

国有企业兼并的规范化运作

沈 焯

(厦门大学国际经济法研究所, 福建 厦门 361005)

关键词 国有企业 兼并 法律 规范化运作

摘要 国有企业在运用兼并这一资本运营方式建立现代企业制度的过程中出现了偏差,主要表现在对企业兼并概念的内涵认识不清,未严格按照企业兼并法定程序进行兼并行为。分析认为国企改革中只有正确把握企业兼并的意义、内涵,并严格依法去操作,才能达到应有的经济和法律效果。

中图分类号 F271 文献标识码 A 文章编号 1009-3753(2000)02-0060-04

一年多前,面对严峻的世界经济形势和我国国有企业经济效益持续下滑的不利局面,党的十五大和十五届一中全会提出,用三年左右的时间,使大多数国有大中型亏损企业摆脱困境,力争到本世纪末大多数国有大中型骨干企业初步建立现代企业制度。现代企业制度的精髓是使企业成为独立核算、自主经营、自负盈亏的市场经济主体,使生产要素能在各个企业之间相对自由地流动,从而实现资源的优化配置和产业结构的合理布局。为了达到这一目标,必须充分利用兼并这一资本运营方式。

近期以来,伴随着国有企业改革的大势所趋,各种形式的兼并活动大量出现,对国有企业适应市场经济要求,转换经营机制,提高经济效益起到了巨大的推动作用。但是我们也应该看到,由于过去长期计划经济体制束缚所造成的对市场经济认识的匮乏,使得许多国有企业在具体运用兼并这一市场经济资本运营方式建立现代企业制度的过程中出现了大量偏差,直接影响了兼并的效果。实践中,这些偏差主要表现在两个方面:

- 一、对企业兼并概念的内涵认识不清;
- 二、未严格按照企业兼并法定程序进行兼并行为。

下面,笔者试针对这两方面的问题分别进行

探讨。

企业兼并是市场经济条件下企业依照市场规律实施的自觉自愿的资本运营行为,应具有明确的经济目的,这是企业兼并的前提和基础。总的来说,企业兼并的目的只有一个,即提高经济效益,追求企业价值的最大化。但由于各个企业的内部具体情况和所处外部经济环境的不同,从兼并企业的角度考察,企业兼并的目的呈现出多样化的特征,主要有分散风险、实现多元化经营、追求经营、管理、财务协同效应、获取特定资产、取得特定营业性权益等。正是由于目的的多样化,决定了企业兼并的种类和实现形式不具有单一性。

企业兼并,按照通常的理解,是指“企业法人通过购买或承担债权债务等方式,取得其他企业的产权,使其他企业法人资格消灭,或是购买其他企业的足以取得控股地位的股票,使后者成为前者子公司的法律行为”(顾功耘,1996)。

按照国务院四部委1989年2月19日联合发布的《关于企业兼并的暂行办法》第一条规定:“本办法所称企业兼并,是指一个企业购买其他企业的产权,使其他企业失去法人资格或改变法人实体的一种行为。”

收稿日期:1999-12-14

作者简介:沈焯(1975—),男,厦门大学国际经济法研究所硕士研究生,主要研究国际经济法。

由以上两个定义可以看出,企业兼并基本上可以分为两种。一种是被兼并企业的法人主体资格消灭,即合并;另一种是被兼并企业的法人主体资格不消灭,兼并企业和被兼并企业仍为各自独立的法人,但因控股关系的存在而形成母子公司关系,我们将其称为控股式兼并。合并意味着企业的整体兼并,其特点是兼并企业继续存在,而被兼并企业不经清算解散后整体并入兼并企业,在兼并企业和被兼并企业双方均为公司时,这种整体兼并就是《公司法》第一百八十四条规定的吸收合并。而同在《公司法》第一百八十四条规定的另一种公司合并形式,新设合并,因合并各方均要解散,失去法人资格,在合并过程中,根本不存在兼并方和被兼并方,故不具备企业兼并的基本特征,应不属于企业兼并的概念范畴,不在企业兼并法律法规的调整范围之内。控股式兼并的特点是被兼并企业仍然保持独立的法人资格,但其生产、经营以及投资等决策行为要受兼并企业的控制或重大影响。控股式兼并并不一定要求兼并企业所持有股份必须达到被兼并企业有表决权股份的50%以上。实际上,由于社会化大生产所带来的企业资本集中和股权相对分散的情况越来越普遍,在企业兼并中,兼并企业往往并不需要掌握被兼并企业有表决权股份的绝对多数就能够达到控制或对被兼并企业施加重大影响的目的。国有企业通过控股式兼并,更可以“积极探索公有制的多种有效实现形式。国有资本通过股份制可以吸引和组织更多的社会资本,放大国有资本的功能,提高国有经济的控制力、影响力和带动力”(中共中央,1997)。

企业兼并按实现形式也可以分为两种。一种为公开收购,即通过证券市场,按照严格的法定程序购买被兼并企业的股票以达到兼并的目的,这种公开收购的结果是兼并企业掌握了被兼并企业发行在外的有表决权股票的全部或一定份额,从而可以对被兼并企业的生产经营活动加以控制或施以重大影响。至于被兼并企业是否丧失法人资格,构成兼并企业对被兼并企业的吸收合并,则要

