

2017年6月8日

环球法律专递

GLO Legal Updates



并购分手费与违约金相关问题简析

作者：王武

在投融资和并购交易中，违约责任是买卖双方谈判的重点之一，而违约责任最常见的方式之一即是关于违约金的约定；而与违约金相关且又被普遍关注和讨论的法律问题莫过于国际并购中的“分手费”与“反向分手费”。

本文拟从中国法的角度就国际并购中的“分手费”与“反向分手费”在国内适用的可能性作一些探讨和分析，主要包括如下四个方面的内容：（一）并购分手费的法律性质为何？（二）违约方是否可以主张解除合同？（三）非违约方解除合同的同时能否主张违约金？（四）放弃“违约金调整请求权”的约定是否有效？

一、并购分手费的法律性质为何？

并购分手费的性质为何？就此问题，清澄君于2016年9月7日在微信公众号“比较公司治理”上发表的文章《好聚好散：美国公司并购中的分手费》中介绍到：

并购交易中的分手费涉及两个不同领域的法律问题。首先是合同法上违约金条款的效力问题，因为分手费的实质就是违约金。英美使用的普通法在合同法上有个十分有趣的特点，就是一方面充分鼓励当事人对需要履行的义务、履行的条件等自由作出约定，另一方面却严格限制他们对违约之后的救济措施进行自由约定。此其中的原因在于普通法只承认违约救济是对违约受害人的补偿，而不愿让其成为震慑违约、强迫履约的手段。这方面最明显的例子是普通法对受害人请求对方实际履行合同（specific performance）施加了严苛的

条件……除了合同法之外，分手费条款又涉及公司法上董事对股东负有的忠慎义务（fiduciary duty）。特别是 1986 年特拉华法院 *Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc.* 一案的判决加重了并购交易中卖方董事会的忠慎义务，规定出卖公司的时候，董事们必须在合理范围内为股东寻得最优越的收购条件。而向某个收购者支付分手费，有可能抑制其他收购者参与竞购的动力，从而令董事们无法履行寻得最优收购条件的义务。实际上，特拉华法院至今也没有厘清在审查分手费条款的效力时，合同法对违约金的限制和公司法对董事忠慎义务的要求究竟各自起到什么样的作用。

上面提到“分手费的实质就是违约金”，那即是说“如果卖方接受一个第三方的更高报价而终止与买方的交易”，那么该等行为将被视为违约行为，卖方应向买方支付一笔违约金（分手费）。但是，如果买卖双方约定，“在卖方接受了一个第三方的更高报价且向买方支付了一笔补偿费用（分手费）的情况下，卖方可以解除合同，且不视为卖方违约”，那么此时分手费的性质又将为何呢？

这里的逻辑是，违约金的前提是要有违约行为，但是如果买卖双方将支付分手费的情形不视为违约行为，那么分手费的实质

还是违约金吗？这里是否存在这样的可能，即将分手费理解为买卖双方约定的解除合同的条件之一。如我国《合同法》第九十三条第二款也规定，“当事人可以约定一方解除合同的条件。解除合同的条件成就时，解除权人可以解除合同。”

而如果将分手费理解为买卖双方约定的解除合同的条件之一，那么其金额与比例的大小是否可任由买卖双方约定，还是需要受到一定的司法审查呢？

关于这点，笔者在网络上看到一篇名为 *Break-up Fees in Business Agreements* (By Maxime Mekki-Kaddache, Lucile Lam and Wanissa Nemsy, University of Montpellier) 的文章介绍到，在法国法项下，并购分手费将会根据其“目的”的不同而适用不同的规制——如果分手费条款是赋予一方在支付一笔费用的条件下退出一笔交易的权利，那么该分手费条款就是退出条款（Withdraw Clause）；如此，应无法官审查和调整该等条款的可能。但是，如果分手费条款是为了达到惩罚一方退出交易并强制该方交易的目的，那么该等条款将会被视为惩罚性条款（Penalty Clause）；如此，法官将会介入审查和调整该等分手费条款：

Under French law, break-up fee provisions can be considered differently depending

upon their purpose. This qualification will lead to the application of different rules, including the risks linked to them...If the aim of the break-up fee provision is to allow one party to back out of the deal (by paying the fees) it will be regarded as a withdrawal clause ("clause de dédit"), which is enforced as written...The court analyzed it as a withdrawal clause rather than a penalty clause, as it permitted to withdraw by paying a compensation. As a consequence, there was no possibility for the judge to revise a withdrawal clause. Such clauses have nothing linked with the remedy of a damage, they are only the price of withdrawal...If the aim of the clause is to sanction a party for backing out, then the clause will be regarded as a "penalty clause." This will allow the judge, under article 1152 of the French Civil code, to revise the clause if "it is manifestly excessive or insufficient."

