广东省惠州市中级人民法院

民 事 判 决 书

（2019）粤13民终4590号

上诉人（一审原告、反诉被告）：惠州市立家房地产经纪有限公司，住所地惠州市桥东东湖三街89号101A19-21轴商场。

法定代表人：黄辉锋。

委托诉讼代理人：李顺，广东伟伦律师事务所律师。

上诉人（一审被告、反诉原告）：吴晓嫣，女，汉族，1980年6月24日出生，身份证住址：广东省东源县。

委托诉讼代理人：刘厚顺，广东泰伦律师事务所律师。

委托诉讼代理人：卢海兰，广东泰伦律师事务所律师。

一审被告：惠州市智美房地产营销策划有限公司，住所地惠州市桃子园53号之二金典优客5层02号。

法定代表人：吴晓嫣。

委托诉讼代理人：刘厚顺，广东泰伦律师事务所律师。

委托诉讼代理人：卢海兰，广东泰伦律师事务所律师。

上诉人惠州市立家房地产经纪有限公司（下称立家公司）因与上诉人吴晓嫣、一审被告惠州市智美房地产营销策划有限公司（下称智美公司）损害公司利益责任纠纷一案，不服广东省惠州市惠城区人民法院（2018）粤1302民初11855号民事判决，向本院提起上诉。本院受理后，依法组成合议庭对本案进行了审理。本案现已审理终结。

上诉人立家公司上诉请求：1.撤销广东省惠州市惠城区人民法院（2018）粤1302民初11855号民事判决；2.改判吴晓嫣、智美公司共同向立家公司支付227万元；3.判令本案一、二审诉讼费用、保全费由吴晓嫣、智美公司共同负担。事实与理由：一、一审法院对吴晓嫣违反公司章程中关于高级管理人员竞业禁止规定、损害公司利益的行为已经予以认定，立家公司对此表示认可。一审判决认为吴晓嫣既作为立家公司的股东之一，又担任公司总经理一职，理应与普通职工一样遵守公司章程和规定，但由吴晓嫣担任法定代表人的智美公司（自然人独资）于2017年8月10日核准登记成立，经营范围与立家公司的业务范围相重合，属于经营同类业务。吴晓嫣的行为已违反立家公司章程规定，给立家公司造成损失的，应当承担赔偿责任，该认定符合事实与法律，立家公司表示予以认可。二、一审法院以立家公司未能提供相关证据证明损失的具体数额为由，驳回立家公司全部诉讼请求，认定事实与适用法律均错误，依法应予以纠正。1.吴晓嫣作为立家公司股东兼总经理时，违背立家公司章程私自开设经营智美公司，所得的全部收入均为立家公司的损失，应当归立家公司所有。立家公司成立于2015年8月25日，吴晓嫣作为股东兼总经理，当然知悉公司章程第五十条第（五）项中对于高级管理人员的竞业禁止规定，但其明知故犯，于2017年8月10日私自另行成立同类行业的智美公司。智美公司是吴晓嫣自然人独资的公司，从其产生源头上来讲，其设立的目的就在于成为吴晓嫣违反公司章程经营同类业务、损害立家公司利益的工具。也就是说，从2017年8月10日智美公司成立之日起，其所得的每一笔经营收入均为立家公司的实际损失，因为若非吴晓嫣违反公司章程竞业禁止的规定开设智美公司，那么立家公司经手的项目只能由立家公司承接。且吴晓嫣成立的智美公司在2017年成立至2018年期间仅承接了立家公司在2017年承接的惠州市御居乐房地产开发有限公司陈江项目，立家公司提供的证据九《纳税申报表》可以显示智美公司2017年成立后至2018年营业收入为2299915.06元，根据《惠州市立家房地产经纪有限公司章程》第五十条规定，该收入应归立家公司所有，但一审法院对此没有作出回应。