江苏省南京市中级人民法院

民 事 判 决 书

（2018）苏01民终8075号

上诉人（原审原告）：南京新德新能源科技有限公司，统一社会信用代码91320115302537401U，住所地在江苏省南京市江宁经济技术开发区水阁路6号。

法定代表人：丁健，该公司董事长。

委托诉讼代理人：刘明，男，中电电气集团有限公司员工。

被上诉人（原审被告）：孙启权，男，1978年11月15日出生。

委托诉讼代理人：王伟，北京市隆安（南京）律师事务所律师。

被上诉人（原审被告）：南京岱言商业管理有限公司，统一社会信用代码91320102MA1M9KG20D，住所地在江苏省南京市玄武区中央路302号25幢610室。

法定代表人：崔政祥。

原审第三人：中电电气集团有限公司，统一社会信用代码913200007558989202，住所地在江苏省南京市江宁经济技术开发区水阁路6号。

法定代表人：陆廷秀，该公司董事长兼总经理。

委托诉讼代理人：刘明，男，该公司员工。

上诉人南京新德新能源科技有限公司（以下简称南京新德公司）因与被上诉人孙启权、南京岱言商业管理有限公司（以下简称南京岱言公司）、原审第三人中电电气集团有限公司（以下简称中电公司）损害公司利益责任纠纷一案，不服江苏省南京市江宁区人民法院（2017）苏0115民初5224号民事判决，向本院提起上诉。本院于2018年9月11日立案后，依法组成合议庭，分别于2018年10月19日、2019年2月12日公开开庭进行了审理。本院审理过程中，南京新德公司以宿迁新德新能源技术有限公司（以下简称宿迁新德技术公司）于2018年10月16日注销为由，申请变更宿迁新德技术公司唯一股东南京岱言公司为被上诉人，此申请符合法律规定，本院予以准许。上诉人南京新德公司与原审第三人中电公司的共同委托诉讼代理人刘明，被上诉人孙启权的委托诉讼代理人王伟到庭参加诉讼，被上诉人南京岱言公司经传票传唤无正当理由拒不到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

南京新德公司上诉请求：1.撤销一审判决第二项，将本案发回重审或改判支持南京新德公司一审中关于损失的诉讼请求并判令南京岱言公司承担连带责任。2.本案一、二审诉讼费由孙启权、南京岱言公司负担。事实和理由：1.《宿迁经济技术开发区工业项目进区投资合同书》（以下简称《宿迁投资合同书》）于2016年6月签订，经过南京新德公司的实质性努力，宿迁新德新能源工程有限公司（以下简称宿迁新德工程公司）于2016年12月才获得备案批文。南京新德公司员工刘金才等人的出差报销凭证等可以证明，但一审法院未予采信。2.孙启权在（2017）苏0102民初4479号案件中有关服务费的诉求虽然未获支持，但该案明确中标项目转让后获取服务费的方式是合法的，仅因孙启权未能按照合同约定履行全部义务导致付款条件未成就，即孙启权可以获取部分服务费。3.孙启权的行为已给南京新德公司带来实际损失，南京新德公司有权要求孙启权支付非法牟取属于南京新德公司的商业机会而造成的损失。4.宿迁新德技术公司已经注销，南京岱言公司作为其唯一股东，应承担连带责任。综上，一审判决认定事实不清，证据不足。

孙启权辩称，1.其没有剥夺南京新德公司的商业机会。宿迁新德技术公司成立前，其已经长期公开担任多家公司的执行董事、法定代表人，并从事同类业务，南京新德公司对此明知且与上述公司都存在业务往来。2.孙启权在其他任职公司的同业经营行为并不违反对南京新德公司的忠实义务。南京新德公司知晓孙启权担任多家公司高管并从事同类业务，仍任命其为南京新德公司执行董事，以实际行动放弃了要求孙启权只能对其负有忠实义务的权利。3.南京新德公司由于未达到《宿迁投资合同书》约定的义务而不具备开发光伏项目的条件，中电公司也没有能力履行该投资合同，故宿迁经济技术开发区的案涉光伏发电项目不是属于南京新德公司的商业机会。4.孙启权参与开发的宿迁地区光伏项目均处于亏损状态，其在离开南京新德公司之后成立公司开展诉争光伏项目，与南京新德公司无关，没有损害南京新德公司的利益。综上，一审判决应予维持。

