上海市第一中级人民法院

民 事 判 决 书

（2017）沪01民终13408号

上诉人（原审原告）：谭健儿，女，1970年10月23日生，汉族，住广东省广州市荔湾区。

委托诉讼代理人：徐颐，上海市华诚律师事务所律师。

委托诉讼代理人：朱晶晶，上海市华诚律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）：郑丹，女，1976年7月6日生，汉族，住上海市长宁区。

被上诉人（原审被告）：王晓明，男，1968年9月19日生，汉族，住上海市浦东新区。

共同委托诉讼代理人：李莹晖，上海市光大律师事务所律师。

共同委托诉讼代理人：许伊音，上海市光大律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）：上海印正企业管理中心（有限合伙），住所地上海市松江区石湖荡镇长塔路775弄1-7号1、9幢3楼A-6。

执行事务合伙人：吴建。

原审第三人：上海哲尚企业管理咨询有限公司，住所地上海市松江区石湖荡镇闵塔路558弄1号322室。

法定代表人：王强，总经理。

上诉人谭健儿因与被上诉人郑丹、王晓明、上海印正企业管理中心（有限合伙）（以下简称印正中心）及原审第三人上海哲尚企业管理咨询有限公司（以下简称哲尚公司）损害公司利益责任纠纷一案，不服上海市松江区人民法院（2016）沪0117民初20217号民事判决，向本院提起上诉。本院于2017年11月2日立案受理后，依法组成合议庭开庭进行了审理。谭健儿的委托诉讼代理人徐颐律师、朱晶晶律师，郑丹、王晓明的共同委托诉讼代理人李莹晖律师均到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

谭健儿上诉请求：依法撤销一审判决，发回重审或改判支持谭健儿一审全部诉讼请求。事实和理由：郑丹、王晓明具有哲尚公司的高管及董事身份，其实施了违反忠实勤勉义务的行为，一审法院仅对部分事实进行了认定；一审判决未对哲尚公司的亏损、歇业以及公司办公设备、资产、业务、人员、财务资料的去向等重要事实进行查明和认定；谭健儿已经举证证明哲尚公司的亏损与郑丹、王晓明违反忠实勤勉义务经营印正中心存在直接关联；本案的举证责任应当在于郑丹、王晓明；一审法院未依法裁定证据保全，未对哲尚公司的诉讼代表人及诉讼代理人的资格进行审查。一审判决认定事实不清，适用法律错误，违反法定程序，应予纠正。

郑丹、王晓明共同辩称，印正中心的部分经营范围与哲尚公司一致，印正中心没有以不正当的方式谋取属于哲尚公司的商业机会和利益，且印正中心一直处于亏损状态，郑丹、王晓明与哲尚公司不存在利益冲突，代理人资格没有问题。谭健儿的上诉事由缺乏事实依据，故请求依法驳回上诉，维持原判。

哲尚公司、印正中心未作答辩。

谭健儿向一审法院起诉请求：1、郑丹、王晓明、印正中心停止实施损害哲尚公司利益的行为；2、郑丹、王晓明、印正中心连带赔偿哲尚公司价款暂计为人民币6,359,639.86元（自2014年8月份起算，以下币种同）。

一审法院认定事实：哲尚公司成立于2008年5月4日，登记的股东为郑丹、王晓明、谭健儿、李某，执行董事为郑丹，监事为李某，经营范围为企业管理咨询、商务咨询（除经纪）、企业形象策划、市场信心咨询与调查、会务服务，哲尚公司章程的第十四条记载公司不设董事会，设一名执行董事。哲尚公司成立之初，谭健儿与郑丹、王晓明曾签订董事会行为1份，记载董事会分工为郑丹（对外公共关系处理、对内督导、对日常财务管理的监督和超预算外开支的审批权）、谭健儿（首席导师和导师资源整合包括现有课程导师安排和导师学徒培养计划）、王晓明（运营指导和经营层管理），经营层向董事管理层汇报顺序：第一汇报人王晓明，第二汇报人郑丹，第三汇报人谭健儿，并对董事会职权、投票规则等进行了记载。2014年8月后，谭健儿从哲尚公司离职。哲尚公司2013年度报告显示，其网址为www.sagion.cn；2014年度报告显示，其通信地址为徐汇区XX路XX号XX号楼XX室，企业联系电话为021XXXXXXX，企业电子邮箱为XX＠sagion.cn；2015年度报告显示，其通信地址为松江区XX公路XX号XX号楼XX楼，企业联系电话为021XXXXXXXXXX，企业电子邮箱为XX＠sagion.cn；2016年度报告显示，企业联系电话为1391730XXXX，企业通信地址处为空白，企业电子邮箱记载为无。2016年12月21日，哲尚公司登记的法定代表人及经理均由郑丹变更为王强。

