

并购交易中的争议解决问题

主讲人：廖荣华

合伙人 / 律师



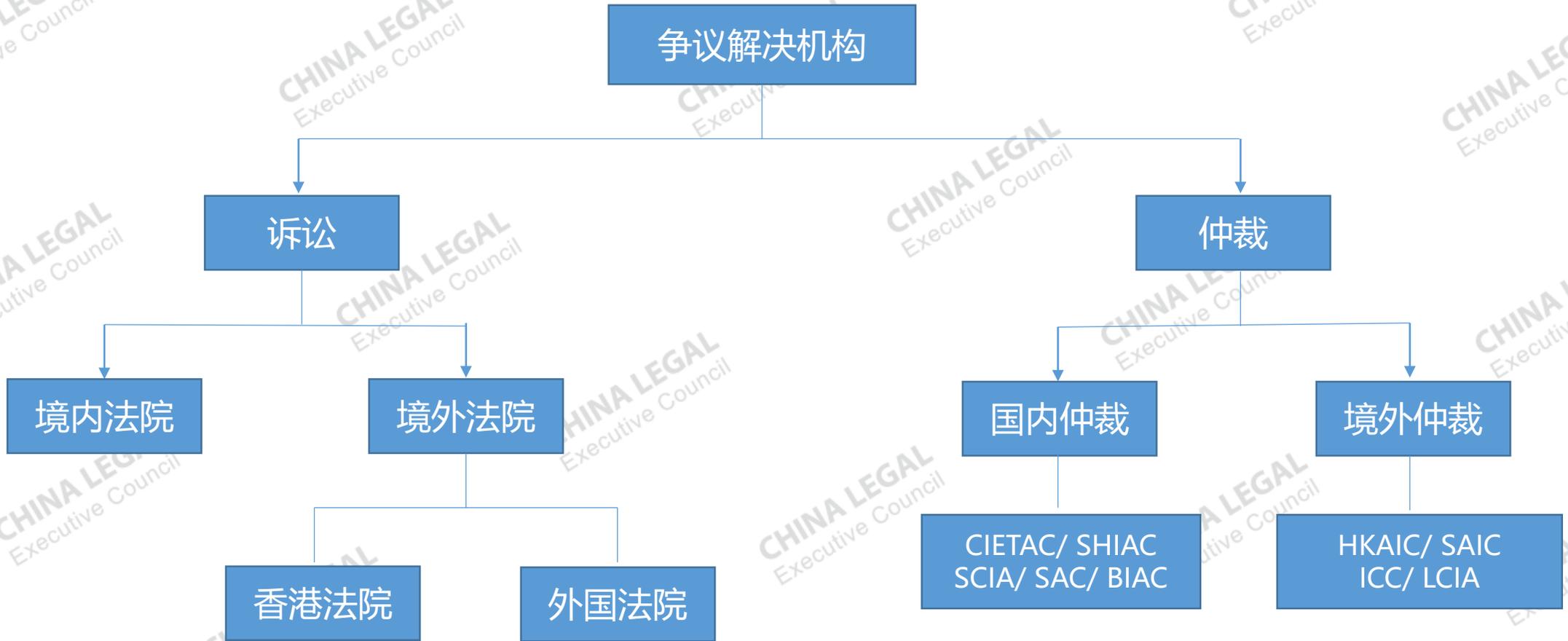
目录

- 一、关于争议解决条款的争议
- 二、关于Term Sheet的争议
- 三、并购交易中的债务承担争议
- 四、违反陈述与保证的争议
- 五、股权代持及转让的争议
- 六、出资瑕疵股权转让的争议
- 七、侵害股东优先购买权的争议

01

关于争议解决条款的争议

如何选择争议解决机构



选择法院管辖的争议

■ 法律规定

- 民事诉讼法第34条：合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。
- 民诉法司法解释第531条：涉外合同或者其他财产权益纠纷的当事人，可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地、侵权行为地等与争议有实际联系地点的外国法院管辖。根据民事诉讼法第三十三条和第二百六十六条规定，属于中华人民共和国法院专属管辖的案件，当事人不得协议选择外国法院管辖，但协议选择仲裁的除外。

- 条文理解：概括 + 列举的方式；同时规定管辖协议的合法要件：合同或其他财产权益纠纷；与争议有实际联系的地点的法院，包括但不限于被告住所地等；书面协议；约定明确；不得违反级别管辖或专属管辖的规定。

选择法院管辖的争议

- 约定管辖法院对于争议解决非常重要，不仅涉及到案件的实体审理，还涉及到证据保全的管辖法院（民事诉讼法81条）、财产保全的管辖法院（民事诉讼法地100-101条）以及生效裁判的执行法院（民事诉讼法224条），要从解决争议的全局考虑如何选择对自己有利的法院，而不是简单选择自己一方所在地的法院。
- 不宜约定某具体的法院，可能违反级别管辖和集中管辖的规定。广东省高级人民法院关于涉外商事审判若干问题的指导意见：涉外商事案件的当事人选择没有集中管辖权的法院管辖的，如果当事人之间的协议管辖条款符合《中华人民共和国民事诉讼法》的有关规定，则案件应当由该法院所在区域有涉外商事案件管辖权的法院审理；当事人对管辖权提出异议的，可重新协议选择，协议不成的，应按照没有协议管辖条款的案件处理。
- 选择中国法院管辖的优缺点：
 - 优点：方便向法院申请证据保全和财产或行为保全措施。外国法院的判决可能难以承认和执行，且无法及时申请保全措施。
 - 缺点：司法公正担忧，审判可能受对方当事人的干扰；涉外诉讼无审理时限要求。

选择法院管辖的争议

- 问题1:与争议有实际联系如何理解? 在签订交易文件时, 没有发生争议, 如何预见所选定的地点与争议有实际联系?
 - 判断实际联系的标准主要有客观联系标准与法律选择标准两类。所谓客观联系标准, 是指协议选择的地点与争议之间存在某种客观外在的联系。归纳起来, 与争议有实际联系的地点可以包括被告所在地、**被告代表机构所在地**、原告所在地、合同签订地、合同履行地、诉讼标的物所在地、**可供扣押财产所在地**、**侵权行为地**、**货物装运地**、**货物目的地**、**货物原产地**、**货物检验地**等。而所谓法律选择标准, 主要是指当事人协议选择了与争议之间缺乏上述客观联系的第三国法律作为争议解决的准据法 (**注意最高法院观点变化**)。
 - 是否属于与争议有实际联系的地点, 需要进一步法律判断, 因此可能导致选择不明确:
 - 被告住所地: 注册地或主要办事机构所在地? (例如: 美国上市的中概股公司)
 - 合同履行地: 诉讼法司法解释第十八条: 合同约定履行地点的, 以约定的履行地点为合同履行地。合同对履行地点没有约定或者约定不明确, 争议标的为给付货币的, 接收货币一方所在地为合同履行地; 交付不动产的, 不动产所在地为合同履行地; 其他标的, 履行义务一方所在地为合同履行地。
 - 合同签订地 / 标的物所在地 / 侵权行为地等均需要进一步法律判断。

