江苏省苏州市吴江区人民法院

民 事 判 决 书

(2016)苏0509民初1621号

原告：苏州勤俭进出口有限公司，住所地苏州市吴江区松陵镇流虹路1086号。

法定代表人：叶勤俭，该公司总经理。

委托诉讼代理人：濮赞忠，江苏剑桥人律师事务所律师。

委托诉讼代理人：朱唐盛，江苏剑桥人律师事务所律师。

被告：周玉芳，女，1970年5月21日出生，汉族，住所地苏州市吴江区。

委托诉讼代理人：施建民，江苏吴越律师事务所律师。

原告苏州勤俭进出口有限公司（以下简称勤俭公司）与被告周玉芳损害公司利益责任纠纷一案，本院于2016年1月25日立案受理后，依法适用普通程序于2016年5月17日、7月5日、8月3日、8月9日公开开庭进行了审理。原告勤俭公司的委托诉讼代理人朱唐盛、被告周玉芳的委托诉讼代理人施建民四次均到庭参加诉讼，原告勤俭公司的法定代表人叶勤俭到庭参加第四次庭审，被告周玉芳到庭参加第三、第四次庭审。本案现已审理终结。

原告勤俭公司向本院提出诉讼请求：1.被告周玉芳赔偿原告勤俭公司损失284567元；2.本案诉讼费用由被告周玉芳负担。事实和理由：周玉芳原为勤俭公司副总经理，在勤俭公司工作期间，未经勤俭公司同意，于2015年7月28日出资设立苏州法芮进出口有限公司（以下简称法芮公司），开展与勤俭公司经营范围完全相同的进出口业务，抢夺勤俭公司客户资源，利用法芮公司的名义为勤俭公司客户代理相当数量的进出口业务并获取收益，将本属于勤俭公司的营业收入据为己有。据统计，法芮公司2015年9月至2016年2月期间收汇额为7015345美元，其中6178983.38美元来自于原属于勤俭公司的客户。按照出口代理收费的最低标准0.08元/美元计算，勤俭公司的损失远超出284567元。根据《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）第一百四十八条第一款第五项的规定，周玉芳作为勤俭公司高级管理人员利用职务便利侵占了勤俭公司的商业机会，应当承担相应的责任，故提起本案诉讼。

被告周玉芳辩称：1.周玉芳并不是勤俭公司的高级管理人员。2.根据《公司法》第一百四十八条第一款第五项的规定，所谓商业机会应主要具备如下特征：商业机会与公司业务相关；公司有能力完成商业机会，第三人有意愿给予公司该商业机会，公司未放弃该商业机会，对此有期待。具体到本案中，一方面，勤俭公司主张的与内商、外商的商业机会是不存在的；另一方面，即使存在商业机会，由于勤俭公司法定代表人已经决定在2015年8月停止公司业务、关闭公司，所以勤俭公司也是没有能力接洽该商业机会的。3.法芮公司注册时并非只有周玉芳一人，还有其他许多人，勤俭公司的“商业机会”为多人掌握，勤俭公司没有证据证明案涉业务系周玉芳一人实施。

当事人围绕诉讼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。经审理及当事人一致确认，查明如下事实：勤俭公司2003年12月25日设立，法定代表人叶勤俭，股东分别为叶勤俭、沈园、凌利、陈金昌，经营范围包括纺织品、服装销售、自营和代理各类商品及技术的进出口业务。2013年9月12日，周玉芳与勤俭公司签订的《全日制劳动合同书》载明：劳动合同期限自2013年9月1日起至2018年8月30日止；周玉芳从事副总经理工作；工资分配方法实行基本工资和绩效工资相结合，周玉芳的基本工资为每月4700元，绩效工资根据周玉芳的工作业绩、劳动成果和实际贡献按照内部分配办法确定。2015年7月28日，周玉芳与勤俭公司员工计婷婷、贝婷婷共同出资设立法芮公司，出资额分别为40万元、30万元、30万元，周玉芳担任法定代表人，公司经营范围包括自营和代理各类商品及技术的进出口业务。2015年8月14日，叶勤俭、张玉妹各出资50万元设立苏州勤俭叶贸易有限公司（以下简称勤俭叶公司），叶勤俭担任法定代表人，经营范围包括纺织品、服装销售、自营和代理各类商品及技术的进出口业务。2015年10月30日，法芮公司股东变更为俞国忠、贝伟芳、李忠，法定代表人变更为李忠。周玉芳在勤俭公司正常上班至2015年10月底。2015年11月20日，周玉芳与勤俭公司解除劳动合同。

