山东省泰安市中级人民法院

民 事 判 决 书

（2020）鲁09民终243号

上诉人(原审被告)：刘广涛，男，1972年11月12日出生，汉族，住泰安市。

委托诉讼代理人：娄立斌，山东敢当律师事务所律师。

委托诉讼代理人：孙明明，山东敢当律师事务所律师。

被上诉人(原审原告）：山东胜拓工业建设有限公司，住所地泰安市经济开技术发区内。

法定代表人：刘洪旺，董事长。

委托诉讼代理人：花朋，山东宸合宸律师事务所律师。

委托诉讼代理人：苏兴革，山东宸合宸律师事务所律师。

上诉人刘广涛因与被上诉人山东胜拓工业建设有限公司（以下简称胜拓公司）损害公司利益责任纠纷一案，不服泰安市岱岳区人民法院（2018）鲁0911民初6013号民事判决，向本院提起上诉。本院于2020年1月21日立案后，依法组成合议庭，对案件进行了审理。上诉人刘广涛及其委托诉讼代理人娄立斌、孙明明，被上诉人胜拓公司的法定代表人刘洪旺、委托诉讼代理人花朋、苏兴革到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

刘广涛上诉请求：撤销原判第一项，依法改判驳回被上诉人的诉讼请求，本案一、二审诉讼费用由被上诉人承担。事实和理由：原审法院认定事实错误，适用法律错误。一、两个工程项目均是案外人山东四方安装工程有限公司（以下简称四方公司）得到招标消息后主动联系上诉人，让上诉人帮忙其参与招标及承包工程。上诉人仅仅是作为代理人帮助四方公司参与项目，后来又帮四方公司将工程包给李东升。所以，两个项目的主体并非上诉人，被上诉人也没有证据证明上诉人是借用四方公司资质自营。2014年被上诉人安全许可证延期导致公司没有进行资质年审，无法对外承接工程。同年，两个工程项目公开招标。山东东华水泥有限公司淄博万华分公司工程招标要求：投标方具有水泥配料库至水泥出库区域内的机电设备安装包含室外压缩空气管线的安装要求；投标方应具准予在工程所在地投标的许可证明。被上诉人不具备上述两项招标条件。泰山中联水泥有限公司工程招标要求：投标方具有机电设备安装工程总承包一级资质，具有特种设备（锅炉跟压力管道）安装改造维修许可证。被上诉人也不具备该工程的上述两项招标条件。所以，两个工程本身招标条件限制被上诉人不能参与，被上诉人不存在经济损失。二、报告书是在没有依据的情况下作出，一审法院采纳该审计报告意见导致判决错误。审计报告数据缺乏事实依据。首先，山东君楷会计师事务所系财务审计资质，不具有认定案件基本事实的资格，但报告中其主观臆断刘广涛借用四方公司资质签订合同。其次，报告中认定刘广涛缴纳2%的资质使用费、付款给李东升的数额、刘广涛的获益数额无事实依据。刘广涛从没有以个人的名义从业主方收到过工程款，更没有以个人名义付款给李东升。审计报告将东华水泥工程量清单计价表中价款作为成本计算，该价格仅是前期预算价格，不能作为最终结算价格。三、原审法院并未认定上诉人系胜拓公司高级管理人员，却依据公司法148条规定判决刘广涛将涉案两项工程所得的收入归入胜拓公司，没有事实和法律的依据。