选择仲裁的争议

- 不具有涉外因素的合同，选择境外仲裁机构的仲裁协议无效；法院对境外仲裁机构的仲裁裁决不予承认和执行
 - 合同法第128条：当事人可以通过和解或者调解解决合同争议。当事人不愿和解、调解或者和解、调解不成的，可以根据仲裁协议向仲裁机构申请仲裁。**涉外合同的当事人可以根据仲裁协议向中国仲裁机构或者其他仲裁机构申请仲裁。**当事人没有订立仲裁协议或者仲裁协议无效的，可以向人民法院起诉...
 - 最高人民法院关于适用《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》若干问题的解释（一）第1条：民事关系具有下列情形之一的，人民法院可以认定为涉外民事关系：（一）当事人一方或双方是外国公民、外国法人或者其他组织、无国籍人；（二）当事人一方或双方的经常居所地在中华人民共和国领域外；（三）标的物在中华人民共和国领域外；（四）产生、变更或者消灭民事关系的法律事实发生在中华人民共和国领域外；（五）可以认定为涉外民事关系的其他情形。

选择仲裁的争议

- 案例1：江苏航天万源风电设备制造有限公司诉艾尔姆风能叶片制品(天津)有限公司申请确认仲裁协议效力案。该案双方均为国内当事人，于2005年12月23日签订《贸易协议》。其“争议及适用法律”条款中约定，“争议事项可提交国际商会根据其仲裁规则仲裁”。2011年，江苏万源公司申请南通市中级人民法院确认仲裁协议无效。江苏省南通市中级人民法院经审查，认为应确认仲裁协议无效，并就此报送江苏省高级人民法院审查。最高人民法院2012年8月31日以[2012]民四他字第2号复函答复如下：“根据你院请示，当事人在《贸易协议》中订立了仲裁条款，约定有关争议事项可提交国际商会在北京仲裁。订立《贸易协议》的双方当事人均为中国法人，标的物在中国，协议也在中国订立和履行，**无涉外民事关系的构成要素，该协议不属于涉外合同。由于仲裁管辖权系法律授予的权力，而我国法律没有规定当事人可以将不具有涉外因素的争议交由境外仲裁机构或者在我国境外临时仲裁，故本案当事人约定将有关争议提交国际商会仲裁没有法律依据。同意你院认定仲裁协议无效的审查意见。**”

选择仲裁的争议

- 案例2: 北京朝来新生体育休闲有限公司申请承认和执行外国仲裁裁决纠纷案, 北京二中院认定两个中国法人将他们关于中国公司股权转让纠纷提请外国仲裁机构仲裁的行为, 违反了我国法律的强制性规定, 该仲裁协议应当无效。因此, 外国仲裁机构根据该协议作出的仲裁裁决, 人民法院应不予承认。
- 案例3: 上海科匠信息科技有限公司与范丝堂(上海)文化信息咨询有限公司申请确认仲裁协议效力案: 上海二中院认为, 根据当事人递交的《FansTang平台外包合同》, 本案确无我国法律所规定的涉港因素。范丝堂公司辩称的, 该合同标的物(即软件程序的运行平台)在香港的意见, 并不符合《中华人民共和国民事诉讼法》所称“标的物所在地”的规定。因此, 本案内地双方当事人将并无涉港因素的合同争议, 约定由香港特别行政区的“香港国际仲裁中心(HKIAC)”进行仲裁的条款无法律依据, 上海二中院确认该合同约定的仲裁条款无效。

选择仲裁的争议

- 关于涉外因素认定的最新发展
- 案例1: 西门子国际贸易（上海）有限公司诉上海黄金置地有限公司仲裁裁决案：2015年11月27日，上海一中院作出（2013）沪一中民认（外仲）字第2号民事裁定书，认定尽管双方当事人均为中国法人，但双方的注册地均在上海自贸区，且性质均为外商独资企业，公司的资本来源、最终利益归属、经营决策一般均与境外投资者有密切关联，因此两当事人与普通的内资企业相比具有较为明显的涉外因素。其次，尽管涉案标的物最终在境内完成交货，但从合同的签订和履行过程看，标的物是从境外运至上海自贸区，然后再办理了进口手续，因此标的物的流转过程具有一定的国际货物买卖特征，与一般的国内买卖合同具有较为明显的区别。综合以上原因，法院最终认定，系争合同关系具有涉外因素，双方当事人决定将合同争议提交境外仲裁的仲裁条款有效。

选择仲裁的争议

- 侵权纠纷能否能够适用约定的仲裁解决机制
- 我国仲裁法在规定仲裁的适用范围时，把当事人之间发生的合同和其他财产权益纠纷都纳入了可仲裁的范围，但明确排除了婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷、以及依法应当由行政机关处理的行政争议。可见，违约或侵权，并不是判断纠纷可否仲裁的标准，我国仲裁法也没有限制通过仲裁解决侵权纠纷。而且最高院也在多起案件审理中确定了侵权纠纷可以约定适用仲裁作为争议解决方式。
- 1998年5月，最高人民法院（“最高院”）在审理江苏省物资集团轻工纺织总公司诉（香港）裕亿集团有限公司、（加拿大）太子发展有限公司侵权损害赔偿纠纷上诉案（“江苏物资案”）时，认为：“根据仲裁法和仲裁规则的上述规定，中国国际经济贸易仲裁委员会有权受理侵权纠纷，因此本案应通过仲裁解决，人民法院无管辖权。原审法院认为轻纺公司提起侵权之诉，不受双方所订立的仲裁条款的约束，显然是与仲裁法和仲裁规则相悖的；……**本案双方当事人合同中明确约定发生纠纷通过仲裁方式解决，在该合同未经有关机关确认无效的情况下，当事人均应受该合同条款的约束。**”最高院的该裁定首次从正面肯定侵权纠纷可以仲裁。