勤俭公司、法芮公司等此类进出口公司所从事的主要业务为委托代理业务，一般流程是接受国内公司的委托，帮助其完成订舱、报关等向国外客户发货的手续，国外客户将货款汇至进出口公司，进出口公司按照收汇金额收取代理费（每1美元1角人民币至8分人民币）后再将货款汇至国内公司，国内公司向进出口公司开具相应金额的增值税专用发票。

在进出口代理行业内，某进出口公司业务员离职到另一家进出口公司，该业务员在原公司负责的客户跟随其成为新公司客户的现象普遍存在，该现象亦为行业所允许。

以上事实，有勤俭公司提供的企业信用信息公示表、劳动合同书，有周玉芳提供的企业工商登记信息表，以及双方当事人及其委托诉讼代理人的当庭陈述等证据予以证实。

本案的主要争议焦点是：1.周玉芳是否系勤俭公司高级管理人员；2.勤俭公司主张的商业机会是否成立？3.勤俭公司的损失应当如何计算？

一、周玉芳是否系勤俭公司高级管理人员？

原告勤俭公司主张：根据《公司法》第二百一十六条的规定，公司高级管理人员是指公司的经理、副经理、财务负责人等。周玉芳与勤俭公司签订的劳动合同约定，周玉芳的职位是公司副总经理，故周玉芳属于公司高级管理人员，其具体负责整个公司的业务操作。因勤俭公司是小公司，所以没有发文确定周玉芳的职位，只是在公司会议上指定其是负责公司业务的副总经理。

被告周玉芳则认为：1.周玉芳与勤俭公司签订的劳动合同是格式合同，单凭此不能认定周玉芳是公司高级管理人员。周玉芳从来没有享受过高管的福利待遇，完全凭自己的业绩赚钱，薪资结构与其他员工大同小异，只是因为工龄长、经验多，底薪才比其他员工多1千多元。周玉芳在负责自己业务的同时，仅是对公司业务科的一部分业务进行把关，没有统管公司整体业务的权限，仅是业务骨干，也没有独立的办公间，是与其他员工一起办公。2.高级管理人员的任职应符合公司法的程序，必须履行一定的任职程序，必须有任职文件或者具有相应的聘书等，而勤俭公司没有对周玉芳的相应任职文件或聘书，也没有在公司会议上被指定为负责公司业务的副总经理。3.勤俭公司工商备案的公司章程显示，勤俭公司的组织架构为执行董事、经理、监事，故副总经理并不是勤俭公司的高级管理人员。为证明自己的主张，周玉芳提供如下证据：

证据1，证人俞某、李某的证言，证明周玉芳在勤俭公司不从事业务管理工作，并非公司高级管理人员。

证据2，勤俭公司工商备案的公司章程1份，证明公司章程仅规定设立执行董事、经理、监事，也仅规定了执行董事、经理、监事的忠实义务。

原告勤俭公司对上述证据发表如下质证意见：1.对证据1的证据效力不予认可，因该两名证人均是在法芮公司工作，与本案存在利益冲突。2.对证据2的真实性予以认可，其为勤俭公司注册时市场监督局提供的格式文本，该章程并未规定有关高级管理人员的事项，而根据《公司法》第二百一十六条的规定，副经理属于公司高级管理人员。

对此争议本院结合证据分析认为：根据《公司法》第二百一十六条的规定，公司高级管理人员是指公司的经理、副经理、财务负责人等。勤俭公司提供的其与周玉芳签订的劳动合同明确约定，周玉芳从事副总经理工作，故由此可认定其高级管理人员的身份。关于周玉芳提出的任职程序的答辩意见，因其并非公司高级管理人员任职的必经程序，故本院不予采信。关于周玉芳提出的公司章程的答辩意见，虽然勤俭公司章程中未明确规定公司设立副经理，但其关于“执行董事根据经理的提名，聘任或者解聘公司副经理、财务负责人，决定其报酬事项”的规定已然包括了设立副经理、财务负责人的空间，其不足以证明公司实际并未设立副经理职务的事实。关于证人俞某、李某的证言，因俞某、李某与周玉芳系一同离职，且俞某系法芮公司法定代表人李忠的配偶，故该两证人与周玉芳有利害关系，其证言不能单独作为认定案件事实的依据。综上，周玉芳提出的意见和证据不足以反驳劳动合同中关于其职务的约定，应当认定其为勤俭公司高级管理人员。

