宁波市鄞州区人民法院

民 事 判 决 书

（2015）甬鄞商初字第898号

原告：宁波明州大药房有限公司（统一社会信用代码为913302121444156277）。住所地：宁波市鄞州区嵩江西路321号（西区）。

法定代表人：梁国芬，该公司董事长。

委托代理人：任剑明，该公司股东。

委托代理人：周文献，浙江元甬律师事务所律师。

被告：洪谦，男，1957年9月16日出生汉族，宁波明州大药房有限公司、宁波明州投资有限公司股东，户籍所在地：宁波市江东区。

委托代理人：谢凤展，浙江正清和律师事务所律师。

第三人：宁波明州投资有限公司（组织机构代码为25411493-X）。住所地：宁波市鄞州区嵩江西路321号。

法定代表人：项志秋，该公司董事长。

委托代理人：任剑明，该公司股东。

原告宁波明州大药房有限公司（以下简称明州大药房公司）为与被告洪谦及第三人宁波明州投资有限公司（以下简称明州投资公司）损害公司利益责任纠纷一案，于2015年5月5日向本院提起诉讼，本院于同日立案受理后，依法由审判员刘志刚适用简易程序审理，后因案情复杂，于2016年5月17日转为普通程序，组成合议庭审理。被告洪谦在答辩期内对本案管辖权提出了异议，本院依法驳回了其异议，其对此不服，上诉于浙江省宁波市中级人民法院，被驳回上诉。本案曾以与本院已受理的明州投资公司诉洪谦损害公司利益责任纠纷一案［案号为（2015）甬鄞商初字第544号］的审理相关联为由中止诉讼。本案于2016年6月28日公开开庭进行了审理，原告明州大药房公司的委托代理人任剑明、周文献，被告洪谦的委托代理人谢凤展，第三人明州投资公司的委托代理人任剑明到庭参加诉讼。本案经本院审判委员会讨论决定。本案现已审理终结。

原告明州大药房公司起诉称：洪谦出资105000元，持有明州大药房公司3.5%的股权。洪谦在担任明州投资公司控股、明州大药房公司参股的宁波大榭开发区明州保健食品有限公司（以下简称大榭保健公司）的法定代表人兼总经理期间，与贝因美集团有限公司（以下简称贝因美集团公司）经营同类业务，无对价取得该公司734000股股权。洪谦的上述行为违反了公司法（2005年修订）第一百四十八条、第一百四十九条和公司章程的规定，该违法事实已被浙江省宁波市中级人民法院（2013）浙甬商终字第896号民事判决书、浙江省高级人民法院（2014）浙商提字第86号民事判决书所确认。根据上述生效判决和公司章程第十三条、第三十条的规定，明州大药房公司于2015年4月29日召开股东会会议，并作出决议：1.洪谦应立即将其对明州大药房公司持有的3.5%股权按原始出资额105000元的价格转让给明州投资公司；2.洪谦应立即向明州大药房公司和公司股东偿付初始出资额105000元的5倍即525000元赔偿金，由明州大药房公司向洪谦主张该权利。明州大药房公司认为，洪谦在担任明州大药房公司参股公司的高级管理人员期间，实施了违反公司法竞业禁止规定的行为和对公司忠实义务的行为，洪谦应将其股权按原始出资额105000元的价格转让给明州投资公司，应偿付明州大药房公司初始出资额105000元的5倍即525000元赔偿金。现诉至法院，请求判决：一、洪谦立即将其对明州大药房公司持有的3.5%股权按原始出资额105000元的价格转让给明州投资公司；二、确认洪谦对明州大药房公司持有的3.5%股权自起诉之日起的股权红利归明州投资公司所有；三、洪谦立即偿付明州大药房公司赔偿金525000元，并赔偿自起诉之日起至判决确定的履行之日止按中国人民银行公布的同期贷款基准利率上浮30%计算的利息损失。