选择仲裁的争议

- 2012年5月，最高院在处理ExperExchange, Inc. (ExperVision) 与汉王科技股份有限公司、天津市汉王新技术发展有限公司侵害计算机软件著作权纠纷申请再审案（“汉王科技案”）时，更加明确且肯定地认为：“本案中，南开越洋对汉王科技、天津汉王提起计算机软件著作权侵权之诉，系法人之间的其他财产权益纠纷，属于仲裁法规定的可以仲裁的范畴。……本案系使用、复制、传播该协议约定的TRK计算机软件所引发的侵权纠纷，应受仲裁条款的约束”。
- 2015年，最高院在审理厦门豪嘉利商贸发展有限公司与洋马发动机(上海)有限公司、洋马株式会社管辖权异议案（“豪嘉利案”）时不但又一次肯定了侵权争议可以提交仲裁：“依照通常理解，该条款约定了两方面的条件：一是提交仲裁的争议性质为任何争议，即不仅限于合同争议，也包括非合同性质的侵权争议或其他争议……”，并且进一步特别指出：“在解释仲裁条款范围时，如侵权争议因违反合同义务而产生，违约责任和侵权责任有竞合关系，则原告即使选择以侵权为由提出诉讼，仍应受到合同仲裁条款的约束，不应允许当事人通过事后选择诉因而逃避仲裁条款的适用”。

关于准据法的争议

- 合同法第126条：**涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律，但法律另有规定的除外。涉外合同的当事人没有选择的，适用与合同有最密切联系的国家的法律。**
 - **涉外合同的准据法的选择不要求必须与合同或争议有实际联系，可以自由选择。非涉外合同的当事人不能选择准据法，只能适用中国法律。**
- 涉外民事法律关系法律适用法 第41条：当事人可以协议选择合同适用的法律。当事人没有选择的，适用履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律。
 - 没有选择的情况下，特征义务履行一方经常居所地可以视为与合同有最密切联系地点。
- 合同准据法与仲裁协议准据法的关系
 - 合同准据法与仲裁协议准据法相互独立。
 - 仲裁协议准据法是判断仲裁协议或条款本身效力所适用的法律。

关于准据法的争议

- 仲裁协议准据法的确定
- 《承认和执行外国仲裁裁决公约》（“纽约公约”）第五条规定：（1）被请求承认或执行裁决的管辖当局只有在作为裁决执行对象的当事人提出有关下列情况的证明的时候，才可以根据该当事人的要求，拒绝承认和执行该裁决：（一）第二条所述的协议的双方当事人，根据对他们适用的法律，当时是处于某种无行为能力的情况之下；或者根据双方当事人选定适用的法律，或在没有这种选定的时候，**根据作出裁决的国家的法律**，下述协议是无效的； ...
- 仲裁法司法解释 第16条：对涉外仲裁协议的效力审查，适用当事人约定的法律；当事人没有约定适用的法律但约定了仲裁地的，**适用仲裁地法律**；没有约定适用的法律也没有约定仲裁地或者仲裁地约定不明的，适用法院地法律。
- 涉外民事关系法律适用法 第18条：当事人可以协议选择仲裁协议适用的法律。当事人没有选择的，**适用仲裁机构所在地法律或者仲裁地法律**。
- 涉外民事关系法律适用法司法解释 第14条：当事人没有选择涉外仲裁协议适用的法律，也没有约定仲裁机构或者仲裁地，或者约定不明的，**人民法院可以适用中华人民共和国法律认定该仲裁协议的效力**。

仲裁协议起草注意事项

- 境内涉外仲裁机构与境外仲裁机构的比较和取舍
- 仲裁机构确定、名称准确
- 仲裁范围：因本合同产生的以及与本合同有关的所有争议
- 仲裁庭的组成：三名仲裁员组成；防止适用简易程序
- 对仲裁员的选择范围进行限制（例如限定为外国仲裁员）
- 仲裁地点
- 仲裁语言
- 仲裁费用
- 律师费用

并购协议的中国法律适用

- 并购协议的中国法律适用：
 - 并购合同属于无名合同，适用合同法第124条：本法分则或者其他法律没有明文规定的合同，适用本法总则的规定，并可以参照本法分则或者其他法律最相类似的规定。
 - 并购属于有偿合同，合同法第174条：法律对其他有偿合同有规定的，依照其规定；没有规定的，参照买卖合同的有关规定。
 - 买卖合同司法解释第四十五条 法律或者行政法规对债权转让、股权转让等权利转让合同有规定的，依照其规定；没有规定的，人民法院可以根据合同法第一百二十四条和第一百七十四条的规定，参照适用买卖合同的有关规定。
 - 买卖合同中的相关制度：所有权保留、分期付款等。
 - 适用公司法、外资企业法、物权法等规定：例如股权善意取得制度。

02 关于Term Sheet的争议

Term Sheet的性质与法律适用

- Term Sheet, 俗称交易条款清单, 与框架协议、意向书、备忘录等形式类似。其通常包含的内容: 交易各方基本情况; 交易对象及交易架构; 交易价格或估值方法; 正式交易合同中的核心条款; 交易流程约定, 包括但不限于法律和财务尽职调查安排; 排他期; 保密; 违约责任; 准据法; 争议解决机制等。
- Term Sheet符合法律规定的合同有效成立要件: 主体适格、内容合法、意思表示真实合致、合同形式合法, 因而属于独立的契约, 性质上属于预约合同, 其标的为在一定期限内签订本约。
- 预约合同经签署就具有法律效力, 但其中一般会明确约定仅仅某些条款具有约束力(例如: 排他期、保密、违约责任、准据法、争议解决机制等)。否则, 所有条款均具有约束力。

Term Sheet的性质与法律适用

- Term Sheet争议的中国法律适用：
 - 法律性质上属于预约合同，也属于无名合同，适用合同法第124条：本法分则或者其他法律没有明文规定的合同，适用本法总则的规定，并可以参照本法分则或者其他法律最相类似的规定。
 - 属于有偿合同，合同法第174条：法律对其他有偿合同有规定的，依照其规定；没有规定的，参照买卖合同的有关规定。
 - 买卖合同司法解释第二条：当事人签订认购书、订购书、预订书、意向书、备忘录等预约合同，约定在将来一定期限内订立买卖合同，一方不履行订立买卖合同的义务，对方请求其**承担预约合同违约责任或者要求解除预约合同并主张损害赔偿的**，人民法院应予支持。
 - 买卖合同司法解释第四十五条 法律或者行政法规对债权转让、股权转让等权利转让合同有规定的，依照其规定；没有规定的，人民法院可以根据合同法第一百二十四条和第一百七十四条的规定，参照适用买卖合同的有关规定。