视兼并企业进行公开收购的目的而定。当然,在公开收购中,由于兼并行为是通过证券市场公开进行的,被兼并企业应该是,也只能是股票上市的股份有限公司。企业兼并的另一种实现形式是协议收购。当兼并双方均为公司时,协议收购意味着一公司“通过与另一公司的股东会或股东签署协议将该另一公司整体购人,部分参股收购、部分经营性财产收购及某些营业性权益购入的行为”(甘培忠,1998)。和前述公开收购的情况一样,协议收购完成后,被兼并企业是否丧失法人资格,也要视兼并企业进行协议收购的具体目的而定。当然,无论是公开收购还是协议收购,只有在整体收购的情况下,才会牵涉到被兼并企业是否丧失法人资格的问题。当被兼并企业为公司时,“整体收购可以同时为合并,也可以是不改变公司实体,只使其成为子公司的行为”(甘培忠,1998)。

二

企业兼并作为市场经济中企业资本运营的重要方式之一,会牵涉到多方的经济利益,对国有企业来说,主要是国家、债权人、非国有出资人和股东三者。为了最大限度地达到企业兼并的经济目的,同时保护有关各方的合法权益,国家制订了一系列的法律法规来规范企业兼并行为。按照企业兼并实现形式的不同,这些法律法规各自的具体调整对象也有所不同。

公开收购是兼并企业通过在证券市场上购买被兼并企业,即目标公司的股票以达到控制和对目标公司施加重大影响的目的的行为。由于公开收购通过证券市场进行,为了保护目标公司股东的权益,避免目标公司股票价格的不合理波动,并在一定程度上限制因企业兼并所带来的垄断危险,证券法律法规对公开收购规定了极其严格的法定程序。我国于1999年7月1日生效的《证券法》专列第四章对上市公司收购问题和相关程序作了详细具体的规定,凡采用公开收购方式的兼并企业都必须严格执行。

由于企业兼并属于企业的资本运营行为,在公开收购中,一般应由兼并企业的董事会作出决

定,但关系到经营范围、注册资本等事项的重大兼并项目,应由股东会或国有资产授权投资机构、上级主管部门作出决议或决定。在目标公司一方,由于公开收购完全由兼并企业依照其资本运营目的独自发动进行,不需要与目标公司协商取得其同意,目标公司完全被动地处于收购标的地位,所以公开收购不必经目标公司股东会的决议批准。兼并能否成功,完全取决于兼并企业的经济实力和目标公司的反收购措施。

因为公开收购的程序和步骤在《证券法》中已被详细规定,在此就不再赘述了。实际上,现在企业兼并程序中出现的大量问题基本上存在于协议收购的情况下,这一点在国有企业兼并中表现得尤为突出。根据主要调整协议收购的《关于企业兼并的暂行办法》第五条的规定,企业兼并一般应分五个步骤进行。

1、兼并企业根据自身的经营战略要求寻找、考察和确定被兼并企业,或者被兼并企业为了摆脱经营困境,谋求自身生存和发展,主动接触可能的兼并企业。

无论是兼并企业,还是被兼并企业,在这一过程中,考虑选择的立足点应该是也只能是各自的经济利益和在市场结构中的定位问题。对兼并企业来说,兼并的目的主要是开展多元化经营和发展规模经济,使企业的管理、经营和财务协同效应成倍放大,从而实现企业价值的最大化。而对被兼并企业来说,兼并的主要目的是发挥专业化生产经营优势,获得企业生存和稳定发展的机会。

目前在国有企业兼并的实践中,政府部门的干预相当严重。许多地方政府部门作为所属国有企业的主管机关,在以往长期计划经济体制的惯性作用下,没有真正领悟党中央一贯强调的政企分开的重要性,没有真正分清国家对国有资产的所有权和国有企业对国有资产的经营权的关系,更没有认识到政府的国有资产所有者职能和社会经济管理职能的区别。在国有企业兼并中,这样做的结果只能是不顾客观经济规律,盲目求大求全,造成兼并失去应有的经济意义。更有一种危

险倾向,很多地方政府部门不顾客观实际,把企业兼并简单视为挽救亏损国有企业的灵丹妙药,强令效益好的国有企业兼并效益差的国有企业,使得强者不强、弱者更弱,造成了更进一步削弱国有企业整体经济实力的恶果。

针对这种情况,必须进一步深化经济和政治体制改革,转换政府职能。各级政府部门要严格遵守《全民所有制工业企业法》、《国有企业财产监督管理条例》等法律法规的规定,真正做到政企分开,“政府对国家出资兴办和拥有股份的企业,通过出资人代表行使所有者职能,按出资额享受资产受益,重大决策和选择经营管理者等权利,对企业的债务承担有限责任,不干预企业日常经营活动”(中共中央,1997)。依法自觉维护国有企业的财产权和经营权。

