河南省郑州市中级人民法院

民 事 判 决 书

（2021）豫01民终2341号

上诉人(原审原告)：郑州普提心汽车服务有限公司，住所地河南自贸试验区郑州片区（经开）经南三路168号院4号楼1楼西户。

诉讼代表人：瞿成，监事。

委托代理人：张宇，上海格联律师事务所律师。

委托代理人：余小路，上海格联律师事务所实习律师。

被上诉人（原审被告）：买永静，女，1982年7月30日出生，回族，住河南省。

委托代理人：王金榜，河南文良律师事务所律师。

委托代理人：何苛苛，河南文良律师事务所律师。

上诉人郑州普提心汽车服务有限公司（以下简称普提心公司）与被上诉人买永静损害公司利益责任纠纷因不服河南省郑州高新技术产业开发区人民法院（2020）豫0191民初6170号民事判决，向本院提起上诉。本院于2021年2月4日立案后，根据《全国人大常务委员会关于授权最高人民法院在部分地区开展民事诉讼程序繁简分流改革试点工作的决定》，依法适用第二审程序，由审判员独任审理。上诉人普提心公司的委托代理人张宇、余小路，被上诉人买永静的委托代理人王金榜、何苛苛到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

郑州普提心汽车服务有限公司、买永静上诉请求：1.撤销河南省郑州高新技术产业开发区人民法院2020豫091民初6170号民事判决书，依法改判或发回重审；2.本案全部诉讼费用由买永静承担。事实和理由：原审判决认定事实不清，公司法第149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”，原审庭审过程中，普提心公司提供公证及做账记录等证据证明买永静擅自关店导致公司设备及原材料无法取回，进而证明买永静对普提心公司造成了损失，应当承担赔偿责任，但原审法院对该部分证据进行质证，却并未对相应事实予以认定，而是以证据不足为由驳回普提心公司的诉讼请求，二审法院依应当依法查明事实后改判或发回重审。公司法第148条规定：“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”。买永静未经股东会同意，与案外人注册成立郑州豫道企业服务有限公司（以下简称豫道公司），因其设立的公司经营范围和业务与普提心公司完全一致，违反董监高同业竞争禁止义务，故应当将买永静在该公司的收入归入普提心公司；普提心公司的财务账册可以反映公司经营损失，豫道公司的财务账册可以反映买永静的收入，上述两公司的财务账册均因故无法由普提心公司提供，属于当事人因客观原因无法自行搜集的材料，普提心公司依法向人民法院提交调取证据申请，但原审法院未调取相关证据，亦未向普提心公司送达不予准许的书面通知，违反法定程序，影响实体公正。原审法院适用法律错误，买永静作为普提心公司股东、法定代表人，其另行注册同业公司违反了公司法关于忠实义务的规定，该事实与两公司之间的距离无关，原审法院始终未引用有关“利用职务之便谋取商业机会”相关条款，仅以证据不足为由驳回普提心公司的诉讼请求明显不当。综上，请求支持上诉请求。