Term Sheet的违约救济

- 承担违约责任的方式：继续履行、赔偿损失、支付违约金和适用定金罚则。
- 继续履行是否包括强制签订本约，存有否定说和肯定说，买卖合同司法解释第九稿和第十稿分贝持不同观点，但目前尚无定论。实践中，强制缔约存在一定的法理和实践障碍：强制缔约违背契约自由和意思自治的原则；法院或仲裁机构无法补足本约的缺失条款。
- 赔偿损失的范围：预约合同的目的、核心义务和标的就是签订本约，违反预约合同的行为同时可以视为本约的缔约过失行为（可以视为预约违约责任与缔约过失责任之竞合），因此违反预约的损失相当于本约的信赖利益损失。信赖利益损失包括所受损失和所失利益（机会损失和可得利益损失），损失包括缔约费用、准备履行费用、已付金钱的利息、提供担保的损失等。机会损失是否属于损失范围，尚无定论。鉴于预约的内容为签订本约，可得利益损失应该不存在。
- 中国法院对于违约损害赔偿的支持，主要看是否有明确的约定；以及是否有绝对的证据支持。因此，对于违约的损害赔偿范围需要清楚的界定，例如律师费用、会计师费用、财务顾问费用、差旅费用。为了说明费用的合理性和经过双方的合意，最好列出费用的上限（**否则法院对合理的律师费通常不支持**）。

Term Sheet的违约救济

- 定金 / 违约金：Term Sheet为预约合同，因此各方的主要义务是配合签署并购协议、完成并购交易。但在一方违约的情况下，守约方的损失可能难以证明，或者可以主张的金额偏低。有效的方式是约定固定金额的定金或者违约金，作为各方履约的保证或违约责任的承担方式。
- 违约金过高的问题：如果违约金过分高于造成的损失，法院或仲裁机构有权进行调整。
- 定金是否存在过高的问题？担保法第91条规定，定金数额不得超过主合同标的额的20%。预约合同的标的是缔结本约，难以计算合同标的额，通常认为不适用20%的限制。但法院可能基于公平的原则，参照本约中的标的金额（投资数额或股权转让价款）的20%来设定限额。
- 合同法第116条:当事人既约定违约金，又约定定金的，一方违约时，对方可以选择适用违约金或者定金条款。
- 结合违约金和定金的功能以及客户的实际需求，建议客户选择违约金或定金。
- 违约行为的认定 / 如何归责：**协商过程的证据保留。**

Term sheet的违约责任

- 案例1：某私募基金拟投资某连锁店经营公司，与该公司及其实际控制人签署《投资条款意向书》，但未加盖骑缝章，其中包括交易的主要条款、交易费用的承担等，并约定除尽职调查、排他性、协议终止、交易费用、保密性及管辖法律之外，其他内容均不具有法律约束力。最终投资并未完成，某私募基金要求某该公司及其实际控制人赔偿相应损失。
- 争议焦点：（1）未加盖骑缝章的《投资条款意向书》是否已经生效？（2）赔偿损失的法律依据和范围？
- 法律分析和实务要点：（1）中国大陆法律并未要求合同签订必须加盖骑缝章，未加盖骑缝章并不必然影响合同效力。在双方印章真实的情况下一般即推定合同的成立和生效，除非对方提出其他能否认或怀疑合意已经形成的充分证据；（2）赔偿损失的范围包括某私募基金的尽职调查费用及相关费用，依据为《投资条款意向书》中关于“交易费用的承担”之约定。



Term sheet的违约责任

- 案例2：某公司及其实际控制人与某投资公司签署一份Term Sheet。其中约定，投资公司拟以增资并购的方式投资人民币4000万元，且投资公司在签署Term Sheet后立即支付1000万元作为定金。另外，各方约定，投资公司的投资必须在四个月内完成。四个月期满后，因投资公司筹措资金困难，各方未能签署正式的投资合同，各方协商延期三个月；三个月期满后，投资公司仍无法完成投资合同签署及投资。某公司和实际控制人通知投资公司没收400万元的定金，双方因此发生争议。
- 争议焦点：（1）定金条款是否有效？（2）公司是否有权没收定金？（3）定金是否属于违约金，投资公司是否可以主张违约金过分高于造成的损失？

03 并购交易中的债务承担争议

债务承担争议概述

- 并购交易中的财务和法律尽职调查及目标公司和卖方的陈述与保证，披露目标公司或目标资产相关的债务，各方就此债务的处理需要进行约定。无约定的情况下，目标公司仍然承担原有债务，目标资产相关的合同债务可能会随之转移给收购方。
- 股权并购交易中的债务承担争议主要在于：相关债务是否在已经披露的债务范围之内，隐形债务披露后由谁承担责任；隐性债务对股权收购交易价格的影响；违约方应承担何种责任。
- 资产并购交易中的债务承担争议：资产相关合同债务由谁承担；债务转移是否合法有效。

债务承担约定的法律适用

- 债务承担的相关法律规定：
 - 合同法：第八十四条债务人将合同的义务全部或者部分转移给第三人的，应当经债权人同意。
 - 《关于外国投资者并购境内企业的规定》确立了外资并购中债务处理的三条主要原则：一是外国投资者股权并购境内企业，并购后所设外商投资企业承担被并购境内企业的债权和债务；二是外国投资者资产并购境内企业的，出售资产的境内企业承担其原有的债权和债务；三是允许当事人对目标企业的债权债务进行特别约定和处理。
 - 外国投资者、被并购境内企业、债权人及其他当事人可以对被并购境内企业的债权债务的处置另行达成协议，但是该协议不得损害第三人利益和社会公共利益。债权债务的处置协议应报送审批机关。

违反债务承担约定的救济途径

- 要求原股东(转让方)或目标公司原高管对目标公司的债务, 包括或有的债务以及没有在转让协议中披露的债务提供担保。由于高管是公司的实际经营者, 因此他们非常清楚公司是否存在未披露的债务及担保。
- 通过设立第三方账户控制股权转让价款的支付。在国外和香港地区的股权转让案例中, 一般是设立一个独立第三方的托管账户来保管股权转让的价款。一般约定根据股权转让进程的不同阶段来支付相应的转让价款。为防止目标公司股权转让完成后出现未经披露的债务, 可以约定保留一定数额的转让款作为担保或违约金。
- 附条件支付并购款项。并购时与对方协议预留部分并购费, 在一定期限内(可规定为一年), 并购方如未承担被并购企业的隐形债务, 则到期支付预留的并购费, 如承担了隐形债务, 则用预留的并购费承担, 承担了隐形债务后, 并购方在承担债务负担的范围内免除后续给付的并购费。
- 要求对方出具银行保函, 约定在在一段时间内如果被并购企业存在违反并购协议中陈述与保证债务的行为, 收购方可以凭借相关的文件直接要求银行支付保函款项。
- 通过司法救济及时解除并购协议, 避免经济损失。在采取以上措施后仍未及时发现被并购企业的隐形债务, 从而双方在并购后, 因被并购企业应承担的隐形债务数额很大, 超过预留的并购费, 则并购方应及时以重大误解或欺诈为由提起诉讼, 要求法院宣告并购协议无效或撤销并购协议, 避免经济损失。

