

AAAAA（中国）饮料有限公司

敬启者

上海市BBBBB律师事务所

CCCCC 律 师

DDDDD 律 师

RE: 关于公司吸收合并涉及有关人力资源问题处理的初步调研意见

就贵司征询有关公司吸收合并涉及人力资源问题处理事宜，经我们赴闵行区社会和劳动保障局、闵行区总工会、上海市外资委进行初步调研后，现通报调研情况如下，供贵司参考。

一、关于旧公司明年录用新员工涉及劳动合同签订问题

关于 AAAAA（中国）公司（以下简称“旧公司”）明年录用员工拟议仍与旧公司签订劳动合同的问题。我们认为，鉴于吸收合并完成前，两家公司仍是独立的法人，均有权与劳动者在达成一致的基础上订立劳动合同，故公司若需要录用新员工或续签劳动合同的，仍可由旧公司与员工签订劳动合同，待吸收合并完成后，劳动合同由新公司承继履行即可，新公司无须与员工重新签订劳动合同。上述操作在理论上是可行的。

但应注意的是，依据上次为贵司调研时所提供的有关合并方案，贵司拟议在2008年年底以前，由旧公司将其资产转让给新公司，并由新公司进行生产经营，故相当数量的工作岗位将不再由旧公司提供，而是由旧公司派遣员工至新公司工作。考虑到上述情况，如在明年录用新员工并由旧公司与新员工订立劳动合同时，建议在签订的劳动合同中应对员工的工作岗位进行特别约定。如约定员工的岗位将根据新公司与旧公司签订的服务协议或借调协议的内容来确定，员工工作的地点在新公司所在地等。

二、关于吸收合并涉及员工退工、录用手续和社保转移手续办理问题

就公司吸收合并后，新公司在接收旧公司员工时，至区就业促进中心和社保中心办理退工、录用手续和社保转移手续是否需要提供与新公司续签或订立的劳动合同等问题。

1、劳动部门调研答复意见

我们电话咨询了上海市劳动和社会保障局，有关工作人员答复称，一般情况下办理上述手续是不需要提供劳动合同的，但由于我们所咨询的情况特殊，建议与区就业促进中心联系，听取意见。

经我们电话联系了闵行区就业促进中心，工作人员答复称，办理上述手续不要求提交员工与新公司签订的劳动合同。但对于吸收合并的情况，虽劳动合同由新公司承继履行，然而由于员工就业的用人单位在主体上已不是同一个，单位名称也已变更，仍要求注销的旧公司在办理退工手续后，由存续的新公司办理录用手续。在办理用工备案手续之后，至社保中心办理员工社保个人帐户转移即可。

2、法规政策查询

根据《关于进一步加强本市劳动用工备案工作的意见》(沪劳保就发[2007]25号)和《关于进一步做好劳动用工备案手续的补充意见》(沪就资[2007]25号)的规定，以及上海市劳动和社会保障局网站上公布的办事指南：单位在办理退工和录用手续时，无须员工的签字和其他配合。有关的退工和录用手续均可1个工作日内办结，如用人单位持有上海市劳动保障服务网“网上办事密码”的，可直接在网上办理招工登记备案手续（网址：www.12333sh.gov.cn），而无须至就业促进中心办理。

根据上海市劳动和社会保障局网站上公布的办事指南规定，对于员工社保帐户的转移，一般情况下也无须员工的签字或配合，由单位办事人员办理即可，有关的手续当场可以办结。但有以下情况的，需要员工向单位提供一定资料方可办理：①持人才引进《上海市居住证》参保的人员，需携带《上海市居住证》复印件和《办理<上海市居住证>通知书》；②征地一次性缴费人员，选择只缴纳失业、生育、工伤保险，需携带加盖有劳动行政部门“已经完成征地一次性15年缴费”确认章的劳动手册复印件。以上材料复印件均需加盖单位公章。

根据上述意见，新旧公司在吸收合并完成后，新公司无须与员工续签或变更

劳动合同，但需要由旧公司办理退工手续，由新公司办理录用手续，之后办理员工的社保转移至新公司的相关手续。就以上手续的办理，一般均可在一个工作日内完成。

但需要提请注意的是，虽然在新旧公司完成吸收合并后，理论上无须由新公司与员工签订或变更劳动合同，但考虑到部分员工可能对于新旧公司吸收合并模式的理解存在一定的局限性，故员工可能因新旧公司用人单位主体的变更以及员工在旧公司的工龄是否能被新公司承认等问题，而要求与新旧公司共同签订关于用工主体变更及原工龄承认的协议书，或要求新旧公司向其出具有关的承诺书。

三、关于公司吸收合并后涉及规章制度的适用和制订问题

新旧公司吸收合并完成后，旧公司的员工被新公司吸收，成为新公司的员工，员工与旧公司签订的劳动合同将由新公司承继履行，但其后将涉及新公司的规章制度应如何适用于旧公司员工以及新公司规章制度的制订问题。