2.一审法院对立家公司提交的由国家税务总局惠州市惠城区税务局出具的关于智美公司的《增值税纳税申报表》2017年至2018年营业收入为2299915.06元，没有阐述不予认定的理由，属于认定事实不清、适用法律错误。一审时立家公司提交的第九份证据是国家税务总局惠州市惠城区税务局出具的智美公司2017年度和2018年度《增值税纳税申报表》，该纳税申报表显示营业收入为2299915.06元，用以证明吴晓嫣经营智美公司的经营收益为2299915.06元，即其已造成立家公司可得利益损失2299915.06元，立家公司为案件审理能够顺利开展，在一审中自愿继续按民事起诉状中主张的227万元主张权利，但一审人民法院对此视而不见，在一审判决书中对该份证据只字不提，认定事实严重错误，请二审人民法院予以纠正。3.一审人民法院对立家公司申请向智美公司调取其向惠州市御居乐房地产开发有限公司开具的增值税发票置之不理，不予回应，属于认定事实不清、适用法律错误。立家公司在一审时提供《陈江项目独家策划销售代理合同》及相关发票作为证据，一方面也是为了证明惠州市御居乐房地产开发有限公司开发的陈江项目原为立家公司承接，后被吴晓嫣利用职务之便转由智美公司承接的违约事实。其实，不管该项目是否属于立家公司独家代理，只要吴晓嫣经手后又由智美公司承接的，均为其违约造成的立家公司实际利益损失，而且立家公司在一审提交的第十三份证据《增值税电子普通发票查询》中显示，智美公司向惠州市御居乐房地产开发有限公司开具了增值税发票，该份证据是从税务局查询得知，立家公司无法获取原件，请求一审法院向智美公司或国家税务总局惠州市惠城区税务局水口税务分局调取以便与其它证据相印证，但一审法院置之不理，也没有回应该事实，根本不顾及立家公司的损失，根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第十七条规定，一审法院应予调取，而不是果断的以立家公司提供的227万元证据不足，不予采纳草草了事，这属于认定事实不清、适用法律错误。三、立家公司主张的227万元损失有事实根据和法律依据，请二审法院予以支持。众所周知，公司章程是一个公司组织和活动的基本准则，对公司、股东、高级管理人员具有约束力，是公司的宪章，其效力受到《公司法》等各项法律的保护。吴晓嫣作为股东、总经理，是公司的高级管理人员，但其却置公司利益于不顾，私下开设经营同类业务公司（自然人独资），其恶劣行为明显违背了立家公司章程第五十条的规定，理应依照公司章程的规定将其经营同类业务取得的收入全部归于立家公司。而且，吴晓嫣违反约定自营同类业务取得的收入，实际上就是其侵害公司利益造成的立家公司的损失，公司章程之所以如此规定，其原意也是为了弥补公司损失。立家公司要求依据公司章程取得吴晓嫣违约获得的收入227万元，于法有据，理应得到人民法院的支持。综上所述，一审判决认定事实不清、适用法律错误，请求二审法院保护立家公司的合法利益，在查明事实的基础上依法改判，支持立家公司的上诉请求。