关于债务承担争议的案例

- 案例1: 日本某知名饮料集团在中国境内的WFOE (“申请人”) 与上海某知名饮料公司 (“被申请人”) 签署《资产转让协议》，约定将申请人经营的自动售货机饮料销售业务相关的资产转让给被申请人，该协议下的转让对象统称为“承受对象财产”，包括了三个部分：(1) “本承受合同”——关于本业务与第三方之间签订的合同中所具有的合同地位及权利义务；(2) “本承受资产”——与本业务相关的资产；(3) “与本业务相关的营业权”——自动售货机相关的点位经营权。事后双方对“承受对象财产”的范围产生争议，申请人认为融资租入(而非自有)的自动售货机融资租赁合同 (“融资租赁”) 属于“本承受合同”，因此在《资产转让协议》签署后该等合同项下产生的租赁费 (“融资租赁费”) 应由被申请人承担，但被申请人对此持不同意见，认为“本承受合同”指点位经营权所对应的点位合同的权利义务，而非融资租赁合同；申请人在《资产转让协议》中陈述与保证其转让资产“具有完全合法有效的权利或权限”、“不存在权利负担、限制”等。双方协商未果，申请人向上海国际仲裁中心提起仲裁，要求被申请人支付融资租赁费。
- 争议焦点：1. 《资产转让协议》下的“承受对象财产”是否包括融资租赁合同？2. 《资产转让协议》下的转让价款是否已经包括《资产转让协议》签署后发生的融资租赁费？

关于债务承担争议的案例

- 法律分析及裁决结果：根据《资产转让协议》合同条款之间的逻辑关系和双方在签署协议之前电子邮件往来的内容认定“本承受合同”指的是融资租赁合同：“虽然《资产转让协议》没有明确“本承受合同”指的是融资租赁合同，但结合其他条款的表述的涉及第三方合同的内容：申请人向被申请人移交“承受对象财产等”需取得第三方的承诺或同意等，同时结合此前双方电子邮件往来的内容，仲裁庭认为被申请人作为业内专业企业，应当了解市场存有融资租赁的主要经营模式，征求第三方承诺或同意的约定说明双方对于可能存在的转让资产的权利瑕疵予以了充分注意并作了善后处理，**第三方合同应包括融资租赁合同。**”《合同法》第一百二十五条第一款：“当事人对合同条款的理解有争议的，应当按照合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯以及诚实信用原则，确定该条款的真实意思。根据举证责任的分配认定由申请人承担不利后果。驳回申请人要求被申请人支付租赁费的请求：“（1）仲裁庭根据现有证据无法确认被申请人在《资产转让协议》项下支付转让价款外，还需因该资产转让而承担向第三方支付费用之义务的具体内容；（2）仲裁庭也无法排除申请人主张的应由被申请人支付的租赁费已经包含于《资产转让协议》约定的“承受对象财产等”转让价款中的可能性”。

关于债务承担争议的案例

- 案例2: 某集团公司为并购和重组某上市公司而与上市公司原股东签署《备忘录》和《重组协议》，各方将重组前的债务分为“金融债务”、“某某系债务”和“其他债务”，并约定相应的处理办法。其中，“其他债务”是指“除《重组协议》附件一已列示的金融债务以外的，以上市公司为债务人、义务人或因任何原因由上市公司实际承担的发生于、产生于或归咎于基准日前上市公司的业务、经营和管理的基于合同或是侵权或是行政法或是任何法律依据的任何现实的及/或潜在的、或有的债务、义务、诉讼、仲裁以及其他人针对上市公司提出的任何权利主张”；“协议未尽事宜”条款约定：“本协议各方同意，包括但不限于以下未尽事宜，应由本补充协议各方友好协商并另行签署书面的补充协议：... (5) 出现其他债务以及因处理其它债务产生的合理费用的处理和承担问题...”。重组完成后，上市公司在另外的诉讼案件中被判令承担因抛售隐名股东股份而导致的侵权赔偿责任，金额达7000多万元。某集团公司和上市公司作为共同原告起诉上市公司原股东，要求上市公司原股东共同承担该等债务。

关于债务承担争议的案例

- 问题：（1）上市公司承担的侵权责任的性质，是否属于“其他债务”？（2）对其他债务承担约定不明情况下应如何处理？（2）上市公司并未签署有关债务承担的协议，是否有权直接向上市公司原股东主张承担债务（**并购协议中的签约主体安排**）？
- 法律分析：1、《合同法》第六十一条：“合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定”。2、通过举证各方对其他同类债务的处理方案主张已形成相应的交易习惯，并参照解决侵权债务之承担。3、合同法第六十四条（【向第三人履行合同】当事人约定由债务人向第三人履行债务的，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定，应当向债权人承担违约责任）的理解问题，立法解释认为应当允许第三人直接向债务人主张权利。 [**民事诉讼法第119条关于起诉条件的规定**]



04 违反陈述与保证的争议

陈述与保证概述

- 买卖双方均可能做出陈述与保证，但以卖方为主。
- 陈述与保证的时间节点通常是并购合同签署日 / 基准日，但某些事项通常updated到交割日。
- 陈述与保证在并购交易文件中的作用和地位
 - 并购交易文件对法律风险发现、解决、分担和追责的安排：尽职调查、先决条件、陈述与保证、披露函、交割日价格调整、违约责任条款。
 - 陈述与保证反应并购交易的一般要求以及项目本身的特点
 - 陈述与保证体现尽职调查的结果
 - 陈述与保证和先决条件、披露函共同解决尽职调查已经发现的以及未发现的法律风险
- 陈述与保证涉及并购交易的各个方面，并购交易的所有争议均与陈述与保证有关。因此，在交易文件的起草上，需要将陈述与保证的条款与违约责任条款、合同终止或解除条款紧密联结。

陈述与保证的法律意义

- 陈述通常是关于法律行为设立前发生或现在存在的事实声明，而保证和承诺通常是关于法律行为生效后的事实的陈述，有观点认为该种声明本身不是协议条款。但是更多的观点认为，载入合同中的陈述、保证和承诺构成合同的内容，违反陈述、保证和承诺条款，要承担违约责任。
- 陈述是关于过去发生或现在存在可能影响交易的一些事实，而非将来的事实，因而陈述不构成附条件法律行为中的条件。陈述的内容必须完整、真实，如果因为一方陈述不实或错误导致另一方产生重大误解或做出错误判断，则该过错方应当承担相应的**违约责任或者欺诈侵权责任**。
- 保证和承诺则通常是关于合同生效后的事实的声明，作出保证和承诺的一方因保证和承诺行为而承担了相应的作为或不作为的法律责任，而另一方的义务则是基于保证和承诺基础上的，因此保证和承诺构成附条件法律行为中的解除条件。如果一方保证和承诺的事项到期未能实现或发生不利变化，**则该方需要承担相应的违约责任**。

