上海市杨浦区人民法院

民 事 判 决 书

（2018）沪0110民初21373号

原告：陈操宇，男，1951年11月2日出生，汉族，户籍地上海市闵行区。

委托诉讼代理人：丁山，远闻(上海)律师事务所律师。

被告：朱松，男，1963年10月17日出生，汉族，户籍地上海市杨浦区。

委托诉讼代理人：潘志强，上海众华律师事务所律师。

被告：上海数林软件有限公司，住所地上海市杨浦区。

法定代表人：朱松。

第三人：上海宇龙软件工程有限公司，住所地中国(上海)自由贸易实验区郭守敬路XXX号浦东软件园14幢22301-887座。

法定代表人：朱松。

原告陈操宇与被告朱松、上海数林软件有限公司(以下简称“数林公司”)，第三人上海宇龙软件工程有限公司(以下简称“宇龙公司”)公司关联交易损害责任纠纷一案，本院于2018年10月8日立案受理后，适用普通程序审理。审理中，本院根据原告的申请，委托立信会计师事务所对相关争议事实进行审计鉴定。2019年8月9日，本院组成合议庭公开开庭进行了审理，原告陈操宇及其委托诉讼代理人丁山，被告朱松委托诉讼代理人潘志强到庭参加诉讼。被告数林公司、第三人宇龙公司经本院合法传唤拒不到庭，本院依法缺席审理。本案现已审理终结。

原告陈操宇向本院提出诉讼请求：判令被告朱松、被告数林公司连带赔偿第三人宇龙公司19,320,000元。审理中，原告变更诉讼请求为：1、判令被告朱松、被告数林公司连带赔偿第三人宇龙公司损失2,831,817,90元；2、判令被告朱松、被告数林公司共同向第三人宇龙公司赔偿上述资金被占用期间的损失(以2,831,817,90元为本金，自2018年1月1日起至实际清偿之日止，按银行同期贷款利率4.75%计算，暂计至2019年8月30日为224,185.58元)；3、诉讼费、司法审计鉴定费由两被告共同负担。

事实与理由：第三人宇龙公司成立于2000年8月，原告、被告朱松均系宇龙公司登记在册的股东，各占25%股权，被告朱松系宇龙公司法定代表人，担任董事长。被告数林公司成立于2011年5月，被告朱松系其法定代表人，并拥有该公司90%股权。2015年4月，原告不参与宇龙公司日常经营后，被告朱松于2015年9月将数林公司注册资金从人民币500,000元增至1,000,000元，并将宇龙公司的业务和人员转移至数林公司，造成宇龙公司自2015年起利润出现严重下滑，而数林公司的营业收入却大幅增长。原告认为被告朱松和其控股的数林公司严重侵害了宇龙公司利益，故向宇龙公司监事刘1发函，要求其代表宇龙公司提起诉讼维护公司权益，但并未见其有任何回复和行动，原告遂提起股东代表诉讼。审理中，被告朱松提交了其和宇龙公司另两位股东刘1和姚某签订的《备忘录》，以及数林公司和宇龙公司签订的《合作协议书》，表示宇龙公司因营业执照期限届满无法参与招投标，不能继续开展业务，两家公司遂进行业务合作，该项合作不但未侵害宇龙公司利益，而且宇龙公司是得益的。但原告认为，一是该《合作协议书》系被告朱松利用其关联关系促成，属于关联交易，未经股东会决议作出，原告不知情;二是即便宇龙公司要与他人合作，也应该选择宇龙公司的全资子公司上海清然科技有限公司(以下简称“清然公司”)，清然公司成立的目的就是帮助宇龙公司参与招投标，开展业务；三是《合作协议书》第一条第二、三款，关于数林公司代销宇龙公司软件产品的结算，合同约定数林公司以远低于实际售价的“2014年市场销售底价”的七折和五折向宇龙公司支付费用，显然侵害了宇龙公司及原告等股东的利益；第五条第二、三款约定，宇龙公司要将数林公司接收的原宇龙公司员工应得的离职经济补偿金预先足额支付给数林公司，在离职补偿金应否给付不确定的情况下，数林公司占用宇龙公司资金，也侵害了宇龙公司利益。而且，数林公司替宇龙公司支付销售人员的提成，无支付凭证，不能认可。综上，被告朱松违反了公司法第一百四十八条董事等高管忠实义务以及公司法第二十一条禁止利用关联交易损害公司利益的规定，应承担赔偿责任。同时，数林公司是关联交易的共同侵权方，也是实际获益者，应对第三人宇龙公司的损失承担连带赔偿责任。具体的损失金额2,831,817,90元的计算公式为：2,831,817,90=14,805,707.40-4,553,974.95+(3,858,292.93-2,772,651.91-154,820.18)-8,350,735.39

