北京市第二中级人民法院

民 事 判 决 书

（2017）京02民终6458号

上诉人（原审原告）：北京天天洁保洁服务有限公司，住所地北京市海淀区知春路丙18号1号楼2门601。

法定代表人：于洪涛，经理。

委托诉讼代理人：张秀华，北京市京师律师事务所律师。

上诉人（原审被告）：陈桂云，女，1965年9月1日出生。

委托诉讼代理人：李景顺，北京市中凯律师事务所律师。

上诉人北京天天洁保洁服务有限公司（以下简称天天洁公司）因与上诉人陈桂云损害公司利益责任纠纷一案，均不服北京市西城区人民法院（2014）西民初字第14707号民事判决，向本院提起上诉。本院于2017年6月21日立案后，依法组成合议庭进行了审理。本案现已审理终结。

天天洁公司上诉请求：1.撤销一审判决；2.依法改判支持天天洁公司一审诉讼请求；3.一、二审诉讼费由陈桂云承担。事实和理由：1.一审判决认定事实错误。（1）一审法院认定陈桂云自2013年9月至2014年2月期间以其个人工资卡向天天洁公司员工支付工资454877元。该认定与事实不符。一审诉讼中，陈桂云提交了证据工资收条30页，但是该证据不真实，也不具有证明力和关联性。无法确认工资收条记载的姓名是否为天天洁公司的工作人员，也无法确认各工资收条记载的签字是何人所签。天天洁公司一直正常经营，工资支出应从天天洁公司的账上支出，没有必要先把款项汇入陈桂云个人银行卡，再由陈桂云支付。陈桂云主张的款项支付方式，不仅违规，而且也不符合正常的逻辑。根据陈桂云提交的上述工资收条，职工工资均由他人代领。但实际上，任何一家单位的员工工资都应由员工自己领取。因此，上述证据是陈桂云伪造的。

