上海市第二中级人民法院

民 事 判 决 书

（2020）沪02民终135号

上诉人(原审原告)：上海加丹贸易有限公司，住所地上海市青浦区。

法定代表人：江海燕，经理。

委托诉讼代理人：孙龙刚，上海申浩律师事务所律师。

委托诉讼代理人：刘麒，上海申浩律师事务所律师。

被上诉人(原审被告)：蒋秀，女，1983年1月16日出生，土家族，户籍地浙江省杭州市。

被上诉人(原审被告)：上海沸鸣实业有限公司，住所地上海市浦东新区。

法定代表人：朱文军，董事长。

上诉人上海加丹贸易有限公司(以下简称加丹公司)因与被上诉人蒋秀、被上诉人上海沸鸣实业有限公司(以下简称沸鸣公司)损害公司利益责任纠纷一案，不服上海市青浦区人民法院(2019)沪0118民初14145号民事判决，向本院提起上诉。本院于2020年1月20日立案后，依法组成合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

上诉人上海加丹贸易有限公司上诉请求：一、撤销一审判决，将本案发回重审或依法改判；二、判令蒋秀在任职期间与其丈夫朱文军成立沸鸣公司的行为违法(违反公司法和加丹公司的劳动纪律)；三、蒋秀与沸鸣公司向上诉人赔偿损失1万元(暂计)。事实和理由：第一，一审判决认定蒋秀非公司高管,系事实认定错误。蒋秀作为加丹公司的项目执行总监，是实质上的总经理，被授权全权负责某区域公司所有项目、对公司进行掌控，从加丹公司提供的邮件可以看出，蒋秀安排、指派工作任务给其他下属，并指令财务进行付款，而且蒋秀无需公司考勤，应当从实质上进行判断，认定蒋秀属于高级管理人员。第二，蒋秀存在违反公司法忠实义务的违法行为，其在职期间自行开设公司，且经营范围与加丹公司几乎完全相同，并且利用公司资源来开展副业，即利用职务便利为自己或他人谋取属于公司的商业机会,自营或为他人经营与所任职公司同类的业务，蒋秀与沸鸣公司的收入应当归加丹公司所有。第三，关于赔偿数额问题，加丹公司申请开具调查令，查询蒋秀、沸鸣公司银行账户、支付宝、微信流水，请求二审法院对此予以查明。

被上诉人蒋秀辩称，加丹公司的上诉请求没有事实和法律依据，应予驳回。蒋秀仅仅是加丹公司的普通采购人员，劳动合同约定的内容为采购，实际工作也是采购，加丹公司未能提供蒋秀作为高管的证据，邮件及名片显示的项目总监，是应公司要求，方便对外开展业务。沸鸣公司与加丹公司的经营范围并不重合，沸鸣公司成立以后，并未实际经营。一审法院认定的事实正确无误，适用法律准确，加丹公司的上诉理由不能成立，请求二审驳回上诉，维持原判。

被上诉人上海沸鸣实业有限公司未到庭答辩。

上诉人上海加丹贸易有限公司向一审法院起诉请求：一、判令蒋秀与沸鸣公司返还加丹公司侵占款项暂计5万元；二、确定蒋秀在任职期间与其丈夫朱文军以沸鸣公司名义对外经营(与上诉人的业务同类)的行为是违法行为；三、判令蒋秀与沸鸣公司向加丹公司赔偿损失暂计30万元。一审庭审中，加丹公司撤回第一项诉讼请求。

一审法院认定事实：加丹公司成立于2005年3月15日，江海燕为法定代表人及执行董事(持股比利90%)，江明为监事(持股比利10%)。2008年，加丹公司作为甲方与蒋秀作为乙方签订《劳动合同》(简称劳动合同一)一份，约定：其一，合同期限自2008年8月4日起至2011年8月3日止，乙方职位为亚洲区采购。其二，劳动纪律：乙方同意，未经甲方书面同意，在其受雇期间，乙方不得雇佣于第三方或兼职甲方以外的任何职务，特别不得直接或间接受雇于甲方的竞争者及甲方的客户，以及不得直接或间接，或导致他人与甲方或其继受人、受让人的业务竞争；未经甲方书面批准，在乙方受雇甲方期间，乙方不可以利用甲方或其相关公司的名义、设备以及工作上的便利条件，从事甲方以外的商业活动或收取劳务或服务费；凡发生上述情况，均属严重违反劳动纪律，甲方有权予以提前解除劳动合同，并由乙方赔偿由此给甲方带来的经济损失等内容。2016年3月8日，双方再次签订《劳动合同》(简称劳动合同二)一份，合同期限自2016年3月8日至2019年3月8日，工作内容为按照公司要求从事采购工作等,其中未有合同一关于劳动纪律内容的约定。加丹公司与蒋秀均确认双方劳动关系于2018年3月2日解除。

一审另查明，沸鸣公司于2017年6月19日设立，税务登记日期为2017年12月25日，截至2018年3月31日该公司税务申报金额均为0。该公司登记股东为蒋秀及朱文军(加丹公司沸鸣公司均确认其系蒋秀丈夫)，两人各持有50%的股份，同时蒋秀担任监事一职。

