

聆听新探索
洞察新视界



兼并重组背景下的企业风险管控体系建设

近年来,中国宝武重组整合的步伐不断加快。在企业兼并重组背景下,总部作为资产运作层,员工在操作执行过程中应该如何识别内外部风险,把握合规底线;集团层面该如何构建风险防范机制,完善风险应对的策略?

主讲人:杨力

上海交通大学中国法与社会研究院副院长,凯原法学院和中国城市治理研究院双聘教授、博导,兼任《国际商事法律评论》主编、首届上海市大数据社会应用研究会会长、亚太欧盟法学院联盟秘书长,国家企业社会责任智库、中共上海市委、上海市委政法委、上海市市场监管局党委、上海市司法局、上海浦东新区委和政府法律顾问,以及上海市高级人民法院、上海市人民检察院特邀咨询专家

兼并重组中的国企合规风险

重大决策

兼并重组是重大决策的一个重要维度。不管是按照党的规则,还是按照国务院国资委的规章,或是在国有资产转让或重组过程中涉及的法律法规,对于重大决策都有具体的程序要求、纪法衔接。同时,我们在重大决策之前掌握的信息是否充分,材料是否齐备,直接影响到最终结果的生成。当然,重大决策之前第三方的评估和听证,可以改变以往所谓内部人控制的决策方式。

并购拼贴

国企在收购过程中,涉及关联交易、对赌、拼贴,导致国有资产流失。这是要重点防范的,收购一定要做穿透性的尽职调查,且一定要到底。

公平竞争

2019年3月,全国人大通过了《中华人民共和国外商投资法》,涉及两个重要条款。其中一个经营者集中可能导致的公平竞争。在收购重组过程中,把很多原链条上的企业收购旗下,会因为要素集中带来垄断格局。有利的是可以带来超量的额外利润,但在海外市场可能会遇到国外企业、组织对我们发起反垄断之诉。

围标串标

中国宝武有招投标的评估机制和固定的招代机构。要注意的最大风险,就是刑法规定的围标串标罪。什么是犯罪条件?造成实际损失30万至50万元;或者是非法利益输送20万至30万元;或者是以欺诈骗胁迫其他方式围串标;或者是屡教不改,被行政处罚两次以上;或者省级以上重点工程或者国家招标工程。这些是围

串标罪的刑事犯罪主体或要件。

与之相应是民事合规的底线或风险,反而容易被忽视。比如招投标的四个环节,招标、投标、下达中标通知书、正式签约。合同订立涉及的两个法律定义:要约和承诺。实际中,招标公告易被甲方认为,这就是我发出的要约。实际上,招标公告只是意向而非要约,其内容并不对双方合同权利义务构成实质影响,可以变更。投标才是合同签订意义上的要约,中标通知书下达是合同意义上的承诺。甲方经常在招标公告中规定,在规定时间内,投标人所释放的投标材料在中标通知书下达之前不得撤回。但只要中标通知书没有下达,在法律上投标人是可以撤回的。这是我们要知道的一个合规的节点。另外一个误区是,中标通知书下达,很多人都会想当然认为最终的合同达成之前,还可以对中标通知书的部分条款进行变更。承诺是合同达成的要件,中标通知书下达就是合同达成。在此之后如果单方变更合同条款,这是擅自改变招标条件,是严重的违规。

商业贿赂

在收购重组过程中,业态复杂,主体多元,可能会存在商业贿赂问题。而刑事责任的承担主体不仅有自然人,还有法人。单位犯罪也是要高度重视的,在国企中屡见不鲜。集体决策却集体犯罪,对于主要领导或作出决策的直接责任人要问责。很多人知道在境内不要去触犯刑法的红线,但在境外投资活动中常常忽视。即使在境外雇佣当地员工向当地组织进行行贿,中国仍然有域外的长臂管辖权,这是刑法发生的重大变化。

跟兼并收购相关的其他风险还有很多,涉及到担保问题、账外资金的循环问题、违规的投资问题、税务问题,以及涉及维稳的劳动争议问题、合同管理问题,包括合同签订前、执行过程中与执行完毕之后。

合同管理

合同全流程可能的风险主要包括:

- 1.签订合同之前是否做了全口径预算。最终的实际决算不能明显超出预算的15%。这是我们全口径预算的一个短板。
- 2.招投标过程中对于投标人的信用等级是否进行了核查。主体资质直接影响合同签订之后履约能力、偿债能力等。
- 3.国企中通常都有分级审查机制。对于分级的划分标准,通常会以合同标的额的大小来作为划分授权的主要标准。但是,合同标的额大,未必风险大。还要看合同类型以及我们是否是甲方,是否占据优势地位,合同类型上是否是主业。
- 4.为了规避授权审批权限,合同分拆屡见不鲜。
- 5.线上审签问题。一旦后端出现疑义以后,所有的流程全部应当指向起始值,也即业务的发起部门,防止合同履行过程中出现所谓的信息不对称。
- 6.中国宝武也有电子签约系统、电子采购的平台。根据《中华人民共和国电子签名法》,经过系统,有电子认证的电子签名在法律上具有效力。保管好电子签名的密码,防止篡改尤为重要。另外,纸质合同并非双方出现争议之后确认权利义务的唯一来源,双方在达成合同期间,往来邮件、微信均有约束力。
- 7.合同争议的解决方式。仲裁与诉讼两种纠纷解决方式涉及的时间长短不一。仲裁保密、时间短,但问题在于仲裁裁决当事人不履行,需要申请法院强制执行。在法

