上海市杨浦区人民法院

民 事 判 决 书

（2013）杨民二（商）初字第665号

原告上海水生环境工程有限公司（简称水生工程公司），住所地上海市杨浦区。

法定代表人王丽卿，董事长。

委托代理人卢昭宇，上海市光大律师事务所律师。

被告方根生，男，汉族，住上海市杨浦区。

被告上海水生环境科技有限公司（简称水生科技公司），住所地上海市杨浦区。

法定代表人方根生，总经理。

委托代理人陈爱娇，该公司员工。

被告陈爱娇，男，汉族，住安徽省安庆市枞阳县。

原告上海水生环境工程有限公司诉被告方根生、被告上海水生环境科技有限公司、被告陈爱娇损害公司利益责任纠纷一案，本院于2013年7月29日受理后，由代理审判员武樱独任审判。后因案情复杂，转为普通程序审理。本案于2013年8月29日、2013年11月18日两次公开开庭进行了审理，原告委托代理人卢昭宇、被告方根生、被告水生科技公司的法定代表人及其委托代理人、被告陈爱娇到庭参加诉讼。2014年2月27日，本案第三次公开开庭进行了审理，原告委托代理人卢昭宇、被告方根生、被告水生科技公司的法定代表人到庭参加了诉讼，被告陈爱娇经本院传票传唤，无正当理由拒不到庭，本院依法进行缺席审理。本案现已审理终结。

原告上海水生环境工程有限公司诉称，2010年5月，被告方根生在原告处担任常务副总经理职务，负责公司行政事务和业务等工作。被告方根生利用其保管原告公司印章的便利条件，在未征得原告同意的情况下，于2011年7月28日擅自设立被告水生科技公司，并将原告列为该公司的股东。原告通过诉讼，确认原告并非被告水生科技公司的股东。2012年3月22日，被告方根生以被告水生科技公司的名义，承接了合肥新站区陶冲湖公园、瑶海公园等水环境生态净化处理工程项目，并分别获得工程款人民币1，734，000元和1，602，000元，共计3，336，000元。原告在此之前已经为这些企业制定了设计方案。被告方根生的行为严重违反了企业高级管理人员竞业禁止的义务，其所获取的非法收入应当归原告所有，按照原告公司平均利润率25%计算。由于被告水生科技公司实际收取了上述工程款，被告陈爱娇系被告水生科技公司的市场部业务员，又是被告水生科技公司的股东之一，被告水生科技公司和被告陈爱娇理应与被告方根生共同承担赔偿责任。故原告起诉要求判令被告方根生、被告水生科技公司、被告陈爱娇共同赔偿原告损失2，575，000元。审理中，原告将诉讼请求变更为：要求被告方根生、被告水生科技公司共同赔偿损失（损失金额以3，336，000元为基数，乘以法院酌定的利润率计算）；并支付原告逾期利息（以上述损失金额为本金，从2013年1月28日起算至实际支付之日止，按照中国人民银行同期贷款利率计算）。同时，原告放弃了对被告陈爱娇主张权利的请求。

被告方根生及被告水生科技公司共同辩称，被告方根生与原告从未签订过劳动合同，并非原告公司的高级管理人员。原告提供的任命书是伪造的，被告方根生从未收到原告任命其为常务副总的聘任函，被告方根生只是原告公司的普通员工。（2012）杨民二（商）初字第343号民事判决书陈述，被告方根生为原告公司的总经理是错误的，被告方根生本人在此案中从未作出过如此陈述。在法院对于被告方根生是否为原告高级管理人员的身份未作出认定前，被告方根生及被告水生科技公司均不同意向法院提供被告水生科技公司的财务账册，也不同意对被告水生科技公司进行审计。因被告方根生并非原告的高级管理人员，故其所得收入不应当归原告所有。被告水生科技公司承接的陶冲湖公园、瑶海公园两个工程项目取得工程款共计3，336，000元，但是该笔款项用于支付工人工资及工程成本后，已经没有剩余。从公司成立到公司被吊销营业执照期间，被告水生科技公司只承接了这两个工程项目，公司处于亏损状态，没有利润，不可能向股东分配红利。其作为被告水生科技公司的法定代表人只是领取过工资，年收入在60，000元左右，没有享受过公司的其他福利待遇。故其不同意原告的诉讼请求。

被告陈爱娇辩称，其并非原告公司的高级管理人员，原告要求其赔偿损失没有法律依据。

经审理查明，2009年11月-2012年3月期间，被告方根生在原告处任职。2010年5月12日，原告任命被告方根生为常务副总经理，负责行政事务和业务工作。2011年7月28日，被告水生科技公司注册成立，工商登记的股东分别为原告、被告方根生和被告陈爱娇，其中被告方根生持有90%股权。2011年12月15日，被告方根生以原告的名义出具了《证明》称，原告在上海同济科技园投资成立了被告上海水生科技公司，原告所有的科技成果及工程经验都将在被告水生科技公司得以发展和应用，所有工程案例均可转到新公司。被告方根生在该《证明》上加盖了原告的公章，并将该《证明》提供给合肥新站综合开发试验区管委会。2011年12月20日，合肥新站综合开发试验区政府采购中心向被告水生科技公司发出《中标通知书》二份，告知被告水生科技公司被确定为陶冲湖景观水体生态水环境治理项目、瑶海公园景观水体生态水环境治理项目的第一中标供应商。之后，被告水生科技公司承接了以上两个工程项目，进行施工。被告水生科技公司陆续取得陶冲湖项目工程款1，734，000和瑶海公园项目工程款1，602，000元。