吴晓嫣、智美公司口头答辩称：请求二审法院在查明事实的基础上，正确适用法律，裁定驳回立家公司的全部上诉请求，维持一审判决第一判项。

上诉人吴晓嫣上诉请求：1.撤销广东省惠州市惠城区人民法院（2018）粤1302民初11855号民事判决第二判项；2.判令立家公司向吴晓嫣支付经营利润暂计303885.49元及资金占用费（经营利润最终以法院委托的会计审计机构出具的司法审计报告为准，资金占用费以303885.49元为基数，按中国人民银行同期贷款利率自2018年5月31日起计算至立家公司付清之日止）；2.判令本案一、二审诉讼费用由立家公司负担。事实与理由：一、一审法院认定吴晓嫣在立家公司担任总经理，并于2018年5月31日才免去职务，从而认为吴晓嫣成立智美公司违反了立家公司章程，给立家公司造成损失的，应承担赔偿责任。一审法院的前述认定属事实不清、适用法律错误。首先，虽然立家公司在行政管理机关的登记备案资料显示，吴晓嫣担任立家公司总经理一职，但实际上吴晓嫣仅是立家公司的股东，未担任任何职务。工商登记资料显示吴晓嫣为总经理，仅是立家公司为办理工商登记手续，并在未经吴晓嫣同意的情况下将吴晓嫣名义上列为总经理。况且，倘若吴晓嫣在立家公司担任总经理，那么为何立家公司的人员招聘、用工管理、财务审批、业务合同签订等事宜不需要吴晓嫣签名审批、为何吴晓嫣未能享受相当于总经理职务的工资待遇。显然，吴晓嫣仅是名义上担任总经理，立家公司工商登记备案资料不能作为证明吴晓嫣系高级管理人员的证据。也就是说，吴晓嫣不属于立家公司的高级管理人员，立家公司章程关于竞业禁止和忠实义务之规定不能约束吴晓嫣。其次，虽然立家公司的工商登记备案资料显示吴晓嫣于2018年5月31日被免去职务，但实际上吴晓嫣提交的《离职证明》和社保缴费证明可以证实，吴晓嫣实际于2017年9月已从立家公司处离职，只是因其他原因迟迟未办理工商变更登记手续。再次，工商档案材料中的《确认书》虽然是吴晓嫣所签，但吴晓嫣前述该《确认书》仅是因为工商行政管理部门要求必须签署了才能办理工商变更登记。况且，吴晓嫣在前述该《确认书》时并未一一核对已交至工商行政管理部门且并非吴晓嫣签名的《股东会决议》《章程》等资料。而经一审法院查明，立家公司提供的《股东会决议》《章程》中吴晓嫣的签名并非是吴晓嫣所签，故该《股东会决议》《章程》对吴晓嫣不产生法律约束力，那么一审法院单凭该《确认书》认为吴晓嫣已认可了《股东会决议》《章程》之内容，属认定错误。因此，吴晓嫣仅是名义上挂职总经理，实际上吴晓嫣仅是立家公司的股东，未担任任何职务和领取劳动报酬。同时，吴晓嫣系在立家公司离职后才成立的智美公司，不存在与立家公司同业竞争。故一审法院的认定属认定不清、适用法律错误，恳请二审法院依法予以纠正。二、一审法院认为吴晓嫣反诉要求立家公司支付经营利润303885.49元及资金占用费，缺乏证据材料，一审法院的认定属认定事实不清。从本案案件事实来看，立家公司自成立后，公司的经营管理、财务管理、业务管理、经营收入等均由立家公司的法定代表人负责，吴晓嫣虽作为立家公司的股东，但并未参与实际经营，且从未获得过任何利润分配。而在本案一审庭审中，立家公司提交了证据证实其已收入的代理佣金费为607770.98元，该证据由立家公司提供且已明显证实了立家公司的实际收入。因此，吴晓嫣以此要求立家公司支付经营利润，具有充分的证据支持和事实依据，而一审法院驳回吴晓嫣的反诉请求，属认定错误。综上所述，一审判决认定吴晓嫣为高级管理人员，并驳回吴晓嫣的反诉请求，属认定事实不清、证据不足，故吴晓嫣依据民事诉讼法等相关法律规定提起上诉，请求依法支持吴晓嫣的上诉请求。