印正中心成立于2014年9月15日，原登记合伙人为郑丹和王晓明，经营范围为企业管理咨询、投资管理、投资咨询、商务信息咨询、企业形象策划、会务服务、财务咨询、市场信心与调查、文化艺术活动交流策划、教育投资。2016年12月16日，印正中心合伙人由郑丹、王晓明变更登记为吴建、王强，执行事务合伙人由郑丹变更登记为吴建。印正中心2014年度报告显示，其通信地址为松江区XX镇XX路XX弄XX号XX、XX幢XX楼XX，企业联系电话为021XXXXXXXX，企业电子邮箱为XX＠qq.com；2015年度报告显示，其通信地址为松江区XX公路XX号XX号楼XX楼，企业联系电话为021XXXXXXXX，企业电子邮箱为XX＠yzhuman.cn；2016年度报告显示，企业联系电话为1391790XXXX，企业电子邮箱为XX＠yzhuman.cn，企业通信地址处为空白。2015年1月27日，印正中心申请“哲品尚行”的注册商标图像，于2016年5月10日申请完成，且专用期限为2016年3月28日至2026年3月27日，商品服务列表包含广告、企业管理和组织咨询、商业管理顾问等，类似群为3501-3504。上海XX管理中心（有限合伙）曾于2014年8月19日申请“哲品尚行”注册商标图像，于2016年4月21日申请完成，且专用期限为2015年10月7日至2025年10月6日，商品服务列表包含教育、组织教育或娱乐竞赛、安排和组织培训班等，类似群为4101-4105、4107。

2016年9月12日，谭健儿委托代理律师向哲尚公司的监事李某邮寄律师函1份，记载郑丹及王晓明作为公司高级管理人员在谭健儿不知情的情况下，未经公司股东会同XX公司相同类别业务，并利用其在公司中担任执行的职务便利为其所控制的合伙企业谋求原本属于公司的利益，该等行为已违反法律及公司章程的规定，已使公司利益遭受了严重损失，李某作为公司监事，理应依法履行提起诉讼追究相应法律责任的法定职责，特此代表谭健儿要求李某在本律师函送达之日起10日内就郑丹及王晓明的前述违反行为向人民法院提起诉讼，否则谭健儿将依法向人民法院提起诉讼等。后，哲尚公司监事李某未就上述事宜向人民法院提起诉讼。

一审法院另查明，厦门A有限公司（以下简称A公司）成立于2012年4月10日，原名厦门B有限公司，于2014年10月27日变更为现名称，谭健儿、郑丹、王晓明曾是该公司的股东，三人于2014年10月27日将持有的A公司股权出让给案外人。

ICP备案信息显示，网站名称“哲尚”，首页网址为“www.sagion.cn”，网站负责人为罗某，主办单位名称为“上海哲尚企业管理咨询有限公司”，审核通过时间为2011年9月30日。微信公众号哲品尚行（微信号为XX）未进行实名认证。徐汇公证处于2015年5月25日出具的（2015）沪徐证字第4220号公证书显示，当时哲品尚行微信公众号的图标含有SAGION和哲品尚行字样，腾讯地图显示哲品尚行位于上海市徐汇区XX路XX号，且2013年至2015年5月间该微信公众号多次发布关于哲尚公司调价通知、最新开课时间表、哲尚助教学习会等文章，其中曾出现如下信息：“详情请咨询哲尚公司相关人员”、“哲品尚行企业教练管理机构，公众微信号：zpsx303，企业网站：www.sagion.cn”、咨询热线含有上海及厦门两个地区的人员联系电话、“地址：上海市徐汇区XX路XX号XX号楼XX室”等。

