江苏省南京市中级人民法院

民 事 判 决 书

(2016)苏01民终4664号

上诉人（原审被告）：南京朵玛健身有限公司，住所地在江苏省南京市江东北路204号6幢-7A、B、C、D、E。

法定代表人：张韦，该公司总经理。

委托诉讼代理人：姚希康，江苏天煦律师事务所律师。

委托诉讼代理人：王美慧，江苏天煦律师事务所实习律师。

被上诉人（原审原告）：刘静，女，1983年1月22日出生，汉族。

委托诉讼代理人：曹永生，江苏诺华律师事务所律师。

上诉人南京朵玛健身有限公司（以下简称朵玛公司）因与被上诉人刘静损害公司利益责任纠纷一案，不服南京市鼓楼区人民法院(2016)苏0106民初142号民事判决，向本院提起上诉。本院于2016年6月3日立案后，依法组成合议庭，于2016年7月12日公开开庭进行了审理。上诉人朵玛公司的委托诉讼代理人姚希康、王美慧，被上诉人刘静的委托诉讼代理人曹永生到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

朵玛公司上诉请求：撤销一审判决，改判支持朵玛公司的一审全部诉讼请求。事实与理由：一审判决认定“刘静退出公司后，从事、经营与朵玛公司同类业务的，不构成违反竞业禁止义务”没有事实及法律根据。刘静原为朵玛公司股东，于2015年6月17日退出。此前，朵玛公司另一股东张韦与刘静曾在2015年2月22日签订《合伙经营协议》，约定了竞业禁止义务以及违反以后的赔偿金计算方法，对双方具有约束力。该协议虽没有约定竞业禁止义务的期限，但基于诚实信用原则，股东在卸任后的一定期限内因其原股东权力的影响，仍可能损害公司的利益，故在退出公司后的一定期间内仍应履行竞业禁止义务，这是双方签订协议约定竞业禁止的当然之意。且刘静原为朵玛公司的副总经理，系高级管理人员，对公司负有忠实义务和勤勉义务。普通员工尚且有两年的竞业禁止规定，对股东就更应该适用。刘静退出公司的目的就是从事与朵玛公司完全相同的业务，朵玛公司对此并不知情。在刘静退出朵玛公司之前，南京麟韵合商贸有限公司（以下简称麟韵合公司）于2015年5月26日成立，股东、法定代表人黄建云是刘静的丈夫，另一个股东吴春霖是江苏地区总代理路霞翔的儿子。麟韵合公司实际经营的产品和销售模式与朵玛公司完全相同，开设同类店面，产品的厂家也完全一致。麟韵合公司一共有六个门店，其中刘静经营麟韵合公司“闪电瘦身”旗舰店，路霞翔、胡小红（朵玛公司原来的加盟商）是另两个门店经营者。麟韵合公司广告中的联系电话也是刘静的手机号码。此外，因刘静在一审中认可《股权转让协议》上张韦的签字非张韦本人所签，均系刘静操作，刘静属于恶意退出公司，该转让协议无效，对朵玛公司没有约束力。张韦在2015年5月向刘静支付了50428元，即2015年4月的利润，12倍之后即为60万元，朵玛公司考虑到该数额过高，朵玛公司主动调整违约金的数额为30万元。

刘静辩称，请求驳回朵玛公司上诉，维持原判。就刘静退出公司的问题，系张韦要求刘静退出，双方在2015年5月中旬即达成了一致意见并开始办理相关的手续，2015年6月17日，朵玛公司办理了股东的工商变更手续。案涉《合伙经营协议》签约双方为张韦与刘静，朵玛公司并非协议相对人，无权依据该协议来主张权利。该协议并未约定刘静退出公司仍应负竞业禁止义务，故要求刘静承担竞业禁止的责任缺乏法律根据。刘静在职期间亦不存在违反竞业禁止的行为。张韦在2015年5月支付的50428元确已收到，但该金额不全是利润，包括了张韦返还刘静的公司备用金1万元、刘静在公司的货款21900元和其他款项9271元，剩余的9257元才是张韦向刘静支付的2015年4月利润。

朵玛公司向一审法院起诉请求：判决刘静赔偿朵玛公司违约金30万元。

一审法院认定事实：2015年2月22日，朵玛公司股东张韦、刘静签订《合伙经营协议》，约定：双方共同经营朵玛公司，各占50%份额，盈余按各50%分配；禁止合伙人参与经营与本合伙项目相关或有竞争的业务，如违反规定经营，应向本合伙组织支付前两年内经营所得利润最高月份利润（或平均利润）12倍的违约金；因本协议或与本协议有关的一切争议，双方协商不成，提交南京仲裁委员会仲裁等等。

2015年6月12日，张韦与刘静签订《股权转让协议》，约定：刘静将其持有的朵玛公司5万元股权转让给张韦；张韦在协议生效之日起30日内，向刘静全额支付5万元。2015年6月17日，朵玛公司进行了工商变更登记，股东由张韦、刘静变更为张韦，公司类型变更为自然人独资。

朵玛公司成立于2012年11月19日，经营范围为健身服务，卫生用品、化妆品的销售。麟韵合公司成立于2015年5月26日，股东为黄建云、吴春霖，经营范围为精油香料、化妆品销售、保健食品销售、化妆品生产等。

2015年10月12日，张韦向南京仲裁委员会提起仲裁申请，要求被申请人刘静支付违约金30万元。2015年12月28日，张韦撤回仲裁申请，南京仲裁委员会作出决定书，同意其撤回仲裁请求的申请。

