天津市第一中级人民法院

民 事 裁 定 书

（2015）一中民五初字第0044号

原告北方技术国际（亚太）有限公司（NTIASEAN,LLC），住所地美国内华达州里诺北第一大街1号。

代表人帕特里克?凛智（PatrickLynch），董事。

委托代理人高伟昌，上海左券律师事务所律师。

被告蒙涛。

委托代理人王家德，上海邦信阳中建中汇律师事务所律师。

委托代理人柏晓俊，上海邦信阳中建中汇律师事务所律师。

被告徐卉。

委托代理人王家德，上海邦信阳中建中汇律师事务所律师。

委托代理人柏晓俊，上海邦信阳中建中汇律师事务所律师。

第三人天津洁乐特防锈技术有限公司，住所地天津新技术产业园华苑产业区物华道2号A座3-008室。

法定代表人蒙涛，董事长。

委托代理人王家德，上海邦信阳中建中汇律师事务所律师。

委托代理人贾润峰，上海邦信阳中建中汇律师事务所律师。

原告北方技术国际（亚太）有限公司（以下简称北方技术亚太公司）与被告蒙涛、徐卉及第三人天津洁乐特防锈技术有限公司（以下简称天津洁乐特公司）损害公司利益责任纠纷一案，本院受理后，依法组成合议庭，公开开庭进行了审理。原告北方技术亚太公司的委托代理人高伟昌，被告蒙涛、徐卉的委托代理人王家德、柏晓俊，第三人天津洁乐特公司的委托代理人王家德、贾润峰到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原告北方技术亚太公司诉称，第三人天津洁乐特公司系由原告持有50%股权、ZERUSTHOLDINGLIMITED公司和TIANTINZERUSTHOLDINGLIMITED公司各持有25%股权组成。被告蒙涛自天津洁乐特公司成立之日起即担任公司董事和总经理，后担任董事长。蒙涛的配偶即被告徐卉自公司成立即开始参与并进而主管天津洁乐特公司的财务会计工作。2014年2月，徐卉离任天津洁乐特公司财务总监仍持续的参与并决定天津洁乐特公司的财务决策。一、原告认为被告蒙涛、徐卉均违反了董事和高级管理人员对公司应尽的忠实义务、勤勉义务和竞业禁止义务。2010年11月29日，蒙涛出资设立一人有限公司上海汉津化工技术有限责任公司（以下简称上海汉津公司），蒙涛担任法定代表人，经营范围包括“包装制品加工销售”。2005年9月26日，上海洁乐特防锈包装技术有限公司（以下简称上海洁乐特公司）成立，徐卉担任法定代表人，经营范围包括“防锈包装材料加工及销售”。以上两公司自营与天津洁乐特公司同类的业务。对于前述公司的设立和经营，天津洁乐特公司其他股东、天津洁乐特公司董事会、原告所委任之董事均不知情，更未征得全体股东或董事会的同意。上海汉津公司与上海洁乐特公司设立之初，即成为天津洁乐特公司供应商，且其收入、利润主要甚至全部来源于天津洁乐特公司。被告蒙涛、徐卉利用职务便利为自己谋取属于天津洁乐特公司的商业机会。具体表现：天津洁乐特公司将进口的母料以成本价销售给上海洁乐特公司，上海洁乐特公司将母料简单加工成产品后销售给天津洁乐特公司，其中加工费约占上海洁乐特公司总销售收入的22%。上海洁乐特公司向天津洁乐特公司出租房屋和机器设备，天津洁乐特公司所支付的租金水平均明显高于公允价格，天津洁乐特公司支付租金的房屋面积，显著大于所实际使用的房屋面积，天津洁乐特公司所承租的机器设备，也本可自行购置。上海洁乐特公司和天津洁乐特防锈技术有限公司上海分公司在人员、经营和办公场所、办公设施和设备等方面均严重混同，相应的办公成本、费用实质上几乎均由天津洁乐特防锈技术有限公司上海分公司承担。由被告蒙涛一人持有全部股权并担任法定代表人的上海汉津公司，进口防锈油并将其进行简单加工后销售给天津洁乐特公司，上海汉津公司同时还向天津洁乐特公司提供技术支持方面的指导和培训。上海汉津公司经营地与上海洁乐特公司经营地系属同一地点，所谓加工设备、人员、联系电话均涉嫌存在严重混同甚至同一。二、二被告存在与天津洁乐特公司进行“自我交易”。由蒙涛100%持股的上海汉津公司和由徐卉100%持股的上海洁乐特公司，与天津洁乐特公司之间，发生经常性的大额交易，甚至相当一部分交易发生在蒙涛和徐卉同时在天津洁乐特公司担任高级管理人员期间。前述交易发生时和发生后，蒙涛和徐卉均既未主动向天津洁乐特公司全体股东或董事会告知其在上海汉津公司、上海洁乐特公司中的持股状况，更未征得全体股东或董事会对交易的同意，其行为已构成公司法所明确禁止之“自我交易”行为，违反了公司法的强制性规定，应确认无效。三、两被告违反公司法的规定，存在未经公司股东会或股东大会同意，将公司资金借贷给他人的行为。四、根据公司法的规定，两被告违反竞业禁止义务和从事自我交易所取得收入应当归第三人所有。鉴于情况紧急，为避免公司利益受到损失，且公司未设立监事会，故提起诉讼。请求判令：1、确认被告蒙涛和被告徐卉均违反董事、高级管理人员对第三人应尽的忠实义务（包括但不限于竞业禁止义务和自我交易义务）和勤勉义务；2、确认被告蒙涛和被告徐卉与第三人之间进行交易无效；3、两被告因第二项诉讼请求取得的全部收入（暂计算为人民币2338722元）应当归第三人所有；4、本案诉讼费用由被告一和被告二承担。