徐汇公证处于2016年5月30日出具的（2016）沪徐证字第5559号公证书显示，当时哲品尚行微信公众号图标已经进行了更换，更换后的图标含有“印正”字样，且其相关介绍记载“印正-哲品尚行”、“哲品尚行隶属印正人文管理机构旗下，至今日起统一由印正人文管理机构公众号发布相关资讯，同时哲品尚行的公众号将不会再继续更新。回复关键词印正或二维码即可获取印正人文管理机构的公众号的关注方式”等，其历史信息中曾推送了印正人文管理机构微信公众号发布的文章，其中记载印正旗下五大品牌中含有哲品尚行、哲品尚行隶属印正人文管理机构旗下、哲品尚行公众号不再更新、此后由印正人文管理机构公众号发布相关资讯等内容；进入印正人文管理机构微信公众号显示该公众号进行了实名认证，企业全称为印正中心，其发布的资讯显示哲品尚行系其旗下的五大品牌之一，主要运营教练技术个人领导力培训，并记载了其他四个品牌的特点，且其中亦提及“印正导师王晓明”等。

长宁公证处于2017年2月17日出具的（2017）沪长证字第750号公证书显示，印正人文管理机构的微信公众号于2016年12月至2017年1月间曾发布多篇关于其组织的相关活动的报道，其中多次提及“上海印正人文管理机构董事长王晓明（或王小明）”并附有图片。

一审法院又查明，因存在股东知情权纠纷，谭健儿曾将哲尚公司诉至法院，要求查阅、复制哲尚公司的章程、股东会会议记录并要求查阅哲尚公司的财务会计报告、会计账簿、会计凭证。一审法院经审理，判决支持了谭健儿的诉讼请求。后哲尚公司不服该判决向上海市第一中级人民法院提起上诉【案号：（2016）沪01民终76号】。该院经审理，判决驳回上诉、维持原判。后哲尚公司未履行上述判决书，谭健儿向一审法院申请强制执行。在强制执行过程中，吴建曾代表被执行人哲尚公司向谭健儿出示了上述判决书中提及的部分材料，且在制作的相关执行笔录中，吴建曾称“我曾是被执行人公司的员工，因为公司关门了，所以我现在不作了，是法人委托我帮他带过来的（即相关材料）”。

一审法院认为，基于公司法的相关规定，谭健儿作为哲尚公司的股东，认为郑丹、王晓明、印正中心存在侵犯哲尚公司合法权益的情形并经书面请求监事李某就上述事宜向人民法院提起诉讼未果的情况下，谭健儿有权提起代表诉讼。虽然哲尚公司的章程及公司登记显示，哲尚公司不设立董事会并由郑丹担任执行董事，但是上述登记事项与哲尚公司成立之初形成的董事会行为的记载不一致，且依据后者的记载谭健儿与郑丹、王晓明均系董事会成员并明确了相应职责及董事会职权等，加之未有证据表明哲尚公司的股东会曾形成决议撤销郑丹、王晓明的董事身份，故认为该份董事会行为真实反映了哲尚公司实际按照董事会的方式进行运作及郑丹、王晓明均系哲尚公司的董事会成员的事实，加之2016年12月21日前郑丹亦是哲尚公司的登记法定代表人，故郑丹作为哲尚公司的董事和高级管理人员、王晓明作为哲尚公司的董事均对哲尚公司负有公司法和章程规定的相关忠实、勤勉义务。

对于谭健儿在第1项诉请中主张的要求郑丹、王晓明、印正中心停止损害哲尚公司利益行为的诉讼请求，其中涉及“哲品尚行”品牌事宜，因印正中心已经申请完成了“哲品尚行”的注册商标图像，且该商标事宜亦不属于本案处理范围，故如果谭健儿对于印正中心取得的“哲品尚行”注册商标图像事宜存在异议，应另循合法途径解决；其中涉及停止攫取“哲品尚行”微信公众号及相关宣传误导事宜，因谭健儿未举证证明郑丹、王晓明、印正中心攫取“哲品尚行”微信公众号、进行误导宣传等行为仍在继续，故对于谭健儿要求郑丹、王晓明、印正中心停止该些行为的主张因缺乏事实依据，不予支持；对于谭健儿主张的郑丹、王晓明、印正中心存在的其他损害哲尚公司利益的行为，因谭健儿未举证证明曾发生过该些损害行为以及该些损害行为尚在继续，故不利后果应由谭健儿承担。综上，对于谭健儿第1项诉讼请求，因缺乏事实和法律依据，不予支持。