被告朱松辩称，不同意原告的诉讼请求。1、数林公司与宇龙公司开展合作是持有宇龙公司75%股权的三名股东以签订《备忘录》形式共同决定的，并且2017年4月5日宇龙公司作出了《股东会决议》，决定“继续与上海数林软件有限公司开展软件产品的总代理和再开发事项的合作”。《公司法》第一百四十八条第一款第(五)项规定是“未经股东会同意”，“同意”可以是“事先同意”，也可以是“事后同意”，法律没有规定“必须事先经股东会同意”。故合作决定以《备忘录》形式确立、后由《股东会决议》确认，体现了公司意志，应受法律保护。被告朱松作为董事及高管负有忠实和勤勉义务，其履行公司决定并无过错。若朱松有错，其他两名股东也有错，应追究三人的责任。2、原告最终诉请金额的数据来源“14,805,707.40元”，是其要求审计单位按数林公司与客户签署的合同金额乘以70%计算而来，该计算方式违反了《合作协议书》的约定，超出了法院委托审计范围，不是司法鉴定意见，原告以该金额作为宇龙公司应得的费用缺乏事实和法律依据；也与宇龙公司之前和其他代理商合作惯例及实际代理情况不符，宇龙公司正常经营时期，其与代理商之间是在产品市场控制价的基础上按折扣比例来结算，并由代理商自主决定加价多少转售给最终用户，加价所得收益全归代理商。数林公司不同于通常意义上的代理商，在宇龙公司无法正常经营的情况下，其无偿承接了通常代理商无须承担的向最终用户提供安装调试、现场培训、升级维护、技术支持等合同义务，故《合作协议书》约定自2016年起按照市场控制价的五折进行结算，而非七折结算。3、关于宇龙公司员工销售提成的代付问题，数林公司是依照《合作协议书》的约定执行，并无过错，原告若对宇龙公司的销售提成计算和支付有异议，应另案起诉，与本案无关；关于经济补偿金问题，因宇龙公司营业执照到期后无法办理延期，导致员工正常就业、办理社保和居住证等手续受阻，员工必然要与宇龙公司解除劳动关系，但为了维持宇龙公司业务，又离不开这些员工，故与员工协商一致，由数林公司承接这些员工的劳动关系，将员工在宇龙公司的工龄计入数林公司连续计算。对宇龙公司来说，这部分经济补偿金的支出是必然的、合理的，并未增加宇龙公司的责任和义务，更未损害宇龙公司的利益。4、本案关联交易并未损害宇龙公司利益，反而使宇龙公司获益。宇龙公司无法正常经营后，正是因为与数林公司合作才获得了800余万元的收益，才能维系至今，若不合作，宇龙公司唯有歇业，没有任何收益。5、原告诉讼的真实目的不是为宇龙公司维权，而是阻止宇龙公司恢复正常经营，以帮助自己的“静一公司”整垮宇龙公司。原告作为宇龙公司股东，若对宇龙公司经营到期之后的利益有所期待，就理应积极配合延续经营，而不是一再要求解散、清算。综上，两被告并未利用关联交易侵害宇龙公司的利益。

被告数林公司和第三人宇龙公司未到庭应诉答辩。

原告陈操宇和被告朱松围绕各自的诉辩主张依法提交了证据，本院组织当事人进行了证据交换和质证。根据当事人无异议的证据，本院认定以下事实：

一、第三人宇龙公司与被告数林公司的相关情况

第三人宇龙公司设立于2000年8月25日，系有限责任公司，营业期限自2000年8月25日至2015年8月24日。该公司登记在册的股东为原告陈操宇、被告朱松及案外人刘1、姚某，注册资本为人民币3,000,000元，四名股东各出资750,000元，各占25%的股份。宇龙公司设立董事会，朱松为董事长、法定代表人，原告和姚某任董事，刘1担任公司监事。

宇龙公司章程约定：1、股东会决定公司的经营方针、投资计划和其他重要事项。2、董事、总经理除本章程规定或者股东会同意外，不得同公司订立合同或者进行交易。3、股东各方均同意延长经营期限的，应由股东会作出决议，并在经营期限届满前六个月报原审批部门批准，然后向公司登记管理机关办理变更登记及其它注册手续。4、有关公司增加或者减少注册资本、分立、合并、解散或者变更公司形式及修改公司章程的决议必须经代表三分之二以上表决权的股东通过。

被告数林公司设立于2011年5月13日，系有限责任公司，注册资本为人民币100万元，登记在册的股东为被告朱松和案外人刘2，两人持股比例分别为90%和10%，被告朱松担任数林公司的法定代表人、执行董事和总经理。

2015年2月，宇龙公司因营业期限即将届满，持有75%股权的三位股东，即朱松、姚某、刘1同意公司延续经营，而持有25%股权的股东原告陈操宇不同意延续经营。根据宇龙公司的章程约定，股东各方均同意延长经营期限的，应由股东会作出决议。为此，围绕宇龙公司的经营存续问题，发生了系列诉讼。2015年5月，原告陈操宇起诉宇龙公司，要求确认宇龙公司股东会作出的“不同意延长公司经营期限的股东以合理价格转让其持有的全部股权”的股东会决议无效，获法院支持；2016年3月，原告陈操宇向法院申请对宇龙公司进行清算，法院认为宇龙公司大多数股东有意延长经营期限、鉴于公司尚在运转且有营利的现状，强行对其清算不利于社会经济发展，裁定不予受理；2016年10月，原告陈操宇起诉要求解散宇龙公司，被法院判决驳回。

嗣后，宇龙公司根据上海市第一中级人民法院(2015)沪一中民四(商)终字第2519号的判决意见，拟通过修改公司章程的方式延长公司经营期限，解决公司的存续纷争。2017年4月5日，宇龙公司召开2017年第一次股东会作出决议，通过公司章程2017年修正案。

2017年6月9日，原告陈操宇向上海市浦东新区人民法院起诉宇龙公司，认为根据宇龙公司的章程规定，公司经营期限已经于2015年8月24日届满，2017年4月5日公司其他股东形成决议并修改章程以使公司存续，其明确反对该项决议，故诉请法院依法判令宇龙公司以合理价格收购其持有的25%的股权。该案审理中，原告陈操宇提起股权评估申请。在评估过程中，原告发现宇龙公司的软件产品已由被告朱松控股的数林公司销售，导致无法反映宇龙公司软件产品的估价，故提出中止评估。