买永静辩称，首先，买永静的行为既未违反忠实义务，也未给公司造成损失。普提心公司主张的设备、材料等损失没有法律依据，也没有提供充分的证明，原审判决适用法律正确，程序合法，不存在违法的情形。依据公司法相关规定，执行公司职务违反勤勉、忠实义务造成公司损失责任主体限定为公司的董事、高级管理人员。法律所规定的董事、高级管理人员应当对公司有实际的管理和控制，故对买永静是否属于普提心公司的董事、高级管理人员应当实际审查，不能简单地依据工商登记的信息，而实际上买永静担任公司的执行董事兼总经理，是因为普提心公司的大股东河南省攀雀企业管理咨询有限公司（以下简称攀雀公司）不愿意承担公司的风险，与买永静协商而迫不得已冠名。买永静实际是普提心公司的业务人员。根据普提心公司一审提供的证据显示，买永静报销招待费用运营、赞助费用等相关费用均需要经过财务人员的审批，与公司合作意向必须要相关人员的审批通过后方可进行。以上都可以看出买永静在普提心公司没有任何的实权，属于公司被管理人员，各项工作均需要经过攀雀公司指定人员审批，受攀雀公司指定人员的管理和控制，不属于公司法上意义高级管理人员，因此也并不负有勤勉忠实义务。其次，依据《最高人民法院关于适用的解释》第九十条之规定，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主张事实的，由负有举证责任的当事人承担不利的后果。本案中普提心公司的证据不能证明买永静的行为给其造成了损失。普提心公司称因买永静擅自关店导致其设备和原材料无法取回，造成公司的损失，实际上是买永静无公司的经营管理权，在2020年的4月20日已经通知公司，因为疫情原因员工遣散，门店房租也于4月10日到期，房东要涨租并短信通知催缴，可见闭店是因为疫情，设备和原材料无法取回是因为房租到期，公司不交纳租金，设备和材料被房东处理，如果普提心公司主张权利，也应当向房东主张，买永静没有过错，无需承担责任。普提心公司不能证明买永静的行为侵犯其权利，也不能证明其损失系买永静造成，故申请调取普提心公司与案外人豫道公司的财务账册没有必要，而法院对当事人调取证据的申请，可以根据案件情况书面或者口头通知，故本案一审法院不书面通知不予调查通知书并不违反法定程序，普提心公司主张一审法院程序违法没有依据。根据《最高人民法院关于修改的决定》已经对原十九条进行了修改,法院对当事人调查证据的申请可以根据案情情况，书面或者口头的方式告知,一审法院的做法符合法律的规定，程序合法。普提心公司未能充分证明买永静的行为影响了公司的商业机会，或者侵犯了公司的商业利益，因其未证明损失的合理性，一审法院据此不支持其诉讼诉请，适用法律正确，应当予以维持。根据公司法的第148条的规定，董事高级管理人员不得有下列行为，未经股东大会或者股东会同意，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公司同类的业务，可见本法限定的主体是董事高级管理人员，而买永静在普提心公司没有实际的经营管理权，不属于本法意义上的董事高管人员。是否违反竞业禁止的忠实义务，也应当从实质意义上考察，即充分考虑公司高管的经营活动是否会影响到属于公司的商业机会或者侵害的公司现实或者可预见的商业利益，对此普提心公司若不能充分证明，应当承担举证不利的责任。且即便买永静违反了忠实义务，普提心公司要求赔偿材料损失、经营损失、返还劳动报酬等也没有任何的事实和法律依据。综上，应当驳回普提心公司的上诉请求。

普提心公司向一审法院起诉请求：1.判令被告停止侵害，辞去第三方豫道公司执行董事、总经理及法定代表人职务；2.判令被告归还原告营业执照正副本、公章、合同章、财务章、法人章等公司证照和印章；3.判令被告赔偿贴膜材料损失144371.62元；4.判令被告赔偿挪用的账款金额3238.24元；5.判令被告赔偿装修损失344930元(含软装159930元、硬装185000);6、判令被告赔偿原告2019年11月-2020年3月经营损失,共计5万元;7、判令将被告在2019年11月-2020年3月期间在原告处获得的酬劳及房租报销金额46900元、以及在豫道公司的收入及相应的股权收益归原告所有;8、判令被告支付原告为解决本案争议事项所支付的合理维权费用,包括公证费、差旅费等共计6712元;9、判令本案的诉讼费由被告承担。

一审法院认定事实：普提心公司系2019年5月6日成立的有限责任公司,股东为买永静及攀雀会司。注册资本为60万元,买永静认缴出资18万元,攀雀公司认缴出资42万元。买永静为普提心公司的法定代表人,担任执行董事兼总经理一职;瞿成任监事。普提心公司经营范围为汽车租赁;保洁服务;机械设备安装、维修;汽车技术开发、技术咨询、技术转让、技术服务;销售:汽车配件、汽车用品、塑料制品、工艺品、五金交电、电气设备、金属材料及制品、润滑油、机械设备、机电设备、电子产品、电线电缆、仪器仪表、汽车。公司住所地位于河南自贸试验区郑州片区(经开)经南三路168号院4号楼1楼西户。

