进行公告,可见通知义务人是债务企业。《外国投资者并购境内企业暂行规定》第7条也是规定由被并购企业承担通知义务。

三、通知和公告的起始时间和方式、内容

关于对债权人是应该发出书面通知,还是仅仅在媒体上公告的问题,我国《公司法》采用通知和公告并作的规定;《最高人民法院关于审理与企业改制相关案件若干问题的规定》规定无法书面通知债权人的情况下债务企业可以进行公告,实际上是采用选择法;《外国投资者并购境内企业暂行规定》采用的是并列法。笔者认为应同时采用书面通知和公告的方法,没有区别对待的必要。因为双重披露一方面可以较好地保护债权人利益,另一方面也节约了债务企业的判断和甄别成本。

1. 起始时间 对何时开始发出公告和通知的问题上,《公司法》和《外国投资者并购境内企业暂行规定》都是规定从企业作出决议之日起一定时间内履行收购信息的披露义务。但是对于决议的性质法律没有明确,故存在着法律解释的必要。笔者认为《公司法》规定的债权人通知的起始时间为自决议发出之日起。该“决议”应该是生效的决议,否则未完成核准和批准的决议由于存在被撤销的可能,在效力上便存在不确定状态,自然不能约束包括债权人以外的相对人。因此被并购公司应当在决议生效后的规定时间内向债权人进行公告和通知。

2. 方式内容 关于公告和通知的内容和方式问题,应该至少包括债务企业基本情况,并购决议的基本内容,债权申报的方式和期限,债权申报时提交的材料,逾期申报的法律后果等。现行法律对公告的媒介没有非常明确的规定,导致许多并购案例中,公告的

媒体等级不一,有的甚至在没有获得公开发行批准的内部刊物上发出通知来规避法律的规定,这种做法客观上也损害了债权人的利益。笔者建议应对债权通知采用的媒介作出统一的规定,以达到保护债权人的知情权。可以考虑由工商部门在省级以上的报纸甚至特定的网络中指定媒介。债务企业在并购交易中必须在这些指定媒介上的公告才具有法律效力。

四、债务人未依法通知的法律后果

如果并购企业没有按照法定的时间和方式进行公告和通知,导致债权人客观上无法申报债权,债务企业应承担怎样的法律后果呢?《公司法》相关规定条文规定了行政责任,即公司在合并、分立、减少注册资本或者进行清算时,不按照本法规定通知或者公告债权人的,责令改正,对公司处以一万元以上十万元以下的罚款,但《公司法》没有规定通知义务未履行或履行不当时导致债权人不能及时申报债权的民事责任问题。

通知义务是否属于法律强制性规定,债务人没有依法履行通知义务是否会导致并购协议的无效。笔者认为债务人的通知义务的缺失不应导致并购协议的无效,因为债权人只能以满足债权和保护债权安全为目的而间接影响合并的程序,并无直接阻止合并的理由。即使没有通知债权人合并的事实,但只要没有损害债权人利益,依照法律规定有关企业对原债务进行承担即可,不必影响到合同的效力。否则在合并协议履行后,合同无效还会发生恢复原状的效力,这显然是不符合法律促进社会财富最大化的原则,也不利于社会资本的合理整合和流动。

在此种情况下,为了使债权人的利益主张不因债务企业被并购而悬空,笔者认为在吸收合并的情形下,应由实施兼并的公司承担该全部债务;在新设合并的情况下,应该由新成立的公司承担债务。当然如果债务企业在并购过程中故意隐瞒对外负债的事实也没有通知债权人的,承担债务后,并购企业或其股东有权追究被收购企业的违约责任。这种法律规定也促使并购企业在实施并购中尽职调查,防止代偿风险的发生。如果有证据证明收购人明知被收购企业有对外债务而没有通知的,被收购企业的出让方不承担违约责任。实践中还会发生由于企业兼并收购没有及时通知债权人,导致债权人无法主张债权而丧失诉讼时效的情况。笔者认为,债务企业没有履行通知义务应该构成债权人诉讼时效中止的原因。

五、由于债权人的过失没有申报或逾期申报债权的法律后果

债务人依法履行了并购事项的通知手续,但由于债权人的过错没有按照要求和时间申报债权,其法律后果如何呢?《中华人民共和国企业破产法(试行)》第九条规定了破产债权人逾期申报债权的法律后果,债权人应当在收到通知后一个月内,未收到通知的债权人应当自公告之日起3个月内,向人民法院申报债权,说明债权的数额和有无财产担保,并且提交有关证明材料。逾期未申报债权的,视为自动放弃债权。破产法这样规定的目的,是促使债权人在规定的时间内主张债权,防止因债权人怠于行使主张债权而影响到破产清算的过程和进度,所以有逾期申报债权的规定,而在企业并购中,一方面因为债权人没有申报和主张债权并不妨碍并购协议的履行和实施;另一方面企业的财产也没有在并购行为发生后被清算和分割。所以笔者认为即使债权人没有按规定的方式申报债权,债权并不消灭,

在股权收购的情形下,债权人可以向存续的企业主张;而在资产收购的情况下,收购资产的公司与出售资产的公司应该对债权人承担连带清偿责任。当然,由于债权人的过错没有按规定申报债权,并购行为的发生并不构成债权的诉讼时效中止的原因。

在申报债权后,就债权的偿还问题债权人应该与债务企业或实施并购的企业达成还款或重组协议:债权未届清期的,可以要求原债务人在实施合并前折扣偿还或由合并方承继;对于和被吸收公司有不可分离关系的未到期债务,债权人可以拒绝由存续公司承担,而请求被吸收公司负单方面解除合同之责任;连带保证类债权的保证人可以变更,可以重新安排物的担保方案等。简言之,债权人处分和重新安排自己的债权是民事主体自由意志的体现,只要不违反法律和行政法规的规定即可。

六、结 论

并购是企业经营发展和壮大或战略转型的重要途径,应该予以鼓励。单身企业并购涉及到企业财产的重组,对债权人利益影响很大,国内很多企业收购中恶意损害债权人特别是国有银行利益的事例时有发生,有关法律纠纷不断浮出水面,应该通过立法予以协调相关矛盾和利益冲突。我国法律对合并中债权通知问题规定的不够全面和系统,不同层级的规定之间还存在矛盾之处,此种状况亟待改善。笔者认为应建立书面通知和公告通知的双重通知的规定,根据债权的相对性原则,承担通知和清偿债务责任的,应该是原债务企业。当然债权人可以在企业并购时就债权的处置和重组与包括并购企业在内的利害关系人达成协议,这是民事主体对权利处分原则的体现。但公司法和企业法作为特别法应追求促进企业合并的原则,通知义务履行不合格,没有就债权清偿和担保达成协议,并不阻止合并协议效力和履行。

(作者单位:华东政法学院)



参考文献:

- [1] 顾功耘,等.公司并购法论[M].北京:高等教育出版社,1999.
- [2] 徐开墅.民商法辞典[M].上海:上海人民出版社,1995.
- [3] 顾功耘.公司法律评论(2001年卷)[M].上海:上海人民出版社,2001.
- [4] 顾功耘.公司法律评论(2002年卷)[M].上海:上海人民出版社,2002.
- [5] 顾功耘.公司法律评论(2003年卷)[M].上海:上海人民出版社,2003.
- [6] 王红一.公司法功能与结构的社会学分析[M].北京:北京大学出版社,2002.