2017年12月7日，原告发函给宇龙公司监事刘1，要求其向法院提起诉讼，依法行使对被告朱松的归入权和损害赔偿请求权，并就是否提起诉讼作出明确回复。此后，因刘1在收到请求之日起三十日内未提起诉讼，原告遂依据公司法相关规定提起股东代表诉讼。

二、《备忘录》及《合作协议书》内容

2015年8月，宇龙公司股东朱松、姚某和刘1签署《备忘录》。《备忘录》载明：因宇龙公司营业期限于2015年8月24日到期，宇龙公司股东各方就企业营业期限届满是否存续经营事宜无法达成一致引发争议，涉讼未决，导致宇龙公司不能开展正常经营活动。为解决宇龙公司困境，保护职工就业，保障客户利益，宇龙公司股东及董事长朱松、股东及监事刘1、股东姚某为解决公司前述困境进行商议后决定，同意宇龙公司与数林公司开展合作，并达成以下共识：1、宇龙公司与数林公司均为计算机软件企业，可就彼此拥有的软件产品进行合作研发及销售等相关事宜进行合作，首次合作期限为五年。2、需合作商议的主要内容如下：

(1)宇龙公司软件产品的销售代理授权。授权数林公司作为宇龙公司拥有的软件产品唯一总代理，且同意数林公司独立有权向最终用户给予宇龙公司软件产品的使用许可。数林公司有权自行转委托其他第三方代理销售宇龙公司的软件产品。可按不低于宇龙公司软件产品市场控制价格的50%给予数林公司总代理价。按先销后付原则，在数林公司收到宇龙软件产品实际用户的付款到账金额后双方按协议代理价结算支付。

(2)宇龙公司软件产品的再利用。同数林公司商议合作期内在其新产品开发过程中，优先考虑利用宇龙公司的软件产品，并应向宇龙公司支付产品嵌入使用费，该嵌入使用费以该软件产品总销售代理价为基础双方商议一定的比例额度进行对价支付。数林公司有权向用户给予其嵌入的宇龙公司软件产品的使用许可。基于数林公司为再利用支付了相应对价，则开发形成最终软件产品的知识产权可以归数林公司所有，但数林公司不可以对宇龙公司软件产品进行修改、反编译、反汇编或反向工程。

(3)宇龙公司代销数林公司的软件产品。宇龙公司也可代销数林公司的软件产品，该代销价格应与宇龙公司给予数林公司的代销价折扣比例一致。也按先销后付原则，在收到其代理的数林公司软件产品实际用户的付款到账金额后，再按其协议代销价与数林公司结算支付。

(4)数林公司为宇龙公司对外代签合同。要求数林公司以其自己名义代宇龙公司对外签署相关宇龙公司软件产品和项目开发的合同，此合同的权利义务仍由宇龙公司承担。即：由宇龙公司依约负责提供相应的项目开发、交付产品和售后服务，以及承担由此而产生的各项成本和费用。可给予数林公司按该合同实际到账金额的15%的代理服务费。宇龙公司按该合同实际到账金额的85%开具发票给数林公司后，数林公司将发票对应的金额汇付给宇龙公司。

(5)相关人员安排：A.因宇龙公司营业执照到期无法办理延期，导致不能为其员工办理居住证等手续，影响员工正常就业及办理社会保险。为保障员工利益，将要求数林公司同意优先聘用宇龙公司离职的员工。并同意为被聘用的宇龙公司员工保留其在宇龙公司工作的工龄，将其在宇龙公司工作的工龄作为连续工龄累计纳入数林公司工作的劳动年限。为此，应将员工在宇龙公司工作期间应获得的经济补偿预先足额支付给数林公司，而员工之后在数林公司工作期间由于其工资及年限的增加而因此增加的经济补偿应明确由数林公司承担，宇龙公司则不再承担此部分责任。经济补偿按劳动者在宇龙公司工作的年限，每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付；六个月以上不满一年的，按一年计算；不满六个月的，向劳动者支付半个月工资的经济补偿。B.因宇龙公司销售人员的销售业绩考核截止时间为2015年12月31日，宇龙公司离职销售人员的销售提成金在其离职时依规还未到考核截止期。要求数林公司就原宇龙公司销售人员，待宇龙公司到期将该销售提成金汇付至数林公司后，由数林公司代付给相关销售人员。C.当宇龙公司因其项目密集度的原因导致宇龙公司开发技术人员紧缺时，可要求借调数林公司的开发技术人员为宇龙公司提供配合开发、维护服务等支援，帮助其完成相应的工作，宇龙公司将参照借调人员在数林公司的报酬待遇以及其他发生的费用与数林公司结算。

三、宇龙公司与数林公司签订的《合作协议书》相关内容

2015年9月15日，数林公司(甲方)与宇龙公司(乙方)签订《合作协议书》，约定就以下事宜开展合作，达成协议如下：

1、乙方软件产品的销售代理授权。(1)乙方授权甲方为其拥有的软件产品唯一总代理(但不排除乙方仍有权自行销售自己的软件产品)，且乙方同意甲方独立有权向最终用户给予乙方软件产品的使用许可。乙方授权甲方有权自行在其代理权限内转委托其他第三方代理销售乙方的软件产品。(2)乙方给予甲方的总代理价为：2015年度(2015年9月15日至12月31日)按乙方软件产品市场控制价格的70%，即甲方按七折与乙方结算；2016年1月1日起按乙方软件产品市场控制价格的50%，即甲方按五折与乙方结算。乙方同意按先销后付原则，甲方收到其代理的乙方软件产品实际用户的付款到账金额后按协议代理价结算支付给乙方。如发生坏账或其他损失，则双方按同比例承担。(3)市场控制价：指乙方2014年市场销售底价(软件产品的销售底价详见附件一)。

