上海市普陀区人民法院

民 事 判 决 书

（2020）沪0107民初5494号

原告：上海碧虎网络科技有限公司，住所地上海市普陀区。

法定代表人：王剑锋，董事长。

委托诉讼代理人：卢振华，上海新古律师事务所律师。

被告：张小林，男，1979年9月16日出生，汉族，住江苏省通州市。

委托诉讼代理人：胡孝红，君合律师事务所上海分所律师。

委托诉讼代理人：陈幸韵，君合律师事务所上海分所律师。

第三人：上海伴我科技有限公司，住所地上海市普陀区曹杨路XXX号XXX幢北幢1006室。

法定代表人：张小林,执行董事。

委托诉讼代理人：宗艳飞，女。

原告上海碧虎网络科技有限公司(以下简称碧虎公司)与被告张小林、第三人上海伴我科技有限公司(以下简称伴我公司)损害公司利益责任纠纷一案，本院于2020年4月24日立案后，根据《全国人民代表大会常务委员会关于授权最高人民法院在部分地区开展民事诉讼程序繁简分流改革试点工作的决定》，依法适用普通程序，由审判员独任审理，于2020年9月22日公开开庭进行了审理。原告的委托诉讼代理人卢振华、被告的委托诉讼代理人胡孝红及陈幸韵到庭参加诉讼，第三人经本院合法传唤，无正当理由拒不到庭，本院依法缺席审理。本案现已审理终结。

原告碧虎公司向本院提出诉讼请求：1.被告向原告支付其违法经营同类业务收入共计350万元；2.本案诉讼费由被告承担。事实与理由：被告系原告公司股东,于2016年8月2日至今担任原告公司董事。被告在担任原告公司董事期间,未经原告股东会同意,于2018年10月11日出资成立了经营范围与原告有重合的第三人,并把原告的员工周某某、胡某、曾荣寿、李某某招聘至第三人工作,经营与原告同类业务(计算机软硬件技术开发、电子产品和通信设备销售)。原告《2017年硬件部工作目标》可以证明，第三人研发和销售的“伴我1+1亲情陪护机器人”通信设备产品的雏形，就是原告2017年正在研发的“娃娃机”。被告通过持股第三人经营与原告同类业务并进行股权融资,获得巨额违法收入(暂按照被告持股第三人股权价值350万计算)。根据《中华人民共和国公司法》第148条：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。故诉至本院。

被告张小林辩称，首先，原告碧虎公司与第三人伴我公司所经营的业务不是同类业务，原告的核心产品是车屏广告，第三人的核心产品是老年人陪护机器人，被告张小林不存在违反竞业限制的行为。判断两家公司的业务是否为同类业务不能仅从工商登记的经营范围判断。其次，原告一直知晓并同意第三人的存在和经营，原告前员工案外人周某某离职时，原告法定代表人王剑锋主动向被告张小林推荐其加入第三人。第三人成立于2018年10月，至今也陆续发布了不少产品，原告并未在任何股东会、董事会上向被告提供过任何异议。最后，第三人依法聘用员工，不存在任何恶意挖掘人才的行为。原告提及的四位员工中，除周某某系原告法定代表人主动向被告推荐，其他三位员工均系从原告处离职后，先在其他公司任职或创业，之后才成为第三人员工。原告没有任何证据证明被告试图从原告处恶意招揽员工。综上，原告诉讼请求缺乏事实和法律依据，不能成立。

第三人伴我公司述称，其业务为面对老年人的智能陪护产品，与原告所经营的车屏之媒体广告业务根本不同。第三人在生产经营中所申请、使用的包括的所有知识产权均系通过收购、自行研发和申请等方式合法取得，没有侵害他人权利。第三人雇佣员工周某某、曾某某、胡某、李某某，均系员工在劳务市场上求职，并通过第三人的正常程序录用，不存在故意从原告处恶意招揽的事实。同意被告在本案中发表的所有意见。

经审理查明，2015年4月13日，原告在上海市普陀区市场监督管理局登记成立，公司类型为有限责任公司(自然人投资或控股)，法定代表人为王剑锋，现登记股东包括王剑锋和被告张小林等，原告经营范围为网络科技、电子科技、计算机软硬件专业领域内的技术开发、技术转让、技术咨询。技术服务，电信业务，电子商务，商务信息咨询，广告设计、制作、代理，利用自有媒体发布广告，销售；电子产品、通信设备、机电设备、汽车配件、日用备货、计算机软硬件。

2017年4月24日，原告与被告张小林签订《劳动合同书》，约定合同期限为2017年4月24日至2022年4月23日，工作内容为管理岗位。2018年9月12日起，被告张小林在原告处任董事兼首席技术官，分管硬件研发、知识产权。

另查明，2018年10月11日，第三人伴我公司在上海市普陀区市场监督管理局登记成立，公司类型为有限责任公司(自然人投资或控股)，法定代表人为被告张小林，现登记股东为被告张小林等。原告经营范围为从事智能科技、物联网科技、信息科技、电子科技、网络科技领域内的技术开发、技术咨询、技术服务、技术转让，计算机软件的开发、销售，计算机硬件及辅助设备、电子产品、家用电器、通信产品、通信设备的研发、销售，智能机器人的研发，销售，家庭远程监控管理服务，社区远程健康管理服务，电子商务，商务信息咨询。

审理中，原被告双方均向本院表示，被告张小林自2015年4月13日至2016年8月2日任原告碧虎公司监事；2016年8月2日至今，任原告碧虎公司董事；2018年9月30日，被告从原告处离职。原告表示，周某某确实是由原告法定代表人王剑锋推荐至第三人伴我公司，并认可第三人伴我公司唯一的业务是老年陪护机业务。此外，原被告双方还确认，案外人胡某于2017年7月17日从原告处离职，自2018年10月29日在第三人处任职；案外人周某某于2018年12月10日从原告处离职，自2019年2月15日在第三人处任职；案外人曾某某于2016年11月30日从原告处离职，自2019年3月11日在第三人处任职；案外人李某某于2017年9月30日从原告处离职，自2018年10月15日在第三人任职。

以上事实，有当事人提供的企业信用信息公示报告、公证书、《劳动合同书》、增资合同、社保记录及当事人的当庭陈述等为证，本院予以确认。

本院认为，当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实应当提供证据加以证明。第三人伴我公司的经营范围虽与原告碧虎公司有之处，但原告碧虎公司并未提供证据证明被告张小林利用担任原告碧虎公司股东兼董事的便利，谋取了属于原告碧虎公司的商业机会，在第三人伴我公司经营了同类业务，更未举证证明被告张小林因此自第三人伴我公司获得了收入，故原告碧虎公司的诉讼请求缺乏事实及法律依据，本院不予支持。第三人伴我公司经本院依法传唤，无正当理由拒不到庭，视为自动放弃抗辩的权利，不影响本案的依法处理。据此,依照《中华人民共和国公司法》第一百四十八条第五项、《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》第九十条规定、《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：

驳回原告上海碧虎网络科技有限公司的全部诉讼请求。

本案受理费34800元，保全费5000元，共计39800元，由原告上海碧虎网络科技有限公司共同负担。

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 员　　傅　蓉

二〇二〇年十月二十日

法官助理　　周锦雯

书 记 员　　张晓倩

附：相关法律条文

一、《中华人民共和国公司法》

第一百四十八条董事、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、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》

第九十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，应当提供证据加以证明，但法律另有规定的除外。

在作出判决前，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。

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。