院已经是案多人少的情况下,小标的案件的执行周期相对长,并且执行投入的资源相对有限。诉讼涉及专属管辖问题,仲裁地的选择则没有限制。纠纷解决方式选择要因人而异。

7.员工的职业健康与安全风险的免费约定。兼并重组之后,被收购企业原用工方式可能非常多元。需要注意的是,临时用工一旦发生职业健康风险,按照生产安全法,第一责任人一定是中国宝武,虽然可以追偿,因此在兼并重组过程中,对此类问题做免费约定尤为重要。

8.合同倒签。先履行后签约的情况屡见不鲜。

9.前端缺少专员进行合同扎口,可能在合同履行过程中带来对条款的争议。

10.为合同履行提供担保的银行保函,其有效期应当与主合同时间完全吻合。实际可能因主合同履行的起始时间延后导致整体合同的履行时间延后,同时银行保函被忽略而导致履行的后端保函的脱保。

11.合同执行的证据保全、执行留痕和定期履约跟踪。这些都是为了保证一旦纠纷发生,合同相对方有足够的履约能力,保证国有资产不流失。

12.非劳务派遣的临时用工。正式用工或劳务派遣,签约10年以上可签无固定期限合同。非以上两类,根据相关规定,如果是临时雇员,两年就可以要求签订无固定期限合同。因此,兼并重组之前,清理原来的劳动用工机制,尤其掌握非正式用工或劳务派遣的临时用工,对于兼并之后完成对员工的妥善安置尤为重要。

13.原辅材料的敞口合同。这类合同只有标的,缺少实际的数量与价格。具体采购的多与少,以及实际采购的价格是一线业务人员临时掌握,徇私舞弊现象比较严重。此类问题需要高度关注。

兼并重组中的合规与赢利立场

如何坚守底线的同时,又能在兼并重组之后实现做大做强目标?守底线与发展的目标之间如何追求最大公约数?

合规思维:以合法与否为目标

1.事实认定:法律真实优先。

事实认定除了通常意义上的事实求是,还须注意法律真实。实践中很多法律真实不同于客观真实。

例如兼并重组过程中,目标企业有一笔应付账款,从到期的次日开始计算连满3年,在下达收购的决策之前,目标企业没有进行过催告。我们想当然把它计入应收账款。收购之后发现因为没有在民法典规定的3年时效期间主张债权,就会出现虽然债权客观存在,法律上却难以索赔。法

律上对于超过时效不再确认其胜诉权,这就是法律真实。

2.法律适用:执行规则优先。

依据逻辑三段论,在大前提(规则)和小前提(事实)基础上推演出结论。但在兼并重组过程中规则适用有如下三个常见难题:

1)没有规则,导致事情处理结果没有可预见性。

兼并重组过程中常会遇到新问题,缺少法律规则,通常会提请双方形成一个会议纪要,依此再去解决遇到的新问题。但关系到历史问题能这么做吗?如果可以,今天兼并重组过程中的行为就有可能在以后被新规则认定为无效、撤销或违法违规。

2)规则冲突,不仅收购与被收购方的规章制度可能存在冲突(处理同一事件的结果不一致),在法律规定中也不少见。

在兼并重组过程中,比如收购与被收购企业的两套制度如何深度融合,尤为关键。

3)严格执行规章制度,但执行结果明显不具有可接受性。

有些规则在制定之前的确没有考虑到可能出现的负面问题,如何综合平衡与考量?

3.决策目标:程序公正优先。

兼并重组作为“三重一大”一定要选择有第三方评估的听证这些程序。但在很多产融业部门,常常会因讲效率而忽视程序。程序固然重要,但商机稍纵即逝。如何在

兼并重组过程中既把握合规底线,又能够兼顾效率呢?

合规与赢利:合法与合理

1.交叉思维

除主业钢铁,中国宝武已经延展到其他一些综合产业、材料、产融、园区等。在产业的多元发展中学会交叉、综合思维,对于合法合理兼并重组的商业目标实现,守住合规底线非常有裨益。

2.精准施策

抓住解决问题对象的内在某种刺激点、精准施策。在兼并收购过程中,有很多痛点难点堵点问题,我们需要找到症结,精准施策,才能以最小的成本达到最大的商业目标。

兼并重组中的合规与赢利方法

以法外标准代替法律须审慎

在兼并重组过程中,在缺乏相应规定时,我们通常会通过双方约定或商业惯例来补充我们的法律制度。但必须非常审慎。

何种情况下可以用惯例或约定替代规则作出判断?必须同时满足三个条件。

- 1.严格适用法律会导致问题处理明显不公;
- 2.法外判断能得到更权威原则或理念支持;
- 3.适用法外判断的处理结果具有示范指导意义。

法律上的悖论

悖论,就是从真的前提,经过有效推理,但是得到与前提不融贯的结论。在收购过程中,收购方用的是一个标准,而被收购方认为当地国资委引导他们制定的是另一个标准,规则之间如果出现了不连贯现象,就会导致各自都对,但结果永远无法达成共识。破解此类问题,抓点要准。在选标准时,一定要程序达成共识。由一方拿出标准,但由另一方优先解释标准。以这种方法达成的共识才是兼并收购

以后真正制度融合乃至企业文化融合的一个关键方法论。

法律的解释技术

并购过程中会形成大量文本,不同部门在执行这些文本过程中常常会发生分歧。应该怎么处理?应该考虑规则制定的目的以及兼并重组想达成的战略目标。只有这样,才能把我们在并购重组文本中可能发生的大量概念、规则的分歧,围绕我们发展的战略目标作出一个既合规又合理的妥当解释。