立家公司答辩称：一审法院对吴晓嫣违反公司章程中关于高级管理人员竞业禁止规定、损害公司利益行为的认定，属于认定事实清楚、适用法律正确。根据《公司法》第十一条“设立公司必须依法制定公司章程。公司章程对公司、股东、董事、监事、高级管理人员具有约束力”和第二百一十六条“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。”的规定，立家公司的法定代表人黄辉锋与吴晓嫣于2015年8月24日共同出资50万元，各占50%的股份，成立立家公司，由黄辉锋担任执行董事，由吴晓嫣担任总经理，由吴晓嫣的丈夫刘景智担任监事，立家公司的财务负责人一直由吴晓嫣担任（一审证据十），具体事项由其丈夫刘景智经手（一审证据十一），上述事实在一审中立家公司已提交证据予以证实，不存在吴晓嫣仅仅是名义上挂职总经理的情况，吴晓嫣是立家公司名副其实的高级管理人员及股东，受公司章程的约束。吴晓嫣提交的《离职证明》没有法定代表人的签名，其作为公司股东，公司公章随其使用，在《离职证明》上盖上公章轻而易举，所以真实性、合法性不予认可，而且工商登记备案资料明确记载2018年5月31日吴晓嫣被免去总经理职务，应以该日期为准。并且，吴晓嫣作为完全民事行为能力人，其于2018年6月1日签署的《确认书》合法有效，不存在《合同法》上无效的情形，则该《确认书》内容已对吴晓嫣在《股东会决议》《公司章程》等工商登记档案材料中签名的追认，故《股东会决议》《公司章程》对吴晓嫣不存在不产生法律约束力的情形。因此，一审法院认定吴晓嫣作为立家公司股东，又担任总经理一职，同时于2017年8月10日吴晓嫣担任法定代表人成立智美公司（自然人独资），其经营范围与立家公司的业务范围相重合，属于经营同类业务，其行为已违反了立家公司章程规定，给立家公司造成的损失，应承担赔偿责任这一认定事实清楚、适用法律正确。二、一审法院认定吴晓嫣要求立家公司支付303885.49元的经营利润，缺乏事实依据，属于认定事实清楚、适用法律正确。首先，立家公司在一审中提交了惠州市御居乐房地产开发有限公司的《陈江项目独家策划销售代理合同》（一审证据六）及御居乐房地产开发有限公司支付的前期策划费、代理佣金费共323885.49元的转账凭证及开具的发票（一审证据八），不存在吴晓嫣声称的607770.98元。其次，吴晓嫣作为陈江项目与御居乐房地产开发有限公司的业务对接人，立家公司在陈江项目的业务收入吴晓嫣是知情的，也正是知晓陈江项目存在高额利润，吴晓嫣便于2017年8月成立同类业务的智美公司承接该项目进行代理业务，截止2018年10月已获得2299915.06元的营业收入（一审证据九、十三）。再次，《公司法》第七十一条规定：“有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或部分股权。”本案中，吴晓嫣2015年认缴25万元注册资本占立家公司50%的股权，于2018年5月31日与立家公司法定代表人黄辉锋共同签订了《股权转让合同》，该合同约定“吴晓嫣以零元价格转让其在立家公司50%给黄辉锋”，双方签订的《股权转让合同》已对吴晓嫣在立家公司的权利义务进行了处分，吴晓嫣事后没有权限再行对该公司进行审计，其在一审法院审理过程中缺乏相关依据的情况下，主张对立家公司进行财务审计又不缴纳审计费，在二审中又以此上诉，纯属浪费司法资源。综上所述，吴晓嫣主张立家公司向其支付303885.49元经营利润，没有任何事实根据和法律依据，一审法院驳回其反诉请求属于认定事实清楚、适用法律正确。二审查询时，立家公司又口头补充答辩称：一、一审法院认定吴晓嫣违反公司章程中关于高级管理人员的竞业禁止规定，损害了公司的利益，认定事实清楚，依法应予以维持。二、吴晓嫣在立家公司既是股东也是总经理，更是财务负责人，其丈夫刘景智更是被指定为具体的财务负责人，是名副其实的高管，而并非其所谓的挂名的总经理。三、吴晓嫣主张的303885.49元经营利润是不存在的，立家公司的经营利润并没有这么多。四、吴晓嫣于2018年5月31日将立家公司50%股权转让给黄辉锋，权利义务终止，吴晓嫣无权主张303885.49元经营利润。综上，请二审法院驳回吴晓嫣的全部上诉请求。

