**仲裁代理意见**

**案号：SHEN DT20160444号**

**尊敬的仲裁庭：**

关于SHEN DT20160334号仲裁案（下称“本案”），仲裁庭于2017年3月22日就本案进行了开庭审理。针对庭审过程中双方争议的事实与法律问题，被申请人的代理人现提出如下代理意见，供仲裁庭参考。

**一、被申请人并不负有向申请人转让股权的合同义务**

本案中，申请人最初提出的仲裁请求，系要求被申请人继续履行增资协议第四条的约定。申请人后将继续履行的请求事项，变更为赔偿损失。其合同依据，仍然是增资协议第四条的约定。被申请人认为，申请人的上述主张根本不能成立，因为增资协议第四条适用的前提条件并未成就，被申请人并不负有向申请人转让股权的合同义务。具体分析如下：

**（一）股权代持关系未成立**

增资协议第四条第4.1和4.2款表述为“……则李剑波、王利杰应将**相应的代持股权**转给……”；第4.3款表述为“前述两次股权转让由转让方和受让方另行签订股权转让协议，**转让完成后，公司股东之间的股权代持关系即全部解除**”。这说明，增资协议第四条有关“股权转让”约定适用的前提条件，是申请人和被申请人之间存在股权代持关系。这说明，该条款所约定的股权转让的标的，系“相应的代持股权”。

华南国仲深裁【2015】D556号裁决书（下称“第556号裁决书”）认定：申请人并非吾游公司的股东；申请人与被申请人之间亦不存在股权代持关系。因此，增资协议第四条所约定的转让标的，即“相应的代持股权”亦不存在。增资协议第四条适用的前提条件并未成就。

**（二）被申请人提前离职且存在损害公司利益的情况**

**1、关于离职问题**

增资协议第四条约定：“若……顾千秋等三位创始股东未出现离职、同业竞争等损害公司利益的情况，则李剑波、王利杰应将相应的代持股权转让给上述三人。……”

有关上述条款中“离职”一词的具体含义，申请人与被申请人存在分歧。申请人认为，“离职”是指劳动关系的终止。被申请人认为，申请人的上述主张与合同原意不符，“离职”首先是指一种事实状态，即“离开职位，不再履职”。这既是“离职”一词的字面含义，也是签约各方将“离职”写入第四条所要表达的真实意思。

依据《中华人民共和国合同法》（下称《合同法》）第六十一条规定，合同约定不明确的，按照合同有关条款或者交易习惯确定。申请人作为吾游公司创始团队的成员之一，并非以普通员工的身份签署增资协议。本案增资协议签署的背景，是投资机构拟增资入股吾游公司，因此希望在出资前明确增资的各项条件及后续安排。增资协议第四条设计的初衷显然是为了达到激励、稳定创业团队的目的。结合增资协议签署的背景、协议有关条款以及创业投资的商业惯例，增资协议第四条规定申请人不得离职，显然不只是要求申请人维系与吾游公司的劳动关系。“不得离职”的规定，是要求申请人必须稳定地作为创始团队成员为公司履职。唯有此，申请人才有可能在未来获得公司的股权激励。

基于上述分析，增资协议第四条约定的“未出现离职”，不应简单等同于“劳动关系的存续”。因为对于任何一个企业而言，都不可能仅仅因为某位员工劳动关系存续的时间，就赋予其公司股权。

