

“海利生物案”

中证中小投资者服务中心有限责任公司 诉上海海利生物技术股份有限公司 公司决议效力确认纠纷

周理岗*

受到“宝万事件”的影响,越来越多的上市公司在其公司章程中增加了反收购条款,如提高持股比例或设置持股期限限制股东权利,增设股东的披露义务,增加公司收购特别决议、设置超级多数条款,限制董事结构调整,赋予大股东特别权利,设置“金色降落伞”计划等。该等现象始终没有获得明确的司法定性,该类反收购条款本身是否违反《公司法》等相关法律法规不仅困扰着相关交易的当事方,更受到行业各方的密切关注,资本市场也亟须在司法层面明确该问题的合法合规性。

在实务过程中,对“董事提名权”设置一定的持股期限以限制外来股东入驻上市公司管理层是部分上市公司采取“抗敌入侵”的普遍做法。一般认为,《公司法》第102条第2款关于“董事提案权”的规定是股东“董事提名权”的法源条款,该条规定,“单独或者合计持有公司百分之三以上股份的股东,可以在股东大会召开十日前提出临时提案并书面提交董事会”,股东可依据该条款规定,通过“临时提案”方式实现推举董事的目的,行使股东的董事提名权。

* 投服中心维权事务部高级经理,在“海利生物案”中担任投服中心委托诉讼代理人。

投服中心在对上海海利生物技术股份有限公司(以下简称海利生物)展开日常行权工作的过程中,发现海利生物《公司章程》第82条第2款第1项中对持有公司3%以上股份的股东增加了连续持股90天以上的时间限制,涉嫌违反《公司法》第102条第2款关于股东“董事提名权”的规定。此外,《公司法》第4条亦明确规定,“公司股东依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利”。董事的提名权是股东选择管理者权利的重要内容之一,是股东的基本权利,对这种权利的保护属于《公司法》中的强制性规定,不属于股东会自治性规定的范畴,非法律法规的规定,任何人不得以任何方式加以限制和剥夺。

鉴于此,投服中心通过向上市公司发送《股东质询建议函》建议上市公司取消该限制类条款。在遭到上市公司拒绝后,投服中心决定采取股东诉讼方式,通过行使法律赋予股东的合法权利,促使海利生物召开股东大会,修改公司章程中限制董事提名权的不合理条款,删除对股东持股时间的限制,从而维护好中小投资者合法权益。

案情简介

一、上市公司基本情况

海利生物成立于1981年,注册地址位于上海市奉贤区,是一家集研发、生产、销售、服务于一体的专业化兽用生物制品生产企业。公司是农业部在上海批准生产兽用生物制品的定点企业及农业部在上海设立的动物重大疫情防治生产基地,公司拥有家禽、家畜、宠物三大类产品,具备全方位服务的产品基础和能力。

2015年5月15日,海利生物于上海证券交易所主板挂牌上市,股票简称“海利生物”,股票代码为603718。

二、案件背景

海利生物于2014年8月22日2014年第三次临时股东大会通过了《关于修改上市后生效的公司章程(草案)的议案》并于2015年5月14日公告发布了《公司章程(草案)》,其中第82条第2款第1项规定“董事会、连续90天以上单独或者合并持有公司3%以上股份的股东有权向董事会提出非独立董事候选人的提名,董事会

经征求被提名人意见并对其任职资格进行审查后,向股东会提出提案”。海利生物于2015年6月30日发布2015年第一次临时股东大会决议公告,通过了修订版《公司章程》,未修订上述条款。

投服中心持有海利生物1手(截至本案时共230股)股份,以股东身份于2017年4月18日通过邮件形式向海利生物发送《股东质询建议函》(以下简称《建议函》),《建议函》中认为海利生物《公司章程》第82条增加持股90日以上的条件,不合理地限制了股东对董事候选人的提名权,违反了我国《公司法》及相关规定,建议取消此限制类条款。

2017年4月24日,海利生物回复投服中心认为,《公司法》《上市公司章程指引》等法律、行政法规及规范性文件虽然没有对单独或合计持有3%以上股份的股东提名董事、监事候选人的权利作出持股时间上的限制,但也没有对《公司章程》能否就该条款进行自行规定作出禁止性规定。同时,《上市公司章程指引》第82条注释明确“公司应当在章程中规定董事、监事提名的方式和程序”,该等规定赋予了《公司章程》在未违反法律法规及规范性文件禁止性规定的前提下对公司董事、监事提名权进行自治性设定的权利。公司又认为,《公司章程》第82条增加了连续持股90天以上的条件,目的是鼓励长期持股投资的股东参与公司重大事项的讨论和管理,同时避免短期投机的股东滥用股东权利、影响公司组织机构稳定及正常经营,未违反《公司法》及相关规定。

