上海市第二中级人民法院

民 事 判 决 书

（2019）沪02民终3777号

上诉人(原审原告)：上海昌安汽车销售服务有限公司，住所地上海市宝山区。

法定代表人：钱瑶，董事长。

诉讼代表人：黄豪杰，监事。

委托诉讼代理人：周喜清，上海市中天信律师事务所律师。

委托诉讼代理人：钮玲，上海市中天信律师事务所律师。

被上诉人(原审被告)：钱瑶，女，1992年12月28日出生，汉族，住上海市杨浦区。

委托诉讼代理人：石炜洋。

上诉人上海昌安汽车销售服务有限公司(以下简称昌安公司)因与被上诉人钱瑶损害公司利益责任纠纷一案，不服上海市宝山区人民法院(2018)沪0113民初10133号民事判决，向本院提起上诉。本院于2019年4月10日立案后，依法组成合议庭进行了审理，本案现已审理终结。

上诉人昌安公司上诉请求：撤销上海市宝山区人民法院(2018)沪0113民初10133号民事判决，改判支持昌安公司的一审诉讼请求。事实及理由：一、一审判决认定昌安公司与钱瑶设立的上海亭卫汽车销售服务有限公司(以下简称亭卫公司)的主要业务基本不重合属于认定事实不清。昌安公司与亭卫公司的经营范围高度重合。一审庭审中昌安公司、钱瑶均认可两家公司的主要业务同为销售长安公司的车辆。《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)和昌安公司《公司章程》都规定“董事、高管不得利用职务便利自用所任职公司同类业务”，而非“主要业务”，故一审判决以“主要业务”替代“同类业务”显属适用法律错误。二、钱瑶提供的昌安公司《股东会决议》没有法律效力。《股东会决议》系钱瑶单方制作，并未依法通知昌安公司另一股东，决议上也无另一股东签字。一审法院以昌安公司不认可股东会决议但未提交任何证据推翻为由，对股东会决议内容予以确认，属于认定事实不清。钱瑶未在举证期限届满前提交《股东会决议》，应承担举证不能的责任，一审不应采纳该证据。该《股东会决议》原件纸质崭新，昌安公司不认可其形成时间，要求进行鉴定，但一审法院不予接受。三、一审法院对昌安公司要求向重庆长安汽车股份有限公司(以下简称长安公司)进行调查的申请不予准许，又以昌安公司举证不能为由认定钱瑶未在亭卫公司处获利，自相矛盾。公司和小股东难以控制大股东行为是不争事实，钱瑶作为昌安公司大股东另设亭卫公司，昌安公司无法直接知晓亭卫公司获利情况，昌安公司只能申请向亭卫公司的唯一供应商长安公司调查取证。亭卫公司系钱瑶设立的一人公司，故只要有证据证明亭卫公司获利，即不再需要证明钱瑶是否在亭卫公司处获利。四、一审严重违反审限，程序违法。本案案情并不复杂，但审限长达14个月，虽超审限对案件判决的实质影响不大，但昌安公司获知亭卫公司在诉讼后已逐渐停止经营，昌安公司即便胜诉也可能面临执行不能。

被上诉人钱瑶辩称：一、昌安公司与亭卫公司并未经营同类业务。钱瑶是基于长安公司建立B网销售的要求才设立亭卫公司，亭卫公司所销售的车型与昌安公司不同，故两家公司不能认定为经营同类业务。二、钱瑶设立亭卫公司经过昌安公司股东会同意。钱瑶提供的涉案股东会决议系其本人亲自签字，真实合法。该决议能够证明钱瑶设立亭卫公司行为未违反《公司法》关于忠实义务的规定。三、无论是否对长安公司进行调查，亭卫公司本身就是亏损状态，钱瑶未从亭卫公司取得收入，也不存在向昌安公司返还的问题。

上诉人昌安公司向一审法院起诉请求：1、钱瑶停止投资经营亭卫公司；2、钱瑶因投资经营亭卫公司获取的收入暂计人民币1万元归昌安公司所有。

一审法院认定事实：昌安公司成立于2010年3月8日，公司注册资本为500万元，昌安公司股东及其出资额分别为：钱瑶出资450万元、黄豪杰出资50万元。钱瑶担任昌安公司的法定代表人及执行董事。昌安公司的经营范围为：商用车及九座以上乘用车、汽车配件、电子产品、长安轿车品牌汽车、二手车销售；汽车租赁；机动车辆保险；二类机动车维修(小型车辆维修)。昌安公司章程第四十一条规定，执行董事、高级管理人员不得有下列行为：……(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。