一审法院认为，双方的争议焦点为：蒋秀是否为加丹公司的高管并违法了相应的忠实义务。对于高级管理人员是否违反了忠实义务，需从高级管理人员身份的认定以及高级管理人员忠实义务的内容来判断。首先，对于公司高级管理人员身份的认定。公司法规定，高级管理人员，是指公司的经理、副经理、财务负责人，上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员。蒋秀是否具有加丹公司高级管理人员的身份除了考察蒋秀是否具有加丹公司任命的高级管理人员身份之外，还需要考察其实际履职情况。加丹公司提供劳动合同一中显示蒋秀职位为亚洲区采购，蒋秀与沸鸣公司提供劳动合同二显示其职务为采购，加丹公司称后来重新口头任命蒋秀为项目执行总监，但并未提供证据证明，且无论采购还是项目执行总监均非法律所规定的高级管理人员；加丹公司认为项目执行总监是对于公司全局的把控，负责管理公司全部的项目，亦未有证据佐证。就蒋秀工作的实质而言，加丹公司认为蒋秀与其他员工之间、与客户之间的往来邮件可以显示，蒋秀与其他员工之间系上下级关系，有直接安排其他员工工作内容的权限。但根据加丹公司提供的邮件，无论是蒋秀与同事之间对于工作内容的沟通、与客户的对外联络，还是因业务付款而向同事发送的请款邮件，均无法直接表明蒋秀具有高级管理人员的身份。且对于蒋秀的高管身份，除邮件外加丹公司亦未进一步补充其他证据予以佐证，故对加丹公司对蒋秀高管身份的主张，一审法院不予采信。其次，公司高级管理人员忠实义务的内容。结合公司法的规定与加丹公司主张，构成违反忠实义务的行为需三个要件：一是未经股东会同意，二是公司高级管理人员利用了职务便利，三是公司高级管理人员将获得的商机用于自营或为他人经营与所任职公司同类的业务。本案中，蒋秀与他人成立沸鸣公司显然未经股东会同意，但如前所述，蒋秀并非加丹公司的高级管理人员；且加丹公司并未提供任何证据证明蒋秀利用职务便利抢夺了加丹公司客户，进而以沸鸣公司名义开展过同类业务。相反，根据蒋秀与沸鸣公司提供的税务申报记录显示，自2017年6月19日沸鸣公司设立、直至2018年3月2日蒋秀离职，沸鸣公司的税务申报金额均为零元。综上，一审法院认为，蒋秀并非加丹公司高级管理人员，且不存在违反公司法定忠实义务的违法行为。

加丹公司认为其主张的损失赔偿，系依据公司法规定而享有的归入权和侵权损失。首先，因蒋秀没有以高级管理人员身份违反忠实义务侵害加丹公司权益，所以归入权没有行使的基础；其次，加丹公司并未对其损失进行任何举证，且在庭审中自认没有证据证明蒋秀抢夺了加丹公司客户，并以沸鸣公司名义进行同类业务的开展；再次，加丹公司称蒋秀与沸鸣公司损害其利益期间为2017年6月至2018年3月，但沸鸣公司于2017年12月25日才完成税务登记、直至2018年3月税务申报金额均为零元。综上，一审法院对加丹公司赔偿损失的主张不予支持。

一审法院据此作出判决：驳回上海加丹贸易有限公司的全部诉讼请求。一审案件受理费5,800元，减半收取计2,900元，由上海加丹贸易有限公司负担。

本院二审期间，当事人没有提交新证据。本院经审理查明，一审认定事实无误，本院对一审查明的事实予以确认。

本院认为，本案的争议焦点为：一、蒋秀是否为加丹公司的高级管理人员；二、蒋秀是否利用职务便利，谋取加丹公司的商业机会进行同业竞争。关于焦点一，我国《公司法》中高级管理人员的用语含义为，公司的经理、副经理、财务负责人，上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员。据此，即便加丹公司提供的名片及邀请函显示蒋秀为项目执行总监，蒋秀在形式上也不满足高管的上述条件，应当从蒋秀的实质职权进一步判断。劳动合同一中蒋秀职位为亚洲区采购，劳动合同二中其职务为采购，现加丹公司提供的邮件所载蒋秀与同事、客户的沟通内容，均未超出蒋秀作为采购人员的履职范畴，因此，一审法院未将蒋秀认定为加丹公司的高级管理人员，并无不当，本院予以确认。虽然蒋秀并非高级管理人员，但如果蒋秀利用履职的便利，谋取公司商业机会进行同业竞争的，亦应承担相应赔偿责任。关于焦点二，加丹公司未提供证据证明蒋秀谋取公司商业机会导致客户流失，亦未提供证据证明沸鸣公司已实际开展业务，蒋秀于2018年3月离职前，沸鸣公司的税务申报金额为0元，在蒋秀不当行为与加丹公司损失均难以确定的情况下，一审法院驳回加丹公司的全部诉请，于法不悖，本院予以认可。

综上所述，上诉人上海加丹贸易有限公司的上诉请求不能成立，应予驳回；一审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。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规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费人民币50元，由上诉人上海加丹贸易有限公司负担。

本判决为终审判决。

法官助理柳洋

审判长　　张晓菁

审判员　　高中伟

审判员　　杨怡鸣

二〇二〇年二月十二日

书记员　　李佳纯

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；

……