上诉人立家公司向一审法院起诉，请求判令：1.吴晓嫣、智美公司共同支付立家公司人民币227万元；2.本案的诉讼费用由吴晓嫣、智美公司承担。

上诉人吴晓嫣向一审法院提起反诉，请求判令：1.委托有资质的会计审计机构对立家公司于2015年8月25日至2018年5月31日期间的财务状况进行司法会计审计；2.立家公司向吴晓嫣支付经营利润暂计303885.49元及资金占用费（经营利润最终以法院委托的会计审计机构出具的司法审计报告为准；资金占用费以303885.49元为基数，按中国人民银行同期贷款利率自2018年5月31日起计算至立家公司付清日止）；3.本案反诉费、会计审计费由立家公司负担。

一审法院认定事实：立家公司于2015年8月25日设立，立家公司章程载明：1.公司经营范围：房地产经纪、房产租赁；2.公司股东共2个，分别是黄辉锋、吴晓嫣，黄辉锋认缴出资25万元在2015年8月25日缴足，吴晓嫣认缴出资25万元，在2015年8月25日缴足；3.执行董事、高级管理人员不得有下列行为：（一）……，（五）未经股东会同意，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……，执行董事、高级管理人员违反前款规定所得的收入应当归公司所有；4.执行董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。该章程落款处有黄辉锋和吴晓嫣的签名字样。智美公司于2017年8月10日核准登记成立，企业类型为有限责任公司（自然人独资），法定代表人为吴晓嫣，经营范围：房地产经纪、房产租赁、房地产信息咨询服务费、房地产代理、物业管理及咨询、企业营销策划、国内贸易。2018年5月31日，吴晓嫣与黄辉锋签订了《股权转让合同》，合同约定：吴晓嫣同意将持有的立家公司50%的股份，共25万元的认缴出资额，实缴零万元，以零万元的价格转让给黄辉锋，黄辉锋同意按此价格购买吴晓嫣股份。合同落款处有黄辉锋和吴晓嫣的签名字样。同日，立家公司形成《股东会决议》：同意吴晓嫣将持有惠州市立家房地产经纪有限公司50%的股权，共认缴出资25万元，实缴零万元，以零万元的价格转让给黄辉锋，批准了吴晓嫣与黄辉锋关于股权转让事宜签订的协议；同意免去吴晓嫣的公司总经理职位，同意任命黄辉锋为公司的总经理职位。该股东会决议落款处有黄辉锋和吴晓嫣的签名字样。2018年6月1日，经惠州市惠城区市场监督管理局核准变更登记：立家公司企业类型由有限责任公司（自然人独资或控股）变更为有限责任公司（自然人独资）；股东由黄辉锋、吴晓嫣变更为黄辉锋；备案董事会成员由黄辉锋（执行董事）、刘景智(监事)、吴晓嫣（总经理）变更为黄辉锋（执行董事、总经理）、于波（监事）。另查一，立家公司提供的《陈江项目独家策划销售代理合同》复印件记载内容：惠州市御居乐房地产开发有限公司与惠州市立家房地产经纪有限公司约定，惠州市御居乐房地产开发有限公司就陈江项目（位于仲恺体育馆对面）委托立家公司为本项目前期策划、营销策划、销售代理等提供全程综合服务。该合同并无惠州市御居乐房地产开发有限公司和立家公司的签字，签字一栏为空白。另查二，根据立家公司提供的中国工商银行客户存款对账单及业务回单证实立家公司分别于2017年1月13日和2017年11月22日收到惠州市御居乐房地产开发有限公司前期策划费40000、代理佣金283885.49元。由立家公司向惠州市御居乐房地产开发有限公司开具的发票金额共计283885.49元。另查三，立家公司诉称根据智美公司2017年8月1日至2018年10月31日增值税纳税申报表、企业所得税纳税申报表，智美公司截至立家公司起诉时已缴纳增值税金额为66222.56元。由此，立家公司根据税率推算出智美公司代理销售的御居乐项目销售额约为227万元。另查四，本案审理过程中，吴晓嫣请求对立家公司提供的证据“惠州市立家房地产经纪有限责任公司股东会决议”中“吴晓嫣”的签名字样及“惠州市立家房地产经纪有限公司章程”中“吴晓嫣”的签名字样是否是吴晓嫣亲笔签名进行鉴定。2019年5月9日，立家公司出具《不予笔迹鉴定申请书》称：“经核查，可以确定公司章程中两股东（吴晓嫣、黄辉锋）的签名均非股东本人签名字迹，原因是立家公司注册登记时，原告与吴晓嫣委托了中介机构代为办理登记注册事宜。后吴晓嫣称基于立家公司认可股东会决议和公司章程中“吴晓嫣”的签名字样并非吴晓嫣的亲笔签名，遂申请撤回笔迹鉴定。另查五，立家公司出具的工商档案资料中的《确认书》载明：“本公司股东吴晓嫣签名以本次签名为准。本公司以往登记档案材料中的吴晓嫣签名与本次签名不相符的，现确认为本人的真实意思表示。该确认书上有立家公司的公司印章及吴晓嫣的签字确认。另查六、吴晓嫣提交的《离职证明》证实吴晓嫣已于2017年12月10日办理完离职手续，与立家公司解除一切劳动关系。另查七，吴晓嫣自2015年5月起至2018年11月的养老保险由惠州市天合房易房地产营销策划有限公司缴交。以上事实有公司章程、股东会决议、股权转让合同、核准变更登记通知书、企业机读档案资料、《陈江项目独家策划销售代理合同》复印件、中国工商银行客户存款对账单及业务回单、增值税普通发票、增值税纳税申报表、企业所得税纳税申报表及《关于诉请227万元计算方法的说明》、不予笔迹鉴定申请书、撤回笔迹鉴定申请书、确认书、离职证明、养老保险个人账户对账单、庭审笔录等在卷为据。