2、乙方软件产品的再利用(略，具体内容与《备忘录》一致)。

3、乙方代销甲方的软件产品。甲方授权乙方可代销甲方的软件产品。乙方给予甲方的代理价为：(1)2015年度(2015年9月15日至12月31日)按甲方软件产品市场控制价格的70%，即乙方按七折与甲方结算；(2)2016年1月1日起按甲方软件产品市场控制价格的50%，即乙方按五折与甲方结算。甲方同意按先销后付原则，乙方收到其代理的甲方软件产品实际用户的付款到账金额后按协议代理价结算支付给甲方。如发生坏账或其他损失，则双方按同比例承担。

4、双方互为对方对外代签合同。应一方要求，另一方同意以自己公司的名义代对方对外签署相关软件产品和项目开发的合同。此合同的权利义务仍由产品实际生产方承担。即：由产品实际生产方依约负责提供相应的项目开发、交付产品和售后服务，以及承担由此而产生的各项成本和费用。签约方按该合同实际到账金额的15%收取代理服务费。

5、相关人员：(1)因乙方营业执照到期无法办理延期，导致不能为其员工办理居住证等手续，影响员工正常就业及办理社会保险。为保障员工利益，甲方同意优先聘用乙方离职的员工。(2)甲方同意为被聘用的乙方员工保留其在乙方工作的工龄，将其在乙方工作的工龄作为连续工龄累计纳入甲方工作的劳动年限。为此，乙方应将员工在乙方工作期间应获得的经济补偿预先足额支付给甲方，而员工之后在甲方工作期间由于其工资及年限的增加而因此增加的经济补偿应由甲方承担，乙方则不再承担此部分责任。经济补偿按劳动者在宇龙公司工作的年限，每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付；六个月以上不满一年的，按一年计算；不满六个月的，向劳动者支付半个月工资的经济补偿。(3)因乙方对其员工的销售业绩考核截止时间为2015年12月31日，乙方部分离职销售人员的销售提成金在其离职时依规还未到考核截止期。现双方同意，就甲方聘用的原乙方销售人员，待乙方到期将该销售提成金汇付至甲方后，由甲方代付给相关销售人员。(4)略。

6、其他：(1)双方各自的软件产品在用户使用过程中发现的缺陷，通过任何一方反馈给软件产品的拥有方后，该方均有义务对其软件缺陷进行修补和改善。(2)合作期间，甲乙双方同意双方每年年度相互对此前的业务进行往来对账结算，即双方的到期债权债务均按年度互相冲抵后再对余额进行结算。

2017年4月5日，宇龙公司召开2017年第一次股东会会议，审议并通过了公司的经营方针及处置计划。1、明确公司的经营方针：努力改善公司目前的困难，维护好公司在市场的商誉，继续与上海数林软件有限公司开展软件产品的总代理和再开发事项的合作；保障客户利益，保护职工权益。2、资产处置计划：由于原公司经营期满后未能变更延长，对公司正常的经营活动造成重大不利影响。为使公司尽快调整经营，提高决策效率，股东会特别授予执行董事有权处置公司资产和有权任免高级管理人员。上述决议经持有宇龙公司75%股权的股东同意通过。原告陈操宇缺席股东会。

四、司法鉴定意见

本案审理中，原告陈操宇和被告朱松均同意对2015年9月15日起至2017年6月30日期间数林公司与宇龙公司基于《合作协议书》确定的业务合作模式项下的钱款往来情况进行审计(司法鉴定)。本院根据双方确定的委托审计要求，委托立信会计师事务所进行审计。

司法鉴定意见：根据目前宇龙公司、数林公司提供的资料，涉案期间：

1、数林公司代理销售宇龙公司软件产品的情况：数林公司销售宇龙公司软件产品收入合同签署金额(含增值税)20,545,032元，有销售合同、销售发票作为依据。数林公司将上述销售划分为产品代理17,717,132元(实际到账金额17,320,563.80元)、合同代签2,827,900元(实际到账金额2,827,900)，数林公司计算应付宇龙公司产品代理、合同代签款合计为8,350,735.39元(产品代理6,021,505.89元+合同代签2,329,229.50元)。由于数林公司对产品代理、合同代签业务未做严格的会计科目划分，无法判断数林公司划分产品代理、合同代签金额、应付宇龙公司8,350,735.39元的准确性、公允性，也无法进一步核对、查验确定宇龙公司和数林公司各自应得钱款。2016年、2017年，宇龙公司银行账户分三笔收到数林公司支付的款项4,553,974.95元。

2、数林公司对软件产品的再利用情况：数林公司账面没有发生应付宇龙公司的软件产品再利用费、整体嵌入费、部分嵌入费，也没有支付过上述费用。

3、宇龙公司代销数林公司软件产品的情况：宇龙公司销售发票中没有代销数林公司软件的记载，宇龙公司销售合同没有代销数林公司软件内容。

4、双方互为对方代签合同的情况：数林公司提供的其为宇龙公司对外代签合同金额参见审计鉴定意见第1条。被告朱松认为宇龙公司为数林公司代签合同金额合计6,029,300元，产生结算费用，即宇龙公司应付数林公司2,678,663.50元。经查验，相关销售合同由宇龙公司与客户盖章订立、销售宇龙公司软件产品、开具宇龙公司发票，无法确认是宇龙公司为数林公司代签的合同。