违反陈述与保证的责任

■ 一般性的违约责任和救济：

- 合同法第107条：当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。
- 根据合同约定，支付违约金、赔偿损失或者解除合同

■ 违反陈述事项的侵权责任和救济：

- 缔约过失责任：合同法第42条，当事人在订立合同过程中有下列情形之一，给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任：（二）故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；（三）有其他违背诚实信用原则的行为。

- 合同变更或撤销权：合同法第54条，一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。

■ 违反保证事项的违约责任和救济：

- 构成根本违约，守约方可以根据合同法第九十四条，行使法定解除权。

05 股权代持及转让的争议

股权代持及转让的效力

- 股权代持，又称委托持股，是指实际出资人与与名义出资人达成如下约定：名义出资人作为名义股东，在股东名册等工商工商登记信息上出现，而实际上由实际出资人出资并享有权益。
- 关于股权代持的法律规定：
 - 公司法司法解释（三）第二十四条：有限责任公司的实际出资人与名义出资人订立合同，约定由实际出资人出资并享有投资权益，以名义出资人为名义股东，实际出资人与名义股东对该合同效力发生争议的，如无合同法第五十二条规定的情形，人民法院应当认定该合同有效。[肯定股权代持合同的效力] 前款规定的实际出资人与名义股东因投资权益的归属发生争议，实际出资人以其实际履行了出资义务为由向名义股东主张权利的，人民法院应予支持。名义股东以公司股东名册记载、公司登记机关登记为由否认实际出资人权利的，人民法院不予支持。实际出资人未经公司其他股东半数以上同意，请求公司变更股东、签发出资证明书、记载于股东名册、记载于公司章程并办理公司登记机关登记的，人民法院不予支持。

股权代持及转让的效力

■ 代持股权对外转让的法律规定：

- 合同法第51条：无处分权的人处分他人财产，经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的，**该合同有效。** [该处分行为有效]
- 合同法第132条：出卖的标的物，应当属于出卖人所有或者出卖人有权处分。
- 物权法第15条：当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。 [区分物权的负担行为和处分行为]
- 合同法司法解释（二）第15条：出卖人就同一标的物订立多重买卖合同，合同均不具有合同法第五十二条规定的无效情形，买受人因不能按照合同约定取得标的物所有权，请求追究出卖人违约责任的，人民法院应予支持。 [肯定无权处分合同的效力]

股权代持及转让的效力

■ 股权善意取得的法律规定：

- 公司法司法解释（三）第二十五条：名义股东将登记于其名下的股权转让、质押或者以其他方式处分，实际出资人以其对于股权享有实际权利为由，请求认定处分股权行为无效的，**人民法院可以参照物权法第一百零六条的规定处理**。名义股东处分股权造成实际出资人损失，实际出资人请求名义股东承担赔偿责任的，人民法院应予支持。**[原则否定股权转让的效力，承认善意取得]**
- 物权法第106条规定善意取得的三个条件：善意 / 合理的价格 / 依照法律规定已经办理登记或交付
- 物权法司法解释第15-21条就善意取得的条件进一步解释。第21条规定，具有下列情形之一的，受让人主张根据物权法第106条规定取得所有权的，不予支持（1）转让合同因违反合同法第52条规定被认定无效；（2）转让合同因受让人存在欺诈、胁迫或者乘人之危等法定事由被撤销。**[肯定无权处分合同的效力]**
- 法律观点小结：（1）股权代持合同原则上有效，除非具有法律规定的无效情形；（2）名义股东转让代持股权，属于无权处分，该股权转让合同原则上有效，但股权转让行为原则上无效，但受让人可以按照善意取得的规定取得股权。

股权代持及转让纠纷案例

■ 案例1: 甲和乙均为自然人, 乙作为一家内资有限责任公司的早期投资人, 持有该公司60%的股权。甲获悉公司正准备新一轮融资, 与乙商量, 希望能够从乙处以较低的价格受让其持有的公司的部分股权。甲方和乙方签署一份代持协议, 约定甲方受让乙方持有的公司20%的股权; 甲方作为这部分股权的实际出资人, 但名义上仍由乙方持有, 无须办理股权变更登记。由于无需办理股权变更登记, 乙方当时亦未通知公司其他股东股权转让事宜, 未经其他股东同意; 也未取得其他股东放弃优先购买权的声明。之后, 公司因为经营不善, 其股权的估值大幅度降低, 此时甲方持有的第三人股权的市场价值已经远远低于之前从乙方购入时的价值, 甲方的投资失利, 处于亏损状态。因此, 甲方希望不再履行代持协议, 并要求乙方返还之前支付的股权转让款。双方协商不成, 甲方遂诉至法院, 请求确认代持协议无效, 并判令乙方向其返还股权转让款。

■ 争议焦点问题: (1) 代持协议是否有效? (2) 未经其他股东同意并放弃优先购买权是否影响股权转让的效力。

06 出资瑕疵股权转让的争议

受让出资瑕疵股权的法律风险

- 出资瑕疵股权转让的相关法律规定：
 - 公司法司法解释（三）第13条：股东未履行或者未全面履行出资义务，公司或者其他股东请求其向公司依法全面履行出资义务的，人民法院应予支持。公司债权人请求未履行或者未全面履行出资义务的股东在未出资本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任的，人民法院应予支持；未履行或者未全面履行出资义务的股东已经承担上述责任，其他债权人提出相同请求的，人民法院不予支持。
 - 公司法司法解释（三）第18条：有限责任公司的股东未履行或者未全面履行出资义务即转让股权，受让人对此知道或者应当知道，公司请求该股东履行出资义务、受让人对此承担连带责任的，人民法院应予支持；公司债权人依照本规定第十三条第二款向该股东提起诉讼，同时请求前述受让人对此承担连带责任的，人民法院应予支持。
- 问题：（1）出资瑕疵股权的转让合同是否有效？（2）出资瑕疵股权转让行为是否有效？

受让出资瑕疵股权的法律风险

- 股权收购方的风险、防范及救济：
 - 谨防转让人隐瞒债务以及出资瑕疵，并串通第三人作为债权人，对受让人通过诉讼行为进行“合法”诈骗。
 - 尽职调查!!! 受让人需要对股权出资行为进行细致的尽职调查，如果发现有出资瑕疵或者无法证实其已经实际出资，则需要对隐形债务及可能发生的债权人诉讼进行预防。
 - 并购协议中要求公司作为签约主体，并对公司的出资及负债等进行陈述与保证。
 - 转让方 / 公司对出资及债务的陈述与保证，无法对抗公司债权人的请求权。