被告洪谦答辩称：一、根本就不存在洪谦需将其股权转让给明州投资公司的情形，同时明州大药房公司章程规定的转让出资以初始认缴出资额为限，并不是原价转让的意思，而是指转让比例要以初始认缴出资额取得的股权为限；二、明州大药房公司要求确认自起诉之日起洪谦享有的股权红利归明州投资公司所有，缺乏事实和法律依据；三、明州大药房公司诉请利息上浮30%，无法律依据；四、洪谦从未经营过与明州大药房公司或其参股公司同类的业务，洪谦在担任明州大药房公司股东期间，从未违反竞业禁止规定，洪谦持有贝因美集团公司734000股股权是由100万元信用保证金转换而来的，并非无对价取得。综上，请求法院驳回明州大药房公司的诉讼请求。

第三人明州投资公司陈述称：对明州大药房公司诉称的事实和理由均无异议，同意明州大药房公司的诉讼请求。

本院经审理认定以下事实：

明州大药房公司成立于1984年12月13日（实为改制而来），注册资本现为300万元，股东由法人股东明州投资公司及洪谦、任剑明等16位自然人股东组成，其中洪谦的持股比例为3.5%。

明州投资公司的前身为宁波大榭开发区明州保健食品有限公司（以下简称保健公司），设立于1994年12月12日，由宁波明州保健食品公司（以下简称明州公司，现名称为宁波明州医药有限公司）与鄞县医药药材公司明州药房两个法人股东发起设立，经营范围为其他食品（除烟）、保健食品、食油、百货、日用杂货、五金交电、金属材料及煤炭的销售。1996年，保健公司申请变更登记，股东由原两个法人股东，转变为包括洪谦在内的8个自然人股东，公司经营范围不变。1999年12月22日，保健公司从8个自然人股东变更为16个自然人股东，洪谦仍为公司股东，经营范围不变。2000年5月19日，保健公司经营范围变更为：其他食品（除烟）、保健食品、食油、百货、日用杂货、五金交电、金属材料的批发、零售、代购、代销；房屋租赁。2002年4月17日，该公司名称变更为宁波大榭明州投资有限公司（后于2015年1月15日变更登记为现名称即宁波明州投资有限公司，住所地亦由宁波大榭开发区海洲南楼405室变更为宁波市鄞州区嵩江西路321号），经营范围变更为实业投资、房屋租赁，股东不变。

1993年3月5日，浙江省鄞县医药药材有限公司（现名称为宁波市鄞州医药药材有限公司）组建鄞县明州副食物资公司（以下简称副食公司），法定代表人为梁国芬。1994年6月1日，副食公司变更法定代表人为洪谦，同年9月22日，副食公司变更名称为明州公司。保健公司成立时，明州公司持有保健公司90%股权。

2007年7月23日，明州投资公司出资400万元，与明州大药房公司出资100万元共同设立了大榭保健公司（与明州投资公司的前身同名），由洪谦出任公司总经理并兼法定代表人，公司设董事会，其成员为三人即项志秋、邓新娣、梁国芬，由项志秋出任董事长，邓新娣出任副董事长。大榭保健公司成立时的经营范围为许可经营项目：定型包装食品、保健品批发、零售（有效期至2011年7月15日止）；一般经营项目：百货、日用品、文化用品、五金交电的批发、零售。2011年6月21日变更为许可经营项目：预包装食品、乳制品（含婴幼儿配方乳粉）的批发、零售（在许可证件有效期内经营）；一般经营项目：百货、日用品、文化用品、五金交电的批发、零售。2012年3月14日、2016年9月2日经营范围又作了相应变更。2012年2月24日，大榭保健公司的股东变更登记为杨志勇、周洪波，法定代表人亦相应地变更登记为杨志勇。