胜拓公司辩称，原审法院认定事实清楚，适用法律正确，应予以维持。一、上诉人自1992年7月份进入胜拓公司工作，2008年担任经营部副经理至2012年，2013年、2014年担任胜拓安装公司运营管理部经理。上诉人的经营部掌握公司各项事务的运行，尤其掌握公司所有的客户渠道，并负责公司业务维护及拓展。安装公司运营部实际掌握公司全面对外经营、施工生产组织管理、工程款回收、职工队伍管理、技术学习培训、资格证书考取、年审等对外经营权和重大事项执行权，上诉人就是高级管理人员。被上诉人前身是山东省建材工业设备安装工程公司，上诉人跟随董事长与相关单位联系业务，掌握公司很多业务单位关系及信息渠道。上诉人在履行公司职务期间，以借用四方公司资质将涉案工程转包给他人的方式，损害了公司的经济利益。二、上诉理由与客观事实不符。四方公司具备专业技术管理人员，上诉人称四方公司得知招标信息后主动联系上诉人不符合常理，且上诉人是以个人名义转包给他人。上诉人借用四方公司资质与山东东华水泥有限公司淄博万华分公司签订合同的时间是2014年3月11日，而上诉人将工程转包给李东升的合同签署时间是2014年2月28日。转包合同中还特别约定：“协助乙方办理有关资质证件，对乙方有审核监督权。”可见，上诉人利用作为胜拓安装公司运营管理部经理的职务便利，为自己谋取属于公司的商业机会，先找到李东升的施工队伍，因李东升不具备相关资质，上诉人根据与李东升的合同约定，再找到四方公司，以借用四方公司的资质达到侵害被上诉人公司利益的目的。