问题：

- 受让人是否可以主张构成欺诈并要求撤销股权转让合同？
- 出让人解除或者撤销股权转让合同，是否可以抗辩公司或者债权人的请求？

受让出资瑕疵股权案例

- 案例1:某金融控股集团收购一家上市公司的控股权，上市公司之前通过股权转让取得某基金管理公司100%的股权。该基金管理公司注册资本为人民币10亿元，因与第三人的场外配资纠纷被起诉，要求返还保证金和股票收益，第三人以基金管理公司出资瑕疵为由，将上市公司作为共同被告，要求上市公司承担连带责任。

07

侵害股东优先购买权的争议

侵害股东优先购买权的股权转让合同的效力

■ 法律规定：

- 合同法第52条关于合同无效的规定（违反法律行政法规的强制性规定）
- 公司法第71条：关于其他股东的同意权 / 优先购买权的规定。
- 合同法司法解释（二）第十四条：强制性规定指的是效力性强制性规定。
- 效力性与管理性强制性规定（禁止性规范）
 - 形式区分法：效力性强制性规定：“禁止任何人、在任何时间、在任何地点、以任何方式从事某类交易行为”，目的在于禁止交易行为本身，或禁绝此类交易行为的存在；管理性强制性规定：“禁止特定人；或者禁止在特定时间，或者禁止在特定地点，或者禁止以特定方式从事某类交易行为”，目的并非在于禁止某类交易行为，即某种交易行为仍为法律所允许，但禁止当事人未取得交易资格或禁止当事人在某一时间、某一地点以某种方式从事此类交易行为。
 - 实质区分法：运用文意解释、体系解释、历史解释及目的解释方法，以确定强制性规定的规范目的。如果目的在于维护或保护国家利益和社会公共利益，即属于效力性强制性规定；如果只是为了维护特定的管理秩序，并不直接涉及国家利益或社会公共利益的保护，即属于管理性强制性规定。

侵害股东优先购买权的股权转让合同的效力

■ 法律规定：

- 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）第十一条：外商投资企业一方股东将股权全部或部分转让给股东之外的第三人，应当经其他股东一致同意，其他股东**以未征得其同意为由**请求撤销股权转让合同的，人民法院应予支持。具有以下情形之一的除外：（一）有证据证明其他股东已经同意；（二）转让方已就股权转让事项书面通知，其他股东自接到书面通知之日满三十日未予答复；（三）其他股东不同意转让，又不购买该转让的股权。
- 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）第十二条：外商投资企业一方股东将股权全部或部分转让给股东之外的第三人，**其他股东以该股权转让侵害了其优先购买权为由请求撤销股权转让合同的，人民法院应予支持。**其他股东在知道或者应当知道股权转让合同签订之日起一年内未主张优先购买权的除外。**前款规定的转让方、受让方以侵害其他股东优先购买权为由请求认定股权转让合同无效的，人民法院不予支持。**

侵害股东优先购买权的股权转让合同的效力

■ 法律规定：

- 《山东省高级人民法院关于审理公司纠纷案件若干问题的意见（试行）》（鲁高法发[2007]3号）第四十七条：股东经其他股东过半数同意转让股权，但未向其他股东告知转让价格等内容而非股东订立股权转让合同，或者股权实际转让价格低于告知其他股东的价格的，其他股东可以申请人民法院撤销股权转让合同。人民法院撤销股权转让合同的，申请撤销的其他股东应当承继股权转让合同的权利义务。未申请撤销的其他股东也主张购买该股权的，按照《公司法》第七十二条第三款处理。
- 《江西省高级人民法院关于审理公司纠纷案件若干问题的指导意见》（赣高法[2008]4号）第三十七条：股东经其他股东过半数同意转让股权，但未向其他股东告知转让价格等主要内容而非股东订立股权转让合同，或者股权实际转让价格低于告知其他股东的价格的，其他股东可以申请人民法院撤销股权转让合同。人民法院撤销股权转让合同的，申请撤销的其他股东应当承继股权转让合同的权利和义务。未申请撤销的其他股东也主张购买该股权的，按照《公司法》第七十二条第三款处理。

侵害股东优先购买权的股权转让合同的效力

■ 法律规定：

- 《江苏省高级人民法院关于审理适用公司法案件若干问题的意见（试行）》（苏高法审委[2003]2号）第六十二条：有限责任公司股东向公司以外的人转让股权，未履行《公司法》第三十五条规定的规定同意手续的，应认定合同未生效。诉讼中，人民法院可以要求当事人在一定期限内征求其他股东的意见，期限届满后其他股东不作相反意思表示的，视为同意转让，可以认定合同有效。**该期限内有其他股东表示以同等条件购买股权的，应认定合同无效，受让人只能要求出让人赔偿损失。**经转让股权的股东单独书面征求意见，公司半数以上股东同意转让股权的，应视为已办理《公司法》第三十五条规定的股东同意手续，但章程有特别规定的除外。其他股东不同意转让，又不购买的，应认定为同意股东转让股权。虽同意购买股权，但是所给予的购买条件劣于股东欲转让的第三人的，应视为不同意购买。**其他股东未能行使优先购买权的，可以申请撤销合同。**但其他股东追认转让合同，或者所转让的股权已经登记到受让人名下且受让人已实际行使股东权利的，股权转让合同有效。

侵害股东优先购买权的股权转让合同的效力

法律观点小结：

- 公司法第71条的规定，属于管理性的强制性规定，不影响股权转让合同的效力。
- 股权转让合同原则有效，除非具有合同法第五十二条规定的无效情形。
- 最高人民法院认定外商投资企业的股权转让合同有效，且其他股东可以请求撤销股权转让合同。
- 内资有限公司的股权转让合同，最高院无明确的规定或案例。
- 地方高院的司法文件和案例，逐步倾向于认定合同有效，其他股东具有撤销权。
- 关于其他股东撤销权，并无明确的法律依据和法理支持。重庆五中院在有关判决中，认为不属于合同法第五十四条规定的可以行使撤销权的情形（重大误解、显失公平、欺诈、胁迫等），但参照合同法第七十四条及《物业管理条例》第十三条等规定的第三人的撤销权规定，认为第三人对于系争标的想有某种法律意义上的权利或期待，对于损害这种权利或期待，第三人得行使撤销权。