豫道公司系于2019年11月26日成立的有限责任公司，股东为买永静及刘沛。公司的注册资本80万元,买永静认缴出资额为48万元,刘沛认缴出资额为32万元,均以货币方式出资。买永静为豫道公司的法定代表人,担任执行董事兼总经理一职,经营范围为汽车维修服务;保洁服务;汽车租赁;机械设备安装及维修;销售:汽车配件、汽车装饰用品、塑料制品、工艺品、五金交电、电器设备、金属材料、小包装润滑油、机械设备、机电设备、电子产品、电线电缆、仪器仪表。公司住所地位于河南省郑州市××区××大道××号豫海综合楼一楼556-1号商铺。2020年7月1日,该公司注销。

2020年,攀雀公司向原告普提心公司监事出具《通知函》,内容为:攀雀公司系普提心公司大股东(持股70%)现要求公司监事对行为人买永静提起诉讼,追究行为人的法律责任;行为人:买永静,职务:普提心公司法定代表人执行董事、总经理;相关违法行为说明:1、担任公司执行董事及总经理期间,挪用公司资金;2、担任公司执行董事及总经理期间,侵占公司财产;3、未经股东会同意,自营与所任职公司同类的业务;4、违反对公司的忠实义务。原告普提心公司于2020年5月1日收到该《通知函》。2020年4月10日,攀雀公司向买永静出具《告知函》载明双方曾于2020年1月份开始就普提心公司后续经营计划进行过初次沟通,双方均认可后续将由一方进行单方经营,然双方对于由哪一方经营存在分歧。由于普提心公司自开业后一直处于亏损状态,因此在未明确后续经营方案前,其司决定暂时不再投入资金运营,并建议暂停营业。为尽快明确普提心公司的后续经营方案,请买永静于2020年4月15日前以书面方式告知其司是否愿意接手普提心公司,单方进行后续的经营。2020年4月20日,被告向张芝君发送信息,称因为闭店和疫情原因,普提心公司员工已遣散,3月4月份工资已发放。门店房租4月10日到期,房东要涨租并短信通知催缴。

2020年4月24日,张芝君向被告发送信息,通知被告参加普提心公司临时股东会,讨论成立清算组对公司资产盘点、清算和注销等问题。

2020年4月29日,攀雀公司发出关于普提心公司临时股东会会议通知,载明审议议题为:1、审议并表决撤销买永静执行董事兼总经理职务;2、提名通过执行董事及总经理人选;3、变更普提心公司法定代表人;4、讨论有关买永静侵害公司利益并要求买永静对普提心公司进行赔偿等相关事宜;5、审议并表决修改公司章程。

2020年5月9日,上海市卢湾公证处出具(2020)沪卢证经字第766号公证书,载明:申请人为上海谷福实业发展有限公司(以下简称谷福公司),公证事项为保全证据,该处公证员刘某和工作人员陈悦会同申请人谷福公司的委托代理人余小路于2020年4月28日一同前往位于河南省××楼的“赛瑞思贴膜体验中心(经开授权店)”,现场监督了余小路查看该店招牌、前台、设备等情况的全过程。在公证员刘某和工作人员陈悦对有关情况进行录像、拍照,共得视频二段、照片26张。

2020年5月9日,上海市卢湾公证处出具(2020)沪卢证经字第767号公证书,载明:申请人为谷福公司,公证事项为保全证据,申请人谷福公司的委托代理人余小路于2020年4月27日向该处申请办理保全证据公证。该处公证员刘某和工作人员陈悦于2020年5月6日在该处,现场监督了谷福公司的委托代理人张芝君使用其提供的手机进行如下操作,1、查看上述手机中的“关于手机”信息;2、打开登录“抖音”APP,搜索“339238701”,并关注搜索结果中的用户“Jes”(抖音号:390238701),随后查看该用户发布的视频内容;3、登录“微信”ADp,查看与备注名称为“买永静”(微信号:×××)的交谈记录,随后查看群聊“郑州店财务沟通群”的交谈记录;4、先后使用两个账号登录“钉钉”App,并查看与“买永静”的工作记录;5打开“高德地图”App,搜索“易安友汽车贴膜中心(经开店)”(经开区经南三路168号院4号楼),随后查看该店上传的照片;6、查看拍摄于“2020年4月28日”的照片和视频,随后播放录制于“2020年4月28日”的音频;7、查看与“买永静”(手机号码:180××××6661)的短信记录;8查看群聊“易安友执行管理委员会”的交谈记录;9、同时对部分页面进行截屏,共得截屏二百五十一张。该处公证员刘某对上述全部操作进行录像,共得视频三段,该处工作人员陈悦将上述有关截屏、照片、视频刻录至光盘。