三、案件转办过程

鉴于2017年4月24日海利生物的回复内容,经投服中心相关部门会商,认为海利生物公司章程中相关条款不合理地限制了股东对董事候选人的提名权,违反了《公司法》相关规定。鉴于海利生物拒不采纳投服中心的股东建议,拟依据《公司法》第22条的规定,以海利生物股东的名义向有管辖权的人民法院提起股东直接诉讼。根据投服中心内部分工,此案件移交至维权事务部牵头办理,行权事务部积极配合。

诉讼方案确定

一、投服中心的具体工作和目的

投服中心拟通过行使法律赋予股东的合法权益(包括但不限于向法院提起诉讼),促使海利生物召开股东大会,修改公司章程中限制董事提名权的不合理条款,删除对股东持股时间的限制,从而维护好中小投资者合法权益。

二、投服中心认为海利生物《公司章程》相关条款违法的理由

投服中心认为海利生物关于董事提名权的限制违反了《公司法》的相关条款,同时,2017年4月24日海利生物的有关答复不能成立,主要基于以下几点理由。

1. 公司自治性规定不得限制法定权利

《公司法》《上市公司章程指引》等法律、行政法规及规范性文件虽然没有对单独或合计持有3%以上股份的股东提名董事、监事候选人的权利作出持股时间上的限制,也没有对《公司章程》能否就该条款进行自行规定作出禁止性规定,但公司的自治性权利不得作出严于《公司法》的规定。按照海利生物的逻辑,如果《公司章程》可以对股东持股时间作出限定,那么也可以对股东作出诸如性别、地区、是否归属境内外等条件限制,这显然是错误的。

2. 持股时间限定违反了公司法的强制性规定

所谓“董事提名权”是指需要组成董事会或需要更换、增加新的董事进入董事会时,向股东(大)会推荐拟进入董事会的人选,并提交股东(大)会决议的权利。需要明确的是,现行《公司法》并没有“董事提名权”的具体规定,一般认为,《公司法》第102条第2款关于“董事提案权”的规定是股东“董事提名权”的法源条款,该条规定,“单独或者合计持有公司百分之三以上股份的股东,可以在股东大会召开十日前提出临时提案并书面提交董事会”,股东可依据该条款规定,通过“临时提案”方式实现推举董事的目的,行使股东的董事提名权。可见,现行《公司法》中股东的董事提名权是以提案权的形式行使的。

海利生物《公司章程》第54条第2款规定,“单独或合计持有公司3%以上股份的股东,可以在股东大会召开10日前提出临时提案并书面提交召集人,召集人应当

在收到提案后2日内发出股东大会补充通知,将临时提案的内容通知全体股东”,该条款对持股3%以上股东行使提案权没有持股时间的限制。然而,根据海利生物《公司章程》的相关条款,持股时间少于90天的3%以上股东无法提出推荐董事的提案。

《公司章程》第82条第2款规定“董事会、连续90天以上单独或者合并持有公司3%以上股份的股东有权向董事会提出非独立董事候选人的提名,董事会经征求被提名人意见并对其任职资格进行审查后,向股东会提出提案”,即持股3%以上的股东要想提名董事候选人,必须连续持股90天以上,不足90天则无权提名,也就没有办法形成提案。因此,《公司章程》第82条第2款违反了《公司法》第102条第2款关于股东“董事提案权”的规定。

3. 持股时间限定限制和剥夺了股东选择公司管理者的权利

《公司法》第4条明确规定,“公司股东依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利”。董事的提名权是股东选择管理者权利的重要内容之一,是股东的基本权利,对这种权利的保护属于《公司法》中的强制性规定,不属于股东会自治性规定的范畴,非法律法规的规定,任何人不得以任何方式加以限制和剥夺。海利公司《公司章程》第82条增加连续持股90天以上的条件,限制和剥夺了其他股东选择公司管理者的权利。

4. 《公司章程》第82条因违反法律规定而无效

根据前述第1、2点内容,由于被告《公司章程》第82条第2款第1项内容违反了公司法第4条和第102条第2款规定,根据《公司法》第22条“公司股东会或者股东大会、董事会的决议内容违反法律、行政法规的无效”,投服中心认为被告2015年6月29日2015年第一次临时股东大会决议通过的《公司章程》第82条第2款第1项内容无效。