对于谭健儿提出的第2项诉请主张，即依据公司法第147条、148条、149条规定要求郑丹、王晓明、印正中心赔偿哲尚公司损失的诉讼请求，一审法院认为，郑丹、王晓明在担任哲尚公司高级管理人员、董事期间擅自成立了印正中心，且印正中心与哲尚公司的营业范围存在部分重合，郑丹、王晓明对哲尚公司未尽到忠实勤勉义务。虽然哲品尚行微信公众号未进行实名认证，但依据公证书中反映的该微信公众号的相关信息及发布的文章等内容来看，该微信公众号的信息与哲尚公司的ICP备案信息具有关联性，且最初发布的文章及联系方式亦与哲尚公司有关，故认为该微信公众号与哲尚公司存在关联性，对于郑丹、王晓明仅凭该微信公众号曾发布几篇关于厦门哲品尚行活动的文章而辩称该微信公众号属于A公司（原名厦门B有限公司）的意见，因过于牵强，故不予采信。结合（2016）沪徐证字第5559号公证书的记载，一审法院认为，当时哲品尚行微信公众号和印正人文管理机构微信公众号发布的相关文章及哲品尚行微信公众号的头像变更等均表明，印正中心在未经哲尚公司及股东会同意的情况下，将与哲尚公司具有关联性的哲品尚行微信公众号归入自己旗下，且上述行为发生时，郑丹、王晓明均系印正中心合伙人，故郑丹、王晓明违反了对哲尚公司负有的忠实、勤勉义务。但是，谭健儿对于郑丹、王晓明的上述违反忠实、勤勉义务中，存在利用职务便利谋取属于哲尚公司的商业机会及相应的损失金额负有举证责任。而仅凭郑丹、王晓明曾系印正中心合伙人、印正中心曾将哲品尚行微信公众号归入自己旗下、哲尚公司在印正中心成立后出现亏损等不足以证明郑丹、王晓明、印正中心谋取了属于哲尚公司的商业机会、印正中心的收入全部或部分来源于本属于哲尚公司的商业机会以及郑丹、王晓明、印正中心通过哲尚公司亏损的方式从中获益，不利后果应由谭健儿承担。虽然哲尚公司与印正中心的年度报告，尤其是2015年度报告中记载的通信地址存在部分重合，以及吴建曾系哲尚公司员工，但在谭健儿提起本案诉讼后变更登记成为了印正中心的合伙人，哲尚公司登记的法定代表人及经理于2016年12月21日均由郑丹变更为王强，印正中心的登记合伙人于2016年12月16日由郑丹、王晓明变更登记为吴建、王强，且谭健儿称上述年度报告中记载的企业邮箱前缀n即瞿某系同一人，并称印正中心实际仍由郑丹、王晓明控制。一审法院认为，年度报告中记载的部分通信地址存在重合不必然表明印正中心侵占了属于哲尚公司的经营场所、办公设备等资产，也不必然表明郑丹、王晓明、印正中心将印正中心的经营成本、管理费用计入哲尚公司，且依据（2015）沪徐证字第4220号公证书的记载，当时哲品尚行微信公众号在腾讯地图显示的地址及发布的文章中记载的联系地址，均与2015年度报告中记载的通信地址不一致，谭健儿亦未举证证明印正中心的经营地址原系哲尚公司的实际经营地址，郑丹、王晓明、印正中心侵占了哲尚公司的哪些办公设备、资产及相应金额等，不利后果应由谭健儿承担；且即使按照谭健儿所述印正中心和哲尚公司年度报告中记载的n均是瞿某，但是瞿某及上述吴建、王强的就职和身份情况、年度报告中记载的部分通信地址存在重合的情形不必然表明印正中心侵占了哲尚公司的人力资源并攫取了属于哲尚公司的商业机会及相应金额，亦无法表明印正中心实际仍由郑丹、王晓明控制以及郑丹、王晓明、印正中心谋取了属于哲尚公司的商业机会及相应金额，不利后果应由谭健儿承担。加之，谭健儿未举证证明印正中心存在侵犯哲尚公司合法权益的行为及相应损失金额，亦未提供其它证据证明郑丹、王晓明存在违反公司法第147条、148条、149条规定的行为及由此所得的收入金额，不利后果应由谭健儿承担，且谭健儿基于哲尚公司的亏损额和印正中心的增值税缴纳额向郑丹、王晓明、印正中心主张行使款项的归入权亦缺乏事实和法律依据。印正中心未到庭参加诉讼，且未发表答辩意见，视为放弃其答辩权利，对此产生的法律后果，应由印正中心自行承担。综上，谭健儿要求郑丹、王晓明、印正中心连带赔偿哲尚公司价款暂计为6,359,639.86元的诉讼请求，缺乏事实和法律依据，不予支持。