2、被兼并企业清查财产,进行资产评估。

协议收购中,无论兼并企业是以现金或非现金资产购买被兼并企业的资产或股份,还是以承担被兼并企业债务或吸收被兼并企业股份的方式实现兼并,都必须对被兼并企业的净资产确定一个价格,作为未来成交价格的基础。这就要求被兼并企业必须清查自己所拥有的财产,清理债权债务,并在此基础上制成资产负债表和财产清单。清查财产一般由被兼并企业单方进行,为了确保其清查结果的真实可靠,也为了使其资产帐面价值和可变现净值趋于一致,从而合理确定兼并成交价格,兼并双方往往还要委托资产评估机构对被兼并企业进行资产评估。当被兼并企业为国有企业时,为了保护国有资产的合理价值和完整性,使其不致因企业兼并变相流失,国家将资产评估作为国有企业兼并的必经程序加以规定,制订了《国有资产评估管理办法》及相应的《施行细则》,按照该《施行细则》第十条的规定,没有依照法定程序进行资产评估的国有企业兼并行为无效。

3、以资产评估机构提交的评估结果报告书为基础确定企业兼并的成交价格。

接受委托的资产评估机构在对被兼并企业的资产情况进行评估后会向委托单位提交资产评估

结果报告书,在经国有资产管理部确认后,就可据此确定此次国有企业兼并的成交价格。这里有一点值得注意,由于企业兼并是一种资本运营方式,为了达到其应有的经济目的,企业兼并的成交价格一般都是由兼并各方在资产评估结果的基础上通过招、投标或协商达成的,国有企业兼并也不例外。但考虑到国有资产管理、保护的特殊性和重要性,《关于企业兼并的暂行办法》第五条第三款特别规定,通过招、投标或协商议价后,“被兼并的全民所有制企业成交价,要经产权归属的所有者代表确认。”

4. 兼并双方的所有者签署企业兼并协议。

协议收购是一种法律行为,为了发生兼并双方预期的法律效果,有必要以兼并协议的形式将兼并双方各自的权利、义务关系固定下来。根据《关于企业兼并的暂行办法》第五条第四款规定,签署企业兼并协议构成协议收购中兼并双方的法定义务之一。

在此需要予以注意的一点是,企业兼并协议的当事人应为兼并双方的所有者,而非企业自身。法规之所以这样规定,主要是因为企业兼并不同于企业日常业务经营,而是一种资本运营方式,资本由企业出资人、股东所有,在无明确授权的情况下,只有作为所有权人的出资人、股东才有权处分企业的资本。故企业兼并协议的当事人应为兼并双方的所有者,企业作为投入资本的经营,对企业资本并无最终的处分权。

国有企业的所有者是国家,其企业兼并协议的签署也应由国家为之。具体到实践中,由于我国对国有资产实行统一领导、分级管理的原则,国有企业的兼并协议应由作为国家所有权代表的国有资产管理部、企业主管部门或国家授权投资的机构、部门签署。

5. 办理产权转让和企业注销、变更登记等法律手续。

企业兼并是一种要式法律行为,兼并双方不但要严格遵循法定程序,还要履行一定的法定登

记手续,兼并才得完成,这也是企业法律制度公示原则在企业兼并中的基本要求。

具体说来,国有企业兼并完成时,须办理以下法定登记手续。依据《全民所有制工业企业法》、《企业国有资产产权登记管理办法》、《企业登记管理条例》和《公司登记管理条例》等法律、法规的规定,兼并双方应在产权转让30日内按照产权归属关系向国有资产管理部办理变动产权登记,如被兼并企业丧失法人资格,应同时办理注销产权登记。企业兼并会引起企业原有注册登记事项(如所有者或股东、主管部门、名称、注册资本、资本结构、经营范围)的变动。为了使社会了解企业的基本情况,保证交易安全,根据公示原则,兼并双方也应在法定期限内向工商行政管理部门办理变更登记,如被兼并企业丧失法人资格,应同时办理企业注销登记,缴销营业执照。

世纪之交,我国的国有企业改革已进入了攻坚阶段。从改革之初的放权让利到80年代的承包制,再到90年代的股份制改造,经过长期的理论和实践探索,国有企业改革的最终目标已经确立,就是在市场经济中建立现代企业制度。现代企业制度要求生产要素,特别是资本在作为微观经济个体的企业之间自由流动,实现资源的合理配置。兼并,作为企业资本运营方式中最重要的一种,在建立现代企业制度过程中必将得到广泛运用。而市场经济同时又是法制经济,国有企业改革中的兼并行为必须严格依法进行,没有规矩无以成方圆,只有正确把握企业兼并的意义、内涵,并依法操作,国有企业兼并才能达到其应有的经济和法律效果。

参考文献

- [1] 顾功耘主编. 公司的设立与运作——公司法与企业改制实务[M]. 复旦大学出版社, 1996年4月第1版第71页.
- [2] 甘培忠著. 企业与公司法学[M]. 北京大学出版社, 1998年3月第1版第447页.
- [3] 中共中央. 关于国有企业改革和发展若干重大问题的决定[R], 1997年.

责任编辑 一虹