1999年4月27日，浙江贝因美科工贸股份有限公司（以下简称贝因美股份公司，于2014年1月28日名称变更登记为贝因美婴童食品股份有限公司）注册成立，洪谦作为原始投资人于1999年3月5日投资10万元（实为洪谦6万元、虞夏萌4万元，合股10万元）。该公司的经营范围经多次变更，主要经营范围为开发、生产、销售婴幼儿产品、儿童食品、营养食品、服装、玩具、日用百货，并提供相关资讯等服务，预包装食品、乳制品（含婴幼儿配方乳粉）的批发兼零售。2011年3月21日，贝因美股份公司经证监会审批公开上市，该笔10万元投资增资扩股为235000股。2012年4月12日，洪谦持有的上述股票解除限售，可上市流通，当日股票收盘价为23.20元/股。2012年4月16日至18日，洪谦将其持有的235000股股票出售，扣除手续费、印花税及所得税外，235000股股票收益总额为3577544.39元，扣除其支付给94000股股票的实际所有人虞夏萌的1386717.70元（款项汇入虞夏萌配偶童佩霞账户），洪谦实际获得的投资收益为2190826.69元。洪谦持有的上述贝因美股份公司股份在上市流通前，洪谦已实际取得红利（已扣除税费）55556.94元，取得时间为1999年至2006年。

2008年6月16日，洪谦受让贝因美集团公司原始股股权734000股。该公司的经营范围经多次变更，主要经营范围为许可经营项目：货运；一般经营项目：高科技开发及咨询，实业投资，投资咨询；批发零售服装、玩具、日用百货、机械设备、办公用品、农产品（除食品）；计算机软件开发及应用服务；物业管理；日用品出租；货物进出口；含下属分支机构经营范围；其他无需报经审批的一切合法项目。2014年3月31日，洪谦将其对贝因美集团公司持有的上述734000股股权以1468000元的价格转让给了案外人梁佳。

在经营过程中，明州投资公司及大榭保健公司与贝因美股份公司有业务往来，主要为明州投资公司及大榭保健公司经销贝因美股份公司生产的贝因美奶粉等产品。

2012年6月5日，明州投资公司曾召开股东会会议并作出决议：经举报核实，洪谦同志在担任保健公司高管期间，于1999年4月购买贝因美股份公司个人原始发起股10万元（股），2011年增股为235000股，发行上市时每股市值42元；于2008年6月受让取得贝因美集团公司发起股734000股，违反公司法(2005年修订）第一百四十八条、第一百四十九条、第一百五十条和公司章程有关规定。具体处理决议：（1）以上述事实为依据，按照公司法(2005年修订）第一百四十八条、第一百四十九条、第一百五十条规定，上述收入归公司所有（具体通过法律途径解决）：（2）以上述事实为依据，按照公司章程有关条款承担章程规定的责任进行处理。决议作出后，除洪谦有异议外，其余股东在决议中签字认可。2012年8月3日，洪谦向宁波市北仑区人民法院提起诉讼，要求撤销该份股东会决议。该院经审理依法撤销了该股东会决议。

2012年12月14日，明州投资公司召开临时股东大会，该公司全部股东与会。会议经股东讨论表决作出决议：一、经举报核实，洪谦同志在担任公司即投资设立关联公司董事兼经理、高管期间，于1999年4月作为原始投资人在贝因美股份公司投资10万股（其中洪谦实为6万股），2011年3月21日增资扩股为235000股，2008年6月16日，洪谦又受让取得贝因美集团公司原始股权734000元（股）。未经股东会同意，利用职务便利自营或为他人经营与本公司同类业务，违反公司法等相关法律规定。二、股东表决，依据上述事实，根据法律的规定，上述所得的收入应当归公司所有。除洪谦外，其余股东均表决同意，占注册股东所持表决权的96%。