二、勤俭公司主张的商业机会是否成立？

原告勤俭公司主张：勤俭公司的商业机会指勤俭公司接受国内公司委托向国外商家出口货物从而赚取代理费的机会。勤俭公司与国内公司合作之前，双方会签订意向性协议，承诺一年做多少美金，约定做好哪些服务。2015年9月5日至2015年10月底，周玉芳在勤俭公司上班期间，领取勤俭公司的报酬，享受勤俭公司的待遇，把勤俭公司的客户拉到其设立的法芮公司，与这些客户开展业务，而这些本应是勤俭公司的商业机会。为证明自己的主张，勤俭公司提供如下证据：

证据1，勤俭公司2014年、2015年期间的部分收汇数据列表共39页，证明列表中付汇人一栏载明的国外公司为勤俭公司的客户。

证据2，勤俭公司2014年、2015年期间作为购货单位的部分增值税专用发票58张，证明发票中销货单位委托勤俭公司代理进出口事宜，其也为勤俭公司的客户。

证据3，法芮公司2015年9月10日至2016年2月29日期间的收汇数据列表20页、法芮公司2015年10月10日至2016年3月11日期间作为购货单位的增值税发票记录11页以及据此整理的采购货物进账明细24页，证明法芮公司2015年9月至2016年2月期间的交易客户，结合证据1、证据2，其中与勤俭公司的内商客户、外商客户大部分是相同的，重合部分所对应的法芮公司的业务，即是原属勤俭公司的商业机会。

被告周玉芳质证后认为：1.进出口业务很多是根据中间商的指示，由中间商与外贸公司建立委托代理关系，由中间商支付代理费用。如果存在商业机会，也不是勤俭公司所说的与收汇数据列表中的外商和开票资料中所对应的内商间开展的业务，而是与存在委托代理关系的中间商之间开展的业务。勤俭公司所提供证据中的外商与内商客户，周玉芳没有联系过，也不认识。2.退一步讲，即使存在所谓的商业机会，因勤俭公司法定代表人叶勤俭已经决定在2015年8月停止公司业务，关闭勤俭公司，并且与张玉妹在2015年8月14日共同出资设立勤俭叶公司，由其本人担任法定代表人，开展与勤俭公司相同的业务。叶勤俭也已明确要在新公司开展业务，并拉勤俭公司部分业务员到勤俭叶公司去。这表明勤俭公司的商业机会已转入勤俭叶公司，勤俭公司放弃了该商业机会。3.法芮公司并不是由周玉芳一人出资设立，还有其他人，而她们之前也在勤俭公司工作。若存在所谓的商业机会，勤俭公司也没有证据表明是周玉芳实施了侵犯商业机会的行为。为证明自己的主张，周玉芳提供如下证据：

证据1，2015年8月14日叶勤俭与俞某的对话录音1份，证明叶勤俭明确表态勤俭公司要关门，让勤俭公司的业务员选择跟他走还是自谋职业。

证据2，证人俞某、李某的证言，证明2015年上半年勤俭公司开会说要关闭公司。

原告勤俭公司对上述证据发表如下质证意见：1.对证据1的真实不予认可，没有发生过该段录音。2.对证据2的证据效力不予认可，因该两名证人均是在法芮公司工作，与本案存在利益冲突。叶勤俭之前开会说自己累了，要关闭公司，但没有具体说什么时候关公司。因周玉芳2015年10月拉走了很多客户，但老客户还是认可叶勤俭的，所以当叶勤俭知道周玉芳成立了法芮公司后，为了是让客户区分清楚，避免客户再次流失到法芮公司，叶勤俭自己又设立了勤俭叶公司。勤俭叶公司设立之初主要做的是勤俭公司之前的业务，现在慢慢也有了自己的业务。

对此争议本院结合证据分析认为：认定公司商业机会应基于公司所处行业的客观性标准，综合考虑以下四个方面的因素：一是必须与公司经营活动密切相关；二是该机会为公司所需要或追寻，公司曾就该机会进行过谈判、磋商，投入过人力、物力、财力等，没有拒绝和放弃；三是机会提供者有给予公司该商业机会的意愿；四是高级管理人员有无向公司披露该机会的义务。从举证责任分配上看，指称高级管理人员侵犯公司商业机会的当事人应当对商业机会成立负举证责任。但具体到本案中，基于周玉芳在勤俭公司正常上班至2015年10月底的事实，对于勤俭公司是否已相应完成举证责任的问题，应具体区分为两部分进行判断：一部分是法芮公司2015年9月至2015年10月期间的交易；另一部分是法芮公司2015年11月至2016年2月期间的交易。