1、法规政策查询

劳动和社会保障部《关于贯彻实施〈中华人民共和国劳动合同法〉的有关问题的意见（征求意见稿）》第13条规定“公司兼并时，兼并公司的规章制度自动适用于被兼并公司的职工，但首先应公示或告知被兼并公司的职工，如被兼并公司的职工对兼并公司的规章制度有意见，可以按第《劳动合同法》第4条第3款提出意见”。

2、劳动部门调研答复意见

考虑到上述文件的有效性并不确定，我们赴闵行区劳动和社会保障局进行了调研，相关业务科室的工作人员答复称：公司兼并后，只要新公司的规章制度是经过民主程序制定出来的，则并入新公司的旧公司员工自动适用新公司的规章制度，就如同用人单位新招用的员工也应当遵守单位现行规章制度一样，但新公司应履行公示或告知义务。

“公示或告知”是指用人单位的规章制度或重大事项决定，可以采取劳动者人手一册、学习培训等法律认可的方式完整送达或传达劳动者知晓。

3、工会部门调研答复意见

就有关公司吸收合并过程中涉及有关工会转移及新公司规章制度制订问题，

我们赴闵行区总工会进行了调研。工会组织部一位乔姓工作人员对于我们提出的问题进行了详细答复。

鉴于旧公司注册在闵行开发区，而新公司注册在紫竹工业园区，工作人员首先表示，闵行开发区的工会直接归属上海市总工会领导，与闵行区总工会是平行关系而没有隶属关系。而紫竹工业园区的工会是由闵行区总工会直接管理指导的，将来新公司建立的工会也将归属于闵行区总工会领导和指导。

考虑到新公司目前可能人员较少，尚未达到建立工会组织的最低人数条件，而由于新旧公司合并将涉及到许多与工会相关的问题，他建议我们，目前，新公司可以考虑先成立工会筹备小组，为以后工作的开展提供方便。

此外，考虑到目前新公司的规章制度还不健全，可能需要制订并完善有关的规章制度，这将涉及到如何履行民主程序制订规章制度，以及新旧公司合并后规章制度对旧公司员工适用的问题。他答复称，法律规定企业规章制度的制订和修改必须经过职工代表大会或全体职工大会讨论，而职代会和全体职工大会的组织召开应由工会组织来具体操作和实施。如新公司尚未建立工会组织，将难以组织有效的职代会或全体职工大会，也难以履行相关的民主程序，新公司制订的规章制度也就失去其适用性和合法性。故他建议，待吸收合并进入实质性阶段，但尚未完成前，公司方面可以考虑增加新公司的员工，以达到成立工会组织的最低人数条件，其后新公司依法成立正式的工会组织，而后组织召开全体职工大会（在人数少于 100 人时），经民主程序制订新公司的规章制度，并使新公司的规章制度具备程序合法性，待吸收合并完成后，由旧公司的员工直接适用新公司的规章制度。他同时说明，按规定只有在工会认为工作量大需要增补工会委员时方才增补工会委员，新公司吸收旧公司的大批员工并不必然要求新公司工会增补工会委员，只要该届工会委员的任期未满，无论增加多少员工，都应自动成为工会的会员，接受工会的指导。他认为如此操作下，工会的代表性将不存在问题，且可以在新公司第一届工会组织的工作之下，即可完成新旧公司合并期间的工会衔接工作和新公司规章制度的制订和适用工作。

而对于旧公司的工会，工作人员答复称，实际上在旧公司注销/解散之日，旧公司的工会也随之解散而不再存在。但工会的财产是独立的，旧公司工会若有财产，依据相关规定在解散时应上交上级工会，但也可在旧公司解散前将资金等

财产用于组织职工活动或职工福利使用。

另，根据我们向上海市总工会的咨询意见，对于未成立工会且员工人数少于 25 人的企业的规章制度，可以将全体职工召集起来开会讨论，经讨论后制订企业的规章制度。

根据以上的调研意见和新公司的具体情况，我们认为，目前新公司涉及有关规章制度的制订事宜可能存在以下几种处理方式：

(1) 在新旧公司吸收合并完成前制订完善有关的规章制度：

- 在新旧公司吸收合并完成前，对新公司增加员工至 25 人以上，以达到成立工会组织的最低人数条件，其后新公司依法成立正式的工会组织，而后组织召开全体职工大会（在人数少于 100 人时），经民主程序制订新公司的规章制度，并使新公司的规章制度具备程序合法性。
- 在新旧公司吸收合并完成前，对新公司增加员工（在 25 人以下），其后召开全体职工开会讨论有关新公司的规章制度制订事宜，并提出方案和意见，在经新公司与全体职工平等协商后制订新公司的规章制度，使新公司的规章制度具备程序合法性。