南京岱言公司未出庭应诉，亦未提交答辩意见。

中电公司述称，其同意南京新德公司的上诉意见。此外，中电公司知晓孙启权在多家公司担任高管，因这些公司都是中电公司的关联公司或者子公司，孙启权一直作为中电公司的员工开展业务，并未担任中电公司以外其他公司的高管。

南京新德公司向一审法院起诉请求：1.孙启权、宿迁新德技术公司共同赔偿因孙启权非法牟取属于南京新德公司的商业机会而给南京新德公司造成的损失，损失金额暂估为348万元；2.孙启权向南京新德公司返还发动机号为10344848、车辆识别代号为LE4HG3GB9GL262724的奔驰牌汽车，并立即办理车辆过户手续，将该车转至南京新德公司名下；3.本案诉讼费、律师费、保全费由孙启权承担。

一审法院认定事实：2014年5月26日，南京新德公司成立，法定代表人为孙启权，股东为江苏新德民用光伏系统有限公司，注册资本500万元；2015年4月15日，中电公司发布中电发[2015]05号文，聘孙启权为中电公司总裁助理；2016年12月1日，宿迁新德技术公司成立，法定代表人为孙启权，股东为南京新德公司、孙启权；同年12月8日，宿迁新德工程公司成立，法定代表人为孙启权，股东为宿迁新德技术公司；同年12月13日，南京环易光伏科技有限公司（以下简称南京环易公司）成立，法定代表人为孙启权，股东为南京新德公司、孙启权。

2017年1月25日，中电公司发布中电发[2017]03号文，撤销孙启权中电公司总裁助理职务，并出具孙启权工作交接通知；同日，南京新德公司临时股东会通过股东会决议，同意免去孙启权执行董事职务；2017年2月13日，宿迁新德技术公司股东由南京新德公司、孙启权变更为南京环易公司、孙启权；同日，南京环易公司股东由南京新德公司、孙启权变更为孙启权、刘微微；2017年2月22日，南京新德公司法定代表人由孙启权变更为陆瀚；2017年4月20日，宿迁新德技术公司法定代表人由孙启权变更为王雪桥，股东由南京环易公司、孙启权变更为南京岱言公司。

2016年6月23日，宿迁经济技术开发区管理委员会（甲方）、南京新德公司（乙方）签订《宿迁投资合同书》，约定：由乙方在宿迁经济技术开发区投资建设光伏发电项目，项目企业名称为宿迁新德新能源科技有限公司（暂定名，以公司注册登记机关核准名称为准），项目计划总投资3000万美元，其中一期计划投资2000万美元；注册资金3000万美元，首期实缴注册资本2000万美元，乙方于本合同签订后30日内确保一期2000万美元注册资本实缴到位，合同自乙方完成工商登记并首期注册资本实缴到位后生效。合同签订后，南京新德公司未依约实缴2000万美元的注册资本。

2016年12月23日至12月28日，宿迁市发展和改革委员会出具备案号为[2016]39号、40号、41号、42号、43号、44号的企业投资项目备案通知书6份，分别载明宿迁新德工程公司申请备案的江苏三鼎织造有限公司18MW屋顶分布式光伏发电项目、宿迁娃哈哈恒枫食品有限公司2MW屋顶分布式光伏发电项目、宿迁娃哈哈饮料有限公司1.5MW屋顶分布式光伏发电项目、江苏银城电器有限公司3.5MW屋顶分布式光伏发电项目、江苏速腾电器有限公司1.5WM屋顶分布式光伏发电项目、江苏洋溢电器有限公司4MW屋顶分布式光伏发电项目准予备案，有效期均为两年。

一审法院另查明，2016年4月，南京新德公司以孙启权个人名义办理购车和贷款手续，购买总价398000元（含税）的奔驰车一辆，并以该奔驰车设定抵押权，抵押权人为梅赛德斯-奔驰租赁有限公司，孙启权为该车辆行驶证登记的所有人。2016年6月30日至2017年1月18日期间，由孙启权从南京新德公司处支取购车贷款月还款额进行还款，南京新德公司已支付部分购车款、车辆购置税、保险费等费用共计209443.66元。2017年1月25日，孙启权自南京新德公司离职后，南京新德公司未再支付车辆贷款还款，车辆至今仍由孙启权占有使用。

一审法院认为，《中华人民共和国公司法》第一百四十八条规定，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收入应当归公司所有；第一百四十九条规定，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。本案争议的问题：

