上海市第二中级人民法院

民 事 判 决 书

（2018）沪02民终8505号

上诉人(原审原告)：上海丽彤铸造材料有限公司，住所地上海市嘉定区。

诉讼代表人：唐鹏，该公司监事。

委托诉讼代理人：庄侃，上海科尚律师事务所律师。

委托诉讼代理人：华振宇，上海科尚律师事务所律师。

被上诉人(原审被告)：端木佳杰，男，1983年9月10日生，汉族，住江苏省。

委托诉讼代理人：殷忠刚，上海普世(昆山)律师事务所律师。

上诉人上海丽彤铸造材料有限公司(以下简称丽彤公司)因与被上诉人端木佳杰损害公司利益责任纠纷一案，不服上海市嘉定区人民法院(2018)沪0114民初2033号民事判决，向本院提起上诉。本院于2018年9月5日立案受理后，依法组成合议庭对本案进行了审理。本案现已审理终结。

丽彤公司上诉请求：撤销一审判决，发回重审或者依法改判端木佳杰将违反公司法竞业禁止规定所得人民币300万元(以下币种均为人民币)归还丽彤公司。事实和理由：一审法院认定端木佳杰作为丽彤公司的高级管理人员与他人合作经营案外人昆山帝邦铸造科技有限公司(以下简称帝邦公司)的行为构成竞业禁止的侵权行为，但是未对端木佳杰的收入情况进行查证，有所不妥。一审法院对端木佳杰侵权时间范围也认定错误。帝邦公司原始股东陶某某与端木佳杰同住于一个地址，两人极有可能是亲属关系。故侵权时间应从2013年7月31日端木佳杰担任丽彤公司法定代表人起算。一审中，端木佳杰提供了四张案外人苏州都邦材料科技有限公司(以下简称都邦公司)开具的增值税发票，其中三张发票的复核人是案外人赵某。赵某是帝邦公司的现任法定代表人，端木佳杰也是将持有的帝邦公司股权转让给赵某，帝邦公司和都邦公司的实际经营人都是端木佳杰，帝邦公司与都邦公司也是关联企业，故都邦公司的收入也应归入丽彤公司所有。丽彤公司在一审中申请对帝邦公司和都邦公司进行司法审计，便于查明案件事实情况，一审法院未进行司法审计程序违法。若二审法院认为本案不适用司法审计的话，建议按照国家统计局关于2017年相同行业、相同岗位的平均工资，计算端木佳杰应当归还收入656,205元(每年131,241元，按5年计算)。

端木佳杰答辩称：一审判决结果公正，程序合法，但认定事实部分有误。第一，端木佳杰早就被丽彤公司的实际控制人排除在公司的管理人之外，一审中端木佳杰的陈述和丽彤公司提供的相关会议纪要可以印证端木佳杰已经不具备董事和高级管理人员的身份职权。第二，端木佳杰是都邦公司的监事，没有实际参与都邦公司的经营和管理，都邦公司成立以来也处于亏损状态，没有任何收益。端木佳杰只是在2014年9月3日至2015年3月25日期间因为贷款的需要，作为帝邦公司名义上的股东和法定代表人，并没有获得帝邦公司的任何收益。丽彤公司要求端木佳杰赔偿5年或归还5年的收益是没有任何依据的。对于丽彤公司认为一审法院程序违法一节，端木佳杰认为根据谁主张谁举证的原则，应由丽彤公司就端木佳杰获得所谓的收益进行举证，由于帝邦公司没有提供相应的财务资料，故一审法院无法开展审计和鉴定，程序是合法的。综上，丽彤公司的上诉请求不能成立，请求依法予以驳回。

丽彤公司向一审法院起诉请求：端木佳杰将违反公司法竞业禁止规定所得归还丽彤公司并赔偿损失合计300万元(暂定)。

一审法院认定事实：2008年1月16日，丽彤公司经工商部门核准设立，注册资本为50万元，股东为：张某某(认缴出资17.5万元，持股比例35%)、唐鹏(认缴出资32.5万元，持股比例65%)。由张某某担任公司执行董事及法定代表人，唐鹏担任公司监事。丽彤公司的经营范围为：金属材料及制品、化工原料及产品(除危险化学品、监控化学品、烟花爆竹、民用爆炸物品、易制毒化学品)、水性涂料、五金交电、润滑油、耐火陶瓷制品及其他耐火材料的销售，从事货物及技术的进出口业务。根据公司章程规定，执行董事、高级管理人员不得有下列行为：(一)挪用公司资金；(二)将公司资金以其个人名义或者以其他个人名义开立账户存储；……(五)未经股东会同意，利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会。自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务。