浙江省宁波市中级人民法院对上诉人明州投资公司与被上诉人洪谦公司决议确认无效纠纷一案于2014年3月7日作出了（2013）浙甬商终字第896号民事判决书，该院针对洪谦入股贝因美股份公司、贝因美集团公司的行为是否违反忠实义务的问题认为：首先，洪谦于1999年4月入股贝因美股份公司时，贝因美股份公司的经营范围为：开发、生产、销售婴幼儿产品、儿童食品、营养食品、服装、玩具、日用百货，并提供相关资讯等服务，预包装食品、乳制品（含婴幼儿配方乳粉）的批发兼零售。保健公司的经营范围为：其他食品（除烟）、保健食品、食油、百货、日用杂货、五金交电、金属材料及煤炭的销售。贝因美股份公司系生产婴幼儿食品的公司，而保健公司经营销售婴幼儿食品业务。两公司之间存在婴幼儿食品的交易关系。洪谦持有贝因美股份公司的股份后，与贝因美股份公司存在利害关系，而未经股东会、股东大会同意的情况下，洪谦担任董事的明州投资公司和与洪谦有利害关系的贝因美股份公司进行交易时，存在自身利益与公司利益相冲突的可能性，亦存在当自身利益与公司利益相冲突时，洪谦利用董事地位牺牲公司利益为自己或者第三人谋取利益的可能性。故洪谦购买贝因美股份公司原始股的行为已经违反对公司的忠实义务；其次，洪谦于2008年6月16日受让贝因美集团公司股权时，虽非明州投资公司高管，仅是明州投资公司股东，但其是明州投资公司控股的大榭保健公司法定代表人兼总经理，大榭保健公司的经营范围为许可经营项目：定型包装食品、保健品批发、零售（有效期至2011年7月15日止）；一般经营项目：百货、日用品、文化用品、五金交电的批发、零售。贝因美集团公司的经营范围为许可经营项目：货运；一般经营项目：高科技开发及咨询，实业投资，投资咨询；批发零售服装、玩具、日用百货、机械设备、办公用品、农产品（除食品）；计算机软件开发及应用服务；物业管理；日用品出租；货物进出口；含下属分支机构经营范围；其他无需报经审批的一切合法项目。从上述经营范围可看出，大榭保健公司与贝因美集团公司存在同类经营项目，而根据2006年2月18日的明州投资公司股东会决议所修改的公司章程规定，在投资设立控股公司任职期间不得从事为自己或他人谋取属于公司或投资设立控股公司的商业行为，不得自营或为他人从事公司或投资设立控股公司经营范围内业务。洪谦入股贝因美集团公司的行为已经违反明州投资公司章程规定义务，应认定为违反公司忠实义务的行为。故明州投资公司以洪谦的上述行为违反公司法规定为由，将洪谦的上述相应收入归入明州投资公司未违反法律的禁止性规定。洪谦称明州投资公司2012年12月14日的股东会决议违反法律规定，应认定为无效证据不足，理由不充分，难以支持。

浙江省高级人民法院对申请再审人洪谦与被申请人明州投资公司公司决议确认无效纠纷一案于2014年11月5日作出了（2014）浙商提字第86号民事判决书，该院经再审认为：由于明州投资公司2012年12月14日公司股东会作出的决议内容，涉及我国公司法规定的公司归入权制度。而公司归入权是法律赋予公司的特别救济权，公司法（2013年修正）第一百四十八条规定的竞业禁止归入权就属于此。就本案洪谦的主张看，无需就股东会决议内容是否符合归入权的构成要件等进行实质审查，只有公司在提起归入权诉讼时，由受理案件的人民法院对决议内容进行实质性审查，故仅对该股东会决议作形式审查。经审查，明州投资公司2012年12月14日作出的股东会决议，依照公司法（2013年修正）第二十二条的规定，股东会会议召集程序、表决方式未违反法律、行政法规或者公司章程的规定，决议的内容也属于公司法第一百四十八条（2013年修正）规定的公司归入权制度，故洪谦申请再审的理由不能成立。二审判决驳回洪谦的诉讼请求正确。