上述工资收条的第26页至第30页，没有工作人员的具体名单，没有签字时间，仅记载了工作人员的人数，明显不符合常理。而且，根据天天洁公司提交的赵明法的录音光盘及文字版，赵明法的保洁点的人数是16人，而上述工资收条显示的人数是18人。上述工资收条的第20页记载的金额合计9000元，由李素珍于2014年3月13日签字，是2014年2月的工资。本案中，陈桂云于2014年2月成立了北京合利净达保洁有限公司（以下简称合利净达公司），与天天洁公司存在同业竞争，截取了天天洁公司的业务款及客户，因此天天洁公司工作人员不应该有2月份的工资。根据天天洁公司提供的中国农业银行出具的账户对账单及回单，2013年10月7日，陈桂云将天天洁公司账户的款项40000元汇入陈桂云个人卡中。而陈桂云的工资条中，涉及9月份的工资金额合计87590元，领取时间为9月8日,9月9日,9月11日这几天。陈桂云汇入其卡中的款项金额远少于工资金额。陈桂云的说法自相矛盾。上述证据被一审法院采信并作为定案依据，既无事实依据，也无法律依据。（2）一审法院认定陈桂云自2013年9月28日至2014年1月15日共支付北京京飞腾达商贸中心材料款4734元。该认定与事实不符。一审诉讼中，陈桂云提交了北京京飞腾达商贸中心的收据。该证据不具备真实性，也无证明力和关联性。天天洁公司正常经营，天天洁公司所有的支出都应从天天洁公司账户支出，而没有必要先把款项汇入陈桂云个人卡上，再由陈桂云支付。这样做，不仅违规，而且不符合正常的逻辑。这几张单据的文字记载混乱，不能确定是收货凭证还是付款凭证。这几张单据的落款是“北京京飞腾达商贸中心”，作为一个公司，对外交易应出具正式的发票，而非混乱不堪的收据。这几张单据没有关于天天洁公司的记载，与天天洁公司无关。上述证据被一审法院采信并作为定案依据，既无事实依据，也无法律依据。（3）一审法院认定陈桂云自2013年10月19日至2014年1月20日共支付北京京飞腾达商贸中心材料款8249元。该认定与事实不符。一审诉讼中，陈桂云提交了北京京飞腾达商贸中心的送货单。该证据不具备真实性，也无证明力和关联性。天天洁公司正常经营，天天洁公司所有的支出都应由天天洁公司账户支出，而没有必要先把款项汇入陈桂云个人卡中，再由陈桂云支付。这样做，不仅违规，而且不符合正常的逻辑。这几张送货单是送货凭证，但不是付款凭证，不能证明陈桂云已经付款。这几张单据的落款是“北京京飞腾达商贸中心”，作为一个公司，对外交易应出具正式的发票。这几张单据没有关于天天洁公司的记载，与天天洁公司无关。该证据第41页第2张单据落款时间是2014年2月17日，但2014年2月陈桂云已经成立了合利净达公司，截取了天天洁公司的业务款及客户。该张单据不能作为天天洁公司的费用。上述证据被一审法院采信并作为定案依据，既无事实依据，也无法律依据。（4）一审法院认定陈桂云于2013年9月28日支付北京开元资博电子商务有限公司垃圾袋费2100元。该认定与事实不符。一审诉讼中，陈桂云提交了北京开元资博电子商务有限公司收据。该证据不具备真实性，也无证明力和关联性。天天洁公司正常经营，天天洁公司所有的支出都应从天天洁公司账户支出，而没有必要把款项汇入陈桂云个人卡中，再由陈桂云支付。这样做，不仅违规，而且不符合正常的逻辑。这张单据文字记载混乱，不能确定是收货凭证还是付款凭证。这张单据的落款是“北京开元资博电子商务有限公司，作为一个公司，对外交易应出具正式的发票，而非混乱不堪的收据。这几张单据没有关于天天洁公司的记载，与天天洁公司无关。上述证据被一审法院采信并作为定案依据，既无事实依据，也无法律依据。（5）一审法院认定陈桂云于2013年10月19日支付北京太和园融纸业有限公司卫生纸款3600元。该认定与事实不符。一审诉讼中，陈桂云提交了北京太和园融纸业有限公司送货单。该证据不具备真实性，也无证明力和关联性。天天洁公司正常经营，天天洁公司所有的支出都应从天天洁公司账户支出，而没有必要把款项汇入陈桂云个人卡中，再由陈桂云支付。这样做，不仅违规，而且不符合正常的逻辑。这张送货单是送货凭证，但不是付款凭证，不能证明陈桂云已经付款。这张单据的落款是一个公司，对外交易应出具正式的发票。上述证据被一审法院采信并作为定案依据，既无事实依据，也无法律依据。（6）一审法院认定北京同仁堂商业投资集团有限公司同仁堂药店、北京昌海福江汽车销售服务有限公司与合利净达公司存在保洁服务关系，合利净达公司该部分收入应依法返还给天天洁公司。天天洁公司提交的北京昌海福江汽车销售服务有限公司副总经理王凯的录音证据，足以证明北京昌海福江汽车销售服务有限公司与合利净达公司存在保洁服务关系，合利净达公司该部分收入应依法返还天天洁公司。（7）一审法院认为，天天洁公司在一审诉讼中的第三项诉讼请求即关于天天洁公司损失的请求没有证据证明，但是天天洁公司与本案涉及的4个业务单位的合作已有十余年，如果没有陈桂云的违法行为，该合作还会继续下去，对此，天天洁公司也提交了相应的证据，一审法院的上述认定与事实不符。2.一审法院适用法律错误。一审法院认定天天洁公司依法行使归入权的损失金额时，适用了《中华人民共和国公司法（2013年修正）》（以下简称《公司法》）第一百四十八条的规定，但是一审法院认定上述法律规定中的收入为利润，并以此计算天天洁公司的损失金额。天天洁公司认为，上述法律规定中的“收入”应为营业额。根据归入权制度设立的目的，公司高级管理人员发生《公司法》第一百四十八条规定的竞业禁止行为时，该条规定的收入应作营业收入理解。对此，有以下几个方面的考量：（1）从归入权立法目的看，收入不应理解为利润，如果解释为利润，则是对《公司法》第一百四十八条进行限缩解释，弱化了董事、高级管理人员违反竞业禁止义务的责任，不利于公司合法权益的保护。因此，收入应该解释为营业收入。（2）收入是个会计学概念，在会计学领域里，收入即指营业收入，而利润指的是盈利，即收入扣除成本后的部分。按照文义解释，收入也应解释为营业性收入。（3）实践中，公司董事、高级管理人员自营或者与他人共同经营相同或者相类似的业务时，利润不容易确定，且公司作为原告，负有举证的义务，如果要求公司举证证明公司董事、高级管理人员自营或者与他人共同经营公司的利润，对公司要求过高。如果举证责任分配给公司董事、高级管理人员，则可能出现公司董事、高级管理人员不举证或者夸大其成本的情况，如此将给受害公司利益造成损失。因此，从《公司法》第一百四十八条的适用看，也应该将该条款中规定的收入解释为营业收入。（4）公司董事、高级管理人员违反竞业禁止义务，其所应承担的法律后果除支付赔偿款外，也可以包括违约金。把上述条款中的收入解释为营业收入，其中的利润部分可以理解为补偿性质，如果从公司董事、高级管理人员违约的角度讲，成本部分实质上是惩罚性质的违约金，也符合公平原则。其目的不是仅仅补偿公司所受的实际损失，而且还对违反忠实、勤勉义务的公司董事、高级管理人员予以惩罚，具有惩罚性质。