**被申请人的代理人在此还要特别指出：本案审理的法律关系是增资扩股合同法律关系，而非劳动合同法律关系；申请人是在基于其创始团队成员的身份要求兑现所谓的“股权激励”，而不是劳动报酬；因此，申请人是否履职，应当由申请人承担举证责任。**

庭审中，申请人无法举证证明在2014年8月之后其为吾游公司所从事的具体工作，或者吾游公司曾经授权、指示其从事任何工作。申请人作为吾游公司创始团队的成员，如果其在2014年8月至2015年3月期间仍在正常履职，其工作内容以及所留下的相关邮件、工作记录不可能仅仅体现为几封电子邮件。而申请人所提交的关于劳动争议的判决书，系基于劳动法对于申请人与吾游公司劳动关系的判决。两案审理的法律关系不同，该判决不应作为本案裁决的依据。从判决书的内容来看，吾游公司没有在申请人离职后就立即停止发放其工资及社保，是导致判决认定双方劳动关系持续至2015年3月的根本原因。之所以出现上述情况，完全是申请人利用了公司及团队对其照顾的一种善意。

**2、被申请人存在损害公司利益的情况**

增资协议有关“未出现离职、同业竞争等损害公司利益的情况”，属于列举加定性的概况性约定，约定的落脚点在于“损害公司利益的情况”。“离职、同业竞争”的列举并没有穷尽“损害公司利益的情况”，所以才会在“同业竞争”后面加上“等”字。

申请人在2014年8月离开公司前，在财务报销等方面均存在损害公司利益的行为。囿于当时公司的财务报销制度尚不完备，被申请人在举证方面面临困难。但是，被申请人在本案中提交的证据8-11、证据28、证据33-36，可以形成完整的证据链条，证明申请人在2014年7月不顾团队成员反对强行购买马来卡的行为，不但占用了公司宝贵的资金，影响了公司的正常经营，而且严重破坏了公司内部的信任和团结。申请人自己提交的证据七表明，此前购买的马来卡直到2015年还有积压存货。

进而言之，申请人主张与吾游公司的劳动关系一直持续至2015年3月，但对于自己在2014年8月之后的工作却又语焉不详。申请人这种领取薪酬却又不工作的行为，当然也是对公司利益的损害。

**二、被申请人并不负有与申请人建立“股权代持关系”的合同义务**

有关股权代持关系的描述内容，记载于增资协议的“鉴于”部分。依据合同用语习惯，“鉴于”部分是对协议签订前有关事实背景的描述，并不构成确定当事人权利义务的合同依据。因此，申请人无权依据“鉴于”条款要求被申请人与其签订股权代持协议。

再次，股权代持协议的内容涉及到股权代持的条件、股权出资及权利代为行使等一系列交易要素，均需要签约方协商后才能确定。而事实是，无论是增资协议签订前还是签订后，申请人和被申请人均没有就所谓股权代持的问题进行过探讨。

增资协议中之所以会出现“鉴于”部分的表述，是当时的增资方深圳市光启松禾超材料创业投资合伙企业（有限合伙）（下称“光启松禾”）基于创业投资的一般做法，理所当然地认为应当对创业团队成员进行股权激励，于是就在协议中加入了有关内容。但实际情况是，被申请人和团队其他成员当时并未就股权激励进行过深入探讨，更未达到可以签订有关协议的程度。因此，上述增资方准备的协议内容与实际情况并不一致。尽管如此，鉴于当时公司急需资金，为尽快落实协议拿到融资，包括申请人和被申请人在内的四名团队成员在匆忙之中就签署了增资协议。

正是基于上述事实背景，增资协议签署后，包括申请人在内的团队其他三名成员都没有要求与申请人签署所谓的股权代持协议。而光启松禾在入股公司后对于公司的情况也有了进一步了解，意识到当时公司尚不具备实施股权激励的条件。因此，在2014年10月松禾资本第二次增资的增资协议（被申请人证据37）中，已经完全没有关于“股权代持”的内容。

**三、被申请人并不负有与申请人建立“股权转让关系”的强制缔约义务**

退一步讲，即便代持关系成立，而申请人也达到了增资协议第四条所约定的解除代持关系的条件，被申请人并不负有按照特定交易条件与申请人达成股权转让合同的强制缔约义务。

强制缔约义务或者源于法律的强制规定，例如《合同法》第289条规定，从事公共运输的承运人不得拒绝旅客、托运人通常、合理的运输要求。或者源于双方合同约定，例如双方所达成的就未来将要缔结某合同的预约合同。