被告蒙涛答辩称，1、原告作为第三人的股东，根据公司法的规定，在不属于情况紧急的情况下，根本无权直接向法院提起本案诉讼。2015年1月1日原告明确向第三人及被告蒙涛发出通知，提出解除合作关系的主张，同时停止了向天津洁乐特公司提供母料。天津洁乐特公司已经没有办法按照原有的生产模式进行生产，不会造成第三人公司利益的损失，也不会间接造成股东利益的减损。原告没有向公司的董事会、股东会就它所认为的蒙涛与徐卉侵犯公司利益这一主张做过任何的报告要求查处，因此原告直接起诉违反了公司法的有关规定，要求法院驳回原告的起诉。2、原告从2011年起指定中国天职公司对第三人进行长达四年的财务跟踪审计，被告蒙涛未隐瞒上海汉津公司、上海洁乐特公司的存在。同时原告的股东与上海汉津公司也进行交易，以上证据能证明原告知道上海汉津公司、上海洁乐特公司的存在。3、我国法律没有规定公司的股东、公司的高级管理人员只能对一个公司进行投资。天津洁乐特公司的油品与上海汉津公司的油品种类不同，有明显差别，上海汉津公司的成立没有造成股东利益的减损。因此不存在竞业禁止及夺取商业机会的事实。4、天津洁乐特公司为了业务的发展，向武汉笑天公司做了短期的借款，审计发现后，情况已经纠正，资金已经于两年前回归到天津洁乐特公司。5、天津洁乐特公司所有股东投资了10万美金之后，不愿意购买厂房和机器设备，仅通过美国提供一部分的母料在国内由代工单位进行加工，以天津洁乐特公司名义对外销售。上海洁乐特公司与天津洁乐特公司之间不存在竞争，两者是企业代工关系。原告至今没有拿出任何一份证据证明上海洁乐特公司在直接销售天津洁乐特公司进口母料后生产的防锈用品。综上，被告蒙涛不同意原告的所有诉讼主张。