陈桂云辩称，不同意天天洁公司的上诉意见。1.一审判决认定事实清楚，陈桂云提交了付款凭证，在没有相反证据反驳的情况下，应当认定陈桂云就是付款人，天天洁公司原来就是这样操作的。2.陈桂云也认为一审判决适用法律错误。陈桂云不是天天洁公司的工作人员，更不是天天洁公司的高级管理人员，一审法院对此认定有误，但不同意天天洁公司的结论。

陈桂云上诉请求：1.撤销一审判决；2.依法驳回天天洁公司的诉讼请求；3.天天洁公司承担本案诉讼费。事实和理由：1.关于陈桂云名下车辆的保险维修及加油费用问题。一审诉讼中，陈桂云主张其名下车辆的保险、维修及加油费用合计13491.4元应由天天洁公司支付。一审法院以车辆登记在陈桂云名下且未约定该车辆用于天天洁公司经营为由，认定不应由天天洁公司支付上述费用。陈桂云认为，虽然该车辆登记在陈桂云名下，但陈桂云与天天洁公司的另外一名股东于洪涛约定双方名下各一辆车辆用于天天洁公司经营，一切费用由天天洁公司支付。于洪涛名下车辆的保险、维修费用、加油费用等确实由天天洁公司支付，陈桂云认为应由天天洁公司提供证据证明于洪涛名下车辆用于天天洁公司经营以及所发生的的保险、维修费用、加油费用等真实性，但天天洁公司未提供证据予以证明。一审法院对陈桂云的合法请求未予支持，明显违反《中华人民共和国民事诉讼法（2017年修正）》以及相关司法解释的规定，属于认定事实不清，并且变相剥夺陈桂云通过诉讼维护自己合法权益的权利。2.关于张某从陈桂云处领取的材料费、清理费合计6500元的问题。陈桂云在一审诉讼中提出陈桂云向张某支付的上述款项应予扣除，并提出由于张某仍然在天天洁公司工作，不方便出庭，法院可以前去调查取证，对于陈桂云的该合理要求，一审法院并未支持，陈桂云认为应当综合考虑张某的证言及其所处的地位对这一事实予以认定。3.关于2014年1月22日中国农业银行进账单记载的48000元的问题。陈桂云认为该笔费用是替他人转账提取现金的转账行为，且出票人与天天洁公司没有任何经济往来，该笔款项不应视为天天洁公司的收入。而且，于洪涛在之前也曾经替人提现，因此，陈桂云请求法院要求天天洁公司提供于洪涛名下车辆各种费用报销情况及于洪涛替人提现的证据材料。4.一审法院违法认定陈桂云为天天洁公司负责财务的高级管理人员，从而错误适用法律。（1）根据《公司法》第二百一十六条的规定，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。天天洁公司的章程并未规定公司监事是公司的高级管理人员，因此作为公司监事的陈桂云不是公司章程规定的高级管理人员。（2）一审法院将招聘工作人员、发放工资、对外联系业务、进行结算作为认定陈桂云是天天洁公司高级管理人员的依据，该认定缺乏法律依据，也与企业经营宗旨相悖。招聘员工、对外联系业务不是公司财务负责人的职责，进行结算更多的是公司业务负责人的工作，而不是财务负责人的职责，发放工资勉强可以算财务负责人的职责，但公司的出纳也可以从事该工作，因此一审法院的该项认定缺乏依据。（3）从公司治理结构来讲，股东会、董事会、监事会及经理是不同的，既相互配合，又相互监督制约，股东会是公司最高权力机构，董事会主要执行股东会的决定，是公司的日常决策机构，经理的主要工作是执行董事会的决议，是公司的日常执行机构，而监事会是公司的监督机构，监事会的日常工作是监督公司董事、经理的工作。对此，《公司法》第五十三条有明确的规定。根据《公司法》的规定，董事可以兼任高级管理人员，但监事不可以兼任董事、高级管理人员，因此，一审法院的认定与法律规定不符。（4）按照法理，只有当没有充分的证据证明身份关系时，才适用包括“视为”等在内的规定，本案中，天天洁公司章程已经明确规定了陈桂云的监事身份，无需法院来认定。5.一审法院未审理查明陈桂云成立合利净达公司的原因及正当性。一审诉讼中，陈桂云提出，于洪涛2013年9月住院之后的花费巨大，所有费用均由天天洁公司支付。2014年春节之后，于洪涛因其他原因对陈桂云大发雷霆，并将天天洁公司的营业执照、发票机、智付通、公章、财务章、税务登记证、组织机构代码证等公司开展经营活动的必需品搬回家，还扬言开除陈桂云。在天天洁公司工作人员苦苦要求之下，陈桂云为了挽留天天洁公司工作人员，被迫成立合利净达公司，对此，一审法院未予查明。