2012年5月29日，原告以被告方根生未经其同意擅自将原告作为股东，注册成立被告水生科技公司为由，向本院提起诉讼，立案号为（2012）杨民二（商）初字第343号。2012年8月17日，该案开庭审理，原告当庭陈述：“方根生曾经是原告的高级管理人员，担任公司副总经理，于2012年3月左右我方发现方私自设立公司后方自动离职”。被告水生科技公司、被告方根生及被告陈爱娇均答：“无异议”。2012年9月25日，本院作出（2012）杨民二（商）初字第343号民事判决，“确认原告上海水生环境工程有限公司自始不是被告上海水生环境科技有限公司股东”。该判决书认定如下事实：“被告方根生曾任原告公司总经理职务直至2012年3月”。被告水生科技公司、被告方根生及被告陈爱娇不服，提起上诉。2012年12月15日，上海市第二中级人民法院作出（2012）沪二中民四（商）终字第1240号民事裁定，准许上诉人水生科技公司、方根生及陈爱娇撤回上诉。以上判决生效后，工商行政管理局于2013年3月29日依法吊销了被告水生科技公司的营业执照。

另查，原告于2013年1月28日曾就本案向本院提起诉讼，立案号为（2013）杨民二（商）初字第102号。2013年4月19日，原告因故撤回了起诉。

上述事实，有《关于任命方根生常务副总经理职务的决定》、（2012）杨民二（商）初字第343号案件2012年8月17日的庭审笔录、（2012）杨民二（商）初字第343号民事判决书、（2012）沪二中民四（商）终字第1240号民事裁定书、2011年12月15日的《证明》、《中标通知书》、付款凭证等证据材料及双方当事人的当庭陈述在案为凭，并经双方当事人质证及本院审核，应予采信。

本院认为，我国公司法规定董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程，对公司负有忠实和勤勉义务。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。本案原告提供的《关于任命方根生常务副总经理职务的决定》以及（2012）杨民二（商）初字第343号案件2012年8月17日的庭审笔录和（2012）杨民二（商）初字第343号民事判决书认定的事实，足以证明被告方根生系原告的高级管理人员。

公司法第一百四十九条明确规定，公司董事、监事、高级管理人员对公司负有竞业禁止义务，包含禁止自营或为他人从事与公司营业有竞争性的活动。被告方根生作为原告的高级管理人员，属于公司法所规定的竞业禁止义务的主体，在未解除所任职务的情况下，其与被告陈爱娇成立被告水生科技公司从事与原告相竞争的业务，其行为显已违反竞业禁止义务，其在被告水生科技公司所得收入理应依法归原告所有。关于被告方根生违反竞业禁止义务所得收入，因被告方根生及被告水生科技公司均拒绝提供水生科技公司的财务账册，造成无法通过财务审核的方式对被告水生科技公司的经营状况及被告方根生所得收入的金额做出合理认定。由此产生的不利后果，依法应由被告方根生自行承担。基于上述情况，综合考虑被告方根生按其持股比例在被告水生科技公司享有的资产权益、被告水生科技公司的实际经营状况以及被告方根生在被告水生科技公司的个人收入等各种因素，本院依法酌情确定被告方根生违反竞业禁止义务收入为150，000元。而被告水生科技公司并非公司法所规定的竞业禁止义务主体，原告要求其承担共同责任缺乏法律依据，本院不予支持。

关于利息损失，因在本案的判决尚未生效前，原告主张的归入权是否成立、被告方根生所得收入应归入原告的金额等并未确定，故不存在逾期支付的事实。因此，原告就该笔归入的款项主张利息损失，没有事实和法律依据，本院亦不予支持。

对于被告方根生辩称其并非原告的高级管理人员之说，则有原告于2010年5月12日出具了《关于任命方根生常务副总经理职务的决定》，和（2012）杨民二（商）初字第343号案件的庭审笔录中，被告方根生对于其曾担任原告公司的副总经理的职务予以认可，以及（2012）杨民二（商）初字第343号民事判决也已认定被告方根生系原告总经理。本院综合以上情况认定，被告方根生系原告的高级管理人员。故本院对于被告方根生的该抗辩理由，不予采信。据此，依照《中华人民共和国公司法》第一百四十九条第一款第五项、第一百四十九条第二款，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条的规定，判决如下：

一、被告方根生应于本判决生效之日起十日内偿付原告上海水生环境工程有限公司款项人民币150，000元；

二、原告上海水生环境工程有限公司的其余诉讼请求，不予支持。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十九条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

本案案件受理费人民币3，300元，诉讼保全费人民币5，000元，共计人民币8，300元，由原告上海水生环境工程有限公司负担人民币5，000元，被告方根生负担人民币3，300元，应于本判决生效之日起七日内交付本院。

如不服本判决，可在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于上海市第二中级人民法院。

审　判　长　　程建婷

代理审判员　　陆文芳

人民陪审员　　瞿国富

二〇一四年五月二十二日

书　记　员　　田继龙

附：相关法律条文

一、《中华人民共和国公司法》

第一百四十九条高级管理人员不得有下列行为：

……

（五）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。

二、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》

第二条当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。

没有证据或者证据不足以证明的当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。

三、《中华人民共和国民事诉讼法》

第一百四十四条被告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭的，可以缺席判决。