5. 证监会曾确认对董事提名权做出持股时间上的限制属于违法行为

1998年5月,爱使股份(股票代码600652)(现“游久游戏”)股东大会年会对章程第67条作了修订,修订后该条款规定:“董事、监事候选人名单以提案的方式提请股东大会决议;单独或合并持有公司有表决权股份总数10%(不含股票代理权)以上、持有时间半年以上的股东,如要推派代表进入董事会、监事会的,应当在股东大会召开前20日,书面向董事会提出,并提供有关材料。”

1998年7月1日,大港油田发布公告,称其关联企业已合并持有爱使股份5.0001%股份,成为第一大股东。此后,大港油田持续收购爱使股份的股票,终于共持有爱使股份总股本的10%以上,获得了提议召开临时股东大会的权利。大港油田的敌意收购受到了爱使股份管理层的抵制。上述爱使股份章程条款给大港油田入主造成了极大的障碍。针对该反收购条款的效力,收购方和反收购方各持己见、争执不下。根据网络报道,后在大港油田的举报和要求下,证监会向爱使股份发送函件确认该章程条款违法,最终爱使股份不得不修改章程而使大港油田进驻董事会。

三、投服中心在本案中的地位/身份

投服中心持有海利生物1手(截至本案时共230股)股份,在本案中享有股东身份。

四、管辖法院

损害股东利益的行为是一种侵权行为,《民事诉讼法》第28条规定:“因侵权行为为提起的诉讼,由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。”

海利生物地址位于上海市奉贤区金海公路,因此,本案管辖法院应为被告住所地奉贤区人民法院。

股东诉讼过程

投服中心于2017年6月26日前往上海市奉贤区人民法院立案。案件受理后,法院依法适用普通程序,组成合议庭,于2017年8月16日至2017年12月15日进行调解,因调解未能达成一致意见,于2018年3月21日公开开庭进行了审理。投服中心委托中心工作人员担任诉讼代理人参加了诉讼,被告海利生物诉讼代理人到庭参加诉讼。

案件评析

一、案件的突出特点、难点

(一) 本案突出特点

1. 本案是首例反收购条款司法确认案件

虽然上市公司在公司章程中增加反收购条款的案例由来已久,但长久以来,反收购条款的性质始终未在司法层面得到确认,这也致使上市公司能够毫无顾忌地利用该类条款排除“外敌入侵”,甚至对该类条款不断进行发展“创新”。即使如前述的“爱使股份”案,最终的结果也仅是在大港油田的举报和要求下,由证监会向爱使股份发送函件确认有关章程条款违法,而没有借此案从司法层面对反收购条款予以定性,不得不说这是一次遗憾。鉴于此,投服中心希望借助海利生物案能够在反收购条款司法定性问题上有所突破,向市场发出积极的信号。一方面,督促上市公司依法完善公司治理;另一方面,保护上市公司中小股东的合法权益。

2. 本案是投服中心首例股东诉讼案件

在该案之前,投服中心维权诉讼业务主要以支持诉讼为主,先后发起了“凹凸匹案”“康达新材案”“上海绿新(现为顺灏股份)案”“安硕信息案”“鞍重股份案”共五起支持诉讼案件。在不断巩固和完善支持诉讼业务的同时,积极开拓新的诉讼业务领域是投服中心发展的必然选择。投服中心发起股东诉讼,是基于投服中心上市公司股东身份发展而来的,从支持诉讼中的“幕后角色”到股东诉讼的“主角”,变化的不仅是案件中的不同身份,更是从“帮助受损害的中小投资者追索赔偿”向“保护中小股东合法权益,促使上市公司依法完善公司治理”的拓展。由于海利生物案本身的案件争点较清晰,亦不涉及投资者具体损失的索赔问题,该案作为投服中心第一起股东诉讼也较为适合。

3. 本案也是投服中心行权业务与维权诉讼业务首次结合

投服中心自2016年2月在上海、广东(不含深圳)和湖南开展持股行权试点,2017年4月将持股行权试点扩大至全国以来,截至2017年年底,投服中心共公益性持有沪深两市3442家上市公司每家一手(100股)A股股票。在日常的行权业务中,投服中心通过发函、参加股东大会、现场查阅、现场问询、公开发声等方式,行使

股东查阅权、建议权、质询权、表决权等股东权利。而在海利生物案中,投服中心进一步拓展行使了股东的诉讼权。诉讼是股东维权的最有效手段,也是股东行权的强有力保障。本案是投服中心行权业务与维权诉讼业务的首次结合,既丰富了行权方式,也拓展了维权诉讼的范围,通过行使法律赋予股东的合法权利,促使上市公司修改公司章程中的不合理条款,删除对股东持股时间的限制,从而维护好中小投资者合法权益。