第一，关于孙启权是否非法牟取属于南京新德公司的商业机会问题。其一取决于案涉光伏发电项目是否应当认定专属于南京新德公司的商业机会。根据南京新德公司与宿迁经济技术开发区管理委员会签订的《宿迁投资合同书》，该光伏发电项目当初确实由南京新德公司签约，但是合同书明确了南京新德公司必须满足的相关条件，南京新德公司要获得该商业机会须完成项目公司的工商登记并首期注册资本实缴2000万美元。本案中，南京新德公司未能举证证明其满足了上述约定条件；且合同书中约定乙方计划开发建设的300兆瓦光伏发电项目投资额巨大，南京新德公司作为注册资本500万元的公司，显然不具备投资该项目的能力。因此，该商业机会并非当然属于南京新德公司；其二取决于孙启权是否采取了非法谋取行为。本案中，孙启权在南京新德公司不具备履约能力的前提下，于南京新德公司案涉合同书签订的5个月后，以宿迁新德工程公司名义取得案涉光伏项目的商业机会，不应认定为对南京新德公司商业机会的非法谋取；其三取决于南京新德公司是否为获取该商业机会做出了实质性的努力。本案中，南京新德公司仅单方提供了员工差旅费报销凭证，未能举证证明其为取得案涉光伏项目的商业机会作出其他实质性工作，未缴纳2000万美元的注册资本。基于南京新德公司与宿迁经济技术开发区管理委员会签订的合同书，南京新德公司应于合同签订后30日内确保一期2000万美元注册资本实缴到位，而南京新德公司一直未能完成计划投资、设立项目公司的合同义务，致双方合同未生效；其四取决于孙启权行为是否给南京新德公司带来实际损失。本案中，南京新德公司所述的损失计算方式即：“案涉四个项目在达到开工许可的条件下，孙启权可获得的服务费是243万元，而4个项目共27兆瓦，另外两个案涉项目共计3.5兆瓦，由此可推出宿迁6个案涉光伏项目服务费的总额是274.5万元”，一审第二次庭审中，南京新德公司又将该诉请明确为348万元，但未再举证证明。根据相关规定，案涉光伏项目需经招投标程序获得，南京新德公司以其中标项目转让后所收取的服务费来计算损失，该种获益形式本身不具有合法性。综上，南京新德公司所主张的损失不具有事实和法律依据，一审法院不予支持。

第二，关于孙启权是否应当返还南京新德公司案涉奔驰车的问题。本案中，案涉奔驰车系南京新德公司给当时作为高管的孙启权购买的公务用车，经南京新德公司与孙启权双方口头协议，由南京新德公司购车，将车辆登记于孙启权名下办理抵押贷款。南京新德公司在购车后一直进行车辆还贷，截至2017年1月18日，南京新德公司已为购买车辆支付了209443.66元车款，孙启权一审中认可该车辆为南京新德公司所有的事实，自愿在南京新德公司涤除车辆抵押权后，依法向南京新德公司返还案涉奔驰车辆，故南京新德公司请求返还车辆的诉讼请求，一审法院依法予以支持。

综上所述，南京新德公司第一项诉请，若请求权基础为公司法第一百四十八条，法律后果为董事、监事、高级管理人员违反前款规定的收入应当归公司所有，即归入权，南京新德公司须举证证明侵权事实、收入；若请求权基础为公司法第一百四十九条，南京新德公司须举证证明孙启权、宿迁新德技术公司侵权以及给南京新德公司造成的损失。关于南京新德公司提及孙启权在玄武法院的诉讼，一、二审均未得到法院支持。现南京新德公司均未能举证证明上述内容，故其该项诉请一审法院不予支持，南京新德公司要求宿迁新德技术公司共同赔偿，于法无据，一审法院亦不予支持；南京新德公司第二项诉请，孙启权同意南京新德公司付清车款、变更登记车主后予以返还车辆，故一审法院予以支持。依照《中华人民共和国公司法》第一百四十八条、第一百四十九条、《中华人民共和国合同法》第六十条、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条、第一百四十二条之规定，一审判决：一、孙启权于判决发生法律效力之日起十日内向南京新德新能源科技有限公司返还发动机号为10344848、车辆识别代号为LE4HG3GB9GL262724的梅赛德斯-奔驰牌汽车一辆，并办理车辆过户手续；二、驳回南京新德新能源科技有限公司的其他诉讼请求。一审案件受理费30950元，保全费5000元，公告费260元，合计36210元，由南京新德新能源科技有限公司负担36050元，孙启权负担160元。