天天洁公司辩称，1.关于陈桂云名下车辆保险维修及加油费用问题。因该车辆属于陈桂云个人所有，陈桂云没有提交证据证明该车辆用于天天洁公司经营，因此，该车辆的保险维修及加油费用应由陈桂云承担。一审法院对此问题的认定和判决是正确的。2.关于陈桂云主张的张某从陈桂云处领取6500元材料费、清洗费的问题。张某的收条不真实，也没有证明力和关联性。该款项已由天天洁公司由公司账户支付，而非由陈桂云支付。一审法院对此问题的认定和判决是正确的。3.关于陈桂云主张的2014年1月22日中国农业银行进账单记载的48000元为其他公司转账行为的问题。天天洁公司未接收相关公司委托转账提现，陈桂云也未提交证据证明天天洁公司接受委托。该款项是天天洁公司的正常业务收费，一审法院对此问题的认定和判决是正确的。4.陈桂云一直负责天天洁公司与业务单位的结算、业务联系，管理各保洁点的正常工作和运行，主持天天洁公司经营管理工作，组织和实施天天洁公司的经营活动。尤其是自2013年9月于洪涛患病之后，陈桂云实际控制着天天洁公司，掌握着天天洁公司的管理及经营大权。陈桂云实际是天天洁公司的高级管理人员。一审法院对此问题的认定和判决是正确的。5.陈桂云违反法律规定，违反其对天天洁公司应尽的忠实、勤勉义务，成立合利净达公司，并利用合利净达公司截取了天天洁公司的业务收入与客户，给天天洁公司造成巨大损失。一审法院对此问题的认定和判决是正确的。

天天洁公司向一审法院起诉请求：1.判令陈桂云返还天天洁公司款项568000元；2.判令陈桂云向天天洁公司返还营业收入款（自2014年2月至判决下达止，以天天洁公司2013年度每月营业额98550元为基数计算；3.判令陈桂云向天天洁公司赔偿损失金额共计1182600元（该损失金额计算方式为天天洁公司2013年度的营业额，每月为98550元，共12个月）;4.本案诉讼费由陈桂云承担。