对以上事实认定，除朵玛公司认为案涉《股权转让协议》中张韦的签字不真实以外，双方当事人均无异议。对双方均不持异议的事实认定部分，本院依法予以确认。

一审法院认为，当事人的合法利益应受法律保护。本案中，刘静认为双方约定有仲裁条款，故法院不应受理。《合伙经营协议》约定，因本协议或与本协议有关的一切争议，双方协商不成的，提交南京仲裁委员会仲裁。该仲裁条款系约束朵玛公司两股东，公司与股东之间纠纷不受该仲裁条款约束。且即使有效，刘静在一审法院给予的答辩期内未提出异议，并到庭应诉，亦应视为其放弃仲裁协议，故对刘静上述抗辩意见，应不予采信。

《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）规定，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。上述规定系法定竞业禁止义务，仅针对公司董事、高级管理人员在职期间的行为，并不包括离职后的竞业禁止义务。本案中，张韦与刘静签订的《合伙经营协议》实为朵玛公司股东之间的协议，对协议约定的股东竞业禁止条款，双方应予遵守。麟韵合公司成立于2015年5月26日，刘静于2015年6月12日转让其持有的朵玛公司的股份。朵玛公司提供的证据不能证明刘静在作为朵玛公司股东期间违反了竞业禁止义务。上述竞业禁止条款对股东退出公司后的竞业禁止期限未作约定，且刘静退出朵玛公司时，双方亦未签订任何补偿协议。故刘静退出朵玛公司后，从事、经营与朵玛公司同类业务的，不构成违反竞业禁止义务，亦谈不上损害朵玛公司利益，朵玛公司要求的违约金实际上应为损失赔偿，而该公司所举证据不能证明其每月实际利润，其要求刘静支付30万元违约金，无相应计算依据，应不予支持。判决：驳回朵玛公司的诉讼请求。一审案件受理费5800元，减半收取2900元，由朵玛公司负担。

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，本院认定如下：朵玛公司提供了七份证据，刘静因朵玛公司未能提供证据1即短信截屏原件而对真实性不予认可，朵玛公司亦未能提供其他证据佐证，故本院对该证据不予确认。刘静对证据2、3、4、7即微信公众号、报纸、照片的真实性不持异议，故本院对该证据的真实性予以确认，与本案的关联性在说理部分一并阐述。刘静对证据5、6的真实性不予认可，认为胡小红加盟的是麟韵合公司的项目，与刘静无关，朵玛公司亦未能提供证据佐证真实性、关联性，故本院对该证据不予确认。

本案二审争议焦点为：朵玛公司主张刘静违反了案涉《合伙经营协议》第八条第二项约定的竞业禁止义务，并以此要求刘静赔偿30万元，应否支持。

本院认为，股东对公司是否负有竞业禁止义务，一方面来源于法律上是否有相应的明确规定，一方面来源于公司与股东之间或者股东与股东之间是否设定此义务。《公司法》第一百四十九条第一款第五项规定的竞业禁止义务，仅限于董事、高级管理人员。朵玛公司主张刘静原为朵玛公司的副总经理，属于高级管理人员，负有竞业禁止义务，但并未能举证证明，故应承担相应的不利后果。朵玛公司还主张竞业禁止是股东的法定义务，但并未提供相应的法律依据，而前述法律规定的义务主体为董事、高级管理人员，股东并不在此列，故本院对朵玛公司的该部分上诉意见不予支持。

案涉《合伙经营协议》虽名为“合伙”，但并非法律意义上的“合伙”，实为张韦与刘静为利用双方的经营管理经验和人脉关系，共同经营朵玛公司，为明确责、权、利而签订的股东间的合作协议，对协议双方均有约束力。《合伙经营协议》第八条第二项约定，禁止合伙人参与经营与本合伙项目相关或有竞争的业务，该协议在此条款处为股东的竞业禁止义务设定了两个条件，一个条件为“合伙人”的身份，即指向股东身份；另一个条件为“参与经营”与合伙项目即朵玛公司经营的项目相关或有竞争的业务。刘静在担任朵玛公司股东期间，应受此条款约束，对朵玛公司负有竞业禁止义务。2015年6月17日，朵玛公司办理了工商变更登记，刘静将案涉股权转让给张韦，退出朵玛公司。朵玛公司虽对《股权转让协议》中张韦的签字持有异议，但因张韦作为该《股权转让协议》的权利人，并未申请撤销该协议或要求确认该协议无效，且朵玛公司已进行了工商登记变更，故朵玛公司称刘静恶意退出公司的上诉意见，缺乏事实及法律根据，本院不予支持。案涉《合伙经营协议》仅约定了刘静在担任朵玛公司股东期间负有竞业禁止义务，并未约定刘静在退出朵玛公司以后仍负有该义务，故考量刘静是否违反了该竞业禁止义务，应以刘静退出朵玛公司的时间即2015年6月17日作为截止时间。朵玛公司一审中提供的证据包括升级广告、微信公众号发布的升级广告等，以及二审中提供的微信公众号、报纸、照片等证据，证据的内容均发生于2015年6月17日之后，且朵玛公司称其部分加盟商经刘静的劝说而成为麟韵合公司的加盟商，但该公司也确认前述事实均发生于2015年7、8月之后，故前述证据均不能证明刘静在担任股东期间参与了麟韵合公司的经营，发生了竞业行为。另外，张韦虽曾向刘静支付过50428元，但刘静称该款项并非全部都是利润，而朵玛公司亦无证据证明该款项为公司前两年内经营所得利润最高月份的利润或平均利润，进而可以据此计算12倍作为违约金的数额，故应由朵玛公司承担举证不能的不利后果。

综上所述，朵玛公司的上诉请求不能成立，应予驳回。一审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项的规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费5800元，由上诉人朵玛公司负担。

本判决为终审判决。

审判长　　陆正勤

审判员　　曹廷生

审判员　　董岩松

二〇一六年八月二十三日

书记员　　胡　戎