一审法院认为：该案系损害公司利益责任纠纷。该案争议焦点为：一、吴晓嫣是否违反了公司章程中关于高级管理人员竞业禁止的规定？是否应对立家公司承担赔偿责任？二、立家公司诉请的227万元赔偿款是否合理？一、吴晓嫣是否违反了公司章程中关于高级管理人员竞业禁止的规定？是否应对立家公司承担赔偿责任？立家公司与吴晓嫣双方对吴晓嫣是否担任立家公司总经理职务存在争议。根据惠州市惠城区市场监督管理局于2018年6月1日核准变更登记内容记载：“备案董事会成员由黄辉锋（执行董事）、刘景智(监事)、吴晓嫣（总经理）变更为黄辉锋（执行董事、总经理）、于波（监事）”，故从行政管理机关备案登记看，吴晓嫣即担任立家公司总经理一职。在一审法院审理过程中，虽然立家公司与吴晓嫣双方认可涉案《惠州市立家房地产经纪有限公司章程》和《股东会决议》上“吴晓嫣”签名字样并非吴晓嫣亲笔签名，但庭审中吴晓嫣认可了工商档案资料中《确认书》的真实性及合法性，该《确认书》指出“本公司股东吴晓嫣签名以本次签名为准，本公司以往登记档案材料中的吴晓嫣签名与本次签名不相符的，现确认为本人的真实意思表示。”由此，吴晓嫣作为立家公司的股东之一，其辩称不认可已进行工商备案登记的公司章程和股东会决议内容，于法无据，一审法院不予采信。综上，结合上述行政管理机关备案登记内容及《股东会决议》所记载内容“同意免去吴晓嫣的公司总经理职位”，可认定吴晓嫣在立家公司担任总经理一职，于2018年5月31日才免去总经理一职。吴晓嫣既作为立家公司股东之一，又担任公司总经理一职，理应与普通职工一样遵守公司章程和规定。但由吴晓嫣担任法定代表人成立的智美公司（自然人独资）于2017年8月10日核准登记成立，经营范围包括了房地产经纪、房产租赁、房地产信息咨询服务费、房地产代理、物业管理及咨询、企业营销策划、国内贸易，已与立家公司的业务范围相重合，属于经营同类业务。吴晓嫣的行为已违反立家公司章程规定，给立家公司造成损失的，应当承担赔偿责任。二、立家公司诉请的227万元赔偿款是否合理？立家公司依据智美公司已缴纳增值税金额66222.56元，结合税率，推算出智美公司代理销售的惠州市御居乐房地产开发有限公司陈江项目销售额约为227万元，该推算方式依据不足，不能真实、客观的反映出智美公司代理销售御居乐陈江项目的具体销售额，且智美公司已缴纳的增值税金额是否仅为陈江项目的纳税金额未能明确。此外，立家公司诉称惠州市御居乐房地产开发有限公司陈江项目是由其独家代理，但根据立家公司提供的《陈江项目独家策划销售代理合同》复印件内容显示，仅合同标题中有“独家策划销售代理”的字样，合同内容并无独家代理的约定，且立家公司提供的该份合同复印件并无惠州市御居乐房地产开发有限公司及立家公司的签章，落款处为空白。故立家公司诉称惠州市御居乐房地产开发有限公司陈江项目是由其独家代理，证据不充分，一审法院不予采信。综上，因立家公司未能提供相关证据证明损失的具体数额，立家公司诉请吴晓嫣、智美公司支付经营收入227万元，没有法律和事实依据，一审法院不予支持。三、吴晓嫣反诉要求对立家公司于2015年8月25日至2018年5月31日期间的财务状况进行司法审计。该审计申请经摇珠确定由惠州市正大会计师事务所有限公司进行审计，但因吴晓嫣未预交审计费用，且不认可立家公司提交的资料，惠州市正大会计师事务所有限公司于2019年2月19日退回审计委托。四、关于吴晓嫣提出的立家公司支付经营利润303885.49元及资金占用费的反诉请求，吴晓嫣在《反诉状》中称立家公司收取了代理佣金费共607770.98元，但代理佣金费并不等同于经营利润，经营利润应由经营收入扣除成本等费用计算得出，故吴晓嫣以佣金费计算股东利润的做法，存在明显错误，且吴晓嫣未提供相关证据材料证明立家公司在代理惠州市御居乐房地产开发有限公司陈江项目中所获得的经营利润的具体数额，由此，吴晓嫣提出的立家公司支付经营利润303885.49元及资金占用费的反诉请求，没有事实依据，一审法院不予支持。综上所述，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款、第一百四十二条之规定，一审法院判决如下：一、驳回惠州市立家房地产经纪有限公司的全部诉讼请求；二、驳回吴晓嫣的全部反诉请求。如果未按一审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》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。本诉案件受理费24960元、保全费5000元，合计29960元（原告已预交29960元）由惠州市立家房地产经纪有限公司负担；反诉案件受理费2929元（吴晓嫣已预交2929元），由吴晓嫣负担。

本院二审期间，立家公司向本院提交调查证据申请书一份，申请调取智美公司向惠州市御居乐房地产开发有限公司开具的增值税普通发票情况，以证明吴晓嫣、智美公司在陈江项目获得的收入状况。经审查，立家公司在本案一审期间已经向一审法院提出过该项证据调查申请，一审法院发出调查令，国家税务总局惠州市惠城区税务总局书面回复称“系统无法查询开具发票的明细情况”。本院收到立家公司提出的调查证据申请后，以上述发票在吴晓嫣、智美公司的控制之下为由，向吴晓嫣、智美公司发出通知书，通知吴晓嫣、智美公司将上述证据材料提交至本院，但吴晓嫣、智美公司并未提交。本院遂向国家税务总局惠州市惠城区税务总局进行调取，该局于2019年9月9日将上述证据材料提交本院。本院组织各方当事人对上述证据材料进行了质证，立家公司发表质证意见如下：对调取的证据的真实性、合法性和关联性予以认可，该份证据可以证明吴晓嫣在立家公司作股东期间违背竞业禁止义务以其个人名义独资经营智美公司，侵占了原由立家公司承接的惠州市御居乐房地产开发有限公司的业务。因此，智美公司向御居乐房地产开发有限公司取得的经营收入均为吴晓嫣造成的立家公司的损失，其业务额远远超过了立家公司主张的227万元。吴晓嫣、智美公司发表质证意见如下：对调取的证据的真实性没有异议，关联性、合法性有异议。2018年5月31日，吴晓嫣不属于上诉人立家公司的股东，也不属于立家公司的高级管理人员。因此，2018年5月31日后的纳税情况与本案无关。同时，调取的证据只能够说明吴晓嫣收取了部分的代理费不是经营的利润，立家公司主张其损失是227万元，缺乏事实依据，上述证据恰好证明立家公司的上诉请求没有事实依据。