一审法院认定事实：

一、天天洁公司工商登记注册基本信息载明：股东为于洪涛、陈桂云。于洪涛为执行董事、总经理，陈桂云为监事。于洪涛货币出资8万元，陈桂云货币出资2万元。

二、天天洁公司第一项诉讼请求是要求陈桂云返还天天洁公司款项568000元，与此有关的资金往来如下：

1、天天洁公司账户对账单载明：2014年1月11日从天天洁公司账户转取30000元，转入陈桂云账号。

中国农业银行智付通单位客户集中回单打印记载：付款方为天天洁公司，收款方户名为陈桂云，交易日期为2014年1月11日。

2、天天洁公司账户对账单载明：2014年1月16日从天天洁公司账户转取30000元，转入陈桂云账号。

中国农业银行智付通单位客户集中回单打印记载：付款方为天天洁公司，收款方户名为陈桂云，交易日期为2014年1月16日。

3、天天洁公司账户对账单载明：2014年1月22日从天天洁公司账户转取20000元，转入陈桂云账号。

中国农业银行智付通单位客户集中回单打印记载：付款方为天天洁公司，收款方户名为陈桂云，交易日期为2014年1月22日。

4、天天洁公司账户对账单载明：2014年1月25日从天天洁公司账户转取48000元，转入陈桂云账号。

中国农业银行智付通单位客户集中回单打印记载：付款方为天天洁公司，收款方户名为陈桂云，交易日期为2014年1月25日。

5、天天洁公司账户对账单载明：2014年1月25日从天天洁公司账户转取30000元，转入陈桂云账号。

中国农业银行智付通单位客户集中回单打印记载：付款方为天天洁公司，收款方户名为陈桂云，交易日期为2014年1月25日。

6、天天洁公司账户对账单载明：2013年11月15日从天天洁公司账户转取45000元，转入陈桂云账号。

中国农业银行智付通单位客户集中回单打印记载：付款方为天天洁公司，收款方户名为陈桂云，交易日期为2013年11月15日。

7、天天洁公司账户对账单载明：2013年11月20日从天天洁公司账户转取10000元，转入陈桂云账号。

中国农业银行股份有限公司北京北苑支行银行明细单记载：付款方为天天洁公司，收款方户名为陈桂云，交易日期为2013年11月20日。

8、天天洁公司账户对账单载明：2013年11月29日从天天洁公司账户转取20000元，转入陈桂云账号。

中国农业银行股份有限公司北京北苑支行银行明细单记载：付款方为天天洁公司，收款方户名为陈桂云，交易日期为2013年11月29日。

9、天天洁公司账户对账单载明：2013年12月4日从天天洁公司账户转取50000元，转入陈桂云账号。

中国农业银行智付通单位客户集中回单打印记载：付款方为天天洁公司，收款方户名为陈桂云，交易日期为2013年12月4日。

10、天天洁公司账户对账单载明：2013年12月18日从天天洁公司账户转取45000元，转入陈桂云账号。

中国农业银行智付通单位客户集中回单打印记载：付款方为天天洁公司，收款方户名为陈桂云，交易日期为2013年12月18日。

11、天天洁公司账户对账单载明：2013年12月27日从天天洁公司账户转取40000元，转入陈桂云账号。

中国农业银行智付通单位客户集中回单打印记载：付款方为天天洁公司，收款方户名为陈桂云，交易日期为2013年12月27日。

12、天天洁公司账户对账单载明：2013年12月31日从天天洁公司账户转取50000元，转入陈桂云账号。

中国农业银行智付通单位客户集中回单打印记载：付款方为天天洁公司，收款方户名为陈桂云，交易日期为2013年12月31日。

13、天天洁公司账户对账单载明：2013年10月7日从天天洁公司账户转取40000元，转入陈桂云账号。

中国农业银行股份有限公司北京北苑支行银行明细单记载：付款方为天天洁公司，收款方户名为陈桂云，交易日期为2013年10月7日。

14、天天洁公司账户对账单载明：2013年11月1日从天天洁公司账户转取40000元，转入陈桂云账号。

中国农业银行智付通单位客户集中回单打印记载：付款方为天天洁公司，收款方户名为陈桂云，交易日期为2013年11月1日。

15、天天洁公司账户对账单载明：2013年11月7日从天天洁公司账户转取20000元，转入陈桂云账号。

中国农业银行智付通单位客户集中回单打印记载：付款方为天天洁公司，收款方户名为陈桂云，交易日期为2013年11月7日。

16、天天洁公司账户对账单载明：2013年10月18日从天天洁公司账户转取50000元，转入陈桂云账号。

中国农业银行智付通单位客户集中回单打印记载：付款方为天天洁公司，收款方户名为陈桂云，交易日期为2013年10月18日。

以上16笔款项共计568000元，均打入陈桂云个人账号。

二、陈桂云支付的费用

1、自2013年9月至2014年2月间，陈桂云以其个人银行卡向天天洁公司员工支付工资454877元。

2、自2013年9月28日至2014年1月15日，陈桂云共支付北京京飞腾达商贸中心材料款（收据14张）4734元。

3、2013年10月21日至2014年1月20日，陈桂云支付北京京飞腾达商贸中心材料款送货单8249元，2014年2月17日陈桂云又支付北京京飞腾达商贸中心材料款1457元（此时合利净达公司已成立），共计支付北京京飞腾达商贸中心材料款9706元。

4、2013年9月28日，陈桂云支付北京开元资博电子商务有限公司垃圾袋款2100元。

5、2013年10月19日，陈桂云支付北京太和园融纸业有限公司卫生纸费3600元。

6、2014年1月22日，天天洁公司支付车辆保险共计4034.43元、车辆维修费3681.23元。

7、北京天天洁公司自2013年10月至2014年11月共支付加油款5596元。

8、2014年1月22日中国农业银行进账单中记载的48000元，出票人为交科公路勘察院设计研究院，收款人为天天洁公司。

三、合利净达公司成立于2014年2月24日，公司法定代表人为陈桂云，合利净达公司的主要经营范围是保洁服务。

四、一审法院向北京同仁堂商业投资集团有限公司同仁堂药店、北京同仁堂第二中医医院、北京同仁堂南三环中路药店有限公司、北京市昌海福江汽车修理有限公司发出调查函，向上述单位调查如下事宜：第一，你单位2013年与哪家公司签订的保洁服务合同，费用是以现金或支票形式支付的？收款人谁？第二，你单位2014年与哪家公司签订的保洁服务合同，费用是以现金或支票支付的？收款人是谁？

北京同仁堂第二中医医院、北京同仁堂南三环中路药店有限公司回函为：我单位2013年因沿用同一家保洁公司，故只作口头约定，未签订纸质保洁服务合同，付款方式以支票结算，收款人为天天洁公司，前来办理结算业务领取支票人为陈桂云。2014年3月与合利净达公司签订保洁服务合同书，付款方式以支票结算，收款人为合利净达公司，前来办理结算业务领取支票人为陈桂云。

上述二单位向一审法院提交了与合利净达公司订立的保洁服务合同。合同约定上述二单位与合利净达公司的服务合同期限自2014年3月1日至2015年2月28日，每月保洁费为13875元，两公司共计27750元。