一审法院判决：一、驳回谭健儿的全部诉讼请求；二、案件受理费60,756元，财产保全申请费2,145元，合计诉讼费62,901元，由谭健儿负担。

二审中，各方当事人均没有提交新证据。

一审法院查明的本案法律事实基本属实，各方当事人均无异议，本院予以确认。

本院认为，本案系基于损害公司利益责任纠纷的股东代表诉讼，谭健儿系哲尚公司的股东（持股20%），诉求的对象是同为哲尚公司的股东郑丹（持股35%、公司执行董事）、王晓明（持股30%），适用的法律依据是《中华人民共和国公司法》第一百四十七条、第一百四十八条和第一百四十九条。一审判决已经确定谭健儿的诉权基础以及本案相关诉讼主体资格均符合相关法律规定，本院予以确认。二审争议焦点在于谭健儿诉求的郑丹、王晓明的赔偿责任数额是否成立。

鉴于谭健儿的请求权存在混合，包括了归入权和过错责任损害赔偿权，本院需逐一予以认定。关于归入权部分，郑丹、王晓明的身份符合法律规定情形，构成义务主体，上述两人的行为经一审判决认定亦构成违反对哲尚公司负有的忠实义务。对于责任范围，《中华人民共和国公司法》第一百四十八条第二款规定的是上述人员违反前款规定所得的收入应当归公司所有。但本案的基础事实无法证实郑丹、王晓明两人存在违法收入及具体数额，谭健儿举证证明的印正中心的经营收入不等同于郑丹、王晓明的个人收入，据此本院无法支持谭健儿的此部分诉讼请求。关于损害赔偿部分，《中华人民共和国公司法》第一百四十九条规定的适用情形是公司的董、高、监人员在执行公司职务时违法或者违反公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。按照侵权赔偿之诉的构成，谭健儿应当举证证实郑丹、王晓明两人存在过错行为、哲尚公司存在客观损失以及过错与损失之间存在因果关系。本案中，谭健儿举证证明哲尚公司自其离职后就陷于经营亏损，并将哲尚公司一定期间的亏损额作为赔偿依据。对此本院认为，亏损是属于公司一个持续状态的经营表现，亦是公司内外各种因素的综合结果，不直接等同于公司的某项具体损失。结合案件其他事实可以反映，自2014年下半年起哲尚公司的股东之间产生矛盾，包括谭健儿在内都利用各自掌握的资源另起炉灶，弃哲尚公司于不顾，这才是哲尚公司持续亏损、歇业的根本原因。

综上所述，谭健儿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。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项、第一百七十五条及第一百一十八条之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

本案二审案件受理费为人民币60,756元，由上诉人谭健儿负担。

本判决为终审判决。

审判长　　严耿斌

审判员　　季伟伟

审判员　　刘　雯

二〇一八年二月一日

书记员　　郑雯晴

附：相关法律条文

一、《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、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十五条第二审人民法院的判决、裁定，是终审的判决、裁定。三、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十八条当事人进行民事诉讼，应当按照规定交纳案件受理费。财产案件除交纳案件受理费外，并按照规定交纳其他诉讼费用。当事人交纳诉讼费用确有困难的，可以按照规定向人民法院申请缓交、减交或者免交。收取诉讼费用的办法另行制定。