5、宇龙公司实际支付离职员工经济补偿金的数额、支付离职销售人员销售提成数额：宇龙公司于2015年10月30日至2016年4月29日期间,经银行账户分四笔支付数林公司3,858,292.93元(账面支付摘要内容为职工补偿金、离职金、销售提成)。截至2018年2月28日，数林公司账面实际支付7位离职员工经济补偿金186,520元，根据被告提供的关于经济补偿金预付说明，其中应由宇龙公司承担的员工补偿金为154,820.18元。被告提供了销售人员销售提成金额为2,772,651.91元，数林公司说明其已全部支付给销售人员，但没有提供支付凭证，我们无法查验其实际支付的情况。2019年4月4日，数林公司提供了7位销售人员签署的已全部收到销售提成款说明的7份复印件。

司法鉴定(审计)机构另补充说明：1、根据数林公司提供的合同资料，数林公司2015年9月15日起至2017年6月30日期间为宇龙公司软件产品代理以及合同代签账面共发生190笔销售业务。上述销售合同所载明的金额与销售发票含税金额均高于《合作协议书》约定的市场控制价。2、数林公司另提供其与宇龙公司《合作协议书》以外结算费用：(1)数林公司应付宇龙公司借款16,000元，房屋租金43,200元、172,800元、86,400元，货款汇错账户调整33,000元。(2)宇龙公司应付数林公司职工饭卡充值费用16,032、119,560元、48,200元，货款汇错账户调整3000元，软件产品维护服务费600,000元、300,000元。上述《合作协议书》以外结算费用，不是本次委托司法鉴定范围，已告知被告。

以上事实由原告陈操宇提供的宇龙公司、数林公司的工商信息、《上海宇龙软件工程有限公司章程》《请求函》和快递单，被告朱松提供的(2015)沪一中民四(民)终字第2519号民事判决书、(2016)沪0115民算8号民事裁定书、(2016)沪0115民初74435号民事判决书、(2017)沪0115民初51279号案件传票及民事起诉状、《备忘录》《合作协议书》《上海宇龙软件工程有限公司2017年第一次股东会决议》，以及立信会计师事务所出具的《司法鉴定意见书》和《补充说明》予以佐证，本院予以确认。

审理中，围绕《备忘录》及《合作协议书》约定的内容是否损害第三人宇龙公司的利益，原告另行提供了以下证据：1、《关于注册新公司的决议》及清然公司工商登记信息，证明清然公司是宇龙公司的全资子公司，在宇龙公司营业期限届满后，宇龙公司的业务可以由清然公司经营，被告朱松使用与其有关联关系的数林公司来经营宇龙公司业务，没有必要。2、宇龙公司与代理商签订的5份《销售总代理协议》(电子版未盖章)，该些协议是原告陈操宇在担任宇龙公司总经理期间留存在个人电脑中的电子版本，现原告已离开公司，无法取得协议的书面正式文本，证明宇龙公司一般是以实际销售金额的30%给予代理商费用。被告朱松对上述证据的质证意见：对证据1的真实性确认，但关联性不认可，决议已明确了清然公司不设运营人员，不开展除参加投标外的其他业务，故无法与宇龙公司开展合作，宇龙公司只能向数林公司求助。对证据2的真实性不认可。这些协议无签约主体的签名盖章，都不属于签署生效的合同原件。被告朱松提供了宇龙公司与相关代销企业签署的《销售合同》，证明代理折扣率的比例并非始终是70%固定不变，且在该些《销售合同》中还约定，宇龙公司除了提供软件产品外，还需提供安装培训、升级维护、售后服务，但宇龙公司与数林公司合作是发生在执照过期、经营受阻、人员流失的困境期，数林公司是出手相救，且承接了宇龙公司无法向用户提供的售后服务，故宇龙公司和数林公司之间达成递减的代理折扣率是合情合理的。原告陈操宇对此证据的质证意见是：该组销售合同是政府采购中未经销售代理而由宇龙公司和客户直接签订的销售合同，结算是按实际成交价结算，与本案的争议无关联，不具有可比性。

围绕宇龙公司和数林公司之间债权债务互相冲抵的情况，被告朱松提供了以下证据：1、《合作补充协议书》，证明根据合同约定，数林公司为宇龙公司的软件产品在售后维护服务中提供技术服务人员支援协助，宇龙公司从2016年1月1日起每月向数林公司支付软件产品维护服务费用50,000元。2、《办公室租赁合同》，证明数林公司从2015年10月1日起租借宇龙公司的房屋用于办公，每月租金为14,400元。3、饭卡费用明细等材料，证明自2015年10月起，宇龙公司员工的饭卡由数林公司代为支付充值，至2017年6月，合计代付金额为183,792元。原告对上述证据的质证意见是：对《合作补充协议书》《办公室租赁合同》合法性、关联性不认可，上述协议也是关联交易，该类关联交易无论是否经过股东会决议，根据《公司法》司法解释五的相关规定，均属无效协议；饭卡费用明细等材料的真实性和关联性不予认可;上述这些费用是否正当合理，原告会在另案中寻求解决。