北京同仁堂商业投资集团有限公司同仁堂药店及北京市昌海福江汽车修理有限公司未给一审法院回函。

对于合利净达公司的收益，天天洁公司未能提交证据证明。

一审法院认为，《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。”“董事、监事、高级管理人员不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入，不得侵占公司的财产。”第二百一十六条规定：“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。天天洁公司有两名股东于洪涛、陈桂云，于洪涛是法定代表人，并于2013年9月患白血病。陈桂云虽在公司章程中记载为监事，但在本案受理过程中，天天洁公司、陈桂云所提交的证据，均证明陈桂云负责招聘员工,发放员工工资，对外联系公司业务、进行结算，应视为天天洁公司负责财务的高级管理人员。

天天洁公司主张陈桂云作为公司高级管理人员对公司负有忠实义务和勤勉义务，但陈桂云却另行成立了合利净达公司且担任该公司法定代表人，根据我国《公司法》第一百四十八条的规定，公司董事、高级管理人员不得未经股东会同意，自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务。上述二公司的经营业务范围均为保洁服务，并且二公司均自成立至今一直处于经营状态，天天洁公司认为陈桂云应将合利净达公司成立至今从事同类经营的营业所得利润归还天天洁公司。对于天天洁公司提出三项诉讼请求，一审法院分析如下：

一、天天洁公司的第一项诉讼请求：要求陈桂云返还天天洁公司款项568000元

上述资金均为从天天洁公司账户转入陈桂云个人卡中。陈桂云对此事实予以认可。现争议的焦点为该笔款陈桂云是否应全部返还给天天洁公司。

公司进行经营应有必要的支出，包括支付工人工资、购买劳动工具等，均为公司正常经营的支出。陈桂云提交的证据，证明目的为568000元均用于天天洁公司的经营。以下各项费用是否认定用于公司经营，分析如下：

1、自2013年9月至2014年2月间，陈桂云以其个人银行卡向天天洁公司员工支付工资454877元。

此项有证言表明陈桂云向公司员工支付了必要的工资，故454877元不应返还给天天洁公司。

2、自2013年9月28日至2014年1月15日，陈桂云共支付北京京飞腾达商贸中心材料款4734元。

此款是天天洁公司购买必要的劳动工具，用于公司经营，故,4737元不应返还给天天洁公司.

3、2013年10月19日至2014年1月20日，陈桂云共支付北京京飞腾达商贸中心材料款8249元。

此款是天天洁公司购买必要的劳动工具，用于公司经营，故8249元不应返还给天天洁公司。

4、2013年9月28日，陈桂云支付北京开元资博电子商务有限公司垃圾袋款2100元。

此款是天天洁公司购买必要的劳动工具，用于公司经营故2100元不应返还给天天洁公司。

5、2013年10月19日，陈桂云支付北京太和园融纸业有限公司卫生纸款3600元。

此款是天天洁公司购买必要的劳动工具，用于公司经营故3600元不应返还给天天洁公司。

以上第1至5项共计473560元，费用产生的时间均在陈桂云为法定代表人的合利净达公司成立之前，是天天洁公司经营的必要支出，故一审法院认为该款陈桂云不应返还给天天洁公司。

6、2014年1月22日，天天洁公司支付车辆保险共计4034.43元及维修费3861元。

车辆均登记在个人名下，为个人所有，亦没有约定车辆用于公司经营，故不应由天天洁公司支付车辆的保险费用。故该笔费用陈桂云应返还给天天洁公司。

7、天天洁公司自2013年10月至2014年11月共支付加油款5596元。

车辆均登记在个人名下，为个人所有，亦没有约定车辆用于公司经营，故不应由天天洁公司支付车辆的油费。故该笔费用陈桂云应返还给天天洁公司。

8、2013年10月至2014年1月张某从陈桂云收到材料费及清洗费共计6500元。

因张某未出庭对此款作出说明，无法证明张某的身份及款项的用途。故此款应由陈桂云返还给天天洁公司。

9、2014年1月22日中国农业银行进账单中记载的48000元。

该记账单无法证明该款是其他公司委托天天洁公司转账提取现金。故此款应由陈桂云返还给天天洁公司。

综上，陈桂云从天天洁公司账户提取568000元，扣除用于公司正常经营的473560元，就第一项诉讼请求陈桂云应返还给天天洁公司94440元。

二、天天洁公司的第二项诉讼请求：天天洁公司要求陈桂云赔偿，因其将天天洁公司所有客户业务转入其经营公司名下而损失的营业收入款，自2014年2月开始计算至判决书送达之日，按天天洁公司2013年每月营业收入98550元计算。