亭卫公司成立于2014年4月14日，公司类型为一人有限责任公司(自然人独资)，法定代表人及股东均为钱瑶。亭卫公司的经营范围为：汽车、汽车配件、电子产品销售，自有汽车租赁、二类机动车维修(小型车辆维修)。

审理中，昌安公司和钱瑶均认可，昌安公司与亭卫公司的主要业务均为销售长安公司的车辆。钱瑶提交了长安公司出具的《通知》两份、《证明》一份。钱瑶主张上述材料能够证明钱瑶是根据长安公司要求建立B销售网络而设立亭卫公司的，且亭卫公司的B销售网络所销售车型与昌安公司销售的A销售网络的车型不同。其中A、B网络均销售的睿骋车型所销售的数量是长安公司各自分派，销售数量并未重合。昌安公司对上述材料形式上的真实性没有异议，但认为长安公司要求昌安公司开设分公司进行A、B网络销售，而不是另外设立独立的法人。

钱瑶提交了2014年3月12日的昌安公司股东会决议一份。钱瑶认为上述股东会决议能够证明钱瑶作为昌安公司的90%股东作出的股东会决议成立亭卫公司。昌安公司认为上述股东会决议不像是2014年形成的。关于股东会，钱瑶并没有尽到会议通知的义务，昌安公司的另一股东黄豪杰也没有在股东会决议上签过任何字，对于股东会决议的证明内容不予认可。

昌安公司提交了2016年度及2017年1月到9月的财务报表及审计报告，拟证明昌安公司2017年1月到9月期间经营利润严重下滑。钱瑶对上述证据的真实性无异议，但认为不能证明钱瑶设立亭卫公司侵害了昌安公司的合法权益，导致昌安公司业绩下滑，两者没有因果关系。

以上事实，由昌安公司提交的昌安公司工商登记信息、公司章程、亭卫公司工商登记信息、昌安公司财务报表及审计报告；钱瑶提交的2014年3月12日股东会决议、长安公司《通知》《证明》等书面证据，以及双方的相关陈述予以证实。

一审法院认为，按照法律规定，公司董事、高级管理人员对公司负有忠实和勤勉义务，违反忠实义务的行为应当予以禁止，给公司造成损失的，应当承担相应的赔偿责任。本案中，钱瑶作为昌安公司的董事长，应属竞业禁止的义务主体，对昌安公司负有忠实义务。但钱瑶设立亭卫公司的行为并未违反竞业禁止及忠实的义务，理由如下：

首先，昌安公司与亭卫公司的主要业务基本不重合。双方当事人均认可昌安公司与亭卫公司的主要业务均为销售长安公司的车辆。但亭卫公司与昌安公司所销售的车型基本不符，故亭卫公司与昌安公司的主要业务基本不重合。

其次，钱瑶是经昌安公司股东会同意而设立的亭卫公司。昌安公司虽然不认可钱瑶提交的股东会决议，但对此并未提交任何证据推翻该股东会决议，故对于钱瑶的上述股东会决议的证明内容予以确认，即钱瑶是经昌安公司股东会同意而设立了亭卫公司。

退一步而言，即使钱瑶设立亭卫公司的行为违反了竞业禁止及忠实义务，对此，昌安公司可同时行使公司归入权与损害赔偿请求权。就归入权而言，按照公司法规定，董事违反竞业禁止义务所取得的收入应当归公司所有。因而该项请求是否成立首先应当考量钱瑶在亭卫公司处是否获利之事实。目前，昌安公司未提交任何证据证明钱瑶在亭卫公司处所获得利益的情况，故昌安公司主张的归入权基础事实不充分，法院对此难以认定。就损害赔偿请求权而言，《公司法》也明确规定，董事等高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。昌安公司对此虽提交了财务报表及审计报告拟证明其经营利润下滑，但并未提交证据证明上述利润下滑与钱瑶设立亭卫公司之间存在关联性，故昌安公司主张实际损失的基础事实亦不能成立。

据此，一审法院依据《公司法》第一百四十八条第一款第五项、第二款、第一百四十九条及《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十二条、《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：对昌安公司的诉讼请求不予支持。