2015年4月29日，明州大药房公司召开股东会会议，该公司全部股东与会。会议经股东讨论表决作出《宁波明州大药房有限公司股东会决议（一）》，决议主要内容为：明州大药房公司股东洪谦在2007年7月23日至2012年2月22日担任明州大药房公司参股公司大榭保健公司总经理兼法定代表人期间，“未经股东会或者股东大会同意，利用职务便利为自己或者他人谋利属于控股公司的商业机会，自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务”的行为。2012年4月经职工举报查实和浙江省宁波市中级人民法院、浙江省高级人民法院判决：一、洪谦在1999年3月26日由他人“出资”获得贝因美股份公司10万元（股）的发起人股东的股份，在与之经营同类业务时，在2009年12月30日又获赠“红利股份”135000元（股）；二、2008年6月16日，洪谦在贝因美集团公司的安排下，无代价“受让”杨文智的贝因美集团公司股权734000元（股）。洪谦“受让”杨文智在贝因美集团公司股权的违法、违规、违章行为，明州投资公司在2012年12月14日作出股东会决议，2014年3月19日浙江省宁波市中级人民法院（2013）浙甬商终字第896号生效民事判决，确认洪谦任职大榭保健公司期间与贝因美集团公司存在同类经营业务，认定洪谦违反竞业禁止规定和对公司忠实义务。根据2006年2月18日明州大药房公司股东会决议所修改的公司章程第三十条的规定，洪谦在明州大药房公司参股公司任职期间，入股贝因美集团公司的违反对公司忠实义务的行为已违反公司章程规定。根据公司章程和有关法律规定，决议如下：一、自2001年9月30日转制设立有限责任公司时，洪谦在明州大药房公司的初始出资额105000元所对应的3.5%股权由明州投资公司受让；二、洪谦按其初始出资额的5倍即525000元赔偿给明州大药房公司和其他股东，提议由明州大药房公司向洪谦主张赔偿权利。该决议只有洪谦一人投反对票。

明州大药房公司章程第十三条第五项规定：“股东认缴出资只能依法转让，不得退资，但认缴出资的个人如遇在公司或投资设立参股公司离职、辞职、辞退和除名等情况（不包括退休），应无条件转让其出资给宁波大榭明州投资有限公司，转让的出资以初始认缴出资额为限。”第十三条第六项规定：“股东有责任保护公司的合法权益，不得擅自披露公司秘密，不得从事危害公司或投资设立参股公司利益的活动，即在公司或在投资设立参股公司任职或退休、离职、辞职、辞退除名后的五年内不得从事为自己或他人谋取属于公司或投资设立参股公司的商业行为，不得自营或为他人从事公司或投资设立参股公司经营范围内业务。否则，因损害公司和股东利益必须承担初始认缴出资额的5倍赔偿金，赔偿给公司和其他股东。”第十七条规定：“股东要转让出资，须转让给宁波大榭明州投资有限公司，转让出资以初始认缴出资额为限，并经董事会决议半数以上表决权股东同意。”第三十六条第一款规定：“公司或投资设立参股公司的股东、董事、监事、高级管理人员、部门负责人，有责任保护公司利益，不得擅自披露公司秘密，违反对公司忠实义务，损害公司利益，即在公司或投资设立参股公司任职或退休、离职、辞职、辞退除名后五年内不得从事公司或投资设立参股公司经营范围内的业务，否则必须承担赔偿责任，股东按照前第十三条（五）[实应为第十三条（六），本院注]赔偿，各部门负责人以集资受益金的5倍赔偿给公司。”（以上条款均系2006年2月18日经股东会讨论表决后作出修正）

以上事实，由原告明州大药房公司提交的明州大药房公司章程及股东会决议、大榭保健公司章程及其他相关工商登记资料、（2013）浙甬商终字第896号民事判决书、（2014）浙商提字第86号民事判决书、《宁波明州大药房有限公司股东会决议（一）》及被告洪谦提交的《股权转让协议》等证据及当事人的陈述予以证明。