2012年11月14日，丽彤公司召开会议，就公司销售额、客户资源、法定代表人变更(由张某某变更为端木佳杰)、公司利润、分红分配方案、公司考核、办公室人员管理等问题进行商讨。其中提到2012年11月份开始实行每月做到周总结、周计划，开展巩固客户，为公司、客户创造双赢价值，邮件最后到唐总。该会议纪要落款处由端木佳杰、张某某及唐鹏签字确认。

2013年9月4日，张某某将其持有的丽彤公司20%股权转让给端木佳杰，张某某另将其持有的丽彤公司15%股权转让给案外人唐某某。同时，丽彤公司经股东会决议，免去张某某公司法定代表人职务，选举端木佳杰为丽彤公司新的法定代表人。2013年9月至2015年6月期间，端木佳杰作为部门主管在公司报销单签字。

一审另查明，2011年4月21日，帝邦公司经工商部门核准设立，公司经营范围为铸造材料及设备的研发；金属制品加工、销售；铸造用耗材、铸造设备、水性涂料、五金交电、润滑油销售；自营和代理货物和技术的进出口业务。2014年9月3日，端木佳杰与案外人陶某某(一审法院误写为陶贞祥，下同)签订股权转让协议一份，约定陶某某将其持有的帝邦公司50%股权以50万元的对价转让给端木佳杰。同日，帝邦公司股东会选举端木佳杰为该公司法定代表人及执行董事。2015年3月25日，端木佳杰与案外人赵某(一审法院误写为张利，下同)签订股权转让协议一份，约定端木佳杰将其持有的帝邦公司50%股权以50万元的对价转让给赵某。同日，帝邦公司股东会免去端木佳杰法定代表人及执行董事职务，并选举赵某为公司执行董事及法定代表人。

一审还查明，2017年3月14日，都邦公司经工商部门核准设立，注册资本为500万元，股东为端木佳杰及案外人张某某。端木佳杰在都邦公司担任监事职务。都邦公司的经营范围为：铸造材料及设备的研发；金属制品加工、销售；铸造辅助材料、耐火材料、高性能膜材料、脱模制品(不含危险品、易制毒化学品及监控化学品)五金交电、润滑油销售。都邦公司在2017年之前并未开展经营业务，仅在2018年起才有少量经营业务。

一审审理中，一审法院向帝邦公司发函，询问端木佳杰在该公司履职及获得收益情况。帝邦公司回函称，端木佳杰于2014年9月3日至2015年3月26日期间担任过该公司的股东及法定代表人，仅是为了该公司办理贷款需要，公司办完贷款后即将股东及法定代表人重新变更；该公司未向端木佳杰支付过收益；丽彤公司与端木佳杰之间的诉讼与该公司无关，公司的财务账册涉及商业机密，故不同意向法院提交财务账册并配合相关司法审计。

一审法院认为本案争议焦点：一、端木佳杰是否符合公司法及公司章程规定的应当受到竞业禁止义务约束的公司董事、高级管理人员的身份？

端木佳杰认为，其仅是丽彤公司的普通业务员及持股20%的股东，并非丽彤公司实际的法定代表人，不参与公司经营管理。一审法院认为，根据工商登记资料显示，2013年9月3日，端木佳杰受让丽彤公司20%股权并同时担任丽彤公司执行董事及法定代表人。端木佳杰任职公司执行董事已经公司股东会决议通过，并经工商登记。端木佳杰认为其仅系名义的执行董事，应当就此提供相应证据予以佐证。但端木佳杰并未提供证据，相反在丽彤公司提供的公司报销单上端木佳杰以部门主管的身份签字，可见端木佳杰并非公司一般员工。虽然端木佳杰对上述报销单真实性予以否认，但其并未提供相反证据，故一审法院对端木佳杰的上述抗辩意见不予采信。端木佳杰作为丽彤公司的执行董事及法定代表人，应当对公司负有忠实及勤勉义务，受到竞业禁止义务的约束。