就本案中数林公司是否已向原宇龙公司的7名销售人员支付销售提成的事实，本院通知销售人员俞梅、沈文霞、李明、胡庆丰、蔡依蕾、陈琴、丘宛蓉到院陈述相关情况，7名销售人员均表示已收到销售提成费用。另外，原告对胡庆丰的销售提成数额有异议，后宇龙公司提供了《关于胡庆丰在上海宇龙软件工程有限公司提成结余的说明》，原告质证后表示认可。

本院要求被告朱松就宇龙公司与其他销售代理商之间的费用结算，也采用以市场控制价为基数再乘以一定折扣比例的结算方式，进行举证。被告朱松表示宇龙公司与销售代理商之间是按照合同签订价结算费用，而不是按照市场控制价结算。

根据司法鉴定意见，2016年、2017年数林公司共向宇龙公司支付了4,553,974.95元。对于款项对应的付款名目，被告朱松在审理中表示未作一一细分。原告表示认可宇龙公司收到这些钱款，且在诉请的赔偿金额中已作抵扣。

本院认为，原告提起股东代表诉讼，诉请的核心请求权基础是公司关联交易损害赔偿。根据我国《公司法》的规定，关联关系是指公司控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员与其直接或者间接控制的企业之间的关系，以及可能导致公司利益转移的其他关系。本案中,被告朱松系第三人宇龙公司股东、法定代表人和董事长，同时亦为被告数林公司的控股股东、法定代表人和执行董事和总经理，故第三人宇龙公司和被告数林公司之间基于《合作协议书》产生的业务合作构成关联交易。原告主张，宇龙公司与数林公司进行业务合作没有必要，宇龙公司的子公司清然公司完全可以为宇龙公司进行招投标，开展业务。本院认为，从成立清然公司的决议来看，清然公司成立的目的是配合宇龙公司参加投标，但不开展其它业务，也不设运营人员，故无法解决宇龙公司的所有困难，而且法律并未禁止关联交易，因此，原告的此项意见，本院不予采纳。本案的争议焦点在于：一、被告朱松和被告数林公司是否因案涉关联交易侵害了宇龙公司的利益；二、若两被告侵害了宇龙公司利益，则两被告应赔偿的金额。

一、第一项争议焦点涉及的相关问题

判断案涉关联交易是否侵害了宇龙公司的利益，不能简单地以宇龙公司是否因案涉关联交易获有收益进行评判，还应从关联交易是否履行了必要的决策程序、交易价格是否公允等方面进行综合审查判断。

1、案涉关联交易是否履行了必要的决策程序。根据宇龙公司章程的约定，公司的经营方针、投资计划及其他重要事项应由股东会决定，董事、总经理除章程规定或者股东会同意外，不得同公司订立合同或者进行交易。宇龙公司和数林公司开展业务合作应属于股东会的决策事项，但宇龙公司未召开股东会予以决策。根据《公司法》的规定，对由股东会行使的职权事项，除股东以书面形式一致表示同意的，可以不召开股东会会议直接作出决定外，其余都需要通过召开股东会进行议事和表决。本案中，由被告朱松与其他两名股东姚某、刘1通过签订《备忘录》的形式形成决策，显然与法相悖，即便案涉关联交易嗣后被2017年4月5日《股东会决议》所追认，但也不代表关联交易必定合法有效，还需审查关联交易是否违反公平原则，损害公司利益。

2、案涉关联交易条件是否具有公允性。现原、被告争议主要集中于两方面，一是《合作协议书》项下第一部分即宇龙公司授予数林公司宇龙软件产品销售的唯一总代理后，双方约定的“协议代理价”是否合理，即以市场控制价为结算基数，在此基础上，由数林公司对2015年9月15日至2015年12月31日期间的费用按照七折(70%)结算给宇龙公司，2016年1月1日以后的费用，由数林公司按五折(50%)结算给宇龙公司。二是第五部分即数林公司接收宇龙公司的离职员工后，要求宇龙公司将“员工在宇龙公司工作期间应获得的经济补偿预先足额支付给数林公司”，是否正当合理。

(1)关于“协议代理价”的合理性问题，本院认为，应对比同行业平均水平或宇龙公司之前与非关联方交易的惯例来判断。首先，案涉《合作协议书》约定，数林公司是为宇龙公司进行销售代理。根据销售代理法律关系和交易模式，销售代理人在代理权限内替委托人销售商品，其商品所有权不属于代理商，因此销售收入应归委托人所有，代理商则获取佣金。然而，涉案《合作协议书》约定的协议代理价是按照市场控制价为基数结算，有悖于代理模式下按实际销售价为基数进行结算的市场交易惯例。被告朱松主张市场常见的销售代理模式是供方按相对较低价向销方供货，销方加价转售，加价部分是销方自己应得的利润收益的抗辩意见，是混淆了代理和买卖的不同法律关系。其次，从宇龙公司自身的经营惯例来看，被告朱松提交的五份《销售合同》，均系宇龙公司直接将软件产品售卖给客户，建立的是买卖合同关系，而非销售代理关系，不能证明宇龙公司在销售代理模式下费用结算的惯例；而且被告朱松当庭已自认宇龙公司与其他销售代理商之间是按照合同签订价为基数结算费用。根据司法鉴定意见，数林公司2015年9月15日起至2017年6月30日期间为宇龙公司软件产品代理以及合同代签,账面发生的190笔销售业务中，销售合同所载明的销售金额均高于《合作协议书》约定的市场控制价。市场控制价通常是厂家或者公司根据市场状况确定的销售指导价，一般要求销售人员或代理商不低于该价格进行销售，以达到稳定产品市场价格的目的。因此，以低于实际售价的市场控制价作为结算基数，有违交易惯例，即使按照市场控制价结算，那么在此基础上再予以打折结算，显然也与正常商业逻辑相悖，有失公允。