此外，在新旧公司的吸收合并完成后，由新公司依法成立正式的工会组织，并可根据需要由工会组织按照法定的民主程序对新公司的规章制度进行再次修订或完善。

(2) 在新旧公司吸收合并完成后制订完善有关的规章制度：

在新旧公司的吸收合并完成后，由新公司依法成立正式的工会组织，并由工会组织按照法定的民主程序制订并完善新公司的规章制度，以使新公司的规章制度具备程序合法性。

我们对以上二种方案的评述：

方案（1）：优点：在新旧公司吸收合并完成前即可建立健全新公司的规章制度，待新旧公司吸收合并完成后，可由旧公司的员工直接适用新公司的规章制度。

缺点：需要在新旧公司吸收合并完成前对新公司增加员工。

方案（2）：优点：不需要在新旧公司吸收合并完成前对新公司增加员工。

缺点：在新旧公司吸收合并完成后，在新公司设立工会组织及由工会组织履行制订企业规章制度的法定程序，将需要一定的时间方能完成，故在新公司吸收大量旧公司员工后，存在新公司缺乏企业规章制度作为管理依据的一段真空期，可能对新公司的管理带来不便（如不能在此期间对违纪员工进行处罚等）。

另：考虑到在目前的司法实践中，未经民主程序制订的规章制度将不得作为司法判决的依据，故建议新公司在规章制度制订并履行民主程序时，能保留有关履行民主程序制订规章制度的如会议纪要、讨论意见汇总等书面资料（该等文件在形式上需要有参与人员的签字或工会的盖章等，以使其在形式上具备法律效力）。

四、关于公司吸收合并涉及有关工资、福利、个税备案手续办理问题

就有关公司吸收合并涉及新公司有关工资、福利、个税在劳动部门的备案手续问题，我们向闵行区劳动和社会保障局相关业务科室进行了咨询。工作人员答复称，依据相关规定，企业在向金融机构领取《工资总额手册》后，应及时至劳动部门备案，作为领取工资性现金的依据，日后新旧公司吸收合并完成，如《工资总额手册》还够用则无须办理变更备案手续，若企业的《手册》页不够用时持《工资总额手册》到该处进行备案变更即可。

对于企业有关福利、个税备案，工作人员答复称无须进行这些备案。经我们向闵行区有关税务部门电话咨询有关个税备案问题，工作人员也答复称不需要进行备案。

五、关于公司吸收合并变更完成的时间节点及员工工资发放问题

就有关员工从旧公司转入新公司的时间节点是否为新的批准证书核准之日还是营业执照签发之日问题，我们赴上海市外资委进行了咨询调研。

1、法规查询

我们查询了《关于外商投资企业合并与分立的规定》，该规章规定，吸收

合并的，由接纳方公司作为申请人向审批机关报送相关资料，申请审批。若拟合并的公司有两个以上原审批机关的拟解散的公司应当在依照本规定第十八条向审批机关报送有关文件之前，向其原审批机关提交因公司合并而解散的申请。如果审批机关不同意或不批准公司合并，则原审批机关作出的有关公司解散的批复自行失效。规章还规定，获得审批机关批准合并 30 日内，存续的公司应办理外商投资批准证书的变更手续，而解散的公司应办理外商投资批准证书的缴销手续。此外，存续的公司和解散的公司均应自变更、缴销外商投资企业批准证书之日起，按有关法律法规，至工商行政管理部门完成变更和注销登记。

根据上述条款可判定，有关同意被合并公司解散的批复应是同意两公司吸收合并的批复同时生效的，则旧公司的法律主体资格丧失，新公司发生变更，应视为吸收合并已完成。

2、外资委调研答复意见

经我们向上海市外资部门咨询，工作人员答复称，获得外资部门关于吸收合并的批准文件并完成新公司批准证书的变更视为吸收合并完成，同时旧公司解散。在获得批复后 30 日内，公司应至工商行政管理部门完成营业执照的变更、注销。对于旧公司在其他部门应进行的注销，应根据其各自的规定和期限进行。

综合以上调研结果，我们认为，有关员工从旧公司转入新公司的时间节点应以获得审批机关批准合并且新公司已变更外商投资企业批准证书为准。在获得批准证书后 30 日内，两公司应完成工商变更或注销登记。

值得注意的是，根据税务注销的相关规定，旧公司在办理工商登记注销前就应完成税务注销。那么，旧公司的税务注销是取得批准证书后必须立即办理的，而办理税务注销后旧公司即无法完成有关税款的缴纳，也无法完成员工个人所得税的代扣代缴。因此，在新旧公司的吸收合并获得批准证书后，应由新公司向员工支付工资及缴纳个税较为合理可行，故建议新旧公司在获得批准证书前即作好相应的准备和交接工作，使新公司的工资发放、个税缴纳及旧公司的注销手续可得到顺利完成。

此外，根据我们向上海市劳动和社会保障局的电话咨询意见，员工工资的发放与用人单位办理员工的退工、录用备案手续无关，且用人单位对员工录用和退

工备案手续的办理均可在一个工作日内办结，因此，新公司在获得批准证书后的当月内，应可完成对员工工资发放事宜的衔接和处理。

以上调研意见，供参考。