本院二审期间，当事人围绕上诉请求依法提交了证据。本院组织当事人进行了证据交换和质证。钱瑶为证明其主张，向本院提交了亭卫公司2018年度财务报表、审计报告，亭卫公司章程及2018年7月1日的股东会决议，旨在证明亭卫公司处于亏损状况以及钱瑶已将亭卫公司股权转让给案外人钱石和钱玉林。经质证，昌安公司认为因缺乏财务账簿和财务凭证，无法确认亭卫公司2018年度财务报表及审计报告的真实性及合法性，且该证据无法证明2018年前亭卫公司的财产处理情况。亭卫公司经营状况一直良好，该证据所证事实与实际情况不符。昌安公司对亭卫公司章程及2018年7月1日股东会决议的合法性与真实性无异议，但认为与昌安公司行使归入权无关联性。

本院对一审法院查明的法律事实无误，本院予以确认。

本院另查明，上海鼎邦会计师事务所(普通合伙)出具的亭卫公司2018年度财务报表及审计报告显示，亭卫公司2018年度期末未分配利润为-6,745,791.01元。亭卫公司章程载明亭卫公司股东及出资情况为股东钱石出资1,800万元，股东钱云林出资200万元。亭卫公司于2018年7月1日召开临时股东会并作出决议，选举钱云林为公司执行董事，免除钱瑶执行董事职务。

本院认为，根据《公司法》第一百四十八条第一款第五项及第二款规定，董事、高级管理人员不得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、高级管理人员违反该规定所得的收入应当归公司所有。现昌安公司依据该条规定，以其董事钱瑶违反竞业禁止和忠实义务为由主张对钱瑶在亭卫公司的收入行使归入权，对此，本院认为，应结合《公司法》规定的要件对钱瑶设立亭卫公司的行为进行判断，依此认定昌安公司能否行使归入权。

首先，关于亭卫公司与昌安公司是否从事同类业务。本院认为，从事同类业务并不仅指两个主体经营完全相同的产品，还应结合实际经营业务类型及经营领域的相似性进行判断。根据在案证据及双方陈述，亭卫公司的经营范围与昌安公司重合，均包括汽车、汽车配件销售，汽车租赁及二类机动车维修(小型车辆维修)等，且两家公司均实际开展前述业务，故可认定亭卫公司与昌安公司从事同类业务。

其次，关于钱瑶开设亭卫公司是否经昌安公司股东会同意。本案中，钱瑶提供了昌安公司股东会决议以证明其开设亭卫公司已经昌安公司股东会同意，昌安公司以该证据文本形成时间存疑且召开股东会时未通知另一股东为由，对该份股东会决议的真实性及决议效力不予认可，并以此认定钱瑶开设亭卫公司未经昌安公司股东会同意。对此，本院认为，从公司治理结构及法律规定来看，主张否定公司股东会决议效力的，应当由公司股东、董事或监事以诉讼的方式提出，公司本身无权否认其股东会决议的法律效力。一审审理中，法院已对昌安公司及其诉讼代表人，也即昌安公司另一股东黄豪杰就该份股东会决议效力的另案诉讼问题进行了释明，昌安公司的诉讼代表人、股东黄豪杰明确表示不另行诉讼，现昌安公司又未能提出其他证据推翻该份决议，故根据现有证据，昌安公司关于该份股东会决议没有法律效力的上诉理由尚不能成立。关于钱瑶提供的昌安公司股东会决议的举证期限问题，该份股东会决议属于和本案基本事实相关的重要证据，且无证据表明钱瑶因故意或重大过失逾期提供证据，一审法院采纳该证据并无不妥，本院予以认可。综上，昌安公司就钱瑶设立亭卫公司未经昌安公司股东会同意的上诉理由，本院不予支持。

最后，基于上述认定，即使亭卫公司与昌安公司部分业务重合，但在案证据表明钱瑶设立亭卫公司的行为并不符合违反《公司法》规定的竞业禁止及忠实义务的情形，昌安公司要求对钱瑶在亭卫公司的收入行使归入权的主张缺乏事实与法律依据，本院不予支持。关于昌安公司提出的一审严重违反审限、存在程序违法问题，经审查，一审法院系依据法定程序延长审理期限，昌安公司的该上诉理由本院不予采纳。

综上所述，昌安公司的上诉请求不能成立，应予驳回；一审法院适用法律存在部分错误，但判决结果正确，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，由上诉人上海昌安汽车销售服务有限公司负担。

本判决为终审判决。

法官助理拜金琳

审判长　朱　川

审判员　玄玉宝

审判员　王　曦

二〇一九年七月十九日

书记员　任思琦

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；

……