被告徐卉辩称，同意被告蒙涛的答辩意见。原告没有证据证明徐卉是天津洁乐特公司的高级管理人员，因此要求法庭驳回原告对被告徐卉所有的诉讼主张。

第三人天津洁乐特公司称，认可二被告的答辩意见。被告蒙涛任职天津洁乐特高管期间是尽职尽责的，不存在违反忠实义务和竞业限制义务，不存在抢占商业机会的任何情况。针对原告的第一项诉讼请求，提出程序上的异议，因为根据民诉法的规定，原告的第一项诉讼请求是确认之诉，只能用于请求法院确认某种法律关系的存在与否，而不是像原告所述的确认一种义务，这项诉请本身就是违反民诉法的，不应该为法院所支持。

经审理查明，第三人天津洁乐特公司成立于1999年10月13日，为外资企业。第三人天津洁乐特公司系由原告持有50%股权、ZERUSTHOLDINGLIMITED公司和TIANTINZERUSTHOLDINGLIMITED公司各持有25%股权组成。被告蒙涛自天津洁乐特公司成立之日起即担任公司董事和总经理，后担任董事长。天津洁乐特公司经营范围为开发、生产、销售气化性防锈聚乙烯产品及相关的技术咨询。该公司未设监事会。公司章程4-2规定“董事会决定公司的一切重大事宜”。

被告徐卉系被告蒙涛之配偶。

上海汉津公司成立于2010年11月，经营范围包括化工领域内的技术开发、技术咨询、技术服务；塑料制品、金属制品、包装制品加工销售。被告蒙涛为其股东及法定代表人。被告蒙涛认可第三人从上海汉津公司购买产品的事实。

上海洁乐特公司成立于2005年9月，经营范围包括防锈包装材料加工及销售，防锈专业领域内的技术咨询及技术服务。被告徐卉为其股东及法定代表人。被告徐卉认可上海洁乐特公司是第三人的加工企业。

以上事实有原、被告提交的证据及庭审笔录一并在案佐证，本院予以认定。

本院认为，本案原告北方技术亚太公司注册地在美国，本案为涉外案件。依据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第十四条第一款，法人及其分支机构的民事权利能力、民事行为能力、组织机构、股东权利义务等事项，适用登记地法律。本案为股东起诉公司董事、高管损害公司利益责任纠纷，涉及原告北方技术亚太公司作为第三人天津洁乐特公司股东的股东权利，应适用天津洁乐特公司登记地法律，因此，本案应适用中华人民共和国法律。

本案主要争议焦点为：1、原告是否可以股东身份直接起诉被告蒙涛、徐卉损害公司利益责任纠纷；2、原告请求确认二被告未履行忠实义务和勤勉义务能否作为独立诉请以及同时起诉二被告共同承担收入归入第三人公司的责任是否符合起诉条件；3、二被告是否存在损害第三人公司利益的行为及是否应承担责任。

1、原告是否可以股东身份直接起诉被告蒙涛、徐卉损害公司利益责任纠纷。

本案原告主张其可以直接以股东身份提起诉讼的理由有两点：1、第三人未设监事会和监事；2、情况紧急不起诉将使第三人公司利益受损。本院认为，公司法第一百五十一条规定为股东代表诉讼设置了前置程序，股东在起诉董事、高级管理人员之前，应当先以书面形式请求监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事以公司名义对董事、高级管理人员损害公司利益的行为提起诉讼，监事会拒绝提起诉讼或者自收到请求之日起三十日内未提起诉讼的，股东才能以自己名义提起派生诉讼。这一规定的设置，主要考虑到公司纠纷中，司法应持有限介入原则，即是对公司自治机制的补充和救济，所以审判权在介入公司纠纷之前，应当首先穷尽内部救济。经查第三人确未设立监事会和监事，在此情形下应本着公司自治优先的原则回归到公司章程的约定，了解公司是否有其他的自我救济手段，本案第三人公司章程中明确规定董事会决定公司的一切重大事宜。因此原告应向第三人公司的董事会提出上述主张，在董事会拒绝提起诉讼或者自收到请求之日起三十日内未提起诉讼的，股东才能以自己名义提起派生诉讼。公司法第一百五十一条亦规定，情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的，股东有权为了公司的利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。本案原告主张直接起诉的第二个理由即存在情况紧急情形，首先其未提供证据证实存在该情形，其次原告明确诉请的是收入归入权即对已发生事实的权利主张，亦不属于情况紧急。因此原告以股东身份直接起诉不符合法律规定的起诉条件。