关于2016年1月1日起数林公司按50%的代理折扣率结算费用给宇龙公司是否合理的问题。原告认为，宇龙公司与代理商之间的结算惯例是代理商获取实际销售金额的30%，也即宇龙公司获得70%的销售收益。被告朱松抗辩，数林公司不是通常意义的代理商，其在宇龙公司无法正常经营后，承接了向最终用户提供安装调试、现场培训、升级维护、技术支持等合同义务，且宇龙公司无需向数林公司支付任何费用，故数林公司因承担了更多的售后服务义务，理应获得更多的销售收入，结算比例递减是合理的。本院认为，被告朱松(同时为数林公司的法定代表人)在审理中并未提供相应证据，证明2016年起软件行业和市场销售环境相比2015年出现了重大变化，导致数林公司代理成本显著增加，而有必要改变折扣率。同时，根据被告朱松提交的宇龙公司和数林公司签订的《合作补充协议书》的约定，宇龙公司应自2016年1月1日起按月向数林公司支付50,000元，作为数林公司为宇龙公司软件产品的维护服务费用。因此，数林公司在实际已就其承担的售后服务另行向宇龙公司主张了对价的情况下，仅按50%的比例结算给宇龙公司，显然也侵害了宇龙公司的利益。

故上述结算方式直接导致了应归属于宇龙公司的部分销售收入转移至了数林公司。

(2)关于案涉《合作协议书》约定，数林公司在接收宇龙公司离职员工后，宇龙公司“应将员工在宇龙公司工作期间应获得的经济补偿预先足额支付给数林公司”，是否正当合理的问题。本院认为，在宇龙公司因经营期限届满无法保障员工利益的情况下，宇龙公司、数林公司与员工三方之间协商一致，由数林公司接收宇龙公司员工，并将员工在宇龙公司的工作年限合并纳入在数林公司工作的年限，以此作为今后发生经济补偿时工龄的计算年限，于法不悖。但宇龙公司原员工与数林公司建立了新的劳动关系后，嗣后是否一定发生经济补偿问题，还应看双方履行劳动合同的具体情况。根据劳动法规定，经劳动者提出与用人单位协商一致解除劳动合同的、劳动者严重违反用人单位规章制度的、劳动者开始依法享受基本养老保险待遇或者达到法定退休年龄从而劳动合同终止等多种情况下，用人单位解除或终止劳动合同的，不需要支付经济补偿金。因此，在是否应支付经济补偿金不确定的情况下，要求宇龙公司将员工今后只是有可能获得的经济补偿，按照员工对应宇龙公司的工作年限，预先足额支付给数林公司并没有法律依据和事实依据，数林公司据此占用宇龙公司资金是侵害了宇龙公司的利益。

综上，案涉关联交易在客观上侵害了宇龙公司的利益。被告朱松作为宇龙公司的董事长，在主导案涉关联交易时未能尽到对宇龙公司的忠实和勤勉义务，负有过错，应对宇龙公司的损失承担赔偿责任。作为与被告朱松具有关联关系的数林公司是共同侵权人，应当对宇龙公司的损失承担连带赔偿责任。被告朱松抗辩，案涉《备忘录》是由三名股东共同签字认可的，若其有过错，宇龙公司其他两名股东也有错，应追究三人的责任。对此，本院认为，宇龙公司的股东刘1、姚某并没有利用自己的关联关系从事交易，不应承担因案涉关联交易行为引发的侵权赔偿责任。若宇龙公司认为两名股东在案涉关联交易的决策和履行中存在违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，可另案主张。

二、第二项争议焦点即两被告应赔偿的金额问题

根据前述理由，在代理模式下，根据行业和宇龙公司的惯例，一般以实际销售金额为结算基数，但考虑到销售合同存在的付款账期，数林公司回收货款的进度和可能存在的坏账风险，本院认为，以实际到账金额作为费用结算基数更妥，故对原告主张的以销售合同载明的销售金额为结算基数进行调整；鉴于原告与被告朱松对2015年期间按照70%进行结算的比例，均无异议，且被告朱松也未举证证明2016年起应予降低结算比例，故本院确定2016年1月1日起的结算比例参照2015年所确定的70%的比例。据此计算如下：1、在产品代理项下，宇龙公司应得的结算款的计算方式是：合同实际到款金额乘以70%。根据司法鉴定查明的合同到款金额为17,320,563.80元，结算金额应为12,124,394.66元(17,320,563.80×70%)。2、在合同代签部分，鉴于原、被告对结算方式没有异议，本院予以认可。根据司法鉴定查明的合同代签的实际到款金额为2,827,900元，结算金额应为2,403,715元(2,827,900×85%)。综上，宇龙公司应得的产品代理和合同代签的总结算费用为14,528,109.66元，对比数林公司自行计算的总额8,350,735.39元，两者之间的差额6,177,374.27元,即为数林公司侵占宇龙公司的收入金额，也即宇龙公司在案涉关联交易下的损失之一。