增资协议第四条约定的内容缺乏确定性和期限性。该条内容既未约定股权转让的时间，也没有约定股权转让的价格，缺乏股权转让的基本交易要素，而要达成股权转让合同，则必须由交易双方就上述交易要素达成一致。因此，增资协议第四条约定的内容不构成预约合同，被申请人并不负有按照特定交易条件与申请人达成股权转让合同的合同义务。

**四、申请人所主张的损失没有事实和法律依据**

基于前述分析，被申请人的代理人认为，被申请人在增资协议项下并不存在违约行为，因此，申请人基于违约提出的索赔请求不应得到支持。退一步讲，即便申请人有关被申请人违约的主张成立，其主张的损失也没有事实和法律依据。具体分析如下：

**（一）增资协议第四条的履行标的是股权转让，并不能给申请人带来直接的经济利益**

申请人的代理人在庭审时确认，其主张的损失系基于合同履行后的可得利益损失。依据增资协议第四条的约定，被申请人履行该条款的内容，即将股权转让给申请人。但是，股权转让给申请人，只是意味着申请人成为吾游公司的股东，并不意味着现实的经济利益。股权能够给股东带来经济利益，要么通过公司分红，要么通过股权转让，但吾游公司目前仍处于亏损经营的状况，无论分红还是股权转让，都没有实现的条件。申请人现在要求索赔人民币400万元，相当于确定申请人通过受让股权至少可以获得人民币400万元的现金收入，相当于在受让股权的同时还规避了股东的全部经营风险。申请人的上述主张，有违基本的法律逻辑。

**（二）申请人所主张的损失超出了被申请人可以预见的范围**

吾游公司系创业型企业，在其发展过程中始终伴随着创业的风险。实事求是的讲，在2013年10月增资协议签订之时，包括申请人、被申请人以及投资者在内，对于吾游公司未来的发展前景，都没有十分的把握。这也是增资协议第七条约定“业绩承诺”的原因。假如吾游公司创业失败，其股权将一文不值，其股东还将为此承担个人责任。上述可能性直到今天仍然是存在的。被申请人目前所持有的股权也无法变现。因此，申请人所主张的损失，已经超出了《合同法》第一百一十三条所规定的“可以预见的损失”。

**（三）申请人未能取得股权系公司全体股东的共同意志**

从因果关系的角度来说，申请人未能取得公司股权系公司全体股东的共同意志。即便被申请人同意转让股权给申请人，公司的其他股东也不会同意接纳被申请人为公司股东。是申请人自己的所作所为，导致了上述局面。并非是被申请人一人在拒绝申请人，而是包括公司股东、创业团队成员在内的全体都已经无法接纳申请人。

2014年10月松禾资本第二次增资的增资协议（被申请人证据37）中，已经完全没有关于“股权代持”的内容。这一点完全可以说明，当时全体股东已经意识到公司尚不具备实施股权激励的条件并就此达成共识。

**（四）申请人的索赔请求已经过了仲裁时效**

按照申请人提交的证据十二，其在2015年1月27日即已向被申请人提出要求转让股权但却遭到被申请人的拒绝。但其直到2017年2月27日才在本案中向被申请人提出索赔请求。因此，其有关索赔请求已经过了仲裁时效。

综合上述，被申请人的代理人认为，在创业之路上，申请人选择中途离开，就应当为自己的选择负责。面对吾游公司目前较好的发展局面，申请人心态失衡，无法接受自己过去所作的选择，还将此归罪于被申请人，要求被申请人赔偿其所谓的“损失”。这对被申请人来说，是极不公平的。恳请仲裁庭驳回申请人的全部仲裁请求，支持被申请人的反请求，以维护被申请人的合法权益。

被申请人：李剑波

代理人：

二零一七年三月三十日