经二审审理查明，一审查明的事实属实，本院予以确认。本院另查明，立家公司提交的智美公司《企业信用信息公示报告》显示：吴晓嫣是智美公司的法定代表人、执行董事和经理。2017年12月12日，智美公司与惠州市御居乐房地产开发有限公司签订《陈江项目策划销售代理合同》，惠州市御居乐房地产开发有限公司将其陈江项目的营销策划、销售代理等事宜委托给智美公司代理服务。经统计国家税务总局惠州市惠城区税务总局提交的增值税普通发票金额，智美公司自2017年8月10日至2018年5月31日期间从惠州市御居乐房地产开发有限公司收取代理佣金（不含税）总计1652179.86元。

本院认为，本案为损害公司利益责任纠纷。综合本案各方当事人在二审中的上诉理由和答辩意见，本案二审争议的焦点问题有四个：一是吴晓嫣是否属于立家公司的高级管理人员；二是吴晓嫣是否存在违反高级管理人员竞业禁止义务的行为以及是否应承担赔偿责任；三是立家公司主张的赔偿损失数额是否合理以及智美公司是否应承担赔偿责任；四是吴晓嫣要求立家公司向其支付经营利润及资金占用费是否应予支持。

关于吴晓嫣是否属于立家公司的高级管理人员的问题。《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。本案中，立家公司由黄辉锋和吴晓嫣两个股东发起设立，注册资本50万元，其中吴晓嫣认缴出资25万元，占注册资本的50%，立家公司在申请公司注册登记提交的相关申请材料中填写的经理信息和财务负责人信息均是吴晓嫣的个人信息。2015年8月25日，立家公司召开股东会作出的《股东会决议》显示，黄辉锋为立家公司执行董事，吴晓嫣为立家公司总经理。2018年5月31日，立家公司召开股东会并作出《股东会决议》，同意免去吴晓嫣的总经理职位。2018年6月1日，惠州市惠城区市场监督管理局作出的《核准变更登记通知书》显示，吴晓嫣在立家公司核准变更登记之前系该公司的总经理。上述证据结合立家公司提交的其他证据能够形成完整的证据链，足以证明吴晓嫣在2018年5月31日前是立家公司的总经理，一审判决据此认定吴晓嫣属于立家公司高级管理人员的范畴，证据充分，适用法律正确，本院予以维持。吴晓嫣上诉称，其仅是立家公司的挂名总经理，实际上并未担任任何职务，且立家公司的人员招聘、用工管理、财务审批和合同签订其都无权审批，故其不属于高级管理人员范畴，因理据不足，本院不予支持。

关于吴晓嫣是否存在违反高级管理人员竞业禁止义务的行为以及是否应承担赔偿责任的问题。《中华人民共和国公司法》第一百四十七条规定：“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，对公司负有忠实义务和勤勉义务。”《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：……；（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。”第一百四十九条规定：“董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。”从上述规定可知，我国公司法要求公司董事、高级管理人员应当对公司负有忠实勤勉义务和竞业禁止义务，竞业禁止即禁止自营或者为他人从事与公司营业有竞争性的活动、禁止利用职务便利谋取属于公司的商业机会。本案中，吴晓嫣在2018年5月31日前作为立家公司股东并任职公司总经理期间，于2017年8月10日又发起成立了自然人独资有限责任公司智美公司，并担任智美公司的法定代表人、执行董事和经理职务，且该公司经营范围与立家公司完全相同，两公司之间存在同业竞争关系。其次，惠州市御居乐房地产开发有限公司开发的陈江项目的前期策划、营销策划和销售代理等服务事宜，原来是由立家公司签约代理的，吴晓嫣在成立智美公司后即以智美公司的名义与惠州市御居乐房地产开发有限公司签订了《陈江项目策划销售代理合同》，取代了立家公司的合同当事人地位。因此，吴晓嫣的上述行为明显违反了公司法和公司章程规定的高级管理人员竞业禁止义务，损害了立家公司的利益，依法应承担赔偿责任。一审判决据此认定吴晓嫣的行为构成违反高级管理人员竞业禁止义务，并赔偿由此给立家公司造成的损失，认定事实清楚，适用法律正确，本院予以维持。吴晓嫣上诉称，其于2017年9月已从立家公司处离职，智美公司是在其离职之后才成立的，因与事实不符，本院不予支持。