侵害股东优先购买权的案例

- 案例1: 浙江复星商业发展有限公司诉上海长烨投资管理咨询有限公司股权转让合同纠纷案（“外滩地王案”）
- **案情简介：**为投资上海外滩8-1地块的开发项目，浙江复星商业发展有限公司（以下简称“复星”）联合其他主体（即绿城集团和证大房产共同设立的投资公司，以下称“合作方”）成立了上海海之门房地产投资管理有限公司（以下简称“海之门公司”），并由海之门公司收购了外滩8-1地块的项目公司，从而间接拥有了外滩8-1地块开发权。合作方希望将其在项目公司中的权益（合计50%，另外50%由复星持有）转让给SOHO中国，合作方的股东于是将合作方的100%的股权转让给了SOHO中国（“间接转让股权”）。如此，SOHO中国就成为了合作方的拥有者，而合作方仍然是海之门公司的直接股东。随后，复星以上述间接转让股权的行为侵犯其股东优先购买权为由于2012年5月30日向上海市第一中级人民法院提起了诉讼，要求判令间接股权转让相关的协议无效，并将合作方的股权恢复至转让前的状态。

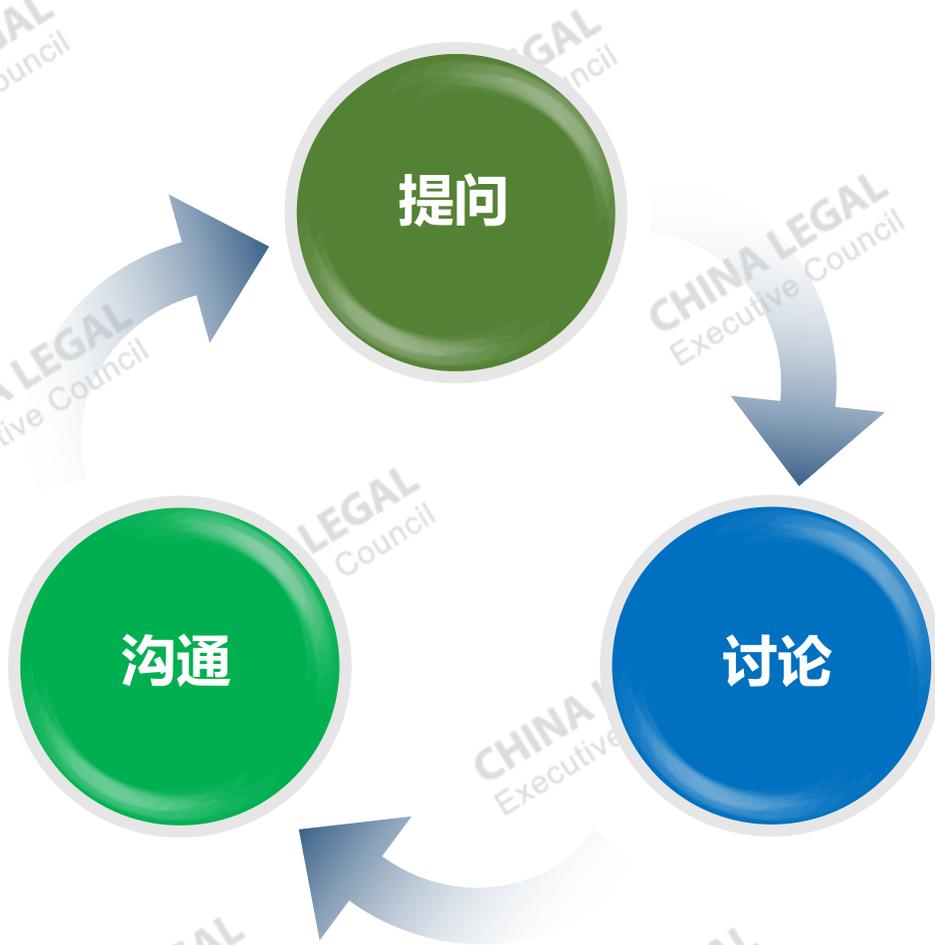
侵害股东优先购买权案例分析

- 争议焦点：SOHO China是否侵犯复星的优先购买权？间接股权转让协议的效力如何？
- 裁判观点：上海一中院以保障有限责任公司的人合性和封闭性为出发点，基于《公司法》第七十二条第二款、第三款规定：“股东向股东以外的人转让股权，应当经其他股东过半数同意。股东应就其股权转让事项书面通知其他股东征求同意，其他股东自接到书面通知之日起满三十日未答复的，视为同意转让。其他股东半数以上不同意转让的，不同意的股东应当购买该转让的股权；不购买的，视为同意转让。经股东同意转让的股权，在同等条件下，其他股东有优先购买权。两个以上股东主张行使优先购买权的，应协商确定各自的购买比例；协商不成的，按照转让时各自的出资比例行使优先购买权”以及《合同法》第五十二条规定：“有下列情形之一的，合同无效：……（三）以合法形式掩盖非法目的”，认定被告方通过实施间接出让的交易模式，控制了海之门公司50%的权益，达到了与直接出让相同的交易目的，完全规避了法律赋予原告享有股东优先购买权的设定要件，直接损害了原告的利益，遂判决被告之间签署的股权转让相关协议无效。

侵害股东优先购买权案例分析

- 案例2:李朗悦与吴景锋股权转让协议纠纷上诉案 (2010) (渝五中法民终字第4034号)
- 案情简介: 2009年, 重庆大帝集团房地产开发有限公司 (“大帝公司”) 股东吴景锋、黄小华等5人与李朗悦、桂世斌签订了大帝公司股权转让协议, 约定前者将后者所持大帝公司全部股权转让给后者, 同时, 股东会作出相关决议、修改公司章程, 变更股东、董事和监事, 并办理了相应的工商变更登记手续。吴景锋以其不知情, 其他股东和受让人侵犯其同意权和优先买购权为由, 诉请确认股权转让协议无效, 撤销变更登记。
- 裁判观点: 吴景锋作为该部分股权的合法持有人, 并无转让股权的意思表示, 黄小华等大帝公司的其他股东, 在没有吴景锋合法授权及事后追认的情况下, 对吴景锋的股权进行处分的行为系无权处分行为, 应属无效。而李朗悦和桂世斌与其余4位股东在2009年10月18日股权转让协议中关于该部分股权转让的约定, 以及同年10月22日转让双方分别签订的4份股权转让协议, 均是双方真实意思表示。根据公司法第七十二条第二款、第三款之规定, 股东向股东以外的人转让股权, 应当经其他股东过半数同意, 并规定股东在同等条件下享有优先购买权。 **但该规定不是强制性规定, 而是任意性规定。因此, 吴景锋主张该部分股权转让行为因违反前述规定而无效的理由不能成立, 其只能主张撤销黄小华等其余四股东的股权转让行为。**

 Q&A



THANK YOU !