其一，对于法芮公司2015年9月至2015年10月期间的交易，因周玉芳在此期间依然在勤俭公司正常上班，使用勤俭公司的办公资源，虽然周玉芳与勤俭公司间的劳动合同未有竞业禁止的条款，但在勤俭公司已提供证据证明法芮公司该期间内的交易客户与勤俭公司此前交易客户重合的情况下，周玉芳应当对其在此期间未利用勤俭公司的名义、资源为其出资设立并担任法定代表人的法芮公司谋求利益作出合理解释。也就是说，在勤俭公司提供初步证据的情况下，应将举证责任分配给周玉芳，由周玉芳举证证明法芮公司该期间内的交易并非勤俭公司商业机会。关于周玉芳提出的进出口代理公司的商业机会应当是与中间商之间而非是与国内公司、国外客户之间的答辩意见，因其该答辩意见与其在庭审中关于进出口代理公司的资源是国内客户的陈述相矛盾，故本院不予采信。关于周玉芳提出的勤俭公司已放弃商业机会的答辩意见，现有证据仅能证明叶勤俭曾表达过关闭勤俭公司的意思，但从公司法的意义上讲，公司关闭实质涉及公司解散，其需由股东会决定，而非公司法定代表人。故在勤俭公司目前仍继续经营的情况下，碍难认定勤俭公司有放弃商业机会的意思表示。关于周玉芳提出的勤俭公司无法证明法芮公司该期间内与勤俭公司此前交易客户开展的业务系周玉芳实施的答辩意见，一方面周玉芳系勤俭公司的副总经理，有接触勤俭公司整体业务的便利；另一方面周玉芳该期间内系法芮公司的股东及法定代表人，实际负责法芮公司的管理工作。基于此，分配由周玉芳就相反事实负举证责任更为恰当，故对周玉芳该答辩意见，本院亦不予采信。

其二，对于法芮公司2015年11月至2016年2月期间的交易，因双方当事人均确认周玉芳已于2015年10月底实际离开公司，即不再占用勤俭公司的资源，没有继续利用勤俭公司名义谋求利益的便利，故应给予勤俭公司举证责任以较高的证明标准。基于此，勤俭公司提供的证据尚不足以证明其主张的事实。首先，勤俭公司虽主张与国内公司就某段期间内委托方的所有进出口交易签有整体性的合作协议，但未能提交证据证明。勤俭公司提交的公司2014年、2015年期间的部分收汇数据列表、增值税专用发票，仅能证明其上载明的公司曾经是勤俭公司的客户，无法直接证明2015年11月至2016年2月期间法芮公司与这些公司的交易便都应是勤俭公司的商业机会，勤俭公司应就其拥有相应商业机会继续承担举证责任。其次，2015年10月30日周玉芳不再担任法芮公司法定代表人，也不再是法芮公司股东，即使勤俭公司能够证明法芮公司该期间内的交易是勤俭公司的商业机会，也无法证明其系周玉芳所为。再次，在进出口代理行业内，某进出口公司业务员离职至另一家进出口公司，该业务员在原公司负责的客户跟随其成为新公司客户的现象普遍存在，并为行业所允许。也就是说，依该行业惯例，在周玉芳离职后，即使其将原公司客户带至新公司，也不应受忠实义务的苛责。

综上，本院认定，勤俭公司提出的法芮公司2015年9月至2015年10月期间与勤俭公司此前交易客户开展的业务系其商业机会的主张成立，其余有关商业机会的主张不成立。

三、勤俭公司的损失应当如何计算？

原告勤俭公司主张：法芮公司2015年9月至2016年2月期间收汇额为7015345美元，其中6178983.38美元来自于原属于勤俭公司的客户。按照出口代理收费的最低标准0.08元/美元计算，勤俭公司的损失远超出284567元。

被告周玉芳则认为：首先，勤俭公司主张的商业机会不存在，故也不存在损失的问题。其次，勤俭公司所提供证据中的国内公司与国外客户，周玉芳没有联系过，也不认识。再次，周玉芳自2015年10月30日起不再担任法芮公司法定代表人，也不再是股东，也没有证据证明周玉芳此后仍在法芮公司任职，故2015年10月30日后法芮公司发生的业务与周玉芳无关。最后，双方当事人确认2015年11月20日解除劳动关系，勤俭公司也确认行业允许员工离职后带走客户，故2015年11月20日后法芮公司发生业务也不在本案审理范围内。