二、丽彤公司主张的赔偿损失及归入权能否成立？

一审法院认为，根据公司法及丽彤公司的章程规定，董事、高级管理人员不得有下列行为：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取属于公司的商业机会，自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务。董事、高级管理人员违反前款规定所得的收入应当归公司所有。根据本案庭审查明，端木佳杰担任丽彤公司执行董事及法定代表人职务期间，于2014年9月至2015年3月期间成为帝邦公司的法定代表人及股东，并于2017年3月14日另行与他人共同设立了都邦公司，并担任该家公司的监事。至于都邦公司，端木佳杰虽然系该公司的股东及监事，且该公司经营范围与丽彤公司确存在重合之处，但并无证据证明端木佳杰实际参与了该公司的经营管理，且都邦公司在2017年之前确未开展实际经营业务。故丽彤公司主张端木佳杰实施了损害公司利益的行为，并无依据，一审法院不予采信。至于帝邦公司，端木佳杰在任职丽彤公司执行董事期间，又另行担任该公司的法定代表人并持有该公司50%的股权，且帝邦公司的经营范围与丽彤公司存在部分重合，一审法院有理由相信端木佳杰违反了公司法及公司章程关于董事、高级管理人员的竞业禁止义务，依法应当将端木佳杰在帝邦公司的收入归入丽彤公司所有。至于端木佳杰主张其仅系帝邦公司名义法定代表人及股东的意见，一审法院认为，端木佳杰提供的证据无法证实其所述事实，一审法院不予采信。现端木佳杰已于2015年3月25日将持有的帝邦公司50%股权转让给案外人，并同时不再担任帝邦公司的法定代表人。另外，帝邦公司并非本案当事人，且不同意配合提供相应财务账册、进行司法审计，一审法院亦无法启动司法审计程序。鉴于丽彤公司未就端木佳杰的侵权行为后果即丽彤公司主张的300万元赔偿损失及归入权进行相应举证，丽彤公司的诉请缺乏事实依据，一审法院难以支持。

综上，一审法院认为，当事人对自己提出的主张应当提供证据。当事人未能提供证据或者证据不足以证明其事实主张的，由负有举证证明责任的当事人承担不利的后果。据此，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第九十条之规定，判决如下：驳回丽彤公司全部诉讼请求。一审案件受理费30,800元，由丽彤公司负担。

二审中，丽彤公司向本院提供网络资料一份，即2017年规模以上企业就业人员分岗位年平均工资情况，用以证明按照该资料显示内容，批发和零售业中层及以上管理人员的年平均工资是131,241元。端木佳杰对该份证据的真实性不予认可，对其合法性也无法确定。此外，端木佳杰在帝邦公司和都邦公司都没有任何收益，该份证据不适用本案。

本院经审理查明，一审查明事实属实，本院予以确认。

本院另查明：丽彤公司在一审庭审中确认丽彤公司从2017年年底停止经营。二审中称近期又陆续恢复经营。

本院认为，根据一审查明事实，端木佳杰于2013年9月受让张某某持有的丽彤公司20%股权，并担任执行董事和法定代表人。此后，作为部门主管在相关报销单上签字，参与丽彤公司经营管理。虽然端木佳杰认为其早就被丽彤公司的实际控制人排除在公司管理人之外，但是并未提供有效证据予以佐证，故对其早已不具备董事和高级管理人员身份职权的辩称不予采信。此外，根据帝邦公司和都邦公司设立时间、股权情况，以及丽彤公司、帝邦公司和都邦公司经工商部门核准的企业经营范围存在多处重合的情形，一审法院认定端木佳杰违反公司法及丽彤公司公司章程关于董事、高级管理人员的竞业禁止义务并无不当，本院予以认定。

对于丽彤公司要求端木佳杰承担赔偿责任一节，本案中，丽彤公司要求端木佳杰归还所得的金额暂计为300万元，但是对于款项的具体组成及明细没有明确说明，也未提供相关证据。就一审查明事实看，都邦公司虽设立于2017年3月，但该公司在2017年并未开展经营业务，而丽彤公司在一审中也确认其在2017年年底停止经营，因此，端木佳杰虽然是都邦公司的股东及监事，但是现有证据并不能证明其实施了损害丽彤公司利益的行为。此外，帝邦公司向一审法院发函，证明端木佳杰在担任该公司股东及法定代表人期间并未收到过收益，同时拒绝提交财务账册并配合相关司法审计。而丽彤公司就端木佳杰在帝邦公司获得收益的主张也未提供初步有效的证据，在此情况下，一审法院未支持丽彤公司的诉讼请求且未同意丽彤公司提出的司法审计申请亦无不当。

综上所述，一审认定事实清楚，所作判决并无不当。丽彤公司所提上诉请求和理由不能成立，本院不予支持。据此，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费人民币30,800元，由上诉人上海丽彤铸造材料有限公司负担。

本判决为终审判决。

审判长　　庄龙平

审判员　　杨喆明

审判员　　杨怡鸣

二〇一八年九月十九日

书记员　　王乐轶

附：相关法律条文

附：相关的法律条文

《中华人民共和国民事诉讼法》

第一百七十条第二审人民法院对上诉案件，经过审理，按照下列情形，分别处理：

(一)原判决、裁定认定事实清楚，适用法律正确的，以判决、裁定方式驳回上诉，维持原判决、裁定；

……