本院认为：根据双方当事人的诉辩主张，本案的首要争议焦点在于：明州大药房公司依据公司章程规定要求洪谦支付赔偿金是否有相应的事实依据即洪谦是否存在违反对公司忠实义务的行为。就此，本院在明州投资公司诉洪谦损害公司利益责任纠纷一案［案号为（2015）甬鄞商初字第544号］即归入权诉讼案件中已有定论，即认定洪谦于2008年6月16日受让贝因美集团公司股权时系明州投资公司投资控股即明州大药房公司投资参股的大榭保健公司的高级管理人员，该入股行为违反了公司法（2013年修正）第一百四十八条第一款第五项规定的董事、高级管理人员的竞业禁止及忠实义务。据此，洪谦存在违反对公司忠实义务的行为。公司法（2013年修正）第十一条规定：“设立公司必须依法制定公司章程。公司章程对公司、股东、董事、监事、高级管理人员具有约束力。”公司章程是关于公司的组织结构、内部关系和开展公司业务活动的基本规则和依据，亦是股东自治意思规则的载体，具有公司自治特点，只要股东达成合意，且不违背法律、行政法规的强制性规定，公司章程即为有效，对公司、股东、公司经营管理人员均有约束效力。明州大药房公司经修正的公司章程第三十六条第一款、第十三条第六项系经包括洪谦在内的明州大药房公司全体股东表决通过的，内容不违反法律、行政法规的强制性规定，应为合法有效，洪谦作为明州大药房公司的股东，依法应受上述章程条款的约束。上述章程条款系2006年2月18日修正的，洪谦受让贝因美集团公司股权是在该章程条款修正之后即2008年6月16日，该行为依法应受修正后的章程条款的规范约束，因该行为已被认定为违反对公司忠实义务的行为，故明州大药房公司依法有权依据上述修正后的章程条款要求洪谦按原始出资额的5倍承担赔偿金。据此，本院对明州大药房公司要求洪谦支付赔偿金525000元的诉讼请求，予以支持。因赔偿责任在尚未确定承担之前，赔偿义务人不负有支付赔偿金的义务，故明州大药房公司要求洪谦赔偿自起诉之日起算的利息损失，缺乏依据，本院不予支持。另明州大药房公司要求洪谦将其持有的3.5%股权按原始出资额价格转让给明州投资公司及自起诉之日起的所持相应股权红利归明州投资公司，缺乏依据，本院不予支持。洪谦庭审中认为其受让贝因美集团公司股权是在2008年6月16日，明州大药房公司到2015年5月5日才起诉，早已超过了两年的法定诉讼时效期间。本院认为，诉讼时效期间从知道或应当知道权利被侵害时起算。虽然洪谦的投资行为发生较早，但该投资行为一直处于持续状态。洪谦未能举证证明明州大药房公司在其受让贝因美集团公司股权时即已知情，故诉讼时效期间不应自投资行为发生时起算。现洪谦在2012年5月29日向明州投资公司法定代表人项志秋发函，明州投资公司在2012年6月5日即第一次召开讨论处置洪谦对外投资行为的股东会会议并作出相关决议，双方此后就股东会决议是否可撤销，是否有效的问题进行了诉讼。故明州大药房公司在浙江省高级人民法院（2014）浙商提字第86号民事判决书生效后提起本案诉讼，并未超过诉讼时效期间。综上，依照《中华人民共和国公司法》第十一条，第一百四十八条第一款第五项、第八项，第一百四十九条，最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第二条之规定，判决如下：

一、限被告洪谦于本判决生效后十日内支付原告宁波明州大药房有限公司赔偿金525000元；

二、驳回原告宁波明州大药房有限公司的其他诉讼请求。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条及相关司法解释之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息（加倍部分债务利息＝债务人尚未清偿的生效法律文书确定的除一般债务利息之外的金钱债务×日万分之一点七五×迟延履行期间）。

案件受理费10100元，由原告宁波明州大药房有限公司负担1050元，由被告洪谦负担9050元。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于浙江省宁波市中级人民法院。

审　判　长　　刘志刚

人民陪审员　　毛红苏

人民陪审员　　王亚娟

二〇一六年十一月一日

代书　记员　　陆　增