胜拓公司向一审法院起诉请求：被告赔偿原告经济损失2735503.34元，本案诉讼费、鉴定费由被告承担。

一审法院认定事实：被告刘广涛自1992年7月份在原告处参加工作，2008年担任原告经营部副经理至2012年，2013年、2014年担任公司经营部经理。四方公司于2014年3月11日、2014年7月15日，分别与作为发包人的北京凯盛建材工程有限公司（以下简称凯盛公司）、东华水泥淄博万华分公司签订机电设备安装工程施工合同，刘广涛均作为四方公司的委托诉讼代理人在合同尾部签字。2014年2月28日，刘广涛（甲方）作为发包方与作为承包方的李东升（乙方）签订工程承包合同，承包工程名称为山东东华水泥有限公司淄博万华分公司量能提升安装工程，第五条约定：合同价款以清单单价为准，根据现场实际发生的工程量计算（详细价格清单见附件1，工程量以业主及监理签字、并经审计后为准）。工程款的详细付款方式见甲方与业主的总承包合同内容，但在付款中应扣除全部主材料费用，按甲乙双方所占比例支付乙方。工程款的支付与结算方式执行甲方与业主的总承包合同。甲乙双方共同承担工程款的支付责任，业主不向甲方付款时，乙方也不准向甲方索要工程款。第六条约定：承包方式采用包工包料的方式，包材料、包人工、包质量、包工期、保安全、包现场文明施工、包定额损耗等全部费用。第八条约定，D、工程款的支付及结算方式：乙方在施工现场负责工程量的统计上报，工程款的催付，但所有款项乙方不准经手，必须经过甲方或甲方派出的代表与业主业务办理款项支付手续，由甲方取得资金后，三日内按比例支付乙方。如不经甲方允许，乙方私自伪造或私自从业主方发生经济往来，乙方承担全部责任，除追究乙方民事责任外并对乙方进行双倍索赔，乙方并不准有异议。E、结算步骤：按照甲方与业主签订的总合同执行，税金分别承担。乙方与甲方结算总价的税金由乙方承担，甲方所提管理费税金由甲方承担，乙方应承担的税金在甲乙双方的工程结算中有甲方扣除。第十一条约定，双方责任（一）甲方责任和权力：1、甲方负责工程的招投标及合同的签订，处理与业主之间的重大问题。2、负责工程结算、款项回收，费用由乙方承担。7、协助乙方办理有关资质证件，对乙方有审核监督权。8、组织工程竣工验收，办理竣工结算等。第十六条约定：其他约定条款（一）本合同未尽事宜，执行甲方与业主签订的总承包协议（见附件三），总承包协议中不包含的部分经双方协商同意签订补充协议，补充协议作为本合同的附件，与原合同具有同等法律效力。2014年7月15日，刘广涛（甲方）作为发包方与作为承包方的李东升（乙方）又签订工程承包合同，工程名称为泰山中联水泥有限公司水泥技改工程，合同其他内容同2014年2月28日刘广涛与李东升签订的工程承包合同内容相似。东华水泥淄博万华分公司出具的2014年12月10日工程竣工验收证明书记载：东华水泥淄博万华分公司生产能量系统化优化工程于2014年5月1日开工，于2014年6月15日竣工，验收日期为2014年12月10日，验收意见为合格，工程造价为3377639元，施工单位为山东四方安装工程有限公司，负责人为李东升等内容。凯盛公司出具调查令反馈说明记载：由于泰山中联水泥有限公司水泥磨技改工程机电设备安装项目存在争议等原因业主尚未与我公司结算，故我公司未与四方公司结算，故无法按照调查令提供项目的结算书，亦无法提供我公司与四方公司关于该项目的审计报告。2014年12月16日，四方公司为凯盛公司出具工程款发票240万元。胜拓公司向法院提出申请，对刘广涛因泰山中联水泥有限公司水泥技改工程项目和山东东华水泥有限公司淄博万华分公司量能提升安装工程项目所获利益进行司法评估（审计），经依法委托，山东君楷会计师事务所出具报告书，鉴定结论为：被申请人刘广涛在泰山中联水泥有限公司水泥技改工程项目中，共结算工程款8280559.00元，其中支付李东升材料款及代购材料款5094920.00元，应支付四方公司资质使用费165611.18元，应缴纳有关税费284524.48元，两工程项目共获益2735503.34元。胜拓公司为此支出鉴定费40000元。一审法院认为，被告刘广涛自1992年至2014年期间一直在原告胜拓公司任职，2014年度被告刘广涛在胜拓公司担任运营管理部经理，对此，原、被告均予以认可，法院予以采信。根据庭审查明事实情况及原、被告双方举证质证的情况，针对双方争议焦点问题认定如下：一、对于刘广涛担任的胜拓公司运营管理部经理是否属于公司高级管理人员，是否自营或为他人经营与胜拓公司同类的业务。原告主张刘广涛担任的运营管理部经理，是公司股东，主要负责公司对外业务经营，属于公司高级管理人员。被告不予认可，认为刘广涛仅是中层持股干部，不是公司高级管理人员。被告刘广涛作为公司运营管理部经理，其在行使公司职权过程中实际掌握公司人力、物力、信息、客户渠道等重要商业资源，且在职权范围内实际掌握着公司对外经营权和重大事项执行决定权。被告刘广涛在其履行公司职务期间，利用职务便利为自己谋取属于公司的商业机会，在四方公司与凯盛公司、东华水泥淄博万华分公司签订的机电设备安装工程施工合同中，刘广涛以四方公司委托代理人名义在合同中签字，但在刘广涛与李东升签订的涉案工程两份工程承包合同中，刘广涛以发包方名义签订合同，且在该两份工程承包合同中，没有任何关于四方公司的记载，综合以上，刘广涛以四方公司名义承包工程，后又以个人名义对外承包涉案两项工程，符合借用资质的要件，在被告未提供其他反驳证据的情况下，对刘广涛借用四方公司资质承包工程的事实予以认定。涉案两项工程为机电设备安装工程施工合同，与胜拓公司的经营范围重合。刘广涛辩称，胜拓公司不符合涉案两项工程的招标条件，且2014年胜拓公司建筑业企业资质证书没有进行年审，不具备承揽工程的招标资质条件，提供投标邀请函和招标文件、建筑业企业资质证书复印件等证据予以证实。胜拓公司对此提出异议，认为投标邀请函没有公章，招标文件加盖的是泰山中联水泥有限公司设备保障部的公章，且胜拓公司按时年审资质证书，以上证据不能证实刘广涛的辩称主张。胜拓公司对于投标邀请函及招标文件的异议成立，予以采信。因被告刘广涛提供的山东建筑工程管理局作出的证书系复印件，在被告刘广涛未提供其他证据佐证的情况下，无法准确证实其辩称的在2014年原告相关证书没有年审无法承接工程的主张，故对被告刘广涛的上述辩称不予采信。在胜拓公司章程中也记载“董事、经理不得自营或者为他人经营与其所在职公司同类的业务或者从事损害本公司利益的活动”。为此，依据《中华人民共和国公司法》第一百四十八条规定，董事、高级管理人员不得有下列行为：（一）挪用公司资金……（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。刘广涛在担任胜拓公司运营管理部经理期间，借用四方公司资质对外承接工程，经营与所任职公司同类业务属实，刘广涛应将涉案两项工程所得的收入归入胜拓公司。二、涉案两项工程被告刘广涛所得收入情况。胜拓公司申请对涉案两项工程刘广涛获利情况进行司法鉴定，经依法委托，山东君楷会计师事务所进行鉴定，出具报告书。被告刘广涛对该报告书提出异议，认为审计单位超越职权认定刘广涛借用四方公司资质，对资质使用费采用主观推定原则，且涉案两工程均是以单价为准的总价可调合同，审计单位将合同拟定时的拟定总价作为工程成本价格不合理，将一些推断没有事实依据的数据放入审计报告，该报告书不应作为定案依据。对于借用资质问题在争议焦点一已经进行阐述，不再赘述。对于资质使用费系专业审计范围，应按照通行做法认定，被告刘广涛未提供相反证据推翻报告书，对此原审法院予以采信。对于东华水泥淄博万华分公司涉案工程造价有该公司出具的工程竣工验收证明书等相关证据证实，故对报告书中关于刘广涛在该项目中获益893908.98元予以采信。对于凯盛公司涉案工程因凯盛公司出具调查令反馈说明中明确表示该项目存在争议尚未结算，故报告书作出的刘广涛获利结论依据不足，不予采信，胜拓公司可在组织证据后另行起诉。对于鉴定费，属于原告为解决本案纠纷实际支出的合理费用，对原审法院依法采信的一项工程收入情况的鉴定费20000元予以支持。综上，依照《中华人民共和国公司法》第一百四十八条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条之规定，原审法院判决：一、被告刘广涛限自判决生效之日起十日内支付原告山东胜拓工业建设有限公司913908.98元；二、驳回原告山东胜拓工业建设有限公司其他诉讼请求。如果未按判决指定的期间履行给付金钱义务，应当按照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。案件受理费减半收取14342元，由原告山东胜拓工业建设有限公司承担9609元，由被告刘广涛承担4733元。