上述98550元的组成为：2014年2月前，依据合同或口头约定，北京同仁堂商业投资集团有限公司同仁堂药店支付每月服务费为58000元、北京同仁堂南三环中路药店有限公司支付每月服务费为15875元，北京同仁堂第二中医医院支付每月服务费为11875元，北京昌海福江汽车销售服务公司支付每月服务费为12800元。该项诉讼请求依据天天洁公司上一年的与所有客户签订的服务费合同标的进行推算的。在一审庭审中，天天洁公司未提交证据证明陈桂云成立的公司与天天洁公司的所有客户签订合同的证据，后经一审法院调查，北京同仁堂第二中医医院、北京同仁堂南三环中路药店有限公司与合利净达公司签订了保洁服务合同。可以证明陈桂云将天天洁公司的保洁业务，变为陈桂云所成立的合利净达公司所有，并且每个公司每月向合利净达公司支付保洁费13875元，两份合同的期限均为一年（即2014年3月1日至2015年2月28日），陈桂云作为天天洁公司的高级管理人员，未经股东会同意成立了与天天洁公司经营范围相同的独资公司，并任公司法定代表人，利用在天天洁公司任高级管理员职务便利，为自己牟取利益，给天天洁公司的利益造成损害。北京同仁堂第二中医医院、北京同仁堂南三环中路药店有限公司与合利净达公司签订的保洁服务合同期限均为一年，上述两公司每月保洁费为13875元，合利净达公司一年的服务费为333000元，该收入并非利润。因公司账目管理不严格，无法进行审计，故一审法院对其利润估算为服务费的30%（2014年3月1日至2015年2月28日北京同仁堂第二中医医院、北京同仁堂南三环中路药店有限公司共向合利净达公司支付保洁费333000元，乘以30%即99900元），因证据证明合利净达公司与天天洁公司原客户北京同仁堂第二中医医院、北京同仁堂南三环中路药店有限公司签订了一年的保洁服务合同，故陈桂云应赔偿天天洁公司一年的损失99900元。

三、天天洁公司的第三项诉讼请求：天天洁公司要求判令陈桂云因其成立的公司与天天洁公司的客户签订服务合同，给天天洁公司造成的损失，金额为1182600元（计算标准为按照该公司2013年每月营业收入98550元计算12个月）。

一审法院认为，该项诉讼请求与第二项诉讼请求重复计算，且就实际损失数额未提交证据证明，故天天洁公司本项诉讼请求，一审法院不予支持。

综上所述，依据《公司法》第一百四十八条第一款第（五）项、第（八）项、第二款、第一百四十九条、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条之规定，判决：一、陈桂云于判决生效十日内返还北京天天洁保洁服务有限公司94440元；二、陈桂云赔偿北京天天洁保洁服务有限公司99900元；三、驳回北京天天洁保洁服务有限公司的其他诉讼请求。如果陈桂云未按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。

本院二审期间，陈桂云申请证人张某出庭作证，以证明陈桂云向张某支付相关费用6500元，该款项应从陈桂云返还天天洁公司的款项中予以扣除。天天洁公司不认可上述证人证言的真实性、关联性，认为不属于新证据，而且证言内容相互矛盾。本院将综合张某的陈述、当事人提交的其他证据，对该证据的真实性、关联性、证明目的一并作出认定。本院对一审法院查明的事实予以确认。

本院认为，根据双方当事人的诉辩意见，结合在案证据，依照相关法律规定，就当事人争议的焦点问题，本院分析认定如下：

一、一审判决认定陈桂云于2013年9月至2014年2月期间支付给工人的工资、支付给北京京飞腾达商贸中心的材料款、支付给北京开元资博电子商务有限公司的垃圾袋款、支付给北京太和园融纸业有限公司的卫生纸款合计473560元，并从陈桂云应当返还天天洁公司的款项中扣除上述款项，天天洁公司上诉认为上述事实认定有误，不应扣除上述款项。本院认为，根据双方当事人的陈述，天天洁公司从事建筑物清洁服务，而陈桂云所主张的上述款项对应的支出与天天洁公司开展正常经营业务活动所需要发生的费用相关，天天洁公司不认可陈桂云代其支付了上述款项，但其未能提供证据证明其支付了2013年9月至2014年2月期间公司开展正常业务活动所需要的费用，一审法院结合当事人提交的证据，认定陈桂云代天天洁公司支付各项费用473560元，并从陈桂云应当返还天天洁公司的款项中扣除473560元，并无不妥，本院予以维持。

二、天天洁公司上诉认为，合利净达公司与北京同仁堂商业投资集团有限公司同仁堂药店、北京市昌海福江汽车修理有限公司也存在保洁服务关系，合利净达公司的该部分收入依法应返还天天洁公司。本院认为，《最高人民法院关于适用的解释》第九十条规定：“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。”本案中，天天洁公司提供的证据不足以证明合利净达公司因向北京同仁堂商业投资集团有限公司同仁堂药店、北京市昌海福江汽车修理有限公司提供保洁服务取得了相应的收入，故对天天洁公司的该项上诉理由，本院不予采信。