2020年6月5日,买永静从郑州米蝶财务咨询有限公司接收普提心公司财务账册。

另查明,谷福公司系攀雀公司股东。

一审法院认为，董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规及公司章程,对公司负有忠实义务和勤勉义务;董事、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时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;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,给公司造成钡失的,应当承担责任,当事人对于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有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的,由负有举证责任的当事人承担不利后果。

被告买永静未经股东会允许在普提心公司任职期间经营与普提心公司业务相似的其他公司显属不当，但因豫道公司已经注销，该不当行为已经停止，故对原告要求被告停止侵害,辞去第三方豫道公司执行董事、总经理及法定代表人职务的请求,不予支持。对于被告买永静称的其从未注册豫道公司的意见,证据不足,不予采纳。

被告买永静在经营普提心公司的过程中,与普提心公司的另一股东攀雀公司就由谁经营产生分歧,本案争议实为由普提心公司股东间的经营权之争引起。被告买永静作为普提心公司法定代表人,担任执行董事兼总经理一职,其有权代表公司处理公司事务。原告未提供证据证明已经召开股东会形成公司决议免除被告买永静的相应职务便直接要求买永静返还营业执照正副本、公章、合同章、财务章、法人章等公司证照和章印无相应的法律依据,故对于原告的该项诉讼请求原审法院不予支持。

虽然豫道公与普提心公司的经营业务类似,但其主要业务均需以相应的店面空间为依托才得以开展。而两公司的办公地址不同,相距近20公里,如此的距离不会对其所面临的客户产生较大的影响,现有证据不足以证明两公司的客户相同。原告所提供证据不足以证明其资产被买永静侵占,亦不足以证明被告买永静利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会,故对于原告要求被告买永静赔偿、返还、支付其各项费用及被告买永静相应收入、报销款等归其所有的请求,原审法院不予支持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款之规定,判决如下：驳回原告郑州普提心汽车服务有限公司的诉讼请求。

本院二审期间，当事人未提交新证据。本院经审理查明的事实与一审法院认定事实一致。

本院认为，2020年4月10日，普提心公司的大股东攀雀公司向小股东买永静出具的《告知函》载明，双方就普提心公司后续经营计划及单方经营进行协商，但由哪一方单方经营存在分歧。本案纠纷实质为大小股东经营权之争引发。买永静在普提心公司任总经理期间，未经股东会或股东会同意，于2019年11月26日参与注册经营业务相似的豫道公司不当，但豫道公司已于2020年7月1日注销，故一审对普提心公司主张买永静停止侵害、辞去豫道公司执行董事、总经理及法定代表人职务的请求不予支持并无不当。买永静作为普提心公司法定代表人，担任执行董事及总经理一职，其有权代表普提心公司持有公司相关证照和印章、处理公司事务，普提心公司主张买永静返还营业执照正副本、公章、合同章、财务章、法人章等缺少法律依据。一审中，普提心公司的举证不能证明买永静侵占普提心公司资产及利用职务之便为他人或自己谋取属于公司的商业机会，故一审法院不支持普提心公司要求买永静赔偿、返还支付其各项费用及对买永静收入、报销款行使归入权等诉讼请求并无不当。综上所述，普提心限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。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规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费9962元，由郑州普提心汽车服务有限公司负担（已交纳）。

本判决为终审判决。

审判员　　王明振

二〇二一年三月三日

书记员　　郭聪聪