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质证。本院经审理查明，四方公司在本案诉讼期间于2018年12月28日出具证明一份，内容为：“兹证明2014年由我公司承包的山东东华水泥有限公司淄博万华分公司量能提升安装工程和与北京凯盛建材工程有限公司签订的关于泰山中联水泥有限公司水泥技改工程，我公司委托刘广涛作为代理人签订合同，合同系我公司履行的，刘广涛仅仅是我公司的代理人。”本院查明的其他事实与原审法院查明的事实相一致。

本院认为，被上诉人胜拓公司起诉上诉人刘广涛损害公司利益并要求其赔偿经济损失。损害公司利益责任纠纷，是指公司股东滥用股东权利或者董事、监事、高级管理人员违反法定义务，损害公司利益而引发的纠纷。《中华人民共和国公司法》第一百四十八条规定：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、高级管理人员违反前款规定所得的收入应当归公司所有。故本案应审查胜拓公司所诉是否符合上述规定的情形，具体应审查以下三方面的事实：一、刘广涛是否胜拓公司的董事或高级管理人员；二、刘广涛是否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胜拓公司同类的业务；三、刘广涛是否因此取得收入及收入具体数额认定。

关于第一个问题，胜拓公司的内部文件证实刘广涛在2013年、2014年期间担任胜拓公司下属安装公司运营管理部经理，上诉人刘广涛对其职务岗位无异议，但认为其是胜拓公司的一般管理人员，并非高级管理人员。《中华人民共和国公司法》第二百一十六条第（一）项规定：“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”。刘广涛虽非工商登记的胜拓公司高级管理人员，但高级管理人员应指对公司决策、经营、管理负有领导和指挥职责的自然人，高级管理人员岗位的认定应充分尊重公司自治。根据胜拓公司内部任职岗位文件的内容，刘广涛负责的安装公司运营管理部职责为：负责安装公司全面对外经营、施工生产组织管理、工程结算、工程款回收、职工队伍管理、技术学习培训、资格证书考取、年审、职工安全生产保险管理等。即刘广涛作为胜拓公司安装公司营运管理部的经理负责胜拓公司的主营业务。而且，刘广涛在庭审中称胜拓公司除了董事长刘洪旺之外没有其他高级管理人员，其在刘洪旺董事长的直接领导安排下工作。所以，根据胜拓公司的内部机构设置及岗位职责分工决定，可以认定刘广涛为胜拓公司的高级管理人员。上诉人刘广涛主张其不属于胜拓公司高级管理人员不能成立，本院不予采纳。