三、天天洁公司上诉认为，陈桂云成立合利净达公司，谋取属于天天洁公司的商业机会，自营与天天洁公司同类的业务，因此应赔偿天天洁公司损失1182600元。本院认为，一审法院已经根据当事人提交的证据，认定陈桂云成立合利净达公司自营与天天洁公司同类的义务，并因此判令陈桂云赔偿天天洁公司99900元，已对陈桂云违反法律规定给天天洁公司造成的损失进行了填补，在此情况下，一审法院驳回天天洁公司一审诉讼请求中的第三项，并无不妥，本院予以维持，对天天洁公司的该项上诉理由，本院不予采信。

四、天天洁公司上诉认为，根据《公司法》第一百四十八条的规定，应当依据合利净达公司的营业收入计算陈桂云应赔偿天天洁公司的款项金额。本院认为，《公司法》第一百四十八条规定了董事、高级管理人员不得有相应的行为，并规定了董事、高级管理人员因违反相应的禁止规定所得的收入应当归公司所有。应当予以明确的是，陈桂云违反该条规定所得的收入与合利净达公司的营业收入并非同一法律概念，两者在金额上也不必然相同。一审法院综合案件事实，酌定陈桂云按照合利净达公司自北京同仁堂第二中医医院、北京同仁堂南三环中路药店有限公司取得的1年服务费的30%赔偿天天洁公司，并无不妥，本院予以维持，天天洁公司的该项上诉理由，缺乏事实依据和法律依据，本院不予采信。

五、陈桂云上诉主张，登记在其名下的车辆的保险、维修及加油费用应由天天洁公司支付。本院认为，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条规定第一款规定：“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。”依照该规定，陈桂云应当提供证据证明其该项主张，但其未能提供相应的证据，且其该项主张也没有法律依据，故对陈桂云该项主张，本院不予支持。

六、陈桂云上诉主张，其代天天洁公司向张某支付了材料费及清理费6500元，应从陈桂云返还天天洁公司款项中予以扣除。本院认为，虽然张某出庭陈述陈桂云分3次向其支付了6500元，但经本院询问，张某未能明确上述6500元对应的明细，且陈桂云也未能提供相应的证据证明该6500元对应的明细，因此，仅依据张某的证人证言不足以证明陈桂云代天天洁公司向张某支付了材料费及清理费6500元，本院对张某的证言不作为二审新的证据采纳，对陈桂云的该项上诉主张，不予支持。

七、陈桂云上诉认为，2014年1月22日中国农业银行进账单记载的48000元系替其他公司转账提取现金的转账行为，不应视为天天洁公司的收入。本院认为，陈桂云对此未能提供相应的证据证明，故对其该项上诉理由，本院不予采信。

八、陈桂云上诉认为，一审法院错误认定其为天天洁公司负责财务的高级管理人员。本院认为，本案根据查明的事实，天天洁公司为由2名自然人股东出资设立的有限责任公司，虽然公司章程规定陈桂云为天天洁公司的监事，但综合双方当事人提交的证据，陈桂云在特定期间内主持天天洁公司的生产经营管理工作，行使《公司法》第五十条赋予有限责任公司经理的职权，结合《公司法》第二百一十六条的规定，虽然一审法院认定陈桂云为天天洁公司负责财务的高级管理人员并不妥当，但可以认定陈桂云在特定期间内行使了高级管理人员的职权，因此，一审法院依照《公司法》第一百四十八条、第一百四十九条的相关规定判令陈桂云承担相应责任，并无不妥，本院予以维持。

九、陈桂云上诉认为，一审法院未审查其成立合利净达公司的原因及正当性。本院认为，陈桂云在特定期间内行使了天天洁公司高级管理人员的职权，而在该特定期间内，陈桂云谋取属于天天洁公司的商业机会，成立合利净达公司经营与天天洁公司同类的业务，违反了《公司法》第一百四十八条的禁止性规定，因此，陈桂云违反法律规定成立合利净达公司不具有正当性。

综上所述，天天洁公司、陈桂云的上诉请求均不能成立，应予驳回；一审判决处理结果并无不妥，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27379元，由北京天天洁保洁服务有限公司负担23192元（已交纳12373元，剩余10819元于本判决生效后七日内交纳），由陈桂云负担4187元（已交纳）。

本判决为终审判决。

审判长　　闫飞

审判员　　周岩

审判员　　张君

二〇一七年九月二十一日

法官助理陈洋

书记员马頔