关于立家公司主张的赔偿损失数额是否合理以及智美公司是否应承担赔偿责任的问题。《中华人民共和国公司法》第一百四十八条第二款规定：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。根据该款规定，公司对董事、高级管理人员违反竞业禁止义务所取得的收入有权行使归入权，即公司可以要求董事、高级管理人员将其从事竞业业务而获得的收入、报酬归公司所有。本案中，吴晓嫣作为立家公司股东在担任公司总经理期间，又另行开办并经营具有同业竞争关系的智美公司，已经违反高级管理人员竞业禁止义务。智美公司系一人有限责任公司，吴晓嫣又同时担任智美公司的法定代表人、执行董事和经理等职务，且吴晓嫣签约服务的惠州市御居乐房地产开发有限公司开发的陈江项目，在此之前是由立家公司签约服务的，因此，智美公司从惠州市御居乐房地产开发有限公司陈江项目处获得的收入应视为吴晓嫣违反竞业禁止义务所获得的收入，立家公司有权要求吴晓嫣将其通过智美公司获得的收入归立家公司所有。立家公司在本案一审期间已经援引上述法律规定，主张将吴晓嫣、智美公司自2017年8月10日至2018年5月31日期间所获得的营业收入归立家公司所有，但一审判决对此并未予以处理，属于遗漏部分事实和请求未处理，本院予以纠正。经核实，2017年8月10日至2018年5月31日，智美公司从惠州市御居乐房地产开发有限公司获得代理佣金（不含税）合计1652179.86元。考虑到吴晓嫣在2017年8月10日至2018年5月31日期间是立家公司的股东，占有立家公司50%的股权，吴晓嫣对上述代理佣金（不含税）1652179.86元亦享有50%的权益，故吴晓嫣应将其中一半即826089.93元支付给立家公司。至于智美公司是否应与吴晓嫣共同承担赔偿责任的问题。根据《中华人民共和国公司法》第一百四十八条第二款“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”之规定，违反竞业禁止义务的赔偿责任主体仅为侵权的董事、高级管理人员，并不包括其所设立的公司。因此，立家公司主张智美公司应与吴晓嫣共同承担赔偿责任，没有法律依据，本院不予支持。

关于吴晓嫣反诉要求立家公司支付经营利润及资金占用费是否应予支持的问题。一审法院经摇珠已确定由中介机构对立家公司2015年8月25日至2018年5月31日期间（即吴晓嫣在立家公司的任职期间）的财务状况进行审计，但由于吴晓嫣未按规定预交审计费用，导致该项审计工作无法继续进行，因没有审计导致立家公司该段期间的经营利润无法计算的法律后果应由吴晓嫣自己承担。而吴晓嫣主张立家公司收取的惠州市御居乐房地产开发有限公司支付的陈江项目代理佣金费607770.98元为立家公司该段期间的经营利润，明显缺乏事实根据和法律依据，一审法院据此驳回吴晓嫣提出的反诉请求，理由正当，本院予以支持。

综上所述，一审判决认定事实部分有遗漏，本院予以纠正；立家公司的上诉请求部分成立，本院予以支持，无理部分，本院予以驳回；吴晓嫣的上诉请求理由不成立，本院予以驳回。依照《中华人民共和国公司法》第一百四十八条第一款第（五）项、第二款和《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（二）项之规定，判决如下：

一、维持广东省惠州市惠城区人民法院（2018）粤1302民初11855号民事判决第二项；

二、撤销广东省惠州市惠城区人民法院（2018）粤1302民初11855号民事判决第一项；

三、上诉人吴晓嫣于本判决发生法律效力之日起10日内向上诉人惠州市立家房地产经纪有限公司支付826089.93元；

四、驳回上诉人惠州市立家房地产经纪有限公司其他诉讼请求。

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》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

一审本诉案件受理费24960元、保全费5000元，一审反诉案件受理费2929元，二审案件受理费27889元，合计60778元，由上诉人吴晓嫣负担60778元。

本判决为终审判决。

审判长　　钟日红

审判员　　胡　江

审判员　　黄宇乐

二〇一九年十一月二十六日

法官助理刘江涛

书记员陈伟杰

附相关法律条文：

《中华人民共和国民事诉讼法》

第一百七十条第二审人民法院对上诉案件，经过审理，按照下列情形，分别处理：

（一）原判决、裁定认定事实清楚，适用法律正确的，以判决、裁定方式驳回上诉，维持原判决、裁定；

（二）原判决、裁定认定事实错误或者适用法律错误的，以判决、裁定方式依法改判、撤销或者变更；

（三）原判决认定基本事实不清的，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审，或者查清事实后改判；

（四）原判决遗漏当事人或者违法缺席判决等严重违反法定程序的，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审。

原审人民法院对发回重审的案件作出判决后，当事人提起上诉的，第二审人民法院不得再次发回重审。