(二)本案办理过程中的难点

1. 投服中心是否是适格原告

在诉前对本案开展研究的过程中,曾就投服中心是否是本案的适格原告存在争议。一种观点认为,在本案争议《公司章程》通过时投服中心尚不是上市公司股东,作为后加入公司的股东,无法对加入前股东大会通过的《公司章程》争议条款主张权利。一般认为,对于股东会决议无效之诉的原告,应当在该决议作出的时候拥有股东身份或有其他直接利害关系。另一种观点认为,即使投服中心是在《公司章程》通过后加入公司,但只要投服中心在起诉时具有股东资格就有权对《公司章程》中损害股东权益的条款向公司主张权益。经研究,上述两种观点都存在相应的学术研究支持,也使投服中心一度对该问题较困惑。

另外,我们也在密切关注最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(四)》(以下简称公司法解释四)的制定进展,通过当时披露的公司法解释四公开征求意见稿第1条的规定,即公司股东、董事、监事及与股东会或者股东大会、董事会决议内容有直接利害关系的公司高级管理人员、职工、债权人等,依据公司法第22条第1款起诉请求确认决议无效或者有效的,应当依法受理,基本确定投服中心起诉具有原告资格。虽然公司法解释四在2016年12月5日已经最高人民法院审判委员会全体会议审议并原则通过,但公开信息中始终未能找到发布的正式条文,直至2017年8月28日最高人民法院正式发布最终稿。根据最终稿第1条规定,“公司股东、董事、监事等请求确认股东会或者股东大会、董事会决议无效或者不成立的,人民法院应当依法予以受理”。另根据最高人民法院的进一步解释,^①

^① 参见杜万华主编:《最高人民法院公司法司法解释(四)理解与适用》,人民法院出版社2017年版,第30页。

本条列举的适格原告仅包括起诉时具有股东、董事、监事资格的人。由于投服中心在起诉时持有上市公司股票,因此,对于投服中心原告适格问题的顾虑已经解决。

2. 诉讼请求的确定

本案焦点在于海利生物《公司章程》第82条第2款第1项中对持有公司3%以上股份的股东增加了连续持股90天以上的时间限制,不合理地限制了股东对董事候选人的提名权。而依据现有《公司法》规定,股东无法直接起诉公司请求确认《公司章程》相关条款无效,只能依据《公司法》第22条“公司股东会或者股东大会、董事会的决议内容违反法律、行政法规的无效”的规定请求法院确认通过海利生物《公司章程》的股东大会的决议内容无效。

然而,投服中心在对海利生物相关公告进行进一步研究后发现了以下问题:(1)海利生物于2015年5月15日上市,公司于2015年5月14日公告《公司章程(草案)》(2014年8月版),在该版本中,本案的争议条款既已存在;(2)公司于2015年6月11日发布《关于修订公司章程并办理工商变更登记的公告》,并发布了《公司章程》(2015年6月版),而该次公司章程修改中并未涉及本案争议条款;(3)2015年6月29日,公司召开2015年第一次临时股东大会,审议通过了有关修订公司章程并办理工商变更登记的议案。至此,本案争议条款遂存在于《公司章程》(2015年6月版)中。

投服中心认真梳理了本案争议条款的历史沿革,总结后认定如下:本案《公司章程》(2015年6月版)中的争议条款所对应的最早的股东大会为2015年6月29日公司召开的2015年第一次临时股东大会。虽然该次临时股东大会修改《公司章程(草案)》(2014年8月版)时并未对本案的争议条款进行修改,但该次股东大会通过的修订公司章程议案的决议应当认为是对新的《公司章程》的确定,包括对本案争议条款的确定。综上所述,投服中心将本案的诉讼请求确定为,确认被告于2015年6月29日作出的2015年第一次临时股东大会决议通过的《公司章程》第82条第2款第1项内容无效。

二、案件的社会意义和示范效果

本案的获胜,标志着首例反收购条款司法确认案件的形成,为解决反收购条款

的合法合规性问题提供了有效的借鉴,实现了突破,弥补了司法层面的空白。

本案的获胜也标志着投服中心积极行权、示范维权的全覆盖和体系化,业务范围和模式渐趋成熟。投服中心以“内部人”的身份,针对公司治理中监管活动暂时难以覆盖的领域,提出质询或提起诉讼,纠正侵权,完善公司治理,践行“三公”原则,为广大中小投资者“全面知权、主动行权、依法维权”树立了榜样,也为证监会的行政监管和交易所的自律监管提供了有益的补充。