另外，上面提及的这篇文章也介绍了英国法项下对并购分手费的裁判规则。由此或可观之，并购分手费在不同的法域将会适用不同的裁判规则。那么在中国法项下，如果出现相关的纠纷，中国法院又将会如何裁判呢？这点我们可能还需留待后续观察。

二、违约方是否可以主张解除合同？

我们回到前面一个定性，即将分手费的性质理解为违约金，也即如果卖方违约，那么其可以通过支付一笔分手费解除合同而不再受合同的约束。那么这里有一个关于法律价值选择方面的问题，即违约方是否可以主张解除合同？更进一步，这种情形与“一物数卖”的情形类似，而我国法律是否支持“效率违约”呢？

原则上，我国法律并不支持违约方解除合同，但也有例外情形。如《北京市高级人民法院关于审理房屋买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的指导意见（试行）》（京高法发[2010]458号）第二十二项规定，“房屋买卖合同签订后，一方当事人不同意继续履行，愿意以承担相应违约责任为代价解除合同，而另一方坚持要求继续履行，经审查合同继续履行不存在现实困难的，应当判决双方继续履行合同，但合同另有解约定金等约定或符合《合同法》第一百一十条（非金钱债务的违约责任）规定情形的除外。”

关于效率违约，最高人民法院王闯法官在其于2013年12月26日在人民大学所做的关于《买卖合同纠纷审判实务若干问题》的讲座中介绍到（来源于网络）：

我国合同法是否支持效益违约行为，尚待研究和商榷，但出卖人的违约行为在价值

判断上无疑是违反诚实信用原则的行为，不应给予正面的肯定评价……虽然我们在进行价值判断的时候内心比较纠结，尤其是民法重要原则存在冲突时，更是如此；但我们必须有所取舍。在一物数卖情形处理中，面临着债权平等原则与诚实信用原则的权衡问题。一方面，债权平等原则是债权法的原则，理应遵从；另一方面，一物数卖违反了民法帝王规则——诚实信用原则。在债权法中的原则和民法的帝王规则相冲突的时候，我们应当捍卫谁？就中国当前经济现实和审判实践情况看，在走向法治的进程中，目前交易秩序比较混乱，诚实信用原则屡遭践踏，故应特别强调维护诚实信用原则。基于上述几个因素的考量，我们最终（在《买卖合同司法解释》中）倾向于否定“出卖人自主选择说”。

上面的价值判断和选择可能主要是从合同法的角度出发予以考量的，而当这个问题同时涉及公司法上的股东利益保护时，又该如何平衡和兼顾不同利益相关者之间的诉求呢？相较与美国所奉行的“董事会中心主义”，由于我国奉行的是“股东会中心主义”，所以这个问题在我国目前的法律实践中可能显得还不是那么突出。

三、解除合同后能否主张违约金？

在将分手费的性质理解为违约金的情形下，如果卖方接受了一个第三方更高的报价而拒绝履行合同，那么买方是否有权解除合同并主张违约金呢？这个问题实际包含两个方面的问题：一是买方此时能否解除合同；二是买方在解除合同的同时能否主张违约金。

关于第一个问题，根据我国《合同法》第九十三条（合同约定解除）和第九十四条（合同的法定解除）的相关规定，除约定解除合同的情形以外，当出现法定的解除合同的情形时，非违约方（也即买方）可以主张解除合同。

关于第二个问题，在司法实践中一直存在争议，直至《买卖合同司法解释》（法释[2012]8号）第二十六条明确规定：“买卖合同因违约而解除后，守约方主张继续适用违约金条款的，人民法院应予支持；但约定的违约金过分高于造成的损失的，人民法院可以参照合同法第一百一十四条第二款的规定处理。”

上面虽然说的是买卖合同相关的内容，但是对于股权转让等权利转让合同也可参照适用。如《买卖合同司法解释》第四十五条第一款规定：“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（无名合同）和第一百七十四条（其他有偿合同的法律适用）的规定，参照适用买卖合同的有关规定。”

四、放弃违约金调整请求权的约定是否有效？

（适用美国法律的）国际并购协议在约定分手费时，通常会作如下补充说明：（1）分手费是对受损害方所受损失的合理预估；（2）分手费是补偿性的损害赔偿而非惩罚性的损害赔偿；（3）分手费是受损害方唯一的和排他的金钱救济（即不要求实际履行）；（4）各方放弃其所享有的违约金调整请求权。这里有个问题，上述放弃违约金调整请求权的约定在中国法项下是否会得到中国法院的支持？

就此问题，应该说司法实践中还有不同意见，究其分歧之处在于：违约金调整请求权是属于民法上的实体权利还是民事诉讼法上的诉权？

就此问题，宜昌市中级人民法院在（2014）鄂宜昌中民二初字第 00010 号案中认为：合同法规定的违约金调整请求权属合同当事人的法定权利，当事人不能以约定方式加以排除；而南宁市青秀区人民

法院在（2014）青民一初字第 1784 号案中认为：《中华人民共和国合同法》第一百一十四条赋予了当事人根据实际损失调整合同约定的实体权利，而根据意思自治的法律原则，当事人可以对实体权利进行处分。

综合来看，笔者理解，即便合同双方约定了放弃违约金调整请求权，但是在发生争议时，如果一方仍然提出了调整违约金的诉讼请求，中国法院很可能还是会介入审查。

五、结语

虽然分手费以及反向分手费在国内目前的并购实践中尚不多见，但也不排除未来可能会发生的变化。而届时如果由于此类约定引致了争议并诉至法院，中国法院又将会如何裁判此类条款的性质、效力与适用呢？笔者将对此保持持续的关注。（完）

王武为环球律师事务所常驻北京的合伙人，其主要执业领域为企业投融资与并购。

邮箱：wangwu@glo.com.cn

版权. 环球律师事务所保留对本文的所有权利。如需转载，请注明作者姓名、作者单位以及文章来源，并保证文章的完整性。

免责. 本文及其内容并不代表环球律师事务所对有关法律问题的法律意见，同时我们并不保证将会在载明日期之后继续对有关内容进行更新，我们不建议读者仅仅依赖于本文中的全部或部分内容而进行任何决策，因此造成的后果将由行为人自行负责。如果您需要法律意见或其他专家意见，我们建议您向具有相关资格的专业人士寻求专业帮助。



微信号: [globallawoffice](https://www.glo.com.cn)