二审期间，各方当事人均未提交新证据。一审法院查明的事实，各方当事人均未提出异议，本院对此依法予以确认。

经当事人确认，本案二审争议焦点为：南京新德公司有关孙启权、宿迁新德技术公司共同谋取属于南京新德公司的商业机会而应赔偿损失的主张能否成立以及损失数额如何认定。

本院认为，南京新德公司依据《中华人民共和国公司法》第一百四十八条第一款第（五）项和第一百四十九条规定，以作为公司高级管理人员的孙启权利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会而给南京新德公司造成损失为由，主张孙启权赔偿损失348万元。综合分析在案证据，本院认定南京新德公司上述主张不能成立，具体理由如下：

其一，案涉光伏发电项目是否应当认定专属于南京新德公司的商业机会。本案中，虽然宿迁经济技术开发区管理委员会与南京新德公司于2016年6月23日签订了《宿迁投资合同书》，约定南京新德公司投资建设诉争光伏发电项目，但南京新德公司获得此商业机会并不是无条件的，该合同书亦明确约定了生效条件，即南京新德公司必须于合同签订后30日内确保首期2000万美元注册资本实缴到位并完成工商登记后，合同才生效。签订合同并不必然等同于合同生效并最终获取商业机会，南京新德公司既未提交证据证明其已满足合同生效条件，也未举证证明其具有相应的资信实力和履约能力。由此可知，《宿迁投资合同书》尚未生效，诉争光伏发电项目的合作商业机会并不必然专属于南京新德公司。其二，南京新德公司是否为获取该商业机会作出实质性努力。正常情况下，南京新德公司应按照《宿迁投资合同书》的约定积极筹集资金，保证注册资本实缴到位，按期完成工商登记，此应为南京新德公司谋取诉争商业机会的实质性工作，但其确认并未依约完成投资计划、注册公司等事宜。南京新德公司仅提供了公司员工差旅费报销凭证，不足以证明其通过自身努力为谋取商业机会作出过实质性的工作。其三，孙启权、宿迁新德技术公司是否采取了剥夺或者谋取行为。本案中，宿迁新德技术公司于2016年12月1日成立，宿迁新德工程公司于同年12月8日成立，宿迁市发展和改革委员会于是年12月23日至12月28日出具备案通知书，批准宿迁新德工程公司的申请备案。由此可见，孙启权设立项目公司，获得诉争商业机会均在《宿迁投资合同书》约定的南京新德公司履约期限之后，即南京新德公司丧失诉争商业机会后，孙启权和宿迁新德工程公司作为新的投资者或者合作者开展案涉项目投资活动，应属于正当的经营和交易行为，不应认定为谋取或者剥夺行为。其四，损失是否实际存在问题。法律规定，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。本案中，南京新德公司向孙启权、宿迁新德技术公司主张损失，其应就孙启权、宿迁新德技术公司存在共同谋取属于南京新德公司的商业机会行为、损失的客观存在等承担举证证明责任。如前所述，南京新德公司未提供充分证据证明孙启权、宿迁新德技术公司共同采取不正当手段谋取了本属于南京新德公司的商业机会，由此，即使南京新德公司存在损失也不应由孙启权、宿迁新德技术公司承担。此外，南京新德公司主张的损失系根据案涉四个项目达到开工许可条件下，孙启权可获得的服务费推导而得出，并未经生效法律文书确认，转让中标项目最终获取服务费涉及多种商业因素以及招投标程序影响，南京新德公司也未提交相关证据证明该损失的实际发生。综上，案涉光伏发电项目的商业机会并不必然属于南京新德公司，则不应认定南京新德公司有权享有此商业机会所带来的任何利益，故南京新德公司有关孙启权、宿迁新德技术公司共同谋取属于南京新德公司的商业机会而应赔偿损失的上诉请求，缺乏充分证据支持，于法无据，本院不予支持。

此外，南京岱言公司虽是宿迁新德技术公司的唯一股东，但如前所述，孙启权和宿迁新德技术公司均不应承担赔偿责任，即南京岱言公司承担责任的前提不成立，故南京新德公司主张南京岱言公司承担连带责任的上诉意见，于法无据，本院亦不予采纳。

综上所述，南京新德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30950元，公告费300元，合计31250元，由南京新德公司负担。

本判决为终审判决。

审判长　薛　枫

审判员　周毓敏

审判员　徐岩岩

二〇一九年四月三日

书记员　胡　戎