关于第二个问题，公司董事、监事、高级管理人员对公司负有忠实、勤勉义务。上诉人刘广涛在任职胜拓安装公司运营管理部经理期间，为了四方公司的经营业务，以四方公司委托代理人的名义，代表四方公司与案外人签订涉案两个工程项目的《机电设备安装工程施工合同》，为四方公司安装工程承包业务提供服务。胜拓公司的经营范围亦包括机电设备安装工程，与四方公司的该方面经营范围重叠，属于经营同类业务。刘广涛在未经胜拓公司股东会或者股东大会同意的情况下，为四方公司经营与胜拓公司同类的业务，违反了对胜拓公司负有的忠实、勤勉义务，存在违反竞业禁止义务的行为,损害了胜拓公司利益。被上诉人主张涉案两工程是刘广涛借用四方公司资质进行自营，上诉人不予认可，并提交四方公司出具的证明。四方公司的证明中载明：涉案两工程由四方公司委托刘广涛作为代理人签订施工合同，合同系由四方公司实际履行。至于刘广涛与李东升签订工程承包合同，将涉案两工程转包给李东升实际施工的情况，刘广涛主张系四方公司委托其与李东升签订转包合同，该陈述与四方公司出具的证明内容相符。而且，原审法院调取的涉案两工程施工建设材料亦证明四方公司作为施工单位实际履行施工合同，并没有证据显示刘广涛参与经营承包工程建设。故被上诉人主张刘广涛借用四方公司资质自营承包涉案工程，证据不足，应承担举证不能的法律后果。本院对被上诉人主张刘广涛自营与胜拓公司同类业务不予采纳，对刘广涛为他人经营与胜拓公司同类业务的事实予以认定。

关于第三个问题，上诉人刘广涛利用职务便利为他人经营与胜拓公司同类的业务所得收入的情况，上诉人称：因四方公司的项目经理李恒才与其是同学关系，才找到上诉人帮忙作为四方公司代理人签订合同，刘广涛在代为签订合同后并未参与涉案工程施工事务，也未从四方公司取得任何代理报酬。被上诉人对刘广涛的陈述不认可。被上诉人主张刘广涛借用资质自营涉案工程项目并取得工程款收入，如前所述，本案已认定刘广涛系为他人经营与胜拓公司同类的业务，并非自营与胜拓公司同类的业务，故刘广涛因违反对胜拓公司的忠实勤勉义务而取得的收入不能以涉案工程的工程款为基础来计算认定。一审中，被上诉人申请司法鉴定刘广涛在工程项目中获益情况，该鉴定结论是按照刘广涛借用资质自营涉案工程为事实基础计算的收益，与本院前述认定的事实不一致，该鉴定结论不予采纳。故被上诉人主张上诉人按该鉴定结论数额向被上诉人支付收入不能成立。刘广涛为他人经营与胜拓公司同类的业务所取得的收入应系刘广涛在涉案两工程中为四方公司提供服务所取得的报酬，该部分收入应当归胜拓公司所有。但本案现有证据无法证实刘广涛实际取得该部分服务报酬收入的情况及数额。被上诉人要求上诉人赔偿经济损失2735503.34元，证据不足，应承担举证不能的法律后果,本案中对被上诉人的诉求不予支持，其可待证据充分后另行向上诉人主张权利。

综上所述，本案仅确认刘广涛为他人经营与胜拓公司同类的业务违反了对胜拓公司的忠实义务，胜拓公司所诉经济损失数额证据不足，其诉求予以驳回。上诉人刘广涛的上诉请求成立。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第三款第一项之规定，判决如下：

一、撤销泰安市岱岳区人民法院（2018）鲁0911民初6013号民事判决；

二、驳回山东胜拓工业建设有限公司的诉讼请求。

一审案件受理费14342元，二审案件受理费12939元，均由被上诉人山东胜拓工业建设有限公司负担。

本判决为终审判决。

审判长　陈　峰

审判员　梁丽梅

审判员　张　萍

二〇二〇年五月六日

书记员　许安冉