结合对前述争议焦点的认定，对此争议本院结合证据分析认为：勤俭公司因商业机会受侵犯而遭受的损失，应参照勤俭公司因该商业机会可能获得的收益计算。因本院已认定法芮公司2015年9月至2015年10月期间与勤俭公司此前交易客户开展的业务系勤俭公司的商业机会，故对于勤俭公司的损失，应参照法芮公司因该部分交易而获得的收益计算。因双方当事人均认可进出口代理行业内代理费是以收汇额为基数，按0.08-0.1元/美元的标准计算，勤俭公司主张按最低标准0.08元/美元计算，本院予以认可。经统计，法芮公司2015年9月至2015年10月期间收汇数据表中载明的与勤俭公司此前交易客户开展业务所对应的收汇数额总计1359175美元，以0.08元/美元的标准计算，其对应的代理费应为108734元。故本院认定勤俭公司的损失为108734元。

综上，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，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。而对负有举证证明责任的当事人提供的证据，人民法院经审查并结合相关事实，确信待证事实的存在是否具有高度可能性。具体到本案中，勤俭公司主张周玉芳侵犯其商业机会，并提供了证据，本院根据进出口代理行业的惯例、周玉芳不同时间段的具体处境等因素，对勤俭公司主张的待证事实所应达到的证明标准做了区分处理，并相应调整了举证责任的分配。基于此，本院认为因存在周玉芳2015年10月底前仍在勤俭公司正常上班的特殊情形，故对勤俭公司主张的法芮公司2015年9月至2015年10月期间与勤俭公司此前交易开展的业务系勤俭公司商业机会之事实所应达到的证明标准要求应较低，在勤俭公司提出初步证据后，应由周玉芳对其并非勤俭公司商业机会承担举证责任，周玉芳对此未能提供证据，故应承担不利的后果；而对勤俭公司主张的2015年11月至2016年2月期间商业机会之事实，因周玉芳已实际离开勤俭公司，也不再是法芮公司的股东和法定代表人，故对勤俭公司该主张事实所应达到的证明标准要求应较高，勤俭公司提供的证据不足以证明其主张，故应承担不利后果。根据《公司法》第一百四十八条的规定，高级管理人员未经股东会或者股东大会同意，不得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。具体到本案中，周玉芳在勤俭公司担任副总经理并正常上班期间，出资设立与勤俭公司经营同类业务的法芮公司并担任法定代表人，对于该期间内法芮公司交易客户与勤俭公司交易客户的重合部分，周玉芳未能作出合理解释，应认定为其存在侵犯勤俭公司商业机会的行为，应对勤俭公司因此遭受的损失承担赔偿责任。另因勤俭公司委托诉讼代表人在第三次庭审中对法庭提出的绝大多数问题无法当庭作出回答，致使庭审现场感严重缺失，庭审目的无法实现，因此造成的庭审延期也增加了另一方当事人的诉讼成本。同时，在诉讼过程中勤俭公司亦存在逾期提供证据的行为，本院虽予以采纳，但逾期提供证据的行为已增加了另一方当事人的必要费用。故为体现诉讼费用的惩戒作用，应由勤俭公司负担本案的全部诉讼费用。据此，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、第二百一十六条第（一）项，《最高人民法院关于适用的解释》第九十条、第一百零八条之规定，判决如下：

被告周玉芳于本判决生效后十日内赔偿原告苏州勤俭进出口有限公司108734元（如采用转账方式支付，请汇入原告指定账号；或汇入苏州市吴江区人民法院，开户行：吴江农村商业银行营业部，账号：0×××3）。

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。

案件受理费5569元，由原告苏州勤俭进出口有限公司负担。

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，并按对方当事人数提出副本，上诉于江苏省苏州市中级人民法院。同时按照国务院《诉讼费用交纳办法》规定向江苏省苏州市中级人民法院预交上诉案件受理费（户名：苏州市中级人民法院；开户行：中国农业银行苏州苏福路支行；账号：10×××76，并将已交上诉费的凭证提交本院）。逾期不交按自动放弃上诉处理。

审　判　长　　郝　振

人民陪审员　　林秋霞

人民陪审员　　廖景熙

二〇一六年十月十八日

书　记　员　　陈雅芳

附录法律条文：

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。

第二百一十六条本法下列用语的含义：

（一）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。

……

二、《最高人民法院关于适用的解释》

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。

第一百零八条对负有举证证明责任的当事人提供的证据，人民法院经审查并结合相关事实，确信待证事实的存在具有高度可能性的，应当认定该事实存在。

对一方当事人为反驳负有举证证明责任的当事人所主张事实而提供的证据，人民法院经审查并结合相关事实，认为待证事实真伪不明的，应当认定该事实不存在。

法律对于待证事实所应达到的证明标准另有规定的，从其规定。