2、原告请求确认二被告未履行忠实义务和勤勉义务是否构成独立诉请及同时起诉二被告共同承担收入归入第三人的责任是否符合起诉条件。

《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十九条第一款第三项规定，起诉必须有明确的诉讼请求和事实、理由。关于原告请求确认二被告未履行忠实义务和勤勉义务是否能作为独立的诉请。确认之诉系以确认权利或者法律关系为目的的诉，是否具有诉的利益是其构成要件之一。本案原告以损害公司利益责任纠纷为由提起诉讼，属于侵权责任纠纷性质。公司董事、高管应承担忠实义务、勤勉义务，对此公司法虽有规定，但目标公司的董事、高管未履行上述义务的具体表现即具体的对目标公司的侵权行为形式，公司法亦有明确的规定。因此目标公司的董事、高管是否承担侵权责任的前提之一是其存在具体的对目标公司的侵权行为。原告请求确认二被告未履行忠实、勤勉义务的诉请，就本案而言，只是判断被告是否应承担侵权责任的一个条件，并不构成一个独立的诉请。

关于原告同时起诉二被告共同承担收入归入第三人是否符合起诉条件。本案原告明确二被告分别成立上海汉津公司、上海洁乐特公司，利用二公司分别实施了不同的侵权行为，各项侵权行为可能构成不同的诉讼标的。但其诉请二被告共同承担无效交易的收入归还第三人，将二被告一并列为被告，又未将侵权事实与各被告的关系予以明确，使法院无法判定其诉讼标的系同一种类，从而认定构成共同诉讼的必要，亦不符合起诉的条件。

3、二被告是否存在损害第三人利益的行为及是否应承担责任。

本院认为鉴于原告的起诉在程序上不符合起诉条件，故对其诉讼请求所涉及的其他问题，不作评判。

综上，原告对二被告的起诉不符合起诉条件，二被告抗辩应驳回原告起诉的主张，有相应的事实、法律依据，应予支持。原告可按公司法的规定履行相关的诉讼前置程序后，再行提起诉讼。根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第十四条第一款、《中华人民共和国公司法》第一百五十一条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十四条第一款第（三）项之规定，裁定如下：

驳回原告北方技术国际（亚太）有限公司（NTIASEAN,LLC）的起诉。

案件受理费25510元，退还原告北方技术国际（亚太）有限公司（NTIASEAN,LLC）。

如不服本裁定，可在裁定书送达之日起三十日内，向本院递交上诉状，并按照对方当事人的人数提出副本，上诉于天津市高级人民法院。

审　判　长　　张　岩

代理审判员　　王颖鑫

人民陪审员　　万志坚

二〇一六年四月十九日

书　记　员　　张荔颖

附：本裁判文书依据法律规定的具体条文：

1.《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第十四条第一款：

法人及其分支机构的民事权利能力、民事行为能力、组织机构、股东权利义务等事项，适用登记地法律。

……

2.《中华人民共和国公司法》第一百五十一条：

董事、高级管理人员有本法第一百四十九条规定的情形的，有限责任公司的股东、股份有限公司连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之一以上股份的股东，可以书面请求监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事向人民法院提起诉讼；监事有本法第一百四十九条规定的情形的，前述股东可以书面请求董事会或者不设董事会的有限责任公司的执行董事向人民法院提起诉讼。

监事会、不设监事会的有限责任公司的监事，或者董事会、执行董事收到前款规定的股东书面请求后拒绝提起诉讼，或者自收到请求之日起三十日内未提起诉讼，或者情况紧急，不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的，前款规定的股东有权为了公司的利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。

3.《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十四条第一款第（三）项：

裁定适用于下列范围：

……

驳回起诉；

……