关于案涉《合作协议书》第五部分“相关人员”的费用问题，根据查明的事实，宇龙公司共向数林公司支付了3,858,292.93元,作为宇龙公司原职工的补偿金、离职金、销售提成。审理中，原告对数林公司向7位销售人员支付总计2,772,651.91元的销售提成最终认可，本院予以确认。根据司法鉴定意见，数林公司实际向7位已离职员工支付了补偿金，其中由宇龙公司承担的员工补偿金为154,820.18元,原告对此金额无异议，本院亦予确认。根据前述理由，数林公司对尚未确定发生的离职补偿金，予以占有，缺乏正当依据，应向宇龙公司返还剩余钱款930,820.84元(3,858,292.93-2,772,651.91-154,820.18)。

案涉《合作协议书》项下，被告朱松和被告数林公司共造成了宇龙公司的损失金额为7,108,195.11元。数林公司在2016年、2017年期间共向宇龙公司支付了4,553,974.95元。审理中，被告朱松陈述该款项并没有对应具体的付款名目，且原告亦同意该款项可以抵扣赔偿款，故本院确认，两被告还应向宇龙公司连带赔偿的金额为2,554,220.16元。原告诉请计算的损失金额有所不当，本院予以纠正。关于原告要求两被告共同向宇龙公司赔偿资金被占用期间的利息损失，可予支持，但应以本院确定的2,554,220.16元作为基数计算。

关于被告朱松认为宇龙公司为数林公司代签合同，应向数林公司支付2,768,663.50元的问题，立信会计师事务所核查后认为，相关业务销售的都是宇龙公司的软件产品，开具的都是宇龙公司的发票，无法确认是宇龙公司为数林公司代签的合同。本院认为，案涉《合作协议书》中虽然明确约定宇龙公司授权数林公司作为唯一总代理，但也约定宇龙公司可以自行销售软件产品，现宇龙公司销售的正是自己的软件产品，因此被告朱松的此项主张缺乏事实依据，本院不予认定上述费用。关于宇龙公司和数林公司之间其他债权债务和相关费用的互相冲抵情况，不是案涉《合作协议书》项下范畴，原告亦表示会另案主张，故本案不予处理。

被告数林公司和第三人宇龙公司经本院合法传唤，未到庭应诉，视为放弃行使答辩权等诉权。

综上，依照《中华人民共和国公司法》第二十一条、第一百四十九条、第一百五十一条、第二百一十六条第三款，《中华人民共和国侵权责任法》第八条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条，《最高人民法院关于适用﹤中华人民共和国公司法﹥若干问题的规定(四)》第二十五条，《最高人民法院关于适用﹤中华人民共和国公司法﹥若干问题的规定(五)》第一条之规定，判决如下：

一、被告朱松、被告上海数林软件有限公司应于本判决生效之日起十日内对第三人上海宇龙软件工程有限公司的损失2,554,220.16元承担连带赔偿责任；

二、被告朱松、被告上海数林软件有限公司应于本判决生效之日起十日内对第三人上海宇龙软件工程有限公司资金被占用期间的利息损失承担连带赔偿责任(以2,554,220.16元为计算本金，自2018年1月1日起至实际清偿之日止，按中国人民银行同期贷款利率计付)。

如果未按本判决指定的期间履行给付义务，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。

本案案件受理费29,455元，由原告陈操宇负担2887元，由被告朱松和被告上海数林软件有限公司共同负担26,568元；司法鉴定费(审计费)150,000元，由原告陈操宇负担14,704元，由被告朱松和被告上海数林软件有限公司共同负担135,296元。

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，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于上海市第二中级人民法院。

审　判　长　　马霄燕

人民陪审员　　何建华

人民陪审员　　瞿国富

二〇一九年九月十九日

书　记　员　　金建锋

附：相关法律条文

一、《中华人民共和国公司法》

第二十一条公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害公司利益。

违反前款规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。

第一百四十九条董事、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。

第一百五十一条董事、高级管理人员有本法第一百四十九条规定的情形的，有限责任公司的股东、股份有限公司连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之一以上股份的股东，可以书面请求监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事向人民法院提起诉讼；监事有本法第一百四十九条规定的情形的，前述股东可以书面请求董事会或者不设董事会的有限责任公司的执行董事向人民法院提起诉讼。

监事会、不设监事会的有限责任公司的监事，或者董事会、执行董事收到前款规定的股东书面请求后拒绝提起诉讼，或者自收到请求之日起三十日未提起诉讼，或者情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的，前款规定的股东有权为了公司的利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。

他人侵犯公司合法权益，给公司造成损失的，本条第一款规定的股东可以依照前两款的规定向人民法院提起诉讼。

第二百一十六条……

（三）关联关系，是指公司控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员与其直接或者间接控制的企业之间的关系，以及可能导致公司利益转移的其他关系。但是，国家控股的企业之间不仅因为同受国家控股而具有关联关系。

二、《中华人民共和国侵权责任法》

二人以上共同实施侵权行为，造成他人损害的，应当承担连带责任。

三、《中华人民共和国民事诉讼法》

第一百四十四条被告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭的，可以缺席判决。

四、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法若干问题的规定（四）》

第二十五条股东依据公司法第一百五十一条第二款、第三款规定直接提起诉讼的案件，胜诉利益归属于公司。股东请求被告直接向其承担民事责任的，人民法院不予支持。

五、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（五）》

第一条关联交易损害公司利益，原告公司依据公司法第二十一条规定请求控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员赔偿所造成的损失，被告仅以该交易已经履行了信息披露、经股东会或者股东大会同意等法律、行政法规或者公司章程规定的程序为由抗辩的，人民法院不予支持。

公司没有提起诉讼的，符合公司法第一百五十一条第一款规定条件的股东，可以依据公司法第一百五十一条第二款、第三款规定向人民法院提起诉讼。