三、关于诉讼过程中投服中心未采纳法院有关出具《司法建议书》建议的说明

在案件审理过程中,法院曾提出以下建议:一方面,考虑到庭审中被告海利生物认可原告的诉讼请求,并已在庭前就《公司章程》有关条款作出了修订,同时,原被告双方在庭前已进行充分沟通,原告亦认可被告对《公司章程》有关条款的修订和积极表现;另一方面,受法院调解书文书规范的限制,法庭无法在调解书中表达法院的观点或意见。因此,考虑到原告公益诉讼的目的,为满足原告希望法院就本案争点予以确认并表达明确观点的要求,法庭提出以司法建议书的形式表达法院的观点,询问投服中心是否接受该方案。

投服中心经过认真分析和研究,最终并未采纳该方案,认为采用司法建议书存在以下弊端。

1. 司法建议的法定适用范围过窄

我国有关司法建议的立法主要散见于《民事诉讼法》《行政诉讼法》中个别条文。如《民事诉讼法》第114条规定,有义务协助调查、执行的单位拒绝协助执行的,人民法院“可以向监察机关或者有关机关提出予以纪律处分的司法建议”。《行政诉讼法》第66条规定,人民法院对被告方违反法庭规则的“可以向监察机关或者被告的上一级行政机关提出依法给予其主要负责人或者直接责任人员处分的司法建议”;第96条规定,行政机关拒绝履行判决、裁定、调解书的,第一审人民法院可以“向监察机关或者该行政机关的上一级行政机关提出司法建议。接受司法建议的机关,根据有关规定进行处理,并将处理情况告知人民法院”。由此可见,法律规定可以提出司法建议的情形仅限于诉讼或执行过程中的特定情形,尽管2012年最高人民法院《关于加强司法建议工作的意见》(以下简称《意见》)明确了司法建议

全面适用于各类问题和各单位,但这一指导性意见只具有系统内部的有效性,不能对接受司法建议的其他机关、企事业单位、社会团体等主体直接发生拘束效力,因而效力较低。此外,鉴于投服中心希望通过本案达到规范上市公司《公司章程》反收购条款的“示范”效果,若在法定适用范围外适用司法建议,可能在未来引发对该司法建议的合法性争议。

2. 司法建议的法律强制力不足

在上述所列条文中,法院的司法建议权为维护司法权威所采取的惩罚性、威慑性措施,具有一定的司法拘束力。然而,在其他情形下,人民法院提出的司法建议因与诉讼行为、执行行为没有直接联系,只是人民法院针对司法实践中发现的问题,向有关单位提出的建议。该建议是人民法院基于司法为民情怀和社会责任担当的自我义务设定,义务的履行对他人不具有拘束力。此时的司法建议没有太多强制性效力,只能通过提升司法建议质量,完善工作机制来增进司法建议的有效性。

3. 司法建议普遍具有不公开性

司法建议是法官根据案件审理情况向特定对象发出的专门建议,一般不向社会和媒体公开。因此,社会公众对司法建议的关注度不高,对司法建议的功能和目的知之甚少抑或是不理解,不明白法院发出司法建议的真正用意,导致司法建议的社会认同度不高。

4. 司法建议制度下各方参与的联动监督机制尚未形成

联动监督机制的缺失是制约司法建议采纳率不高的外部因素之一。一方面,现有的司法建议发给的被建议对象,并未向社会公开,没有充分发挥新闻媒体、社会舆论的监督作用;另一方面,即使抄送被建议对象的上级机关或者主管部门,抄送单位的监督作用也未得以体现,大多都没有引起足够重视。

5. 本案司法建议对上市公司无现实意义

在本案中,被告海利生物认同投服中心的诉讼请求,同时已按照投服中心的建议就《公司章程》有关条款作出了修订。因此,从司法建议书内容所要达到的目的而言,被告已经在庭前行动并在庭审中表态认同,逻辑上无再次向被告作出建议的必要。

6. 基层法院司法建议书“示范”效应低,司法建议书本身无法达到“引领”的效果

首先,本案管辖法院奉贤区人民法院属于基层人民法院,其作出的司法建议书“示范”效应无法与中级人民法院、高级人民法院甚至最高人民法院相比,因此,司法建议书所表达的法院观点对市场的影响也非常有限。

其次,由于司法建议书本质上不属于裁判文书,即使法院在司法建议书中就本案表达明确观点,从诉讼实践的角度出发,司法建议书中的观点日后也很难被其他诉讼活动所援引,因此,司法建议书无法达到“引领”的效果。

综上所述,从本案提起诉讼的目的考虑,采用司法建议书的方案无法达到通过本案警示市场,规范上市公司《公司章程》反收购条款的目的,建议不予采纳司法建议书的方案,建议法院就本案作出判决。